

المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية

مجلة سداسية دولية متخصصة محكمة، تُعنى بالحقوق والعلوم السياسية

تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية
المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي بـتيسمسيلت، الجزائر



العدد الرابع ديسمبر 2017

ISSN: 2507-7635

للمراسلة والاتصال

العنوان البريدي:

توجه المراسلات إلى:

مدير أو رئيس تحرير المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية
معهد العلوم القانونية والإدارية
المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر
38000

البريد الإلكتروني:

Idsp.tissemsilt@gmail.com
radsp.cutissemsilt@gmail.com

الموقع الإلكتروني:

www.cuniv-tissemsilt.dz/radsp

الهاتف والفاكس:

من داخل الوطن 046/57/31/83
من خارج الوطن: 00213/46/57/31/83

الرقم الدولي الموحد للدورية "ردمد": ISSN: 2507-7635

المدير الشرفي للمجلة

الأستاذ الدكتور/ دحدوح عبد القادر،

مدير المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر

مدير المجلة

الدكتور/ قيرع عامر، مدير معهد العلوم القانونية والإدارية

رئيس التحرير

الدكتور/ علاق عبد القادر

الهمّرون المساعدون

الدكتور/ باية عبد القادر

الدكتور/ مرسي مشري

الأستاذ/ سلطاني محمد رضا

الهراجعون باللغة الأجنبية

- أ. قادوش زينب، المركز الجامعي تيسمسيلت
- أ. سي العربي محمد مرابط، جامعة تيارت
- أ. ساهد بلقاسم، المركز الجامعي تيسمسيلت

اللجنة العلمية للقراءة والمراجعة

أ.د. أحمد هندي، جامعة الإسكندرية، مصر	أ.د. طلعت محمد دويدار، جامعة الإسكندرية، مصر
أ.د. محمد كمال الدين إمام، جامعة الإسكندرية، مصر	أ.د. بن داود براهيم، جامعة الجلفة
أ.د. تشوار الجبالي، جامعة تلمسان	أ.د. قادة بن بن علي، جامعة سيدي بلعباس
أ.د. عليان بوزيان، جامعة تيارت	أ.د. فتاك علي، جامعة تيارت
أ.د. بوسماحة الشيخ، جامعة تيارت	أ.د. شهيدة قادة، جامعة تلمسان
أ.د. غربي محمد، المركز الجامعي تيسمسيلت	أ.د. عبد العالي عبد القادر، جامعة سعيدة
أ.د. بوبكر عبد القادر، جامعة الجزائر 1	أ.د. بن عزوز عبد القادر، جامعة الجزائر 1
أ.د. رمول خالد، جامعة البليدة 2	د. علي السيد حسين أبو دياب، جامعة المجمعة، السعودية
د. اللهيبي صالح أحمد، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة	د. مزوغي محمد، جامعة قرطاج، تونس
د. عبد الرحمان الشرقاوي، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب	د. عزيز رشيد، جامعة الكويت، الكويت
د. علي جميل حرب، جامعة لبنان	د. محمد السعيد السقة، جامعة الإسكندرية، مصر
د. شواخ الأحمد، جامعة دار العلوم، السعودية	د. لريد محمد أحمد، جامعة سعيدة
د/ معن سعود أبو بكر، جامعة زايد، الإمارات العربية المتحدة	د/ عواد بلعيدون، جامعة مستغانم، الجزائر
د. بمرزوق عبد القادر، جامعة تلمسان	د. عشاب محمد، جامعة وهران 1
د. شبة سفيان، جامعة سيدي بلعباس	د. عليان عدة، المركز الجامعي غليزان
د. عماري إبراهيم، جامعة الشلف	د. بحماوي الشريف، جامعة أدرار
د. زعبي عمار، جامعة الوادي	د. جبار جميلة، جامعة خميس مليانة
د. جمعي ليلي، جامعة وهران 01	د. رواب جمال، جامعة خميس مليانة
د. رباحي أحمد، جامعة الشلف	د. تياب نادية، جامعة تيزي وزو
د. إيراين نوال، المركز الجامعي تيبازة	د. ميهوب يزيد، جامعة برج بوعريج
د. شهباني سمير، جامعة البويرة	د. قريمس عبد الحق، جامعة جيجل
د. شيتير عبد الوهاب، جامعة بجاية	د. روشو خالد، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. بوراس محمد، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. علاق عبد القادر، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. لعروسي أحمد، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. شعشوع قويدر، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. حبيلي سامي، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. هيشور أحمد، جامعة سعيدة
د. محمودي قادة، جامعة ابن خلدون، تيارت	د. قزران مصطفى، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. زرقين عبد القادر، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. جطي خيرة، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. مبخوتة أحمد، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. مرسي مشري، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. باية عبد القادر، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. صافو محمد، جامعة وهران 2
د. مسيكة محمد الصغير، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. عمروش عبد الوهاب، جامعة بومرداس
د. لعروسي رايح، جامعة الجزائر 3	د. ركاش جهيدة، جامعة الشلف
د. عياد محمد سمير، جامعة تلمسان	د. كشوط عبد الرفيق، جامعة جيجل
د. العارية بولرباح، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. قيرع عامر، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. بلهول نسيم، جامعة البليدة 2	د. خطاب عبد المالك، جامعة خميس مليانة
أ.د. مقني بن عمار، جامعة ابن خلدون تيارت	د. امحمدي بوزينة أمنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف
د. بيرم عبد المجيد، جامعة محمد بوضياف المسيلة	د. درماش بن عزوز، جامعة زيان عاشور الجلفة
د. زيري بن قويدر، جامعة عمار ثلجي، الأغواط	د. طيبي سعاد، جامعة الجبالي بونعامة خميس مليانة

هيئة التحرير

رئيس التحرير: د/ علاق عبد القادر

المحررون المساعدون:

د/ مرسي مشري

د. باية عبد القادر

أ. سلطاني محمد رضا

أ. دهقاني أيوب	أ. شامي راجح
أ. دحماني كمال	أ. قوق علي
أ. بوغانم أحمد	أ. بته طيب
أ. عتو رشيد	أ. نش حمزة
أ. زعيتو محمد	أ. عتو أحمد
أ. بن شهرة العربي	أ. مناد أحمد
أ. غانس محمد	أ. لعطب بختة
د. بن شنوف فيروز	أ. مالكي توفيق
أ. عليش الطاهر	د. ربيحي امحمد
د. لعطب بختة	د. بن عمور عائشة
أ. زيتوني محمد	أ. لكحل صليحة
أ. بوعلي حمزة	د. شامي ياسين

شروط وقواعد النشر

- المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مجلة سداسية دولية متخصصة في شعبي الحقوق والعلوم السياسية، تستقبل البحوث العلمية الأكاديمية على مدار السنة، وتضطلع بنشرها بعد إخضاعها للتحكيم والخبرة من قبل باحثين مختصين يتولون مهمة القراءة والمراجعة.
- تعتبر المجلة منبرا أكاديميا وصرحا للبحث العلمي الحر، ولا تتحمل الهيئة الإدارية والعلمية ولا هيئة تحرير المجلة، مسؤولية أي خرق لقواعد ممارسة هذه الحرية، أو المساس بمقتضيات الأمانة العلمية ، بل يتحمل آثارها الباحث لوحده. كما يتحمل أيضا صاحب البحث مسؤولية الرأي المعبر عنه في بحثه المنشور بها.
- يجب أن يكون البحث جديدا وأصيلا ، لم يسبق نشره من ذي قبل ، وليس محل طلب نشر بمجلة أخرى، وأن يتسم بضوابط البحث العلمي المعروفة شكلا ومضمونا.
- ألا يقل البحث عن 10 صفحات ولا يزيد عن 15 صفحة، وأن يُكتب باللغة العربية أصلا أو إحدى اللغتين الأجنبية الفرنسية والإنجليزية.
- إذا كانت لغة كتابة البحث العربية أو الفرنسية، يجب على الباحث أن يُرفق مقاله؛ بعنوان، وملخص، وكلمات مفتاحية، باللغة الإنجليزية وجوبا.
- أن يُضمّن الباحث عنوان بحثه ويتبعه بسيرة ذاتية مُختصرة: (اللقب والاسم، الوظيفة، الرتبة، المؤسسة المستخدمة (الكلية، المعهد، القسم)، الهيئة التابع لها، البريد الإلكتروني، الهاتف) فقط.
- يُعد ويُنجز البحث وفق برنامج Microsoft Word 2003 أو 2007 حصرا، ويُكتب بخط Traditional Arabic حجم 14 باللغة العربية في المتن، وفي الهامش بنفس الخط لكن بحجم 12، أما باللغة الأجنبية فتُكتب بخط Times News Roman حجم 12 في المتن، وفي الهامش بنفس الخط لكن بحجم 10. كما يجب أن تُعد الصفحة بداية وفق الإعدادات التالية: الفراغ بين الأسطر 1 سم، يمينا 2,5 سم، وباقي الجهات 1,5 سم.
- أن يُكتب البحث بطريقة احترافية من حيث الشكل، بما فيها الهوامش (مصدر، مرجع، تعليق، شرح، إحالة)، والتي يجب أن تكون بطريقة آلية (Note de bas de page) مرقمة ومرتبطة في المتن، ومدرجة في أسفل كل صفحة وترقيم جديد مع بداية كل صفحة جديدة.
- يجب أن يتفادى الباحث استخدام الجداول الأوتوماتيكية والأطر والزخرفة والرموز في الكتابة، وألا يدرجها في بحثه، مثل(نجوم، مطّات، ترقيم الصفحات ... الخ)؛ لأنها تعيق التصحيح والتعديل والإخراج النهائي للمجلة، تحت طائلة الاضطرار إلى رفض النشر بسبب ذلك.
- لا تُنشر البحوث التي لا تتقيد بشروط النشر المذكورة أعلاه، والتي لا تلتزم بالتعديلات والتصحيحات المقدمة من طرف لجنة القراءة والمراجعة (الخبراء والمحكمين)، سواء تعلّقت بالشكل أو الموضوع.
- يُسَل البحث عبر أحد البريدين الإلكترونيين للمجلة: Idsp.tissemsilt@gmail.com أو radsp.cutissemsilt@gmail.com

إدارة وهيئة تحرير المجلة

كلمة رئيس التحرير

باسم الله الرحمن الرحيم
والصلاة والسلام على سيدنا محمد،
والحمد لله رب العالمين،
أما بعد:

تواصل المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية صدورها بانتظام، من خلال العدد الرابع (04) شهر ديسمبر من سنة 2017، فقد عكف القائمون عليها - إدارة وهيئة التحرير، اللجنة العلمية - على مواصلة إخراج هذا العدد المتضمن الكثير من المقالات العلمية المتنوعة بين شعبي الحقوق والعلوم السياسية؛ إذ طرحت العديد من الإشكالات القانونية والسياسية الدولية والوطنية، وأجابت عنها في مختلف فروع الشعبتين.

نذكر منها على سبيل المثال مسائل ومواضيع في؛ القانون الدولي، العلاقات الدولية، المنظمات غير الحكومية، الحوكمة، الشفافية، الديمقراطية، الدستور، الانتخابات، الحملة الانتخابية، التمثيل النسوي، العقد الإداري، المسؤولية الإدارية، العقوبة البديلة، عقد الامتياز، غرامة التأخير، البيئة، حقوق الإنسان، المرأة، الطفل، النسب، النفقة، العمل الطبي، السلامة الجسدية، الترقية العقارية، المسؤولية المدنية، الشروط التعسفية، عقد الإيجار، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، البورصة المالية، حجية العلاقة الإيجارية، إشهار العلامة التجارية، الأمن الدولي والإقليمي، الاقتصاد الريفي، المثقف الأكاديمي، التخطيط التنموي، السيادة، الاستقلالية ... الخ.

على أمل الاجتهاد والاستمرار على نفس النهج، بل التطّلع للأحسن، بالتّكّيف مع التّوجهات الجديدة لإصدار وتصنيف المجلات العلمية الدولية والوطنية، ومن ثمّ بذل المزيد من الجهد واحتضان كافة فئات الباحثين من خلال بحوثهم المختلفة؛ بتحكيّمها وتنقيحها ونشرها، آمليّن أن يرقى هذا المنبر العلمي لمصاف المجلات المصنفة بمرور سنتين من الوجود، تزامنا مع إصدار العدد الخامس (05) منها شهر يونيو 2018، فالرقي بها لتكون أكثر مرئية ومقروئية، بإدراجها ضمن البوابة الجزائرية للمجلات العلمية مستقبلا.

رئيس التحرير

الدكتور/ علاق عبد القادر

الفهرس

مقالات الحقوق	
11	الحماية القانونية للطيران المدني في نطاق القانون الدولي أ. دحماني كمال، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت
23	دور محكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي أ. بن عيسى الأمين، طالب باحث في الدكتوراه، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم
32	الحماية من ظاهرة الاختفاء القسري أثناء الظروف الاستثنائية د. فصراوي حنان، جامعة الطاهر مولاي سعيدة
41	إسهامات المنظمات غير الحكومية في مجال حقوق الإنسان رباس محمد، شواقي عبد الرحمان، طالبان باحثان في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1
51	مصادقية تقارير المنظمات الدولية غير الحكومية حول واقع حقوق الإنسان في الدول العربية بوشامة علي، طالب باحث في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية
62	الحق في السلامة الجسدية وفقا للمادة (8) من النظام الأساسي لمحكمة روما د. لعطب بخته، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت
73	البعد الديمقراطي في النظام الدستوري الجزائري د.عبد المنعم بن أحمد، حلفاية زهية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة
94	الأقليات وحقوق التمثيل في المجالس المنتخبة: الآليات وسبل تفعيل أ. بولقواس ابتسام، جامعة عباس لغرور خنشلة
106	نظام الكوتا النسائية كعلاج لمشكلة التمثيل النسوي في البرلمانات العربية: (الجزائر، تونس، المغرب، ومصر: دراسة مقارنة) أ. رابع شامي، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت
123	الضمانات القانونية لمبدأ المساواة أثناء الحملة الانتخابية د. لعروسي أحمد، أ. بن مهرة نسيم، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت
137	أساسية التنظيم القانوني للعقد الإداري ومحدودية دور القاضي الإداري في الجزائر د. حبشي لزرق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت
145	الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية د. ميمونة سعاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان
157	غرامات التأخير في العقود الإدارية عبد الحليم مجدوب، طالب باحث في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان
169	النظام القانوني لعقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة بن جيلالي سعاد، طالبة باحثة في مدرسة الدكتوراه، جامعة الجزائر1
182	حماية المتلقي من الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز أ. مسلم الطاهر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
195	مظاهر استقلالية السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر

	أ.سهم صديق، معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب عين تموشنت
209	الإطار المفاهيمي للشفافية والمساءلة كآليات للحد من الفساد الإداري د. هنان مليكة، د. بواب بن عامر، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي نور البشير، البيض
225	دور القاضي الإداري في صناعة القواعد القانونية محمد أمين زيان، طالب باحث في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس المديية
235	المسؤولية الجنائية الدولية عن انتهاك حقوق الطفل شاكر سليمان طالب باحث في الدكتوراه، د.مبطوش الحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم
246	استغلال الطفل في المواد الإباحية ما بين الحظر الدولي والتجريم الوطني بن تركية نصيرة، طالبة باحثة في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت
258	القوانين العقابية المؤقتة بين حكمة التشريع ومبدأ القانون الأصلح للمتهم د. بن فريجة رشيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر
268	الأثر الاقتصادي لعقوبة العمل لنفع العام د.قوسم حاج غوثي، قنصو ميلود زين العابدين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس
278	النفايات الطبية ومخاطرها على الصحة والبيئة: إشارة إلى حالة الجزائر مراح أحمد، طالب باحث في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان
288	تطور أزمة المسؤولية المدنية أ.بردان صفية، معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب عين تموشنت
297	المسؤولية الإدارية والجزائية للمرقي العقاري في ظل القانون رقم 04/11 وطواط محمد، طالب باحث في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونييسي علي، البليدة 2
310	الرّضا في التجارب الطّبية: دراسة مقارنة أ.بن عودة سنوسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان
324	دور القرائن القانونية في إثبات خطأ التصادم البحري وفقا للقانون الجزائري حسان سعاد، طالبة باحثة في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان
332	أثر الإشهار المقارن على العلامة التجارية: دراسة مقارنة / أ.معيزي خالدية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي تيسمسيلت
345	لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في القانون الجزائري أ.سي الطيب محمد أمين، جامعة مصطفى اسطنبولي معسكر
356	شكل وحجية العلاقة الإجارية في ظل القانون رقم 05/07: دراسة تحليلية على ضوء النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري غرمول أمينة، طالبة باحثة في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم
369	مبدأ المحافظة على استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية د.زكري إيمان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان
377	دور الطّرق العلمية القطعية في إثبات ونفي النّسب غربي صورية، طالبة باحثة في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

390	استئجار الرّحم بين الشريعة والقانون عيادي سارة، طالبة باحثة في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة
402	الإشكالات المثارة حول إنشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 01/15 أ.عبد الحكيم بوجاني، معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بوشعيب بلحاج عين تموشنت
مقالات العلوم السياسية	
404	المثقف الأكاديمي وعملية التّحولات السياسية في الجزائر مصطفى بن حوى، طالب باحث في الدكتوراه، د. مصطفى الزاوي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2
417	مفهوم السيادة في ظل المتغيرات الدولية أ.جمال بن مرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، الجزائر
428	أثر التّدخل العسكري في ليبيا على الأمن الوطني الجزائري بعد 2011 وليد يونس، طالب باحث في الدكتوراه، المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، الجزائر
439	تأثير مُتغيرات البيئة الإقليمية والدولية في مسار التّكامل المغاربي في فترة ما بعد الحرب الباردة أ.نموشي نسرين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسة
453	جغرافيا الانتخابات؛ مقارنة معرفية د. يوسف أزروال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسة
464	الاقتصاد الريفي الجزائري؛ دراسة للسياسات والمتطلبات أ.فضيل إبراهيم مزارى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف
476	متطلبات التخطيط التنموي نايلي محمد، طالب باحث في الدكتوراه، المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، الجزائر
489	الحكمة المحلية؛ قراءة في المضامين النّظرية للمفهوم يوسف علاء الدين، د. ونوغي نبيل، طالب باحث في الدكتوراه، د. ونوغي نبيل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، جامعة سطيف 02
502	التفسير الخلدوني للعصبية والتفسير الغربي للظاهرة العرقية؛ جدلية الطبيعي والوظيفي لُراري علي، المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1

مقالات الحقوق

الحماية القانونية للطيران المدني في نطاق القانون الدولي

Legal Protection of Civil Aviation With in The Scope Of International Law

أ. دحماني كمال، أستاذ مساعد قسم (أ)،

معهد العلوم القانونية والإدارية، قسم القانون العام،

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/18 - تاريخ المراجعة: 2017/11/20.

ملخص:

لقد شغلت مسألة سلامة الطيران المدني المجتمع الدولي منذ قرابة نصف قرن من الزمن، ولعبت المنظمة الدولية للطيران المدني دورا رياديا في إيجاد معايير قانونية واتفاقية تركز هذه الحماية كما تجسدت جهودها أيضا في إقرار خطط عملية تقوم بالأساس على تعاون الدول لضمان حماية الطيران المدني من الاعتداءات في السلم وضرورة التنسيق بين السلطات المدنية والعسكرية أثناء الحرب والنزاعات المسلحة. هذا مع الإشارة إلى أن اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949 وبروتوكولها الإضافيين لسنة 1977 تضمن الكثير من المبادئ والقواعد التي تؤسس لحماية الطيران المدني أثناء السلم بوصف الطائرات المدنية من الأعيان المدنية التي يحظر ومنع مهاجمتها وبوصف الركاب المسافرين على متن الطائرة من المدنيين المحميين بموجب القانون الدولي الإنساني.

الكلمات المفتاحية:

الطيران المدني، الحماية القانونية، السلم و الحرب، منظمة الطيران المدني الدولي، القانون الدولي.

Abstract

The civil aviation safety issue has occupied the international community for nearly half a century. The International Civil Aviation Organization (ICAO) has played a leading role in creating legal standards and an agreement that enshrines this protection. It has also embodied practical plans that are based on the cooperation of States to ensure the protection of civil aviation from and the need for coordination between civilian and military authorities during war and armed conflict. The Fourth Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols of 1977 contain many principles and rules that are established for the protection of civil aviation during peace by describing civilian aircraft as civilian objects that are prohibited and prohibited from being used as passengers on board civilians protected by international humanitarian law

Keywords

Civil Aviation, Legal Protection, Peace and War, International Civil Aviation Organization, International Law.

مقدمة:

لقد أولى المجتمع الدولي اهتماما بالغا لحماية الطيران المدني في زمن السلم؛ بوصف أن طبيعة نشاط الطائرات المدنية يتم منطقيا حال السلم، وبتزايد الاعتداءات المتتالية على سلامة الطيران المدني. الطائرة والمسافرين. تم إقرار العديد من الاتفاقيات الدولية التي تحرم وتعاقب على المساس بسلامة الطيران المدني⁽¹⁾. إلا أنّ الملفت للانتباه و الأمر الذي أثار الكثير من الجدل الفقهي أن يتحول الطيران

¹ من الاتفاقيات المتعلقة بسلامة الطيران المدني نذكر:

- أ- اتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي وقعت في 7 ديسمبر 1944 ودخلت حيز في 4 أبريل 1947 وبروتوكولاتها المتتالية.
- ب- اتفاقية طوكيو 14 سبتمبر 1963 المتعلقة بالجرائم والأفعال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرات.
- ج- اتفاقية لاهاي 16 سبتمبر 1970 المتعلقة بقمع الاستيلاء غير القانوني على الطائرات.
- د- اتفاقية مونتريال 23 سبتمبر 1971 المتعلقة بقمع جرائم الاعتداء على سلامة الطيران المدني.

المدني إلى وسيلة و أسلوب للهجمات العدائية، وهو ما حدث بالفعل من خلال هجمات الحادي عشر من سبتمبر 2001 على الولايات المتحدة الأمريكية، وكذا الاعتداءات التي أصبحت تهدد الطيران المدني من جراء النزاعات المسلحة خاصة في ظل امتلاك الجماعات المسلحة غير النظامية لأسلحة دقيقة وذكية، من جهة والتزايد الكبير جدا لاستخدام الطائرات المسلحة من دون طيار من طرف القوات المسلحة النظامية، كل هذا وذاك جعل من المنظمات المتخصصة والإنسانية الفاعلة تسعى إلى إعادة النظر في اتفاقيات حماية الطيران المدني، حيث شرعت منظمة "الإيكو"⁽¹⁾ في استعراض مدى ملائمة الاتفاقيات لمواجهة التهديدات الجديدة والناشئة عن الطيران المدني، كما تم استدراك ذلك من خلال بعض مشاريع الاتفاقيات المتعلقة بسير النزاعات المسلحة الخاصة باستخدام الطائرات أو استهدافها⁽²⁾.

ويكتسي موضوع حماية الطيران المدني أهمية علمية وعملية بحيث تتجلى الأهمية العلمية في بحث المعايير القانونية ذات الصلة بحالة الطيران المدني أثناء النزاعات المسلحة وذلك من خلال البحث و التحري عن طريق الاستقراء والقياس للأحكام الواردة في الاتفاقيات والأعراف الدولية، وكون الموضوع يحتاج إلى البحث والتعمق سدا للفراغ المعرفي في هذا الحقل من الدراسات المتخصصة. أما الأهمية العملية فتكمن في محاولة المساهمة ولو بقدر يسير في إيجاد غطاء قانوني واضح لكفالة حماية الطيران المدني أملتته المستجندات على الساحة الدولية وفرضه واقع سير النزاعات المسلحة المعاصرة، وتماشيا مع جهود منظمة الطيران المدني في هذا المسعى. وقصد تحليل ومناقشة موضوع الحماية القانونية للطيران المدني أثناء النزاعات المسلحة نطرح الإشكالية التالية: ما هي المعايير القانونية لحماية الطيران المدني في ضوء قواعد و مبادئ القانون الدولي؟. وتندرج تحت هذه الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية نوجزها فيما يلي:

✓ ما هي الحماية التي توفرها اتفاقيات الطيران المدني لحماية الطيران المدني أثناء النزاعات المسلحة؟.

✓ ما مدى استغراق اتفاقيات ومبادئ القانون الدولي الإنساني لحماية الطيران المدني؟.

وللإحاطة بالإشكالية التي يثيرها موضوع الدراسة، ولغرض تحليل ومناقشة كل النقاط التي تثيرها الإشكالية؛ ارتأينا تقسيم الدراسة إلى مبحثين اثنين كالتالي:

✓ **المبحث الأول: المعايير القانونية لحماية الطيران المدني أثناء السلم.**

✓ **المبحث الثاني: المعايير القانونية لحماية الطيران المدني أثناء الحرب.**

المبحث الأول

المعايير القانونية لحماية الطيران المدني أثناء السلم

بادئ ذي بدء أن نشير إلى اتفاقية "فيينا" لقانون المعاهدات لعام 1969 لم تنطرق إلى آثار النزاعات المسلحة على المعاهدات، إلا أن فقه القانون الدولي أكد على سريان الاتفاقيات على أطرافها حال السلم والحرب³. ومن خلال الاطلاع على مضمون اتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي لسنة 1947، وعلى وجه الخصوص المادة 89 نجد أنها نصت صراحة على إمكانية وقف العمل بالاتفاقية حال الحرب⁴، إلا أن هذا الوقف غير مطلق و إنما تبقى مسألة الوقف مرتبطة بالمبادئ العامة التي أرسيتها الاتفاقية، لاسيما مسألة ضمان

¹ منظمة الطيران المدني الدولي "I C A O" أنشأت بموجب اتفاقية شيكاغو عام 1947 وهي إحدى المنظمات التابعة للأمم المتحدة ومقر المنظمة في مونتريال بكندا مهمتها تطوير أسس وتقنيات الملاحة الجوية والتخطيط لها، والعمل على ضمان أمن وسلامة الطيران المدني.

² أنظر دليل "سان ريمو" بشأن النزاعات المسلحة في البحار لسنة 1994، أنظر أيضا مشروع جامعة هارفارد لحرب الطائرات والصواريخ 2009.

³ Eric David ,Principes de droit du confits armé ,Bruylant ,Bruxelle , 1994 ,p 65.

⁴ تنص المادة 89 من اتفاقية شيكاغو على أنه: "في حالة الحرب لا تحل أحكام هذه المعاهدة من حرية العمل للدول المتعاقدة سواء كانت محاربة أو محايدة ... "

السلامة الجوية حال وفق تنفيذ الاتفاقية كما أكد هذا الطرح مشروع لجنة القانونيين بشأن الحرب الجوية بلاهاي عام 1943، وذلك بموجب المادة 12 حيث نصت على أنه: "يجوز لأية دولة محاربة أن تمنع أو تنظم دخول أو تحركات أو بقاء الطائرات في اختصاصها". ومن خلال النصين السابقين، نجد أنّ للدولة الحرية في وقف العمل بالاتفاقية الخاصة بالطيران المدني، كما للدولة أن تمنع أو تنظم الطيران المدني أثناء الحرب، إلا أنّ القراءة المعمقة للنصوص القانونية ذات الصلة، وعلى وجه الخصوص الملاحق والبروتوكولات الملحق بها، وكذا جهود منظمة الطيران المدني في هذا الشأن، تصب في ضرورة ضمان الحماية اللازمة للطيران المدني، وهو ما تكرر فعلا من خلال المادة 3 مكرر الصادرة بموجب القرار رقم 01/25 المؤرخ في 10 مايو 1984 أثناء دورتها الاستثنائية بمونتريال، وذلك بنصه على ما يلي: "تعترف الدول المتعاقدة بأنه يجب على كل دولة أن تمتنع عن اللجوء إلى استعمال الأسلحة العسكرية ضد الطائرات المدنية أثناء طيرانها، وبأنّه يجب في حالة اعتراض الطائرة ألا يتعرض الأشخاص الموجودين على متن الطائرة، وسلامة هذه الطائرة للخطر، ولا يمكن أن يفسر هذا الحكم على أنّه بأي شكل كان حقوقا والتزامات الدول المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة" ¹. ونشير إلى صياغة هذه المادة جاء على خلفية تدمير الطائرات العسكرية السوفيتية لطائرة "البوينغ 747" التابعة للخطوط الجوية الكورية الجنوبية في الفاتح من سبتمبر عام 1983 ². ومما سبق نستنتج أن وقف العمل باتفاقية شيكاغو والاتفاقيات ذات الصلة بالطيران المدني، مرتبط بضرورة مراعاة الشروط والإجراءات اللازمة لضمان سلامة الطيران المدني تماشيا مع الاعتبارات الإنسانية، وكذا ضرورة التنسيق العسكري المدني حال النزاعات المسلحة وهو ما سنتناوله من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: تأمين سلامة الأشخاص الموجودين على متن الطائرات المدنية تماشيا مع الاعتبارات الإنسانية.

لقد تبلورت وتضافرت جهود المجتمع الدولي على أكثر من صعيد قصد تأمين الحماية للمسافرين على متن الطائرات المدنية من أي اعتداء أو مساس بسلامتهم وأمنهم، وهو ما تكرر فعلا من خلال جهود منظمة الطيران المدني الدولي، وكذا بعض فروع القانون الدولي وهو ما سنتناوله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دور اتفاقيات سلامة الطيران المدني في تأمين حماية المسافرين

¹ أنظر القرار رقم 25-01 المعدل لاتفاقية شيكاغو، الصادر بمنشور منظمة الطيران المدني الدولي "القرارات السارية المفعول الصادرة عن الجمعية العمومية" بتاريخ 08 أكتوبر 2010، وثيقة رقم 1958 Doc، ص 10.

² في 31 من أوت 1983 ثبتت الطائرة بوينغ 747 التابعة للخطوط الجوية الكورية الجنوبية خط سير بين نيويورك وسيبول على رحلة KE 007، وقد أقلعت هذه الطائرة من نيويورك مساء، وقد كان خط السير الذي يجب أن تتبعه هو الطريق الجوي R 20 الذي يمر بالقرب من حدود أقاليم جمهوريات الاتحاد السوفيتي سابقا، ولكن دون الدخول فيها بيد أنه بعد أن غادرت الطائرة انخرقت عن طريقها نحو الشمال أكثر من 500 كلم، وبذلك دخلت في جزء المجال الجوي الدولي الذي كان يشكل جزءا من منطقة أقاليم معلومات الاتحاد السوفيتي، وبعدها واصلت السير للدخول في المجال الوطني لجمهورية الاتحاد السوفيتي فوق جزيرة Sakhiline، وبعدها قامت السلطات المسؤولة عن الاتحاد السوفيتي باعتراض، وقامت بإطلاق قذيفتين "جر - جر" أصابت الطائرة الكورية، حيث لم يبق أحد من المسافرين على قيد الحياة حيث بلغ عددهم 269 شخص، ولم يسمع البحث الذي أجرى بعد هذه الحادثة بالعثور على الصندوقين الأسودين الموجودين على متن الطائرة، لأن السلطات السوفيتية كانت قد حصلت عليها مباشرة، ولكن بعد 10 سنوات أعادت روسيا هذين الصندوقين إلى منطقة الطيران المدني، وبعد بحثها بدقة أعدت المنظمة الدولية للطيران المدني التقرير النهائي بالنسبة لهذه الحادثة المأساوية، وطبقا للتحقيق الذي أجرته المنظمة توصلت إلى أن طاقم الطائرة سار بطريق الخطأ بعد الإقلاع، وأن السلطات السوفيتية باشرت اعتراض الطائرة الكورية الجنوبية وتدميرها معتقدة أنها طائرة تجسس، وقد تدعم سوء الفهم هذا حقيقة أن طائرة أمريكية للاستطلاع العسكري كانت تطير شرق Kamachatka السوفيتية في أعالي البحار بالقرب من الطائرة الكورية الجنوبية KE 007، ومع ذلك يبدو أن السلطات السوفيتية لم تستوف الإجراءات المناسبة أو الملائمة من أجل التحقق من هوية الطائرة الكورية الجنوبية، كما أظهر التحقيق أن الطائرة المطاردة التي أقلعت من Sakhiline لتنفيذ الاعتراض لم تتمكن من التحقق من هوية الطائرة الكورية ومستوى طيرانها بالاتفاق مع مركز مراقبة طوكيو، الأمر الذي الطائرات السوفيتية على أنه محاولة هرب وبالتالي هاجمتها بقذيفتين جرجر.

انظر في هذا الصدد محمد عبد الرحمن الدسوقي، الحماية الدولية للطيران المدني من الأنشطة العسكرية للدول، د.ط، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 73، 77.

يعتبر منع استخدام الأسلحة ضد الطائرات المدنية من المبادئ العرفية المستقرة لدى المجتمع الدولي، وهو ما تم تأكيده من خلال خبراء القانون الدولي في إطار منظمة الطيران المدني خلال مناقشة نصوص اتفاقية شيكاغو والملاحق التابعة لها¹. وعليه فإن مسألة تأمين سلامة الطيران المدني أثناء النزاعات المسلحة من المبادئ الجوهرية التي ينبغي على كل الأطراف السعي لتحقيقها في كل الظروف والأحوال²، باستثناء إذا ما تحولت الطائرة المدنية إلى طائرة مشاركة مباشرة في الأعمال العدائية، على القواعد العامة المتعلقة بالاستثناءات الواردة على عدم استعمال القوة في العلاقات الدولية كما هو مكرس بموجب المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة³.

كما تم تأكيد هذا الطرح من خلال القرارين الصادرين عن منظمة الطيران المدني الدولي عقب اعتداء القوات السوفياتية على الطائرة الكورية الجنوبية KE 700 المذكورة سابقا حيث صدر القرار الأول في 15 سبتمبر 1983 و أعقبه قرار في 6 مارس 1984 أدنا فيه صراحة العمل السوفياتي ضد الطائرة الكورية الجنوبية، وأكد بقوة أنّ مثل هذا الاستخدام للقوة المسلحة يشكل تهديدا خطيرا لسلامة الطيران المدني، ويتعارض مع القواعد التي تحكم السلوك الدولي ومع القواعد والضوابط والممارسة الموصى بها والمشتقة من اتفاقية شيكاغو ولوائحها والاتفاقيات ذات الصلة بالطيران المدني الأخرى ومع الاعتداءات الأولية للإنسانية⁴.

وتم إقرار هذين القرارين إعمالا لمبدأ الحماية الواجبة لحقوق الإنسان، خاصة وأنّ هذه القضية جرت وقائعها، عقب القيمة القانونية الهامة التي أصبحت حقوق الإنسان والحق في الحياة على وجه الخصوص تحظى بها على المستوى الدولي، إذ أصبحت من القواعد الآمرة "jus cogens" وفي مواجهة الكافة "ErgaOmnes" "والتي تم تأكيدها من خلال القرار الصادر عن محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تركشن"⁵.

كما تؤكد الاتفاقيات الخاصة بسلامة الطيران المدني والاتفاقيات المتعلقة بالجرائم المرتكبة على متن الطائرات المدنية والاستيلاء غير المشروع على الطائرات هذا الطرح، خاصة من خلال التأكيد دائما وأبدا على أولوية حماية الطائرات والمسافرين من أي اعتداء، هذا على الرغم من أن كل هذه الاتفاقيات تشترك في أن أحكام الحماية مقررة فقط للطائرات المدنية ولا تنطبق على الطائرات في الأغراض الحربية والجمركية أو خدمات الشرطة⁶.

¹ في إطار الاعمال التحضيرية لاتفاقية شيكاغو وخاصة المادة 1/3 من الاتفاقية ثار خلاف حول الصياغة القانونية للمادة وذلك بين عبارتي تعهد "S'engage" كل دولة متعاقدة بالامتناع عن اللجوء الى استخدام القوة في مواجهة الطائرة، وعبارة تمتنع "S'abstient" وعبارة تعترف "Reconnaissent" والعبارة الاخيرة هي التي تم الاتفاق عليها بوصف أن الحماية المقررة للطائرة موجودة في العرف الدولي وتم الاعتراف بها في شكل اتفاقية.

يراجع في هذا الصدد: محمد عبد الرحمن الدسوقي، المرجع السابق، ص 124.

2. Jean-Claude piris, L'interdiction du recours a la force contre les aéronefs civils, l'amendement de 1984 a la convention de chicao, annuaire français du droit international, 1984, p 716.

³ تنص المادة 51 على ما يلي: (ليس في هذا الميثاق ما يضعف او ينتقص من الحق الطبيعي للدول، فرادى او جماعات في الدفاع عن انفسهم اذا اعتدت قوة مسلحة على أحد اعضاء الامم المتحدة و ذلك الى ان يتخذ مجلس الامن التدابير اللازمة لحفظ السلم و الامن الدولي).

⁴ محمد عبد الرحمن الدسوقي، المرجع السابق، ص 224. 225.

أنظر الوثيقتين ICAO-9848 و ICAO-9958 Doc

⁵ ذهبت محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن "Barcelona Traction" إلى القول بأنه (إلى جانب القواعد الدولية التي تفرض التزامات متبادلة في مواجهة المواطنين بأحكامها كما هو الحال في القواعد التي تتضمنها المعاهدات الثنائية الاطراف اذ أن انتهاك أحكامها لا يتيح لغير اطرافها رخصة اللجوء إلى القضاء دفاعا عن حقوقهم ومصالحهم التي يمسها الانتهاك فإنه توجد طائفة اخرى من القواعد التي تم المجتمع الدولي بوجه عام ويصبح لكافة أعضاء ذلك المجتمع مصلحة قانونية في ضمان احترامها لأنها تنتمي الى طائفة القواعد القانونية التي تعتبر على الكافة... وهذه المبادئ تنبثق من المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الاساسية للإنسان)

⁶ ICJ.Rec 1970.p32

أنظر ايضا المادة 4/1 من اتفاقية طوكيو بشأن الجرائم والأفعال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرات، والمادة 2/3 من اتفاقية لاهاي لقمع الاستيلاء غير القانوني على الطائرات، والمادة 1/4 من اتفاقية مونترال لقمع جرائم الاعتداء على الطيران المدني.

الفرع الثاني: دور بعض فروع القانون الدولي في تأمين الحماية الدولية للطيران المدني

وإذا ما نظرنا إلى موقف القانون الدولي لحقوق الإنسان من حماية الطيران المدني من الاعتداءات . العسكرية . أثناء السلم فإننا نجد هذه الحماية تؤسس على حقين أساسيين ، أولها يتعلق بالحق في الحياة فالمواثيق والعهود الدولية لحقوق الإنسان تشترك كلها في ضمان هذا الحق¹، بل أنه أصبح من القواعد الآمرة والملزلة للكافة بحيث يتمتع أشخاص القانون الدولي . الدول والمنظمات الدولية والفرد بوصفه شخص من أشخاص المسؤولية الدولية . عن انتهاك هذا الحق، و مما لا شك فيه أن الاعتداء على الطيران المدني هو انتهاك صارخ للحق في الحياة للمسافرين على متن الطائرة المدنية، وثانيها يتعلق بحماية الحق في الملكية كون الطائرة المدنية مملوكة لدولة معينة وحق الملكية هو الآخر حق مكفول بموجب اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان والاتفاقيات ذات الصلة بالطيران المدني²، فالاعتداء على الطائرة المدنية هو اعتداء على الحق في الملكية ، وثالثها يتعلق بالحق في حرية التجارة ، فمن المعلوم أن هدف الطيران المدني هو التجارة بالأساس سواء تعلق بنقل المسافرين أو نقل البضائع ، فهذا الحق هو الآخر مكفول بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان وكذا حرية الملاحة الجوية وسلامتها الذي تؤكد منظمة الطيران المدني³، هذا الحق مرتبط ارتباطا وثيقا بحق آخر مكفول وهو الحق في حرية التنقل⁴.

كما تؤسس الحماية للطيران المدني من الاعتداءات في زمن السلم على بعض المبادئ المستقرة في القانون الدولي ولعل أهمها مبدأ السيادة، فباعتبار الطائرة تحمل جنسية الدولة فلا يجوز المساس بها وفق مبدأ السيادة، والسيادة في هذا الإطار لها معنيين معنى يتعلق بالطائرة التي تحمل جنسية الدولة، ومعنى يتعلق بسيادة الدولة على مجالها الجوي بحيث يتمتع أي من أشخاص القانون الدولي المساس بسيادة الدولة . في نطاقه الجوي . وقد نادى بهذه الفكرة الفقيه الانجليزي " Zittelmann , Gruenwald , Wastlake " الألمانين و " De visscher " البلجيكي و " Anzilotti " الإيطالي و " Nijeholt " الهولندي وغيرهم ، وقد أسسوا حججهم في سيادة الدولة على مجالها الجوي انطلاقا من القاعدة السائدة في القانون الروماني " مبدأ ملكية العلو " ad Coelum " ⁵.

وبالتالي كل هذه المبررات القانونية تؤسس بصورة مباشرة أو غير مباشرة للحماية القانونية المكفولة للطيران المدني، هذا بالإضافة إلى المعايير العملية التي أرسنها منظمة الطيران المدني الدولي في سبيل تعزيز هذه الحماية والآليات الأخرى ذات الصلة، وهو ما سنتولى تحليله ومناقشته من خلال المطلب الثاني:

المطلب الثاني: آليات تعزيز حماية الطيران المدني أثناء السلم

حتى تضمن المعايير القانونية فعاليتها ونجاعتها في تحقيق الحماية للطيران المدني لا بد من تعزيز هذه المعايير بآليات عملية تسعى لهذا الهدف، وهو ما تجسد فعلا من خلال المنظمة الدولية للطيران المدني والجهات القضائية الوطنية في محاربة كل مساس وتهديد لأمن وسلامة الطيران المدني وستتناول هاتين الآليتين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دور منظمة الطيران المدني الدولي في حماية الطيران المدني أثناء السلم

باعتبار المنظمة الدولية للطيران المدني الآلية القانونية والعملية التي تسهر على سلامة الطيران المدني، فقد أسهمت مساهمة فعالة في سبيل تحقيق أهم الأهداف التي أنشأت من أجلها، وهو ما تجسده فعلا من خلال البروتوكولات الملحققة باتفاقية شيكاغو، حيث تضمن البروتوكول الحادي عشر لاتفاقية شيكاغو مسألة القواعد الإجرائية للتنسيق المدني العسكري لضمان سلامة الطيران المدني⁶، بحيث أن

¹.أنظر المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والمادة من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966.

².أنظر المادة 17 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان.

³.مشهور بحيث العرمني: الشرعية الدولية لمكافحة الارهاب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن 2009، ص 49. 50.

⁴.أنظر المادة 12 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

⁵.ابراهيم فهمي ابراهيم شحاتة، القانون الجوي الدولي وقانون القضاء، دون ذكر الطبعة، دور نشر، 1966، ص 59.60.

⁶. الملحق رقم 11 المضاف لاتفاقية شيكاغو المتعلق بتنسيق الانشطة التي تنطوي على خطر محتمل للطائرات المدنية في الطيران

المبادرة بالتنسيق هو التزام يقع على عاتق الدول التي تشارك قواتها في النزاع وفي حال عدم القيام بهذه الالتزام ينتقل هذا الالتزام إلى الدول المكلفة بإقامة أو تثبيت خدمات الحركة الجوية في المجال الجوي المتأثر بالنزاع¹، هذا أخذ بعين الاعتبار أن الدولة صاحبة الطائرة المدنية غير معنية بالنزاع، وباعتبار أن التنسيق بين السلطات المدنية والعسكرية ضماناً أساسية لحماية الطيران المدني، يجب أن يتم من خلال إبرام أفضل الترتيبات بين السلطات المدنية والعسكرية وأن يتمحور حول الأسس التالية :

- ✓ يجب أن تختار المواقع أو المناطق والمواعيد ومدد الأنشطة المعنية بشكل يتجنب غلق أو تحويل الطرق التي أنشأتها خدمات الحركة الجوية، أو وفق مستويات الطيران الأوفر اقتصادياً، أو إعاقا استخدام الطيران المنتظم، ما لم يوجد أي حل آخر.
- ✓ يجب أن تكون اتساعات المناطق الجوية المنشئة لتنفيذ الأنشطة المعنية ضئيلة كلما أمكن.
- ✓ يجب أن يقيم تنسيق مباشر بين سلطة خدمات الحركة الجوية المختصة أو وحدة خدمات الحركة الجوية والمؤسسة، التي تنفذ الأنشطة العسكرية بالنسبة للحالات التي تتطلب وقف هذه الأنشطة، بسبب حالة الاستعجال أو الضرورة أو في حالات الظروف الطارئة الأخرى².

وتتم عملية التنسيق عن طريق تبادل المعلومات والاتصال المباشر بين السلطات العسكرية والمدنية المعنية، والتحقيق من هوية الطائرات المدنية، والتنبيه والمساعدة في الملاحة الجوية قصد تحقيق الحماية اللازمة للطائرات المدنية³. كما تبنت المنظمة الدولية للطيران المدني ملحق جديد باتفاقية شيكاغو 1977 - الملحق رقم 17 - والذي يتعلق "بحماية الطيران المدني الدولي ضد أعمال التدخل غير المشروع". حيث حددت المقاييس والممارسات المطلوبة من الدول في هذا المجال⁴. وقد تم اعتماد هذا الملحق عقب سلسلة الهجمات والتفجيرات التي مست الطيران المدني ولعل أهمها حادثة تخريب وتدمير الطائرة الكويتية في 06 أكتوبر 1976 . إذ أنّ منظمة الطيران المدني أصدرت قراراً أذنت فيه التخريب الإجرامي المرتكب ضد الطائرة الكويتية من طراز سي يو - تي 1201 الذي راح ضحيته 73 شخصاً⁵. كما أكد القرار على حث الدول على محاكمة المجرمين الذين ارتكبوا هذا الفعل وتوقيع أقصى العقوبات عليهم، بحيث تكون العقوبة متفقة وجسامة الجريمة وتمثل رادعاً في المستقبل⁶.

كما كان لحادث إسقاط الطائرة الإيرانية أيرباص A 300 في 03 جويلية 1988 أثر كبير في إقرار منظمة الطيران المدني لإجراءات وتدابير الحماية الخاصة للطائرات المدنية من الهجمات العسكرية، وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 03 جويلية 1988 كانت الطائرة الإيرانية أيرباص A 300 مستخدمة للربط بين بندر عباس و، رحلة رقم 655 فوق مضيق هرمز، وكانت السفينة الحربية الأمريكية المتخصصة في المراقبة والاستكشاف USS- Vincennes متواجدة في منطقة الخليج، حيث أنه قبل بضعة دقائق من تدمير الطائرة اكتشف رادار السفينة الحربية الأمريكية Vincennes طائرة كانت متجهة نحو هذه السفينة بسرعة كبيرة، فأرسلت هذه السفينة الحربية الأمريكية سبعة تنبيهات أو تحذيرات لاسلكية، ولكنها لم تتلق أي رد من جانب الطائرة غير المعروفة التي هبطت نحوها بسرعة كبيرة، وقد تولد إحساس لدى السفينة الحربية الأمريكية بأن هذه الطائرة التي تحبط نحوها طائرة F 14 إيرانية، الأمر الذي دفعها إلى إطلاق صاروخين ضدها فسقطت في مياه الخليج وأسفرت عن وفاة 290 شخصاً، هذه الحادثة المأساوية أدت إلى إصدار قرار من المنظمة الدولية للطيران المدني يقضي بإدانة الهجوم، ويحث على ضرورة التنسيق بين الأنشطة العسكرية والأنشطة المدنية، كما أصدر مجلس

¹.أنظر المادة 2/10 من الملحق رقم 11

².محمد عبد الرحمن الدسوقي، المرجع السابق، ص 165

³.نفس المرجع، ص 170. 175.

⁴.محمد سعادي، الإرهاب الدولي بين الغموض والتأويل، دار الجامعة الجديدة، مصر 2009، ص 54.

⁵.القرار رقم 22-5 "تخريب و تدمير طائرة مدنية كويتية أثناء طيرانها في رحلة منظمة في منطقة الكاريبي، مما نتج عنه مصرع 73 من الركاب و أفراد الطاقم القرارات السارية المفعول الصادرة عن الجمعية العمومية لمنظمة الطيران المدني الدولي، المرجع السابق، ص 42.43.

⁶.أنظر الفقرة 02 من القرار 22 - 5

الأمن الدولي بالإجماع القرار رقم 616 في 20 جويلية 1988، ناشد فيه بقوة الدول الأطراف في اتفاقية شيكاغو أن تحترم بدقة وفي كل الظروف التنظيمات والممارسة الدولية المتعلقة بسلامة الطيران المدني من أجل تجنب وقوع مثل هذه الحوادث¹، كما أمست اتفاقية وارسو لسنة 1929 لمسؤولية الناقل الجوي وعززت كل الاتفاقيات المتعلقة بالطيران المدني هذا الطرح². بحيث يعتبر التعاون الدولي تحت غطاء المنظمة الدولية للطيران المدني أهم عامل لنجاح وتكريس الحماية لسلامة وأمن الطيران المدني، وفي هذا السياق يقول الفقيه بكاريا Baccaria " من أنجح الوسائل لمنع الجريمة الإيقان بعدم وجود مكان يمكن أن يفلت فيه المجرم من العقاب"³.

الفرع الثاني: دور القضاء الوطني في حماية سلامة و أمن الطيران المدني أثناء السلم

تكاد تشترك كل النظم الجزائية المقارنة في العقاب على المساس بأمن و سلامة الطيران المدني، و إدراج هذا الفعل ضمن جرائم القانون العام المعاقب عليها بعقوبات جسيمة خاصة إذا ما اقترنت مع عمليات قتل أو تخريب أو تهديد، بل و حتى مجرد الشروع في هذه الجريمة يعاقب عليها بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة. و نشير إلى أن النص على تجريم كل فعل يهدد سلامة الطيران المدني له بعدان أو خلفيتان إن صح التعبير، بعد وطني داخلي كون المساس بسلامة وأمن الطيران المدني هو مساس بسلامة و أمن المجتمع الوطني و الأملاك الوطنية لذا تم إقرار هذا النوع من الجرائم و متابعتها قضائيا، أما الخلفية الثانية فتتعلق بتنفيذ الالتزامات والتعهدات الدولية في إطار منظمة الطيران المدني الدولي و في نفس السياق في الإطار العلاقي بين الاتفاقيات و المعاهدات الدولية و القانون الوطني⁴.

وتجسيدا لذلك فإن المشرع الجزائري قد نص على تجريم هذه الأفعال بمقتضى المادة 417 مكرر من قانون العقوبات رقم 156/66 المعدل و المتمم على ما يلي: (يعاقب بالإعدام كل من استعمل العنف أو التهديد من اجل التحكم في طائرة على متنها ركاب أو السيطرة عليها).

المبحث الثاني

المعايير القانونية لحماية الطيران المدني أثناء الحرب

انطلاقا من الطبيعة المزدوجة للطيران المدني من منظور القانون الدولي الإنساني، بأن الحماية المقررة للطيران المدني حماية مضاعفة كونها تشتمل على جانب شخصي يتعلق بالمسافرين على متن الطائرة و الذين يعتبرون من المدنيين، وجانب مادي يتعلق بالطائرة المدنية بوصفها من الأعيان أو الأهداف المدنية غير المشروعة لمباشرة هجوم عسكري ضدها، وعليه سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى بحث وبيان المعايير القانونية لحماية الطيران المدني أثناء النزاعات المسلحة من خلال استعراض مدى استغراق اتفاقيات القانون الدولي الإنساني والمبادئ ذات الصلة بسير النزاعات المسلحة للطيران المدني، لم نتطرق الجهود الدولية في سبيل تعزيز حماية الطيران المدني في النزاعات المسلحة المعاصرة.

المطلب الأول: دور مبادئ القانون الدولي الإنساني في ضمان حماية الطيران المدني:

يقوم جوهر القانون الدولي الإنساني على جملة من المبادئ التي استقرت لدى المجتمع الدولي وأقرها القضاء الدولي كأحد القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني⁵، وفي هذا السياق سنتناول أهم المبادئ التي تؤسس للحماية القانونية للطيران المدني خلال النزاعات المسلحة كما يلي:

¹ محمد عبد الرحمن الدسوقي، المرجع السابق، ص 103.101.

² أنظر المواد 17 - 21 من اتفاقية وارسو لعام 1929، وانظر بروتوكول لاهاي وبروتوكول مونترال حول تعديل المادة 20 من اتفاقية وارسو لعام 1929

³ حكيم غريب، السياسة الدولية والقانون الدولي في مكافحة الارهاب الجوي، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2012، ص 574

⁴ تنص المادة 150 من الدستور الجزائري، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج.، ع. 14 المؤرخة في 07 مارس 2016، ص. 29 على أنه: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون "

⁵ أنظر الرأي الاستشاري لحكمة العدل الدولية (دراسة حول مشروعية استخدام التهديد بالأسلحة النووية، الفقرة 78، ص 257.

الفرع الأول: دور مبدأ التمييز في حماية الطيران المدني أثناء النزاعات المسلحة

لقد أسفرت الممارسة الدولية والعرف الدولي وبعض القواعد ذات الصلة بسير النزاعات المسلحة عن رسوخ مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين وعلى أن توجه الهجمات إلى المقاتلين فحسب ولا يجوز أن توجه ضد المدنيين والأعيان المدنية¹، كما يجد هذا المبدأ سنده القانوني الاتفاقي من خلال نص المادة 48 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 بنصها على ما يلي: "تعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين، وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية. ومن ثمة توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها وذلك من أجل تأمين واحترام حماية السكان المدنيين والأعيان المدنية"².

وبناء على ما سبق ذكره يعتبر الركاب والمسافرين على متن الطائرات المدنية مدنيين يحظر القانون الدولي الإنساني مهاجمتهم إلى أن يثبت العكس، وبالتالي يتمتعون بالحماية التي يقرها القانون الدولي الإنساني للمدنيين. إذ أن الحماية المكفولة لهم لا تقتصر فقط على عدم المهاجمة وإنما بتوفير الأمن والأمان لهم، بحيث تحظر كل أعمال العنف أو حتى التهديد بها بغرض بث الذعر بين المدنيين³. ونشير في هذا الصدد إلى أن حماية المسافرين على متن الطائرات المدنية حماية مضاعفة، فهي حماية قبلية بأن يحظر مهاجمة الطائرات المدنية بوصفها من الأعيان المدنية، وعلى القائد العسكري الذي يقوم بعملية الهجوم أو القصف أن يفعل كل ما في وسعه لضمان حماية المدنيين كما أكدت اتفاقيات لاهاي للحرب البرية لسنة 1907 حظر الهجوم على المدن أو القرى أو المساكن أو السفن غير المدافع عنها أو قصفها بأية وسيلة⁴، وقياسا على هذا النص فإنه يحظر مهاجمة الطائرات المدنية التي تقل المدنيين، وقد أكد القضاء الدولي على هذا المبدأ بمناسبة نظره في العديد من القضايا التي عرضت عليه⁵. وقد أسهمت محكمة العدل الدولية على وجه الخصوص في رأيها الاستشاري حول مشروعية استخدام أو التهديد باستخدام لأسلحة النووية أن مبدأ التمييز هو من قبيل القواعد الآمرة "Jus Conges" الملزمة للكافة "Erga Omnes" بنصها على أنه: "المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني - بما فيها مبدأ التمييز - يجب أن تمثل إليها الدول سواء كانت قد صدقت على الاتفاقيات التي تحتويها أم لم تصدق، وذلك أنها تمثل مبادئ القانون الدولي العرفي غير القابلة للانتهاك"⁶.

الفرع الثاني: دور مبدأ حظر الهجمات العشوائية في حماية الطيران المدني أثناء النزاعات المسلحة

يؤسس مبدأ حظر الهجمات العشوائية لحماية الطائرات المدنية والمسافرين المدنيين على متنها، ويقصد بالهجوم العشوائي هو الهجوم الذي لا يتخذ فيه المهاجم التدابير اللازمة لتجنب أهداف غير عسكرية⁷، ويعتبر هذا المبدأ كذلك من القواعد المعرفية في القانون الدولي الإنساني، حيث تضمنتها قائمة القواعد العرفية في القانون الدولي الإنساني المعدة من قبل اللجنة الدولية للصليب الأحمر⁸، إذ أن القاعدة

¹ جون ماري هنكرتس، القانون الدولي الإنساني العرفي - إسهام في فهم واحترام القانون في النزاع المسلح، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر. القاهرة، مصر، 2005، ص 30-31.

² أنظر المادة 48 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977، موسوعة القانون الدولي الإنساني. إل. د. ص. أ، ص 289.

³ أنظر القاعدة 02 من القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق، ص 30.

⁴ أنظر المادة 25 من اتفاقية لاهاي للحرب البرية لسنة 1907.

⁵ تم التأكيد على مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين في محكمة طوكيو لمحاكمة مجرمي الحرب العالمية الثانية، خاصة من خلال قضية شيمودا في 07 سبتمبر 1963 للمطالبة عن الأضرار التي لحقت به جراء قصف اليابان بقنبلة هيروشيما وناكازاكي حيث أكدت المحكمة على وجوب احترام مبدأ التمييز في حيثيات حكمها وذلك بقولها:

"...It is wrong to claim that the distinction between a military objective and a non-military objective has disappeared under to situation of a total war".

⁶ ICJ report 1996, "Legality of the threat or use of nuclear weapons", p78, p257.

Sec; Mohamed Arrassen, *Conduit des hostilités, Droit des conflits Armés et des armements*, Bruxelles 1986, p35, 37.

⁷ سلوان جابر هاشم، حالة الضرورة في القانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013، ص 184.

⁸ انظر القاعدة 11، 12 و 13 من القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق.

12 و 13 تواليا وضحت وبشكل جلي لا يضع مجالا للشك أن هذا المبدأ - حظر الهجمات العشوائية - ينطبق انطباقا مباشرا على الطائرات المدنية بوصفها من الأعيان المدنية التي يحظر مهاجمتها وعلى الركاب بوصفهم مدنيين، ومن ثم هذا المبدأ هو الآخر يؤسس لحماية مضاعفة أو مزدوجة للطيران المدني بشقيها المادي والشخصي (الطائرة المسافرين) وعزز البروتوكول الإضافي الأول هذه الحماية، حيث اعتبر من الأبحاث العشوائية الهجوم قصفا بالقنابل، والهجوم الذي يمكن أن يتوقع منه تسبب خسارة في الأرواح للمدنيين أو إصابة بهم، أو أضرار بالأعيان المدنية، يتجاوز ما ينتظر أن يسفر عنه ذلك الهجوم من ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة¹، كما أن حماية وسائل النقل في القانون الدولي الإنساني مكرسة فعلا، بل تعتبر من جوهر وروح القانون الدولي الإنساني خاصة إذا كانت هذه الوسائل تقوم بنقل المدنيين أو الجرحى أو المرضى أو العجزة حيث يحظر الهجوم عليها، وضمان حرية مرورها شرط استخدامها على نحو سلمي لأداء دورها العادي، وأن لا يعرقل عن قصد تحركات المقاتلين، حيث يميز هذه الوسائل بوضع الشارات المميزة لتفادي الهجوم عليها²، وبالنظر لطبيعة عمل الطائرات المدنية بنقل المدنيين الذين لا علاقة لهم بالنزاع المسلح فإنه يحظر تدميرها أو الاستيلاء عليها، وتبقى في عداد الممتلكات المدنية وركابه من المدنيين الذين لا يجوز مهاجمتهم³. ونصت العديد من تشريعات الدول على حظر الهجمات العشوائية واعتبرتها جرما يعاقب عليه في قانون العقوبات كقانون العقوبات العسكرية الأردني على سبيل المثال، الذي نص على ما يلي: " تعتبر الأفعال الآتية أثناء النزاعات المسلحة جرائم حرب: الهجوم العشوائي الذي يرتكب ضد السكان المدنيين أو الممتلكات المدنية مع العلم بأن الهجوم يسبب خسائر بالغة في الأرواح أو إصابات في الأشخاص المدنيين أو إضرارا بالممتلكات المدنية⁴."

المطلب الثاني: الحماية الخاصة للطائرات الصحية والإنسانية

لقد حظيت الطائرات الخاصة بالمساعدة الإنسانية ضمانا لتنفيذ القانون الدولي الإنساني هي الأخرى؛ بحماية متميزة في ظل اتفاقيات القانون الدولي الإنساني والمشاريع والجهود الحديثة لتنظيم الحرب الجوية، وهو ما سنتناوله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دور اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في كفالة الحماية القانونية للطائرات الصحية أثناء النزاعات المسلحة

لقد تضمنت اتفاقيات جنيف الرابعة لسنة 1949 حماية خاصة للطائرات المدنية الصحية وذلك من خلال المادة 1/22 بنصها على ما يلي: " لا يجوز الهجوم على الطائرات التي يقتصر استخدامها على نقل الجرحى والمرضى المدنيين والعجزة والنساء والنفاس، أو نقل الموظفين الطبيين والهجمات الطبية، بل يجب احترامها عند طيرانها على ارتفاعات وفي أوقات ومسارات يتفق عليها بصفة خاصة بين أطراف النزاع المعنية " وقد أكد البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 هذه الحماية الخاصة من خلال نص المادة الثامنة عنه بنصها على أنه: " تعتبر الطائرة الصحية " Aeronef sanitaire " كل وسيلة نقل صحية بطريق الجو، وأكد على حمايتها من خلال نص على ما يلي: " يجب حماية وعدم انتهاك الطائرات الطبية وفقا لأحكام هذا الباب " ⁵. حيث حث البروتوكول الدول الأطراف على إبرام اتفاقيات تعاون لتنظم الطيران الصحي وتحتلف الإجراءات والتدابير المتفق عليها بحسب الوضعية التي تكون عليها الطائرة الصحية، فإن كانت طائرة

¹. انظر المادة 51، 41 و 5 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977.

². يوسف إبراهيم النقي، التمييز بين الهدف العسكري والهدف المدني وحماية الأهداف المدنية والأماكن التي تحتوي على خطورة خاصة وفقا للقانون الدولي الإنساني، مؤلف جماعي القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، الطبعة الثالثة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2006، ص 421.

³. محمد عبد الرحمان الدسوقي، المرجع السابق، ص 280-281.

⁴. انظر المادة 10/41 من قانون العقوبات العسكري الأردني لسنة 2006.

⁵. انظر المادة 24 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977.

غير مسيطر عليها من طرف معاد ففي هذه الحالة يتوقف حمايتها على اتفاق مع الطرف المعادي، ولكن يمكن أن يعطي الطرف المعادي إخطارات خاصة إذا كانت تقوم هذه الطائرات بطيران بحرص أو سيتدرجها إلى متناول أنظمة الأسلحة أرض - جو للطرف المعادي¹. أما إذا كانت الطائرة الصحية المعنية تعمل بمنطقة تماس تسيطر عليها في الواقع قوات صديقة، أو في مناطق لم تسيطر عليها في الواقع أية قوة بوضوح فإن فعالية هذه الطائرة متوقف على الاتفاق المسبق الذي يتم بين السلطات العسكرية المختصة لأطراف النزاع كما هو منصوص عليه بموجب المادة 29 من البروتوكول الأول لسنة 1977²، ونشير إلى أن حماية الطائرات الصحية هي الأخرى حماية مضاعفة أو مزدوجة، فهي محمية حماية عامة بموجب القواعد العامة المتعلقة بحماية المدنيين والأعيان المدنية، وحماية خاصة بموجب الاتفاقات بين الأطراف المتنازعة، حسب ما هو وارد بموجب المادة 27 من البروتوكول الأول بنصه على أنه: " - تستمر الطائرات الطبية التابعة لأحد أطراف النزاع متمتعة بالحماية أثناء تحليقها فوق المناطق البرية والبحرية التي يسيطر عليها الخصم فعليا شريطة الحصول على موافقة مسبقة على هذا التحليق من السلطة المختصة لدى ذلك الخصم. - تبذل الطائرات الطبية التي تحلق فوق منطقة يسيطر عليها الخصم فعليا قصارى جهدها للكشف عن هويتها وإخبار الخصم بظروف تحليقها وذلك إذا ما حلت دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في الفقرة الأولى أو بالمخالفة لشروط هذه الموافقة سواء كان ذلك عن طريق خطأ ملاحي أم بسبب طارئ يؤثر على سلامة الطيران، ويجب على الخصم فور تعرفه على مثل هذه الطائرة الطبية أن يبذل كل جهد معقول في إصدار الأمر بأن تهبط على الأرض وتطفو على الماء حسبما أشير إليه في الفقرة الأولى من المادة 30 أو في اتخاذ الإجراءات للحفاظ على مصلحة الخاصة ويجب في كلتا الحالتين إهمال الطائرة الوقت الكافي لامتنال الأمر قبل اللجوء إلى مهاجمتها ".

وحتى تبقى الطائرة الصحية محافظة على طبيعتها المدنية لا بد من بقائها محافظة على صفتها المدنية وذلك من خلال تقيدها بالتدابير والإجراءات التي تبقّيها متمتعة بالصفة والحماية المدنية³. كما أنه يخول لأي طرف معاد مسيطر على منطقة تحلق فيها الطائرات الصحية أن تتخذ جملة من التدابير الاحترازية على غرار الأمر بمبوطها وتفتيشها قصد التحقق من طبيعتها المدنية والصحية على وجه الخصوص مع ضرورة التقيد دائما بحماية الجرحى والمرضى الموجودين على متن الطائرة الصحية ومعاملتهم معاملة إنسانية تتلائم ووضعتهم كأطراف ضعيفة وعاجزة عن القيام بالعمليات العدائية⁴.

الفرع الثاني: الجهود الدولية الحديثة لضمان الحماية القانونية للطائرات الصحية أثناء النزاعات المسلحة

ومن المعايير والجهود المبذولة حديثا في سبيل تعزيز حماية الطيران المدني عموما والطائرات الصحية والإنسانية على وجه الخصوص خلال النزاعات المسلحة في البحار سنة 1995 والذي لاقي قبولا كبيرا من طرف أشخاص القانون الدولي، إلا أنه يفتقد إلى عنصر الالتزام القانوني، حيث خصص موادًا وقواعد كثيرة ومتعددة تناولت الوضع القانوني للطائرات المدنية والصحية والإنسانية أثناء النزاعات

¹. تنص المادة 25 من البروتوكول الإضافي الثاني على أنه : "لا تتوقف حماية وعدم انتهاك الطائرات الطبية التابعة لأي طرف من أطراف النزاع على وجود أي اتفاق مع خصم هذا الطرف، وذلك في المناطق البرية التي تسيطر عليها فعليا قوات صديقة أو في أجوائها التي لا يسيطر عليها الخصم فعليا، ويمكن مع ذلك لأي طرف من أطراف النزاع تعمل طائرته الطبية في هذه المناطق حرصا على مزيد من السلامة، أن يخطر الخصم وفقا لما نصت عليه المادة 29 وخاصة حين يؤدي تحليق هذه الطائرات بها إلى أن تكون في مجال أسلحة الخصم التي تطلق من الأرض إلى الجو.

². انظر المادة 29 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977.

³. انظر المادة 28 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977.

⁴. انظر المادة 30 من البروتوكول الإضافي لسنة 1977.

المسلحة في البحار¹. كما تم إعداد مشروع اتفاق من طرف جامعة هارفارد عام 2009 يتعلق بالحرب الجوية - الطائرات والصواريخ - وتناول هو الآخر أحكاما ومبادئ مختلفة بشأن الطائرات المدنية والصحية².

وقد أكد القضاء الجنائي الدولي هذه الحماية المقررة للطائرات المدنية والصحية، إذ اعتبرها من الانتهاكات الجسمية للقانون الدولي الإنساني، وخاصة مسألة توجيه الهجمات ضد السكان المدنيين بصفتهم هذه أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية، وكذا تعمد شن هجمات ضد موظفين مستخدمين أو منشآت أو مواد أو وحدات أو مركبات مستخدمة في مهمة من مهام المساعدة الإنسانية أو حفظ السلام عملا بميثاق الأمم المتحدة ماداموا يستحقون الحماية التي توفر للمدنيين أو للمواقع المدنية بموجب القانون الدولي للمنازعات المسلحة³.

مع الإشارة أن حماية الطيران المدني مقررة سواء كان النزاع المسلح دوليًا أو غير دولي، وأن مسألة فعالية الحماية المقررة للطيران المدني سواء في السلم أو الحرب مرتبطة ارتباطا وثيقا بإرادة الدول بتنفيذ الالتزامات والتعهدات الدولية الملقاة على عاتقها، بالإضافة إلى العمل على تطوير آليات التعاون الدولي لمحاربة هذه الجريمة كونها جريمة تتعدى حدود الدولة الواحدة و تدرج ضمن الجريمة المنظمة العابرة للحدود وكذا تعزيز الآليات الردعية والعقابية عن كل من تسول له نفسه المساس بأمن و سلامة الطيران المدني.

خاتمة:

انطلاقا من الأهمية الكبيرة التي أصبح الطيران المدني يتبوؤها في توطيد العلاقات الدولية الاقتصادية والإنسانية، وتأسيسا على التهديدات والاعتداءات المتزايدة التي أصبحت تهدد سلامة الطيران المدني سواء في حالة السلم أو حالة الحرب، عمل أشخاص المجتمع الدولي على بذل جهود مضيئة في سبيل الاتفاق على معايير قانونية يتم من خلالها تعزيز حماية الطيران المدني، وبالفعل كللت هذه الجهود بإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية وفق هذا الغرض، خاصة في حالة السلم. إذ لعبت منظمة الطيران المدني الدولي دورا رياديا في تطوير قواعد القانون الدولي التعاهدي المتعلقة بحماية الطيران المدني الدولي وكذا إقرار العديد من الإجراءات والخطط العملية لضمان هذه الحماية. أما فيما يتعلق بمعاهدتي حماية الطيران المدني أثناء الحرب - النزاعات المسلحة - فقد تم رصد العديد من النصوص القانونية الواردة بموجب اتفاقيات جنيف لسنة 1943 وبروتوكولها الاتفاقيات لسنة 1977 تؤسس لحماية الطيران المدني، بل إن الحماية المقررة للطيران المدني حماية مضاعفة بموجب القانون الدولي الإنساني، حماية للطائرة المدنية بوصفها من الأعيان المدنية أو حماية للمسافرين على متن الطائرة المدنية بوصفهم من المدنيين الذين يستفيدون من الحماية والامتيازات التي يوفرها القانون الدولي الإنساني، ولا زالت الجهود مبذولة من قبل المنظمات الإنسانية وعلى رأسها اللجنة الدولية للصليب الأحمر في سبيل تعزيز هذه الحماية، ولذلك ينبغي العمل على ما يلي:

- ضرورة تعزيز وتنمية التعاون بين مختلف الفاعلين في سبيل تطوير سلامة وأمن الطيران المدني أثناء السلم والحرب.
- العمل على التنسيق بين السلطات المدنية والعسكرية أثناء السلم والحرب حول وطبيعة الطيران المدني، والتشجيع على إبرام الاتفاقيات والاتفاقيات الثنائية حول مسارات وممر الملاحه الجوية.
- المساءلة الجنائية عن انتهاكات سلامة الطيران المدني وذلك عن طريق تفعيل دور الشرطة الدولية والمحكمة الجنائية الدولية، وكذا المتابعة عن طريق الاختصاص الجنائي العالمي، وإبرام اتفاقيات التعاون القضائي وتسليم المجرمين ذات الصلة بالجرائم الماسة بالطيران المدني.

¹. أنظر: البند 13/و من دليل سان ريمو المتعلق بالنزاعات المسلحة في البحار لسنة 1994.

². Manual On International Law Applicable To Air and Missile warfare , Bern, 15 May 2009, Program On Humanitarian Policy and Confilakt Research at Harvard University, Rules 47-87, P20-31.

³. انظر المادة 08 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

دور محكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي

The role of the International Court of Justice in the development of the norms of international law

بن عيسى الأمين، طالب باحث في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/09 - تاريخ المراجعة: 2017/11/12.

ملخص:

القضاء بصفة عامة على المستويين الوطني والدولي يعتبر من ضمن مصادر القانون، إلا أنه على المستوى الدولي، ونظرا لانعدام سلطة تشريعية على غرار ما نلمسه في نطاق الأنظمة الوطنية، جعل من القضاء الدولي ممثلا في محكمة العدل الدولية يلعب دور جد مهم في تطوير قواعد القانون الدولي، فغياب سلطة تشريعية على المستوى الدولي، جعل من محكمة العدل الدولية تحتل دورا رياديا في تطوير قواعد القانون الدولي. إن هذا الدور الذي تلعبه محكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي هو ما سنبينه من خلال هذا المقال.

الكلمات المفتاحية:

محكمة، العدل، الدولية، القانون، الدولي.

Abstract

In general, the judiciary at the national and international levels is considered to be one of the sources of law. At the international level, however, and because of the lack of legislative authority along the lines of national regulations, the international judiciary represented in the International Court of Justice plays a very important role in the development of the rules of International law, the absence of legislative authority at the international level gives the international Court of Justice a leading role in the development of the norms of international law.

This role of the International Court of Justice in developing the rules of international law is what we will show through this article.

key words:

Court, Justice, International, Law, International.

مقدمة:

إن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المنشأة في 6 مايو 1946، هو امتداد لنظام المحكمة الدائمة للعدل الدولي المنشأة بموجب إعلان عصبة الأمم في 13 ديسمبر 1920، وقد ورد هذا التمديد بالنسبة للنظام الأساسي بموجب مؤتمر "دامبرتن أوكس" لسنة 1944 المتعلق بإنشاء منظمة الأمم المتحدة. وفي مجال مساهمة محكمة العدل الدولية في إثراء منظومة القانون الدولي وتطوير قواعده والمساهمة في وضعها، يتوجب علينا التطرق إلى مختلف اختصاصاتها وآلياتها على اختلاف أنواعها بدءا بالفصل في النزاعات الدولية الناشئة بين الدول وهو يمثل اختصاصها القضائي الإجباري، ثم الاختصاص الاستشاري الذي تدلي به المحكمة بناء على طلب المنظمات و الهيئات الدولية، وأخيرا الآراء التي يدلي بها القضاة حول النزاع القانوني محل الفصل القضائي أو محل الاستشارة والذي ينشر ويرفق بالقرار أو الرأي الاستشاري، ثم التعرف أثناء التطرق لكل نقطة على مدى مساهمة محكمة العدل الدولية في إثراء منظومة القانون الدولي وذلك بالتطرق إلى مختلف القضايا التي فصلت فيها المحكمة أو أبدت فيها رأيها الاستشاري.

وبما أن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية هو امتداد للنظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي، فسيتم التطرق أيضا إلى بعض القضايا التي تم الفصل فيها أثناء سريان هذه الأخيرة وذلك لمعرفة مختلف المبادئ والقواعد التي كرستها المحكمة وساهمت بموجبها في إثراء القانون الدولي.

انطلاقا من ما تقدم ذكره سيتم طرح الإشكال الآتي: فيما تتمثل وظائف محكمة العدل الدولية؟ وكيف تساهم المحكمة بموجب هذه الوظائف في إثراء وتطوير قواعد القانون الدولي؟. ستنتم الإجابة على هذا الإشكال عبر التطرق إلى ثلاثة مباحث؛ الوظيفة القضائية لمحكمة العدل الدولية (مبحث أول)، الوظيفة الاستشارية لمحكمة العدل الدولية (مبحث ثاني)، الآراء المنفردة والمخالفة للقضاة (مبحث ثالث).

المبحث الأول

الوظيفة القضائية لمحكمة العدل الدولية

نتطرق إلى آلية العمل القضائي لمحكمة العدل الدولية ثم إلى دور قرارات محكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي.

المطلب الأول: آلية العمل القضائي لمحكمة العدل الدولية

ما يميز القضاء الدولي هو أنه لا يمكن الحديث عن إلزاميته خارج إرادة الأطراف، وتبعاً لذلك فليس بالإمكان رفع قضية إلى محكمة العدل الدولية لاستصدار حكم ملزم دون موافقة الأطراف في تلك القضية، لذلك فإن التطرق لآلية العمل القضائي لمحكمة العدل الدولية ستنبض بطبيعة الحال على الحديث عن القضاء الإلزامي والمقصود به سلطة إصدار أحكام قضائية لها حجية الشيء المقضي فيه و الملزمة للأطراف¹. فالقضاء الإلزامي لمحكمة العدل الدولية يتأسس على مضمون المادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي جاءت بعدة أساليب يتم بموجبها انعقاد الاختصاص القضائي للمحكمة.

الفرع الأول: أسلوب الاتفاقات الخاصة

في هذه الحالة تتفق دولتان أو أكثر على أنه إثر نشوب نزاع بينهما يتم إحالته إلى محكمة العدل الدولية عن طريق التوقيع على اتفاقية اللجوء إلى المحكمة، و تنظر هذه الأخيرة في النزاع بمجرد استلامها إشعار بالاتفاقية الموقعة بين أصحاب الخلاف ويسمى هذا الاختصاص أيضا بالاختصاص بالإرادة، و هذا طبقاً لنص المادة 1/36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية².

الفرع الثاني: أسلوب البنود الاتفاقية

المقصود به أن تقوم الدول بوضع بنود في الاتفاقيات التي تعقدها، تقضي بقبول اختصاص محكمة العدل الدولية بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل بشأن الاتفاقية و ذلك دون الحاجة إلى اللجوء لعقد اتفاق خاص وهو ما تنص عليه المادة 1/36 أيضا من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية³

الفرع الثالث: أسلوب التصريح الانفرادي

طبقاً لهذا الأسلوب فإن الدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لها أن تصرح في أي وقت تشاء بأنها بموجب هذا التصريح تقر للمحكمة بولايتها الجبرية للنظر في جميع النزاعات القانونية التي تقوم بينها و بين دولة تقبل الالتزام نفسه و ذلك دون الحاجة لعقد اتفاق خاص⁴.

¹ محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الثاني، بدون رقم طبعة، دار الغرب، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 251

² سفيان شعلال، قرارات محكمة العدل الدولية ودورها في وضع وتطوير قواعد قانون البحار، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 2003، ص 14.

³ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 14.

⁴ محمد بوسلطان، المرجع السابق، ص 25.

الفرع الرابع: الاختصاص المحول

يتعلق هذا الاختصاص بالتصريحات الانفرادية الصادرة عن الدول أثناء سريان المحكمة الدائمة للعدل الدولي و التي يتم تحويلها إلى محكمة العدل الدولية طبقا لنص المادة 36/5 من نظامها الأساسي¹. وكذلك بحسب نص المادة 37 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تنص على أنه "كلما نصت معاهدة أو اتفاق معمول به على إحالة مسألة إلى محكمة تنشئها الجمعية العامة أو إلى المحكمة الدائمة للعدل الدولي ، فيما بين الدول الأطراف في هذا النظام الأساسي تعين إحالتها إلى محكمة العدل الدولية"².

الفرع الخامس: الإجراءات التحفظية:

هناك جانب لا بأس به من الفقهاء يرى أنه بإمكان المحكمة أن تأمر بإجراءات تحفظية حسب نص المادة 41 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية و ذلك قبل التأكد من اختصاصها نظرا لوجود عنصر استعجال ، و يشترط في ذلك أن لا يكون عدم اختصاص المحكمة واضح، وأن تقرر الإجراءات التحفظية لتفادي ضرر وشيك الوقوع قد يتعذر تصليحه أو لتفادي تعقد النزاع³. تجب الإشارة إلى أن هناك اتجاه كان ينادي بجعل اختصاص المحكمة إلزامي بالنسبة للدول الأطراف في نظامها الأساسي ، و فيما يخص المنازعات ذات الصلة القانونية ، غير أنه حالت دون ذلك اعتراضات بعض الدول الكبرى، و نظرا للنصوص التي تضمنتها المواثيق التي أنشأت تحت ظلها المحكمة حيث إنها تترك للدول الأطراف فيها حرية اختيار الطريق الذي تريده لحل منازعتها⁴.

المطلب الثاني : دور قرارات محكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي.

إن القرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية بموجب اختصاصها الإلزامي تكون ملزمة للدول الأطراف في النزاع و بخصوص النزاع الذي فصلت فيه هذه القرارات، إلا أن الممارسة الدولية أثبتت أن بعض هذه القرارات الصادرة عن المحكمة قد يكون لها أثر يتجاوز أطراف النزاع. و هذا في حد ذاته يعتبر كشف لقاعدة قانونية دولية بالنظر إلى الدول غير الأطراف في النزاع⁵. وفيما يلي بعض قرارات محكمة العدل الدولية التي كرسست تكوين و تطوير القواعد القانونية الدولية:

الفرع الأول: قضية المصائد عام 1951 بين بريطانيا والنرويج

في سنة 1935 أصدرت النرويج مرسوماً أعطت بموجبه الحق لصياديهها باستغلال مصائد تقع في ساحلها الجنوبي و نظراً لكون هذه السواحل تتكون من صخور تتخللها مياه و تمتد لمسافات بعيدة من الشاطئ فقد اعتبرت أن نقطة بداية قياس البحر الإقليمي الخاص بها يكون عند نهاية الصخور، واحتجت بريطانيا على الطريقة التي اتبعتها النرويج في تحديد عرض البحر الإقليمي و اعتبرتها مخالفة لأحكام القانون الدولي، وبتاريخ 18 ديسمبر 1951 أصدرت المحكمة قرارها الذي قضى بعدم مخالفة النرويج لأحكام القانون الدولي بإصدارها لمرسومها، كاشفة بذلك عن المبدأ المعتمد في تحديد البحر الإقليمي وهو نفسه المبدأ الذي جسده اتفاقية جنيف بشأن البحر الإقليمي و المنطقة المتاخمة لعام 1958 في المادة الرابعة منها ، و نفس المبدأ تضمنته معاهدة قانون البحار في مادتها السابعة⁶.

¹ محمد بوسلطان، المرجع السابق، ص 252

² المادة 37 النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، تبنته المحكمة بتاريخ 06 مايو 1946، معدل في سنة 1978.

³ محمد بوسلطان، المرجع السابق، ص 253 .

⁴ إبراهيم مخروز، دور محكمة العدل الدولية في الكشف عن القاعدة القانونية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 2009، ص19

⁵ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 17 .

⁶ محمد المجذوب، طارق المجذوب، القضاء الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 82، حسينة شرون، موقف القضاء الدولي من التعارض بين الاتفاقيات والقانون الداخلي، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد 3، ص191.

الفرع الثاني: قضية التجارب الذرية الفرنسية عام 1974: (الأعمال المنفردة كمصدر للالتزام الدولي).

ثار هذا النزاع بين أستراليا وفرنسا بسبب قيام هذه الأخيرة بتجارب للأسلحة الذرية في المحيط الهادي الجنوبي، ونددت أستراليا بذلك على أساس مخالفة قواعد القانون الدولي، فتم رفع القضية من قبلها أمام محكمة العدل الدولية، إلا أنه قبل الفصل فيها أصدر الرئيس الفرنسي بتاريخ 08 جوان 1948 تصريحاً يقضي بعزم فرنسا وقف التجارب الذرية، وعلى إثر ذلك اعتبرت محكمة العدل الدولية أن هذا التصريح هو ملزم في ذاته للحكومة الفرنسية و بالتالي ليس هناك حاجة لإصدار قرار يلزم فرنسا بتصريحها ، لأنه كان موجه إلى العالم أجمع وأستراليا و يتضمن آثار على السلم و الأمن الدوليين¹. وبالتالي فموقف محكمة العدل الدولية هو تعزيز لوسائل الالتزام الدولي بمجرد التصريح المنفرد من قبل الدولة ، و هو تكريس لمبدأ التصرفات الدولية الصادرة بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي.

الفرع الثالث: قضية السفينة الفرنسية "لوتيس"

إن محكمة العدل الدولي هي امتداد للمحكمة الدائمة للعدل الدولي، و لما كان ذلك فإنه سيتم التطرق إلى قضية السفينة "لوتيس": جرت أحداث هذه القضية ظل سريان المحكمة الدائمة للعدل الدولي ، لكن ذلك لا يؤثر في مدى معرفة مساهمة القضاء الدولي في تكوين القاعدة القانونية الدولية ما دام أن محكمة العدل الدولية هي امتداد للمحكمة الدائمة للعدل الدولي.

وتتلخص وقائع القضية في حدوث تصادم سنة 1923 بين السفينة الفرنسية "لوتيس" و السفينة التركية "بوزكورت" في أعالي البحار أدت إلى غرق الأخيرة و وفاة ثمانية أشخاص كانوا على متنها ، و عند رُسُو السفينة في ميناء إسطنبول ألقت السلطات التركية القبض على المسؤولين عن السفينة و حاكمتهم بتهمة القتل الخطأ أمام محكمة تركية، فدفعت الحكومة الفرنسية ببطلان اختصاص المحاكم التركية للنظر في هذه القضية بحجة أن التصادم وقع في أعالي البحار وهو لا يخضع لاختصاص القانون التركي، فاتفق الطرفان على رفع النزاع إلى المحكمة الدائمة للعدل الدولي، وأصدرت هذه الأخيرة قرارها لصالح تركيا مؤيدة إياها في دفعها المتعلق بالتمسك بقاعدة عرفية يقضي بمتابعة المسؤول عن الضرر المرتكب على رعاياها حتى خارج الإقليم، والمحكمة بهذا القرار كشفت عن قاعدة عرفية دولية².

الفرع الرابع: في ميدان المسؤولية الدولية

هناك عدة قضايا نظرت فيها محكمة العدل الدولية ساهمت بموجبها في إرساء عدة مبادئ قانونية:

أولاً- قضية الكرفيو بين ألبانيا و بريطانيا:

تتلخص وقائع هذه القضية في حدوث اصطدام بعض القطع الحربية البريطانية بألغام مائية في المياه الإقليمية الألبانية و ذلك نتيجة مرورها في مضيق "الكرفيو" الذي هو جزء من المياه الإقليمية الألبانية ما أدت لتحطيم قطعتين حربييتين من المجموعة البريطانية، وقد كانت ألبانيا ترفض مرور السفن الحربية بهذا المضيق و كانت بريطانيا تلح على ذلك، وتم رفع الأمر إلى محكمة العدل الدولية حيث طالبت بريطانيا بتثبيت مسؤولية ألبانيا و تحديد تعويض تدفعه مقابل الأضرار التي أصابت السفن البريطانية³.

لم تتمكن المحكمة من تأسيس هذه المسؤولية لانعدام وجود قصد الإضرار بالغير ، إلا أنها حكمت بناءً على ما للدولة من سلطة على إقليمها و بالتالي تأسيس المسؤولية على الإهمال و التهاون في ممارسة هذه السلطة و الحكم بالتعويض لصالح بريطانيا، لأن التزام الدول بممارسة سيادتها وسلطانها يعتبر من صميم التزامات و أي خرق بشأن ذلك يؤدي لقيام المسؤولية الدولية، و بالتالي فالمحكمة هنا ساهمت في

¹ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 23

² محمد المجذوب، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص 58.

³ محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام ، الجزء الأول، بدون رقم طبعة، دار الغرب ، الجزائر، بدون ذكر سنة نشر، ص 105 وما يليها.

تثبيت المسؤولية الدولية عن طريق إرساء مبدأ دولي تؤسس عليه المسؤولية الدولية¹.

ثانياً- قضية احتجاز رهائن من أعضاء السلك الدبلوماسي و القنصلي في السفارة الأمريكية بطهران سنة 1979-1980 والحكم بإصلاح الضرر الذي تسببت فيه إيران لو.م.أ نتيجة عدم قيامها بأداء التزاماتها الدولية².

ثالثاً- وقضية الأنشطة الأمريكية العسكرية و شبه العسكرية في نيكاراغوا سنة 1984 - 1986 حيث أصدرت محكمة العدل الدولية حكماً بتحميل الو.م.أ المسؤولية الدولية نتيجة إخلالها بالتزام قانوني دولي و بالتالي تحملها للتعويض، و أسست المحكمة كل ذلك على مخالفة الو.م.أ معاهدة الصداقة التي أبرمتها مع دولة نيكاراغوا سنة 1956، وهنا تكون قد كشفت عن قاعدة دولية اتفاقية، كما أنها أسست حكمها على مبادئ ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول و عدم التعرض للسيادة ومنع تهديد السلم والأمن الدوليين و عدم اللجوء للقوة³، واستخدام كل هذه المبادئ كأسس لترتيب المسؤولية الدولية و في هذا تطوير لقواعد القانون الدولي المتعلقة بالمسؤولية الدولية.

المبحث الثاني

الوظيفة الاستشارية لمحكمة العدل الدولية

نتطرق إلى آلية العمل الاستشاري لمحكمة العدل الدولية، ثم نعرض إلى دور الآراء الاستشارية لمحكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي

المطلب الأول: آلية العمل الاستشاري لمحكمة العدل الدولية:

تختص محكمة العدل الدولية بإصدار آراء استشارية و فتاوى في المسائل التي تعرض عليها حيث تنص المادة 65 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على ما يلي:

" 1- للمحكمة أن تفتي في أية مسألة قانونية بناءً على طلب أية هيئة رخص لها ميثاق الأمم المتحدة باستفتائها، أو حصل الترخيص لها بذلك طبقاً لأحكام الميثاق المذكور.

2- الموضوعات التي يطلب من المحكمة الفتوى فيها تعرض عليها في طلب كتابي تتضمن بياناً دقيقاً للمسألة المستفتى فيها و ترفق به كل المستندات التي قد تعين على تجليتها " 4.

وبالعودة إلى نص المادة 96 الفقرة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة نجد أنها رخصت لكل من الجمعية العامة ومجلس الأمن بطلب فتاوى في مسائل قانونية من طرف المحكمة.

وأضافت المادة 96 في فقرتها الثانية " ... ولسائر فروع الهيئة و الوكالات المتخصصة المرتبطة بها، ممن يجوز أن تأذن لها الجمعية العامة بذلك في أي وقت، أن تطلب أيضاً من المحكمة إفتاءها فيما يعرض لها من المسائل القانونية الداخلة في نطاق أعمالها " 5.

إنّ الفروع التي حصلت على ترخيص الجمعية العامة ، لطب الرأي الاستشاري من المحكمة هي : المجلس الاقتصادي و الاجتماعي، مجلس الوصاية ، لجنة التطبيق وإعادة النظر في أحكام المحكمة الإدارية للأمم المتحدة، اللجنة الدائمة ، الوكالة الدولية للطاقة الذرية، وفروع

¹ محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 105 - 106 .

² محمد المجذوب، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص 85

³ محمد المجذوب، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص 85

⁴ المادة 65 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، تبنته المحكمة في 05 مايو 1946، المعدل عام 1978.

⁵ المادة 96 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 26 جوان 1945

أخرى في الأمم المتحدة، بالإضافة لمعظم المنظمات الدولية المتخصصة ما عدا الاتحاد العالمي للبريد¹. ويخول للمحكمة رفض تقديم طلب استشاري إذا كان يتعارض مع اختصاصها المتمثل في كون الطلب ذو طبيعة قانونية أم لا².

المطلب الثاني: دور الآراء الاستشارية لمحكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي:

إن الآراء الاستشارية بطبيعتها غير ملزمة، فهي تعبر عن وجهات نظر المحكمة في مسائل قانونية و تصدر المحكمة رأيها طبقاً لأحكام القانون الدولي في مصادره المنصوص عليها في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. إلا أنه وبالرغم من الطابع غير الإلزامي للآراء الاستشارية إلا أنها ساهمت في تطوير القانون الدولي، وفيما يلي نضرب بعض الأمثلة عن هذه الآراء و إلى أي مدى ساهمت في تطوير القانون الدولي:

الفرع الأول: نصت الاتفاقية المتعلقة بالامتيازات و الإعفاءات التي تتمتع بها منظمة الأمم المتحدة لسنة 1946 أن الآراء الاستشارية يكون لها طابع إلزامي، حيث نصت المادة الثامنة من نفس الاتفاقية على أن أي خلاف في تفسير و تطبيق نصوص الاتفاقية يثور بين الأمم المتحدة وأحد أعضائها يجب أن يعرض على محكمة العدل الدولية لتصدر فيه رأياً استشارياً يكون ملزماً للأطراف³. وإن هذا الرأي الاستشاري الذي تفصل فيه المحكمة إنما هو تطوير لقواعد القانون الدولي في ميدان تفسير و تطبيق الاتفاقيات الدولية.

الفرع الثاني: نص النظام الأساسي للمحكمة الإدارية للأمم المتحدة في مادته "11" على جواز اللجوء إلى محكمة العدل الدولية لأخذ رأي استشاري ملزم في حال وقوع اعتراض على النظام الأساسي للمحكمة الإدارية⁴. وقد أصدرت محكمة العدل الدولية رأياً استشارياً بموجب هذه الصلاحية التي منحت لها، وكان ذلك في فتاها بتاريخ 13 جوان 1954 حول أثر أحكام المحكمة الإدارية القاضية بمنح تعويض لبعض موظفي الأمم المتحدة المصروفين من الخدمة حيث طلبت الجمعية العامة رأي استشاري من طرف محكمة العدل الدولية وأصدرت هذه الأخيرة رأيها بضرورة الامتثال لحكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة⁵. إن هذه الحالات هي استثناء عن القاعدة العامة المتمثلة في عدم الزامية الآراء الاستشارية و الأمر متوقف على الأطراف في إضفاء الطابع الإلزامي على هذه الآراء.

الفرع الثالث: الرأي الاستشاري الصادر في 28 أوت 1951 بشأن التحفظات على اتفاقية مكافحة إبادة الجنس البشري والعقاب عليه المبرمة عام 1948 :
تم رفع مسألة التحفظ على بنود اتفاقية منع إبادة الجنس لعام 1948 أمام المحكمة العدل الدولية فأصدرت رأياً ساهم في وضع قواعد التحفظ على المعاهدات في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، و خلصت المحكمة في رأيها الاستشاري إلا أنه لا يمكن إبداء تحفظات تتناقض و الأهداف في الأساسية للاتفاقية الجماعية للجنس البشري، هذا الرأي أخذت به اتفاقية قانون المعاهدات لعام 1969 في مادتها 19 بحيث نصت على أنه لا يمكن أن تقبل التحفظات التي لا تتلاءم مع هدف و موضوع المعاهدة⁶.

الفرع الرابع: الرأي الاستشاري في قضية الأقليات الألمانية في بولونيا الصادر في 10 و 15 سبتمبر 1923: ساهمت المحكمة بموجب هذا

¹ محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 254

² سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 28

³ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 29 .

⁴ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 29 .

⁵ محمد المجذوب، طارق المجذوب، المرجع السابق، ص 86.

⁶ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 30.

الرأي إرساء عدة مبادئ دولية من بينها¹:

أولاً- تكريس مبدأ الحقوق الفردية و عدم زوالها بزوال الدول:

كرست المحكمة هذا المبدأ بمناسبة إصدارها رأي استشاري بشأن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة البولونية ضد الأقليات الألمانية الموجودة على أراضيها، حيث كانت هذه الأقليات تمتلك أراضي مقابل أجور تدفعها دون أن تحصل على عقود ملكية ، فقامت الحكومة البولونية بإخلاء هذه الأراضي و طردهم كونهم حصلوا على هذا الحق في ظل وحدة كل من الدولتين بولونيا و ألمانيا و هو ما أسست عليه المحكمة رأيها بمخالفة بولونيا التزاماتها الدولية المتعلقة بقواعد تحول الدولة.

ثانياً- تحديد بعض المفاهيم الخاصة بموضوع الجنسية وإقرارها:

تم طرح مسألة ما إذا كان الأشخاص ذوو الأصل الألماني وولدوا في أقاليم آلت إلى بولونيا يعتبرون حائزين للجنسية البولونية بصورة آلية طبقاً لنصوص الاتفاقية المتعلقة بالأقليات المبرمة بين بولونيا و الحلفاء. أجابت المحكمة بأنه على بولونيا الاعتراف لهؤلاء الأشخاص بالجنسية البولونية ما دام أن آبائهم كانوا يقيمون إقامة معتادة في الإقليم الآيل إليها وقت ولادة أبنائهم .

الفرع الخامس: الرأي الاستشاري الصادر في 11 أبريل 1949 الصادر بشأن التعويض عن الأضرار اللاحقة بمصالح الأمم المتحدة (إقرار الشخصية القانونية لمنظمة الأمم المتحدة): تتمثل وقائع القضية في تعرض العديد من موظفي الأمم المتحدة للقتل في إسرائيل على الأيدي الاسرائيلية ما بين سنتي 1947-1948 من بينهم " الكونت " برنادوت " السويدي (الوسيط الأممي) فالتهمت الجمعية العامة للأمم المتحدة استشارة من المحكمة في مسائل قانونية تتمثل في: هل يحق للمنظمة في حالة إصابة موظفيها أو ممتلكاتها بضرر أن تتابع قضائياً المسؤول عن هذا الضرر مع بيان إمكانية الحصول على تعويض؟ وكيف يمارس هذا الحق بالتنسيق مع الدولة المسؤولة عن الضرر؟. أجابت المحكمة بأن المنظمات الدولية لها دور مهم في الحياة الدولية و بالتالي يجب الاعتراف لها بالشخصية القانونية الدولية في حدود أهدافها وممارسة وظائفها و بالتالي يمكنها التقاضي أمام المحاكم الدولية وفق ما يقتضيه النظام الأساسي لكل محكمة. وتجب الإشارة إلى أن المنظمات الدولية ليس لها الأهلية للتقاضي أمام محكمة العدل الدولية لأن هذا الحق هو مكفول للدول فقط وفق للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

الفرع السادس- قضية ناميبيا لسنة 1971:

تتلخص وقائع هذه القضية في استمرار وجود جنوب افريقيا في ناميبيا بالرغم من صدور قرار مجلس الأمن تحت رقم 276 سنة 1970 يقضي بإنهاء انتداب جنوب افريقيا و مغادرة التراب الناميبي، و قبل هذا القرار صدور عدة قرارات للجمعية العامة بإنهاء الانتداب². من بين الإثراء الذي قدمته المحكمة في هذه القضية هو المساهمة في تفسير اختصاصات مجلس الأمن على ضوء المادتين 24 و 25 من الميثاق و تمثل هذا التفسير في نقطتين هما³:

- أن سلطات مجلس الأمن تتوسع و تزداد لتحقيق و حفظ السلم و الأمن الدوليين و بالتالي فمن صلاحيات المجلس إصدار قرارات كفيلة بإنهاء الوضع غير الشرعي في ناميبيا، وأنه من حق المجلس إصدار هذه القرارات وتنفيذها في مواجهة جنوب إفريقيا طبقاً للمادة 25 من الميثاق.

- وحول مسألة أن قرار الجمعية العامة بإنهاء الانتداب فيه تجاوز للسلطة خلصت المحكمة إلى أنه قانوني لأنه من بين اختصاصات

¹ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص30 وما يليها.

² سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 33 وما يليها .

³ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 33 وما يليها .

الأمم المتحدة هو وقف الانتداب طبقا لأحكام الميثاق¹، وهنا يتضح دور المحكمة في تفسير وحل المسائل القانونية المتعلقة باختصاصات الجمعية العامة، ودورها بصفة عامة في مساعدة المنظمات والأجهزة الدولية في أداء وظائفها.

المبحث الثالث

الآراء المنفردة والمخالفة للقضاة

نتطرق إلى المقصود بالآراء المنفردة والمخالفة للقضاة، ثم نعرض إلى دور الآراء المنفردة والمخالفة للقضاة في تطوير قواعد القانون الدولي.

المطلب الأول: المقصود بالآراء المنفردة والمخالفة للقضاة

وفقا للنظام الداخلي لمحكمة العدل الدولية المعدل سنة 1978 يجب أن ينص منطوق كل قرار على عدد وأسماء القضاة الذين حققوا الأغلبية أثناء التصويت.

الفرع الأول: الرأي المخالف

وهو يصدر من القاضي الذي اختلف حول نقطة أو مجموعة نقاط في قرار المحكمة، وبالتالي صوت ضده في مجمله أو ضد بعض فقراته التي تعد في نظره أساسية في القرار.

الفرع الثاني: الرأي المنفرد

يصدر من القضاة الذين يصوتون على قرار المحكمة في مجمله أو في بعض الفقرات منه يرونها أساسية في هذا القرار، فيختلفون مع بعض أو كل الأسباب أو أنهم يؤسسون رأيهم على أسباب مختلفة أو إضافية.

المطلب الثاني: دور الآراء المنفردة والمخالفة للقضاة في تطوير قواعد القانون الدولي

تنص المادة 57 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على ما يلي: "إذا لم يكن الحكم صادر كله أو بعضه بإجماع القضاة فمن حق كل قاضي أن يصدر بيانا مستقلا برأيه الخاص"².

إن هذه الآراء المرفقة بالقرارات أو الآراء الاستشارية تعبر عن وجهة نظر القضاة في النزاع مجتمعين أو فرادى مساندين لرأي المحكمة (آراء منفردة) أو مخالفين لها (آراء مخالفة)³.

ورغم عدم تمتع هذه الآراء بالقوة الإلزامية تجاه الأول، إلا أن لها فائدة كبيرة من الناحية الفقهية لأن هؤلاء القضاة لهم صفة الفقهاء، فالمحكمة تضم عادة كبار أساتذة القانون الدولي والقانون بصفة عامة في العالم ومؤلفات القانون الدولي العام عادة ما تستدل بأرائهم لتأييد وجهات نظر معينة لتفسير أو تعديل قواعد دولية معينة⁴.

ولما كانت هذه الآراء تدخل في جانب الفقه وهذا الأخير بدوره يعتبر مصدرا استدلاليا للقانون الدولي بحسب نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فإنها تساهم في تطوير مصادر القانون الدولي⁵.

خاتمة:

¹ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 34

² المادة 57 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .

³ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 38.

⁴ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 38.

⁵ سفيان شعلال، المرجع السابق، ص 38.

يمكن القول إن محكمة العدل الدولية قامت بحل عدد من النزاعات الدولية بموجب اختصاصها الاجباري كشفت بموجبه عن مجموعة من القواعد العرفية و إرساء مبادئ دولية فننتها معاهدات شارة، كما ساهمت بموجب آرائها الاستشارية في تطوير وإثراء قواعد القانون الدولي، إلا أنها بالرغم من هذا الإنجاز فيبقى مردودها ضئيل بالنظر إلى تزايد النزاعات الدولية وتنوعها و تناقص عدد القضايا المعروضة على المحكمة نتيجة عدم توافر عنصر الثقة في المحكمة.

ولتحسن دورها في مجال تطوير قواعد القانون الدولي قامت المحكمة بتعديل إجراءاتها الداخلية سنة 1976 وعدلت نظامها الأساسي سنة 1978، كما قامت بتنشيط أجهزتها لغرض تفعيل دور المحكمة حيث قامت بالاعتماد على نظام الغرف و الغرف الخاصة لإضفاء نوع من التخصص في حل القضايا، مما يشكل عامل بعث للثقة في أجهزة المحكمة، وقد قامت المحكمة بإنشاء صندوق المساعدة المالية للدول الأكثر فقرا حيث وضع هذا الصندوق خصيصا لغرض المساعدة المالية لبعض الدول لحل نزاعاتها أمام المحكمة .

ومن بين بعض التوصيات التي نقترحها في ختام هذه الدراسة:

- يجب أن يكون قضاة محكمة العدل الدولية من جنسيات دول مختلفة والعمل على تكريس هذا المبدأ عن طريق المساواة بين الدول في اختيار القضاة، بإتباع أسلوب التداول.

- العمل على جعل المحكمة مستقلة تماما عن تأثير أجهزة الأمم المتحدة التي يمكن للدول الكبرى أن تتدخل فيها مثل مجلس الأمن.

- ضرورة تقيد قضاة المحكمة بنص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية كونها تجسد أساس نجاحها في الفصل في مختلف القضايا، هذا التقيد من جانب المحكمة، بطبيعة الحال، سيكون سببا في التزام الدول بالامتثال لقرارات المحكمة، لأنها لم تخالف مبدأ المشروعية.

الحماية من ظاهرة الاختفاء القسري أثناء الظروف الاستثنائية

Protection from enforced disappearance during exceptional circumstances

د. فصاروي حنان، أستاذة محاضرة قسم (ب)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

قسم الحقوق،

جامعة الطاهر مولاي سعيدة، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/25 – تاريخ المراجعة: 2017/11/28.

ملخص:

تعد ظاهرة الاختفاء القسري للمعتقلين من المعارضين أو الخصوم السياسيين أو غيرهم، من أخطر صور انتهاكات حقوق الإنسان التي تقتزن بوجود الظروف الاستثنائية، ولا شك أن هذه الظاهرة تمثل انتهاكا صارخا للعديد من حقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي كفلتها المواثيق والعهد الدولية، نظرا لذلك حرص المجتمع الدولي على ضمان حقوق الأفراد من التعرض للاختفاء القسري، فقد توصل إلى العديد من الاتفاقيات والإعلانات التي تضمن عدم تعرض الأفراد لحالات الاختفاء القسري وأكدت على ذلك حتى أثناء الظروف الاستثنائية. وبقراءة تلك الاتفاقيات والإعلانات ذات الصلة بموضوع الاختفاء القسري أقر المجتمع الدولي مجموعة من المبادئ كضمانات للحيلولة دون اختفاء الأشخاص المحتجزين، ونظرا للطبيعة الخطيرة لحالات الاختفاء، فقد أولت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الظاهرة البغيضة اهتماما خاصا، فأنشأت لمدة سنة واحدة فريقا عاما من أعضائها يعملون كخبراء لدراسة المسائل المتصلة بحالات الاختفاء القسري للأشخاص، كما نصت الاتفاقية الدولية لحماية الأشخاص من هذه الظاهرة على إنشاء لجنة دولية معنية بحالات الاختفاء القسري، نتعرض لاختصاصاتها وقراراتها.

الكلمات المفتاحية:

الاختفاء القسري، الحماية، الظروف الاستثنائية.

Abstract:

The phenomenon of enforced disappearances of detained dissidents, political adversaries and so forth, is one of the most dangerous forms of human rights violations, which is usually associated with exceptional circumstances. Such a phenomenon is undeniably a flagrant transgression of several human rights and fundamental freedoms guaranteed by international conventions. Therefore, the international community has adopted many conventions and declarations in order to ensure that individuals will not be victims of enforced disappearances and even during exceptional circumstances.

In view of the serious nature of enforced disappearances, the United Nations General Assembly devoted particular attention to this serious phenomenon, establishing a working group of its members to serve as experts to study issues related to enforced disappearances. In addition, the International Convention on the Protection of Persons from enforced disappearance provided for the establishment of an International Commission on enforced disappearances. We shall review its terms of reference and resolutions.

Keywords:

Enforced disappearance, protection, exceptional circumstances.

مقدمة:

تعد ظاهرة الاختفاء القسري للمعتقلين من المعارضين أو الخصوم السياسيين أو غيرهم، من أخطر صور انتهاكات حقوق الإنسان التي تقتزن بوجود الظروف الاستثنائية، فغالبا ما تحدث حالات الاختفاء القسري في الوقت الراهن في الدول التي تعاني من

صراعات داخلية مثل؛ كولومبيا، وسري لانكا، والنيبال، والفلبين، والاتحاد الروسي، وفي بعض الحالات أوجدت التغيرات السياسية الجذرية ظروفًا أدت إلى حدوث المئات من حالات الاختفاء، وفي أماكن أخرى تظل مئات بل آلاف الحالات في بعض البلدان، غير محسومة، وبالتالي فهي تشكل جرائم مستمرة، ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى بلدان مثل الجزائر¹ والعراق وبعض بلدان أمريكا الوسطى، والبيرو، والشيلى، والأرجنتين²، والجمهورية العربية السورية، والصين، وباكستان، وتايلاند، وكينيا، والهند.

وعليه، فإن أهم إشكال يمكن طرحه غي هذا الشأن هو؛ ما مدى نجاعة الجهود والآليات الدولية في مكافحة ظاهرة الاختفاء القسري، وما هي آليات مجابهة هذه الظاهرة؟. وهو ما سنحاول الإجابة عليه من خلال مبحثين اثنين، الأول نتطرق فيه لماهية ظاهرة الاختفاء القسري، ثم نتناول في المبحث الثاني آليات الحماية من ظاهرة الاختفاء القسري، وذلك وفق النهج التالي:

المبحث الأول

ماهية ظاهرة الاختفاء القسري

نتطرق في هذا المبحث الأول لتحديد مفهوم ظاهرة الاختفاء القسري (المطلب الأول)، ثم للجهود الدولية الرامية لمكافحة هذه الظاهرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم ظاهرة الاختفاء القسري

لا شك أن ظاهرة الاختفاء القسري تمثل انتهاكا صارخا للعديد من حقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي كفلتها المواثيق والعهود الدولية، وعلى رأسها الحق في الحرية فضلا عما يصاحب هذه الحالات من تعذيب أو سوء معاملة، حيث يفقد المحتجز أي وسيلة من وسائل الحماية القانونية، إذ تنقطع صلته بالعالم الخارجي³، والحق في الحياة، في الحالات التي يقتل فيها الشخص المختفي، والحق في الهوية، والحق في محاكمة عادلة وفي الضمانات القضائية، والحق في إنصاف فعال، بما في ذلك الجبر والتعويض، والحق في معرفة الحقيقة فيما يخص ظروف الاختفاء.

"ويقصد بالاختفاء القسري الاعتقال أو الاحتجاز أو الاختطاف أو أي شكل من أشكال الحرمان من الحرية، يتم على أيدي موظفي الدولة، أو أشخاص أو مجموعات من الأفراد يتصرفون بإذن أو دعم من الدولة أو بموافقتها، ويعقبه رفض الاعتراف بحرمان الشخص من حريته أو إخفاء مصير الشخص المختفي أو مكان وجوده، مما يحرمه من حماية القانون"⁴.

¹ : يشير تقرير منظمة العفو الدولية المنشور في 3 مارس 1999، إلى وجود حالات الاختفاء في الجزائر، حوالي 3000 رجل و امرأة جزائريين فقدوا خلال السنوات الست الأخيرة. راجع أ بجاوي نورة بن علي، المرجع السابق، ص 60.

²: تقرير الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي، وثيقة أ. م. ج. ع. 41/4/ A/HRC، الصادرة في 25 جانفي 2007 بعنوان: تنفيذ قرار الجمعية العامة 251/60 المؤرخ في 15 مارس 2006 المعنون مجلس حقوق الإنسان، ص 8.

راجع ذلك على م. ش. م. د. ل. م. س. ح. إ.، الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي كالتالي:

<http://www2.ohchr.org/arabic/issues/disappear/index.htm>

http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=119

³ : حيث تنص المادة الأولى ف 2 من الإعلان المتعلق بحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري المعتمد بقرار ج. ع. رقم 133/47 المؤرخ في 18 ديسمبر 1992 على ما يلي: "إن عمل الاختفاء القسري يحرم الشخص الذي يتعرض له، من حماية القانون، وينزل به وبأسرته عذابا شديدا، وهو ينتهك قواعد القانون الدولي التي تكفل، ضمن جملة أمور، حق الشخص في الاعتراف به كشخص في نظر القانون، وحقه في الحرية والأمن، وحقه في عدم التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة كما ينتهك الحق في الحياة أو يشكل تهديدا خطيرا له".

⁴ : المادة 2 من الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري اعتمدت بقرار ج. ع. للأمم المتحدة رقم 177/61 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 في دورتها 61، لقد وقّع على الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، والتي دخلت حيز النفاذ في كانون الأول/ديسمبر 2010، ما مجموعه 93 دولة، وصدقت عليها 43 دولة. وهذه الاتفاقية توفر أساسا سليما لمكافحة الإفلات من العقاب، والحماية للأشخاص المختفين

كما تشكل عمليات ممارسة الاختفاء القسري، جريمة ضد الإنسانية¹.

كما عرفت المادة السابعة من نظام روما الأساسي في فقرتها الثانية (ط): "يعني الاختفاء القسري للأشخاص إلقاء القبض على أي أشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم من قبل دولة أو منظمة سياسية، أو بإذن أو دعم منها لهذا الفعل أو بسكوتهما عليه. ثم رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو عن أماكن وجودهم، بهدف حرمانهم من حماية القانون لفترة زمنية طويلة".

المطلب الثاني: الجهود الدولية للحماية من ظاهرة الاختفاء القسري

نظرا لما تشكله حالات الاختفاء القسري من انتهاك صارخ للعديد من حقوق الإنسان وحرياته الأساسية - كما سبق الإشارة إليه - حرص المجتمع الدولي على ضمان حقوق الأفراد من التعرض للاختفاء القسري، فقد توصل إلى العديد من الاتفاقيات والإعلانات التي تضمن عدم تعرض الأفراد لحالات الاختفاء القسري وأكدت على ذلك حتى أثناء الظروف الاستثنائية. ظهرت هذه الوثائق على المستوى العالمي وعلى المستوى الإقليمي.

الفرع الأول: الحماية من ظاهرة الاختفاء القسري على المستوى العالمي

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 133/47 المؤرخ في 18 ديسمبر 1992، إعلانا بشأن حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري. فقد اعتبر الإعلان أن الاختفاء القسري بمثابة جريمة ضد الإنسانية و طالب الحكومات بان تعتبر القوات المكلفة بحماية النظام العام وحفظ الأمن مسؤولة عن التجاوزات التي قد تؤدي إلى حالات اختفاء قسري. والمهم أنه أكد في مادته السابعة على عدم جواز اتخاذ أي ظرف مهما كان سواء تعلق الأمر بالتهديد باندلاع حرب أو قيام حالة حرب أو عدم الاستقرار السياسي الداخلي، أو أي حالة استثنائية أخرى، ذريعة لتبرير أعمال الاختفاء القسري.

وقد تم اتخاذ خطوات كبيرة من جانب المجتمع الدولي، عند اعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة، اتفاقية دولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، بقرار رقم 177/61 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006. إذ يشترط لدخولها حيز النفاذ إيداع عشرين تصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة، وفقا لأحكام المادة 39 منها. وفي قرار الجمعية العامة رقم 209/65 المؤرخ 21 ديسمبر 2010، أعربت الجمعية العامة عن قلقها بصفة خاصة إزاء ازدياد حالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي في مناطق مختلفة من العالم، بما في ذلك الاعتقال والاحتجاز والاختطاف، عندما تتم في إطار الاختفاء القسري أو تعد اختفاء قسريا في حد ذاتها، وإزاء تزايد عدد التقارير الواردة عن تعرض الشعوب لحالات الاختفاء أو أقارب الأشخاص المختفين للمضايقة وسوء المعاملة أو التخويف. قد رحبت الجمعية العامة - في القرار نفسه - باعتماد الاتفاقية الدولية لحماية الأشخاص من الاختفاء القسري، كما قررت أن تعلن 30

وأسره، ولتعزيز الضمانات التي توفرها سيادة القانون -- بما في ذلك إجراء التحقيقات وتوفير العدالة والإنصاف. ، رقم الوثيقة A/RES/61/ 177. لمزيد من التفصيل حول هذه الاتفاقية راجع ذلك على م . ش . م . د ليل أ . م كا لتالي:

<http://www.un.org/Depts/dhl/dhlara/resguida/resins.htm>

¹ : راجع المادة 5 من الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري وكذلك للمادة 7 ف1 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية : "يشكل الاختفاء القسري للأشخاص جريمة ضد الإنسانية متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين ، و عن علم بالهجوم" ، و عرفتة ف2 من نفس المادة كما يلي: "يعني إلقاء القبض على أي أشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم من قبل دولة أو منظمة سياسية ،أو بإذن أو دعم منها لهذا الفعل أو بعونها عليه ،أو رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو عن أماكن وجودهم، بهدف حرمانهم من حماية القانون لفترة زمنية طويلة".

آب/أغسطس يوما دوليا لضحايا الاختفاء القسري يحتفل به اعتبارا من عام 2011. وأهم ما ورد في المادة الأولى من هذه الاتفاقية هو حظر تعريض أي شخص للاختفاء القسري، وعدم جواز التذرع بأي ظرف استثنائي كان لتبرير الاختفاء القسري. وقد دخلت الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري حيز النفاذ في 2010/12/23 مع مرور ثلاثين يوما على تصديق العراق ، الذي يعتبر البلد العربي الوحيد المصادق على الاتفاقية ، وبذلك يصبح لدى الضحايا في العديد من البلدان وسائل قضائية وقانونية دولية تمكنهم من معرفة الحقيقة أو في جبر الضرر المادي والمعنوي نتيجة للاختفاء القسري. مع ملاحظة تردد أربع من خمس دول دائمة العضوية في مجلس الأمن وهي: (الصين، الولايات المتحدة، بريطانيا، روسيا) في التصديق على الاتفاقية، في حين كان التصديق الأوروبي على الاتفاقية ضعيفا في المرحلة الأولى لدخول الاتفاقية حيز النفاذ، إلا أن أغلب الدول التي صادقت على الاتفاقية هي تلك الدول التي عانت كثيراً من ظاهرة الاختفاء القسري نذكر منها: كوبا وتشيلي والأرجنتين والبرازيل وبوليفيا والمكسيك.

أولا/البنية القانونية للاتفاقية:

بالنظر إلى الموضوعات التي تتناولها الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري والتي تتكون من 45 مادة فإنه يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أجزاء موضوعية وإجرائية يتناول الجزء الأول منها تعريف الاختفاء القسري والتدابير التشريعية والتنفيذية والإدارية المتصلة بتعريف مفهوم الاختفاء القسري، ومنعه في كل الأوقات حربا وسلما، وضرورة تجريمه في القوانين الوطنية، بما في ذلك توفير وسائل الإنصاف المحلية والدولية، والمساعدة القضائية ومنع مرتكبيه من الإفلات من العقاب، فوفق المادة (6) فقد حملت الاتفاقية المسؤولية الجنائية لكل من يرتكب جريمة الاختفاء القسري، أو يأمر أو يوصي بارتكابها أو يحاول ارتكابها، أو يكون متواطئا أو يشترك في ارتكابها والرئيس الذي يكون على علم بأن أحد رؤوسه ممن يعملون تحت إمرته ورقابته قد ارتكب أو كان على وشك ارتكاب جريمة الاختفاء القسري، أو تعمّد إغفال معلومات كانت تدل على ذلك بوضوح، وكان يمارس مسؤوليته ورقابته الفعليتين على الأنشطة التي ترتبط بها جريمة الاختفاء القسري، ولم يتخذ ذلك المسؤول كافة التدابير اللازمة والمعقولة التي كان بوسعها اتخاذها للحيلولة دون ارتكاب جريمة الاختفاء القسري، أو قمع ارتكابها أو عرض الأمر على السلطات المختصة لأغراض التحقيق والملاحقة. وإمعاناً في منع الإفلات من العقاب فقد نصت الاتفاقية في المادة (13) على عدم اعتبار جريمة الاختفاء القسري جريمة سياسية، أو جريمة متصلة بجريمة سياسية، أو جريمة تكمن وراءها دوافع سياسية. وبالتالي، لا يجوز لهذا السبب وحده رفض طلب تسليم يستند إلى مثل هذه الجريمة. وفي المقابل وإمعاناً في حماية الأشخاص من الاختفاء القسري منعت الاتفاقية أي دولة طرف أن تطرد أو تبعد أو تُسلم أي شخص إلى أي دولة أخرى إذا كانت هناك أسباب وجيهة تدعو إلى الاعتقاد بأن هذا الشخص سيقع ضحية للاختفاء القسري.

ويشمل الجزء الثالث المواد من 34 حتى 45، حيث تتعلق بإجازة الاتفاقية لاستمرار تطبيق تشريعات أي دولة طرف توفر حماية أفضل لضحايا الاختفاء القسري، إضافة إلى شرط نفاذ الاتفاقية الذي حُدّد بمرور شهر على مصادقة الدولة الطرف رقم 20. وكذلك العمل على فض أي نزاع يقع حول تفسير الاتفاقية أو تطبيقها بإحالتها إلى التحكيم الدولي إذا لم تتم تسويته عبر التفاوض أو الإجراءات. كما تعترف الدول بالأحكام التي نصت عليها اتفاقيات جنيف الأربع، والتي بموجبها أذنت الدول للجنة الدولية للصليب الأحمر بزيارة مراكز الاحتجاز. وللدول الأطراف أيضا الحق في اقتراح تعديل الاتفاقية.

تجدر الإشارة إلى أنه تعتبر الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري الاتفاقية الأولى التي تحظر الاختفاء القسري صراحة، ويُعد ذلك تطوراً مهماً في مجال الحماية القانونية لصالح الأفراد والجماعات التي تتعرض لحالات الاختفاء القسري، فقد كان يُنظر إلى الاختفاء القسري إلى لحظة إقرار الاتفاقية على أنه انتهاك لبعض الحقوق المنصوص عليها في مختلف المعاهدات، مثل منع

التعذيب، أو الحق في الحرية، أو الحق في الحياة كما ذكرنا سابقاً. لكن الاختفاء القسري يفوق كل هذه الجوانب المختلفة. إذ إنه يتميز بجانب محدد ألا وهو الحرمان؛ أي حرمان الشخص من حريته من جهة، وحرمان العائلات من الحصول على معلومات عن ذويها. وبذلك تكون الاتفاقية قد ملأت فراغاً قانونياً بشأن عدم تعرض الشخص للاختفاء القسري، بالإضافة إلى حق أقارب الشخص الذي تعرض للاختفاء القسري في الحصول على المعلومات اللازمة ومعرفة الحقيقة. والحكمة من وراء ذلك أن الإخفاء القسري يعتبر انتهاكاً مزدوجاً لحقوق الإنسان، إذ إن أثره لا يقتصر على الشخص المختفي بل يمتد ليطال أفراد عائلته، وكثيراً ما تتفاقم معاناتهم من جراء الحرمان المادي والحرمان من الرعاية؛ وبذلك تكون الاتفاقية قد خرجت عن نطاق المفهوم التقليدي لمعنى كلمة الضحايا، فقد نصت المادة (24) من الاتفاقية بأنه: "يقصد بالضحية الشخص المختفي وكل شخص طبيعي لحق به ضرر مباشر من جراء هذا الاختفاء القسري". وبذلك أقرت الاتفاقية بحق العائلات في معرفة مصير أقيانها وحق ضحايا الاختفاء القسري في التعويض عن الضرر الذي ألّم بهم، وقد أحسنت الاتفاقية بذلك صنعا، خاصة إذا ما تصورنا أن الشخص المفقود هو العائل الوحيد أو الأساسي للأسرة، وفي بعض الأحيان لا تستطيع الأسرة أن تحصل على المعاش أو فوائد ما بعد الخدمة للشخص المختفي، أو الحصول على أي شكل آخر من أشكال الدعم نظراً لعدم وجود شهادة وفاة للشخص المختفي.

ثانياً/ إجراءات وقائية:

تنص الاتفاقية على عدد من الضمانات الإجرائية للحيلولة دون اختفاء الأشخاص، من بينها ضرورة الإبقاء على كل شخص محروم من حريته في مكان رسمي، وتقييده في سجل، وتسجيل كل تنقلاته. والأهم من ذلك أنها تنص على لزوم السماح لكل محروم من حريته بأن يكون على صلة بالعالم الخارجي، وأن يكون على اتصال بعائلته - خاصة - ومستشاره القانوني، كما يكون للعائلة والمستشار القانوني حق الحصول على معلومات عن الاحتجاز ومكان وجود الشخص. ونظراً إلى خبرة اللجنة الدولية للصليب الأحمر الطويلة في مجال الوقاية، فقد شاركت اللجنة عن كثب في صياغة هذه الضمانات. وعند صياغة الاتفاقية أعطيت اللجنة الدولية للصليب الأحمر حق زيارة المحتجزين بعد الحصول على الإذن اللازم من الدول المعنية، وفقاً للمادة 43 من الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، مع عدم الإخلال بأحكام القانون الإنساني الدولي، بما في ذلك التزامات الدول الأطراف السامية المتعاقدة في اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة 12 أغسطس 1949 والبروتوكولين الإضافيين الملحقين بها المؤرخين 8 يونيو 1977، ولا بالإمكانية المتاحة لكل دولة بأن تأذن للجنة الصليب الأحمر الدولية بزيارة أماكن الاحتجاز في الحالات التي لا ينص عليها القانون الدولي الإنساني.

المطلب الثاني: الجهود الإقليمية للحماية من ظاهرة الاختفاء القسري

أما عن الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فلم تتعرض أحكامهما لحالة الاختفاء القسري، بل اكتفت بالنص على حق كل فرد في الحرية وفي الأمان على شخصه، وإن كانت لم تحصنه من التعطيل أو التقييد في نص المادة الرابعة من الاتفاقية الدولية والمادة الخامسة عشر من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالظروف الاستثنائية والمشار إليهما سابقاً. إلا أنها جعلت هذا الحق من الحقوق القابلة للتعويض في كل حالة يحدث أن تتعرض فيها للانتهاك أو الإهدار.

وإذا كانت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان قد اكتفت بالتأكيد على الحرية الشخصية للفرد في المادة السابعة، فإن الدول الأمريكية اتخذت خطوة جريئة عندما اعتمدت اتفاقية بشأن الاختفاء القسري للأشخاص والتي دخلت حيز النفاذ في 28 مارس 1996، ووفقاً لنص المادة الأولى من هذه الاتفاقية فإن الدول الأطراف تتعهد بالا تمارس أو تسمح أو تبيح الاختفاء القسري للأشخاص

حتى في حالات الطوارئ¹. وبقراءة تلك الاتفاقيات و الإعلانات ذات الصلة بموضوع الاختفاء القسري نستطيع أن نستخلص مجموعة من المبادئ أقرها المجتمع الدولي كضمانات للحيلولة دون اختفاء الأشخاص المحتجزين وهي²:

- 1- إنكار المجتمع الدولي لكافة أعمال الاختفاء القسري و جعله جريمة في حق الإنسانية جمعاء.
- 2- مطالبة الدول باتخاذ التدابير التشريعية و الإدارية والقضائية و غيرها من التدابير الفعالة لمنع وإنهاء حالات الاختفاء القسري في أي إقليم خاضع لولايتها.
- 3- ضرورة الإعلان عن مكان إيداع كافة الأشخاص المدعى اختفائهم قسريا.
- 4- التأكيد على حق كل فرد في عدم التعرض لأعمال الاختفاء القسري وحق الأسرة في معرفة مكان احتجاز احد أفرادها المدعى اختفاؤه قسريا.
- 5- تجريم أعمال الاختفاء القسري وتشديد العقوبات الجنائية والمدنية على القائمين به.
- 6- ضرورة تعويض الأشخاص المتعرضين للاختفاء القسري وأسرههم.
- 7- ضرورة تنظيم سجل خاص يدون به أسماء كل من يقبض عليهم و تسهيل اطلاع أسرهم وذوهم على هذه الدفاتر وإعطائهم البيانات اللازمة عن أماكن الإيداع.
- 8- عدم اتخاذ أي ظرف مهما كان كذريعة لتبرير عمليات الاختفاء القسري.

المبحث الثاني

آليات الحماية من ظاهرة الاختفاء القسري

ظهرت هذه الآليات طبقا لقرارات صادرة عن أجهزة دولية، لاسيما الجمعية العامة تمثلت في كل من الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري (المطلب الأول)، واللجنة الدولية المعنية بحالات الاختفاء القسري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري

نظرا للطبيعة الخطيرة لحالات الاختفاء، فقد أولت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الظاهرة البغيضة اهتماما خاصا، ففي عام 1979، وفي القرار 173/33 المعنون بـ "الأشخاص المختفون" أعربت الجمعية العامة عن قلقها للتقارير الواردة من مختلف أنحاء العالم بخصوص الاختفاء القسري أو غير الطوعي للأشخاص، وطلبت من لجنة حقوق الإنسان أن تنظر في المسألة وأن تقدم التوصيات المناسبة، وبموجب القرار 20 (د-36) المؤرخ في 29 فبراير 1980، قررت لجنة حقوق الإنسان أن تنشأ لمدة سنة واحدة فريقا عاملا يتكون من خمسة من أعضائها يعملون كخبراء بصفتهم الشخصية لدراسة المسائل المتصلة بحالات الاختفاء القسري للأشخاص، ومنذ ذلك الحين ما برحت اللجنة تجدد ولاية الفريق العامل واختصاصاته، وصار هذا التجديد مرة كل ثلاثة أعوام اعتبارا من عام 1992، وقد قام هذا الفريق منذ تأسيسه بمعالجة حوالي 50.000 حالة فردية تتصل بأكثر من 70 بلدا، تتمثل مهامه أساسا في مساعدة أقارب الأشخاص المختفين في التحقق من مصيرهم و معرفة أماكنهم، و لهذا الغرض يتلقى البلاغات ويدرسها، ويوجه طلب إلى الحكومات المعنية بإجراء تحقيقات و الإعلام بالنتائج، ويرفع الفريق العامل تقريرا سنويا إلى لجنة حقوق الإنسان عن الأنشطة التي قام بها³.

تجدر الإشارة في هذا المقام أن الفريق العامل لا يعالج حالات النزاع المسلح الدولي إذ يتعين على الأطراف المتحاربة البحث عن الأشخاص المفقودين الذين أخطره الخصم عن قتلهم، وعليهم تبليغ جميع المعلومات المتوفرة لديهم عنهم إلى الدولة المعنية أو عن طريق

¹ : لمزيد من التفصيل حول هذه الاتفاقية، راجع د محمود شريف بسيوني، الوثائق الإسلامية والإقليمية، م 2، المرجع السابق، ص 254.

² : راجع توصيات الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي في تقريرهم، المرجع السابق، ص 111، 112.

³ : مقتبس من صحيفة وقائع رقم 6 التنقيح 2 حقوق الإنسان، حالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي، وهي سلسلة صحف وقائع حقوق الإنسان تصدر عن مفوض الأمم المتحدة السامي، مركز حقوق الإنسان، جنيف، سويسرا، مجانية توزع في شتى أنحاء العالم، 1998، تتكون من 27 صفحة.

الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين التابعة للجنة الدولية للصليب الأحمر أو الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر التي تسعى إلى إعادة الروابط بين أسرى الحرب وعائلاتهم و تبادل قوائم بأسماء المصابين بين الطرفين المتحاربين، كما يجب على الأطراف المتحاربة تسجيل المعلومات المتعلقة بالأشخاص الذين اعتقلوا أو سجنوا أو توفوا أثناء اعتقالهم¹.

المطلب الثاني: اللجنة الدولية المعنية بحالات الاختفاء القسري

لغرض تنفيذ أحكام الاتفاقية الدولية لحماية الأشخاص من هذه الظاهرة نصت على إنشاء لجنة دولية معنية بحالات الاختفاء القسري² وهي مؤلفة من عشرة خبراء مشهود لهم بالنزاهة والكفاءة المعترف بها في مجال حقوق الإنسان، يكونون مستقلين ويعملون بصفتهم الشخصية وبجداية كاملة. وتنتخب الدول الأطراف أعضاء اللجنة وفقا للتوزيع الجغرافي العادل. ينتخب أعضاء اللجنة لفترة أربع سنوات، ويمكن إعادة انتخابهم مرة واحدة. يتمتع أعضاء اللجنة بالتسهيلات والامتيازات والحصانات المعترف بها للخبراء الموفدين في بعثات لحساب الأمم المتحدة.

وتقدم كل دولة طرف إلى اللجنة، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، تقريرا عن التدابير التي اتخذتها لتنفيذ التزاماتها بموجب هذه الاتفاقية في غضون سنتين من بدء نفاذ هذه الاتفاقية بالنسبة للدولة الطرف المعنية، تنظر اللجنة في كل تقرير، ويجوز لها أن تقدم ما تراه مناسبا من تعليقات أو ملاحظات أو توصيات، تبلغها إلى الدولة الطرف المعنية التي ترد عليها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب اللجنة.

أولا/ اختصاص اللجنة في تلقي طلبات الأفراد

يجوز لأقارب الشخص المختفي، أو ممثليهم القانونيين، أو محاميهم أو أي شخص مفوض من قبلهم وكذلك لأي شخص آخر له مصلحة مشروعة، أن يقدموا بصفة عاجلة طلبا إلى اللجنة من أجل البحث عن شخص مختف والعثور عليه. وتعلن اللجنة عدم قبول كل بلاغ يصدر عن شخص مجهول الهوية، أو يشكل إساءة استعمال للحق في تقديم بلاغات كهذه أو يتنافى مع أحكام الاتفاقية، أو يجري بحثه أمام هيئة دولية أخرى من هيئات التحقيق أو التسوية لها نفس الطابع، أو لم تكن قد استنفذت بشأنه جميع سبل الانتصاف المحلية الفعلية المتاحة. ولا تنطبق هذه القاعدة إذا تجاوزت إجراءات الطعن مهلا معقولة.

ثانيا/ قرارات اللجنة

في حالة استيفاء البلاغ الشروط المنصوص عليها في الفقرة السابقة تقوم اللجنة بإرساله إلى الدولة الطرف المعنية بشأن تقديم ملاحظاتها أو تعليقاتها في الآجال المحددة لها. وقبل اتخاذ اللجنة قرار في المسألة، يجوز لها أن تطلب من الدولة المعنية بذل عناية باتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة لمنع وقوع ضرر لا يمكن إصلاحه على ضحايا الانتهاك المزعوم. وطبقا للمادة 32 من الاتفاقية يجوز لأي دولة طرف في هذه الاتفاقية أن تعلن في أي وقت اعترافها باختصاص اللجنة بتلقي وبحث بلاغات تزعم دولة طرف بموجبها أن دولة طرفا أخرى لا تفي بالتزاماتها بموجب هذه الاتفاقية، ولا يقبل أي بلاغ يتعلق بدولة طرف لم تصدر هذا الإعلان، ولا أي بلاغ تقدمه دولة طرف لم تصدر هذا الإعلان. كما يجوز للجنة، بعد التشاور مع الدولة الطرف المعنية أن تطلب من واحد أو أكثر من أعضائها القيام بزيارة وإفادتها عن الزيارة دون تأخير، مع إخطار الدولة الطرف المعنية بعزمها على ترتيب هذه الزيارة، في انتظار رد الدولة الطرف خلال مهلة معقولة. وبعد الانتهاء من الزيارة تقوم اللجنة بإخطار الدولة الطرف المعنية بملاحظاتها وتوصياتها. تعرض اللجنة المسألة بصفة عاجلة

¹ محمد فهاد الشالدة، ص 147. كذلك أد عبد الغني عبد الحميد محمود، ص 44.

² : إنشاء اللجنة واختصاصاتها منصوص عليه في الجزء الثاني من الاتفاقية الدولية لحماية الأشخاص من ظاهرة الاختفاء القسري في المواد من 26 إلى 36.

على الجمعية العامة للأمم المتحدة عن طريق الأمين العام في حالة تلقيها معلومات تتضمن دلائل تفيد بان الاختفاء القسري يطبق بشكل عام على أراضي الدولة الطرف. تمارس اللجنة عملها بالنسبة لحالات الاختفاء القسري الواقعة بعد دخول الاتفاقية حيز النفاذ. وفي إطار الاختصاصات التي تمنحها هذه الاتفاقية للجنة، تتعاون اللجنة مع جميع الأجهزة، والمكاتب، والوكالات المتخصصة، والصناديق المناسبة التابعة للأمم المتحدة، واللجان المنشأة بموجب صكوك دولية، والإجراءات الخاصة للأمم المتحدة، والمنظمات أو المؤسسات الإقليمية الحكومية الدولية المعنية، ومع جميع المؤسسات والوكالات والمكاتب الوطنية ذات الصلة التي تعمل على حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري. وتعاونها مع المجتمع المدني، إذ تشير في المادة 24 من الاتفاقية الدولية للحماية من الاختفاء القسري إلى ضرورة تعاون الجهات الفاعلة في المجتمع المدني على الصعيد المحلي والوطنية والدولية، لاسيما جمعيات أقارب الأشخاص المختفين، العاملة في مجال تعزيز وحماية حقوق الإنسان بصفة عامة، وفي مجال مكافحة ظاهرة الاختفاء القسري بصفة خاصة، لما لها من دور رئيسي في المساعدة على تنفيذ الاتفاقية بتقديمها معلومات صحيحة وواقعية خلال عملية تقديم التقارير¹. وتقوم اللجنة - في إطار مهامها - بالتشاور مع غيرها من اللجان المنشأة بموجب صكوك حقوق الإنسان ذات الصلة، وخاصة اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المنشأة بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بغية ضمان اتساق ملاحظات كل منها وتوصياتها.

خاتمة:

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن ظاهرة الإخفاء القسري للمعتقلين من المعارضين أو الخصوم السياسيين تعد من أخطر صور انتهاكات حقوق الإنسان التي تقترب بوجود حالات الطوارئ؛ لذا فإن حالات الاختفاء قد وقعت وما تزال في معظم دول العالم ونظرا لخصوصية هذه الظاهرة وحداتها فإن القواعد الدولية اللازمة للتصدي لها ما تزال في مرحلة التكوين. في حين نجد معظم دساتير الدول وتشريعاتها الأخرى تتضمن العديد من النصوص القانونية التي تتعلق بحماية حقوق الإنسان وإن كانت لم تتضمن نصا صريحا يتعلق بالاختفاء القسري، ولكن باعتبار أنه يمثل انتهاكا صارخا للعديد من حقوق الإنسان فيمكن بإعمال وتطبيق هذه القواعد والنصوص القانونية منع وقوع أو الحد من هذه الظاهرة.

وفي ختام هذه الدراسة نتقدم بمجمل توصيات من واقع ما احتوته الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، ومن المعايير المتفق عليها دولياً بشأن إنفاذ أية معاهدة دولية على أرض الواقع:

- على الدول أن تسن نصوصا تشريعية وطنية؛ حتى تكون لديها الأدوات القانونية اللازمة لتطبيق الاتفاقية. وأن تدرج الاختفاء القسري كجريمة في قانونها الوطني وإلا لن تستطيع محاكمة مرتكبي الجريمة.

- يجب على جميع دول العالم تحمل مسؤوليتها واعتبار الدخول الفوري لهذه الاتفاقية حيز التنفيذ وتطبيقها بفعالية أولوية قصوى لهذه الدول. وعلى الدول التي لم تصادق أو تنضم أن تعمل على التصديق أو الانضمام إلى الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري دون أي تأخير واعتبارها من أولوياتها

الامتناع عن إبداء التحفظات التي قد تؤدي إلى عدم التوافق مع دوافع وأغراض الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري.

¹ : وثيقة بشأن منهجية التعامل مع الجهات الفاعلة في المجتمع المدني ، اعتمدها اللجنة في دورتها الخامسة (4-15 نوفمبر 2013) . انظر الوثيقة على موقع شبكة المعلومات الدولية للمفوضية السامية لحقوق الإنسان كالتالي:

- على الدول اتخاذ تدابير عملية مثل توفير التدريب اللازم للموظفين لديها والأهم من ذلك، إحالة مرتكبي الجريمة إلى العدالة بصورة منتظمة. ويتطلب هذا الأمر إرادة سياسية. فالاتفاقية هي مقياس قانوني دولي موضوعي؛ الهدف منه المساعدة على إرساء قاعدة لمكافحة الاختفاء القسري عند وجود الإرادة السياسية.
- منح السلطة إلى اللجنة الجديدة حول حالات الاختفاء القسري لتلقي شكاوى الأشخاص ودراساتها.
- مواصلة البحث بشأن حالات الاختفاء القسري التي لم يعرف مصيرها بعد، وبذل كل الجهود للتحري بشأن الوقائع التي لم يتم استجلاؤها؛ والكشف عن مصير المختفين، مع إيجاد الحلول الملائمة بالنسبة لمن ثبت وفاتهم.
- سن التشريع المحلي دون أي تأخير وهو ضروري من أجل التنفيذ الكامل للاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري.
- ثبات مدى جسامة تلك الانتهاكات ونوعيتها؛ وذلك من خلال تحليلها في إطار السياقات التي ارتكبت فيها وفي ضوء معايير حقوق الإنسان وقيمها ومبادئ الديمقراطية ودولة الحق والقانون؛ وذلك بإجراء التحريات اللازمة وتلقي الإفادات وتفصي الحقائق وجمع المعلومات والمعطيات الكشف عن حقيقة حالات الاختفاء القسري.
- مواصلة البحث بشأن حالات الاختفاء القسري التي لم يعرف مصيرها بعد، وبذل كل الجهود للتحري بشأن الوقائع التي لم يتم استجلاؤها؛ والكشف عن مصير المختفين، مع إيجاد الحلول الملائمة بالنسبة لمن ثبت وفاتهم.
- تعزيز مسؤوليات أجهزة الدولة وغيرها في مجال التحريات والبحث الجنائي والتحقيق بشأن مزاعم الاختفاء القسري والجرائم المرتبطة بها.
- ملاحقة المسؤولين عن الاختفاء القسري.

إسهامات المنظمات غير الحكومية في مجال حقوق الإنسان

Contributions of The International non-governmental organizations in the field of human rights

رباس محمد، + شواقي عبد الرحمان، طالبان باحثان في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/11/06 – تاريخ المراجعة: 2017/12/22.

ملخص:

تتأسس المنظمات الدولية غير الحكومية دورا مهما في مجال حقوق الإنسان، حيث تقوم بمراقبة الانتهاكات الواقعة على حقوق الإنسان من خلال المداخلات التي تقوم بها لدى السلطة المعنية ولدى الرأي العام المحلي والدولي بهدف وضع حد لهذه الانتهاكات، فهي تقوم بدور المراقب على حقوق المجتمع وأفراده من تصرفات ظالمة، وهي تبذل كل جهدها في الدفاع عن كل فرد في المجتمع ليتمتع بحقوق المعترف بها، ولقد أضحت المنظمات الدولية غير الحكومية أكثر نفوذا في تعزيز وحماية حقوق الإنسان وعلى نحو متزايد، فالكثير من المنظمات الدولية والوطنية غير الحكومية تنخرط بدور نشط في تعزيز وحماية حقوق الإنسان، وتلعب دور الحارس في حالة عدم تفعيل صكوك حقوق الإنسان.

الكلمات المفتاحية:

المنظمات، غير الحكومية، حقوق الإنسان.

Abstract:

The International non-governmental organizations play an import role in the field of human rights, It controls the violations of human rights through its interventions by the Amnesty International, The competent authority and the local and international public opinion in order to put an end to these violations, it works as an observer of the rights of society and its members from unjust actions, it is doing its utmost for the sake of defending every individual in the society to enjoy his recognized rights. These international non-governmental organizations have become more influential in the promotion and protection of human rights; they aim to play the role of the guard in case of non-activation of human rights instruments.

Keywords:

Organizations, non-governmental, human rights.

مقدمة:

لعبت المنظمات غير الحكومية دورا كبيرا في إرساء وتعزيز حقوق الإنسان، فكان لها الفضل في بلورة معظم الاتفاقيات الدولية والمواثيق العالمية المتعلقة بهذا الشأن، كما كان لها صوت عال في ترقية وحماية هذه الحقوق على المستويين الدولي والمحلي واستحدثت أطر ووسائل وآليات لحمايتها.

فالمنظمات غير الحكومية باعتبارها أحد أهم قوى المجتمع من حيث التأثير اجتهدت من أجل محاربة قوى الاستبداد والرق وتجارة العبيد والإبادة الجماعية، والتعذيب والتمييز العنصري واستعباد النساء والأطفال، فأصبحت المنظمات غير الحكومية قوى تكافح الظلم والطغيان وتدعو إلى الحرية، وأن يكفل الإنسان العيش الكريم والحياة المستقرة.

يعد خوض المنظمات غير الحكومية في مجال حقوق الإنسان تحديا بسبب قيام هذه المنظمات بانتقاد السلطة وممارستها في مجال حقوق الإنسان، مما يعرض أعضائها للقمع، وتجدر الإشارة إلى أن المنظمات غير الحكومية كان لها السبق في مجال حقوق الإنسان، غير أن دورها لم يظهر بشكل واضح إلا بعد توافر الظروف الملائمة لتكريس الحماية على الساحة الدولية، وصار تدخل هذه المنظمات في مجال حقوق الإنسان أمرا لا بد منه بسبب زيادة مظاهر انتهاك حقوق الإنسان، الأمر الذي أثار لنا الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن اعتبار المنظمات غير الحكومية الدولية والوطنية مساهما فعّالا في ترقية حقوق الإنسان وصونها من الانتهاكات التي تطالها؟.

للإجابة على هذه الإشكالية نتبع الخطة الثنائية المتكونة من مبحثين نتطرق في المبحث الأول لدور المنظمات غير الحكومية في ترقية حقوق الإنسان كما سنتناول في المبحث الثاني دورها في حماية هذه حقوق وكل هذا وفقا للنسق التالي؛

المبحث الأول

دور المنظمات غير الحكومية في ترقية حقوق الإنسان

لا يختلف اثنان على أن عملية ترقية حقوق الإنسان تعتبر من أسس الديمقراطية ومثال على ازدهار وحضارة المجتمع والدولة التي تهتم بمجال حقوق الإنسان وتسعى دائماً أن يعيش شعبها في ظل الكرامة وعزة النفس وأن ينعم بالحرية والطمأنينة في المجتمع. ولهذا السبب تكاثفت كل الجهات الفاعلة من مؤسسات الدولة وتنظيمات المجتمع المدني بما فيها المنظمات غير الحكومية الدولية والوطنية، من أجل ترقية حقوق الإنسان في كافة المجالات المدنية الاجتماعية، والثقافية... الخ، وفيما يلي سنبين دور كلاهما في مجال الإعلام والتحسيس والتربية على ثقافة احترام حقوق الإنسان.

المطلب الأول: الدعاية والتحسيس بثقافة بحقوق الإنسان

مسألة حقوق الإنسان مسألة حساسة جدا تدخل بالتقريب في كل العلاقات بين الأفراد، وبالتالي أصبح واجباً على هؤلاء الأفراد السعي إلى ترقية هذه الحقوق وتعزيزها وحتى لا يقع من أحد الأفراد أو بعضهم تعدي على حقوق غيرهم أو محاولة تعويضها، ولا يتأتى هذا إلا بالتحسيس والإعلام والدعاية لمعرفة هذه الحقوق وتحليل مضامينها للوقوف عند ما هو لنا من حقوق نتمسك به، وما لغيرنا من حقوق فنحترمها ونقف عند حدها.

الفرع الأول: عقد الندوات والملتقيات

بسبب الدور الهام والبارز الذي تلعبه الملتقيات والندوات في التوعية ونشر حقوق الإنسان فلقد خطت المنظمات غير الحكومية سواء الدولية أو الوطنية خطوات جبارة في مجال تنظيم الملتقيات والندوات التي موضوعها حقوق الإنسان سواء بمبادرات منفردة أو بالتعاون مع بعضها، فعلى سبيل المثال نظم المعهد العربي لحقوق الإنسان وهو منظمة غير حكومية دولية تأسست سنة 1989 ومقرها تونس ندوات عدة في مجال حقوق الإنسان، وباعتبار أن حق إنشاء الجمعيات من حقوق الإنسان التي كفلها القانون والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، فإن المعهد قام بندوة حول دور المنظمات العربية غير الحكومية في تطوير المجتمع المدني في تونس من 26 إلى 29 أكتوبر 1993.

وقد دعا المشاركون في هذه الندوة إلى وجوب بلورة خطاب ثقافي وسياسي يتماشى مع تطلعات الإنسان العربي، إلى مشاركة واسعة في مختلف مظاهر الحياة، وأكدوا على أهمية التربية والتعليم في تجدير الثقافة والديمقراطية كما أكدوا على أهمية الديمقراطية والمشاركة الشعبية في بلورة أسس المجتمع المدني، وأجمع المشاركون على ضرورة التنسيق والتعاون بين المنظمات غير الحكومية وتبادل الخبرات والتجارب وأكدوا على أن توفر المناخ الديمقراطي كشرط ضروري لعمل المنظمات في بناء مجتمع مدني

¹ ومن أمثلة امتزاج دور المنظمات غير حكومية الدولية والوطنية في عقد الندوات والملتقيات الندوة الخاصة التي نظمت في القاهرة 30/28 سبتمبر 1999 بالتعاون مع الاتحاد العام للصحفيين العرب وهي أيضا منظمة دولية غير حكومية أنشئت عام 1964 ومقرها القاهرة، حيث شارك في هذه الندوة 150 مشارك يمثلون الوزارات والهيئات الحكومية المعنية بحقوق الإنسان والثقافة والإعلام، وممثلي نقابات الصحفيين والمنظمات الدولية، والمنظمات غير الحكومية، الإقليمية والوطنية والدولية، وحيث جاء ضمن توصياتها تطوير التشريعات العربية المتصلة بالإعلام المتلائم والمعايير والعهود والمواثيق الدولية ورفع أشكال الوصاية والرقابة على وسائل الإعلام والمطبوعات والإفراج عن الصحفيين المعتقلين، وضمان ممارسة الإعلاميين لمهنتهم بحرية ودون ضغوط أو تقييد لحريتهم وكفالة الضمانات المهنية التي تمكنهم من أداء رسالتهم².

الفرع الثاني: تنشيط الفعاليات المتعلقة بحقوق الإنسان

لقد اظهر الواقع أن المنظمات غير الحكومية الدولية والوطنية يمكنها أن تلعب دورا هاما في تسهيل التوعية بحقوق الإنسان على نطاق واسع من خلال تنظيم وإحياء المناسبات الخاصة بحقوق الإنسان، ويمكن أن تشمل هذه المناسبات عدد من الأنشطة، مثل تنظيم المسابقات بشأن مواضيع تتعلق بحقوق الإنسان للأطفال في سن التعليم المدرسي، وتنظيم المحاضرات في الجامعات وغيرها، وتنظيم الاحتفالات بمناسبات معينة متعلقة بحقوق الإنسان مثل اليوم العالمي لحقوق الإنسان واليوم العالمي للمرأة واليوم العالمي للطفولة... الخ، وأن تتخلل هذه الاحتفالات تقديم جوائز بالنسبة للأفراد، والجمعيات التي قدمت مجهودات معتبرة وإسهامات فعالة في مجال التوعية بحقوق الإنسان وتعزيزها³. ومن الأمثلة عن النشاطات التي تقوم بها المنظمات غير الحكومية الوطنية، ما قامت به الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان بمناسبة اليوم العالمي للطفولة في تنظيم ملتقى حول مكافحة العنف ضد الطفل، كما نظمت بمناسبة اليوم العالمي لحرية الصحافة يوم دراسي حول تجريم جنح الصحافة⁴. ويمكن للمنظمات غير الحكومية المحلية والدولية الخاصة بحقوق الإنسان أن تقوم بإحياء المناسبات المتعلقة بحقوق الإنسان بالاشتراك مع الهياكل القائمة في المجتمع مثل الوزارات، والمدارس، والجامعات، وأن تقوم هذه المنظمات بتشجيع مبادرات الآخرين بالاشتراك معها من أجل تعزيز الوعي والمعرفة بحقوق الإنسان ويجب على المنظمات غير الحكومية أن تعرف الموارد المتاحة في المجتمع، وأن تقوم بدراسة الطرق التي يمكن من خلالها استخدام هذه الموارد بأكبر قدر من الفاعلية⁵.

الفرع الثالث: نشر الكتب والمجلات المتعلقة بحقوق الإنسان

تسعى المنظمات غير حكومية لنشر ثقافة حقوق الإنسان بين أفراد المجتمع ونشر الوعي بالحقوق التي كفلها له القانون، وكذلك الوصول من طرف أفراد المجتمع إلى التمتع بروح المسؤولية تجاه حقوق الآخرين باعتبارها واجبا يلتزم به كل فرد تجاه الآخرين، وذلك عن طريق إصدار كتب ومجلات متخصصة في حقوق الإنسان تبين فيها ماهية هذه الحقوق وسبل تعزيزها وترقيتها وتبرز فيها معظم النشاطات التي تقوم بها في هذا الإطار، كما تعمل على نشر المداخلات والنتائج المتوصل إليها عقب الأيام الدراسية والملتقيات التي تقوم بتنظيمها وتنظيمها بالإضافة إلى التوصيات التي يخلص إليها المشاركون فيها وذلك على شكل مجلات علمية في غالب الأحيان،

¹ - المعهد العربي لحقوق الإنسان، التقرير الختامي لندوة دور المنظمات غير الحكومية في تطوير المجتمع المدني، المجلة العربية لحقوق الإنسان، العدد الأول، 1994، ص 176.

² - المعهد العربي لحقوق الإنسان، التقرير الختامي لندوة دور الإعلام العربي في نشر ثقافة حقوق الإنسان، المجلة العربية لحقوق الإنسان، العدد السابع، 2000، ص 164.

³ - شريف شريف، المنظمات غير الحكومية ودورها في ترقية وحماية حقوق الإنسان في الجزائر، مذكرة الماجستير، القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2008، ص 71.

⁴ - شريف شريف، نفس المرجع، ص 71.

⁵ - الأمم المتحدة، مركز حقوق الإنسان، مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، العدد الرابع، 1995، ص 48.

كما تصدر هذه المنظمات تقارير مكتوبة ومرئية عن الانتهاكات التي تحدث داخل الدول سواء كان سببها السلطات العمومية أو أحد أعضائها أو الأفراد فيما بينهم¹.

المطلب الثاني: التربية على ثقافة حقوق الإنسان

إن التكلم عن موضوع حقوق الإنسان، يستلزم البحث عن ثقافة حقوق الإنسان ومدى ارتباطها بين أفراد المجتمع، ولكي تتجذر هذه الحقوق لا بد من ترسيخ تربية معينة على هذه الحقوق، إذ تعتبر التربية التعليمية على حقوق الإنسان من المسائل التي تهدف إلى تجسيد حقوق الإنسان وتأصل ثقافة الدفاع عن هذه الحقوق لدى الإنسان بطرق ناجعة وسلمية أو حكيمة إن صح التعبير وتسوية سلوك الفرد من أجل الرقي بالمجتمع الذي يعيش فيه.

الفرع الأول: تعليم حقوق الإنسان

تعتمد المنظمات غير الحكومية سواء الدولية أو الوطنية في رؤيتها لموضوع تعليم حقوق الإنسان على أنه عنصر ضروري في الوقاية من الانتهاكات، وذلك بالاستناد إلى فكرة أن وعي الإنسان بحقوقه، يساهم إلى حد كبير في منع انتهاك بعضها على الأقل، كالحق في توكيل محام أو في محاكمة عادلة، وحق استئناف الحكم وحقوق أخرى، وبعد أن تكون الانتهاكات قد حصلت فإن معرفة ضحية الانتهاك للسبل والآليات المتوفرة لتقدم الشكاوى ولرد الاعتبار أمر مهم وحاسم في ردع التصرفات الجائرة².

وقد عبّر السيد "روني كاسا ROUNIE KASSA" الرئيس السابق للجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة عن دور المنظمات غير الحكومية في هذا المجال، أثناء انعقاد مؤتمر هذه المنظمات بباريس عام 1968، حيث صرح بأن هذه المنظمات كانت هي الأولى في جعل مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان معروفة في الدوائر التي كانت تجهل ماهية حقوق الإنسان، كما تعمل هذه المنظمات على جعل الرأي العام مزودا بالتطورات الممكنة والإنجازات الإيجابية، أيضا تقوم بدور مهم في تربية الفرد على القيم السامية لحقوق الإنسان، وهذا الدور اعتبره واضعو الإعلان ذا أهمية خاصة، بل أكثر أهمية حتى من الإجراءات التي يمكن أن تتخذ في الميادين الوطنية والدولية، وتعمل هذه المنظمات كذلك على جعل حقوق البشرية واضحة معروفة ومحترمة، من خلال القصصات والكيبات واللقاءات التي تعقد لتجنيد أعضاء جدد ولجلب انتباه الرأي العام العالمي والوطني³ بالإضافة إلى الدور السابق، تقوم المنظمات الدولية غير الحكومية في بعض الدول بتطوير المناهج المدرسية بهدف إدخال مبادئ حقوق الإنسان فيها، كإدخالها في منهاج بعض الحصص الرسمية أو في تدريس اللغة، ولا يقتصر الأمر على التعليم الشعبي و تعليم الأطفال بل تقوم العديد من المنظمات الدولية غير الحكومية في العديد من البلدان بإجراء دورات تدريبية للمسؤولين كالشرطة المدنية والنيابة العامة وغيرها من أجل إنفاذ القانون وتعتمد كثير من جمعيات المجتمع المدني على المنظمات الدولية غير الحكومية من أجل توفير فرص التدريب العملي في مكاتبها الدولية مثل مركز حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة في جنيف أو منظمة العفو الدولية⁴.

الفرع الثاني: التأكيد على إدراج حقوق الإنسان في المناهج التعليمية

نقطة الانطلاق والمرجعية الأساسية للمنظمات غير حكومية من أجل التشديد على التزام الدول بحقوق الإنسان وتدريبها هو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما يعتبر ركيزة للكثير من المعاهدات والمواثيق الهادفة لتنظيم العلاقات البشرية في منظور يتجاوز الخلافات الإيديولوجية، السياسية، الدينية، العرقية والجغرافية، وذلك بتبني الحقوق والحريات الأساسية المشتقة من طبيعة قدسية الروح

¹ - شرفي شريف، نفس المرجع، ص 72.

² - براج السعيد، دور المنظمات الدولية غير الحكومية في ترقية وحماية حقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، القانون العام، فرع العلاقات الدولية وقانون المنظمات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010، ص 76.

³ - غضبان مبروك، المدخل للعلاقات الدولية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص 259 وما يليها.

⁴ - براج السعيد، مرجع سابق، ص 76 وما يليها.

الإنسانية¹، حيث نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على التربية على حقوق الإنسان، من أجل تنمية شخصية الإنسان كاملا وتعزيز احترام حقوقه وحرياته الأساسية، وكذلك معاهدة المنظمة الدولية للعمل رقم 111 لعام 1960، جعلت من أهدافها ترقية تساوي الفرص والتساوي في المعاملة بالنسبة للعمل والمهنة والتوظيف من أجل القضاء على كل تمييز في هذا الخصوص، والدول الأعضاء في هذه المعاهدة مطالبة بإصدار التشريعات اللازمة وتدعيم البرامج التربوية التي من شأنها تثبيت سياسة تساوي الفرص في ميدان الشغل ومنع أي تمييز إلا على أساس الشروط الموضوعية التي يتطلبها المنصب².

وتوصية الأمم المتحدة بخصوص منع كل أشكال التمييز العنصري والمعاهدة الدولية المتعلقة بنفس الموضوع والتي تضيف المزيد من التأكيد على ما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث تتعهد الدول الأعضاء على أن تتخذ فوراً كل الخطوات في مجال التعليم، التربية والإعلام، من أجل القضاء على التمييز العنصري و تبني القيم العالمية كالتفاهم والتسامح والصدقة بين الإنسان والأمم والجماعات العرقية،³ ونص العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية على نفس التعهد وجعل من أهداف التربية على حقوق الإنسان النمو الكامل للشخصية الإنسانية والحرية الأساسية بحيث تمكن كل الأفراد من المساهمة في مجتمع حرّ والنهوض بفكر التفاهم والتفهم للآخر والتسامح والصدقة بين الشعوب.

جاء المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان في فيينا سنة 1993 ليؤكد على عزم اليونسكو بالتأكيد على التربية الهادفة لتنمية حقوق الإنسان، وتقوية احترام الحقوق والحرية الأساسية، ومطالبة الدول بإدماج حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والديمقراطية على مستوى التعليم الرسمي وغير الرسمي⁴. وكل هذه المواثيق والمعاهدات جعلت من المنظمات غير الحكومية تصرّ في مطالبتها للدول على ضرورة تدريس حقوق الإنسان في جميع المستويات التعليمية، وقد ألحّت الدول على ضرورة التعاون الدولي البيداغوجي في وضع برامج تربوية منبثقة من التوصيات والإعلانات المتتالية لكل من الأمم المتحدة ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة وبتضافر الجهود والمطالبات التي نادى بها المنظمات غير الحكومية⁵.

الفرع الثالث: تنظيم دورات تدريبية لترسيخ حقوق الإنسان

يمكن اعتبار المنظمات غير الحكومية، من السباقين في مجال التثقيف في مجال حقوق الإنسان، فهي تقوم إلى جانب ذلك بدورات تدريبية لتحويل المعرفة بحقوق الإنسان إلى مهارات عملية، وهناك عدد من المجموعات المهنية التي تستطيع التأثير على ممارسة حقوق الإنسان داخل المجتمع مما يجعلها من الفئات المناسبة لهذا التدريب وتشمل هذه المجموعات الفئات التالية: الفئة التي تنتمي إلى إدارة العدالة المتمثلون في القضاة والمحامون والمسؤولين عن تنفيذ القوانين بما في ذلك الشرطة وقوات الأمن وكذلك المسؤولين في السجون، و الفئة التي تنتمي إلى الحكومة والبرلمان مثل أعضاء الهيئات التشريعية والموظفون العموميين المعنيين بصياغة التشريعات والإصلاحات وكذلك الموظفين العموميين المعنيين بوضع وتنفيذ السياسات، بالإضافة إلى فئات أخرى تتمثل في المشرفين الاجتماعيين، القوات المسلحة، وسائط الإعلام، الناشطين في المنظمات غير الحكومية والمنظمات المحلية المعنية بحقوق الإنسان، والمدربين والمدربين والمسؤولين في نقابات العمال والأطباء والمرضى وباقي أفراد المجتمع⁶.

¹ - شريف شريف، مرجع سابق، ص 74.

² - شريف شريف، مرجع سابق، ص 74.

³ - الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 227.

⁴ - الطاهر بومدر، تعليم حقوق الإنسان والتربية من أجل حقوق الإنسان، أشغال الملتقى، التربية على حقوق الإنسان، منشورات اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان، 2003، ص 19.

⁵ - شريف شريف، مرجع سابق، ص 75.

⁶ - شريف شريف، نفس المرجع، ص 84 وما يليها.

المبحث الثاني

دور المنظمات غير الحكومية في حماية حقوق الإنسان

لا شيء يدعو للشك أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يعتبر بمثابة حجر الزاوية في مجال إقرار حقوق الإنسان وإيداننا بيزوغ عهد جديد تزايد فيه وعي الإنسان بحقوقه، وتضافر خلاله جهود سائر بني البشر بغض النظر عن أجناسهم وأعراقهم أو قومياتهم أو لغاتهم أو ثقافتهم أو دياناتهم، سعيا لترجمة المبادئ والقيم التي اتفقت عليها الشعوب وأقرتها في هذا الإعلان، وترجمتها إلى سلوكيات وجعلها واقعا معاشا، كما تبع ذلك ظهور حركات وتنظيمات غايتها الدفاع عن حقوق الإنسان، جمعت في ظلها المؤمنين بتلك المبادئ والحقوق المقررة في الاتفاقيات التي انبثقت من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على مدى السنوات التي تلت صدور الإعلان. ولقد كان للمنظمات غير الحكومية دور في ضرورة إعمال المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وضرورة أن تصب المبادئ التي أقرتها هذه الاتفاقيات في صلب التشريعات والقوانين داخل البلدان وكذلك في الدساتير باعتبارها القانون الأسمى داخل الدول. ولقد أصبحت بالفعل كل الدول ملزمة باحترام تلك القيم والمبادئ باعتبار أن المجتمع الدولي أقرها، ومن واقع أن غالبية الدول الأعضاء في هيئة الأمم المتحدة قد أجازتها، ومن جهة أخرى ولدت حركات الدفاع عن حقوق الإنسان في إطار الجهود غير الحكومية الرامية إلى تعزيز وحماية الحقوق والحريات المنصوص عليها، في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وما انبثق عنه من مواثيق واتفاقيات، وللتصدي لكل محاولة حرمان الإنسان من حقوقه، ولعل نشاط المنظمات غير الحكومية في الجزائر هو خير دليل على الدور الذي تلعبه من أجل حماية حقوق الإنسان.

ولهذا سنتناول فيما يلي الدور الذي تلعبه من أجل حماية حقوق الإنسان عامة ثم سنأخذ بعض التطبيقات على حماية بعض الحقوق في الجزائر.

المطلب الأول: استراتيجيات المنظمات غير حكومية في حماية حقوق الإنسان

عند ممارسة المنظمات غير الحكومية لدورها في الحماية وتعزيز حقوق الإنسان فإنها تستعمل آليات واستراتيجيات تبيين وتظهر واقع هذه الحقوق داخل البلاد، تتمثل هذه الاستراتيجيات في إعداد تقارير وإرسال بعثات لممارسة ضغط إعلامي.

الفرع الأول: إعداد التقارير

ترنو هذه المنظمات إلى تجنيد العار الذي سيلحق بالحكومات عند فضح الانتهاكات التي تقوم بها وتلعب التقارير الصادرة عن منظمات حقوق الإنسان وعن بعثات تقصي الحقائق التي ترسلها، إلى الأوضاع السائدة في دولة معينة ورغم أن هذه التقارير وحدها ودون عوامل أخرى كدعم الرأي العام، قليلا ما تؤدي إلى قيام الدولة بموضوع البحث بشكل من أشكال العمل الملموس لوقف انتهاكاتهما، إلا أنها تسهم بطريقة أو بأخرى في الإساءة لصيت وسمعة تلك الدولة وبالتالي عزلها عن المجتمع الدولي مما يزيد الضغط على تلك الدولة كي تعدل سلوكها الذي يعد انتهاكا لحقوق الإنسان¹.

وإن قدرة هذه المنظمات في بناء موقف إعلامي قوي يتأسس على قوة العبارات والصياغات والتوصيفات، وإنها بالدرجة الأولى على قدرتها على توثيق المعلومات التي تبني عليها موقفها تجاه قضية أو أخرى من جانب وبمدي تملك القائمين على صناعة هذه المواقف لرؤية حقوق الإنسان وقدرتهم على تدعيم مواقفهم في بعض الحالات، بموقف المحاكم الأوروبية أو الأمريكية لحقوق الإنسان من انتهاكات مماثلة، أو بالمبادئ ذات الصلة التي أرسنها المحاكم الوطنية².

الفرع الثاني: إرسال اللجان والبعثات

¹ - فاتح سميح عزام، دور المنظمات غير الحكومية في الدفاع عن حقوق الإنسان، مجلة المعهد العربي لحقوق الإنسان، العدد الثاني، 1995، ص 123 وما يليها.

² - شريف شريف، مرجع سابق، ص 92.

إن مجرد قيام منظمة غير حكومية دولية ذات احترام أو اعتبار دولي مثل اللجنة الدولية للحقوقيين، أو منظمة مراقبة حقوق الإنسان، باستقصاء الوضع في دولة معينة يمكن أن يركز الأنظار والانتباه العام على ممارسات تلك الدولة في مجال حقوق الإنسان حتى قبل صدور تقاريرها¹.

وهناك عدد قليل من المنظمات غير الحكومية التي توفد بعثات ميدانية إلى بلد معين لأن هناك عقبات تعترض هذه المبادرة، إذ تتطلب من أجل إيفاد بعثة مالية كبيرة لتغطيتها، ولا تتحملها إلا المنظمات ذات الدخل المالي الدائم، وقد تشكل المنظمات غير الحكومية بعثات مشتركة من أجل ضمان تحقيق فعال وشامل، ففي جانفي 1993 شكلت بعثة من المنظمات غير الحكومية وهي منظمة مراقبة حقوق الإنسان الفدرالية الدولية لحقوق الإنسان، والمركز الدولي لحقوق الإنسان والتنمية الديمقراطية، والاتحاد الإفريقي المشترك لحقوق الإنسان، وقامت بتحقيق شامل حول مجازر التي ارتكبت في رواندا منذ أكتوبر 1990².

الفرع الثالث: استعمال الضغط الإعلامي

تقوم المنظمات غير الحكومية بممارسة ضغوطات إعلامية على الدول التي يحدث داخلها انتهاك لحقوق الإنسان وذلك من أجل إجبار هذه الدول على احترام حقوق الإنسان والتعجيل في مواجهة الأخطاء والانتهاكات المتعلقة بحقوق الإنسان حيث تقوم المنظمات غير الحكومية بالتجمع والقيام بمؤتمرات لمناقشة بعض المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان، وتسبق عادةً هذه المؤتمرات جمعية عامة مشتركة تستدعي أجهزتها التنفيذية للاجتماع ولدراسة الخطوط العريضة، حيث عقدت في شهر مايو 1996 حلقة دراسية لمناقشة دور المهنيين الطبيين في كشف التعذيب وبيئت المشاكل الناجمة عن عدم الاعتراف بأهمية الشهادات الطبية أمام المحاكم، وشارك فيها عدد من أعضاء منظمات السلك الطبي، وتبع المناقشات نشر توصيات لحث الحكومات على عدم التعرض في كشف الانتهاكات المتعلقة بحقوق الإنسان³، كما استخدمت الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان وسائل الإعلام كالصحف مثلاً من أجل التنديد بالممارسات اللاإنسانية التي ترتكبها السلطات العمومية في الدولة التي تؤدي إلى تقويض حقوق الإنسان، حيث تقوم هذه الصحف بالتنديد بجرائم الصحافة وإصدار قوانين تحد من حرية ممارسة الصحفيين لأعمالهم وتحرمهم من الوصول إلى مصادر الخبر.

المطلب الثاني: تطبيقات حماية حقوق الإنسان في الجزائر

من خلال ما سبق أظهرنا أهم آليات المنظمات غير الحكومية التي بواسطتها تستطيع أن ترصد التصرفات غير القانونية والتي تمس بحقوق الإنسان، وتقوم بفضح كل الانتهاكات الجسيمة لها، مما يجعل الدول التي وقعت فيها هذه الانتهاكات تسارع إلى اتخاذ الإجراءات الكفيلة والتي بواسطتها تحد من هذه التصرفات غير الإنسانية.

سندرس فيما يلي تطبيقات دور المنظمات غير الحكومية في حماية حقوق الإنسان في الجزائر، والذي من خلاله نتطرق إلى دورها في حماية الحقوق الفردية للإنسان حيث نأخذ بعض النماذج ونبين الجهود التي بذلتها المنظمات غير الحكومية الدولية والوطنية من أجل تعزيزها وحمايتها ونعترف على الجهود التي بذلتها من أجل حماية وفضح الانتهاكات بالنسبة للحقوق الجماعية.

الفرع الأول: الحقوق الفردية.

المقصود بالحقوق الفردية هي تلك الحقوق الأصلية النابعة من صميم كيان الإنسان بصرف النظر عن انتمائه الاجتماعي، وهي تختلف عن حقوق الجماعة التي تختص بحقوق فئة معينة من المجتمع⁴، فليس للمجتمع أو الدولة أن تدّعي أنها صاحبة الفضل بمنحها

¹ - فاتح سميج عزام، مرجع سابق، ص 119.

² - شريف شريف، مرجع سابق، ص 95.

³ - شريف شريف، نفس المرجع، ص 98.

⁴ _ <https://ar.wikipedia.org>

حقوق للأفراد¹، فالحقوق الفردية إذاً هي الحقوق اللصيقة بالذات والتي أقرتها الشعوب في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الأخرى التالية له²، ونظرا لكثرة الحقوق الإنسانية الفردية سنتطرق إلى بعضها ونتعرف على جهود المنظمات غير الحكومية الدولية والوطنية من أجل تعزيز وحماية هذه الحقوق.

أولاً: الحق في الحياة

الحق في الحياة من أقدم الحقوق الفردية المعترف بها للإنسان فقد كفلتها معظم المواثيق الدولية حيث نصّت على قدسية الحياة وحرمت الاعتداء على هذا الحق وكفلت له الحماية، فلقد جاء في المادة 03 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " أن لكل فرد الحق في الحياة والحرية والسلامة الشخصية " وبذلك نص الإعلان العالمي صراحة على أن حريات الإنسان مكفولة .

وجاء في نص المادة 06 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ما يلي: "كل كائن بشري يتمتع بحق الحياة المتأصل فيه وهذا الحق يحميه القانون ولا يحرم أحد من هذا الحق بطريقة تعسفية"³، فلقد أكدت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وضمنت حقوق الإنسان في الحياة واعتبرت انتهاك هذا الحق جريمة معاقب عليها، ولكن رغم هذا فإن الجزائر على سبيل المثال وخاصة في العشرية السوداء دخلت بوابة العنف، وبذلك ظهر شكل جديد وصنف لم يكن معروفاً ألا وهو الإرهاب والذي زكّي نار الفتنة وساعد على تشجيع الاعتداء على حياة الأفراد، حيث جاء في تقرير منظمة العفو الدولية الصادر عام 1996 أن الجماعات الإرهابية إلى جانب قوات الأمن قتلت آلاف الأشخاص لم يكونوا يشكلون أي خطر على حياة أحد⁴، وتدخل المنظمة وبضغط على الحكومة آنذاك فقد صرّح رئيس الحكومة أن الذين سقطوا منذ سنة 1992 إلى 1996 قد بلغ 26536 قتيلاً ، ويعتبر هذا التصريح الأول الذي قامت فيه الحكومة بتقديم أرقام رسمية لعدد القتلى⁵.

وسعيًا من الجزائر إلى حماية حقوق مواطنيها، جاء في التعديل الدستوري لدستور عام 1996 أن " الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة، وتكون تراثًا مشتركًا بين جميع الجزائريين والجزائريات، واجبه أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته، وعدم انتهاك حرمة " ⁶.

كما جاءت القوانين مكرّسة لما جاء في الدستور حيث أقرت هي أيضا حرمة الاعتداء على الحياة، حيث جاء في قانون العقوبات ما يلي: " يعاقب الموظف بالسجن المؤقت من خمسة إلى عشرة سنوات إذا أمر بعمل تحكيمي أو ماس بالحرية الشخصية للفرد أو بالحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر"⁷. وقد نص قانون العقوبات أيضا بعقوبات مشددة على من يقوم بالتعدي على حياة الأفراد وقد تصل إلى الإعدام إذا اقترنت بظروف مشددة⁸.

ثانياً: الحق في محاكمة عادلة:

¹ - عبد الله لحد، جوزف مغيزل، حقوق الإنسان الشخصية والسياسية، الطبعة الثانية، منشورات عويدات، 1985، ص 11.

² - قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار هوم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 18.

³ - Jacques Robert et Jean Duffar, droit de l'homme et des peuples, édition francophone, Paris, 2006, p15.

⁴ _ منظمة العفو الدولية، تقرير سنة 1996، منشورات منظمة العفو الدولية، ص 165.

⁵ _ منظمة العفو الدولية، تقرير سنة 1999، منشورات منظمة العفو الدولية، ص 246.

⁶ - المادة 38، قانون رقم 16-01، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد الرابع عشر، الصادرة في 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 7 مارس سنة 2016.

⁷ - المادة 107، من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو عام 1966 يتضمن قانون العقوبات (المعدل والمتمم)، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد التاسع والأربعون، الصادرة في 21 صفر عام 1386 الموافق ل 11 يونيو عام 1966.

⁸ - أنظر المواد 261 و 262 و 263، نفس المرجع.

من بين الحقوق التي كفلها القانون والمواثيق الدولية لكل إنسان وعلى قدم المساواة، الحق في محاكمة عادلة ومنصفة، فالإعلان العالمي نص في المادة 08 "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على حقوقه الأساسية التي يمنحها له القانون" ونصت المادة 10 على أنه "لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة ونزيهة نظرا عادلا علنيا للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه له"¹.

وأكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 11 منه على براءة المتهم من الجريمة محل الاتهام حتى توجد دلائل على إدانته ولا يعتبر الشخص مجرما إذا قام بعمل أو امتنع عن أدائه إلا إذا كان هذا العمل يعتبر جريمة طبقا للقانون الداخلي أو الدولي في وقت ارتكابه للفعل².

ونص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية "... على أن الناس جميعا سواء أمام القانون، ومن حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جنائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة وحيدة، منشأة بحكم القانون ويجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها لدواعي الآداب العامة والنظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى أو في أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تحل بمصلحة العدالة إلا أن أي حكم في قضية جنائية أو دعوى مدنية يجب أن يصدر بصورة علنية إلا إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك أو كانت الدعوى تتناول خلافات زوجية، وتتعلق بالوصاية على الأطفال"³.

نجد أن هذه الفقرة نصت على أن الناس سواسية أمام القانون وأن تكون المحاكمة عادلة ومختصة ومستقلة ومحيدة وعلنية إلا إذا كان الأمر يتصل بأمور خاصة تستدعي السرية، وجاء في هذا العهد أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، وأن يعلم بالتهمة الموجهة له، وأن يعطى حق الدفاع وأن يحاكم حضورياً وأن يختار محامي، وحقه في مناقشة شهود الاتهام بنفسه أو عن طريق محامي، وأن يزود بترجمان إذا كان لا يفهم اللغة المستخدمة في المحاكمة وأن تكون الإجراءات تناسب سنّه إذا كان المتهم حدثاً، وأن يمنح له حق الطعن أمام جهة قضائية أعلى إذا أدين بجريمة، إلى غيرها من الضمانات التي أقرتها المواثيق والقوانين لكي يستفيد الشخص من محاكمة عادلة.

إن أهم ما ورد في الدستور الجزائري دستور 1996 وأكدته التعديل الأخير لمارس 2016 أن أي شخص متهم فهو بريء حتى تثبت إدانته ولا يمكن أن يدين إلا إذا كان هناك قانون صادر قبل ارتكاب الفعل يدل على أن الفعل المرتكب يعتبر جريمة، وأنه لا يمكن أن يتابع شخص أو يحتجز إلا في حدود القانون، ولا يمكن أن يوقف أكثر من مدة 48 ساعة وله حق الاتصال بأسرته ومحاميه طبقا للأمر 15-02 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية⁴.

ورغم أن الحق في محاكمة عادلة أقرها الدستور والقوانين إلا أنه نجد هناك تجاوزات لضمانات المحاكمة العادلة في الجزائر كالاتقالات التعسفية وتأخير المحاكمات خاصة ففي سنة 1985 واعتقل الرجل التاريخي والوزير السابق على يحيى عبد النور من طرف السلطات وبعدها اعتقل عدة أشخاص خاصة في أحداث سطيف وقسنطينة لسنة 1986 إلا أن الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان وهي منظمة وطنية غير حكومية طالبت بالإفراج عنهم كما أحدثت حملة إعلامية ضد الاعتقالات التعسفية وعدم الحصول على

¹ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 218 وما يليها.

² - الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص 236.

³ - المادة 14، من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية للعام 1966.

⁴ - المادة 51 مكرر1 والمادة 51 مكرر2، من الأمر رقم 15-02، المؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق 23 يوليو عام 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو عام 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد أربعون، الصادرة في 7 شوال عام 1436 الموافق 23 يوليو عام 2015.

محاكمات عادلة¹، كما لاحظت منظمة العفو الدولية وخاصة في الفترة ما بين إعلان حالة الطوارئ إلى وقت قريب، أن حالات الأشخاص يتم احتجازهم في المعتقلات السرية لفترات مطولة بعد القبض عليهم، وعلى الرغم من الجهود المبذولة من أسرهم ودفاعهم ومنظمات حقوق الإنسان للحصول على معلومات من الحكومة والسلطات القضائية عن مكانهم، لكنها تنكر معرفتها بتلك الحالات إلى أن يحال المعتقلون إلى السلطات القضائية أو يفرج عنهم. وتعد هذه الممارسات من جانب قوات الأمن انتهاكا صريحا لأحكام القانون الجزائري وللمعايير الدولية، حيث ينص إعلان الأمم المتحدة بشأن حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري بضرورة أن يحتجز أي شخص محروم من حريته في مكان احتجاز معترف به رسمياً، وأن يبلغ أفراد أسرته ومحاموه فوراً بمكان احتجازه².

ثالثاً: الحق في حرية الرأي والتعبير

حرية الرأي تعني حرية الشخص بأن يقول ما يفكر به دون قيود، وحرية التعبير هي حرية إذاعة هذه الآراء والأفكار بالإمكانات التي تختارها سواء شفها أو كتابيا عن طريق الصحافة المكتوبة، أو عن طريق المسرح أو عبر الإذاعة والتلفزيون³، فلقد نصت المواثيق الدولية على الحق في حرية التعبير والرأي حيث جاء في المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ما يلي " لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين بأية وسيلة دون ما اعتبار للحدود".

وجاء في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في نص المادة 19 منه " لكل إنسان الحق في اعتناق آراء دون مضايقة، لكل إنسان حق حرية التعبير ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى أختارها"⁴. وقد اعترفت المواثيق الدولية للإنسان بحقه في حرية الرأي وحرية استقاء الأفكار وتلقيها وإذاعتها بالوسائل الممكنة ودون قيود تتعلق بالحدود الجغرافية وغيرها.

فبالنسبة للجزائر فقد سعت المنظمات غير الحكومية من أجل النهوض وترقية وحماية حقوق الإنسان، حيث قامت بإرسال توصيات للحكومة الجزائرية تحثها على احترام حرية الرأي والتعبير، فمثلا المتتبع لواقع الإعلام في الجزائر منذ ماض قريب يرى أن وسائل الإعلام كانت لا تزال حكرا على الدولة مما دفع برئيس الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان إلى تسميتها بالدكتاتورية اللطيفة لأنها تجرد الجزائريين من عقولهم مادامت تتلقى أوامرها من الرئيس مباشرة والذي يرفض أية معارضة وان وسائل الإعلام السمعية البصرية حكر على الدولة ولقد قامت المنظمات الداعية إلى حرية الصحافة والرأي خاصة منظمة صحفيون بلا حدود ولجنة حماية الصحفيين بإصدار تقارير وبيانات أعربت فيها عن قلقها المتزايد حول وضعية حقوق الإنسان وخاصة التهديدات التي يتعرض لها الصحفيون من طرف السلطة، كما شجبت الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان قيام السلطات بإقحام القضاء وجعله أداة قمع للصحفيين وتقييد حرية الرأي والتعبير⁵.

وتعتبر الخطوات والمساعدات التي قامت بها المنظمات غير الحكومية وخاصة الدولية منها إيجابية لما أثمرت عنه من نتائج عملية، فنجد أن الحكومة الجزائرية نقّدت بعض البنود المتعلقة بحرية التعبير والرأي والسماح لبعض القنوات الفضائية الخاصة بالبث بعدما كانت حكرا على الدولة فقط.

¹ <http://www.tribunaldz.com>

² - شريفي شريف، مرجع سابق، ص 110.

³ - André Pouille et Jean Roche, Libertés Publiques et droit de l'homme, édition 14, dalloz, Paris, P151.

⁴ - الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص 216.

⁵ - الرابطة الوطنية للدفاع عن حقوق الإنسان، ألو تجرم جنح الصحافة، مجلة الرابطة، العدد 05، 2006، ص 2-3.

الفرع الثاني: الحقوق الجماعية

الحقوق الجماعية هي تلك الحقوق للصيقة بمجموعات بشرية مختلفة ولقد ظهر البعض من هذه الحقوق منذ مدة طويلة كما هو الشأن بالنسبة لحقوق الأقليات الأثنية أو الثقافية، وتشمل الحقوق الجماعية مثلا الحق في تقرير المصير، والحق في السلام والتنمية والبيئة والحق في الحرية الثقافية وكل هذه الحقوق كفلتها النصوص الدولية من مواثيق واتفاقيات دولية، فقد نصت ديباجة ميثاق منظمة الأمم المتحدة على ضرورة استخدام هذه الهيئة في ترقية الشؤون الاقتصادية والاجتماعية للشعوب جميعا، والتشجيع على ذلك انطلاقا وبلا تمييز سببه الجنس أو اللغة أو الدين أو أي سبب آخر، وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تم التأكيد على نفس مبادئ المساواة وعدم التمييز على أساس الأفراد لما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصلية ومن حقوق متساوية ثابتة تشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، كما تحدثت اتفاقية منظمة العمل رقم 107 عن الشعوب الأصلية ولكن ليس من أجل حمايتها وحماية حقوقها وتطوير هوياتها وثقافتها بل من أجل مساعدتها على الاندماج والانصهار الكامل¹ في بقية المجتمعات.

أما بالنسبة للجزائر فقد سعت جاهدة إلى تكريس هذه الحقوق في دساتيرها المتعاقبة وفي تشريعاتها حيث اعترفت باللغة الأمازيغية على أنها لغة رسمية إلى جانب اللغة العربية في دستور 1996، كما لعبت الحركات الأمازيغية دورا مهما في تحقيق المساواة بين البربر والعرب وعدم التمييز بينهم عن طريق تدويل القضية الأمازيغية في المؤتمرات الأيمية الخاصة بحقوق الإنسان وتدويل النضال الأمازيغي إلى غاية الآن حيث يرى الكثيرون أن الأمازيغ قد نجحوا في جعل حضارتهم موازية لحضارة العرب على مستوى دولة الجزائر.

خاتمة:

إن للمنظمات غير الحكومية دور بارز في ترقية وحماية حقوق الإنسان من خلال البرامج التثقيفية والدورات التدريبية التي تعدها من أجل نشر ثقافة حقوق الإنسان، ليستطيع الفرد أن يدرك ماله من حقوق وما عليه من واجبات تجاه غيره من أفراد المجتمع، ولكي تتجذر فيه ثقافة حقوق الإنسان وتتأصل.

ورغم اتساع التغطية الإعلامية نوعا ما إلى مدى لم يكن مسموحا به في السابق من الدراسات الأكاديمية في مجال حقوق الإنسان والتي توفرها المنظمات غير الحكومية خاصة، والجامعات التي أضحت فضاء رحبا لتدريس وتفعيل هذه الحقوق، كما لعب الإعلام وبالأخص المكتوب منه دورا بارزا في نشر ثقافة حقوق الإنسان والذي وجدت فيه المنظمات غير الحكومية ميدانا فسيحا من أجل نشر بياناتها المدافعة عن هذه الحقوق وشجب الانتهاكات التي تتعرض لها والتنظير للدور الذي تقوم به والخطوات والمبادرات التي تقوم بها في هذا المجال.

رغم هذا الدور البارز للمنظمات غير الحكومية والذي لا يمكن تجاهله والذي على أساسه أضحت بعض الحكومات تظهر بعض المرونة، إلا أن هناك عقبات وعراقيل تحول دون أداء المنظمات غير الحكومية لعملها على أكمل وجه وخاصة بالجزائر، فعلى سبيل المثال فإن أعضاء المنظمات المحلية لحقوق الإنسان يتعرضون لمضايقات وتهديدات من متابعات قضائية، واستعمال جهاز القضاء الذي كان من المفروض أن يكون حاميا للحقوق وإذا به يكون سوطا من سياط السلطة تسلطه على من يخالف نزوات الحكام ولو بالمطالبة بالحقوق المفقودة مما يجعلهم يخفقون في تحقيق نتائج ملموسة في مجال تحسين أوضاع حقوق الإنسان، والعقبة الكبيرة التي تواجه المنظمات غير الحكومية وخاصة الوطنية منها هو افتقار هذه المنظمات إلى الدعم المالي الوطني، أما إمكانية حصول هذه المنظمات على تمويل أجنبي والذي غالبا ما يكون بغاية سياسية، مما يجعله ماثرا للشبهات ومدعاة لاتهامات الدوائر الرسمية والإعلامية التي تنظر للتمويل الأجنبي من زاوية العمالة والتخوين واتهام هذه المنظمات بجمع معلومات للجهات المانحة.

¹ _ الاتفاقية رقم 107 الصادرة عن منظمة العمل الدولية سنة 1957 وخاصة بالشعوب الأصلية.

فمن المهم ترسيخ فكرة أن مساعي المنظمات غير الحكومية في مجال حقوق الإنسان لا تعتبر تدخلا في الشؤون الداخلية لدولة ما، ولا يعد انتقاصا من سيادة هذه الدول لأن الدولة التي تسمح بوقوع انتهاكات لحقوق الإنسان على إقليمها ولا تحرك ساكنا من أجل وضع حدّ لهذه الانتهاكات تلزم المنظمات غير الحكومية الوطنية والدولية باتخاذ إجراءات وذلك بالضغط على هذه الحكومات من أجل حملها على الالتزام بالمعاهدات الدولية التي صادقت عليها في مجال حقوق الإنسان، و بنقل صورة هذه الانتهاكات داخل هذه الدول إلى المجتمع الدولي للتحرك من أجل إلزام هذه الدول بضرورة الحد منها.

مصدقية تقارير المنظمات الدولية غير الحكومية حول واقع حقوق الإنسان في الدول العربية

The credibility of the reports of international non-governmental organizations about the situation of human rights in Arab countries

بوشامة علي، طالب باحث في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/07 – تاريخ المراجعة: 2017/11/14.

ملخص:

شهدت الدول العربية ومنها الجزائر في السنوات القليلة الماضية نقاشا وجدلا عميقا حول واقع حقوق الإنسان بسبب نشاط المنظمات الدولية غير حكومية الضاغطة على الحكومات العربية من خلال آلية التقارير الدولية. سنركز في هذا المقال على كل من نشاط منظمة "هيومنرايتس" ومنظمة العفو الدولي، كأهم فاعلين في مجال رصد انتهاكات حقوق الإنسان في العالم عن طريق آلية التقارير الدولية، والإجابة على عدة تساؤلات حول مصداقية المعلومات والمعطيات الواردة فيها، ومن يدعم هذه المنظمات ماليا، لأن مسألة الدعم المادي عادت من تحدد أجندة عمل تلك المنظمات. لذا فان دراسة من هذا الموضوع يكتسي أهمية بالغة خاصة وأن أغلبية المخاطبين بهذه التقارير هي الدول العربية التي تشهد أغلبها نقص في الاستقرار السياسي والاقتصادي، لذا سنورد أهم الانتقادات التي توجهها المنظمات الدولية غير الحكومية حول حقوق الإنسان، ثم التعرض إلى سبل استغلال نظام التقارير الدولية من اجل تعزيز حماية حقوق الإنسان في الوطن العربي.

الكلمات الدالة:

مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، "هيومنرايتس"، منظمة العفو الدولي، نظام التقارير الدولية، حقوق الإنسان.

Abstract:

During the last year, Arab countries, including Algeria, were the subject of a thorough debate on the human rights situation, because of the activity of international non-governmental organizations who preys on the Arab governments through the mechanism of international reports.

In this article we will focus on each activity of human rights Watch organizations and Amnesty International, as the most important actors in the field of observing the desecration of human rights in the world through international reports, and then answering several questions about the credibility of the information and data mentioned therein, and about who provides the financial support, because this last who define the work agenda of these organizations.

That is why the study of this subject is of primordial importance, especially that the majority of the recipients of these reports is the Arab countries, where most suffer the lack of political and economic stability, so we will quote the most important critic is misaddressed to international non-governmental organizations about human rights, and the exposure of the ways of exploiting it from regime of international relations so as to Promote the protection of human rights in the Arab world.

Keywords:

The principle of non-interference in the internal affairs of States, Human Rights Watch, Amnesty International, International Reporting System, Human Rights.

مقدمة:

بعد انتهاء الحرب الباردة وبرز الازدهار الأمريكية العالمية في كل ميادين الحياة الاقتصادية، السياسية وحتى الاجتماعية تمكنت من خلال ذلك فرض نموذج شامل تسعى بكل الطرق إلى إشاعته ثم فرضه في كل دول العالم ذلك بخلق مجتمع دولي وفق قواعد وأسس مشتركة التي وضعتها من قبل الولايات المتحدة الأمريكية، إنها العولمة في شقها الديمقراطي والسياسي بامتياز.

ومن أهم القواعد المتفق عليها احترام حقوق الإنسان كأحد القواعد الملزمة والمنظمة لقانون العلاقات الدولية والتي لا يمكن مخالفتها عند إبرام الدول لاتفاقيات دولية ثنائية كانت أو مشتركة جماعية والنص على الالتزام الوطني لتنفيذها وتطبيقها، ومن أهم تلك الاتفاقيات تلك التي تتعلق بالقانون الدولي لحقوق الإنسان التي تعد مصدرا قانونيا أساسيا للحفاظ على السلم والأمن الدولي، لذا تسعى منظمة هيئة الأمم المتحدة رغم كل النقائص والعوارض إلى الحد من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان المنصوص عليها في القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان خاصة في ظل النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية المعاصرة التي يشهدها العالم العربي بما يصطلح عليه بالربيع العربي وكذا الأوضاع الديمقراطية الانتقالية في الدول السائرة في طريق النمو.

ففي ظل هذا الوضع غير المستقر عالميا تعيش الدول العربية وخاصة الجزائر وضعا أمنيا مقلقا إلى حد ما¹، يمكن تكييفها بالحساسية والخطيرة في نفس الوقت بسبب حجم وحدية التهديدات الدولية والداخلية التي ترصدها عدة آليات دولية لحماية حقوق الإنسان، إلا أننا نلاحظ في السنوات الأخيرة تنامي لشتى أعمال وأنشطة كل منظمة هيئة الأمم المتحدة وكذا المنظمات الدولية غير الحكومية خاصة كل من منظمة "هيومنرايتزوتش" وكذا منظمة العفو الدولية لجودة وحدية التقارير والمقالات الصادرة عنهما، لذا فإن الإشكالية المطروح: مدى مصداقية التقارير الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية غير الحكومية؟.

من خلال الإشكالية نطرح هذه الفرضيات من أجل دراسة هذا الموضوع:

- للمنظمات الدولية تأثير جوهري في صياغة القواعد القانونية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان.
- التزام المنظمات الدولية غير الحكومية باحترام السيادة الوطنية للدول.
- الاستقلالية عند القيام بنشاطاتها.
- موضوعية التقارير الصادرة عن كل من منظمتي: "هيومنرايتزوتش" و "أمنيستي"؛ كأهم فاعلين في ميدان حماية حقوق الإنسان. ندرج في الإجابة على الإشكالية وفحص الفرضيات وفقا لهذه المباحث:

¹ بسبب التهديدات الأمنية الخطيرة والحساسية من طرف الدول المتاخمة لحدود الجزائر، بالرغم من التأهب الأمني الشرطي والعسكري والاستخباراتي، في أعلى مستوياته إلا أن خروقات أمنية محدودة باتت تشكل هاجسا لدى للأجهزة الأمنية الجزائرية، بل أكثر من ذلك فالجنتع الجزائري يعرف "حالة قلق" مردها عدم قبول المواطنين للأوضاع الاجتماعية والاقتصادية وخاصة السياسية السائدة كل هذا في ظل تدهور صحة الاقتصاد الوطني الربيعي بامتياز، وتبقى مسألة رفع هذه التحديات أمر في غاية الصعوبة وتكلفة اقتصادية واجتماعية كبيرة.

آلية التقارير أساس عمل المنظمات الدولية الحامية لحقوق الإنسان (مبحث أول)، دور تقارير منظمة "هيومنرايتزوتش" في حماية وترقية حقوق الإنسان في الوطن العربي (مبحث ثاني)، دور تقارير منظمة العفو الدولية في حماية وترقية حقوق الإنسان (مبحث ثالث)، الانتقادات البارزة لعمل المنظمات الدولية غير الحكومية (مبحث رابع).

المبحث الأول

آلية التقارير محور عمل المنظمات الدولية الحامية لحقوق الإنسان

تعد التقارير الدولية الأسلوب الأنجع للإشراف على التطبيق الفعلي للاتفاقيات الدولية المعنية بحماية حقوق الإنسان، حيث من المتعارف عليه أن الاتفاقيات الدولية عادة ما تنص على ضرورة التزام الدول بتقديم تقارير دورية بشكل منتظم من أجل تأكيد تقيدها بالالتزامات الواردة فيها وما أحرزته من نتائج وكذا إبراز شتى العقوبات التي تواجهها، فعصبة الأمم المتحدة تعد السبّاقة لاعتماد نظام التقارير الدولية عندما كانت تفرض على الدول المنتدبة صياغة تقارير سنوية تبرز فيها وضعية حقوق الإنسان في الأقاليم الواقعة تحت سيطرتها¹.

إن التقارير الدولية تكتسي طبعاً حساساً ومهماً لذا نجد الدول عند إعدادها تلك التقارير تحرص على مصداقية كل ما يرد فيها، فهي تعتمد على الطريقة المتعارف عليها لدى منظمة الأمم المتحدة من خلال التركيز على المبادئ التوجيهية أو الإرشادية Consolidation guidelines المتعلقة بالشروط الشكلية والموضوعية لتحرير محتوى التقارير الدولية، حيث يتعين على الدول عند تحريرها للتقارير الدورية أن تشمل على جزء استهلاكي يتضمن معلومات عامة عن الدولة وكذا نظام الحكم السياسي فيها وذكر الأوضاع العامة خاصة في القطاعات الاقتصادية والاجتماعية، أما الجزء الآخر فيخصص للأحكام الواردة في الاتفاقية وإجراء مقارنة في مدى الالتزام بما ورد فيها، ومن الضروري أن تحتوي التقارير الدولية على كافة العراقيل والصعوبات التي تواجهها الدول والتي قد تحول دون الإيفاء بالتزاماتها الواقعة على كاهلها جراء مصادقتها على مختلف الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان².

تجدر الإشارة إلى أنه توجد ثلاثة أنواع من التقارير، هي كل من التقارير الدورية حيث تبادر فيها الدولة المعنية بتقديم عرض شامل للمسائل القانونية الهامة كإبراز كل من مكانة الاتفاقيات الدولية في ظل التشريع الوطني والعلاقة بين السلطات الثلاثة أي بين كل من السلطة التشريعية، التنفيذية، والقضائية، أما عن النوع الثاني فتسمى بالتقارير الدورية فترفعها الدولة المعنية بعد مرور مدة من الزمن حسب ما هو متفق عليه كان تكون كل أربعة سنوات أو خمسة سنوات، أما النوع الأخير من التقارير الدولية فتسمى بالتقارير الإضافية حيث يمكن أن تطلبها أي منظمة دولية من الدول المصادقة على ميثاقها أو الاتفاقية في أي وقت حسب ما تراه ضرورياً من أجل الحصول على توضيحات أكثر أو تدعيم تقريرها بما يتوافق مع الالتزامات القبلية للدولة المعنية³.

¹ جندى مبروك، نظام الشكاوى كآلية للتطبيق الدولي لاتفاقيات حقوق الإنسان، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015، ص. 74.

² محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان: المصادر ووسائل الرقابة، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 256.

³ جندى مبروك، المرجع السابق، ص 74 و 75.

تعد المنظمات الدولية الحكومية كهيئة الأمم المتحدة، المنظمات الدولية غير الحكومية والوكالات الدولية وأنشطة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ركائز النظام الإنساني الدولي Le système humanitaire international⁴ الساعي إلى ضمان احترام حقوق الإنسان بالاعتماد على وجه الخصوص على آلية التقارير.

⁴ Michel Maitta, Origine et évolution des ONG dans le system humanitaire international, la revue internationale et stratégique (IRIS), ARMAND COLINE, numéro 98 ETE 2015, P P 53-54.

- تلعب اللجنة الدولية للصليب الأحمر دور فعال في حماية الحقوق الإنسان زمن النزاعات المسلحة، أما زمن السلم فيوجد الكثير من المنظمات الدولية غير الحكومية التي تنشط وتدافع بصرامة عن حقوق الإنسان في المجال البيئي والصحي وغيرها من المجالات، لكن سنقتصر على دراسة دور كل من منظمة "هيومن رايتس ووتش" وكذا منظمة العفو الدولية لفعالية عملها في مجال حماية حقوق الإنسان.

- غير أنه في الآونة الأخيرة امتد نشاط اللجنة الدولية للصليب الأحمر في عدة دول زمن السلم وفي حالة التوتر الأمني، مثلاً تنظيم وزارة العدل الجزائرية ورشت تكوين حول "حقوق الإنسان في ممارسات الشرطة القضائية" من أجل توعية وتحسين الأداء المعرفي لضباط الأمن الوطني.

ما يهمنا أيضا في هذه الدراسة مصطلح المنظمات الدولية غير الحكومية الذي شاع استخدامه بفضل التطورات التي شهدتها العالم في شتى مجالات الحياة في القرن العشرين، سواء في الحياة السياسية، الاقتصادية، وحتى الاجتماعية، حيث تسعى مثل هذه المنظمات إلى المشاركة في صنع تصورات المجتمع الدولي ولو بصورة غير مباشرة، وإبراز حجم الدور الذي يمكنه أن تلعبه سواء في المسائل ذات الطابع الاقتصادي أو البيئي أو الإنساني، بفضل حيازتها لكل المقومات المادية والتنظيمية والبشرية التي تؤهلها لأن تكون فعلا طرفا مؤثرا في مجالها¹.

وجدير بالذكر أن هذا المفهوم حسب فقهاء القانون الدولي عرف تطورا بتطور تنظيم المجتمع الدولي، فأولى لبنات التي ساهمت في بناء هذه المنظمات حين كان المفهوم ينصرف إلى كل التنظيمات المستقلة عن المؤسسات التابعة للدولة مهما كان نوع نشاطها كمفهوم ضيق، أي كمنظمات غير حكومية داخلية وهناك من طابق في المفهوم بمصطلح المجتمع المدني².
أما المفهوم الواسع فهو الذي تتناوله بالدراسة أي المنظمات الدولية غير التابعة للدول ككيانات مستقلة ينشئها أشخاص (فرد أو شخص معنوي) لا يستهدفون الربح، وقد يمتد اختصاصها الجغرافي إلى المستوى القاري أو الدولي، باختلاف التعاريف ولصعوبة ضبط مفهوم جامع ومانع نعتمد على تحديد عناصر للتقرب من المعنى، فأبرز التعاريف قول "بيتر فدر اكر" المختص في علم الإدارة: "كل مجموعات طوعية لا تستهدف الربح من طرف مواطنون على أساس أو قطري أو دولي"³ وتعريف البنك الدولي: "كل شخص قانوني يؤسس بصفة مستقلة عن السلطة لهدف غير ربحي، والهدف من إنشائها لغايات إنسانية، اجتماعية، أو ثقافية"⁴.

- طالع على موقع وزارة العدل:

- <http://www.mjjustice.dz/>

1 محمد جاسم محمد الحماوي، دور المنظمات الدولية غير الحكومية في حماية حقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013، ص 13.
2 ذلك ما ذهب إليه المفكر الإيطالي انطوينو غرامشي (1937-1981)، في تعريف المجتمع المدني: "مجموعة من البنى الفوقية مثل النقابات والأحزاب والجمعيات والصحافة والكنيسة".

- ويعرفه المفكر الألماني "هامبرماس" بأن: " المجتمع المدني نسيج من الجمعيات والهيئات الاجتماعية التي تناقش الحلول الممكنة لبعض المشاكل المرتبطة بالمصلحة العامة"، إذن من خلال التعريفين فإن قوى المؤسسات القانونية الداخلية لأي دولة تنقسم حسب الجهة المنشأة لها، أي كل من المجتمع الرسمي الحكومي ويقابله المجتمع المدني، فحتى عامل إنشاء بعض مؤسسات المجتمع المدني خاصة الفاعلة منها من طرف الدولة (السلطة التنفيذية عموما) لا يعدو أن يكون لغاية التنظيم وضبط نشاطها، خاصة في التطور الحديث لدور الدولة في شتى مجالات الحياة بما يصطلح عليه بالدولة الضابطة L'Etat régulateur نفيا للدولة الحارسة l'Etat gendarme وقبلها الدولة الضامنة L'Etat providence.

³ عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية: بين النظرية والتطور، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 16.

⁴ جدير بالإشارة أن البنك الدولي يميز بين المنظمات غير الحكومية، والمنظمات الدولية غير الحكومية.

- أنظر:

- Enquête sur la collaboration entre la banque mondiale et les organisations non gouvernementales (ONG) françaises, Novembre 2001.

- محتوى التحقيق على الرابط التالي:

<http://siteresources.worldbank.org/intfranceinfrench/Overview/20668789/Enquetesurlacooppebm-ONG.pdf>

ففي وقتنا المعاصر تعتبر المنظمات الدولية غير الحكومية طرفا فاعلا في الحوكمة الدولية La gouvernance internationale من خلال مساهماتها بشكل إيجابي في عدة قضايا دولية خاصة في ميدان حماية البيئة¹ والرقابة على تنفيذ الاتفاقيات الدولية والعمل مع الهيئات الدولية الحامية لحقوق الإنسان زمن السلم وكذا النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية² (تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني لأنسنة الحرب)، كما تشارك في إثراء وتعزيز محتوى القانون الدولي الاتفاقي المكتوب والعرفي³، هذا الدور جعلها تشكل مصدرا لوضع معايير دولية⁴ خاصة في مجال حماية حقوق الإنسان حيث يمكن ان تكون عضوا مستشارا⁵ في بعض أجهزة الأمم المتحدة المعنية بحماية حقوق الإنسان مثل المجلس الاقتصادي والاجتماعي لهيئة الأمم المتحدة في شتى الدورات والنشاطات التي يعقدها⁶، لكن مع الالتزامات بآليات بشرط جوهري يتمثل في أن تكون لها أهداف متطابقة مع أهداف ومبادئ المنصوص عليها في ميثاق هيئة الأمم المتحدة بهدف تقديم مساعدة فعالة لأعمال منظمة الأمم المتحدة، فالمجلس يشترط على أي منظمة دولية غير حكومية العمل وفق للمبادئ الديمقراطية المعتمدة التي أضحت كأحد مقومات ومحددات أسس ومبادئ التنظيم الحديث للمجتمع الدولي المعاصر⁷، وللمجلس كل الحق في رفض عضوية أي منظمة غير حكومية لأسباب موضوعية⁸ لكن مع منح ميثاق هيئة الأمم المتحدة هذا الحق لمثل هذه المنظمات هل يصح القول أن لها الشخصية القانونية الدولية؟، لأنه في حال ما إذا تم منح الشخصية القانونية لهذا النوع من المنظمات الدولية فسينجر عنها آثار قانونية تفس بالتسانة التشريعية للدول (أي على المستوى الداخلي) كذلك على المستوى الدولي عبر الاتفاقيات الدولية التي

¹ للمنظمات الدولية غير الحكومية دور بالغ الأهمية في تطوير وتنفيذ القانون الدولي للبيئة، ذلك الدور الضاغظ الذي تمارسه من أجل صياغة الاتفاقيات الدولية وحتى مواد التشريع الداخلي للدول.

– Marcelo Dias Verella, Le rôle des organisations non-gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement, lexisnexis, France, 2005, P 45.

² يقصد بالنزاعات المسلحة غير الدولية كل الاضطرابات الداخلية التي بلغت درجة كبيرة من التأهب الأمني بسبب خطورة وجسامة الأضرار الناجمة عنها، لذا فان قواعد القانون الدولي الإنساني لا تطبق على الاضطرابات التي لا تشكل خطورة على نظام الحكم أو المساس الجسيم بمؤسسات الدولة، وكذا توفر بعض الشروط الواقعية كتوفر تنظيم عسكري للأطراف المتقاتلة وكذا الامتثال لقواعد القانون الدولي الإنساني.

– أما عن الإطار القانوني الدولي لهذا النوع من النزاعات فيجده أساسه في كل من المادة المشتركة من اتفاقية جنيف لسنة 1949 والبروتوكول الثاني الملحق لسنة 1977.

– أنظر (المقال مترجم باللغة الفرنسية) ل :

– Sylvain Vite, Typologie des conflits armes en droit international humanitaire : concept juridiques et réalités, international Review of the RedCross, Vol, 91, N 873, mars 2009, P 6.

– على الرابط التالي :

– <https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc-873-vite-fre.pdf>

³ Steve Charnovitz, « Les ONG : deux siècles et demi de mobilisation », L'Économie politique 2002/1 (no 13), P. 6-21. DOI 10.3917/leco.013.0006.

⁴ Bertrand Badie, La diplomatie des droits de l'homme : éthique et volonté de puissance, fayard, France, 2002, P 283.

⁵ يشترط في ذلك أن يقبل المجلس عضويتها الاستشارية.

⁶ تنص المادة 71 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة: " للمجلس الاقتصادي والاجتماعي أن يجري الترتيبات المناسبة للتشاور مع الهيئات غير الحكومية التي تعنى بالمسائل الداخلة في اختصاصه، وهذه الترتيبات قد يجريها المجلس مع هيئات دولية، كما أنه قد يجريها إذا رأى ذلك ملائما مع هيئات مؤهلة وبعد التشاور مع عضو الأمم المتحدة ذي الشأن".

⁷ بوشامة علي، عولمة السيادة الوطنية للدول وحقوق الإنسان، مقال منشور في المجلة الدولية "جيل حقوق الإنسان"، العدد التاسع، لبنان، 2016، ص 275.

⁸ Francois Rubio, Les ONG, acteurs de la mondialisation, Revue problèmes politiques et sociaux, La documentation Française, N 872, mars 2002, P 24.

تكون فيها المنظمات الدولية غير الحكومية طرفا فيها، وأحسن مثال على هذا التحول ربما في المركز القانوني لهذه المنظمات الوزن القانوني المهم للجنة الصليب الأحمر الدولية التي تنشط في المجال الإنساني، منه نستنتج أن المنظمات الدولية غير الحكومية وفي ضل هذه المعطيات الحديثة الأقرب لتدعيم هذا التحول، ذلك باعتراف هيئة الأمم المتحدة بالمركز القانوني للجنة الدولية للصليب الأحمر بفضل المركز المراقب الممنوح لها وفقا للقرار 6/46 للجمعية العامة المعتمد في 16 أكتوبر 1990، كذلك تؤثر العلاقات الرسمية المثينة تجاه مجلس الأمن الدولي من خلال مجموعة اللقاءات الدورية المنتظمة مع مجلس الأمن، وكذا المشاورات التي يجريها رئيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولية مع رئيس مجلس الأمن¹.

بعد هذا العرض الموجز للتأصيل التاريخي لظهور المنظمات الدولية غير الحكومية والإشارة إلى الدور الهام الذي تمارسه في التأثير في مجال المساهمة في صياغة القانون الدولي الاتفاقي ونشاطها المهم في عدة مجالات خاصة حقوق الإنسان والذي سنخصص له المحاور المتبقية من اجل تقريب الصورة لهذا الدور الحقوقي المؤثر أيضا على التشريع الوطني للدول منها الجزائر، هذا الدور تبلوره كل من منظمة "هيومنرايثوتش" ومنظمة العفو الدولية التي تشكل في نظرنا محور التأثير الخارجي على بناء السياسة العامة الوطنية لحماية وترقية حقوق الإنسان.

المبحث الثاني

دور تقارير منظمة "هيومنرايثوتش" في حماية وترقية حقوق الإنسان في الوطن العربي

"هيومنرايثوتش" منظمة دولية غير حكومية تعمل على حماية حقوق الإنسان، غير ربحية تنشط بفضل شبكتها من المتعاونين معها الذي يقدر عددهم بحوالي الأربعة مائة من جنسيات مختلفة يجمعهم الاهتمام بميدان حقوق الإنسان من بينهم القانونيين، قدامى الصحفيين وكذا الجامعيين، فمنذ إنشاء هذه المنظمة تعتمد على آلية التقارير السنوية الدقيقة والمدرسة بالتنسيق مع وسائل الإعلام وفقا لاستراتيجيتها المبنية على التعاون مع شركائها مع المنظمات والجمعيات المحلية، فكل سنة تقوم بتحرير أكثر من 100 تقرير ووثائق مفصلة لأوضاع حقوق الإنسان لحوالي 90 دولة، بالموازات مع ذلك وبفضل مصداقية هذه التقارير إلى حد بعيد فإنها تحظى بتغطية إعلامية وطنية ودولية هامة، كما يظهر الوزن الثقيل الذي تتمتع به المنظمة في عقد لقاءات دورية مع ممثلي الحكومات، المنظمات الدولية الحكومية مثل منظمة الأمم المتحدة، الاتحادات الإقليمية مثل الاتحاد الأوروبي وكذا الاتحاد الإفريقي، ومؤسسات مالية وصناعية من أجل ضمان احترام حقوق الإنسان عند وضع السياسات العامة الوطنية في شتى دول العالم²، وبما أن وضع حماية وترقية حقوق الإنسان في الدول السائرة في طريق النمو، مثل الجزائر لا يرقى إلى تطلعات الرأي الدولي وكذا عدم ارتياح منظمة "هيومنرايثوتش" حول الأوضاع القائمة لحقوق الإنسان في السنوات الأخيرة، كالجزائر ذلك يبرز خاصة وبصفة حادة وتحمية في تقاريرها للسنوات الثلاث المنقضية³.

حيث أن تقرير المنظمة لسنة 2013 بالرغم من رفع حالة الطوارئ سنة 2011 والمصادقة على جملة من القوانين التي تنظم عمل الجمعيات، الإعلام، والأحزاب السياسية، كقيته ذلك بعدم تحقيق أي تقدم يذكر بشأن حماية حقوق الإنسان بسبب التضييق المستمر الذي تمارسه السلطات الجزائرية على النشاطات الرامية لحماية والدفاع عن الحقوق المدنية والسياسية كحرية التجمع وتكوين

¹ عمر سعد الله، أحمد بن ناصر، قانون المجتمع الدولي، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 317-319.

² موقع المنظمة على الانترنت:

-www.hrw.org/french

³ لذا سنبرز أهم النقاط المتعلقة بحماية حقوق الإنسان في الجزائر في كل من سنوات 2013، 2014، 2015 وهذا سيسمح بادراك حجم عدم رضا المنظمة على الجهود الوطنية الجزائرية لحماية حقوق الإنسان.

الجمعيات والعمل على حظر الاجتماعات والاحتجاجات، والتقييد من حق ممارسة النشاط النقابي للدفاع عن حقوق العمال ذلك باللجوء إلى اعتقال ومحاكمة النشطاء النقابيين.

كما انتقدت المنظمة وبشدة الحصيلة الأمنية لمكافحة الإرهاب خاصة عندها تعليقها على قضية احتجاز متشددين مرتبطون بتنظيم القاعدة بقيادة مختار بلمختار لأكثر من 800 رهينة في منشأة "تغنتورين" المختصة بإنتاج الغاز في "عين أمناس" المتاخمة للحدود الليبية، حيث داهمت نخبة القوات الخاصة الجزائرية الموقع في محاولة منها لتخليص الرهائن من قبضة محتجزهم، لكن حسب المنظمة وبالرغم من سرعة التدخل وتفادي الجزائر لأن تكون قضية "رأي عام دولي" الشيء الذي تسعى إليها "الجماعة المتشددة" فإن قتل أزيد 37 رهينة أجنبية و 29 عضوا من الجماعة المسلحة لم يصل إلى تطلعات المنظمة في الحماية الفعالة للرهائن عند التدخل.

استمر عدم رضا المنظمة على أوضاع حقوق الإنسان في الجزائر إلى غاية كتابة هذه الأسطر، فتقرير سنة 2014 قد عدّد العديد من القضايا المتعلقة بحرية الرأي والتجمع وقمع الحريات وتدخل القضاء في معاقبة الصحفيين بالرفع من قيمة الغرامات الجزائية الموقعة ضد الصحفيين، كما عارضت المنظمة توجه السلطات الجزائرية في العفو على مرتكبي الجرائم إبان العشرية السوداء، كذلك نجد نفس الانطباع للمنظمة عند إصدارها لتقرير 2015 متعلقة بالمسائلة عن جرائم الماضي، كذلك رفض السلطات الجزائرية اعتماد بعض المنظمات الدولية التي تنشط في ميدان حماية حقوق الإنسان¹.

أما عن واقع حقوق الإنسان في شتى أقطار الدول العربية حسب المنظمة فإن سياسة التضييق على الحقوق والحريات ناتجة عن الخوف الذي يعتري السلطات العامة في مواجهة التحولات الخطيرة التي يشهدها العالم وبالأخص المنطقة العربية، ففي التقرير الصادر عنها سنة 2015 حول واقع حقوق الإنسان في مصر عبرت عنه بأن وضعية حقوق الإنسان ما تزال في أزمة وأن السلطات استخدمت التعذيب والإخفاء القسري بحق مواطنين كثر وقد تكون ارتكبت عمليات إعدام خارج نطاق القضاء وذلك ردًا على تصاعد تهديدات المتطرفين المسلحين، كما أورد التقرير دولة قطر حيث ترى المنظمة أنّها لم توفر حماية كبيرة للعمال المهاجرين من ذوي الأجور المتدنية وتركتهم عرضة للاتجار بالبشر والعمل القسري، كذلك لم تسلم السعودية من الانتقادات بقولها انه بالرغم من أنّها أجرت إصلاحات في مجال حقوق المرأة وحقوق العمال، إلا أنّها لم تفرج عن عشرات النشطاء والمعارضين السلميين المسجونين، كما أنّها تستمر في العقوبات القاسية من قبيل الجلد والإعدام ببيت الرأس، كذلك دولة المغرب حين قالت المنظمة التسامح مع الأصوات المعارضة قد تضاعف، وإن أنشطة الجمعية المغربية لحقوق الإنسان تم منعها، كما وجهت السلطات تهم المس بالأمن الداخلي إلى خمس نشطاء إعلاميين ومنعت مظاهرات الانفصاليين².

غير أنه رغم التشكيك الواسع في مصداقية حقيقة إصدار منظمة "هيومنرايتوتش" لهذه التقارير، إلا أنّها في نظرنا تشكّل آلية تنبيه للدول العربية في الأخذ بالإجراءات والترتيبات اللازمة من أجل إيجاد صيغ توافقية مع ما يرد من أحكام وحقائق حول وضعية حقوق الإنسان في تلك الدول المعنية، والدول الذكية من تستغل تلك التقارير من أجل تعزيز الحقوق والحريات وليس بالعمل على التشكيك والرفض المطلق والمسبق لما يرد في تلك التقارير، لأن المجتمع المدني وفي ضل التفتح الدولي وكذا التطور المستمر لوسائل الإعلام

¹ طالع على ملخصات التقارير السنوية الصادرة من منظمة "هيومنرايتوتش" لسنوات 2013، 2014، و 2015 على الموقع الرسمي للمنظمة:

-<https://www.hrw.org/fr/world-report/>

² مقال منشور في موقع CNN العربية.

تاريخ التصفح: 2016/09/11.

- المقال على الرابط التالي:

- <http://arabic.cnn.com/middleeast/2016/01/28/human-rights-watch-report-20é15>

والاتصال أضحت الدول عاجزة على التستر في حالات على خروقات تمس بحقوق الإنسان، وهذا التأثير الممارس على الدول من طرف منظمة "هيومنرايتووتش" تتقاسمه من حيث الأهمية منظمة العفو الدولية، كفاعل دولي غير حكومي مهم في حماية حرية الأفراد والحق في الحياة من خلال مناهضتها للإعدام ونصرتها للقضايا العادلة.

المبحث الثالث

دور تقارير منظمة العفو الدولية في حماية وترقية حقوق الإنسان

يرتبط اسم منظمة العفو الدولية بالمساعي الحثيثة لها للإلغاء الكلي لعقوبة الإعدام، لكن هي في الحقيقة تنشط في مجال موسع في حماية وحقوق الإنسان بفضل سبعة ملايين المنخرطين فيها من شتى بقاع العالم والذين يمثلون مصدر تمويلها بالمساهمات المالية الشخصية والتبرعات غير المشروطة ذلك ما يعزز من استقلاليتها الكاملة وعدم التأثير بسياسات الحكومات أو الإيديولوجيات السياسية عكس الكثير من المنظمات الدولية غير الحكومية التي تنشط في ميدان حماية حقوق الإنسان خاصة، كما تقوم المنظمة بإجراء تحقيقات لكشف الحقائق في الدول التي تقع في إقليمها انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان¹ الأمر الذي يرتب حتى مسؤوليتها²، ولعل أقرب تعريف للمنظمة قول " أتيلا روكيو" مديرة الفرع البرازيلي لمنظمة العفو الدولية: "نحن ننشئ نوعاً جديداً من القوة لحقوق الإنسان، تجمع بين القوة العالمية وسمعة منظمة العفو الدولية، بأصوات النشطاء في كل مكان"³.

لكن بالرغم من هذه المهام الإنسانية التي تقوم بها المنظمة إلا أنه في الكثير من الأحيان تعتبر الدولة التي أصدر عنها تقريراً من طرف المنظمة تدخلاً في الشؤون الداخلية لها وبالتالي خرق المجال المحفوظ لها أي سيادتها الوطنية، ذلك ما يتعارض مع الفقرتان الرابعة والسابعة من المادة الثانية من ميثاق هيئة الأمم المتحدة من جهة، كما قد يشكل المخطط الاستراتيجي المدمج Plan stratégique intégré (PSI)⁴ تهديداً للسيادة الوطنية، لذا لا نجد اختلافاً جوهرياً في محتوى تقارير "هيومنرايتووتش" في مسألة عدم الرضا العام للمنظمة لواقع حقوق الإنسان في الدول العربية منها الجزائر، في نقاط مشتركة تتعلق بكل من حرية التجمع وحرية التعبير وحرية تكوين الجمعيات والمضايقات التي يتعرض لها الناشطين في ميدان حماية وترقية حقوق الإنسان، كذلك الوظائف السيادية الكلاسيكية للدول

² La commission internationale de juristes, Le droit a recours et à obtenir réparation en cas de violations graves des droits de l'homme, 2em guide pratiques, Genève, 2007, P 19.

-http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/Impunity_fr.pdf

³ موقع الإنترنت للمنظمة:

<https://www.amnesty.org/ar/who-we-are->

- " في عام 2014، أرسل مئات الآلاف من الأشخاص في أكثر من 160 بلد عرائض موقعة ورسائل تضامنية لصالح أشخاص ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، وبفضل هذا التضامن الدولي العديد من المسجونين أطلق سراحهم أو عفي عنهم"، تقول حسينة أوصديق، مديرة منظمة العفو الدولية في الجزائر.

⁴ يتم المصادقة على هذا المخطط الذي يحتوي على برنامج المنظمة لمدة ستة (6) سنوات والمحدد لكيفيات والإجراءات اللازمة من أجل حماية حقوق الإنسان بكيفية لا تتعارض مع السيادة الوطنية حسب الوثائق الرسمية للمنظمة، لتتولى هذه الأخيرة إرسال هذا التقرير إلى الهيئات أو الأفراد الملزمين بالقضايا "الأمستية" .La cause amnestienne

- طالع على الوثيقة الصادرة عن المنظمة على الرابط التالي:

-https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2F1fdf57b9-0285-40fe-887a-ed9163a493cd_dossierpedagogique-droits_humains_juin2015_bd.pdf

كانت نقد النظام القضائي¹، وفي نفس السياق انتقدت المنظمة ميثاق السلم والمصالحة الوطنية كشكل من أشكال الإفلات من العقاب ذلك ما تعتبره تدخلا في الشؤون الداخلية للجزائر في سياستها الاجتماعية والأمنية خاصة وقد تعتبره نوعا من المبالغة تصعيد اللهجة المتقدمة لميثاق المصالحة رغم انه يشكل أرضية انطلاق من اجل ترميم الشروخات الكبيرة بين أفراد المجتمع الواحد.

ولا يخفى عنا عدم الرضا غير المباشر للمنظمة في مسألة عدم تنفيذ عقوبة الإعدام رغم النطق بها في جرائم عدة خاصة جرائم القتل العمدى والإرهاب²، فكل هذه الانتقادات الصادرة من المنظمة ينبغي تأخذها الدول العربية على محمل الجد على شكل ضغوطات دولية لا مناص منها، ومن أبرزها إعادة النظر في منظومة العدالة الوطنية خاصة إدارة السجون³.

الأمر الذي حصل حقا في العشرية الأخيرة في عملية إصلاح مؤسسات إعادة التربية في الجزائر، حيث عملت السلطات الجزائرية بفلسفة "أنسنة ظروف الحبس وتأمين إعادة الإدماج"⁴ استجابة للضغوطات الدولية خاصة من منظمة العفو الدولية نظرا لوجود فرع نشيط في الإقليم الجزائري، حيث لا يمكن إنكار القفزة النوعية من أجل تحسين شروط الإقامة في السجون الجزائرية والعمل على إنشاء

¹ انتقدت المنظمة وبشدة التعديل الأخير الذي من بتقنين الإجراءات الجزائية بسبب التوسيع الحاصل من مجال بدائل التوقيف للنظر (قيد التحقيق التمهيدي) والاعتقال الاحتياطي قبل المثول أمام القاضي الجزائي.

- كما أشرنا سابقا إلى مصداقية تحرير هذه التقارير ووصفها الدقيق للأوضاع حقوق الإنسان في شتى بقاع العالم على العموم، بالرغم من بعض الانتقادات الموضوعية والذاتية في بعض الأحيان لها، ذلك لا ينفي الحاجة إلى الأخذ بعين الاعتبار المسائل المثارة والعمل على معالجة مختلف الاختلالات في المنظومة الحقوقية لتحقيق مصالح مزدوجة لكل من المؤسسات الحكومية لدولة ما، وخاصة تحسين أوضاع حقوق الإنسان التي وبالرغم من التحسن في بعض المجالات إلا أنه وفي كثير من نظم الحكم السياسية الرئاسية للدول العربية تستأثر بلعبة التوسيع والتضييق من حقوق الإنسان خاصة المدنية والسياسية حسب الظروف التي تمر بها، لذا فإن آلية التقارير الدولية الصادرة من المنظمات الدولية غير حكومية تعمل على الكشف والإعلان لهذه التحولات الوطنية في مسألة التلاعب أو الجدية في حماية وترقية الحقوق والحريات الفردية والجماعية.

- طالع على التقرير الأخير لمنظمة العفو الدولية لسنة 2016/15 على الرابط التالي:

<https://www.amnesty.org/download/Documents/POL1025522016ARABIC.PDF>

² الموقع الرسمي للمنظمة:

<https://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/algeria/report-algeria/>

³- جدير بالذكر أن المنظمة العربية للإصلاح الجنائي، تساهم بصورة فعالة في تحسين ظروف المسجونين خاصة الجانب الإنساني منه، وكذلك معالجة مشكل الاكتظاظ في المؤسسات العقابية.

فالمنظمة العربية للإصلاح الجنائي هيئة إقليمية غير حكومية تضم عدد من المدافعين عن حقوق الإنسان في الوطن العربي وتتميز بالعمل على إصلاح البنية التشريعية والنظم العقابية في الوطن العربي من أجل حقوق الإنسان والدفاع عنها من خلال مد جسور التعامل بيننا وبين المنظمات المحلية الدولية .

- الموقع الرسمي للمنظمة:

<http://www.aproarab.org>

- طالع على سبيل المثال التقرير الصادر عنها سنة 2006.

- مصطفى شريك، نظام السجون في الجزائر: نظرة على عملية التأهيل كما خبرها السجناء: دراسة ميدانية على بعض خريجي السجون، أطروحة دكتوراه، ميدان علم الاجتماع، كلية الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2011، ص 135.

⁴ طالع على المقال الصادر عن جريدة المساء الجزائرية بعنوان: قطاع العدالة في تطور مستمر من إرساء الآليات القانونية إلى أنسنتها، على الرابط التالي:

http://www.vitamedz.org/Articles_18300_2291265_0_1.html

- تاريخ النصف: الثلاثاء 29 نوفمبر 2016 على الساعة 23:50.

سجون أخرى في شتى ربوع الإقليم الجزائري من أجل امتصاص الأعداد المتزايدة من نزلاء السجون بسبب تزايد نسبة الإجرام خاصة الماسة بأمن الأشخاص وممتلكاتهم هذه القفزة النوعية حققتها وزارة العدل على أسس ثلاث هي¹:

1- حماية حقوق المحبوسين وصيانة كرامتهم:

استند محرري الوثيقة على أن هذا الالتزام مصدره مبادئ حماية حقوق الإنسان، ولضمان التنفيذ الفعال لهذه السياسة شيدت الدولة الجزائرية المدرسة الوطنية لموظفي إدارة السجون بمدينة القليعة (ولاية تيبازة) كمؤسسة وطنية فاعلة وطنيا وإقليميا في مجال إعادة تأهيل المحبوسين اجتماعيا، ويمكن للمنظمات الدولية غير الحكومية (حسب نفس الوثيقة) قيام المنظمات الدولية غير الحكومية القيام بزيارات للسجون الجزائرية.

2- تحسين شروط التكفل بالمحبوسين ورعايتهم الصحية:

توفر وزارة العدل الموارد البشرية اللازمة من أجل التكفل الصحي المسجونين من طرف الأطباء والممارسين من سلك الشبه الطبي والذي بلغ عددهم 1745 سنة 2015، وفي إطار أنسنة قطاع السجون، فإن المحبوسين الذين تتنافى أوضاعهم الصحية وبقائهم في السجن يستفيدون من إجراءات الإفراج المشروط لأسباب صحية بناء على تقرير طبي لثلاثة أخصائيين.

المبحث الرابع

الانتقادات البارزة لعمل المنظمات الدولية غير الحكومية

أغلب الانتقادات البارزة للمنظمات الدولية غير الحكومية الحقوقية خاصة "هيومن رايتس ووتش" حول التشكيك المبرر أحيانا للأعمال الصادرة عنها بسبب ضعف أو انعدام الوثائق والأدلة القاطعة لوجود انتهاكات ضد القانون الدولي لحقوق الإنسان، كما تطرح إشكالية مصدر تمويل هذه المنظمات لأنه عامل حاسم في تحديد أجندة عملها مسبقا في حال تبعيتها لجهة ما أو قد تتحول من منظمة مستقلة فعليا بفضل التمويل الذاتي لها وكذلك الاشتراكات المتأتية من منحها المخلصين لها خاصة مع تطور طرق الدفع الإلكتروني المؤمن عن الرقابة الاستخباراتي لكبرى الدول المتقدمة في المجال امن المعلومات².

ضف إلى ذلك قد تأجج هذه التقارير من حدة ضعف استقرار الأوضاع العامة التي تعرفها الدول العربية، واستغلالها للدعوة إلى تقديم المساعدات الإنسانية والتي قد تستغل للتدخل في الشؤون الداخلية للدول وحديثا كأساس لمسؤولية الحماية³. كما تثار مسألة إحجام انتقاد أوضاع حقوق الإنسان في الدول الديمقراطية أو الغنية في بعض الأحيان؟، صحيح أن مسألة التمويل لها يلعب دور هاما في قدرتها على مجابهة سيطرت تلك الدول بواسطة آلية التقارير، لذا من الضروري البحث عن سبل أخرى للتمويل ووضع أنظمة داخلية تعزز استقلاليتها عن مقرات نشاطها، كما أنه لا ينبغي على هذه المعوقات أن تشكل مانعا في مواصلة نشاطها من أجل الوصول إلى مرحلة النضوج المقبول بسبب الحداثة النسبية لمثل هذا النوع من المنظمات.

خاتمة:

¹ هذه الركائز منصوص عليها في الوثيقة الصادرة عن وزارة العدل بعنوان: " السياسة الحكومية في مجال العدالة والحقوق ".

- رابط الوثيقة:

<http://www.premier-ministre.gov.dz/ressources/front/files/pdf/politiques/justice-ar.pdf>

² Zsuzsa Anna Ferenczy, Les ONG humanitaires, leur financement et les media, institut européen des hautes études internationale, France, 2005, P 43.

³ Pandol fiMariella et Corbet Alice, « De l'humanitaire imparfait », Ethnologie française, 2011/3 Vol. 41, P468.

لم تعد الدولة الوطنية تبسط كل سيادتها الداخلية عند تنظيم شتى وظائفها الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية، لتعدد الفواعل الداخلية والدولية الحكومية وغير الحكومية، وهذه الأخيرة بالرغم من عدم اعتراف المجتمع الدولي المعاصر بالمكانة القانونية كأحد أعضاء المجتمع الدولي لها إلا أنه وكنتيجة لأعمالها وتفتح شعوب العالم على الفكر الحقوقي السائر في طريق العولمة بوتيرة سريعة رغم الحواجز الحضارية والدينية أضحت تشكل مصدرا غير رسمي يلزم الدول على احترام الشريعة الدولية للقانون الدولي لحقوق الإنسان، أي كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين لحقوق الإنسان.

بناء على ما سبق نخرج بتوصيات تتماشى وخاصة مع الأوضاع الراهنة التي تعرفها اغلب الدول العربية:

- العمل الجدي المنسق بتحسين المنظومة القانونية الحامية لحقوق الإنسان خاصة منها المدنية والسياسية.
- استغلال التقارير الدولية المنتقدة لوضعية حقوق الإنسان بصورة إيجابية كأحسن رد موضوعي لها.
- تفعيل دور مراصد حقوق الإنسان في كثير من الدول وجعلها مؤسسات دستورية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والتمويل الذاتي لها لإضفاء المصداقية والفعالية على عملها.
- وضع نصوص قانونية تنظم طرق ممارسة المنظمات الدولية غير الحكومية لنشاطها فوق إقليم دولة ما، ومنعها من أي عمل يمثل تهديد مباشرا لسيادتها الوطنية.
- العمل وفق منطق المشاركة " Laparticipation " والإقناع والتشاور " Laconcertation " لتوحيد الجهود الجدية لحماية وترقية حقوق الإنسان.

الحق في السلامة الجسدية وفقا للمادة (8) من النظام الأساسي لمحكمة روما

The right to physical integrity, as per article (08) of the Rome Statute

د. لعطب بختة، أستاذة محاضرة، قسم (ب)،

معهد العلوم القانونية والإدارية، قسم القانون العام،

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/11 – تاريخ المراجعة: 2017/11/20.

ملخص:

الانتهاكات الماسة بالسلامة الجسدية للأشخاص زمن النزاع المسلح من الموضوعات التي فصلت فيها المادة 08 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لروما، وعددت صورها وبيئت أركانها. ذلك أن الحق في سلامة الكيان الجسدي لضحايا العمليات العسكرية (المدنيين والعسكريين) مكفول ومحمي للجميع، وأن كل اعتداء عليه يشكل جريمة حرب تستوجب عقاب مرتكبيها وفقا لنظام العقوبات الذي أقرته نصوص وقواعد نظام محكمة روما الأساسي.

الكلمات المفتاحية:

الحق في السلامة الجسدية، حقوق الإنسان، الضحايا، الجرائم الحرب، المادة 08 من نظام محكمة روما الأساسي، العقوبات الدولية.

Abstract:

The era of organized armed struggles was characterized by the lack of security and peace, and the various physical crimes on humans that were detailed in article 08 of the Rome Statute of the International Criminal Court, which defined war crimes and crimes of aggression, and their elements. The right to physical integrity of (civilian and military) victims of military operations is guaranteed and protected for all, and its violation constitutes a war crime, punishable in accordance with the sanctions regime established by the Rome Statute.

Keywords:

The right to physical integrity, human rights, war victims, war crimes, article 08 of the Rome Statute of the International Criminal, international sanctions.

مقدمة:

إن حق الإنسان في سلامة جسده من كافة أشكال الاعتداء والتعذيب وإلحاق الأذى والآلام بما من الحقوق التي نالت الحيز الكبير من الاهتمام وتوفير الحماية لها في إطار القوانين الداخلية للدول وكذا المواثيق والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان. ولأن هذا الموضوع يوقع على عاتق الدول التزاما قانونيا بضرورة حماية الكيان الجسدي للإنسان زمن النزاع المسلح كما هو الحال زمن السلم، فإن محكمة روما الجنائية الدولية هي الأخرى ضمنت نصوص نظامها الأساسي جملة من الالتزامات على الدول المتنازعة مراعاتها بخصوص موضوع حماية الضحايا سواء المدنيين أو العسكريين في أحسادهم، واعتبرت كل اعتداء يقع عليهم من قبيل جرائم الحرب التي جاء ذكرها في المادتين 05 و08 من نظامها الأساسي.

وبالرجوع إلى نص المادة 8 من النظام الأساسي لمحكمة روما الدولية التي عدت الأوجه المتعددة للانتهاكات الخطيرة للقواعد الإنسانية زمن النزاعات المسلحة، فإن انتهاك قواعد الحماية المقررة للكيان الجسدي للأشخاص المحميين تشكل هي الأخرى جرائم حرب متى توافرت شروطها وأركانها القانونية. وعليه يمكن التساؤل حول صور وأشكال الأفعال والسلوكيات التي تعد من قبيل الانتهاكات الماسة بالسلامة الجسدية للأشخاص زمن النزاع المسلح (وفقا للمادة 8 دائما)؟ وما هي أركان هذه الجرائم؟ وما هي العقوبات المقررة لها؟.

وللإجابة عن الإشكاليات المطروحة، اعتمدنا منهج التحليل القانوني أثناء التطرق للانتهاكات موضوع الدراسة من خلال شرح وتحليل المادة الثامنة من نظام روما الأساسي وكل النصوص ذات الصلة معتمدين خطة البحث الآتية: الانتهاكات الماسة بالسلامة الجسدية للمدنيين (المحور الأول)، الانتهاكات الماسة بالسلامة الجسدية للعسكريين (المحور الثاني)، العقوبات المقررة وفقا لنظام محكمة روما الأساسي (المحور الثالث).

المحور الأول

الانتهاكات الماسة بالسلامة الجسدية للمدنيين

تتضمن هذه الانتهاكات كل ما قد يصيب الشخص في جسده من جراء العمليات العسكرية، سواء تعلق الأمر بالقتل العمدي أو التعذيب بأنواعه المختلفة أو بإجراء التجارب البيولوجية على جسده، أو إحداث معاناة وعاهات مستديمة لأعضائه، أو تعريضه للمعاملات اللاإنسانية التي تحط من كرامته البشرية.

أولا: القتل العمدي

إن الحق في الحياة حق معترف به للجميع وهو من الأولويات التي لم تتوان الأمم المتحدة وكافة المنظمات الدولية الحقوقية وحتى الدساتير الوطنية للدول لكفالاته وحمايته من كافة أنواع التعرض له، وهو حق متأصل لكل إنسان ولا يجوز بذلك الانتقاص منه أو انتهاك القواعد المقررة لحمايته مهما كانت الحجج والظروف⁽¹⁾. وتأكيدا على ذلك فقد نصت المادتين الثانية والثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 على أن حماية الحق في الحياة والحرية والأمان مكفولة لكل إنسان بدون تمييز قائم على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين.... الخ. ونفس الأمر أكدته العديد من المواثيق الدولية ذات الصلة بموضوع حقوق الإنسان.⁽²⁾

ومادام الحق في الحياة حقا مطلقا للجميع فإن القتل يعتبر جريمة يعاقب عليها وفقا لنصوص التجريم التي تنظمها سواء على مستوى القوانين الجنائية الوطنية في إطار الجرائم الوطنية، أو على مستوى القانون الدولي الجنائي في إطار الجرائم الدولية بما فيها جرائم الحرب، لذا نصت المادة 01/أ/02/08 على اعتبار القتل العمدي جريمة حرب متى تم ارتكابها في إطار نزاع مسلح دولي ضد شخص أو مجموعة من الأشخاص. والمقصود بعبارة القتل العمدي هو كل سلوك أو تصرف إيجابي أو سلبي من شأنه أن يؤدي إلى وفاة أي شخص من الأشخاص المشمولين بحماية اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وهم: الجرحى ومرضى العمليات العسكرية البرية، ومرضى وجرحى العمليات العسكرية البحرية، الأسرى والمدنيين، ونشير إلى أنه يستوي في القتل العمدي كجريمة حرب أن يقع سلوك إيجابي أو سلبي خاصة أو أن السلوك السلبي أو الامتناع في الإجماع الدولي هو الأكثر وقوعا وإيلاما.

إن القتل العمدي جريمة حرب ومن ثم وجب توافر أركانها الأساسية. فبالإضافة إلى الأركان العامة المتمثلة في الركن المادي، وهو السلوك الإيجابي أو السلبي ضد شخص أو مجموعة أشخاص محيين دوليا، والركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي والعمد لإنهاء حياة هؤلاء الأشخاص، وكذا الركن الدولي حيث أن هذه الجريمة ترتكب في إطار سياسة الدولة المتحاربة⁽³⁾، فإن الملحق الخاص بأركان الجرائم أفرد لها جملة من الأركان الخاصة. فيجب أن يقتل مرتكب الجريمة شخصا واحدا أو أكثر ممن تشملهم بالحماية اتفاقية أو أكثر من اتفاقيات

1- سوسن تمر خان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 304 .

2 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دراسة متخصصة في القانون الدولي الجنائي، النظرية للجريمة الدولية، نظرية الاختصاص القضائي للمحكمة، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 682. وينظر كذلك: بدر الدين محمد شبل، القانون الدولي الجنائي الموضوعي، دراسة في بنية القاعدة الدولية الجنائية الموضوعية، الجريمة الدولية والجزاء الدولي الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 158.

3- عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 682.

جنيف لعام 1949، وأن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت ذلك الوضع الحمي، وأن يصدر السلوك في سياق نزاع مسلح دولي ويكون مقترنا به، مع علم الجاني بالظروف الواقعية التي تثبت وجود هذا النزاع المسلح⁽¹⁾.

نشير في الأخير أن عبارة القتل ترادف كذلك عبارة تسبب في موت، ومن ثم يستوي مع جريمة القتل أي عمل انتقامي تقوم به سلطات الدولة ضد الأشخاص المحميين الذين في حوزتها وينتج عنه الوفاة كقتل الرهائن تأرا بطريق الانتقام⁽²⁾.

ثانيا: التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية وإجراء التجارب البيولوجية

ونفصل في هذه الجرائم كالاتي:

1- جرائم التعذيب والمعاملة اللاإنسانية

إن جرائم التعذيب محظورة بموجب العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان لما تنطوي عليه من آثار وأخطار تمس الشخص الخاضع للتعذيب جسديا ونفسيا⁽³⁾، وقد عرفته المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب لعام 1984 على أنه: "أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسديا كان أو عقليا أو يلحق عمدا بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص أو من شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه.. ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط من عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية له⁽⁴⁾".

أما المادة 07 من نظام روما الأساسي في فقرتها 2/هـ، فقد عرفت التعذيب بأنه: "تعمد إلحاق ألم شديد أو معاناة شديدة، سواء بدنيا أو عقليا، بشخص موجود تحت إشراف المتهم أو سيطرته، ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم أو معاناة ينجمان فحسب عن عقوبات قانونية، أو يكونان جزءا منها أو نتيجة لها".

وبناء على النصين فإنه يمكن القول أن التعذيب هو ذلك الألم أو المعاناة البدنية أو الذهنية، التي يتعرض لها شخص ما أو مجموعة من الأشخاص بغرض الحصول منه أو من شخص ثالث على معلومات أو بغرض الاعتراف. والتعذيب كجريمة حرب وفقا لنص المادة 1/8/أ/2، هي كافة السلوكيات والأفعال التي يمارسها الجاني ضد المجني عليهم، والتي من شأنها أن تسبب لهم آلام بدنية أو معنوية ويكون الدافع إلى التعذيب رغبة الجاني في الحصول على معلومات أو اعترافات بوقائع معينة من المجني عليهم، أو يكون التعذيب ممارسا لذاته كغرض للعقاب أو تخويف المجني عليهم وذويهم أو إكراههم على ترك المكان، أو التعذيب لأسباب عنصرية⁽⁵⁾. ويشترط في التعذيب كركن خاص أن يرتكب زمن نزاع دولي مسلح، وأن يكون الجاني على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود هذا النزاع المسلح⁽⁶⁾.

1 - أما عن الظروف الواقعية التي يجب على الجاني أن يعلمها فهي تلك الظروف التي تبين الوضع القانوني للشخص أو الأشخاص المحميين بموجب القانون الدولي، أي أن يعلم الجاني أن المجني عليهم في جريمة القتل العمد لهم حماية خاصة بحسب قواعد جنيف لعام 1949، وأن يعلم أن المجني/المجني عليهم يتمتعون إلى جنسية الطرف الخصم في النزاع المسلح.

2 - زياد عيتاني: المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص214.

3 - عادل بن محمد التويجري، التعذيب والمعاملة المهينة بكرامة الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بحث ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2006، ص94.

4 - توجد العديد من الوثائق الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان، حظرت التعذيب واعتبرته جريمة دولية، ومن بينها: المادة 05 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، و المادة 07 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لعام 1955 والمبادئ الأساسية لمعاملة السجناء لعام 1990، ومبادئ آداب مهنة الطب المتصلة بدور الموظفين الصحيين ولاسيما الأطباء في حماية المسجونين، واحتجزين من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة المعتمد بموجب قرار الجمعية الأممية عام 1990.

5- خالد روشو، أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني (المركز القانوني)، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص القانون الدولي، جامعة ابن خلدون-تيارت، الجزائر، 2008/2009، ص77.

6 - بدر الدين محمد شبل، مرجع سابق، ص159.

فحين أن المعاملة اللاإنسانية، التي نصت المادة 2/08/2 من نظام روما على أنها جريمة حرب، فهي تلك الأفعال أو السلوكيات أو الظروف التي تهدر من القيمة البشرية للإنسان وتخط من كرامته، مثل حرمان المعتقل أو الأسير من الاتصال بالعالم الخارجي أو تقديم الطعام إليه بصورة غير لائقة، أو تجريده من ملابسه، أو الاغتصاب أو الإكراه على البغاء⁽¹⁾. ونظرا لصعوبة تحديد معيار يضبط تعريف هذه الجريمة، فقد تناولها الفقه الدولي محاولا إعطاء مفهوم لها. حيث قال جانب منه أن المعاملة غير الإنسانية هي المعاملة التي يمكن أن تؤذي السلامة الجسدية أو تؤذي الصحة العامة، أما فريق آخر فقال أن الغاية من الإتفاقيات الأربع هي حماية الأشخاص في ظروف الحرب العنيفة من التعسف والانهيار بكرامتهم إلى مستوى الحيوان أو ما يقارب من معاملة لاإنسانية ذلك⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه يوجد معيار للفرقة بين جريمة التعذيب والمعاملة اللاإنسانية أو المهينة، ويرتكز هذا المعيار أساسا على درجة التعذيب، فإذا كنا أمام معاناة وألم شديد وبلغ ذلك أقصاه فإننا نعتبر هذا تعذيبا، أما إذا لم يتجاوز الأمر ذلك فإننا نكون أمام مجرد معاملة قاسية أو غير إنسانية⁽³⁾، وهذا ما أكدته المادة 16 من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، من خلال إيرادها تعريفا عاما لكل ما هو دون التعذيب من أوجه المعاملة أو العقوبة القاسية بقولها: "تتعهد كل دولة بأن تمنع في أي إقليم يخضع لولايتها القضائية حددت أية أعمال أخرى من أفعال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية المهينة التي لا تصل إلى حد التعذيب، كما حددتها المادة الأولى عندما يرتكب موظف عام أو شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية هذه الأعمال أو يحرص على ارتكابها، أو عندما تتم بموافقة أو بسكوته عليها".

وعليه فإن درجة المعاناة والألم الذي يلحق الشخص جراء الأفعال غير المشروعة، هي التي تميز بين ما يعتبر تعذيبا وما يعتبر مهينا للكرامة الإنسانية للشخص، وكما يمكن تحديد المعاملة اللاإنسانية من خلال الظروف والملابسات المحيطة بالضحية كحبسه احتياطيا في ظروف غير ملائمة أو سوء المعاملة الطبية للسجين أو للتهديد بإتباع التعذيب فيه. أما فيما يتعلق بوصف الأفعال غير الإنسانية بأنها جريمة حرب وفقا لنص المادة 08 من نظام روما الأساسي، فإنه يجب أن يكون المجني عليهم من الأشخاص المحميين باتفاقية أو أكثر من اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 سواء كانوا من العسكريين أو المدنيين أو الأسرى، وأن يكون الجاني على علم بالظروف الواقعية التي تثبت توافر هذه الحماية للمجني عليهم، وأن يوقع الجاني هذا السلوك للإيلاام بدنيا أو معنويا بالمجني عليهم، وبذلك يتوافر ركن القصد الجنائي الذي يقوم على أساس العلم والإرادة. و في إطار العلم دائما يجب أن يأتي الجاني جريمته اللاإنسانية ضمن نزاع مسلح دولي، فضلا عن ضرورة علمه بالظروف الواقعية التي تثبت وجود هذا النزاع المسلح.

2- إجراء التجارب البيولوجية

لقد حظر القانون الدولي الإنساني إجراء التجارب الطبية على المرضى أو الجرحى أو الأسرى من أفراد الطرف الخصم في النزاع المسلح، بما في ذلك تشويه أبدانهم أو تغيير بيولوجية الإنسان فيهم لأجل أغراض استكشافية سواء تم ذلك أثناء أو حتى بعد العمليات القتالية. فالغرض من العلاج الطبي هو إستطباب الألم والمرض وتحقيق الشفاء، وكل ما قد يقوم به العدو أو الجاني في حق المجني عليهم لأجل معرفة أثر دواء جديد يعد أمرا محظورا تماما، ونتائجه غير مأمونة على السلامة الجسدية للمجرب عليه، ومن مثل هذه الأعمال محظورة بموجب القوانين التي تحمي الصحة والإنسان.

نفس الأمر أكدته المادة 11 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 التي حظرت تعريض أي شخص وقع في قبضة الخصم أو تم احتجازه أو اعتقاله أو حرمانه من حريته لأي إجراء طبي لا تقتضيه حالته الصحية، ولا يتفق مع المعايير الطبية المرعية التي قد

¹ - حسن سعد محمد عيسى، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص 265.

² - د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 693.

³ - محمد يوسف علوان، حظر التعذيب في القانون الدولي لحقوق الإنسان في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب لعام 1984، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، كلية الحقوق، العدد الرابع، السنة 1987، ص 79.

يطبقها الطرف الذي يقوم بالإجراء على رعاياه المتمتعين بكامل حريتهم في الظروف الطبية الماثلة. كما حظرت وبشكل خاص أن يجري لهؤلاء الأشخاص ولو بموافقتهم أي عملية بتر، أو التجارب الطبية أو استئصال الأنسجة أو الأعضاء بغية زرعها. ذلك أن إجراء التجارب الطبية دون داع لذلك ودون وجود ضرورة تقتضيها حالة المصاب من شأنه إحداث معاناة شديدة وأذى خطير بالجسم أو بالصحة⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بوصف إجراء التجارب البيولوجية بجريمة الحرب، فإن المادة 2/أ/2/8 قد أشارت إلى أن إخضاع أي شخص أو أكثر لتجربة بيولوجية معينة لم تستقر نتائجها العلمية بعد، يعد انتهاكا جسيما على صحة المجني عليه أو سلامته البدنية أو العقلية أو للمجني عليهم، وهي جريمة عمدية تقوم على أساس القصد الجنائي العام بعنصرية العلم والإرادة، وأن انتفاء القصد الجنائي منها ينفي الركن المعنوي في الجريمة⁽²⁾.

وبخصوص أركان جريمة إجراء التجارب البيولوجية، فقد وردت في ملحق أركان جرائم الحرب كالاتي⁽³⁾:

- أن يخضع مرتكب الجريمة شخصا واحدا أو أكثر لتجربة بيولوجية معينة، وأن تشكل التجربة خطرا جسيما على الصحة أو السلامة البدنية أو العقلية لذلك الشخص أو أولئك الأشخاص.

- أن يكون القصد من التجربة غير علاجي وغير مبرر بدوافع طبية، ولم يضطلع بها لمصلحة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص.

- أن يكون ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص ممن تشملهم بالحماية اتفاقية أو أكثر من اتفاقيات جنيف لعام 1949، وأن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت ذلك الوضع المحمي. وأن يصدر هذا السلوك في سياق نزاع مسلح دولي ويكون مقترنا به، وأن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود النزاع المسلح الدولي.

ثالثا: جريمة تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم والصحة

يقصد بجريمة تعمد إلحاق معاناة وأذى خطير بالجسم والصحة كجريمة حرب نصت عليها المادة 3/أ/2/08 السلوك الإجرامي الذي يأتيه الجاني على المجني عليه أو المجني عليهم، ويكون إما عن طريق فرض آلام جسيمة بصورة عمدية أو عن طريق الاعتداءات الخطيرة على السلامة الجسدية أو الصحية. وهذا الفرض للآلام الخطيرة بصورة عمدية ليس له هدف معين كما هو الحال في جرائم التعذيب التي يرمى منها الحصول على اعتراف المجني عليه أو الحصول على معلومات، فقد يكون لغرض هذه الآلام وإتيانها فقط للانتقام أو لإشباع غريزة في نفس الجاني، وقد تعدد صور هذه المعاناة والآلام بحسب ما يأتيه كل جاني، ومن ذلك إخبار المحتجزين أنهم محكوم عليهم بالإعدام فقط لأجل تخويفهم أو اقتياد شخص لمكان الإعدام لأجل إرهابه أو تقديم وجبات غير صحية مع إرغام المجني عليه لتناولها أو تجويعهم ... الخ⁽⁴⁾. كل هذه السلوكيات تعد محظورة لما لها من آثار جسيمة على السلامة الصحية والجسدية للمجني عليه، أما عن شروط هذه الأعمال غير المشروعة باعتبارها جريمة حرب فهي:

- أن يتسبب مرتكب الجريمة في ألم بدني أو معنوي شديد أو معاناة شديدة أو أضرار بليغة بجسد أو بصحة شخص واحد أو أكثر ممن تشملهم بالحماية اتفاقية أو أكثر من اتفاقيات جنيف لعام 1949، وأن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت ذلك الوضع المحمي.

¹ - روشو خالد، الضرورة العسكرية في نطاق القانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012/2013، ص 303

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 700.

³ - نبيل صقر، نبيل صقر وثائق المحكمة الجنائية الدولية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 263.

⁴ - المادة 01/54 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.

- أن يصدر هذا السلوك في سياق نزاع مسلح دولي ويكون مقترنا به، وأن يكون الجاني على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود هذا النزاع.

المحور الثاني

الانتهاكات الماسة بالسلامة الجسدية للعسكريين

على غرار المدنيين فإن أضرار وأخطار النزاعات المسلحة قد تصيب كذلك العسكريين من قوات الأطراف المتنازعة، وقد يكونون عرضة للاعتداء عليهم جسدياً من قبل قوات الجيش المعادي، لذلك اعتبر نظام روما الأساسي كافة الاعتداءات التي تلحقهم في هذا الإطار من قبيل جرائم الحرب، والمتمثلة في:

أولاً: جريمة قتل أو جرح الأسرى

نصت المادة 2/8/ب/6 على أن قتل أو جرح مقاتل استسلم مختاراً، يكون قد ألقى سلاحه أو لم تعد لديه وسيلة للدفاع، تعتبر جريمة حرب متى توافرت أركانها الآتية:

- أن يقتل مرتكب الجريمة أو يصيب شخصاً أو أكثر، وأن يكون هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص في حالة عجز عن القتال.
- أن يصدر السلوك في سياق نزاع مسلح دولي أو يكون مقترنا به، وأن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود هذا النزاع المسلح.

ولقيام هذه الجريمة يشترط أن تتوافر حالة العجز لدى المقاتل -المجني عليه- عند قتله أو إصابته، وأن يكون الجاني عالماً بهذه الحالة وبالرغم من ذلك ينفذ جرمته، متعمداً قتل أو إصابة الشخص الذي تم أسره أو إصابته أو نفذت ذخيرته الحربية⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المادة 23/ج.. من اتفاقية لاهاي لعام 1907 بقولها: "... قتل أو جرح العدو الذي أفصح عن نيته في الاستسلام بعد أن ألقى السلاح أو أصبح عاجزاً عن القتال ...". و بحسب اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 فإنه يدخل في نطاق القتل أو الإصابة العمد كل امتناع أو عمل من الدولة الحائزة من شأنه أن يعرض حياة الأسير للخطر⁽²⁾، وكافة إجراءات الانتقام التي تتخذ ضد الأسرى ومن في حكمهم.

ثانياً: جريمة التشويه البدني وإجراء التجارب الطبية أو العلمية.

تضمنت المادة 2/8/ب/10 جريمتين يمكن أن ترتكب في حق الأشخاص الخاضعين لسلطة طرف معاد ومن شأنهما تعريض حياة أو صحة هؤلاء الأشخاص للوفاة أو الخطر.

(1)- جريمة التشويه البدني

حظرت المادة 11 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 على الأطراف المتنازعة من القيام بأي تجارب أو أعمال من شأنها أن تعرض حياة المرضى والمصابين جراء المنازعات المسلحة الدولية، أو أن تشوه أبدانهم أثناء أو بعد العمليات القتالية، ومن ثم يخطر تعريض كل من هم في قبضة الخصم أو تم احتجازهم أو اعتقالهم لأي إجراء طبي لا تقتضيه الحالة الصحية للشخص المعني ولا يتفق مع المعايير الطبية المرعية التي يطبقها الطرف الذي يقوم بالإجراء على رعاياها المتمتعين بكامل حريتهم في الظروف الطبية المماثلة⁽³⁾.

¹ - بدر الدين محمد شبل، مرجع سابق، ص 164.

² - المادة 1/13 من اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949.

³ - المادة 01/11 من البروتوكول الإضافي في الأول العام 1977.

أما الفقرة الثانية من ذات المادة، فقد حظرت أن يجري لهؤلاء الأشخاص ولو بموافقتهم عمليات البتر، أو التجارب الطبية أو العلمية، أو استئصال الأنسجة أو الأعضاء بغية استزراعها، وذلك إلا حيثما يكون لهذه الأعمال ما يبررها للشروط المنصوص عليها، لذلك اعتبر هذا الحظر من قبيل القواعد العرفية المطبقة أثناء النزاعات المسلحة الدولية⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم ذكره، فإن النظام الأساسي لمحكمة روما أدرج جريمة التشويه البدني ضمن طوائف جرائم الحرب، وخصها بحملة من الأركان هي:

- أن يعرض مرتكب الجريمة شخصا أو أكثر للتشويه البدني، خاصة بإحداث عاهة مستديمة لهذا الشخص أو الأشخاص أو بإحداث عجز دائم أو بتر في عضو من أعضائهم أو طرف من أطرافهم. وأن يتسبب هذا السلوك في موت هذا الشخص أو الأشخاص أو تعريض صحتهم الجسدية أو العقلية لخطر شديد.
- ألا يكون ذلك السلوك مبررا بعلاج ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص طبيا أو علاج أسنانهم أو علاجهم في المستشفى، ولم ينفذ لمصلحة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص.
- أن يكون هذا الشخص أو الأشخاص خاضعين لسلطة طرف معاد.
- أن يصدر السلوك في سياق نزاع دولي مسلح ويكون مقترنا به، وأن يكون الجاني على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود هذا النزاع.

2- جريمة إجراء التجارب الطبية أو العلمية

يشترط في هذه الجريمة تعريض المجني عليه لتجربة طبية أو علمية وأن تتسبب في وفاته أو تعريض صحته البدنية والعقلية أو سلامته للخطر، وأن لا يكون هذا السلوك الإجرامي مبررا بعلاج ذلك الشخص طبيا أو لصالح سلامته. وبالإضافة إلى ذلك فإنه يشترط خضوع المجني عليه/عليهم للجاني أو تحت سيطرته، وأن تتوافر العلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية المترتبة على ذلك، وهذا ما أكدت عليه أركان جريمة إجراء التجارب الطبية أو العلمي، التي نصت عليها المادة 8/2/ب/02/10 من نظام روما الأساسي وفصلت فيها الوثيقة الملحققة به الخاصة بأركان جرائم الحرب والمتمثلة في:

- أن يخضع مرتكب الجريمة شخصا أو أكثر من شخص لتجربة طبية أو علمية وأن تتسبب التجربة في وفاة هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص أو تعريض صحتهم البدنية أو العقلية أو سلامتهم للخطر الشديد.
- ألا يكون ذلك السلوك مبررا بعلاج ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص طبيا أو علاج أسنانهم أو علاجهم في المستشفى ولم ينفذ لمصلحة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص.

كما أكدت وثيقة أركان الجرائم بأن رضا المجني عليه لا يعتد به كمبرر قانوني في هذه الجريمة، وذلك لوجود احتمال قوي لإكراهه لإثبات تنازله عن حقه أو رضاه أمام المحكمة، وهذه الجريمة - كعابلية جرائم الحرب - تقوم على القصد الجنائي العام بوصفها جريمة عمدية، فالعلم يقتضي أن يكون الجاني عالما بظروف المجني عليه، وكذا اقترافه للجريمة أثناء نزاع مسلح دولي، وأن تتجه إرادته إلى إلحاق الضرر الشديد للمجني عليه وبدون مسوغ طبي لهذه التجارب.

ثالثا: جريمة القتل والإصابة غدرا

لقد حظرت المادة 23/ب من لائحة لاهاي 1907 اللجوء إلى الغدر بقتل أو جرح أفراد ينتمون إلى شعب أو جيش معاد، وذات الأمر أكدت عليه المادة 1/37 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، حيث عرفت الغدر على النحو التالي: "... ويعتبر من

¹ - القاعدة 92 من القانون الدولي الإنساني العربي، جون ماري هنكرتس، دراسة حول القانون الدولي الإنساني العربي، إسهام في فهم واحترام حكم القانون في النزاع المسلح، إصدارات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2005، ص 44.

قبيل الغدر تلك الأفعال التي تستثير ثقة الخصم مع تعمد خيانة هذه الثقة، وتدفع الخصم للاعتقاد بأن له الحق في أو عليه التزام بمنح الحماية طبقاً لقواعد القانون الدولي التي تطبق في المنازعات المسلحة..."، كما أتت على ذكر بعض الأمثلة عن الأفعال التي تعد من قبيل الغدر⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الأفعال التي تخلق الثقة لدى الخصم مع تعمد الجاني خيانة هذه الثقة لا تكفي لوحدها لتشكيل جريمة الغدر فهي لا تعدو أن تكون عنصراً وصفياً لا يشكل جريمة حرب إلا إذا اقترن بالركن المادي أي بالقتل الفعلي أو الإصابة الفعلية أو الأسر الفعلي للخصم⁽²⁾.

أما بخصوص أركان جريمة القتل والإصابة غدرًا، التي تبنتها نظام روما ضمن جرائم الحرب في مادته 02/08/ب/11 فهي:

- أن يحمل مرتكب الجريمة شخصاً أو أكثر من شخص على الثقة أو الاعتقاد بأن من حقهم الحماية، أو من واجبه منح الحماية بموجب قواعد القانون الدولي المطبقة في النزاع المسلح، وأن ينوي مرتكب الجريمة خيانة تلك الثقة أو ذلك الاعتقاد، وأن يستغل مرتكب الجريمة تلك الثقة أو ذلك الاعتقاد في قتل فعلاً أو إصابة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص الذين ينتمون إلى طرف خصم.
- أن يصدر السلوك في سياق نزاع دولي مسلح ويكون مقترباً به، وأن يكون الجاني على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود هذا النزاع.

المحور الثالث

العقوبات المقررة وفقاً لنظام محكمة روما الأساسي

نتناوله في نقطتين، بحيث نحدد أولاً طبيعة العقوبات المقررة على مرتكبي هذه الجرائم، وثانياً نستعرض تقدير هذه العقوبات وهل تتناسب مع حجم وخطورة هذه الجرائم.

أولاً: طبيعة العقوبات المقررة للأفراد: يمكن تقسيم هذه العقوبات إلى ما يلي:

1- العقوبات السالبة للحياة (الإعدام)

يعد الإعدام كعقوبة بدنية من أشد العقوبات جسامة وخطورة نظراً لمساسها بأكثر الحقوق قدسية وهو الحق في الحياة، وقد تباينت الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية في تبني الإعدام ضمن نصوصها المنظمة للجزاءات المقررة للجرائم التي تدخل في دائرة اختصاصها. أما فيما يتعلق بمحكمة روما فإن عقوبة الإعدام أثارت جدلاً واسعاً في مؤتمر روما الدبلوماسي⁽³⁾. فبالرغم من أن

1 - تعتبر الأفعال التالية أمثلة عن الغدر:

- التظاهر بنية التفاوض تحت علم الهدنة أو الاستسلام.
- التظاهر بعجز من الجروح أو المرض.
- التظاهر بوضع المدني غير المقاتل .
- التظاهر بوضع يكفل الحماية، وذلك باستخدام شارات أو علامات أو أزياء محايدة خاصة بالأمم المتحدة أو بإحدى الدول المحايدة، وبغيرها من الدول التي ليست طرفاً في النزاع

2 - على نقيض الخطر المفروض على أعمال الغدر، فإن خلع الحرب ليست محظورة بحسب ما أورده المادة 24 من لائحة لاهاي فهي وإن كانت تتفق مع أفعال الغدر في كونها تهدف إلى تضليل الخصم أو استدراجه إلى المخاطرة إلا أنها لا تخل بأي قاعدة من قواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق في النزاع المسلح كما أنها لا تستثير ثقة الخصم في الحماية التي يقرها القانون الدولي، لأكثر تفصيلاً: يراجع: فريتس كالهوقن وإلزابيث تسغفلد، ضوابط تحكم حوض الحرب، مدخل للقانون الدولي الإنساني، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2004، ص 109.

3- حيدر عبد الرزاق حميد: تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم المؤقتة إلى المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دار الكتب القانونية، مصر 2008، ص 174. و ينظر: براء منذر عبد اللطيف: النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2008، ص 364.

المادة 77 من النظام الأساسي للمحكمة لم تنص على هذه العقوبة، إلا أن المؤتمرين توصلوا إلى حل وسط تضمنته المادة 80 من نظام روما⁽¹⁾، إلا أننا نرى أنه كان من الضروري إدراج الإعدام كعقوبة أصلية في النظام نظراً لخطورة الجرائم المرتكبة من جهة، ومن جهة أخرى إنصاف الضحايا وذويهم بتوقيع أقصى الجزاءات الجنائية على من سبب لهم الأذى والآلام الجسيمة، بالإضافة إلى أن عدم النص على عقوبة الإعدام قد يمكن المجرمين من الإفلات من العقاب الدولي ومن ثم تضعيع الجهود في سبيل تحقيق العدالة الجنائية الدولية.

(2)- العقوبات السالبة للحرية

تعد عقوبة الحرمان من الحرية من أكثر الجزاءات التي قضت بها المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة في أحكامها بخصوص جرائم الحرب، والمحكمة الجنائية الدولية لروما هي الأخرى تبنت العقوبة السالبة للحرية ضمن نص المادة 77/أ من نظامها الأساسي⁽²⁾، التي حددت فيها مدة السجن بفترة أقصاها 30 سنة أو بالسجن المؤبد متى كانت العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان⁽³⁾. والواضح أن المحكمة الجنائية الدولية تقوم بتحديد العقوبة وفقاً للوائح والإجراءات والأدلة، ويتعين عليها أن تأخذ في الاعتبار خطورة الجرائم والظروف الشخصية للمجرم⁽⁴⁾.

(3)- العقوبات المالية

ويقصد بها العقوبات الماسة بأموال وممتلكات الشخص المدان، وتكون إما في صورة غرامة مالية أو في شكل مصادرة لأمواله، فالغرامة تعد من أقدم العقوبات، ويقصد بها إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من المال إلى الخزينة العامة للدولة، وهي إيلاام المحكوم عليه بطريق الاقتطاع من ماله، فوسيلة الإيلاام في الغرامة هي الاقتطاع من المال⁽⁵⁾ أما المصادرة فيقصد بها نزع ملكية مال أو شيء له علاقة بالجريمة سواء وقعت أو يخشى وقوعها، وتتم جبراً وبدون مقابل وتكون بواسطة حكم قضائي⁽⁶⁾. وقد نص نظام روما الأساسي على هذا النوع من العقوبات في المادة 2/77: "بالإضافة إلى السجن للمحكمة أن تأمر بما يلي:

أ)- فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

ب)- مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من تلك الجريمة، دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية".

بناءً على هذا النص فإن المحكمة وأثناء إصدار حكمها بالغرامة يجب أن تراعي ما إذا كانت عقوبة السجن كافية أم لا، وأن تأخذ بالاعتبار أيضاً القدرة المالية للمدان بما في ذلك أي أوامر بالمصادرة أو التعويض حسب الاقتضاء، وما إذا كان الدافع إلى ارتكاب الجريمة هو الكسب المالي الشخصي. أما بخصوص كيفية تحديد قيمة الغرامة وكيفية دفع المدان لها، فقد نظمت القاعدة 146 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات ذلك بنصها بأن لا تتجاوز الغرامة ما نسبته 75% من قيمة ما يمكن تحديده من أصول سائلة

¹ - لعطب بختة، القضاء الجنائي الدولي ودوره في الحد من انتهاكات القانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص 380.

2- المادة 77/أ من النظام الأساسي لمحكمة روما " 1- رهنا بأحكام المادة 110 يكون للمحكمة أن توقع على الشخص المدان بارتكاب جريمة في إطار المادة 05 من هذا النظام الأساسي إحدى العقوبات التالية:

أ- السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها 30 سنة.

ب- السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان...

3 - بدر الدين محمد شبل، مرجع سابق، ص 278

4 - شريف سيد كامل، اختصاص المحكمة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، ص 113.

5 - بدر الدين محمد شبل، مرجع سابق، ص 278.

7- مريم ناصري: فعالية العقاب على الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2011، ص 233.

أو قابلة للتصريف وأموال يملكها المدان⁽¹⁾، وفي الفقرة الثالثة سمحت فيها للمحكمة أن تمهل المدان مهلة لدفع الغرامة، كما نظمت القاعدة 147 الإجراءات القانونية الخاصة بأوامر المصادرة.

ثانيا: تقدير العقوبة

نصت المادة 1/78 من النظام الأساسي لمحكمة روما على أنه: "1- تراعي المحكمة عند تقرير العقوبة عوامل مثل خطورة الجريمة والظروف الخاصة للشخص المدان، وذلك وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات..."، يفهم من النص أن للمحكمة السلطة التقديرية في الأخذ بعين الاعتبار بعض العوامل ذات الصلة بالجريمة والجاني وحتى الضحايا لأجل النطق بالعقوبة النهائية، وتمثل هذه الظروف في:

1- ظروف التخفيف؛ ومثالها:

- الظروف التي لا تشكل أساساً كافياً لاستبعاد المسؤولية الجنائية، كقصور القدرة العقلية أو الإكراه.
- سلوك المدان بعد ارتكابه للجريمة بما في ذلك أي جهود بذلها لتعويض الجاني عليهم أو أي تعاون أبداه مع المحكمة.

2- ظروف التشديد؛ وهي تتمثل في:

- أي إدانات جنائية سابقة بجرائم من اختصاص المحكمة أو تماثلها.
- إساءة استعمال السلطة أو الصفة الرسمية.
- ارتكاب الجريمة إذا كان الجاني عليه مجرداً على وجه الخصوص من أي وسيلة للدفاع عن النفس.
- ارتكاب الجريمة بقسوة زائدة أو تعدد الجاني عليهم.
- ارتكاب الجريمة بدافع ينطوي على التمييز وفقاً لأي من الأسس المشار إليها في المادة 3/21.
- أي ظروف لم تذكر ولكنها تعد بحكم طبيعتها مماثلة لتلك المذكورة أعلاه.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة تخصص عند توقيعها عقوبة السجن أي وقت يكون قد قضاه المدان سابقاً في الاحتجاز فيما يتصل بسلوك له علاقة بوقوع الجريمة⁽²⁾، وأنه في حالة الحكم على المدان بأكثر من جريمة واحدة فإن المحكمة تصدر حكماً لكل جريمة، ثم حكماً مشتركاً يحدد إجمالي العقوبة شريطة أن لا تقل المدة عن مدة أقصى حكم على حدة، ولا تتجاوز 30 سنة أو عقوبة السجن المؤبد⁽³⁾. وعلى صعيد آخر فإن للمحكمة الدولية الحق في تخفيض مدة العقوبة، وذلك بعد أن يكون الشخص قد قضى ثلثي المدة المحكوم بها، وفي ذلك يجب على المحكمة مراعاة المعايير التي نصت عليها القاعدة 223 من قواعد الإجراءات والإثبات، والمتمثلة في:

- 1- تصرف المحجوز عليه أثناء احتجازه بما يظهر انصرافاً حقيقياً عن جرمه.
 - 2- احتمال إعادة دمج المحكوم عليه في المجتمع واستقراره فيه بنجاح.
 - 3- ما إذا كان الإفراج المبكر عن المحكوم عليه سيؤدي إلى درجة كبيرة من عدم الاستقرار الاجتماعي.
 - 4- أي إجراء مهم يتخذه المحكوم عليه لصالح الجاني عليهم وأي أثر يلحق بالجاني عليهم وأسرههم جراء الإفراج المبكر.
- وصفوة القول أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يعد نظاماً عقابياً متكاملًا من حيث وصف الجرائم وتحديد العقوبات وتنظيم القواعد الإجرائية ذات الصلة بتنفيذ هذه الجزاءات الدولية على الأفراد، مقارنة بالأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية السابقة التي عرفت الكثير من الانتقادات لاسيما فيما يخص نظامها الجزائي.

خاتمة:

- 1- القاعدة 1/146 من قواعد الإجراءات والإثبات.
- 2- المادة 2/78 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لروما.
- 3- المادة 3/78 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لروما.

ما يمكن استخلاصه من خلال استعراضنا لأهم جرائم الحرب التي جاءت على ذكرها المادة (08) من نظام روما الأساسي، والمتعلقة بالسلامة الشخصية للأشخاص أثناء النزاعات المسلحة أن حماية الشخص في جسده وروحه وملكاته الذهنية غاية سامية، تسعى كل القوانين بما فيها نظام روما لتكريسها وحمايتها.

وأن ما ورد في النظام بخصوصها ما هو إلا تأكيد بما جرمته وحظرته الاتفاقيات الدولية السابقة بشأن جرائم القتل العمدى، وحظر التعذيب وكافة أنواع المعاملات اللاإنسانية والمخطة للكرامة الإنسانية، وكل ما قد يشوه جسد وعقل الإنسان جراء إجراء تجارب بيولوجية غير مشروعة وغير مضمونة النتائج بمناسبة نزاع مسلح دولي أو داخلي، أو عن طريق إلحاق المعاناة الشديدة بالأشخاص عن طريق ترهيبهم وتخويفهم وتهديدتهم.

أما بخصوص العقوبات المقررة لمرتكبي جرائم الحرب الماسة بالسلامة الجسدية لضحايا العمليات العسكرية، فكان يستحسن إدراج عقوبة الإعدام نظرا لخطورة هذه الانتهاكات والسياق الذي ارتكبت فيه.

البعد الديمقراطي في النظام الدستوري الجزائري

The democratic dimension of the Algerian constitutional system

د. عبد المنعم بن أحمد، أستاذ محاضر قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر.

حلفاية زهية، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/05 - تاريخ المراجعة: 2017/11/16

ملخص:

تعد الديمقراطية مقياس لتقدم الدول في جميع المستويات السياسية، الاقتصادية والاجتماعية، بحكم أن النجاح في الجانب السياسي يؤدي إلى النجاح في باقي ومناقشة البعد الديمقراطي في الجزائر يستوجب دراسة الجانب النظري والفلسفي للديمقراطية ثم تطبيقات ذلك في الدساتير الجزائرية.

Abstract:

Democracy is considered a parameter of development of a country, on all levels: political, economical and social, based on the postulate that political success leads to success in other areas. In order to discuss the democratic dimension of Algeria, one has to study the theoretical and philosophical aspects of democracy, and subsequently their application in the Algerian constitutions.

الكلمات المفتاحية:

الديمقراطية، الدستور، البعد الديمقراطي.

Keywords:

Democracy, Constitution, Democratic dimension.

مقدمة:

تُعد الديمقراطية نتاج الصراع الفكري والثوري القائم بين الحكم المطلق الاستبدادي وبين حقوق وحريات الشعوب، هذه الأخيرة التي عرفها الغرب على يد عديد المفكرين من أمثال؛ "جون لوك"، و "جون جاك روسو"، و "مونتسكيو"، الذين ساهموا في نشر الوعي بين الشعوب حول حقوقهم وحرياتهم، من خلال أفكارهم الفلسفية عن العقد الاجتماعي، لاسيما السيادة ومبدأ الفصل بين السلطات. كما أن تقدم الدول يُقاس بدرجة الديمقراطية التي تحققها على مستوى أنظمتها السياسية بالدرجة الأولى ثم على المستوى الاقتصادي والاجتماعي، بحكم أن الأول يعد الأرضية الممهدة لبقية المستويات، إذ لا يتصور وجود ديمقراطية اقتصادية واجتماعية ناجحة في غياب الديمقراطية السياسية، وإذا كان تقدم الدول مقترن بالديمقراطية فإن مناقشة البعد الديمقراطي في الجزائر، الدولة التي لها تاريخ طويل من النضال ضد الاستعمار والاستبداد، يثير الكثير من النقاط نظرا لكون التجربة الديمقراطية في الجزائر عرفت الكثير من المنعطفات والتي سيتم تناولها من خلال الإجابة على الإشكالية الآتية: إلى أي مدى جسد المؤسس الدستوري مبادئ وقيم الديمقراطية في النظام الدستوري الجزائري؟.

إن معالجة هذه الإشكالية تتطلب تقسيم الموضوع إلى محورين يتضمن الأول الجانب النظري والفلسفي للديمقراطية، أما الثاني فسيتم التطرق فيه إلى المعالجة الدستورية للديمقراطية في الجزائر.

المحور الأول

الجانب النظري والفلسفي للديمقراطية

بيان الجانب النظري والفلسفي للديمقراطية ارتأينا تقسيمه من خلال محاولة تحديد مفهوم الديمقراطية وأشكالها السياسية والفنية والإدارية ثم إبراز أدواتها من خلال الوقوف بالتحليل للنظام الحزبي ثم الانتخابي، وبيان العلاقة بين الديمقراطية ودولة القانون من زوايا أربع مبدأ سمو الدستور، مبدأ الفصل بين السلطات، الرقابة وأخيرا الحقوق و الحريات.

أولا: مفهوم الديمقراطية

إن لفظ الديمقراطية يجد جذوره في اللغة الإغريقية السائدة في اليونان قديما، حيث أنها كلمة مركبة تتألف من مقطعين Demos ويقصد بها الشعب و Kratos يقصد بها السلطة أو الحكم، أي حكم الشعب أو سلطة الشعب¹، والواضح أن المعنى الاصطلاحي لا يختلف عن المعنى اللغوي إذ عرّفها: "أبراهام لنكون" الرئيس الأمريكي السابق في إحدى خطبه بأنها: "حكم الشعب بواسطة الشعب من أجل الشعب". وتدل كلمة الشعب على أن يكون الحكم ملكا للشعب ويختص به. وتشير عبارة بواسطة الشعب إلى اشتراك المواطنين في صنع السياسة وممارسة الرقابة على ممثليهم أو نوابهم. وتعني عبارة من أجل الشعب أن الحكومة في خدمة الشعب، وأن الشعب ليس مجرد رعايا لهذه الحكومة². إن فكرة الديمقراطية القائمة على حكم الشعب فكرة فلسفية نظرية تطبقها على أرض الواقع جعلها تصطدم بظروف ومتغيرات هذا الواقع مما أدى إلى ظهور أكثر من صورة، حيث يختلف مظهر الديمقراطية بحسب الزاوية التي ننظر من خلالها.

1- أشكال الديمقراطية

إن للديمقراطية عدة أشكال وأنماط نتطرق لبعض منها على النحو الآتي؛

أ- الديمقراطية السياسية

إذا نظرنا إلى الديمقراطية من زاوية مشاركة الشعب في الحكم نجد أنفسنا أمام ما يعرف بالديمقراطية السياسية، والتي تظهر في شكل الديمقراطية المباشرة " حيث يجتمع المواطنون في هيئة جمعية عمومية للتصويت على مشروعات القوانين وتعيين القضاة والموظفين وتصريف الشؤون العامة الخارجية منها والداخلية³.

إلا أن هذه الصورة رغم مقاربتها لمفهوم الديمقراطية لم تسلم من سلبيات سوء التطبيق، إذ أن المثال الذي يضرب في هذا المقام حول أثينا الديمقراطية يؤكد ذلك، حيث كانت المشاركة حكرا على المواطنين الأحرار دون غيرهم من الأجانب والنساء والفقراء بالإضافة إلى ذلك صعوبة تطبيق الديمقراطية المباشرة في ظل اتساع حجم الدول جغرافيا وسكانيا، كما أن المشاركة المباشرة والعنلية قد تضع صاحبها محل ضغوطات سواء كانت في شكل ترغيب أو تهريب من طرف أصحاب المصالح الخاصة.

أما الصورة الثانية فتتمثل في الديمقراطية النيابية (الديمقراطية غير المباشرة)، حيث يقوم الشعب باختيار ممثليه الذين يمارسون السلطة باسمه ولصالحه طول فترة العهدة النيابية، "وهكذا نجد هذه الصورة من صور الديمقراطية على نقيض الديمقراطية المباشرة. فبينما تستغني الديمقراطية المباشرة عن المجالس النيابية، تقصر الديمقراطية النيابية دور الشعب على مجرد اختيار النواب وعلى ذلك فإن الشعب لا يعيش إلا فترة عابرة وهي لحظة إجراء الانتخابات ... ولذا فقد اقترح روسو تصحيح النظام النيابي بالأخذ بفكرة الوكالة الإلزامية Le mandat impératif والاستفتاء Refrendum⁴."

¹ سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2011 ص 49 .

² حسين عبد الحميد أحمد رشوان ، الديمقراطية والحرية وحقوق الإنسان، المكتب الجامعي الحديث 2006، ص 11 .

³ مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس لنشر، الجزائر 2009 ص 145 .

⁴ سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية 1998، ص 137 .

والديمقراطية النيابية تقوم على أربعة أركان تتمثل في وجود هيئة منتخبة، تأقيتو تحديد العهدة النيابية، تمثيل النائب المنتخب للأمة بأسرها، استقلال الهيئة النيابية عن الناخبين¹، وبالرغم من المبررات العملية المتمثلة في صعوبة تطبيق الديمقراطية المباشرة ورغم المبررات المنطقية المتمثلة في درجة الوعي السياسي لدى الشعوب التي قد لا تؤهلها لمناقشة المسائل العامة وإدارتها بالحكمة المطلوبة، إلا أن الديمقراطية النيابية تثير إشكالية استمرارية الشرعية بين النائب والناخب طول فترة العهدة النيابية².

أما الصورة الثالثة فتتمثل في الديمقراطية شبه المباشرة، إذ تقوم هذه الصورة على المزاوجة بين أدوات الديمقراطية النيابية المتمثلة في (المجالس التمثيلية) وأدوات الديمقراطية المباشرة المتمثلة في (الاستفتاء الشعبي، الاعتراض الشعبي، الاقتراح الشعبي، إقالة الناخبين لنائبهم، الحل الشعبي، عزل رئيس الجمهورية محاولة بذلك تفادي عيوب الصور السابقة الذكر إلا أنها لم تسلم من الانتقادات حيث أنها تثير مسألة الوعي السياسي لدى الشعوب، ففي حالة غياب هذا الأخير ستتحوّل أدوات الديمقراطية إلى أدوات تشيع الفوضى وعدم الاستقرار السياسي³.

ب)- الديمقراطية في نظر الأيديولوجيات الكبرى

إذا نظرنا إلى الديمقراطية من زاوية الحقوق والحريات فسند ما يعرف بالديمقراطية الليبرالية، التي تعلي من شأن الحقوق الفردية في مواجهة الحقوق الجماعية متأثرة في ذلك بالمذهب الفردي والقانون الطبيعي معتبرة أن الفرد أسبق في الوجود من الدولة وبالتالي يقع على عاتق هذه الأخيرة حمايته هذا من جهة، ومن جهة أخرى الديمقراطية الليبرالية لا تؤمن بالحقوق الجماعية المبنية على أسس عرقية أو دينية أو ثقافية، ورغم ظهور النظام الليبرالي الجمهوري، إلا أنه لم يتخل عن المذهب الفردي بل أصبحت المهمة مزدوجة تتمثل في حماية الحقوق الفردية من جهة وتنمية القيم المشتركة من جهة أخرى من أجل بناء قومية مدنية، من خلال " مبادئ أساسية تتمثل في سيادة الأمة، الانتخاب، والبرلمان، واستقلالية القضاء، والحريات العمومية، وتعدد الأحزاب، وإقرار مبدأ الاقتراع العام... " ⁴.

أما الديمقراطية الاشتراكية فعلى العكس من ذلك تعطي الأولوية للحقوق الجماعية على حساب الحقوق الفردية، حيث " ظهر المذهب الاشتراكي، كرد فعل لتناقضات المذهب الفردي وبالأخص غلوه في تقديس الفرد وتمجيده، فظهر هذا المذهب ليحل محل الجماعة الهدف والغاية، بإزالة بعض مخلفات الرأسمالية من طبقة بين أفراد المجتمع، وتحكم الأقلية على الأغلبية، فحاول النظام الاشتراكي من خلال تدخل الدولة جعل جميع وسائل الإنتاج ملك الجموع، وتحقيق المصلحة العامة ولو على حساب المصالح الفردية ". وذلك لا يتحقق حسب النظرية الماركسية إلا من خلال دكتاتورية البروليتاريا ضد الرأسمالية، حيث تثور الطبقة العاملة ضد الطبقة البرجوازية من أجل تحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية وصولا إلى الشيوعية أين تسود الوفرة وتزول الطبقة، وبزوال هذه الأخيرة تزول الحاجة لوجود الدولة ⁵.

إن تطبيق التصور الماركسي للاشتراكية لم يكتب له النجاح، حيث فشلت كل الدول التي تبنته وعلى رأسها الاتحاد السوفيتي سابقا في الوصول إلى الشيوعية وسقطت بدل ذلك في هوة البيروقراطية السلبية مما أدى إلى تراجع هذا التصور حيث أصبحت الدولة تمثل الأداة التي تحقق التجانس الاجتماعي من خلال توحيدها للأفكار الاقتصادية (الملكية الجماعية) والسياسية (نظام الحزب الواحد)، مع الاعتراف بالحقوق الفردية التي لا تتعارض مع جوهر النظام الاشتراكي مثل حق التجمع وحرية التفكير والمساواة أمام القانون⁶.

¹ مولود ديدان، مرجع سابق، ص. 146 - 147 .

² سعاد لشرقاوي، مرجع سابق، ص 137 .

³ حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة جامعة بغداد 1986، ص. 54-56 .

⁴ سعيد بوشعير، مرجع سابق، ص 63 .

⁵ فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، الجزء الأول، نظرية الدولة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة: 2009، ص 227 .

⁶ فوزي أوصديق، المرجع نفسه، ص 227 .

(ب)- الديمقراطية الفنية

أما إذا نظرنا إلى الديمقراطية من زاوية تدخل الدولة ، فقد ظهر ما يسمى بالديمقراطية الفنية نتيجة تراجع مفهوم الدولة الحارسة عقب الحرب العالمية الأولى خصوصا بعدما أصاب النظام السياسي الليبرالي من أزمات سياسية واقتصادية تسبب فيها النظام الرأسمالي الذي أتاح المجال أمام الأفراد في مختلف المجالات بعيدا عن تدخل الدولة، مما استدعى ضرورة تدخل هذه الأخيرة من أجل تنظيم مختلف المجالات.

ومن هذا المنطلق لم تعد الديمقراطية تقتصر على وجود ممثلين منتخبين، بل أصبحت الضرورة تقتضي وجود أشخاص فنيين من ذوي الخبرة والاختصاص داخل أجهزة الدولة من أجل ضمان تسيير الشأن العام بالشكل الأمثل، ولعل الديمقراطية الفنية من أسباب انحصار دور البرلمان لصالح السلطة التنفيذية بحكم أن الانتخاب لا يستقطب بالضرورة أصحاب الخبرة الفنية والتقنية والعلمية، على عكس السلطة التنفيذية التي تملك سلطة التعيين مما يجعلها الأقدر على استقطاب الإطارات الفنية كل هذا أدى إلى هيمنة السلطة التنفيذية على بقية السلطات، فأصبحت تدير مختلف المجالات عن طريق مشاريع القوانين، والمراسيم، والتنظيمات¹.

(د)- الديمقراطية الإدارية

الديمقراطية من زاوية الجانب الإداري حيث ظهر ما يسمى بالديمقراطية التشاركية أو التساهمية أو الجوارية، ويسعى هذا المفهوم إلى توسيع مجال الديمقراطية بحيث لا تقتصر على المجال السياسي والاجتماعي والاقتصادي فقط، بل تطل الجوانب الإدارية كذلك من خلال ما يعرف بالمجالس المحلية إذ أن هذه الأخيرة تعد وسيلة لترقية الحقوق والحريات، بحكم أنها تسمح للمواطنين على المستوى القاعدي سواء كانوا ناخبين أو منتخبين من مباشرة الديمقراطية والتعود عليه من خلال العملية الانتخابية أولا ثم حضور الجلسات، التواصل مع المسؤولين، استعمال وسائل الإعلام المحلية كوسيلة تعبير...، مما يجعل الديمقراطية جزء لا يتجزأ من ثقافة المجتمعات².

(2)- أدوات الديمقراطية

إن للديمقراطية وسائل وأدوات أثناء ممارستها وممارستها، وهو ما نحاول أن نتعرض له كما يلي؛

(أ)- النظام الحزبي

بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن النظام الحزبي يلعب دورا كبيرا في تكريس الديمقراطية، حيث يعرف الحزب على أنه تنظيم سياسي هيكلي له برنامج معين وقاعدة شعبية، يسعى للوصول إلى الحكم أو المشاركة فيه³. والأنظمة الحزبية تنقسم إلى نظام الحزب الواحد الذي يعد احد نتائج الأيديولوجية الاشتراكية ففي نظر هذه الأخيرة تعد التعددية الحزبية تعبيرا عن الطبقة والتمايز الاجتماعي، وأنه بزوال هذه الأخيرة يصبح المجتمع نسيجا واحدا وبهذا تنتفي الحاجة إلى التعددية الحزبية ، ويصبح الحزب الواحد طليعة هذا المجتمع أو الطبقة الواحدة⁴.

مما سبق ذكره يتضح لنا أن فلسفة الحزب الواحد تقوم على تركيز السلطة حيث أن أغلب الفقهاء والفلاسفة ابتداء من سقراط، أفلاطون أرسطو انتهاء بجون لوك، روسو، مونتسكيو، وغيرهم...، يتفقون على أن تركيز السلطة يغذي الروح الاستبدادية الموجودة في الطبيعة البشرية، ولعل التجربة الاشتراكية أكبر دليل على ذلك إذ تعتبر البيروقراطية السلبية التي خلفتها سياسة الحزب الواحد احد أهم عوامل اخيار الاشتراكية ، ومنه نستنتج أن سياسة الحزب الواحد لا تتفق مع روح الديمقراطية المناهضة للاستبداد واحتكار الحكم.

¹ سعيد بوشعير، مرجع سابق، ص. 67 - 74.

² محمد الصغير بعللي، قانون الإدارة المحلية الجزائرية، دار العلوم لشر والتوزيع، عناية 2004، ص 32 .

³ بلال أمين زين الدين، الأحزاب السياسية من منظور الديمقراطية المعاصرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص. 15-21 .

⁴ صالح جواد الكاظم، علي غالب العاني، الأنظمة السياسية، مطبعة دار الحكمة، بغداد، العراق، 1991، ص 126 .

بالمقابل يوجد نظام التعددية الحزبية وهو أحد نتائج الديمقراطية البرالية القائمة على حرية التعبير وحق المشاركة في الحياة السياسية، حيث تعتبر التعددية الحزبية نتيجة للتنافس السياسي بين مختلف طبقات وفئات المجتمع من أجل حماية حقوقها وحرياتهما، ولعل أول تطبيقات هذا النظام تعود للبرلمان البريطاني من خلال حزب الأحرار وحزب المحافظين ثم حزب العمال، ومنه فإن نظام التعددية الحزبية أكثر مقاربة لجوهر الديمقراطية المتمثل في حكم الشعب إذا ما قورن بنظام الحزب الواحد¹.

(ب)- النظام الانتخابي

إن الحديث عن الديمقراطية لا يستوي دون الحديث عن النظام الانتخابي لما له من تأثير على درجة تكريس الديمقراطية، وبالتحديد فيما يتعلق بأساليب الانتخاب ونظام القوائم وفي هذا المجال يوجد نظام الأغلبية حيث يفوز المترشح سواء كان فردي أو في شكل القائمة، متى حقق الأغلبية البسيطة أو المطلقة إلا أن هذا المنطق لا يسمح للأقليات بالتمثيل ويعمل على تهميشها²، مما يتعارض مع حرية التعبير والحق في التمثيل، وهذا ما يجعل نظام الأغلبية أقل ديمقراطية مقارنة بنظام التمثيل النسبي الذي يسمح للقوائم بأن تحصل على عدد من المقاعد يتناسب مع عدد الأصوات التي تحصل عليها³.

إن هذا المنطق يسمح بتمثيل الأقليات ومختلف أطراف المجتمع وهذا يتوافق مع فلسفة حكم الشعب، أما بالنسبة لنظام القوائم فهناك نظام القوائم المغلقة الذي يفرض على الناخب أن يتقيد بالأسماء وبالترتيب الذي تضعه الأحزاب مما يقيد مفهوم حرية الاختيار، وبالمقابل يوجد نظام القوائم المغلقة مع التفضيل الذي يعد أكثر ديمقراطية من سابقه إذ يسمح للناخب بإعادة ترتيب المترشحين بالشكل الذي يراه مناسباً، أما نظام القوائم مع المزج فهو النظام الذي يعكس بصدق روح الديمقراطية فهو يحرم الناخب من توجيهات الأحزاب، حيث يسمح لهذا الأخير بأن يشكل قائمة جديدة من مختلف القوائم المتنافسة بمعنى آخر يمزج بين الأسماء دون أن يتقيد بحزب معين مما يحقق فكرة الاختيار الحر للشعب.

ثانياً: الديمقراطية ودولة القانون

ظهرت العديد من النظريات التي حاولت تفسير أساس خضوع الدولة للقانون، فبالنسبة لأصحاب نظرية الحقوق الفردية تعتبر هذه الأخيرة أسبق من الدولة مما يجعلها ملزمة باحترامها وحمايتها وهذا ما جاء في المادة الأولى من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن، أما نظرية القانون الطبيعي فتري أنه أسمى القوانين ويصلح لكل زمان ومكان وبالتالي على الدولة الخضوع لهذا القانون، أما نظرية التحديد الذاتي فيرى أصحابها على أنه يتم وضع القانون من طرف الدولة التي تكون ملزمة به من أجل الحفاظ على بقائها، أما نظرية التضامن الاجتماعي فتري أن الفرد بحاجة للمجموعة من أجل إشباع حاجاته وذلك من خلال التعاون أو تقاسم العمل وبالتالي يصبح التضامن الاجتماعي مصدر القانون الذي تخضع الدولة⁴.

إن العلاقة بين دولة القانون والديمقراطية علاقة تلازم إذ يعتبر القانون الأداة التي تنقل الديمقراطية من مجرد فكرة فلسفية مثالية إلى واقع قانوني، لأن تقنين الديمقراطية يجعلها تستفيد من خصائص القاعدة القانونية من ناحية العمومية والتجريد والإلزام⁵، كما أن عناصر دولة القانون تعتبر ضمانات للديمقراطية.

1- الديمقراطية ومبدأ سمو الدستور

¹ صالح جواد الكاظم، علي غالب العاني، نفس المرجع، ص 134.

² مولود ديدان، مرجع سابق، ص. 172-173.

³ سعاد الشراوي، مرجع سابق، ص 152.

⁴ حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم لشر والتوزيع، عناية 2003، ص. 72-75.

⁵ عمار بوضياف، مدخل إلى العلوم القانونية - نظرية القانون-، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص. 23-28.

يعد الدستور القانون الأساس في الدولة نظرا لطبيعة موضوعاته فهو ينظم شكل الدولة، شكل النظام السياسي، سلطات الدولة والعلاقة فيما بينها، حقوق وواجبات الأفراد وهذا ما يستدل عليه بالسمو الموضوعي، أما سمو الشكلي المقترن بالدساتير المكتوبة فيظهر من خلال الإجراءات المعقدة المتبعة في وضع الدستور، والمتمثلة في الجمعية التأسيسية المنتخبة أو الاستفتاء الشعبي أو الجمع بين الأسلوبين¹.

والحديث عن سمو الدستور يؤدي بنا إلى الحديث عن مبدأ تدرج القوانين الذي يترجم عمليا ففكرة سمو الدستور بربط القاعدة القانونية الأدنى درجة بالقاعدة الأعلى درجة شكلا وموضوعا، وصولا إلى القاعدة الدستورية التي تكون في قمة الهرم القانوني، إن الإقرار الدستوري بالديمقراطية ينعكس إيجابا على هذه الأخيرة إذ يمكنها من الاستفادة من نتائج سمو الدستور المتمثلة في مبدأ المشروعية، أي احترام القانون، وبالتالي احترام الديمقراطية مادام أن القانون ينظمها، بالإضافة إلى ثبات القاعدة الدستورية، فاستقرار الديمقراطية، كما لا ننسى ضمانات سمو الدستور المتمثلة في الرقابة على دستورية القوانين².

(2) - الديمقراطية ومبدأ الفصل بين السلطات

بالنسبة لمبدأ الفصل بين السلطات فإن جذوره تنتهي عند فلاسفة الإغريق أمثال أفلاطون الذي يؤمن بضرورة توزيع وظائف الدولة، لمنع الاستبداد بالسلطة الذي يؤدي في النهاية إلى الانقلاب أو الثورة . وقد قسم وظائف الدولة في كتابه "القوانين" على مجلس السادة و مهمته إدارة الحكم وفق الدستور جمعية تضم الحكماء تشرف على تطبيق الدستور، مجلس شيوخ مهمته التشريع، هيئة لحل المنازعات بين الأفراد، هيئات البوليس والجيش للحفاظ على الأمن وهيئات تنفيذية وتعليمية مهمتها إدارة المرافق العامة.

أما بالنسبة لأرسطو؛ فيؤمن أن تجنب الاستبداد لا يكون إلا من خلال تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث: وظيفة المداولة في المسائل العامة تعهد لمجلس أو جمعية عامة، وظيفة الأمر والنهي التي تعهد للقضاة، ووظيفة القضاء التي تعهد للمحاكم.

أما بالنسبة لجون لوك؛ فيؤمن بأن الإنسان مستبد بطبعه وإن تركيز السلطة يسمح لهذه الطبيعة بالبروز ولتجنب ذلك لابد من توزيع السلطة، ويعد جون لوك أول من جدد الاهتمام بمبدأ الفصل بين السلطات، من خلال كتابه "الحكومة المدنية"، وكان له وجهة نظر خاصة، حيث قسم السلطات إلى أربع: سلطة تشريعية تهيمن على بقية السلطات تهتم بسن القوانين، سلطة تنفيذية تعهد للملك وتكون تابعة للسلطة التشريعية، سلطة اتحادية تهتم بالمسائل الخارجية، سلطة التاج وتمثل في مجموعة الحقوق والامتيازات الملكية، والملاحظ أنه لم يأتي على ذكر القضاء ويرجع ذلك لكون القضاة لا يتمتعون بالاستقلالية فقبل الثورة كانوا يعينون من طرف الملك وبعد الثورة أصبحوا يعينون من طرف البرلمان.

أما بالنسبة لجون جاك روسو؛ فإنه يؤمن بضرورة الفصل بين السلطات، بحكم أن السلطة التشريعية تمثل سيادة الشعب، في حين إن السلطة التنفيذية ليست سوى وسيط بين السلطة التشريعية والشعب الذي يملك مراقبتها وإقالتها، أما بالنسبة للسلطة القضائية فهي لا تختلف عن السلطة التنفيذية، إذ أنها ملزمة بالخضوع للقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، لذا يمكن للأفراد التظلم ضد أحكامها.

أما بالنسبة لمونتيسكيو؛ فيعود له الفضل في إعادة بلورة مبدأ الفصل بين لسلطات بشكل أكثر دقة ووضوحا في كتابه "روح القوانين"، حيث يرى أن تركيز السلطة يغذي غريزة الاستبداد التي تتسم بها الطبيعة البشرية، ولكي لا يتماهى الإنسان في استعمال سلطته، لابد من وجود سلطة مقابلة، ومنه تتحقق فكرة السلطة توقف السلطة، ويقسم مونتيسكيو السلطات إلى ثلاث: سلطة تشريعية بيد الشعب أو

¹ حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري - النظرية العامة -، الطبعة الأولى 2009، بدون دار نشر، ص 256.

² حسن مصطفى البحري، المرجع نفسه ص 256 .

مثليه، سلطة تنفيذية بيد حاكم قوي، سلطة قضائية تسند إلى هيئة مستقلة، كما أن مبدأ الفصل بين السلطات عند مونتسكيو لا يمنع من وجود تعاون وتنسيق فيما بينها في حدود ما تقتضيه المصلحة العامة¹.

ومنه نستنتج وجود قاسم مشترك بين الديمقراطية ومبدأ الفصل بين السلطات يتمثل في نبذ ومحاربة الاستبداد، فإذا كان الحكم الديمقراطي (حكم الشعب) نتيجة الثورة ضد الحكم المطلق المستبد، فإن مبدأ الفصل بين السلطات يعد الآلية العملية التي تحول دون عودة الحكم الاستبدادي، إذن مبدأ الفصل بين السلطات يعتبر أحد أهم ضمانات الديمقراطية².

(3) - الديمقراطية والرقابة

تعد الرقابة عنصرا من عناصر دولة القانون سواء كانت رقابة على دستورية القوانين، أو رقابة على أعمال الإدارة، أو حتى رقابة على المحكومين، إذ نجد أن الرقابة الدستورية تهدف إلى إعدام كل قاعدة قانونية تتعارض شكلا أو موضوعا مع القاعدة الدستورية بحكم أن هذه الأخيرة مصدر كل القوانين في الدولة، والرقابة على دستورية القوانين قد تكون رقابة سياسية بحيث تعهد إلى مجلس دستوري كما هو الحال في فرنسا والجزائر، أو تعهد إلى هيئة قضائية كما هو الحال في مصر والولايات المتحدة الأمريكية، أما الرقابة على أعمال الإدارة فالهدف منها أن "يقف القضاء ضد أي تعسف من جهة الإدارة سواء بإلغاء القرارات الإدارية أو بإلزامها بتعويض الأضرار التي تسببها، وفي هذا ضمان للحقوق والحريات الفردية التي يكفلها قانون الدولة، أما بالنسبة للرقابة القضائية على المحكومين، فإن مبدأ سيادة القانون لا يقتصر على الحكام فقط إذ يجب على المحكومين أيضا الالتزام به، حيث يقع على عاتق القضاء حماية القانون من انتهاكات المحكومين من خلال تطبيق الجزاء الذي ترتبه القاعدة القانونية جراء مخالفتها. ومنه نستنتج أن الرقابة بمختلف أشكالها تسعى لتكريس مبدأ المشروعية، وبالتالي سيادة القانون وإذا كانت الديمقراطية تجسد من خلال القوانين (القانون الدستوري، قانون الانتخابات، قانون الأحزاب ...، فهذا يعني أن الرقابة بكل صورها تشكل أحد أهم ضمانات الديمقراطية، إذ بوجودها نضمن التطبيق السليم للديمقراطية وفق الإطار القانوني الذي ينظمها³.

(4) - الديمقراطية والحقوق والحريات

أما بالنسبة للحقوق والحريات، فالشيء الذي لا يمكن إنكاره، هو أنها كانت بمثابة الوقود الذي أشعل الثورات التي عرفها الغرب، إذ تعد السبب المباشر وراء إسقاط الحكم المطلق، والدليل على ذلك أن أول ما أفرزته هذه الثورات هو إعلانات الحقوق (شرعة الحقوق البريطانية 1689، الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان 1776، الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن 1789، بالإضافة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948)، كما لا يمكن إنكار دور مدرسة الحقوق الفردية في تأسيس فكرة خضوع الدولة للقانون وأصبحت بذلك أحد أهم عناصرها. ومنه يمكن القول "إن قانون حقوق الإنسان لا تحميه وتدود عنه الجزاءات الوضعية في المصادر الدولية والوطنية والدينية فحسب بل تحميه وتدود عنه أيضا ردود أفعال تتمثل في الثورات والتمردات والانتفاضات التي يزرع بها تاريخ الأمم قديمها وحديثها"⁴.

أما بالنسبة للديمقراطية؛ نجد أن مختلف إعلانات حقوق وعلى رأسها الإعلان العالمي نصت على حرية التعبير، وهذا ما أقرته المادة 19 منه إذ جاء فيها: (لكل شخص الحق في حرية الرأي، والتعبير ...)، كما نصت المادة 20 على أنه: (لكل مواطن الحق في الاشتراك في الجمعيات ...) كما نصت المادة 3/21 على: (... أن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة ويعبر عن هذه الإرادة

¹ حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص. 258-263 .

² سعيد بوشعير، مرجع سابق، ص. 164 - 167 .

³ حسني بوديار، مرجع سابق، ص 77 .

⁴ الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2004، ص 39 .

بانتخابات نزيهة دورية تجري على أساس الاقتراع السري وعلى قدم المساواة بين الجميع أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت¹.

ومنه نستنتج أن العلاقة وثيقة بين الحقوق والحريات والديمقراطية، إذ أن حكم الشعب لا يتأتى إلا إذا كان هذا الأخير يتمتع بكامل حقوقه (حق السيادة حق اختيار ممثليه، حرية التعبير، حرية التعبير الحق في تقلد المناصب العامة، التداول على السلطة...)، كما تعد الحقوق والحريات أحد أهم عناصر دولة القانون، إذ تقاس هذه الأخيرة بدرجة احترامها وكفالتها لهذه الحقوق من خلال تقنينها لأن التقنين يعد الوسيلة الوحيدة التي تنقل الحقوق والحريات من مرتبة القيمة الأخلاقية والأدبية إلى مرتبة القيمة القانونية، ومنه فإن الإقرار الدستوري للحقوق والحريات يعد ضرورة من ضروريات الديمقراطية، حيث لا يتصور وجود ديمقراطية في غياب الحقوق والحريات العامة.

المحور الثاني

المعالجة الدستورية للديمقراطية في الجزائر

إن التجربة الدستورية في الجزائر عرفت الكثير من المنعطفات والأزمات التي جعلت تاريخها يقسم إلى مرحلة الدستور البرنامج قبل سنة 1989، الذي يعبر عن الديمقراطية الاشتراكية الثورية التي " ترفض فكرة دكتاتورية البرولتاريا وصراع الطبقات باسم الحفاظ على الوحدة الوطنية " ²، ومرحلة الدستور القانون بعد سنة 1989 الذي يجمع بين الديمقراطية البرالية والديمقراطية الاجتماعية. ولذلك عمدنا إلى تحليل كل مرحلة من خلال شرح الوضع القانوني للديمقراطية في الجزائر قبل سنة 1989 بداية في ظل دستور 1963، ونظام الحزب الواحد والطبيعة الأحادية للسلطة وغياب الرقابة، ثم في ظل دستور سنة 1976 بتحديد علاقة الدستور 1976 بالميثاق ثم موقف المؤسس الدستوري من الاشتراكية واللامركزية الديمقراطية ووظائف الدولة وأخيرا النظام الانتخابي. والملاحظ فيها التحول الديمقراطي في الجزائر بعد 1989 فأتينا هذا الجزء من الدراسة ببيان مظاهر الديمقراطية في ظل دستور 1989 ثم في دستور 1996، وأخيرا في التعديلات الواردة في دستور 1996 مع التركيز على هذه المظاهر في تعديل 2016 الصادر بموجب القانون 16-01 خاصة من خلال دور السلطة القضائية في إرساء مبادئ الديمقراطية ومبدأ الفصل بين السلطات.

أولا: الوضع القانوني للديمقراطية في الجزائر قبل 1989

إن الدولة الجزائرية " قد أدركت في مهدها شأنا بعض الدول النامية الأخرى لزومية التنظيم الحزبي الواحد كضرورة انتقالية إلى الاستقرار السياسي المنشود. فحدثت عهد شعبها بالمفاهيم الديمقراطية وعدم نضجه في هذا الإطار قد يفتح المجال أمام سلطات الاحتلال إلى محالة التدخل في مصير الشعب الجزائري تارة أخرى ولهذا كان من الضروري أن تتضافر الجهود وتتجمع كل القوى في نطاق حزب واحد يضم الطليعة من أبناء الشعب الجزائري ذوي الفكر والنضج السياسي والوعي الاقتصادي والاجتماعي " ³.

1- الديمقراطية في ظل دستور 1963

يعد دستور 1963 أول دستور جزائري، حيث تم وضعه من طرف المجلس الوطني التأسيسي حيث نصت المادة الأولى من نظامه الداخلي على: إن المجلس المنتخب لأول مرة يوم 20 سبتمبر 1962 من أجل القيام بالتشريع وتعيين الحكومة والتصويت على الدستور...⁴، ومن خلال استفتاء دستور 1963 يتضح لنا أن المؤسس الدستوري تبنى الديمقراطية النيابية، إذ جاء في نص المادة 1:

¹ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3) المؤرخ 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948

² ميشال مياي، دولة القانون مقدمة في نقد القانون الدستوري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990، ص 147.

³ بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص. 319 - 320.

⁴ بوكرا إدريس، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية الجزء الأول الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2009، ص 29.

"الجزائر جمهورية ديمقراطية شعبية"، كما جاء في نص المادة 27: "السيادة الوطنية للشعب يمارسها بواسطة ممثلين له في مجلس وطني..."، وقد أشار المؤسس الدستوري الجزائري صراحة إلى التركيز الديمقراطي وذلك في ديباجة الدستور إذ يمكننا أن نرصد ذلك من خلال النقاط الآتية:

(أ) - نظام الحزب الواحد

أن الديمقراطية النيابية التي استقر عليها المؤسس الدستوري كانت وفق التوجه الاشتراكي وسياسة الحزب الواحد، وهذا ما يظهر من خلال المادة 26: "جبهة التحرير الوطني تنجز أهداف الثورة الديمقراطية، وتشدّد الاشتراكية في الجزائر". كما جاء في المادة 23: "جبهة التحرير الوطني هي حزب الطليعة الواحد في الجزائر". إن المؤسس الدستوري الجزائري بتبنيه للديمقراطية الاشتراكية جعل من حزب جبهة التحرير الممارس الوحيد للسلطة والموجه الوحيد للحياة السياسية في الدولة، إذ جاء في المادة 24: "جبهة التحرير الوطني تحدد سياسة الأمة، وتوحي بعمل الدولة وتراقب عمل المجلس الوطني والحكومة."

(ب) - تنظيم السلطة

لقد خصّ دستور 1963 السلطة التنفيذية بمصطلح السلطة دون غيرها من خلال المادة 39 إلى غاية المادة 59، وأشار إلى السلطة التشريعية تحت اسم ممارسة السيادة - المجلس الوطني - التي تنظمها المادة 27 إلى غاية المادة 38، والسلطة القضائية تحت اسم العدالة من المادة 60 إلى غاية المادة 62، والملاحظ من خلال هذه المواد تركيز السلطة حيث أن تقلد المناصب السياسية لا يكون إلا موافقة و توجيه الحزب، وهذا ما نصت عليه المادة 27 فيما يتعلق بنواب المجلس الوطني والمادة 2/39 فيما يتعلق برئيس الدولة كما يمكن إقالة النواب باقتراح من الحزب وفقا للمادة 30. ورغم وجود مجلس وطني إلا أن هذا الأخير مقيد من طرف السلطة التنفيذية إذ يجوز لرئيس الدولة الاعتراض على اللوائح من خلال طلب قراءة ثانية وفقا للمادة 50، بالإضافة إلى تقييد الرقابة على السلطة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 55 والمتمثلة في لائحة سحب الثقة بموجب المادة 65 التي ترتب حل المجلس على اثر الموافقة على اللائحة، ولا يوقف الأمر عند هذا الحد بل يمتد إلى مزاحمة في التشريع عن طريق حق رئيس الجمهورية في المبادرة بالتشريع بموجب المادة 36 وحق طلب التفويض بالتشريع من خلال الأوامر وذلك بموجب المادة 58، بالإضافة إلى هيمنة رئيس الجمهورية على السياسة الخارجية بموجب المادة 42 حيث تقتصر مهمة المجلس الوطني على الدور الاستشاري، أما بالنسبة للعدالة كما أطلق عليها المؤسس الدستوري لم تكن بعيدة عن هيمنة السلطة التنفيذية وذلك يتضح من خلال سلطة التعيين والعزل التي يملكها رئيس الجمهورية بموجب المادة 45 والمادة 65، كما يظهر التحكم في أعمال القضاء نصت المادة 62 على "خضوع القضاة في ممارستهم وظائفهم للقانون ولمصالح الثورة الاشتراكية" ولا يقف الأمر عند هذا بل يملك رئيس الجمهورية حق العفو بإسقاط العقوبة كليا جزئيا أو تخفيفا¹.

(ج) - الرقابة

لقد نص دستور 1963 على الرقابة الدستورية عن طريق مجلس دستوري بموجب المادة 63، كما نص على الرقابة السياسية الموكلة للمجلس الوطني على السلطة التنفيذية بموجب المواد 38 و 55 و 56، إلا أن هذه الرقابة مفرغة من معناها لأن جبهة التحرير تمثل الرقيب الحقيقي على عمل المجلس الوطني والحكومة بموجب المادة 24. ولعل "أندريه هوريو"، كان صادقا عندما وصف النظام الجزائري، بأنه عبارة عن حلقة مقفلة حيث يمثل رئيس الجمهورية الأمين العام للحزب وهو مسؤول أمام المجلس الوطني المعين من طرف الحزب الذي يتزعمه رئيس الجمهورية وهكذا يدور النظام في حلقة مفرغة².

إن إشكالية الديمقراطية في الجزائر قبل 1989 لم تقف عند اختيار المؤسس الدستوري للاتجاه الاشتراكي القائم على تركيز السلطة فقط، بل كان للأزمات السياسية دور كبير في عرقلت المسار الديمقراطي، حيث لم يعمر دستور 1963 أكثر من 20 يوما، إذ تم

¹ دستور 8 سبتمبر 1963، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 64، بتاريخ 10 سبتمبر 1963.

² ميلود ذبيح، الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية، دار الهدى، الجزائر 2007، ص. 153 - 157.

تعليقه من طرف رئيس الجمهورية بموجب المادة 59، الأمر الذي مهد للإطاحة بنظام الحكم على يد حركة 19 جوان 1965، حيث وصف مجلس الثورة هذا الانقلاب بأنه حركة تصحيحية تعيد الحكم إلى مساره الصحيح بعد محاولة شخصته ثم أديرة المرحلة عن طريق أمر 10 جويلية 1965 إلى غاية صدور دستور 1976، وبموجب هذا الأمر أصبح مجلس الثورة صاحب السيادة¹، وسميت هذه الفترة مرحلة التشريع بأوامر إذ أنتجت العديد من القوانين نذكر منها القانون المدني، قانون الإجراءات المدنية، قانون الصفقات العمومية ... الخ.

(2) - الديمقراطية في ظل دستور 1976

إن دستور 1976 يؤكد أن الحركة التصحيحية لم تكن انقلابا على نظام الحكم وإنما على شخص الحاكم، والدليل على ذلك أن المؤسس الدستوري لم يغير اختياره للديمقراطية الاشتراكية ولا موقفه من سياسة الحزب الواحد، بل جاء أكثر عمقا وتمسكا بها وهذا ما سيتم توضيحه من خلال النقاط التالية:

(أ) - علاقة دستور 1976 بالميثاق الوطني

إن فكرة سمو الدستور غابت في ظل سمو الميثاق الصادر عن مجلس الثورة بعد الاستفتاء عليه في 27 يونيو 1976، إذ نصت المادة 06 على أن: "الميثاق الوطني هو المصدر الأساسي لسياسة الأمة وقوانين الدولة. وهو المصدر الأيديولوجي والسياسي المعتمد لمؤسسات الحزب والدولة على جميع المستويات. الميثاق الوطني مرجع أساسي أيضا لأي تأويل لأحكام الدستور".

(ب) - موقف المؤسس الدستوري من الاشتراكية

على عكس دستور 1963 نلاحظ أن دستور 1976 خصص الفصل الثاني للحديث عن الاشتراكية التي نظمها من خلال المادة 10 إلى غاية المادة 20، ومن خلال استقراء هذه المواد نلاحظ أن المؤسس الدستوري اختار الديمقراطية الاشتراكية الثورية، وهي ديمقراطية اشتراكية معتدلة تنبذ دكتاتورية البرولتاريا التي لا تؤمن بالملكية الخاصة والحقوق الفردية، حيث جاء في المادة 16 "الملكية ذات الاستعمال الشخصي أو العائلي مضمونة..."، كما جاء في المادة 17: "لا يتم نزع الملكية الخاصة إلا في إطار القانون. ويترتب عنه تعويض عادل ومنصف. لا تجوز معارضة إجراء نزع الملكية للصالح العام بحجة أي اتفاقية دولية". بمعنى أن الملكية الخاصة مكفولة مادامت لا تتعارض مع الصالح العام، كما ركز على ضمان الحقوق الجماعية في مختلف المجالات الاجتماعية والاقتصادية وفق ما جاء في المادة 11، كما أكد على أن الدولة هي الممثل الوحيد للملكية الجماعية وفق ما جاء في المادة 13/ 7. أما فيما يتعلق بالجانب السياسي نلاحظ هيمنة الحزب إذ خصه المؤسس الدستوري بالوظيفة السياسية من الباب الثاني المعنون بالسلطة وتنظيمها في الفصل الأول منه، حيث نصت المادة 94: "يقوم النظام التأسيسي الجزائري على مبدأ الحزب الواحد" كما جاء في المادة 95: "جبهة التحرير الوطني هي الحزب الواحد في البلاد." كما أكد المؤسس الدستوري إن المهمة الأساسية للحزب تكمن في تحقيق أهداف الثورة الاشتراكية المتمثلة في تحقي المساواة والعدالة الاجتماعية وذلك وفق ما جاء في المادة 97 إلى غاية المادة 100.

(ج) - اللامركزية الديمقراطية

لقد تبنى المؤسس الدستوري توسيع مجال الديمقراطية لتطال المؤسسات المحلية وهذا ما أشار إليه صراحة من خلال المادة 36: "المجموعات الإقليمية هي الولاية والبلدية. البلدية هي المجموعة الإقليمية السياسية..."، كما جاء في المادة 34: "يستند تنظيم الدولة إلى مبدأ اللامركزية القائم على ديمقراطية المؤسسات والمشاركة الفعلية للجماهير الشعبية في تسيير الشؤون العمومية." كما أشار إلى أن هذه المشاركة تتم من خلال المجالس المحلية إذ جاء في المادة 31: "يتم إعداد المخطط الوطني بكيفية ديمقراطية. يساهم الشعب في ذلك بواسطة مجالسه المنتخبة على المستوى البلدي والولائي..." كما سمح المؤسس الدستوري للمجالس المحلية بالمشاركة في التشريع من خلال الالتماس إذ نصت المادة 150 على أنه: "يجوز للمجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية، أن ترفع التماسا إلى الحكومة التي يعود

¹ مولود ديدان، مرجع سابق، ص. 344-348.

إليها النظر لصياغته في مشروع قانون. " ولكنه أكد على أن اللامركزية في الجزائر ذات طابع إداري لا سياسي وأن الهدف منها تحقيق التنمية المحلية حيث جاء في المادة 35: " تعتمد سياسة اللامركزية على توزيع حكيم للصلاحيات والمهام حسب تقسيم منطقي للمسؤولية داخل إطار وحدة الدولة ...".

(د) - وظائف الدولة

لقد شهد تنظيم السلطات في دستور 1976 غياب مصطلح السلطة وظهور مصطلح الوظيفة، ومن خلال استقراء نصوص الدستور نستنتج هيمنة رئيس الدولة باعتباره الأمين العام للحزب على كل الوظائف، حيث تم تحييد المجلس الشعبي الوطني أولاً بتقييده مبادئ الميثاق والثورة الاشتراكية في عمله التشريعي بموجب المادة 127، بالإضافة إلى التدخل الحزبي في تشكيله بناء على وحدة القيادة للحزب والدولة من خلال اقتراح المترشحين والتدخل في جدول الأعمال الذي يحدد بالاتفاق مع الحكومة حسب أولويات التي تبديها وذلك بموجب المادة 99 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني بالإضافة إلى حق الاعتراض، كما أن أدوات الرقابة المتعلقة بالسياسة الخارجية (المادة 157) أو الحكومة (المواد 161، 162، 167، 188، 189) تتسم بالضعف لأنها لا ترتب أي مسؤولية، بالإضافة لمزاحمة المجلس في التشريع طريق المبادرة والأوامر (المواد 148، 153)، أما الأداة الأخطر على المجلس الشعبي الوطني هي إمكانية حله بمقتضى المادة 163. أما بالنسبة للقضاء فتظهر الهيمنة من خلال تعيين وعزل القضاة من طرف رئيس الجمهورية بصفته رئيس مجلس الأعلى للقضاء وفق ما جاء في المادة 2/182، التي تفد أن المجلس الأعلى يقر ولا يقرر بموجب المادة 180، بالإضافة إلى توجيه القضاء وجعله أداة لحماية الثورة الاشتراكية بموجب المادة 166، ولا ننسى سلب الاختصاص منه عن طريق سلطة العفو الممنوحة لرئيس الجمهورية بموجب المادة 11/182.

(هـ) - النظام الانتخابي

لقد تبنى المشرع نظام الأغلبية ويعتبر هذا الاختيار نتيجة حتمية ومنطقية لطبيعة النظام الحزبي المأخوذ به القائم على الأحادية، إذ جاء في المادة 67 من قانون الانتخابات رقم: 80-08: " يقام في كل دائرة انتخابية، بالترتيب التنازلي، جدول بنتائج الاقتراع حسب عدد الأصوات التي تحصل عليها كل مرشح. يصح بانتخاب المرشحين الذين حصلوا على أكبر عدد من الأصوات في حدود المقاعد المطلوب شغلها. وعند تساوي الأصوات يؤول الانتخاب للمرشح الأكبر سناً. " كما استقر اختيار المشرع على نظام القائمة المغلقة الذي يعد أقل ديمقراطية من الأنظمة الأخرى وذلك بموجب المادة 66 من نفس القانون، إذ جاء فيها: " ينتخب أعضاء كل مجلس شعبي من قائمة وحيدة للمرشحين يقدمها حزب جبهة التحرير الوطني. تشتمل هذه القائمة على عدد من المرشحين يساوي ضعف المقاعد المطلوب شغلها بالنسبة للمجالس الشعبية البلدية والولائية وعدد من المرشحين يساوي ثلاثة أضعاف المقاعد المطلوب شغلها بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني. لا يمكن للناخبين أن يصوتوا إلا على المرشحين المذكورين في القائمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة "2.

ثانياً: التحول الديمقراطي في الجزائر بعد سنة 1989

لقد لعبت الظروف السياسية دوراً كبيراً في التغيير الجذري الذي عرفه النظام الجزائري ابتداء من وفاة الرئيس هواري بومدين في 27 ديسمبر 1979، ثم ترشيح الشاذلي بن جديد كرئيس للدولة وأميناً عاماً للحزب على إثر المؤتمر الرابع لحزب جبهة التحرير، ثم يتكرر انتخابه في 12 جوان 1984 و 22 ديسمبر 1988³، لقد قام الشاذلي بن جديد خلال فترة حكمه بإصلاحات غيرت وجه الديمقراطية في الجزائر من النقيض إلى النقيض، ثم جاء دستور 1996 المعدل والمراجع ليرسخ هذه الإصلاحات.

¹ دستور 22 نوفمبر 1976، الصادر بالأمر رقم 97/76، الجريدة الرسمية عدد 94، لسنة 1976

² بوكرا إدريس، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 223-224

³ ميلود ذبيح، مرجع سابق، ص. 153-157.

1- الديمقراطية في ظل دستور 1989

إن فشل الاشتراكية بسبب تركيز السلطة والبيروقراطية إلى جاب السياسة الاقتصادية الاشتراكية التي أثقلت كاهل الدولة، أدت إلى الاضطرابات التي عرفت الجزائر في أكتوبر 1988 كانت صفة قوية جعلت الجزائر تكسر حاجز الأحادية السياسية وتتحلى عن الإيديولوجية الاشتراكية، وهذا ما ستم مناقشته من خلال النقاط الآتية:

أ- موقف المؤسس الدستوري من الديمقراطية الليبرالية

لقد تحلى المؤسس الدستوري نهائيا عن نظام الحزب الواحد حيث جرّد حزب جبهة التحرير من مكانته القيادية، بإعادتها إلى صاحبها الأصل ألا وهو الشعب إذ جاء في المادة 06 من الفصل الثاني من الباب الأول: "الشعب مصدر كل سلطة". السيادة الوطنية ملك الشعب". وجاء في المادة 07: "السلطة التأسيسية ملك الشعب. يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها... وجاء في المادة 10: "الشعب حر في اختيار ممثليه. لحدود لتمثيل الشعب إلا ما نص عليه الدستور وقانون الانتخابات". كما نص الدستور صراحة على نهاية حزب جبهة التحرير كحزب حاكم من خلال إقرار التعددية الحزبية بموجب المادة 40: "حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي معترف به..."، وبهذا يعلن المؤسس الدستوري تبنيه للديمقراطية الليبرالية، إلا أن هذا لم يمنع المؤسس الدستوري من التمسك بالديمقراطية الاجتماعية التي تنسب في أصلها إلى الأيديولوجية الاشتراكية وذلك يظهر من خلال المادة 14: "تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية." ثم تأتي مواد كثيرة كتفسير لهذا النص نذكر منها المادة 50: "الحق في التعليم مضمون. التعليم مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون..." والمادة 51: "الرعاية الصحية حق للمواطنين." والمادة 56: "ظروف معيشة المواطنين الذين لم يبلغوا سن العمل، والذين لا يستطيعون القيام به، والذين عجزوا عنه نهائيا، مضمونة".

ب- ضمانات الديمقراطية في ظل دستور 1989

إذا اتفقنا على أن عناصر دولة القانون تشكل ضمانات حقيقية للديمقراطية، فإن دستور 1989 يصنّف على أنه أول دستور قانون جزائري، حيث أنه أقرّ مبدأ سمو الدستور من خلال المادة 152: "المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور..."، كما أنشئ مجلس دستوري مكلف بمهمة الرقابة على دستورية القوانين بموجب المادة 153 إلى غاية المادة 159، كما أقر مبدأ الفصل بين السلطات من خلال الاعتراف بوجود ثلاث سلطات؛ تشريعية، تنفيذية، وقضائية، مستقلة عن بعضها، لكن مع وجود تعاون وتوازن فيما بينها، وهذا ما يجعل الفصل بين السلطات في ظل دستور 1989 فصلا مرنا، بالنسبة للسلطة التشريعية يظهر الاستقلال من حيث تشكيلها عن طريق الاقتراع العام المباشر السري بموجب (م 95)، بالإضافة إلى الحصانة (م 103)، كما حدد المؤسس الدستوري مجالات التشريع التي لا يجوز للسلطة التنفيذية التدخل فيه (م 115)، أما التعاون بين السلطة التشريعية والتنفيذية فيظهر في المبادرة بالتشريع ومهمة تطبيق القوانين وإصدارها بموجب (م 113، م 2/116، م 117، م 118). أما التوازن من حيث القوة فيظهر من خلال قدرة المجلس الشعبي الوطني على مراقبة السلطة التنفيذية، من حيث مناقشة السياسة الخارجية أو الاستجواب والأسئلة أو مناقشة برنامج الحكومة وبيان السياسة العامة والتي يترتب عليها حل الحكومة (م 121 و 122، م 124 و 125، م 76 و م 77، م 126 و 127 و 128)، كما يجوز لرئيس الجمهورية بالمقابل طلب مداواة ثانية بشأن قانون تم التصويت عليه كما يمكن له أن يوجه خطابا للبرلمان كما يمكنه حل البرلمان (م 78، م 118، م 119، م 120). أما بالنسبة للسلطة القضائية نجد المؤسس الدستوري قد اعترف لها بالاستقلالية وبأن القاضي لا يخضع إلا للقانون وأنه مسؤول أمام المجلس الأعلى للقضاء بموجب (م 129 و م 138 و م 140).

أما مظاهر التعاون فتظهر في مسؤولية تطبيق الأحكام القضائية من طرف السلطة التنفيذية بموجب المادة 136، أما مظاهر التوازن فتظهر من خلال رقابة القضائية على القرارات الإدارية بموجب المادة 134¹، أما بالنسبة للنظام الانتخابي فقد أقر المؤسس إصلاحات تتمثل في تبني نظام مختلط يجمع بين نظام الأغلبية، ففي الانتخابات الرئاسية بموجب المادة 68 من الدستور والانتخابات التشريعية بموجب المادة 84 من قانون الانتخابات رقم 89-13 المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-06 والقانون رقم 91-06. أما بالنسبة للمجالس المحلية فقد تبنى المؤسس الدستوري نظام التمثيل النسبي بموجب المادة 61 من نفس القانون، إلا أن المشرع لم يتخلى عن نظام القائمة المغلقة². رغم أن دستور 1989 قد أرسى مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أننا نلاحظ تفوق السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية التي تعد الممثل الأبرز للشعب في مفهوم الديمقراطية النيابية، وذلك من خلال اعتماد ثنائية السلطة التنفيذية، وبالتالي توسيع صلاحياتها بما يضيق المجال أمام السلطة التشريعية في تأدية اختصاصها الأصلي المتمثل في التشريع، حيث نجد أن رئيس الحكومة يشارك في التشريع عن طريق مشاريع قوانين، أما بالنسبة لرئيس الجمهورية فبرغم فإنه يشارك بطريقة غير مباشرة في التشريع عن طريق السلطة التنظيمية المخولة له دستوريا بموجب المادة 116، مع عدم تحديد مجال هذه السلطة مقابل تحديد مجال التشريع بالنسبة للسلطة التشريعية بموجب المادة 115، مما جعل النظام السياسي الجزائري يصنف على أنه شبه رئاسي بسبب هيمنة السلطة التنفيذية على بقية السلطات.

(2) - الديمقراطية في ظل دستور 1996

رغم أن دستور 1989 أتى بتغييرات جذرية، إلا أن التغيير من النقيض إلى النقيض لم يكن بهذه السهولة، حيث جاءت الأزمة السياسية لتعطل مسار الديمقراطية من جديد، وذلك بسبب استقالة الرئيس الشاذلي بن جديد، التي تزامنت مع حل البرلمان، في حين أننا كنا نعاني من شغور دستوري كون المادة 84 من دستور 1989 لم تنظم هذه الحالة، وأديرت المرحلة بعيدا عن الدستور. فحسب رأي الأستاذ: "فوزي أو صديق" يعد حل البرلمان غير دستوري؛ لأنه مخالف للمادة 120، التي تشترط استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة مع الدعوة لانتخابات تشريعية مسبقة وهذا ما لم يحدث، كما يرى أنه كان يفترض على المجلس الدستوري أن يرفض استقالة رئيس الجمهورية المقترنة بالشغور بموجب المادة 153 التي تمنحه سلطة السهر على احترام الدستور، كما يرى أنه لا يجوز للمجلس الأعلى للأمن أن يسير شؤون الدولة بحكم أن المادة 162 اقتضت دوره على تقديم الآراء الاستشارية لرئيس الجمهورية، غير أن المجلس الدستوري أخذ موقفا مغايرا، إذ اكتفى بإعلان حالة الشغور الدستوري وطلب من المؤسسات الدستورية أن تحافظ على استمرارية الدولة، مما جعل المجلس الأعلى للأمن يأخذ على عاتقه مهمة إدارة هذه المرحلة من خلال إنشاء المجلس الأعلى للدولة، الذي يتكلف بمهام رئيس الجمهورية والمجلس الاستشاري الوطني بتاريخ 14 جانفي 1992.

ثم تسارعت الأحداث حيث أعلن المجلس الأعلى للدولة حالة الطوارئ في 09 فيفري 1992، وتم حل الجبهة الإسلامية للإنقاذ بقرار من الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 04 مارس 1992، ثم قررت الحكومة حل المجالس الشعبية المحلية التابعة للجبهة الإسلامية للإنقاذ بتاريخ 29 مارس 1992، وفي 29 جوان 1992 تم اغتيال الرئيس محمد بوضياف، الذي خلفه علي كافي بتاريخ 02 يوليو 1992. وبتاريخ 19 سبتمبر 1993 أعلن المجلس الأعلى للأمن عن انتهاء مهمة المجلس الأعلى للدولة في 31 جانفي 1994 على أقصى تقدير، وبالمقابل تم الإعلان عن المرحلة الانتقالية على ضوء الوفاق الوطني بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-40 الصادر بتاريخ 29 جانفي 1994، حيث تم تحديد مدة هذه المرحلة بثلاث سنوات كحد أقصى وذلك بموجب المادة الثانية منه.

¹ دستور 23 فبراير 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 89/18 المؤرخ في 28 فبراير 1989، الجريد الرسمية عدد 09 بتاريخ 01 مارس 1989.

² بوكرا إدريس، مرجع سابق، ص. 61 - 76.

أما بالنسبة لمؤسسات المرحلة الانتقالية فإنها تتمثل في رئاسة الدولة، الحكومة، المجلس الوطني الانتقالي، وذلك بموجب المادة 04 من هذا المرسوم، كما منحت المادة 06 للمجلس الأعلى للأمن، حق تعيين رئيس الدولة خلال المرحلة الانتقالية، أما المادة 25 فقد منحت الاختصاص التشريعي عن طريق الأوامر للمجلس الوطني الانتقالي بمبادرة من الحكومة أو من ثلث أعضائه، وبالفعل تم تعيين ليامين زروال رئيسا للدولة بتاريخ 30 جانفي 1994، أما بالنسبة للمواعيد الانتخابية فقد تم تحديد تاريخ الاستفتاء حول مراجعة الدستور قبل نهاية سنة 1996¹.

أ)- مظاهر الديمقراطية في ظل دستور 1996

لقد جاء دستور 1996 المعدل والمراجع ليكرس دولة القانون التي وضعت أساساتها بموجب دستور 1989، إضافة إلى تبني التعددية الحزبية ومبدأ الفصل بين السلطات ومختلف أشكال الرقابة، يعد دستور 1996 أول دستور جزائري يأخذ بنظام الغرفتين نظرا لمزاياه المتمثلة في عدم التسرع في سن القوانين، وتدخل إحداها لتلطيف الأجواء في حالة الخلاف مع السلطة التنفيذية، والأهم من ذلك تبني الديمقراطية الفنية من خلال الثلث المعين على مستوى مجلس الأمة والذي من المفترض أن يتكفل بتزويد البرلمان بالكفاءات الفنية التي قد لا يأتي بها الانتخاب.

كما أخذ دستور 1996 بمبدأ ازدواجية القضاء (قضاء عادي، قضاء إداري) الذي يعد قفزة نوعية من شأنها إبعاد العدالة عن ضغوطات السلطة السياسية، مع ضمان الحيادية والموضوعية إذ يسمح للسلطة القضائية بمراقبة الإدارة من ناحية مشروعية أعمالها عن طريق قضاء الشرعية (دعوى الإلغاء، دعوى التفسير، دعوى فحص المشروعية)، ومن ناحية احترامها للحقوق والحريات عن طريق دعاوى القضاء الكامل بالرغم من أن دستور 1996 تبني الازدواجية بالنسبة للبرلمان والسلطة القضائية، إلا أن المؤسس الدستوري لم يتخلى عن منح السلطة التنفيذية المكانة المرموقة التي احتلتها في ظل الدساتير السابقة، إذ نجد أن الدستور أبقى للرئيس رئاسة المجلس الأعلى للقضاء، مما يؤكد نفوذه وتأثيره البالغ على السلطة القضائية، بالإضافة إلى تراجع دور البرلمان أمام تزايد مهام السلطة التنفيذية لتي فرضت تدخلها في مجالات لم تكن من اختصاصاتها²، حيث يظهر هذا التراجع من خلال حصر مجال التشريع في مقابل التنظيم، ضعف بعض آليات الرقابة السياسية على الحكومة من ناحية الجزء (الاستجواب الأسئلة الشفهية والكتابية، لجان التحقيق)، وخطورة البعض الآخر على استقرار البرلمان كمراقبة مخطط الحكومة وبيان السياسة العامة التي يترتب عليها حل البرلمان، ومنه نلاحظ أن تكييف النظام السياسي الجزائري في ظل دستور 1996 لم يتغير عما كان عليه في ظل الدساتير السابقة، فمن خلال استقراء العلاقة بين السلطات الثلاث نجده يصنف كنظام شبه رئاسي.

ب)- تعديلات دستور 1996 وأثرها على الديمقراطية في الجزائر

ب-1)- رؤية عامة في مظاهر الديمقراطية في تعديلات دستور 1996

لقد شهد دستور 1996 ثلاث تعديلات في 2002 و 2008 و 2016، ولقد كان لهذه التعديلات انعكاسات على وضع الديمقراطية في الجزائر والذي يمكن رصده من خلال استعراض آراء المجلس الدستوري بصفته حامي الدستور، فبنسبة للتعديل الدستوري رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، أصدر المجلس الدستوري رأيه رقم: 01/02 حول إضافة المادة 03 مكرر التي أقرت اللغة الأمازيغية كلغة وطنية رسمية على أن التعديل لا يمس بالمركز الدستوري للغة العربية كلغة وطنية ورسمية، كما أن الأمازيغية تعد أحد المكونات

¹ مولود ديدان، مرجع سابق، ص. 351- 373 .

² ميلود ذبيح، مرجع سابق، ص. 68 - 79 .

الأساسية للهوية الجزائرية، وأضاف أن هذا التعديل لا يمس بالمبادئ العامة وبحقوق الإنسان وبالتوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية¹.

وإذا كانت الديمقراطية تنادي بالمساواة واحترام حقوق الأقليات، فإن هذا التعديل من شأنه أن يحقق هذا المطلب، مع العلم أن وجود أكثر من لغة في الجزائر لا يعني وجود أكثر من هوية بل هو دليل على ثراء لغوي وثقافي لا غير، وهذا ما أكدته المؤسس الدستوري في ديباجة الدستور عندما اعتبر الإسلام والعروبة والأمازيغية المكونات الأساسية للهوية الجزائرية. أما بالنسبة للتعديل الدستوري رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 سنركز على المادة 31 مكرر التي أقرت نظام الكوطة فيما يخص ترقية الحقوق السياسية للمرأة، مما أثار جدلا فقها حول تعارضها مع المادة 29 من الدستور التي تفيد المساواة وعدم التمييز بناء على المولد، أو العرق أو الجنس، أو أي ظرف شخصي أو اجتماعي ومنه فإن المادة 31 مكرر تكرر التمييز على أساس الجنس، غير أن هذا الرأي يتناسى دور دولة القانون في كفالة الحقوق والحريات وتكريس الديمقراطية، فإذا كانت الطبيعة الثقافية والعرفية للمجتمع الجزائري تحول دون مباشرة المرأة لحقوقها السياسية، هنا يتوجب على الجزائر باعتبارها دولة قانون أن تتدخل لتمكين المرأة حقوقها، حيث صرح المجلس الدستوري في الرأي رقم 01/08 أن المادة 31 مكرر تستمد دستوريتها من المطلب الديمقراطي المذكور في الفقرة 08 من ديباجة الدستور التي تقضي بأن تبنى المؤسسات الدستورية على مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العامة. أما بالنسبة لتعديل الفقرة 02 من المادة 74 المتعلقة بفتح تحديد العهدة الرئاسية فقد أثارت بدورها جدلا فقها بحكم أنها تعرقل مبدأ التداول على السلطة والذي يعد من أهم مظاهر الديمقراطية، لكن المجلس الدستوري أقر دستورية التعديل مستندا على المادة 06 من الدستور التي تعتبر الشعب مصدر كل سلطة والمادة 07 التي تنص على أن الشعب صاحب السيادة يمارسها عن طريق الاستفتاء وعن طريق ممثليه المنتخبين، واعتبر أن التعديل كرس المادة 10 من الدستور التي تقر حرية الشعب في اختيار ممثليه، ومنه فإن الشعب يملك دون سواه حرية تحديد الثقة في رئيس الجمهورية أو سحبها منه².

أما بالنسبة للتعديل الدستوري رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس، 2016 فلا يمكن إنكار دوره في تعميق الديمقراطية في الجزائر، فقد نص التعديل على تفعيل الدور التشريعي لمجلس الأمة بموجب المادة 136 مما يزيد من فرص البرلمان في ممارسة اختصاصه الأصلي، ومنافسة السلطة التنفيذية بحكم تشكيلة مجلسه التي تجمع ما بين الخبرة (الثلث المعين) والقرب من المواطن (الثلث المنتخبين من بين أعضاء المجالس المحلية)، كما أعطى وزنا للمعارضة البرلمانية من حيث المشاركة الفعلية في أشغال البرلمان بموجب المادة 114، أما بالنسبة للأحزاب فالملاحظ أن المؤسس الدستوري منع التجوال السياسي بالنسبة للمنتخبين المنتمين لأحزاب سياسية بموجب المادة 117، كما حاول المؤسس الدستوري تأمين الاستقلالية المالية والتواصل الإعلامي من أجل بناء قاعدة شعبية للأحزاب السياسية بموجب المادة 53، وهذا من شأنه أن يساعد على بناء حياة حزبية حقيقية على المدى الطويل مما سينعكس إيجابا على الديمقراطية باعتبار الأحزاب المحرك الرئيسي لمبدأ التداول على السلطة وحرية الرأي والتعبير، كما قام المؤسس الدستوري بتوسيع مجال الإخطار ليطال أعضاء البرلمان مما يمكنهم من أداء دورهم التمثيلي بموجب المادة 187.

ولم يقف المؤسس الدستوري عند هذا الحد بل وسع مجال الإخطار ليطال المواطن فيما يتعلق بالحقوق والحريات عن طريق الدفع بعدم الدستورية وذلك بإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلى مجلس الدستوري (م 188) واستكمالا لهذه الخطوة شجع المؤسس الدستوري المحامي للممارسة هذا الدور بصفته الوسيط بين المواطن والقضاء بموجب المادة 170، كما كرس استقلالية القضاء من خلال

¹ رأي المجلس الدستوري رقم 01/02 / ر.ت.د/ المؤرخ في 20 محرم عام 1423 الموافق ل 3 أبريل 2002 المتضمن مشروع التعديل الدستوري ل 2002.

² رأي المجلس الدستوري رقم 01/08 / ر.ت.د/ المؤرخ في 09 ذي القعدة عام 1429 الموافق ل 7 نوفمبر 2008 ، المتضمن مشروع التعديل الدستوري ل 2008.

حماية القاضي من مختلف أشكال الضغوطات بموجب المادة 166¹، والأهم تلك الخطوة التي أقدم عليها المؤسس الدستوري والمتمثلة في تجديد العهدة الرئاسية مرة واحدة فقط حيث أدخلها في إطار الحظر الموضوعي بموجب المادة 212، مما ينعكس إيجاباً على الديمقراطية في الجزائر لما في ذلك التعديل من دور في تكريس مبدأ التداول على السلطة، إلا أن ما يؤخذ على المشروع تمسكه بنظام القائمة المغلقة في حين أن نظام القوائم مع المزج يعد الأكثر ديمقراطية.

(ب-2)- مظاهر الديمقراطية في تعديل 2016 الصادر بموجب القانون 01-16

(ب-2-1)- دور السلطة القضائية في إرساء مبادئ الديمقراطية

بعد تعديل الدستور الجزائري بموجب القانون رقم 01-16 تم ترقية دور السلطة القضائية في تكريس قواعد الديمقراطية من خلال توسيع مجال الإخطار في المادة 188 من الدستور منح الأفراد حق الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء على أن تقوم أعلى الجهتين القضائيتين في القضاء العادي والإداري بإخطار المجلس الدستوري نيابة عن الأفراد. وقبل تفصيل هذه الجزئية نحاول الوقوف أولاً عند الإخطار و إجراءاته و الجهات المختصة به.

(ب-2-1-1)- تعريف الإخطار، إجراءاته والجهات المخل لها إبداءه

يوجه الإخطار إلى الأمانة العامة لرئيس المجلس الدستوري في شكل رسالة تسجل في سجل خاص ويسلم إشعار باستلامه ويعتبر التاريخ المبين في الإشعار بالاستلام بداية سريان الأجل المحدد في المادة 189 من القانون 01/16 المتضمن التعديل الدستوري بثلاثين يوماً مع الإشارة إلى أن التعديل الدستوري رفع المدة من 20 يوم إلى 30 يوم خلافاً لما كانت تنص عليه المادة 167 من دستور 28 نوفمبر 1996 ويتعين على رئيس المجلس الدستوري بمجرد تسجيل رسالة الإخطار تعيين مقرر من بين أعضائه ليقوم بالتحقيق و تحضير مشروع الرأي أو القرار وله الاستعانة بأي خبير يختاره ويسلم المقرر بعد انتهاء أشغاله إلى رئيس وأعضاء المجلس الدستوري. ويجتمع المجلس الدستوري بناء على استدعاء من رئيسه ولا يمكنه الفصل في أي قضية إلا بحضور النصاب القانوني 7 أعضاء ويتداول المجلس في جلسة مغلقة ويبدى آرائه ويتخذ قراراته بأغلبية أعضائه الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً². ويخطر المجلس الدستوري طبقاً للمادة 187 من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول، كما يمكن إخطاره من خمسين نائباً أو ثلاثين عضواً في مجلس الأمة. وأشارت الفقرة الأخيرة من هذه المادة إلى أنه لا تمتد ممارسة الإخطار المبين في القترتين السابقتين إلى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة 188 من الدستور، وهو ما سنأتي إلى تفصيله فيما يلي.

(ب-2-1-2)- آلية الدفع بعدم الدستورية؛ مساهمة الجهات القضائية في تكريس مبادئ الديمقراطية

نصت المادة 188 من الدستور على ما يلي: يمكن مكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي. وهذا ما كرسه المؤسس الدستوري الفرنسي في تعديل 2008 بموجب إضافة المادة 61 من الدستور التي تنص: بمناسبة النظر في دعوى مقامة أمام القضاء ودفع أحد أطراف الدعوى أن حكماً تشريعياً ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه

¹ دستور 08 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03، ج. ر. رقم: 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، والقانون رقم: 08-19، ج. ر. رقم: 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، والقانون رقم: 01-16، ج. ر. رقم: 14، المؤرخة في: 7 مارس 2016.

² المادتان 17، 18 من النظام المحدد لقواعد عمل للمجلس الدستوري المؤرخ في 6 أبريل 2016، ج. ر. عدد: 29 المؤرخة في 11 مايو 2016

المسألة بناء على إحالتها إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض الذين يتخذان قرارها خلال فترة محددة ويحدد قانون تنظيمي شروط تطبيق هذه المادة وتبعاً لذلك صدر القانون التنظيمي الذي أشارت إليه المادة في 2009/12/10 الذي سمي هذه الرقابة مسألة الأولوية الدستورية أو اختصاراً¹.

ويشترط لإعمال الدفع بعدم الدستورية أبدأؤه من أحد أطراف الدعوى وفي انتظار صدور القانون العضوي فإنه يمكن التكهن أن المقصود بالأطراف أصحاب الدعوى الأصلية، ويمكن أن يضاف إليهم الأطراف المتدخلة تدخلاً خصامياً أو انضمامياً وطالما أن المادة تضمنت عبارة "أحد الأطراف في المحاكمة"، فمؤدى ذلك أطراف الدعوى وأطراف الخصومة وفي هذه الحالة الأخيرة هل يجوز للقاضي سواء قاضي الحكم أو النيابة إذا رأت مبرراً لذلك إثارة الدفع تلقائياً خاصة إذا تعلق بالنظام العام؟. الإجابة تحتاج إلى تريث إلى حين صدور القانون العضوي وإن كنا نرى مد الإخطار التلقائي للمحكمة التي غالباً ما تكون الأقدر على تحديد أوجه اللادستورية في القانون المطبق على المنازعة المعروضة أمامهم. وتشترط المادة أن يتعلق الدفع بعدم الدستورية عندما يكون الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات، ومنطقياً أن لا يكون قد تم إخطار المجلس الدستوري في شأنه من جهات الإخطار الأخرى؛ لأنه حينها يعتبر آراء المجلس الدستوري وقراراته ملزمة لجميع الهيئات بما فيها الجهات القضائية وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 191 من الدستور. مع التنويه إلى أن الدفع بعدم الدستورية يتم بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة وعندما يخطر المجلس الدستوري فعليه أن يصدر قراره خلال الأشهر الأربعة التي تلي تاريخ إخطار، ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها 4 أشهر بناء على قرار مسبب من المجلس ويبلغ إلى الجهة القضائية التي أحالت الإخطار².

ب- (2) - مبدأ الفصل بين السلطات في التعديل الدستوري؛ محاولة لإبراز البعد الديمقراطي

وودنا أن نشير في البداية وقبل بيان مظاهر مبدأ الفصل بين السلطات في دستور 1996³ وخاصة التعديل الأخير لسنة 2016⁴ إلى أن النظام السياسي الجزائري في دستوري 1963 و 1976 قام على فكرة التقسيم الوظيفي للسلطة في ظل وحدة القيادة وهي فكرة يبررها التوجه الإيديولوجي السائد، وظروف وخصوصية النظام الحاكم ومشروعية المرحلة القائمة على المشروعية الثورية، ناهيك عن الاندماج بين الحزب والدولة فيما اصطلح عليه بالسلطة السياسية، كلها أسباب لا تسمح بتبني مبدأ الفصل بين السلطات بالمعنى الفني الدستوري له حتى وإن تضمن دستوري 1993 و 1976 مظاهر المبدأ في ثناياها ثم عرفت الجزائر مرحلة انتقالية من 1992 إلى 1996 لا يمكن الحديث فيها أيضاً عن مبدأ الفصل بين السلطات ببساطة لعدم وجود هذه السلطات بالأساس، لخصوصية وظروف المرحلة حينها، والتي جعلت السلطة تركز أساساً في يد السلطة التنفيذية التي تمسكت بأهداب السلطتين التشريعية والتنفيذية معاً، فكانت السلطة التنفيذية تعتمد إلى تنظيم المجال التشريعي عن طريق المراسيم التشريعية لا الأوامر الرئاسية لكون دستور 1989 لم يمنح هذه المكنة لرئيس الجمهورية. وبعد الاستفتاء على دستور 1996، فإن استقراء مواده تظهر أن المؤسس الدستوري بقي متمسكاً بمبدأ الفصل بين السلطات، حيث تضمن بابه الثاني تفصيلاً لسلطات الدولة إذ نظم السلطات التنفيذية من المادة 70 إلى المادة 97 وخص السلطة التشريعية بأربعين مادة ابتداء من المادة 98 إلى المادة 137، أما السلطة القضائية فقرر المؤسس الدستوري أحكامها في المواد من 138 إلى 158. أما في التعديل الأخير لسنة 2016 فمن أهم ما ورد فيه ما تضمنته الديباجة إذ ورد فيها اعتراف دستوري صريح بتبني

¹ عمار كوسة، محاضرات في القضاء الدستوري، تخصص منازعات القانون العمومي، جامعة محمد لين دباغين، سطيف 2، الجزائر، 2014.2015، ص 38.

² الفقرة 2 من المادة 189 من التعديل الدستوري

³ دستور 1996 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار تعديل الدستور، ج ر العدد 76 مؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

⁴ القانون رقم 16-01، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر 14 رقم المؤرخة في 7 مارس 2016.

مبدأ الفصل بين السلطات لم يكن واردا في الدساتير السابقة من خلال ما يلي: يكفل الدستور الفصل بين السلطات واستقلال العدالة والحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده، الأمر المفتقد في ذات الدستور قبل هذا التعديل. وتضمنت المادة 15 المعدلة من الدستور 1996 إدراج مبدأ الفصل بين السلطات من بين المبادئ التي تقوم عليها الدولة حيث جاء فيها: تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية.

غير أنه ورغم ذلك نجد أن الدستور المعدل تضمن بعض مظاهر التقييد، فالسلطة التنفيذية تتكون في دستور 1996 من رئيس للجمهورية والوزير الأول الذي كان يصطلح عليه في دستور 1989 برئيس الحكومة، وهذا ما يعبر عنه بثنائية السلطة التنفيذية، إذ بقيت العلاقة بين السلطات بذات الكيفية المنصوص عليها في دستور 1989 فيما عدا بعض الجديده فيما يتعلق باستحداث مجلس أمة كغرفة ثانية للبرلمان، يكون لرئيس الجمهورية حق تعيين ثلث أعضائها وأعيد لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر السلطة المنصوص عليها في دستور 1976، والتي تراجع عنها المؤسس الدستوري في دستور 1989 ليعاد تضمينها في دستور 1996 ولم يشملها أي تغيير في آخر تعديل دستوري لسنة 2016. فأصبح لرئيس الجمهورية طبقا لنص المادة 142 من دستور 1996 المعدل أن يشترع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة، ويجب أن يعرض رئيس الجمهورية التصور التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها، وتعد لاجية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن لرئيس الجمهورية أن يشترع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور على أن تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء. وهناك من يرى أن ذلك يعد تدخلا في العمل التشريعي ومنافيا لمبدأ الفصل بين السلطات، غير أنه لا يعد كذلك، طالما أن رئيس الجمهورية مارس صلاحيته طبقا لما هو محدد ومرسوم في الدستور، إلا أنه يمكن تفسير ذلك على أنه نوع من التعاون في إطار الفصل بين السلطات، لأن رئيس الجمهورية ملزم بعرض الأمر الرئاسي على البرلمان في أول دورة للانعقاد من أجل الموافقة أو الرفض، وفي الحالة الأخيرة يصبح الأمر لاغيا. غير أن المتتبع للنظام الدستوري والسياسي الجزائري ومنذ 1996 تاريخ الاستفتاء على الدستور، فإن أغلب القوانين تصدر بأوامر رئاسية ولم يصادف أن برلمانا من البرلمانات المتوالية منذ ذلك التاريخ رفض أمرا لرئيس الجمهورية، لعل مرد ذلك إلى أن الغالبية من أعضاء البرلمان غالبا ما تكون من أحزاب الموالات. إلا أنه ومن خلال استقراء نص المادة 124 من دستور 1996 والتي تقابلها نص المادة 142 من الدستور المعدل سنة 2016 نجد أن المؤسس الدستوري منع البرلمان من أهم آلية تتحقق معها الرقابة والتعاون مع الرئيس في مجال التشريع ألا وهي حق مناقشة الأمر، فالبرلمان له أن يقبل الأمر برمته أو أن يرفضه دون عرضه للمناقشة، فضلا على أنه لا يمكن تعديل الأمر جزئيا أو إلغاء بعض مواده، الأمر الذي يدفعنا على القول أن البرلمان إما أن يسلم بالأمر قبولا وينصاع لإرادة الرئيس والغالب أن ذلك ما يحدث أو أن يتصدى للأمر بالرفض ومن ثم يعتبر لاغيا. ويثور في هذا الصدد إشكالا يتعلق بالمراكز القانونية المنشأة أو المعدلة أو حتى الملغاة بموجب هذا الأمر الرئاسي في حالة إلغائه، ثم عن الطبيعة القانونية للأمر بعد إلغائه فهل يمكن أن يصنف حينها بالقرار الإداري؟. حيث نرى أنه لا حاجة إلى إعادة توصيف أو تصنيف الأمر بعد إلغائه، لأن الحكم الدستوري اعتبر الأمر غير الموافق عليه من البرلمان لاغيا، أي فاقدًا للأثر القانوني. أخذا في الحسبان أن الأوامر الرئاسية في الجزائر تنشر في الجريدة الرسمية وتنفذ قبل الموافقة عليها من البرلمان ولا تتضمن في الغالب في أحكامها الانتقالية حالة ما إذا تم إلغائه تبعا لرفضه من البرلمان ويبقى الإشكال قائما في النظام القانوني الجزائري إلى يومنا هذا. كما أن تعديل دستور 1996 لسنة 2016 لم يشذ عن التوازنات الواردة في دستور 1989 في العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية فمن مظاهر التعاون بين السلطات حق الوزير الأول بالمبادرة بالتشريع فقد منح دستور 1996 لكل من الوزير الأول والنواب حق المبادرة بالتشريع وقيد مشاريع القوانين المقدمة من الوزير الأول بوجوب عرضها على مجلس الوزراء وأخذ رأي مجلس الدولة وقيد اقتراح القوانين من النواب بنصاب عدد لا يقل عن عشرين نائبا¹، ويجب أن تعرض هذا المشاريع المقدمة من الحكومة

¹ المادة 119 من دستور 1996 .

أو الاقتراحات المقدمة من النواب على المجلس الشعبي الوطني ثم على مجلس الأمة على التوالي. وهنا يلاحظ أن التعديل الدستوري ظاهريا منح السلطة التشريعية ممثلة في غرفتي البرلمان سلطة المراقبة والمصادقة تاليا أي مرتين أمام كل غرفة منفصلة ولكن حقيقة الأمر أن الغرفة الثانية تعتبر مراقبة لا على عمل الحكومة بل على الغرفة السفلى المتمثلة في المجلس الشعبي الوطني، ويمكن أن نستشف ذلك من خلال تدخل السلطة التنفيذية في العمل التشريعي، من خلال حل حالة الخلاف بين الغرفتين إذ منح الدستور الأخير للسلطة التنفيذية حق التدخل في العمل التشريعي عن طريق حالة الخلاف، رغم أنه منح للسلطة التنفيذية أيضا إمكانية الاستعانة بالغرفة الأولى ممثلة في المجلس الشعبي الوطني دون مجلس الأمة للفصل نهائيا، وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، وإذا تعذر ذلك، بالنص الأخير الذي صوت عليه. لكن جعل المؤسس الدستوري ذلك موقوفا على رغبة الحكومة ذلك أنه يُسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني من أجل الفصل النهائي¹. ولم يختلف الأمر كثيرا في آخر تعديل للدستور في شأن المبادرة بالتشريع عدى توسيع دائرة حق المبادرة بالقوانين لأعضاء مجلس الأمة في المادة 136 من الدستور، واستحداث مادة جديدة يتم بموجبها إيداع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي مكتب مجلس الأمة أولا، وباستثناء ذلك تودع كل مشاريع القوانين الأخرى مكتب المجلس الشعبي الوطني. ومؤدى ذلك أن السلطة التنفيذية وجدت لنفسها موطأ قدم تستطيع من خلاله توجيه العمل التشريعي والتدخل غير المباشر في الوظيفة التشريعية للبرلمان، من خلال دور مجلس الأمة الذي يعين رئيس الجمهورية ثلث أعضائه إذا خالف هذا الأخير الغرفة السفلى أو الأولى للبرلمان. مع الإشارة إلى أن للسلطة التنفيذية دورا بارزا ومهيما يتدخل بموجبه رئيس الجمهورية في حالة بقاء الخلاف فيما تعلق بقانون المالية وذلك بإصدار مشروع الحكومة بأمر.

ومن مظاهر الديمقراطية أيضا، تلك الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فأبقى التعديل الدستوري حق رئيس الجمهورية في حل البرلمان أو إجراء انتخابات تشريعية قبل أوأنا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والوزير الأول وتجري الانتخابات في أجل أقصاه ثلاثة أشهر²، رغم أنه هناك من يرى أن ذلك يعد مثلبة في النهج الصحيح للديمقراطية وتمنح الرئيس سلطة قهرية على السلطة التشريعية تنصاع هذه الأخيرة وتجنح مخافة الحل ونرى أن البرلمان إذا كان يمثل الشعب حقيقة فإن الانتخابات ستعيد نفس البرلمان وأن لم يكون بذات الأسماء، ومن ثم فإن البرلمان سيجابه الرئيس في كل مرة، إلا الدستور الجزائري لا يترتب أي مسؤولية على الرئيس وكل أقصى ما يمكن أن يترتب استقالة الوزير الأول. ذلك أن لأعضاء البرلمان في الدستور الحالي استجواب الحكومة³ أو أن يوجهوا أسئلة شفوية أو كتابية⁴، كما يمكن للمجلس الشعبي الوطني لدى مناقشته بيان السياسة العامة أن يصوت على ملتصق الرقابة ينصب على مسؤولية الحكومة ولا يقبل هذا الملتصق إلا إذا وقع سبع عدد النواب⁵، وتتم الموافقة عليه بالتصويت بأغلبية ثلثي البرلمان ولا يتم التصويت إلا بعد ثلاثة أيام من تاريخ إيداع ملتصق الرقابة. وإذا صادق المجلس الشعبي الوطني على ملتصق الرقابة يقدم الوزير الأول استقالته إلى رئيس الحكومة⁶.

¹ المادة 138 من دستور 1996 المعدل سنة 2016 . تقابلها المادة 120 من دستور 1996 قبل التعديل

² المادة 129 من دستور 1996 تقابلها المادة 147 من تعديل 2016 .

³ المادة 133 من دستور 1996 تقابلها المادة 151 من دستور المعدل سنة 2016 و قد تم النص عليه في المادة 65 من القانون رقم 99 المؤرخ في 8 مارس 1999 المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة و عملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة ، ج ر ، عدد 15 مؤرخة في 9 مارس 1999 الملغى بموجب القانون رقم 16-12 المؤرخ في 25 غشت 2016 ، ج ر ، عدد 50 مؤرخة في 28 غشت 2016.

⁴ المادة 134 من دستور 1996 تقابلها المادة 152 من دستور المعدل سنة 2016 و قد تم النص عليه في المادة 65 من القانون رقم 99 المؤرخ في 8 مارس 1999 المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة و عملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة، المرجع السابق.

⁵ المادة 135 من دستور 1996 تقابلها المادة 153 من دستور 2016 و قد تم النص عليه أيضا في المادة 84 القانون رقم 99-02 المؤرخ في 8 مارس 1999 المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة و عملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة ، المرجع السابق .

⁶ للمادتان 136 و 137 من دستور 1996 تقابلها المادتين 154 و 155 من تعديل 2016 .

أما فيما يتعلق بالسلطة القضائية فإن وزير العدل يعد عضوا في الحكومة، وهو في الوقت ذاته رئيسا إداريا للسلطة القضائية، أي النيابة العامة، إذ يخضع القاضي للقانون فحسب، ورئيس الجمهورية هو رئيس المجلس الأعلى للقضاء الذي يوكل وفقا للقانون تعيين القضاة ونقلهم وسير سلمهم الوظيفي¹، ومن جديد التعديل ما جاء في المادة 156، والتي نصت على أن رئيس الجمهورية ضامن استقلالية السلطة القضائية وهو نوع من الترقية لمكانة رئيس الجمهورية أكثر منه تأكيدا للاستقلالية ذاتها.

خاتمة:

رغم أن الديمقراطية مفهوم فلسفي نظري، وتجسيده على أرض الواقع سيبقى رهين الظروف والمتغيرات، والدليل على ذلك تطور مفهوم الديمقراطية الذي لم يعد يقتصر على الجانب السياسي، بل توسع ليطل الجانبي الاجتماعي والاقتصادي والإداري، وبغض النظر عن عيوب صور الديمقراطية في شكلها المباشر المستحيل التنفيذ، أو شبه المباشر الذي يثير مشكلة الوعي السياسي لدى الشعوب، والنيابية التي تثير إشكالية استمرارية الشرعية بين النائب والناخب، تبقى الديمقراطية البديل الحتمي والوحيد للحكم الاستبدادي، ولعل نجاح الديمقراطية في الغرب كان نتيجة اقتناع شعوبها بهذا المنطق بعد حراك فكري وثوري طويل بدا منذ عصر النهضة، أما بالنسبة للجزائر ومما سبق فقد اتضح لنا أن فلسفة الحزب الواحد التي كانت تقوم على تركيز السلطة غدت روح التسلط الموجودة في الطبيعة البشرية وأن التجربة الاشتراكية جسدت البيروقراطية السلبية التي خلفتها سياسة الحزب الواحد ومنه رأينا أن سياسة الحزب الواحد لا تتفق مع روح الديمقراطية المناهضة للاستبداد واحتكار الحكم، وفي المقابل فإن نظام التعددية الحزبية وهو أحد نتائج الديمقراطية الليبرالية القائمة على حرية التعبير وحق المشاركة في الحياة السياسية تحقق جوهر الديمقراطية المتمثل في حكم الشعب على الأقل إذا ما قورنت بنظام الحزب الواحد. وانتهينا إلى أنه في المجال الانتخابي إلى أن نظام الأغلبية أقل ديمقراطية مقارنة بنظام التمثيل النسبي الذي يسمح للقوائم بأن تحصل على عدد من المقاعد يتناسب مع عدد الأصوات التي تحصل عليها وأن نظام القوائم يعكس بصدق روح الديمقراطية فهو يحرم الناخب من توجيهات الأحزاب.

ورأينا بوجوب احترام مبدأ سمو الدستور وبالنتيجة احترام مبدأ تدرج القوانين لأن احترام مبدأ المشروعية يعني بالضرورة احترام الديمقراطية مدام أن القانون ينظمها.

وعمدنا إلى تناول مبدأ الفصل بين السلطات ورأينا بضرورة تفعيله لوجود قاسم مشترك بين الديمقراطية وهذا المبدأ في نبذ ومحاربة الاستبداد، وتناولنا تطبيقات هذا المبدأ في الوثيقة الدستورية وانتهينا إلى أنه ورغم تغلغل السلطة التنفيذية في عمل السلطة التشريعية وبسط السلطة التنفيذية بعض من الهيمنة على السلطة القضائية إلى مؤشر الديمقراطية ورغم ذلك يظهر جليا في النظام السياسي الجزائري على أمل ترقيته لاحقا.

كما لاحظنا بادرة في تفعيل الرقابة الدستورية من خلال التوسيع من دائرة الإخطار وصولا إلى منحه لأطراف المحاكمة طبقا للمادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016 حق الدفع بعدم الدستورية، مع الإشارة إلى أننا نرى أن تركيبة المجلس الدستوري الذي يغلب عليه التعيين، الأمر الذي سيصدم بقاعدة ولاء المعين لمن عينه، وفي سبيل ذلك نرى بتحصين الرئيس وأعضاء هذا المجلس، ولما لا منح هؤلاء تعيينا مدى الحياة منعا لفساد محتمل وتحقيقا لرقابة تعكس ضمير الهيئة دون تخوف.

¹ أنظر المواد من 138 إلى 157 من دستور 1996 تقابلها المواد من 156 إلى 177 من تعديل 2016.

الأقليات وحق التمثيل في المجالس المنتخبة؛ الآليات وسبل تفعيل

Minorities and their right to representation in the elected councils; Mechanisms and means of implementation

أ. بولقواس ابتسام، أستاذة مساعدة قسم (أ)،

جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/08 - تاريخ المراجعة: 2017/11/01.

ملخص:

على اعتبار أن المشاركة السياسية للأقليات تعتبر عنصرا أساسيا في المجتمع السلمي والديمقراطي فإن دراستنا تأتي من أجل بيان أهم الآليات التي تم اتخاذها في هذا الصدد من أجل تعزيز مشاركتها في الحياة السياسية بصفة عامة واكتساب العضوية في المجالس المنتخبة بصفة خاصة.

الكلمات المفتاحية:

الأقليات، المجالس المنتخبة، الآليات، الكوتا، النظام الانتخابي، حق التمثيل.

Abstract:

Considering that the political participation of minorities is a key element in a peaceful and democratic society, our study comes to show the most important mechanisms that have been taken, in this regard, in order to enhance their participation in the political life, in general, and to gain membership in the elected councils, in particular.

Keywords:

minorities, elected councils, mechanisms, quota, electoral system, representation right.

مقدمة:

لا يكاد بلد من البلدان يخلو من ظاهرة تعدد وتنوع المكونات المجتمعية فيه، والتي تتوزع عادة تبعا لحجمها ونسبتها العددية بين أكثرية وأقلية، وفي ظل هذا التوزيع عادة ما تعاني الأقليات من مشكلات جراء عدم وضع أطر دستورية أو قانونية قادرة على ضمان التوازن والتكامل بين منظومتي الحقوق والواجبات وتطبيقهما، وتعد دول الشرق الأوسط من بين أبرز دول العالم التي تعاني من هذه المشكلة بحكم اعتقادها بالانعكاسات السلبية لمثل هذه الأطر التشريعية على وحدتها واستقرارها واحتمالات فتحها الباب أمام التدخلات الخارجية في شؤونها، مما يدفعها ليس فقط إلى إخفاء مشكلة الأقليات فيها والتهرب من إيجاد الحلول لها، لا بل الأكثر من ذلك إلى محاولة حلها قصرا بصهر كل ما هو موجود فيها من أقليات في بوتقة هوية واحدة، ما يعرض خصوصيات تلك الأقليات وهوياتها وحقوقها وحرياتها للانتهاك.

وبالنظر لما لهذا الإجراء من تأثير سلبي على الأقليات في مختلف نواحي وميادين الحياة، فقد عملت الاتفاقيات الدولية على توفير الحماية لها، ذلك أن من شأن توفير هذه الحماية لها المساهمة في الحفاظ على خصوصياتها. وعلى اعتبار أن المشاركة السياسية للأقليات تعتبر عنصرا أساسيا في المجتمع السلمي والديمقراطي، فإنه يتعين على مختلف الدول التي توجد بها الأقليات أن تعمل على اتخاذ كافة التدابير اللازمة من أجل تسهيل وصول الأقليات إلى مراكز صنع القرار، وأن يكون لها ممثلين في الهيئات المنتخبة، ذلك أن من شأن وجود ممثلين عن الأقليات على مستوى المجالس المنتخبة سواء النيابية منها أو المحلية، أن يساهم بدرجة كبيرة في نقل انشغالاتها وكذا الدفاع عن مصالحها. وعليه، تأتي دراستنا هاته من أجل الإجابة عن الإشكالية الرئيسية والمتمثلة أساسا في الآتي: ما هي أهم الآليات المتبناة من أجل تمكين الأقليات من حق التمثيل في المجالس المنتخبة؟.

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم دراستنا إلى ثلاثة محاور؛ خصصنا الأول لبيان مفهوم الأقليات، بينما خصصنا الثاني لبيان حقوق الأقليات في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، بينما خصصنا الثالث لبيان أهم وسائل تفعيل مشاركتها في المجالس المنتخبة.

أولاً: مفهوم الأقليات

مما لا شك فيه أن السمة العامة التي يتميز بها العالم في وقتنا الحالي، أنه ما من دولة تقريبا إلا ويتكون شعبها من جماعتين أو أكثر يكون لكل منهما خصائص مميزة، ففي معظم بلاد العالم هناك أغلبية تشارك في تاريخ واحد وخلفية ثقافية واحدة، وهناك أيضا جماعات أصغر لكل منها سماتها الخاصة هذه الجماعات الأصغر هي التي يطلق عليها وصف الأقليات. وإذا أردنا أن نحدد المقصود بالأقليات فإننا سنجد بأن الفقهاء قد اعتمدوا في تحديدهم لمفهوم الأقليات على ثلاثة معايير؛ معايير عددية، ومعايير موضوعية، ومعايير شخصية. فيقصد بالأقليات بناء على المعيار العددي: "مجموعة أصغر عددا من باقي شعب الدولة أو جزء من مواطنيها يختلفون عن بقية شعبها من حيث الجنس أو الديانة أو اللغة وتكون في وضع غير مسيطر"¹. كما يقصد بالأقليات بناء على المعيار الموضوعي: "مجموعة من الأفراد الذين يشتركون في واحد أو أكثر من المقومات الثقافية أو الطبيعية، أو في عدد من المصالح التي تركزها تنظيمات أو أنماط خاصة للتفاعل، وينشأ لدى مجموع أفرادها وعي يدفعهم لمواجهة الآخرين نتيجة التمييز السياسي والاجتماعي والاقتصادي الممارس ضدهم مما يؤكد تضامنهم ويدعمهم"². هذا كما يقصد بالأقليات بناء على المعيار الشخصي: "لكم الكيان البشري الذي يشعر أفرادها بوحدة الانتماء لاشتراكهم الجماعي في امتلاك خصائص نوعية لا تشارك معهم فيها الجماعات الأخرى أو الأغلبية في المجتمع"³.

ومنه، فإنه حتى إن تعددت التعريفات التي تم إيرادها للأقليات، إلا أنها كلها قد اتفقت في نقطة واحدة؛ وهي أن الأقلية تختلف عن الأغلبية، وهو الأمر الذي يفيد بأن هناك مجموعتين أو أكثر من رعايا شعب الدولة الواحدة يختلفون فيما بينهم في جملة من الخصائص والسمات، وعادة ما تكون هذه المجموعات غير مهيمنة في وجه الأغلبية في مجالات الحياة السياسية والثقافية والاجتماعية. وإن اختلاف رعايا شعب الدولة الواحدة في هاته السمات والخصائص قد أدى إلى نشوء ما يسمى بأنواع الأقليات، فظهرت في هذا الصدد الأقليات الدينية واللغوية والعرقية والقومية.

■ الأقليات الدينية:

وتعتبر الأقليات الدينية من أبرز أنواع الأقليات في العالم (كالأقلية الهندوسية في الهند، والأقلية البوذية في الصين، والأقلية المسيحية في بعض البلاد الإسلامية)، ويعتبر الاختلاف في الدين والمعتقد السبب الرئيسي لبروز هاته الأقليات، التي غالبا ما يعتمد أفرادها على مطالبات دولتهم بحرية ممارسة شعائرهم الدينية⁴.

■ الأقليات العرقية:

وهي مجموعة من الأشخاص تتميز عن باقي المواطنين بصفات بيولوجية مشتركة، تحددها عوامل وراثية كلون البشرة وشكل الجسم وطبيعة الشعر، ومثالها الأقليات الأمازيغية في المغرب العربي والأقليات الكردية في العراق وإيران وسوريا وتركيا.

■ الأقليات اللغوية:

وهي مجموعة من المواطنين الذين يختلفون عن مواطني الدولة الواحدة في اللغة واللسان، بحيث نجدهم يتحدثون ويكتبون بلغة غير لغة الأكثرية المتداولة في الدولة الواحدة، وغالبا ما تتركز مطالب هذا النوع من الأقليات في المحافظة على لغتهم الأصلية كتابة ومحادثة والاعتراف بها من قبل الدولة، كإحدى لغات الدولة الرسمية، وذلك بأن تخصص مادة في الدستور للاعتراف بها كلغة رسمية. وإذا ما استثنينا

1. محمد جبر أحمد، المركز الدولي للأقليات في القانون الدولي العام مع المقارنة بالشريعة الإسلامية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1990، ص 82.

2. نيفين عبد المنعم مسعد، الأقليات والاستقرار السياسي في الوطن العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، مكتبة النهضة العربية، 1988، ص 5.

3. الهاملي عبد الله عامر، الأقليات، الطبعة الأولى، طرابلس، المركز العالمي لدراسة وأبحاث الكتاب الأخضر، 1985، ص 10.

4. يوسف القرضاوي، في فقه الأقليات المسلمة، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الشروق، 2005، ص 15.

الدول ذات الأغلبية غير العربية مثل أندونيسيا، وماليزيا، وإيران، وباكستان، فإن في العالم الإسلامي فسيفساء حقيقية من الأقليات اللغوية، ومثال ذلك الأكراد، والأرمن، والسراني، والتركمان، والشركس، والأمازيغ¹.

■ الأقليات القومية (صاحبة التطلعات الانفصالية):

وهاته الأقليات عادة ما تكون مستقرة في مساحة محدودة ولها تاريخ وثقافة ولغة مغايرة تميزها عن أغلبية مواطني الدولة، الأمر الذي يشعرها بالوطنية وعدم المساواة مع باقي المواطنين من الأغلبية المسيطرة، الأمر الذي ينمي لديهم الرغبة في العيش مجتمعين على إقليم يضمهم، ولتحقيق هذا الأمر تتشكل لديهم الرغبة في تحقيق الحكم الذاتي أو الاستقلال، وهو الأمر الذي يتعارض مع مصالح الدولة المتواجدين فيها، على اعتبار أن هذه الأخيرة ترمي في الغالب الأعم للمحافظة على وحدتها الترابية وعدم تعريضها للتقسيم، الأمر الذي يجعلها وبغية المحافظة على هاتاه الوحدة تسمح لهاته الأقليات بممارسة تقاليدها الخاصة و تنمية لغتها وتراثها².

ثانيا: حقوق الأقليات في المواثيق الدولية و التشريعات الوطنية

يعتبر حق الأقليات في المشاركة في الحياة السياسية بصفة عامة، والتمثيل في المجالس المنتخبة بصفة خاصة، من بين أهم الحقوق التي كفلتها لهم مختلف المواثيق الدولية، وكذا التشريعات الوطنية، حتى وإن لم تشر إلى ذلك بطريقة صريحة ومباشرة.

1- حقوق الأقليات في المواثيق الدولية

إن مبدأ المساواة وعدم التمييز الذي يعتبر من بين أهم المبادئ التي تضمن حماية حقوق وحريات الأقليات بما فيها ذات الطبيعة السياسية، تم التأكيد عليه في المادة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بنصها على أن: "جميع البشر يولدون أحراراً ومتساوين في الكرامة و الحقوق"، هذا كما نصت المادة 2 من ذات الإعلان على أن: " لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسيا وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر".

هذا كما نصت المادة 2 / 1 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية على أن: "تعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب".

ونصت المادة 26 من ذات العهد على أن "الناس جميعا سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته، ويجب أن يحظر القانون أي تمييز وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب، كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب" ♦ وتضمنت المادة 25 من العهد مشاركة كل المواطنين في شئون الحياة العامة على قدم المساواة دون أي وجه من وجوه التمييز المذكورة أنفا في المادة 2 وبدون قيود غير معقولة. ونصت المادة 1/2 من إعلان القضاء على جميع أشكال التعصب و التمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد لسنة 1981 على حق المرء في عدم التعرض للتمييز من قبل أية دولة أو مؤسسة أو مجموعة أشخاص على أساس الدين أو غيره من المعتقدات"، وقد عرفت المادة 2/2 من ذات الإعلان التمييز القائم على أساس الدين أو المعتقد بأنه أي تمييز أو استثناء أو

¹ . نيفين عبد المنعم مسعد، المرجع السابق، ص 150.

² . نذير بومعالي، حماية الأقليات بين الإسلام والقانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2007/2008، ص 91.

*. وهو ما أكدته المادة 2 من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1980 والمادة 1 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969، والمادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950، والمادة 3 / 1 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

♦. وهو ما أكدته المادة 3 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1980 والمادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

تقييد أو تفضيل يقوم على أساس الدين أو المعتقد ويكون غرضه أو أثره تعطيل أو انتقاص الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على أساس من المساواة.

أما الاتفاقية الإطارية لحماية الأقليات الوطنية لسنة 1990 ♦ فقد ألزمت وبموجب مادتها 4 الدول الأطراف فيها بأن تتعهد بأن تضمن للأشخاص المنتمين إلى أقليات وطنية الحق في المساواة أمام القانون والتساوي في حق التمتع بحماية القانون، وفي هذا الصدد يحظر التمييز بسبب الانتماء إلى أقلية وطنية، هذا كما ألزمتها بأن تقرر عند اللزوم تدابير كافية من أجل تعزيز المساواة الفعلية والكاملة في كافة ميادين الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية بين الأشخاص المنتمين إلى أقلية وطنية وبين الأشخاص المنتمين إلى الأغلبية، وتراعي في هذا الصدد على النحو الواجب الظروف المحددة للأشخاص المنتمين إلى أقليات وطنية.

من خلال ما سبق بيانه نجد أن الاتفاقيات الدولية قد عملت على توفير حماية قانونية للأقليات من مختلف أشكال التمييز الذي يمكن أن تتعرض له سواء في المجال السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، وإذا كان الأمر كذلك على المستوى الدولي فإننا نتساءل عن وضع الأقليات على المستوى الداخلي ونقصد بالمستوى الداخلي وضع الأقليات في الدول العربية بصفة خاصة والدول الغربية بصفة عامة على مستوى التشريعات الوطنية، هل تم ضمان حقوقهم في المساواة على قدم المساواة مع بقية أفراد الشعب، أو أن وضعهم كأقليات قد حال دون تمتعهم بذات الحقوق.

2 - حقوق الأقليات في التشريعات الوطنية

برجعونا إلى دساتير* بعض الدول العربية نجد بأنها قد أشارت بصورة غير مباشرة إلى ثلاثة حقوق رئيسية و أساسية للأقليات ألا

وهي:

- الحق في المساواة في الحقوق و الواجبات بغض النظر عن الجنس أو اللغة أو الدين أو العقيدة ♦.
- الحق في حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية*.

♦. تمثل الاتفاقية الإطارية لحماية الأقليات الوطنية صكا فريدا من نوعه بالنظر لكونها أول صك متعدد الأطراف ملزم قانونا لحماية الأقليات الوطنية بشكل عام.

*. يعتبر الدستور العراقي أكثر الدساتير العربية إشارة لحقوق الأقليات إذ درجت الدساتير العراقية منذ عام 1925 على ذكر وتضمن حقوق الأقليات في نصوصها متأثرة بذلك بالتطورات الداخلية و الدولية، إذ تضمن الدستور الملكي الصادر سنة 1925 الإشارة إلى عدد من حقوق الأقليات، إذ نصت المادة 6 منه على حق الأقليات في المساواة بقولها: "لا فرق بين العراقيين في الحقوق أمام القانون وان اختلفوا في القومية أو الدين أو اللغة"، أما المادة 16 فقد أكدت على حق الأقليات في المحافظة على هويتها الثقافية و اللغوية بقولها "للطوائف المختلفة حق تأسيس المدارس لتعليم أفرادها بلغتها الخاصة و الاحتفاظ بها"، أما المادة 37 منه فقد أكدت على حق الأقليات في التمثيل السياسي بقولها "يراعى في طريقة انتخاب النواب أصول التصويت السري ووجوب تمثيل الأقليات غير الإسلامية"، أما المادة 75 منه فقد أكدت على حق الأقليات في الاحتكام في مجال أحوالهم للشخصية إلى شرائعهم بقولها: "تقسم المحاكم إلى محاكم شرعية و المجالس الروحانية الطائفية".

أما دستور 1958 ورجعونا إليه نجد بأنه قد أشار بموجب المادة 3 منه صراحة إلى الأكراد كقومية ثابتة في نسيج المجتمع العراقي بقوله: "يقوم الكيان العراقي على أساس من التعاون بين المواطنين كافة باحترام حقوقهم وصيانة حرياتهم، ويعتبر العرب و الأكراد شركاء في هذا الوطن"، هذا كما أكد الدستور بموجب مادته 9 على حق الأقليات في المساواة بقوله: "المواطنون سواسية أمام القانون ولا يجوز التمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة". أما دستور 1970 فقد أضاف إلى الأكراد أقليات أخرى دون أن يقوم بتحديدتها بالاسم صراحة، إذ ورجعونا إلى نص المادة 5 منه نجد أنها قد نصت على أنه: "حقوق الشعب الكردي القومية و الحقوق المشروعة للأقليات كافة".

♦. المادة 40 من دستور مصر الصادر سنة 1971، الفصل 6 من دستور تونس الصادر سنة 2004، و المادة 25 من الدستور السوري الصادر بالمرسوم رقم 208 تاريخ 1973/3/13، المادة 6 من دستور العراق الصادر سنة 1925 و المادة 9 من الدستور العراقي الصادر سنة 1958.

*. المادة 46 من دستور مصر الصادر سنة 1971 والفصل 4/5 من دستور تونس الصادر سنة 2004، و المادة 35 من الدستور السوري الصادر سنة 1973.

■ الحق في تكوين الأحزاب السياسية بشرط أن لا تقوم هذه الأخيرة على مرجعية دينية أو أساس ديني أو بناءا على التفرقة بسبب الجنس أو الأصل^٥.

ولكن الملاحظ في هذا المقام هو أنه وعلى الرغم من إقرار هاته الحقوق للأقليات إلا أنهم وبالرغم من ذلك مازالوا يعتبرون أنفسهم مواطنين من الدرجة الثانية، وذلك بالنظر لما يتعرضون له بحسبهم من تهميش وتمييز لاسيما في المجال السياسي وبالتالي فهم يطالبون بالحصول على حقوق خاصة مضافة إلى الحقوق العامة الممنوحة لكل المواطنين.

ففي المجال السياسي مثالا تجد الأقليات صعوبة كبيرة في المشاركة الفعلية في إدارة الشؤون العامة في الدولة و في أن يكون لهم ممثلين في المجالس المنتخبة ولاسيما النيابة منها للدفاع عن مصالحهم وهو الأمر الذي يمكن رد أسبابه المباشرة إما لطبيعة النظام الانتخابي المعتمد من قبل الدولة والذي قد ينطوي على تمييز ضدهم، أو بسبب ضعف القدرة التصويتية لناحي الأقليات بالنظر لكونهم يشكلون أقلية بالمقارنة مع ناخبي الأحزاب الأخرى الذين يشكلون أغلبية وغيرها من الأسباب الأخرى. وبناءا عليه سنحاول خلال القسم الأخير من دراستنا بيان أهم الآليات التي تم اتخاذها بغية تمكين الأقليات من المشاركة في الحياة السياسية و في أن يكون لهم ممثلين في الهيئات المنتخبة.

ثالثا: آليات تمكين الأقليات من حق التمثيل في المجالس النيابية

إن مشاركة الأقليات الإيجابية في الحياة العامة يعتبر عنصرا أساسيا في المجتمع السلمي والديمقراطي، ووفقا للتجارب الدولية فإن هذا التعزيز يتطلب وضع ترتيبات معينة يكون الهدف منها حماية الأقليات، ومن هذه الترتيبات نذكر:

1- تبني نظام انتخابي عادل

على اعتبار أن التطور الديمقراطي في أي نظام مشروط بتوفير الآليات الكفيلة باستيعاب مختلف القوى السياسية وتوسيع وتنظيم مشاركتها السياسية، فإن النظم الانتخابية في هذا الصدد تعتبر إحدى أهم هذه الآليات وأكثرها تأثيرا على العملية السياسية الأمر الذي يجعل من عملية اختيارها وتصميمها تعتبر من بين أهم القرارات المتخذة في الدول الديمقراطية بالنظر لخضوعها لاعتبارات عدة تتعلق بطبيعة النظام السياسي وسلم أولوياته ومدى ملائمة لطبيعة الظروف السياسية والاجتماعية والتاريخية التي مرت بها البلاد. ويقصد بالنظم الانتخابية تلك النظم التي تعمل على ترجمة الأصوات التي يتم الإدلاء بها في الانتخابات إلى مقاعد يفوز بها المرشحون أو الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات¹، وهي بهذا المعنى على أنواع نظم انتخابية مباشرة وغير مباشرة^٥، نظم انتخابية فردية

٥. المادة 5 من دستور مصر الصادر سنة 2007، الفصل 5/8 من دستور تونس الصادر سنة 2004.

1. انظر في هذا الصدد كلا من: . بارة سمير، الإمام سلمى، السلوك الانتخابي في الجزائر، دراسة في المفهوم والأنماط والفواعل، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الأول، الجزائر، جامعة قاصدي مرباح، 2009، ص 50.

. اندرو رينولدز، بن رابلي، واندرو اليس، أنواع النظم الانتخابية، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، اربيل، مؤسسة موكرياني للبحوث والنشر، 2007، ص 13.

. أسامة كامل، الأنظمة الانتخابية والكويتا، اقتراح بمشروع قانون لمباشرة الحقوق السياسية على ضوء التعديلات الدستورية، الطبعة الأولى، القاهرة، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، المجموعة المتحدة محامون ومستشارون قانونيون واقتصاديون، 2008، ص 87.

٥. يقصد بنظام الانتخاب المباشر قيام الناخبين بإظهار إرادتهم لانتخاب المترشحين بشكل مباشر ودون الحاجة لوسيط (انظر في هذا الصدد كلا من: . حسن محمد هند، منازعات انتخابات البرلمان وشروط الترشيح لعضوية مجلسي الشعب والشورى (دراسة مقارنة)، دون ذكر بلد الطبع، دار الكتب القانونية، 2006، ص 25.

_Abdel-Meba m Al mashat & Amr Al shobky, election systems; individual Representation Or Proportional Represenation, Proposed Bill for Political Right According to constitutional Amendment, egypte, The United group , 2008 ,P 62

وبالقائمة^{٥٥}، نظم الانتخاب بالأغلبية والتمثيل النسبي^{*}، نظم مختلطة ونظم تمثيل أصحاب المهن والمصالح^{**}. ويعتبر في هذا الصدد نظام التمثيل النسبي من النظم الانتخابية التي لها أفضلية على نظم الانتخاب بالأغلبية فيما يتعلق بآثاره على الأقليات سواء الدينية منها أو العرقية أو اللغوية وذلك لسببين رئيسيين أساسيين وهما:

1- أن نظام التمثيل النسبي يعتبر من النظم الانتخابية التي تتيح تكوين برلمانات أكثر تمثيلا للسكان عنها في حالة نظم الانتخاب بالأغلبية، ذلك أنها تتيح لكل حزب سياسي مشارك في العملية الانتخابية من الحصول على مقاعد في المجالس المنتخبة بمقدار عدد الأصوات التي حصل عليها¹. غير أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن نجاح نظام التمثيل النسبي في تحقيق هذا الأمر يتوقف بدرجة رئيسية وأساسية على تسييس الاختلافات العرقية في الدولة، وكذلك عمق وحدة هذه الاختلافات ودرجة التحول الديمقراطي التي

أما نظام الانتخاب غير المباشر فيقصد به ذلك النوع من الأنظمة الانتخابية الذي يقتصر فيه دور جمهور الناخبين على مجرد انتخاب مندوبين عنهم ليتولوا مهمة اختيار النواب أو أعضاء المجالس الشعبية المحلية أو رؤساء الدول، الأمر الذي يجعل من عملية الانتخاب تتم على أكثر من درجة واحدة (انظر في هذا الصدد كلا من: . محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدستور اللبناني والمبادئ العامة للدساتير، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دون بلد الطبع، دار النهضة العربية، 1966 / 1967، ص 230.

. ياسين محمد حمد، الكونغرس والنظام السياسي الأمريكي، الطبعة الأولى، عمان، دار أسامة للنشر والتوزيع، 2008، ص 29 وما بعدها
٥٥. يقصد بنظام الانتخاب الفردي ذلك النظام الانتخابي الذي يقوم من خلاله الناخبون في كل دائرة انتخابية بانتخاب نائب واحد من بين المرشحين لكي يتولى مهمة تمثيلهم، وبناء عليه فإنه ووفقا لهذا النوع من الأنظمة الانتخابية فإنه يتم تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية صغيرة بقدر عدد النواب المراد انتخابهم (انظر في هذا الصدد كلا من: . عدنان طه الدوري، القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الأولى، ليبيا، الجامعة المفتوحة طرابلس، 2002، ص 259، عبد الله خليل، دليل مراقبة الانتخابات، تونس، المعهد العربي لحقوق الإنسان، 2003، ص 14)

أما نظام الانتخاب بالقائمة فيقصد به ذلك النظام الانتخابي الذي يتولى فيه الناخبون على مستوى كل دائرة انتخابية انتخاب قائمة تضم عدة مرشحين بقدر العدد المقرر لكل دائرة انتخابية، ليكونوا نوابا عنهم في الهيئة النيابية، وعليه، فإنه ووفقا لهذا النوع من الأنظمة الانتخابية يتم تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية كبيرة تتولى كل واحدة منها وبواسطة ناخبها القيام بانتخاب عدد من النواب يتناسب مع عدد السكان (انظر في هذا الصدد: عدنان طه الدوري، المرجع السابق، ص 259).

1) . * . يقصد بنظام الانتخاب بالأغلبية ذلك النظام الذي بمقتضاه ينجح المترشح أو القائمة الانتخابية التي تحصل على أكثرية الأصوات الصحيحة المشتركة في الانتخاب (انظر في هذا الصدد: انظر في هذا الصدد كلا من: . عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، دون بلد الطبع، الدار الجامعية، 1993، ص 224.

. الطاهر خويضر، قيادة المجالس الشعبية البلدية وإشكالية المادة 48 من قانون البلدية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 23، الجزائر، مجلس الأمة، 2009، ص. J.c.Zakra , Les systèmes électoraux, paris , éditions ellipses , 1996 , p 21 .
أما نظام التمثيل النسبي فيقصد به ذلك النظام الذي يقوم أساسا على توزيع المقاعد بحسب نسبة الأصوات التي تحصل عليها كل قائمة انتخابية بالنسبة للانتخابات التشريعية والمحلية دون الانتخابات الرئاسية (انظر في هذا الصدد بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المرجع السابق، الجزائر، دار الكتاب الحديث، دون سنة طبع، ص. 230).

** . يقصد بنظام الانتخاب المختلط ذلك النوع من الأنظمة الانتخابية الذي يقوم أساسا على المزج بين قواعد نظام الأغلبية والتمثيل النسبي ونظام الانتخاب الفردي والقائمة، الأمر الذي يؤدي إلى نشوء نظم انتخابية جديدة تسمح بالاستفادة من المزايا التي يحققها كل نوع من أنواع النظم الانتخابية والتقليل من المساوئ التي تنسب إليهما (انظر في هذا الصدد محمد فرغلي محمد علي، نظم وإجراءات انتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء والفقه (دراسة تأصيلية وتطبيقية لنظام الانتخاب المحلي في مصر ودول الغرب)، دون ذكر بلد الطبع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص. 241).

أما نظام تمثيل أصحاب المهن والمصالح فيقصد به ذلك النظام الذي يقوم أساسا على ضرورة تمثيل أصحاب المصالح والمهن والحرف المقترعة التي تشكل العناصر الاقتصادية والاجتماعية في الدولة في مختلف الهيئات سواء المحلية منها أو التشريعية حتى تتولى هذه الأخيرة مهمة الدفاع عن مصالحها الخاصة في تلك الهيئات (انظر في هذا الصدد: عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 230).

¹. مازن حسن، النظم الانتخابية دراسة مقارنة لأنواعها وآثارها والانعكاسات على السياق المصري، الطبعة الأولى، القاهرة، مركز المحروسة للنشر والخدمات الصحفية والمعلومات، 2011، ص 77.

تمر بها الدولة ومدى التركيز أو الانتشار الجغرافي للأقليات المختلفة في محيط الدولة. وفي المقابل هناك وجهة نظر أخرى ترى بأنه وعلى الرغم من قدرة نظم التمثيل النسبي على خلق إجماع بين الأقليات المختلفة، إلا أنها بعد ذلك تعزز الانقسامات العرقية والدينية، ذلك لأنها تجعل الأحزاب السياسية تركز في قواعدها أو في سياساتها التي تخاطب بها الناحيين على جماعات عرقية أو دينية.

(2) - أن الانتخابات التي تجرى وفقا لنظام التمثيل النسبي ترفع من درجة التأييد للنظام السياسي عموما بين الناحيين ومن بينهم الأقليات نظرا للطبيعة الإدماجية العالمية لهذه النظم. فنظم التمثيل النسبي وبحكم أنها تدمج ممثلي الأقليات في البرلمانات وأحيانا أيضا في الحكومات المشكلة تساهم في جعل الأقليات لا يشعرون بأنهم معزولون على الدوام من المشاركة في اتخاذ القرارات حتى على أعلى المستويات السياسية في الدولة¹.

(2) - الأخذ بنظام الكوتا

تعتبر الكوتا شكلا من أشكال التدخل الإيجابي لمساعدة الأقليات للتغلب على العوائق التي تحد من مشاركتها في الحياة السياسية. ويقصد بالكوتا ذلكم العدد من المقاعد في هيئة منتخبة أو نسبة محددة من المرشحين على قوائم الأحزاب أو الكيانات السياسية مخصصة لممثلي جماعة خاصة كالأقليات، لضمان ترشيح أو انتخاب حد أدنى منها في المجالس النيابية. وتتنوع أشكال الكوتا من حيث هي كوتا قانونية أو دستورية أو كوتا حزبية طوعية، فالكوتا الدستورية هي تلك التي ينص عليها الدستور صراحة، بينما الكوتا القانونية هي تلك التي ينص عليها صراحة قانون الانتخاب، أو قانون الأحزاب السياسية، أو أي قانون آخر مطبق في البلد المعني، ومن حيث المضمون تستند الكوتا الدستورية والقانونية إلى نصوص تشريعية تلزم الأحزاب أو الكيانات السياسية بتطبيقها، وفي حالة عدم الالتزام تعرض هذه الأحزاب أو الكيانات إلى جزاءات يحددها القانون، وتتنوع عادة من استبعاد المرشحين وقد تصل إلى استبعاد الحزب السياسي المخالف. أما الكوتا الطوعية فيتم تبنيتها طوعية من قبل أحزاب سياسية لضمان ترشيح عدد محدد أو نسبة محددة من الأقليات على قوائم الحزب وكما هو واضح من الاسم فإن هذا الشكل من أشكال الكوتا غير ملزم ولا ينتج عن عدم الالتزام به أي جزاء. ويمكن أن يتم تطبيق نظام الكوتا للأقليات أثناء عملية الترشيح كما يمكن تطبيقها على النتائج النهائية للعملية الانتخابية. وتهدف الكوتا المطبقة أثناء عملية الترشيح تسهيل وضع الأقليات في مواقع إستراتيجية ضمن المرشحين على لوائح الحزب أو ضمان ترشيحهم في دوائر محددة بما يضمن لهم فرص متساوية لانتخابهم في الهيئات المنتخبة. وتتنوع الأحكام الضابطة لترشيح الأقليات بين كونها فضفاضة لا تضع قواعد ترشيح مشجعة للأقليات مثلا تحديد 20 % كحد أدنى للأقليات على القائمة دون وضع قواعد واضحة حول ترتيبهم على القائمة ما قد ينتج عنه في النظم الانتخابية التي تستخدم القائمة وضعهم في ذيل القائمة، حيث تتضاءل فرصهم في الوصول إلى المجالس المنتخبة، وبين كونها تتضمن قواعد شديدة تحد ترتيبا محددًا للأقليات، وفي هذه الحالة قد يأخذ الترتيب شكل نظام الترتيب التبادلي حيث تتبادل الأقليات الترتيب مع بقية المرشحين الآخرين على القائمة، والخيار الآخر قد يكون وضع سقف محدد على نسب الترشيح.

أما الكوتا التي تستهدف النتائج فتضمن وجود نسبة معينة من الأقليات في المجالس المنتخبة عند إعلان النتائج، كاشتراطها مثلا ضرورة أن تمثل الأقليات في المجالس المنتخبة بنسبة 20 % مثلا، أو أن يخصص للأقليات عدد معين من المقاعد داخل الهيئة النيابية مثل تخصيص 20 مقعد للأقليات من 100 مقعد². ومن بين التطبيقات العملية للكوتا كآلية لتعزيز تمثيل الأقليات في المجالس النيابية نذكر ما نصت عليه المادة 24 من الدستور اللبناني من ضرورة أن يتم مراعاة التساوي في عدد المقاعد البرلمانية بين المسلمين والمسيحيين وكذلك التكافؤ بين طوائف ورموز كلا المذهبين المذكورين، وتكون حصة الأديان والمذاهب من المقاعد البرلمانية على الشكل التالي: للمسلمين الشيعة 27 نائبا، وللمسلمين السنة 27 نائبا، وللدروز 8 نواب، وللعلويين 2 نائبا، وللمسيحيين الموارنة 34 نائبا، وللمسيحيين

¹. مازن حسن، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

². ستينا لارسود، ريتا تافرون، التصميم من أجل المساواة - النظم الانتخابية ونظام الكوتا الخيارات المناسبة والخيارات غير المناسبة، دون بلد الطبع، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2007، ص 10/9.

الأرثوذكس 14 نائباً، وللمسيحيين الكاثوليك 8 نواب، وللمسيحيين الأرمن 6 أعضاء، والأقليات المسيحية الأخرى 2 نائباً¹. هذا كما نجد بأن النظام الأردني 42 لسنة 2001 قد عمل على مراعاة الأقليات لدى توزيع المقاعد النيابية المخصصة للدوائر الانتخابية التي عمل على تقسيمها إلى 45 دائرة انتخابية وحدد مقاعد الأقليات بـ 11 مقعداً؛ 8 للمسيحيين و 3 للشركس والشيشان، والتي خصصها في 10 دوائر انتخابية وذلك على النحو التالي:

- محافظة العاصمة – الدائرة الثالثة – 1 مقعد مسيحي.
- محافظة العاصمة – الدائرة الخامسة – 1 مقعد للشراكسة والشيشان.
- محافظة العاصمة – الدائرة السادسة – 1 مقعد للشراكسة والشيشان.
- محافظة اربد – الدائرة الثانية – 1 مقعد مسيحي.
- محافظة البلقاء – الدائرة الأولى – 2 مقعد مسيحي.
- محافظة الكرك – الدائرة الأولى – 1 مقعد مسيحي.
- محافظة الكرك – الدائرة الثانية – 1 مقعد مسيحي.
- محافظة الزرقاء – الدائرة الأولى – 1 مقعد للشراكسة والشيشان².
- محافظة مادبا – الدائرة الأولى – 1 مقعد مسيحي.
- محافظة عجلون – الدائرة الأولى – 1 مقعد مسيحي.

هذا كما نص ذات النظام على إمكانية ترشح أحد أعضاء الأقليات لأي مقعد نيابي خارج نطاق عدد المقاعد المخصصة للأقليات³. أما العراق فقد كان تمثيل الأقليات القومية والدينية في أول انتخاب لمجالس المحافظات ضمن قوائم الأحزاب والكيانات السياسية المتنافسة، أي أن قانون ونظام الانتخاب لم يخص أي مقعد لأية أقلية، ولكن في الانتخابات الثانية، وبعد صدور قانون انتخاب مجالس المحافظات والأفضية والنواحي، وفي تعديله الأول لسنة 2008 تم التأكيد على مبدأ تخصيص حصة – كوتا – من مقاعد مجالس المحافظات لعدد من الأقليات القومية والدينية، وذلك كما جاء في نص المادة 52 من القانون المذكور أعلاه والمادة 32 من قانون انتخاب مجالس محافظات إقليم كردستان العراق لعام 2009 وقد كان التخصيص كالتالي:

- مجلس محافظة بغداد مقعد واحد للمسيحيين ومقعد واحد للصائبة.
- مجلس محافظة نينوي مقعد واحد للمسيحيين ومقعد واحد للآيزيديين ومقعد واحد للشبك
- مجلس محافظة البصرة مقعد واحد للمسيحيين.
- مجلس محافظة اربيل مقعدان للكلدان السريان والآشوريين و 3 مقاعد للتركمان.
- مجلس محافظة دهوك مقعدان للكلدان السريان والآشوريين ومقعد واحد للأرمن.
- مجلس محافظة السليمانية مقعد واحد للكلدان والسريان والآشوريين.

ولكن وعلى الرغم من إيجابيات تمثيل كافة الأطياف القومية والدينية في المجالس المنتخبة في العراق لضمان وجود ممثلين عنهم ليصل صوتهم إلى الحكومة الاتحادية والحكومات المحلية ويدافع عن مطالبهم وحقوقهم المشروعة، فإن تمثيل الأقليات يعاب عليه بأنه لا يجمع

¹. خيراله برون، الوسيط في القانون الدستوري الإيراني – السلطة التشريعية والمؤسسات الدستورية – الطبعة الأولى، دون ذكر بلد الطبع، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص. 173 / 174.

². عصام علي الدبس، النظم السياسية، الكتاب الثالث، السلطة التشريعية المؤسسة الدستورية الأولى، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص. 188 / 189.

³. عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص 190.

أبنائه وحدة المبدأ السياسي وتجعل النائب يمثل الأقلية التي ينتمي إليها وليس الشعب ككل، هذا كما أنه لا يشجع على تعميم روح التسامح والانتماء والمواطنة. أما من الناحية السكانية فقد يكون تمثيل الأقليات على حساب السكان الآخرين، فمثلا نرى أن عدد الناخبين الذين صوتوا للمقاعد 5 للتركمان في برلمان إقليم كردستان عام 2009 قد وصلوا إلى 13413 صوتا، فيما من المتوقع أن يصل حجم المقعد الواحد لمجلس محافظة اربيل نحو 28000 صوت ومع ذلك خصص للتركمان 3 مقاعد، فالأصح والأحق من الناحية التمثيلية أن يخصص مقعد واحد فقط لهذه الأقلية القومية وهكذا بالنسبة للكلدان السريان والأشوريين في محافظتي دهوك واربيل، حيث خصص لهم مقعدان عن كل محافظة لكن عدالة التمثيل تقتضي بتمثيلهم بمقعد واحد فقط.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن وجود مثل هذه المقاعد بالنسبة للأقليات التي يحصل مرشحوها على المقعد بنسبة قليلة من الأصوات يفتح الباب على مصراعيه أمام التلاعب والرشوة وشراء الأصوات، لاسيما وأن سجل الناخبين لا يحتوي على حقل خاص بالأقليات القومية والمذهبية وبالتالي يستطيع الناخب العراقي بغض النظر عن انتمائه الديني أو القومي التصويت لمرشحي الأقليات¹. ولكن ما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أنه وعلى الرغم من كل هاته الترتيبات لزيادة تعزيز تمثيل الأقليات في المجالس المنتخبة في العراق، إلا أن الواقع العملي قد أثبت أنها ما تزال تعاني التهميش السياسي، ففي تجربة مجلس الحكم الانتقالي عام 2003، وهي أولى مراحل التحول السياسي مثلت الأقليات بمشاركة عضوا من الأقلية المسيحية وعضوة من التركمان، ولم يحظ اليزيديون والصائبية والشبك بأي تمثيل في مجلس الحكم، وبالتالي غاب تمثيل الأقليات عن الترتيبات السياسية الأولى، وفي الجمعية الوطنية المؤقتة حصل اليزيديون على مقعد واحد إضافة إلى مقعد آخر ضمن قائمة التحالف الكردستاني، أما التركمان فقد مثلوا في الجمعية الوطنية المؤقتة بـ 10 مقاعد إلا أنهم لم يصلوا إلى البرلمان ممثلين عن مكوناتهم، إذ كان 5 منهم ضمن الائتلاف الشيعي و2 ضمن قائمة التحالف الكردستاني أما 3 الآخرون فكانوا من الجبهة التركمانية ولم يختلف الأمر في الانتخابات البرلمانية التي جرت عام 2005 وعام 2010 إذ استمر تهميش الأقليات باستثناء شخصيات منها ترشحت ضمن ائتلافات حزبية أوسع شيعية وكردية مما أدى إلى ضياع حقوقها ومصالحها بعد أن أصبحت تحب وصاية الكتل التي اندرجت ضمنها. وفي لجنة إعداد الدستور التي تألفت من 71 عضوا مثلت الأقليات بـ 5 أعضاء من التركمان والأشوريين والمسيحيين واليزيديين مما ترك فجوة في تمثيل الأقليات انعكست بدورها على حقوق الأقليات والضمانات الدستورية لها في الدستور العراقي لعام 2005، أما العوامل التي وقفت عائقا أمام المشاركة الفعلية للأقليات في الحياة السياسية فتمثلت أساسا في:

- نظام المحاصصة الذي تأسست عليه العملية السياسية وحرمت بذلك الشخصيات المنتمة إلى هذه المكونات من التنافس على مقاعد البرلمان و الجهاز التنفيذي.
- قانون الانتخاب الذي نص على تخصيص مقعد واحد لكل 100.000 نسمة كان عقبة كبيرة أمام ما يعد إنصافا في تمثيل الأقليات².

3- إنشاء منظمات و مجالس خاصة بالأقليات

بغية العمل على تعزيز وصول الأقليات إلى مراكز صنع القرار والدفاع عن حقوقهم تم إنشاء المجموعة الدولية لحقوق الأقليات والتي تعتبر منظمة دولية غير حكومية تضم 130 عضو من أكثر من 60 دولة تعمل على إعلاء صوت وضمان حقوق الأقليات والشعوب الأصلية و الذين هم غالبا من أفقر الفقراء. وتتمتع مجموعة حقوق الأقليات بمركز استشاري لدى مجلس الأمم المتحدة للشؤون الاقتصادية

¹ . درواز محمد، النظم الانتخابية ونظام انتخاب مجالس محافظات العراق وإقليم كردستان، الطبعة الأولى، العراق، أكاديمية التوعية وتأهيل الكوادر، السليمانية، 2012، ص. 43 / 48.

² - منى جلال عواد، الأقليات وحق المواطنة في العراق بعد عام 2003، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 5، السنة 5، العدد 18، 2013، ص 411

والاجتماعية ومركز مراقب لدى اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب. وللمنظمة ما يزيد عن 40 سنة من الخبرة في العمل مع المجتمعات غير المسيطرة من الناحية العرقية والدينية واللغوية وهي تقدم نظرة طويلة الأمد من خلال عملها حول هذه القضايا¹.

هذا على المستوى الدولي أما على المستوى المحلي فقد تم إنشاء هيئات ومجالس خاصة بدعم الأقليات، إذ تم في العراق إنشاء مجلس الأقليات العراقية، وقد تأسس هذا الأخير سنة 2005 بمبادرة من المفوضية العراقية لمؤسسات المجتمع المدني وهو احد مؤسسات المجتمع غير الحكومية التي تسعى إلى إقرار حقوق الأقليات على مختلف المستويات بالتعاون مع كل الجهود الوطنية من اجل عراق ديمقراطي موحد يضمن مشاركة أوسع للأقليات العراقية وحصولها على حقوقها الدستورية والسياسية والدينية والثقافية والاجتماعية. ويتكون هذا المجلس من ممثلين عن الأقليات من كورد فيليين وصائبية مندائيين وايزيديين وأرمن وشبك وكلدو آشور وسريان وتركماني، ويعمل هذا المجلس على:

- تدعيم المؤسسات الدستورية وتفعيلها في بناء عراق جديد.

- مشاركة مؤسسات المجتمع المدني العراقية في إنضاج مهماتها في إنشاء مجتمع مدني يقوم على أساس السلم الأهلي واحترام الحقوق وترسيخها وفق ما أقرته الأمم المتحدة في قوانين حقوق الإنسان و لوائح عدم التمييز بإقرار حقوق الأقليات و السكان الأصليين.
- دعم الهوية الثقافية للأقليات وإبراز التنوع الحضاري الذي يشكل علامة فارقة للمجتمع العراقي.
- متابعة الحصول على الحقوق السياسية والثقافية و التعليمية لهذه الأقليات كونها استحقاقا وطنيا وتاريخيا يجب انجازها.
- تبادل الخبرات في مجال العمل وسط الأقليات بالتعاون مع المنظمات المناظرة لمنظمة الأقليات في العالم والاستفادة مما تقدمه المنظمات الدولية العاملة في هذا المجال للارتقاء بالمستوى الثقافي والاجتماعي والتعليمي والصحي و البيئي للأقليات العراقية.
- ترسيخ احترام الخصوصية الدينية والقومية من قبل الأكثرية وفقا للمعايير الإنسانية و الدولية وما أقرته الشرائع السماوية وبما يصون الكرامة الإنسانية ويرقى بالفعل الإنساني إلى المستوى المتمدن و الحضاري².

ولكن وعلى الرغم من إقرار كل هاته الحقوق للأقليات في العراق إلا أنها ما تزال تواجه أنماطا من التمييز و الاعتداءات في ظل هيمنة الجماعات المذهبية والاثنية الكبرى من الشيعة والأكراد ومحاولة هذه الجماعات إحكام قبضتها على السلطة والأرض والموارد الطبيعية.

4- إزالة الحواجز أمام الأقليات

إذ تعترى مشاركة الأقليات في الحياة السياسية العديد من العوائق، إذ قد يتم اللجوء إلى اتخاذ تدابير يكون الهدف من وراءها إقصاء الأقليات من الحياة السياسية، كتمزيق الدوائر الانتخابية بهدف تشتيت خصومها في دوائر متفرقة لا يكون لهم في أي منها ثقل انتخابي، أو تركيزهم في دائرة كبيرة واحدة أو دوائر محدودة لتمكين أنصارها من السيطرة على نتائج كافة الدوائر الانتخابية الأخرى، وغيرها من الوسائل الأخرى التي تؤثر على مشاركة الأقليات في الحياة السياسية.

ولهذا وبغية تعزيز مشاركة الأقليات في الحياة السياسية لابد وأن يتم اتخاذ مختلف الإجراءات التي من شأنها أن تفعل هاته المشاركة على غرار:

- طباعة أوراق الاقتراع أو مواد الانتخابات باللغة الرسمية ولغة الأقليات على حد السواء.
- حفظ أو تخصيص مناصب في كل فروع الحكومة بما فيها الهيئات التشريعية والقضائية والتنفيذية والإدارية للأقليات.
- إنشاء دوائر أحادية الأعضاء بحيث يمكن أن يكون ناخبو الأقليات المركزون قادرين على انتخاب مرشح من دائرتهم.
- تطوير نظم التمثيل النسبي في الدوائر الكبرى مع وضع صيغة لتخصيص التفويضات في صالح الأحزاب الأصغر ومن دون حدود تشريعية جوهرية- يلزم حد أدنى للنسبة المئوية للأصوات للحصول على التمثيل - .

¹ . منظمة العفو الدولية، الأقليات، مجلة موارد، عدد 19، بيروت، لبنان، 2012، ص97.

² . غسان سالم، الايزيديون في العراق . كوتا تسرق أصواتهم وقوانين تنتهك حقوقهم .، مجلة موارد، عدد 19، بيروت، منظمة العفو الدولية، 2012، ص101.

- السماح بالتصويت المفضل من خلال ترك الناخبين يقومون بتصنيف المرشحين من أجل الاختيار أو اختيار مرشحين معينين في قائمة واحدة أو أكثر.
- خفض الحدود العددية للتمثيل في الهيئة التشريعية.

خاتمة:

وفي ختام دراستنا توصلنا إلى جملة من النتائج وهي على النحو التالي:

- تعد قضية الأقليات بدءا من تعريف هذا المصطلح مروراً بإقرار حقوق أفرادها ووصولاً إلى إيجاد آليات لحماية هذه الحقوق وتطبيقها من قضايا حقوق الإنسان الأساسية والحامة والشائكة التي يسعى المجتمع الدولي لمعالجتها منذ عقود طويلة.
- إن أهم مطالب الأقليات تتمثل في المساواة مع الأغلبية في الحقوق المدنية والسياسية مع الاعتراف لها بحق الاختلاف و التميز في مجال الاعتقاد و الثقافة الخاصة.
- إن أفضل المقاربات لمنع نشوء الصراعات هو التزام الدولة غير المحدد زمنيا بضمان مشاركة الأقليات الفعالة من خلال اعتماد إجراءات خاصة تمكن أفراد الأقليات من اتخاذ القرارات والمشاركة الفعالة في الحياة السياسية.
- تتباين النظم الانتخابية وقدرتها على إدماج الأقليات في العملية السياسية على نحو كبير من بلد إلى آخر كما أن تصميم وتطبيق نظام معين في دولة ما يتطلب دراسة متأنية لخيارات النظم وفهما شاملا لجميع خصائص الأقليات.
- إذا كان نظام تمثيل الأقليات يتسم بأنه نظام يحقق المساواة الموضوعية وليست القانونية، أي المساواة المادية وليست الحسابية فإن هذا النظام يتطلب تطبيقه في الدول التي يتعذر فيها وصول هذه الأقليات إلى البرلمان، ولكن في حال نضج الوعي السياسي للناخبين فإن ضرورة تطبيقه تتراجع وقد تصل إلى حد التلاشي ولا يعتبر تطبيق هذا النظام عند توافر أسبابه فيه محاباة وتمييز للأقليات، بل إن عدم تطبيقه يؤدي إلى وقوع ظلم وإجحاف بحق هذه الأقليات وهذا التمييز يطلق عليه اسم التمييز الإيجابي.
- إن من شأن كثرة الأحزاب السياسية داخل البرلمان كنتيجة لتمثيل مختلف الطوائف السياسية بما فيها الأقليات، أمر من شأنه أن يحول دون قيام أغلبية ثابتة ومستقرة مما يؤدي إلى تشكيل حكومات ائتلافية وإلى عدم الاستقرار الحكومي المنشود وما يترتب عليه ذلك من أثر على سياسة الدولة الداخلية والخارجية حيث تتسم هذه السياسة بالجمود.
- إن تمثيل الأقليات في العملية السياسية أمر أساسي لقيام الدولة وبالنسبة للدول ذات التنوع السكاني الكبير يقوم النظام الانتخابي بدور حاسم في ضمان المشاركة السياسية لهم و التمثيل بصورة فعالة.
- تعتبر الكوتا من أنجع السبل لتحقيق تمثيل أكثر توازنا لكل فئات المجتمع بما فيها فئة الأقليات، الأمر الذي يزيد من دعم هذه الأخيرة للنظام السياسي عامة والاستقرار السياسي خاصة.
- بالرغم من إيجابية الكوتا كآلية لتعزيز تمثيل الأقليات في المجالس المنتخبة إلا أنها تسلب الناخبين حرية الاختيار من جهة، ومن جهة أخرى تجعل المنتخبين من خلال الحصص المقننة قد لا يحضون باحترام كاف، فضلا عن افتقارهم لسلطة حقيقية، وينظر إليهم على أنهم ليسوا أكفاء على قدم المساواة مع معظم نظرائهم من الأغلبية.

وعلة ضوء ما تقدم يمكن لنا أن نقترح ما يلي:

- ضرورة قيام الدول التي ينتمي بعض مواطنيها إلى أقليات عرقية باحتضان هاته الأقليات وجعلها على قدم المساواة مع الأغلبية من مواطنيها، وكذا العمل على مساعدتها للمحافظة على صفاتها المميزة، وعدم إلغائها بالقوة لأن ما تتميز به هذه الأقلية هو رفضها للدمج الثقافي.
- ضرورة تغيير جميع القوانين والممارسات التي تميز ضد الأقليات الدينية أو العرقية لضمان احترامها وتماشيها مع ما نصت عليه المواثيق الدولية ذات الصلة بحماية حقوق الأقليات.

- ضرورة أن يتم حل مشكلة الأقليات في إطار دولة ديمقراطية، يتم فيها منح جميع الأقليات القومية حقوقهم السياسية باعتبارهم مواطنين متساوين في الحقوق كافة دون أي استثناء.
- ضرورة إنشاء مؤسسات متخصصة لتلقي الشكاوي من قبل الأقليات في حال ما تعرضت لانتهاك في حقوقها.
- حتى يتم ضمان تطبيق الكوتا والالتزام بها يجب أن تكون ذات طبيعة قانونية ملزمة - كوتا دستورية أو قانونية - وعلى الهيئات المكلفة بإدارة العملية الانتخابية أن تشرف على تطبيقها، علاوة على ذلك يجب متابعة عدم الالتزام بها بإجراءات مناسبة تدفع الأحزاب السياسية للالتزام بها.

نظام الكوتا النسائية كمعالجة لمشكلة التمثيل النسوي في البرلمانات العربية؛

(الجزائر، تونس، المغرب، ومصر؛ دراسة مقارنة).

The quota system for women as a solution to the problem of representation of women in Arabparliaments; (Algeria, Tunisia, Morocco, and Egypt; comparative study).

أ. رابح شامي، أستاذ مساعد قسم (أ)،

معهد العلوم القانونية والإدارية، قسم القانون العام،

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/13 - تاريخ المراجعة: 2017/11/20.

ملخص:

ألزمت اتفاقية سيداو الدول الموقعة عليها اتخاذ تدابير خاصة تدعم تواجد المرأة في البرلمان، ومن بين هذه الدول؛ الجزائر، تونس، المغرب، مصر.

وبالرغم من انقسام الفقه إلى فريقين؛ أول مؤيد لتطبيق نظام الكوتا النسائية، وآخر رافض لذلك تحت تبريرات عدة، فقد اتجهت النظم الدستورية للدول المذكورة إلى تبني هذا النظام للتمكين النسوي من العضوية في البرلمان، إلا أن هذا التبني لم يكن على شكل واحد. فقد اعتمدت الجزائر وتونس نظام كوتا الترشيح، أي تعزيز تواجد المرأة في المراتب المتقدمة بقوائم الترشيح، بينما اعتمدت المغرب ومصر نظام كوتا التمثيل، أي ضمان عدد معين من مقاعد البرلمان للنساء.

الكلمات المفتاحية:

الكوتا، مبدأ المساواة، الترشيح، التمثيل، البرلمان

Abstract:

SEDAW convention has committed countries which signed on it, to make special measures that support the presence of woman in parliament among these countries, we find Algeria, Tunisia, Morocco, and Egypt

Despite of split jurisprudence into two groups, one supports applying women "cota's" system and other rejects it for many reasons, the constitutional systems which mentioned above have gone to adopt this system for woman empowerment in parliament's membership.

This adaption was not in one way. Algeria and Tunisia have depended on filtration's kota, the strengthen presence of woman in the advanced places on filtration lists.

While others like Morocco and Egypt have depended on representation "kota". It means the guarantee of a certain rate or a certain number from women's parliament treats

Key words:

cota, equality principle, filtration, representation, parliament.

مقدمة:

تعتبر قضية المرأة من أهم القضايا التي اهتمت بها الأمم المتحدة، نظرا لمعاناة المرأة من التمييز في التمتع بمختلف أشكال الحقوق خاصة السياسية منها، والمتطلع لتواريخ تمتع المرأة بحقوق التصويت والترشح يدرك حقيقة أن الكثير من الدول لم تمكن المرأة من حقوقها السياسية إلا قبل أعوام قليلة، فمن بين الدول الغربية المتأخرة في منح المرأة حقا التصويت والترشح نجد سويسرا في سنة 1971، بينما في الدول العربية كانت السعودية بمنحها حق التصويت للمرأة في 2011 وحق الترشيح في 2015 آخر دولة عربية تمنح للمرأة هذه الحقوق. إن اعتراف مختلف الدول للمرأة بحقوقها السياسية وخاصة حق الترشيح لم يأت من فراغ، بل هو نتاج نضالات ومؤتمرات لولاها لما تحسّن وضع المرأة في التمتع بهذه الحقوق، لكن بالرغم من هذا الاعتراف الدولي يبقى وضع المرأة المترشحة للانتخابات متأخرا بأشواط كثيرة إذا ما قورنت بنظرائها من الرجال.

إن المطالع للنصوص القانونية المتعلقة بترشيح المرأة في النظم موضوع المقارنة، يلاحظ أن هذه التشريعات قد منحتها أحكاما خاصة مقارنة بالرجل، كوجوب ترشيحها في مراتب متقدمة في القوائم، أو وجوب تناوبها مع الرجل في ترتيب المترشحين، أو ترشيحها ضمن قائمة خاصة بالعنصر النسوي فقط إلى غير ذلك من التدابير، حتى تمكن المرأة من التنافس الحقيقي للفوز بعضوية المجلس المترشح له، هذه المراتب أو المميزات هو ما يطلق عليه "نظام الكوتا النسوية".

من هذا المنطلق تبرز أهمية دراسة موضوع الكوتا النسائية، باعتبارها معالجة تشريعية لمشكلة التمثيل النسوي في البرلمان، الذي لا يعكس الحجم الحقيقي للتمثيل النسوي في المجتمعات العربية، أما دراسة هذا الموضوع في إطار المقارنة فيرجع لتعدد المعالجات التشريعية للظاهرة في تعدد تبني أشكال عدة لهذا النظام في هذه الدول، والإشكالية التي يعالجها موضوع هذا البحث تتمثل في:

هل أن رفع التمييز عن المرأة باعتماد النصوص التشريعية لنظام الكوتا النسائية يعتبر في حد ذاته تمييزا، وما مدى مساهمة هذا النظام في الارتقاء بمركز المرأة المترشحة والنائبة في هذه الدول بالرغم من العادات المجتمعية الراضية لذلك؟.

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال خطة دراسة من مبحثين: يتناول المبحث الأول الكوتا النسائية كمحاولة لتجاوز حالة الركود في عضوية المرأة العربية للبرلمان، ويتناول المبحث الثاني نتائج اعتماد تشريعات النظم المقارنة للكوتا النسائية، الأمر الذي يستدعي توظيف المنهج التحليلي المقارن، مع الاستعانة بالمنهج التاريخي.

المبحث الأول

الكوتا النسائية محاولة لتجاوز ركود التمثيل النسوي العربي في البرلمان

إن اعتماد نظام الكوتا النسائية لم يأت من فراغ، بل هو ثمرة انتصار نضالات ومؤتمرات ودراسات قام بها العديد من الأفراد والمؤسسات والمنظمات والدول، لمواجهة مشكلة التمثيل النسوي القليل الذي لا يعكس الكتلة الديمغرافية الكبيرة للمرأة في المجتمعات الانسانية، في ظل وجود العديد من القوى التي كانت ضد هذا التوجه العالمي، وعليه سنحاول تبين تأثير المساعي الدولية في اعتماد هذا النظام، ثم تبين الموقف العربي منه على المستويين القضائي والفقه.

المطلب الأول: الكوتا النسائية نتاج لمساعي المجتمع الدولي في التمكين للمرأة البرلمانية

في إطار التوجه العام للمجتمع الدولي في القضاء على جميع أشكال التمييز، نالت قضية المرأة حيزا هاما من اهتمامات المجتمع الدولي ممثلا في هيئة الأمم المتحدة، حيث صدر عنها عام 1952 القرار رقم 640 الخاص بالحقوق السياسية للمرأة⁽¹⁾، الذي أكد على حق المرأة في تولي الوظائف العامة في الدولة، على قدم المساواة بينها وبين الرجل، لتتوالى المؤتمرات والمواثيق الدولية بعد ذلك حول قضية المرأة، وتتوالى معها توقيع الدول على هذه المواثيق، وصولا إلى عقد اتفاقية دولية خاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي عرفت اختصارا باتفاقية "سيداو" عام 1979⁽²⁾، حيث ألزمت الدول الموقعة على هذه الاتفاقية، باحترام المرأة والقيام بتدابير قانونية - إضافة إلى التدابير السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية - لضمان مساواة فعلية بين الرجل والمرأة، خاصة وأن هناك الكثير من العراقيل ذات الطابع الاجتماعي والثقافي تعيقها الكثير من المجتمعات⁽³⁾.

1- اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 640 (د-7) المؤرخ في 20 ديسمبر 1952: تاريخ بدء النفاذ 7 جويلية 1954

2- اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 تاريخ بدء النفاذ 3 سبتمبر 1981

3- لمزيد من التفصيل ينظر:

- محمد طيب دهيمي، تمثيل المرأة في البرلمان - دراسة قانونية لنظام الكوتا -، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة،

الجزائر، 2014/2015، ص. 52-55

إن ما يعيننا في هذه الاتفاقية هو الأحكام الخاصة بكيفيات ضمان الوصول للمرأة إلى العضوية في البرلمان، وعلى قدم المساواة مع الرجل، إذ جاء في المادة 3 " تتخذ الدول الأطراف في جميع الميادين، ولاسيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعية، لكفالة تطور المرأة وتقدمها الكاملين، وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل"، وجاء في المادة 1/4 من الاتفاقية "لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزا كما تحدده هذه الاتفاقية، ولكنه لا يجب أن يستتبع بأي حال، كنتيجة له، الإبقاء على معايير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت". إن مصطلح "تتخذ" الوارد في بداية المادة 3 يعني الوجوب، أي على الدول الموقعة على الاتفاقية وجوب اتخاذ تدابير تشريعية، تضمن للمرأة التمتع بحقوقها وحرياتها الأساسية، كما أن استعمال المادة 1/4 منها عبارة "تدابير خاصة مؤقتة" يعني أنه على الدول الموقعة اعتماد نظام الحصص "الكوتا" المؤقتة، والخصوصية هنا تنصرف إلى الدولة، أي أن نص المادة لا يلزم الدول الموقعة على الاتفاقية باتخاذ نفس التدابير، بل لكل دولة اتخاذ تدابير خاصة بها للوصول إلى الهدف المتوخى من ذلك وهو المساواة في التمتع بالحقوق الأساسية عموما، والوصول إلى العضوية في البرلمان خصوصا وهو ما يعيننا ⁽¹⁾، وبالتالي لم تعد المساواة هنا مبدء ينبغي مراعاته بل صارت هدفا ينبغي الوصول إليه.

لم يقتصر الأمر على اتفاقية سيداو، بل واصلت الأمم المتحدة مساعيها للتكفل بقضية المرأة، من خلال مؤتمر كوبنهاغن (الدانمارك) عام 1980، ثم مؤتمر نيروبي (كينيا) في 1985، وصولا إلى مؤتمر بيوكين (الصين) الذي شاركت فيه جل دول العالم (189 دولة) والعديد من المنظمات غير الحكومية، والذي كان من بين قضاياها الإثني عشر (12) الخاصة بالمرأة "المرأة في مواقع السلطة وصنع القرار"، خاصة وأن تمثيل المرأة بقي محتشما في العديد من دول العالم، والذي كان من توصياته على حكومات الدول "اتخاذ تدابير تشمل حيث يكون ذلك مناسبا، تدابير في النظم الانتخابية تشجع الأحزاب السياسية على إشراك المرأة في المناصب العامة الانتخابية أو غير الانتخابية بنفس النسب والمستويات المتاحة للرجل" وكذلك "مراجعة التأثير المتغير للنظم الانتخابية على التمثيل السياسي للمرأة في الهيئات المنتخبة، والنظر عند الاقتضاء في تعديل هذه النظم أو إصلاحها"، أي إدخال تعديلات على النظم الانتخابية بما يتوافق وإشراك المرأة في المناصب العامة الانتخابية وبنفس المستوى مع الرجل، وبالتالي اعتبار عضوية المرأة في المجالس المنتخبة - والتي منها البرلمان - من الأركان التي يقوم عليها أي نظام انتخابي تعتمد الدولة.

المطلب الثاني: موقف القضاء والفقه من الكوتا النسائية

نحاول من خلال هذه الجزئية تبين تكييف القضاء الدستوري للنظم موضوع المقارنة لنظام الكوتا النسائية، باعتباره المفسر لأحكام الدساتير وباعتباره المسؤول عن تقرير دستورية النصوص التشريعية الخاصة بالانتخابات، ثم نستطلع آراء الفقه حول نظام الكوتا النسائية.

الفرع الأول: موقف القضاء الدستوري من الكوتا النسائية

الأصل أن موقف القضاء الدستوري لا يمكن أن يشذ عن التوجه الذي رسمته الأحكام الدستورية، التي جاءت تطبيقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتمكين السياسي للمرأة من الولوج إلى البرلمان، والتي صادقت عليها الدول موضوع الدراسة، باعتبار هذه الأحكام الدستورية هي البوصلة التي توجهه سواء في تفسيره للنص التشريعي المتعلق بتمكين المرأة من العضوية في البرلمان أو في فرض رقابته عليه.

أولا: موقف المجلس الدستوري الجزائري من الكوتا النسائية

- عمار عباس ونصر الدين بن طيفور، توسيع حظوظ مشاركة المرأة الجزائرية في المجالس المنتخبة أو تحقيق المساواة عن طريق التمييز الإيجابي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، جوان 2013

1- كما جاء في المادة 7 " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة للبلد، وبوجه خاص تكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل الحق في: ... ب - المشاركة في صياغة سياسة الحكومة وتنفيذ هذه السياسة وفي شغل الوظائف العامة ...".

جاء في رأي المجلس الدستوري الجزائري حول مطابقة نص القانون العضوي المتعلق بتوسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة⁽¹⁾ للدستور⁽²⁾ "واعتباراً أن مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور لا يتعارض مع إقرار المشرع قواعد مختلفة عندما يكون لمعيار الاختلاف علاقة مباشرة بموضوع القانون الذي يضعه، والناتج عن حتمية دستورية، ولا يتعارض أيضاً مع إقرار المشرع قواعد مختلفة لمواطني يوجودون في أوضاع مختلفة".

ما نلاحظه من هذه الفقرة في رأي المجلس الدستوري الجزائري ما يلي:

أ- أن مبدأ المساواة المنصوص دستوريا لا يتعارض ووضع المشرع قواعد قانونية مختلفة عندما يكون لمعيار الاختلاف علاقة مباشرة بهذه القواعد القانونية، وبالتالي فمعيار الاختلاف هنا وهو "الجنس sexe" والذي له العلاقة المباشرة في سن التشريع الخاص بالكوتا النسائية، لا يتعارض مع مبدأ المساواة، أي حسب رأي المجلس الدستوري لا يمكن القول بوجود تمييز بين الرجل والمرأة في التشريع الخاص بوضع الكوتا النسائية، مادام هناك أصلاً تمايز بينهما وهو الجنس.

إن هذا التحليل لجانب من رأي المجلس الدستوري الجزائري، يقودنا إلى نتيجة هامة وهي أن المجلس أصل لقاعدة عامة وهي إمكانية وضع تشريع تمييزي - لا يخل بمبدأ المساواة في رأيه - مادام للتمايز علاقة مباشرة بهذا التشريع.

إن رأي المجلس الدستوري الجزائري يبدو غريباً، من ناحية وضعه للمعيار الذي يرى إعماله لا يؤدي إلى تعارض التشريع الخاص بالكوتا النسائية ومبدأ المساواة.

ب- أنه يرى أن التشريع الخاص بالكوتا النسوية هو نتاج لحتمية دستورية، وإذا كان المجلس لم يعرف ولم يبين لنا صراحة هذه الحتمية، إلا أننا نرى أن الحتمية الدستورية في موضوع هذا القرار هي الكوتا النسوية كداعم أو كضامن لتواجد المرأة في البرلمان⁽³⁾، أي على المشرع أن يضع التدابير التي تمكن المرأة من العضوية في البرلمان.

ج- إن مبدأ المساواة لا يتعارض كذلك مع إقرار المشرع لقواعد مختلفة لمواطني يوجودون في أوضاع مختلفة، وما يشد الانتباه في هذا الجزء من رأي المجلس الدستوري استعماله لعبارة "المواطني" وعبارة "أوضاع". وإن استعمال المجلس لمصطلح "المواطني" بدل مصطلح "الأشخاص"، يعني المسلك الذي يحدده المؤسس للمشرع والذي لا يتنافى ومبدأ المساواة، هو مسلك ذو طبيعة سياسية، أي أن مبدأ المساواة الذي يقصده المجلس الدستوري هنا هو المساواة السياسية فقط.

من جهة أخرى، نعلم أن مبدأ المساواة يعني معاملة أصحاب المراكز القانونية المتماثلة معاملة متماثلة، وبمفهوم المخالفة معاملة أصحاب المراكز القانونية المختلفة معاملة مختلفة، إلا أن المجلس استعمل مصطلح "أوضاع" بدل مصطلح "مراكز"، حتى أنه لم يستعمل عبارة "أوضاع قانونية" ما يدل - بالنسبة إلينا - أن المجلس لا يقصد بمصطلح "أوضاع" المراكز القانونية، بل غير ذلك، ولعله من خلال سياق الوضع الذي تعيشه المرأة عندنا يقصد المراكز الاجتماعية؛ ولسنا هنا بصدد تحميل المصطلح أكثر مما يحتمل، للخروج بنتائج وضعناها مسبقاً، فالمصطلح القانوني معروف بأنه يؤدي المعنى، أما أن نستعمل مصطلحاً آخر غير دال، فهذا أكيد أنه سيفتح الباب لأي تأويل.

1- رأي رقم 05/ر.م.د/11، المؤرخ في 22 ديسمبر 2011، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كفاءات توسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة للدستور، ج. ر العدد الأول، المنشورة في 14 جانفي 2012

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، ج. ر العدد 76، المنشورة بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج. ر العدد 25، المنشورة بتاريخ 14 أبريل 2002 وبالقانون 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر العدد 63، المنشورة بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

وقد تم تعديله بعد ذلك بالقانون 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، ج. ر العدد 14، المنشورة بتاريخ 07 مارس 2016

3- إن رأي المجلس الدستوري جاء متعلقاً بتوسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة عموماً، لكن ما يهمنا هنا هو البرلمان فقط.

إذا صدق تحليلنا، فالجلس الدستوري يرى أن المساواة السياسية لا تتعارض والمعاملة التشريعية المختلفة لأصحاب الأوضاع الاجتماعية - وليس القانونية - المختلفة، ما دام الهدف هو تحقيق الحتمية الدستورية، وهل هذا يعد مخالفة للحكم الدستوري الذي تضمنته نفس المادة الناصة على المساواة كمبدأ " ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى ... أو أي ظرف آخر شخصي أو اجتماعي "؟.

بالنسبة للفقرة التي تلي الفقرة السابقة في رأي المجلس الدستوري الجزائري "واعتباراً أن تجسيد الأهداف الدستورية مثلما يستمد من روح المادة 31 و31 مكرر من الدستور يقتضي أن يكون كل حكم قانوني ذي صلة بموضوع القانون العضوي موضوع الإخطار، وتحت طائلة التصريح بعدم مطابقته للدستور، منصبا وجوبا في اتجاه ترقية الحقوق السياسية للمرأة وليس في اتجاه تقليصها".

(أ) - أن ترقية الحقوق السياسية للمرأة - من خلال دعم أو ضمان عضويتها في البرلمان وهو موضوعنا - يعتبر هدفا دستوريا مستمدا من روح المادتين 31 و31 مكرر، تعمل الدولة على تحقيقه، بإزالة العقبات الاجتماعية التي تحول دون مشاركتها في الحياة السياسية من خلال توسيع حظوظ تمثيلها في البرلمان، وعمل الدولة هنا يكون بكل الوسائل والآليات، وعلى رأسها التشريع.

(ب) - إن الهدف الدستوري المتمثل في الوصول للمرأة للعضوية في البرلمان - كأحد الأهداف السياسية الأخرى المتعلقة بالمرأة - يقتضي أن يكون التشريع المنظم لتسهيل عملية وصول المرأة للبرلمان - التشريع المتعلق بالكويتا النسائية - منصبا في توسيع حظوظها في ذلك وليس تقليصها، تحت طائلة عدم مطابقته - التشريع - للدستور، أي أن أحكام - موضوع - القانون العضوي المتعلق بتوسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة ينبغي أن تكون مطابقة للهدف الدستوري في ذلك والذي تضمنته لا نصوصه فقط بل روحه.

إذا فالجلس الدستوري طرح مسألة عضوية المرأة في البرلمان ضمن إطار مبدأ المساواة، باعتبار توسيع حظوظ العضوية لا تتناقض مع المبدأ، مادام التشريع المتعلق بذلك مبني على أساس الاختلاف بين الجنسين، وعلى أساس الوضع الاجتماعي الذي تعيشه المرأة.

ثانيا: موقف المجلس الدستوري المغربي من الكوتا النسائية

جاء في قرار للمجلس الدستوري المغربي ⁽¹⁾ "وحيث إن تمكين الإناث من الترشح ضمن الجزء الثاني من لائحة الترشيح المتعلقة بالدائرة الانتخابية الوطنية إلى جانب الذكور، يعتبر إجراء إضافيا لدعم تمثيلية النساء بمجلس النواب، إعمالا لما ورد في الفقرة الأولى من الفصل 30 من الدستور من أن القانون نص على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية، ويعد خطوة أخرى في النهج الذي يجب أن تسعى الدولة من خلاله إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء، طبقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 19 من الدستور".

(أ) - إن الإجراء الإضافي المنصوص عليه في المادة 2/23 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، والذي يفتح المجال للإناث الترشح ضمن فئة الشباب - إضافة إلى الفئة الخاصة بمن في الترشح - ضمن القوائم الترشيح للدائرة الانتخابية الوطنية، يعتبر إجراء إضافيا لدعم وجود المرأة في البرلمان.

(ب) - إن هذا الإجراء هو إعمال - تطبيق - للنص الدستوري ⁽²⁾ القاضي بضرورة أن نص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين الجنسين في الوصول إلى عضوية البرلمان.

(ج) - أن هذه المقتضيات لا تعد الخطوة الأخيرة في التمكين السياسي للمرأة من خلال تشجيع تكافؤ فرصتها مع الرجل في عضويتها بالبرلمان، بل هي إحدى الخطوات للوصول إلى المناصفة بين الرجال والنساء، باعتبار المناصفة مبدأ دستوري تسعى الدولة إلى تحقيقه بما لديها من سياسات، والتي منها السياسة التشريعية.

1- قرار رقم: 1012/16 م. د، المؤرخ في 03 أوت 2016،

2- الفصل 30 من دستور المملكة المغربية، الصادر بالظهير الشريف رقم 1.11.91 المؤرخ في 29 جويلية 2011، ج. ر. العدد 5964 مكرر، المنشورة بتاريخ 30 جويلية 2011

إذن فالمؤسس الدستوري المغربي وبالنسبة لتوسيع تمثيل المرأة في البرلمان-إضافة إلى عضويتها في الهيئات الأخرى- لم يقتصر على مبدأ المساواة فقط، بل اعتمد مبدأ دستوريا جديدا هو "مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء". وبالرغم من أن أحكام التشريعات الانتخابية للدول محل الدراسة تصب في هدف واحد وهو ضمان أكبر لعضوية المرأة في البرلمان، إلا أننا نلاحظ أن المؤسس الدستوري المغربي ومن وراءه المجلس الدستوري، قد طرح هذا ضمن مبدأ آخر مكمل لمبدأ المساواة وهو "مبدأ المناصفة" بين الرجال والنساء في ولوج الوظائف الانتخابية، وبالتالي تفعيل مبدأ المساواة لا بين الرجل وبين المرأة كأفراد، بل بين الرجال وبين النساء كفئات اجتماعية.

ثالثا: موقف المحكمة الدستورية العليا المصرية من الكوتا النسائية

إزاء الطعن بعدم دستورية القانون رقم 21 لسنة 1979 أصدرت المحكمة الدستورية العليا في عام 1986 حكما بعدم دستورية هذا القانون، على اعتبار أنه يخل بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذ أن نظام التخصيص يعني التمييز بنسبة معينة لصالح المرأة وحدها حتى ولو كانت هذه النسبة ضئيلة، ولأن التمييز يعني التفرقة التي تعني عدم المساواة وهذا مخالف للمادة 40 من الدستور⁽¹⁾. وكانت الحكومة قد رأت أن تخصيص مقاعد للمرأة في مرحلة ما ضمانا لتمثيلها في البرلمان لا مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، لأن لفظ الجنس الوارد في المادة 40 من دستور 1971، يعني عدم التفرقة بين الأجناس البشرية (Race) وليس جنسي الذكر والأنثى (Sex)، إلا أن الانتخابات البرلمانية حكم المحكمة الدستورية بقي ساري النفاذ، حتى التعديلات الدستورية سنة 2010 التي أخذت بهذا النظام.

الفرع الثاني: موقف الفقه الدستوري من الكوتا النسائية

اختلف الفقه الدستوري في موقفه من الكوتا النسائية، ويمكن اعتبار هذه المواقف متواجدة على طريقتين، ففريق أول مؤيد لضمانات أفضل تمكن المرأة من العضوية في البرلمان وفريق ثانٍ معارض لتفعيل هذا النظام. أولا: الرأي المؤيد للكوتا النسائية⁽²⁾.

يمكن إجمال مبررات تأييد هذا الرأي للكوتا النسائية فيما يلي:

- 1- إن نظام الكوتا النسائية لا يخل بمبدأ المساواة، بإقرار المبدأ في الدستور ليس المقصود منه إخضاع كافة المواطنين لقواعد موحدة توفر لهم مساواة نظرية لا تأخذ بعين الاعتبار ما يوجد بينهم من تمايز، فعدم تبني نظام الكوتا النسائية هو التكريس لواقع عدم المساواة المتعارض مع الدستور.
- 2- إن نظام الكوتا الخاصة بالمرأة يعد الوسيلة الوحيدة لضمان تمثيل متوازن وسريع للمرأة في البرلمان، خاصة وأن نسبة النساء في كل المجتمعات تقارب أو تساوي أو تفوق نسبة الرجال.

1- ينظر:

- أشرف عبد الرحمان محمد صادق غزالي، المشاركة السياسية للمرأة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2009، ص 409

- مدحت أحمد محمد يوسف غنيم، تفعيل دور المرأة في المشاركة السياسية- دراسة تأصيلية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2014، ص 99.

2- لمزيد من التفصيل ينظر:

- أشرف عبد الرحمان محمد صادق غزالي، نفس المرجع، ص 422-423

- أميرة المعارجي، تمثيل المرأة في المجالس النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 91

- سعاد الشراوي وعبد الله ناصف، نظم الانتخاب في مصر وفي العالم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 335-338

- محمد طيب دهيمي، المرجع السابق، ص 73-77

- نعيمة سمينة، قانون الحصص النسائية المفهوم والاشكاليات، مركز النور www.alnoor.se/article.asp، يوم 26 أوت 2017، الساعة 10:00

- 3- الكوتا تعويض للمرأة عما تعانيه، إذ توفر للنساء شغل مقاعد نيابية لا يمكنها شغلها بدون هذا النظام، نظرا للحواجز والعوائق المجتمعية التي تحول دون مساهمة المرأة في بناء المجتمع وتنميته عموما، وترشيح المرأة وانتخابها على وجه الخصوص.
 - 4- إن عدم التناسب بين الكتلة العددية للمرأة في المجتمع وبين تمثيلها في البرلمان، يعبر عن تمييز حقيقي تجاه المرأة، ومن العدل أولا ومنطق تمثيل المصالح ثانيا نصف المجتمع، مما يضمن صيانة وتعزيز كرامة المرأة، الأمر الذي يقدم نموذجا للمشاركة السياسية جدير بالاعتناء والتحفيز لمشاركة النساء.
 - 5- لا يمكن القول أن الكوتا تنقص من حرية الناخبين في التصويت، إذ أن الأحزاب هي التي ترشح، أما الناخبون فما عليهم إلا الاختيار بين المترشحين.
 - 6- إن القول أنه بإمكان المرأة الفوز بمقعدها في البرلمان، يعتبر نزعة تعصبية تجاه المرأة، وممارسة في الأصل لتعبير سياسي سافر عن الثقافة السائدة في المجتمع، والتي تلبى دائما مصالح القوى الاجتماعية التقليدية والرجعية.
- ثانيا: الرأي المعارض للكوتا النسائية⁽¹⁾.**
- على خلاف الرأي المؤيد لنظام الكوتا النسوية هنا رأي معارض لهذا النظام يستند في تبرير رأيه على عدة اعتبارات يمكن إجمالها فيما يلي:
- 1- إن نظام الكوتا النسائية يتعارض مع مبدأ المساواة بين المواطنين الذي نصت عليه كل الدساتير، كما أنه يتناقض مع مبدأ تكافؤ الفرص، إذ هو تدبير غير ديمقراطي يمنح النساء حقوقا على أساس النوع لا الكفاءة.
 - 2- إن النصوص المتبينة لهذا النظام تفرض وصاية على الشعب في اختيار ممثليه، فالمبدأ الديمقراطي، يقضي أن يترك الشعب حرا في اختياره، يجعل كل نوابه من الرجال أو من النساء، لإرادته وحدها هي التي تفصل في أن يكون النواب من هؤلاء أو من هؤلاء.
 - 3- إن هذا النظام فيه جور لا تخطئه العين على المصلحة العامة، فالحق للمصلحة العامة يختص المجتمع بتحديدته دون النظر إلى جنسه، وإلا نكون أمام تعطيل حقيقي لحرية الاختيار التي تعتبر من دعائم الديمقراطية.
 - 4- إن نظام الكوتا النسائية يعطى للأقليات الدينية والعرقية والإثنية، ولا يمكن اعتبار المرأة كأقلية وهي تعادل نصف المجتمع أو ما يفوق ذلك.
 - 5- إن هذا النظام يعطي الفرص المجانية للنساء على أساس هويتها البيولوجية، بغض النظر عن كفاءتها في ممارسة العمل النيابي، فالديمقراطية ميدان فسيح، لا يمنع المرأة من الوصول إلى العضوية في البرلمان بقدراتها الذاتية دون الاتكال على نظام الكوتا.
 - 6- قد يؤثر هذا النظام على سلبا على نضالات المرأة نحو تحسين أحوالها وتعزيز مشاركتها السياسية.
 - 7- من مضار هذا النظام هو إمكانية استخدامه من قبل الأنظمة لضمان الدفع بنساء مؤيدات للسياسات القائمة أو على أحسن تقدير الدفع بنساء سلبيات إلى عضوية البرلمان.

1- لمزيد من التفصيل ينظر:

- أشرف عبد الرحمن محمد صادق غزالي، المرجع السابق، ص 422-423

- أميرة المعاريحي، المرجع السابق، ص 91

- سعاد الشراوي وعبد الله ناصف، المرجع السابق، ص 335-338

- محمد طيب دهيمي، المرجع السابق، ص 77-83

- مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري المصري، مطابع السعدي، مصر، 2006، ص 80

- نعيمة سمينة، المرجع السابق

8- المرأة ليست بحاجة للوصول إلى البرلمان كي تمثل مصالحها بصورة أكثر فعالية، ويؤكدون أن عضوة البرلمان لا يجب أن تعتبر نفسها معبرة عن المرأة بل عن الشعب بأسره.

9- يمكننا إضافة رأي آخر مستنتج من بعض آراء الفقه الإسلامي الذي يرى عدم جواز تولي المرأة الوظائف العامة العليا في الدولة، وبالتالي عدم جواز نظام الكوتا لأنه يعتبر هنا فرعا من أصل.

ثالثا: رأينا في الموضوع.

سنحاول إبداء رأينا من موضوع الكوتا النسائية من خلال الإجابة على الأسئلة التالية:

إن أول سؤال ينبغي طرحه هنا هو؛ هل المرأة تعاني التمييز أم تعيش المساواة في المجتمعات عموما والمجتمعات العربية خصوصا؟. نعتقد أن الإجابة كالتالي: نعم، إن المرأة تعاني التمييز في المجتمعات العربية، أي أن أنها تحتل مركزا اجتماعيا أدنى بكثير من مركز الرجل، وبالنسبة للنظم موضوع المقارنة فالأمر يؤكد بعض الأرقام التي لدينا.

- بالنسبة لعملية التسجيل في القوائم الانتخابية نجد أن نسبة التسجيل ممن لهم الحق في التسجيل بالنسبة لكل جنس هي: في الجزائر لا تتجاوز نسبة المسجلات 56% من العدد الإجمالي للإناث في الجزائر، بالمقابل تتجاوز نسبة المسجلين من الذكور 64% من العدد الإجمالي للذكور⁽¹⁾.

في تونس: نسبة المسجلات هي 47,64% من مجموع المسجلين بالرغم من أن نسبتهم من عدد السكان هي 50,27%، بالمقابل فنسبة المسجلين من الذكور هي 52,36% من مجموع المسجلين بالرغم من أن نسبتهم من عدد السكان هي 49,72%⁽²⁾. إن هذه النسب تعكس سقف الحرية النسبي فيما يخص تسجيل المرأة في القوائم الانتخابية مقارنة بالرجل، بالرغم من أن التسجيل في القوائم الانتخابية يعد إجباريا في الجزائر وتونس. وفي نفس السياق ونظرا لانعدام الإحصائيات حول نسب المصوتين من النساء والرجال في الانتخابات التشريعية في الدول موضوع المقارنة، الشيء الذي لم يمكننا من الاستدلال حول وضع المرأة، خاصة وأن نسبة المصوتين من كل جنس بالنسبة لعدد المسجلين من نفس الجنس، تعكس بشكل أكبر وضع المرأة في هذه الدول، والتي نعتقد أنها ستكون متدنية بكثير عند النساء مقارنة بالرجال.

- بالنسبة لعملية الترشيح والفوز:

في الجزائر: عدد المترشحات الفائزات المتصدرات للقوائم الانتخابية هو اثنا عشر (12) مترشحة، من بين 256 قائمة فائزة⁽³⁾، أي ما نسبته 4,68%.

في تونس: عدد المترشحات على رؤوس القوائم الانتخابية هو 142 مترشحة من 574 قائمة ترشيح، أي ما نسبته 24,73%، فازت منهن إحدى عشر (11) مترشحة، من بين 127 قائمة فائزة⁽⁴⁾، بنسبته 7,08% من متصدري القوائم الفائزين.

1- النسب هي نتائج لعمليات حسابية من إحصائيات مأخوذة من:

- الموقع الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية/ www.interieur.gov.dz/index.php/ar، يوم 26 أوت 2017، الساعة 10:00

- الموقع الرسمي لوزارة الصحة والسكان/ www.sante.gov.dz، يوم 26 أوت 2017، الساعة 10:00

2- النسب هي نتائج لعمليات حسابية من إحصائيات مأخوذة من:

- تقرير الهيئة العليا المستقلة للانتخابات حول العملية الانتخابية لسنة 2014، الرائد الرسمي رقم 32، المنشور في 21 أفريل 2015، الموقع الرسمي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات

3- إعلان رقم 01/م.أ.د/ مؤرخ في 18 مايو 2017، يتضمن نتائج انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني، ج.ر العدد 34، المنشورة في 07 جوان 2017

4- قرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، المؤرخ في 21 نوفمبر 2014، يتعلق بالتصريح بالنتائج النهائية للانتخابات التشريعية 2014، الرائد الرسمي عدد 94، المنشور في 21 نوفمبر 2014

في المغرب: وباعتبار الدائرة الوطنية معنية بنظام الكوتا النسوية، وفي الدوائر المحلية - غير المعنية بنظام الكوتا النسوية - كانت نسب المترشحين من الرجال 89,92 % ومن النساء 10,08، كما فاز بمقاعد الدوائر المحلية 96,72 % من الرجال و 3,28 % من النساء⁽¹⁾.

في مصر: بلغ عدد المترشحات بنظام الفردي 279 مترشحة فقط، أي أقل من 6 % من إجمالي المترشحين لهذا النظام، كما فازت من بين هؤلاء المترشحات 19 مترشحة فقط أي ما نسبته 13.2 % من إجمالي المترشحات⁽²⁾. إذا ما دامت المرأة العربية تعاني التمييز المتجلي في ضعف التمتع بحقوقها السياسية وخاصة حق الترشح، فما هو سبب هذا التمييز؟.

إن سبب هذا التمييز يرجع إلى أحد الاحتمالين أو كليهما:
الاحتمال الأول: هو عزوف المرأة نفسها عن مباشرة حق الترشح.
الاحتمال الثاني: هو التقاليد المجتمعية القديمة والمحافظة التي تمنع المرأة من التمتع بحق الترشح، إذ تمنعها من التسجيل في القوائم الانتخابية، وإن تمكنت من التسجيل تمنعها من التصويت فما بالنا من الترشح.
ما دمنا قد ذكرنا الاحتمالين الذين يمنعان المرأة من الترشح لعضوية برلمانات الدول موضوع المقارنة، فهل يمكن معالجة هذا الخلل المجتمعي، وكيف نعالجه إن أمكننا ذلك؟.
بالنسبة للاحتمال الأول: لا يمكن للمشرع أن يتدخل ويفرض على المرأة التي تمنع نفسها أصلا من ممارسة حق الترشح أن تترشح، إذ أن دفع المرأة هنا لمباشرة هذا الحق يكون بالعمل التوعوي لا التشريعي.
بالنسبة للاحتمال الثاني: ما دام أن هناك إرادة خارجية عن إرادة المرأة تمنع هذه الأخيرة من الترشح، فهل يمكن للمرأة اللجوء إلى القضاء لحماية ممارستها لحقها؟.
من المعلوم لدينا أن الحماية القانونية للحق تكون باللجوء إلى القضاء، لكن إسقاط هذا الإجراء على المرأة لحماية حقها في الترشح صعب من ناحيتين:

الأولى: أن القوى التي منعت المرأة من مباشرة حق الترشح، هي نفس القوى التي تمنعها من اللجوء إلى القضاء لحماية هذا الحق كالأب أو الزوج أو الأخ، وعلى افتراض لجوئها - المرأة - إلى القضاء لحماية حقها في الترشح، فهي بذلك ستستطيع التقدم للترشح وهو مكسب لها، مع احتمال بقبول الترشح لأنه مرتبط بشروط وإجراءات، واحتمال بالفوز بعضوية البرلمان، بالمقابل سيتأكد تراجع مكانتها الاجتماعية - المتخلفة أصلا - أكثر مما كانت عليه.

الثانية: أكثر من ذلك أن هذه القوى ليست شخصا أو أشخاصا معينين بذواتهم فقط كالأب أو الزوج أو الأخ فهذه هي القوى الظاهرة فقط، بل هي قوى مجتمعية الظاهر فيها أقل بكثير من الخفي، أي أنها هي المجتمع كله أو الجزء الأكبر منه، الأمر الذي يستحيل معه تحديد أشخاصه بذواتهم.

إذن هل يمكن للمشرع التدخل لحماية هذا الحق بطريقة ما؟.

إن سلوك المجتمع بمنع المرأة من التمتع بحق الترشح يعتبر سلوكا فوضويا، لا يمكن تنظيمه إلا عن طريق القاعدة القانونية، لكن هل نظام الكوتا هو الكيفية الوحيدة لتدخل المشرع؟.

1- الموقع الرسمي للبوابة الإلكترونية الخاصة بالانتخابات، وزارة الداخلية، www.elections.ma، يوم 26 أوت 2017، الساعة 10:00

2- اللجنة العليا للانتخابات، ملخص تقرير الانتخابات التشريعية (مجلس النواب 2015)، <https://www.elections.eg/>، يوم 26 أوت 2017، الساعة 10:00

إن القاعدة القانونية توصف بأنها قاعدة تقويمية، أي أنه في توجيهها للمخاطبين بها إنما تخاطبهم لغرض ضبط سلوكهم الاجتماعي، وهي بهذا توجه إنما تحدد ما يجب أن يكون عليه هؤلاء، وليس تقرير ما هم كائنون عليه، فسعي القاعدة القانونية إلى تقويم سلوك المخاطبين بها؛ والقواعد القانونية المنظمة للكوّتا، تعني أن المشرع إنما تدخل لتنظيم السلوك الفوضوي للمجتمع المانع للمرأة حق الترشح، عن طريق آلية الكوّتا النسوية، فالكوّتا النسوية في نظرنا ليست غاية في حد ذاتها، إنما هي وسيلة يتم بها ضمان الحد الأدنى - حسب تقدير المشرع - لتمتع المرأة بحق الترشيح الممنوعة منه اجتماعيا.

من جانب آخر، وحتى وإن كان الوجه الآخر لنظام الكوّتا - كوسيلة لتنظيم السلوك الفوضوي للجماعة المتمثل في منع المرأة من التمتع بحق الترشح - هو ضمان شروط أفضل لتمكين المرأة من العضوية في البرلمان، فهذا لا يعيب هذا النظام، مادام تطبيقه يمكن للمرأة التواجد في البرلمان.

إن القاعدة القانونية إنما وُجدت لتحقيق المصلحة العامة في المجتمع خلال فترة زمنية ما، والمصلحة العامة في وجود البرلمان هو التعبير الأمثل عن إرادة الشعب من خلال عمليتي التشريع والرقابة وغيرها من الوظائف الأخرى للبرلمان، وهذا لن يكون إلا بتمثيل حقيقي للشعب تظهر فيه حرية الاختيار المكفولة للناخب من جهة، وتظهر فيه المكونات السياسية لهذا الشعب في البرلمان من جهة أخرى.

المبحث الثاني

نتائج اعتماد تشريعات النظم المقارنة للكوّتا النسائية

ألزمت اتفاقية سيداو الدول الموقعة عليها باتخاذ تدابير خاصة من شأنها الرقي بمركز المرأة بما يعزز من تواجدها في برلمانات الدول، ومن خلال تحليل مختلف النصوص التشريعية الخاصة بالدول موضوع المقارنة، يمكن القول أنه يمكن تقسيم نظام الكوّتا النسائية في هذه الدول إلى نموذجين، النموذج الأول خاص بكوّتا الترشيح لعضوية المجالس النيابية، والنموذج الثاني خاص بكوّتا الفوز بالمقاعد النيابية.

المطلب الأول: اعتماد كوّتا الترشيح كأثر للتصديق على الاتفاقية

يعني نظام كوّتا الترشيح أن الدولة التي أخذت به في تشريعها الانتخابي تقوم بتدابير من شأنها ضمان ترشيح المرأة ضمن القوائم الانتخابية وفي مراتب متقدمة في كل قائمة انتخابية، حتى تتمكن من الفوز بمقاعد نيابية، أي أن النظام الانتخابي هنا يضمن الحد الأدنى لترتيب ترشيح للمرأة في القائمة الانتخابية، لكن فوز المرأة بالمقعد النيابي مرتبط بعدد المقاعد التي فازت بها هذه القائمة الانتخابية، وقد أخذت بهذا النظام كل من الجزائر وتونس.

الفرع الأول: كوّتا الترشيح في الجزائر

جاء في المادة 1/35 من الدستور الجزائري بأنه: " تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة"، أي أن الدولة تعمل على الزيادة في احتمالات وجود المرأة في المجالس المنتخبة، وليس ضمان وجودها في هذه المجالس، وقد أحال المؤسس في الفقرة الثانية من المادة 35 إلى قانون عضوي كفاءات تطبيق هذه المادة، أي أن القانون العضوي سيضع الأحكام الكفيلة بما يضمن الزيادة في احتمالات وجود المرأة في المجالس المنتخبة، وبالتالي فالقانون العضوي ليس عليه وضع الأحكام الكفيلة بضمنان تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة وإلا عُدد غير مطابق للدستور.

إن المعيار الذي نراه فاصلا بين الأحكام التي تعتبر ضامنة لاحتمالات توسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة وبين ضمان تمثيلها في هذه المجالس هو مدى التأكد من فوز المرأة من عدمه بمقعد نيابي واحد على الأقل على مستوى كل تراب الدولة قبل عملية الترشح، فالأحكام المؤكدة - رياضيا - لفوز المرأة ولو بمقعد واحد لا تجعلنا أمام حالة توسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة، بل أمام ضمان تمثيلها في هذه المجالس، كالنص على وجوب وضع متصديري القوائم الانتخابية من العنصر النسوي، أو ضرورة تمثيل كل قائمة فائزة بامرأة على الأقل، أما النص مثلا على ضرورة وجود نسبة معينة من النساء في قوائم الترشيح أو التناوب في ترتيب المترشحين من الجنسين في كل

قائمة، ففي هذين المثالين لا يمكننا القول بضمان وجود امرأة على الأقل في المجلس، بل نحن أمام تأكيد ترشيحها وتعزيز احتمالات فوزها فقط.

لقد أثر تطبيق القانون العضوي 12-03 المتعلق بتوسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة⁽¹⁾ بالجزائر تأثيرا لافتا في نتائج الانتخابات التشريعية لسنة 2012، إذ ساهم في فوز 143 امرأة بعضوية المجلس الشعبي الوطني⁽²⁾ من أصل 462 مقعدا، أي ما نسبته 39,65 %، كما ساهم في فوز 119 امرأة بعضوية المجلس الشعبي الوطني من أصل 462 مقعدا أي ما نسبته 25,76 %⁽³⁾ في نتائج الانتخابات التشريعية لسنة 2017، بعد أن كان التمثيل النسوي في نفس المجلس يحوز 24 مقعدا فقط⁽⁴⁾ من أصل 389 في نتائج الانتخابات التشريعية لسنة 2007، أي ما نسبته 6,16 %.

من جانب آخر ونتيجة لتطبيق القانون العضوي 12-03 المذكور في الانتخابات التشريعية لسنتي 2012 و 2017 لاحظنا أن عدد القوائم الفائزة في انتخابات 2012 هو 174 قائمة وكانت نسبة فوز المرأة 39,65 % من عدد المقاعد الإجمالي، وكان عدد القوائم الفائزة في انتخابات 2017 هو 256 قائمة فازت المرأة ب 25,76 % من عدد المقاعد الإجمالي، وبالتالي يتأكد القول أنه كلما قلت عدد القوائم الفائزة كلما زاد تمثيل المرأة في نظام الكوتا المعتمد بالجزائر.

بالمقابل ما يلفت الانتباه في انتخابات 2012 أنه من أصل الـ 143 امرأة الفائزة بالانتخابات، جاءت أربع (04) نساء فقط على رؤوس القوائم من بين 174 قائمة فائزة بمختلف الدوائر الانتخابية أي ما نسبته 2,29 %، لتتعدد هذه النسبة إلى 4,68 % بالنسبة لانتخابات 2017 حيث أنه من أصل الـ 119 امرأة الفائزة بالانتخابات، جاءت 12 امرأة فقط على رؤوس القوائم من بين 256 قائمة فائزة بمختلف الدوائر الانتخابية، إن هذا يؤكد السيطرة شبه التامة للرجل في وضع التراتبية على مستوى القوائم الانتخابية، وبشكل أعم يعكس حقيقة ذكورية الطبقة السياسية الجزائرية وازدواجية خطابها السياسي، إذ صوتت بالأغلبية المطلقة للنواب وصادقت بالأغلبية الموصوفة (4/3) أعضاء مجلس الأمة على القانون العضوي 12-03، لتأتي بعد ذلك وترشح الرجل على جل رؤوس قوائمها الانتخابية. في نفس السياق وتأكيدا على كلامنا السابق - لاحظنا أن عدد الفائزات بالمراتب التالية للمرتبة الأولى - حيث يطبق القانون العضوي 12-03 عمليا - هو 139 امرأة من بين الـ 143 الفائزات في انتخابات 2012، كما فازت بنفس المراتب 106⁽⁵⁾ من بين الـ 119 امرأة فائزة في انتخابات 2017، وهو ما يعكس حقيقة القفزة الحقيقية للتمثيل النسوي التي ساهم هذا القانون في تحقيقها.

لكن بالمقابل وما ينبغي التذكير به من الناحية الحسائية، أنه ليس بالضرورة أن هذا تطبيق هذا القانون العضوي سيضمن وبالتأكيد تمثيلا للمرأة داخل المجلس الشعبي الوطني، ولنفترض أن كل قائمة انتخابية فائزة في كل دائرة انتخابية، فازت بمقعد واحد فقط فيها، وكان على كل رؤوس القوائم الفائزة رجال، بالتالي لن تفوز أية امرأة بمقعد، حتى مع تطبيق أحكام القانون العضوي 12-03، صحيح أن هذا المثال يصعب جدا تحقيقه على أرض الواقع، لكنه ليس بمستحيل الوقوع⁽⁶⁾.

1- القانون العضوي رقم 12-03، المتعلق بتوسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة، الصادر في 12 جانفي 2012، ج.ر. العدد الأول، المنشورة في 14 جانفي 2012

2- إعلان رقم 01/أ.م.د. 12، المرجع السابق

3- إعلان رقم 01/أ.م.د. مؤرخ في 18 مايو 2017، يتضمن نتائج انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني، ج.ر. العدد 34، المنشورة في 07 جوان 2017

4- إعلان رقم 03/أ.م.د. مؤرخ في 21 مايو 2007، يتضمن نتائج انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني، ج.ر. العدد 45، المنشورة في 11 جويلية 2007

5- نقول أن 106 امرأة فازت بالمراتب التي تلي المرتبة الأولى في مختلف القوائم، من دون ذكر حالة واحدة فازت بالعضوية في الدائرة الانتخابية للجزائر العاصمة عن حزب العمال وهي المترشحة "بودين خديجة"، التي فازت بالعضوية دون الحاجة إلى تطبيق القانون العضوي 12-03، إذ أن نظام الكوتا هنا مكن من فوز امرأتين (02) من بين الستة الفائزين، في حين فازت المترشحة المذكورة نظرا لترتيبها في قائمة الترشيح، لا على أساس تطبيق القانون العضوي 12-03.

6- من خلال نتائج انتخابات 2017 لاحظنا أنه من بين الدوائر الانتخابية الـ 48 الموجودة على التراب الوطني، هناك ثمانية (08) دوائر انتخابية لم تفر فيها المرأة بأي مقعد، وهذه الدوائر هي: بشار، تمنراست، سعيدة، البيض، إيليزي، تندوف، خنشلة وغرداية.

من هذا المنطلق، نقول أن تطبيق نظام الكوتا النسائية وفق أحكام القانون العضوي 12-03 وإن ساهم تطبيقه في أول وثاني تجربة برلمانية من توسيع تمثيل المرأة، إلا أنه بهذه الأحكام لا يؤدي بالضرورة دائما إلى تحسين التمثيل، وخير دليل على ذلك تراجع التمثيل النسوي في البرلمان الجزائري بفارق 24 نائبة في انتخابات 2017 عنها في انتخابات 2012.

الفرع الثاني: كوتا الترشيح في تونس

بالنسبة للمؤسس الدستوري التونسي ⁽¹⁾ وإن كان قد اتجه إلى تبني اعتماد التمييز الإيجابي كمبدإ ⁽²⁾، إلا أن المصطلح الدستوري المستعمل يبدو لنا متناقضا والتدابير المتخذة في هذا الإطار والتي جاء بها القانون الأساسي المتعلق بالانتخابات والاستفتاء. فقد نص الدستور التونسي في الفصل 2/34: "تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة"، مما يفهم منه أن المؤسس الدستوري التونسي ومن خلال مؤسسة البرلمان وبواسطة التشريع الانتخابي، سيضمن لا محالة تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، أي ما معناه أن المؤسس قد تبني نظام كوتا التمثيل وليس كوتا الترشيح.

لكن التدابير التي اتخذها المشرع من خلال أحكام القانون الأساسي المتعلق بالانتخابات والاستفتاء ⁽³⁾، الناص في الفصل 24 منه "تقدم الترشيحات على أساس مبدأ التناسف بين النساء والرجال وقاعدة التناوب بينهم داخل القائمة، ولا تقبل القائمة التي لا تحترم هذا المبدأ إلا في حدود ما يحتمه العدد الفردي للمقاعد المخصصة لبعض الدوائر"، تعني أن المشرع التونسي قد أخذ بنظام كوتا الترشيح على غرار المشرع الجزائري وإن اختلفا في الآلية، إذ اعتمد المشرع التونسي ضمان الترشيح للمرأة في مختلف القوائم الانتخابية، وفق آلية التناوب في الترشيح بين المرأة والرجل في كل قائمة، وهو ما يؤكد فعلا اعتماده مبدأ التمييز الإيجابي، أما فوزها - المرأة - بالعضوية في البرلمان التونسي فيخضع لعدد المقاعد التي فازت بها كل قائمة انتخابية، وبالتالي فالمؤسس الدستوري التونسي لم يضمن للمرأة العضوية في المجالس المنتخبة بهذا الشكل، ولو افترضنا نفس المثال السابق - الذي افترضناه في حالة الجزائر - أن كل قائمة انتخابية فائزة في كل دائرة انتخابية فازت بمقعد واحد فقط فيها، وكان على رؤوس القوائم رجال، بالتالي لن تفوز أية امرأة بمقعد.

واضح أن المؤسس الدستوري الجزائري كان أكثر دقة في عند تبنيه كوتا الترشيح باستعماله عبارة "توسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة" على خلاف المؤسس التونسي الذي استعمل عبارة "ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة"، وهي العبارة التي لا تفيد ما توجه إليه حقيقة ⁽⁴⁾.

إن تطبيق أحكام الفصل 24 من القانون الأساسي المتعلق بالانتخابات والاستفتاء التونسي على الانتخابات التشريعية لسنة 2014 ساهم في فوز 68 امرأة بمقاعد في مجلس نواب الشعب من أصل 217 مقعدا، أي ما نسبته 31,33 %، إلا أن ما يلفت الانتباه - وعلى غرار الجزائر - أنه من أصل 127 قائمة انتخابية فائزة بالمقاعد، هناك إحدى عشر (11) قوائم فقط ترأستها نساء، أي ما نسبته 8,66 % من المرتين الأوائل في جميع القوائم الفائزة، وهو ما يعكس كما قلنا - في حالة الجزائر - سيطرة الرجل شبه التامة في وضع القوائم الانتخابية.

المطلب الثاني: اعتماد كوتا التمثيل كأثر للتصديق على الاتفاقية

- 1- دستور الجمهورية التونسية، الصادر بقرار رئيس المجلس الوطني التأسيسي المؤرخ في 31 جانفي 2014، ر.ر العدد 10، المنشور بتاريخ 4 فيفري 2014
- 2- نص الفصل 12 على "تسعى الدولة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية المستدامة، والتوازن بين الجهات، استنادا على مؤشرات التنمية واعتمادا على مبدأ التمييز الإيجابي،...."
- 3- القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014، المؤرخ في 26 مايو 2014، المتعلق بالانتخابات والاستفتاء، ج.ر عدد 42، المنشور في 27 مايو 2014، المنقح والمتمم بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017، المؤرخ في 14 فيفري 2017، ر.ر عدد 14، المنشور في 17 فيفري 2017.
- 4- هنا تظهر أهمية رقابة المطابقة القبلية الوجوبية للقوانين المكملة للدساتير، التي لم يعتمدها المؤسس الدستوري التونسي

يعني نظام كوتا الفوز أن الدولة التي أخذت به في تشريعها الانتخابي تقوم بتدابير من شأنها ضمان فوز المرأة بمقاعد في المجلس النيابي، أي أن النظام الانتخابي هنا يضمن يعتمد آلية من شأنها ضمان وجود النساء في المجلس بغض النظر ترتيب ترشيح للمرأة في القائمة الانتخابية، وبغض النظر عن عدد المقاعد التي فازت بها هذه القائمة، وقد أخذت بهذا النظام كل من المغرب ومصر.

الفرع الأول: كوتا التمثيل في المغرب

بالنسبة للمؤسس الدستوري المغربي⁽¹⁾، فقد اعتمد مبدأ أكثر تقدمية مقارنة بالمؤسس التونسي - والجزائري والمصري بالنتيجة - فقد جاء نص الفصل 19 معتمدا "مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء في ولوج الوظائف الانتخابية"، محيلا إلى القانون لوضع مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص في العضوية في البرلمان بين الرجال والنساء، من خلال الفصل 1/30 " ... ينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية ".

بالنسبة للمشروع الانتخابي المغربي، الذي قصر تطبيق الكوتا على قوائم الترشيح الخاصة بالدائرة الانتخابية الوطنية، دون القوائم الخاصة بالدوائر المحلية التي فتح فيها التنافس بين الجنسين، بالنص في المادة 2/23 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب المعدل⁽²⁾ " فيما يخص الانتخابات على صعيد الدائرة الانتخابية الوطنية.... ويجب أن تشمل لائحة الترشيح على جزأين يتضمن الجزء الأول منها أسماء ستين (60) مترشحة مع بيان ترتيبهن، ويتضمن الجزء الثاني منها أسماء ثلاثين (30) مترشحا من الجنسين⁽³⁾ لا تزيد سنهم على أربعين سنة ...".

إن تطبيق هذا النص يعني ضمان الفوز لستين (60) امرأة بمقاعد في مجلس النواب من مجموع 395 مقعدا، أي ضمان العضوية لما نسبته 15,18 % من مقاعد مجلس النواب للنساء، وهو نظام يخالف النظام الذي اعتمده المشرعان الجزائري والتونسي من زاوية ضمان نظام الكوتا للمرأة العضوية في البرلمان⁽⁴⁾. ومن خلال اطلعنا على نتائج الانتخابات التشريعية في الدائرة الانتخابية الوطنية بالمغرب لاحظنا فوز 71 امرأة من بينهن 60 امرأة مضمون فوزها.

الفرع الثاني: كوتا التمثيل النسوي في مصر

نفس الأمر بالنسبة للدستور المصري⁽⁵⁾ الناص في مادته 1/11 " تكفل الدولة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفقا لأحكام الدستور، أي أن الدستور المصري لم يعتمد أي مبدأ جديد - ماعدا

1- نص الفصل 19 " يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية،، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها. تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء. وتحث لهذه الغاية، هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز".

2- القانون التنظيمي رقم 27.11، المؤرخ في 14 أكتوبر 2011، المتعلق بمجلس النواب، ج.ر عدد 5987 - 19، المنشورة بتاريخ 17 أكتوبر 2011، المعدل بالقانون التنظيمي رقم 20.16 المؤرخ في 10 أوت 2016، ج.ر عدد 6490، المنشورة في 11 أوت 2016.

3- كان النص السابق قبل تعديل القانون 27.11 المتعلق بمجلس النواب ينص على أن أسماء الثلاثين (30) مترشحا يكونون من الذكور فقط لا تزيد سنهم على أربعين سنة.

4- إضافة إلى فوز المرأة المغربية في الانتخابات التشريعية بالستين (60) مقعدا المخصص لها، فازت بواحد وعشرين (21) مقعدا من بين الثلاثين (30) مقعدا المخصصة للجزء الثاني مقاعد الدائرة الانتخابية الوطنية، كما فازت بعشرة (10) مقاعد ضمن الدوائر الانتخابية المحلية، أي ما مجموعه 91 مقعدا، بنسبة 23.03/ من مقاعد مجلس النواب.

5- دستور جمهورية مصر العربية، الصادر في 18 جانفي 2014، ج.ر العدد 3 مكرر (أ)، المنشورة بتاريخ 18 جانفي 2014.

مبدأ المساواة - يؤسس به لتحقيق عضوية المرأة في المجالس المنتخبة، كما أن الإحالة في تطبيق أحكام المادة 11 منه في الشق التشريعي هو من اختصاص البرلمان باعتباره المختص بالتشريع المتعلق بمجلس النواب⁽¹⁾.

بالنسبة للمشرع الانتخابي المصري⁽²⁾ - وعلى غرار المشرع - قصر تطبيق الكوتا على القوائم إذ نص في المادة 5 من قانون مجلس النواب " يتعين أن تتضمن كل قائمة مخصص لها عدد (15) مقعدا الأعداد والصفات الآتية على الأقل: ... على أن يكون من بين أصحاب هذه الصفات أو من غيرهم سبع نساء على الأقل. ويتعين أن تتضمن كل قائمة مخصص لها عدد (45) مقعدا الأعداد والصفات الآتية على الأقل: ... على أن يكون من بين أصحاب هذه الصفات أو من غيرهم إحدى وعشرون من النساء على الأقل". وما دام القرار بقانون في شأن تقسيم دوائر الانتخابات في انتخابات مجلس النواب قد قسم تراب الجمهورية إلى أربع دوائر انتخابية كبرى في انتخابات القوائم، يتنافس في اثنين منها على (45) مقعدا، وفي اثنين على (15) مقعدا، إذا فقد سمح نظام الكوتا النسائية في مصر بضمان العضوية في مجلس النواب لـ (56) امرأة من بين 568 عضوا منتخبا، أي ما نسبته 9,85 %، وهذه النسبة وإن كانت قليلة إلا أنها نسبة مضمونة للنساء - وهذا أمر جيد - ويبقى على المرأة المصرية أن تناضل أكثر وتنافس الرجل للرفع من هذه النسبة.

ما ينبغي ملاحظته؛ أن المرأة المصرية ومن خلال نتائج الانتخابات التشريعية لسنة 2015 وفي نظام الانتخاب بالقوائم، فازت بـ 56 مقعدا بالتمام، بالرغم من أن المشرع الانتخابي نص على أن حصة النساء المترشحات في قوائم الـ (15) والـ (45) مقعدا هي (07) و (21) على التوالي، "على الأقل"، أي ليس هناك ما يمنع أن تفوز المرأة المصرية بأكثر من ذلك، إلا أن نتائج انتخابات القوائم أعطت للمرأة الحد الأدنى الذي ضمنه لها النص القانوني، وهو ما يعبر عن ذكورية حقيقية للطبقة السياسية المصرية-التكتلات الحزبية الفائزة بانتخابات القوائم⁽³⁾، - التي وضعت قوائم الترشيح، إذ لم تعط للمرأة أكثر مما أعطتها لها القانون؛ وما يعزز هذا التفسير أنه من بين المقاعد الـ 448 المخصصة للانتخاب بالنظام الفردي، فازت 18 امرأة فقط، من بينهن أربعة (04) فقط ترشحن باسم أحزاب و(14) فزن كمستقلات.

المطلب الثالث: العوامل المؤثرة على حجم التمثيل النسوي وفق نظام الكوتا

من خلال دراستنا لنتائج الانتخابات التشريعية في الدول موضوع المقارنة، يمكننا القول أن حجم التمثيل النسوي وفق نظام الكوتا النسوية في الجزائر وتونس يتأثر بعدة عوامل⁽⁴⁾.

الفرع الأول: حجم الدائرة الانتخابية

يمكن القول إجمالا أن حجم الدائرة الانتخابية يؤدي إلى زيادة عدد النساء المنتخبات في هذه الدائرة، لأن زيادة عدد مقاعد الدائرة الانتخابية سيؤدي بالنتيجة إلى زيادة عدد المقاعد التي ستفوز بها كل قائمة، وهذا ما من شأنه زيادة التمثيل النسوي المرتبط بنظام الكوتا.

1- تنص المادة 2/11 من الدستور المصري "وتعمل الدولة على اتخاذ التدابير الكفيلة بضمان تمثيل المرأة تمثيلا مناسباً في المجالس النيابية، على النحو الذي يحدده القانون، ...".

2- قانون رقم 46 لسنة 2014، المتعلق بمجلس النواب، ج.ر. العدد 23، المنشورة بتاريخ 05 جوان 2014، المعدل.

3- فاز بجميع مقاعد دوائر الانتخاب بالقائمة تكتل "في حب مصر" من حزب المصريون الأحرار وحزب مستقبل وطن وحزب الوفد، وواضح أنه ليس للمرأة أية اعتبارات لا في الحرية في الحزب الأول، ولا في الشراكة مع الرجل في مستقبل الوطن في الحزب الثاني، ولا حتى في مشاركتها في الرصيد التاريخي للحزب الثالث.

4- اقتصرنا على ذكر الجزائر وتونس لأن نظام الكوتا النسوية فيها يجعل من عدد النساء الفائزات بمقاعد يتغير، نظرا لاعتمادها نظام كوتا الترشيح، بالرغم من الاختلاف في التدابير التفصيلية لنظام الكوتا في كل الدوائين، أما المغرب ومصر فاستثنيتاهما لأن نظام الكوتا النسوية ذو طابع تمثيلي، وهو نظام يضمن الفوز بعدد من المقاعد للنساء يحدده المشرع، بغض النظر عن اعتبارات التنافس الانتخابي الذي قد يرفع من العدد المخصص وفق نظام كوتا التمثيل.

فإذا كانت كوتا الترشيح مرتبطة بنسبة وجوبية من المترشحات في القائمة كما في حالة الجزائر، بالتالي ستتأثر هذه النسبة زيادة ونقصانا بعدد المقاعد التي فازت بها كل قائمة زيادة ونقصانا كذلك، وهو الذي يتأثر بدوره بتناسب طردي بعدد المقاعد في الدائرة الانتخابية.

وإذا كانت كوتا الترشيح مرتبطة بالتناوب في ترتيب الترشيح بين الرجال والنساء في كل قائمة كما في حالة تونس، فإن نسبة الزيادة في العنصر النسوي ستتأثر بالزيادة في عدد المقاعد التي حازتها كل قائمة، شريطة أن لا يستنفذ هذه الزيادة في كل قائمة رجل باعتبار ترتيبه في القائمة.

في حالات خاصة تمثل استثناء، فهذه النسبة -زيادة عدد الفائزات عن طريق نظام الكوتا النسوية - في كلا الدولتين، قد لا تتأثر بالرغم من زيادة حجم الدائرة الانتخابية، كما لو فازت بالمقاعد المضافة للدائرة الانتخابية قوائم أخرى غير التي فازت بمقاعد، شريطة فوز كل قائمة منها بمقعد واحد للرجل متصدر القائمة.

الفرع الثاني: التغير في عدد القوائم الفائزة في الدائرة الانتخابية

إن زيادة عدد القوائم الفائزة في الدائرة الانتخابية، يعني أن عدد المقاعد سيتوزع على عدد أكبر من القوائم، مما يعزز احتمال وجود قوائم ستفوز بمقعد واحد، هذا المقعد الذي سيكون بنسبة كبيرة للرجل، باعتبار أن نظام الكوتا النسوية إنما جاء لتعزيز احتمالات تواجد المرأة في البرلمان، ولنفتراض المثاليين التاليين في كل من الجزائر وتونس.

في الجزائر: فازت قائمة واحدة بجميع المقاعد التسعة (09) في الدائرة الانتخابية، مما يعني أن عدد النساء وفق نظام الكوتا النسوية هو ثلاثة (03) مقاعد، لكن لو فاز في نفس الدائرة الانتخابية قائمتان، الأولى بخمسة (05) مقاعد، والثانية بأربعة (04) مقاعد، فإن نصيب النساء وفق نظام الكوتا هو مقعدان (02) فقط.

في تونس: فازت قائمة (أ) بجميع المقاعد التسعة (09)، فإن كان متصدر القائمة رجلا سيكون بالتأكيد عدد النساء الفائزات أربعة (04)، وإن كان المتصدر امرأة سيكون بالتأكيد عدد النساء الفائزات هو خمسة (05)، لكن لو فازت مع القائمة (أ) قائمة أخرى (ب)، وكان نصيب القائمة (أ) ستة (06) مقاعد -ثلاثة (03) منها للنساء بالتأكيد- مما يعني أن القائمة (ب) ستفوز بثلاثة (03) مقاعد نصيب النساء منها مقعد واحد (01) أو اثنين (02) بحسب ترتيب متصدر القائمة رجلا كان أو امرأة، وهنا نكون أمام احتمالين:

الأول: إذا كان متصدر القائمة (ب) رجلا سيكون بالتأكيد نصيب النساء الفائزات واحد (01) مما يرفع مجموع النساء بين القائمتين (أ) و (ب) إلى أربعة (04) مقاعد، في حين كان عدد النساء في حالة القائمة الفائزة الوحيدة (أ) يتراوح بين أربعة (04) وخمسة (05) مقاعد.

الثاني: وإن كان متصدر القائمة (ب) امرأة سيكون بالتأكيد عدد النساء الفائزات اثنان (02) مما يرفع مجموع النساء بين القائمتين (أ) و (ب) إلى خمسة (05) مقاعد وهو ما يتساوى واحتمال الحد الأقصى من عدد النساء في حالة القائمة الفائزة الوحيدة (أ).

إن ما ينبغي التنويه إليه، أن الكثير من الحالات التي يزداد فيها عدد القوائم الفائزة، لا يؤدي دائما إلى نقص التمثيل النسوي وفق نظام الكوتا إن كان عدد القوائم الفائزة أقل، لكن ما ينبغي التأكيد عليه هنا أن زيادة عدد القوائم الفائزة في الدائرة الانتخابية يستحيل أن يرفع من عدد المقاعد المخصصة للنساء وفق نظام الكوتا في نفس الدائرة.

الفرع الثالث: عتبة المنافسة على المقاعد

المقصود بها النسبة من عدد الأصوات الصحيحة في الدائرة الانتخابية، والتي يشترطها المشرع على قائمة حتى تتمكن من المنافسة على المقاعد، ففي الجزائر هي 5 %، وهذا المتغير له علاقة وطيدة بعدد القوائم الفائزة بالمقاعد في الدائرة الانتخابية، إذ كلما ارتفعت هذه العتبة قلَّ عدد القوائم الفائزة بالمقاعد، وكما أسلفنا فقلة عدد القوائم الفائزة بمقاعد يرفع من عدد النساء الفائزات، وبالتالي فكلما رفع

المشرع الانتخابي من نسبة عتبة المنافسة على المقاعد كلما زاد احتمال رفع نسبة النساء الفائزات - وفق نظام الكوتا - في الدائرة الانتخابية.

الفرع الرابع: ترتيب الترشح بين الرجل والمرأة

وهو عامل يخص الحالة التونسية فقط في ترتيب المترشحين، حيث ألزم قانون الانتخابات والاستفتاء التونسي أن يكون ترتيب المترشحين في القوائم الانتخابية بالتناوب بين الرجال والنساء، فإذا كانت القائمة الفائزة بعدد زوجي من المقاعد فأكد أن هذه المقاعد ستكون مناصفة بين الرجال والنساء بغض النظر عن متصدر القائمة رجلا كان أم امرأة، أما إذا كانت القائمة الفائزة بعدد فردي من المقاعد فالأمر يختلف تبعا لجنس متصدر القائمة، إذ ستحرز المرأة لو كانت هي متصدرة القائمة عددا من المقاعد أكثر فيما لو كان الرجل متصدرا القائمة، بفارق مقعد واحد دائما.

خاتمة

منذ قيام البرلمانات في الدول العربية والتمثيل النسوي فيها محدود جدا نتيجة للثقافة المجتمعية السائدة والتي تضع العوائق لأي محاولة لتمكين السياسي للمرأة عموما، وتمكينها من عضوية البرلمان على وجه الخصوص.

وسعيا لتمكين المرأة العربية من العضوية في البرلمان صدقت الدول موضوع المقارنة على اتفاقية سيداو - ومن بعدها منهاج عمل بيكين - التي ألزمت الدول باتخاذ تدابير ذات صبغة مؤقتة تسعى من خلالها إلى تدعيم تواجد المرأة في البرلمان، كهدف للقضاء على مشكلة عدم المساواة المجتمعية الفعلية بين الرجل والمرأة.

في هذا الإطار قامت الدول موضوع المقارنة - على غرار باقي الدول الموقعة - بإدخال حزمة من التعديلات على دساتيرها وتشريعاتها الانتخابية، من خلال الأحكام الخاصة بنظام الكوتا النسائية، هذه الأحكام التي اختلفت من دولة لأخرى من أشكال لكونا الترشيح كما فعلت الجزائر وتونس، وأشكال لكونا التمثيل كما فعلت المغرب ومصر، وهذا التعدد في الأشكال لا يعني التعدد في الأهداف، فالهدف واحد وهو تحسين التواجد النسوي في البرلمانات، الأمر الذي ساهم بعد تطبيق هذا النظام في هذه الدول في رفع مستوى التواجد النسوي في البرلمانات بشكل لافت، ريثما تتعود مجتمعات هذه الدول على تواجد المرأة في برلمانها، ومعه نزول الحاجة لهذا النظام.

في الأخير؛ نرى أن التمكين السياسي للمرأة من خلال دعم تواجدها في البرلمان لا يقتصر على السياسة التشريعية في هذه الدول، بل يجب أن تكون السياسة التشريعية مدعومة بسياسات عدة كالسياسات الاقتصادية والاجتماعية والتعليمية والإعلامية والثقافية إلى غير ذلك من أنواع السياسات التي تهدف إلى التمكين السياسي للمرأة العربية في العقل الجمعي العربي.

الضمانات القانونية لمبدأ المساواة أثناء الحملة الانتخابية

Legal guarantees of the principle of equality during the election campaign

د. لعروسي أحمد، أستاذ محاضر قسم (أ)،

معهد العلوم القانونية والإدارية، قسم القانون العام،

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

أ.بن مهرة نسيم، أستاذة مساعدة قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/11/16 – تاريخ المراجعة: 2017/12/06.

ملخص:

يمثل الانتخاب أحد أهم الوسائل التي عرفتھا النظم السياسية على اختلافها لاختيار الحكام بطريقة ديمقراطية، هذه الأخيرة لا تتجسد إلا بانتخابات سليمة وجدية، حيث أن الانتخاب المزيف يؤدي حتما إلى ديمقراطية مزيفة. ويسبق أي استحقاق انتخابي فترة من عرض للبرامج واستعراض للأفكار والتوجهات من قبل المترشحين، حيث تسمى هذه العملية بالحملة الانتخابية. هذه الأخيرة، ونظرا لأهميتها وللتوتر الكبير وشدة التنافس الذي تشهده بين المترشحين، وتفاديا لما قد ينجم عن ذلك من اضطرابات وفوضى، لم يتركها المشرع بدون ضبط وتنظيم، بل عمد إلى تنظيمها مستعملا في ذلك القوانين التشريعية والنصوص التنظيمية، بما يضمن كفالة الحق في المساواة لجميع المترشحين.

الكلمات المفتاحية:

الحملة الانتخابية، قانون الانتخابات، مبدأ المساواة، الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات.

Abstract:

Elections are one of the most important means, used by different political systems, to choose rulers democratically, as democracy depends on free and fair elections, and any corrupt election inevitably leads to a corrupt democracy. An electoral appointment is preceded by a period allocated to the candidates to present their programs, ideas and inclinations. This process is called the electoral campaign. In consideration of the importance of electoral campaigning, the resulting tension and intense competitiveness among candidates, and in order to avoid the eventual confusion and chaos, legislators resorted to organizing and regulating the process, using legislative and regulatory texts, in order to ensure the right to equality of all candidates.

Keywords:

Election campaign, Election Law, The principle of equality, High Authority for Electoral Observation.

مقدمة:

تعتبر الانتخابات الركيزة الأساسية في عملية البناء الديمقراطي، ووسيلة الشعب في إخضاع السلطة لإشرافه عن طريق اختيار ممثلين عنه في مختلف المراكز والمجالس، ولأن عملية الاختيار هذه تستند إلى اعتبارات تتعلق بمؤهلات المترشحين، وفي سبيل استمالة أكبر عدد من الناخبين والحصول على أصواتهم، يبذلون كل ما في وسعهم للتعريف بأنفسهم وإقناع الناخبين ببرامجهم، كل ذلك يتم قبل عملية التصويت، في ما يعرف بالحملة الانتخابية. وفي الوقت الحاضر تزداد أهمية الحملة الانتخابية مع التقدم الكبير في تكنولوجيا الإعلام

والاتصال وما أفرزه من وسائل مستحدثة تستخدم في إطار الحملة الانتخابية، إلى درجة يمكن القول معها أنه بإمكان أي مرشح تدعيم فرصته في الفوز إذا ما أحسن استخدام تلك الوسائل.

ولما كان لوسائل الحملة الانتخابية أثر كبير في توجيه التصويت، فإن التنافس المشروع على مهام التمثيل، وصدق تعبير نتائج الانتخابات على حقيقة الإرادة العامة لا يتحقق إلا بالمساواة بين المرشحين في استخدام تلك الوسائل، ومنحهم فرصا متساوية لعرض أفكارهم واتجاهاتهم وبرامجهم الانتخابية خاصة على مستوى وسائل الإعلام التلفزية والإذاعية، وذلك لضمان اتصالهم جميعا على قدم المساواة بالرأي العام وهيئة الناخبين . كما أن تدخل المال في العملية الانتخابية دون ضوابط من شأنه أن يخل بقواعد التنافس، ويصبح هو معيار الاختيار السياسي بدلا عن المبادئ والبرامج السياسية. وعليه، يمكن لنا طرح الإشكال التالي:

كيف نظم المشرع الجزائري الحملة الانتخابية ؟، وما مدى فعالية الضمانات القانونية المتاحة لكفالة المساواة بين المرشحين ؟. إجابة وتحليل لهذه الإشكالية، سنحاول الوقوف على طريقة تنظيم المشرع الجزائري لإجراءات الحملة الانتخابية وإبراز مختلف الضمانات القانونية المتاحة لكفالة المساواة بين المترشحين، من حيث استعمال مختلف وسائل الحملة (المطلب الأول)، وأيضا من خلال تنظيم الأحكام المالية للحملة الانتخابية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ضمانات المساواة في استعمال وسائل الحملة الانتخابية

إن الحملة الانتخابية ⁽¹⁾ ضرورة تفرضها طبيعة ممارسة الحقوق السياسية، وهي تعتمد على مجموعة من الوسائل والأساليب التي يستخدمها المرشحون لإشهار ترشحهم وتعريف الناخبين بأنفسهم وبرامجهم الانتخابية، بغرض استمالتهم للتصويت لصالحهم ⁽²⁾، وحتى تكون الفرص متكافئة بين جميع المرشحين استلزم الأمر تدخل المشرع لتنظيم استعمال وسائل الحملة الانتخابية، سواء التقليدية منها (الفرع الأول)، أو ما استحدثت من وسائل في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال (الفرع الثاني)، وقد نظم المشرع تلك الوسائل في الباب السادس من قانون الانتخابات ⁽³⁾، وهو ما نتطرق له كما يلي:

الفرع الأول: المساواة في استعمال وسائل الحملة التقليدية

إن أهم العناصر التي يمكن الوقوف عليها في أي حملة انتخابية هو عنصر الكيفيات والأساليب التي تتم بها الحملات الانتخابية، ذلك أن عرض الأفكار أو الأشخاص لا يتم إلا من خلال هذه الأساليب الاتصالية خلال الفترة المحددة قانونا، ويعرض قانون الانتخابات الجزائري ونصوصه التطبيقية الطرق المختلفة للقيام بالحملة الانتخابية. ومن بين الوسائل التقليدية للقيام بالحملة الانتخابية وفقا لما ينص عليه قانون الانتخابات، هو عقد التجمعات الانتخابية (أولا) واستعمال الملصقات واللافتات الدعائية (ثانيا).

أولا/ التجمعات والمهرجانات الانتخابية :

¹ - تعرف الدعاية الانتخابية أو الحملة الانتخابية على أنها الفترة التي تسبق موعد الانتخابات المحدد رسميا وقانونيا (بموجب قانون الانتخابات) والتي يتقدم خلالها المرشحون للانتخابات بعرض برامجهم على الناخبين. كما تعرف على أنها " مجموعة من الجهود التي يبذلها المرشح بغية حفز المواطنين للتصويت عليه ". أو هي " مجموعة من الأعمال التي يقوم بها الحزب أو المرشح بهدف إعطاء صورة حسنة لهيئة الناخبين من خلال برنامج انتخابي، بقصد استمالة الناخب للحزب أو المرشح المستقل لمنحه صوته قصد الوصول إلى السلطة". ينظر في هذا الصدد كلا من:

يحي السيد صباحي، "النظام الرئاسي والخلافة الإسلامية"، دار الفكر العربي، القاهرة 1993، ص 69.

محمد فرغلي محمد علي، "نظم وإجراءات انتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء والفقه"، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص 640.

² - داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 531 .

³ - القانون العضوي رقم 16-10 المؤرخ في 25 أوت 2016 يتعلق بنظام الانتخابات. الجريدة الرسمية، العدد 50، 28 أوت 2016 .

من بين الوسائل التي أقر المشرع بشرعية استخدامها في إطار الحملة الانتخابية، تلك التجمعات التي يعقدها المرشحون مع المواطنين، ليتمكنوا من خلالها من شرح برامجهم وآرائهم مباشرة أمام جمهور الناخبين. وقد أحال قانون الانتخابات رقم 16-10⁽¹⁾ عملية عقد هذه الاجتماعات إلى القانون رقم 28/89 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 91-19 المؤرخ في 02 ديسمبر 1991 المتعلق بالاجتماعات والتظاهرات العمومية⁽²⁾.

ويعرف الاجتماع العمومي طبقا لأحكام القانون المذكور أعلاه بأنه: (تجمع مؤقت لأشخاص متفق عليهم ينظم خارج الطريق العمومي وفي كل مكان مغلق يسهل لعموم الناس الالتحاق به قصد تبادل الأفكار أو الدفاع عن مصالح مشتركة)⁽³⁾. ويخضع انعقاد الاجتماع الانتخابي العمومي لإجراءات التصريح المسبق، والذي يجب أن يتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية، هذه الأخيرة جاءت على سبيل الحصر في المادة 4 من القانون المتعلق بالاجتماعات والتظاهرات العمومية السالف الذكر وهي كالتالي: هدف الاجتماع، مكانه، تاريخه باليوم والساعة، مدته وعدد الأشخاص المقرر حضورهم والهيئة المعنية به عند الاقتضاء، وهذا التصريح يوقع عليه ثلاثة أشخاص يشترط فيهم الإقامة في الولاية التي يعقد في إقليمها الاجتماع بالإضافة إلى تمتعهم بالحقوق المدنية والوطنية. يودع التصريح المسبق في أجل ثلاثة أيام كاملة على الأقل قبل تاريخ انعقاد الاجتماع الانتخابي العمومية لدى الجهات الإدارية المعنية وهي الوالي أو من يفوضه⁽⁴⁾.

وبهدف المحافظة على النظام العام والأمن العام منح المشرع السلطة التقديرية للوالي في منح الترخيص أو رفضه، كما منحه حق تغيير مكان الاجتماع كلما استدعت المصلحة ذلك مع تقييده بوجود إخطار المعنيين بذلك خلال 24 ساعة⁽⁵⁾. وحتى لا تطغى الفوضى على الاجتماعات ولا تنحرف عن أهدافها الحقيقية، ألقى المشرع بالمسؤولية على عاتق المنظمين عن كل تصرف يترتب عن هذه الاجتماعات من شأنه أن يمس بالنظام العام أو الأمن العام⁽⁶⁾. ولضمان مساهمة الإدارة في تسيير هذه الاجتماعات أجاز القانون للمنظمين تقديم طلب إلى الوالي لإيفاد ممثل عنه لحضور هذه الاجتماعات، مع منحه صلاحية التدخل لتوقيف الاجتماع إذا لاحظ أي مظهر من مظاهر الفوضى أو الإخلال بالسير الحسن له⁽⁷⁾. كما منع المشرع صراحة عقد الاجتماعات في أماكن العبادة أو المباني العمومية غير المخصصة لذلك وكذلك الطرقات العامة⁽⁸⁾، ومنع أيضا المجتمعين من القيام بأداء خطابات تمس برموز الثورة وثوابت الأمة وبالنظام والآداب العامة⁽⁹⁾.

وعلى العموم تعقد الاجتماعات والتجمعات خلال مرحلة الحملة الانتخابية في جميع القاعات المغلقة، واستثناء على مستوى المركبات الرياضية أو الأماكن العمومية بالنسبة للبلديات التي تنعدم فيها المنشآت التي تحتضن مثل هذه الاجتماعات، مع إلزام الجهة الإدارية المخولة بالإشراف الإداري (الولاية أو البلدية) بتوفير الحماية الأمنية لجميع القاعات والمنشآت وكذا حماية المنشطين والمشاركين، وتخضع عملية توزيع هذه القاعات خلال فترة الحملة الانتخابية من حيث التاريخ والتوقيت ومكان الانعقاد إلى اتفاق بين المرشحين أو

¹ - بموجب المادة 179.

² - منشور بالجريدة الرسمية، العدد 62، بتاريخ 14 ديسمبر 1991.

³ - المادة الثانية من القانون 28/89 المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-19.

⁴ - المادة 05 من القانون 28/89 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 91-19.

⁵ - المادة 06 من القانون 28/89 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 91-19.

⁶ - المادة 03 من القانون 28/89 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 91-19.

⁷ - المادة 11 من القانون 28/89 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 91-19.

⁸ - المادة 08 من القانون 28/89 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 91-19.

⁹ - المادة 09 من القانون 28/89 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 91-19.

ممثلهم القانونيين وبين الإدارة المشرفة على العملية (الوالي أو من يفوضه)، وفي حالة تعذر الوصول إلى اتفاق بين الأطراف تتم العملية عن طريق القرعة⁽¹⁾.

وحرصا على ضمان المساواة بين المرشحين في مجال الحملة الانتخابية، فإنه لا يجوز القيام بإجراءات الحملة الانتخابية خارج الفترة القانونية والتي حددها المشرع بموجب المادة 173 من قانون الانتخابات، حيث تكون مفتوحة قبل 25 يوما من تاريخ الاقتراع، وتنتهي قبل 03 أيام من تاريخ الاقتراع (أي 21 يوم)، هذا التحديد من شأنه أن يؤدي إلى تهيئة فرص متكافئة بين المرشحين لعرض برامجهم وأفكارهم، وذلك من خلال توحيد التنظيم الخاص بالحملة الانتخابية، لأن ترك الفترة مفتوحة بلا حدود من شأنه أن يخل بمبدأ تكافؤ الفرص، نظرا لتفاوت الإمكانيات المادية بين المرشحين⁽²⁾، وخاصة الأحرار منهم .

مما تقدم نلاحظ أن عملية عقد الاجتماعات الانتخابية مقيدة بترخيص مسبق من الجهات الإدارية، وإذا كان المشرع يهدف من وراء ذلك إطلاع السلطات المعنية بالاجتماع قصد اتخاذ الإجراءات الأمنية اللازمة في ذلك، خصوصا في فترة الحملة الانتخابية أين تشتد حدة التنافس بين المرشحين مما قد يؤدي إلى مصادمات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ولنفس الهدف منع عقد الاجتماعات في مكان واحد أو أماكن متقاربة بين المرشحين المتنافسين، إلا أن هذه السلطة الممنوحة للإدارة قد تستغلها لمنع مرشح أو حزب منافس خدمة لمرشح آخر أو جهة معينة، خصوصا في المرحلة التي مرت بها الجزائر من أعمال عنف وإرهاب، وما ترتب عن ذلك من تطبيق لقانون الطوارئ الذي قيد بشكل كبير ممارسة الحقوق والحريات السياسية بصفة خاصة، والذي أصبحت الإدارة تتمسك به في كل موقف بالرفض⁽³⁾.

كما أن الظروف السياسية التي أبرمت فيها نصوص قانون التجمعات والمظاهرات العمومية قد تغيرت، وهي بهذا الوصف لم تعد تتناسب مع تطور النظام السياسي وانتقاله من مرحلة الأحادية السياسية إلى مرحلة التعددية الحزبية، فضلا عن عدم تناسبها مع الطبيعة الخاصة للتجمعات الانتخابية والتي غالبا ما تعقد تحت رعاية أحزاب سياسية في أيام الحملة الانتخابية، بخلاف التجمعات العمومية التي يمكن أن تعقد في أي وقت ولأي سبب آخر، دون رعاية حزبية لها فقد تكون هذه الإجراءات مناسبة لها⁽⁴⁾. ولذلك حري بالمشرع التفكير في وضع إجراءات تتناسب مع الطبيعة السلمية للانتخابات، وتساير التطورات السياسية التي وصل إليها النظام السياسي في هذا المجال مع الإبقاء على إجراءات قانون التظاهرات العمومية في غير مجال الانتخابات .

ويلاحظ أيضا، أن إطلاق نص المادة 179 من القانون العضوي للانتخابات السالف الذكر بخضوع التجمعات لأحكام قانون التجمعات والتظاهرات العمومية، يفيد بعدم جواز الطعن الإداري أو القضائي في حالة رفض الإدارة لانعقاد الاجتماع أو مهرجان معين لعدم وجود نص يميز ذلك، وهذا بدوره يشكل إهدارا للضمانات القانونية التي تكفل تحقيق التمتع بممارسة حرية الاجتماع الانتخابي. لذلك، وحتى تنقيد الإدارة بمبدأ الحياد وأن لا تتعسف في استعمال سلطاتها لا بد من إيجاد آلية للرقابة على قرار الرفض، خصوصا إذا كان

¹ - المشرع الجزائري بالنسبة للقانون المنظم للاجتماعات قريب من المشرع الفرنسي من حيث عملية تنظيم الاجتماعات والجهة المشرفة عليها، وإن كانت الاجتماعات في فرنسا تحيل في شأنها النصوص القانونية للانتخابات إلى القانون الصادر سنة 1981 والذي يسمح بعقد هذه الاجتماعات قبل بداية الحملة الانتخابية بصورة رسمية وفي أثنائها وذلك حتى ليلة الاقتراع، وطبقا لهذا القانون فإنه يحظر عقد أي اجتماع انتخابي في طريق عام، ولا تعتبر الزيارات التي يقوم بها المرشحون للأحباء من قبيل الاجتماعات التي يسري عليها الحظر.

- أحمد بنيني، "الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باتنة 2006، ص 251 .

² - صلاح الدين فوزي، "النظم السياسية وتطبيقها المعاصرة"، دار النهضة العربية، القاهرة 1999، ص 434.

³ - أحمد بنيني، المرجع السابق، ص 251.

⁴ - أحمد صالح أحمد العميسي، "النظام القانوني للمشاركة السياسية من خلال الانتخابات العامة في اليمن والجزائر - دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012، ص 253.

هذا الأخير مبني على حجج واهية، والجهة المخولة قانونا بذلك هي السلطة القضائية، حتى تتحقق المبادئ الدستورية في مجال حرية الاجتماع، وحتى تتجسد مبادئ الديمقراطية والحرية والمساواة لجميع المرشحين أحزابا كانوا أم أحرارا⁽¹⁾.

ثانيا/ استعمال الملصقات واللافتات الدعائية:

تعد الملصقات من أهم وسائل الإشهار المعتمدة في الحملات الانتخابية في الجزائر و نظرا لأهميتها ورواجها فقد فرضت ضوابط كثيرة على أماكن تعليق الملصقات و عددها و أوقات القيام بالتعليق. حيث نظم المشرع في قانون الانتخابات⁽²⁾ وفي المراسيم التنفيذية المطبقة له، عملية نشر قوائم المرشحين والوثائق الإشهارية المتعلقة بها، وفي هذا الصدد فقد تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 16-338 المؤرخ في 19 ديسمبر 2016 الذي يحدد كفايات إشهار الترشيحات للانتخابات⁽³⁾.

وتشير المادة الثانية من هذا المرسوم إلى أنه وبالإضافة إلى كفايات الإشهار الأخرى، المنصوص عليها في القانون المتعلق بالانتخابات، يمكن للمرشحين وعلى نفقتهم الخاصة إشهار ترشيحاتهم باستخدام التعليق وبالوسائل المكتوبة والإلكترونية، ويتم هذا التعليق في المواقع المحددة لهذا الغرض نهارا من الساعة السابعة صباحا إلى الساعة الثامنة مساء، وبمبادرة من المترشحين. كما توضح المادة الرابعة من المرسوم المذكور، أن العدد الأقصى للمواقع المخصصة للتعليق الانتخابي، تكون كالتالي:

- 15 موقعا في البلديات التي يكون عدد سكانها يساوي 20.000 نسمة أو يقل عنها.
- عشرون موقعا في البلديات، التي يتراوح عدد سكانها بين 20.001 و 40.000 نسمة.
- ثلاثون موقعا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 40.001 و 100.000 نسمة.
- كما يخصص 35 موقعا في البلديات، التي يتراوح عدد سكانها بين 100.001 و 180000 نسمة.
- فيما يتم تخصيص موقعان إضافيان لكل 10.000 نسمة في البلديات التي يزيد عدد سكانها عن 180.000 نسمة.

وحرصا على الإنصاف والمساواة بين المترشحين للانتخاب، توضح المادة الخامسة من المرسوم أنه توزع الأماكن المخصصة لكل مترشح أو قائمة مترشحين من طرف الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، على مستوى الولاية، قبل 15 يوما من تاريخ افتتاح الحملة الانتخابية. وفي هذا الإطار، يجب على مصالح البلدية أن تنهي تعيين الأماكن المخصصة لكل مترشح أو قائمة مترشحين داخل كل موقع بناء على التوزيع المحدد من طرف الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، على مستوى الولاية وذلك قبل 8 أيام من تاريخ افتتاح الحملة الانتخابية. ويسند قرار تحديد المواقع، المخصصة للمترشحين إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي، بموجب قرار، ونفس الأمر بالنسبة للإشهار على مستوى الممثلات الدبلوماسية أو القنصلية، أين يتم توزيع الأماكن المخصصة للمترشحين من طرف الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات⁽⁴⁾. ويشكل توزيع، المطويات والمراسلات إحدى كفايات الإشهار الانتخابي، عن طريق الوسائل المكتوبة لصالح المترشحين، كما يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة لإشهار الترشيحات طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما⁽⁵⁾، كما يبين ذات المرسوم أن المترشحين يتحملون مسؤولية إشهار الترشيحات مهما كانت الوسائل المستعملة في ذلك⁽⁶⁾.

غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يرتب أي جزاء على من يخالف التوزيع المحدد للأماكن، بل لم ترد أي إشارة في قانون الانتخابات بشأن حظر استعمال الأماكن غير المخصصة، على عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، الذي أشار إلى أن كل لصق

¹ - أحمد بنيني، المرجع السابق، ص 252 .

² - المادة 182 من قانون الانتخابات 16-10 .

³ - منشور في الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخ في 17 أوت 2016 .

⁴ - المادة 05 و 06 من المرسوم التنفيذي 16-338 .

⁵ - المادة 07 من المرسوم التنفيذي 16-338 .

⁶ - المادة 08 من المرسوم التنفيذي 16-338 .

لإعلانات الحملة الانتخابية يكون محظورا خارج الأماكن المحددة، ويكون محظورا أيضا لصق الإعلانات في الأماكن المخصصة لإعلانات المرشحين الآخرين.

الفرع الثاني: المساواة في استعمال وسائل الإعلام الوطنية السمعية البصرية

ترتبط وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمقروءة ارتباطا وثيقا بمجهر الناخبين، لارتباطها الدائم واليومي بالجمهور بشكل مرتب ومنظم، لذلك يعمل المرشحون والأحزاب على توظيف هذه الوسائل للتأثير على الرأي العام ومحاولة استمالته للتصويت لصالحه. وقد أدرك المشرع الجزائري أهمية دور وسائل الإعلام في تحديد مصير المرشحين في الانتخابات الرئاسية والتشريعية، فتصدى لتنظيم استخدامها في الحملات الانتخابية، من خلال القانون العضوي المتعلق بالانتخابات 10-16، والقانون العضوي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات⁽¹⁾ وكذا القانون المتعلق بالنشاط السمعي- البصري⁽²⁾.

وفي هذا الصدد فقد نصت المادة 177 من القانون العضوي للانتخابات 10-16 على أنه: (يكون لكل مترشح للانتخابات المحلية أو التشريعية أو الرئاسية، قصد تقديم برنامجه للناخب مجال عادل في وسائل الإعلام الوطنية السمعية البصرية المرخص لها بالممارسة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما). وتكون هذه الفترات في حالة الانتخابات الرئاسية متساوية لكل المرشحين بحيث يتدخل المترشح أو من يمثله خلال الفترات المحددة طيلة مدة الحملة الانتخابية، أما في حالة الانتخابات التشريعية فتكون الحصص تبعا لعدد المرشحين الذين يرشحهم كل حزب أو كل كتلة للمرشحين المستقلين⁽³⁾ ذلك أن بعض الأحزاب قد يكون لها تواجد أكبر في بعض الدوائر الانتخابية مقارنة بأحزاب منافسة لها مما يعطي أفضلية في عدد المرشحين للأحزاب الأكثر حضورا في الساحة السياسية، و من هنا فإن هذا التواجد هو الذي يجعل حصص أحزاب أكثر من غيرها خلال فترة الحملة الانتخابية⁽⁴⁾.

أما عن كفاءات وإجراءات استعمال هذه الوسائل الإعلامية فتحدد وفقا للقانون والتنظيم المعمول بهما، فمثلا في الانتخابات التشريعية لسنة 1997 جاء في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 97-138⁽⁵⁾: (يتدخل في إطار حصص التعبير المباشر الممثلون

¹ - أنشأت الهيئة المستقلة العليا لمراقبة الانتخابات يوم 6 مارس 2016 بموجب المادة 194 من الدستور الجزائري، وصدر القانون العضوي 16-11 المتعلق بهذه الهيئة في 25 أوت 2016، بعد أن تمت المصادقة عليه من قبل غرفتي البرلمان . وأدرجت الهيئة في التعديل الدستوري الذي اعتمد يوم 7 فبراير 2016، وتحل محل اللجنة الوطنية القضائية للإشراف على الانتخابات، واللجنة الوطنية السياسية لمراقبة الانتخابات، على أن تمارس مهامها بدءا بالانتخابات التشريعية والمحلية عام 2017، ويترأسها حاليا الوزير الأسبق ورجل القانون عبد الوهاب دربال . ومن بين المهام المسندة لها التكفل الكامل بالتوزيع المنصف لوسائل الحملة الانتخابية للمرشحين. علما أنها تتشكل من 410 عضو نصفهم من القضاة قضاة والنصف الآخر يتم انتقاؤهم من بين الكفاءات المستقلة من المجتمع المدني (المادة 04 من القانون العضوي 16-11)، على أن يكون التمثيل وطنيا عبر كل ولايات الوطن وحتى من الجالية الوطنية بالخارج (المادة 08 من القانون العضوي 16-11).

² - القانون رقم 14 - 04 المؤرخ في 24 فبراير 2014 المتعلق بالنشاط السمعي البصري. منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 16، المؤرخ في 23 مارس 2014 .

³ - الفقرتين 02، 03، من المادة 177 من القانون العضوي للانتخابات 10-16 .

⁴ - فطبقا للقانون العضوي للانتخابات والنصوص التنظيمية ذات الصلة، فإن التعبير المباشر عبر وسائل الاعلام يقوم على مبدأ "الانصاف وليس المساواة" وهذا حسب الاهمية التي يكتسبها الحزب من حيث عدد الترشيحات التي قدمها على المستوى الوطني .

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 97-138 المؤرخ في 28 أفريل 1997 يحدد شروط إنتاج حصص التعبير المباشر المتعلقة بالحملة الانتخابية للانتخابات التشريعية يوم 05 جوان 1997 و برمجتها و بثها من قبل المؤسسات العموميتين للتلفزيون و البث الإذاعي المسموع، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 26، المؤرخ في 30 أفريل 1997 .

المفوضون قانونا عن قوائم المترشحين الذين يتقدمون باسم حزب أو عدة أحزاب سياسية أو في إطار قوائم مستقلة. تطلق عليها تسمية "ممثلي قوائم المترشحين" (1). ومن بين طرق تسجيل وبث الحصص الممنوحة للمترشحين في وسائل الإعلام العمومي، ما يلي (1):

- 1- حديث مباشر للمترشح شخصيا أو بواسطة من يمثل قانونا يشرح فيه برنامجه الانتخابي لجمهور الناخبين، وقد يتناول في تقديم برنامجه أهم النقاط التي يرى من شأنها استمالة الناخبين والتأثير فيهم، وهذه الطريقة تسمى أسلوب التصريح.
 - 2- حوار بين الأشخاص المدعوون للمشاركة في الحصة عن طريق الأسئلة والأجوبة.
 - 3- كما يمكن أن تقدم الحصة الإشهارية أو الدعائية للمرشح في شكل موضوع يطرح للمناقشة من طرف عدة أشخاص.
- وتتم عملية برمجة التواريخ ومواقيت البث المخصصة للخصص الدعائية عن طريق القرعة بصفة علنية وتحت إشراف الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات (2)، على أن يكون البث قبل النشرات الإخبارية الأساسية لقنوات الإذاعة والتلفزيون على مدى أيام الحملة الانتخابية (3).

وإضافة إلى ما سبق ذكره، تساهم أيضا وسائل الإعلام المرئية والمسموعة في الحملة الانتخابية من خلال تغطية نشاطات المرشحين، والتي تتم بصفة متساوية وعادلة في حدود حجم زمني معين يستفيد منه كل مرشح حزبي أو مستقل أثناء النشرات الإخبارية الأساسية، بناء على طلب المرشحين، وفي هذا الصدد فإن الحجم الساعي المخصص للحملة في كل قناة فهو 528 وحدة (5 دقائق لكل وحدة) أي أربع (4) فترات في ثلاثين دقيقة، ويبلغ عدد القوائم اللازمة للحصول على وحدة التعبير المباشر 19 قائمة. وتستفيد الأحزاب والتحالفات التي لها أقل من 19 قائمة من وحدة زمنية جزافيا وعددها 21 حزب وتحالفا وعدد قوائمها 127 قائمة (4).

أما بالنسبة للصحف العمومية فتخصص مساحات لتغطية هذه النشاطات والمهرجانات بصفة عادلة ومتساوية، وتلعب الصحافة دورا لا يستهان به في مجال التحكم بالوعي الجماهيري، كما تعزز نشاط الإذاعة والتلفزيون حيث تضع النقطة المفسرة وتستخلص النتائج، مما يؤدي إلى تحقيق التأثير الدعائي الكامل الذي يبدأ من الإذاعة والتلفزيون، إلا أن ما يعاب على الصحافة في البلدان النامية هو عدم صدق الخبر الذي تقدمه من جهة، ومن جهة أخرى ترويجها للإشاعات المغرضة والبعد عن الحقيقة، مما يؤدي إلى تزيف الرأي العام وتضليله، مما حدا بالفقه إلى مطالبتها بالابتعاد عنه قدر الإمكان (5).

ويثور الإشكال حول استغلال بعض التشكيلات السياسية لمواقع التواصل الاجتماعي على غرار الفضاء الأزرق (الفايسبوك) للترويج لبرامجهم قبل بداية الحملة الانتخابية، فهنا يمكن التوضيح أنه لا يوجد قانون ينظم المسألة، لكن الهيئة التي تملك صلاحية مراقبة كل المجالات والوسائل المستعملة في الحملة الانتخابية لها الحق في إلزامهم على الأقل باحترام الفترة الخاصة بالحملة الانتخابية.

1- أحمد صالح أحمد العميسي، المرجع السابق، ص 248-249.

2- وبخصوص الانتخابات المحلية المبرجة يوم 23 نوفمبر 2017 فقد أجريت بتاريخ 25 أكتوبر 2017 إجراء عملية توزيع حصص التعبير المباشر لفائدة الأحزاب السياسية والتحالفات والقوائم الحرة للتعبير في وسائل الإعلام (المؤسسة الوطنية للتلفزيون و الإذاعة الجزائرية) وجرت عملية القرعة بحضور ممثلين عن الأحزاب السياسية المشاركة في الموعد الانتخابي القادم بالإضافة إلى ممثلين عن الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات و مختلف وسائل الإعلام . علما أن اعداد البرنامج الخاص بالتوزيع الزمني المنصف لتدخلات الأحزاب السياسية والتحالفات المشاركة في الانتخابات هي من صلاحيات الهيئة التي تسهر على احترام التنظيمات الخاصة بالحملة الانتخابية، ومن حق المترشحين إخطار الهيئة في حالة تسجيل أي مخالفة أو خرق للقانون خلال هذه الفترة (الحملة الانتخابية). وتبث تدخلات ممثلي الأحزاب والاحرار على التلفزيون الجزائري والقناتين الأولى والثانية للإذاعة الوطنية مع الزامية استعمال اللغتين العربية والأمازيغية فقط، ويتم تسجيلها (التدخلات) 48 ساعة قبل انطلاق موعد الحملة الانتخابية بحضور عضو عن الهيئة ضمنا لاحترام البرنامج .

3- تنظر على سبيل المثال المواد 11، 14، 17، من المرسوم التنفيذي 97-138 .

4- الانتخابات المحلية: عملية القرعة الخاصة بتوزيع الحيز الزمني للتعبير في وسائل الإعلام السمعي البصري خلال الحملة الانتخابية، وكالة الأنباء الجزائرية، بتاريخ 2017/10/25.

5- محمد فرغلي محمد علي، المرجع السابق، ص 675 .

المطلب الثاني

ضمانات المساواة في الأحكام المالية للحملة الانتخابية

تتطلب إجراءات الحملة الانتخابية تكاليف كبيرة، وفيها تنفق الأحزاب السياسية والمرشحين الأحرار كل ما في وسعهم في سبيل الوصول للسلطة وممارستها، من خلال الفوز بالانتخابات، وإذا كان إعمال مبدأ الحرية يقضي بعدم تدخل الدولة في موضوع الإنفاق الحزبي على الانتخابات، فإن مبدأ المساواة يقف من تلك المسألة موقفا مضادا تماما صيانة للحياة السياسية، لأن تدخل المال دون ضوابط يؤدي إلى أن يصبح هو معيار الاختيار السياسي، بدلا عن المبادئ والبرامج السياسية وأساليب حل المشكلات⁽¹⁾.

ولما كان التباين في مركز المال للمرشحين قد يؤدي إلى الإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، ونتيجة لما شهدته الممارسة العملية من فساد في الحملات الانتخابية، تدخلت معظم الدول بسن تشريعات لضبط تمويل الحملة الانتخابية، ومن بينها المشرع الجزائري الذي وضع الأحكام المالية المتعلقة بالحملة الانتخابية ضمن الفصل الثاني من الباب السادس من القانون العضوي 16-10 المتعلق بالانتخابات، وفي هذا المطلب سنتطرق لمصادر تمويل الحملة الانتخابية (الفرع الأول)، ثم لحدود الإنفاق فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المساواة من خلال ضبط مصادر التمويل

اهتمت أغلب التشريعات الانتخابية بتنظيم طرق تمويل الحملة الانتخابية من حيث مصدرها، بوضع مجموعة من القيود على عملية حصول المرشحين على هذه الإيرادات، سواء تمثلت هذه الأخيرة في المساهمات المقدمة من طرق الدولة أو الغير بهدف تحقيق المساواة بين المرشحين من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق رقابة الدولة على مصادر تمويل هذه النفقات⁽²⁾. وقد تطرق المشرع الجزائري، من خلال القانون العضوي للانتخابات 16-10، إلى مصادر تمويل الحملة الانتخابية، ونص عليها في المادة 190 التي تقضي: (يتم تمويل الحملات الانتخابية بواسطة موارد صادرة عن:

- مساهمة الأحزاب السياسية.
- مساعدة محتملة من الدولة تقدم على أساس الإنصاف.
- مداخيل المترشح).

أولا/ مساهمة الأحزاب السياسية:

يتم تمويل الحملة الانتخابية من قبل الأحزاب السياسية بواسطة الموارد الخاصة لها، وتكون هذه الموارد متنوعة مثل حقوق الاشتراكات للأعضاء المنخرطين في الحزب وكذا الهبات والوصايا والتبرعات وكذا العائدات المرتبطة بنشاطها والمساعدات المحتملة التي تقدمها الدولة في هذا المجال⁽³⁾. وقد قيد المشرع الجزائري، من خلال قانون الأحزاب السياسية 12-04، هذه الأخيرة بعدة قيود بغية الحصول على المساعدات، من بينها:

01- يجب أن تدفع اشتراكات الأعضاء المنخرطين في الحزب السياسي بما فيهم المقيمين بالخارج في الحساب المنصوص عليه في المادة 62 من هذا القانون العضوي، وتحدد هيئات المداولة والهيئات التنفيذية للحزب مبلغ الاشتراكات⁽⁴⁾.

¹ - حسن البدرابي، "الأحزاب السياسية والحريات العامة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 227.

² - أحمد بنيني، المرجع السابق، ص 271.

³ - المادة 52 من القانون العضوي 12-04 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالأحزاب السياسية. منشور بالجريدة الرسمية، العدد 02، 2012.

⁴ - المادة 53 من القانون العضوي 12-04.

02- لا يمكن أن ترد الهبات والوصايا والتبرعات إلا من أشخاص طبيعيين معروفين، ولا يمكن أن تتجاوز ثلاثمائة 300 مرة الأجر الوطني الأدنى المضمون لكل هبة وفي السنة الواحدة، وتدفع في الحساب المنصوص عليه في المادة 62 من القانون العضوي 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية⁽¹⁾.

03- يمنع على الحزب السياسي أن يتلقى بصفة مباشرة أو غير مباشرة دعما ماليا أو ماديا من جهة أجنبية بأي صفة كانت، وبأي شكل كان⁽²⁾.

04- ألا تكون موارد نشاطات الأحزاب السياسية نتيجة استثمارات غير تجارية، ويمنع على الأحزاب السياسية ممارسة أي نشاط تجاري⁽³⁾.

ثانيا/ المساعدات المحتملة من الدولة :

لم ينص المشرع الجزائري على التزام الدولة القاطع بتقديم مساعدات لتمويل الحملات الانتخابية للمرشحين أو الأحزاب السياسية وإنما جعل هذا التصرف لتقديرها⁽⁴⁾، كما أن هذا التقدير ليس مطلقا بل مقيد بشرط الإنصاف بين المرشحين كما هو واضح في نص المادة 190 من القانون العضوي للانتخابات 16-10 "مساعدة محتملة من الدولة تقدم على أساس الإنصاف"، تقدم إلى قوائم المرشحين الأحرار المقبولة والأحزاب السياسية حسب عدد قوائم المرشحين المقبولة بالنسبة لانتخابات أعضاء المجلس الشعبي الوطني وانتخابات أعضاء المجالس الشعبية الولائية و البلدية، أما فيما يتعلق بالانتخابات الرئاسية فإنها تقدم إلى كل مترشح، حسب ما ذكر به المرسوم التنفيذي رقم 17-118 المؤرخ في 22 مارس 2017 المحدد لكيفيات تمويل الحملات الانتخابية⁽⁵⁾.

وبالرجوع إلى القانون العضوي 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية نجد نص في المادة 52 على أنه : (يمكن للحزب السياسي المعتمد أن يستفيد من إعانة مالية من الدولة حسب عدد المقاعد المحصل عليها في البرلمان وعدد منتخبيه في المجالس. يقيد مبلغ الإعانة المحتملة التي تمنحها الدولة للأحزاب السياسية في ميزانية الدولة). كما يمكن أن تكون المساعدات التي تمنحها الدولة للحزب السياسي محل مراقبة فيما يخص وجهة استعمالها⁽⁶⁾. وغالبا ما تكون المساعدات المقدمة من الدولة محل جدل ونقاش بين بعض الأحزاب والمرشحين نظرا لعدم كفايتها ومحدوديتها من وجهة نظرهم، وهو ما يجعلهم يطالبون دائما بضرورة رفع سقف المساعدات المالية التي تقدمها الدولة للأحزاب خلال الانتخابية، باعتبار أن هذه المعونة حسبهم لا تكفي لتغطية و لو جزء صغير من تكاليف الحملة الانتخابية، وخاصة بالنسبة للأحزاب الجديدة التي هي في أشد الحاجة للأموال للتعريف ببرامجها الانتخابية وإقامة هياكلها النضالية. في

- وبخصوص الحساب المذكور أعلاه فيتعين على الحزب السياسي أن يكون له حساب مفتوح لدى مؤسسة مصرفية أو مالية وطنية، في مقرها أو لدى فروعها المتواجدة عبر التراب الوطن (المادة 62 من القانون العضوي 12-04).

1- المادة 55 من القانون العضوي 12-04 .

2- المادة 56 من القانون العضوي 12-04 .

3- المادة 57 من القانون العضوي 12-04 .

4- عكس ما هو عليه الحال مثلا في فرنسا، حيث تقوم الدولة بتقديم مساهمة مالية للمرشحين بمقدار 5 % من أموال تمويل الحملة لكافة المرشحين. أما في أمريكا فيتعين على المرشح أن ينجح في جمع 100 ألف دولار تبرعات على الأقل، بمعدل خمسة آلاف دولار لكل ولاية من إجمالي 20 ولاية على الأقل، وهي العتبة اللازمة للحصول على التمويل الحكومي الذي يخضع لمراقبة وتدقيق لجنة الانتخابات. سميير الباجوري، دراسة تحليلية ومقارنة للمنظومة القانونية الحاكمة للإنفاق المالي للانتخابات في التشريعات المصرية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://qadaya.net/?p=5803>

5- الجريدة الرسمية، العدد 19، المؤرخ في 26 مارس 2017.

6- المادة 59 من القانون العضوي 12-04 .

حين أن هناك من يرى العكس تماما، ويطالب بعدم صرف هذه المعونة، واستعمالها في مجالات تنمية يستفيد منها المواطن الذي هو في أشد الحاجة إليها.

ثالثا/ مداخيل المترشح:

طبقا لأحكام المادة 190 من قانون الانتخابات 16-10 فإن مداخيل المترشح⁽¹⁾ تعتبر مصدر من المصادر المشروعة لتمويل حملته الانتخابية، كما هو الحال في إشهار الترشيحات، فعلى المترشح أن يتحمل نفقات إشهار ترشيحه زيادة على أنواع الإشهار سواء كان ذلك بالملصقات أو بالتعليق أو بكل الوسائل القانونية لسير الحملة الانتخابية. وفي سبيل ضبط الإنفاق على الحملة الانتخابية وشفافيته وحماية البلاد من أي خطر قد تتعرض له جراء قبول مرشحيتها للهبات أو التبرعات من أي جهة أجنبية، منع المشرع على كل مرشح لأي انتخابات وطنية أو محلية تلقي أو قبول هبات نقدية أو عينية مباشرة أو غير مباشرة من أية دولة أجنبية، أو أي شخص طبيعي أو معنوي من جنسية أجنبية⁽²⁾، أما عن التبرعات من جهات داخلية فليس في قانون الانتخابات ما يمنع قبول هذه الهبات والتبرعات العينية والنقدية من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ذوي الجنسية الجزائرية أو الوطنيين حتى لو لم يصرح بذلك.

وأول ما يمكن ملاحظته على تنظيم المشرع لعملية تمويل الحملات الانتخابية أنه لم يتطرق لتفاصيل الأمور، على خلاف ما هو معمول به في بعض التشريعات الانتخابية المقارنة، حيث اكتفى بوضع الإطار العام لذلك، فلم يحدد مقدار مساهمة الدولة، ولا كيفية توزيع هذه المساهمة بين المرشحين، ولم يوضح الأسس المعتمدة في ذلك، كما لم يتطرق لموضوع التبرعات التي تقدم للمرشحين من جهة الداخل، سواء من حيث الحد الأقصى لتبرع الأفراد أو الطريقة المعتمدة⁽³⁾، وهذا القصور في التشريع قد يؤدي إلى أن يتم تمويل الحملة الانتخابية للمرشحين الأحرار، أو مرشحي الأحزاب ذات الموارد المالية المحدودة من قبل أصحاب رؤوس الأموال الكبيرة، ومن ثم سيطرة هؤلاء على مقاليد الحكم وتحقيق أهدافهم غير المشروعة البعيدة كل البعد عن مصلحة الوطن، وهو ما يستدعي تدخل المشرع لتنظيم المسألة تنظيمًا دقيقًا بوضع معايير واضحة ودقيقة للعملية، بحيث يتيسر دعم جميع المترشحين على نحو يكون أكثر ديمقراطية ويسهل في نفس الوقت الرقابة على تلك الهبات والتبرعات ويبرز مصادرها بكل وضوح تماما مثل ما يجري به العمل في القوانين الانتخابية في الدول الديمقراطية.

الفرع الثاني: المساواة من خلال تحديد الحد الأقصى لنفقات الحملة الانتخابية

¹ - بين المرسوم التنفيذي رقم 17-118 المؤرخ في 22 مارس 2017 المحدد لكيفيات تمويل الحملات الانتخابية، أن مداخيل المترشح تشتمل على "أمواله النقدية و كذا الأموال المتأتية من أملاكه العقارية و المنقولة".

² - المادة 191 من قانون الانتخابات 16-10 .

³ - على سبيل المثال نجد المشرع الأمريكي قد أنشأ صندوق خاص بتمويل الحملة الانتخابية كأحد البنود التابعة للخزينة العامة للدولة تحت مسمى "باب الإيرادات الخاص بالحملة الانتخابية"، يساهم فيه كل فرد خاضع أجره للضريبة بدولار شهريا في شكل تبرع دون تحديد الجهة أو الحزب المتبرع له، وذلك بهدف إبعاد أصحاب رؤوس الأموال من التحكم في سباق الانتخابات الرئاسية الأمريكية، ثم توزع في الحملة الانتخابية في جميع مراحلها من قبل الخزينة العامة وفق أسس دقيقة، كما وضع مجموعة من القيود والضوابط لهذه العملية، حيث حدد سقف مساهمة الأفراد بألف دولار نقدا أو عينا، ومنع تقديم المساعدات من قبل المتعاقدين مع الحكومة. كما وضع المشرع الفرنسي أيضا مجموعة من الضوابط للتبرعات، حيث ألزم المرشحين بعدم تلقي تبرعات الأفراد إلا عن طريق جمعية تمويل الانتخاب أو الوكيل المالي للحملة الانتخابية، والذي يشترط فيه أن لا يكون من أحد مرشحي القائمة، وألزم المشرع الفرنسي الوكيل المالي أو أي جمعية تمويل الانتخاب، بفتح حساب باسمه أو باسم المرشح متقدم القائمة بعنوان حساب الحملة الانتخابية لاستقبال تبرعات المواطنين، وقد وضع حد أقصى لتبرع الأشخاص الطبيعيين ب4600 أورو، مع ضرورة أن يتم تقديم التبرع الذي يتجاوز 150 أورو عن طريق الشيك. ولا يجوز أن تشكل المساهمات النقدية المقدمة لمرشح واحد أكثر من 20% من سقف النفقات عندما يكون هذا المبلغ الأخير يساوي على الأقل 15000 يورو. أحمد بن يحيى، المرجع السابق، ص 272، 273 .

نظرا لارتباط الحملة الانتخابية بالمركز المالي للمرشح، أو بمدى الدعم الذي يتلقاه، فإن وضع سقف للإنفاق في إطار الحملة يشكل إحدى الوسائل الهامة لضمان المساواة بين المرشحين⁽¹⁾، لذلك فإن التشريعات المعاصرة تضع حدودا دقيقة للمبالغ المالية التي يمكن صرفها في مجال الحملة الانتخابية⁽²⁾، وذلك بغرض إتاحة الفرصة على نحو متكافئ بين جميع المرشحين، سواء كانوا من الأثرياء، وغيرهم من المتحكمين في موارد الدولة ومصادر دخلها ومشروعاتها الحيوية، أم كانوا من الذين تعوزهم الإمكانيات المادية والمجربين من السلطة بحكم انتمائهم لأحزاب المعارضة⁽³⁾.

وفي هذا الصدد، فقد حدد المشرع الجزائري حدا أقصى لنفقات الحملة الانتخابية لا يجوز لأي مترشح أن يتعداه، ويختلف هذا الحد بحسب طبيعة الانتخابات، طبقا لما جاء في المادتين 192، 194، من قانون الانتخابات 16-10. فطبقا للمادة 192 لا يمكن أن تتجاوز نفقات حملة المترشح للانتخابات الرئاسية مائة مليون دينار (100.000.000 دج) في الدور الأول، ويرفع هذا المبلغ إلى مائة وعشرين مليون دينار (120.000.000 دج) في الدور الثاني. أما الحد الأقصى للإنفاق على الانتخابات التشريعية فإنه يقدر، طبقا للمادة 194 من قانون الانتخابات السالف الذكر، بمليون وخمسمائة ألف دينار (1.500.000 دج) عن كل مترشح. وقد بينت المادة 193 من قانون الانتخاب 16-10 أن لكل المترشحين للانتخابات الرئاسية الحق في حدود النفقات الحقيقية في تعويض جزائي قدره عشرة في المائة. وعندما يحز المترشحون للانتخابات الرئاسية على نسبة تفوق عشرة (10) بالمائة، وتقل أو تساوي عشرين (20) في المائة من الأصوات المعبر عنها، يرفع هذا التعويض إلى عشرين (20) في المائة من النفقات المصروفة حقيقة وضمن الحد الأقصى المرحص به. وترفع نسبة التعويض إلى ثلاثين (30) في المائة بالنسبة للمترشح الذي تحصل على أكثر من عشرين (20) في المائة من الأصوات المعبر عنها. وفي جميع الحالات لا يتم هذا التعويض إلا بعد إعلان المجلس الدستوري النتائج.

كما نصت المادة 195 من قانون الانتخابات السالف الذكر، أنه يمكن لقوائم المترشحين للانتخابات التشريعية التي أحرزت عشرين (20) في المائة على الأقل من الأصوات المعبر عنها، أن تحصل على تعويض بنسبة خمسة وعشرين (25) في المائة من النفقات المصروفة حقيقة وضمن الحد الأقصى المرحص به. ويمنح هذا التعويض إلى الحزب السياسي الذي أودع الترشح تحت رعايته، على أن تقدم هذه التعويضات بعد إعلان المجلس الدستوري للنتائج.

وأول ما يمكن ملاحظته في هذا الشأن، أن المشرع زاد في مبالغ الحملة الانتخابية، سواء بالنسبة للرئاسيات أو للتشريعية، عما كانت عليه في قانوني الانتخاب 97-07، وكذا 12-01، فعند الرجوع إلى القانون العضوي للانتخابات 97-07 لا يمكن أن تتجاوز نفقات حملة المترشح للانتخابات الرئاسية خمسة عشر مليون دينار في الدور الأول، و يرفع هذا المبلغ إلى عشرين مليون دينار في الدور

1- وفي هذا الصدد تنص المادة 25 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 على أنه: (يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التمييز المذكور في المادة 2، الحقوق التالية، التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة: أ- أن يشارك في إدارة الشؤون العامة، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون في حرية، ب- أن ينتخب وينتخب، في انتخابات نزيهة تجرى دوريا بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين، ج- أن تتاح له، على قدم المساواة عموما مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده) .

وفي تفسيرها للمادة 25 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، علقت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة بالقول: (يمكن تبرير الحدود المعقولة للإنفاق على الحملة الانتخابية ، حيثما يكون ذلك ضروريا ، لضمان عدم تقويض حرية اختيار الناخبين أو تشويه العملية الديمقراطية من خلال الإفراط في الإنفاق لصالح أي مرشح أو حزب).

- الفقرة 19 من التعليق العام رقم 25 : الحق في المشاركة في الشؤون العامة وحقوق التصويت والحق في تقلد الوظائف العامة، المادة 25- 1996/7/12 .

2- أحمد بنيني، المرجع السابق، ص 274 .

3- عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، دار الجامعيين، القاهرة 2002، ص 963.

الثاني⁽¹⁾، ويحدد مبلغ الإنفاق بمئة وخمسون ألف دينار (150.000 دج) عن كل مترشح بالنسبة للانتخابات التشريعية⁽²⁾. أما في ظل قانون الانتخابات 01-12 فإن نفقات الانتخابات الرئاسية لا يمكن أن تتجاوز مبلغ ستين مليون دينار جزائري لكل مترشح في الدور الأول ويرتفع هذا المبلغ إلى ثمانين مليون دينار جزائري في الدور الثاني⁽³⁾، ومبلغ أقصاه مليون دينار جزائري عن كل مترشح بالنسبة للانتخابات التشريعية⁽⁴⁾. ويمكن تبرير هذه الزيادة بالمتغيرات الكبيرة التي تطرأ على القوة الشرائية للعملة الوطنية من حين لآخر، وكذا المتغيرات المتسارعة والمتزايدة وبشكل لافت للانتباه في أسعار العديد من السلع وكذا الخدمات، وهذا دون شك يؤدي إلى ارتفاع تكاليف الحملة الانتخابية ومتطلباتها⁽⁵⁾.

كما نجد أيضا أن المشرع لم ينص على تحديد نفقات الانتخابات المحلية سواء كانت ولائية أم بلدية بالرغم أن النفقات تكتسي أهمية بالغة وقد تكون أكثر خطورة في هذا الشأن، فالفراغ القانوني هنا لا يقيد المرشحين للانتخابات المحلية في اللجوء إلى مصادر تمويل خاصة، وذلك مقابل التواطؤ في حالة الفوز بالانتخابات بإعطاء امتيازات خاصة لتلبية حاجات البلدية أو الولاية للمتعاملين الاقتصاديين الذين وضعوا أموالهم الطائلة تحت تصرف المرشح أو الحزب خلال الحملة الانتخابية⁽⁶⁾.

ويتعين على كل مترشح للانتخابات الرئاسية، وكذا الأحزاب السياسية و المرشحين الأحرار المشاركين في الانتخابات التشريعية، تقييد الإيرادات المتحصل عليها والنفقات التي تم صرفها في إطار الحملة الانتخابية ضمن حساب خاص بهذه الأخيرة، مقدم من قبل محاسب خبير أو محافظ حسابات إلى المجلس الدستوري⁽⁷⁾، مع إخضاع هذا الحساب إلى الرقابة، حسب ما تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 17-118 المحدد لكيفيات تمويل الحملات الانتخابية، الذي ألزم المرشحين بإعداد حساب لكل حملة انتخابية، يتضمن مجموع الإيرادات المتحصل عليها والنفقات المصروفة حسب مصدرها وطبيعتها.

فبالنسبة للانتخابات التشريعية، يكون هذا الحساب باسم الحزب السياسي الذي أودعت تحت رعايته قائمة المترشحين أو باسم المترشح متصدر القائمة عندما يتعلق الأمر بقوائم المترشحين الأحرار، فيما يكون باسم المترشح نفسه عندما يتعلق الأمر بالانتخابات الرئاسية. ويخضع هذا الحساب المقدم من قبل محاسب خبير أو محافظ حسابات إلى الرقابة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. غير أن مجرد النص في قانون الانتخابات على الحد الأقصى للإنفاق لا يكفي وحده لضمان المساواة بين المترشحين، بل يستدعي الأمر البحث عن الآليات الكفيلة لضمان التطبيق، وذلك من خلال البحث عن الجزاء المقرر لمن يخالف هذا القيد، وفي هذا الشأن اختلفت التشريعات المقارنة، حيث رتب القانون الأمريكي على مخالفة المصروفات الانتخابية المنصوص عليها قانون إسقاط الأهلية عن المرشح الفائز في الانتخابات، كما تضمن كذلك عقوبات جنائية، تتمثل في السجن لمدة مختلفة وغرامة مالية حسب كل حالة. أما التشريع الفرنسي فقد رتب على المرشح الذي تجاوز الحد الأقصى للنفقات المقررة قانونا للحملة الانتخابية حرمانه من الاسترداد الجزائي لنفقاته الانتخابية، دون التطرق لمدى صحة الترشح من عدمه، وعن مدى تأثير ذلك على العملية الانتخابية وترك أمر

¹ - المادة 187 من الأمر رقم 97-07 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتضمن للقانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 12، 1997.

² - المادة 189 من الأمر 97-07.

³ - المادة 205 من القانون العضوي 01-12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتضمن نظام الانتخابات، الجريدة الرسمية، العدد 01، 2012.

⁴ - المادة 207 من قانون الانتخابات 01-12.

⁵ - وهذا الذي تسير عليه مختلف التشريعات الانتخابية للدول الديمقراطية المعاصرة، فمثلا في فرنسا يتم تحديد حد أقصى لنفقات الدعاية مع ملاحظة أن هذا المبلغ قابل للمراجعة بصور سنوية للتأكد من ملائمته للظروف الاقتصادية المتغيرة. سعد مظلوم العبدلي، الانتخابات ضمانات حريتها ونزاهتها، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان 2009، ص 220.

⁶ - عبد المؤمن عبد الوهاب، النظام الانتخابي في التجربة الدستورية الجزائرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2006/2007، ص 117.

⁷ - المادة 196 من قانون الانتخابات 10-16.

تقدير ذلك إلى السلطة التقديرية لقاضي الانتخاب، وفي مثل هذه الحالة الأخيرة قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن مجرد المخالفة التي تقع من أحد المرشحين للحد الأقصى لنفقات الحملة الانتخابية لا يترتب عليها إلغاء الانتخاب، إلا إذا كان من شأنها أن تؤثر على حرية الناخبين أو تنال من سلامة الاقتراع، وأضافت التعديلات التي طرأت على قانون الانتخاب الفرنسي عام 1995 جزاءات جنائية على المرشح الذي لا يحترم القواعد المنظمة لإيرادات المرشح من تبرعات وهبات، وكذا عدم إعداد المرشح لتقرير حساب الحملة الانتخابية أو تزويرها⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يقرر أي جزاء لمخالفة هذا القيد سوى حرمان المرشح الذي يتجاوز الحد الأقصى لنفقات الحملة الانتخابية من الاسترداد الجزائي لتلك النفقات، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 196 من قانون الانتخابات 16-10 بقولها: (وفي حالة رفض حساب الحملة الانتخابية من طرف المجلس الدستوري، لا يمكن القيام بالتعويضات المنصوص عليها في المادتين 193 و 195 من هذا القانون العضوي). وما يعاب على المشرع في هذا الصدد أنه لم يتطرق لمدى تأثير هذا الجزاء، على غرار بقية الجزاءات، على نتائج الانتخاب وهو ما ينبغي استدراكه، حيث يمكن للمرشح أن ينفق ما يشاء في إطار الحملة الانتخابية، وفي سبيل تحقيق فوزه في الانتخابات، دون جزاء، وهو ما يؤدي في النهاية إلى أن يفقد هذا القيد معناه، ويصبح بدون جدوى، وبالنتيجة تبقى إمكانية التفاوت الكبير بين المرشحين قائمة، وهو ما يتعارض ومبدأ المساواة، فضلا عن تدخل المال وتأثيره السلبي على جدية ونزاهة الانتخابات.

كما فرض المشرع جزاءات أخرى نصت عليه المادتين 218 و 219 من القانون 19-10، فطبقا للمادة 218 يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 40.000 إلى 200.000 دج كل من يتلقى، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، هبات نقدية أو عينية أو أي مساهمة أخرى، مهما كان شكلها، من أي دولة أجنبية أو أي شخص طبيعي أو معنوي من جنسية أجنبية. وقررت المادة 219 عقوبة مالية من 40.000 إلى 200.000 دج وبالحرمان من حق التصويت وحق الترشح لمدة ست (06) سنوات على الأكثر، كل مرشح لم يقم بإعداد حساب حملته الانتخابية متضمنا الإيرادات المحصل عليها والنفقات التي تمت حسب طبيعتها ومصدرها.

خاتمة:

لما كان من المسلم به في كل دول العالم وكافة الاتفاقيات الدولية هو أن الانتخابات تعتبر هي الوسيلة الشرعية الوحيدة المعترف بها دوليا للوصول إلى السلطة وتداولها. وكي تؤدي الانتخابات ثمارها لتعميق الديمقراطية، فإنه يجب أن تتوفر فيها عدة معايير، ومن أهمها ضمان نزاهة الحملة الانتخابية وضمان مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين جميع المتنافسين فيها، سواء كانوا أفراد أو أحزاب، وذلك حتى تقبل الأطراف المتنافسة في الانتخابات تلك النتائج.

وقد اهتم المشرع الجزائري بهذه المسألة، حيث خص الحملة الانتخابية بكم هائل من النصوص القانونية لتنظيمها، إذ وضع المعالم والأطر القانونية العامة للحملة الانتخابية وفق قانون الانتخابات 16-10، كما لجأ إلى المراسيم التنظيمية والأوامر سعيًا منه لضمان مساواة كافة المرشحين في هذه المرحلة باعتبارها أحد الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية، وفي هذا الصدد عمد المشرع إلى وضع إطار زمني وحدده وحصر الوسائل التي تستخدم في الحملة الانتخابية، بالإضافة إلى تنظيمه لمصادر تمويل الحملة الانتخابية وتحديداتها، كما فرض ضوابط وقيود على الحملة الانتخابية، وأوجد النصوص الجزائية لتطبيقها على المخالفات والجرائم التي قد تحصل خلالها. غير أن تلك الضمانات، ورغم أهميتها، قد لا تنفي بالغرض المنشود، وهذا بالنظر إلى ما تخللها من نقائص، والتي يمكن تجاوزها بإجراء بعض التعديلات على القواعد القانونية التي تنظمها أو بإضافة نصوص أخرى تكملها.

¹ - أحمد بنيني، مرجع سابق، ص 270.

فبالعودة إلى الواقع، نلاحظ أنه مخالف لكثير من الأحكام والقواعد التي أوجدها المشرع لتنظيم هذه العملية، فمثلا فيما يخص الضوابط التي وضعها المشرع للإطار الزمني للحملة الانتخابية فالمرشحين غير مبالين بها، لا من حيث البداية ولا من حيث النهاية، وكذا فيما يخص استعمال وسائل الحملة الانتخابية كالمصقات أو اللافتات الكلاسيكية التي لا تحترم فيها أحكام النصوص القانونية، ويمتد التجاوز حتى في ظل الوسائل المسموعة والمرئية التي تبدأ مبكرا خارج وقت الحملة الانتخابية من خلال تغطية زيارات المرشحين الميدانية والاستضافة التلفزيونية، وكذلك في مجال تمويل الحملة الانتخابية عندما وضع الإطار العام دون أن يوضح حدود تبرع الأشخاص، ولا مقدار مساهمة الدولة ولا الطريقة المعتمدة في ذلك، دون أن يفرض الرقابة اللازمة على ذلك، وهو ما يؤدي إلى الفساد الانتخابي وسيطرة أصحاب المال والنفوذ على سلطة القرار بما يخدم مصالحهم الخاصة.

ولعل من أهم أسباب هذه التجاوزات والتناقضات، هو أن الحماية الجنائية المقررة لضمان المساواة بين المرشحين غير كافية بالصورة الحالية، كونها لا تغطي كافة صور النشاط غير المشروع الذي قد يرتكب في مرحلة الحملة الانتخابية، خاصة وأن المشرع، حتى في حالة الإدانة، قرر عدم إبطال عملية الانتخاب، وهذا ما يجعل مختلف الجزاءات التي قررها المشرع غير فعالة ولا تفني الغرض، إذ من السهل جدا أن يتقبل المرشح الجزاء المفروض عليه نتيجة مخالفته لأحكام الحملة الانتخابية ما دام أنه لا يمس بنتيجة الانتخاب التي تحصل عليها.

أساسية التنظيم القانوني للعقد الإداري ومحدودية دور القاضي الإداري في الجزائر

Basic legal regulation of the contract and limited role of administrative judge in Algeria

د. حبشي لزرق، أستاذ محاضر قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/11/06 - تاريخ المراجعة: 2017/12/30.

ملخص:

من منطلق خاصية عدم تقنين أو تدوين وتجميع قواعد القانون الإداري تظهر المهمة القضائية في الاجتهاد بيئة وواضحة، وليس التوقف عند ذلك الحد في إبراز لمكانة الاجتهاد في المادة الإدارية، بل ما يزيد في ذلك جلاء هو مهمة القاضي في حل خلاف أو نزاع أحد طرفاه شخص عام إداري، ما يجعل العلاقة القانونية بين أطراف الخلاف موسومة بطابع الخصائص الاستثنائية غير المألوفة في مجال روابط القانون الخاص الضابط لعلاقات الأفراد فيما بينهم، وبمجال ذلك هو العقود الإدارية فتزيد مهمة القاضي الإداري حينها صعوبة في البحث عن الحل القانوني يصل أحيانا إلى الأخذ بالقاعدة القانونية الخاصة وتطويعها بما يُلائم طبيعة المنازعة الإدارية وتطبيقها على الواقعة موضوع الخلاف، ولن يتأتى له ذلك إلا بالاجتهاد في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية:

العقد الإداري، دور القاضي الإداري، استقلال القانون الإداري، التنظيم القانوني، خصوصية العقد الإداري.

Abstract:

The administrative law in principle is a matter often not enacted by the legislature, which has made the task more difficult for the jurisprudence in administrative matters, the competent judge returns in his mission in case of litigation and as it is a public and administrative person with specific rules that relieve legal conflicts, and that can be implemented and there intervenes the role of jurisprudence.

Keywords:

Administrative contract, role of administrative judge, independence of administrative law, legal organization, privacy of administrative contract.

مقدمة:

ثمّة حقيقة واضحة للعيان أن الاجتهاد القضائي يحوز على مكان ودور له في صنع وبلورة القاعدة القانونية كضبط وتنظيم لعلاقات الأفراد داخل المجتمع فيم بينهم من جهة أو بين الدولة ممثلة في إداراتها المختلفة وبين الأفراد من جهة أخرى، غير أن هذا المصدر والأساس كواحد من بين عديد مصادر القاعدة القانونية تحتلف أهميته وتتفاوت تبعاً لما ينظمه من علاقات في إطار المجتمع المنظم، فهو أحد المصادر الاحتياطية لقاعدة القانون الخاص المنظم للعلاقات والنشاطات الفردية على اختلافها، لما تحوزه المصادر الأخرى من مكانة بارزة تعتبر الأساس في نشأة القاعدة القانونية، والقصد من ذلك التشريع بمراتبه ليبقى دور الاجتهاد بعد ذلك ضئيلاً نوعاً ما مقارنة بالتشريع مثلاً، أو المصادر الأخرى الرئيسة مكثفياً بالتدخل لسد ثغرات نادراً ما يتركها التشريع بالنص عليها.

وإذا كان القضاء الإداري في البلد الأم للقانون الإداري مستعينا بآراء كبار الفقهاء والمفكرين هناك قد لعب الدور الأهم والبارز في بلورة مختلف نظريات القانون الإداري وكوحدة منها نظرية العقد الإداري¹، فإن التساؤل الذي يطرح في هذا الموضوع يتعلق بمكانة هذه النظرية بين كل من القانون بمفهومه الواسع والقضاء الإداري في الجزائر.

بتعبير أدق، هل هناك فعلا دور حقيقي بارز للقاضي الإداري من خلال اجتهاداته - إن وجدت² - بغض النظر عن قلتها أو كثرتها، في تحديد مضامين وأسس نظرية العقد الإداري؟ أم أن الوضع يجب أن يتم التعويل فيه على مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقد الإداري؟ ذلك ما نتناوله تباعا في هذين المبحثين.

المبحث الأول

أسس اختصاص القانون بمسألة العقود الإدارية

عموما يستمد العقد الإداري قواعده إما من نصوص تشريعية أو تنظيمية تنظم جانبا أو أكثر من جوانبه، وإما من أحكام القضاء الإداري³، بالأساس على أن لا محل للاكتفاء في مجال القانون الإداري، بالنظر إلى أن مهمة القاضي الإداري هنا أصعب مقارنة بمهمة نظيره العادي. فهو يبحث عن الحل القانوني للواقعة موضوع الخلاف في مهمة إما استنباطية أو استقرائية وكله أمام بديهية إحدى خصائص القانون الإداري التي يتميز بها ألا وهي عدم التقنين.

غير أن حقيقة ووضع القضاء الإداري في الجزائر، باعتباره قضاء فتيا مقارنة بالقضاء الإداري في فرنسا من جهة، والعموض الذي ساد منذ تبنى الجزائر لنظام ازدواجية القضائية لمعايير اختصاص القاضي الإداري الجزائري، من جهة أخرى كان له الأثر الكبير في انحسار الدور القضائي للقاضي الإداري إزاء مسألة العقود الإدارية.

إن ذلك الوضع وتداعياته فتح المجال لتولي التشريع الدور الأهم بالنسبة للعقد الإداري بداية من التعريف مروراً بالأحكام، ووصولاً إلى الآثار المتعلقة بالتنفيذ والانقضاء، لاسيما وأن الأمر يتعلق بتحقيق المصلحة العامة. ومن ثم تختلف الأسس والمبررات التي دفعت إلى انفراد شبه كلي للتشريع بمسألة العقود الإدارية. فمنها ما تعود للدستور، وإن كان ذلك يستنتج بشكل ضمني (المطلب الأول) وأخرى ترجع إلى التطبيق الصريح من طرف القاضي الإداري للنصوص القانونية من دون اجتهاد صريح في ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الوصف القانوني للعقد الإداري

من منطلق الرجوع إلى تعريف العقد الإداري على اعتباره عقد مبرم بين أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، على أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص

¹ - مثال ذلك ما يتعلق بالمفاهيم التقنية للقانون الإداري بالرجوع إلى فكرة المرفق العام، والتي أشار إليها الفقيه LEON DUGUIT، ينظر في ذلك، الأستاذ الدكتور، محمد بوسماح، الإرث الاستعماري للمفهوم القانوني للمرفق العام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، جوان 2014، ص 14، 15.

² - الأساس في ذلك أن الأستاذ الدكتور أحمد محيو يشير إلى غياب الاجتهاد في هذا المجال، وإن كان ذلك الأمر قديما نسبيا. ينظر مؤلفه، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة الدكتور، محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 354.

³ - الأستاذ الدكتور، ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 12.

يتضح أن العناصر والركائز الأساسية الثلاث ستجد صورة أو مظهرها مطابقا لها تماما في التشريع على وجه العموم، وتحديدًا أكثر ضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

حتى أن مسألة تقرير اختصاص القاضي الإداري في الجزائر، وطبقا لتلك العناصر والركائز التي يقوم عليها العقد الإداري، سوف لن تخرج عن تبني المعيار العضوي في جل الأحيان، إضافة إلى المعيار الشكلي والمعياري الموضوعي²، سواء وفق نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كنص عام، أو طبقا لنصوص خاصة مثل أحكام المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وتدعيما أو إثباتا لحقيقة العلاقة بين العقود الإدارية والنصوص القانونية المتعلقة بها في الجزائر، فإن هناك من النصوص الدستورية ما يستنتج منها ذلك، وإن كان الأمر في هذه الحالة يقوم على نوع من الاستقراء والاستنباط لمقومات تلك الحقيقة، من ذلك مثلا أن نص المادة 3/20 من الدستور الجزائري الحالي³، والتي تنص على أنه: "... يتم تسيير الأملاك الوطنية طبقا للقانون ". فإن مفاد عملية التسيير قد تكون بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق تعاقد الإدارة لتسيير مرافق عمومية أو استغلالها تحقيقا للمصلحة العامة المتمثلة في الحاجيات المتنوعة للمواطن.

كما أن ما ورد ضمن نص المادة 2/43 من الدستور⁴ تتعلق - من وجهة نظر معينة - بنفس الفكرة السابقة. ومعنى ذلك أن عمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، والتشجيع على ازدهار المؤسسات خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية، سوف يكون بموجب نصوص قانونية تضبط ذلك، وحينذاك تكون فكرة العقود الإدارية كأحد أهم المواضيع التي يشملها ذلك التنظيم القانوني.

وفي موضع آخر لا يقل شبيها عن سابقه من الأمثلة، هو ما ورد تحديدا ضمن نص المادة 6-99 من الدستور، وذلك باعتبار أن السهر على حسن سير الإدارة العمومية⁵ يعد من المهام المنوطة بالوزير الأول⁶، والتي من بين مجالاتها وصورها قد يكون ذلك التسيير عن طريق العقود الإدارية. لعل أبرزها عقود تسيير المرافق العمومية⁷.

هذا بالإضافة إلى أن نص المادة 2/143 من الدستور⁸ تتعلق ولو بشكل غير مباشر بالأمثلة السابقة، فيما يتعلق بالعقود الإدارية التي تبرزها السلطة التنفيذية لاسيما عن طريق الوزير الأول. وأساس القول بهذا يرجع وبمفهوم الاستنتاج إلى تلك الصلاحيات

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج.ر.ج. عدد 50 الصادرة بتاريخ 2015/09/20.

² الأستاذ الدكتور، مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني (نظرية الاختصاص)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 56.

³ الصادر بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. عدد 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

⁴ تنص المادة 2/43 من الدستور على أنه: "... تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية ...".

⁵ مثال ذلك المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 1993/11/28 الذي يوجب على جميع المقاولات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري والغابات امتلاك شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، المعدل والمتمم.

⁶ إن ما ورد ضمن نفس النص الدستوري، وتحديدًا في المطلة الثانية والرابعة قد يكون له علاقة بشكل أو بآخر بالمضمون السابق لفكرة العقود الإدارية، باعتبار الأمر يندرج تحت اختصاص تنفيذ القوانين والتنظيمات، وكذا توقيع المراسيم التنفيذية.

⁷ لعل أبرز مثال لذلك هو المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18/09/1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة.

⁸ تنص المادة 143 في فقرتها الثانية من الدستور على أنه: "... يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول ...".

المخولة للوزير الأول طبقا لنص المادة 99 من الدستور الجزائري الحالي، وتحديدًا ما يتعلق بصلاحياته في السهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات، وكذا الاختصاص المقرر له في السهر على حسن سير الإدارة العامة¹، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن تدخل الوزير الأول بموجب مراسيم تنفيذية لوضع القوانين والتنظيمات موضع التنفيذ، سيكون متضمنا لشروط تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية وتنفيذها. ومن ذلك ما تتضمنه المراسيم التنفيذية المتعلقة بكيفية تنفيذ أحكام المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. ومن ثم، فإن النتيجة المترتبة على ذلك هي غلبة المعيار التشريعي على الأحكام المتعلقة بالعقود الإدارية في الجزائر.

إن السبب في القول بذلك يعود في جزء كبير منه إلى تفوق الشروط التنظيمية على الشروط التعاقدية التي يتضمنها العقد الإداري. وعليه فإن النوع الأول من تلك الشروط يقوم بالأساس ويستند على ما تتضمنه النصوص التنظيمية، وتلك نتيجة توضح بشكل كبير ذلك المعيار التشريعي وفق الاستنتاج السابق.

المطلب الثاني: بعض مظاهر التنظيم القانوني للعقد الإداري في الجزائر

وفق ما سبق بيانه من حيث اختصاص سلطة التنفيذ في الجزائر بمسألة تسيير الأمور الإدارية باعتبارها رأس وقمة التدرج الإداري في الدولة، فإن موضوع العقود الإدارية وتنظيمها بدت واضحة جدا كأمر يؤكد ذلك من خلال أحكام المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. ذلك أن الصفقات العمومية عقود إدارية وفق أحكام هذا المرسوم بالنظر لمحمل العقود التي تشملها تحقيقا للمصلحة العامة في إطار تلبية الحاجيات المختلفة للمواطن، وذلك طبقا لنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي أعلاه². وإذا كان مجال الأشغال العمومية مثلا يعد واحدا من بين مجال الصفقات العمومية، فإن التسمية المستحقة لأحكام المرسوم الرئاسي بإضافة عبارة "تفويضات المرفق العام" تؤكد الطابع التشريعي والتنظيمي لمفهوم العقود الإدارية المقصودة بهذا التنظيم (المرسوم الرئاسي).

وليس ذلك فحسب، بل إن الأمر نفسه يتأكد من خلال تعريف امتياز الأشغال العمومية على أنه "عقد يستند إلى تفويض قانوني يكلف بواسطته شخص عام شخصا آخر بتنفيذ أشغال عامة، واستثمار المنشآت مقابل أجر لذلك"³.

وبالرجوع إلى أحكام الرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن مضامينه تدل وتشير إلى تلك الدعائم والمبادئ التي تقوم عليها العقود الإدارية. أولها أن يكون أحد أطراف العقد الإداري شخصا معنويا عاما، وذلك ما ورد في نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي أعلاه، بتعبيره عن المصلحة المتعاقدة التي تتمثل في الدولة الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليًا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، أو من الجماعات الإقليمية.

وفي ذلك كله تبني من طرف المشرع الجزائري لاختصاص القاضي الإداري حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة ليست شخصا معنويا ذا طابع إداري، ما دام التمويل الكلي أو الجزئي للمهام التي تقوم بها يكون من طرف الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية أو المرفقية.

¹ ينظر نص المادة 99 من الدستور الجزائري الحالي.

² تنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوامز والخدمات والدراسات".

³ حول هذا التعريف ينظر الدكتور، وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص 22.

وثانيها هو اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام، وذلك هو الأمر المؤكد من تسمية المرسوم الرئاسي في حد ذاتها. إذ لا بد أن يتصل العقد الإداري بنشاط المرفق العام، سواء كان ذلك الاتصال من حيث التنظيم أو الإدارة أو الاستغلال أو المساهمة في إدارته. وعليه تعد الصلة بين العقد والمرفق العام جوهرية في تعريف القانون الإداري، فضلا على أنها ترتب آثار مهمة في تنفيذ أحكام هذا العقد. وفي هذا الإطار تحديدا يقرر البعض¹ أنه إذا كان العقد الإداري أحد وسائل إدارة المرفق العام فيجب أن تدمج مبادئ تنفيذه بمبادئ سير المرفق العام الذي أبرم من أجله.

ومن ثم فإن ركن اتصال العقد بنشاط مرفق عام له من الطابع التشريعي ما يبينه أكثر خاصة من ناحية تقرير اختصاص القاضي الإداري. لأنه وبنوع من التحليل لهذه الفكرة فإن عقد الامتياز كأحد أهم أساليب تسيير المرافق العامة، يتضمن شروطا تنظيمية وتتعلق بكيفية تقسيم المرفق العام للخدمة للجمهور، وشروطا تعاقدية تخص الحقوق المالية للمتعاقد وحينذاك فإن اختصاص القاضي الإداري يتقرر على أساسين، الأول وهو أن أحد أطراف العقد يتمثل في السلطة مانحة الامتياز، وذلك تكريسا للمعيار العضوي². والثاني، هو ارتباط العقد بتسيير مرفق عام يؤدي خدمة عامة للمواطن، تحقيقا للمصلحة العامة. وعندئذ يختفي كل دور للقاضي الإداري فيما يتعلق بالفصل في منازعات تلك العقود الإدارية ما دامت المسألة قد نظمت تنظيميا تشريعيا.

يبقى بعد كل ذلك دعامة ثالثة هي التي تزيد من تمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص وهي تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية³، لا تنحصر في تلك التي تتميز بطابع السلطة، أو تخرج عن المألوف الذي اعتاد عليه الأفراد، بل تتمثل أساسا في شروط تكون وثيقة الصلة بمبادئ القانون العام.

ولا يختفي الدور الرئيس للتشريع كذلك في هذا العنصر إذ أنه من غير المنطقي أن لا يتضمن النص القانوني الإشارة إلى أحكام وكيفية تنفيذ العقد الإداري، وهي المرحلة التي تظهر فيها السلطة أو المصلحة المتعاقدة بمظهر الامتيازات المعبرة عن تلك الشروط الاستثنائية التي يضمنها العقد الإداري.

المبحث الثاني

دواعي محدودية الدور القضائي اتجاه مسألة العقود الإدارية في الجزائر

إن ترتيب مصادر القانون الإداري الجزائري تختلف وتباين فيما بينها لتشكل فيما بينها قاعدة قانونية إدارية قد تتعلق بتنظيم إحدى المواضيع لذلك القانون كنظرية العقد الإداري. إن هذا الاختلاف يكون له - بطبيعة الحال - أثره البالغ في احتلال مصدر الاجتهاد القضائي للقاضي الإداري مرتبة تدنو التشريع، وذلك ما يعد من بين أهم أسباب محدودية دور القضاء الإداري اتجاه مسألة العقود الإدارية (المطلب الأول). كما يمكن أن تقوم المبررات لتلك المحدودية على أساس وضع آخر هو تعلق العقد الإداري بتحقيق المصلحة العامة التي تناط في تحقيقها بالأشخاص المعنوية، ويستوي الأمر أن يكون ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ترتيب مصادر القاعدة القانونية الإدارية في الجزائر

¹ الدكتور، محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة، مطبعة العشري، القاهرة، 2012، ص 203.

² الأستاذ الدكتور، مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 33، 34.

³ ينظر في ذلك، الأستاذ الدكتور، سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 89.

ينظر كذلك الأستاذ الدكتور، محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2005، ص 498،

تتضح مسألة ترتيب مصادر القاعدة القانونية الإدارية في الجزائر من حيث احتلال واستئثار القانون سواء كان تشريعاً أو تنظيمياً مرتبة الصدارة مقارنة بالقانون الإداري الفرنسي الذي يحتل فيه القضاء الإداري هناك مرتبة أسمى، ودورا رفيع في صياغة وبلورة قواعد القانون الإداري.

ومن ثم لا يوجد من ينكر حقيقة تدل على احتلال الاجتهاد القضائي والرؤى الفقهية على حد سواء مكانة متميزة بين مصادر القانون الإداري الفرنسي. إن هذا ما عبر عليه الأستاذ القدير "أحمد محيو" تعبيرا أقل ما يقال عنه أنه رائع، بالقول أنه: "إذا ألغي القانون المدني بشطب قلم، فإنه لن يكون هناك قانون مدني لأن الحلول الاجتهادية ستفقد مستندها. أما إذا ألغيت كل القوانين الإدارية بنفس شطب القلم، فإن الجزء الأساسي في القانون الإداري سيبقى، لأن الاجتهاد استخلص منه القواعد الأساسية دون الاستناد على النصوص"¹.

غير أن الوضع ليس بنفس الأشكال والصيغ بالنسبة للقانون الإداري الجزائري، لأن وضع أحكام هذا القانون بخصوصياته ومواصفاته وأساسه يخضع حتما لذلك التداخل بين عديد المعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتاريخية. ولا يمكن الرد على وجهة النظر هذه بأن نفس الظروف أثرت في نشأة قواعد القانون الإداري الفرنسي لاسيما التاريخية منها بعد ثورة 1789.

إن سبب ذلك يرجع بالأساس إلى ما لعبه مجلس الدولة الفرنسي حتى قبل الاعتراف له بسلطة التقرير حينما كان يمارس مهام استشارية تتمثل في مساعدة السلطات في المهام التقنية الخاصة بصياغة النصوص القانونية، أين كانت تلك الآراء الاستشارية تغطي بنوع من الاحترام في مجملها².

لعل ذلك ما كان مبررا للقول أن القانون الإداري يحكم علاقات من نوع خاص تتطلب بدورها قواعد من نوع خاص، ولا يجوز تطبيق هذه القواعد إلا بالنسبة لهذا النوع من الروابط ذات الطبيعة الخاصة، وأن للقاضي الإداري الحرية في استنباط المبادئ والقواعد التي تلائم هذا النوع الخاص من الروابط القانونية دون أن يكون ملزما بتطبيق قواعد القانون الخاص³.

ذلك ما لم يكن متوفرا في الجزائر غداة الاستقلال، إذ أخذت الحكومة على عاتقها وضع القواعد القانونية التي تحكم الإدارة العامة سواء في مجالات التشريع، أو في مجالات التنظيم، ولعل ذلك ما أثر على الخشية من التعويل على القضاء الإداري الجزائري ولو بمساهمات متفرقة في بلورة قواعد القانون الإداري الجزائري.

إلا أن ذلك الوضع الذي ظهرت فيه قواعد القانون الإداري، واستئثار كل من التشريع والتنظيم بمسألة وضع القواعد القانونية الإدارية إلى حد كبير، سوف لن يكون له مجال بنفس حجم ذلك الاستئثار في الوقت الراهن بمعطياته المستجدة، خاصة ما تعلق منها بالازدواجية القضائية والقانونية على حد سواء. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن هناك نوع من المبادرات لمجلس الدولة الجزائري في الأخذ على عاتقه مهمة الاشتراك الفعلي في سن قواعد القانون الإداري⁴.

¹ - الأستاذ الدكتور، أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص 44.

² - لقد تأكد الدور الرائد لمجلس الدولة الفرنسي بعد تاريخ 24 مايو 1872 من خلال قضائه على عديد النظريات السائدة منذ عهود، وذلك ما اتضح جليا في القضاء نهائيا على ما يعرف بنظرية الوزير القاضي.

C.E. 13 déc. 1889, CADOT, G.A.J.A, 12 edition DALLOZ, 1999, Paris, P 35 et suiv.

³ - الأستاذ الدكتور، محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، دار المعارف، 1963، ص 29.

⁴ - ينظر نص المادة 136/3 وكذا المادة 142/1 من الدستور الجزائري الحالي. في نفس السياق، فإن هناك من الاجتهادات للقاضي الإداري الجزائري ما تستحق التنويه والإشادة، وإن كانت لا تتعلق بمجال العقود الإدارية، كان ذلك بمناسبة الطعن ضد قرار العزل التأديبي الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء ضد أحد القضاة، أين كانت الفرصة مواتية لمجلس الدولة الذي أصدر قرارين حول نفس القضية، إذ يجسدان فعلا جرأة القاضي الإداري في الخروج عن النص التشريعي إذا كان مجافيا للمبادئ العامة للقانون باعتبارها ذات طبيعة دستورية، ذلك أنه اعتمد مبدأ المساواة المكفول دستوريا لرفض أعمال حصانة قرارات المجلس الأعلى

المطلب الثاني: خصوصية وجوهية استقلال العقد الإداري

في هذا الشأن يقرر الأستاذ القدير " أحمد محيو " أن القاضي الإداري في موضوع العقود الإدارية، يؤكد أن القواعد المدنية يجب أن تتلقى تغييرات عميقة لكي تصبح قابلة للاستعمال. وهذا ما ينطبق بالذات على قاعدة حصانة العقود التي جعلت بحيث تتمكن الإدارة من تعديل العقود المبرمة¹.

لكن ورغم أن القول بذلك يستند بالأساس على أن مختلف التطورات التي عرفت نظرية العقد الإداري في فرنسا من حيث تعريف العقد الإداري، وتمييزه عن العقد العادي (عقود القانون الخاص) قد سايرها التشريع الجزائري في هذا المجال، إلا أن أهم مميزات العقد الإداري والمتمثلة في "معيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة" لم تجد صورة مقابلة لها في التشريع الجزائري².

إن هذا ما يمكن أن يكون بداية شروع القاضي الإداري الجزائري في استنباطها من خلال ما يعرض عليه من نزاعات مختلفة، قد تتعلق بعضها بالعقود الإدارية ومسألة تنفيذها.

ذلك ما يجد مثالا له في القضاء الإداري الفرنسي، إذ أنه ومنذ تاريخ 1912/07/31 تبنى مجلس الدولة تمييزه بين العقد الإداري والعقد العادي استنادا إلى أنه لا يكفي أن يكون العقد مبرم لتنفيذ مهمة مرفق عام ليخضع لاختصاص القاضي الإداري، بل يجب أن يتضمن بنودا غير مألوفة في القانون العادي³.

كل ذلك على الرغم من أن جانبا من الفقه الفرنسي⁴ يؤكد على الاكتفاء بوجود صلة قوية بين العقد المبرم مع أحد أشخاص القانون العام والمرفق العام لكي يعتبر العقد إداريا دون أن يتطلب أو يستلزم شروطا استثنائية في العقد، مضيفا أنه لا يمكن اعتبار العقود المبرمة بين المرافق التجارية والصناعية والمتفعين عقودا إدارية، حتى ولو تضمنت شروطا استثنائية، وإنما يعتبرها من عقود القانون الخاص.

وهذا هو وجه الخلاف بين التشريع الجزائري وهذا الرأي انطلاقا مما نصت عليه المادة 56 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، إذ أن عقود المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية التي تتسم بممارسة صلاحيات السلطة تعتبر عقودا إدارية، تخضع منازعاتها للقواعد المطبقة على الإدارة.

خاتمة:

تثير مسألة تدوين قواعد القانون الإداري وتجميعها إشكاليات مختلفة ومتشابكة فيما بينها من حيث تطبيق قواعد هذا القانون على المواضيع والمسائل التي تدخل ضمن مجال دراسته. لأن الوضع البديهي في هذا الشأن تحديدا يكمن في تطور ومرونة قواعد القانون الإداري كقانون يحكم الإدارة العامة مركزية كانت أو غير مركزية، شكلا ومضمونا من حيث هيكلها ونشاطها الذي يبتغي تحقيق المصلحة العامة.

إن ذلك ترتب على نتيجة في غاية الأهمية نجمت عن التفرقة بين كل من قواعد القانون الخاص والقانون العام هو شمول هذا الأخير على نوعين من القواعد. نوع أول، وهو قواعد تتعلق بتنظيم الدولة وسلطاتها وهيئاتها المختلفة، وهذه لا يمكن أن يكون لها نظير في

للقضاء في الميدان التأديبي رغم صراحة النص التشريعي على حصانتها ضد أي طعن. ينظر في ذلك، أحمد حمودة، مبدأ تدرج القواعد القانونية وآثاره على الوظيفة القضائية، المدرسة العليا للقضاء، دفعة 2006، تاريخ الإطلاع على الموقع الإلكتروني 2017/10/10 www.middi.over-blog.com

¹ - الأستاذ الدكتور، أحمد محيو، المرجع نفسه، ص 24.

² - المرجع نفسه، ص 58.

³ - C.E. 31 juill. 1912, SOCIETE DES GRANITS PORPHYROIDES DES VOSGES, G.A.J.A, même édition P 154 et suiv.

⁴ - Jean RIVERO, Droit Administratif, DALLOZ, Paris, 14 édition, 1992, P 115.

نطاق القانون الخاص. ونوع ثاني، قواعد تنظم علاقات الدولة بالأفراد، وهذه قد لا يختلف البعض منها في مظهرها عن القواعد المنظمة لعلاقات الأفراد فيما بينهم، مثل ذلك العقود الإدارية ولكن وفق خصوصيات معينة، تختلف عن العقود المبرمة في إطار القانون الخاص¹. بناء على ذلك كله، فإنه إذا ما كان الأمر على هذا المقاس والمنوال فإن أهمية المسألة تتضح من خلال اجتهاد القاضي الإداري في تحديد الطبيعة الإدارية لأعمال الإدارة سواء كانت تلك الأعمال انفرادية من قبيل القرارات الإدارية أو تعاقدية كالعقود الإدارية باعتبار أن هناك ما هو منسوب للإدارة ورغم ذلك لا يوجد ثمة اختلاف بينه وبين أعمال ونشاطات الأفراد الطبيعية، وكأن بالإدارة تنزل إلى مرتبة هؤلاء في بعض تعاملاتها، ومن ثم لا يمكن اعتبارها أعمالا إدارية في قصد عدم خضوع ما يثور بشأنها من منازعات أمام القضاء الإداري، بل هو في مجال ما يدخل في نطاق اختصاص القاضي العادي، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن اجتهاد القاضي الإداري وفق ما سبق يظهر من خلال الحاجة إليه في تحديد قواعد مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية، ولعل ذلك ما يقوم أو يرجع بالأساس إلى التضارب والاختلاف والتباين التشريعي في تحديد معايير اختصاص القاضي الإداري بين قاعدة عامة في تقرير وانعقاد ذلك الاختصاص بناء على معيار شكلي عضوي بسيط واستثناء يرد على تلك القاعدة العامة، وحينها يتم تبني معايير أخرى قد ترد في التشريعات المختلفة، وتكون عندئذ مهمة القاضي الإداري متطلبة ومستوجبة في تدخله باجتهاداته في هذه المسألة. مثل ذلك على سبيل الذكر التطور المعاصر لتدخل السلطة العامة للوضع القسيم تماما لفكرة التعاقد. حيث أصبح ما يعرف "بأسلوب الوكالة" أي التعاقد لحساب الشخص العام محل اهتمام القضاء وتحليلات الفقهاء، ومن ثم صار هذا الأسلوب يحتل مكانة متميزة بين الأساليب التي تسمح للشخص الخاص بالدخول في مجال النشاط الإداري².

¹ - ينظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور، محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، المرجع السابق، ص 21.

² - الدكتور، مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة في إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 30 وما بعدها.

الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية

Fault as a basis for administrative liability

د. ميمونة سعاد، أستاذة محاضرة قسم (ب)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/09/28 – تاريخ المراجعة: 2017/11/12.

ملخص:

استنادا لقواعد المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، يحق للضحية كقاعدة عامة أن ترفع دعوى تعويض ضد الإدارة أمام القضاء الإداري إذا كان الخطأ المرتكب من طرف العون مرفقيا، وبالمقابل وفي حالة ارتكاب العون خطأ شخصي فإنه وحده المسؤول عن التعويض، ويقوم الضحية برفع الدعوى أمام القضاء العادي ضد العون المتسبب في الضرر. غير أن التطور الذي حصل في النظام العام للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ المرفقي، أدى إلى توزيع المسؤولية بين الإدارة وموظفيها، أي أنه أدى إلى تضائل القيمة القانونية للخطأ الشخصي شيئا فشيئا أمام توسع الخطأ المرفقي، وذلك عن طريق تطبيق القضاء لآليات جديدة منذ سنة 1911، حيث أصبحت المسؤولية توزع بين الإدارة وموظفيها بشكل متوازن، تتعايش فيه المسؤوليات في إطار ما يسمى ب "قاعدة الجمع".

الكلمات المفتاحية:

الخطأ المرفقي، الخطأ الشخصي، المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، الجمع بين الأخطاء، الجمع بين المسؤوليات.

Abstract:

Pursuant to the rules of administrative liability based on fault, the victim may institute an indemnity action against the administration before an administrative court if the fault committed by the agent is a service fault. On the other hand, if the fault committed by the agent is a personal fault, he shall be solely liable for the indemnity; in this case the victim shall bring his action before an ordinary court against the agent responsible for the damage. However, the development achieved in the general system of administrative liability based on service fault led to the division of liability between the administration and its employees, i.e. it eventually led to the gradual diminution of the legal value of personal fault in view of the extension of service fault, this is done through the application of new mechanisms of the judiciary system since 1911; liability is now divided in a balanced way between the administration and its employees, in which the responsibilities cohabit within the so-called "combination rule".

Keywords:

fault, service fault, personal fault, administrative liability based on fault, combining fault, combining responsibilities.

مقدمة:

لما كانت الإدارة بإمكانها أيضا أن تسبب أضرارا للأشخاص خلال قيامها بنشاطاتها ووظائفها التقليدية، وعندئذ لا يمكن استبعاد المسؤولية، فعلاقة الإدارة بالغير في ظل دولة القانون توجب ضرورة احترامها لحقوقهم وحررياتهم، وبالتالي يجب أن تحصل الضحية في الأخير على تعويض يغطي الضرر الحاصل. إلا أنه تطرح في الواقع عدة تفسيرات أثناء مواجهة مشاكل في المسؤولية الإدارية، خاصة بالنسبة للخطأ بحكم خصوصيته واستقلاليته. ومن أجل حصول الضحية على تعويض الضرر، عليها البحث عن الجهة التي يقع عليها عبء التعويض، وفي هذا الصدد اقترحت الأنظمة القانونية حلين نظريين:

– فحسب النظام الأنجلوساكسوني، كان الموظف المرتكب للخطأ هو الذي يسأل فقط من ذمته المالية وذلك إلى غاية منتصف القرن العشرين، حيث أصبحت ترد على مبدأ عدم مسؤولية الإدارة في هذا النظام استثناءات تخفف من حدته، فهو ينحصر في دائرة المسؤولية

التقصيرية دون العقدية، ويطبق فقط على موظفي الإدارة المركزية بحكم تبعيتهم المباشرة للتاج، كما قرر القضاء أيضا مسؤولية الدولة في حالة الاستيلاء على أملاك الغير¹.

- أما عن النظام الفرنسي، فهو ينظر إلى الجهة المسؤولة حسب الحالة، وبالتالي فالإدارة هي الشخص المسؤول في حالة الخطأ المرفقي، ويبقى الموظف مسؤولا عن خطئه الشخصي. كما يمكن للضحية في بعض الفرضيات التي يمكن فيها الجمع أن تختار متابعة الإدارة أو الموظف. وهذا هو الحل المعمول به حاليا، والذي لقي صدى واسعا، والجزائر لا تستثنى من ذلك².

ومن ثم كان ولا زال النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ مجموعة القواعد القانونية التي تحكم المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، وذلك ما يتجلى من خلال مفهوم هذا النظام المتطور والتميز وقواعده العامة والخاصة، وآثار المسؤولية المتمثلة أساسا في الحصول على التعويض لجبر الضرر الناجم عن الخطأ، وذلك بإتباع الإجراءات القانونية أمام القضاء المختص.

بناء على هذا المقصود الذي يحمل في طياته معالم وإطار هذه الدراسة، فما هو النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ؟ وبغرض الإجابة على هذا التساؤل، ونظرا لتطور هذا النظام الذي نحن بصدد دراسته بفعل الاجتهاد القضائي، حيث عرفت نظرية الخطأ توسعا غير مسبوق يشمل مختلف نشاطات المرافق العامة، سنقسم الدراسة إلى مبحثين أساسيين، سيخصص الأول للخطأ المرفقي الذي يعد أساسا لقيام مسؤولية الإدارة نظرا لاستعمال فكرة التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، في حين سنتطرق في المبحث الثاني لتوزيع المسؤولية بين الإدارة وموظفيها.

المبحث الأول

الخطأ المرفقي أساس قيام المسؤولية الإدارية

في مجال المسؤولية الإدارية يجري التمييز بين الخطأ المرفقي أو المصلحي والخطأ الشخصي، حيث لا تعقد مسؤولية الإدارة من حيث المبدأ إلا في حالة الخطأ المرفقي في حين يعقد الخطأ الشخصي مسؤولية الموظف. وقد أثير أول تمييز بين الخطأ المرفقي والشخصي في قرار محكمة النزاع في سنة 1873 وذلك في قضية بيليتيه PELLETIER والتي تلخص وقائعها فيما يلي: "بموجب السلطة المستمدة من حالة الحصار صادرت السلطة العسكرية أول عدد من صحيفة أصدرها "بيليتيه"، فرفع هذا الأخير دعوى ضد كل من قائد المنطقة العسكرية ومحافظ L'oise ومحافظ الشرطة أمام المحكمة المدنية لإلغاء عملية المصادرة، والأمر بإرجاع نسخ الصحف المحجوزة، وتعويض الأضرار الناجمة عن هذا التصرف. استأنف المحافظ هذا الحكم أمام محكمة النزاع التي قدرت أنه في القضية المطروحة أمامها فإن الخطأ المرتكب من طرف السلطات الإدارية هو خطأ مرفقي يؤدي إلى عقد اختصاص القضاء الإداري وليس خطأ شخصيا"³.

ويعرف الخطأ المرفقي بأنه الخطأ الذي ينسب إلى المرفق العام ذاته وليس إلى الموظف، وتحمل الإدارة عبء التعويض عنه، ويعود اختصاص الفصل في دعوى المسؤولية إلى القضاء الإداري. وقد يتمثل هذا الخطأ في عمل أو امتناع عن عمل، كما هو الحال بالنسبة لامتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي. وقد يتمثل في مجرد عملية مادية كقيام الإدارة بهدم منزل. أما الخطأ الشخصي أو ما يعبر عنه أيضا بالخطأ المنفصل عن الوظيفة، فيعرف بأنه الخطأ الذي ينسب إلى الموظف ويسأل عنه شخصيا من ماله الخاص، ويعود اختصاص الفصل في دعوى التعويض إلى المحاكم العادية وفق قواعد القانون المدني⁴.

¹ - حسين عثمان محمد عثمان، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 71.

² - كفيف الحسن، النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 10.

³ - كفيف الحسن، المرجع السابق، ص 36-37.

⁴ - عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 359-360.

فالواضح مما سبق ما للتمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي من أهمية في مجال المنازعات الإدارية، حيث يعد من جهة أداة لتوزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي، ومن جهة أخرى فإن العبء النهائي للتعويض بين الإدارة والموظف يتوقف على هذا التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي.

المطلب الأول: معايير تمييز الخطأ المرفقي عن الخطأ الشخصي

لم تكن الحلول التشريعية كافية للتمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، بل يرجع الفضل في ذلك إلى المعايير القضائية والمحاولات الفقهية.

الفرع الأول: المعايير التشريعية

لم يتبن المشرع الجزائري معيارا محددًا لتعريف الخطأ الشخصي بغرض تمييزه عن الخطأ المرفقي، وكل ما قام به هو إما تعريف سلبي يظهر من خلال بعض النصوص كالمادة 144 من قانون 10/11 المتعلق بالبلدية¹. أو مجرد تحديده عن طريق ذكر الحالات التي يعتبر فيها الخطأ شخصيا، كأن يكون منفصلا عن الوظيفة (المادة 31 من الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية)²، أو يكون جسيما (المادة 23 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري)³. إن هذا الاختلاف في المعايير يكشف عن عدم تبني موقف محدد، والظاهر من هذه الحلول استيحاؤها من بعض ما توصل إليه القضاء والفقه الإداريين. وبالتالي تبقى محاولات المشرع ضئيلة جدا بالمقارنة مع المعايير التي قدمها القضاء والفقه.

الفرع الثاني: المعايير القضائية

استند القضاء الإداري الفرنسي في تحديد الخطأ الشخصي على المعايير التالية⁴:

1- الأخطاء المرتكبة خارج الوظيفة: هي تلك الأخطاء المرتكبة خارج ممارسة الوظيفة، وهي تصرفات تشكل أخطاء شخصية، كقيام دركي بقتل دركي آخر خارج أوقات ومكان العمل⁵. غير أن الخطأ المرتكب خارج الخدمة ولكن بفضل وسائل وضعها المرفق تحت تصرفه العون اعتبرت خطأ مرفقيا، حيث كرس مجلس الدولة الفرنسي هذا النوع من الخطأ في قراره الصادر في 1973/10/26 في قضية سادودي، والتي تتمثل وقائعها في أن حارسا مكلفا بالحفاظ على السلم قام باختبار سلاحه الناري بيده أثناء تواجده في منزله رفقة زميل

¹ - حيث نصت المادة 144 من القانون 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتضمن قانون البلدية ما يلي: "البلدية مسؤولة مدنيا عن الأخطاء التي يرتكبها رئيس المجلس الشعبي البلدي ومندوبو البلدية ومستخدموها أثناء ممارسة مهامهم أو مناسبتها. وتلزم البلدية برفع دعوى الرجوع أمام الجهة القضائية المختصة ضد هؤلاء في حالة ارتكابهم خطأ شخصيا". ج.ر عدد 37 الصادرة في 3 يوليو 2011.

² - وقد تضمنت المادة 31 ما يلي: "إذا تعرض الموظف لمتابعة قضائية من الغير بسبب خطأ في الخدمة ويجب على المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي إليها أن تحميه من العقوبات المدنية التي تسلط عليه ما لم ينسب إلى هذا الموظف خطأ شخصي يعتبر منفصلا عن المهام الموكلة له". الأمر 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006.

³ - وقد تضمنت المادة 23 من الأمر 74/75 المؤرخ في 11/12/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر عدد 92 الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975 ما يلي: "تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير والتي يرتكبها المحافظ أثناء ممارسة مهامه. ودعوى المسؤولية المحركة ضد الدولة يجب أن ترفع في أجل عام واحد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر وإلا سقطت الدعوى. وتتقدم الدعوى بمرور 15 عاما ابتداء من ارتكاب الخطأ. وللدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ في حالة الخطأ الجسيم لهذا الأخير".

⁴ - CHAPUS René, Droit administratif général, Tome 1, 15 édition, Montchrestien, Paris, 2001, p.1212.

⁵ - قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 1999/05/31 في قضية ذوو حقوق ب.ي.وت. ع ضد ب.ع وزير الدفاع الوطني. مجلة مجلس الدولة، عدد 01، 2002، ص 97.

له، فتسبب في وفاة هذا الأخير بغير عمد، ولقد حكم بأن خطئه ليس خاليا من أية علاقة مع المرفق، فهذا الأخير هو الذي أعطى له وسيلة ارتكابه¹.

2- الأخطاء العمدية المرتكبة في ممارسة الوظيفة: هي أخطاء شخصية وقعت أثناء أداء الخدمة، غير أنه تحتوي على نية سيئة لدى الموظف، الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية محضة أو الإضرار بالغير، كالقلق الذي يسببه أحد الأعوان بافتعال ملاحقات جزائية ضد أحد الأشخاص دون سبب مقبول سوى تعمد إيداعه. من ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1954/10/01 في قضية برنار، والتي تتلخص وقائعها في أن حارسا مكلفا بالحفاظ على النظام العام بمناسبة عرس يشتمل على ألعاب نارية ومقص بلدي، والذي بعد تناوله للخمر، أراد إعادة الشرب، وتخلّى بذلك عن مقر عمله، ودخل إلى مقهى وتشاجر مع زبون مهددا إياه بمسدسه، وأخيرا أصاب بجروح شخصا كان يريد تجريدته من سلاحه. فاعتبر ذلك الحادث كأنه ناتج عن خطأ شخصي². وفي ذات الإطار نجد قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 2001/07/09 في قضية ورثة م. ع ضد بلدية أولاد فايت، والذي تلخصت وقائعه في القتل العمدي باستعمال السلاح الذي يرتكبه حارس بلدي خلال تأدية مهامه ضد مواطن³.

3- الأخطاء الجسيمة غير العمدية المرتكبة أثناء أداء الوظيفة: وهي أخطاء شخصية مرتكبة أثناء أداء الوظيفة ولا تنطوي على نية سيئة لدى الموظف، غير أنه ينطوي على صعوبة ودرجة من الجسامية. من ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي في 1954/10/01 في قضية برنار، بخصوص العون المكلف بالحفاظ على النظام العام بمناسبة عرس يشتمل على ألعاب نارية، والذي بعد تناوله للخمر أراد إعادة الشرب، وتخلّى بذلك عن عمله، ودخل مقهى وتشاجر مع زبون مهددا إياه بالسلاح، فأصاب شخصا آخر بجروح كان يريد تجريدته من سلاحه⁴. إن تعدد المعايير القضائية يدل على أن القضاء لم يستقر على معيار واحد، بحيث كان يحكم بأن الخطأ شخصي أو الخطأ مرفقي حسب كل حالة على حدى. وقد يحدث أحيانا أن يطبق معيارين أو أكثر نتيجة وجود ظروف متعددة أحاطت بالخطأ، كما هو الحال بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري عندما اعتبر بأن الخطأ شخصي نظرا لقيام الدركي بقتل دركي آخر خارج أوقات العمل (معيار الخطأ المرتكب خارج الوظيفة)، وأن هذا القتل عمدي مع سبق الإصرار (معيار الخطأ العمدي)، كما أضاف معيارا آخر هو معيار انفصال الخطأ عن الوظيفة وذلك حين قرر بأنه لا علاقة لهذه الجريمة بوظيفة المحكوم عليه كدركي⁵.

الفرع الثالث: المعايير الفقهية

لقد كانت أغلب محاولات الفقه الإداري منصبة على تحليل ودراسة ما أنتجه القضاء الإداري، واستخلص عدة معايير لتحديد الخطأ الشخصي نذكر أهمها فيما يلي:

1- معيار الأهواء الشخصية:

ينسب هذا المعيار إلى الفقيه لافريير، وبحسبه يكون الخطأ شخصيا متى تصرف عون الإدارة بأهوائه ونزواته وغفلته، أي إذا كان التصرف صادرا بناء على سوء نية أو البحث عن الفائدة الشخصية، أما الخطأ المرفقي فهو الخطأ الذي ترتب عنه الفعل الضار غير المطبوع بسوء النية⁶.

¹ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 140.

² - لحسين بن الشيخ آث ملويا، نفس المرجع، ص 139.

³ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 176.

⁴ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 139.

⁵ - قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 1999/05/31 في قضية ذوو حقوق ب.ي.و.ت. ع ضد ب.ع. وزير الدفاع الوطني. كيفيف الحسن، المرجع السابق، ص 133.

⁶ - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 239.

وإذا كان هذا المعيار يتميز بالموضوعية والوضوح، إذ يمنع إلى حد بعيد مسؤولية الإدارة عن الأعمال التي يقوم بها موظفوها، إذا ما قصدوا من وراء عملهم تحقيق أغراض شخصية مثل الانتقام والإضرار بالغير. غير أن ما يؤخذ عليه هذا المعيار هو اعتماده في المقام الأول على البواعث النفسية التي يصعب كشفها والتوصل إليها، مهما حاول القاضي الغوص في نفسية الموظف. ويؤخذ أيضا على اعتماده في المقام الثاني على اعتبار الموظف غير مسؤول عن خطئه الجسيم متى وقع بحس نيته¹.

2- معيار الخطأ المنفصل عن الوظيفة:

ينسب هذا المعيار إلى الفقيه فالين، حيث يعتبر التصرف الصادر عن الموظف خطأ شخصيا إذا أمكن فصله عن التزامه وواجباته الوظيفية ووقع خارج مهامه، أما الخطأ المرفقي فهو الخطأ الذي يقوم به الموظف أثناء أداء مهامه². غير أن ما يعيب هذا المعيار أنه يستبعد من حالات الخطأ الشخصي الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها الموظف لمجرد أن تلك الأخطاء قد اتصلت بواجباته الوظيفية³.

3- معيار جسامه الخطأ:

نسب هذا المعيار إلى الفقيه جيز، حيث يعتبر الخطأ شخصيا إذا ارتكب الموظف خطأ جسيما، سواء كان خطأ ماديا أو قانونيا جسيما أو ارتكابا جريمة⁴.

مما لا شك فيه أن تعدد وتنوع المعايير السابقة سواء القضائية أو الفقهية يكشف عن صعوبة تحديد الخطأ الشخصي بدقة متناهية، فإذا كان القضاء يستعمل معيارا ما حسب ظروف ومعطيات القضايا المعروضة، فإن الفقه اتجه في ملاحظاته إلى تفسير وتحليل القرارات القضائية مستخلصا حلولاً متعددة. وبالرغم من هذا تبقى مسألة تحديد الخطأ الشخصي من المرفقي غير واضحة دون ذكر بعض الحالات أو الفرضيات التي قام المشرع والقضاء والفقه بتكييفها على أنها أخطاء شخصية وهو ما سنعمل على تبيانها من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: أوامر الرئيس والجريمة الجنائية للموظف كنموذجين لتمييز الخطأ الشخصي عن الخطأ المرفقي

القاعدة العامة كما رأينا سابقا أنّ الخطأ الشخصي هو الذي ينسب إلى الموظف ذاته وتحقق مسؤوليته الشخصية عن هذا الخطأ ويكون وحده مسؤولاً عن الأضرار التي نتجت عنه بدفع التعويض من ماله الخاص، أما الخطأ المرفقي فهو خطأ موضوعي ينسب إلى المرفق مباشرة بغض النظر عن مرتكبه، وتحديد نوع الخطأ تتحدد نوع المسؤولية. وفي هذا الصدد عمل الفقهاء على وضع حدّ فاصل بين الخطأ الشخصي والمرفقي من خلال اقتراح معايير مختلفة يمكن الاستعانة بها، إلا أنّ هذا الخطأ قد تحيط به بعض الظروف والعوامل كأوامر الرئيس والجريمة الجنائية للموظف، فتؤثر هذه الظروف في الخطأ إلى درجة تغيير طبيعته وإعادة تكييفه.

الفرع الأول: أوامر الرئيس وأثرها في تحديد نوع الخطأ

من أهمّ العوامل المؤثرة في تحديد نوع الخطأ هي الأوامر الصادرة من الرئيس إلى المرؤوس، فهل يعدّ الخطأ الناتج عن تنفيذ أوامر الرئيس الإداري خطأ شخصيا أم مرفقيا؟

أولاً: الأوامر المشروعة

من المبادئ المعمول بها داخل السلك الإداري هو وجوب طاعة المرؤوس لأوامر الرئيس كقاعدة عامة، ومع ذلك قد ترد استثناءات عليها.

1- وجوب خضوع المرؤوس لأوامر الرئيس:

¹ - أحمد هنية، الخطأ ودوره في قيام المسؤولية الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون الإداري، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة بسكرة، 2003-2005، ص 137.

² - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 205.

³ - أحمد هنية، المرجع السابق، ص 139.

⁴ - كفيف الحسن، المرجع السابق، ص 134.

من المعلوم أنّ الموظف ملزم بتنفيذ أوامر الرئيس، إذ نجد أنّ هذا المبدأ له مفهومان: مفهوم موسع ومفهوم ضيق. فالمفهوم الواسع: يعني أنّه يجب على الموظف احترام دستور الدولة وقوانينها ولوائحها، لأنّ الموظف في خدمة المجتمع وليس في خدمة جهة معينة دون الأخرى، إذ يجب على الجميع احترام مبدأ المشروعية. أمّا المفهوم الضيق: يقصد به إلزام الموظف العام بتنفيذ جميع الأوامر الصادرة إليه من سلطة أعلى منه¹. ومن ثمّ فإنّ الموظف لا يؤدي عمله وفقا للقوانين واللوائح والقرارات فحسب، بل وفقا لما يحدّده له رؤساؤه، إذ لو ترك للموظف اختيار ما يشاء من أعمال يرتاح إليها ويرفض أعمالا أخرى لاختل النظام وتعرّضت المصلحة العامة للخطر².

على هذا الأساس يقع على الموظف واجب طاعة وتنفيذ أوامر وتعليمات رئيسه المشروعة، إلّا أنّ واجب طاعة الرؤوس لأوامر الرئيس ليست مطلقة بل يمكن للموظف أن يبدي رأيه وملاحظات في مجال وظيفته، فله حق مناقشة رئيسه الإداري في الأوامر والنواهي والتوجيهات في حدود اللياقة والأدب ولكن وباعتبار هذه الأوامر مشروعة تعين على الموظف تنفيذها، إذ أنّ مخالفتها يقيم بلا شك المسؤولية الشخصية للموظف، فالخطأ في هذه الحالة يعتبر خطأ شخصي يسأل عنه في أمواله الخاصة³.

2- حالة تجاوز الرؤوس لأوامر الرئيس:

أجمع الفقهاء على أنّ الموظف يتحمل المسؤولية كاملة في حالة قيامه بأعمال على أساس أنّها تنفيذا لأوامر الرئيس، وإذا كانت هذه الأوامر في حقيقة الأمر غير موجودة أصلا، فلا تثور في هذه الحالة أية صعوبة، فهنا لا نكون بصدد أوامر الرئيس، وبالتالي فإنّ الخطأ هنا هو خطأ شخصي يوجب المسؤولية الشخصية للموظف. أمّا إذا وجدت أوامر الرئيس إلّا أنّ الرؤوس تجاوز هذه الأوامر بأن قام بتحريفها وتغييرها بإضافة أمور لم تطلب منه أساسا، ففي هذه الحالة يعتبر خطأ الرؤوس خطأ شخصيا يقيم المسؤولية الشخصية. ومثال ذلك: أن يصدر الرئيس أمره بطرد أحد الأفراد من منطقة معينة فلا ينفذ الرؤوس هذا الأمر بعينه، وكما صدر إليه بل يتجاوزوه ويقوم من تلقاء نفسه بإتلاف محصولات هذا الشخص وهدم مسكنه⁴.

وقد ذهب الأستاذ عبد العزيز شيحا إلى القول في حالة تجاوز الرؤوس لأوامر الرئيس لا يمكن أن تثار مدى مسؤولية الموظف بالنسبة للأوامر الرئاسية، ذلك أنّنا لا نكون أمام صورة الأمر الرئاسي ما دام أنّ الموظف لم يلتزم بتنفيذه طبقا لما صدره إليه، ومن ثمّ فإنّه يمكن أن تتحقق مسؤوليته الشخصية إذا ما توفر للخطأ مقومات الخطأ الشخصي، وذلك بأن يكون هذا التجاوز عن عمد ويقصد الإضرار أو كان على درجة معينة من الجسامة⁵.

ثانيا: الأوامر غير المشروعة

قد يلتزم الموظف بتنفيذ أوامر الرئيس الصادرة إليه، إلّا أنّ هذه الأوامر قد تكون غير مشروعة، فهل يعتبر الخطأ الناتج عن تنفيذ هذه الأوامر خطأ شخصيا أو خطأ مرفقيا؟ إن الإجابة على هذا التساؤل ستتطلب منا التعرّض للآراء الفقهية الصادرة في هذا الصدد، ثمّ موقف المشرع الجزائري والقضاء.

1- الآراء الفقهية: وتتمثل في ثلاثة آراء رئيسية:

الرأي الأول: إذا قام الرؤوس بتنفيذ الأوامر الرئاسية بخدافيرها، فهذا يعدّ خطأ مرفقيا حسب الفقيه "بارتلمي"، بحيث ينقلب كل خطأ ناتج عن هذا التنفيذ إلى خطأ مرفقي، وهكذا يؤدي أمر الرئيس إلى تغيير الطبيعة القانونية للخطأ⁶.

1 - كمال رحماوي، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 68.

2 - سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، مصر، 1977، ص 168.

3 - قصير مزياني فريدة، مبادئ القانون الإداري الجزائري، مطبعة عمار قربي، الجزائر، 2001، ص 117.

4 - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 129.

5 - عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، قضاء الإلغاء والقضاء الشامل، الدار الجامعية، دون سنة نشر، ص 709.

6 - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 130.

كما يذهب الفقيه " هوريو " إلى القول بأنّ الأولوية تكون لطاعة وتطبيق أوامر الرئيس، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، إذ لا يحق له حتى مناقشتها، لأنّ هذه المناقشة تعطل سير المرفق العام بانتظام واضطراب، وعلى هذا فإنّ الخطأ الذي يرتكبه الموظف عند تنفيذ أوامر الرئيس يعتبر خطأ مرفقيا تترتب عنه المسؤولية الإدارية.

الرأي الثاني: أمّا الفقيه " دوجي " فقد ذهب إلى القول بأنّ الخطأ الذي يرتكبه الموظف تنفيذا لأمر رئيسه الإداري غير المشروع يعدّ خطأ شخصيا يرتب المسؤولية الشخصية للموظف¹، وعلى هذا فإنّ الموظف الذي يجد نفسه مخيرا بين تطبيق القانون وبين تطبيق أوامر الرئيس غير المشروعة، يجب عليه تطبيق القانون لأنّ الموظف العام يعتبر كغيره من المواطنين ملزم باحترام القوانين، وهذا ما ذهب إليه أيضا الفقيه " مارسيل فالين"².

ولكن وحسب هذا الرأي يستثنى من ذلك فئة الجنود، ذلك لأنّ الجندي في نظر الفقيه "دوجي" يعتبر آلة للإكراه محرومة من حرية التفكير، وبالتالي يجب عليهم تنفيذ الأوامر الصادرة إليهم من الرؤساء حتى وإن كانت غير مشروعة، ويعتبرها الحالة الوحيدة التي تنعدم فيها المسؤولية³.

الرأي الثالث: لقد حاول الفقيه " لابند " التوفيق بين وجهات النظر السابقة فيما أنّ الموظف ملزم بأداء عمله بانتظام واضطراب لأنّ لو منح له حق مناقشة مدى مشروعية الأوامر الصادرة إليه لأخلّ ذلك بقاعدة سير المرفق العام بانتظام واضطراب.

غير أنه ولكي لا تعتبر طاعة الرؤوس للرئيس عمياء يطرح حلا تمثلا في أنّه يجب على الموظف أن يتثبت من المشروعية الشكلية للأوامر الصادرة إليه من رئيسه الإداري من الجوانب التالية: أن يتأكد من أنّ الأمر الصادر إليه قد صدر من سلطة مختصة، أن يتأكد من أنّ الأمر الصادر إليه يدخل في اختصاصه، وهل استوفى الأمر الشروط الشكلية التي يجب أن يصدر حسبها.

فإذا التزم الموظف بمراعاة هذه الجوانب لا تقوم مسؤوليته إذا كان الأمر الصادر إليه مخالفا للقانون من الناحية الموضوعية، والخطأ الذي يترتب عن تنفيذ أوامر الرئيس غير المشروعة يعتبر خطأ مرفقيا. إلا أنّه ورغم وجاهة هذا الرأي يمكن مع ذلك اعتبار تنفيذ أوامر الرئيس غير المشروعة من قبل الرؤوس خطأ شخصيا له إذا كان هذا الأمر مخالفا للقانون من الناحية الموضوعية، وخاصة إذا كان الموظف يعلم بأنّه غير مشروع⁴.

2- موقف المشرع الجزائري والقضاء:

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 129 من القانون المدني الجزائري⁵ والتي تنصّ على أنّه: "لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصيا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم". وقد ذهب البعض إلى تفسير هذه المادة بأنّ المشرع يرجح الخضوع والطاعة لأوامر وتعليمات الرؤساء على واجب تطبيق القانون والنتيجة هي عدم مسؤولية الرؤوس شخصيا عن الأخطاء التي يرتكبها تنفيذا لأوامر رئيسه⁶. إلا أن البعض الآخر

¹ - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 146.

² - محمد صغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 48.

³ - قصير مزياي فريدة، المرجع السابق، ص 118.

⁴ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 131.

⁵ - الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة في 26 جوان 2005، والمعدل والمتمم أيضا بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007.

⁶ - عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 442.

اعتبر أنّ المشرع وضع قاعدة عامة في استبعاد الخطأ الشخصي واعتماد الخطأ المرفقي كأساس للمسؤولية في حالة تنفيذ أوامر الرئيس إذا كانت واجبة التنفيذ¹.

أمّا بالنسبة لموقف القضاء، فقد ساعدت الآراء الفقهية القضاة على تحديد نوع الخطأ المرتكب بسبب تنفيذ المرسوم لأوامر الرئيس غير المشروعة، إلا أنّ مجلس الدولة الفرنسي لم يلزم نفسه بنظرية معينة، إذ لم يعتبر أنّ الخطأ خطأ مرفقيا في كل الأحوال، كما لم يعتبره خطأ شخصيا في كل الحالات، إذ يرجع القاضي إلى فحص كل خطأ في كل قضية متعلقة بتنفيذ أوامر الرئيس على حدى، ويقدر جسامة الخطأ ومدى عدم مشروعيته. ومع ذلك نجد أنّ مجلس الدولة يميز للمرؤوس بل يفرض عليه عدم طاعة بعض الأوامر في بعض الحالات كأن يكون الأمر عبارة عن جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات، وبالتالي إذا قام بتنفيذ الأمر في هذه الحالة يعتبر الخطأ شخصيا للمرؤوس².

ومع ذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي انتفاء العقوبة في حالة الجريمة المرتكبة بأمر الرئيس، ولكن بتوافر الشروط التالية: إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنّها واجبة، إذا حسنت نيته أو ارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أنّ إجراءه من اختصاصه، ومع ذلك يجب على الموظف أن يثبت أنّه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنّه كان يعتقد بمشروعيته وأنّ اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة في هذه الحالة يعفى من العقاب ويعتبر الخطأ مرفقيا³. أمّا إذا كان يعلم بأنّ ما قام به معاقب عليه فيجب عليه الامتناع عن تنفيذه وإلا قامت مسؤوليته الشخصية، وهنا يعتبر خطأ شخصيا.

وعلى هذا فإذا كانت المخالفة جسيمة، يعتبر الخطأ شخصيا للموظف المرؤوس، أمّا إذا كانت المخالفة يسيرة فلا مسؤولية للموظف، ولو كان الخطأ شخصيا، وبالتالي في هذه الحالة يكون الخطأ مرفقيا⁴. ومن أمثلة القرارات التي أقامت على المسؤولية الشخصية للموظف نتيجة تنفيذه لأوامر الرئيس، القرار الصادر في نوفمبر 1910 في قضية Angers، إذ قام وزير الداخلية بإصدار أمر إلى المحافظ ونائبه لمصادرة جريدة مع النص في القرار على أسباب تعدّد قذفا في حق القائمين عليها. إذ قضى مجلس الدولة باعتبار خطأ المحافظ ونائبه خطأ شخصيا بالرغم من أنّهما اقتصرنا فقط على تنفيذ الأوامر الصادرة إليهم⁵.

الفرع الثاني: الجريمة الجنائية للموظف وأثرها في تحديد نوع الخطأ

قد يرتكب الموظف جرما جزائيا (جناية أو جنحة) ويلاحق أمام القضاء ويحكم عليه، ولكن السؤال المطروح في هذه الحالة بالنسبة للتعويض عن الضرر، هل يعتبر حتما خطأ شخصيا أم أنّه يمكن أن يكون خطأ مرفقيا، وفي هذه الحالة الإدارة هي التي تدفع التعويض.

أولاً: الجريمة الجنائية المتعلقة بالوظيفة

من الممكن أنّ يرتكب الموظف جريمة أثناء قيامه بوظيفته، إذ كان سائدا ولفترة طويلة اعتبار الجرم الجنائي دائما وبصورة مطلقة خطأ شخصيا، إلا أنّ الاتجاه غير من طرف محكمة التنازع الفرنسية في قرار شهير اعتبرت فيه أنّ جرم القتل أو الجرح الخطأ لا يشكل دائما خطأ شخصيا، وهذا في القرار الذي يعرف بقرار " Thepaz " الصادر في 14 يناير 1935⁶. وتتلخص وقائعها فيما يلي: "كانت قافلة سيارات شحن عسكرية تسير تحت إشراف رقيب بسرعة 20 كلم/سا فتجاوزت راكب دراجة يدعى Thepaz وفجأة ولكي

1 - محمد صغير بعلي، المرجع السابق، ص 48.

2 - سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، الكتاب 3، ملتزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي، مصر، 1979، ص 168.

3 - كمال رحماوي، المرجع السابق، ص 68.

4 - قصير مزياني فريدة، المرجع السابق، ص 120.

5 - سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، المرجع السابق، ص 133.

6 - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 127 ؛ عبد العزيز شبيحا، المرجع السابق، ص 711 ؛ عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص

يتحاشى التصادم مع الشاحنة التي تسير أمامه والتي خففت سرعتها بصورة مفاجئة، انحرف الجندي السائق Muralul بسيارته جانبا مما جعل المقطورة التي يجرها توقع راكب الدراجة أرضا، فأصيب بجروح ومن ثم رفعت الدعوى ضد الجندي الذي حكم عليه بدفع الغرامة والتعويض، إلا أنّ الدولة تدخلت وأثارت عدم صلاحية القضاء العادي للنظر في القضية فأحيلت القضية على محكمة التنازع التي اعتبرت أنّ عمل الجندي هذا في الظروف التي حصل فيها تنفيذا لأمر الخدمة وتحت إشراف لا يخرج عن كونه خطأ مرفقيا. إذن وبموجب هذا القرار فصلت محكمة التنازع بانفصال الجريمة الجنائية عن الخطأ الشخصي. وانطلاقا من هذا التاريخ أصبح بالإمكان اعتبار الجرم الجنائي خطأ مرفقيا.

وقد سائر القضاء الجزائري القضاء الفرنسي والمثال على ذلك قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 09 جويلية 1971 وتتلخص وقائع القضية في أنّ "سائق إحدى السيارات العسكرية التابعة لوزارة الدفاع الوطني صدم شيئا مما أدى إلى وفاته فرفعت زوجته وأولاده دعوى على السائق أمام المحاكم العادية والتي حكمت بدفع التعويض إلا أنّ السائق رجع على وزارة الدفاع وطالبا بدفع التعويض على أساس أنّ الحادث الذي ارتكبه كان أثناء تأدية الخدمة، كما أنّ الوسائل مرفقية، وبالتالي الخطأ هنا مرفقي يولد مسؤولية الإدارة في التعويض"¹.

تبعاً لهذا فإنّ الجرم الجنائي المرتكب أثناء الوظيفة قد يعتبر خطأ مرفقيا إلا إذا ارتكبه موظف عن عمد وبسوء نية وبدرجة معينة من الجسامة، وفي هذه الحالة يعتبر خطأ شخصيا.

ثانياً: الجريمة الجنائية المنفصلة عن الوظيفة

قد يتم ارتكاب الفعل المجرم من قبل الموظف خارج الوظيفة، وفي هذه الحالة يعتبر خطأ شخصيا، مثلاً خروج موظف للنزهة بسيارته الخاصة وإصابته لأحد المارة بضرر، وعلى هذا الأساس يعتبر الخطأ هنا خطأ شخصيا لأنه ليس له علاقة تماماً بالوظيفة وبغض النظر عما إذا كان عن عمد أو إهمال. كما أنّ الجريمة الجنائية المرتكبة من قبل الموظف أثناء تأدية الوظيفة إلا أنّ وقائعها منفصلة عن الوظيفة تعتبر خطأ شخصيا لهذا الموظف، ومثال ذلك حضور أحد دائني الموظف لزيارته في عمله لاستيفاء دين له عليه، وحدثت مشادة بينهما فيعتدي الموظف على الدائن بالضرب، وهنا يعتبر الخطأ شخصيا².

وتنص المادة 135 من قانون العقوبات الجزائري³ على أنّ: "كل موظف في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط شرطة وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه، وفي غير الحالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 3000 دون الإخلال بالمادة 107". وتنص المادة 107 من نفس القانون: "يعاقب الموظف بالسجن المؤقت من 05 إلى 10 سنوات إذا أمر بعمل تحكيمي أو ماسّ سواء بالحرية الشخصية للفرد أو بالحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر". لذا فقد اعتبر المشرع الجزائري الخطأ الجنائي خطأ شخصيا يرتب وقيم المسؤولية الشخصية للموظف العام في ذمته المالية الخاصة في هذه الحالات⁴.

¹ - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 128.

² - سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض، المرجع السابق، ص 287.

³ - الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 49 الصادرة في 11 جوان 1966. آخر تعديل له كان بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016، الجريدة الرسمية عدد 37 الصادرة في 22 يونيو 2016.

⁴ - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 143.

ومثال الجريمة الجنائية للموظف المنفصلة عن الوظيفة، القضية التي ارتكب فيها دركي جريمة قتل بمسدس خارج أوقات العمل، فلقد اعتبر مجلس الدولة أنّ هذه الجريمة من جرائم القانون العام، ولا علاقة لهذه الجريمة بوظيفة المحكوم عليه كدركي، وبالتالي فإنّ مسؤولية التعويض عن الضرر الناتج تقع على عاتقه، ومن ثمّ اعتبر الخطأ شخصياً¹.

كما أنّ الموظف قد يرتكب خطأ أثناء قيامه بالوظيفة، ومع ذلك يعدّ ما ارتكبه من خطأ قد تمّ خارج نطاق وظيفته ومرتباً لخطأ شخصي لانقضاء كل صلة بينه وبين الوظيفة، وفي هذه الحالة يسأل الموظف عمّا أصاب الغير من أضرار كالشرطي الذي يضرب المتهم ضرباً عنيفاً دون أن يكون هذا المتهم قد حاول الهرب أو قاوم أمر القبض عليه. ويلاحظ أنّ قرار مجلس الدولة الفرنسي قد تطور وجعل من هذه الأخطاء التي ارتكبت أثناء الوظيفة مصدراً لاجتماع مسؤولية الموظف ومسؤولية الإدارة معاً². وهو ما سنعمل على تبيانها في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الثاني

توزيع المسؤولية بين الإدارة وموظفيها

استناداً لما قيل سابقاً فإنه يحق للضحية أن ترفع دعوى تعويض ضد الإدارة أمام القضاء الإداري إذا كان الخطأ المرتكب من طرف العون مرفقياً، وبالمقابل وفي حالة ارتكاب العون خطأ شخصي فإنه وحده المسؤول عن التعويض، ويقوم الضحية برفع الدعوى أمام القضاء العادي ضد العون المتسبب في الضرر.

غير أن التطور الذي حصل في النظام العام للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ المرفقي، أدى إلى توزيع المسؤولية بين الإدارة وموظفيها، أي أنه أدى إلى تضالّ القيمة القانونية للخطأ الشخصي شيئاً فشيئاً أمام توسع الخطأ المرفقي، وذلك عن طريق تطبيق القضاء لآليات جديدة منذ سنة 1911، حيث أصبحت المسؤولية توزع بين الإدارة وموظفيها بشكل متوازن، تتعايش فيه المسؤوليات في إطار ما يسمى بـ "قاعدة الجمع". من ثمّ سجل القضاء الإداري الفرنسي تطورات هامة في مجال توزيع المسؤولية بين الإدارة وموظفيها، برزت من خلال الحالات التي تجسدت فيها قاعدة الجمع، وكذا النتائج الإيجابية لهذه القاعدة بالنسبة للضحايا وموظفي الإدارة أيضاً.

المطلب الأول: حالات الجمع

لقد نشأت قاعدة الجمع أول الأمر نتيجة اجتماع بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي بعد أن كان المبدأ السائد هو عدم إمكانية الجمع بينهما، ثم في مرحلة أخرى توسعت هذه القاعدة لتشمل الجمع بين مسؤولية الموظف الشخصية ومسؤولية الإدارة بسبب خطأ شخصي واحد يرتكبه الموظف.

الفرع الأول: قاعدة الجمع بين الأخطاء

يقصد بفكرة الجمع بين الأخطاء كأساس للمسؤولية الإدارية وجود خطأين وتعايشهما في إلحاق الضرر، خطأ الموظف الشخصي الذي حدث داخل المرفق أو خارجه لكن بمناسبة، وخطأ المرفق فلولا المرفق لما ارتكب الموظف الخطأ³. وقد أثبتت هذه القاعدة من قبل مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1911/02/03 في قضية انجي ANGUET والتي تتلخص وقائعها فيما يلي: "دخل السيد انجي يوم 1908/01/11 مكتب البريد والمواصلات لقبض حوالة بريدية، وعندما أراد الخروج كان قد تم غلق الممر المخصص للجمهور قبل مواعده، فاضطر لاستعمال الممر المخصص للموظفين، وذلك بعد توجيه أحدهم. وإثر خروجه دفع خارج المصلحة من طرف موظفين فانكسرت رجله بسبب هذا الدفع وسوء حالة عتبة الباب. قرر مجلس الدولة الفرنسي أن الضرر ناشئ عن خطأ شخصي (اعتداء الموظفين)، وخطأين مرفقيين (إغلاق الباب المخصص للجمهور قبل مواعده بسبب تقسيم الساعة عن مواعدها بفعل

¹ - قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، الصادر بتاريخ 01-02-1999، رقم 146043، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 01، 2002، ص 97 - 98.

² - فريجة حسين، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004، ص 39 - 40.

³ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 186.

مجهول وكذا سوء حالة عتبة الباب¹. واستنادا لهذه القاعدة أصبح بإمكان الضحية اختيار متابعة الموظف على أساس خطئه الشخصي أو الإدارة على أساس الخطأ المرفقي، وبالتالي فالقانون المطبق والقاضي المختص يتحددان بالطبيعة القانونية للشخص المتابع.

الفرع الثاني: قاعدة الجمع بين المسؤوليات

تقوم هذه القاعدة على أساس وجود خطأ واحد وهو خطأ شخصي يرتكبه الموظف، غير أنه يؤدي إلى مسؤوليته الشخصية ويؤدي إلى مسؤولية الإدارة². وقد ميز القضاء الفرنسي بين حالتين لتطبيق هذه القاعدة وهي:

1- حالة الخطأ الشخصي المرتكب داخل المرفق: وقد تحققت هذه الحالة في قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1918/07/26 بخصوص قضية لومونييه LEMONNIER والتي تلخص وقائعها فيما يلي: "أصيبت السيدة لومونييه برصاصة وهي مارة على الضفة اليسرى للنهر جاءتها من الضفة المقابلة بنفس المكان، وذلك أثناء حفل محلي نظمته البلدية. رفعت دعوى شخصية ضد رئيس البلدية لإهماله أخذ الاحتياطات رغم تنبيهه، فحكم عليه بالتعويض. ورفعت دعوى إدارية ضد البلدية، وانتهت إلى مجلس الدولة الذي حكم على المرفق بالتعويض لأن المرفق هو الذي مهد المناسبة لوقوع الخطأ وأن المرفق لا يمكن أن ينفصل عنه، وعليه تجمع مسؤولية البلدية مع المسؤولية الشخصية للموظف"³.

2- حالة الخطأ الشخصي المرتكب خارج المرفق: وقد تحققت هذه الحالة في قرار مجلس الدولة الفرنسي في 1949/11/18 في قضية ميمور MIMÉUR والتي تلخصت وقائعها كالآتي: "فقد السيد ديسرتن السيطرة على المقود خلال استعماله السيارة العسكرية لأغراض شخصية، فاصطدم بعمارة تملكها الأنسة ميمور مما أدى إلى تصدع المبنى. فقرر مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الإدارة في حالة الخطأ الشخصي المرتكب خارج الوظيفة طالما أنه لم يخل من أية علاقة بالمرفق"⁴.

المطلب الثاني: نتائج الجمع

ينتج عن عملية الجمع أثر مزدوج على حقوق الضحية: ففي المقام الأول يثبت للضحية حق الاختيار بين رفع الدعوى أمام القضاء الإداري أو رفعها ضد الموظف أمام القضاء العادي، حيث يمكن للضحية طلب التعويض الكلي أمام الجهة القضائية التي اختارها، والتي غالبا ما تكون الإدارة. كما يثبت له حق اللجوء إلى الجهتين معا من أجل تغطية الضرر الحاصل أو في حالة إعسار الموظف. وفي المقام الثاني يصطدم حق الاختيار في المطالبة بالتعويض بمبدأ عدم جواز الجمع بين التعويضات، إذ لا يحق تعويض الضرر مرتين⁵. من ثم يمكن للطرف الذي دفع التعويض كاملا (إدارة أو موظف) الرجوع على الطرف الآخر بنسبة حصته في المسؤولية، وفي حالة ما إذا كانت الضحية هو الموظف فللإدارة حق الرجوع على الغير عن طريق الحلول.

الفرع الأول: دعوى رجوع الإدارة على الموظف

حيث يتعين على الإدارة التي دفعت التعويض للضحية أن تصدر كشفا حسابيا تنفيذيا أو أمرا بالدفع لإرغام الموظف على دفع حصته. وفي حالة النزاع يمكن للموظف رفع النزاع أمام القاضي الإداري لتوزيع عبء التعويض. أما في حالة جمع المسؤوليات الناتج عن خطأ شخصي واحد، فبإمكان الإدارة الرجوع على الموظف بمبلغ التعويض الكلي الذي دفعته⁶.

الفرع الثاني: دعوى رجوع الموظف على الإدارة

¹ - رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 13.

² - لحسين بن الشيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 187.

³ - عطاء الله بوحميذة، الوجيز في القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 274.

⁴ - الكفيف حسن، المرجع السابق، ص 42.

⁵ - رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 32.

⁶ - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 259.

تقبل هذه الدعوى عندما يحكم على الموظف من طرف القاضي العادي بتعويض الضحية، بينما تعود مسؤولية الموظف إما إلى خطأين (شخصي ومرفقي) وفضلت الضحية رفع دعوى ضد الموظف، وإما على خطأ شخصي لكنه يرتب مسؤوليتين، أو على خطأ مرفقي. ففي كل هذه الأحوال يمكن للموظف رفع دعوى الرجوع على الإدارة، يطلب فيها التعويض عن نسبة الحصة التي دفعها بدل الإدارة في الحالتين الأوليتين (الجمع بين الأخطاء أو بين المسؤوليات) أو التعويض الكلي إذا ما أثبت أن الخطأ مرفقي لا ينسب إليه¹. تجدر الإشارة بأن هذا النوع من الدعاوى نص عليها المشرع في المادة 31 من الأمر 03/06 المتضمن قانون الوظيفة العامة، وهو ما تم تسميته في هذه المادة بالتعويضات المدنية المترتبة عن متابعة قضائية من الغير بسبب خطأ في الخدمة، وهو ما تجسد في دعوى رجوع الموظف على الإدارة.

الفرع الثالث: دعوى حلول الإدارة محل الموظف في الرجوع على الغير

يقع على الإدارة واجب حماية موظفيها مما يتعرض له من تهديد، إهانة، شتم، كذب أو اعتداء أثناء ممارسة الوظيفة أو بمناسبة، فتحل الإدارة محل حقوق الموظف المضرور للحصول على التعويضات المدفوعة له في مواجهة الغير الذي ألحق الضرر بالموظف. وهذا النوع من الدعاوى قد نص عليها المشرع الجزائري بمقتضى المادة 30 من الأمر 03/06 المتضمن قانون الوظيفة العمومية. على أنه تجدر الإشارة بأن دعوى رجوع الموظف على الإدارة ودعوى حلول الإدارة محل الموظف في الرجوع على الغير، أو ما تعرف بدعاوى التعويضات المدنية للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، قد عالجها الأمر 83/75 المؤرخ في 15 ديسمبر 1975 والمتعلق بدعاوى التعويضات المدنية للدولة والجماعات المحلية وبعض المؤسسات العمومية².

خاتمة:

بناء على ما سبق، لقد استأثرت المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ بنظام قانوني خاص ومستقل، لوحظ أن معاملة لم تتضح بصورة أفضل إلا بعد مراحل تاريخية مختلفة، ورغم العقبات التي كانت تواجه القضاء الإداري الذي أثبت دوره الرائد أثناء وضع قواعد الأساسية، إلا أنه توصل أخيرا إلى نتائج إيجابية وملموسة لتعويض الضحايا بفعل الحلول التي أوجدها من أجل معالجة قضايا المسؤولية. وفي المقابل لم يكن للمشرع إلا دور استثنائي وتكميلي، عن طريق تدخلاته الإيجابية والاحتشمة في بعض الأحيان. وعلى الرغم من ذلك ساهم قضاء التعويض في تعميق فعالية النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ وبالأخص الخطأ المرفقي، فالقواعد القضائية والتشريعية المعمول بها من طرف القاضي بخصوص جبر الضرر الناتج عن خطأ الإدارة، سمحت إلى حد ما بتسهيل حصول الضحية على حقوقها.

غير أن المشكل الأساسي الذي أثارته هذه الدراسة هو بالنسبة لعملية التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، غير أن المعايير القضائية لا زالت تمثل إرثا قانونيا يعتد عليه القاضي في حل مختلف القضايا المعروضة عليه حسب ظروف كل حالة على حدى. ولمواجهة هذا المشكل أكثر لجأ القضاء لآليات جديدة وابتداء من 1911 حاول من خلالها التقليل شيئا فشيئا من القيمة القانونية للخطأ الشخصي أمام توسع الخطأ المرفقي، فأصبحت المسؤولية توزع بين الإدارة وموظفيها بشكل متوازن، تتعايش فيه المسؤوليات في إطار ما يسمى بقاعدة الجمع وما ترتب على هذه القاعدة من نتائج إيجابية سواء بالنسبة للضحية أو فيما يتعلق بدعاوى الرجوع.

¹ - رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 33.

² - ج. ر عدد 103 الصادرة بتاريخ 1975/12/26.

غرامات التأخير في العقود الإدارية

Delay fines in administrative contracts

عبد الحليم مجدوب، طالب باحث في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر.

أستاذ مؤقت بالمركز الجامعي مغنية، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/29 - تاريخ المراجعة: 2017/11/30.

ملخص:

تعد غرامة التأخير إحدى أبرز الجزاءات المالية التي تحوزها جهة الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري وأكثرها شيوعا، وهي عبارة عن مبالغ مالية مقدرة مسبقا في العقد، تستطيع الإدارة بما لها من سلطة توقيعها على المتعاقد معها والمتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية خاصة، بنفسها ودون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء بل وحتى في غياب النص عليها، لإرغامه على تنفيذ التزاماته وفق مواعيدها المحددة ضمانا لحسن سير المرافق العامة ومجازاته على امتناعه أو تأخره عن التنفيذ تحقيقا للغاية نفسها.

الكلمات المفتاحية:

العقد الإداري، المصلحة العامة، دفاتر الشروط، غرامة التأخير، إعفاء، القوة القاهرة.

Abstract:

Delay fines are one of the most prominent, and most widespread, sanctions, implement by the administrative party, during the application of an administrative agreement. A fine is an amount of money, previously mentioned in the contract, assigned by the administration, by virtue of its authority, to the other party or the one causing delays in fulfilling his contractual obligations, with no need for judiciary interference besides the absence of a text. The purpose behind this measure is to obligate the other party to fulfill his obligations within the pre-determined timeframe, in order to ensure the orderly functioning of public utilities, as well as sanction him/her for delaying, withholding from, performing

Keywords:

Administrative contract, public interest, conditions guide, delay fine, release, majeure force.

مقدمة:

تعتبر العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في سبيل تسيير المرافق العامة التي تديرها، ولما كانت الغاية من إبرام الإدارة لهذا النوع من العقود تكمن أساسا في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وتحقيق المصلحة العامة بأداء الأعمال والخدمات المتفق عليها بالعقد، فإن ذلك لن يتأتى لجهة الإدارة عمليا إلا بتنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية التي يولدها العقد تنفيذا سليما مطابقا للشروط والمواصفات الواردة به، وفي المدد المحددة للتنفيذ، وأن أي إخلال بهذه الأخيرة من قبل المتعاقد - مدد التنفيذ - يخول لجهة الإدارة توقيع جزاءات مالية عليه وعلى رأسها غرامة التأخير.

من خلال ما سبق يمكننا طرح الإشكال التالي: ما مدى فاعلية غرامة التأخير في ضمان تنفيذ العقد الإداري تنفيذا سليما ضمن مواعيده المحددة في العقد؟.

للإجابة على هاته الإشكالية ارتأينا تقسيم بحثنا هذا إلى مبحثين؛ (الأول) تضمن مفهوم غرامة التأخير، أما (الثاني) فقد تضمن القواعد النازمة لفرض غرامة التأخير وحالات الإعفاء منها.

المبحث الأول

مفهوم غرامة التأخير

تعتبر غرامة التأخير إحدى أبرز الجزاءات المالية التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته العقدية وأكثرها شيوعا في نطاق تنفيذ العقد الإداري، وللتعرف على المفهوم القانوني لغرامة التأخير نرى أنه من الأجدر بنا التطرق إلى أهم التعريفات التي جاءت بشأنها (المطلب الأول) ومن ثمة التطرق إلى أهم الخصائص التي تمتاز بها عن غيرها من الجزاءات المالية المعروفة في نطاق العقد الإداري (المطلب الثاني) وكذا التمييز بينها وبين النظم القانونية المشابهة لها والمعمول بها في كل من نطاق العقود المدنية والعقود الإدارية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف غرامة التأخير

جرى تعريف غرامة التأخير لدى فقهاء القانون العام على أنها: "عبارة عن مبلغ من المال محدد سلفا في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية"¹. كما لا يخرج عن هذا المعنى تعريف البعض الآخر لها بأنها: "مبلغ من المال محدد بنسبة معينة جزاء على التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية"². وفي المقابل يذهب فريق آخر من الفقه في تعريفهم لغرامة التأخير على أنها: "تعويضات جزافية متفق عليها في العقد لإحلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية". كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى تكييف غرامة التأخير على أنها: "صورة من صور التعويض الإتفاقي تتميز عن التعويض الاتفاقي في مجالات القانون بأحكام خاصة، أهمها أن أحد أركانها هو أن الضرر يفترض وقت وقوعه بمجرد التأخير..."³. من خلال التعاريف المشار إليها أعلاه نجد أنها قد تعددت وتنوعت إلا أن جميعها قد اتفقت على أن غرامة التأخير وسيلة ضغط على المتعاقد المتراخي عن تنفيذ التزاماته العقدية لحثه على تنفيذها بصورة مرضية تتماشى هي والصالح العام، وبحسب ما تشير إليه تسمية هذا الجزاء فإنه لا يكون لجوء الإدارة إليه إلا عندما يتأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، باعتبار أن الإدارة هي من يقوم بتحديد مواعيد تنفيذ العقد الإداري مسبقا وبحسب حاجة المرفق، ما يضطرها إلى فرض هذا النوع من العقوبات على المتعاقد لإرغامه على تنفيذ التزاماته وفق مواعيدها المحددة ضمانا لحسن سير المرافق العامة ومجازاته على امتناعه أو تأخره عن التنفيذ تحقيقا للغاية نفسها⁴. لذا جرى من الشائع تضمين الإدارة العقد بنودا تحدد بدقة الوقت أو المدة التي يجب أن ينفذ خلالها العقد، والجزاء الذي يترتب عن الإخلال بها - مدة التنفيذ - للحفاظ على سير المرفق العام بشكل منتظم، بما يحقق المصلحة العامة ويلبي حاجيات الجماهير المتزايدة واللامتناهية.

المطلب الثاني: خصائص غرامة التأخير

تتميز غرامة التأخير بطابع خاص تنفرد به عن غيرها من الجزاءات المالية الأخرى، وفيما يلي بيان ذلك؛

الفرع الأول: الغرامات التأخيرية تحدد مسبقا "اتفاقية"

يعتبر التحديد المسبق للغرامة التأخيرية إحدى أهم الميزات التي تمتاز بها عن غيرها من الجزاءات المالية الأخرى، لكونها ذات طابع اتفاقي إذ أنه غالبا ما يتم تحديدها في دفاتر الشروط الملحقة بالعقد، أو بإحالتها إلى نص تشريعي ينظمها، وعليه فإذا لم يكن قد نص عليها في العقد، فإنه ليس بإمكان الإدارة السعي لتطبيقها وتوقيعها على المتعاقد، إذ ليس في استطاعتها الزيادة في مقدارها المحدد مسبقا

¹ - محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 307.

² - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 289.

³ - مشار إليه لدى: حمادة عبد الرزاق، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 227.

⁴ - علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، العدد الأول، جامعة الكويت، 2000، ص 69 - 70.

حتى ولو لم ينتج عن التأخير أضرار تزيد في حدتها عما حدد في العقد، كما لا يجوز لها أن تترك القدر المحدد في العقد وتطبق ما نص عليه في القانون أو اللائحة¹.

أما في حالة ما إذا لم يتم تحديدها مقدما في الاتفاق فعلى الإدارة اللجوء إلى فرض الجزاءات الأخرى على المتعاقد معها مثل: مصادرة التأمين أو بفسخ العقد أو التنفيذ على حسابه متى تأخر في تنفيذ التزامه²، كما أنه ليس بإمكان المتعاقد التملص منها بحجة أنها مبالغ فيها، وأن تأخيرها في التنفيذ عن الآجال المحددة لم يترتب عنه وقوع ضرر لها، أو أن الضرر غير كبير لا يتناسب مع قيمة الغرامة، إذ أن العبرة في مثل هذه الحالة ليس في اشتراط وقوع ضرر بل في حصول التأخير³. وبهذا الصدد يشير الفقيه "jeze" إلى أن: "إن انعدام شرط الغرامة في نصوص العقد، لا يعني تنازل من الإدارة عن مدد التنفيذ المنصوص عليها، وعن جزاء عدم الالتزام بها، ولكن يعني فقط أن النظام العادي للتعويضات هو ما يجب أن يطبق في حالة التأخير، وليس النظام الاستثنائي للتعويضات الجزافية"⁴.

الفرع الثاني : ذات طبيعة تلقائية

تستطيع الإدارة بما لها من سلطة تجعلها في مركز أقوى عن المتعاقد معها توقيع هذا النوع من الجزاءات عليه بمجرد ثبوت تأخير من جانبه في تنفيذ التزاماته التعاقدية خارج عن الآجال التعاقدية المتفق عليها، ودون حاجة إلى تنبيهه أو إعدار موجه إليه من قبلها أو أي إجراء آخر أو إلى إثبات يوحى بأن ضررا قد أصابها جراء التأخير الذي وقع فيه المتعاقد، بل إن هذا الضرر مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل العكس⁵.

ولقد تطرق المشرع الجزائري لهاته الخاصية بالتحديد في نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 والتي نصت على أنه: "إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات (جزاءات) على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت"⁶. كما أشار الأستاذ أندري دي لوبادير بهذا الصدد إلى أن الغرامات تختلف عن التعويض من حيث أنها توجد بحكم القانون بمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية دون أن تكون الإدارة ملزمة بإثبات أن ضررا قد أصابها من جراء ذلك⁷.

الفرع الثالث: لا محل للغرامة قبل انتهاء مدة العقد

إن غرامة التأخير تدور وجودا وعدما مع تأخير المتعاقد المتعهد، بحيث ينتفي أساس توقيعها إذا ثبت عدم تأخير المتعاقد في أداء التزاماته بموجب أحكام العقد، كما أن تطبيقها لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته التعاقدية و تسليمها في الميعاد

¹ - خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة بحوث مستقبلية، مركز الدراسات المستقبلية، كلية الحداثة، العدد 18، 2007، ص 167.

² - فارس علي جانكيز، سلطة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 115.

³ - بحري إسماعيل الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، 2009، ص 102.

⁴ - سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) رسالة مقدمة من أجل نيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2007 - 2008، ص 207.

⁵ - غير أننا نجد بعض التشريعات المقارنة من يلزم الإدارة على القيام بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الغرامة عليه ولا تسري الغرامة إلا من يوم الإعذار بها وأي مخالفة لذلك لا يتم تسليم العمل بما مثلما هو معمول به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، لمزيد من التفاصيل أنظر: محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص 492.

⁶ - المادة 36 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة الأشغال العمومية والنقل، ج، ج، ج، عدد 06، الصادرة بتاريخ 19 يناير 1965.

⁷ - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 81.

المحدد، لاقتراحها بدخول العقد حيز التنفيذ وفوات مدته دون إتمامه¹، إذ لا محل لتطبيق أو توقيع غرامة التأخير إن لم يبدأ جريان مدة التنفيذ، أو قام المتعاقد بإنهاء تنفيذ ما عليه من التزامات على الوجه المطلوب قبل انتهاء المدة المتفق عليها ضمن بنود العقد².

الفرع الرابع: الغرامة التأخيرية ذات طبيعة إدارية

مفاد ذلك أنها تطبق بصفة مباشرة وبمجرد حصول التأخير بموجب قرار إداري صادر عن جهة الإدارة، ودون حاجة للجوء إلى استصدار حكم قضائي لتوقيعها، وهاته الخاصية يمتاز بها العقد الإداري وحده عن غيره من عقود القانون الخاص والتي تتطلب تدخل القضاء لتخفيض قيمة التهديد المالي إذا ما قدرت أنه مغالى فيه، فجهة الإدارة وأثناء تنفيذها للعقد الإداري تخرج عن هذا النظام عن طريق الغرامة بموجب قرار إداري صادر عنها³.

حيث يلاحظ الأستاذ أندري دي لوبادير بهذا الشأن أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار إنفرادي من الإدارة، وأن الإدارة بعكس الوضع في القانون الخاص ليست في حاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء فهي تباشر في هذا النطاق امتيازها في التنفيذ المباشر، وامتياز التنفيذ المباشر هو إصدار الإدارة لقرارات تأتي لمواجهة الأفراد وتنفيذها بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء⁴.

كما جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1960/09/21 أنه: "إن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهة الإدارة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها"⁵.

المطلب الثالث: التمييز بين غرامة التأخير والنظم القانونية المشابهة لها والمعمول بها في نطاق كل من العقد المدني

والعقد الإداري.

تتميز غرامة التأخير عن غيرها من النظم القانونية المشابهة لها سواء تلك المعمول بها في نطاق العقود المدنية، أو عن غيرها من الجزاءات المالية التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري، بمجموعة من المميزات التي تجعلها مغايرة لها تماما، وهو ما سيتم توضيحه على النحو الآتي:

الفرع الأول: التمييز بين غرامة التأخير والنظم المشابهة لها المعمول بها في نطاق العقد المدني

تتميز غرامة التأخير بصفات خاصة تميزها عن غيرها من النظم القانونية المشابهة لها المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص كالغرامة التهديدية والشرط الجزائي في العديد من النقاط.

وفي سبيل توضيح المقصود بذلك سنحاول القيام بإبراز مختلف الفروقات الجوهرية التي تميز غرامة التأخير عن الشرط الجزائي (01) وبينها وبين الغرامة التهديدية (02) على النحو التالي:

أولاً: تمييز غرامة التأخير عن الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي في العقود المدنية على أنه تعويض اتفاقي، متفق عليه مسبقاً يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته⁶. ومن خلال هذا التعريف وبعد التطرق المسبق للتعريف الخاص بغرامة التأخير يتضح لنا أن كلا من المفهومين يعد التزاماً قانونياً يلزم بمقتضاه المتعاقد بدفع مبلغ مالي إلى جهة الإدارة¹ - غرامة التأخير - إلا أنهما يختلفان عن بعضهما البعض في النقاط التالية:

¹ - حسن محمد حسن علي البنان، الجزاءات المالية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 54، 2012، ص424.

² - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص299.

³ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص495.

⁴ - حمد محمد حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص174 - 175.

⁵ - نقلاً عن: حسن محمد علي البنان، المرجع السابق، ص424.

⁶ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، السدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص117.

- 1- يتم تحديد الشرط الجزائي ضمن شروط العقد سواء قبل إبرامه أو بعده في وقت لاحق على إبرامه من قبل المتعاقدين بالاتفاق على تحديد مقدار التعويض الذي يتوجب على المدين دفعه في حالة عدم تنفيذه لالتزاماته التعاقدية أو التأخر عن تنفيذها - والذي عادة ما يكون أكبر من الضرر الحقيقي الذي يصيب المدين - في حين أن الغرامة التأخيرية عبارة عن مسألة تعاقدية تحددها دفاتر الشروط مسبقا أو النظم القانونية المعمول بها في مجال تنفيذ العقود الإدارية وبالتالي فإنه لا يجوز الاتفاق عليها بعد إبرام العقد الإداري، كما أنها لا تستحق إلا في حالة إحلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته والتأخر الناجم عنها².
- 2- يكون الدائن في الشرط الجزائي ملزما باللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي قصد الحصول على تعويض جزائي وذلك بنفس الشروط المقررة للحصول على التعويض بوجه عام من حصول ضرر للطرف الآخر المتضرر- المتعاقد- وإعذار الطرف المخل بالتزاماته، بينما الغاية من الغرامة التأخيرية المنصوص عليها في العقد ضمان تنفيذه في المواعيد المتفق عليها، كما يتم استحقاقها بمجرد حدوث التأخير وإن لم يترتب عليه ضرر، ودون إعذار المتعاقد أو أية إجراءات قضائية أخرى³.
- 3- يمكن للمدين في الشرط الجزائي اللجوء إلى القضاء والمطالبة بتخفيض مبلغ التعويض، في حالة ما إذا كان مغالى فيه أو لا يتناسب مع الضرر الذي يلحق بالمتعاقد⁴، في حين أن مبلغ الغرامة التأخيرية لا يجوز تخفيضه أو التملص منه.
- 4 - لا يمكن استحقاق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك، في حين يكون تطبيق الغرامة التأخيرية دون سابق إنذار ويتم ذلك بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت⁵.

ثانيا: التمييز بين الغرامة التأخيرية والغرامة التهديدية

جاء في نص المادة 01/174 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم أنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك، وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة"⁶. هذا وتعرف الغرامة التهديدية على أنها: "حق الدائن في اللجوء إلى القضاء لإلزام المدين الممتنع أو المتأخر عنه بدفع غرامة تهديدية عن كل وحدة زمنية يمتنع فيها أو يتأخر عن تنفيذ التزاماته عينا، أثناء النظر في النزاع أو بعد صدور حكم يتضمن الإلزام بالتنفيذ العيني"⁷. من خلال استقراء نص كل من المادة والتعريف المذكورين أعلاه يتبين للقارئ أهم الفروقات الجوهرية التي تفصل بين كل من الغرامة التهديدية المعمول بها في نطاق القانون الخاص، والغرامة التأخيرية من حيث أنه:

- 1 - حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 425.
- 2- بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014 - 2015، ص 69.
- 3- حمادة عبد الرزاق، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص 227، عبد الرحمن عباس إدعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 03، 2014، ص 557.
- 4- نص المادة 02/184 من الأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج. ر عدد 40، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005.
- 5 - المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.
- 6- المادة 01/174 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 7- بسام سعيد جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقد (د.م)، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2001، ص 43.

1- يتم تطبيق الغرامة التهديدية عند امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته عينا ، كما أنها من قبيل السلطة التقديرية للقاضي، الذي يفرضها عند امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته وبطلب من الدائن، في حين أن الغرامة التأخيرية عبارة عن مبالغ مالية مدرجة مسبقا في العقد أو دفاتر الشروط ومتفق عليها من قبل الإدارة والمتعاقد في حالة ما تأخر هذا الأخير في تنفيذ التزاماته التعاقدية¹.

2- تصدر الغرامة التهديدية بموجب حكم قضائي مؤقت وتنتهي علة فرضها بمجرد تنفيذ المدين لالتزاماته تنفيذا عينيا في حين يكون استحقاق الإدارة لغرامة التأخير بمجرد تأخير صادر عن المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية ضمن الآجال المتفق عليها².

3- تعد غرامة التأخير إحدى العقوبات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المتعاقد معها والمقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية في حالة التأخير فقط ، في حين تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة ضغط على إرادة المدين لحثه وإجباره على تنفيذ التزامه³.

الفرع الثاني: التمييز بين غرامة التأخير والجزاءات المالية الأخرى المعمول بها في نطاق العقد الإداري

سبق وأن أشرنا إلى الخصائص التي تمتاز بها غرامة التأخير عن غيرها من الجزاءات المالية الأخرى المعمول بها في نطاق العقود الإدارية، واستكمالا لدراستنا يتوجب علينا تبيين مختلف الفروقات والمميزات التي تميزها عن غيرها من الجزاءات المالية كلا على حدى، من خلال الآتي:

أولاً: تمييز غرامة التأخير عن جزاء مصادرة التأمين

يعرف التأمين على أنه : " ضمان لجهة الإدارة تتوفى به أثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملائمتها لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره"⁴.

من خلال تعريف جزاء مصادرة التأمين يتبين للقارئ مختلف الفروقات التي تمتاز بها غرامة التأخير عن هذا الجزاء والتي يمكن حصرها في النقاط الآتي ذكرها:

1- الغرض من غرامة التأخير هو مواجهة التأخير الذي يمكن أن يقع فيه المتعاقد مع جهة الإدارة أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية ، في حين يكون غرض الإدارة من توقيعها لجزاء مصادرة التأمين لمواجهة المخاطر التي يمكن أن تنجر عن عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية كما هي متفق عليها بالعقد .

2- توقيع غرامة التأخير مرهون بوجود نص قانوني يخول لجهة الإدارة حق توقيعها، في حين تستطيع الإدارة مصادرة التأمين في حالة تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية من دون حاجة إلى نص قانوني يخول لها ذلك بناء على امتيازها في التنفيذ المباشر.

ثانياً: تمييز غرامة التأخير عن جزاء التعويض

جرى تعريف جزاء التعويض لدى فقهاء القانون الإداري بأنه : " عبارة عن مبالغ مالية يحق للإدارة أن تحصل عليها من المتعاقد لجبر الأضرار الناتجة عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية، في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال "⁵.

¹ - سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 212.

² - فتحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 المعدل والمتمم، مذكرة ماجستير، قانون عام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 277.

³ - حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015، ص 329.

⁴ - أحمد عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1973، ص 349.

⁵ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 487.

- من خلال التعريف يتبين للقارئ أن كلا من غرامة التأخير وجزاء التعويض عبارة عن مبالغ مالية بإمكان الإدارة تحصيلها جراء حدوث تقصير من جانب المتعاقد بغض النظر عن نوعه إلا أنهما يختلفان في النقاط الآتية:
- 1- الغرض من فرض غرامة التأخير وكما أشرنا إليه أعلاه هو ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية ضمن مواعييدها المحددة في العقد والمتفق عليها مسبقا، في حين يكون غرض الإدارة من توقيع جزاء التعويض على المتعاقد معها جبر الضرر الذي أحدثه المتعاقد جراء تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية.
 - 2- مقدار غرامة التأخير ثابت يتماشى والنسب المتفق عليها بالعقد، في حين يتماشى مقدار التعويض مع حجم الضرر الذي قد يلحق بالإدارة .
 - 3- يرجع اختصاص فرض واستحقاق غرامة التأخير إلى جهة الإدارة بنفسها بموجب قرار إداري صادر عنها، في حين يتوجب على جهة الإدارة لتحصيل التعويض اللجوء إلى القضاء.

المبحث الثاني

القواعد النازمة لفرض غرامة التأخير وحالات الإعفاء منها

تقوم غرامة التأخير كما أشرنا إليه سابقا على تحميل المتعهد عبء دفع مبلغ من المال إلى الإدارة كونها ذات طابع جزائي تعاقدية، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد في المواعيد المحددة والمتفق عليها مسبقا فيه من ناحية، وضمانا لسير المرفق العام بانتظام واضطراد من ناحية أخرى، لذا فقد تضمنت العديد من التشريعات المنظمة للعقود الإدارية نصوصا قانونية وأحكاما صريحة للتكفل بمعالجة تقديرها واحتسابها وشروط توقيعها، وكذا الحالات التي يمكن إعفاء المتعاقد منها.

وبناء على ذلك نرى أنه من الواجب علينا تبين ذلك من خلال الآتي:

المطلب الأول: شروط استحقاق غرامة التأخير

بالرغم من تخويل المشرع لجهة الإدارة صلاحية توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزاماته العقدية، إلا أن توقيعها مرهون بجملة من الشروط حتى لا تتعسف في استعمالها لهذا الحق، نجمل ذكرها على النحو التالي:

الفرع الأول: أن يتضمن العقد الإداري نصا يخول لجهة الإدارة الحق في فرض غرامة التأخير

سبق وأن أشرنا إلى أن غرامة التأخير غالبا ما يتم تحديدها مسبقا في دفاتر الشروط الملحقة بالعقد، أو بإحالتها إلى نص تشريعي ينظمها، ومفاد ذلك أنه يجب أن ينص العقد على حق جهة الإدارة في فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها إذا ما تأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به ضمن مواعييدها المحددة والمتفق عليها في العقد أو اللائحة، وهذا راجع إلى الخصائص التي تتسم بها عن غيرها من الجزاءات المالية الأخرى المعمول بها في نطاق العقد الإداري والتي قلنا عنها بأنها اتفاقية، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بمصر في قرارها الصادر بتاريخ 1961/6/1 والذي جاء في منطوقه بأن: " شرط تطبيق هذه القاعدة - فكرة الغرامة التأخيرية - أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء والذي يلتزم به المتعاقد الذي احل بالتزاماته " ¹.

وبناء على ذلك ليس بمقدور الإدارة فرض غرامة التأخير على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته العقدية، في حالة ما لم تتضمن شروط العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به نصا يخولها هذا الحق دون الإخلال بحقوقها في فرض الجزاءات الأخرى المعمول بها في تنفيذ العقد الإداري.

الفرع الثاني: تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية

¹ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 347، جانب التهميش رقم 01.

من الأمور المسلم بها لدى كل من الفقه والقضاء الإداري أن غرامة التأخير تستهدف كما هو معلوم كفالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد ، فهي مقررّة أصلا لضمان تنفيذ العقد ضمن مواعيده المتفق عليها في العقد، حرصا على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد¹ ، وبالتالي فإن الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد تحقق سببها والذي غالبا ما يقترب بالتأخير، وهو ما نصت عليه أحكام القضاء الإداري المصري والتي جاء النص فيها على أنه: " إن الطبيعة القانونية لغرامة التأخير هي جزاء عقدي وإنها صورة من صور التعويض الإتفاقي إذا تراخى المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فهي مقررّة لضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها " ².

الفرع الثالث: الضرر

تستحق غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد بمجرد تحقق سببها ألا وهو حصول الضرر، إذ أن الإدارة ليست ملزمة في هذه الحالة إلى إثبات يوحى بأن ضررا قد أصابها جراء التأخير الذي وقع فيه المتعاقد، بل إن هذا الضرر مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل العكس، فإثبات الضرر ليس شرطا لاستحقاق غرامة التأخير، كما أنه ليس للمتعاقد التحلل من دفعها بحجة أن المرفق العام لم يصبه أي ضرر ناتج عن التأخر في تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: كفيات احتساب غرامة التأخير

الأصل في العقود الإدارية أن غرامة التأخير عبارة عن مبلغ من المال ينص عليه في العقد عادة، ويتحدد بمبلغ معين أو بنسبة مئوية معينة من قيمة العقد والتي يتوجب على المتعاقد أدائها عن كل يوم تأخير من قيمة ختامي تنفيذ الأشغال بالكامل، إذا ما رأت جهة الإدارة أن الجزء المتأخر في تنفيذه يحول دون الانتفاع بما تم من العمل وسواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على الوجه الأكمل وضمن مواعيده المحددة في العقد، أما إذا لم يمنع هذا الأخير - الجزء المتأخر في تنفيذه - من الانتفاع بكامل العمل فإنه عادة ما يتم احتساب غرامة التأخير من قيمة الأعمال المتأخر في تنفيذها فقط³، ويستثنى في ذلك مدد التوقف التي قد تحدث خارج نطاق قدرة المتعاقد والتي قد لا يكون له يد فيها كما سيتم الإشارة إليه لاحقا .

جدير بالذكر أن غرامة التأخير تختلف طريقة احتسابها من تشريع إلى آخر، كما تختلف نسبتها بحسب طبيعة ونوع العقد الإداري، ففي فرنسا نصت المادة 105 من لائحة العقود الإدارية على أنه : " إذا تأخر المتعهد في توريد الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد ويدخل في ذلك الأصناف المرفوضة - فيجوز للوزارة أو المصلحة أو السلاح أو فروعها إذا ما رأت مصلحة في ذلك إعطاء المتعهد مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة قدرها 1% عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي يكون المتعهد قد تأخر في توريدها بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة 4 % من الأصناف المذكورة " ⁴.

كما نص المشرع المصري على ذكر الكفيات التي يتم احتساب غرامة التأخير بها هو الآخر وذلك تحديدا في نص المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المعدل بالقانون رقم 05 لسنة 2006 والتي أجازت لجهة الإدارة فرض غرامات تأخيرية على كل متعاقد مقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الوجه الأكمل وخاصة فيما يخص التأخير على أن لا يتجاوز مجموع الغرامات التأخيرية الموقعة عليه نسبة 3 % من قيمة العقد الإجمالية وذلك بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات

¹- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

²- حكم المحكمة الإدارية المصرية الصادر في 20 / 03 / 1993 أشار إليه: رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 44.

³- المادة 83 من قانون المناقصات والمزايدات المصري الصادر بتاريخ 1989/05/08، منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.monakasat.com/tender.htm> شوهده بتاريخ: 2017/01/25.

⁴- بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية والتعاقدية والغير تعاقدية في مصر وفرنسا (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 539.

الاستشارية وكذا الأعمال الفنية، ونسبة مقدرة بـ 10 % بالنسبة لعقود مقاولات الأعمال والنقل، ويتم ذلك بطريقة مباشرة دون حاجة إلى توجيه إعدار له أو تنبيه أو أي إجراء آخر، على أن لا يتم إعفاءه منها إلا بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ما ثبت أن التأخير كان لأسباب خارجة عن إرادته، أو في حالة لم ينتج عن التأخير ضرر قد يصيب جهة الإدارة مع احتفاظها بحقوقها في الرجوع بكامل التعويض عما أصابها من أضرار بسبب التأخير¹.

أما بالنسبة للوضع في الجزائر فقد اكتفى المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بإحالة الأمر إلى دفاتر الشروط المختلفة وذلك في نص المادة 147 ف 02/ 03 والتي جاء فيها: " تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة ". لذا فإنه عادة ما يتم احتساب غرامة التأخير بالجزائر وفقا للمعادلة التالية:

$$A \times 7 / M \times E$$

ع: العقوبة المالية الإجمالية .

م: مبلغ الصفقة + مبالغ الملاحق الخاصة بالزيادة.

ت: التأخير المعبر عنه بعدد الأيام.

أ: الأجل التعاقد المعبر عنه بعدد الأيام.

إن اختلاف طريقة احتساب غرامة التأخير في العديد من التشريعات العالمية، والكيفية التي ارتأى من خلالها المشرع أنه يمكن اقتضاؤها، لم تمنع المشرعين في هذه الدول على قواعدها العامة، من حيث عدم قدرة الإدارة على المطالبة بأكثر من المبلغ المحدد بالغرامة المتفق عليها مسبقا، وكذا كيفية اقتطاعها وتقديم النص التعاقد على النص التشريعي².

المطلب الثالث: حالات الإعفاء من غرامة التأخير

الأصل أن عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أو التأخير في تنفيذها يعد بدوره خطأ جسيما موجبا لمسؤولية المتعاقد، لما له من تأثيرات وأضرار جانبية على سير المرافق العامة وانتظامها في تقديم الخدمات المنوطة بها لجمهور المتفاعلين، الأمر الذي يوجب توقيع غرامات مالية عليه كتعويض جزائي لذلك.

وبالرغم من تحويل الإدارة توقيع هذا النوع من العقوبات المالية وإن كانت تعد ضمانا لها، إلا أن توقيعها يبقى متروكا لها وبحسب تقديرها، وليس مفروضا عليها لكي توقعها على المتعاقد معها، إذ يحكم ذلك أن أصل توقيع الغرامات المالية على المتعاقد أو إعفاءه منها يبقى حسب سلطة الإدارة التقديرية فلها كامل السلطة أن تقوم بتوقيعها في حالة ما إذا ما توفرت مبررات ذلك، كما أن لها أن تعفو عنها إذا ما ارتأت ذلك وبحسب تقدير الظروف المحيطة بالمتعاقد كما سيتم التعرض له لاحقا من هذه الدراسة³.

وتطبيقا لذلك فقد نصت الفقرة 04 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه : " يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية تحرير شهادة إدارية " .

وبناء على ذلك يتوجب على الإدارة وقبل توقيعها جزاء الغرامة على المتعاقد معها تحري الأسباب والدوافع التي حالت بينه وبين تنفيذ التزاماته والتأخر في تنفيذها وذلك إعمالا لمبادئ العدالة والإنصاف.

1- المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

2- سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 218.

3- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 37.

- ليبقى من بين الأمور المسلم به فقها وقضاء، أن المتعاقد بالرغم من تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية ضمن الآجال والمواعيد المحددة لها، فإنه يعفى في العديد من الحالات من فرض الغرامات التأخيرية عليه، والتي من جملتها ما سنورد ذكره في الأتي:
- 1- إذا ثبت أن الضرر الذي أصاب جهة الإدارة جراء تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية راجع إلى قوة القاهرة خارجة عن إرادته لا يد له فيه ¹. على أن يتصف الحدث الذي يكون سببا في التأخير في تنفيذ الالتزام من قبيل القوة القاهرة بما يلي:
- أن يكون الحادث الخارجي المدعى به كعذر لتبرير حالة التأخير غير متوقع ولا يمكن توقعه أو التنبؤ به، ومثال ذلك ما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي حادثا غير متوقع كهطول أمطار غزيرة ولمدة غير عادية تحول بين المتعاقد وبين الالتزامات المنوط بتنفيذها، وكذا التقلبات الجوية غير الاعتيادية ².
- أن يكون السبب أو الحادث الذي دفع بالمتعاقد إلى التأخر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية مستقلا كلية عن إرادته، كما ليس في إمكانه دفعه أو درؤه ³.
- أن يؤدي الفعل القاهر إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ⁴.
 - 2- أن يكون سبب التأخير راجعا إلى فعل الإدارة المتعاقدة ذاتها، كأن يكون سبب التأخير في التنفيذ راجعا مثلا إلى توقيف الأشغال أو استئنافها بناء على أمر صادر منها ضمن الحدود المسطرة لذلك ⁵، وهو الأمر الذي يمكن اعتباره مبررا قانونيا يعفي المتعاقد من توقيع الغرامة عليه في كلتا الحالتين على أن يتم تحرير شهادة إدارية لإثبات ذلك.
 - 3- أن يكون بطلب رسمي موجه للإدارة من قبل المتعاقد لإعطائه مهلة إضافية لاستكمال الأعمال في حالة تعرضه لصعوبات لا ترقى إلى درجة القوة القاهرة إلا أنها تقوم بعرقلة التنفيذ، في المواعيد المحددة ⁶.
 - 4- إذا قدرت الإدارة أن تأخير المتعاقد معها في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية لم يلحق بالمصلحة العامة أي ضرر ⁷.
 - 5- إذا قامت الإدارة بإدخال تعديلات في طبيعة الأشغال أو كمية التوريدات، فإن التأخير الذي قد يقع فيه المتعاقد في هذه الحالة مبرر قانونا، إلا أنه إذا كان عدم تنفيذ العقد ناشئا عن خطأ من جهة الإدارة أو عن تعديل أساسي يؤدي إلى قلب في اقتصاديات العقد ذاته، فلا يعفى المتعاقد في هذه الحالة من غرامة التأخير فحسب، وإنما يكون له الحق أيضا في التعويض ⁸.

خاتمة:

- 1- نصت الفقرة 05 من المادة 05/147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أنه: " وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر الخدمة التي تتخذها نتيجة لذلك المصلحة المتعاقدة ".
2- نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ط 1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص 202.
3- لحسن بن الشيخ آيت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 77.
4- عبدالله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 65.
5- أنظر نص المادة 4/147 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية رقم 247/15 السالف الذكر، وكذلك حكم المحكمة العليا بالجزائر الصادر بتاريخ 1968/12/13 والذي تلخص وقائعه في أن " الإدارة كانت قد أعلنت عقوبات على المتعاقد بسبب التأخير وفقا لبنود العقد، فحجزت % 0.01 من المبلغ المتوجب لقاء كل يوم تأخير، ولكن نظرا لأن الإدارة كانت مسئولة جزئيا عن التأخير، فقد خفض القاضي قيمة العقوبة "، أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الطبعة 4 مع ملحق 1986، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، الجزائر، ص 379.
6- عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الإدارة والاقتصاد والقانون، عدد 35، جامعة 20 أوت سكيكدة 1956، 2013، ص 184.
7- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 526.
8- سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه التعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 106.

- بعد أن أُنهيّا هاته الدراسة توصلنا إلى جملة من النتائج والتي يمكن إجمالها على النحو الآتي:
- تتماز غرامة التأخير بخصائص تميزها عن غيرها من الجزاءات المالية المعمول بها في نطاق تنفيذ العقد الإداري وهو ما يجعلها أكثر فاعلية من الناحية العملية.
 - توقيع غرامة التأخير مرهون بوجود نص قانوني يخول لجهة الإدارة حق توقيعها.
 - غرامة التأخير عبارة عن جزاء مالي تم وضعه في يد الإدارة من قبل المشرع كضمانة لها، من شأنها أن تكفل لها تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية وفق مواعييدها المحددة في العقد أو دفاتر الشروط الملحقه به.
 - باستطاعة الإدارة إعفاء المتعاقد معها من توقيع غرامة التأخير عليه إذا ما قدرت أن سبب التأخير راجع إلى عوامل خارجة عن إرادته.
 - تختلف طريقة احتساب غرامة التأخير من تشريع لآخر وبحسب طبيعة ونوع العقد الإداري.
- وعلى ضوء ما تقدم يمكن لنا تقديم التوصيات التالية:
- ضرورة إلزام جهة الإدارة بتوجيه إنذار إلى المتعاقد، حتى يتسنى له تدارك النقائص التي وقع فيها.
 - على المشرع الجزائري أن يوضح النسب التي يمكن أن تتخذها غرامة التأخير في مختلف العقود الإدارية التي تبرمها جهة الإدارة شرحا وتفصيلا، سيرا على درب نظيره المصري .
 - ضرورة تسبب جهة الإدارة قرارها بتوقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها .
 - كما على المشرع الجزائري أن يُعيد النظر في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة وإضفاء بعض التعديلات عليه، والذي لم تعد مواده مسايرة لقوانين الصفقات العمومية التي تلت عملية إصداره والمعمول بها حاليا.

النظام القانوني لعقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة

The legal system of concession agreements as a means of managing public utilities

بن جيلالي سعاد، طالبة باحثة في مدرسة الدكتوراه، جامعة الجزائر1،

أستاذة مؤقتة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/05/15 – تاريخ المراجعة: 2017/11/26.

ملخص:

يكتسي موضوع المرفق العام أهمية بالغة في القانون الإداري، وعليه أضحي من الضروري معرفة مدى تأثير أي تحول سياسي أو اقتصادي على تسييره، ومدى مطابقة طريقة تسييره للحياة العامة ولحاجيات المواطنين وضرورة التحسين الدائم للخدمة العمومية، وذلك باستعمال المرفق لطرق وأساليب متعددة لخدمة الصالح العام، ومن بين أساليب تسيير المرافق العامة نخصص دراسة أسلوب عقد الامتياز لما له من أهمية في تطوير علاقة الشراكة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص، وارتبط ظهور عقد الامتياز بتطور وظائف الدولة التي كانت تمارس وظائف تقليدية من أمن وعدل و دفاع... كما اضطرت إلى التدخل في ميادين شتى اقتصادية، اجتماعية وثقافية، فإلى أي مدى ساهم نظام عقد امتياز المرافق العمومية لتحقيق التنمية المحلية؟

الكلمات المفتاحية:

الامتياز، المرفق، الخدمة، الإدارة.

Abstract

Public utilities are a pivotal subject in administrative law. And thus, it became necessary to know the extent to which any political or economic transformation may affect its management, as well as the extent to which it conforms to public life and the citizens' needs, coupled with the need for constant improvement of the public service, using the public utility in various ways and for different purposes, to serve the public interest. Within the various means of managing public utilities, this paper aims to study the concession agreement, considering the important part it takes in strengthening the partnership relation between local administrations and the private sector. Moreover, the emergence of the concession agreement has always been linked to the development of the state duties, which usually referred to security, justice and defense... but which had to add various economic, social and cultural fields. Then, to what extent did the concession agreement contribute in achieving local development?

Keywords:

Public utilities, concession agreement, administration, partnership.

مقدمة:

لقد بات واضحا في كل الدول وبعد انتهاج سياسات اقتصادية كثيرة ومتنوعة أن النهوض بأعباء التنمية الشاملة في أي دولة لا يمكن أن يضطلع به القطاع العام لوحده أي كانت وسائله البشرية والمادية ، بل ينبغي لضمان أطر ناجحة إفساح المجال للقطاع الخاص ليساهم في بناء الحركة التنموية ويدفع بها إلى الأمام. وقد ترسخ الاعتقاد في كل الدول أن السياسة التنموية الهادفة والجادة هي التي تسعى إلى الرفع من المستوى المحلي و تهدف إلى جعل الجماعة المحلية البنية الأساسية للتنمية وقطب إشعاع اقتصادي واجتماعي، هذا الأمر جاء ليفسح المجال الواسع أمام القطاع الخاص باعتباره طرفا فعالا في عملية التنمية تماشيا مع سياسة التحول الاقتصادي عن طريق وضع أطر واليات من شأنها إن تحفز القطاع الخاص الاضطلاع على إدارة المرفق العام، هذا الأمر يبرز جليا من خلال القوانين الجديدة التي عرفتها الجماعات المحلية كل من البلدية والولاية، باعتبارها النواة الأولى لتحسيد التنمية المحلية، وذلك من خلال تعزيز الديمقراطية التشاركية في تقديم خدماتها.

فإذا تدخل القطاع الخاص في إدارة المرفق العام اتخذ أشكالا عدة، كان أهمها تخلي الدولة عن تقديم بعض الخدمات المنوطة بها بطريقة غير مباشرة لفائدة بعض الخواص بموجب عقد إداري وهو عقد الامتياز بوصفه أحد أساليب المحافظة على الدور الاقتصادي للدولة والمصالح العامة كأحد أهداف المرفق العام وبهذا يتمثل واجب الدولة الأساسي في اختيار الطريقة المناسبة لإدارة المرفق المكلف بإدارة النشاط وإشباع الحاجة الجماعية، وذلك لأن كفاءة المرفق العام وفعاليته في تقديم الخدمة العامة المنوطة به، تتوقف إلى حد كبير على اختيار الطريقة المناسبة والمثلّي لإدارة المرفق العام ويعد عقد الامتياز أحد الأساليب التي تلجأ إليها الدولة لإدارة المرافق العامة، إذا تعهد بمقتضاه إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إدارة مرفق عام على نفقته وحسابه لقاء تقاضي مقابل نقدي من المنتفعين من خدماته، ولعل أهمية هذه الدراسة تكمن في أهمية عقد الامتياز كأسلوب ناجح وفعال لتسيير المرافق العمومية وانتشاره الواسع في الجزائر خاصة بعد دستور 1989 أين بدأت الجزائر تتبنى النظام الليبرالي المبني على اقتصاد السوق وحرية المنافسة.

وعلى ضوء هذا الطرح فإن إشكالية الدراسة تتمحور حول ما يلي: ما المقصود من عقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة، وما مدى فعالية المنظومة القانونية الضابطة له؟. معتمدين في هذا المقال أسلوبا تحليليا للنصوص المنظمة لعقد الامتياز، ومن خلال هذه الإشكالية سيتم دراسة مختلف جوانبها وفقا لخطة ممنهجة ومشملة على مبحثين: يخصص الأول للإطار المفاهيمي لعقد الامتياز، أما المبحث الثاني فخصصناه لنطاق تطبيق قواعد عقد الامتياز ضمن قوانين الإدارة المحلية.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي لعقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة

امتياز المرافق العامة طريقة تتعاقد بها الإدارة مع فرد أو شركة لإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة الاقتصادية لمدة محددة بأمواله وأعماله وأدواته على مسؤوليته مقابل التصريح له بالحصول على الرسوم من المتعاقدين بخدمات المرفق وفق ما يسمى بعقد التزام المرافق العامة أو عقد الامتياز، ومن هذا المنطلق سنتطرق في هذا المبحث لمفهوم عقد امتياز المرفق العمومي.⁽¹⁾

المطلب الأول: مفهوم عقد الامتياز

نتطرق في هذا المطلب لمفهوم عقد الامتياز من تعريف وأركان وخصائص كالتالي:

الفرع الأول: تعريف عقد الامتياز

سنتولى في هذا الفرع عرض التعريف التشريعي الفقهي والتعريف القضائي.

أولا: التعريف التشريعي لعقد الامتياز

الأصل أن المشرع يعزف عن إعطاء تعريف لمصطلحات قانونية تاركا هذه المهمة للفقهاء والقضاء غير أنه وبالرجوع لبعض القوانين نجدها قد عرفت عقد الامتياز من ذلك المادة 4 من الأمر 96-13 المؤرخ في 15 يونيو 1996 و المتضمن قانون المياه: "يقصد بالامتياز بمفهوم القانون عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية"⁽²⁾

ثانيا: التعريف القضائي لعقد الامتياز.

¹ - Voir : Mescheriakoff alin-serge- droit des serices publics, 1 édition, puf, paris, 1991, p353

² - أنظر 4 من الأمر 96-13 المؤرخ في 15 يونيو 1996 و المتضمن قانون المياه، الجريدة الرسمية العدد 37، الصادرة في 16 يونيو 1996.

تعرض مجلس الدولة الجزائري⁽¹⁾ في قرار صادر عنه، لتعريف عقد الامتياز فجاء فيه: "حيث أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستعمل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع لأملاك وطنية بشكل استثنائي بهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه".

يتضح من خلال هذا التعريف أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والعام لعقد الامتياز، بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها في مواجهه الطرف المتعهد خاصة فيما يتعلق بسلطة أو حق الرجوع، فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل نفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين⁽²⁾.

ثالثا: التعريف الفقهي لعقد الامتياز.

اعتبر الدكتور سليمان الطماوي عقد الامتياز من أشهر العقود الإدارية المسماة، وعرفه أنه "عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنتها عقد الامتياز"⁽³⁾. وعرفه الدكتور عصمت عبد الله الشيخ بأنه: "اتفاق يتم بين الإدارة وبين أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه يتعهد الملتزم بتقديم خدمة عامة للجمهور على نفقته وتحت مسؤوليته وطبقا للشروط التي يحددها ذلك الاتفاق من حيث السعر أو من حيث الكيفية التي تؤدي بها الخدمة وذلك مقابل الإذن لهذا الفرد أو لهذه الشركة باستغلال المشروع لفترة معينة من الزمن ويقوم الاستغلال عادة في صورة التصريح للملتزم بتحصيل رسم معين من المنتفعين من المرفق"⁽⁴⁾.

وعرف جانب من الفقه في الجزائر عقد الامتياز بأنه: عقد أو اتفاق، تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا (فرد) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (بلدية مثلا) أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الامتياز بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق⁽⁵⁾. ورغم أن عقد الامتياز يعتبر عقدا يتجلى فيه مبدأ سلطان الإرادة كأى عقد ولو في جوانب جزئية ومحددة إلا أنه مع ذلك يتضمن جوانب عامة ويحتوي على سلطات إدارية معترف بها لجهة الإدارة تمارسها تجاه المتعهد بما يجعله أكثر اقترابا من عقود القانون العام.

الفرع الثاني: أركان عقد الامتياز وخصائصه.

يتمتع عقد الامتياز بأركان وخصائص خاصة تميزه عن غيره من العقود الأخرى هي كما يلي:

أولاً: الرضا:

يعتبر الرضا الركن الأول في عملية تكوين العقود ويقصد به تبادل الإيجاب و القبول بين المتعاقدين المزمعين على نحو مطابق منتج لأثار قانونية ويملك المتعاقد مع سلطة القبول التي يفهم منها مشاركته في تحديد شروط العقد التي تتجلى من خلال تفاعله الخاص مع

1- قرار رقم 11950، فهرس رقم 11952، الصادر عن الغرفة الثالثة، مجلة مجلس الدولة، 2004 (قضية بين شركة نقل المسافرين "ربع جنوب" ورئيس بلدية وهران).

2- أنظر: جابر جاد ناصر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، دس، ص72.

3- أنظر: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، 1991، ص108.

4- أنظر: ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات لباد، 2006، ص212.

5- أنظر: عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار الجسور لنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص356.

الشروط التي حددتها الإدارة في هذا التكوين تتجسد في حاجات المرفق العام وضروراته والتي هي القوة الدافعة والحقيقة لتحريك العملية التعاقدية وهذا فيما يخص الشروط التعاقدية فقط دون أن يمتد إلى الشروط التنظيمية التي تحدد انفراديا عن طريق القوانين واللوائح وعليه كل رابطة تعاقدية تقوم بين الإدارة والمتعاقد معها ضمن المجالات التي تنفرد القوانين واللوائح بتطبيقها تكون باطلة⁽¹⁾.

ثانيا: المحل:

يعرف المحل في المادة 13 من دفتر الشروط النموذجي لمنح الامتياز بالتراضي بعنوان أصل الملكية على أنه " :القطعة الأرضية ملك للدولة بموجب..."⁽²⁾ أما المحل بالنسبة لصاحب الامتياز فيتمثل في إنجاز مشروع على هذه القطعة الأرضية، وللمحل شروط تناوّلها فيما يلي:

1- المحل موجود:

أي أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام، وان يكون ممكن الوجود بعد ذلك، أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام فإنه يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود، ويكون العقد بعد ذلك قابلا للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به، فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلا وقت نشوء الالتزام، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل.

2- المحل ممكن:

نصت المادة 93 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾ على أنه " : إذا كان محل التزامات مستحيلا بذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا وبهذا يعتبر المحل ركن من العقد وانعدامه يؤدي إلى بطلان العقد.

3- قابل للتعين:

نصت المادة 94 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا أي أن تعيين المواصفات مثل المساحة، الحدود بحيث نصت المادة 12 من نموذج دفتر الشروط لمنح الامتياز بالتراضي بعنوان قوام الأرضية على أنه " مساحة القطعة الأرضية هي... والسعة المذكورة في العقد هي سعة القطعة الأرضية التي قيس بقصد منح الامتياز والناجئة عن الإسقاط الأفقي، هذه المساحة وافق الطرفان على صحتها ولا تقبل بأي طعن أو تكرار من أي طرف كان"⁽⁴⁾

ثالثا: السبب:

يقصد بالسبب في عملية إبرام العقود الدافع الباعث للتعاقد، وفي عقد التزام المرافق العامة بسبب التزام الإدارة المانحة للامتياز تبرره اعتبارات المصلحة العامة والنفع العام خلال تقديم وتوفير وإشباع الحاجات العامة للجمهور التي تتباين تبعا للمرافق المسيرة عن طريق

¹-أنظر: نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص44.

²- أنظر: المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 مايو سنة 2009 يحدد شروط وكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية العدد 27

³- أنظر المادة 93 من الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، جر العدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المتمم بالقانون رقم 01/89 المؤرخ في 7 فيفري 89، جر عدد 06، الصادر بتاريخ 8 فيفري 89، والمعدل بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، العدد 44، الصادر بتاريخ 26 جوان 2005.

⁴- أنظر: المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 2 مايو 2009، يحدد شروط وكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية العدد 27، الصادرة في 6 مايو 2009.

التفويض في صورة امتياز، في حين سبب التزام الملتزم أو المتعاقد مع الإدارة المتعاقدة هو تحقيق أقصى ربح ممكن وخاصة وأنه غالبا ما يكون ثمن الخواص وهو ما يبرر سببه وسعيه هذا⁽¹⁾.

رابعا: الشكلية:

الشكلية هي إجراء لفرض العدالة والمساواة بين المتعاقدين تتضمن جملة من الإجراءات والترتيبات يقوم بها المتعاقدون بعد تمام الأركان الموضوعية حيث يتم إفراغ هذه الأركان الموضوعية في قالب رسمي وإذا لم يتفق المتعاقدون لا يمكن لهما التعاقد ويرى الأستاذ الطماوي أن الشكلية لا يشترطها المشرع صراحة في العقود الإدارية إلا أنها قد تفرضها طبيعة العقد وفي عقد الامتياز فإنه من العسير تصور عقد امتياز دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم وكيفية تصفية الامتياز⁽²⁾.

وجدير بالإشارة أن عقد الامتياز وإن تجسد في رابطة قانونية تجمع بين الإدارة والمتعاقد معها، إلا أن هذا العقد يبنى أساسا على دفتر شروط تقوم الدولة أو الولاية أو البلدية بإعداده، ومثال ذلك دفتر الشروط المتعلقة بالامتياز الممنوح من الدولة إلى البلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي والمنشئ بموجب قرار وزاري مشترك المؤرخ في 17 مارس 1967⁽³⁾. وكذا دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بمنح امتياز الطريق السريع والمنشئ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-38 المؤرخ في 8 سبتمبر 1996⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: خصائص عقد الامتياز:

- نستنتج من التعريف التشريعي والتعريفات الفقهية والقضائية سابقة الذكر أن عقد الامتياز يتمتع بالخصائص التالية:
- أنه عقد إداري يربط بين سلطة إدارية وبين أحد الأفراد أو الشركات، وليس هناك ما يمنع أن يربط عقد الامتياز بين شخص إداري وشركة من القطاع العام.
 - إن الإدارة في هذا العقد بالذات تتمتع بسلطات استثنائية تفرضها صفتها كشخص من أشخاص القانون العام، وهذا بغرض حماية فئة المنتفعين.
 - يلزم المتعاقد مع الإدارة أن يتولى تسيير مرفق عام يحدهه العقد ويتقيد بكل الضوابط بما فيها المالية وكذلك تجسيد المساواة بين فئة المنتفعين.
 - يتحمل الملتزم في عقد الامتياز النفقات الناتجة عن تسيير المشروع ويضمن له سيرا منتظما ومطردا وبالمقابل تلتزم جهة الإدارة في حال اختلال توازنه المالي بأن تعيد له هذا التوازن وهذا ما أقره القضاء المقارن⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: آليات تكوين عقد الامتياز

هنالك مجموعة من القواعد تحكم وتميز عقد الامتياز وتطبق على جميع مراحل إنشائه بداية من اختيار صاحب الامتياز⁽⁶⁾، مروراً بإبرام عقد الامتياز وصولاً إلى وثائق الامتياز.

الفرع الأول: اختيار صاحب الامتياز

¹ - أنظر: نعيمة أكللي، المرجع السابق، ص 45.

² - أنظر: محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 377.

³ - أنظر: قرار وزاري مشترك المؤرخ في 17 مارس 1967، يحدد بموجبه دفتر الشروط المتعلقة بالامتياز الممنوح من الدولة إلى البلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي، جريدة رسمية رقم 26.

⁴ - أنظر: المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، يحدد بموجبه دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بمنح امتياز الطريق السريع، جريدة رسمية العدد 55، الصادرة في 25 سبتمبر 1996، الملحق 1، المادة 06.

⁵ - أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 355.

⁶ - يتوجب على الإدارة المحلية المانحة للامتياز في اختيار صاحب الامتياز، إلى اعتبارات جوهرية، كاعتبار المصلحة العامة.

تركت السلطة التقديرية في اختيار الملتزم للإدارة المانحة للامتياز، والتي تعتمد في ذلك على شخصية الملتزم الذي يقدم أفضل خدمة من خلال مؤهلاته التقنية وإمكاناته المالية،⁽¹⁾ بالتالي يعتبر عقد الامتياز عقد ذو طابع شخصي، ما لا يسمح للملتزم التنازل عليه لشخص آخر دون الموافقة المسبقة للإدارة المانحة لعقد الامتياز، على أنه مبدأ الاختيار الحر لصاحب الامتياز مستثنى بموجب القواعد التي تنيط احتكارا ببعض الأشخاص لإدارة بعض المرافق العامة، مثل ما تناوله قانون 10-03 الذي يحدد كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك خاصة للدولة⁽²⁾.

ويلاحظ من خلال التعليمات الوزارية رقم 394-842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، أن هناك تحول رافق التوجه نحو اعتماد إجراءات جديدة لمنح الامتياز، وهي أساسية في عقود الصفقات العمومية، تكمن في المزايدات التي تضمن منافسة فعالة على أسس ومعايير موضوعية تعدها الإدارة مسبقا، وبالتالي تحقق مبدأ العقلانية، الشفافية وتكافئ الفرص والمساواة، فضلا عن حرية المنافسة التي تتجسد عن طريق الإشهار.

الفرع الثاني: إبرام عقد الامتياز

عملية إبرام عقد الامتياز تمر بمرحلتين:

- انعقاد عقد الامتياز بعد أن يقرر المجلس التداولي المسير للمرفق العام المحلي بواسطة الامتياز.
- المصادقة على عقد الامتياز.
- وثائق عقد الامتياز

أولا: انعقاد عقد الامتياز:

قبل أن يبرم عقد الامتياز فانه من الضروري أن يقرر المجلس التداولي سواء بالنسبة للبلدية أو الولاية اعتماد الامتياز كطريقة لتسيير المرفق العام المحلي⁽³⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 155 من قانون البلدية 11-10⁽⁴⁾ حيث أن صدور المداولة و المصادقة عليها لا يعني أن عقد أو اتفاقية الامتياز قد نشأ لأنه بالإمكان التراجع عنها أو إلغائها فبعد أن يقرر المجلس الشعبي التداولي اعتماد الامتياز كطريقة لتسيير مرفق عام محلي تطبق مجموعة من الإجراءات التي تقوم بها الهيئة التنفيذية من إعداد لدفتر الشروط وتحرير لعقد الامتياز النهائي الذي يتم عرضه على المجلس التداولي لمناقشته و الموافقة عليه، لكن العقد لا ينعقد من الناحية القانونية إلا بعد المصادقة عليه وفقا للمادة 45 من قانون الولاية 12-07 حيث يمثل هذا الإجراء المرحلة الثانية لإبرام عقد الامتياز⁽⁵⁾.

ثانيا: المصادقة على عقد الامتياز:

إن عقد الامتياز لا ينعقد من الناحية القانونية إلا بعد مصادقة الوالي عليه بموجب قرار حيث تتمثل الرقابة التي يوقعها الوالي على عقد الامتياز في التحقق من الإجراءات ومطابقتها للنص النموذجي⁽⁶⁾.

ثالثا: وثائق عقد الامتياز:

¹- Voir : Fraisseik Patrick ; Droit administratif ; ellipses ; paris ; 2000 ; p169.

²- أنظر: المواد 4، 5، من قانون رقم 10-03 المؤرخ في 15 غشت 2010، الذي يحدد كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك خاصة للدولة، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة في 18 غشت 2010.

³- أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص183.

⁴- أنظر: المادة 155 من قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو سنة 2011 يتعلق بالبلدية، 2011، الجريدة الرسمية العدد 37، المؤرخة في 3 يونيو 2011.

⁵- أنظر: المادة 45 من قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير سنة 2012 يتعلق بالولاية، المؤرخ في 21 فبراير 2012، الجريدة الرسمية العدد 12، المؤرخة في 29 فبراير 2012.

⁶- أنظر: المادة 54 الفقرة 1 من القانون نفسه.

يتوصل الأطراف إلى الصياغة النهائية لعقد الامتياز الإداري بعد الإجراءات والمراحل التي مر بها والتي تحدد وجوده القانوني، والتي تتكون من وثيقتين تكون شكله النهائي والمتمثلة في اتفاقية الالتزام ودفتر الشروط.

أ/ عقد الالتزام:

هو الاتفاق الذي يبرم بين الجهة الإدارية مانحة الامتياز والملتزم طبقا لما ينص عليه دفتر الشروط حيث تشكل اتفاقية الامتياز الجزء الأقصر في الامتياز، فتكون في الغالب الأعم موجزة ومختصرة تتضمن المبادئ العامة والخطوط العريضة التي اتفق عليها طرفي عقد الامتياز، فتقتصر على تحديد الأطراف (الإدارة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز) بصفة دقيقة ضبط مضمون الاتفاق الذي يتمثل في التزام الإدارة بمنح المرفق العام للملتزم لتسييره عن طريق الامتياز والتزام الملتزم باستغلال المرفق وفقا لقواعد دفتر الشروط.⁽¹⁾

ب/ دفتر الشروط:

يعتبر دفتر الشروط وثيقة هامة تضعها الإدارة لتحديد بموجبه شروط وقواعد تسيير المرفق العمومي كما ينصب أيضا على تحديد موضوع عقد الامتياز ومدته، وحقوق وواجبات الأطراف المتعاقدة وقابليته أو عدم قابليته للتجديد وكيفية ذلك كما يعتبر دفتر الشروط صورة سابقة عن عقد الامتياز وخطوة أولية للإعلان عن رغبة الإدارة في إبرامه، حيث نصت المادة 04 فقرة 03 من القانون 03-02 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2003⁽²⁾ المحدد للقواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحيين للشواطئ" يحدد دفتر الشروط المواصفات التقنية والإدارية والمالية للامتياز وتتم المصادقة عليه عن طريق التنظيم كما نصت المادة 64 مكرر فقرة 02 من القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية⁽³⁾ يحدد دفتر الشروط المتعلق بمنح الامتياز الشروط الخاصة التي يجب أن تتوفر لأخذ متطلبات الخدمة العمومية بعين الاعتبار، وكذلك نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 342/07 المؤرخ في 07 نوفمبر سنة 2007⁽⁴⁾ المحدد لإجراءات منح امتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب وسحبه "يجب أن يتضمن دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 06 أعلاه لاسيما البنود التالية " :موضوع الامتياز، مدة الامتياز..مسؤوليات صاحب الامتياز العامة والتقنية والقانونية والمالية، شروط سحب الامتياز وعلى العموم فان دفاتر الشروط تتوفر على فئتين من الشروط:

1- شروط تعاقدية: تتعلق بالعلاقة بين الملتزم والسلطة مانحة الامتياز.

2- شروط تنظيمية: تتمثل في مجموع القواعد التقنية لتسيير وتنظيم المرفق العام محل الامتياز حيث تختص الإدارة مانحة الامتياز

بوضعها دون تدخل من الملتزم، ويمكن تحديد هذه الشروط كما يلي:

- موضوع الامتياز وامتداده.

- مدة الامتياز.

- اختيار موطن لصاحب الامتياز

- الضمان اللازم

¹- أنظر: بن علي حميد، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 03، 2009، ص 116.

²- أنظر: المادة 4 الفقرة 3 من القانون رقم 02/03 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2003، المحدد للقواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحيين للشواطئ، الجريدة الرسمية، العدد 11 لسنة 2003، الصادرة في 18 فبراير 2003.

³- أنظر: المادة 64 من القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008، المعدل والمتمم للقانون 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة في 3 غشت 2008.

⁴- أنظر: المادة 11 من المرسوم التنفيذي 342/07 المؤرخ في 07 نوفمبر 2007، المحدد لإجراءات منح الامتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب وسحبه، الجريدة الرسمية العدد 71 لسنة 2007، الصادرة في 8 نوفمبر 2007.

-التزام صاحب الامتياز بالقيام بالتأمينات اللازمة ضد الحرائق والحوادث..

-منع التنازل عن الامتياز دون ترخيص مسبق

-الإتاوة التي يتعين على صاحب الامتياز دفعها للإدارة مانحة الامتياز وشروط مراجعتها

-الرسوم التي يدفعها المنتفعون للملتزم مقابل خدمات المرفق.

-الرسوم التي تقع على عاتق صاحب الامتياز من مصاريف أثناء المرفق العام محل الامتياز

-شروط انتهاء العقد

-الجزاءات (العقوبات)

إن هذه المجموعة من النقاط التي يتضمنها دفتر الشروط يغلب عليها الطابع التنظيمي وهذا ما يضيفي على الامتياز الطابع التنظيمي.

المبحث الثاني

الإطار القانوني لعقد الامتياز كأسلوب لتسيير الإدارة المحلية والآثار المترتبة عنه

يجد عقد الامتياز كأحد العقود الإدارية تطبيقه الواسع ضمن قوانين الإدارة المحلية، لكن المشرع حدده بشروط معينة حماية لمصالح المنتفعين لخدمات المرفق العام، وهذا الأمر يبرز جليا من خلال الآثار المترتبة عنه، وهذا ما سيتم عرضه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: الأسس القانونية لعقد الامتياز.

نتعرض من خلال هذا المطلب للأساس القانوني لعقد الامتياز وتطبيقاته ضمن قانون الولاية والبلدية.

الفرع الأول: الأساس القانوني لعقد الامتياز ضمن قانون البلدية.

إن إفساح المجال للقطاع الخاص في تسيير الشؤون العامة بدأت مع صدور دستور 1989 والتي واكبت التطورات الاقتصادية والتي توجي إلى التوجه إلى سياسة الاقتصاد الحر، بحيث أفرز أنه طرق تسيير المرافق العامة المباشرة لم تعد تتماشى مع الواقع الاقتصادي لاسيما بالنسبة للجماعات المحلية، وتجسدا لذلك نص المشرع الجزائري إلى إمكانية اللجوء إلى عقد الامتياز ضمن قانون البلدية وهذا ما نصت عليه المادة 150 من قانون البلدية 11-10 على أنه يمكن تسيير المصالح المذكورة في المادة 149 على سبيل الحصر عن طريق الامتياز، كما ذكرت المادة 155 تسيير المصالح المذكورة في المادة 149 بأسلوب الامتياز⁽¹⁾ والذي يطبق وفقا للتنظيم الساري المفعول، كما أجاز المشرع اللجوء لعقد الامتياز في إدارة المرفق العام، بشروط مستمدة من طبيعة المصالح التي يرمي المرفق العام لتحقيقها.

الفرع الثاني: الأساس القانوني اعقد الامتياز ضمن قانون الولاية.

نص قانون الولاية 12-07 على أسلوب عقد الامتياز في تسيير المرافق العامة في نص المادة 149 حيث جاءت "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به. يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها. ويصادق على العقود المبرمة في هذا الشأن طبقا لأحكام المادة 54 من هذا القانون" كما حصرت المادة 141 مجالات منح الامتياز وتكيف عدد هذه المصالح العمومية وحجمها حسب إمكانيات الولاية ووسائلها واحتياجاتها⁽²⁾.

¹- أنظر: المواد 149 و 150 و 155 من قانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، المؤرخ في 22 يونيو 2011، الجريدة الرسمية العدد 37، المؤرخة في 3 يونيو 2011.

²- أنظر: المواد 141 و 54 من القانون نفسه.

نلاحظ من خلال هذه المواد أن المشرع الجزائري لجأ لأسلوب امتياز المرافق العامة المحددة في المصالح الولائية بشرط تعذر وجود أساليب أخرى كأسلوب الاستغلال المباشر وأسلوب المؤسسات فيرخص باستغلال المرفق عن طريق عقد الامتياز، وهذا منافيا للسياسة الاقتصادية التي أقرتها الدساتير الجزائرية، والتي تدعي إلى توسيع من المجال تدخل القطاع الخاص في تسير المصالح العمومية للجماعات المحلية، كما تقرض هذه الأخيرة دفتر الشروط النموذجي يحدد عن طريق التنظيم، دون تحديد مجالات التي يستعمل فيها هذه الشروط، أما بالنسبة للتصديق فقد اختلفت طريقة التصديق على عقود الامتياز في قانون الجماعات المحلية الجديد عكس ما كان في القانون الملغى، حيث كان ينتسب التصديق ويحدد في مجال امتياز المرفق العام للوالي بموجب المداولات ضرورية، إلا أنه أصبح التصديق على العقود المبرمة في هذا الشأن طبقا لأحكام المادة 54 من قانون 12-07 المتعلق بالولاية.

وبالرجوع إلى أحكام المادتين المذكورتين نستنتج أن المشرع يشترط على الإدارة المحلية عند اللجوء إلى أسلوب الامتياز في إدارة وتسيير المرافق العامة ما يلي:

أ-تعذر إدارة تسيير المرفق العام بإحدى الطرق العامة كالاستغلال المباشر والمؤسسة العامة نظرا لتنوع وظيفة الدولة وتدخلها في الميدان الاقتصادي والاجتماعي والثقافي وتوسع نطاق الخدمة.

ب-إبرام اتفاق بين الطرفين (عقد الامتياز) شريطة أن يكون مطابقا لدفتر الشروط النموذجي الذي يحدد القواعد القانونية السارية على المرافق العامة التي تدار بهذه الطريقة والذي تضعه وتعهده الإدارة مسبقا وبإرادتها المنفردة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: آثار عقد الامتياز

إذا أبرم العقد الإداري فإنه يترتب عليه جملة من الآثار للمتعاقدين، تتمثل في الحقوق والالتزامات التي تتمتع بها الإدارة من جهة وما يقابلها من حقوق والتزامات يتمتع بها المتعاقد من جهة.

الفرع الأول: حقوق الإدارة المانحة للامتياز في مواجهة المتعاقد معها.

تتمتع الإدارة المانحة للامتياز كطرف في عقد الامتياز، بامتيازات وسلطات لا مقابل لها في القانون الخاص، مردها مقتضيات سير المرفق العام، إذ لا يجب غض النظر عن كون عقد الامتياز من العقود المسيرة أو الموجهة، حيث أن الجانب الموضوعي أو التنظيمي منظم من خلال الشروط العامة المعدة أساسا من طرف السلطة الوصية، وتظهر هذه السلطات أكثر في عقد التزام المرافق العامة، ذلك أن السلطة العامة وإن كانت تعهد للملتزم مهمة إدارة المرفق واستغلاله بمقتضى العقد إلا أنه لا يعني تخليها عن المرفق الذي تراقب سيره المنتظم⁽²⁾. ولولا امتيازات السلطة العامة لبقى المرفق العام مشلولاً حركياً لعدم توفره على الوسائل القانونية الضرورية التي تمكنه من القيام بمهمته أحسن قيام⁽³⁾. فقاعدة سير المرافق العامة بانتظام هي التي تبرر سلطات الإدارة فيما يخص الرقابة والتوجيه أثناء التنفيذ، كما يحق لها تعديل بنود العقد دون الموافقة الملزمة لصاحب الامتياز، بحيث تعمل الإدارة على تجسيد مظاهر السلطة العامة من خلال توقيع جزاءات على الملتزم وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفرع.

أولاً: حق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد:

إن سلطة الإدارة في تعديل عقد الامتياز سلطة استثنائية مستمدة من النظام العام كلما اقتضت ضرورة المرفق العمومي ذلك، وكما يظهر من العنوان، فإن هذا الحق لا يرد إلا على النصوص التنظيمية فقط ولكن هذا التعديل محكوم بشروط:

- لا يجب أن يكون التعديل جذرياً، بحيث يغير موضوع الامتياز.

¹- أنظر: عمار بوضياف، مرجع سابق، ص361.

² - Voir : Kobtan mohamed, le régime juridique des contrats du secteur public (études du droit comparé algérien et français), thèse de doctorat d' état, institué de droit et science administrative, Alger 1984, p150.

³- أنظر: محمد أمين بوسماح، ترجمة رجال بن عمر، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص125.

- يجب أن تؤخذ التوازنات المالية للعقد بعين الاعتبار حتى لا يتحمل الملتزم أعباء كثيرة تفوق قدراته المالية وحتى التقنية.
- أن يتم التعديل وفقا لما تحدده دفا تر الشروط.

ويقابل هذا الحق أي حق الإدارة في التعديل حق الملتزم باللجوء إلى القضاء إما بطلب تعويضات في اختلال التوازن المالي للعقد، أو الفسخ إن كان التغيير جذري للعقد، أو التعديل يفوق وبصفة كبيرة قدرات الملتزم⁽¹⁾.

ثانيا: حق الرقابة و التوجيه:

باعتبار أن تنفيذ الامتياز شكل من أشكال اللامركزية فان الملتزم يخضع للرقابة الوصائية، التي تعتبر في نفس الوقت حق السلطة مانحة الامتياز في مواجهة الملتزم وواجب عليها في اتجاه المنتفعين من خدمة المرفق العام، فلا يجوز لها التنازل الجزئي أو الكلي عنها، كما لا يمكن للملتزم الاحتجاج على السلطة المانحة للامتياز عند ممارستها للرقابة بعدم النص عليها في العقد لان الرقابة حق ثابت للجهة الإدارية المختصة ولو لم ينص عليها العقد وتنقسم الرقابة إلى تقنية ومالية.

أ/ الرقابة التقنية:

عادة ما تتضمن دفا تر الشروط الملحققة بعقد الامتياز إجراء مثل هذه الرقابة، أين يمكن لموظفي الإدارة مانحة الامتياز الدخول للمرفق العمومي محل الامتياز، والاطلاع على مختلف الوثائق والمستندات الفنية المستعملة في التسيير والتأكد من كفاءة معدلات الاستغلال ومراقبة آلات وأجهزة استغلال المرفق العمومي وهذا ما نصت عليه على سبيل المثال المادة 18⁽²⁾ من دفا تر الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة "يتم ضمان المراقبة في مرحلة الاستغلال بما فيها المراقبة التقنية للمنشآت الكبرى من طرف السلطات والمصالح المعنية لهذا الغرض من طرف مانح الامتياز بحيث على صاحب الامتياز أن يقدم لهذه السلطات والمصالح الوثائق والتقارير المحددة بتعليمات من مانح الامتياز.

ب/ الرقابة المالية:

وتتمثل في سلطة الجهة الإدارية مانحة الامتياز إجراء التفتيش في أي وقت على حسابات صاحب الامتياز، والتأكد من مطابقتها للقواعد المحاسبية المعمول بها، وذلك بهدف تجنب أي نتائج سلبية قد تهدد السير الحسن للمرفق العمومي، كالاختلاس، أو الإفلاس.

ثالثا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

إذا أحل المتعاقد مع الإدارة في التزاماته العقدية كأن تنازل عن عقده للغير أو أهمل أو قصر في تنفيذ أو لم يحترم المواعيد المحددة في العقد وأدى ذلك التصرف إلى إلحاق أضرار اقتصادية واجتماعية خاصة وأن المرفق محل التعاقد مرتبط بتقديم خدمات عامة حينئذ ينشئ الحق للجهة الإدارية في توقيع الجزاء منها الجزء المالي المتمثل في الغرامات التأخيرية⁽³⁾ أو فسخ العقد، أو إسقاطه وذلك في حالة عدم احترام المستفيد من الامتياز بنود دفا تر الشروط وبعد توجيه إعدار له برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام ولكن بدون جدوى تباشر إسقاط الحق طبقا لأحكام المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152⁽⁴⁾.

¹- راجع: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص362.

²- أنظر: المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، يحدد بموجبه دفا تر الأعباء النموذجي المتعلق بمنح امتياز الطريق السريع، جريدة رسمية رقم 55، الصادرة في 19 سبتمبر 1996.

³- الغرامات التأخيرية هي تعويض جزائي من حق الإدارة توقيعه دون أن تلزم بإثبات أن ضرر ما قد لحقها، حيث أن هذا الأخير مفترض دائما عن مجرد التأخير، وينجم عنه عدم اشتراط التناسب بين قيمة الغرامة والضرر الحاصل.

⁴- أنظر: المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 2 مايو 2009، يحدد شروط وكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية العدد 27، الصادرة في 6 ماي 2009.

جاءت هذه المادة لتخضع لأحكام الأمر رقم 04-08 حيث نصت المادة 12 الفقرة 1 منه على أنه "يترتب على كل إخلال من المستفيد من الامتياز للتشريع الساري المفعول وللالتزامات التي يتضمنها دفتر الأعباء اتخاذ إجراءات من أجل إسقاط حق الامتياز، لدى الجهات القضائية المختصة بمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً، حيث يتضح من ذلك إن إسقاط حق الامتياز يكون نتيجة لعدم التزام المتعاقد بالتزاماته العقدية و ينطق به القاضي الإداري بمبادرة من المدير الولائي لأملاك الدولة وهو الطرف المتعاقد ويكون ذلك بعد اعذار المتعاقد غير الملزم.

رابعاً: حق استرداد المرفق قبل نهاية المدة:

قد تفرض مقتضيات المصلحة العامة على جهة الإدارة استرداد المرفق قبل انتهاء المدة المتفق عليها في العقد شريطة أن تعوض الملزم كل الأضرار التي لحقت به وليس للملزم أن يتمسك بفكرة الحق المكتسب أو القوة الملزمة للعقد وهذا ما أكدته الفقه والقضاء⁽¹⁾.

الفرع الثاني: حقوق الملزم.

الملزم شخص يستهدف الربح أساساً و كما أنه يتمتع بالحقوق التي يستمدّها من العقد إلا أن اتصال العقد بالمرفق العام ينعكس في الواقع على مركز المتعاقد ويكسبه حقوقاً تهدف إلى تمكينه من الوفاء بالتزاماته تمكيناً للمرفق من الاستمرار في أداء خدماته.

أولاً: الحق في الحصول على المقابل المالي للعقد (الرسم).

إن المقابل المالي هو دافع المتعاقد الآخر لإبرام العقود الإدارية مع الجهة الإدارية ويتخذ المقابل المالي صورتين أولهما شكل الثمن ويكون في عقدي الأشغال العامة والتوريد وثانيهما شكل الرسم ويكون ذلك في عقد الالتزام إذا يحصل الملزم على رسم من الجمهور المتفاعلين مقابل خدمات المرفق محل الالتزام والشروط التي تتعلق بتحديد المقابل المالي في العقود الإدارية تعد شروطاً تعاقدية لا يجوز لجهة الإدارة تعديلها أو تغييرها إلا بموافقة الطرف الآخر في العقد وعلى خلاف ذلك فإن تحديد الرسم في عقد الالتزام يعد من الشروط اللائحة حيث تستطيع الجهة مانحة الالتزام القيام بتعديل المقابل المالي للعقد (الرسم المستحق للملزم)⁽²⁾.

ثانياً: الحصول على المزايا المالية المتفق عليها:

للملزم الحق في الحصول على سائر المزايا المالية التي يتفق عليها كالإعانات والقروض وفوائدها، وضمان حد أدنى من الأرباح، أو تعيد الإدارة بعد منح امتيازات أو تراخيص لمشروعات منافسة، وهذه وغيرها من الشروط التعاقدية التي لا يجوز للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة.

ثالثاً: الحق في ضمان التوازن المالي للعقد:

فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية ترجع نشأتها إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي والحكم الصادر في دعوى الشركة الفرنسية للالتزام والصادر بجلسة 1910/03/11 عندما عرض على المفوض مبدأ التوازن المالي وفكرة التوازن المالي استقرت عليه آراء الفقهاء، وأحكام القضاء كمبدأ يضبط التزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية.

مبدأ التوازن المالي في العقود الإدارية يترتب للمتعاقد الآخر الحق في مطالبة الجهة الإدارية بالتعويض على الرغم من عدم ارتكابها للخطأ، والحالات التي يستحق فيها المتعاقد تعويض دون أن ينسب خطأ للجهة الإدارية ثلاث وهي:

- عمل الأمير⁽³⁾.

- الظروف الطارئة

¹- أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، 360.

²- أنظر: مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية، مصر 208، ص 120

³- أنظر: مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص. 124.

-الصعوبات المالية غير المتوقعة.

الفرع الثالث: حقوق المنتفعين.

نتطرق في هذا الفرع إلى حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة من جهة، وكذا حقوق المنتفعين في مواجهة الملتزم على النحو التالي:

أولاً: حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة:

الحق الأساسي للمنتفعين هو مطالبة الإدارة باستعمال حقوقها لإجبار الملتزم على تنفيذ واجباته المترتبة على عقد الامتياز وخاصة منها واجب المساواة بين المنتفعين عند تقديم الخدمات والذي يعتبر من مبادئ المرفق العام، ونتيجة لذلك فعلى الملتزم أن يقدم خدماته دون تفضيل أو إقصاء، كما يحق للمنتفعين اللجوء للقضاء في حالة إهمال وتقصير الإدارة في أداء مهامها.

ثانياً: حقوق المنتفعين في مواجهة الملتزم:

العلاقة التي تربط الملتزم بالمنتفعين، وفي إطار الاستفادة من خدمات المرفق، قد تكون في شكل تعاقد ويكون هذا خاصة بالنسبة للمرافق ذات الطابع التجاري والصناعي وعلى كل من الطرفين احترام بنود العقد والاعتماد عليها للمطالبة بحقوقها، وبشكل آخر، بحيث أن كل من تتوفر فيه الشروط يحق له الانتفاع بخدمات المرفق ويكون هذا خاصة بالنسبة للمرافق ذات الطابع الإداري، وهنا يحتكم الطرفان إلى دفتر الشروط الخاص بعقد الامتياز، وأن أول حق للمنتفعين في كلتا الحالتين: هو حق الانتفاع بالخدمة بصفة متساوية بين كل المنتفعين.

حاليا أصبحت هناك صفة جديدة للمنتفعين من خدمات المرفق العام وهي صفة "الزبون" لذلك تسعى المرافق العامة إلى إشباع خدمات الزبائن، فهي ليست خدمات عامة وإنما خدمات منتجة ومتخصصة⁽¹⁾ وحسب هذا المنطق الجديد يجب على المرافق العامة استعمال تقنيات التسويق والإشهار كما أصبحت تحكم المرافق العامة مبادئ جديدة كالشفافية ونوعية الخدمة وشرط النوعية يجب أن يتبع بالتزام تقييم النتائج لضمان إرضاء مستخدمي المرفق العام.⁽¹⁾

خاتمة:

نستخلص في الأخير إلى أن عقد الامتياز يعد كوسيلة ليبرالية بعد النهج الجديد الذي سارت عليه الدولة الجزائرية خلال مرحلة 1989، وكان كنتيجة حتمية لظهور ما يعرف بالمرافق العامة الكبرى الصناعية والتجارية، وتزايد الحاجات العامة للجمهور، ما حتم على الدولة اشتراك القطاع الخاص في تسير جزء من الأموال العامة المهيأة لتحقيق المنافع العامة لفترة زمنية معينة، دون أن تتنازل عن ملكيتها لها، رغم أن هذا الأسلوب أو العقد كان قائماً بعد الاستقلال مباشرة، إلا أن اعتماده مؤخراً تم على وجه مغاير لما كان عليه لما كان عليه، بعد أن كان أسلوباً استثنائياً للتسيير أضحى وسيلة فعالة وبارزة في تسير المرافق العامة.

كما أن التطور الدائم والمتزايد لمتطلبات ورغبات المواطنين دفع المشرع الجزائري إلى تدعيم الأساليب الكلاسيكية لتسيير المرافق العمومية بأساليب جديدة تنحى نحو تفويض المرفق العام أو خصوصية طرق التسيير بالتوجه إلى إبرام عقود تسيير مع الخواص، فالتجهت الإدارة الجزائرية إلى القطاع الخاص لإدارة مرافقها العامة أصبح يتزايد بشكل واضح في حياتنا اليومية ويرجع إلى رغبة الدولة في البحث عن وسائل مادية ومصادر لتمويل المشروعات والثقة في إمكانات القطاع الخاص من هذه الناحية لقدراته الفنية وإمكانياته المالية وكفاءته في الإدارة والتسيير، وهذا ما يقودنا إلى استخلاص جملة من النتائج ومن بينها:

- يقوم أسلوب الامتياز بإدارة المرافق العامة بهدف تحقيق معيار المصلحة العامة ومعيار الربح.
- القوانين التي تناولت موضوع الامتياز، لم توضح علاقة المنتفعين بالمرفق العام محل العقد مع الملتزم أو الإدارة المانحة للامتياز خاصة ما يتعلق بالمسؤولية، فضلاً عن عدم تحديد أو حصر المرافق العامة القابلة لأن تكون محل عقد امتياز إداري.

¹ - أنظر: نعيمة أكلي، المرجع السابق، ص. 120.

- أسلوب الامتياز يحزر المرفق العام من التعقيدات الإدارية، والمرونة في تسييره بإتباع أساليب القانون الخاص التي تتفق وطبيعة المرافق العامة الاقتصادية.
- يعني أسلوب الامتياز الإدارة المتعاقدة من أعباء إنشاء وتشغيل المرفق العام ومخاطره المالية.

حماية المتلقي من الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز

The protection of the franchisee against abusive conditions in the franchise agreement.

أ.م.م. الطاهر، أستاذ مساعد قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/09/21 - تاريخ المراجعة: 2017/11/11.

ملخص:

يعتبر عقد الفرنشيز عقد إذعان، بسبب ما يتمتع به المانح من قوة اقتصادية ومعرفة فنية وقانونية تجعله متميزا عن المتلقي، الذي يسعى إلى اكتساب تكنولوجيا يحتكرها الأول. ويقوم المانح - في سعيه إلى الإبقاء على تبعية المتلقي له - بفرض شروط عليه لا يقبل مناقشتها، ويبقى المتلقي في هذا العقد مجرد مدعن لشروط قد تضر بمصالحه، وتخل بالتوازن الاقتصادي لعقد الفرنشيز. وحماية للطرف الضعيف في هذا العقد أعطاه المشرع الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل تعديل هذه الشروط أو إعفائه منها تماما.

الكلمات المفتاحية:

عقد الفرنشيز، المانح، المتلقي، عقد إذعان، الشروط التعسفية.

Abstract

The franchise agreement is an access contract, due to the economic strength and the technical and legal knowledge of the franchisor who distinguishes him from the franchisee, who seeks to acquire a technology that is monopolized by the first. The franchisor seeks to maintain the dependence of the franchisee by imposing conditions that are not discussed and the franchisee simply remains subject to conditions that may undermine his interests and the economic balance of the franchise agreement. And to protect the weak part of this contract, the legislator has given it the right to appeal to the courts to change these conditions or to completely exempt them.

Keywords:

The franchise agreement, franchisor, franchisee, accession contract, abusive conditions.

مقدمة:

تسعى الدولة الجزائرية في الآونة الأخيرة إلى إيجاد مخرج لها من الأزمة المالية التي تسببت فيها الموجات المتتالية لانخفاض أسعار النفط، والصدمات المتعاقبة التي ما زال يعرفها، بسبب تحمة العرض وزيادة الإنتاج الأمريكي من الغاز الصخري، والتوجه العالمي نحو طاقات بديلة ومتجددة، كل هذا دفع الحكومة إلى محاولة خلق اقتصاد بديل يغنيها عن الريع البترولي، ويحرر اقتصاد الدولة الجزائرية من التبعية للنفط.

ولتحقيق هذا المسعى بدأت الدولة الجزائرية تولي اهتماما متزايدا بمجالات اقتصادية قد تمثل الحل الأنجع لها في خلق ثروة، وإحلال الواردات، والسعي إلى التصدير، ومن أهم هذه القطاعات القطاع الفلاحي بشقيه الزراعة وتربية الحيوانات، وقطاع الصناعة والتعدين. ولا ريب أن هذين المجالين من شأنهما الرقي بالاقتصاد الوطني إن أوليت لهما الرعاية الكافية، ولن يتأتى ذلك إلا بتكوين الكوادر القادرة على رفع هذا التحدي، وإعداد منظومة تشريعية متكاملة، تسد كل الثغرات، وتسهل الاستثمار في هذين المجالين، وتحقق شعار الحكومة الحالي رابع رابع، الذي تسعى من خلاله إلى خلق توازن بين مصالح الدول الأجنبية ومستثمريها ومصالح الدولة الجزائرية ورعاياها. ومن أهم الاستثمارات التي برزت في الآونة الأخيرة عقود تركيب السيارات التي تنضوي تحت عقود نقل التكنولوجيا، التي لجأت إليها الجزائر من أجل اكتساب معرفة فنية في هذا المجال، يتشبع بها شباب يحملون على عاتقهم شرف تطوير الصناعة الميكانيكية في الجزائر.

لكن ما يعاب على الدولة الجزائرية عدم تنظيم هذه العقود بقوانين خاصة وتركها تخضع للقواعد العامة في القانون المدني وقواعد القانون التجاري، وهي عقود تتمتع بطابع خاص وتتصف بأنها عقود إذعان، لما يتمتع به المرخص بالتكنولوجيا من قوة اقتصادية، تقابلها حاجة المستثمر الجزائري إلى التكنولوجيا التي يحملها المرخص.

ومن أهم عقود نقل التكنولوجيا عقد الفرنشيز، الذي لا يقتصر فيه التزام مالك التكنولوجيا على الترخيص ببراءات الاختراع التي يملكها، وإنما يكون ملزما بنقل المعرفة الفنية التي تعتبر أهم شيء في محل هذا العقد، الذي يطرح إشكالات عدة حول حماية الطرف الضعيف فيه وهو المرخص له أو ما يسمى بمتلقي الفرنشيز، سواء قبل إبرام هذا العقد أو أثناء تنفيذه أو حتى بعد انتهائه. ولما كان بحثي يدور حول حماية المتلقي من الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز، فسأقوم في هذه الدراسة الموجزة بتقصي هذه الحماية في قواعد القانون المدني والقوانين التي جاءت لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية عموما، لنرى إلى أي مدى يمكن للمتلقي أن يستفيد منها. نحتم علينا الإجابة على هذه الإشكالية إتباع المنهج التحليلي الذي يتلاءم مع موضوع البحث، الذي سأبرزه في الخطة الموالية من خلال تحليل النصوص القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية، مع الاستعانة بما جادت به قريحة الفقهاء في هذا المجال.

سعيًا للإجابة على الإشكالية المطروحة أقسم هذا البحث إلى الخطة الآتي ذكرها: التعريف بعقد الفرنشيز (مطلب تمهيدي)، الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز (مبحث أول)، تعديل وإلغاء هذه الشروط (مبحث ثاني).

المطلب التمهيدي: التعريف بعقد الفرنشيز.

ظهر عقد الفرنشيز "franchise" باعتباره عقد ترخيص استغلال المعرفة الفنية وغيرها من عناصر الملكية الفكرية الأخرى، في الولايات المتحدة الأمريكية تحت اسم "Franchising" وكان ذلك إعادة لصياغة الكلمة الفرنسية "Affranchir"¹ أو "Franc" التي تعني الانعتاق من العبودية². أخذ هذا العقد عند انتقاله إلى فرنسا تسميتين هما: "Franchisage" التي جاءت بموجب القرار الوزاري الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1973 الذي أعطى ترجمة لكلمة "Franchising" الأنجلوساكسونية، أما رجال الأعمال فيفضلون استخدام كلمة "Franchise"³.

ولم يتفق الفقهاء والمترجمون العرب على كلمة واحدة موحدة لهذا العقد، حيث نجد الدكتور سميحة القليوبي تسمية بعقد السماح، غير أن هذا المصطلح قد يشمل عدة عقود أخرى يكون محلها هو السماح لمتعاقدين آخر باستغلال العلامة التجارية أو براءة الاختراع، كما أطلق عليه الدكتور/ ياسر سيد الحديدي اسم الامتياز التجاري، ولتمييزه عن ما يسمى بالفرنسية "la concession" أطلق على هذا الأخير اسم الالتزام التجاري⁴، ومن الذين استعملوا هذه الترجمة أيضا نجد صالح عبد الكريم بن إبراهيم السعودي⁵ والدكتور ماجد عمار والدكتور محمد محسن إبراهيم النجار، وإن كان هذا الأخير لم يؤيد هذا التعريب، وبرر استعماله عنوانا لكتابه بعدم وجود ترجمة عربية متفق عليها لمصطلح "الفرنشيز"، وذهب إلى وجوب استعمال الكلمة الفرنسية بحروف عربية "فرنشيز" أو استعمال تعريب تبناه الدكتور هاني دويدار، وهو تسويق الشهرة التجارية⁶، هذه الترجمة الأخيرة أخذ بها أيضا الأستاذ سمير عبد السميع الأودن في مؤلفه تسويق الشهرة التجارية ودور التحكيم في منازعاتها⁷، غير أن هذه التسمية قد توحى بأن عقد الفرانشيز يقتصر على التوزيع، في حين نجده يحتوي إلى

¹ Steven Finley - antitrust aspects of franchising in the United states and Canada - these - McGill university - Montreal -Canada - 1974 - p.1.

² François Luc simon - théorie et pratique du droit de la franchise - Delta - Liban - 2009 - p. 6.

³ Philippe le Tourne - le franchisage - 4 edition - Economica - paris, 1994 , p. 5

⁴ ياسر سيد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، دار الفكر العربي، مصر، 2006، ص39.

⁵ صالح عبد الكريم بن إبراهيم السعودي، عقد الامتياز التجاري دراسة فقهية تطبيقية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2013.

⁶ محمد محسن إبراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص341.

⁷ سمير عبد السميع الأودن، تسويق الشهرة التجارية (الفرنشيز) ودور التحكيم في منازعاتها، منشأة المعارف، مصر، 2009.

جانب عقد فرانشايز التوزيع كل من الفرانشيز الصناعي وفرانشيز الخدمات والفرانشيز المالي وغيرها، وذهب الدكتور مصطفى سلمان حبيب إلى تسميته بالترخيص الامتيازي¹، وهناك من ترجمه بالترخيص باستغلال واستعمال العلامة التجارية²، وإن كان عقد الفرانشيز لا يقتصر على الترخيص باستغلال واستعمال العلامة فحسب، وإنما يمتد ليشمل الترخيص بباقي عناصر الملكية الفكرية الأخرى. وترجمته الدكتور/ فرحة زراوي صالح بعقد الإعفاء³، في حين نجد الدكتور عمر سعد الله جمع بين تسميتي الفرانشيز والامتياز التجاري⁴، وإن الامتياز التجاري يقابله بالفرنسية "la concession" وهو ما نجده عند الرجوع إلى القاموس القانوني الذي يترجم "Franchise" بالإعفاء في حين يترجم "la concession" بالالتزام أو الامتياز⁵، هذا وقد ذهب الدكتور نعيم مغيب إلى اعتماد نفس الكلمة الفرنسية بحروف عربية أي "الفرانشيز"، ويرر ذلك بعدم وجود كلمة عربية تعطي نفس المعنى لكلمة "Franchising" وأنه لا يجد حرجا في استعمال نفس الكلمة بحروف عربية، قياسا على الراديو والتلفزيون والفلسفة والأيدولوجيا وغيرها كثير⁶، لذلك احتفظ الكثير من الكتاب بالتسمية الفرنسية بحروف عربية⁷.

ويرى الدكتور "جون ماري للوب" "Jean Marie Leloup" بأن عقد الفرانشيز ما هو إلا نظام لتسيير المؤسسة⁸، في حين يعرفه الدكتور ياسر سيد الحديدي بأنه وسيلة عقدية للتعاون فيما بين المشروعات المستقلة، التي تعتمد على نقل المعارف الفنية والتجارية وما يرتبط بها من حقوق الملكية الفكرية والصناعية إلى جانب المساعدة التقنية من المانح للمتلقي، لممارسة نشاطه وفقا لمعايير وشروط يضعها المانح في مقابل أداءات مادية له، بهدف تكرار النجاح الذي حققه المانح في نشاطه التجاري⁹.

ويرى الدكتور نعيم مغيب أن عقد الفرانشيز هو عقد خطي يقدم بمقتضاه مانح الفرانشيز حقوق ملكية فكرية وصناعية، من علامة ومعرفية سرية وشعارات عائدة للشبكة التابعة له في الميدان التجاري أو التقني أو الخدماتي إلى المتلقي، مقابل أن يدفع هذا الأخير أداءات مالية طبقا للشروط التعاقدية المبرمة بينهما¹⁰.

نستنتج من هذا أن عقد الفرانشيز هو علاقة عقدية بين طرفين: مانح الفرانشيز ومتلقيه، إذ يقوم بموجبها الأول بتحويل الثاني الحق في مباشرة نشاطه تحت الاسم أو العلامة أو السمعة التجارية المملوكة أو المرتبطة بالمانح، وأن يفرض المانح سيطرة على المتلقي من حيث كيفية ممارسة نشاطه، وأن يرتبط هذا الأخير بمساعدة تقنية مستمرة ومعرفة فنية من المانح طوال مدة العقد، مع الحفاظ على الاستقلال القانوني لمشروع المانح والمتلقي وإن كانت التبعية الاقتصادية للمانح تقلص من هذا الاستقلال.

¹ مصطفى سلمان حبيب، الاستثمار في الترخيص الامتيازي (الفرانشايز)، دار الثقافة، الأردن، 2009.

² رشيد ساسان، عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013؛ مسعود محمودي أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص183.

³ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية، ابن خلدون، الجزائر، 2006، ص252.

⁴ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص203.

⁵ R.terki et M.cabbabe, lexique juridique français arabe suivi de formulaire judiciaire, 3^{ém} édition, SNED, Alger, 1982, P. 60 et 138.

⁶ نعيم مغيب، الفرانشايز، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثانية، الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص19.

⁷ سبيل جلول، عقد الفرانشيز، موجبات الفرقاء، الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001؛ عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011؛ لبنى عمر مسقاوي، عقد الفرانشايز دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012؛ حسن محمد حمدان، الحماية القانونية للفرانشيزي، دراسة مقارنة، الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

⁸ Jean Marie Leloup, la franchise droit et pratique, 4^{édition}, Delmas, Paris, 2004, p. 11.

⁹ ياسر سيد الحديدي، مرجع سابق، ص24.

¹⁰ نعيم مغيب، مرجع سابق، ص19.

المبحث الأول

الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز

يعتبر تعسفيا كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، يكون من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد¹، فهو شرط مكتوب غير خاضع للمفاوضة الفردية²، وهو الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه تعسفا على الآخر، بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله، ويظهر الميزة التي يحصل عليها الطرف الأقوى بما يشكل عبئا على الآخر دون مقتضى³.

يتضح من هذا التعريف أن الشرط لا يكون تعسفيا إلا إذا كان واردا في عقد، وكان المتعاقد الذي فرض عليه هذا البند مدعنا لشروط الطرف القوي الذي يستطيع بما حوله مركزه المتميز أن يفرض ما شاء من شروط على الطرف المدعن، بما يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد المبرم بينهما، وغيرها من الشروط التي سنفصلها في مطلب أول، لنخصص المطلب الثاني لعرض بعض الشروط التي تعتبر تعسفية في عقد الفرنشيز.

المطلب الأول: شروط اعتبار الشرط تعسفيا.

يعتبر الشرط تعسفيا إذا اجتمعت له عدة شروط يمكن استخلاصها من القانون 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بحيث يجب أن يكون الشرط التعسفي واردا في عقد، ويجب أن تتوفر في العقد أركانه وشروطه من تراضي ومحل وسبب وشكلية إن فرضها القانون أو اشترطها المتعاقدان، فإن كان العقد باطلا مثلا فلا حاجة حينئذ لبحث تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية فيه، إلا إذا أمكن تطبيق نظرية انتقاص العقد، ولا مجال أيضا للكلام في الشروط التعسفية في الالتزام بإرادة منفردة. لا يكفي أن يكون الشرط التعسفي واردا في عقد ليكون في الوسع تعديله أو إلغاؤه وإنما لابد أن يكون مكتوبا، لأنه إن كان غير مكتوب يصعب حينها إثباته وتحديد نطاقه، ولا يهم بعدئذ إن كان باقي العقد مكتوبا، غير أنه لا يشترط في الكتابة أن تكون رسمية بل تكفي أية كتابة. ويشترط إلى جانب الشرطين السابقين أن يتسبب الشرط التعسفي في الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، فإن لم يحدث الشرط مثل هذا الأثر لم يكن في الوسع تعديله أو إلغاؤه، لأن هدف المشرع من الترخيص للقاضي بتعديل العقد في حالات استثنائية هو حفظ التوازن العقدي.

الفرع الأول: أن يرد الشرط التعسفي في العقد.

تنص الحالة الرابعة من المادة الثالثة من القانون 02/04 على ما يلي: "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه. ويمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى، مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا". وتنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 306/06 على ما يلي: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23

¹ فقرة الخامسة من المادة الثالثة من القانون 02/04 المؤرخ في 23 جويلية 2004، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 41، الصادرة بتاريخ 27 جويلية 2004؛ انظر في هذا المعنى:

Annelieke GILLOTOT, relevé d'office du juge et droit de la consommation, these, université d'Avignon, 2014, p22, 808, 809.

² مصطفىاوي عابدة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 14، أفريل، 2017، ص12.

³ رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، العدد 5، مارس 2010، ص347.

يونيو 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.¹

إذا عدنا إلى الحالة الرابعة من المادة الثالثة من القانون 02/04 نجد المشرع أخذ بالمفهوم الواسع لعقد الإذعان، إذ لم يشترط احتكار صاحب السلعة أو مقدم الخدمة لها احتكارا قانونيا أو فعليا، وإنما اكتفى بشرطي الإعداد المسبق للعقد من الطرف القوي في العلاقة الاقتصادية، وتسليم الطرف المدعن بشروط العقد دون أن يناقشها، ثم أنه لم يحصر الشكل النموذجي الذي يأتي فيه العقد، فقد يكون في شكل سند أو فاتورة أو جدول أو مناقشير، والمهم أن تتضمن شروط العقد ولا يهم بعد ذلك الشكل الذي جاءت فيه. ثم أن المشرع الجزائري لم يحصر الحماية في عقود الإذعان على غير المحترف، فحتى المحترف قد يوجد في وضعية إذعان، بسبب عدم اختصاصه أو قلة خبرته، أو نتيجة القوى غير المتكافئة بينه وبين المتعاقد الآخر، وحسن فعل المشرع الجزائري عندما مد الحماية ووسع في نطاقها من حيث الأشخاص، ذلك أن إضفاء التوازن على العلاقة العقدية يقتضي عدم إقصاء أي متعاقد يكون في وضع يحدث اختلالا في العلاقة التعاقدية². ومادام المشرع الجزائري قد اختار توحيد وتوسيع نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية لكل من المستهلك والعون الاقتصادي، أو المحترف، فلا داعي لأن نميز بين كل من المحترف والمستهلك³.

الفرع الثاني: أن يكون الشرط مكتوبا.

تنص الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون 02/04 على أنه: "... حرر مسبقا ..."، فمعنى حرر كتب، فيجب أن يكون الشرط والعقد الذي يحتويه مكتوبان، حتى يسهل معرفة ما إذا كان تعسفيا أم لا، ومن هنا يتضح أن عقد الإذعان إذا لم يكن مكتوبا لم يستطع الطرف المدعن الحصول على الحماية التي قررها القانون له، فلا يمكن إعفاؤه من الشروط التعسفية أو تعديلها. غير أن عقد الإذعان قد يكون مكتوبا، لكن تكون فيه شروط تعسفية غير مكتوبة، أي تكون شفوية فقط، فإذا طبقنا عليها النص السابق فإنها تكون خارجة من إطار الشروط التعسفية ولو كان العقد في محمله مكتوبا، وبالتالي لا تطبق بشأنها القواعد المتعلقة بتعديل الشرط التعسفي أو إلغائه. يتضح من هذا أن عقد الإذعان قد يتسع ليشمل كل عقد ولو أبرم شفاهة، لكن النص المذكور سابقا يخرج العقود غير المكتوبة من إطار الحماية، ويدخل في المادة تلك العقود التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا، مما يجعلها متعلقة بعملية مستمرة، وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة⁴. ولم يحدد النص السابق نوع الكتابة، فقال يمكن أن ينجز العقد في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم، أو أية وثيقة أخرى أيا كان شكلها، أي سواء كانت كتابة تقليدية أو إلكترونية، أو كانت كتابة مطلوبة للإثبات أو لازمة لانعقاد العقد، أو كانت رسمية أو عرفية، فالمهم أن يكون الشرط الخاضع للفحص من قبل القاضي لمعرفة مدى تعسف الموجب فيه مكتوبا.

نستنتج من هذا كله مدى تنوع أشكال عقود الإذعان التي تتضمن شروط التعاقد العامة، التي لا يمكن حصرها، وبكفي هنا وجود نص مكتوب من طرف شخص معين هو المحترف، أو أي عون اقتصادي يهدف إلى إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص، سواء كان هؤلاء محترفين مثله أو مجرد مستهلكين عاديين⁵.

الفرع الثالث: أن يتسبب الشرط في اختلال التوازن الاقتصادي.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 56، صادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

² بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دار الفجر، الجزائر، 2007، ص 90، 91.

³ عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، الجزائر، 2015، ص 177.

⁴ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 118.

⁵ المرجع السابق، ص 118.

جاء في الحالة الخامسة من المادة الثالثة من القانون 02/04 أن الشرط يعد تعسفيا إذا كان من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، ومعيار هذا الشرط هو عدم التوازن الملازم لبنود العقد، وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة، ولا ينظر إلى الشرط لوحده بل يكون تقدير عدم التوازن بالنظر إلى شروط العقد مجتمعة، إذ أن تعسف شرط قد يكون مبرا بالنظر إليه من خلال مجموع شروط العقد، كما يقدر التوازن في وقت إبرام العقد وبالنظر إلى الظروف المحيطة به وقت إبرامه، وكذلك الرجوع إلى شروط عقد آخر إذا كان إبرام عقد أو تنفيذه يخضع للآخر، ومثال ذلك اقتراح عقد الرهن بعقد بيع¹.

لم يذكر النص السابق وجوب الأخذ في عين الاعتبار الظروف المحيطة بإبرام العقد عند النظر في الشروط التعسفية، غير أن هذا يعتبر من الأمور المسلم بها، فالقضاء يرجع إلى هذه الظروف دائما في تعامله مع جميع العقود عندما يقوم بتأويلها دون الحاجة إلى النص عليها صراحة في القانون، ولم يأتي في النص السابق أيضا وجوب النظر إلى شروط عقد آخر يرتبط به عقد الإذعان الذي يكون القاضي بصدد مناقشة شروطه، ومع ذلك يعتبر أن المشرع الجزائري قد اعتمد أحدث الأحكام والآراء بصدد مكافحته الشروط التعسفية في العقود².

ومن صور الشروط التعسفية إعفاء الطرف القوي من المسؤولية، والشرط الذي يعطيه الحق في الرجوع عن العقد، أو الذي يعطيه حق وقف تنفيذه، والشروط التي تحد من تعامل المتعاقد المدعن مع الغير، وشرط إعفاء الطرف القوي من الضمان القانوني، أو الذي يعطيه حق تعديل الخدمة أو مواصفات السلعة دون تعديل الثمن، والشرط الذي يعطيه حق تعديل وقت التسليم متى شاء، وغيرها من الشروط التي يعود للقاضي السلطة التقديرية في اعتبارها تعسفية، وما يكون منها جائزا ومخالفا لروح الحق والعدل في ضوء ظروف وملابسات كل عقد على حدة³.

المطلب الثاني: بعض صور الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز.

يجمع الدارسون لعقد الفرنشيز على أنه عقد إذعان نظرا لما يتمتع به مالك التكنولوجيا من قوة اقتصادية ومعرفة قانونية تجعله يتفوق على المتلقي ولو كان محترفا، هذا إلى جانب احتكار المانح للتكنولوجيا التي يسعى المتلقي إلى اكتسابها من أجل نجاح استثماراته، ثم أن مانح الفرنشيز يعمد إلى توجيه إيجاب في شكل عقد نموذجي لا تقبل شروطه النقاش إلى كل من يسعى للانضمام إلى شبكته. فينضم المتلقي إلى شبكة الفرنشيز وهو مدعن لشروط قد تعتبر تعسفية في حقه، مما يعطيه الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل تعديل هذه الشروط أو إلغائها، وهي شروط تأتي عادة لتقييد المتلقي من حيث الجهات التي تمون مشروعه، أو النطاق الإقليمي الذي يمكنه استغلال التكنولوجيا فيه، أو لتعفي المانح من ضمان العيوب التي يمكن أن تظهر في المعرفة الفنية المنقولة إلى المتلقي، إلى جانب شروط أخرى فصلها في ما يلي.

الفرع الأول: شروط تقييد الاستغلال الاقتصادي لمشروع المتلقي.

من أهم خصائص عقد الفرنشيز تبعية المتلقي الاقتصادية للمانح، نظرا لتمتع الأخير بالقوة الاقتصادية التي تجعله يحتكر وسائل الإنتاج، ويبقى المتلقي مجرد مدعن لشروطه، وليبقى المانح على تبعية المتلقي له يفرض عليه جملة من الشروط أهمها:

¹ حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 26، العدد 2، 2011، ص 230؛ عرعارة عسالي، مرجع سابق، ص 185، 186؛ منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد 7، العدد 4، 2015، ص 157، 158؛

Annelieke GILLOTOT, op.cit, p185, 210.

² رباحي أحمد، مرجع سابق، ص 361، 362.

³ محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة "حماية المستهلك في الشريعة والقانون"، المنعقدة بتاريخ يومي السادس والسابع ديسمبر 1998، من طرف كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، في فندق هيلتون العين.

أولاً: شرط التمون الحصري من المانح.

يلزم المانح المتلقي بموجب هذا الشرط بأن يحصل على المؤن التي يحتاجها مشروعه منه هو فقط، أو من الجهات التي يعينها له، التي قد تجمعها بالمانح مصالح اقتصادية معينة. ويعتبر هذا الشرط أساسياً من المانح لإتمام عملية نقل عناصر المحل في عقد الفرنشيز، وهو يأتي في إطار الشروط التعسفية، لأن المتلقي قد يتوصل إلى المواد الأولية والمؤن التي يحتاجها في مشروعه من مصادر أخرى بسعر مناسب وبأقل التكاليف، أو قد تكون مثل هذه المواد متوفرة في دولته، فلا يستطيع المتلقي أن يحصل عليها من غير المصادر التي حددها له المانح بموجب شرط التمون الحصري¹، وقد يجد المتلقي نفسه مرغماً على التزود بما يلزمه من مواد في إنتاج سلعه أو تقديم خدماته تحت شرط رقابة الجودة رغم عدم الاشتراط الصريح لحصرية التمون.

ثانياً: شرط رقابة الجودة.

حينما يخلو عقد الفرنشيز من شرط التمون الحصري من الجهات التي يعينها المانح، فإنه يتمتع بحرية اختيار الجهة التي تمده بالبضائع التي يحتاجها في مشروعه، لكنها حرية مقيدة باحترام المستوى العام للجودة داخل شبكة الفرنشيز التي ينتمي إليها، وبعدم الإضرار بصورة المانح التجارية، الذي تبقى له السلطة التامة في تقرير ما إذا كانت منتجات المتلقي من سلع وخدمات مطابقة لمعايير الجودة التي يشترطها المانح، بل وقد يتعدى الأمر ذلك، فيمكنه رفض كل منتج من المتلقي يرى بأنه يسبب ضرراً لعلامته حتى ولو تطابق مع معايير الجودة المعمول بها في الشبكة، وهذه السلطة الواسعة التي يتمتع بها المانح بموجب هذا الشرط تقلص كثيراً من حرية المتلقي في اختيار مصدر يزوده بالمؤن، فيبقى اختياره لها مرهوناً بقبول المانح²، فيتقلب بذلك شرط مراقبة الجودة إلى شرط التمون الحصري.

الفرع الثاني: الشروط المقيدة ذات الآثار الكمية والإقليمية.

ينص عقد الفرنشيز الدولي في معظم الأحيان على شروط تقيّد أحد المتعاقدين، ويرد هذا الشرط في شكل التزام على المتلقي لضمان حق المانح في الحصول على مستوى مضمون من الربح، أي حد أدنى من الأتاوى، أو تقييد المتلقي بإنتاج حد أقصى كوسيلة للحفاظ على سعر السلع المنتجة أو عدم منافسة هذه السلع الأسواق الأخرى³. حيث تعتبر الشروط الإقليمية المقيدة إحدى الوسائل لضمان توزيع جغرافي في السوق الدولي يتناسب مع استراتيجية المانح المنبثقة عن فكرة التخصص، وتعتبر من بين أهم الشروط التي تدخل في نطاق هذا الفرع، وتؤثر على استغلال المشروع المتلقي للتكنولوجيا المنقولة اقتصادياً وتجارياً، وشرط حصول المتلقي على إذن أو ترخيص من المانح قبل قيامه بتصدير إنتاجه، أو منعه من تصدير منتجه إلى دول أخرى، أو تسويق المنتجات عبر شبكة المانح التجارية والتسويقية⁴.

ويعتبر شرط الحصرية الإقليمية من أهم الشروط التقييدية ذات الآثار الإقليمية، وهو يهدف إلى تحديد نطاق استغلال المتلقي، وإن كان هذا الشرط يتيح فقي الظاهر للمتلقي احتكاراً يمكنه من تحقيق أرقام أعمال مرتفعة في النطاق الإقليمي المحدد بالعقد⁵، فإن الدكتور وليد عودة الممشري يرى أن هذا الشرط يتلاقى مع شروط عدم المنافسة في الوقت الذي يعتبر بديهياً قياد التجارة على المنافسة المشروعة، ومثل هذه الشروط تحد بشكل كبير من القدرة التنافسية لمشروع المتلقي في الأسواق الدولية أو الداخلية، بل قد تسهم هذه الشروط في شل مثل هذه القدرة التنافسية بالكامل، خاصة مع اشتراط المانح عدم إبرام اتفاقات مع مشروعات منافسة لمشروعه من طرف

¹ وليد عودة الممشري، عقود نقل التكنولوجيا، الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 271، 272.

² محمد محسن إبراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص 55.

³ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 218.

⁴ وليد عودة الممشري، مرجع سابق، ص 274.

⁵ محمد محسن إبراهيم النجار، مرجع سابق، ص 53.

المتلقي¹. وقد يشترط المانع على المتلقي إلى جانب شرط التقييد بإنتاج كمية معينة أو حصر الاستغلال في إقليم محدد ما يسمى بالإلزام بمواصلة الإنتاج، الذي يفرضه المانع على المتلقي عادة بشرط في عقد الفرنشيز، مما يشكل عبئا على المتلقي في حالة تقادم المعرفة الفنية بظهور ما هو أحدث منها، وانصراف الزبائن عما يقدمه المتلقي من سلع وخدمات إلى غيرها².

الفرع الثالث: الشروط التي تقيد الاستغلال التكنولوجي للمتلقي.

يكون التعسف جليا في هذه الشروط، وهي تؤدي إلى العصف بالغاية التي لأجلها أبرم المتلقي عقد فرنشيز، فتعوقل اكتسابه التكنولوجي اللازمة لاستقلاله لاحقا عن مانحها، وتمنع كل مسعى للمتلقي في تطوير هذه التكنولوجيا بما يتماشى مع متطلبات السوق الذي يستثمر فيه، وهي أهداف كثيرا ما تتعارض مع رغبة مالك التكنولوجيا في الإبقاء على تبعية المتلقي له، فيقيده بشروط نذكرها في ما يلي.

أولا: القيود المرتبطة بعناصر الملكية الفكرية.

يشترط المانع على المتلقي الامتناع عن إثارة أية منازعة عن صحة حقوق الملكية الفكرية التي نقلها إليه بموجب عقد الفرنشيز، وخاصة ما تعلق منها ببراءات الاختراع والعلامة التجارية، وهذا الشرط يدخل دون أدنى شك في الشروط التعسفية، التي تهدف إلى تنصل المانع من التزامه بضمان محل عقد الفرنشيز، هذا المحل المتمثل أساسا في التكنولوجيا التي ينقلها إليه، فيعني نفسه من ضمان أي تعرض مادي أو قانوني من الغير³.

وقد اعتبر القضاء اشتراط المانع في عقد الفرنشيز المتضمن براءة اختراع بأن لا يطعن المتلقي في صحة البراءة شرطا غير مشروع، لأن المانع ملزم قانونا بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير والمادي والقانوني الصادر منه، لأن عقد الفرنشيز من عقود المعاوضة وتنطبق عليه أحكام البيع في هذا الصدد، وبهذا يعتبر باطلا كل شرط يعفي المانع من تعرضه الشخصي، كما يعد شرط عدم ضمان الاستحقاق الذي مرده سوء نية المانع باطلا أيضا⁴، وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 377 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير". وكذلك الفقرة الأولى من المادة 378 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يبقى البائع مسؤولا عن كل نزاع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

ثانيا: الشروط المقيدة للممارسات التكنولوجية.

قد يشترط المانع على المتلقي شروطا تقيد مجال أو نطاق استخدام التكنولوجيا المنقولة بموجب عقد الفرنشيز، والشروط التي تحد من إمكانية تكييف هذه التكنولوجيا مع ظروف البيئة المحلية، والشروط التي تمنع المتلقي من القيام بأنشطة البحث والتطوير، وتعتبر هذه الشروط في عمومها مشروعة في الدول المتقدمة، لأنها ترتبط بممارسة المانع لحقوقه الاحتكارية المعترف له بها قانونا على التكنولوجيا محل العقد، ومن هذه الدول من تجيز مثل هذه القيود حتى بالنسبة للمعرفة الفنية التي لم تحصل على براءة اختراع⁵.

المبحث الثاني

تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز

¹ وليد عودة الممشري، مرجع سابق، ص 274، 275.

² محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 217.

³ وليد عودة الممشري، مرجع سابق، ص 276.

⁴ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 184.

⁵ وليد عودة الممشري، مرجع سابق، ص 277.

تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". ويلزم عقد الفرنشيز الذي توافرت فيه أركانه وشروطه طرفيه، ويلتزم بموجبه كل من المانح والمتلقي بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته، ويعبر عن هذا الأمر بالقوة الملزمة للعقد، وعلى كل طرف احترام العقد في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كأنه قانون، ويرتب على هذا الأمر أنه لا يستطيع أحد أطرافه أن ينقضه أو يتحلل منه بإرادته المنفردة، ولا يحق له تعديله ما لم يصرح له القانون أو الاتفاق بذلك¹.

وقد نتج مبدأ العقد شريعة المتعاقدين عن مبدأ سلطان الإرادة، حيث يرى أصحاب المذهب الفردي أن الإرادة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات، وما دام الشخص قد التزم بمحض إرادته فإنه يكون ملزما بالوفاء بما تعهد به². حيث يقوم العقد في هذه الحالة مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين طرفيه، بل هو ينسخ القانون خارج دائرة النظام العام والآداب العامة، إذ أن الأحكام القانونية التي تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاما تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين، فإذا توالى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة في ما بينهما في العقد، كان هذا الأخير بمثابة قانون يسري عليهما، وتواري البديل أمام الأصل³.

وتحول قاعدة العقد شريعة المتعاقدين دون انفراد أحد أطراف العقد بنقضه أو تعديل بنوده، ولا يتم ذلك إلا باتفاق الطرفين عليه، ويقوم هذا المبدأ على أساس سلطان الإرادة من ناحية، وعلى أساس أخلاقي يفرضه واجب الوفاء بالعهد من ناحية أخرى، كما تفرضه دواعي استقرار المعاملات⁴. فيمتنع على القاضي هو الآخر نقض العقد أو تعديله تحت أي حجة⁵، إذ لا يجوز له أن ينقض عقدا صحيحا أو يعدله بدعوى أن النقص أو التعديل تفرضه مقتضيات العدالة، إذ أن العدالة تكمل إرادة المتعاقدين لكنها لا تنسخها⁶، فهو ملزم مثل المتعاقدين باحترام مقتضيات العقد كما تم الاتفاق، فلا يستطيع تعديله إلا إذا أعطاه القانون هذه السلطة⁷.

وينطبق ما قلناه عن تعديل العقد في مجمله على تعديل العقد في جزء منه، أو في بعض شروطه، إذ يمنع على أحد المتعاقدين بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن يعدل أحد شروط العقد أو يتحلل منه بإرادته المنفردة تحت أي مبرر، كما يمنع على القاضي من جهة أخرى أن يعدل شروط العقد أو يعفي المتعاقد منها بدعوى أن تعديلهما أو إلغائهما يوافق العدالة.

نستخلص من هذا كله أنه يمنع على المانح كما المتلقي أن يعدل شروط عقد الفرنشيز بإرادته المنفردة بدعوى أنها غير عادلة في نظره، أو أنه لا يطبق الوفاء بما لما يسببه تنفيذها من إرهاب له، وإنما عليه أن يرفع الأمر إلى القضاء إن رأى أنها تشكل تعسفا في حقه، ومنع على القاضي أيضا أن يجتهد رأيه وهو يفسر عقد الفرنشيز، أو يحدد نطاقه، أو ينظر في أي نزاع بشأنه، أن يقوم بتعديل أحد شروطه متحججا بأن هذا التعديل يضمن مساواة أكثر بين المانح والمتلقي.

¹ انظر في هذا المعنى، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار الهدى، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ص 313.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم، الجزائر، 2001، ص 286.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص. 624، 625.

⁴ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن، 2003، ص 181.

⁵ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، لإسكندرية، الطبعة 3، 2003، ص 216؛ Clémentine CAUMES, l'interprétation

⁹ du contrat au regard des droits fondamentaux, these, l'université d'Avignon, 2010, p9 ولقد عمد القضاء على ترسيخ هذا المبدأ من خلال الأحكام القضائية الصادرة عنه، ومنها قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2012/05/24، في ملف رقم 771895، منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2013، ص 137.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 625.

⁷ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 292.

المطلب الأول: تعديل الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز.

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل العقد، فإذا تم إبرام عقد فرنشيز صحيح ثم تقرر تعديل بعض شروطه، جاز ذلك لكل من المانح والمتلقي طالما حصل بينهما اتفاق بهذا الشأن، ولكن إن لم يحصل مثل هذا الاتفاق يبقى الطرفان ملتزمين بالعقد ما لم يقض القانون بغير ذلك. حيث ينص القانون في بعض الحالات الاستثنائية على تعديل العقد نزولا عند اعتبارات العدالة، كما هو الحال في تعديل الشرط الجزائي حسب الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني الجزائري، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة حسب الفقرة الثانية من المادة 281 من القانون المدني الجزائري، وفي جواز الرجوع في الهبة حسب المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، وفي جواز تعديل أجر الوكيل حسب الفقرة الثانية من المادة 581 من القانون المدني الجزائري، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة¹.

ويضرب التمسك بالعقد - بناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين - مصالح المتعاقد في بعض الأحيان مما يخل بوضوح بالتوازن العقدي بما يستلزم تصحيحه²، وتعديله دون حاجة إلى اتفاق عاقله على ذلك، وقد يكون سبب هذا التهديد هي الشروط التعسفية التي يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر، ومثل هذا الأمر كثير الوقوع في عقود الإذعان، وتفاديا لمثل هذا الخطر سمحت المادة 110 من القانون المدني الجزائري للقاضي بأن يعدل شروط العقد، إذا كان عقد إذعان وتضمن شروطا تعسفية³.

ويجوز للقاضي على هذا الأساس أن يعدل شروط عقد الفرنشيز إذا رأى أنها تعسفية، خاصة وأن عقد الفرنشيز يعتبر عقد إذعان كما ذكر سابقا في هذا البحث، فشروطه يعدها المانح في عقد نموذجي، وما على المتلقي إلا القبول بها كاملة فيدخل في شبكة الفرنشيز الخاصة بالمانح، أو يرفضها ويبقى خارج هذه الشبكة.

فإذا اشترط المانح على المتلقي أن يحصل على المؤن التي يحتاجها في مشروعه منه فقط، مع أن المتلقي كان في وسعه أن يحصل عليها من جهة أخرى وبأسعار أقل بكثير من تلك التي يفرضها المانح عليه، جاز للقاضي أن يعدل هذا الشرط بحيث يصبح من حق المتلقي الحصول على هذه المؤن من الجهة التي يراها أنسب له لتخفيض تكاليف الإنتاج.

كما يمكن للقاضي تعديل شرط مواصلة الإنتاج الذي يفرضه المانح على المتلقي في عقد الفرنشيز، فيحدد مثلا مهلة معينة لهذا الالتزام، مراعيًا في ذلك حق المانح في الحصول على فائدة بمواصلة المتلقي لاستغلال التكنولوجيا المنقولة إليه، ومراعيًا من جهة أخرى تفادي المتلقي مواصلة هذا الاستغلال في وقت تصبح فيه هذه التكنولوجيا قديمة.

المطلب الثاني: إلغاء الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز.

حسب المادة 110 من القانون المدني الجزائري فإنه يجوز للقاضي أن يعفي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي قد ترد في عقد الإذعان، وإعفاء المذعن منها يعني إلغاؤها، وإلغاء شرط أو أكثر من العقد لا بد أنه يؤدي إلى إنقاص جزء منه، وهذا قد يترتب عليه إخفاء العقد بالكلية، إذا كان هذا الجزء أساسيا في العقد، ولا يقوم العقد إلا به، حيث تنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري على أنه: "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 هذا الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله."، وقد أشرنا سابقا أن عقد الفرنشيز قد يحوي شروطا تعسفية تعد باطلة، والقاضي يعفي المتلقي منها بموجب السلطة التي منحتة إياها المادة 110 من القانون المدني الجزائري، ومن الشروط الباطلة في عقد الفرنشيز: اشتراط عدم إثارة أية منازعة عن صحة حقوق الملكية الفكرية، وقلنا أن هذا الشرط باطل، لأنه يهدف إلى إعفاء المانح من

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 626.

² Clémentine CAUMES, op.cit, p10.

³ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 289.

ضمان الاستحقاق، حيث جعلت المادة 377 شرط الإغفاء من الضمان أو إنقاصه يعد باطلا إذا كان المشتري سيء النية، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 378 من القانون المدني الجزائري المذكورة آنفا.

ومن الشروط الباطلة ما جاء ذكره في المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وهو أن يشترط المانع على المتلقي في عقد الفرنشيز بأن لا يرفع إلى القضاء طلبا بإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية، إذ نصت في آخرها على أن يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، لأن هذا الشرط يعتبر مخالفا للنظام العام¹، غير أنه لا يشترط في إبطال شرط تعسفي أن يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، بل يكفي أن يشكل تعسفا في حق المذعن ويكلفه خسارة فادحة. وأيا كان الشرط التعسفي الذي يقرر القاضي إعفاء المتعاقد المذعن منه، لا بد أن تتوافر جملة من الشروط يتطلبها القانون لإنقاص العقد.

الفرع الأول: أن يكون الشرط المراد إلغاؤه باطلا أو تعسفيا.

يجب على القاضي أن يراعي هذا الشرط عندما يقرر إعفاء الطرف المذعن من بند في عقد الإذعان، فيجب أن يكون هذا البند باطلا، ومثاله البند الذي يشترط فيه المانع على المتلقي عدم اللجوء إلى القضاء لتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، أو اشتراط إعفائه من ضمان التعرض الشخصي، أو اشتراط عدم اللجوء إلى القضاء ولو حدثت ظروف طارئة جعلت تنفذ المتلقي لالتزاماته مرهقا، وغيرها من الشروط التي تخالف قواعد قانونية آمرة، أو يجب على الأقل أن ينتج عن هذا البند الذي يراد إلغاؤه اختلالا ظاهرا في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله، فيحصل فيه الطرف القوي على ميزة فاحشة تشكل عبئا غير مبرر على الكرف المذعن².

الفرع الثاني: أن يكون العقد قابلا للانقسام.

تقتضي عملية إنقاص العقد أن يكون قابلا للانقسام، ويرى الدكتور علي فيلاي أن العقد يكون قابلا للانقسام إذا كان سقوط جزء منه لا ينال من تكييف العقد، ولا ينال من طبيعته القانونية، أما إن كان الإنقاص يغير من طبيعة العقد فيكون غير قابل للانقسام، فإبطال الشرط الذي يسقط حق المؤمن في التعويض لا يؤدي إلى انقضاء عقد التأمين، في حين لا يمكن إبطال شرط إعفاء أحد الشركاء من أرباح الشركة أو من خسائرها دون إبطال عقد الشركة ككل، لأن هذا الشرط ينال من طبيعة عقد الشركة³. ويكون العقد غير قابل إذا كان محله غير قابل للانقسام بطبيعته، أو إذا تبين من غرض الطرفين أو من نيتهم المشتركة أنه كذلك، أو إذا نص القانون أن العقد غير قابل للانقسام، حسب نصي المادتين 236 و 466 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: أن لا يكون الشرط المراد إلغاؤه هو الدافع إلى التعاقد.

يشترط أن لا يكون الشق أو الشرط المراد إلغاؤه هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وبمعنى آخر لولا هذا الشرط أو الشق لما أبرم المتعاقدان العقد، لأن إبقاء العقد بعد إبطال هذا الشق أو الشرط يتعارض مع إرادة المتعاقدين التي يجب على القاضي أن يحترمها⁴. ومثال ذلك شخص يهب زوجته التي طلقها مالا، ويشترط عليها أن لا تتزوج وليس لها ولد منه، وتبين للقاضي أن هذه الهبة هي متعة لتعويضها عن طلاقها، فيبطل الشرط ويبقى على الهبة، أما إذا كان الزوج قد منح مطلقة هذه الهبة حتى تتفرغ لرعاية أولادها وتربيتهن، فإن هذا الشرط يكون هو الباعث الدافع، فتبطل الهبة إذا تزوجت⁵.

¹ حوله كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي في العلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد 6، العدد 1، 2014، ص 389؛ حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، مرجع سابق، ص 235؛ حسن الجواهري، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي بجددة، الجزء 3، العدد 14، 2004، ص. 436.

² رباحي أحمد، مرجع سابق، ص. 397.

³ علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 283.

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 276؛ علي غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل، عمان، 2004، ص. 177.

⁵ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2008، ص. 79.

الفرع الرابع: أن يراعي القاضي مقتضيات العدالة في إلغاء الشرط التعسفي.

تعتبر فكرة العدالة غير واضحة ولا محددة، فهي شعور كامن في أعماق النفس البشرية، يكشف عنه العقل السليم وروح العدل الطبيعي بين الناس، ويوحى به الضمير المستنير لأجل إعطاء الحقوق لأصحابها، فقواعد العدالة تشمل الحدود العادلة التي تحقق العدل في الحالات التي يحيل فيها القانون القاضي عليها¹. وهي تعني ضرورة التسوية في الحكم على الحالات المتساوية، وضرورة اختلاف الحكم في الحالات غير المتساوية، والأخذ بأقرب الحلول إلى الاعتبارات الإنسانية إذا تعددت الحلول لموضوع واحد، ومراعاة جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود حالة عند الحكم فيها².

وقد أحال القانون الجزائري القاضي على قواعد العدالة في حالة عدم وجود نص في التشريع بحكم النزاع المطروح أمامه، إذ جاء في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وتعتبر العدالة بهذا المفهوم مصدرا من المصادر الرسمية للقانون الجزائري، كما تعتبر موجها للقاضي في إصدار أحكامه حتى مع وجود نص في التشريع يحكم النزاع المطروح عليه إذا ما أحاله القانون عليها، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني الجزائري، التي أحالت القاضي على العدالة لتحديد مستلزمات العقد، والمادة 65 من القانون المدني الجزائري التي أحالت على العدالة لمعرفة المسائل التفصيلية في العقد، والمادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تجيز للقاضي إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان وفق مقتضيات العدالة.

ولما كانت فكرة العدالة فلسفية وواسعة لا يمكن حصرها، فللقاضي الجزائري أن يستهدي بما يمد به النظام القانوني الجزائري من سبل لتطبيق العدالة، ومن ذلك ما تضمنه الدستور الجزائري في ديباجته، حيث اعترف بما سماه بالعدالة الاجتماعية التي تعني المصلحة العامة للمجتمع، التي تستلهم من التشريع والشريعة الإسلامية وقيم ثورة نوفمبر، على أن يخضع تقدير المصلحة لسلطة قاضي الموضوع³. ويعتمد القاضي في استنباط ما تفرضه العدالة على اعتبارات موضوعية عامة لا على تفكيره الذاتي الخاص⁴، خاصة إذا علمنا أن المصالح الاجتماعية التي يركز عليها مفهوم العدالة الاجتماعية تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر. فإلغاء القاضي لشرط تعسفي في عقد الإذعان يكون لما تمليه العدالة عليه، منظور إليها بمنظور المجتمع الذي صدر حكمه فيه، إذ ما يعتبر تعسفيا في مجتمع ما قد لا يعد كذلك في مجتمع آخر، وما يعتبر عادلا في مجتمع قد لا يكون كذلك في غيره من المجتمعات.

ومن ذلك ما رأيناه سابقا في الشروط التي ترتبط بممارسة متلقي الفرشيز للأنشطة التكنولوجية، حيث وجدناها مشروعة في الدول المتقدمة، فلا تعتبر هناك تعسفية أو منافية للعدالة، لكن أن يشترط مانح على متلقي في دولة نامية أن لا يطور التكنولوجيا المنقولة إليه يعتبر تعسفيا ويخالف سعي هذه الدول إلى اكتساب تكنولوجيا تخرجها من تبعيتها للدول المتقدمة في هذا المجال، وعلى هذا الأساس يجوز للقاضي الجزائري إلغاء هذا الشرط باعتباره تعسفيا، ولو تحجج المانح بأن هذا الشرط لا يعتبر كذلك في دولته.

خاتمة

¹ علي غالب الداودي، مرجع سابق، ص. 177.

² إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 159، 160.

³ عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، الجزائر، دون ذكر سنة النشر، ص. 513.

⁴ علي غالب الداودي، مرجع سابق، ص. 178.

يسعى المستثمرون الجزائريون اليوم أكثر من أي وقت مضى إلى جلب المعرفة الفنية من خلال مختلف عقود نقل التكنولوجيا، وذلك في إطار مسعى الحكومة إلى الخروج من التبعية الاقتصادية للبترول، وتطوير الصناعة الوطنية لتغطية متطلبات السوق المحلي والسعي إلى التصدير مستقبلا.

ويتعارض هذا المسعى غالبا مع أهداف الدول المتقدمة التي عملت بجهد ولازالت من أجل الإبقاء على تبعية دول العالم الثالث لها اقتصاديا، حتى تبقى هذه الأخيرة مجرد أسواق لما تنتجه من سلع زراعية وصناعية، ومن أجل هذا لا بد أن يكون المستثمر الجزائري يقضا عند إبرام أي عقد لنقل التكنولوجيا، وأن يكون حريصا على حفظ مصالحه ومصالح الدولة الجزائرية عموما.

ومن مظاهر حفظ مصالح المتلقي الجزائري في عقد الفرنشيز إعفاؤه من الشروط التعسفية التي قد يفرضها عليه المانح، أو تعديلها بما يحقق التوازن الاقتصادي للعقد وفق ما تتطلبه مقتضيات العدالة، وهذا ما تم التطرق له في هذا البحث الذي توصلنا في نهايته إلى نتائج أهمها:

- شيوع الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز، وهي شروط تهدف إلى الإبقاء على تبعية المتلقي للمانح في مجال التكنولوجيا، مثل الشرط الذي يمنع على المتلقي تطوير المعرفة الفنية المنقولة إليه، أو الشرط الذي يمنعه من ممارسة نشاط مشابه لحل عقد الفرنشيز بعد انتهائه.

- تقييد سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، من خلال اشتراط تقديم طلب بذلك من الطرف المتضرر من هذه الشروط، إذ يمنع على القاضي النظر فيها من تلقاء نفسه.

- تردد المتلقي في كثير من الأحيان في طلب تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية خوفا من إنهاء عقده مع ما بذله من جهد وأموال طائلة في سبيل إبرام هذا العقد من المفاوضات إلى دراسات الجدوى ونفقات إطلاق المشروع.

- عدم وجود نصوص قانونية تحدد ما يمكن اعتباره شروطا تعسفية، مما يترك فكرة الشرط التعسفي واسعة وفضفاضة يصعب ضبطها وتحديد ما يعتبر تعسفيا من الشروط مما لا يعتبر كذلك.

ونتهي هذا البحث بحملة من التوصيات تساعد المتلقي على الاستفادة إلى أقصى حد من الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية.

- يجب أن يحرص المتلقي على أن تكون كل بنود عقده مكتوبة حتى يتمكن من طلب تعديلها أو إلغائها إن كانت تعسفية، خاصة أن هذه العقود كما سبق وقلنا هي عقود إذعان، التي أولى فيها المشرع الطرف المدعى بحماية خاصة، حيث يفسر الشك لمصلحته دائما كان أو مدينا، ويعفى من الشروط التعسفية أو تعدل لحفظ مصالحه.

- أن يتقدم المتلقي إلى القضاء من أجل تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، إذ ليس من حق القاضي أن ينظر في الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، ذلك أن المتلقي إذا خشي إنهاء عقده بسبب طلب النظر في هذه الشروط وامتنع عن رفع دعوى تعديلها أو إلغائها فإنه يحرم نفسه من الحماية التي قررها له القانون.

- إن كانت النصوص الحالية غير كافية لحماية المتلقي من الشروط التعسفية فمن الضروري أن ينظم المشرع عقود نقل التكنولوجيا، ولو كان ذلك دون أن يخص كل عقد بنص خاص، من أجل أن يضمن حماية أفضل للمتلقي الجزائري، فبين التزامات ناقل التكنولوجيا، ويوضح الشروط التي تعتبر تعسفية في مثل هذه العقود، من أجل أن يسهل على المتلقي إثباتها، وعلى القاضي إلغائها أو تعديلها.

- وجب أن تعطى للقاضي سلطة أوسع في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان، من أجل أن ينظر في هذه الشروط من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب المتضرر منها ذلك.

مظاهر استقلالية السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر

The independence of the independent administrative authorities in Algeria

أ. سهام صديق، أستاذة مساعدة قسم (أ)،

معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير،

قسم الحقوق والعلوم السياسية،

المركز الجامعي بلحاج بوشعيب عين تموشنت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/11/06 - تاريخ المراجعة: 2017/12/12.

ملخص:

لقد ترتب على ظاهرة العولمة انتهاج سياسة إزالة وانسحاب الدولة من المجال الاقتصادي لصالح السوق، ويقتضي ذلك القيام بمجموعة من الإصلاحات من بين مظاهرها إنشاء هيئات مكلفة بضبط الاقتصاد ذات نموذج ليبرالي، والمتمثلة في " السلطات الإدارية المستقلة". وتشكل هذه الأخيرة وجهة جديدة لدور الدولة في المجال الاقتصادي والمالي، سواء في القانون المقارن أو في القانون الجزائري. لذلك ثار منذ نشأتها تساؤل حول ما مدى استقلاليته؟.

الكلمات المفتاحية:

السلطات الإدارية المستقلة، الاستقلالية العضوية، الاستقلالية الوظيفية.

Abstract :

The phenomenon of globalization has resulted in the policy of removing and withdrawing the state from the economic field in favor of the market. This requires a series of reforms, among which are the establishment of bodies in charge of economic regulation with a liberal model of "independent administrative authorities" .

A new body for the role of the state in the economic and financial fields, whether in comparative law or in Algerian law . Therefore, since its inception, a question has been raised about the extent of its independence.

Keywords: Independent Administrative Authorities, organic Independence, Functional Independence.

مقدمة:

يرجع ظهور " السلطات الإدارية المستقلة " إلى الدول الأنجلوساكسونية ممثلة في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا¹، ولقد استوحى المشرع الفرنسي منها هذا النموذج من السلطات، وقد رافق ظهورها ضعف دور البرلمان الفرنسي، والسعي إلى تحسين علاقة الإدارة بالمعاملين معها، لذلك تم إنشاء بعد سنة 1978 عدة هيئات أطلق عليها المشرع الفرنسي صراحة صفة " السلطات الإدارية المستقلة " ². وبالرجوع إلى التجربة الجزائرية فهي حديثة مقارنة بالنماذج الموجودة في الأنظمة القانونية المقارنة، إذ عرفت تأخرا في إنشاء السلطات الإدارية المستقلة، ويرجع سبب ذلك إلى حداثة الدولة الجزائرية وطول مسار بناء هياكلها الإدارية، إضافة إلى طبيعة وحجم الدور الاقتصادي

¹ Cf . GUEDON Marie-José, les autorités administrative indépendantes, L.G.D.J, France, 1991,p.29.

² Cf. Le conseil d' état français, rapport public 2001, p.279. WWW. Conseil-etat.fr. consultés le 16/11/2017.

للدولة في كل من دستوري 1963 و 1976¹. إلى غاية سنة 1990، أين تم إقرار أول سلطة ضبط مستقلة وتجسدت في "المجلس الأعلى للإعلام"²، وتجدر الإشارة إلى أن هذا المجلس لم يصمد طويلا بسبب المشاكل التي كانت تعيشها الجزائر، مما أدى إلى حله في سنة 1993³، إلا أن ذلك لم يمنع من ظهور هذه السلطات في مجال ضبط النشاط الاقتصادي.

ويعتبر إنشاء السلطات الإدارية المستقلة مدعما بثلاث مبررات أساسية تتعلق بتقديم ضمانات قوية للرأي العام لحياذ تدخلات الإدارة، وكذا السماح بمشاركة واسعة لأشخاص من أصول واختصاصات مختلفة؛ وخاصة المهنيين في ضبط قطاع نشاطهم، أو في دراسة مشكلة حساسة متعلقة بهم، وأخيرا ضمان فاعلية تدخل الدولة في إطار السرعة، والتكيف مع تطور الاحتياجات والأسواق واستمرارية العمل. لذلك تثار الإشكالية: ما المقصود بالسلطات الإدارية المستقلة؟، وما مدى استقلاليتها من الناحية العضوية؟، ومن الناحية الوظيفية؟.

للإجابة على هذه الإشكالية سيتم إتباع المنهج التحليلي، والتاريخي، وتقسيم ورقة هذا البحث إلى المحاور الآتية: مفهوم السلطات الإدارية المستقلة (محور أول)، الاستقلالية العضوية (محور ثاني)، الاستقلالية الوظيفية (محور ثالث).

المحور الأول

مفهوم السلطات الإدارية المستقلة

يعتبر مصطلح "السلطات الإدارية المستقلة" حديثا نسبيا، ولقد اختلف الفقه في الأخذ بهذا المصطلح من عدمه، حيث ينكر جانب منه⁴ وجود مفهوم جديد للسلطات الإدارية، بينما يأخذ جانب آخر منه⁵ موقفا أكثر انفتاحا، من خلال اعتبار هذه السلطات تتميز بالاستقلالية عن سلطات الدولة، ومن بين التعريفات الفقهية لهذه السلطات، ما ذهب إليه الفقيه "Michel GENTOT" باعتبارها: (هيئات عمومية غير قضائية، لا تتمتع بالشخصية المعنوية، تستمد من القانون مهمة ضبط قطاعات حساسة، والسهر على احترام بعض حقوق مستعملي الإدارة، وهي مزودة بضمانات تنظيمية وسلطات تسمح لها بممارسة وظائفها دون أن تكون خاضعة لتأثير الحكومة)⁶.

¹ دستور الجزائر لسنة 1963، ج.ر.ج.ع. 64، لسنة 1963.

دستور الجزائر لسنة 1976، الصادر بموجب الأمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر.ج.ع. 94، بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

² القانون رقم 90-07، المؤرخ في 03 أبريل 1990، المتعلق بالإعلام، الصادر في ج.ر.ج.ع. 14، بتاريخ 04/04/1990، حيث نصت المادة (01/59) منه على أنه: "يحدث مجلس الأعلى للإعلام وهو سلطة إدارية مستقلة، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تتمثل مهمتها في السهر على احترام القانون".

³ وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-13، المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، المتعلق بتعديل بعض أحكام القانون رقم 90-07 الموافق ل 03 أبريل 1990، والمتعلق بالإعلام، ج.ر.ج.ع. 69، بتاريخ 27 أكتوبر 1993، و الذي نصت مادته (01) على أنه: "تلغى الأحكام الخاصة بالمجلس الأعلى للأعلام التي يتضمنها القانون رقم 90-07 المؤرخ في 03 أبريل سنة 1990 المتعلق بالإعلام".

⁴ Cf. SABOURIN Paule, Les autorités administratives indépendantes : une catégorie nouvelle, A.J.D.A, France, Mai 1983, p.275 .

⁵ Cf. ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie, édition Houma , Algérie, 2005, p.9.

⁶ « Des organisme publics non juridictionnels et dépourvus de la personnalité morale qui ont reçu de la mission d'assurer la régulation des secteurs sensibles, de veiller au respect de certains droits des administrés et sont dotés de garanties statutaires et de pouvoirs leur permettant d'exercer leurs fonctions sans être soumis à l'emprise du gouvernement ».Cf. GENTOT Michel, les autorités administratives indépendante , 02 Eme édit. , Montechrestien, France, 1992, p.16.

بينما عرفها عبد الله حنفي بأنها: " عبارة عن هيئات أو سلطات إدارية مغايرة في بعض النواحي للهيئات الإدارية التقليدية، وقد سمّت كذلك بسبب نوعيتها و طبيعتها الخاصة ونوع الوظائف الملقاة على عاتقها و المهدف من نشأتها مما جعلها تتمتع بذاتية خاصة " ¹. يتضح مما سبق، في ظل غياب تعريف قانوني دقيق للسلطات الإدارية المستقلة، يتم الاستناد على ثلاثة معايير مستنبطة من المصطلح ذاته لتحديد مفهومها، وتتمثل في كل من معيار السلطة، و معيار الطابع الإداري، وأخيرا معيار الاستقلالية ².

I- معيار السلطة

يستنتج مما سبق أن فكرة " السلطة" مرتبطة بمفهوم القرار الإداري كأحد مظاهر امتيازات السلطة العامة، وقد تم تكريس هذه القاعدة في مجال الضبط الاقتصادي، إذ تعتبر السلطات الإدارية المستقلة ليست هيئات استشارية ينحصر اختصاصها في تقديم الآراء فقط ³.

II- معيار الطابع الإداري

أما بالنسبة لتكييف هذه السلطات من طرف المشرع على أنها هيئات ذات طبيعة إدارية مسألة لا تطرح أي إشكال قانوني، ولكن يثار هذا الأخير عند سكوت المشرع عن تبيان طبيعتها القانونية، ويتجلى الطابع الإداري لهذه السلطات من خلال البحث عن العناصر الآتية:

أ- تشكيلة السلطات الإدارية المستقلة:

يعتبر هذا العنصر مهما في تحديد الطابع الإداري للسلطات الإدارية المستقلة التي لم يحسم المشرع في تبيان ذلك، ويتضح ذلك من خلال استقراء مختلف النصوص المنشئة لهذه السلطات، حيث نجد أن معظم الأعضاء المشكلين لها هم من الإطارات السامية في الدولة، وبالتالي يخضعون لقانون الوظيفة العمومية ، ولكن هذا العنصر ليس حاسما في تحديد الطابع الإداري لهذه السلطات، وذلك لكون أنه هناك أعضاء في تشكيلة هذه السلطات ليست لهم صفة الموظف العمومي.

ب- خضوع السلطات الإدارية المستقلة للمحاسبة العمومية:

تعتبر المحاسبة العمومية ⁴ أحد الركائز الأساسية التي تقوم عليها الإدارة العامة، فميزانيتها العامة خاضعة لأحكام القانون رقم 90-21 ¹، وفي هذا الصدد، لقد أخذ مجلس الدولة الجزائري بمعيار المحاسبة العمومية كأساس قانوني لاختصاصه بالفصل في النزاع ².

¹ أنظر: عبد الله حنفي، السلطات الإدارية المستقلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص.20.

²Cf. ZOUIAMIA Rachid, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Maison d'édition Belkeise, Algérie, 2012, pp.19-20.

³ Le Conseil d'Etat français, Rapport public 2001,p.289 . WWW. Conseil-etat.fr. consulté le 16/11/2017

Il s'agit que : « S'il ne fait guère de doute que la critère de l'autorité soit rempli en cas d'exercice de prérogatives de puissance publique par l'institution en cause, c'est -à-dire essentiellement lorsqu'elle détient un pouvoir de décision, la question est plus débattue pour le cas d'organismes qui ne disposent que d'un pouvoir d'influence (pouvoir d'instruction , avis, de proposition, de recommandation , d'observations) et de nombreux auteurs dénie à de tels organismes le qualificatif d'autorités administratives indépendances,... ».

⁴ يتمتع مجلس المحاسبة بصلاحيات ممارسة رقابة مالية لاحقة تشمل جميع الهيئات التي تستعمل في نشاطها أموالا عمومية. للمزيد، أنظر، نوار أجوج، مجلس المحاسبة : نظامه ودوره في الرقابة على المؤسسات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري - قسنطينة -، الجزائر، 2006-2007، ص.09-20.

كما أنه يختص بصلاحيات متعلقة بضبط وكشف جرائم الفساد المالي و الإداري . للمزيد راجع، عمر حماس، كآلية للحد من الفساد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون و الاقتصاد، مجلة سداسية، الخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان-، الجزائر، 217، ع.03، ص.322-334، ص.329.

و باستقراء النصوص المنشئة للسلطات - المسكوت عن ذكر طبيعتها الإدارية- ، نجد أن هناك فئة نص المشرع الجزائري صراحة على إخضاعها للمحاسبة العمومية من ذلك على سبيل المثال: ما نصت عليه المادة (22) من القانون رقم 2000-03 بقولها أنه : "... وبمناسبة إعداد مشروع قانون المالية لكل سنة، تقيد عند الحاجة، الاعتمادات الإضافية و الضرورية لسلطة الضبط لتمكينها من أداء مهامها، في الميزانية العامة للدولة، وفق الإجراءات المعمول بها ...". في حين، أنه هناك فئة أخرى لم يحسم المشرع بشكل صريح في طبيعة محاسبتها إلا أنه بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لكيفية اعتماد ميزانيتها السنوية، أو السماح بتخصيص لها جزء من ميزانية تسيير الدولة لإدارة شؤونها.

وفي الأخير، نجد أن هذا المعيار وإن كان مهما لتحديد الطبيعة الإدارية لهذه الهيئات ، إلا أنه غير كاف في الحسم بذلك ، وذلك بسبب وجود هيئات أطلق عليها المشرع الجزائري وصف " سلطات إدارية مستقلة"، إلا أنه لم يخضعها لقواعد المحاسبة العمومية ، ويتعلق الأمر بالوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري³، و سلطة ضبط خدمات المياه⁴.

ج- طبيعة الأعمال الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة:

لقد أوكل المشرع الجزائري للعديد من هذه السلطات مهمة إصدار أنظمة قانونية (و التي تعتبر قرارات إدارية تنظيمية)، و هي تشكل إحدى مظاهر امتيازات السلطة العامة المعترف بها للسلطات الإدارية التقليدية ، كما أنه هناك البعض منها بإمكانها توقيع عقوبات إدارية على المتعاملين الاقتصاديين ، وهي بذلك أيضا تمثل إحدى امتيازات السلطة العامة المخولة تقليديا للإدارة العامة .

د- طبيعة الرقابة القضائية الخاضعة لها هذه السلطات:

¹ القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15 أوت 1990، المتضمن المحاسبة العمومية، ج.ر.ج.ع 35، بتاريخ 15 أوت 1990، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-04 المؤرخ في 11 أكتوبر 1992، ج.ر.ج.ع 73، بتاريخ ، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 11-16 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، المتضمن قانون المالية لسنة 2012 ، ج.ر.ج.ع 72، بتاريخ 29 ديسمبر 2011، و الذي نصت المادة (01) منه على أنه: " يحدد هذا القانون الأحكام التنفيذية العامة التي تطبق على الميزانيات والعمليات المالية الخاصة بالدولة والمجلس الدستوري والمجلس الشعبي الوطني ومجلس المحاسبة والميزانيات الملحقه والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

كما يحدد هذا القانون التزامات الأمراء بالصرف والمحاسبين العموميين وكذا مسؤولياتهم . وتطبق هذه الأحكام كذلك على تنفيذ وتحقيق الإيرادات والنفقات العمومية وعمليات الخزينة وكذا نظام محاسبتها".

² من ذلك ما جاء في حيثيات قراره رقم 18 المؤرخ في 2001/01/22 أثناء نظره للنزاع الذي كان قائما بين السيد (ب. أ) و الوكالة العقارية ما بين البلديات . أشار إليه، زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، 2015-2016، ص. 66.

³ وذلك وفقا لما نصت عليه المادة (07) من القانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 ، المتضمن حماية الصحة وترقيتها، الصادر في ج.ر.ج.ع 44، بتاريخ 08 أوت 2008 ، والتي تم بموجبها استحداث فصل(01) مكرر بعنوان " الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري" ، المتضمن المواد من (01-173) إلى (10-173)، و المتمم للباب الخامس من القانون رقم 85-05 ، السابق الإشارة إليه ، حيث نصت المادة (173-9) على أنه : " تمسك محاسبة الوكالة حسب الشكل التجاري".

⁴ وهو ما نصت عليه المادة (18) من المرسوم التنفيذي رقم 08-303 المؤرخ في 27 سبتمبر 2008، المحدد لصلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه وعملها، ج.ر.ج.ع 56، بتاريخ 28 سبتمبر 2008، وذلك بقولها أنه : " تمسك محاسبة سلطة الضبط في الشكل التجاري طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما".

يعتبر هذا المعيار من أهم المعايير المعتمدة لتبيان الطبيعة الإدارية لهذه الهيئات، و بالرجوع إلى الهيئات التي سكت المشرع عن تكييفها، نجد أن القرارات الصادرة عن هذه الهيئات بالإمكان الطعن فيها كقاعدة عامة أمام القضاء الإداري ، بالرغم من وجود بعض الاستثناءات من خلال منح الاختصاص للقضاء العادي للفصل في نزاعاتها.

III- معيار الاستقلالية:

أما بالنسبة لمسألة الاستقلالية التي تميز هذا النوع من السلطات عن السلطات الإدارية التقليدية، يقصد بها عدم خضوع هذه السلطات لأية رقابة رئاسية مع عدم تلقيها لأية تعليمات من أية جهة، ولقد اعتبر الأستاذ " رشيد زوايمية" أن المقصود بالاستقلالية هو عدم الخضوع لأية رقابة سلمية، سواء كانت السلطة المعنية تتمتع بالشخصية المعنوية أم لا، على أساس أن الشخصية المعنوية لا تعد بمثابة معيار أو عامل فعال لتحديد أو قياس درجة الاستقلالية.

وهناك نوع من السلطات استقلاليتها مكرس قانونا نذكر على سبيل المثال: سلطة الضبط في مجال البريد والمواصلات، وكذا الوكالتين المنحيتين، وسلطة ضبط الكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات، وأخيرا لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها. وفي مقابل ذلك، هناك بعض السلطات لم يصف المشرع عليها طابع الاستقلالية صراحة مثل : مجلس النقد والقرض، واللجنة المصرفية، ومجلس المنافسة. ومن أجل تبيان استقلالية هذه السلطات تقتضي دراسة ذلك من الناحيتين العضوية و الموضوعية، وهو ما سيتم تبيانه في المحورين الآتيين.

المحور الثاني

الاستقلالية العضوية

تظهر استقلالية السلطات الإدارية المستقلة من خلال تكوينها، وأسلوب تعيين أعضائها، وسير القواعد المتعلقة بالعهد وحالات التنافي، وبعيدا عن الإقرار النظري لهذه العناصر، نجد أن البحث عن الاستقلال العضوي لهذه السلطات أمرا معقدا، وهذا راجع إلى إشكالية كيفية تحقيق التوازن بين متطلبات كفاءة هذه السلطات في مجالاتها و الحفاظ على العناصر الضامنة لاستقلاليتها العضوية ؟. وهو ما سنحاول الإجابة عليه في هذا المحور من خلال دراسة ما يلي:

I- من حيث التكوين:

إن الاعتراف بمبدأ جماعية تشكيلة السلطات الإدارية المستقلة يشكل مبدئيا ضمانا لاستقلاليتها العضوية بشرط أن وجود تركيبة تمثيلية تضم كل الجهات المعنية.

II- من حيث أسلوب التعيين:

بالإضافة إلى تنوع تشكيلة السلطات الإدارية المستقلة، يعد تغيير جهات التعيين دعامة ضرورية لكفالة استقلاليتها، وهو ما اتبعه المشرع الفرنسي - على سبيل المقارنة- عن طريق إشراك عدة جهات في تعيين أعضاء هذه السلطات كالجمعية العامة و مجلس الشيوخ، وبعض الجهات المهنية المرتبطة بالقطاع المضبوط. إلا أنه ما يلاحظ بالنسبة للمشرع الجزائري ، قد أخذ مسارا مختلفا بخصوص الجهات - أو بالأحرى الجهة - المخول لها تعيين أعضاء هذه السلطات، إذ تم تركيز سلطة التعيين في يد سلطة واحدة هي " السلطة التنفيذية" ممثلة من طرف رئيس الجمهورية، مع استبعاد بقية السلطات التمثيلية الوطنية كالمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، ويندرج هذا الاحتكار انطلاقا من

صدور المرسوم الرئاسي رقم 99-240¹، وإن كان قد قيدت النصوص في بعض الحالات من سلطته التقديرية المطلقة من خلال إشراك سلطة الاقتراح في التعيين، وعادة ما تكون وزارية²، إلا أنه في المقابل يكرس الطابع التكنوقراطي لهذه السلطات³.

III- تحديد مهام المستخدمين:

كما تظهر استقلالية السلطات الإدارية المستقلة في هذا الجانب من خلال قيامها بتحديد مهام المستخدمين وتصنيفهم، وكذلك تحديد رواتبهم، كما أن تنشيط وتنسيق المصالح الإدارية و التقنية يكون تحت سلطة رؤسائها، من ذلك على سبيل المثال: ما نص عليه النظام رقم 03/2000 المؤرخ في 28 سبتمبر 2000، المتضمن تنظيم و سير المصالح الإدارية و التقنية للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها⁴، في مادته الثالثة (03) على أنه: " تحدد مهام و صلاحيات المصالح الإدارية و التقنية للجنة بقرار من رئيس اللجنة"، وكذا المادة (07) منه بقولها أنه: " تحدد رواتب المستخدمين و تصنيفهم بقرار من الرئيس بعد استشارة اللجنة ".

IV- من حيث القواعد المتعلقة بالعهد وحالات التنافي:

إن مسألة الحفاظ على تميز نموذج السلطات الإدارية المستقلة عن بقية السلطات الإدارية، جعل المشرع الجزائري يأخذ بنظامي العهد وحالات التنافي بالنسبة لأعضاء هذه السلطات.

فبالنسبة لنظام العهد، لقد تم اللجوء إليه للحفاظ على استقلالية هذه السلطات خصوصا وأن أعضائها معينون من طرف السلطات السياسية، وباستقراء النصوص المنشئة لها نجد أنه هناك تمييز بين فئة السلطات المنشئة ما قبل سنة 2000، والتي تتميز بخضوع أعضائها لنظام العهد⁵، بينما السلطات المنشأة بعد هذا التاريخ يعين أعضاؤها دون تحديد أية عهدة⁶، وهذا يعد خروجاً عن هذا المبدأ المتأصل بالنسبة لسلطات الضبط الاقتصادي، والذي يشكل ضماناً جوهرياً لاستقلاليتها⁷ نظراً لأن عدم الأخذ بنظام العهد يترتب من جهة بقاء أعضاء تشكيلة هذه السلطات معرضين للعزل في أي وقت، دون توفر أي شرط للعزل⁸، مما يؤدي بالمساس بمبدأ استقلالية هذه السلطات. ومن جهة

¹ المرسوم الرئاسي رقم 99-240، المؤرخ في 27 أكتوبر 1999، المتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية و العسكرية للدولة، ج.ر.ج، ع.76 بتاريخ 31 أكتوبر 1999.

² ويتعلق الأمر بكل من وزير العدل، ووزير المالية، ووزير التجارة، وأيضاً وزير الداخلية، وأخيراً وزير الطاقة والمناجم.

³ أنظر، وليد بوجملين، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص.72.

⁴ لقد تم المصادقة على هذا النظام من طرف بموجب القرار الصادر عن وزير المالية في 04/01/2001، ج.ر.ج، ع.08، بتاريخ 31 يناير 2001

⁵ نذكر على سبيل المثال: لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، مجلس النقد والقرض، اللجنة المصرفية، مجلس المنافسة، حيث تتراوح عهدة الأعضاء بين أربع وخمس سنوات.

⁶ من بين هذه السلطات على سبيل المثال: سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، لجنة ضبط الكهرباء والغاز، سلطة ضبط المحروقات.

⁷ أنظر، وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2015، ص.74.

⁸ من ذلك نذكر على سبيل المثال: - صدور المرسوم الرئاسي الموافق ل 21 جويلية 1992، المتضمن إنهاء مهام محافظ البنك المركزي الجزائري، الصادر في ج.ر.ج، ع.57، بتاريخ 26 جويلية 1992. و بالنتيجة إنهاء مهام رئيس مجلس النقد والقرض، بالرغم من عدم انتهاء مدة عهده المقررة ست سنوات طبقاً للمادة (22) من القانون رقم 90-10، المؤرخ في 14 أبريل 1990، السابق الإشارة إليه.

و ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يعد يعتمد على نظام العهد بالنسبة لأعضاء مجلس النقد والقرض بموجب التعديل الواردة على القانون رقم 90-10 منذ سنة 2001.

- المرسوم الرئاسي المؤرخ في 05 أوت 2010، المتضمن إنهاء مهام أعضاء مجلس سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الصادر في ج.ر.ج، ع.45، بتاريخ 08 أوت 2010.

أخرى، نجد أن المشرع عند أخذه بنظام العهدة، تارة حدد مدى قابليتها للتجديد¹، وتارة أخرى لم يبين مدى قابليتها للتجديد من عدمه²، مما يترك المجال مفتوحاً أمام سلطة التعيين في تحديد قابلية العهدة للتجديد، وهو ما يشكل انتهاكاً للاستقلالية العضوية لهذه السلطات.

في حين، أنه تم الأخذ بنظام حالات التنافي بين مهام العضو في هذه السلطات وبين الوظائف الحكومية أو العهدة النيابية، أو تواجد أية مصالح له في القطاع المضبوط، وذلك بغرض إبعاده عن الضغوط و المساومات من قبل رؤسائه الإداريين، أو تأثير المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين لهذه الهيئات، وذلك بغرض الحفاظ على الاستقلالية والنزاهة في العمل³. وفي هذا الإطار، جاء الأمر رقم 01-07 الذي يشمل مجال تطبيقه حالات التنافي على مستوى سلطات الضبط في المجال الاقتصادي⁵، والذي يعتبر نص عام يطبق على كل الوظائف العليا في الدولة، هناك نصوص خاصة نظمت حالات التنافي لبعض السلطات نذكر منها ما جاء به القانون رقم 90-10⁶ في نص مادته (23/02/01) بقولها أنه: "تتنافى وظائف المحافظ ونواب المحافظ مع النيابة التشريعية أو مهمة حكومية أو أية وظيفة عمومية.

لا يمكن المحافظ ونوابه أن يمارسوا أي نشاط أو مهنة أو أن يتولوا أي منصب خلال مدة ولايتهم ماعدا تمثيل الدولة لدى المؤسسات العمومية الدولية ذات طابع مالي أو نقدي أو اقتصادي"، والجدير بالذكر أن نص هذه المادة عدل بموجب الأمر رقم 03-11، وأصبحت بموجبها يتم الجمع بين حالات المنع و التنافي. بينما أكدت المادة (14) منه على تنافي مهام أي عضو في لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها مع أية وظيفة حكومية، وأضافت المادة (24) من ذات المرسوم على أنه: "يمارس رئيس اللجنة مهمته كامل الوقت، وهي تتنافى مع أية إنابة انتخابية أو وظيفة حكومية، أو ممارسة وظيفة عمومية أو أي نشاط آخر، باستثناء أنشطة التعليم والإبداع الفني والفكري".

بينما، عند إنشاء مجلس المنافسة أحال المشرع الجزائري بموجب المادة (34) من القانون رقم 95-06 على نظامه الداخلي لتحديد حالات التنافي، ولقد حاول المشرع الجزائري إيجاد حل لهذا الإشكال بموجب المادة (29) من الأمر رقم 03-03، والتي نصت على أنه: "لا يمكن أي عضو في مجلس المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد أطرافها صلة أو قرابة إلى درجة الرابعة أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية...".

وما يستنتج من هذه النصوص الخاصة أن نظام التنافي قد يكون مطلقاً (كلياً) في بعض السلطات، كما هو الحال بالنسبة لكل من اللجنة المصرفية و سلطة ضبط الكهرباء و الغاز، و سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية واللاسلكية، وقد يكون نسبياً (جزئياً) بالنسبة

- المرسوم الرئاسي المؤرخ في 21 جوان 2016، المتضمن إنهاء مهام رئيس سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، الصادر في ج.ر.ج.ع. 39، بتاريخ 29 جوان 2016.

¹ والمتمثلة في: الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ووسيلة ضبط الخدمات العمومية، ولجنة ضبط الكهرباء والغاز.

² كما هو الحال بالنسبة لمجلس المنافسة، لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها.

³ أنظر، رنا سمير اللحام، السلطات الإدارية المستقلة، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص. 46.

⁴ الأمر رقم 07-01، المؤرخ في 01 مارس 2007، المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ر.ج.ع. 16، بتاريخ 07 مارس 2007.

⁵ إذ نصت المادة (01) من الأمر رقم 01-07 - السابق الإشارة إليه-، على أنه: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد حالات التنافي والالتزامات الخاصة المتصلة ببعض المناصب والوظائف. ويطبق على شاغلي منصب تأطير أو وظيفة عليا للدولة بمارسونها ضمن الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية، بما فيها الشركات المختلطة التي تحوز فيها الدولة 50 على الأقل من رأس المال وكذا على مستوى سلطات الضبط أو كل هيئة عمومية أخرى مماثلة تتولى مهام الضبط أو المراقبة أو التحكم".

⁶ المؤرخ في 14 أبريل 1990، المتضمن النقد والقرض، الصادر في ج.ر.ج.ع. 16، بتاريخ 18 أبريل 1990، الملغى بموجب الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتضمن النقد والقرض، الصادر في ج.ر.ج.ع. 52، بتاريخ 27 أوت 2003.

لسلطات أخرى كالوكالتين المنحيتين¹، وما يمكن ملاحظته أيضا أن المشرع الجزائري لم يمنع رئيس لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها من امتلاك مصالح لدى مؤسسات قد تخضع لرقابة اللجنة و سلطتها العقابية، مما جعل الأمر رقم 07-10 - السالف الذكر- يخضع جميع سلطات الضبط الاقتصادي - دون استثناء- لأحكامه لتجنب النقائص الموجودة في النصوص المنشئة لهذه السلطات.

V- توفر شرطي الكفاءة و الاختصاص:

يشكل هذين الشرطين من الضمانات القوية لضمان استقلالية السلطات الإدارية المستقلة، لكونهما يساهمان إلى حد كبير بقبول القرارات الصادرة عنها، خاصة أن القطاعات التي تتولاها تتناول مواضيع تخصصية، تتطلب ذوي الاختصاص قادرين على التصدي لمختلف المشاكل التي قد تواجههم أثناء قيامهم بعملهم.

إن الملاحظ لتشكيلة السلطات الإدارية المستقلة، يجد أن جلها يدخل في تشكيلتها بشكل أساسي موظفي الدولة، مما يؤثر سلبا على استقلاليتها، باستثناء بعض الهيئات التي تضم بعض ممثلي المتعاملين الاقتصاديين، كلجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها التي تضم عضوا واحدا من بين المسؤولين على الأشخاص المعنوية المصدرة للقيم المنقولة، ومجلس المنافسة الذي يضم مهنيين في تشكيلته.

VI- مدى تبعية هذه السلطات للسلطات الإدارية المركزية

بالرغم من أنه يتضح من تعريف استقلالية هذه السلطات عدم خضوعها للسلطة الرئاسية، أو أي مظهر من مظاهر الرقابة الإدارية، إلا أن ذلك لم يحرص المشرع الجزائري على تكريسه في كل السلطات، ويتضح ذلك جليا عن طريق إلحاق العديد من السلطات الفاعلة في ضبط النشاط الاقتصادي بالسلطات الإدارية المركزية، من ذلك على سبيل المثال: ألحقت الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته برئيس الجمهورية²، بينما ألحقت السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني بالوزير الأول³، في حين وضع مجلس المنافسة لدى الوزير المكلف بالتجارة¹، أما لجنة الإشراف على التأمينات فهي تابعة للوزير المكلف بالمالية². ومنه، نستنتج أن السلطات الإدارية المستقلة وإن كانت تتمتع بالاستقلالية العضوية، إلا أنها نسبية وليست مطلقة.

¹ نصت المادة (49) من القانون رقم 01-10، المؤرخ في 03 جويلية 2001، المتضمن قانون المناجم، الصادر في ج.ر.ج. ع. 35، بتاريخ 04 جويلية 2001، بقولها أنه: " تتناهي صفة عضو مجلس الإدارة، المنصوص عليه في المادة 48 أعلاه، مع امتلاك مصلحة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أي مؤسسة تابعة للقطاع المنجمي"، وتقابلها المادة (19/38) من القانون رقم 14-05، المؤرخ في 24 فيفري 2014، والمتعلق بالمناجم، الصادر في ج.ر.ج.ع. 18، بتاريخ 30 مارس 2014، والتي نصت على أنه: " تتناهي وظيفة رئيس اللجنة المديرية أو اللجنة العضوية فيها مع أي نشاط مهني أو عهدة انتخابية وطنية أو محلية، وكل امتلاك لمنافع في مؤسسة تابعة لقطاع النشاطات المنجمية، بصفة مباشرة أو غير مباشرة".

² حيث نصت المادة (02) من المرسوم الرئاسي رقم 06-413، المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، والمعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-64، المؤرخ في 07 فبراير 2012، الصادر في ج.ر.ج.ع. 08، بتاريخ 15 فبراير 2012، على أنه: " الهيئة سلطة إدارية مستقلة ... وتوضع لدى رئيس الجمهورية". وهو ما أكدته المادة (01/202) من القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الصادر في ج.ر.ج.ع. 14، بتاريخ 07 مارس 2016، بقولها أنه: " تؤسس هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ... وتوضع لدى رئيس الجمهورية".

³ وهو ما جاء في نص المادة (16) من القانون رقم 15-04، المؤرخ في 01 فيفري 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الصادر في ج.ر.ج.ع. 06، بتاريخ 10 فيفري 2015، والتي نصت على أنه: " تنشأ لدى الوزير الأول سلطة إدارية مستقلة ... تسمى " السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني" ...".

المحور الثالث

الاستقلالية الوظيفية

تظهر الاستقلالية الوظيفية للسلطات الإدارية المستقلة من خلال ضمان استقلالها الإداري، وكذلك منح لها سلطة وضع أنظمتها الداخلية، وأيضا الاعتراف لها بكل من الاستقلال المالي، والشخصية القانونية، وهو ما سيتم تفصيله على النحو الآتي:

I- الاستقلال الإداري

تظهر الاستقلالية الإدارية من خلال عدم إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة أو تعديلها أو استبدالها من طرف سلطة عليا، وهذا راجع إلى غياب الرقابة الإدارية بمختلف أنواعها. إلا أنه بالرجوع إلى النصوص القانونية المنشئة لهذه السلطات نجد أن هذه الرقابة تتجسد في إعداد هذه تقارير سنوية بشكل إلزامي ترسل إلى إحدى الجهات الحكومية، وبالتالي هذه التقارير هي بمثابة تقييد من حرية ممارسة النشاطات نتيجة الرقابة عليها³، والتي أصبحت تشكل مظهرا من مظاهر تقييد استقلالية هذه السلطات⁴.

ومن السلطات التي فرض عليها المشرع الجزائري إعداد تقارير سنوية، نذكر مثلا: تقوم سلطة ضبط البريد و المواصلات السلوكية واللاسلكية بموجب المادة (13) من القانون رقم 03-2000، والتي نصت على أنه: "إعداد التقارير و الإحصائيات العمومية وتقرير سنوي يتضمن وصف نشاطاتها وملخصا لقراراتها وآرائها وتوصياتها مع مراعاة طابع الكتمان وسرية الأعمال وكذا التقرير المالي والحسابات السنوية وتقرير تسيير الصندوق الخاص بالخدمة العمومية". ويستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يحدد الجهة التي تتسلم هذه التقارير، مما يشكل نقضا تشريعيا في هذا المجال.

ونفس هذه الرقابة تخضع لها كل من لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها التي تقدم تقريرا سنويا عن نشاطها إلى الحكومة⁵، وكذلك لجنة ضبط الكهرباء والغاز التي تضع تقريرها لدى الوزير المكلف بالطاقة¹، وأيضا سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه التي تعرض تقريرها

¹ حيث نصت المادة (23/ 01) من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 20 جويلية 2003، المعدلة بموجب المادة (09) من القانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 جوان 2008، القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، الصادر في ج.ر.ج.ع 36، بتاريخ 02 جويلية 2008، على أنه: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة، ...، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة".

² وهو ما نصت عليه المادة (209) و المعدلة بموجب المادة (26) من القانون رقم 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25 جانفي 1995، والمتعلق بالتأمينات، الصادر في ج.ر.ج.ع 15، بتاريخ 12 مارس 2006، والتي نصت على أنه: "تنشأ لجنة الإشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة المالية".

³ أنظر، منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة -، الجزائر، 2015-2016، ص.175.

⁴ زين العابدين بلماحي، مرجع سابق، ص.174.

⁵ و هو ما نصت عليه المادة (02/30) من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 مايو 1993، المتضمن بورصة القيم المنقولة، الصادر في ج.ر.ج.ع 34، بتاريخ 23 مايو 1993، والمعدلة و المتممة بموجب المادة (14) من القانون رقم 03-04، المؤرخ في 17 فيفري 2003، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، الصادر في ج.ر.ج.ع 11، بتاريخ 12 مارس 2003، بقولها أنه: "وبهذه الصفة، تقدم لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها تقريرا سنويا عن نشاط سوق القيم المنقولة إلى الحكومة".

السنيوي على الوزير المكلف بالموارد المائية²، ونفس الأمر ينطبق على كل من الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري التي تقدم تقريرها السنوي إلى الوزير المكلف بالصحة يتضمن وضعية سوق المواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، وكذلك حصيلة سنوية عن نشاطاتها³، وأيضا الوكالة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته التي ترفع تقريرها السنوي لدى رئيس الجمهورية⁴.

II- وضع الأنظمة الداخلية الخاصة بها

وتظهر الاستقلالية الوظيفية لهذه السلطات من خلال مدى حرية هذه السلطات في وضع أنظمتها الداخلية، وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين فئتين من هذه السلطات، تتمثل الأولى في تلك السلطات التي تضع أنظمتها الداخلية بنفسها، بينما تتعلق الثانية بالسلطات التي توضع أنظمتها الداخلية من طرف السلطة التنفيذية.

بالنسبة للهيئة الأولى تضم كل من مجلس النقد والقرض⁵، وسلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية واللاسلكية⁶، ولجنة ضبط الغاز والكهرباء⁷، ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها⁸، وسلطة ضبط المحروقات⁹، وكذا الوكالة الوطنية لضبط المواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري¹⁰، وأخيرا الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته¹.

¹ وذلك بموجب المادة (33/115) من القانون رقم 01-02، المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الصادر في ج.ر.ج.ع. 08، بتاريخ 06 فيفري 2002، بنصها على أنه: " - عرض تقرير سنوي على الوزير المكلف بالطاقة يتعلق بتنفيذ مهامها و بتطور الأسواق".

² وذلك وفقا لما جاء في نص المادة (06) من المرسوم التنفيذي رقم 08-303، المؤرخ في 27 سبتمبر 2008، السابق الإشارة إليه، و التي نصت على أنه: " تعرض سلطة الضبط سنويا على الوزير المكلف بالموارد المائية تقريرها حول لنشاطاتها والاقتراحات المهادفة إلى تحسين تسيير الخدمات العمومية للماء".

³ وذلك بموجب المادة (173-4) في فقرتها السابعة عشر من القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فيفري 1985، والمدرجة بموجب المادة (07) من القانون رقم 08-13، المؤرخ في 20 جويلية 2008، السابق الإشارة إليه، والتي نصت على أنه: " إعداد تقرير سنوي ترسله إلى الوزير المكلف بالصحة حول وضعي سوق المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري وتطورها".

⁴ وهو ما نصت عليه المادة (24) من القانون رقم 01-06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الصادر في ج.ر.ج.ع. 14، بتاريخ 08 مارس 2006، بقولها أنه: " ترفع الهيئة إلى رئيس الجمهورية تقريرها سنويا يتضمن تقييما للنشاطات ذات الصلة بالوقاية من الفساد ومكافحته، وكذا النفاذ المعايير والتوصيات المقترحة عند الاقتضاء".

⁵ نصت المادة (60) من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتضمن النقد والقرض، الصادر في ج.ر.ج.ع. 52، بتاريخ 27 أوت 2003 على أنه: "... و يجدد المجلس نظامه الداخلي، ...".

⁶ نصت المادة (20) من القانون رقم 2000-03، المؤرخ في 05 أوت 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الصادر في ج.ر.ج.ع. 48، بتاريخ 06 أوت 2000، على أنه: " تعد سلطة الضبط نظامها الداخلي".

يحدد النظام الداخلي لسلطة الضبط على وجه الخصوص، تنظيمها وقواعد عملها وحقوق وواجبات أعضاء المجلس والمدير العام وكذا القانون الأساسي لمستخدميها".

⁷ نصت المادة (126) من القانون رقم 01-02، بقولها أنه: " تصادق اللجنة المديرية على نظامها الداخلي الذي يحدد تنظيمها وكيفية سيرها".

⁸ نصت المادة (26) من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 مايو 1993، السابق الإشارة إليه، على أنه: " تصادق اللجنة على نظامها الداخلي خلال اجتماعها الأول".

⁹ نصت المادة (26/12) من القانون رقم 05-07، المؤرخ في 28 أبريل 2005، والمتضمن قانون المحروقات، الصادر في ج.ر.ج.ع. 50، بتاريخ 19 جويلية 2005، على أنه: " تصادق اللجنة المديرية على نظامها الداخلي الذي يحدد التنظيم الداخلي، وطريقة السير والقانون الأساسي للمستخدمين".

¹⁰ نصت المادة (173-04) في فقرتها الأخيرة من تعديل قانون الصحة رقم: 08-13، السابق الإشارة إليه، على أنه: " تعد الوكالة نظامها الداخلي وتصادق عليه".

وباستقراء النصوص المنشئة لهذه السلطات نجد أن هناك مجموعة أولى ضمن هذه الفئة اعترف لها المشرع بهذه الصلاحية منذ نشأتها، بينما هناك مجموعة ثانية لم تعترف النصوص المنشئة لها بهذه الصلاحية إلا بعد إجراء تعديل على هذه النصوص.

أما الفئة الثانية تضم كل من مجلس المنافسة، و الوكالتين الوطنيتين للممتلكات المنجمية والجيولوجيا و المراقبة المنجمية²، وأيضاً اللجنة المصرفية³. وتجدر الإشارة إلى أن مجلس المنافسة عند إنشائه بموجب الأمر رقم 95-06⁴ اعترف له بهذه الصلاحية، وذلك بمقتضى المادة (34) منه، والتي نصت على أنه: " يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح رئيس مجلس المنافسة، وبعد مصادقة المجلس عليه"⁵، إلا أنه بعد تعديل هذا الأمر في سنة 2003، قلصت استقلالية المجلس من هذه الزاوية، حيث أصبحت تنص المادة (31) من الأمر رقم 03-03 على أنه: " يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسييره بموجب مرسوم"⁶، إلا أنه عدلت هذه المادة بموجب القانون رقم 08-12⁷، وأصبحت تنص على أنه: " يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسييره بموجب مرسوم تنفيذي"، وبالمقارنة بين هذين النصين نجد أن بموجب القانون رقم 08-12 تدخل المشرع الجزائري وحدد بنص صريح نوع المرسوم المنظم للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.

III- الاستقلال المالي

ومن جانب آخر، يعتبر الاستقلال المالي للسلطات الإدارية المستقلة أحد أهم الركائز الذي يقوم عليه استقلالها الوظيفي، ويرجع ذلك أساساً إلى أن منح الدولة البعض من صلاحياتها إلى السلطات الإدارية المستقلة، يفرض عليها تأمين التمويل اللازم لها للقيام بمهامها، وإن لم

¹ نصت المادة (19) من المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، السابق الإشارة إليه، على أنه: " تعد الهيئة نظامها الداخلي الذي يحدد كيفية العمل الداخلي لهياكلها. ويصادق مجلس اليقظة و التقييم على النظام الداخلي الذي ينشر في الجريدة الرسمية ".

² حيث صدر كل من المرسوم التنفيذي رقم 04-93 المؤرخ في 01 أبريل 2004، المتعلق بالنظام الداخلي للوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية، والمرسوم التنفيذي رقم 04-94 المؤرخ في 01 أبريل 2004، المتعلق بالنظام الداخلي للوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية، الصادرين في ج.ر.ج. ع 20، بتاريخ 04 أبريل 2004. وباستقراء نص هذين المرسومين نجد أن رئيس الحكومة أصدر الأنظمة الداخلية للوكالتين بناء على تقرير وزير الطاقة والمناجم، وأن هاتين الوكالتين لم تشاركاً بتاتا في إعداد أنظمتها الداخلية.

³ إن للجنة المصرفية وضع خاص، فبالرجوع إلى قانون النقد والقرض لسنة 1990، نجد أنه لا ينص على أية أحكام متعلقة بوضعها لنظامها الداخلي، إلا أنها أمام سكوت المشرع قامت سنة 1993 بإصدار نظامها الداخلي بموجب القرار رقم 93-10 المؤرخ في 06 ديسمبر 1993، المتضمن النظام الداخلي للجنة المصرفية، غير منشور، مما يمكن وصف هذا القرار بأنه غير مشروع لمخالفته القانون. للمزيد أنظر، وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص.86-87.

⁴ المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة، الصادر في ج.ر.ج. ع.09، بتاريخ 22 فبراير 1995، الملغى بموجب الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، الصادر في ج.ر.ج. ع.43، بتاريخ 20 جويلية 2003.

⁵ وتطبيقاً لذلك صدر المرسوم الرئاسي رقم 96-44، المؤرخ في 17 جانفي 1996، المتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة، الصادر في ج.ر.ج. ع.05، الصادرة بتاريخ 21 جانفي 1996، والذي نصت مادته (01) على أنه: " يحدد هذا المرسوم النظام الداخلي في مجلس المنافسة وفقاً لأحكام المادتين 34 و 51 من الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 23 شعبان عام 1418 الموافق 25 يناير 1995 والمذكور أعلاه ".

⁶ المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، الصادر في ج.ر.ج. ع.43، بتاريخ 20 جويلية 2003.

⁷ وذلك بموجب أحكام المادة (15) من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، الصادر في ج.ر.ج. ع.36، بتاريخ 02 جويلية 2008.

تفعل ذلك سيكون هناك تناقض واضح في مواقفها¹ ، وباستطلاع النصوص القانونية ذات الصلة وهذا النوع من الاستقلال مكرس قانونا لمعظم السلطات الإدارية المستقلة باستثناء مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية اللذين يظنان تابعين للسلطة التنفيذية من جانب التمويل. وفي هذا الصدد، تعتبر لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها أكثر استقلالية عن بقية السلطات من جانبها المالي، إلا أن هذه الاستقلالية ليست مطلقة بل نسبية، وهذا راجع إلى سببين: يمثل الأول في اعتمادها على إعانات التسيير المخصصة لها في ميزانية الدولة، وهو ما يؤدي إلى خضوعها للرقابة على كيفية صرف هذه الإعانات، أما الثاني يتعلق بتولي السلطة التنفيذية مهمة تحديد قواعد الأتاوى وحسابها، وبالتالي تقليص استقلالية اللجنة في تسيير ميزانيتها، وهو ما نصت عليه المادة (01/27) من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق بالقيم المنقولة، على أنه: "... وتحدد قواعد الأتاوى وحسابها وتحصيلها عن طريق التنظيم"، وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 98-170²، والذي جاء في مادته (03) بأنه: "يحدد وزير المالية بقرار، نسب الأتاوى والكيفيات التي تحصل بها اللجنة".

كما تتمتع لجنة ضبط البريد و المواصلات السلكية واللاسلكية بالاستقلال المالي، وتمول ميزانيتها من خلال مكافآت مقابل أداء خدمات، والأتاوى، وكذلك مساهمة المتعاملين في تمويل الخدمة العامة للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، زيادة على بعض الاعتمادات الإضافية في ميزانية التسيير، وهو ما يجعلها خاضعة لرقابة الدولة، وبالتالي الاستقلالية التي تتمتع بها هي نسبية وليست مطلقة. بالإضافة إلى ذلك، تتمتع لجنة ضبط الكهرباء والغاز بالاستقلال المالي بشكل نسبي من خلال إخضاع تسييرها لرقابة الدولة. وهو نفس الأمر، بالنسبة للوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية والوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية حيث تتمتعان بالاستقلال المالي، كما يعتمدان لتمويل نشاطهما على الاعتمادات المالية الممنوحة من قبل الدولة، بالإضافة إلى الحصول على حصة من موارد صندوق الأملاك العمومية المنجمية، إضافة إلى اعتمادات تكميلية يتم إدراجها ضمن ميزانية التسيير، وهو ما يؤثر على استقلاليتها المالية.

وكذلك، اعترف المشرع الجزائري للوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري بالاستقلال المالي، وتعد هذه الأخير الأكثر استقلالا من ناحية تمويلها، وذلك بسبب تنوع مداخيلها المتحصل عليها من الموارد الناتجة عن الرسوم المتعلقة بالتسجيل والمصادقة والإشهار الخاصة بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية ذات الاستعمال البشري، بالإضافة إلى مداخيل الخدمة المقدمة، وكذلك الهبات والوصايا، وكل الموارد ذات الصلة بنشاطها، وأخيرا تسجل كل الاعتمادات الإضافية الضرورية في ميزانية الدولة، في حين بإمكان الخزينة العمومية توضع تحت تصرف هذه الوكالة تسبقا ماليا قابلا للتعويض بموجب اتفاق خاص بينهما. واعترف المشرع الجزائري أيضا لسلطة ضبط الخدمة العمومية للمياه بالاستقلال المالي.

ومنه، فإن خضوع التسيير المالي لهذه السلطات لرقابة الدولة من خلال كل مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية اللذين لهما صلاحية رقابة الإدارات العمومية عن طريق التأكد من وجود آليات وإجراءات رقابة داخلية فعالة وموثوقة، وتعتبر رقابة هذه الأجهزة رقابة مالية لاحقة، والتي لا تمس بالاستقلالية المالية لهذه السلطات، وذلك بهدف حماية الأموال العمومية، من خلال الرقابة على الإنفاق العمومي.

IV- الاعتراف بالشخصية المعنوية

¹ رنا سمير اللحام، مرجع سابق، ص.50.

² المؤرخ في 20 مايو 1998، المتعلق بالأتاوى التي تحصلها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، الصادر في ج.ر.ج.ع. 34، بتاريخ 24 مايو 1998. وما تجدر الإشارة إليه، في هذا الصدد صدر قرار وزير المالية المؤرخ في 02 أوت 1998، المتعلق بالأتاوى التي تحصلها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، الصادر في ج.ر.ج.ع. 70، بتاريخ 20 سبتمبر 1998.

لقد منح المشرع الجزائري الشخصية المعنوية لغالبية السلطات الإدارية المستقلة باستثناء مجلس النقد والقرض، واللجنة المصرفية، وسلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية، ولجنة الإشراف على التأمينات، بالرغم من الاعتراف لهم بسلطات واسعة في مجال نشاطهم، حيث اعترف قانون النقد والقرض لمجلس النقد والقرض بسلطات واسعة من بينها سلطة التنظيم، وأيضاً تم منح اللجنة المصرفية سلطات الرقابة وتوقيع العقوبات على المخالفين، ونفس الأمر ينطبق على لجنة الإشراف على التأمينات حيث تتمتع بصلاحيات واسعة في مجال ضبط سوق التأمينات، إلا أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

وبالتالي، فإن عدم الاعتراف لهذه السلطات بالشخصية المعنوية يؤثر سلباً على استقلاليتها نظراً لعدم تمتعها بالآثار الناجمة عن اكتساب الشخصية المعنوية، خاصة في مجال التمتع بالاستقلال المالي، وأهلية التعاقد والتقاضي، وهو ما يقيد قيامها بمهامها على أكمل وجه نظراً للنتائج القانونية المترتبة عليها، وذلك حسب القواعد العامة، والمتمثلة فيما يلي:

- الذمة المالية:

يترتب على منح الشخصية المعنوية للسلطات الإدارية المستقلة استقلال ذمتها المالية بما فيها المنقولات والأموال الخاصة بها، والتي تستغلها في تحقيق أهدافها في حدود القانون، وتنفرد بميزانيتها، وفي هذا الإطار يحق لها قبول الهبات والتبرعات مباشرة.

- أهلية التقاضي:

يمكن للسلطات الإدارية المستقلة اللجوء إلى القضاء سواء بصفتها مدعية أو مدعى عليها، وهو ما أكدته المادة (06/119) من قانون المتعلق ببورصة القيم المنقولة بقولها: " يتولى رئيس اللجنة المديرية سير أشغال لجنة الضبط ويضطلع بجميع السلطات الضرورية ولاسيما في مجال: ... تمثيل اللجنة أمام العدالة".

وهذا على خلاف اللجنة المصرفية ومجلس النقد والقرض لكونهما لا يتمتعان بالشخصية المعنوية، مما يترتب على ذلك حلول الدولة محلها في ممارسة حق التقاضي ممثلة في محافظ بنك الجزائر.

- أهلية التعاقد:

بإمكان السلطات الإدارية المستقلة إبرام العقود والاتفاقيات، من ذلك على سبيل المثال: انضمام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها إلى كل من المنظمة العالمية للجان القيم¹، وكذلك مجلس إدارة اتحاد الأسواق المالية العربية²، بالإضافة إلى توقيع اتفاق شراكة بين المكلفين بضبط الأسواق المالية على مستوى ضفتي المتوسط¹.

¹ تعتبر لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، عضوا عاديا للمنظمة الدولية للجان القيم (OICV-IOSCO)، وقد قدمت طلبا لتصبح من الدول الموقعة على اتفاق متعدد الأطراف بتاريخ 06-05-2009. حاليا اللجنة مدرجة في المرفق B من مذكرة متعددة الأطراف للتبادل والتعاون (مذكرة تفاهم متعددة الأطراف. وتعتبر المنظمة الدولية للجان القيم (IOSCO) هي منظمة دولية تأسست في عام 1983، يوجد موقع أمانتها العامة في مدريد (اسبانيا). تجمع هذه المنظمة بين المنظمين من البورصات الرئيسية في العالم، وتجتمع مرة في السنة، وتضم أكثر من 190 عضو، وتنقسم إلى فئتين رئيسيتين هما: الأعضاء العاديين: منظمات أسواق الأوراق المالية. والأعضاء المنتسبين: البورصات، المنظمات المالية، الخ. هدفها الرئيسي هو وضع معايير دولية لتعزيز الكفاءة والشفافية في أسواق الأوراق المالية، تحسين حماية المستثمرين وتعزيز التعاون بين المنظمات من أجل مكافحة الجرائم المالية. للمزيد راجع: <http://www.cosob.org/ar/cooperation-internationale>، بتاريخ: 25 مايو 2017.

² تجدر الإشارة إلى أنه بدأ التفكير في إنشاء سوق مالية عربية بصورة جدية بعد ارتفاع أسعار البترول في سنة 1974، حيث حققت الدول العربية - خاصة منها النفطية - عائدات مالية ضخمة، مما استوجب التفكير في كيفية توظيفها، ولقد تم التطرق إلى هذه الفكرة بصفة رسمية من خلال وضعها على جدول أعمال المجلس الاقتصادي العربي خلال دورته الثانية والعشرين في 14 ديسمبر 1976، حيث اتخذ هذا المجلس قراره رقم 649 المؤرخ في 16/12/1976 تحت عنوان " إنشاء

- تعيين نائب يمثل هذه السلطات:

بالرجوع إلى النصوص المنظمة للسلطات الإدارية المستقلة، نجد أن رؤسائها هم من حولهم القانون للتعبير عن إرادة هذه السلطات.

- تقرير مسؤولية السلطات الإدارية المستقلة:

بمعنى أنه تلقى المسؤولية على هذه السلطات نتيجة الأضرار الناجمة عن أخطائها، ويتم جبر الضرر بالتعويض من ذمتها المالية و ليس من ذمة الدولة. ومنه، فإنه كما هو الحال بالنسبة للاستقلالية العضوية للسلطات الإدارية المستقلة، تتمتع هذه الأخيرة باستقلالية وظيفية نسبية وليست مطلقة.

خاتمة:

على ضوء ما تقدم، سنتج من هذه الدراسة ما يلي:

أن حادثة مصطلح " السلطات الإدارية المستقلة " يجعل من الصعب الاتفاق على مفهوم موحد له، لذلك لابد من الرجوع إلى الظروف التاريخية والقانونية لظهور هذه السلطات لتوضيحه أكثر.

بالرغم من تكريس المشرع الجزائري لاستقلالية السلطات الإدارية المستقلة إلا أنها تظل نسبية، نظرا لتدخل السلطة التنفيذية في مهامها وتشكيلاتها.

كما أنه، يتعين على المشرع الجزائري عند إنشائه هذه السلطات أن يضمن لها المزيد من الاستقلالية لتفعيل دورها في ظل التحديات الاقتصادية والسياسية التي تمر بها البلاد.

مالية عربية مشتركة واتحاد بورصات عربية"، وفي سنة 1982 تم تجسيد " اتحاد البورصات العربية" ، والذي ضم بداية أربع بورصات دول عربية (لبنان، عمان، تونس، المغرب)، في حين أنه حاليا يضم معظم بورصات الدول العربية، ولقد تم الاتفاق على تنفيذ قرار مجلس إدارة اتحاد البورصات في دورته الثانية والعشرين، المتضمن تشغيل البورصة العربية الموحدة، والتي جعلت دولة مصر مقرا لها ؛للمزيد راجع، سميحة بن محياوي، دور الأسواق المالية العربية في تمويل التجارة الخارجية - دراسة حالة بعض الدول العربية- ، أطروحة دكتوراه في العلوم التجارية، تخصص تجارة دولية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر - بسكرة-، الجزائر، 2014-2015، ص.144 وما بعدها. وبمقابل ذلك، تأسس اتحاد هيئات الأوراق المالية العربية عام 2007 كمؤسسة تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة ولا يهدف للربح ومقره دولة الإمارات العربية المتحدة. ويضم الاتحاد في عضويته هيئات الأوراق المالية والجهات الرقابية على الأسواق. ويهدف الاتحاد إلى الارتقاء بالمستوى التشريعي والتنظيمي لأسواق الأوراق المالية العربية بما يحقق العدالة والكفاءة والشفافية، وكذلك العمل على توحيد الجهود للوصول إلى مستويات فعالة للرقابة على المعاملات في أسواق الأوراق المالية العربية فضلا عن التعاون والتنسيق المشترك بين أعضاء الاتحاد لتحقيق أقصى قدر من الانسجام والتوافق فيما يتعلق بالقوانين والأنظمة ذات العلاقة. كما يهدف الاتحاد إلى تذليل الصعوبات التي تعترض الاستثمار في أسواق الأوراق المالية العربية، وتوسيع قاعدته وتنويع أدواته وتعميق ثقافة الاستثمار وكذلك تعميق مفاهيم الإفصاح والشفافية والحوكمة إضافة إلى تطبيق أفضل المعايير والممارسات الدولية. للمزيد راجع :

http://www.uasa.ae/ar/uasa_publications_annual_reports.asp ، تم الإطلاع عليه بتاريخ : 25 مايو 2017.

¹ وقعت لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، يوم 26 مارس عام 2009 في باريس، ميثاق تأسيس " شراكة مؤسسية بين منظمات الأسواق المالية للدول المطلة على البحر الأبيض المتوسط ، وتهدف الشراكة المؤسسية بين منظمات الأسواق المالية لضفتي البحر الأبيض المتوسط إلى تهيئة الظروف والفرق اللازمة لتعزيز التعاون العملي بين سلطات الأسواق المالية من حيث الضبط والإشراف على الأسواق المالية. وتمثل السلطات الموقعة على هذا الميثاق في: - الجزائر: لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها(COSOB) ، -مصر: الهيئة العامة للرقابة المالية (EFSA) ، -إسبانيا(CNVM) Comisión Nacional del Mercado de Valores : البورصة ومراقبتها(COSOB) ، -فرنسا: هيئة الأسواق المالية (AMF) ، -إيطاليا(CONSOB) Commissione Nazionale per le Società e la Borsa : ، -المغرب: مجلس

القيم المنقولة (CDVM) ، - البرتغال : (Comissão do Mercado de Valores

الإطار المفاهيمي للشفافية والمساءلة كآليات لحد من الفساد الإداري

Conceptual framework for transparency, oversight and accountability as mechanisms to reduce administrative corruption

د. هنان مليكة، + د. بواب بن عامر

أستاذان محاضران قسم (أ)، معهد العلوم القانونية والإدارية،

المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/08 - تاريخ المراجعة: 2017/11/14.

ملخص:

يؤدي انتشار التصرفات الفاسدة وغير الآمنة والأخلاقية بين الموظفين العموميين إلى انخفاض ثقة الناس في قدرة الحكومة على تحقيق المصلحة العامة؛ وقد يكون من السهل الوصول إلى فهم متزايد لأسباب الفساد وتداعياته، إلا أنه من المؤكد أن إحراز التقدم في الحد منه يعد أمرا أكثر صعوبة، لذلك لا بد من تحديد واضح ودقيق لآليات الحد من الفساد الإداري التي منها مبدأ الشفافية والحوكمة والمساءلة والرقابة، فهي مفاهيم مركزية ووسائل أساسية للوقاية من الفساد، إذ أن الشفافية هي قوة مؤثرة تستطيع أن تحسن الحوكمة، وأن تعزز المساءلة وتفعّل الرقابة، وبالتالي تحارب الفساد.

الكلمات المفتاحية:

الشفافية، المساءلة، الحوكمة، الفساد الإداري، الرقابة.

Abstract:

The prevalence of corrupt, dishonest and immoral behavior among public officials leads to a decline in public confidence in the Government's ability to achieve the public interest; it may be easier to gain an understanding of the causes and consequences of corruption, but progress is certainly more difficult to achieve. A clear and precise definition of mechanisms for reducing administrative corruption, including transparency, governance, accountability and oversight, are central concepts and tools to prevent corruption. Transparency is an influential force that can improve governance, strengthen accountability and control, and thus fight corruption.

Keywords: transparency, accountability, governance, administrative corruption, censorship.

مقدمة:

منذ أن نشأت الإدارة، نشأ معها الفساد الإداري، ولكن درجة انتشاره وأنواعه تختلف باختلاف بيئات العمل وظروف المجتمعات ومع أن الديانات السماوية وغيرها من النظم الوضعية، كانت من خلال تعاليمها الدينية أو توجيهاتها الأخلاقية، تحاول أن تقضي على هذا الفساد الإداري وتحاربه، إلا أنه استمر مع استمرار ضعف النفس البشرية وطغيان حب المادة.

ومع قيام نظم الحكم الحالية المعتمدة على النظام البيروقراطي وهيكله منذ القرن 19، كان الافتراض النظري أن الموظفين الحكوميين هم وكلاء عن معظم الشعب الذي انتخبهم، أو خادمون لمصلحة المجتمع بصفة عامة، وبمعنى آخر توافر أخلاق معينة لدى الموظف العام تليق بالمسؤولية الملقاة على عاتقه كوكيل للشعب في إدارة شؤونه، وتقلل من بروز الفساد الإداري ولكن التطبيق العملي للنظم الديمقراطية أظهر العديد من جوانب النقض والانحراف، وإن التحليل الجاد لظواهر الفساد الإداري في القرن الماضي يظهر زيادة الفساد الإداري.

وللفساد الإداري تعريفات عدة فقد عرفه البنك الدولي بأنه "إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص"، فالفساد يحدث عندما يقوم موظف بقبول أو طلب، أو ابتزاز أو رشوة، لتسهيل عقد أو إجراء طرح منافسة عامة كما يتم عندما يعرض وكلاء أو وسطاء لشركات أو أعمال خاصة تقدم رشوة للاستفادة من سياسات، أو إجراءات عامة للتغلب عن المنافسين وتحقيق أرباح خارج إطار القوانين المرعية، كما يمكن للفساد أن يحصل عن طريق استغلال الوظيفة العامة دون اللجوء إلى الرشوة، وذلك بتعيين الأقارب أو سرقة أموال

الدولة¹ ويرى آخرون أنّ للفساد الإداري ثلاثة مداخل هي:² المدخل التقليدي الذي يقوم على أساس أن الفساد هو مشكلة انحراف الأفراد عن النظام القيمي السائد والمعتمد في المؤسسات الحكومية ما يدفع الأفراد إلى ممارسة سلوكيات منحرفة، والمدخل الوظيفي الذي يقوم على أساس أن الفساد هو مشكلة الانحراف عن قواعد العمل الرسمية المعتمدة وليس النظام القيمي، وأخيرا المدخل بعد الوظيفي، وفق هذا المدخل يمكن أن يأخذ الفساد طابعا تنظيميا فالتطور الكبير أخذ يظهر أن الفساد ظاهرة متعددة الأسباب والأبعاد، وهناك من عرف الفساد الإداري جمعا بين هذه المداخل.

ومن تعريفات الفساد الإداري تعريف صندوق النقد الدولي له في تقريره لعام 1996 بأنه سوء استخدام السلطة العامة من أجل الحصول على مكسب خاص يتحقق حينما يتقبل الموظف الرشوة أو يطلبها أو يستجديها أو يبتزها. وعرفه البعض بأنه استغلال الموظف العام لموقع عمله وصلاحياته للحصول على كسب غير مشروع أو منافع شخصية يتعذر تحقيقها بطريقة مشروعة، وعُرف بأنه سلوك غير سوي ينطوي على قيام الشخص باستغلال مركزه وسلطاته، في مخالفة القوانين والتعليمات لتحقيق منفعة لنفسه أو لذويه من الأقارب والمعارف، وذلك على حساب المصلحة العامة، ويظهر هذا السلوك المخالف على شكل جرائم كالرشوة وسوء استخدام المال العام مما ينتج عنه إهدار الموارد الاقتصادية للدولة، وينعكس سلبا على عمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وعدم الاستقرار السياسي والاجتماعي.³ فجميع هذه التعريفات تدور حول الانحراف عن مستويات الوظيفة، والخروج على المصلحة العامة، بوصف ذلك انحراف عن مسؤوليات وواجبات الوظيفة العامة، حيث السلوك المنحرف يمثل خروج عن القيم والمعايير التي يجب أن يتحلى بها شاغلي الوظائف وذلك باللجوء إلى الرشوة والمحابة والاختلاس وغيرها.

عموما الفساد هو عملية سرقة لثروات الأمة؛ إنه يسرق من المواطنين قدراتهم الكامنة كما يسرق منهم طموحاتهم وتطلعاتهم نحو مستقبل أفضل وتعليم أحسن ورعاية صحية أشمل وقدرة أكبر على الحصول على ضروريات الحياة. وقد يكون من السهل الوصول إلى فهم متزايد لأسباب الفساد وتداعياته، إلا أنه من المؤكد أن إحراز التقدم في مكافحته يعد أمرا أكثر صعوبة، لذا ارتبط الفساد الإداري بمبادئ مثل الشفافية والحوكمة والمساءلة والرقابة.

فما هو الإطار المفاهيمي لهذه المصطلحات؟ وما هي العلاقة بينها وبين الفساد الإداري؟.

للإجابة على هذا الإشكال نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث: نتناول في المبحث الأول مفهوم مبدأ الشفافية وعلاقته بالرقابة وبالفساد الإداري، ونخصص المبحث الثاني لمفهوم الحوكمة وعلاقته بالفساد الإداري، وفي المبحث الثالث يتم توضيح مفهوم المساءلة وارتباطه بالرقابة والفساد الإداري، ونختم هذا البحث بأهم النتائج المتوصل إليها.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ الشفافية وعلاقته بالرقابة والفساد الإداري

يوجد الفساد في كل بلد تقريبا، غير أن أثره المدمر يشتد في البلدان النامية، لأنه يحول دون إحراز أي تقدم في النمو الاقتصادي، ويعيق توطيد أركان الديمقراطية، ويهدد الفساد الموارد إذ يزيج بالسياسة الحكومية عن خدمة مصالح الأغلبية، ويحيد بها عن تحقيق مقاصدها، فيوجه طاقات وجهود الموظفين والمواطنين نحو الكسب السريع بدل القيام بأنشطة منتجة، ويعيق نمو روح المنافسة، ويحبط الجهود الرامية إلى تخفيف حدة الفقر، ويولد شعور باللامبالاة والارتباك؛ لذا كان لابد من آليات للوقاية منه ومحاربتها، منها مبدأ الشفافية الذي سنحاول توصيف الإطار المفاهيمي له في المطالب التالية.

المطلب الأول: تعريف الشفافية:

¹ - محمد قاسم القيروتي، الإصلاح الإداري بين النظرية والتطبيق، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2001، ص 33.

² - نجم عبود نجم : أخلاقيات الإدارة في عالم متغير، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2006، ص 217.

³ - حسنين، المحمدي بواوي، الفساد الإداري - لغة المصالح-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 13-14.

الشفافية هي إحدى المصطلحات الحديثة التي استخدمتها الجهات المعنية بمكافحة الفساد في العالم، ولها عدة تعاريف نذكر

أهمها في ما يلي:

أولاً: الشفافية في اللغة:

هي من الشف بفتح الشين وهو الستر الرقيق الذي يبدي ما وراءه من الجسم ويظهره لرقه ، يقال شَفَّ الثوب؛ أي رقَّ. وثوب شَفَّ؛ أي رقيق يستشف ما وراءه؛ أي يبصر. والشف بكسر السين يأتي بمعنى الريح والزيادة¹.

ثانياً: الشفافية في الاصطلاح:

مصطلح الشفافية معنى لكل من الأمانة، الصدق والإخلاص، العدالة، والشفافية بمعناها المستعار في علم الفيزياء تعني المادة الشفافة، وهي المادة الواضحة الزجاجية التي يمكن رؤية تصرفات الأطراف من خلالها.² من هذا المعنى يمكن القول أن الشفافية هي أن تعمل الإدارة العامة في بيت من زجاج، كل ما به مكشوف للعاملين والجمهور، وتتضمن الأنظمة التي تعمل من خلالها الإدارة والوسائل اللازمة التي تكفل العلم والمعرفة للكافة بحقيقة أنشطتها وأعمالها بالإفصاح والعلانية والوضوح، وبالتالي القدرة على مساءلتها، ومحاسبتها³.

وقد عرّف البعض الشفافية على أنها آلية الكشف والإعلان من جانب الدولة عن أنشطتها كافة في التخطيط والتنفيذ.⁴ كما تعرف الشفافية بأنها الانفتاح إلى النظرة العامة، التي تعتق مبادئ الاستشارة العامة، النظرة التشاركية في اتخاذ القرارات وتبرير التعليمات. وتعرف هيئة الأمم المتحدة الشفافية بأنها: حرية تدفق المعلومات معرفة بأوسع مفاهيمها، أي توفير المعلومات والعمل بطريقة مفتوحة تسمح لأصحاب الشأن بالحصول على المعلومات الضرورية للحفاظ على مصالحهم واتخاذ القرارات المناسبة، واكتشاف الأخطاء⁵.

وقد جاء الإسلام العظيم بتعاليمه الربانية ومنهجه الواضح القويم والذي يدعو ويحث على بيان أية معلومات، وبكل صدق وأمانة وشفافية في التعامل المالي بين الشركاء لئلا يتعد الناس عن الاختلاف والشقاق، فيحيا الناس في مجتمع متناغم ومنسجم ومتفاهم؛ وهذا النداء الرباني الذي يخاطب الله تعالى به الفئة المؤمنة ويدعوها به للصدق والشفافية والوضوح فيما بينها في قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ " ⁶ ومن الأحاديث الدالة على معيار الشفافية حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إن أطيب الكسب كسب التجار، الذين إذا حدثوا لم يكذبوا، وإذا ائتمنوا لم يخونوا، وإذا وعدوا لم يخلفوا، وإذا اشتروا لم يذموا، وإذا باعوا لم يظروا، وإذا كان عليهم دين لم يمتطوا، وإذا كان لهم دين لم يعسروا " ⁷.

ونستخلص مما سبق أن الشفافية هي نقيض الغموض والتعتيم والسرية، وتعني توفير المعلومات الكاملة عن الأنشطة العامة للراغبين في الاطلاع على أعمال الحكومة دون إخفاء.

المطلب الثاني: المتطلبات الأساسية للشفافية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01/06

¹ - نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم - دمشق، 2008، ص 270.

² - عصام عبد الفتاح مطر، الفساد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 260.

³ - الطوخي سامي محمد، الإدارة بالشفافية للتنمية والإصلاح الإداري، دراسة مقارنة، 2006، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 51.

⁴ - عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 260.

⁵ - عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص 260.

⁶ - سورة التوبة، الآية 119.

⁷ - أخرجه الألباني، كتاب صحيح وضعيف الجامع الصغير، رقم الحديث 3314، وقال حديث ضعيف؛ البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، كتاب الآداب، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، (1414 هـ - 1994 م)، رقم الحديث 775 وذكر أنه حديث مرفوع.

تعرض الأمر 01/06 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹ لذكر المتطلبات الأساسية للشفافية في أهم القطاعات التي مسها الفساد بشكل كبير، كالتوظيف في مجال القطاع العام، وفي مجال الصفقات العمومية التي تصب فيها مبالغ عمومية كبيرة، وكذا في مجال تسيير الأموال العمومية، وفي مجال تعامل الإدارة العمومية مع الجمهور. فنجد المادة الثالثة من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته السابق الذكر تناولت أهم متطلبات الشفافية في مجال التوظيف في القطاع العام وذلك بهدف تعيين مسؤولين يتمتعون بالنزاهة والكفاءة في المناصب الإدارية العليا، وضع المشرع في القانون المشار إليه أعلاه مجموعة من المبادئ يتعين على الجهات المختصة بالتعيين مراعاتها، و تتمثل هذه المبادئ فيما يلي:

- مبادئ النزاهة والشفافية والمعايير الموضوعية مثل الجدارة والإنصاف والكفاءة.
 - الإجراءات المناسبة لاختيار وتكوين الأفراد المرشحين لتولي المناصب العمومية التي تكون أكثر عرضة للفساد.
 - أجر ملائم بالإضافة إلى تعويضات كافية.
 - إعداد برامج تكوينية وتعليمية ملائمة لتمكين الموظفين العموميين من الأداء الصحيح والنزيه².
- وقصد ضمان الشفافية في تسيير الشؤون العمومية، وحماية الممتلكات وصون نزاهة الأشخاص المكلفين بالخدمة العمومية، يلزم الموظف العمومي بالتصريح بالممتلكات خلال الشهر الذي يعقب تنصيبه في وظيفته، أو بداية عهده الانتخابية، على أن يجدد التصريح فور كل زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف العمومي بنفس الكيفية التي تم بها التصريح الأول³. والمادة التاسعة منه حددت أهم متطلبات الشفافية في مجال الصفقات العمومية، التي جاء فيها ما يلي: ((يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ويجب أن تكرر هذه القواعد على وجه الخصوص ... على الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء)). أما المادة العاشرة منه فركزت على متطلبات الشفافية في تسيير الأموال العمومية، فجاء فيها: "تتخذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية والمسؤولية والعقلانية في تسيير الأموال العمومية طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ولاسيما على مستوى القواعد المتعلقة بإعداد ميزانية الدولة وتنفيذها"⁴. ففي هذه المادة تجسد مبدأ الشفافية في إعداد ميزانية الدولة وتنفيذها وتعني شفافية الموازنة توفير المعلومات الموثقة الآتية المتعلقة بالنشاطات والقرارات والسياسات التي تتخذها الدولة ومؤسساتها المختلفة وضمان الوصول إليها، كما يقصد شفافية الموازنة اطلاع الجمهور على هيكلية القطاع الحكومي ووظائفه و النوايا التي يستند إليها السياسات المالية وحسابات القطاع العام و التوقعات الخاصة بالمالية العامة ويتضمن هذا التعريف إتاحة الوصول إلى المعلومات المطلوبة عن الأنشطة الحكومية سواء التي تتم داخل أو خارج القطاع الحكومي تشترط الشفافية توفر المعلومات الدقيقة في مواقفها، حيث تتصف بالشمولية و الوضوح و الحداثة، وإفساح المجال أمام الجميع للاطلاع على هذه المعلومات الضرورية والموثقة وهو ما يتطلب أن تنشر بعلنية و دورية من أجل توسيع دائرة المشاركة والرقابة والمحاسبة ومحاصرة الفساد من جهة والمساعدة على اتخاذ قرارات رشيدة في السياسة العامة من جهة أخرى ما يمكن المواطنين و المختصين من تقييم الوضع المالي الحكومي بدقة⁵.

¹ - القانون رقم 01-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (الجريدة الرسمية 14 مؤرخة في 2006/3/8 متعمم بالأمر رقم 10-05، ومعدل ومتعمم بالقانون رقم 11-15.

² - المادة 3 من الأمر 01/06 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 .ج.ر عدد 14 سنة 2006 .

³ - المادة 4 من الأمر 01/06 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 .ج.ر عدد 14 سنة 2006 .

⁴ - المادة 10 من الأمر 01/06 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 .ج.ر عدد 14 سنة 2006 .

⁵ - حوسين كمال، بوسبعيني تسعديت، تحليل العلاقة الترابية بين مفهوم الحوكمة والموازنة العامة للدولة، الحوكمة والإدارة المالية العامة والميزانية، جامعة الشلف، الجزائر، ص166.

ونظرا لان الميزانية العامة للدولة تكاد تكون الأداة الأساسية الوحيدة لسياسة المالية العامة فان عملية إعداد الميزانية وما تشمل عليه من المعلومات تقدم معها تعتبر عاملا أساسيا لتحقيق شفافية المالية العامة، لذلك يجب مراعاة العلنية في إعداد الميزانية وتنفيذها، أي توفير المعلومات دون عناء وتتضمن : وثائق الميزانية ، تحديد أهداف سياسية المالية العامة ، قواعد المالية العامة ، إطار الاقتصاد الكلي ، أساس السياسة الاقتصادية الذي تستند إليه الميزانية، أهم المخاطر التي يمكن تحديدها فيما يتصل بالمالية العامة¹.

وخصصت المادة الحادية عشر لمتطلبات الشفافية في التعامل مع الجمهور، فعددت العناصر التي يجب إتباعها لإضفاء الشفافية على كيفية تسيير الشؤون العمومية، فبينت أنه يتعين على المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية أن تلتزم أساسا:

- باعتماد إجراءات وقواعد تمكن الجمهور من الحصول على معلومات تتعلق بتنظيمها وسيرها، وكيفية اتخاذ القرارات فيها،
- بتبسيط الإجراءات الإدارية،
- بنشر معلومات تحسسية عن مخاطر الفساد في الإدارة العمومية؛
- بالرد على عرائض وشكاوى المواطنين؛
- بتسيير قراراتها عندما تصدر في غير صالح المواطن، وتبيين طرق الطعن المعمول بها².

حيث أن كثرة المعوقات الإدارية ، كتعقيد الإجراءات وعدم تبسيطها وطول خطواتها يعد من الأسباب الرئيسية للفساد الإداري، في الأجهزة الحكومية وخاصة الخدماتية منها، وذلك لان الإجراءات الطويلة والمعقدة تؤدي إلى الفساد، نتيجة لإجبار المواطنين على دفع الرشاوى إلى الموظفين الذين يتولون إنجاز معاملاتهم لقناعة هؤلاء المواطنين بأنه عدم الدفع سيؤدي إلى تأخير إنجاز معاملاتهم أو حتى ضياعها داخل الدائرة، ولمعالجة مثل هذه الحالات لا بد من دراسة القوانين والأنظمة والتعليمات و إدخال التعديلات المناسبة عليها وتصميم الإجراءات البسيطة والسريعة لإنجاز المعاملات المواطنين، وتجنبيهم دفع الرشاوى³، أما في المجال التطبيقي فما يؤخذ على المشرع عدم تفعيل هذه الآلية مباشرة بعد تبنيتها فكانت الجهود المبذولة ممثلة في الإجراءات المتخذة في هذا الصدد محتشمة إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم 16-03 والمتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام⁴، وهو هيئة استشارية من مهامها حسب نص المادة 4 فقرة الأخيرة " المساهمة في تبسيط الإجراءات الإدارية " .أحصت هذه اللجنة 1437 عملية لتبسيط الإجراءات الإدارية أنجز منها حوالي 900 عملية سنة 2016⁵.

أما ما تعلق بالرد على عرائض وشكاوى المواطنين، حيث أن العلاقة بين الإدارة والمواطن هي علاقة سياسية وقانونية وإدارية مركبة، يصبح الفرد بموجبها متمتعاً بمركز قانوني وسياسي واجتماعي أمام الدولة، والإدارة العامة، أي يتمتع بحقوق وحرريات في مواجهة الإدارة العامة ويتحمل في المقابل الواجبات والالتزامات⁶. فمن الحقوق التي يتمتع بها المواطن هو حقه في تقديم شكاوي وحصوله على الرد من طرف المؤسسات والإدارات العمومية، وهي آلية تضمن سريان مبدأ الشفافية في إجراءات الإدارية، ولتفعيل هذه الآلية ربطت الدولة مجموعة من قنوات الاتصال، بين الإدارة و المواطن، ولعل أبرز هاته القنوات، هي رقم الهاتف الأخضر المجاني، وفي هذا الإطار سخرت وزارة

¹ - فاطمة ساجي، المرجع السابق، ص 60.

² - المادة 11 من من الأمر 01/06 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، ج.ر عدد 14 سنة 2006 .

³ - إسماعيل فخري عبد اللطيف ، أثر الأخلاقيات الوظيفية في تقليل فرص الفساد الإداري في الوظائف الحكومية ، مجلة العلوم الإنسانية ، العدد 29، العراق ، 29 جويلية 2006، ص 31.

⁴ - المرسوم الرئاسي رقم 16-03 ، المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام ، المؤرخ في 7 يناير 2016 ، ج.ر. العدد 02، الصادرة في 13 يناير 2016.

⁵ - تصريح السيد فؤاد مخلوف رئيس المرصد الوطني لترقية المرفق العمومي إلى الإذاعة الوطنية في حصة لقاء الاثنين بتاريخ 7 نوفمبر 2016.

⁶ - نزيهة عمران، الإدارة العمومية والمواطن أية علاقة تشخيص الاختلال وسبل الإصلاح على ضوء التجربة الجزائرية، مجلة الفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 12، الصادرة بتاريخ 13/01/2011، ص 477

الداخلية والجماعات المحلية "مركز نداء" ¹ "لرد على شكاوي المواطنين والتكفل بها، حيث يتم تسجيل المكالمات ويتم الرد على الشكاوى وتوجيهه الشاكي إلى الإدارة الأقرب لمقر سكنهم، استقبل المركز منذ انطلاقه إلى غاية 2016 ما يقرب عن 1.9 مليون اتصال من المواطنين تم التكفل بنسبة 66 % منها في الميدان من خلال التنسيق مع مختلف المصالح والقطاعات المعنية ².

أما تسبب القرارات ³ عندما تصدر في غير صالح المواطن، وهو ما نصت عليه المادة 11 فقرة أخيرة من قانون 06-01 المتعلق بالوقاية مكافحة الفساد، وذلك نظرا لتأثير الكبير للقرار الإداري على المراكز القانونية للأفراد، فيشترط القانون أو التنظيم وجوبا إن يكون القرار مسببا أي يستند إلى مجموعة من الأسباب إصداره ووجوده خصوصا إذا أصدر في غير صالح المواطن ⁴. فتسبب القرار الإداري عرفه الأستاذ علي خطار شنطاوي على أنه "التزام قانوني تعلن الإدارة بمقتضاه الأسباب القانونية والواقعة التي حملتها على إصدار القرار الإداري، وشكلت الأساس القانوني الذي بني عليه" ⁵. ومثال ذلك: يلزم قانون 90-29 والمتعلقة بالتهيئة والتعمير في المادة 62 منه ⁶، رئيس المجلس الشعبي البلدي بتسبب قرار رفض منح رخصة البناء إذا كان هو المؤهل لإصدارها بقولها "وفي حالة الرفض أو التحفظ يبلغ المعني بالقرار الذي اتخذته السلطة المختصة على أن يكون معللا".

المطلب الثالث: مبدأ الشفافية في قانون الجماعات المحلية.

لقد حولت الدولة مجموعة من السلطات إلى الجماعات المحلية ممثلة في البلدية بإتباعها لنظام اللامركزية كنواة رئيسية للتنمية المحلية، تهدف بالأساس إلى تسيير شؤون الأشخاص وتحسين حياتهم اليومية، وقيام بدورها التنموي على أحسن وجه، كما كرست حق المواطن في معرفة طبيعة نتائج انجاز المشاريع التنموية والتي تعكس تطلعاته ⁷. وعلى هذا الأساس احتل مبدأ الشفافية مكانة متميزة في قانوني كل من البلدية والولاية وورد تجسيده في العديد من المواد.

1- مبدأ الشفافية في قانون البلدية 11-10

أعتمد مبدأ الشفافية واحتل مكانة متميزة في قانون البلدية رقم 11-10 ⁸ حيث جاء في المادة 11 منه "يتخذ المجلس الشعبي البلدي كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم و استشارتهم حول خيارات و أولويات التهيئة و التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، ويمكن في هذا المجال استعمال على وجه الخصوص الوسائط الإعلامية المتاحة، كما يمكن المجلس البلدي عرض نشاطه السنوي أمام المواطنين" ⁹.

¹ - المركز الوطني للنداء، دشّن من طرف وزير الداخلية السيد طيب بلعزي ودخل حيز الخدمة في الثلاثي الأول من سنة 2015م.

² - تصريح السيد محمد طالبي المدير العام للحريات و الشؤون القانونية بوزارة الداخلية خلال إشرافه على ندوة بعنوان دعائم الآليات الديمقراطية التشاركية المنعقدة في وهران بتاريخ 14 أيار 2015م.

³ - عرف القرار الإداري هو عمل قانوني صادر بصفة انفرادية من سلطة إدارية، الهدف منه هو إنشاء أو إلغاء أو تعديل بالنسبة للغير حقوق والتزامات. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الجزائر، دار المجدد، ط4، 2010، ص246.

⁴ - عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية، قضائية فقهية)، الجزائر، دار الجسور للنشر والتوزيع، ط2007، ص1، ص139.

⁵ - علي خطار شنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص561.

⁶ - المادة 62 من قانون رقم 90-29، المتعلقة بالتهيئة والتعمير المؤرخ في 1990/12/01، ج.ر، العدد 52، الصادرة في 1990/12/02.

⁷ - كلمة رئيس الجمهورية السيد عبد العزيز بوتفليقة "إن المواطنين الجزائريين عموما، وفئة الشباب خصوصا ينتظرون منكم الاستجابة لتطلعاتهم المتعددة وإنهم ينتظرون منكم تحسین المحيط ونوعية المعيشية، والتكفل الناجح بالخدمة العمومية وكذلك المزيد من الشفافية في القرارات التي تعينهم" الكلمة التي ألقاها أمام رؤساء الدوائر و 154 رئيس مجلس الشعبي البلدي، يوم السبت 2008/07/28، الجزائر العاصمة.

⁸ - القانون رقم 11-10 والمتعلق بالبلدية، المؤرخ في 22 يوليو 2011، ج.ر. العدد 37، الصادرة في 03 يوليو 2011م.

⁹ - المادة 11 من القانون رقم 11-10، المرجع السابق.

من هذا النص يبدو واضحا أن المجلس البلدي لا يعمل في إطار السرية، بل هو ملزم بالعمل في إطار الشفافية والوضوح، فيعلم المواطنون بكل المسائل المختلفة بالتنمية البلدية، وهذا أمر طبيعي حتى يمارس المواطنون الرقابة الشعبية على مداولات المجلس البلدي، ومن المفيد الإشارة إلى أن قانون البلدية: لسنة 2011 جاء بحكم جديد يتعلق بإمكانية تقديم عرض سنوي لنشاطات المجلس البلدي أمام المواطنين. وتجسيد مبدأ الشفافية أيضا تجده في المادة 14 من قانون 10-11 حيث أجاز لكل شخص الاطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي، كذلك قرارات البلدية كما أجاز لكل صاحب مصلحة الحصول على نسخة كاملة منها أو جزئية على نفقته¹.

كذلك كرس مبدأ الشفافية بموجب نص المادة 22 التي ألزمت أن يلصق جدول أعمال دورة المجلس البلدي في قاعة اجتماعات المجلس، وفي الأماكن المخصصة لإعلام الجمهور، وفرضت المادة 26 أن تكون الجلسات المجلس البلدي علنية ومفتوحة لمواطني البلدية ولكل مواطن معني بموضوع المداولة. وتكريسا دائما لمبدأ الشفافية أرست المادة 97 من قانون البلدية قاعدة عامة تتعلق بتنفيذ قرارات البلدية وأقرت بصريح النص عدم قابلية قرارات رئيس البلدية للتنفيذ إلا إذا تم إعلام الأطراف المعنية بها، إما بواسطة النشر إذا كان القرار يتضمن أحكاما عاما، أو بإشعار فردي بأي وسيلة قانونية إذا كان القرار يمس مركزا فرديا، وفرضت المادة 98 إرسال نسخة من هذا القرار للوالي خلال 48 ساعة، كما فرضت إلصاقها في اللوحة المخصصة للجمهور².

(2)- مبدأ الشفافية في قانون الولاية 07-12

احتل مبدأ الشفافية مكانة متميزة في قانون الولاية رقم 07-12³، فالمادة 18 منه فرضت لصق جدول أعمال المجلس الشعبي الولاوي فور استدعائه عند مدخل قاعدة المداولات المجلس وفي أماكن الإلصاق المخصصة للجمهور وفي الموقع الإلكتروني للولاية أو المجلس وفي مقر الولاية والبلديات التابعة لها. وفرضت المادة 26 من قانون الولاية أن تكون جلسات المجلس الشعبي الولاوي كأصل عام علنية، واعترفت المادة 27 لرئيس المجلس الشعبي الولاوي بطرد أي شخص غير عضو بالمجلس وبخل بحسن سير المناقصات بعد أعذاره، بما يعني أن غير العضو يحق له حضور الجلسات العامة و العلنية مع الالتزام بأدابها، وهذا يجسد مبدأ الشفافية ويمكن السلطة الشعبية من مراقبة عمل الهيئة المداولة على المستوى الولاوي وخارج دائرة الحياة الخاصة أجازت المادة 32 من قانون الولاية رقم 07-12 لكل شخص حق الاطلاع في عين المكان على محاضر مداولات المجلس الشعبي الولاوي، وإن يحصل على نسخة كاملة أو جزئية على نفقته، وبخصوص انتخاب رئيس المجلس الشعبي الولاوي ألزمت المادة 60 منه المكتب المؤقت بان يلصق محضر النتائج النهائية لانتخابات الرئيس في مقر الولاية والبلديات الملحقات الإدارية و مندوبية البلديات وهو ما يجسد مبدأ الشفافية⁴.

ثالثا: آثار غياب الشفافية:

لغياب الشفافية في المعاملات كافة آثار سلبية مختلفة، فالحجز الذي يصيب ميزانية الدولة ما هو إلا نتيجة مباشرة للفساد، ينتج عنه ضعف النظام المصرفي، وعدم إتباع آليات صحيحة في الإقراض وعدم مراقبة ظاهرة غسل الأموال، وضعف النظام الضريبي الذي يتم عن طريق العلاقات غير المشروعة بين محصلي الضرائب ودافعيها والقائمين بأدائها. وقد اشتدت حدة التهرب نتيجة الفساد البيروقراطي وانعدام الشفافية، وكذلك عدم وجود نظام رقابي دقيق على الجمارك باعتبارها من المصادر الهامة للدخل القومي. ويتربأ أيضا عن غياب الشفافية في السياسات الاقتصادية هدر المال العام و الثروات الوطنية، وتراجع الاقتصاد و انعدام التنمية الاقتصادية؛ حيث لا يمكن تحقيق

¹ - عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، الجزائر، دار الجسور للنشر والتوزيع، ط1، 2012، ص164.

² - عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، المرجع السابق، ص190.

³ - قانون رقم 07-12 والمتعلق بالولاية، المؤرخ في 21 فبراير 2012، ج.ر العدد 12، الصادرة في 29 فبراير 2012

⁴ - عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، الجزائر، دار الجسور للنشر والتوزيع، ط1، 2012، ص. 190-191

تنمية اقتصادية شاملة أمام الدور الذي يقوم به الفساد عند غياب الشفافية في التأثير سلباً على النشاط الاقتصادي، وهو ما يمنع بالفعل خلق قطاعات منتجة، وتجاوز الاقتصاد الريعي، وهروب رؤوس الأموال و الاستثمارات، وزيادة حجم المديونية الخارجية و عدم إمكانية سداد الديون، تردي نظم التعليم و القضاء و الصحة التي تعتبر الركائز الأساسية لبناء المجتمع، وأخيراً الخلل في توزيع النفقات العامة على القطاعات المختلفة¹.

المطلب الرابع: علاقة الشفافية بالرقابة

يقصد بالشفافية عند ربطها بالرقابة قيام الجهة الخاضعة للرقابة أو القائمة بأعمال الرقابة بتوفير المعلومات والبيانات المتعلقة بنشاطها ووضعها تحت تصرف طالبيها من المختصين (منسوبي الرقابة)، ونشر هذه المعلومات والبيانات كاملة وعدم حجبها وتداولها عبر الأجهزة المختصة (ذات الصلة)، فيما عدا تلك البيانات والمعلومات التي يكون من شأنها الإضرار بمصالح الدولة مما يتوجب الاحتفاظ بسريتها وتداولها في نطاق معين ضيق جداً على أعلى مستويات إدارية تشريعية وتنفيذية. ويجب أن تعبر تلك البيانات والمعلومات عن مدى الدقة والصحة والواقعية في البيانات والمعلومات.

وقد عُرِّفَت الرقابة بأنها "العملية التي تسعى إلى التأكد من أن الأهداف المحددة والسياسات المرسومة والخطط والتعليمات الموجهة تنفذ بدقة وعناية، وأن النتائج المحققة تطابق تماماً ما تتوقعه الإدارة وتهدف إليه"². وتهدف الرقابة إلى تحديد النتائج المرغوبة للخطط، كما تهدف إلى تحديد الانحرافات، وعليه فإن الرقابة ضرورية لأي نشاط في التنظيم، وهي تتضمن تقييم ومتابعة وضبط الأنشطة للتأكد من تحقيق الأهداف المرسومة. ويتم ذلك من خلال التحقق من مطابقة الأداء الفعلي مع الخطة، وتحديد الفروق وتحليلها وفحصها وتحديد أسبابها لاتخاذ الإجراءات المناسبة للتصحيح. فالرقابة على الإدارة العامة عملية ضرورية وذات أهمية بالغة لاعتبارات عديدة أهمها:³

- أن الأداء العام عمل إنساني يقوم بتأديته عنصر بشري، وهو قابل للخطأ والانحراف، مما يستوجب مراقبته لتفادي الخطأ وتصحيح الانحراف.
- أن اتساع نشاط الإدارة العامة، وتنوع أعمالها، وزيادة عدد موظفيها، كل ذلك يستدعي مراقبة هذه النشاطات والأعمال للتأكد من أنها تسير وفقاً للخطة الموضوعة، ومن أن موظفي الإدارة يعملون وفقاً للأنظمة المحددة وبجودة عالية، وإذا ثبت خلاف ذلك يجري تصحيح الانحراف وتقويم الأخطاء.
- تتمتع الإدارة العامة بامتيازات وتمارس سلطات قد يؤدي سوء استخدامها إلى إلحاق الضرر بحقوق وحريات الآخرين، مما يستوجب ضرورة إخضاعها لرقابة فعالة لكي تبقى ضمن نطاق النظام، وتعمل لما فيه المصلحة العامة والخير العام، ولمنعها من التعسف والاستبداد. وتهدف الشفافية في مجال الرقابة إلى
- تعزيز الرقابة الإدارية وزيادة كفاءتها من خلال الدقة والوضوح في الإيرادات والممارسات الإدارية المعمول بها. وتوفير الوقت والتكاليف وتجنب الإرباك والفوضى في عمل الموظفين، وزيادة الثقة بنظرة الموظفين والمواطنين للتنظيم الإداري.
- إعطاء رؤية صادقة ودقيقة للمسؤولين عن سلامة الأداء الإداري والمالي ومدى الالتزام بالقوانين والأنظمة واللوائح والتعليمات.
- إصلاح أوجه القصور وتصحيح الأخطاء من خلال أداء رقابي فاعل يستهدف الوضوح في إعداد البيانات والمعلومات المالية وغير المالية ذات الصلة وتلخيصها في التقارير وتصحيح ما يشوبها.

¹ - عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص. 265.

² - عباس، علي، الرقابة الإدارية على المال والأعمال، الطبعة الأولى، مكتبة الرائد العلمية، عمان، الأردن، 2001، ص 20.

³ - حبيش، فوزي، الإدارة العامة والتنظيم الإداري، بيروت، دار النهضة العربية، 1991، ص 33.

- الإفصاح عن البيانات والمعلومات للجهات المختصة والرأي العام وفق شروط الإفصاح غير المضرة بمصالح الدولة مع مراعاة التوصيل للبيانات والمعلومات للمستخدمين في الوقت المناسب.
- تعزيز الدور الرقابي، بالالتزام بالقواعد المهنية والمعايير المحلية والدولية في سبيل إعداد البيانات والمعلومات المالية وغير المالية وتلخيصها والإفصاح عنها.
- تهيئة بيئة عمل صحية وتنمية وعي موظفي القطاع العام والمتعاملين معه بمختلف أشكال الفساد ومعرفة الأدوات والأساليب اللازمة لمكافحته، وتؤدي الرقابة دورها في تعزيز الشفافية من خلال:
- تقارير الرقابة التي تعدّها وتفصح عنها، وذلك باعتبار أن تقارير الأجهزة الرقابية واللجان المسؤولة عنها تمثل في مضمونها إفصاحا عن كافة البيانات والمعلومات التي يتوجب عرضها للتدليل على سلامة البيانات والمعلومات المالية وغير المالية أو قصورها ومخالفتها للقوانين واللوائح والمعايير.
- كما تعكس تقارير الأجهزة الرقابية أو اللجان الرقابية المسؤولة عنها التطبيق العلمي والعملية لمعايير الشفافية في كافة المعاملات ، وتبرز التقارير الرقابية الجوانب الايجابية في الأداء الحكومي وتدعمها وتعززها.

المبحث الثاني

مفهوم مبدأ حوكمة الشركات

إن حوكمة الشركات عبارة عن مصطلح تم البدء في استخدامه مع بداية عقد التسعينات من القرن الماضي، حيث تزايد استخدام هذا المصطلح بشكل واسع في السنوات الأخيرة منه ، وأصبح شائع الاستخدام من قبل الخبراء، كما أدت المشكلات التي نشأت نتيجة تضارب المصالح بين أعضاء مجالس إدارة الشركات وبين المالكين إلى زيادة الاهتمام والتفكير في ضرورة وجود مجموعة من القوانين واللوائح (ما اصطلح عليه بحوكمة الشركات)، والتي تعمل على حماية مصالح المساهمين والحد من التلاعب المالي والإداري الذي قد يقوم به أعضاء مجالس الإدارة والإدارات التنفيذية بهدف تعظيم مصالحهم الخاصة، وذلك باعتبارهم الجهة التي تمسك بزمام الأمور داخل الشركة¹.

ولاشك أنه هناك العديد من المصطلحات في اللغة الانجليزية نجد لها معنى واضحا ومتفقا عليه إلى حد الإجماع في اللغة العربية، ولكن في مقابل ذلك هناك العديد من المفاهيم التي لا توجد لها ترجمة حرفية في اللغة العربية ، تعكس ذات المعنى والدلالات التي تعكسها اللغة الانكليزية، وإن أحد الأمثلة الحية على هذه المفاهيم هو مصطلح (Governance) وعلى المستوى المحلي والإقليمي لم يتم التوصل إلى مرادف متفق عليه في اللغة العربية لهذا المصطلح ، وفي هذا السياق نجد خمسة عشر معنى في اللغة العربية لتفسير المصطلح المذكور وهي (حوكمة الشركة، وحاكمية الشركة، وحكامة الشركة، والتحكم المشترك، والتحكم المؤسسي، والإدارة المجتمعة، وضبط الشركة، والسيطرة على الشركة، والمشاركة الحكومية، وإدارة شؤون الشركة، والشركة الرشيدة، وتوجيه الشركة، والإدارة الحققة للشركة، والحكم الصالح للشركة، وأسلوب ممارسة سلطة الإدارة)². وقد تعددت التعاريف المقدمة لهذا المصطلح، بحيث يدل كل منها عن وجهة النظر التي يتبناها مقدم هذا التعريف، إذ لا يوجد على المستوى العالمي تعريف موحد متفق عليه بين المحاسبين والإداريين والقانونيين والمحللين الماليين لمفهوم حوكمة الشركات، لذلك سنعرف مبدأ حوكمة الشركات في المطلب الأول، ونخصص المطلب الثاني لخصائص الشفافية وهي امتداد لحوكمة الشركات، ونخصص المطلب الثالث لبيان الحاجة إلى الحوكمة لمواجهة الفساد.

المطلب الأول: تعريف مصطلح حوكمة الشركات

¹ - سليمان ، محمد مصطفى، حوكمة الشركات ومعالجة الفساد المالي والإداري، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، مصر، 2006، ص13.

² - الصالح احمد علي، بناء محافظ رأس المال الفكري من الأنماط المعرفية ومدى ملاءمتها لحاكمية الشركات في القطاع الصناعي المختلط في بغداد، أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية الإدارة والاقتصاد بجامعة بغداد كجزء من متطلبات شهادة الدكتوراه، فلسفة في إدارة الأعمال، 2006، ص117.

قدمت العديد من التعاريف لحوكمة الشركات في السنوات الأخيرة نظرا لشمولية هذا المفهوم و ارتباطه بالعديد من المجالات من جهة واختلاف الاتجاهات الثقافية والخلفيات الفكرية للمهتمين به من جهة أخرى، ف يرى البعض أن حوكمة الشركات هي توجيه أداء الشركات ورقابتها، والذي يركز على ارتباط حوكمة الشركات بقضايا الشركات المتمثلة بتوجيه ورقابة الأداء، وربما يعد التعريف الأسهل والأكثر شيوعا في هذا المجال هو التعريف المقدم من قبل لجنة (GADBURY)¹ في تقريرها الصادر سنة 1992 في المملكة المتحدة بشأن المظاهرة المالية لحوكمة الشركات حيث عرفت اللجنة حوكمة الشركات بأنها "النظام الذي يتم بواسطته توجيه و رقابة الشركات"².

ويركز البعض على الأطراف ذات الصلة بحوكمة الشركات، ويسلط الضوء على بعض المفاهيم التي تستند إليها، إذ تعد حوكمة الشركات وفقا لذلك: الطريق الذي يمكن لمجلس الإدارة والمدراء وكذلك المدققين في الشركة من خلاله تحمل مسؤولياتهم بكل عدالة وشفافية ومواجهة حملة الأسهم وأصحاب المصلحة الآخرين بشأن ذلك. وعرفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية حوكمة الشركات بأنها: ذلك النظام الذي يتم من خلاله توجيه و إدارة الشركات، ويحدد من خلاله الحقوق و المسؤوليات بين مختلف الأطراف مثل مجلس الإدارة والمديرين و المساهمين وغيرهم من أصحاب المصالح، كما أنه يحدد قواعد وإجراءات اتخاذ القرارات المتعلقة بشؤون الشركة، و كذلك تحديد الهيكل الذي يتم من خلاله وضع أهداف الشركة ووسائل تحقيقها وآليات الرقابة على الأداء³.

وفي الجزائر تم إصدار دليل حوكمة المؤسسات الجزائري، ومما جاء في هذا الميثاق أنه يستوجب على الشركات الجزائرية أن تثق بأن مصلحتها تكون في تبني ميثاق الحكم الراشد، ويندرج هذا الميثاق في سياق القوانين والنصوص التنظيمية السارية المفعول، موجهة أساسا للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الخاصة، وتترك الحرية للشركات الأخرى في العمل به، وقد قامت مجموعة عمل حوكمة الشركات بإطلاق مركز حوكمة الجزائر" في أكتوبر 2010 بالجزائر العاصمة والذي تأسس ليكون بمثابة منبر لمساعدة الشركات الجزائرية على الالتزام بمواد الدليل، واعتماد أفضل ممارسات حوكمة الشركات⁴. وعرفت دليل حوكمة المؤسسات الجزائري ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة على أنه: "عبارة عن فلسفة تسييرية ومجموعة من التدابير العملية الكفيلة في آن واحد لضمان استدامة وتنافسية المؤسسة، بواسطة تعريف حقوق وواجبات الأطراف الفاعلة فيها، وتقاسم الصلاحيات والمسؤوليات المترتبة عن ذلك"⁵.

المطلب الثاني: خصائص الشفافية والإفصاح وهي امتداد لمبدأ الحوكمة⁶.

إن من بين أهم خصائص الشفافية والإفصاح باعتبارها امتدادا لمبدأ الحوكمة نجد؛

- الانضباط، بإتباع السلوك الأخلاقي والصحيح.
- الشفافية بتقديم الصورة الحقيقية لكل ما يحدث وينفذ.
- الاستقلالية، بعدم وجود تأثيرات وضغوطات غير لازمة للعمل.

¹ - لجنة كادبوري هي لجنة تدقيق الشؤون المالية للشركات البريطانية وتتضمن ممثلين عن مستويات الصناعة البريطانية وتتحدد مهمتها في وضع الممارسات التي تساعد الشركات على تحديد وتطبيق الرقابة الداخلية من أجل منع حدوث الانحرافات والتلاعب وتجنب الخسائر في هذه الشركات. علاء فرحان طالب، إيمان شبحان المشهداني، الحوكمة المؤسسية والأداء المالي الاستراتيجي للمصارف، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 29.

² - علاء فرحان طالب، إيمان شبحان المشهداني، المرجع نفسه، ص 28.

³ - موسي سهام،، خالدي فراح، أثر تطبيق قواعد الحوكمة على الإفصاح المحاسبي وجودة التقارير المالية، بطاقة مشاركة في المتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 06-07 مايو، 2012، ص 05.

⁴ - مركز المشروعات الدولية الخاصة، حوكمة الشركات قضايا واتجاهات، نشرة دورية للشرق الأوسط وشمال افريقيا، العدد رقم 21، 2011، ص 2-6، من الموقع الالكتروني: http://www.hawkama.net/files/pdf/CGT_21_AR.pdf ، يوم 2016/11/21.

⁵ - وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعات التقليدية، ميثاق الحكم الراشد للمؤسسات في الجزائر، الجزائر، 2009، ص 16.

⁶ - طارق عبد العال حماد، حوكمة الشركات -المفاهيم، المبادئ، التجارب-، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 23.

- المساواة، بإمكانية تقييم وتقدير أعمال مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية.

- المسؤولية، وتكون أمام جميع الأطراف ذوي المصلحة .

- العدالة، باحترام حقوق مختلف المجموعات أصحاب المصلحة في المنشأة.

- المسؤولية الاجتماعية: أي النظر إلى الإدارة أو الشركة كمواطن جيد.

المطلب الثالث: الحاجة إلى الحوكمة لمواجهة الفساد

هناك مبررات ودواعي إلى الحوكمة كسبيل لمجابهة ظاهرة الفساد، وعليه يمكن التطرق لتلك الأسباب في العناصر التالية؛

أولاً: أسباب ظهور الحاجة لحوكمة الشركات:

هناك جملة من الأسباب والتداعيات التي أدت إلى ظهور الحاجة إلى حوكمة الشركات، نذكر منها:

(أ)- حيث كشفت الأزمات المالية والانهيئات الأخيرة التي تعرضت لها الكثير من الشركات العالمية في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة وكذلك الدول الأوروبية، عن الكثير من حالات الفساد، ولاسيما الفساد المالي والمحاسبي، الأمر الذي كان له الأثر السيئ في الكثير من المجالات، أبرزها المجالات الاقتصادية، حيث اتسمت عملية جذب المستويات الكافية لرؤوس الأموال في تلك الشركات بقدر كبير من الصعوبات؛ نظراً لتكبد حملة الأسهم فيها خسائر مالية فادحة انعكست سلباً على مصداقية الشركات المستثمر فيها وأسواق رأس المال من خلال توجه المستثمرين الحاليين و المرتقبين للبحث عن منافذ استثمارية بديلة¹.

(ب)- تعدد الأساليب المستخدمة في إدارة شؤون الشركات والمعايير التي تحكم سلوكيات الأفراد العاملين فيها ضمن المستويات الإدارية كافة ومستوى تنفيذهم للمسؤوليات المناطة بهم من الأسباب التي كانت وراء الأزمة المالية و انهيار الشركات، فقد كان الولاء غير الموجه إلى المكان والشخص المناسبين يقع في قلب الأزمات الأخيرة التي تعرضت لها الشركات، فالموظفون والمدراء العاملون فيها كانوا قد منحوا ثقتهم إلى أشخاص غير مؤتمنين على واجباتهم داخل الشركات تجاه حملة الأسهم وإطاعة القوانين، في الوقت الذي كان بإمكان هؤلاء الموظفين والمدراء إثارة التساؤلات حول مختلف القضايا المشكوك في مصداقيتها وانسجامها مع مصالح حملة الأسهم والآخرين من أصحاب المصلحة.

(ت)- تعدد عدم الشفافية ونشر المعلومات المالية وغير المالية، من بين الأسباب التي قادت إلى حصول أزمة الثقة في أعلاه، والتي طالت مجالس الإدارة والإدارات التنفيذية والمراقبين في الشركات.

ثانياً: دور آليات الحوكمة في محاربة الفساد

تأتي أهمية دراسة علاقة الفساد الإداري بالحوكمة في أن الفساد الإداري يمثل واحداً من التهديدات الرئيسية ضد التنمية والإنصاف والاستقرار الاجتماعي والعدالة، وهذه التهديدات تصيب الأجهزة الحكومية والقطاع الخاص على حد سواء باعتبارهم شركاء في عملية التنمية، وتحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي في الدولة؛ لذلك كان تبني مفهوم حوكمة الشركات أمراً ضرورياً لمواجهة حالات الفساد المالي والمحاسبي الذي تعاني منه معظم الشركات.

¹ - حفلت فترة الثمانينات والتسعينيات أمثلة على حالات الفساد المذكورة والتي ارتبطت بأسماء كبريات الشركات العالمية أمثال شركة MAXWELL وشركة BCCI وشركة POLLY PECK في المملكة المتحدة وشركة GREDIT LYONNAIS في فرنسا وشركة METALGESELLSHAFT في ألمانيا فضلاً عن فشل البنك التجاري الكندي في حين تمثلت حصة اليابان في فشل شركة YAMAICHI ثم أزمة القروض والمدخرات في الولايات المتحدة الأمريكية، و حالات أخرى لشركات مماثلة عبر الأزمات المالية التي اجتاحت غرب آسيا في النصف الثاني من سنة 1997 والتي أثارت الشكوك حول إمكانية الاعتماد على الكشوفات المالية للشركات، و دور كبرى شركات المحاسبة والتدقيق الدولية في إعداد التقارير بشأن ذلك. بن الطاهر حسين، بوطلاعة محمد، دراسة أثر حوكمة الشركات على الشفافية والإفصاح وجودة القوائم المالية في ظل النظام المحاسبي المالي، الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري 06-07 مايو 2012، جامعة محمد خيضر - بسكرة.

1- الأعمدة الأساسية لحوكمة الشركات:

وهي الأساس الذي تركز عليه الحوكمة الرشيدة في الشركات، وتتمثل في¹:

أ/المسؤولية: أي المسؤوليات التي لا بد أن يتحلى بها كل من أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية وحتى الموظفين بالشركة على ضوء المهام المنصوص عليها لهم في الوصف الوظيفي قبل التوظيف. ومن أهم صور المسؤولية تكون من قبل المساهمين لمجلس الإدارة الذي هو بدوره يكون مسئولاً عن الإدارة التنفيذية في الشركة، وتمثل هذه المسؤولية نوع من الضبط للمؤسسة أو الشركة.

ب/العدالة: حيث أنه بتوافر العدالة في المؤسسة يؤمن ذلك وجود بيئة عمل صحية، تتسم بالإيجابية وبالممارسة السليمة للأعمال اليومية للمؤسسة. وذلك يعزز انتهاز العاملين والمسؤولين في المؤسسة منهاج السلوك القويم في التعامل مع الوظائف الموكلة اليهم.

ج/الشفافية: فلا بد من الإفصاح الفوري عن كل المعلومات الجوهرية التي يكون لها تأثير على اتخاذ القرار بشأنها، ولا بد أن تكون هذه المعلومات واضحة ومنطقية وذات دلالات مفهومة للجميع.

ح/المحاسبة: بالمحاسبة يكون الالتزام بالقوانين والقرارات الصادرة من الجهات التشريعية أو المؤسسة نفسها من قبل الموظفين والمسؤولين فيها أكثر. ولكي يكون الأمر واضح لدى الجميع لا بد من أن تكون هذه القوانين والإجراءات والقرارات وحتى العقوبات واضحة وصريحة ومتاحة للجميع. وتختلف الجهات المسؤولة عن محاسبة الشركات فهي قد تكون من قبل السوق المالية، أو عن طريق المساهمين، أو من خلال مجلس الإدارة للإدارة التنفيذية للشركات.

وقد حدّد ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر المعايير الأساسية للحكم الراشد في المؤسسة، وتتمثل في أربعة عناصر هي²:

أ/ الانصاف: يعني توزيع الحقوق والواجبات بين الأطراف الفاعلة في المؤسسة بطريقة منصفة وفاعلة.

ب/الشفافية: أي أن الحقوق والواجبات، والصلاحيات والمسؤوليات ينبغي أن تكون واضحة وشفافة للجميع.

ت/المسؤولية: يعني أن مسؤولية أي فرد محددة بأهداف دقيقة.

ث/التبعية: أي أن كل طرف فاعل مسؤولاً أمام الآخر فيما يمارس من خلاله المسؤوليات المنوطة له.

2- آليات الحوكمة لمحاربة الفساد

لمواجهة الانحراف والفساد في الشركات يلجأ المساهمون لتعديل سلوك الإدارة السليبي وذلك للحفاظ على مصالحهم باتخاذ تدابير تقييمية ورقابية عن طريق إنشاء نظام حوكمة الشركات الذي يملك آليات وأدوات رقابية وإشرافية داخلية تعتمد على مجالس الإدارة والرقابة التبادلية بين الإدارة من رئيس ومروؤوس والمدققين الداخليين في الشركات، وكذا الرقابة المباشرة من المساهمين، واللوائح والنظم الأساسية للشركات؛ وكذلك أدوات رقابية خارجية ممارسة من قبل الهيئات الرقابية في الأسواق المالية والبنوك المركزية، والمدققين الخارجيين للشركات³.

المبحث الثالث

مفهوم المساءلة وعلاقتها بالرقابة والفساد الإداري

إن مبدأ المساءلة يمدنا بالحق في الاستفسار عن تصرفات الآخرين الإدارية كما يمنحهم في شرح وجه نظرهم حول سلوكياتهم وتصرفاتهم المتعلقة بأداء أعمالهم.

المطلب الأول: تعريف المساءلة

¹ - مركز عمان حوكمة الشركات - اتحاد الشركات الاستثمارية-، كتاب حوكمة الشركات، مكتبة آفاق، عمان، الأردن، 2011م، ص 49-50.

² - وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعات التقليدية، مرجع سابق، 2009، ص 27.

³ - مركز عمان حوكمة الشركات - اتحاد الشركات الاستثمارية-، مرجع سابق، ص 41-42. نظام الرقابة الداخلي: هو النظام الذي يعنى بقيام الشركة بالالتزام في أعمالها والتمسك بمعايير الجودة والانضباط في الممارسات الإدارية. نظام الرقابة الخارجي: هو النظام الذي تضعه الجهات الخارجية والذي يهدف إلى التأكد من التزام المؤسسات في ممارسة أعمالها بالقوانين والإجراءات التي تضعها.

نتطرق للمساءلة في المعنى اللغوي ثم في المعنى الاصطلاحي، كما يلي؛

أولاً: المساءلة في اللغة

سألَ يسألُ سُؤالاً وسألَةً وسألًا وسألَةً ، وسألَ يسألُ ، فهو مُسألٌ، والمفعول مُسألٌ، وسأله عن أمر استخبره عنه، سأله عنه، استعلمه عنه، وسأله عن قضية ما¹.

ثانياً: المساءلة في الاصطلاح:

هي مساءلة طرف من أطراف العقد أو الاتفاق للطرف الآخر وذلك بشأن نتائج أو مخرجات ذلك العقد والتي تم الاتفاق على شروطها من حيث النوع والتوقيت ومعايير الجودة. وتعرف نظم المساءلة على أنها واجب المسؤولين عن الوظائف الرسمية (سواء أكانوا منتخبيين أم معينين، وزراء أم موظفين ومن في حكمهم) في تقديم تقارير دورية حول سير العمل في المؤسسة أو الوزارة، بشكل يتم فيه توضيح قراراتهم وتفسير سياساتهم، والاستعداد لتحمل المسؤوليات المترتبة على هذه القرارات، والالتزام بتقديم تقارير عن سير العمل في مؤسستهم، يوضح الإيجابيات والسلبيات، ومدى النجاح أو الإخفاق في تنفيذ سياساتهم في العمل. كذلك يعني المبدأ حق المواطنين العاديين في الحصول على هذه التقارير والمعلومات اللازمة، عن أعمال جميع المسؤولين في الإدارات العامة، مثل النواب، والوزراء، والموظفين الحكوميين، وأصحاب المناصب. ويهدف ذلك إلى التأكد من أن عملهم يتفق مع قيم العدل والوضوح والمساواة، والتأكد من توافق أعمالهم مع الحدود القانونية لوظائفهم ومهامهم، حتى يكتسب هؤلاء الشرعية والدعم المقدمين من الشعب، لضمان استمرارهم في عملهم على هذه الأسس².

وتم تعريف المساءلة من قبل برنامج الأمم المتحدة الإنمائي على أنها الطلب من المسؤولين تقديم التوضيحات اللازمة لأصحاب المصلحة حول كيفية استخدام صلاحياتهم وتصريف واجباتهم، والأخذ بالانتقادات التي توجه لهم وتلبية المتطلبات المطلوبة منهم وقبول بعض المسؤولية عن الفشل وعدم الكفاءة أو عن الخداع والغش³ وعرفت بأنها: الاستعداد لقبول اللوم عن الفشل أو قبول الثناء والتقدير عن النجاح والانجاز، وتشمل شرحا وتفسيرا للأسباب المؤدية لذلك، وما يجب فعله لتصحيح مثل هذا الموقف⁴. فالمساءلة تعني المحاسبة، وأن الفرد لا يكون مسؤولاً أمام نفسه، بل يجب المحاسبة على تحقيق الآخرين لمسؤولياتهم، وهذا يعني أن يتحمل الفرد مسؤولية ما يسند إليه من أعمال وما يتبعها من مهام تتطلبها تلك المسؤولية، وذلك طبقاً للشروط والمواصفات التي قد سبق الموافقة عليها⁵. فيتمثل الهدف من وراء المساءلة معرفة الجهة المسؤولة ونوع المسؤولية وطبيعة السلوك الذي يعد غير قانوني، والحفاظة على حقوق المواطنين في مواجهة تعسفات الإدارة وتمكينهم من مساءلة المسؤولين في مختلف مواقعهم.

المطلب الثاني: الرقابة والمساءلة والعلاقة بينهما

يمكن تعريف الرقابة بالنظر إلى المساءلة بأنها: عملية تمارسها هيئة الرقابة على تصرفات أجهزة السلطة التنفيذية بالأموال العامة من خلال التدقيق والفحص والمراجعة والمتابعة والبحوث التقويمية لضمان صحة هذه التصرفات وتحسين كفاءتها سواء في مجال استخدام القوى البشرية أو الموارد المادية ومطابقة الانجازات المتحققة مع الأهداف المجتمعة المرسومة أو المرغوبة وبما يؤدي الى صيانة هذه الأموال.

¹ - ابن منظور، أبي الفضل محمد بن مكرم الأفرقي، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت، (1956م)، مادة سأل.

² - عبير مصلح، النزاهة والشفافية والمساءلة في مواجهة الفساد، ط 2 ، إصدار الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة / أمان، رام الله 2010، ص110.

³ - برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، إدارة الحكم في الدول العربية POGAR، مجالات العمل،

<http://www.pogar.org/arabic/governance/transparency-and-accountability.aspx>، 2011/5/1، 2011/5/1.

⁴ - أحوار شيد، عالية خلف ، المساءلة والفاعلية في الإدارة التربوية ، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع ، 2006، عمان، الأردن، ص33.

⁵ - فارس بن علوش، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العلوم الإدارية، المملكة العربية السعودية، 2010م، ص9.

والمساءلة موجودة سواء وجدت الرقابة أم لا توجد، إلا أن الربط بين المساءلة والرقابة جاء لإضفاء الفعالية على مضمون المساءلة من خلال الرقابة، وحتى يصبح المسؤولون عرضة للاستجواب بشأن قيامهم بالمسؤوليات المخولة لهم. وتعد آلية المساءلة إحدى أهم أدوات الرقابة في إطار مكافحة الفساد، فهي تعد معياراً ضابطاً للأداء الحكومي، وأداة تقييمية للأشخاص العاملين في مؤسسات الدولة المختلفة، عندما تتم محاسبتهم من قبل الهيئات المخولة بذلك رسمياً، أو من قبل مؤسسات المجتمع المدني والرأي العام، للحد من المخروقات والانحراف في عمل الحكومة التي قد تحيد عن مسارها الصحيح، إذا ما ضعفت أشكال المحاسبة، أو جرى الحد منها عمداً. ومن الأمثلة على تطبيقات هذه الآلية ما تنص عليه معظم الدساتير في العالم فيما يتعلق بإلزام الحكومة بتقديم تقارير دورية عن أعمالها الكبرى أمام المفوضين من قبل الشعب¹.

وفي سبيل اضطلاع أجهزة الرقابة بدورها في تعزيز المساءلة في محتواها وعلى وحداتها الخاضعة للرقابة، لا بد من أن تستند في ذلك إلى مجموعة من الأدوات تتمثل أهمها في ما يلي²:

- التحديد الواضح لمهام الأجهزة الرقابية المختلفة، وذلك لمنع حدوث تداخل في اختصاصات أجهزة الرقابة في الدولة وتدعيم سبل التعاون بينها.
- دعم استقلالية الأجهزة الرقابية في أداء أعمالها لحمايتها من التبعية لأي جهة أخرى مما يؤثر على فاعلية دورها الرقابي المحايد، والعمل على استقرار النائب في وظيفته؛ لأن عدم استقرار المراقب في وظيفته وقابليته للعزل والنقل لأسباب لا علاقة لها بالكفاءة، تؤثر على مهمته.
- العمل على حسن اختيار منسوبي الأجهزة الرقابية وتطوير مهاراتهم المهنية وترقية مؤهلاتهم بشكل مستمر، مما يساعد على تقليل فرص حدوث الأخطاء والانحرافات ويصبح من السهل اكتشافها فور حدوثها.
- الحرص على التطبيق السليم للقوانين والأنظمة التي تنظم العمل بشفافية ونزاهة، وإبراز التغيرات القانونية في قانون النظام المالي والإداري للدولة والعمل على سدها من خلال تطوير واقتراح التشريعات والقوانين والأنظمة التي تكفل تحقيق الشفافية والنزاهة والمساءلة وفق المتطلبات المعيارية.
- من الواجب والمصلحة أن تعمل الأجهزة العليا للرقابة نفسها باستمرار بالتوافق والتعاون مع أصحاب الشأن على تدعيم استقلاليته وفعاليتها ومصادقيتها، كي تنحصر بشكل مضمون ومأمون في ترسيخ الشفافية والمساءلة في محيطها، فإنه ليس من المعقول والمقبول أن تتحول إلى سلطات طاغية قد تكون هي أولى ضحاياها، ولا إلى معامل لطبع الأوراق أو هيئات ديكرورية مهمشة ضررها المادي والمعنوي أكثر من نفعها العملي، ولذلك من المنطقي والطبيعي أن تعطي الأجهزة العليا للرقابة القدوة والمثال في تبني معايير الاستقلالية والفعالية والشفافية والمساءلة، كي تعزز من جدوى و مصداقية السعي نحو ترسيخ دورها وموقعها في مشهد الحكامة العمومية.

المطلب الثالث: منافع تفعيل المساءلة:

¹ - عبير مصلح - النزاهة والشفافية والمساءلة في مواجهة الفساد، ط 2، إصدار الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة / أمان، رام الله 2010، ص 59-60. وقد نصت على مراقبة البرلمان لعمل الحكومة المادة 113 من الدستور الجزائري حيث جاء فيها: "يراقب البرلمان عمل الحكومة وفقاً للشروط المحددة في المواد 94 و 98 و 151 و 152 من الدستور".

² - فياض حمزة الرملي، دور الرقابة المالية العامة في تعزيز الشفافية والمساءلة ومكافحة الفساد بحث منشور على الموقع www.maqalaty.com بتاريخ : 29-03-2017، الوقت 17:20:58.

وجب على مختلف الحكومات في مختلف البلدان العمل على تعزيز قيمة المساءلة داخل دواليب دولهم قصد نشر ثقافة مكافحة الفساد ومحاصرته وترسيخ أخلاق النزاهة والصراحة وتوطيد الثقة مع جعلها شائعة ما بين مختلف شرائح المجتمع، ويمكن تلخيص منافع تفعيل عملية المساءلة في¹:

- تحسين الأداء
 - تعزيز الشعور بالجدارة والكفاءة على مستوى الأفراد والمنظمات
 - تساعد على الإبداعية والابتكار وحب تحقيق الذات لدى العاملين
 - مشاركة الموظفين في عملية صنع القرارات الإدارية
 - تحسين الجانب المعنوي لدى الأفراد مما يعزز الولاء للمنظمة والعمل
 - بيان وتوضيح الأدوار والمسؤوليات للأطراف المشتركة
 - وجود وصف وظيفي لكل وظيفة إدارية
 - وجود نظام لرفع التقارير للجهات ذات العلاقة
 - مناقشة النتائج بين أفراد المنظمة
- وتواجه المساءلة معوقات وليدة تراكمات تاريخية للجوانب الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والثقافية للمجتمع الذي تعمل فيه

الإدارة ومن أهمها²:

1- معوقات إدارية وبنوية تتعلق بالجهاز الإداري ومنها:

- أ - سطوة المركزية الشديدة وضعف اللامركزية
- ب - ضعف التخطيط الشامل
- ت - صعوبة تفعيل الرقابة والإشراف الإداري وتضخم حجم الجهاز الإداري
- ث - تعقيد اللوائح والإجراءات
- ج - ضعف الحماية الممنوحة للأشخاص الذين يمارسون أعمال المساءلة
- ح - كثرة القوانين والنظم والتعليمات والتضارب فيما بينها أحيانا.

2- معوقات اجتماعية وثقافية ومنها:

- أ - هيمنة الولاءات الاجتماعية وشيوع المحاباة والمحسوبية في عمل الإدارة العامة.
- ب - انخفاض مستوى رواتب العاملين مقارنة بارتفاع تكاليف المعيشة وظهور الفساد.
- ت - ضعف التدريب وتعميم ثقافة المساءلة.
- ث - ضعف التنشئة الاجتماعية للموظفين الجدد وخاصة في مجال المساءلة.
- ج - انتشار الفساد دون تفعيل مفهوم المساءلة.

خاتمة:

¹ - كاوه محمد فرج قرداغي، أثر الشفافية والمساءلة على الإصلاح الإداري، 2011، منشور على الموقع: <https://www.cipe.org>

² - كاوه محمد فرج قرداغي، المرجع نفسه، ص 6-7.

إن الشفافية والمساءلة وحوكمة الشركات، مفاهيم مركزية ووسائل أساسية لمكافحة الفساد؛ فكلهم يجعلون مصالح المواطنين في مأمن من التلغ والضياغ، كما تغزز كل منهم الأخرى، فالشفافية هي نقيض الغموض، وتعني توفير المعلومات الكاملة عن الأنشطة العامة للصحافة والرأي العام والمواطنين الراغبين في الاطلاع على أعمال الحكومة دون إخفاء، حيث نجد تقارير الأجهزة الرقابية أو اللجان الرقابية المسؤولة عنها تعكس التطبيق العلمي والعملية المعايير الشفافية في كافة المعاملات، وتبرز التقارير الرقابية الجوانب الايجابية في الأداء الحكومي وتدعمها وتعززها.

وتكون المساءلة تقصياً وراء مخالفات متنوعة سواء مالية أو إدارية أو مخالفات تتعلق مباشرة بإعاقة عمل أجهزة الرقابة المالية العامة، وقد تقتصر المحاسبة فيها على العقاب وفق اللوائح الإدارية أو تمتد إلى القضاء العام المختص. وبذلك تسهم المساءلة بشكل فاعل في مكافحة الغش والفساد وتدعيم الشفافية لتكون العلاقة بين مفهومي المساءلة والشفافية علاقة تبادلية طردية فكلما زاد معدل الشفافية زاد مستوى المساءلة والعكس صحيح.

دور القاضي الإداري في صناعة القواعد القانونية

The role of the administrative judge in the establishment of legal rules

محمد أمين زيان، طالب باحث في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة يحيى فارس المدية، الجزائر.

أستاذ مؤقت، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة علي لوئيسي البلدية 02، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/11/11 - تاريخ المراجعة: 2017/12/01.

ملخص:

لا تقتصر وظيفة القاضي الإداري على مجرد تطبيق النصوص القانونية أو تفسير الغموض الذي يكتنفها، وإنما يمتد هذا الدور إلى ابتداء الحلول وخلق النظريات، بحكم أن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي، وإنما على الأغلب هو قضاء تكويني، إنشائي خلاق للقواعد القانونية، في سبيل الفصل في القضايا المطروحة عليه وتوسيع بوتقة مصادر المشروعية، وفق مراحل معينة، خلافا للقاضي العدلي، تحاشيا لإنكار العدالة.

مرد منح هذه السلطة للقاضي الإداري، هو الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري، لاسيما في ظل المنشأ القضائي لقواعده، الأمر أدى للاختلاف حول الطبيعة القانونية للقاعدة القانونية القضائية ومقارنتها بالتشريع، غير أن صنع القواعد القضائية، لا تكون بطريقة عشوائية، وإنما بإتباع أحكام و ضوابط معينة، حتى لا تمس الحقوق والحريات، وأمثلة القواعد القضائية عديدة ومتنوعة: كالعيوب اللاحقة بالقرار الإداري، نظام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ والمخاطر، قرينة التظلم الإداري المسبق على القرارات القضائية، نظرية العلم اليقيني والغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة العامة.

الكلمات الدالة:

القانون الإداري، القضاء الإداري، المنازعة الإدارية، القرار القضائي المبدئي، الاجتهاد القضائي، المشروعية الإدارية والحريات.

Abstract:

The role of the administrative judge is not limited to the application of legal texts or the interpretation of the ambiguity that surrounds them. His role extends to the creation of solutions and theories, since administrative judiciary is not merely applied but rather creative. In order to resolve cases and expand the potency of legal sources and avoid the denial of justice, the administrative judiciary, as opposed to the judge, has to devise legal rules, following specific steps.

The power to grant this authority to the administrative judge is due to the special nature of the Administrative Law, particularly in regards to the judicial origin of its rules. This has led to a debate over the legal nature of the judicial legal basis and its comparison with legislation. However, the establishment of judicial rules is not arbitrary. It is based on specific rules and parameters, in order to preserve the rights and freedoms. As example of judicial rules are numerous and varied, such as the defects related to administrative ruling, the administrative liability system on the basis of error and risk, the presumption of pre-administrative grievance on judicial decisions, the theory of fine science and the threatening fine in the law in facing public administration.

Keywords:

Administrative Law, Administrative Judiciary, Administrative Dispute, Preliminary Judicial Decision Judgments, Administrative Legitimacy and Freedoms.

مقدمة:

لا يمكننا الحديث عن القانون الإداري واستقلاليته، ونظام الازدواجية القضائية ككل دون الحديث عن القضاء الإداري، الذي زرع نواته منذ إثبات عجز قواعد القانون المدني وعدم مواكبتها للتطبيق على الروابط القانونية والمنازعات الناشئة بين الأفراد والجهات الإدارية، في وقائع قضية البنت التي تدعى: " إيجينز بلانكو " وما يليها من قرارات، والفضل يعود في ذلك لمجلس الدولة الفرنسي، بعد مخاض عسير، في ظل سيطرة الإمبراطور ، في الفصل في القضايا الناشئة آنذاك.

إن أهمية القضاء الإداري لا تقف عند المساهمة في نشأة القانون الإداري ، بل يتجاوز ذلك إلى تطوير قواعده و سد النقص الذي يشوبه و يسفر الغموض الذي يكتنفه ، مخالفا بذلك أصول العمل القضائي التقليدي الممثل في الوظيفة القضائية ، التي تقتصر على إفراغ النصوص التشريعية ، ونقلها من حيز السكون إلى حيز الحركة ، فأصبح القاضي الإداري يمارس إضافة لوظيفته التقليدية وظيفة الابتكار و الابتداء ، و خلق الحلول بفعل النقص المسيطر على النصوص المتفرقة للقانون الإداري ، التي لم تغطي كل موضوعاته ، انطلاقا من أن المشرع في المواد الإدارية ، يقتصر عمله على سن القواعد العامة ، ويترك للقاضي الإداري سلطة تفسيرها ، وخلق الحلول للمشاكل التي تصادف إعمالها في المنازعات الإدارية ، الأمر الذي يزيد من فضولنا للوقوف عن حقيقة دور القضاء في مادة المنازعات الإدارية. فإلى أي مدى يساهم القاضي الإداري في صناعة القواعد القانونية المتعلقة بالمادة الإدارية؟. أو بصيغة أخرى: أي دور للقاضي الإداري في مادة المنازعات الإدارية ؛ تطبيق أم ابتكار القاعدة القانونية ؟.

هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذه الورقة البحثية بتقسيمها إلى مبحثين، نخصص الأول للإطار المفاهيمي لاجتهاد القاضي الإداري، في حين نخصص الثاني لأحكام الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية ، برهنة لأسبقية نشأة القضاء الإداري على ابتداء القانون الإداري، وذلك على النحو التالي.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي لاجتهاد القاضي الإداري

وظيفة القضاء منذ ظهور مفهوم الدولة و السلطة، هي الفصل في المنازعات المعروضة عليه، وفي سبيل تحقيق ذلك قد يواجه عمله فرضيتين ، تكمن الفرضية الأولى في وجود نص قانوني صادر عن السلطة المختصة يتكيف مع طبيعة النزاع ، و حينها يستوجب على القاضي عموما إسقاط النصوص على الوقائع و تطبيقها تحليلا و استنباطا ، وذلك في حالة ما إذا كانت النصوص واضحة ، أما في حالة غموضها ، فيستوجب الأمر على القاضي - وبالأخص في المنازعات الإدارية - تفسيرها أولا ثم تطبيقها على النزاع ثانيا، الأمر الذي نستطيع من خلاله القول أن القاضي طبق القانون على المنازعة المعروضة عليه، تحاشيا لإنكار العدالة¹.

أما الفرضية الثانية، فتكمن في غياب نص يطبق على النزاع، ويتحقق هذا الفرض بكثرة في المنازعات الإدارية ، فهنا يستوجب على القاضي الإداري البحث عن القاعدة القانونية في مسائل مشابهاة أو تشريعات أخرى مماثلة ، ويستفيد من الحلول المطبقة لتمثلها في سبيل حل القضية المطروحة، وفي حال عدم وجود نصوص مشابهاة - لاسيما في ظل قواعد التقنين المدني بما ينسجم مع طبيعة المنازعات الإدارية - فما عليه إلا ابتكار وإنشاء القاعدة القانونية تحاشيا لإنكار العدالة ، بما يجعل من القضاء الإداري قضاء مبدعا تكوينيا خلافا للنظريات والقواعد القانونية، في سبيل توسيع بوتقة مصادر المشروعية²، وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث لمفهوم الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية بحيث نعالج تعريف الاجتهاد القضائي الإداري (المطلب الأول)، أسباب وطبيعة الاجتهاد القضائي (المطلب الثاني)، مراحل صنع القاعدة القانونية القضائية (المطلب الثالث)، وكمطلب رابع عرض صور ونماذج لقواعد قضائية اجتهادية بمعرفة القضاء الإداري، وهو ما سنحاول التطرق إليه بنوع من الاختصار على النحو التالي:

¹ أشارت إليه: ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، مذكرة ماجستير، فرع القانون المعق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2015-2016 ، ص 13 و ما بعدها.

² مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، مبادئ القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 44 ، 45.

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية

إن الاجتهاد القضائي مصطلح مركب من نعت ومنعوت، فالاجتهاد هو المنعوت أي الموصوف و " القضائي " هو النعت و " الإداري " منعوت ثان، وعليه نستطيع تعريف " الاجتهاد القضائي الإداري " بتقسيم هذه العبارة إلى ثلاثة أجزاء، وذلك على النحو التالي:

مصطلح "الاجتهاد" من حيث اللغة هو: "بذل الجهد واستفراغ الوسع" أي "بذل الطاقة في الوصول إلى المراد"، وهذا المصطلح لا يطلق إلا على عمل فيه مشقة، وعليه يكون المجتهد هو: "كل من كان أهلا للاجتهاد واستنباط الأحكام من مصادرها"¹. معنى الاجتهاد فقها مختلف فيه من حيث المبنى، متفق عليه من المعنى، وعلى العموم نعي به: "استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية"، أما التعريف التشريعي فيغيب تماما عن الساحة، نظرا لكونه لا يدخل في صميم عمل المشرع²، بل اكتفى هذا الأخير بوضع المادة الافتتاحية من التقنين المدني الجزائري، التي ألزمت القاضي - سواء كان عدليا أو إداريا - بالفصل في المنازعة وفق النص التشريعي، وإذا لم يجد، فبمبادئ الشريعة الإسلامية، ثم العرف، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة³. أما من حيث التعريف القضائي، فنلاحظ غياب تعريف حربي للاجتهاد، لكن لكل دارس قانون اكتشاف مجال تطبيقه في العلوم القانونية في عدة قرارات قضائية⁴.

مصطلح القضاء في اللغة هو: "الحكم" و"القاضي" هو "الفصل في الأمور" إذ يقال: "استقضى فلان فلانا، أي جعله قاضيا بين الناس، والقضايا هي الأحكام" أما من حيث الفقه، فيعرفه "عاطف البنا": "للقضاء عدة معاني، ولا نقصد بالقضاء كمصدر للقانون، المعنى العضوي الذي ينصرف إلى أعضاء الهيئات القضائية، وإنما المقصود هو القضاء بمدلولاته الموضوعية، التي تنصرف من ناحية إلى الحكم في نزاع معين معروض على القاضي، وينصرف من ناحية أخرى إلى اطراد الأحكام واستقرارها"⁵. أما بالنسبة لمصطلح "الإداري"، فنظرا لكونه صادر عن جهات التقاضي الإدارية، في نقاط لم تعالجها النصوص القانونية، تحل مشاكل وقضايا مطروحة على المحاكم في قرارات قضائية، يطلق عليها بتسمية "الأحكام الأساسية أو الأحكام ذات المبادئ"⁶. وعند جمع المصطلحات المذكورة أعلاه، نستطيع تعريف "الاجتهاد القضائي الإداري" على أنه: "مساهمة القضاء أو إضافات القضاء الإداري ونتائج مشقته ووسعه في تفسير القانون وسد النقص الذي يكتنفه، أو تكملة القواعد أو تفسيرها تحقيقا لوحدة المنظومة القانونية، بقرارات منشئة لا مفسرة تعتبر مصدرا للقانون الإداري"⁷.

المطلب الثاني: أسباب وطبيعة الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية

يمكن رد أسباب بروز الدور الاجتهادي للقاضي الإداري في عدم فعالية دور التشريع في مجال المنازعات الإدارية، أي يرجع بصفة عامة للطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري، خاصة في ظل منشأها القضائي ومرجعيتها التاريخية، وهذا هو محل الخصوصية في هذا

¹ مصطفى، بخوش، أ. عبد الجليل مفتاح، دور القاضي الإداري: وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها؟، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 01 نوفمبر 2006، ص 116.

² ابتسام فاطمة الزهراء شفاف، المرجع السابق، ص 30.

³ المادة 2/01 من الأمر 75-78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل عدة تعديلات، لاسيما بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

⁴ ابتسام فاطمة الزهراء شفاف، المرجع السابق، ص 31 - 32.

⁵ نقل حربي عن المرجع نفسه، ص 33.

⁶ مصطفى بخوش، عبد الجليل مفتاح، المرجع السابق، ص 116.

⁷ أشار إليه: إبراهيم بن حليمة، تطور مصادر القانون الإداري وأثره على حركة التشريع اتساعا وانحصارا، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 01 نوفمبر 2006، ص 162.

القانون، لأن القضاء نشأ أولا، ثم نشأ بعد ذلك القانون، على العموم يكمن أول سبب للاجتهاد القضاء الإداري في نقص التشريع، بدليل أن المشرع نفسه يعترف بهذا النقص كما تطرقنا لذلك في المادة الافتتاحية من التقنين المدني الجزائري، ويزيد من هذا النقص، عدم تقنين قواعد هذا القانون، بالرغم من وجود تشريعات إدارية كثيرة متفرقة، وسرعة تطور أحكامه، بالتركيز على الاعتبارات العملية المرتبطة بحسن مباشرة الإدارة العامة لوظائفها، أكثر منه الاعتبارات القانونية، دون أن ننسى غلبة الروح الإدارية في نفسية القاضي، التي تدفع به إلى الاجتهاد، فظروف المنازعات الإدارية تلزم القاضي لا أن يكون قاضيا فقط وإنما قاضيا وإداريا في نفس الوقت¹.

يرى بعض الفقه أن السبب الرئيسي والفعال لبروز الاجتهاد في المواد الإدارية، هو عدم المساواة بين أطراف المنازعة الإدارية، أي بين الإدارة العامة ذات السيطرة والقوة والغلبة بما لها من امتيازات، والأفراد العاديين البسطاء، الأمر الذي يحتم على القاضي التدخل في المنازعة بشكل إيجابي، كشكل للتنقيب والبحث، أي أن القضاء الإداري يتولى عبء تفسير إجراءات الخصومة، يأمر بالتحقيق، يفحص الوثائق، ويقدر وسائل الإثبات، ثم يفصل في الدعوى، في حين أن المدعي لا يكلف نفسه بكل ذلك، على عكس القاضي المدني العدلي، الذي لا يسمح له القانون أن يحل محل الخصوم في تقديم وسائل الإثبات والتعليق عليها، بحكم أن دور هذا الأخير مجرد حكم بين خصمين في حين أن القاضي الإداري يخرق هذا المبدأ كما سنرى، على نحو نستتبع فيه القول أن: " القانون الإداري هو الابن الشرعي للقضاء"².

جانب آخر من الفقه - ونحن نعارضهم في ذلك - ينكر تماما دور القاضي الإداري في صناعة القواعد القانونية، ويبررون رأيهم بأن القاضي عندما لا يجد حلا للنزاع في النص التشريعي أو العرف، يكون ملزما بتطبيق المبادئ العامة للقانون " روح القانون "، مما يدل على عدم وجود أي دور ابتكاري للقاضي الإداري، لأن هذا الأخير يستمد الحلول من روح القانون الموجودة مسبقا قبل طرح النزاع عليه، بل دور هذا الأخير، لا يعدو أن يكون سوى دور كاشف لأحكام ومبادئ راسخة في وجدان القواعد القانونية، لكن في رأي مخالف يرى البعض الآخر، أن المبادئ العامة لا تصنف مصاف القاعدة القانونية، لكونها لا تعدو أن تكون مجرد توجيهات عامة وجد مجردة وغير منضبطة³، ونحن نؤيد هذا الرأي انطلاقا من كون إنكار وظيفة الابتداع لدى القاضي الإداري تؤدي لجمود القانون الإداري وسكونه.

على العموم يمتاز الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية " الدور الإبداعي للقاضي الإداري " بعدة خصوصيات قد لا نجدها في القوانين الخاصة، أهمها الواقعية ومراعاة ظروف النزاع، لأجل حل معادلة المصالح المتعارضة لأطراف الخصومة الإدارية، على نحو نستطيع فيه القول أن القضاء لصيق بالحياة العملية والظروف الواقعية، يعيش ويتعايش معها، ويطبق أحكامه عليها مجارات لتطورها، لا يكاد يميل عنها حتى يعود إليها من جديد، والأهم من كل هذا أن أساس الاجتهاد، متعلق بالنظام السياسي والقانوني للدولة، وكذا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أما الأخطر فيه هو تجاوز القاضي الإداري لدوره كحكم في النزاع، لحد أن صناعة القاعدة القانونية، يكاد أن يتحول فيه القاضي من مركزه قاضيا إلى مشرعا، ويضاف لكل هذا الارتباط الشديد الذي لا يقبل التجزئة بين القانون الإداري والقضاء الإداري⁴.

الآن لنا أن نعود لمسألة طبيعة القواعد القضائية، فهل تعتبر هذه الأخيرة في جوهرها قواعد تشريعية ؟ وهل يمكن فعلا أن يتحول فيها القاضي من دوره كحكم في النزاع إلى مشرع يسن القواعد القانونية ؟.

¹ مصطفى بخوش، عبد الجليل مفتاح، المرجع السابق، ص 119.

² ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 36، 37.

³ الموقع الإلكتروني: WWW.IASJ.NET تاريخ الدخول: 2017-10-27 على الساعة 10:03.

⁴ نقل حربي عن: مصطفى بخوش، عبد الجليل مفتاح، المرجع السابق، ص 117، 118.

يحاول " الدكتور/ عادل السعيد أبو الخير " الإجابة عن هذا السؤال بقوله: "...مع التسليم بالصفة الإنشائية لسلطة القاضي الإداري في اختيار المبادئ القانونية العامة، إلا أن هذه السلطة ذات طبيعة خاصة لم تعرف من قبل، لأنها ليست من الضيق بحيث تقتصر على مجرد التطبيق، كما أنها ليست من القوة والاتساع بحيث تبلغ مبلغ التشريع" ¹.

يعني هذا الأمر أن القاضي الإداري حسبه، لا يمارس دوره الإنشائي بمنى عن الحدود القانونية والضوابط الشرعية، كما أن ابتداء التشريع لا ينصرف إلى إنشاء قاعدة قانونية جديدة، فهو لا يعدو أن يكون مجرد استخلاص لقواعد ومبادئ ونظريات وأفكار سائدة، على عكس سلطة التشريع القائمة على أساس ابتكار نظريات وأفكار جديدة غير معروفة من قبل، وعلى العموم، تعتبر سلطة إنشاء القواعد القضائية سلطة خطيرة قد تهدد النظام القضائي نفسه، وتهدد مسألة الحقوق، على نحو قد لا تتضمنها أشد القوانين استبدادا، بحكم أنه إذا كان من الميسر الكشف عن الأخطاء الواردة في الأحكام القضائية التي تعتبر عنوان للحقيقة، التي ترد في الأحكام القضائية، فإن تعسف القاضي في استعمال سلطة الإبداع والابتكار لديه تبقى أمرا غامضا وصعبا للكشف عليه، ولا يمكن حتى التنبؤ به ².

المطلب الثالث: مراحل صنع القواعد القضائية ومعيقاتها

إذا لم يجد القاضي الإداري نصا قانونيا يطبق على المنازعة الإدارية المعروضة عليه، يكون مجبرا على الاجتهاد، تفاديا لارتكاب جريمة إنكار العدالة، وهذا الكلام لا يعني بالضرورة أن ينصب القاضي نفسه مشرعا، للاختلاف الشديد بين القاعدة القانونية والقاعدة القضائية كما رأينا أعلاه، وإنما لا يعدو أن يكون مجرد " قرار مبدئي"، وهذا القرار يجب أن ينوي التمسك به القاضي مستقبلا لحل القضايا المشابهة، بل وأن هذا القرار المبدئي ليس مقصورا على مجلس الدولة فقط، فبإمكان حتى قاضي المحكمة الإدارية اتخاذ هذا القرار، مع احترام الشرط نفسه، في ظل انعدامه لا يمكن الكلام عن " القاعدة القضائية" ³.

عموما تمر عملية وضع القرار المبدئي " القاعدة القضائية " بثلاث مراحل أساسية، المرحلة الأولى تسمى بـ " مرحلة الاكتشاف المزدوج"، وسميت بهذه التسمية، لأن القاضي الإداري يكتشف فيها أمرين، الأمر الأول هو اكتشاف أن الواقعة المعروضة عليه لم يضبطها نص قانوني من قبل، بعد بحث طويل وعناء شديد يتطلب الخبرة الميدانية وطول نفس، والأمر الثاني هو اكتشاف الحل الذي يراه القاضي لازما لتكملة القصور أو الفراغ القانوني الموجود بمناسبة عرض تلك الوقائع، بحكم استحالة المشرع الإحاطة الشاملة بالمشاكل أو المنازعات الإدارية التي سوف تقع مستقبلا، نظرا لمرونة وتطور المجال الإداري ككل ⁴.

يثبت التاريخ القضائي الإداري بروز هذا الدور لدى القاضي في عدة مناسبات، كاستبعاد أعمال السيادة من أعمال فكرة الرقابة القضائية، ففي هذا الفرض اكتشف القاضي الإداري خطورة التصدي لهذه الفئة من الأعمال خاصة في ظل البواكير الأولى لنشأة القانون والقضاء الإداريين، ثم اكتشف ثانيا وخرج بقرار مبدئي وهو استبعاد نطاق هذه الأعمال من هذه الرقابة، مثلها مثل فكرة التعويض عن الضرر المعنوي، التي اكتشف فيها القاضي عجز عمل التشريع في معالجة المسألة، واهتدى لفكرة ابتكار قواعد قضائية وقرارات مبدئية اجتهدية لحل النزاع، كما هو الحال في المسؤولية الإدارية في دعوى رجوع الدولة على الموظف في ارتكاب الخطأ المرفقي، أين اكتشف

¹ عادل السعيد أبو الخير، اجتهاد القاضي الإداري في مجال الحقوق والحريات، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، نوفمبر 206، ص 36.

² المرجع نفسه، ص 37.

³ ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 37 وما بعدها.

⁴ الزين عزري، القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 01 نوفمبر 2006، ص 109.

القاضي الإداري عدم عدالة تحريب الموظف من تحمل نتائج المسؤولية الإدارية عن الأضرار التي سببها للغير، وإلقاء هذا العبء على الدولة، واهتدى لابتداع فكرة حق رجوع الدولة على الموظف في حالة ارتكاب خطأ شخصي¹.

المرحلة الثانية هي "مرحلة التجريب"، فإذا كانت مرحلة الاكتشاف عمل داخلي يبطئه القاضي في نفسه، فإنه في هذه المرحلة الثانية، يخرج القاضي ما ينوي فعله للعلن، وهي المرحلة القوية في صناعة القاعدة القضائية، ولو أن ما توصل إليه القاضي في هذه المرحلة يصطلح عليه بـ "الحل القضائي" لا "القاعدة"، لأن هذه الأخيرة لم تصل مرحلة الإدماج بعد، إذ يظهر العمل السري للقاضي في هذا النسق عن طريق ما يجره القاضي من مقالات وكتابات علمية، للتعريف بهذا الحل القضائي، حتى يتسنى للفقهاء مناقشته وتوجيه سهام النقد إليه، كما فعل ذلك مجلس الدولة الفرنسي في مجال ابتكار قاعدة المسؤولية عن القوانين في قضية "شركة لا فلوريت"².

آخر مرحلة لصناعة القاعدة القضائية هي "مرحلة الإدماج"، وتأتي بعد تلقي ردود أفعال ومواقف الفقهاء المختصين الذين علموا بظهور القاعدة الجديدة التي اكتشفها القاضي وأعلن عنها، وهي المرحلة الحاسمة والفعالة التي تساهم في توسيع بوتقة مصادر المشروعية الإدارية، يتم فيها إضافة الحل القانوني للنظام القانوني القائم، بفعل الإدماج ضمن أحكام متعددة و بمرور الزمن يتحول "الحل القضائي" إلى "قاعدة قضائية" بمرور الزمن و التكرار ويترسخ في وجدان القانون الإداري كنظرية الظروف الطارئة وغيرها³.

قد تعترض عملية الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية عدة عوائق، أهمها: اتساع وظائف مجلس الدولة كقاضي أول و آخر درجة، وقاضي استئناف وقاضي نقض، لذلك يقترح الفقه تخفيف الضغط على مجلس الدولة على الأقل فيما يخص الاستئناف، وذلك إلى محكمة استئناف إدارية مخصصة لهذا الغرض، وإلا استصعب الأمر على مجلس الدولة في الاجتهاد، والسبب الآخر لعرقلة الاجتهاد القضائي في الجزائر هو تقليص صلاحيات المحاكم الإدارية، وذلك بمنح صلاحية الفصل في المنازعات الإدارية التي يكون أحد أطرافها الهيئات المركزية في الدولة إلى المحاكم الإدارية، بحكم عدم خلق أي ضرر لها حسب رأينا الشخصي، وفوق كل هذا تريد أعمال السيادة من الحد من دور القاضي الإداري في الاجتهاد، نظرا لقصوره في مواجهة قوة هذه الأعمال، حتى وإن برزت اجتهادات قضائية في فرنسا تمنح القاضي سلطة مواجهتها⁴.

المطلب الرابع: صور القواعد القانونية القضائية

القواعد القضائية الإدارية المطبقة على المنازعات الإدارية شتى أم أتبنا هي كثيرة ومتنوعة، حتى وإن منع مبدأ الفصل بين السلطات من تسمية هذه الطائفة من الأعمال بـ "التشريعية"، بما يبرهن عن مدى فعالية الاجتهاد القضائي في تطوير أحكام القانون الإداري، ومن نماذج القواعد القانونية القضائية: العيوب اللاحقة بالقرار الإداري، نظام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ وعلى أساس المخاطر، قرينة التظلم الإداري ضد القرارات القضائية، قرينة إساءة استعمال السلطة، أبرز هذه القواعد نذكر: نظرية العلم اليقيني ونظرية الغرامة التهديدية، طبعاً لا يسعنا المقال لشرحها كلها، لكن سنكتفي بشرح القاعدتين الأخيرتين فقط⁵.

بالنسبة لنظرية العلم اليقيني، فهي أبرز نظريات القضاء الإداري، حتى وإن هجرها مجلس الدولة الفرنسي اليوم، إلا في بعض الحالات الخاصة، مثل مجال الطعون غير المنشورة التي يبدى فيها الطاعنون علمهم بها، أما بالنسبة للغرامة التهديدية، فإن كانت قرارات مجلس الدولة لم تستقر على رأي واحد بخصوصها، ولا يوجد قرار موحد للغرف المجتمعة حولها، فإن اجتهاد الغرفة الإدارية للمحكمة العليا

¹ ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 110.

² أشار إليه: الزين عزري، المرجع السابق، ص 109.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 59، 62، 63.

⁵ رمزي حوحو، مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 01 نوفمبر 2006، ص 291، 293، 294.

كان يجيز النطق بها في مواجهة الإدارة، باعتبار أن مجلس الدولة هي الجهة المقومة لأعمال جهات التقاضي الإدارية " المحاكم الإدارية "، وهو المسئول عن توحيد الاجتهاد القضائي في البلاد¹.

المبحث الثاني

أحكام الاجتهاد القضائي في المواد الإدارية

سنحاول في سبيل شرح مضمون هذا المبحث التطرق إلى الجهات المؤهلة للاجتهاد القضائي، مصادر سلطة القاضي في صناعة القواعد القانونية القضائية، حجية الاجتهاد القضائي الإداري، ثم في الأخير تأثير قواعد الاجتهاد القضائي على الحقوق والحريات، وذلك في المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول: الجهات المؤهلة للاجتهاد القضائي في القانون الجزائري

جاء مجلس الدولة الجزائري لتكريس الازدواجية القضائية، وفكرة الازدواجية هذه تتطلب وجود قضاة متخصصين، فضلا عن الاستقلالية بين القضاء العدلي والقضاء الإداري، وأحكام المادة الثانية من القانون العضوي المنظم لمجلس الدولة 98-02 وصفت هذا الأخير، بأنه الجهة المقومة لأعمال جهات التقاضي الإدارية وتوحيد الاجتهاد القضائي في البلاد، علما أن هذه المادة تم اشتقاقها من المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، التي تطرقت لاختصاص الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا، يصدر هذا المجلس ثلاثة أنواع من القرارات، النوع الأول يسمى بـ " القرارات الابتكارية الإبداعية " وهي تلك القرارات التي تصنع قواعد قانونية جديدة " قواعد قضائية " لم تنص عليها القوانين المكتوبة، في سبيل حل النزاع المعروض على القاضي الإداري، ويوجد " القرارات التفسيرية " وهي تلك تفسر قواعد قانونية موجودة اكتنفها الغموض والإبهام واحتلفت حول طبيعتها الجهات القضائية، أما النوع الثالث فهو " القرارات التأكيدية " التي من خلال اسمها يتضح أنها تؤكد ما جاء في النصوص القانونية وتضمن احترام القانون².

وبما أن مجلس الدولة هو الجهة المكلفة قانونا بتوحيد الاجتهاد القضائي في البلاد، بدون أدنى شك يفهم من ذلك أنه يحق للمحاكم الإدارية كذلك الاجتهاد، باعتبارها محاكم الولاية العامة في مادة المنازعات الإدارية وفق النظام اللاتيني، وإلا ما الداعي لوصف مجلس الدولة بالجهة المكلفة بتوحيد الاجتهاد القضائي في البلاد³.

المطلب الثاني: مصادر سلطة القاضي الإداري في صناعة القواعد القانونية القضائية

في اللغة يقال: مصدر الشيء أي أصله ومنبعه، وعليه مصادر الاجتهاد القضائي هي المادة التي تدخل في تكوين قواعد هذا الاجتهاد " القواعد القضائية "، فالقاضي الإداري وإن كنا نعترف له بالدور الإبداعي الخلاق لقواعد القانون الإداري وتطويرها، إلا أن هذا الإنشاء لا يكون من العدم، نظرا لخطورة هذه الوظيفة، ولا يقل أهمية التنبيه أن سلطة ابتداء وإنشاء القواعد القضائية تقتصر إما على: تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق عن طريق اقتباس القواعد من مبادئ القانون الخاص " المدني "، وقد تتعدى هذه السلطة لأكثر من ذلك، إلى اختراع، أو بالمعنى القانوني تكوين قاعدة جديدة لا نظير لها في روابط القانون الخاص، لذلك نستطيع رد مصادر سلطة القاضي الإداري في الابتداء إلى مصدرين، مصدر وضعي من القواعد القانونية السائدة، ومصدر مبادئ القانون " روح القانون " ⁴.

¹ هنية أحمد، دور مجلس الدولة في إرساء مبادئ الاجتهاد القضائي الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 12، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، سبتمبر 2016، ص 221 - 224.

² رمزي حوحو، المرجع السابق، ص 291.

³ مصطفى بوخوش، عبد الجليل مفتاح، المرجع السابق، ص 120.

⁴ ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 40.

بالنسبة لمصدر القانون الوضعي، قد يكون الاتفاقيات الدولية، المواثيق، إعلانات الحقوق، الدساتير، قواعد القانون الخاص، ومن أمثلة ما قرره مجلس الدولة وفق سلطته الابتكارية من هذا المصدر الوضعي، حرية التنقل، حرية التجارة والصناعة، المساواة أمام الأعباء العامة، المساواة أمام المرافق العامة إلى غيرها¹.

أما بالنسبة لجوهر القانون "روح القانون" المتمثل في المبادئ العامة فهي: "تلك المبادئ غير المدونة التي مصدرها القضاء، الذي قام باكتشافها وإبرازها في أحكامه، والتي تعتبر مخالفتها مخالفة لمبدأ الشرعية، خلافا للمبادئ القانونية الوضعية المكتوبة التي تتضمنها الدساتير والقوانين بمختلف أصنافها"².

عن القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون، فالرأي الفقهي الغالب بشأنها، يرى أنها تحوز قيمة أدنى من التشريع العادي، ولا تستطيع أن تخالف القواعد المكتوبة تعديلا أو إلغاء³، ويرى رأي مخالف ومنهم "الدكتور/ صعب ناجي عبود" أنها تحتل مركز التشريع العادي وتقع أدنى من الدستور في المرتبة، يستطيع المشرع أن يعدلها أو يلغيها، مثلها مثل القوانين المكتوبة⁴، وفي هذا نحن نؤيده. يمكن رد المبادئ العامة للقانون - على غير المبادئ القانونية العامة نظرا للاختلاف الشديد بينهما - لفئات أربعة، طائفة فلسفة الحقوق أي إعلان الحقوق لسنة 1789 المتضمن مبدأ الفصل بين السلطات، احترام العقائد والأديان، الحريات الفردية، مبدأ المساواة بين المواطنين، والطائفة الثانية، فهي مجموعة المبادئ التي يستخلصها القاضي من قواعد القانون الخاص، والإجراءات المدنية وفقه المرافعات، على أن يسقطها القاضي الإداري وفق طبيعة المنازعات الإدارية، ويذكر منها الفقه: جحية الشيء المقضي فيه، عدم رجعية القواعد والأحكام، أم الطائفة الثالثة، فهي مجموعة المبادئ التي يستخلصها مجلس الدولة من طبيعة الأشياء أي من المفترض أن يكون و نذكر منها: استثناءات مبدأ الشرعية في الحالات الاستثنائية، مبدأ استمرار وديمومة المرافق العامة، والفئة الرابعة من المبادئ هي ما يمثل عدلا في صورته المثلى، بصورة مستقلة دون أن تستخلص من إعلان الحقوق أو من قواعد القانون المدني، بل هي قائمة بصفة مستقلة، مثل هدف الإدارة في تحقيق الصالح العام⁵.

المطلب الثالث: حجية القواعد القانونية القضائية وفق الهرم المعياري

بإنشاء القاضي الإداري لقاعدة قانونية "قضائية"، يكون بذلك قد خالف مقتضيات وظيفته المرتبطة بمبدأ الفصل بين السلطات، ففي حال عدم وجود نص قانوني يحكم المنازعة، يتصدى القاضي الإداري لموضوع النزاع بقاعدة قانونية من صنعته، ويكون لهذه القاعدة قوة إلزامية أمام المحاكم، التي لا يجوز لها أن تخالفها أو تشذ عنها في المنازعات التي سوف تعرض عليها مستقبلا كمبدأ عام، غير أن هذه القوة ليست مطلقة، بل تبقى نسبية، لا تصل - حسب الفقه - مصاف القواعد التشريعية، فالقاضي الإداري يستطيع مخالفة القاعدة التي ابتكرها في منازعات لاحقة إذا اكتشف أنها غير ملائمة لحل النزاع، في حين يكون ملزما بحرفية القاعدة التي ابتكرها على المشابهة والمتطابقة في العلة، فالمعيار إذن هو الملائمة والتطابق في القضايا، فالقاعدة القضائية على العموم هي عملية مشابهة للقاعدة القانونية، لكن ليست قاعدة قانونية من حيث الجوهر، مع استبعاد الحكم "الحل الفردي" الذي لا ينوي القاضي التمسك به مستقبلا، وفوق كل هذا القرار المبدئي "القاعدة القضائية" تكون مقترنة بجزاء، يقع على كل من الأفراد و الإدارة احترامها، هذا إن لم نقل أن مخالفة القواعد القضائية المبتكرة عقوبتها تكون أشد من عقوبة القواعد القانونية المكتوبة⁶.

¹ المرجع نفسه، ص 41.

² نقلا حرفيا عن: إبراهيم بن حليمة، المرجع السابق، ص 163.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ الموقع الإلكتروني: WWW.IASJ.NET تاريخ الدخول: 30-10-2017 على الساعة 14:20.

⁵ عادل السعيد أبو الخير، المرجع السابق، ص 34، 35، 39.

⁶ المرجع نفسه، ص 40.

والسؤال الذي يستدعي الطرح: هل القرار المبدئي الصادر من الدرجة الأولى يكون ملزما لقاضي الدرجة الثانية؟¹.
القاعدة القضائية المبتكرة تكون ملزمة فقط للقضاة من نفس الدرجة، مع ترك هامش من الحرية للقضاة أحيانا في تعديله قليلا أو مخالفته وفق وقائع وظروف كل قضية على حدى، أما إذا صدر القرار المبدئي عن مجلس الدولة، فتميز هنا بين حالة ما إذا صدر عن غرفة واحدة أو غرف مجتمعة، ففي حال صدوره من غرفة واحدة، فيجوز مخالفته وتعديله، أما في حال صدوره من غرف مجتمعة، فإنه يحوز قوة كاملة في مواجهة الجميع، وحينها قد يطلق مصطلح: " أن مجلس الدولة تراجع عن الاجتهاد القضائي " للدلالة على إلغاءه لاجتهاد المحاكم الإدارية في إطار التوحيد¹.

السؤال الآخر الذي يستدعي الطرح: ما مرتبة القرار المبدئي " القاعدة القانونية القضائية " في الهرم المعيارى القانوني؟
بغض النظر عن الاختلاف الفقهي، نحن نؤيد مباشرة كونه في مرتبة واحدة مع القانون العادي " التشريع"، حتى وإن كان ليس تشريعا من حيث الجوهر، يخضع في تعديله و إلغائه لقاعدة توازي الأشكال.

المطلب الرابع: تأثير الاجتهاد القضائي على الحقوق و الحريات

تسيطر في مادة المنازعات الإدارية علاقة غير متكافئة بين الإدارة والشخص المتنازع معها، بحكم ما للإدارة من امتيازات وسلطات في مواجهة الغير تحقيقا للمصلحة العامة، لذلك على القاضي الإداري- حسب بعض الفقه - التركيز على حماية الفرد أكثر، على نحو يحترم فيه القاضي حرية الفرد أحيانا على حساب هدف حسن سير الإدارة العامة، طبعاً دون إضرار بالمصلحة العامة وفق أعمال سلطته التقديرية، ومراعاة جسامه الأضرار اللاحقة بالطرفين، ويرى الدكتور/ " عادل السعيد أبو الخير " أن: " هذا التغليب للحرية على حسن سير الإدارة العامة منتقد، ويوجه بدوه سهام النقد للمعارضين بالتدليل على أن حماية الحقوق والحريات لا تعني حماية المصالح الخاصة للمنازعة للإدارة، وإنما هي مصلحة عامة، كما أنه في ظل انعدام النص التشريعي، على القاضي الرجوع للأصل العام وهو: " الأصل في الأشياء و الأفعال الإباحة " ويطرح لنا بعض القيود على سلطات الاجتهاد مراعاتها، خاصة عند الاجتهاد في مسائل الحقوق والحريات المتعلقة بالضبط الإداري².

تدليلاً على ما سبق ذكره يطرح لنا القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر مثالا عن دور الاجتهاد القضائي في مواجهة الإدارة العامة بمناسبة تقييدها للحرية تحت غطاء حماية النظام العام، أهمها تقرير عدم مشروعية الحضر المطلق للحرية، التي أبرز فيها القضاء الإداري أن سلطات الإدارة في الحد من حرية الأشخاص، لا يمكن في الأحوال العادية أن يصل إلى الحضر المطلق للنشاط أو الحرية، وفق ما قضاه مجلس الدولة الفرنسي، بخصوص رفض طعن المحكمة الإدارية لباريس، الذي ألغى القرار الصادر من المحافظ الذي يستوجب منع شركة التنس من القيام بتوزيع بعض الصحف والمجلات أثناء تنظيم ألعاب التنس العالمية بفرنسا تحت ستار حماية النظام العام، هذا القرار الذي لم يؤيده مجلس الدولة الفرنسي لتعارضه مع مبدأ حضر مصادرة الأنشطة والحريات الفردية، وذلك بتاريخ 22 جوان 1984³.

في سابقة قضائية فرنسية أخرى لا تقل أهمية عن الأولى، أكد مجلس الدولة الفرنسي على التناسب العكسي بين إجراءات الضبطية الإدارية وأهمية الحقوق والحريات بأنواعها، على نحو استقر فيه الأمر على تقلص سلطات الضبط، كلما كانت الحرية محل هذه الإجراءات ضرورية للفرد كحرمة حياته الخاصة، التي من أهم ما ينجر عنها حرية استعمال المسكن تحت طائلة عدم المساس بأغراض الضبط الإداري: " وهي النظام العام، الصحة العامة، والسكينة العامة "، كما قضى مجلس الدولة بخصوص الإجراءات الضبطية التي تتضمن عقوبة بوجوب احترام الحق الدستوري وهو حق الدفاع، بما يقع واجبا على السلطات الإدارية إبلاغ المخاطبين بالقرارات الإدارية قبل صدورها، حتى تتسنى لهم فرصة الدفاع عن أنفسهم، وهو ما تجسد من خلال ما قضى به مجلس الدولة في إلغاء حكم المحكمة الإدارية

¹ ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، المرجع السابق، ص 115 ، 119.

² للتوسع في الموضوع راجع: عادل السعيد أبو الخير، المرجع السابق، ص 40 - 45.

³ نقلا عن المرجع نفه ، ص 245.41. p ; rec ; societe le mond du tennis ; C. E.22 guin 1984 prefet de police pari ;

بالقرار الصادر في 09 مايو 1980 لمدينة بوردو الفرنسية، الذي تضمن توقيع عقوبة على إحدى الشركات المنتجة للكحول ذات الصفة والمصلحة في الطعن عن سحب الترخيص الممنوح لها لإنتاج بعض الأنواع من الكحول، الأمر الذي أدى بمجلس الدولة لإلغاء حكم المحكمة الإدارية المؤيد لقرار وزير الزراعة، ومرد هذا النقض هو هضم حق الدفاع الذي أغفله وزير الزراعة والمحكمة الإدارية لمدينة " بوردو " الفرنسية في حكمها¹.

خاتمة:

لقد ساهم القضاء الإداري ولا يزال يساهم على نحو فعال في تطوير أحكام القانون الإداري، على اعتبار أن القضاء الإداري هو قضاء إنشائي تكويني خلاق للنظريات والقواعد والمبادئ في سبيل توسيع بوتقة مصادر المشروعية، خلافا للقاضي العدلي الذي يكتفي بالتطبيق الحرفي للنصوص، ويكون أكثر عرضة لارتكاب جريمة إنكار العدالة، بالرغم من الضعف الملحوظ في المجال الذي تعاني منه جهات التقاضي الإدارية في الجزائر، باعتبارها لم تبلغ بعد الحد المطلوب من الاجتهاد، مقارنة بمعدل التميز الذي فاق من عمل مجلس الدولة الفرنسي المبدع في التحليل والتأصيل القضائي، اجتهاد القضاء الإداري الجزائري الذي يعد على الأصابع.

على العموم نخلص إلى؛ أن المتكلمون عن النشأة القضائية لقواعد القانون الإداري يتناولون هذه المسألة بطريقة يعتقد فيها الكثير منهم؛ أن القانون الإداري توقف تاريخا عن التطور عند حد نشأته، لكن حقيقة الأمر غير ذلك، بحكم ما يساهم به مجلس الدولة الفرنسي ونظيره الجزائري - نوعا ما - في تطوير أحكام القانون وابتداع الحلول والمبادئ والنظريات بالرغم من وجود العوائق السابقة الذكر، غير أننا ارتأينا في سبيل تطوير حركة الاجتهاد القضائي الإداري في الجزائر أن نقترح ما يلي:

أولاً: نقترح تخفيف العبء على مجلس الدولة الجزائري وعدم إقحامه في مسائل الاستئناف، وبالمقابل نقل هذه الصلاحية لحاكم إدارية مخصصة لهذا الغرض، حتى يتفرغ مجلس الدولة للاجتهاد والابتكار القضائي، بحكم عناصر الخبرة والحنكة التي تسيّره، ومن هذا القبيل كذلك نقترح تحويل منازعات الهيئات المركزية إلى اختصاص المحاكم الإدارية ولا ضرر من ذلك.

ثانياً: ندعو قضاة ومستشاري مجلس الدولة الجزائري إلى الاقتداء بمجلس الدولة الفرنسي في مجال الاجتهاد والإبداع في سبيل تحقيق فعالية أكبر لقواعد القانون الإداري وتطويرها.

نقلا عن المرجع نفسه، ص 45. 482. A. J. D. A ? 1980 , p 482. 45. C. E 9 mai 1980 , société des établissements , cruse ,

المسؤولية الجنائية الدولية عن انتهاك حقوق الطفل

International Criminal Responsibility for Child Rights Violations

شاكِر سليمان، طالب باحث في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر.

أستاذ مؤقت، معهد العلوم القانونية والإدارية،

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

د.مبطوش الحاج، أستاذ محاضر قسم (أ)، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/02/02 - تاريخ المراجعة: 2017/04/26.

ملخص:

تفترض المسؤولية الجنائية الدولية أن هناك انتهاكا جنائيا دوليا - جريمة دولية - قد وقع وثبتت جميع أركانه وهي أثر له، مقتضاه إلزام مرتكب الانتهاك الجنائي الدولي تحمل النتائج القانونية المترتبة على عمله غير المشروع. فالنظام القانوني الدولي سواء أكان مصدره العرف أم الاتفاقيات الدولية أم المبادئ العامة شأنه شأن الأنظمة القانونية الداخلية يفرض التزامات على أشخاصه تعد واجبة النفاذ، فإذا ما انتهك هذا الشخص التزاماته تتحمل مسؤولية جنائية دولية جراء عمله غير المشروع.

فتحمل الشخص الدولي للمسؤولية الدولية هو جزاء لتمتعه بالحقوق التي أقرها له القانون الدولي وضمن لوفائه بالتزاماته وواجباته القانونية الدولية، فالحقوق الدولية تقابلها التزامات وواجبات دولية يكفل القانون تنفيذها عن طريق إقرار المسؤولية الجنائية الدولية على الشخص الدولي إذ ما أحل بإحداها.

الكلمات المفتاحية:

حقوق الطفل، القانون الدولي، المسؤولية الجنائية الدولية، الدولة، الفرد.

Abstract:

International criminal responsibility presumes that there is an international criminal offense - an international crime - that has occurred and has proved to be an effect, requiring the perpetrator of the international criminal offense to bear the legal consequences of his wrongful act.

The international legal order, be it customary, international conventions or general principles, as well as domestic legal systems, by imposing obligations on its persons is considered enforceable, and if that person breached his obligations to incur international criminal responsibility for his wrongful act.

The international person's responsibility for international responsibility is a sanction for his enjoyment of the rights recognized by international law and for ensuring that he fulfills his international legal obligations and duties. International rights are met by international obligations and obligations that the law guarantees by implementing international criminal responsibility for the international person, without breaching one of them.

Keywords:

Child rights, international law, international criminal responsibility, state, individual.

مقدمة

إن تطور حقوق الإنسان على الصعيد الدولي قد أثار اهتماما ووعيا بضرورة تعزيز هذه الحقوق وتشجيعها واحترامها للناس جميعا من دون أي نوع من أنواع التمييز، المسؤولية الجنائية الدولية تترتب عند خرق قواعد القانون الجنائي الدولي فهي فرع من فروع القانون الجنائي الداخلي الذي ينظم المشاكل الجنائية الوطنية ذات الطابع الدولي فيحدد اختصاص القضاء الجنائي الوطني فيما يخص الجرائم المرتكبة في دولة أجنبية والقانون الواجب التطبيق لتحديد أركان الجريمة والجزاء المقرر لها، أما القانون الدولي الجنائي يتضمن وصفين يتوقف عليهما معا تحديد مضمونه فهو قانون دولي أولا ثم بعد ذلك قانون جنائي⁽¹⁾ وانطلاقا من المبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة التي يجسد فيها الاعتراف بالكرامة المتأصلة لجميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم على قدم المساواة وبصورة غير قابلة للتصرف بها أساسا للحرية والعدالة والسلم في العالم، فقد باتت حقوق الطفل وضرورة حمايتها جزءا لا يتجزأ من حقوق الإنسان العالمية.

وقد اعترفت الأسرة الدولية برمتها بذلك حينما تبنت في سنة 1989 اتفاقية حقوق الطفل وتعهدت بتحقيق الأهداف التي أقرها مؤتمر القمة العالمي من أجل الأطفال لسنة 1990. ولم تشهد الطفولة ازدهارا وإنصافا كما شاهدته في عصر الشريعة الإسلامية، إذ منح الطفل حقوقاً متكاملة وحماية عظيمة.

غير أن القرن التاسع عشر شهد اعترافا دوليا ورسميا بحقوق الطفل وبمنأى عن حقوق عائلته، وأصبح هذا الاعتراف أمرا واقعيا ووضعت احتياجات الأطفال وحقوقهم في مركز الصدارة لأية إستراتيجية تنموية. إذ أن الطفولة هي المرحلة التي تتشكل فيها عقول البشر وأجسادهم وشخصياتهم، وهي المدة التي يلحق أي حرمان تدريجي خلالها دمارا طويلا الأمد وتشويها للتنمية البشرية مما يستوجب معه أن يظل الأطفال قدر الإمكان بمنأى عن أية تهديدات مهما كانت مصادرها كما تجب حمايتهم من أفدح الأخطاء والمؤامرات التي يرتبها ويحكيها عالم الكبار.

ومع كل هذه الأهمية لمرحلة الطفولة وما تتطلبه من رعاية وحماية وضمانات، وإزاء الاهتمام الكبير سواء على الصعيد الدولي أم الداخلي بحقوق الطفل وما كان متوقعا أن يحظى الطفل برعاية فائقة وأن ينعم بأمان يفوق ما كان عليه الطفل في العصور السابقة، إلا أن التجاهل المفزع الذي يتعرض له الأطفال يعد دليلا قاطعا على أننا نعيش في عصر اللاقيم.

فمما يشين البشرية ويلصق بها تهمة الإجماع أن عالم اليوم يضم مئات الملايين من الأطفال الضحايا لأشكال الانتهاكات اللاإنسانية والمفزعة. إن أي انتهاك لحقوق الطفل أو السماح بذلك يشكل خطراً جسيماً ليس على الأطفال ومستقبلهم فحسب، بل ومستقبل العالم برمته، وسيتحول المحني عليه إلى جانب فضلا عن نشوب الكراهية التي سيجعلونها عبر الأجيال. فتحمل الشخص الدولي للمسؤولية الدولية هو جزءا لامتعة بالحقوق التي أقرها له القانون الدولي وضمن لوفائه بالتزاماته وواجباته القانونية الدولية. فالحقوق الدولية تقابلها التزامات وواجبات دولية يكفل القانون تنفيذها عن طريق إقرار المسؤولية الجنائية الدولية على الشخص الدولي إذا ما أخل بأحدها.

من المسؤول عن حماية حقوق الطفل على المستوى الدولي أم الدولة أم الفرد؟. هذا ما سنسعى للتوصل إلى معرفته من خلال مبحثين نخصص الأول لمسؤولية الدولة الجنائية، والثاني لمسؤولية الأفراد الجنائية.

المبحث الأول

المسؤولية الجنائية للدولة

تعرف المسؤولية الجنائية للدولة بأنها "مسألة دولة ما عن ارتكابها فعلا يعتبره القانون الدولي جريمة دولية ومعاقبتها من قبل المجتمع الدولي بالعقوبات المقررة للجريمة الدولية المرتكبة، أو التي تكفل ردعها عن تكرار جرماتها الدولية"⁽¹⁾.

¹ Herre Ascensio , Emmanuel Decaux , et Alain Pellet. DROIT international penal . Paris : Edition A.Pedone.2000. P 1 et 55.

² محمد حافظ الغانم، المسؤولية الدولية، معهد الدراسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 1962، ص.14.

في حقيقة الأمر لم تظهر المسؤولية الجنائية الدولية للوجود بصورة عملية إلا في أعقاب الحرب العالمية الثانية، وهذا لا يعني على الإطلاق أنه لم تكن هنالك محاولات ومبادرات دولية لإرساء قواعدها من قبل وتعد محاولة محاكمة "غليوم الثاني" إمبراطور ألمانيا السابق لارتكابه العديد من الانتهاكات الصارخة لمبادئ الأخلاق⁽²⁾.

وقد قسّمت لجنة القانون الدولي القواعد التي تحكم المسؤولية إلى التزامات أساسية متعلقة بصيانة المصالح الرئيسية للمجتمع الدولي التي يعد انتهاكها موجبا لتوقيع العقاب على الدولة الجانية بوصفها مرتكبة لجريمة دولية وإلى الالتزامات الدولية الأخرى التي تعد أقل حسامة مستندة في تقسيمها هذا إلى أن الرأي الذي كان يسود عموما في الماضي أن قواعد القانون الدولي العام المتصلة بمسؤولية الدول لا تتصور سوى نظاما واحدا للمسؤولية يصلح للانطباق على كل فعل من أفعال الدولة التي يفترض فيه أنه غير مشروع دوليا بغض النظر عن محل الالتزام الذي يعد هذا الفعل ماسا به. أما في العصر الحالي فإن هذا الرأي لا يُعد مقبولا على نطاق واسع فقد أثارت شكوك حوله من جهات عدة ما لبثت أن تصاعدت وتيرتها بعد الحرب العالمية الثانية إلى أن تبلورت لاحقا في إطار اتجاه فكري قانوني معاصر يأخذ بنظامين للمسؤولية الدولية يختلفان جوهريا عن بعضهما يشمل النظام الأول حالات انتهاك الدولة لواجب من الالتزامات التي يكون احترامها محل اهتمام أساسي من جانب المجتمع الدولي بمجموعه كالالتزام بالامتناع عن أعمال العدوان والإبادة الجماعية والفصل العنصري وغيرها، ويشمل النظام الثاني حالات إخلال الدولة باحترام التزامات تنطوي على أهمية أقل شأنًا وعمومية⁽¹⁾.

وللوقوف على حقيقة مساءلة الدولة جنائيا عن انتهاكات حقوق الطفل سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول الأول أسس المسؤولية الجنائية للدولة. أما المطلب الثاني أثار قيام المسؤولية الدولية الجنائية.

المطلب الأول: أسس المسؤولية الجنائية للدولة

إن موضوع مسؤولية الجنائية الدولة كان وما يزال من الموضوعات التي تثير الجدل والنقاش في الفقه والقضاء على أساس أن المسؤولية تقوم على الإدراك والإرادة ولا يتصور إسناد الجريمة إلى من لا يدرك أو لا إرادة له، وهذا ينطبق على الشخص المعنوي، الذي تعد الدولة صورة له، كونه افتراض. فإذا ما أُقرت مسؤوليته فإن ذلك يعد معارضة لما أُرست عليه المسؤولية الجنائية أساسها فضلا عن تعارضه ومبدأ شخصية العقوبة، فبالرجوع إلى الفقه نجد اتجاهين متعارضين، اتجاه يقر بمبدأ المسؤولية العقابية للأشخاص المعنوية جنائيا ويمثله الفكر لأنجلو أمريكي، واتجاه آخر يستبعد مساءلة الأشخاص المعنوية جنائيا وهم أصحاب الفكر الأوروبي وتتمثل حجج هذا الرأي الأخير في أن الأشخاص المعنوية فكرة قانونية وهمية، وأن هؤلاء الأشخاص أشخاص لا وجود لهم في الواقع، وبالتالي لا إرادة لهم وغير قادرين على ارتكاب جرائم بسبب تخلف الركن المعنوي عندهم⁽¹⁾، فموقف المشرع الجزائري يتفق مع موقف المشرع الفرنسي حول إمكانية مساءلة الشخص المعنوي جنائيا⁽²⁾.

إلا أن هذا الموضوع حظي باهتمام واسع بعد الحرب العالمية الثانية وكان محور النقاش يدور حول إمكانية أن تكون الدولة محل مساءلة جنائية عما يرتكب من انتهاكات جنائية دولية باسمها أم إن الأفراد ممثلها الذين ارتكبوا هذه الانتهاكات بصفتهم هذه هم من يتحملون المساءلة أم الاثنين معا.

³ حسنين إبراهيم صالح عبيد، القضاء الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979، ص. 69 وما بعدها.

¹ ابن عامر التونسي، أساس مسؤولية الدولة أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1989، ص. 255.

² عبد الرحيم صديقي، دراسات للمبادئ الأصولية للقانون الدولي الجنائي، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 40، 1984، ص 40.

³ لزعر أبو بكر، مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا في التشريع الجزائري والقوانين الوضعية المقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، 1987، ص. 109 وما بعدها.

كما وجدت أسباب لدفع المسؤولية عن الدولة من ثم تستطيع التي يتوفر لها دفع من هذه الدفوع إن تتخلص من مسؤوليتها عن الانتهاكات الجنائية لقواعد القانون الدولي. لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحت في الأول الاتجاهات التي ظهرت لتحديد مدى مسؤولية الدولة الجنائية والثاني نبحت في أسباب الدفع بعدم المسؤولية.

الفرع الأول: اتجاهات تحديد مدى المسؤولية الجنائية الدولية للدولة

ظهرت اتجاهات عدة في فقه القانون الدولي الجنائي بشأن هذه المسألة منها مؤيد لوجوب مساءلة الدولة جنائيا عن انتهاكات لقواعد القانون الدولي الجنائي ومنها رافض لهذه المسألة وهذا ما سنستعرضه:

أولا/ الاتجاهات المؤيدة للمسؤولية الجنائية الدولية للدولة: ومن أهم هذه الاتجاهات

(1)- المساواة في السيادة بين الدول: يجد أصحاب هذا الاتجاه أن أساس المسؤولية في القانون الدولي هو مبدأ المساواة بين الدول بشأن مسألة السيادة.

(2)- الاكتفاء بالعمل غير المشروع وضمن ضرره:- يتخذ أصحاب هذا الاتجاه من انتهاك القانون الدولي والعمل غير المشروع الناجم عنه، عمل موضوعي تقوم عليه دلائل يمكن إثباتها بسهولة كأساس للمسؤولية الدولية. أي أن المسؤولية الدولية الموضوعية هي ما يأخذ به القانون الدولي.

ثانيا/ اتجاهات لجنة القانون الدولي

أما أهم الاتجاهات المؤيدة للمسؤولية الجنائية للدولة في إطار عمل لجنة القانون الدولي فنذكر منها على سبيل المثال: الاتجاه الأول: يؤكد عدم استبعاد مسؤولية الدولة من مشروع قانون الجرائم المحلة بسلم الإنسانية وأمنها لأن الأفعال التي تم سردها على أنها جرائم مخلة بسلم الإنسانية وأمنها هي أفعال لا ترتكب إلا من جانب الدول.

الاتجاه الثاني: فقد تبناه عدد من أعضاء لجنة القانون الدولي عند مناقشتها للمادة (19) من مشروع المواد بشأن مسؤولية الدول لاسيما حول تحديد الأساس لمفهوم جنابات الدول. فقد تمت الإشارة إلى اجتهاد محكمة العدل الدولية كدليل على أن جنابات الدول تشكل جزءاً من مجموعة القوانين الدولية

الفرع الثاني: أسباب الدفع بعدم المسؤولية الجنائية الدولية

قد يكتنف سلوك الدولة الذي يشكل في حد ذاته انتهاكاً جنائياً دولياً لقواعد القانون الدولي ظروفاً وملاسات تبرره دولياً، طبقاً لأحكام هذا القانون، ويدفع المسؤولية الجنائية عن هذه الدولة. وأهم هذه الأسباب هي حالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة والمعاملة بالمثل.

أولا/ الدفاع الشرعي:

في القانون الدولي الجنائي -مثله مثل القانون الجنائي الداخلي - يعد الدفاع الشرعي - الجماعي أو الفردي - الذي تقوم به الدولة ضد المعتدي، حق مقرر بمقتضى هذا القانون ولا مسؤولية أو عقاب على السلوك الذي يقع في حدوده. وقد ورد في اتفاقية لاهاي لسنة 1907 الخاصة بحقوق وواجبات الدولة والأشخاص المحايدين وتحديدات المادة (10) منها بأن " لا يعد عملاً عدائياً كل عمل تقوم به الدولة المحايدة لصد محاولات النيل من حيادها حتى لو كان ذلك بالقوة ". كذلك نص بروتوكول جنيف لسنة 1924 في المادة (2) منه على هذا الحق.

ثانيا/ حالة الضرورة:

"وهي الحالة التي تكون فيها الدولة مهددة بمقتضى تقديرها الموضوعي للأمر بخطر حال- أو وشيك الحلول - جسيم يهدد وجودها ونظامها الأساسي أو شخصيتها أو استقلالها بحيث لا تستطيع تفاديه إلا بإهدار مصالح أجنبية مشروعة بمقتضى أحكام القانون الدولي.

ثالثاً/ المعاملة بالمثل:

"وهو الحق الذي يقرره القانون للدول التي تعرضت لاعتداء ذي صفة إجرامية في أن تردده باعتداء مماثل يستهدف به الإكراه على احترام القانون أو على تعويض الضرر المترتب على مخالفته.

المطلب الثاني: أثر قيام مسؤولية الدولة الجنائية

إن الأخذ بمبدأ المسؤولية الجنائية الدولية للدولة، يستتبعه وجوب فرض الجزاء عليها⁽¹⁾، مع ضرورة التركيز على إمكانية وفائدة هذا الجزاء. إذ أن الغرض من القانون الجنائي الداخلي أو الدولي هو تنظيم الجزاءات لكل جريمة، فقواعد القانون الدولي قواعد وضعية ولها إلزاميتها ويقترن بها جزاء عند انتهاكها، ومن المتفق عليه في الوقت الحاضر أن قواعد هذا القانون تنشأ بطريقة سليمة وتحتوي جميع شروط وجود القاعدة القانونية، وأن أشخاص هذا القانون لا سيما الدول لا تنكر الصفة الإلزامية له فهي تبرم الاتفاقيات وتلتزم بها وتسعى الدول دائماً لإيجاد مبررات لأفعالها المخالفة للقانون الدولي العام لإدعائها بالصفة الإلزامية له. وأصبح من الأمور المعتادة انتهاك قواعد القانون الدولي لا سيما في زمن النزاعات المسلحة بيد أنه لم يحدث إطلاقاً أن جاهرت أي من الدول بانتهاكها له بل إنها تحاول عند الإخلال بأحكام قاعدة دولية معينة أن تفسر القاعدة موضوع الإخلال تفسيراً يحمي تصرفها من سمة الخروج على الشرعية.

إن الجزاء موجود وقائم في القانون الدولي الجنائي ويوجه لمن يخل وينتهك قواعده من أي من أشخاصه⁽²⁾. وفيما يخص الدولة، يجب أن تكون الجزاءات المفروضة بشأنها متناسبة مع طبيعتها، وبعضها تحمل صفة الجزاء المدني وبعضها تحمل صفة الجزاء الجنائي وفي كل الأحوال تكون على نوعين إما مادية أو معنوية.

الفرع الأول: الجزاءات المادية

وهذا النوع من الجزاءات تفرضه الفئة المسيطرة على الجماعة الدولية وبطريقة مباشرة على المخل والمتهك لقواعد القانون الدولي الجنائي نتيجة لتقرير مسؤولية الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي ومنها التعويض والمقاطعة أو العقوبات الاقتصادية وحتى الرد العسكري، لا تمارس هذه العقوبة إلا على من يخل بالأمن والسلم الدوليين من الدول. كما لا يلجأ مجلس الأمن إلى هذا النوع من العقوبات إلا إذا تبين له أن التدابير العسكرية غير كافية للحفاظ على السلم والأمن الدوليين (المادة 41 و 42 من ميثاق الأمم المتحدة).

الفرع الثاني: العقوبات المعنوية

وهي التي لا تحمل الطابع المادي، وتنقسم إلى الجزاءات الدبلوماسية والتعويضات المعنوية والجزاءات التأديبية.

أولاً/ العقوبات الدبلوماسية:

وتتجسد بإلغاء القنصليات والمفوضيات أو الحرمان من حق عقد الاتفاقيات الدولية والحرمان من مزايا المعاهدات الدولية التي تنظم مصالح عامة. وهذا ما نصت عليه المادة (41) من ميثاق هيئة الأمم المتحدة بقولها "لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته وله أن يطلب من أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير ويجوز أن يكون من بينها... قطع العلاقات الدبلوماسية".

ثانياً/ التعويضات المعنوية:

وتتخذ شكل الترضية التي تعرف بأنها: "وسيلة الانتصاف التي يتم بموجبها إصلاح الضرر المعنوي الذي قد يلحق بأحد أشخاص القانون الدولي فهي الأثر القانوني للمسؤولية الدولية عن الأعمال غير المشروعة التي ترتب ضرراً للدولة أو أحد مواطنيها أو شركائها أو

¹ ينصرف اصطلاح الجزاء إلى أي شكل من أشكال القوة التي تمارسها الجماعة الدولية أو الأغلبية العددية منها على عضو بسبب إخلاله بإحدى قواعد القانون التي تلزمه بالانصياع لأحكامها. ويستوي في هذا المجال أن تنصرف القوة إلى الكيان الذاتي لهذا العضو أو إلى ذمته المالية أو إلى ما قد سيجريه من تصرفات قانونية، د. محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص 120 وما بعدها.

² محمد منصور الصاوي، المرجع السابق، ص 119.

تمس شرف الدولة وكرامتها وهيبتها أو الأعمال التي تعد مجرد انتهاك لالتزام دولي يشكل حقاً قانونياً للدولة المتضررة بغض النظر عما قد ينشأ من هذا الانتهاك من أضرار".

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية الفردية

صار من المتعارف عليه ومنذ زمن ليس بالقريب، أن القانون الدولي يفرض واجبات والتزامات على الأفراد مثلهم مثل الدول⁽¹⁾. فمقولة المسؤولية الجنائية الدولية للأشخاص الطبيعيين عن الانتهاكات الجنائية الدولية المقترفة من جانبهم، لها أهمية بالغة في الحيلولة دون ارتكاب مثل هذه الانتهاكات وتأمين فاعلية القانون الدولي الجنائي ومراعاة أحكامه.

إذ يقضي القانون الدولي الحديث بأن يتحمل الأشخاص الطبيعيين المسؤولية الفردية عن انتهاكاتهم الجنائية للقانون الدولي إلى جانب الدول المعنية⁽²⁾، إذ يعتبر الفرد هو المسؤول الوحيد عن ارتكاب هذه الجرائم الدولية بصفته الشخصية تطبيقاً لمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية الذي يعتبر من الأصول العامة للنظام الجنائي الحديث، لذا يفترض في هذا المجرم أن يكون كامل الإرادة وحر الاختيار عند ارتكابه الواقعة الاجرامية⁽³⁾.

بينما سابقاً وتحت تأثير الفقه الدولي التقليدي ظل الفرد بعيداً عن الالتزام بقواعد القانون الدولي فكان من غير الممكن تحميله أي مسؤولية لكون القانون الدولي لم يعترف أصلاً بخضوع الفرد لأحكامه ولم يكن حتى من بين المخاطبين بقواعده لذا لم يتصد القانون الدولي التقليدي للمسؤولية الجنائية الشخصية⁽¹⁾. ولأن الإنسان هو غاية كل تنظيم وما وجدت الدول والمجتمعات والمنظمات والحكومات إلا من أجل أن تحفظ للإنسان حقوقه وإن تكفل له أفضل سبل العيش مع ضرورة مراعاة جانب مهم وهو ملائمة القواعد القانونية مع الطبيعة العاقلة للإنسان، لذا كان لابد من أن يولي النظام القانوني الدولي اهتماماً بالإنسان في كل بقاع الأرض وأن يكرس قواعده لتقضي حاجاته الأساسية مع جعل عملية استكشافها وتحقيقها غاية مستهدفة له في نطاق الروابط الإنسانية⁽²⁾.

وبعد أن تم الاعتراف للفرد بعدد من الحقوق⁽³⁾، بدأت تظهر للوجود فكرة الالتزامات نتيجة الارتباط الوثيق بين الحقوق والالتزامات في كل الأنظمة القانونية فمن اكتسب الحقوق في ظل أي نظام قانوني عليه أن يتحمل الالتزامات في ظل هذا النظام. والأصل في المسؤولية الجنائية الفردية في ظل أي نظام قانوني هو قيام الفرد بانتهاك القواعد القانونية. هذه المسؤولية لم تقتن على الصعيد الدولي بصورتها التي عليها في النصف الثاني من القرن العشرين، إلا بعد تضافر عوامل تاريخية وموضوعية مترابطة أسهمت في دفع المجتمع الدولي لتقنينها دولياً. وتتصل هذه العوامل بأفعال جرمية خارج الحدود كالقراصنة البحرية وكذلك انتشار الرق وتجارة الرقيق عبر الدول إبان المرحلة الاستعمارية فضلاً عن الأثر الواسع للحروب والممارسات اللا إنسانية المتصلة بها⁽⁴⁾.

¹ سابقاً كان يوصف - خطأً - القانون الدولي بأنه قانون الدول، فهو ينظم العلاقات بين أشخاصه فحسب وأن أشخاص القانون الدولي المعترف بها أو المتفق عليها هي الدول والمنظمات الدولية، أما الفرد فلا يتناولها إلا من خلال التشخيصات القانونية المسماة بالدول. ويعد تمتع الفرد بالشخصية الدولية محل خلاف منذ نشأت القانون الدولي.

² شريف عتلم، المحكمة الجنائية الدولية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2003، ص 14 وما بعدها.

³ صلاح الدين أحمد حمدي، دراسات في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2002، ص 52.

⁴ عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 199، ص 23 وما بعدها.

⁵ عبد الواحد محمد الفار، نفس المرجع، ص 24.

⁶ محمد سعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، التنظيم الدولي الجزء الأول (الأشخاص)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 185 وما بعدها.

⁷ ضاري خليل محمود وباسيل يوسف، المحكمة الجنائية الدولية هيمنة القانون أم قانون الهيمنة، بيت الحكمة، مطبعة الزمان، بغداد، العراق، 2003، ص 9 وما بعدها. ومن أهم الأفعال التي يمكن أن يسأل عنها الفرد من الناحية الجنائية: أعمال القرصنة في أعالي البحار وتجارة الرقيق وتجارة المطبوعات الممنوعة وأفعال

ومع أن للنزاع على الشخصية الدولية للفرد كان له أثره من ناحية انقسام الفقه الدولي ما بين مؤيد لمسؤولية الفرد الدولية ورافض لها ومقرر لازدواجية المسؤولية لكل من الفرد والدولة، إلا أن الاعتراف بمسؤولية الفرد الجنائية الدولية أصبح أمرا واقعا في الفقه الدولي المعاصر لاسيما بعد الحرب العالمية الثانية. وكما قررت له هذه المسؤولية، فقد قررت له أيضا على غرار التشريع الجنائي الداخلي أسباب تدفع عنه هذه المسؤولية إذا ما توافرت له أحدها منعت عنه المسؤولية. أما إذا ثبتت مسؤوليته الجنائية عن الفعل التي يعد انتهاكا جنائيا دوليا فإن ذلك يترتب أثرا لهذه المسؤولية عليه يتجسد في استحقاقه لواحد أو أكثر من الجزاءات المقررة بموجب قواعد القانون الدولي للانتهاك الذي ارتكبه. لذا سوف نتناول في هذا المبحث مسؤولية الفرد الجنائية الدولية وكذلك الجزاءات المترتبة كأثر لهذه المسؤولية وذلك في مطلبين على التوالي.

المطلب الأول: أسس المسؤولية الجنائية الدولية للفرد

قبل أن يتقرر للفرد مسؤوليته الجنائية الدولية بموجب القانون الدولي المعاصر ظهرت اتجاهات عدّة ما بين معارض ومؤيد لهذه المسؤولية فعلى الرغم من الإجماع المنعقد بين الفقهاء على أن الفرد يعد محل اهتمام خاص للقانون الدولي، نجد أن هناك خلافا واضحا في الرأي تجاه هذه المسألة. كما تقررت أسباب لدفع المسؤولية هذه عن الفرد إذا ما توافرت إحداها. لذا سنبحث الاتجاهات التي تقرر مدى مسؤولية الفرد في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسنخصصه لأسباب الدفع بعدم المسؤولية وبحسب الآتي:

الفرع الأول: مذاهب تقرير مسؤولية الفرد الجنائية الدولية:

كان الفرد محل نزاع في القانون الدولي من ناحية شخصيته الدولية وولائه المباشر لهذا القانون، وكان لهذا النزاع أثره في انقسام الفقه الدولي الجنائي في ظل المتغيرات التي حدثت في النظام القانوني الدولي فيما يتعلق بمدى هذه المسؤولية:

مذهب يرى أن الدولة وحدها هي المسؤولة عن الانتهاكات الجنائية الدولية (الجرمة الدولية)

يذهب أنصار هذا المذهب إلى أن " الدولة هي الشخص الوحيد الذي يرتكب جريمة القانون الدولي؛ لأن القانون الدولي لا يخاطب إلا الدول كما أن جرائم هذا القانون لا يرتكبها إلا المخاطبون به. وأن الفرد الطبيعي غير مسؤول جنائيا لأن خضوع الشخص الطبيعي لنظامين قانونيين في نفس الوقت أي القانون الداخلي والقانون الدولي لا يمكن تصوره في الوقت الذي لا يوجد تنظيم عالمي أو دولة عالمية، ومن ثم فإنه من العسير تقرير المسؤولية الدولية للأفراد في الوقت الحاضر، ومن ثم فإن الدولة تكون وحدها هي المسؤولة جنائيا عن الجرائم الدولية⁽¹⁾.

ويرى أنصار هذا المذهب أيضا في الدولة "الحل الرئيسي للقانون الجنائي الدولي باعتبارها تشكيلا اجتماعيا له السلطة، فيما أنها تقول إنها المنافع الناجمة عن استعمال هذه السلطة من دون أن تكون لدينا فكرة نسبتها إلى مجموعة الأفراد المقيمين فيها ونسألها عن إساءة استعمالها لها من الناحية المدنية وهذا يحصل دائما للحصول على التعويض المدني عن الأضرار التي تسببت فيها فمن الممكن أيضا أن نسألها للتكفير جنائيا عما ارتكبه بسبب تلك السلطة وهذه المسؤولية ضرورة عملية في مجتمع منظم قانونا إذ لا يجوز أن تكون هناك حرية دون مسؤولية⁽²⁾.

الفرع الثاني: الدفع بعدم المسؤولية

الإرهاب وتجارة المخدرات وجرائم إبادة الجنس وجرائم القرصنة الجوية والاختطاف غير المشروع للطائرات والأفعال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني الدولي وجرائم التمييز العنصري - المحكمة الجنائية الدولية : تحدي الحصانة.

¹ رأي للأستاذين فون ليست وفير، عبد الواحد الفار، المرجع السابق، ص. 29.

² لقد أكد على هذا الاتجاه الفقيه (سالدانا) إذ جاء محاضرة ألقاها بأكاديمية لاهاي موضوعها " العدالة الجنائية الدولية"، إن للدولة إرادة وقد تكون تلك الإرادة إجرامية وعلى ذلك يجب أن يمتد اختصاص محكمة العدل الدولي الدائمة إلى المسائل الجنائية ويجب أن تختص بنظر كل الجرائم التي ترتكب ضد القانون الدولي، أشار إليه: عبد الواحد الفار، مرجع سابق، ص. 30.

هي الأسباب التي تمنع قيام المسؤولية للفاعل وتسمى أيضا بموانع المسؤولية الجنائية . وتعرف بأنها "الأسباب التي تعرض للإرادة فتجردها من قيمتها القانونية وتكون الإرادة غير معتبرة إذا تجردت من التمييز أو أنتفت عنها حرية الاختيار فحالات امتناع المسؤولية ترد إلى انتفاء الإدراك أو حرية الاختيار. فإذا ما توافرت أحد هذه الأسباب عدّ مرتكب الفعل غير مسؤول"⁽¹⁾. فالإدراك وحرية الاختيار هما مقومات الأهلية الجنائية وشرط قيام المسؤولية الجنائية ، فإذا ما فقد أو فقد أحدهما يتعذر عند ذاك إسناد الجريمة للشخص الذي فقدهما عند ارتكابه للسلوك المعدّ انتهاكا جنائيا دوليا. عندها تمتنع مسؤوليته الجنائية . وقد يكون السلوك الذي ارتكبه المتهم في ذاته جريمة ويشكل انتهاكا جنائيا دوليا لقواعد القانون الدولي طبقا لهذا القانون إلا أنه وفي نفس الوقت قد تكتنف إتيان هذا السلوك ظروف وملابسات تبرره دوليا بموجب هذا القانون وبذلك يجد المتهم لنفسه سببا قويا يدعوه إلى الدفع بانتفاء مسؤوليته عن ارتكاب السلوك المكون للانتهاك الجنائي الدولي⁽²⁾.

المطلب الثاني: أثر قيام المسؤولية الجنائية الدولية للفرد

يترتب على قيام المسؤولية الجنائية الدولية قبل الفرد وجوب معاقبته جزاء على ما ارتكبه من انتهاكات جنائية دولية . فالجزء هو الركيزة الأساسية التي يتركز عليها القانون أي قانون سواء دولي أم داخلي في إلزامه واتصافه بالوضعية كتعبير اصطلاحى عن واقع السريان الفعلي الملزم ، فلا إلزام من دون الجزاء . وتعد المساءلة خير رادع للجناة، ولعل أنجح طريقة للتصدي للسلوك الإجرامي وحماية الأبرياء هي بث الخوف في نفوس الجناة من احتمال اكتشاف أمرهم أو في نفوس الغير ممن تراودهم نفسهم لارتكاب الانتهاكات⁽³⁾. وكلما زاد شجب الأعمال الانتقامية زاد الإصرار على ضرورة معاقبة الأفراد الذين ينتهكون قواعد القانون الدولي. وقد نصت العديد من المواثيق الدولية على ضرورة بل وجوب المعاقبة، وبدأ التفكير على نطاق دولي في استحداث جهاز شرطة الأحداث وبادرت منظمة الشرطة الجنائية الدولية منذ سنة 1947 للدعوة إلى ضرورة إنشاء شرطة خاصة بالأحداث لحماية الأطفال المعرضين للخطر. وكذلك الاتفاقية الخاصة بتجارة الرقيق الأبيض واتفاقية إلغاء الرقيق واتفاقية تحريم تجارة المطبوعات المفسدة ومعاهدة فرساي واتفاقية منع إبادة الجنس البشري واتفاقيات جنيف لسنة 1949 كل هذه الاتفاقيات وغيرها تقرر وجوب معاقبة الأشخاص الذين يرتكبون الانتهاكات الجنائية الدولية المنصوص عليها فيها إلا أن هذه الاتفاقيات لا تحدد ولا تبين نوع العقوبة وإنما فقط تشير إلى سلطة أطراف الاتفاقية في المعاقبة وتحديدها.

ويُعد الجزاء استثنائيا في القانون الدولي إلا أنه تم تسجيل سابقة هامة وذلك في محاكمات "نورمبرج وطوكيو"⁽⁴⁾. إذ يعد أول عقاب دولي خرج إلى حيز التنفيذ كجزء للجرائم الدولية هو عقاب مجرمي الحرب العالمية الثانية الذين قدمهم الحلفاء للمحاكمة عن جرائمهم فيها أمام المحكمتين العسكريتين الدوليتين "نورمبرج" بألمانيا لمحكمة مجرمي المحور الأوربي، وطوكيو لمحكمة مجرمي الشرق الأوسط⁽⁵⁾. فقد بينت المواد (27-29) من نظام العقوبات الوارد في نظام "نورمبرج"، العقوبات بصورة عامة ومن دون تحديد. فقد امتدت سلطات محكمة "نورمبرج" إلى تثبيت العقوبة، وهو وضع يدل على تجاوز ما هو عليه الحال في القوانين الجنائية الداخلية بالنظر للصفة التطورية لقانون الشعوب التي تبرر هذا التجاوز بل وتتطلبه. كما لم يوضع أي شرط يقيد المحكمة في تقدير العقوبة. فلها أن تحكم حتى

³ أشرف توفيق شمس الدين، مبادئ القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص. 135.

¹ محمد عبد القادر قواسمية، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص. 156.

² وثيقة الأمم المتحدة، الجمعية العامة، 1996-P-64-Add.1-51/306/A وقد أكد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان الذي عقد في فيينا عام 1993 في إعلانه وبرنامج عمله ما يلي: "يعرب المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان عن جزعه لانتهاكات حقوق الإنسان على نطاق واسع لاسيما تلك التي تتخذ شكل الإبادة الجماعية و " التطهير العرقي " والاعتصاب.

³ عبد الرحيم صدقي، مبادئ القانون الدولي الجنائي، القاهرة، مصر، 1986، ص. 14 وما بعدها.

⁴ محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، مصر، العدد الثاني، 1966 ص. 12 وما بعدها.

بعقوبة الإعدام إذ ورد في المادة (27) من النظام "للمحكمة أن تحكم على المتهمين الذين تثبت إدانتهم بالإعدام أو أي عقوبة أخرى ترى أنها عادلة⁽¹⁾". فليس في هذا النظام تقسيمات للعقوبات ولا نظام معين بتحديداتها فضلاً عن أن هذا النظام قد أشار إلى إمكانية فرض العقوبات المالية عندما قرر إعادة الأموال المسروقة⁽²⁾.

وبموجب المادة (37) من نظام نورمبرج تنفذ العقوبات المحكوم بها على الأشخاص الطبيعيين بمعرفة الدولة التي يكون المحكوم عليه تابعاً لها، أما بالنسبة لعديمي الجنسية فتتخذ العقوبة بحكمهم بمعرفة الدولة التي بها محل إقامته⁽³⁾.

بعد ذلك أنشئت المحاكم الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا، ورواندا ولم ينص في النظام الأساسي لتأسيسهما على عقوبة الإعدام بل كانت أعلى عقوبة هي السجن مدى الحياة. وترجع في ذلك إلى مدد السجن التي كانت سارية في محاكم يوغسلافيا السابقة مع الأخذ بنظر الاعتبار عند تحديد العقوبة من قبل دائرة المحكمة جسامة الجرم والظروف الشخصية للمدان بالإضافة إلى ما قد تفرضه الدائرة من أوامر كالتغريم والمصادرة والتعويض المواد 24 من نظام محكمة يوغسلافيا و23 من نظام محكمة رواندا.

أما نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فقد جاء بتفاصيل أكثر تنوعاً ودقة للعقوبات التي يمكن أن تفرض على المتهم⁽⁴⁾. فالمادة (77) من النظام بينت أنواع العقوبات التي يمكن أن تفرض على المدان بارتكاب جريمة في إطار المادة (5) من النظام وهي تنحصر في عقوبات سالبة للحرية وعقوبات مالية. فالعقوبات السالبة للحرية تتجسد بـ:

(أ) - السجن لعدد محدود من السنوات لمدة أقصاها 30 سنة.

(ب) - السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان .

أما العقوبات المالية فإن للمحكمة أن تفرضها بالإضافة إلى فرض إحدى العقوبتين السابقتين. وتتجسد العقوبات المالية بـ:

(أ) - فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات

(ب) - مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير المباشرة من تلك الجريمة من دون المساس بحقوق الأطراف. ومن الإجراءات ذات الطبيعة المالية التي فرضها هذا النظام على المدان هو ما جاءت به المادة (75) منه وهي مادة وردت في النظام خارج نطاق الباب السابع المخصص للعقوبات حول "جبر إضرار المجني عليه. وهو يأخذ مفهوم التعويض ورد الاعتبار ورد الحقوق وهي في كثير منها ذات طابع مالي، علماً أن هناك رأي يذهب إلى أن هذا الجبر يأخذ معنى التدبير أكثر مما يأخذ معنى العقوبة لأنه لو أراد به النظام أن يأخذ معنى العقوبة أشار إليه ضمن أحكام المادة (77) التي حددت العقوبات⁽⁵⁾.

⁵ محمد محي الدين عوض، مرجع سابق، ص. 230.

⁶ محمد محي الدين عوض، نفس المرجع، ص. 230، إذ نصت المادة (28) على أنه: " للمحكمة الحق فضلاً عن العقوبات الأصلية التي تصدر حكمها بما أن تأمر في مواجهة المحكوم عليه بمصادرة كل الأموال المسروقة وتسليمها لمجلس الرقابة في ألمانيا.

¹ أصدرت محكمة "نورمبرج" حكمها في 30 سبتمبر، أول أكتوبر من سنة 1946 وعنها قال: "دونديودي فابر": إن أول أكتوبر سنة 1946 تاريخ مشهود في تاريخ الأمم لأنه صدرت فيه للمرة الأولى عقوبات قضائية على أولئك المسؤولين عن شن الحرب وإثارة الرعب والإرهاب، وللمرة الأولى أيضاً وجهوا شخصياً بجنايتهم.

² عبد الستار الكبيسي، العقوبات دراسة في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة دراسات قانونية، العدد الأول، منشورات بيت الحكمة، العراق، ص. 89 وما بعدها.

³ ضاري خليل محمود وباسيل يوسف، المرجع السابق، ص. 149 .

ونجد بأن هذا الجبر يجب أن يكون بمنزلة العقوبة للمتهم وإنصاف للمجني عليه إذ أنه -الجبر- يستقطع من الذمة المالية للمدان بما يسبب له ألماً وردعاً. من جهة أخرى تتجه الكثير من التشريعات الجنائية الداخلية إلى إرفاق الحكم بالعقوبات بأنواعها بحكم يجبر ضرر المجني عليه بأنواع الجبر كافة كرد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار وإعادة التأهيل والترضية وضمان عدم الانتقام⁽¹⁾.

أما الحكم بعقوبة الإعدام التي لم يأتي ذكرها ضمن أنواع العقوبات المنصوص عليها في المادة (77) فإن ذلك يعود إلى الانقسام الكبير الذي أسفرت عنه مناقشة ممثلي الدول في اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية في روما عام 1998 فجزء من الدول ترفض رفضاً قاطعاً النص على عقوبة الإعدام استناداً إلى أن نظمها الدستورية لا تسمح بتبني هذه العقوبة فضلاً عن أن المعايير الدولية الواردة في إعلانات واتفاقيات حقوق الإنسان تناهض النص على هذه العقوبة مشيرين إلى أن هذه العقوبة لا يمكن إصلاح الخطأ الناجم عن تطبيقها. أما الجزء الثاني من الدول فقد كانت تدعو إلى النص على هذه العقوبة وتحديد الجرائم التي تعد الأكثر خطورة مستندين إلى أن النظم الدستورية لدولهم تسمح بتطبيق هذه العقوبة وعليه فليس من المعقول أن يحكم مرتكب جريمة قتل لشخص واحد بالإعدام ، في حين لا يعاقب بهذه العقوبة من ارتكب جريمة إبادة جماعية لأعداد كبيرة من الأشخاص.

وحل هذه المشكلة فقد تقرر النص في المادة (80) من النظام على أن "ليس في هذا الباب من النظام الأساسي ما يمنع الدول من توقيع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية أو يحول من دون تطبيق قوانين الدول التي لا تنص على العقوبات المحددة في هذا الباب". وبذلك ضمنت الدول التي تنص قوانينها على عقوبة الإعدام الاعتراف بحقها بإبقاء هذه العقوبة وبالحكم بها من دون أن يؤدي التطبيق المتواتر للنظام الأساسي مستقبلاً إلى تكوين عرف دولي قد يؤدي إلى اتهام هذه الدول بأن قوانينها الوطنية تخرق مبدأ عدم اعتماد النظام لهذه العقوبة⁽²⁾.

المطلب الثالث: تطبيقات القضاء الجنائي بشأن المسؤولية الجنائية الدولية للفرد

إن المسؤولية الجنائية بصفة عامة لا يكون لها أثر قانوني إذا لم تطبق على الأشخاص المخالفين للقواعد القانونية التي تحكم المجتمع، وأن القانون الدولي بجميع فروعه مثله مثل القانون الداخلي، فلا بد أن يلتزم الأشخاص المخاطبون به وأن يحترموا أوامره ونواهيه ، وألا يكون هناك انتهاكات تتعلق بالحقوق الأساسية للإنسان، ويجب أن يكون تطبيق القانون الدولي الجنائي على كافة الأفراد وبصورة متساوية. وألا يكون هناك امتياز لبعض الأفراد على البعض الآخر، لأن أغلب قواعد القانون الدولي الجنائي قواعد أمرة وملزمة وعمومية ومجردة، لذا يجب أن تطبق على الجميع بصفة تلقائية، لقد شهدت العشرية الأخيرة من القرن العشرين قضايا سياسية لمفهوم المسؤولية الجنائية الدولية، تمثلت في إنشاء هيئات دولية لحاكمة ومعاقبة من وصفوا بأنهم مجرمو حرب.

خاتمة:

المسؤولية الجنائية الدولية للدولة تعد في القانون الدولي الجنائي بصورة خاصة والقانون الدولي بصورة عامة، مبدأً متطوراً ومعترفاً به من جانب كبير من فقه القانون الدولي ونصت عليه اتفاقيات دولية عديدة. فضلاً عن أن هذه المسؤولية لا يسقطها أي اعتبار، فالدولة يمكن إدانتها بارتكاب انتهاكات جنائية دولية، سواء انتهاكها لحقوق أطفالها أم انتهاكها لحقوق أطفال دولة أخرى، لأن الاعتراف بالشخصية القانونية الدولية للدولة يتضمن أيضاً الاعتراف بالمسؤولية الجنائية لها من دون الإخلال بمسؤولية الأشخاص الطبيعيين الذين تسببوا في ارتكاب هذه الانتهاكات إذ تجب معاقبتهم أيضاً عن ذلك، أما إذا ثبتت مسؤولية الفرد الجنائية الدولية عن الفعل الذي يعد انتهاكاً جنائياً دولياً فإن ذلك سيرتب أثر لهذه المسؤولية عليه يتجسد في استحقاقه لواحد أو أكثر من الجزاءات المقررة بموجب قواعد

⁴ على سبيل المثال؛ القانون الجنائي الكندي الذي أشار إلى أن التعويض يمكن أن يتم الأمر به كحكم إضافي لتغطية الأضرار التي يتم التثبت منها. وكذلك الإجراءات القانونية الجنائية للأنظمة الأساسية في فرنسا، وفي ألمانيا وفي إنجلترا يشير القانون الجنائي إلى حرية المحكمة في فرض الغرامة والتعويض.

¹ ضاري خليل محمود وباسيل يوسف، المرجع السابق، ص. 150.

القانون الدولي للانتهاك الذي ارتكبه، التي لم تنص عليها الاتفاقيات الدولية بل تركتها لسلطة قاضي محكمة الدولة المصادقة على الاتفاقية.

إذن كل من الفرد والدولة وهما من أشخاص القانون الدولي مسؤولون مسؤولية جنائية دولية عن الانتهاكات الجنائية الدولية التي تتسبب بها أفعالها غير المشروعة وأن لكل منهما أنواعا معينة من الجزاءات تتناسب وطبيعته وتفرض عليه عند ثبوت مسؤوليته وإدانته بالانتهاكات وأن ضرورة تنفيذ العقاب وعدم السماح بالإفلات منه سواء للدول أم الأفراد هي مسألة غاية في الأهمية كي يسود السلام والأمن الدوليان بعد أن يتم ردع الجناة عن سلوكهم الذي يشكل انتهاكات جنائية دولية.

والجزائر كباقي دول العالم تعمل على تطوير نصوصها من أجل مكافحة هذه الأنواع من الجرائم المرتكبة ضد الأطفال، وتظهر الحاجة جلية إلى ضرورة إصدار تشريعات فعالة وإبرام اتفاقيات دولية لمكافحة هذه الجرائم.

وعلى ضوء ما تقدم، يمكن لنا إجمال النتائج المتوصل إليها في ختام هذه الدراسة، على النحو الآتي؛

- على الرغم من وجود عنصر الإلزام لكل من الدولة المصادقة على الاتفاقيات الدولية التي تنضم في قواعدها حماية لحقوق الطفل والفرد بتعزيز هذه الحقوق واتخاذ التدابير كافة من أجل تحقيقها للطفل وحمايتها وكذلك تجريم الأفعال التي تشكل انتهاكاً لهذه الحقوق إلا أنه غير مجد لغياب عنصر العقوبة إذ أن هذه الاتفاقيات لاسيما اتفاقية حقوق الطفل لم تذكر أية عقوبة يجب أن تطبق بحق كل من ينتهك هذه الحقوق بالذات.

- غياب تفعيل الحقيقي للقانون وضعف آلية تنفيذه لا بل التساهل في تنفيذه وتسهيل عمليات إفلات الجناة من العقوبة عن طريق الثغرات القانونية، وكذلك اتساع ظاهرة الفساد المستشري بين أجهزة تنفيذ القانون ومؤسسات العديد من الدول.

- إن سيل الانتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، على الرغم من كثرة آليات حماية هذه الحقوق، يثبت فشل هذه الآليات في توفير الحماية اللازمة لمنع هذه الانتهاكات أو الحد منها إذ أن مجرد النص على حظر سلوك معين لا يعد كافياً للامتناع عن اقترافه فلا بد إلى جانب هذا الحظر من وجود تحديد للمسؤولية الجنائية للمنتهكين كذلك لا بد من تنفيذ حقيقي وفعال للقواعد الدولية المتعلقة بحماية حقوق الطفل وأجهزة كفأ لمراقبة التنفيذ وعقوبات صارمة تفرض على كل من ينتهك هذه الحقوق. ولا بد من الإدارة السياسية والمجتمعية لضمان التطبيق الفعال.

استغلال الطفل في المواد الإباحية ما بين الحظر الدولي والتجريم الوطني

Child pornography between international prohibition and national criminalization

بن تركية نصيرة، طالبة باحثة في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر.

أستاذة مؤقتة بجامعة علي لونيسي البليدة 02، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/05/25 - تاريخ المراجعة: 2017/12/16.

ملخص:

كرست العديد من المواثيق الدولية والإقليمية حماية حقوق الطفل كما نظمتها مختلف التشريعات والقوانين الداخلية، إلا أن العالم اليوم يشهد تقدما تكنولوجيا متسارع الوتيرة، الأمر الذي أفضى إلى ظهور جرائم جديدة من بينها استغلال الطفل في المواد الإباحية، وهذا الموضوع يشكل تهديدا للأطفال وتحديا للدول والمجتمع الدولي ككل، وعليه تهدف هذه الدراسة إلى التطرق لجوانب حماية الطفل من مخاطر المواد الإباحية ضمن الإطار القانوني الوطني والدولي.

الكلمات المفتاحية:

الطفل، المواد الإباحية، المواثيق الدولية، التشريع الجزائري.

Summary:

Many international and regional conventions have devoted attention to the protection of the rights of the child as regulated by various domestic laws and regulations. However, the world is witnessing technological progress. New crimes, such as child pornography, have become a threat to children and a challenge to States and the international community.

The study aims to demonstrate the protection of children from the dangers of pornography in national and international law.

key words:

Child, pornography, international conventions, Algerian legislation.

مقدمة:

تشير الإحصائيات الصادرة في عام 2013 أن عدد مستخدمي شبكة الانترنت عبر العالم بلغ 2.8 مليار مستخدم، أي نحو 40% من إجمالي عدد سكان العالم، وأنه تم تسجيل أكثر من 1.2 مليون تقرير يتعلق بمحتويات غير مشروعة عبر شبكة الانترنت، وفي أوروبا لوحدها تعرض الأطفال بنسبة تتراوح ما بين 13% و 19% لاستمالة جنسية غير مرغوب فيها عبر شبكة الانترنت، وفي الغالب يكون الأشخاص المستغلين للأطفال في هذه المواد الإباحية من فئة الذكور في حين أن الضحايا أغلبهم من الإناث¹. وتفسر هذه الإحصائيات حجم وخطورة استغلال الأطفال في المواد الإباحية، هذه الجريمة التي تتميز بمداثتها وأنها عابرة للأوطان، وأنه لا بد من تظافر الجهود على المستويين الدولي والوطني لوضع ضوابط وقواعد تحظر وتجرم استغلال الأطفال في المواد الإباحية، بما يكفل الحماية لهم وتحقيقا لأمنهم، ومن هنا تبرز أهمية الإشكال الذي يطرحه هذا الموضوع حول كيفية تعامل المجتمع الدولي مع موضوع استغلال الأطفال في المواد الإباحية؟ وكيف انعكس ذلك على مستوى التشريع الجزائري؟.

للإجابة على هذا الإشكال قسّمنا الموضوع لمبحثين حيث ندرس الجهود الدولية لمكافحة استغلال الطفل في المواد الإباحية في (المبحث الأول)، ثم نعالج تجريم استغلال الطفل في المواد الإباحية في ظل التشريع الجزائري في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الجهود الدولية لمكافحة استغلال الطفل في المواد الإباحية

¹ - تقرير الممثلة الخاصة المعنية ببيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، مود دي بور بوكيتشيوي إلى مجلس حقوق الإنسان في دورته 28، الوثيقة رقم: A/HRC/28/56، الصادرة بتاريخ: 2014/12/22، ص 7-14.

إن حق الطفل في الحماية حق تفرضه الفطرة وتحفظه الغريزة وتحث عليه المواثيق الدولية وتنظمه القوانين الوطنية¹، غير أننا إذا تأملنا الواقع نجد بأن الأطفال يتعرضون لأخطار وانتهاكات عديدة، فهم ضحايا للاستغلال بمختلف صوره كالعامل القسري ... فضلا عن الاتجار بالبشر. كما أن الإنترنت بسبب عوامل التقدم والتطور أضحت أداة لنشر وبث العديد من الصور والمحتويات التي تتضمن مختلف الاعتداءات والأعمال غير المشروعة، فهناك الصور الإباحية والمواد الحادشة للحياء العام والمخلّة بالأخلاق والآداب العامة²، وأمام تعاضل ظاهرة استغلال الأطفال في المواد الإباحية سعت الدول إلى مكافحة هذه الظاهرة من خلال محاولة إيجاد مفهوم لهذه الظاهرة وهو ما بادرت به عدة هيئات دولية (المطلب الأول) بالإضافة إلى إبرام الاتفاقيات الدولية وعقد المؤتمرات (المطلب الثاني) بهدف احتواء هذه الظاهرة والحد من تفاقمها، نحو إيجاد إطار قانوني دولي لمواجهة استغلال الأطفال في المواد الإباحية.

المطلب الأول: المفهوم الدولي لاستغلال الطفل في المواد الإباحية

إن تعريف استغلال الطفل في المواد الإباحية هو محل اختلاف لدى الدول والتشريعات، وهذا راجع إلى أن مفهوم المواد الإباحية في حد ذاته هو محل اختلاف، نظرا لاختلاف مفهوم الآداب العامة والمعايير التي تجسدها في كل مجتمع من المجتمعات، وكذلك لتأثر تعريفها باختلاف الأخلاق السائدة والثقافة والمعتقدات الدينية والاجتماعية والتي يصعب ترجمة ما تحويه من مضمون إلى قواعد قانونية، وعليه تنوعت التعريفات المتعلقة بالمواد الإباحية³، وانعكس هذا الأمر على تعريف استغلال الطفل في المواد الإباحية، حيث تعددت التعريفات على صعيد الهيئات الدولية (الفرع الأول)، كما أن صور استغلال الأطفال تعددت وتنوعت وتباينت لذا سنتطرق إلى أبرز الصور المتعلقة باستغلال الأطفال في المواد الإباحية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف استغلال الطفل في المواد الإباحية لدى الهيئات الدولية

تتعدد الهيئات الدولية التي لها دور مباشر أو غير مباشر في حماية القصر في مختلف المجالات كالنزاعات المسلحة، ومختلف أشكال الاستغلال بما في ذلك العمل القسري والاستغلال في المواد الإباحية، وبالتالي ينعكس جانب التعدد أيضا على مسألة تعريف استغلال القصر في المواد الإباحية، حيث أن التعريف يختلف من هيئة لأخرى، وفيما يلي سنحاول التركيز على أهم التعريفات الواردة على مستوى الهيئات الدولية.

أولا: تعريف لجنة الأنتربول لاستغلال القصر في المواد الإباحية

عرفت لجنة الأنتربول المختصة بالجرائم ضد الأطفال استغلال الطفل في المواد الإباحية بأنه: "أية وسيلة يتم من خلالها تصوير أعمال الاستغلال الجنسي للطفل أو الترويج لهذا الاستغلال بما في ذلك المواد المكتوبة والمسموعة التي تركز على سلوك جنسي يتم مع طفل، أو تتضمن عرضا لأعضائه التناسلية"⁴.

ثانيا: تعريف المركز الدولي للأطفال المستغلين والمفقودين

عرف المركز الدولي للأطفال المستغلين والمفقودين استغلال الطفل في المواد الإباحية بأنه: "تصوير الطفل بأي شكل من الأشكال أثناء اشتراكه في أنشطة حقيقية أو زائفة، أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للقاصر بغرض تحقيق الإشباع الجنسي باستخدام أي وسيلة من

¹ -حمو بن إبراهيم فحار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2014/2015، ص8.

² - زهور دقايشية، الحماية الجنائية للطفل على ضوء قانون العقوبات الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، العدد 6، جوان 2016، ص 272.

³ - أكمل يوسف السعيد يوسف، الحماية الجنائية للأطفال من الاستغلال الجنسي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص272-273.

⁴ - أحمد علي سعيد الغامدي، الحماية الجنائية للمراهقين من المؤثرات الجنسية (دراسة تأصيلية مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2015، ص27.

وسائل التسجيل من وسائل التمثيل على سبيل المثال لا الحصر المنشورات المطبوعة والأفلام والألعاب ووسائل تخزين البيانات الإلكترونية وما يثبت على شبكة الانترنت والصور، كما يشمل الصور والرسومات الرقمية التي لا يمكن التمييز بينها وبين الصور الحقيقية¹. هذا وتعين الإشارة إلى أن مفهوم استغلال الأطفال في المواد الإباحية يختلف عن مفهوم استغلال الأطفال جنسيا، الذي يقصد به الاتصال بين شخص بالغ وبين طفل قاصر لإرضاء الرغبات الجنسية لدى الشخص البالغ، الذي يستخدم القوة للسيطرة على الطفل²، وعليه يمثل استغلال الطفل في المواد الإباحية أحد صور الاستغلال الجنسي للأطفال³.

الفرع الثاني: صور استغلال الطفل إباحيا عبر شبكة الانترنت

تتجلى أبرز صور جرائم استغلال الطفل في المواد الإباحية فيما يلي:

أولا: تحريض القصر على الأعمال الجنسية

يتم التحريض ابتداء عن طريق البريد الإلكتروني الذي يتم من خلاله نقل المواد الإباحية المتعلقة بالطفل من صور أو كتابة أو رموز لشخص معين أو لأشخاص محددين، وهذا بغرض تنظيم اجتماعات تقوم على علاقات أو ممارسات جنسية يساهم فيها أو يحضرها الطفل، أي أن الطفل يكفي بالمشاركة دون المشاركة، وعليه فإن أفعال التحريض الموجهة إلى الأطفال تتخذ الصور الآتية:

أ- التحريض عن طريق المحادثات الشفهية أو المكتوبة، والتي تحرض على ارتكاب أفعال الفسق والفجور، وغالبا ما تتم عن طريق غرف الحوار والدرشة.

ب- التحريض عن طريق وضع مواقع في الانترنت تعمل على الترويج لتجارة الأطفال وبيوت الدعارة، فتقوم بتزويد الشخص بمعلومات عن أماكن وبيوت الدعارة.

ج- التحريض عن طريق الرموز أو الرسوم التي قد تكون دعوة صريحة أو تحمل في طياتها إيهامات جنسية، مما لا يدع مجالا للشك معنى التحريض على الفسق والفجور⁴. ومن المهم الإشارة إلى أنه يصعب كثيرا حصر عدد حالات التحريض، لأن عددا كبيرا من الضحايا لا يبلغون عما يتعرضون له من اعتداء.

ثانيا: إنتاج صور فاضحة للطفل

تتنوع الصور المنتجة عبر تقنية الانترنت، حيث تضع هذه الأخيرة بين يدي الفاعل منظومة غير محددة لطرق إنتاج الصور الفاضحة للأطفال بعضها قد يكون حقيقيا حصل عليه الفاعل بطرق غير مشروعة يروجها، كما أن هناك طريقة أخرى وهي الأكثر انتشارا، وتعلق بمقاطع غير حقيقية (مزيفة) تدخل منظومة التحوير ليستغل المنتج في جريمة استغلال الطفل في المواد الإباحية، والحقيقة أن استغلال الطفل يتحقق بأحد الأمرين:

أ- أن يكون الطفل هو مادة الإنتاج الجنسي، سواء كان ذلك بالصور الفوتوغرافية أو مقاطع فيديو ليعاد ترويج تلك الصور إلى آخرين عبر شبكة الانترنت.

¹ - عثمان طارق، حماية الأطفال من الاستغلال في المواد الإباحية عبر الانترنت في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد 13، 2016، ص 420.

² - يوسف حسن يوسف، جريمة استغلال الأطفال وحمايتهم في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013، ص 274.

³ - عثمان طارق، المرجع السابق، ص 419.

⁴ - رشا خليل عبد، جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت، مجلة الفتح، جامعة ديالى، العراق، العدد 27، 2006، ص 62.

ب- أن يكون الطفل هدفا للاستغلال ومادة له في آن معا، فمخرجات الإنتاج سواء كانت صورا أو مقاطع فيديو توجه إلى أطفال آخرين عبر شبكة الانترنت كان الفاعل قد جمع عناوينهم ومواقعهم الإلكترونية عبر الشبكة المعلوماتية، أي أن الهدف هنا هو إيصال المنتج إلى أطفال قصر آخرين¹.

ثالثا: عرض أو نشر أو بيع صور إباحية متعلقة بالأطفال (الترويج لدعارة القصر)

لقد أصبح الترويج للمعطيات الإباحية لغرض إشباع الغرائز الجنسية أو لتحقيق مكاسب تجارية أمرا مألوفا في الإنترنت، والتي يكون الطفل فيها محلا للاعتداء، ومن ذلك عرض صور وأفلام إباحية تتضمن صور لأطفال قصر أو صور وأفلام لعمليات التعذيب الجنسي والأعضاء الجنسية وعمليات الاغتصاب أو العمليات الجنسية التي تمارس على الأطفال². وتجدد الإشارة إلى أن هذه الصور ليست مذكورة على سبيل الحصر، ذلك أن المجال التكنولوجي و الجريمة الإلكترونية في تطور دائم، بالتالي لا يمكن التنبؤ بالمستقبل وما يحمله، وعليه فجرائم المواد الإباحية عرضة للتوسع بأن تعرف أنماطا أخرى.

المطلب الثاني: الآليات الدولية لمكافحة استغلال الطفل في المواد الإباحية

يكتسي الطفل أهمية كبرى ضمن المنظومة القانونية الدولية، فمع نهاية الحرب العالمية الثانية أخذ الإطار الدولي لحقوق الطفل بالتطور والتوسع نحو أعمال حقوق هذه الفئة وتكريس الحماية الدولية لها، وتجسدت هذه الحماية من خلال مختلف المواثيق الدولية سواء كانت مواثيق عامة أو خاصة بالطفل، ومن ضمن مجالات الحماية التي حملتها الاتفاقيات الدولية الحماية من الاستغلال في المواد الإباحية، التي سنتولى توضيحها من خلال التطرق للآليات الاتفاقية في (الفرع الأول)، ثم أبرز المؤتمرات الدولية التي سعت إلى مكافحة استغلال الطفل في المواد الإباحية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الآليات الاتفاقية لمواجهة استغلال الطفل في المواد الإباحية

سنوضح في هذا الفرع أهم المواثيق الدولية التي أقرت الحماية القانونية للطفل من الاستغلال في المواد الإباحية على النحو الآتي:

أولا: اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989

تكتسي اتفاقية حقوق الطفل أهمية بالغة، باعتبارها أعلى مصدر قانوني يتضمن المبادئ والمعايير الأساسية لحماية الطفل³ على الصعيد الدولي، ومن ضمن صور الحماية المكفولة لهذه الفئة في إطار اتفاقية حقوق الطفل، الحماية من الاستغلال في المواد الإباحية، حيث أكدت المادة 34 من هذه الاتفاقية على وجوب حماية الدول للأطفال من الاستغلال في المواد الإباحية وذلك من خلال عدم إكراههم على ممارسة الأنشطة الجنسية غير المشروعة، وكذلك عدم استغلالهم في العروض والمواد الداعرة⁴، في حين فرضت المادتين 34 و 39 من ذات الاتفاقية التزاما على الدول باتخاذ التدابير اللازمة على المستوى الوطني والدولي لمنع استغلال الأطفال في المواد الإباحية⁵، لتؤكد على ضرورة إعادة إدماجهم اجتماعيا⁶.

ثانيا: اتفاقية منظمة العمل الدولية المتعلقة بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها رقم

182 لعام 1999

¹ - أسامة أحمد المناعسة و جلال محمد الزعبي، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، 2014، ص 263.

² - رشا خليل عبد، المرجع السابق، ص 62.

³ - رشيدة ترابيت، المركز القانوني للأولاد القصر في القانون الدولي بين النظرية والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص 27.

⁴ - المادة 34 من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام 1989.

⁵ - المادة 35 من نفس الاتفاقية.

⁶ - المادة 39 من نفس الاتفاقية.

منذ إنشائها تبذل منظمة العمل الدولية أقصى جهودها للقضاء على أسوأ أشكال عمالة الأطفال، وفي عام 1999 انعقدت الدورة 87 لمؤتمر العمل العالمي، حيث تم اعتماد وبالإجماع الاتفاقية رقم 182 بشأن حظر أسوأ عمل الأطفال¹، التي ورد فيها أن استخدام الطفل وتشغيله وعرضه لمزاولة الدعارة أو لإنتاج أعمال إباحية أو لأداء عروض إباحية يندرج ضمن أسوأ أشكال عمل الأطفال²، كما ألزمت الاتفاقية رقم 182 الدول الأطراف باتخاذ جملة من التدابير لحماية الأطفال من مخاطر استغلالهم في المواد الإباحية، وتتجسد هذه التدابير فيما يلي:

- أ- القيام بتصميم برامج للقضاء على أسوأ أشكال عمل الأطفال، والتي من ضمنها استغلالهم إباحيا عبر شبكة الانترنت، بحيث يكون تصميم هذه البرامج مبنيا على التشاور مع المؤسسات الحكومية المختصة ومنظمات أرباب العمل والعمال.
- ب- إرساء عقوبات جزائية وتطبيقها ضد كل من يقوم باستغلال الأطفال في المواد الإباحية، وهنا يتعين الإشارة إلى أن الجزائر من الدول التي واكبت التطورات في إطار تنفيذ التزاماتها الدولية المترتبة على الانضمام للاتفاقيات الدولية، حيث أقرت عقوبات ضد مرتكبي جرائم استغلال الأطفال ومنها استغلالهم في المواد الإباحية.
- ج- مساعدة الأطفال ضحايا الاستغلال، والعمل على إعادة تأهيلهم ودمجهم اجتماعيا³.

ثالثا: البروتوكول الاختياري بشأن بيع واستغلال الأطفال في البغاء والمواد الإباحية لعام 2000

نظرا لتزايد أعداد الأطفال الذين تعرضوا للاستغلال الجنسي وبشكل خاص الاستغلال في المواد الإباحية تركزت الجهود الدولية في الرفع من مستوى الوعي العام بالحد من استغلال الأطفال في المواد الإباحية⁴، وتوجت هذه الجهود بإرساء بروتوكول اختياري لاتفاقية حقوق الطفل يتعلق ببيع الأطفال واستغلالهم في الدعارة والمواد الإباحية في عام 2000 الذي عرفت المادة 2 الفقرة (ج) منه استغلال الطفل في المواد الإباحية بأنه: "تصوير أي طفل بأي وسيلة كانت يمارس ممارسة حقيقية أو بالمحاكاة أنشطة جنسية صريحة، أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للطفل لإشباع الرغبة الجنسية أساسا"⁵.

من خلال هذا التعريف نجد أن البروتوكول الاختياري لاتفاقية الأمم المتحدة والمتعلق بحماية الأطفال من الاستغلال في البغاء والمواد الإباحية تبنى تعريفا موسعا لاستغلال الطفل في المواد الإباحية، حيث أنه أشار إلى التمثيل بأي وسيلة كانت، ومن الممكن أن يشمل أيضا المواد المكتوبة والرسوم الكاريكاتورية والرسومات وأفلام الكارتون⁶.

كما فرض البروتوكول على عاتق الدول الأطراف التزامات تتعلق بحظر استغلال الطفل في المواد الإباحية، من خلال انتهاج جملة من التدابير من شأن تطبيقها كفالة الحماية له من الاستغلال في المواد الإباحية عبر الشبكات الالكترونية وهذه التدابير تتجسد فيما يلي:

- أ- إدراج جرائم استغلال الأطفال في المواد الإباحية ضمن قوانينها وتشريعاتها الداخلية كقانون العقوبات الوطني بتجريم استغلالهم، وأيضا تجريم كل إنتاج أو توزيع أو نشر أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية تتعلق بالأطفال.
- ب- ممارسة الولاية القضائية وفقا لأحكام القانون الدولي في القضايا المتعلقة باستغلال الأطفال في المواد الإباحية⁷.

¹ - أسماء أحمد محمد الرشيد، الاتجار بالبشر وتطوره التاريخي، دار النهضة العربية، مصر ، 2009، ص 67.

² - المادة 3 من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182.

³ - المادة 6 و 7 من نفس الاتفاقية.

⁴ - وفاء مرزوق، حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 62.

⁵ - المادة 02 من البروتوكول الاختياري بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء والمواد الإباحية لعام 2000.

⁶ - أكمل يوسف السعيد يوسف، المرجع السابق، ص 277.

⁷ - المادة 3 من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في الدعارة والمواد الإباحية لعام 2000، السابق ذكره.

ج- تقديم المساعدة للدول الأطراف فيما يتعلق بإجراءات تسليم المجرمين، وهذا تنفيذا للالتزامات الدولية في هذا المجال، من أجل حماية الأطفال¹.

هذا ويتعين الإشارة إلى أن البروتوكول الاختياري يكتسي أهمية بالغة في مجال حماية الطفل من الاستغلال في المواد الإباحية، إذ أنه يمثل الصك الدولي الأساسي وحجر الأساس في هذا الباب من الحماية، خاصة وأننا نشهد اليوم تناميا مفرطا في استخدام الوسائل الالكترونية على اختلاف مجالات استخدامها، في ظل توجه دولي يسعى دوما لتطوير أسلوب التقنية، الأمر الذي يندرج باتساع الجريمة الالكترونية التي تعتبر حديثة الظهور، ورغم حداثة هذه الجريمة إلا أن هذا لم يمنع من أن يتم استهداف الأطفال عبر وسائل الإلكترونيات والمواقع الاجتماعية على اختلافها، لذا فهذا البروتوكول تمثل تطورا مهما على المستوى الدولي في مجال حماية الأطفال من استغلالهم عبر الوسائل والمواقع الإلكترونية.

رابعا: بروتوكول منع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال لعام 2000

في إطار مساعي دول العالم لمكافحة الإجرام المنظم العابر للحدود الوطنية والذي من أشكاله الاتجار بالأطفال، هذا الأخير الذي يعتبر استغلال الطفل في المواد الإباحية أحد أبرز صوره، تم إرساء بروتوكول خاص لحماية النساء والأطفال من مخاطر الجريمة المنظمة في عام 2000، حيث يهدف هذا البروتوكول لمنع ومكافحة الاتجار بالأطفال بما في ذلك استغلالهم في المواد الإباحية²، وفي هذا السياق ألزم البروتوكول الدول الأطراف بما يلي:

- أ- تجريم الاتجار بالأشخاص وفي مقدمتهم الأطفال، بإرساء تدابير تشريعية تجرم الاتجار بهم لغرض استغلالهم في المواد الإباحية.
- ب- العمل على مساعدة الأطفال ضحايا الاستغلال الإباحي الإلكتروني والعمل على حمايتهم، من خلال إرساء تدابير تتيح لهم التعافي الجسدي والنفسي والاجتماعي وأيضا تقديم المساعدة الطبية والنفسية والمادية.
- ج - تمكين الأطفال من التعليم، بالإضافة إلى تمكينهم من تلقي التعويض المناسب نتيجة لتعرضهم لجريمة الاستغلال في المواد الإباحية³.

الفرع الثاني: المؤتمرات العالمية لمكافحة استغلال الطفل في المواد الإباحية

منذ تسعينيات القرن المنصرم عرف المجتمع الدولي حراكا دوليا نشطا في مجال حماية حقوق الطفل خاصة بعد إرساء اتفاقية دولية خاصة بهم، وعليه بدأ المجتمع الدولي يدرك المخاطر والانتهاكات التي يتعرض لها الأطفال عبر مختلف مناطق العالم، ومن ضمن هذه المخاطر الاستغلال في المواد الإباحية، فسعت الدول إلى الاهتمام بهذه الظاهرة العالمية الناجمة عن التطور التكنولوجي والعمل على مكافحتها من خلال عقد المؤتمرات الدولية، بهدف تحليل أبعاد هذه الظاهرة الخطيرة وأسبابها، سعيا نحو إيجاد حلول تسهم في القضاء عليها وتحقيق الحماية للطفل من مخاطرها.

أولا: مؤتمر ستوكهولم لعام 1996

يجسد هذا المؤتمر أهمية كبرى في مجال حماية الأطفال من خطر استغلالهم في المواد الإباحية باعتباره أول مؤتمر دولي يتناول قضايا الاستغلال الجنسي المتعلقة بالأطفال، ومن بينها استغلالهم في المواد الإباحية، حيث حضر هذا المؤتمر ممثلي 142 دولة وأكثر من 400 منظمة غير حكومية، وقد سعى المؤتمر إلى تسليط الضوء على قضايا استغلال الأطفال في المواد الإباحية والعمل على مناهضته من خلال ما يلي:

¹ - المادة 6 من نفس البروتوكول.

² - المادة 2 من البروتوكول منع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال لعام 2000.

³ - المواد 5 و6 من نفس البروتوكول.

أ- التأكيد على أن لكل طفل الحق في الحماية من كافة أشكال الاستغلال بما في ذلك استغلالهم في المواد الإباحية.

ب- التأكيد على أن استغلال الطفل في المواد الإباحية خرق صارخ لحقوقه واعتداء على كرامته.

ج- أن استغلال الأطفال في المواد الإباحية يؤثر عليهم سلبا في كافة النواحي وعلى نموهم العقلي والجسدي والنفسي والاجتماعي ويستمر هذا طول حياتهم.

وعلى هذا الأساس أوجب المؤتمر على الدول والأسرة العمل على القضاء على استغلال الأطفال في المواد الإباحية من خلال تنسيق الإجراءات الوطنية والإقليمية والوطنية، والقيام باتخاذ تدابير وقائية لحماية الطفل من خلال العمل على تحسين القوانين والأنظمة والسعي لتنفيذها.¹

ثانيا: مؤتمر فيينا لعام 1999

عقب مؤتمر ستوكهولم عقد مؤتمر دولي آخر لمكافحة الاستغلال الجنسي للأطفال في عام 1999 بفيينا، والذي جاء بتوصيات تكفل الحماية للطفل من الاستغلال في المواد الإباحية تجسدت فيما يلي:

أ- تشجيع وضع قواعد للسلوك من قبل مقدمي خدمة الانترنت.

ب- التشجيع على إنشاء مواقع للمواطنين للإبلاغ عن المواقع الإباحية للأطفال عبر الانترنت.

ج- ضرورة قيام المشرع الوطني بإصدار تشريعات تتعلق بتجريم التجارة الجنسية على الانترنت لغرض توفير الحماية القانونية للطفل، كما يتعين على الدولة وضع قواعد تناول تعريفا محدد لهذه الجريمة يأخذ بعين الاعتبار الحياة العمدية لصور الطفل والتصرف فيها.

د- الدعوة إلى إنشاء وحدات دولية مخصصة لمكافحة جريمة الاستغلال الجنسي للطفل عبر الانترنت، وإعداد برنامج تدريب خاص للتأهيل في هذا المجال.²

ثالثا: مؤتمر يوكوهاما (اليابان) لعام 2001

عقد هذا المؤتمر خلال الفترة من 17 إلى 20 ديسمبر 2001، حيث تم خلاله عقد 6 اجتماعات إقليمية تحضيرية، وتمثلت الأهداف المعلنة في هذا المؤتمر أن يتم تعزيز وتنفيذ خطة العمل الصادر عن المؤتمر العالمي الأول المنعقد في ستوكهولم عام 1996، واستعراض التقدم المنجز منذ ذلك المؤتمر، والبحث في العيوب والثغرات في مجال التنفيذ³، ليخرج المؤتمر الثاني بمجموعة من التوصيات تتمحور حول التركيز على ما تم الاتفاق بشأنه في مؤتمر ستوكهولم في مجال حماية الأطفال من الاستغلال في المواد الإباحية، والعمل على تطبيق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام 1989 في هذا المجال، ورفع الوعي العام بهذه الظاهرة.⁴

رابعا: مؤتمر ريودي جانيرو (البرازيل) لعام 2008

اجتمع خلال هذا المؤتمر حوالي 3000 مشارك من أكثر من 125 دولة في ريودي جانيرو بالبرازيل، لمناقشة مختلف قضايا الاستغلال الجنسي للأطفال، ومن بينها استغلالهم في المواد الإباحية في نوفمبر 2008، حيث ركز هذا المؤتمر على طرق حماية الطفل من الاستغلال في المواد الإباحية⁵، وتمثلت الأهداف المعلنة لهذا المؤتمر في:

¹ - صالح دواس سالم الخوالدة، الحماية الخاصة للنساء والأطفال من آثار النزاعات المسلحة في ضوء القانون الدولي الإنساني والتشريع الإسلامي (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية العلوم القانونية، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2007، ص 130.

² - زهور دقايشية، المرجع السابق، ص 373.

³ - صالح دواس سالم الخوالدة، المرجع السابق، ص 130.

⁴ - عادل عبد العال إبراهيم خراشي، جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت وطرق مكافحتها في التشريعات الجنائية والفقه الجنائي الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 106.

⁵ - www.unicef.org/arabic/protection/brazil_46522.html, vu le: 11/12/2016, 20:20

أ- استعراض التطورات والإجراءات المتخذة في متابعة إعلان وبرنامج عمل مؤتمر ستوكهولم لعام 1996 ومؤتمر يوكوهاما لعام 2001، وتحديد الدروس المستفادة والتحديات الرئيسية.

ب- تحديد الالتزام بتنفيذ غايات وأهداف نداء العمل من أجل منع الاستغلال الجنسي للأطفال وحظره ووقفه.

ج- تقديم الدعم الضروري للأطفال ضحايا الاستغلال في المواد الإباحية.

وتوج هذا المؤتمر بإقرار إعلان ريو دي جانيرو من أجل وقف استغلال القصر، الذي تضمن ولأول مرة معالجة صريحة ومباشرة لمسألة علاقة ودور تكنولوجيا المعلومات والانترنت في الاستغلال الجنسي للأطفال، حيث دعا إلى ضرورة تجريم إنتاج المواد الإباحية للطفل وتجريم توزيعها وتلقيها وحيازتها عمدا، بما في ذلك الصور الافتراضية والتصوير الذي يتم من خلاله استغلال الطفل جنسيا، فضلا عن ذلك الحصول العمدي لهذه المواد والإطلاع عليها، وأنه ينبغي أن تمتد المسؤولية عن هذه الأعمال لتشمل أيضا الأشخاص المعنوية¹.

المبحث الثاني

تجريم استغلال الطفل في المواد الإباحية على مستوى التشريع الجزائري

تشير الدراسات في الجزائر إلى أن فئة الأطفال المستخدمة للانترنت بلغت نسبتها 9% سنة 2009 لتتضاعف هذه النسبة إلى 19% في سنة 2010 أي أن عدد الأطفال المرتبطين بشبكة الانترنت تضاعف خلال سنة واحدة، كما أن هذه النسبة مرشحة للارتفاع مستقبلا²، الأمر الذي فرض على المشرع الجزائري انتهاز سياسة للوقاية من مخاطر الانترنت والجريمة الالكترونية من خلال إرساء قوانين لعل أبرزها القانون 04/09 المتعلق بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاتصال والإعلام، القانون ورغم أنه لم يتضمن إشارة صريحة ومباشرة للطفل إلا أنه تضمن العديد من الإجراءات تهدف للحد من الجريمة المعلوماتية حيث رتب بموجب المادتين 10 و 11 التزامات على عاتق مقدمي الخدمات في مواجهة الجرائم الإلكترونية والكشف عن مرتكبيها حيث فرض عليهم مساعدة السلطات العمومية المكلفة بالتحريات القضائية لجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة بمحتوى الاتصالات في حينها وبوضع المعطيات التي يتعين عليهم حفظها³ بشكل يسمح بالتعرف على الأشخاص المساهمين في إرساء محتويات على شبكة الانترنت وذلك من أجل التبليغات المحتملة للسلطات القضائية أو في حال طلب هذه الأخيرة لأجل التحريات والمعاينات القضائية للجرائم المرتكبة، وهذا بالقيام بحفظ المعلومات المتعلقة بأنظمة المعطيات والتي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة وكذا الخصائص التقنية وتاريخ ووقت ومدة الاتصال⁴، وعليه ونظرا إلى أن هذا القانون لم يتضمن حماية خاصة للطفل من الاستغلال في المواد الإباحية فإننا سنتطرق إلى تجريم المشرع الجزائري استغلال الطفل في المواد الإباحية من خلال قانون العقوبات الجزائري (المطلب الأول) وقانون حماية الطفل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تجريم استغلال الطفل في المواد الإباحية في قانون العقوبات الجزائري

حظيت حقوق الطفل باهتمام بالغ في مختلف التشريعات التي اهتمت بتكريس الحماية لهذه الفئة من خلال تجريم مختلف الاعتداءات التي قد يتعرض لها عن طريق سن نصوص قانونية تجرم الاعتداءات بمختلف أشكالها، وهو ما سايره التشريع الجزائري الذي جرم استغلال الطفل في المواد الإباحية (الفرع الأول) كما جرم أيضا تحريض الطفل على الفسق والدعارة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جريمة استغلال الطفل في المواد الإباحية

¹ - عثمان طارق، المرجع السابق، ص 426-427.

² - بایوسف مسعود، الطفل والانترنت المنزلي، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد 27، ديسمبر 2016، ص 439.

³ - المادة 10 من القانون 04/09 لسنة 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، جريدة رسمية عدد 47 صادرة في 2009/08/16.

⁴ - نسيمه درار، الأمن المعلوماتي وسبل مواجهة مخاطره في التعامل الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2016/2015، ص 327 و 328.

جاءت أحكام قانون العقوبات الجزائري واضحة في موضوع استغلال الأطفال في المواد الإباحية حيث استحدثت مادة جديدة في قانون العقوبات وهي المادة 333 مكرر 1 التي جاء فيها "يعاقب بالحبس من إلى خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من صور قاصرا لم يكمل سن 18 سنة بأي وسيلة كانت وهو يمارس أنشطة جنسية بصفة مبينة حقيقية أو غير حقيقية أو صور الأعضاء الجنسية للقاصر لأغراض جنسية أو قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو ترويج أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية تتعلق بالقصر"¹، وعليه جرم المشرع الجزائري استغلال الطفل في المواد الإباحية من خلال نص المادة 333 مكرر 1 وتتكون من أركان ثلاثة (أولا) كما حدد العقوبات المقررة لها.

أولاً: أركان جريمة استغلال الأطفال في المواد الإباحية

أ- **الركن المادي:** وهو الفعل المكون للجريمة وفي المادة 333 مكرر 1 نجد أن المشرع حدد الأفعال المصنفة ضمن جرائم المواد الإباحية المرتبطة بالأطفال وتتجسد في الآتي:

1- قيام الجاني بصناعة أو تسجيل أو عرض صورة إباحية لطفل قاصر وعرضها سواء عن طريق أقراس أو عبر شبكة الانترنت أي إذا قام الجاني بتصوير الأطفال في وضعية جنسية وقام بعرضها عبر شبكة الانترنت، أو أرسل صوراً لأطفال تتضمن صوراً إباحية لأشخاص آخرين عبر الوسائل والشبكات الإلكترونية²، هذا ويستوي أن يكون تصوير الأطفال بأوضاع جنسية مخلة قد وقع على أطفال حقيقيين أو على أطفال افتراضيين أو ما يعرف بالصورة الزائفة أي أن هذه الصور تكون عبارة عن مستخلص من أجزاء عديدة من الصور يتم تجميعها مع بعضها لتكوين صورة واحدة الأمر الذي يشكل اعتداء على الطفولة واعتداء على ملكية الشخص لصورته³.

2- قيام الجاني بإنتاج المواد الإباحية وتشمل جميع الأعمال المؤدية إلى إنتاج محررات أو مطبوعات أو أفلام أو رسوم أو إعلانات ذات طبيعة جنسية.

3- حيازة المواد الإباحية ويقصد بها السيطرة المادية على الشيء المخل بالحياء سواء بصفته مالكا أو مستأجرا...، وتحقق الحيازة كأن يضبط في منزله المواد الإباحية مثلا في جهازه الإلكتروني أو في موقعه الإلكتروني أو صفحة التواصل الاجتماعي الخاصة به⁴.

ب- **الركن المعنوي:** وهو علم الجاني بأنه يقوم بفعل غير مشروع⁵ ويتمثل في إنتاج أو حيازة أو نقل أو بيع صور إباحية لطفل أو لمجموعة من أطفال، ولتوفر القصد الجنائي لابد أن تتوفر لدى الجاني النية والعلم، والقصد هنا اتجاه الجاني إلى الإضرار بضحيته "ماديا أو معنويا" من خلال إنتاجه أو حيازته أو عند نقله أو بيعه للصور الجنسية للطفل أو لمجموعة من الأطفال عبر شبكة الانترنت⁶.

ثانياً: العقوبة المقررة لاستغلال الطفل في المواد الإباحية في قانون العقوبات

المشرع الجزائري كيف فعل استغلال الطفل في المواد الإباحية على أنه جنحة وأقر عقوبة أصلية لها وهي الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات، بالإضافة إلى غرامة مالية تتراوح ما بين 500000 دج إلى 1000000 دج.

¹ - المادة 333 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري لعام 2014.

² - أسامة بن غانم العبيدي، جريمة استغلال الجنسي للأطفال عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد 53، 2013 ص 88.

³ - رشا خليل عبد، المرجع السابق، ص 61.

⁴ - عثمان طارق، المرجع السابق، ص 428.

⁵ - أسامة بن غانم العبيدي، المرجع السابق، ص 89.

⁶ - أحمد محمد اللوزي و محمد عبد المجيد الذنبيات، الجريمة الإلكترونية كما نظمها قانون جرائم أنظمة المعلومات الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، العدد 3، 2015، ص 838.

على الرغم مما تمثله المادة 333 مكرر 1 من أهمية في حماية الطفل من الاستغلال في المواد الإباحية إلا أنها بحسب رأي البعض اقتضت على تجريم كل ما هو إباحي وجنسي متعلق بالطفل وأنها لم تتجاوز نطاق التجريم الوطني لتشمل النطاق الدولي كذلك بالرغم من أن الأطفال يتم من قبل شبكات الدعارة الدولية واستغلالهم من طرف المنظمات الدولية التي تحترف هذا النوع من الجرائم¹.

الفرع الثاني: تحريض القصر على الفسق والدعارة:

جاء نص المادة 342 من قانون العقوبات الجزائري كالتالي: كل من حرض قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة سنة على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه أو تسهيله له ولو بصفة عرضية، يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج².

أولاً: أركان جريمة تحريض الطفل على الفسق

أ- **الركن المادي:** يتجسد في الأفعال والأقوال التي يقوم بها شخص ما بهدف التأثير على الطفل من أجل إقناعه وتشجيعه بهدف دفعه للفسق وينصرف الفعل مثلا إلى العبارات التي يستعملها المحرض التي تحمل وراءها معنى واضح للتحريض على الفسق الأمر الذي من شأنه التأثير على نفسية الطفل وإقناعه على مباشرة على الفعل وتسهيله له ومساعدته على ارتكابه وذلك بعرض جسده على الغير لإشباع الشهوة الجنسية للغير³.

ب- **الركن المعنوي** فهو القصد الجنائي حيث يقتضي يكون الجاني على وعي كامل بأنه يقوم بالوساطة لإفساد أخلاق الطفل وحثه على الفسق⁴.

ثانياً: العقوبة المقررة لتحريض الطفل على الفسق

من خلال المادة 342 من قانون العقوبات يتضح أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن محرض القصر على الفسق يتعرض لعقوبة سالبة للحرية تتراوح ما بين 05 و 10 سنوات حبس مع غرامة مالية تتراوح ما بين 20000 و 100000 دج، وتجرّد الملاحظة أن المشرع الجزائري اعتبر جريمة تحريض القصر على الفسق جنحة و ليس جناية بالرغم من أنه يعاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية تتجاوز الخمسة سنوات ،و قد رأينا أن الجناية كقاعدة عامة هي التي يعاقب عليها القانون بعقوبة سالبة للحرية تتجاوز الخمسة سنوات فجريمة تحريض قاصر على الفسق تعتبر استثناء على هذه القاعدة العامة ،كما أشارت كذلك المادة 341 من قانون العقوبات على الشروع في الجنحة أي البدء في تنفيذها دون إتمامها يعاقب عليها بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة⁵.

المطلب الثاني: التصدي لاستغلال الأطفال في المواد الإباحية في ظل قانون حماية الطفل 12-15

سعى المشرع الجزائري لمواكبة التطورات وتحقيق الانسجام بين التزامات الدولة الجزائرية الدولية في مجال حماية وتكريس حقوق و بين القوانين الوطنية ليصدر قانونا خاصا لحماية الطفل ألا وهو قانون رقم 12/15 في عام 2015 هذا الأخير أولى أهمية كبرى للطفل من خلال إقرار نصوص تجرم التعدي عليه واستغلاله بصفة عامة وتجرم استغلاله في المواد الإباحية بشكل خاص حيث أدرج الطفل ضحية

¹ - ملياني صليحة، الإطار القانوني لمفهوم جريمة اختطاف الأطفال في القانون الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد 12، مارس 2017، ص 66.

² - المادة 342 من قانون العقوبات الجزائري لعام 2014.

³ - دليلة ليطوش، تحريض القصر على الفسق في التشريع الجزائري، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، الجزائر، العدد 34 بدون سنة، ص 489.

⁴ - دليلة ليطوش، نفس المرجع، ص 490.

⁵ - سمار عبد العزيز، جريمة تحريض القصر على الفسق طبقا لقانون العقوبات الجزائري، الموقع: <http://www.elouma-dz.com> ، تاريخ الإطلاع: 2017، 11:26/03/19.

الاستغلال في المواد الإباحية ضمن فئة الأطفال الواقعون في خطر (الفرع الأول)، ليقر بذلك حماية خاصة له من جرائم الاستغلال في المواد الإباحية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إدراج الطفل ضحية الاستغلال في المواد الإباحية ضمن فئة الأطفال الواقعون في خطر

بداية تجدر الإشارة إلى أن قانون حماية الطفل رقم 12/15 عرف الطفل بأنه: "كل شخص لم يبلغ سن 18 سنة كاملة"¹، والملاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري تبني نفس التعريف الوارد في اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989² وبذلك نلمس توافقا بين السن الدولية والسن الوطنية للطفل. هذا ولم يتضمن قانون حماية الطفل تعريف الطفل فقط بل عرف أيضا الطفل في خطر حيث يندرج الأطفال الذين تعرضوا للاستغلال بمختلف أشكاله لاسيما في المواد الإباحية في فئة الأطفال الواقعون في خطر³، ويعكس هذا تطور الاهتمام بفئة الأطفال وحمايتهم من كافة أشكال الضرر الذي قد يصيبهم.

الفرع الثاني: إقرار حماية خاصة للطفل من جرائم الاستغلال في المواد الإباحية

أولى المشرع الجزائري أهمية خاصة للطفل تجسدت من خلال إقرار نصوص تجرم استغلاله في المواد الإباحية بشكل خاص حيث نصت في هذا الإطار المادة 141 منه على ما يلي: "دون الإخلال بالعقوبات الأشد يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 150000 دج إلى 300000 دج كل من يستغل الطفل عبر وسائل الاتصال مهما كان شكلها في مسائل منافية للأداب العامة والنظام العام". وفي نفس السياق تنص المادة 143 من قانون حماية الطفل على ما يلي: "يعاقب على الجرائم الأخرى الواقعة على الطفل ولاسيما الاستغلال الجنسي للطفل واستعماله في البغاء وفي الأعمال الإباحية والاتجار به والتسول به أو تعريضه للتسول واختطاف الطفل طبقا للتشريع الساري المفعول ولاسيما قانون العقوبات".

وعليه فإن أحكام المادة 143 من قانون حماية الطفل من وجهة نظرنا تكتسي أهمية كبرى وهذا في ناحيتين:

أولاً: أنها تجسد الحماية الخاصة والمباشرة للطفل من جريمة الاستغلال في المواد الإباحية، وهذا يعكس وعي المشرع الجزائري لخطورة هذه الجريمة على الطفل.

ثانياً: أنها تؤكد على أن استغلال الطفل في المواد الإباحية جريمة يعاقب عليها قانون حماية الطفل وأيضاً قانون العقوبات الجزائري، وأنها تحيلنا ضمناً إلى العقوبة الواردة في قانون العقوبات المنصوص عليها في المادة 333 مكرر¹. من خلال ما سبق ذكره نستنتج أن المشرع الجزائري أفرد حماية خاصة للطفل من جريمة الاستغلال في المواد الإباحية لكن نلاحظ أن القانون 04/09 الذي أشرنا إليه في البداية وأيضاً قانون العقوبات الجزائري لعام 2014 وكذلك قانون حماية الطفل لعام 2015 لم يتناولوا مسألة مهمة جداً وهي مسؤولية مقدمي خدمات الانترنت.

خاتمة:

يكشف موضوع استغلال الطفل في المواد الإباحية عن حقيقة مفادها أن التقدم العلمي هو سلاح ذو حدين، وما استغلال الطفل في المواد الإباحية إلا تعبير واضح وصورة واقعية للجانب السلبي لهذه التكنولوجيا، وخلصنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

- إن استغلال الأطفال في المواد الإباحية جريمة حديثة تتسم بخافية للأوطان، لذا كان من الأهمية بما كان مكافحتها من خلال التجريم على المستوى الوطني والحظر على المستوى الدولي، ونحج سبل التعاون الدولي للتقليص من مخاطرها وحماية الطفل منها.

¹ - المادة 02 من قانون حماية الطفل رقم 12/15.

² - المادة 01 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

³ - المادة 02 من قانون حماية الطفل رقم 12/15، السابق ذكره.

- تكمن خطورة استغلال الأطفال في المواد الإباحية في أنها في حد ذاتها جريمة وتفتح الباب واسعا لارتكاب جرائم دولية أخرى، فهي ترتبط بتجارة الأطفال لأغراض جنسية (سياحة الجنس) التي تدر أموالا طائلة على الشبكات الدولية، أما الجريمة الأخرى فهي تجارة الأعضاء وهذا بيع أعضاء الأطفال الذين تم استدراجهم عن طريق الانترنت، بالإضافة لبيع الأطفال لغرض العمل، أضف إلى ذلك بيعهم عبر شبكات دولية لعائلات أجنبية بهدف التبني.
- أدرك المجتمع الدولي خطر استغلال الطفل في المواد الإباحية وعمل على حمايته من خلال الاتفاقيات والمؤتمرات، ولكن هذه الحماية في نظرنا لن تتأتى ثمارها وتثبت فعاليتها ما لم ترافقها إرادة حقيقية للأطراف من خلال التصديق على المواثيق الرامية لحماية الطفل من الاستغلال في المواد الإباحية من جهة، وتكريس هذه الحماية في تشريعاتها الوطنية من جهة ثانية تنفيذا للالتزامات الدولية، ذلك أن حماية الطفل من مخاطر المواد الإباحية في نظرنا لا تشك من قلة النصوص، بقدر ما تشكو من التطبيق والرقابة حول مدى تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها ضمن المواثيق والمؤتمرات.
- التشريع الجزائري نص على حماية الطفل من الاستغلال في المواد الإباحية، وجرم هذا الفعل في قانون العقوبات وقانون حماية الطفل، لكنه لم يتضمن مسؤولية مزودي خدمات الانترنت في حال تواطؤهم مع الأشخاص المستغلين، كما لم يحدد نوعها على عكس التشريعات المقارنة على سبيل المثال التشريع المصري، على الرغم من أن كلا الطرفين سواء الجناة أو الضحايا من الممكن أن يستخدموا مقاهي الانترنت وتحدث الجريمة بعد ذلك.
- ومن أجل توفير المزيد من الحماية للطفل من الاستغلال في المواد الإباحية نوصي بما يلي:
- انتهاج الأسلوب الوقائي الذي يقوم على الرقابة الأسرية للطفل أثناء استخدام الحاسوب، فضلا عن هذا تحميل تطبيقات لحجب المواد الإباحية كبرنامج Norton Family وبرنامج The Web Blocker فهي خطوة أساسية للوقاية من جرائم المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال.
- إدراج مسؤولية مزود خدمة الانترنت وتحديد مسؤوليته بنص قانوني باعتباره من الممكن أن يكون مساهما في الجريمة، مع فرض الرقابة على مقاهي الانترنت.
- تفعيل آلية التعاون الدولي للقضاء على الجريمة الالكترونية بشكل عام، والقضاء على استغلال الأطفال في المواد الإباحية بشكل خاص وتقديم المجرمين أمام العدالة.
- تكوين إدارات ومتخصصين في الجريمة الإلكترونية، وهذا بهدف الكشف السريع لخيوط الجريمة المتعلقة بالاستغلال وضمان حماية الطفل ضحية الاستغلال.
- نحث الجهات الأمنية الوطنية على وضع برامج معلوماتية تعمل على اصطياد المجرمين وتجار السياحة الجنسية، وفي هذا الإطار هناك مبادرة المنظمة الفدرالية الدولية لحقوق الطفل terre des homme التي قامت بتصميم دمية الكترونية بشكل فتاة، وأيضا الروبوت سويتي، لاصطياد الأشخاص المستغلين للأطفال عبر الشبكات الالكترونية.
- نوصي في الأخير بالقيام بمزيد من الأبحاث والدراسات حول موضوع استغلال الأطفال في المواد الإباحية، بالإضافة لعقد الندوات والمؤتمرات للتوعية من مخاطرها، وإيجاد حلول فعالة للقضاء عليها.

القوانين العقابية المؤقتة بين حكمة التشريع ومبدأ القانون الأصح للمتهم

Temporary penal laws between the wisdom of legislation and the principle of the most favorable law of the accused

د. بن فريحة رشيد، أستاذ محاضر قسم "ب"،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/11/06 – تاريخ المراجعة: 2017/12/30.

ملخص:

تضطر الدول إلى سن تشريعات عقابية لمواجهة بعض الظروف الاستثنائية المؤقتة، وخاصة في ظل الأزمات الاقتصادية التي أصبحت تعاني منها جل دول العالم، وهذا ما أسفر عن ظهور مفهوم جديد في فقه القانون الجنائي أطلق عليه تسمية القوانين العقابية المؤقتة، وقد أثار هذا النوع من النصوص جدلا فقهيا وقضائيا وحتى تشريعي حول نطاق سريانها الزماني ومدى تأثيره بمبدأ القانون الأصح للمتهم.

فإن كانت الحكمة التشريعية تقتضي امتداد نفاذ تلك النصوص حتى ولو كانت في غير صالح المتهم لتجنب إفلاته من العقاب، فإن المبادئ الدستورية الراسخة تقتضي إعمال قاعدة النفاذ الفوري للقانون الأصح للمتهم، الذي يعد مكسبا من مكاسب حقوق الإنسان في ظل دولة القانون.

الكلمات المفتاحية:

القانون الجنائي، التشريعات العقابية، القوانين العقابية المؤقتة، النفاذ الفوري للقوانين، الإفلات من العقاب.

Abstract

States have to enact punitive legislation to deal with some temporary special circumstances, especially in light of the economic crises that have afflicted most countries of the world. This has led to the emergence of a new concept in the jurisprudence of criminal law called the temporary penal laws. Jurisprudence, judicial and even legislative, on the scope of its temporal validity and its impact on the principle of the most favorable law of the accused.

If the legislative wisdom requires the extension of the entry into force of such texts, even if it is not in the interest of the accused to avoid impunity, the established constitutional principles require the implementation of the rule of immediate access to the most favorable law of the accused, which is a gain of human rights gains under the rule of law.

Keywords:

Escaping from the Punishment, Criminal Law, Penal legislation, Immediate access to laws.

مقدمة:

تسعى الدول الحديثة إلى فرض نوع من الاستقرار في جميع المجالات، ومن أجل هذا تصدر السلطة التشريعية مجموعة من القوانين التي تضبط سلوك الأفراد بتجريم أفعال من شأنها أن تهدد كيان المجتمع، وتترك لهم الحرية في القيام بالأفعال المباحة الأخرى. لكن قد تطرأ بعض الظروف والأزمات، مما يستدعي من المشرع التدخل لفرض سياسة جزائية معينة، إما بتشديد عقوبة أفعال مجرمة مسبقا، أو تجريم أفعال مباحة أصلا. وهذا لتخطي وضع معين بصفة مؤقتة، وهو ما يعبر عنه بالقوانين العقابية المؤقتة.

وتظهر أهمية هذا النوع من القوانين خاصة في ظل الأزمات الاقتصادية التي أصبحت معظم دول العالم تعاني منها، إذ لا تكفي القواعد القانونية ذات الطابع المدني أو الإداري لتخطي مثل هذه الظروف المؤقتة، مما يتطلب تدخل المشرع بالقواعد الجزائية لفرض احترام الضوابط والإجراءات الاقتصادية المتخذة في هذا الشأن، إلى غاية زوال تلك الظروف الطارئة.

وإن كانت هذه القوانين لا تختلف كثيرا عن القوانين العقابية العادية، من حيث الأحكام العامة التي تضبط عملية التجريم والعقاب، إلا أنها تثير بعض الإشكالات والصعوبات من جهة طبيعتها كونها تصدر في غالب الأحيان عن السلطة التنفيذية، وذلك لدرايتها ببعض المسائل التقنية ولكونها تضمن سرعة التدخل لتحقيق فاعلية التدابير المتخذة، ومن جهة أخرى فإنها تثير إشكالا من حيث نطاق سريانها الزماني، خصوصا وأن هذه القوانين تتسم في الغالب بالشدة والقسوة أكثر مما هو معتاد في القوانين العادية، بما يجعلها قوانين في غير مصلحة المتهم الذي ارتكب الجريمة أثناء مدة نفاذها وتمت متابعتها بعد انقضاء تلك المدة.

لذا فإنه يمكن إثارة الإشكال التالي: ما طبيعة القوانين العقابية المؤقتة؟ وما مدى خضوع هذه القوانين لمبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم؟

نحاول الإجابة عن هذا الإشكال من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، نتعرض في الأول إلى مفهوم القوانين العقابية المؤقتة، وفي المبحث الثاني إلى أحكام سريان هذه القوانين.

المبحث الأول

مفهوم القوانين العقابية المؤقتة

للقوف على مفهوم القوانين العقابية المؤقتة نتطرق إلى تعريفها وأنواعها في المطلب الأول، ثم في مطلب ثان نبرز كيفية إصدار مثل هذه القوانين.

المطلب الأول: مفهوم القوانين العقابية المؤقتة

لتحديد مفهوم القوانين العقابية المؤقتة يتوجب تحديد تعريفها في فرع أول، ثم بيان أنواعها في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف القوانين العقابية المؤقتة

تعرف القوانين المؤقتة بأنها¹: "قوانين توضع لفترة زمنية محددة سلفا بصورة صريحة، أو بصورة ضمنية عن طريق ظروف وضعها". من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن هذا النوع من القوانين وإن كان كباقي القوانين المنظمة لسلوك الأفراد داخل المجتمع، من حيث الإلزام والعمومية والتجريد. إلا أنها تتسم بخاصية مفردة تتعلق بمدة سريانها، إذ أنها لا توضع بغرض التأييد وإنما توضع لفترة زمنية معينة لمواجهة ظروف خاصة، إما كوارث طبيعية، أو أزمات اقتصادية، أو أزمات أمنية كالفتن والحروب. ويتوقف العمل بهذه القوانين عند انقضاء هذه المدة، ويكون ذلك إما صراحة، أو بصورة ضمنية تفهم عن طريق ظروف وضعه.

ونجد أن بعض الفقهاء يحصر مفهوم القوانين العقابية المؤقتة في الحالة الأولى فقط، ويعتبر الحالة الثانية بمثابة قوانين استثنائية أو قوانين الظروف.² وحجتهم في ذلك أن هذه القوانين وإن كان فيها معنى التوقيت إلا أن إلغائها مرهون بزوال الظرف الذي استوجبها، لا بحلول أجل معين، كما أنها لا تلغى تلقائيا بزوال هذا الظرف، بل لا بد من تدخل المشرع لإعلان هذا الإلغاء. أما القوانين الوقفية فينتهي العمل بها تلقائيا بمجرد حلول الأجل المبين فيها.

فيعرف هذا الاتجاه القانون المؤقت بأنه: "القانون الذي تشمل نصوصه على المدى الزمني لسريانه، بحيث يكون الكافة على علم من لدن صدوره. بتاريخ انتهاء العمل بأحكامه".³

إلا أن التعريف الراجح هو التعريف الأول، كون كلا النوعين يرتبط سريانه بفترة زمنية معينة. وإن كانت معروفة في النوع الأول إلا أنها محتملة في النوع الثاني، ومرتبطة بظروف إصداره.

¹ - أنظر، سمير عالية، شرح قانون العقوبات. القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت. لبنان، 2002. 1422، ص 110.

² - أنظر، سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات. دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت. لبنان، ص 198.

³ - أنظر، عوض محمد، قانون العقوبات. القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية. مصر، 2000، ص 19.

الفرع الثاني: أنواع القوانين العقابية المؤقتة

من خلال التعريف المرجح سابقا، يتضح لنا نوعين للقوانين العقابية المؤقتة هما القوانين العقابية المؤقتة بنص، والقوانين العقابية المؤقتة بحكم طبيعتها.

أولاً: قانون أو نظام أو قرار مؤقت بالنص:

وهو الذي يحدد صراحة فترة تطبيقه سلفا بطريقة واضحة، فيورد في صلب مواده تاريخ انتهاء العمل به (مثلا: بعد شهر أو سنة أو ثلاث سنوات...)، على نحو يعرف فيه سلفا متى يبدأ بهذا القانون ومتى ينتهي العمل به. ومتى حل هذا الأجل فإنه يلغى تلقائيا وينقضي العمل به دون حاجة إلى إصدار نص جديد يلغى صراحة ما ورد فيه.¹

ومثال ذلك القرارات التي يصدرها وزير الزراعة أو الصناعة لمنع تصدير أو استيراد بعض المنتجات خلال فترة معينة، أو القوانين التي تصدر لمواجهة وباء في إقليم معين، مما يقتضي منع الأهالي من مغادرته خوفا من انتشار الوباء لفترة محددة.²

ثانياً: قانون أو نظام أو قرار مؤقت بحكم طبيعته:

وله صورتان،³ الأولى لتحديد مدة تطبيقه بطريقة ضمنية، عن طريق الظروف التي أدت إلى وضعه، وتنتهي هذه المدة تلقائيا بانتهاء هذه الظروف. ومثال ذلك القانون الذي ينص على تطبيقه أثناء الحرب، أو الأنظمة والقرارات التي يعمل بها أثناء إقامة معرض أو مؤتمر دولي، فإن كلا منهم ينتهي بانتهاء هذه الحالة، دون الحاجة إلى نص صريح.

والصورة الثانية يكون القانون أو النظام أو القرار مؤقتا بطريقة ضمنية تستخلص من الظروف التي أدت إلى وضعه، ولكنها لا تنتهي تلقائيا، بل لابد من تدخل المشرع بنص صريح على ضوء تقديره لمدى عدم توافر هذه الظروف، ومثال ذلك إصدار قانون لتحديد الأسعار خلال فترة أزمة اقتصادية أو اتخاذ بعض التدابير والإجراءات خلال فترة إعلان الأحكام العرفية.⁴

ومثال ذلك أيضا الأوامر والقرارات والتدابير المتخذة عند إعلان حالي الحصار أو الطوارئ، فإنها تبقى سارية طالما توافرت هذه الحالة، ولم يصدر قرار بإلغائها كما هو الشأن بالنسبة للمرسومين الرئاسيين رقم: 91 - 196 المؤرخ في 4 جوان 1991 المتعلق بحالة الحصار؛ ورقم 92 - 44 المؤرخ في 9 فيفري 1992 المتعلق بحالة الطوارئ.

المطلب الثاني: كيفية إصدار القوانين العقابية المؤقتة

كما هو معروف فإن السلطة التشريعية في نظام الفصل بين السلطات هي التي تتولى مهمة سن التشريع بصفة أصلية، وبالتالي فلها حق إصدار التشريعات المؤقتة بنوعيتها. فتحدد المدة في النوع الأول بحسب الظروف والغاية التي أصدرت القانون من أجلها، وتذكر هذه المدة في نص صريح من نصوص القانون المؤقت، إما من أحكام سريان القانون أو ضمن الأحكام الختامية والتي تبين تاريخ بداية سريان القانون وتاريخ نهايته، أو الاكتفاء بذكر المدة، أي ابتداء من تاريخ كذا لمدة ستة أشهر من هذا التاريخ.

غير أنه إذا كان هذا هو الأصل، فإن هناك ظروفا خاصة تجعل السلطة التنفيذية تحل محل السلطة التشريعية في سن هذه القوانين المؤقتة، عن طريق المراسيم التشريعية، في عدة حالات هي: حالة الضرورة؛ حالة التفويض؛ الحالة الاستثنائية.⁵

1 - أنظر، سميح عالية، المرجع السابق، ص 110؛ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 198.

2 - أنظر، عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام، ج. 1 (الجريمة)، د.م.ج، الجزائر، ط. 5، 2004، ص. 82.

3 - أنظر، أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة - مصر، ط. 2، 1422هـ - 2002م، ص. 144؛ سميح عالية، المرجع السابق، ص 110، 111.

4 - أنظر، سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 198.

5 - أنظر، محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية. الوجيز في نظرية القانون، ط 14، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 144، 145.

وإن كان هذا من الناحية العملية هو الغالب، كون أن هذه القوانين كما سبق ذكره تسن لتنظيم ظروف معينة طارئة، وقد تصادف فترات غياب البرلمان، كما أن إجراءات إصدار التشريع من قبل البرلمان تتطلب مدة زمنية معتبرة، قد تنتهي الظروف الموجبة للقانون قبل إصداره من قبل البرلمان. لكن هذا الاستثناء مقيد بشروط هي:

أولاً: بالنسبة لحالة الضرورة

يجوز في بعض الدساتير لرئيس الجمهورية أن يسن التشريعات في غياب السلطة التشريعية إذا استدعت الضرورة الإسراع في اتخاذ تدابير عن طريق التشريع لا تحتمل التأخير. ويشترط لذلك:

1. وجود حالة ضرورة تستدعي إصدار التشريع دون تأخير وهي تخضع لتقدير رئيس الجمهورية.
2. طرء حالة الضرورة في غيبة السلطة التشريعية، كفترة حل المجلس الشعبي الوطني، أو مصادفتها الإجازة السنوية الواقعة بين كل دورتين من دورات انعقادها. وهذا وفقاً للمادة 124 من الدستور.
3. وجوب عرض رئيس الجمهورية تشريع الضرورة على السلطة التشريعية لإقراره، إذ أنه لا يستمر في البقاء إن لم يحز على موافقة السلطة الأصلية في وضعه، وذلك في أول دورة لها.
4. عدم مخالفة تشريع الضرورة للدستور.

ثانياً: بالنسبة لحالة التفويض.

قد تحتاج بعض التشريعات إلى شيء من الدقة في صياغتها أو السرعة في إنجازها، أو السرية في سنها مما لا يتوافر للسلطة التشريعية، كما هي الحال بالنسبة للتشريعات الخاصة بفرض الرسوم أو الضرائب. ويشترط لإصداره:

1. وجود حالة ضرورة ملحة، فلا يجوز التفويض إلا في حالات استثنائية تظهر فيها بوضوح الحاجة إليه؛
2. منح التفويض بأغلبية خاصة، وهي أغلبية أعضاء المجلس النيابي؛
3. تقييد تشريع التفويض بمدة محددة، وبموضوعات معينة؛
4. عرض تشريع التفويض على المجلس النيابي لإقراره؛
5. عدم مخالفة تشريع التفويض للدستور.

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور الجزائري لم يجز هذا التفويض، ولعل ذلك راجع لتأثر واضعيه بالرأي الفقهي القائل بعدم قبول التفويض من الناحية النظرية،¹ وهذا خلافاً للدستور المصري لعام 1971 الذي نص في المادة 108 عن هذه الحالة.

إلا أنه يلاحظ عملياً انتشار هذه التقنية في عدة مجالات ضمن التشريع الجزائري، فالملاحظ من خلال التمعن في أحكام التشريع الجرمي أن المشرع قد ترك مجالات واسعة أمام السلطة التنفيذية، وهو ما يتجلى من خلال تدخلها في تحديد محل الجريمة الذي هو أهم

¹ - انظر، محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 148.

عنصر من عناصر الركن المادي، لا سيما في جريمة التهريب الجمركي،¹ وبعض جرائم البيئة،² وأيضا الجرائم المتعلقة بحماية المستهلك،³ وغيرها.⁴

ويطلق الفقه الجنائي الحديث على هذه التقنية التشريعية أسلوب النصوص الجزائية على بياض أو أسلوب الإحالة، إذ يقتصر دور المشرع على إصدار نصوص جزائية على بياض،⁵ والتي يقصد بها تراخي شق الجزاء عن شق التكليف الذي يجري تحديده بناء على قاعدة أخرى غير جزائية،⁶ فيحدد المشرع في النص العقوبة المناسبة للجريمة، ويفسح المجال للسلطة التنفيذية لتحديد العناصر المكونة للجريمة بما يتناسب ومقتضيات السياسة الاقتصادية.⁷

ثالثا: بالنسبة للحالة الاستثنائية

نصت الفقرة الرابعة من المادة 124 من الدستور الجزائري على أنه: "يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور". ويشترط لإصداره مايلي:

1. وجود خطر محقق يهدد البلاد؛

2. وجوب استشارة جهات معينة، والتي ذكرها في الفقرة الثانية من المادة 93، التي تقضي بما يلي: " لا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الأمة، والمجلس الدستوري، والاستماع على المجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء".

3. وجوب اجتماع البرلمان حسب الفقرة الرابعة من المادة 93.

4. وجوب مراعاة الإجراءات السابقة قبل انتهاء الحالة الاستثنائية، حسب الفقرة الخامسة من المادة 93.

المبحث الثاني

أحكام سريان القوانين العقابية المؤقتة

كما سبق فإن القانون العقابي ينتهي سريانه بانتهاء المدة المحددة فيه صراحة، أو بانتهاء الظروف التي أدت إلى وضعه تلقائيا، أو بتدخل المشرع بنص صريح على ضوء تقديره لمدى عدم توافر هذه الظروف.

لكن قد يتحايل البعض ويقدم على مخالفة أحكامه كلما دنا الأجل المحدد لإلغائه، اعتمادا على طول إجراءات الدعوى وبطء سير العدالة، حتى يصدر قانون جديد يكون في صالحه، وبالتالي يفلت من العقاب المقرر في القانون المؤقت.

وهذا ما يفرض امتداد أثر القانون العقابي المؤقت المنقضي خارج نطاقه الزمني على الجرائم الواقعة في ظله، نبيته في الطلب الأول. وأثارت هذه المسألة خلافا فيما يخص القوانين المؤقتة بنص والقوانين المؤقتة بطبيعتها، نتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تجاوز القانون المؤقت لنطاقه الزمني

¹ - أنظر، أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، دار هومة، الجزائر، ط.3، 2008/2009،

² - أنظر المواد 82، 84، و88 و90 و98 و99 و102 و103 و104 و108 و109 وغيرها من القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 هـ الموافق لـ 19 يوليو 2003م، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر، ع.43، س.2003.

³ - أنظر المواد: 72 و73 و74 و75 و78 و81 و83 و84 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 29 صفر 1430 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2009م، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، ع.15، س.2009.

⁴ - أنظر مثلا: القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1425 هـ الموافق لـ 23 يونيو 2004م، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، ع.41، س.2004؛ و القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 هـ الموافق لـ 17 فبراير 2011م، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر، ع.14، س.2011.

⁵ - نائل عبد الرحمان صالح، الجرائم الاقتصادية في القانون الأردني، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ط.1، 1990، ص.44.

⁶ - ويقصد بها معنى آخر فهي: " القاعدة التي تتولى تحديد المفترض الواقعي فيها سلطات ذات مرتبة أدنى (قانون تنظيمي أو قرار إداري...)".

⁷ - سيف إبراهيم المصاروة، تداول الأوراق المالية - الحماية الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط.1، 1433 هـ/2012م، ص.88.

إذا انتهى تطبيق القانون المؤقت وعاد القانون العادي الذي كان مطبقا قبل هذا القانون إلى نطاق سريانه الأول، فما حكم التنازع بين القانون المؤقت والقانون العادي بالنسبة للجرائم التي وقعت في ظل القانون المؤقت؟ في الحقيقة إن صعوبة الموضوع تثور تحديدا في حالة ما كان القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون المؤقت الملغى، فهل يطبق القانون الجديد بأثر رجعي على تلك الجرائم؟ أم يستمر سريان القانون المؤقت رغم أنه في غير صالح للمتهم؟ وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة صراحة، إلا أننا نجد المشرعين اللبناني والمصري قد نصا صراحة على استثناء تطبيق رجعية القانون الأصلح للمتهم، بالنسبة للجرائم التي تقع بالمخالفة لقوانين عقابية مؤقتة. فجاء في المادة الخامسة في فقرتها الأخيرة من تقنين العقوبات المصري: " غير أنه في حالة قيام إجراءات الدعوى، أو صدور حكم بإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها." وتقابلها المادة الثانية من تقنين العقوبات اللبناني بقولها: " على أن كل جرم اقترف خرقا لقانون مؤقت في خلال مدة تطبيقه لا تقف ملاحقته وقمعه بعد انقضاء المدة المذكورة." وبالتالي فغن هذا الحكم يعد بمثابة استثناء على استثناء لذا وجب الوقوف على الحكمة من تقرير استثناء الأثر الرجعي في حالة القوانين المؤقتة.

الفرع الأول: الحكمة من تقرير استثناء الأثر الرجعي (القانون الأصلح للمتهم)

لا شك أن تطبيق القانون الجزائي الأصلح للمتهم بأثر رجعي يعكس اعتبارات نفعية من ناحية، ويرضي اعتبارات العدالة من ناحية أخرى.¹

فمن منظور الاعتبار النفعي يمكن القول أن صدور قانون جديد، يبيح فعلا كان مجرما أو يخفف عقوبة، غنما يفصح عن السياسة الجزائية الجديدة للمشرع وبالتالي فليس يجدي نفعا الإصرار على تجريم فعل قرر المشرع إباحته، أو تطبيق عقوبة معينة اعترف المشرع صراحة عدوله عنها بواسطة القانون الجديد.

ومن منظور إرضاء العدالة فلا شك أن للمتهم حقا في أن يستفيد بالوضع الأفضل الذي ضمنه القانون الجديد له، ولاسيما أن الدعوى المقامة ضده لم يفصل فيها بعد بحكم بات.

وقد عبر الفقه عن هذه المعاني بأن علة استثناء الأثر الرجعي للقانون الأصلح للمتهم تكمن تارة في فكرة الضرورة الاجتماعية والمصلحة الاجتماعية. تستهدف تارة أخرى فكريتي العدل والاستقرار. وعلى أي حال فإن هذه المعاني جميعا إنما تزاوج بين واقعية الاعتبارات النفعية من ناحية، وبين مثالية اعتبارات العدالة من ناحية أخرى.

وعلى الرغم من اعتبار استثناء الأثر الرجعي للقانون الأصلح للمتهم من مسلمات الفكر القانوني، فإن الواقع يكشف أحيانا عن بعض المفارقات التي قد لا تتسق مع الاعتبارات السابق الإشارة إليها.

ومثال ذلك أن يصدر قانون جديد يبيح فعلا كان مؤثما أو يخفف عقوبة معينة، أو يمنح المتهم عموما وجهها للإعفاء أو التخفيف، وتقع جريمتان قبل بدء العمل بهذا القانون، أحدهما لم يفصل فيها بعد بحكم نهائي بات، فيستفيد المتهم من القانون الجديد؛ والثانية يكون قد صدر فيها حكم بات فيحول ذلك دون الاستفادة بهذا القانون. ولا شك أن مثل هذا الفرض لا يتفق مع اعتبارات العدالة.

الفرع الثاني: انتفاء الحكمة من استثناء الأثر الرجعي في حالة القوانين المؤقتة

¹ - انظر سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 195.

إذا كان القانون الذي وقعت الجريمة في ظل سريانه محددة في فترة تطبيقه، فإن الحكمة في نظر بعض الفقهاء والمشرعين تقتضي أن يستمر هذا القانون في حكم الجرائم التي ارتكبت في ظله، حتى بعد انقضائه طالما لم يصدر في الدعوى حكم بات، سواء أكان حكمه أخف أم أشد من حكم القانون العادي الذي يستأنف العمل به.¹

والحكمة من ذلك أن القوانين المؤقتة تفقد فاعليتها إذا ما طبقنا القانون الأصلح للمتهم، باعتبار أن تحديد فترة لتطبيق القانون يستتبع بالضرورة وجوب إعمال القانون على الوقائع التي حدثت في ظله حتى بعد الانتهاء من العمل به، وإلا سيؤدي إلى عدم احترام القانون، وإفلات الكثيرين من العقاب المقرر بتلك القوانين،² وذلك بالنسب في إطالة الإجراءات حتى تنقضي فترة نفاذ القانون المؤقت.³ كما أن العمل بمبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم عند مخالفته لهذه القوانين فيه تضيق للحكمة التي ارتأها المشرع من تدخله في مثل هذه الحالات الاستثنائية،⁴ وفي هذه الحالة سوف لن يتمتع القانون المؤقت بكامل نطاق تطبيقه المحدد بفترة معينة إذا أجزيت مخالفة نصوصه عندما يقترب انتهاء هذه الفترة.⁵

والعلة من ذلك أن تعديل القانون المؤقت بمقتضى قانون جديد أو زوال المدة المحددة لا يعني في حقيقته تغيير في سياسة المشرع، أو نكوصا عن موقف سابق، بل يعني ذلك زوال الظروف التي دعت إلى إصداره، وبالتالي فإنه يصعب تبرير الأثر الرجعي.⁶ فالنصوص المؤقتة والصادرة في ظروف طارئة تواجه بها الدولة أزمات خطيرة، لا يمكن تعطيلها أو توقيفها بقانون جديد أصلح للمتهم، لأن المصلحة العامة التي دعت إلى إصدارها لا تتحقق إذا أفلت المجرم من الجزاء بسبب إيقاف العمل بها.⁷

المطلب الثاني: نطاق قاعدة سريان القانون المؤقت بعد إلغائه

اختلف الرأي بخصوص المقصود بالقوانين العقابية المؤقتة التي يستثنى بصدها تطبيق القانون الأصلح للمتهم بعد انقضائها، فذهب البعض إلى توسيع نطاق القاعدة إلى كلا نوعي القوانين المؤقتة، أي القوانين المؤقتة بالنص والقوانين المؤقتة بطبيعتها، بينما اتجه البعض الآخر إلى قصر القاعدة على أحد النوعين فقط،⁸ ونحاول استعراض هذا الاختلاف من خلال التطرق إلى موقف القضاء الفرنسي في فرع أول، ثم في فرع ثان نبرز موقف القوانين العربية.

الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي بشأن القوانين المؤقتة

يؤكد القضاء الفرنسي على احترامه لمبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم ولو تعلق الأمر بجرائم وقعت في ظل قوانين مؤقتة، ولهذا لم تتردد محكمة النقض الفرنسية منذ أمد بعيد في القول أن إجراءات الدعوى والحكم الصادر فيها تعتبر كأن لم تكن، متى كان القانون المؤقت الذي وقعت الجريمة في ظله قد انقضت مدته أثناء نظر الدعوى وقبل الحكم فيه نهائيا (القرار المؤرخ في 1922/11/17). وأن الدعوى الجنائية تنقضي بمجرد انقضاء المدة المنصوص عليها في القانون المؤقت (القرار المؤرخ في 1923/04/20).⁹

1 - أنظر، سميح عالية، المرجع السابق، ص 111.

2 - أنظر، مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 64، 65.

3 - أنظر، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 144.

4 - أنظر، عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 82.

5 - أنظر، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 145.

6 - أنظر، سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 197.

7 - أنظر، سميح عالية وهيثم عالية، القانون الجزائري للأعمال، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1433هـ-2012، ص 118.

8 - أنظر مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 65.

9 - أنظر، سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 200 و 201.

أما بالنسبة للقوانين المؤقتة بطبيعتها، فقد لجأ القضاء الفرنسي في بداية الأمر إلى إعمال بعض الحلول المبتكرة، للحد من مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم، وطبق هذه الحلول على القوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي والجمركي والضريبي. ومن أمثلة هذه الحلول الأخذ بوصف جزائي بديل عن الوصف الذي كان ينص عليه القانون المؤقت الذي تم إلغاؤه. فسلوك البيع بسعر أعلى من السعر المحدد قانوناً أمكن ملاحظته والحكم فيه باعتباره يمثل ضرباً من ضروب المضاربة غير المشروعة، وهذا وفقاً لقرار النقض رقم 337 الصادر بتاريخ 1920/07/23.¹

كما فرقت بعض الأحكام الأخرى بين ما إذا كان القانون الجديد يبيح الجريمة المنصوص عليها في القانون المؤقت أم يخفف فحسب العقوبة التي يتضمنها: ففي الفرض الأول يطبق القانون الجديد، وبهذا جاء القرار رقم 290 المؤرخ في 1916/12/22، وكذا القرار المؤرخ في 1924/03/15؛ بينما يمتنع تطبيقه في الفرض الثاني وفقاً لما جاء في القرارات رقم 114 المؤرخ في 1919/03/17؛ ورقم 407 المؤرخ في 1922/12/09؛ ورقم 200 المؤرخ في 1923/05/05.²

وقد انتهى الأمر في مرحلة تطور أخيرة إلى إجراء التفرقة بين التشريعات من ناحية، واللوائح من ناحية أخرى: فالأولى وحدها هي التي تطبق بأثر رجعي على الجرائم الواقعة في ظل قوانين مؤقتة بطبيعتها متى كانت أصلح للمتهم، ويسري هذا الأثر الرجعي سواء كان التشريع الجديد يلغي تجريم الفعل في ظل القانون المؤقت حسب القرارات رقم 87 المؤرخ في 1987/02/23؛ ورقم 103 المؤرخ في 1987/03/02؛ ورقم 114 المؤرخ في 1987/03/09؛ ورقم 251 المؤرخ في 1988/06/06. كما يسري القانون الجديد إذا كان يخفف من العقوبة التي تضمنها هذا القانون، وبهذا جاءت القرارات رقم 73 المؤرخ في 02/1987/06؛ ورقم 88 المؤرخ في 1987/02/23؛ ورقم 250 المؤرخ في 05/06/1987.

ولم تقتصر محكمة النقض الفرنسية على تطبيق الحكم السابق على التشريعات الاقتصادية فقط، بل أيضاً فيما يتعلق بالتشريعات المالية والجمركية، على خلاف اللوائح والقرارات دائماً. لكن هذا الحل الأخير مشروط كما ترى محكمة النقض الفرنسية بأن تكون الدعوى الجنائية قد تحركت، وبالتالي فإذا صدر قانون جديد يلغي ما تضمنته اللوائح والقرارات السابقة من جرائم فإنه يسري بأثر رجعي إذا كانت الدعوى الجنائية لم تتحرك بعد ولم يتخذ أي إجراء من إجراءات الملاحقة، وهذا ما تضمنه القرار رقم 125 المؤرخ في 1987/03/16.³ وقد أكدت الغرفة الجزائرية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 1970: "المبدأ أن النصوص التنظيمية في المواد الاقتصادية والجنائية لا تسري على الماضي إلا إذا وجدت نصوص صريحة تقضي بخلاف ذلك".⁴

وقد أخذت فكرة التمييز بين القوانين الدائمة والقوانين المؤقتة في نظر البعض أهمية قصوى في تبرير القضاء المستبعد لتطبيق قاعدة رجعية القانون الجديد الأقل شدة، ومع ذلك بقي لدى الفقهاء الكثير من التردد، وبقيت الأنظار متجهة نحو المشرع.⁵ فجاء استجابة

¹ - نفس المرجع، ص 200-201.

² - نفس المرجع، ص 200-201.

³ - نفس المرجع، ص 200-201.

⁴ - واستمرت محكمة النقض بعد ذلك تذكر بهذا المبدأ بكل قوة لعدة سنوات. عبد المجيد زعلاني، مدى صحة استبعاد مبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد الأقل شدة في المجال الجمركي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ج. 36، ع. 02، 1998، ص. 25-26.

⁵ - أنظر، عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص. 30.

لذلك مشروع قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1978،¹ حيث أخرج من نطاق رجعية القانون الأصلح للمتهم القانون المؤقت سواء أكان مؤقتا بطبيعته، أم مؤقتا بمدة محددة في النص،² وسواء أكان نصا قانونيا أم قرارا لائحيا تجاوزا منه لما توصل إليه القضاء.³ وربما هذا ما أحدث رد فعل عكسي لصالح العودة إلى القواعد العامة، إذ إن المشرع الفرنسي تراجع عن هذا الموقف بموجب قانون العقوبات لسنة 1992 الذي خلا من هذا الاستثناء، تحت تأثير قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 19 و 20 جانفي 1981، والذي أعطى قيمة دستورية لرجعية القانون الأصلح للمتهم.⁴

الفرع الثاني: موقف القوانين العربية

لئن اختلف الفقه الفرنسي وتباينت أحكام القضاء بشأن النطاق الزماني للقوانين المؤقتة فذلك يرجع أساسا إلى عدم وجود نص يحسم هذه المسألة. أما في لبنان ومصر فثمة نص واضح الدلالة في هذا الخصوص وهو نص المادة الثانية من تقنين العقوبات اللبناني، ويقابله نص المادة الخامسة في قانون العقوبات المصري، ويقود التفسير الدقيق لنصي هاتين المادتين إلى القول بأن القوانين المؤقتة التي أشار إليها المشرعين اللبناني والمصري هي القوانين المؤقتة بمدة معينة.

وبررت المذكرة التفسيرية لقانون العقوبات المصري هذا الاستثناء بأنه لا يجوز أن يستفيد المتهم أو المحكوم عليه من مضي المدة التي ينهي القانون عن فعل أو يأمر به خلالها، وإلا ضاع الغرض المقصود من القانون. فالمصلحة العامة التي تدعو المشرع إلى إصدار القانون المؤقت لمواجهة ظروف طارئة لا تتحقق إذا أفلت المجرم من العقاب بسبب التأخير في إجراءات محاكمته حتى ينتهي مفعول القانون المؤقت القديم.⁵

وقد قضت محكمة النقض المصرية أن الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري قد أفادت أن حكمها خاص بالقوانين المؤقتة المحددة مدتها أي التي تنهى عن ارتكاب فعل في مدة زمنية محددة فهذه هي التي يبطل العمل بها بانقضاء هذه الفترة بغير حاجة إلى صدور قانون بإلغائها.

أما القوانين الاستثنائية التي تصدر في حالات الطوارئ ولا يكون منصوصا فيها على مدة معينة لسريانها فإنها لا تدخل في حكم هذا النص، لأن إبطال العمل بها يقتضي إصدار قانون.⁶

وتطبيقا لذلك قضت بأن الأوامر العسكرية التي تصدر بمناسبة إعلان حالة الطوارئ غير محددة بمدة معينة ولا يجوز إبطال العمل بها إلا بناء على قانون يصدر بإلغائها ولذلك لا يمكن اعتبارها من القوانين المؤقتة بالمعنى الذي تقصده الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة عقوبات.⁷

وأكدت محكمة النقض المصرية هذا من خلال قرار النقض الصادرين في 27 نوفمبر 1951، و 27 جانفي 1953.⁸

¹ - إذ تنص المادة 9 فقرة 2 من هذا المشروع: "الجريمة المرتكبة بمخالفة حكم قانوني أو تنظيمي، أعلن مطبقا أو كان مطبقا بطبيعته خلال وقت محدد، تحاكم ويتابع تنفيذ العقوبات التي نطق بها وفقا للحكم ساري المفعول وقت ارتكابها".

² - أنظر، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 145.

³ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص. 30.

⁴ - أنظر، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 145.

⁵ - أنظر، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 143.

⁶ - أنظر، مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 65، 66.

⁷ - أنظر، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 145.

⁸ - أنظر، مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 65.

إذن إضافة القوانين المؤقتة بطبيعتها إلى حكم المادتين السابقتين أمر يتجاوز إرادة المشرعين لسببين:¹ أولهما أن ألفاظ النصين ذاتها تعجز عن استيعاب معنى القوانين المؤقتة بطبيعتها، حيث جاء في النص اللبناني "قانون مؤقت في خلال مدة تطبيقه ... بعد انقضاء المدة المذكورة". وفي النص المصري "لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة..."؛ وثانيهما أن القوانين المؤقتة بطبيعتها تمثل في حقيقتها معنى أوسع بكثير من معنى القوانين المؤقتة بمدة زمنية محددة مما يصعب قياس الأولى على الثانية.

هذا ونجد أن قوانين تونس والمغرب والأردن والجزائر، لم تنص على حكم خاص بالقوانين المؤقتة، فإذا انقضت فترة العمل بالقانون المؤقت قبل أن يصدر حكم نهائي وبات، انقضت الدعوى بالنسبة للجرائم الواقعة في ظله.² أو يستفيد المتهم من العقوبة المخففة إذا كان القانون الجديد في صالحه.

ويرى الأستاذ عبد الله سليمان أن العمل بمبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم عند مخالفته لهذه القوانين المؤقتة . فيه تضييع للحكمة التي ارتأها المشرع من تدخله في مثل هذه الحالات الاستثنائية، ولذا وجب استبعاد هذا المبدأ عن التطبيق عندما يتعلق الأمر بقانون محدد لفترة³.

خاتمة:

من خلال ما سبق؛ يتضح لنا أن القوانين العقابية المؤقتة لها دور في تنظيم سلوك أفراد المجتمع، وهي تعبير عن سياسة جنائية معينة للمشرع خلال ظروف وأوضاع معينة تحتم عليه التدخل لفرض النظام وتحقيق الأمن. ومن أجل هذا يستمر سريان هذه القوانين على الأفعال التي وقعت في ظلها رغم انتهاء مدة سريانها، وهذا تعطيلاً لمبدأ تطبيق القانون الأصلح للمتهم، حتى لا يستفيد هذا الأخير من طول الإجراءات أو يتسبب في إطالتها للإفلات من يد العدالة عن جرم اقترفه.

ويبقى التشريع الجزائري قاصراً في هذه المسألة، إذ لم يبين موقفه، خلافاً للمشرعين المصري واللبناني، وبالتالي فهو يفسح المجال لمبدأ تطبيق القانون الأصلح للمتهم على حساب المصلحة التشريعية، مما يستدعي منه التدخل لسد هذه الثغرة.

¹ - أنظر، سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 202.

² - أنظر، سمير عالية، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 111.

³ - أنظر، عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 82.

الأثر الاقتصادي لعقوبة العمل لنفع العام

The Economic impact of the sentence work for public benefit

د. قوسم حاج غوثي، أستاذ محاضر قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر.

بكوش محمد أمين، طالب باحث في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، الجزائر.

قنصو ميلود زين العابدين، طالب باحث في الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/26 - تاريخ المراجعة: 2017/12/22.

ملخص:

لا تزال العقوبات المفيدة للحرية هي العقوبة المعمول بها بكثرة في الجزائر، وهو ما تثبته الإحصائيات المتعلقة بالوسط العقابي، ونظراً للآثار السلبية لهذه العقوبات وارتفاع النفقات السنوية للمؤسسات العقابية، فقد سعت الدولة الجزائرية عن طريق إصلاح قطاع العدالة وعصرنته، باستحداث عقوبات بديلة - العمل للنفع العام - لتلك العقوبات السالبة للحرية وجعل التأهيل الاجتماعي هدفاً أساسياً للعقوبة. وتعد عقوبة العمل للنفع العام نظاماً حديثاً من نوعه، حيث اعتمدته المشرع الجزائري في تعديله لقانون العقوبات سنة 2009، بحيث أن هذا النظام أثبت نجاعته، فمن إيجابياته تجنيب المحكوم عليه الاختلاط بمجتمع السجن، والمساهمة في إعادة تأهيله اجتماعياً دون الحاجة إلى دخوله المؤسسة العقابية، كما أن هذا النظام يحقق فائدة اقتصادية للدولة من خلال الاستفادة من الخدمات المجانية المنجزة من طرف المحكوم عليهم. تهدف هذه الدراسة إلى التعريف بعقوبة العمل للنفع العام، وتحديد الإطار القانوني لها، وكذا التطرق إلى الآثار الاقتصادية التي تحققها.

الكلمات المفتاحية:

العقوبات البديلة، عقوبة العمل للنفع العام، الأثر الاقتصادي للعقوبة.

Abstract:

Sanctions of deprivation of liberty are still the applicable penalty in Algeria, which has been proved by a penitentiary Center statistics. Given the negative effects of these penalties and high annual prison expenditures, the Algerian state has sought through justice sector reform and modernization, to develop alternative sanctions-public works-private penalties of imprisonment. freedom and make reintegration a central goal.

Public interest work penalty is a modern system of its kind, where the Algerian legislature has adopted the amended 2009 Penal Code, for this system to have proven, benefits of prison society condemned promiscuity, spare thoughtfully because it distances a socially relative to the rehabilitation without entering the correctional system, as economic advantage of this State by making use of the free services carried out by the prisoners.

This study aims to identify penalty work for the public interest and to determine the legal framework, in addition to addressing the economic impacts.

Keywords :

The Alternative penalties, penalty for public benefit, The economic impact of punishment.

مقدمة:

إن الاتجاهات الحديثة في السياسة العقابية أصبحت تتماشى مع التغيرات الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية السائدة في العالم؛ حيث عمدت كثير من الدول لإلغاء وتطوير بعض العقوبات السالبة للحرية، وخصوصاً ما يتعلق بالمحبوسين لمدد قصيرة، واستبدال عقوبة الحبس بعقوبات أخرى، مثل: العقوبات المالية، ووقف تنفيذ الحكم، والعمل للمنفعة العامة، وغيرها من العقوبات البديلة الأخرى.

ولما كان غرض المجتمعات البشرية في تطورها وتطويرها لمفهوم العقاب، البحث عن وسائل أخرى بديلة لتلك العقوبات التقليدية (الحبس)، والعمل كذا إلى تقليل من نفقاتها بانتهاجها لأنظمة بديلة لتلك التي أرهقت خزائنها، حيث تعتبر عقوبة العمل للنفع العام أهم صور العقوبات

البديلة وأوسعها انتشاراً، وهي الصورة الوحيدة التي نص عليها المشرع الجزائري، وذلك وفقاً لقانون العقوبات الجزائري الذي تبنى نظام العقوبات البديلة بموجب القانون رقم: 09-01 المؤرخ في: 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم للأمر رقم: 23/166 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، في الفصل الأول مكرر من الباب الأول من المواد: (05 مكرر 01 إلى 05 مكرر 06) من قانون العقوبات.

فهل من شأن اعتماد هذا النوع الجديد من العقوبات (عقوبة العمل لنفع العام) أن يقلل من نفقات الباهظة وكذا حالة الاكتظاظ التي تعاني منها المؤسسات الخاصة باستقبال المحبوسين؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى هل يمكن لها أن تعود بالمنفعة الاقتصادية على الدولة من خلال الخدمات المجانية التي يؤديها المدانون للفترة المحددة في الحكم؟.

للإجابة عن هذا التساؤل وجب أولاً التطرق إلى مفهوم عقوبة العمل لنفع العام كبديل مستحدث للعقوبات السالبة للحرية، ومن ثمة التعرف على الآثار الاقتصادية الناجمة عن تطبيق هذه العقوبة.

المبحث الأول

مفهوم عقوبة العمل لنفع العام كبديل مستحدث

عقوبة العمل لنفع العام مفهوم عقابي حديث يقوم على معنى استثمار العقوبة من خلال إلزام الجاني بعمل ينتفع منه المجتمع بدون أجر، وهذا العمل هو بمثابة جبر الضرر الذي تسبب به جراء اعتدائه على أمن المجتمع وسكنته، ولقد بدأ العمل بعقوبة العمل لنفع العام في القوانين المقارنة منذ النصف الثاني من القرن العشرين الذي يصادف بداية الربع الأخير من القرن الثالث عشر الهجري، وقد عرفت الدول العربية منذ سنة 1999م، عندما أقرت في جمهورية تونس، حيث كانت أول دولة تدرجها ضمن عقوباتها الأصلية، ثم أقرت في دولتنا، ودولة قطر سنة 2009⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري ومن أجل مواكبته للتشريعات العالمية قد حذا حذوها في سن العقوبات البديلة وذلك بالنص عليها بالمادة 05 من قانون رقم: 05-04 المؤرخ في: 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين بالقول: "تتولى إدارة السجون ضمان تطبيق العقوبات السالبة للحرية و التدابير الأمنية والعقوبات البديلة وفقاً للقانون"⁽²⁾.

وتبعاً لذلك جاء القانون رقم: 09-01 المؤرخ في: 25 فبراير 2009 المعدل للأمر رقم: 156/66 المتضمن قانون العقوبات لإضافة المادة 05 مكرر 1 وما يليها والتي تنص على العقوبة البديلة المتمثلة في "العمل لنفع العام"⁽³⁾.

ويرجعنا للمادة 05 مكرر 01 من قانون رقم: 09-01، المبين سلفاً نجد أن المشرع الجزائري لم يُورد تعريفاً للعقوبة العمل لنفع العام إلا أننا يمكننا تعريفها على أنها هي: "قيام المتهم المدان بعمل يعود بالفائدة على المجتمع جبراً لضرر المرتكب من طرفه وذلك دون أن يتلقى عليه أجراً، بدلاً من تطبيق عقوبة الحبس المنطوق بها".

كما عرّفها الدكتور/ محمود طه جلال على أنها: "عقوبة قوامها التزام المحكوم عليه بالعمل لصالح هيئة أو مؤسسة، أو جمعية عامة، وذلك لمدة محددة قانوناً تقدرها المحكمة وبدون مقابل"⁽⁴⁾.

وقد عرّفها أيضاً الباحث أحمد سعود على أنها: "عبارة عن عقوبة صادرة عن جهة قضائية مختصة، تكمن في إلزام المحكوم عليه بالقيام بعم بدون أجر بعد موافقته لفائدة المجتمع لدى مؤسسة عمومية بدلاً من إدخاله لمؤسسة عقابية لقضاء عقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة، وذلك بعد تحقق شروط حددها القانون"⁽¹⁾.

¹ - عبدالرحمن بن محمد الطريمان، التعزير بالعمل لنفع العام (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، الرياض 2013م 1434هـ، ص 202 و 203.

² - قانون رقم: 04/05 المؤرخ في: 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق ل: 6 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية رقم: 12، ص 10.

³ - القانون رقم: 09-01 مؤرخ في: 29 صفر عام 1430 الموافق ل: 25 فبراير 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386 الموافق ل: 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات والمتعلق بعقوبة العمل لنفع العام، الجريدة الرسمية رقم: 15، ص 3.

⁴ - محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 2005، ص 399.

يؤخذ على المشروع الجزائري مخالفته في تصنيف هذه العقوبة - العمل للنفع العام - لباقي التشريعات المقارنة واعتبارها كعقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية، في حين أن بعض التشريعات اعتبرت عقوبة العمل للنفع العام عقوبة تكميلية وأخرى اعتبرتها عقوبة تبعية للعقوبة الحبسية بعد فترة اختبار أو عقوبة أصلية وهو ما ذهبت إليه أغلب التشريعات المقارن (2).

المطلب الأول: شروط إصدار عقوبة العمل للنفع العام.

لقد جاءت المادة 05 مكرر 1 و 05 مكرر 2 بشروط معينة يجب احترامها لإصدار عقوبة العمل للنفع العام، وقد جاء المنشور الوزاري رقم: 02 المؤرخ في: 21 أبريل 2009 لتوضيح كيفية تطبيق هذه العقوبة وشروطها، وتتنوع الشروط الواجب توافرها في إصدار عقوبة العمل للنفع العام بين شروط ترتبط بالشخص المحكوم عليه، وشروط تتعلق بالعقوبة سواء المقررة قانونا للجنحة أو المخالفة أو المقدرة قضاء، وشروط ترتبط بالحكم الناطق بتلك العقوبة (3).

الفرع أولا: شروط المتعلقة بالمحكوم عليه:

- أن لا يكون مسبقا قضائيا (عائد أو انتكاسي).
- أن لا يقل سنه عن 16 سنة وقت ارتكاب الجريمة.
- موافقته الصريحة على قبول عقوبة العمل للنفع العام.

الفرع الثاني: شروط المتعلقة بالعقوبة:

- أن لا تتجاوز عقوبة المقررة قانونا للجريمة المرتكبة مدة 03 سنوات حبس وليس سجن.
- أن لا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنة حبس نافذ.
- تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام يكون خلال 18 شهر من تاريخ صيرورة الحكم النهائي.
- أن تتراوح مدة العمل من: (40 ساعة إلى 600) ساعة للمدان البالغ ومن: (20 ساعة إلى 300 ساعة) بالنسبة للمدان القاصر.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالحكم أو القرار المتضمن عقوبة العمل للنفع العام:

- ضرورة ذكر العقوبة الأصلية المنطوق بها في الحكم أو القرار.
- ضرورة ذكر أن عقوبة الحبس النافذ الأصلية قد استبدلت بعقوبة العمل للنفع العام.
- ضرورة أن يكون الحكم حضوري (كما في حالة تطبيق إجراء المشول الفوري).
- يجب أن يتضمن الحكم أو القرار التنويه إلى أن المحكوم عليه أعطي الحق في قبول أو رفض هذه العقوبة البديلة.
- وعلى قاضي الحكم أن ينبه المحكوم عليه إلى أنه في حالة الإخلال بالالتزامات تطبق عليه العقوبة الأصلية (عقوبة الحبس المنطوق بها)، ومع ضرورة ذكر الحجم الساعي المقدر لعقوبة العمل للنفع العام.

المطلب الثاني: إجراءات الحكم بعقوبة العمل للنفع العام و تقدير مدتها.

لقد نصت المادة 05 مكرر 1 من قانون العقوبات بالقول: "يمكن الجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام"، وبالتالي فإن المشروع الجزائري قد منح قضاة الحكم سواء على مستوى الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية-الاستئناف- السلطة التقديرية في إمكانية استبدال العقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام إذا رأى القاضي المختص جدوى في إقرار هذه العقوبة البديلة من عدمه.

¹ - أحمد سعود، شروط الحكم بعقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية العدد 13، جوان 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، ص. 167.

² - مازيت عمر، قاضي تطبيق العقوبات ونائب عام مساعد بمجلس قضاء بجاية، <http://www.courdebejaia.mjustice.dz>

³ - مبروك مقدم، أحكام تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على ضوء التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة عنابة، العدد 36، ديسمبر 2011، ص. 205.

وبما أن عقوبة العمل للنفع العام تعتبر من العقوبات البديلة وجب على المحكمة أو المجلس تقرير عقوبة الحبس الأصلية والنطق بها قبل اللجوء لاستبدالها بعقوبة العمل للنفع العام، بمعنى أنه بعد الانتهاء من إجراءات المحاكمة والانسحاب للمداولة وتقريره للعقوبة الأصلية وبعد مراعاة توافر الشروط السالف ذكرها وتوافر قناعة لدى القاضي المختص بإفادته المتهم بالعقوبة البديلة، فإنه يعود لجلسة المحاكمة للنطق بالعقوبة الحبس ومن ثمة استبدالها بعقوبة العمل للنفع العام وهذا بعد استطلاع رأي المتهم في قبول أو عدم قبول استبدال العقوبة الأصلية بعقوبة العمل للنفع العام. ففي حالة موافقة المتهم المدان على عقوبة العمل للنفع العام، تُصرح المحكمة باستبدال عقوبة الحبس بالعقوبة البديلة مع تحديد الكم الساعي⁽¹⁾ للعمل المطلوب، وتنبهه بأن عدم احترامه للالتزامات المفروضة عليه سيؤدي به ذلك إلى الرجوع لتنفيذ العقوبة الحبس الأصلية.

الفرع الأول: دور النيابة في تنفيذ العقوبة البديلة.

بعد الاطلاع على المنشور الوزاري رقم: 02 المؤرخ في: 21 أبريل 2009 المتعلق بكيفية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، نجد أن مهمة القيام بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات التي قضت بعقوبة العمل للنفع العام⁽²⁾ قد أوكلت للنيابة العامة متمثلة في السيد النائب العام المساعد على مستوى المجلس القضائي المختص، وبذلك تهم النيابة العامة على العموم بما يلي:

أولاً: التسجيل في صحيفة السوابق القضائية.

تقوم عملية التسجيل بسعي من النيابة العامة عن طريق إرسال القسيمة رقم: 01 المتضمنة العقوبة الأصلية⁽³⁾ مع الإشارة إلى أنها قد استبدلت بعقوبة العمل للنفع العام، ويتم تسجيلها أيضاً على القسيمة رقم: 02، في حين تسلم البطاقة رقم: 03 من صحيفة السوابق القضائية خالية من العقوبة الأصلية وعقوبة العمل للنفع العام.

ثانياً : إجراءات تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام.

بعد صيرورة الحكم أو القرار القاضي بعقوبة العمل للنفع العام نهائياً، يتم إرسال نسخة من الحكم أو القرار بالإضافة إلى مستخرج منها إلى النائب العام المساعد على مستوى المجلس المختص للتنفيذ⁽⁴⁾. وعليه فإن النائب العام المساعد يقوم بالتصرف في الملف إما عن طريق: ^{*}/- إرسال الملف المتضمن نسخة من القرار أو الحكم مع مستخرج منه إلى قاضي تطبيق العقوبات لسهر على تنفيذها⁽⁵⁾، إذا كان المدان بهذه العقوبة يقطن بدائرة اختصاص قاضي تطبيق العقوبات المختص.

^{*}/- إرسال الوثائق إلى النائب العام بمجلس اختصاص مكان إقامة المحكوم عليه لتطبيقها من طرف قاضي تطبيق العقوبات بمكان إقامة المعني.

الفرع الثاني: دور قاضي تطبيق العقوبات في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام

بالرجوع إلى المادة 05 مكرر 03 من قانون العقوبات فقد أسندت مهمة تطبيق هذا البديل لقاضي تطبيق العقوبات بقولها: "يسهر قاضي تطبيق العقوبات على تطبيق عقوبة العمل للنفع العام والفصل في الإشكالات الناتجة عن ذلك، ويمكن وقف تطبيق عقوبة العمل للنفع العام لأسباب صحية أو عائلية أو اجتماعية".

¹ - تقدير مدة العمل للنفع العام: حددت المادة 05 مكرر 1 من قانون العقوبات مدة العمل للنفع العام ما بين (40 ساعة إلى 600 ساعة) للبالغين و (20 ساعة إلى 300 ساعة) للقصر، وقد وضعت معيار لذلك في حساب ساعات العمل حسب العقوبة الحبس المقررة وذلك بحساب ساعتين عمل عن كل يوم حبس، وبذلك فإنه لا يجوز أصلاً النزول عن الحد الأدنى المقرر وهو: (40 ساعة) ولا تجاوز الأقصى المحدد ب: (600 ساعة) هذا بالنسبة للبالغين، أما بالنسبة للقصر ما بين: (16 إلى 18 ساعة) فلا يجوز أن تقل عن: (20 ساعة) ولا تزيد عن: (300 ساعة) طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 05 مكرر 1.

² - إن عقوبة العمل للنفع العام لا تصبح نافذة إلا بعد صيرورة الحكم أو القرار نهائياً حسب المادة 05 مكرر 6 من قانون العقوبات.

³ - إذا تضمنت العقوبة الأصلية عقوبة الغرامة بالإضافة للمصاريف القضائية فإنها تنفذ بكافة الطرق المعتادة، ويطبق عليها الإكراه البدني طبقاً للمادة 600 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ذلك أن عقوبة الغرامة مستثناة ولا يمكن من استبدالها بعقوبة العمل للنفع العام.

⁴ - المنشور الوزاري رقم: 02 المؤرخ في: 21 أبريل 2009 المتعلق بكيفية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام و شروطها.

⁵ - المادة 23 من القانون رقم : 05-04، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

كما تنص المادة 23 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على أنه: "يسهر قاضي تطبيق العقوبات، فضلا عن الصلاحيات المخولة له قانونا بمقتضى أحكام هذا القانون، على مراقبة مشروعية تطبيق العقوبات السالبة للحرية والعقوبات البديلة عند الاقتضاء".⁽¹⁾

وبالتالي فإن قانون تنظيم السجون منح للقاضي -تطبيق العقوبات- نوعا من المرونة في تطبيق الجزاء بما يكفل إصلاح وتأهيل الجاني بحيث تتجلى أهمية بدائل العقوبة السالبة للحرية في تكريس السياسة الجنائية الحقيقية والفعالة في إصلاح الجاني، وهو ما سنحاول توضيحه من خلال دراستنا لإجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.

أولا: إجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.

من خلال استقراءنا للمادة 05 مكرر 3 و المادة 23 من القانون رقم: 05- 04 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، يتضح أن مهمة تطبيق عقوبة العمل للنفع العام قد أُنسدت لقاضي تطبيق العقوبات، وعليه فعلى هذا القاضي ومن أجل السهر على تنفيذها، عليه المرور بمجموعة من الخطوات نوردتها كالأتي:

- استدعاء المحكوم عليه عن طريق المحضر القضائي بالعنوان المحدد بالملف ويتضمن هذا الاستدعاء على سبيل المثال البيانات الآتية : (تاريخ و ساعة الحضور/ الموضوع وهو تطبيق حكم قضائي يتعلق بعقوبة العمل للنفع العام/ تنبيه انه في حالة عدم حضوره في التاريخ المذكور تطبق عليه العقوبة الأصلية بالحبس). وبهذا فإن قاضي تطبيق العقوبات يصبح أمام حالتين:

أ/ حالة امتثال المحكوم عليه للاستدعاء:

حتى يتسنى لقاضي تطبيق العقوبات اختيار طبيعة العمل الذي يتناسب مع وضعية المدان عليه القيام بـ:

- التحقق من هويته الكاملة والتعرف على وضعيته الاجتماعية والمهنية والعائلية.
- يقوم بعرضه على طبيب المؤسسة العقابية وذلك للتحقق من حالته الصحية أو عند الضرورة على أي طبيب آخر.
- ويقوم في الأخير بتحرير بطاقة معلومات ترفق بملف المعني.
- وبعد اكتمال ملف الشخصي للمحكوم عليه يكون قاضي تطبيق العقوبات قد كون اقتناع حول قدرات ومؤهلات المدان بما يسمح له من اختيار منصب عمل من المناصب المعروضة والتي تتناسب واندماجه الاجتماعي دون التأثير عن السير العادي لحياته.
- أما فيما يخص المحكوم عليهم القصر وفئة النساء يجب على قاضي تطبيق العقوبات مراعاة الأحكام المتعلقة بتشريع العمل في هذا الشأن) كمرعاة الاستمرار في الدراسة وعدم الإبعاد عن المحيط العائلي للقصر وعدم التشغيل الليلي بالنسبة للنساء وغيرها من الأحكام).
- يقوم قاضي تطبيق العقوبات بإصدار مقرر وضع يحدد فيه المؤسسة المستقبلة و كيفية أداء العمل للنفع العام.

ويتضمن على الخصوص ما يلي:

- الهوية الكاملة للمعني.
- طبيعة العمل المسند الموكل إليه.
- التزامات المعني.
- عدد الساعات الإجمالية و البرنامج الزمني المتفق عليه مع المؤسسة المستقبلة.
- ضمان الاجتماعي (إن كان المعني مؤمن أو غير مؤمن)⁽²⁾.
- ويجب أن يتضمن مقرر الوضع الإشارة أنه في حالة الإخلال بالالتزامات والشروط ستنفذ عقوبة الحبس الأصلية المنطوق بها.

¹ - المادة 23 من القانون رقم: 05- 04 المؤرخ في: 06 فيفري سنة 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية، العدد 12، الصادر بتاريخ 2005 /02/13.

² - في حالة عدم التأمين يقوم قاضي تطبيق العقوبات بإرسال الهوية الكاملة للمعني للمديرية العامة لإدارة السجون و إعادة الإدماج عن طريق مدير المؤسسة العقابية قصد تأمين المعني اجتماعيا.

كما يُذكر على هامش مقرر الوضع تنبيه المؤسسة المستقبلية بضرورة موافاة قاضي تطبيق العقوبات ببطاقة مراقبة أداء تنفيذ أو سير عقوبة العمل للنفع العام وفقا للبرنامج المسطر له، وعن كل إخلال من المحكوم عليه.

ويشترط في مقرر الوضع أن يتم إبلاغه لكل من المعني و النيابة العامة و إلى المؤسسة المستقبلية وكذا المصالح الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

ب/ حالة عدم امتثال المحكوم عليه لاستدعاء قاضي تطبيق العقوبات

كما سبق الذكر يتم استدعاء المحكوم عليه من طرف قاضي تطبيق العقوبات بواسطة المحضر القضائي، فإذا لم يستجب المحكوم عليه رغم ثبوت تبليغه شخصيا، وعدم حضور أو من ينوبه لتقدم مبرر لعدم الحضور أو تعذر تقدم مبرر جدي (الذي يخضع لسلطة التقديرية لقاضي تطبيق العقوبات) يقوم قاضي تطبيق العقوبات بتحرير محضر عدم المثول يتضمن: عرض للإجراءات التي تم اتخاذها وإنجازها والمتعلقة بتبليغ المعني وعدم تقدم عذر جدي للمثول أمامه، بحيث يتم تحرير محضر بعدم المثول .

ويقوم بعد ذلك بإرسال هذا المحضر للنيابة العامة (النائب العام المساعد المختص) الذي يحوله لمصلحة تنفيذ العقوبات لتتولى باقي إجراءات التنفيذ لعقوبة الحبس الأصلية⁽¹⁾.

ثانيا: إشكالات تنفيذ ووقف تطبيق عقوبة العمل للنفع العام:

يعتبر قاضي تطبيق العقوبات هو الشخص المؤهل للفصل في إشكالات التي تعيق التطبيق السليم لعقوبة العمل للنفع العام⁽²⁾ وله سلطة اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لحل هذه الإشكالات، سواء بتعديل البرنامج المحدد للعمل كتغيير أيام العمل أو الساعات المحددة و كذا المؤسسة المستقبلية (على سبيل المثال لا الحصر).

أ/ حالة وقف تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام:

يمكن لهذه الإشكالات العارضة أن تدفع بقاضي تطبيق العقوبات إلى اتخاذ مقرر بوقف تطبيق عقوبة العمل للنفع العام و ذلك إما لأسباب صحية أو عائلية، أو اجتماعية⁽³⁾.

بحيث يتعين على المحكوم عليه بعقوبة النفع العام تقديم الأسباب الجدية لتبرير وقف تنفيذ العقوبة عليه و لقاضي تطبيق العقوبات اتخاذ كل إجراءات التحري للتأكد من صحتها وله أن يستعين بالنيابة العامة في ذلك.

ويشترط أن يتم إبلاغ مقرر وقف تنفيذ العقوبة لكل من المعني و النيابة العامة و المؤسسة المستقبلية وكذا المصالح الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ويتم استكمال تطبيق عقوبة النفع العام بعد انتهاء السبب الذي تم توقيفها من أجلها.

ب/: الإشعار بانتهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام.

يتلقى قاضي تطبيق العقوبات إخطار من المؤسسة المستقبلية بإخلاء المحكوم عليه للالتزامات المترتبة عن تنفيذه لعقوبة العمل للنفع العام، حينها يقوم بدوره بتحرير إشعار بانتهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، و يرسل نسخة منه للنيابة العامة لتقوم بدورها بإرساله لمصلحة صحيفة السوابق القضائية للتأشير بذلك على القسيمة رقم: 01 وكذا الحكم أو القرار.

بعد الانتهاء من دراسة مفهوم عقوبة العمل للنفع العام من الناحية القانونية، لابد لنا من الانتقال إلى دراستها من الناحية العملية من خلال التطرق لأهم الآثار الاقتصادية الناجمة عن تفعيل هذه العقوبة.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على تفعيل عقوبة العمل للنفع العام

¹ - المنشور الوزاري رقم: 02 المؤرخ في: 21 أبريل 2009 المتعلق بكيفية تطبيق عقوبة العمل لنفع العام و شروطها.

² - انظر المادة 5 مكرر 3 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

³ - انظر المادة 17 وما يليها من القانون رقم: 05-04، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

يعتبر تبني نظام العمل للنفع العام مرحلة مهمة وانتقالية في تاريخ العقوبة، وهذا التبنى جاء في إطار الإصلاح العقابي الذي مس جل التشريعات العقابية المعاصرة، إلا أنه يعد انعكاسا للتغيرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، والتي ساهمت بشكل مباشر في إحداث مفاهيم وأفكار حديثة عن تلك التي كانت سائدة سابقا والمتعلقة بالأغراض التقليدية للعقاب كالجاء والإيلاء.

يحقق العمل للنفع العام أغراضا عقابية واقتصادية مهمة، فهو يعود بالفائدة على المحكوم عليه الذي يتفادى دخول المؤسسة العقابية وتطبيق العقوبة السالبة للحرية عليه، كما أن هذا النظام يساهم في الوقت نفسه وبشكل كبير في الحد من ظاهرة اكتظاظ السجون، التي تشل عملياته وإعادة التأهيل من جهة، وتكلف الدولة نفقات باهظة من جهة أخرى، ومما لا شك فيه أن هذا النظام يعود بالفائدة كذلك على المجتمع الذي يستفيد من خدمات مجانية يقدمها المدان بها (1).

ويقوم العمل للنفع العام على فكرة أساسية هي فكرة التعويض، أي استثمار العقوبة بما يعود بالنفع (2)، إذ يشكل المحكوم عليهم بعقوبة الحبس القصير المدة النسبة الكبيرة ممن تكتظ بهم المؤسسات العقابية، التي غدت غير قادرة عن استيعاب أعدادهم والاستجابة لمطالبهم والالتزام بقواعد معاملتهم، وهذا مما يكلف الدولة بالنتيجة أمولا طائلة تنفق على السجون ونازلتها (3).

فعدم دخول المحكوم عليه للمؤسسة العقابية وتوجيه للعمل سيوفر التكاليف التي يتطلبها لو تم حبسه، كما تستفيد المرافق العامة من خدمات مجانية ما كانت للتم دون مقابل لولا تفعيل هذا البديل، وفي ذلك توفير لكثير من النفقات العامة (4).

وبما أن لهذه العقوبة البديلة مقاصد اقتصادية، فضلا عن تلك المقاصد العقابية، وبالرجوع إلى موضوع دراستنا المتعلق بالأثر الاقتصادي لعقوبة العمل للنفع العام وجب علينا تحديد الأشخاص والهيئات المتأثرة بشكل مباشر بهذه العقوبة البديلة، وعليه يمكن حصر المستفيدين بشكل أساسي ومباشر من هذه العقوبة في: الدولة، والمؤسسات والمرافق العمومية، والجاني.

المطلب الأول: الأثر الاقتصادي على الدولة.

من الراسخ أن الدولة يقع عليها عبء اقتصادي كبير فهي ومن أجل تنفيذ العقوبات السالبة للحرية بحاجة إلى تشييد المزيد من المؤسسات العقابية من أجل استيعاب العدد المتزايد دوريا من المحكوم عليهم بعقوبات قصيرة الأمد، بالإضافة إلى توفير كل متطلبات إقامتهم خلال فترة تنفيذ عقوبتهم بما وذلك من مأكول وملبس ورعاية صحية واجتماعية ونفقات موظفي السجون من حراس وأعوان... الخ، وكذا النفقات اللاحقة والمتربة عن نفقات توفير الرعاية اللاحقة لهم وكل من شأنه أن يخلف المزيد من الاختلال على موازنة الدولة الجزائرية التي هي في حاجة إلى توجيه مواردها نحو دفع وتيرة التنمية (5).

إضافة إلى الأغراض العقابية والتأهيلية، يهدف العمل للنفع العام إلى تحقيق أهداف اقتصادية تمكن الدولة من الحفاظ على استقرارها اقتصادي، يمكننا أن نختصرها في عنصرين:

الفرع الأول: تفادي إرهاق خزانة الدولة.

تعتبر ميزانية المؤسسات العقابية هي الأعلى في بعض الدول مثلما هو حال في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث فاقت ميزانية السجون منذ عام 1994 ميزانية كافة الجامعات مجتمعة، كما أجري فيها إحصاء أفاد أنه ينفق في العام الواحد على السجين الواحد ما يناهز عشرين ألف دولار (20.000 \$)، بينما ينفق على الطالب الجامعي عشرة آلاف دولار (10.000 \$)، وتصرف الدولة الفرنسية على كل سجين مائة وعشرين أورو يوميا (€120)، وهو مبلغ يضاعف ثلاث مرات التكلفة اللازمة لطالب جامعي واحد (6).

¹ - صفاء أوتاني، العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة، دراسة مقارنة، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية، المجلد 25، العدد 02، تاريخ النشر 2009، ص 439.

² - عبد الرحمن بن محمد الطربان، المرجع السابق ص 122.

³ - سعودي سعد، العمل للنفع العام كعقوبة بديلة عن الحبس في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثاني، الجزء الأول، لسنة: 2017 ص 138.

⁴ - سعودي سعد، المرجع نفسه.

⁵ - عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، تدابير المجتمعية كبديل للعقوبة السالبة للحرية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، مركز دراسات والبحوث، الرياض 2003، ص. 141.

⁶ - إبراهيم ماريبط، بدائل العقوبات السالبة للحرية (المفهوم والفلسفة)، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، السنة الجامعية 2012/2013، ص 55.

ولهذا فإن عقوبة العمل للنفع العام تساهم بشكل كبير في التخفيف من هذه الأعباء، فعندما ينخفض عدد المحبوسين تنخفض الحاجة لزيادة المؤسسة العقابية والعاملين فيها، ومن ناحية أخرى فإن تجنيب الجاني من دخول الحبس والحكم عليه بهذه العقوبة يعني توفير الكثير من التكاليف التي تنفقها الدولة عليه أثناء تواجده بالمؤسسة العقابية.

الفرع الثاني: تفاديا تعطيل وتيرة الإنتاج عن طريق توفير اليد العاملة.

لا تقتصر سلبات العقوبات التقليدية فقط على إرهاب ميزانية الدولة فحسب، بل هي أيضا تحرم الاقتصاد من نتاج عمل المحكوم عليهم ومن إمكانية عودتهم إلى العمل من جديد، إذا أن غالبية المحكوم عليهم يكونون من الأصحاء القادرين على العمل و بالتالي يكون وضعهم في المؤسسة العقابية بمثابة تعطيل لقدرة العمل وإضافة للكثير من الطاقات التي كان بالإمكان الاستفادة منها لو تمت معاقبتهم بطريقة أخرى (العمل للنفع العام) غير الحبس.

ولهذا فإن العمل المتزايد بالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة سيؤدي إلى زيادة أعداد النزلاء بالمؤسسات العقابية، وهذا سترتب عليه نفقات باهظة ناتجة عن رعايتهم وتأهيلهم، يضاف إلى ذلك أيضا الآثار السلبية الاقتصادية الأخرى، والمتمثلة في حرمان الدولة من طاقات إنتاجية ضخمة كان من الممكن الاستعانة بها في دعم الاقتصاد الوطني، وبهذا فإن الغرض الاقتصادي الذي يسعى العمل للنفع العام إلى الوصول إليه يكمن في تجنيب الدولة المصاريف الإضافية التي ترهق خزينتها وتكبدها خسائر كبيرة⁽¹⁾.

ويحقق هذا البديل أغراض اقتصادية مهمة لأنه يساهم إلى حد بعيد في الحد من الظاهرة ازدحام السجون التي تعرقل عملية التأهيل الاجتماعي وتكلف الدولة نفقات باهظة وهو ما يشكل هدرا للمال العام دونما تحقيق فائدة ويحقق مكاسب للدولة، تتجسد فيما ينجزه المحكوم عليه من خدمات للمرافق العمومية وهو ما يوفر كثير من النفقات على الدولة ما دام أن العمل يتم بدون اجر.

كما تسهر الدولة على تقديم الخدمات العامة عن طريق الإدارات والمؤسسات والمرافق العمومية، وهذه الجهات تقدم خدماتها للجمهور عن طريق الموظفين الذي يتقاضون مرتبات وأجور لقاء ما يقومون به من أعمال، فإذا تم تكليف المدان بالعمل بإحدى هذه المؤسسات دون أجر، فإن في ذلك توفيراً لخزينة الدولة، حيث تقلص العقوبات البديلة من النفقات التي ترصدها الدولة لقطاع السجون، إذ أن تكلفة التي تتحملها الدولة على بناء السجون وإدارتها جد مرتفعة ففي فرنسا مثلاً بلغت نفقات الدولة على السجون (2,7 مليار يورو) سنة 2010⁽²⁾ ، وبهذا سيتم استثمار العقوبة اقتصادياً بطريقة تعود بالفائدة والربح على كل القطاعات خاصة المؤسسات والمرافق العمومية⁽³⁾.

المطلب الثاني: الأثر الاقتصادي على المؤسسات والمرافق العمومية.

تعرف المؤسسات المستقبلية على أنها هي ذلك الشخص المعنوي الذي يستقبل المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام، حيث يقوم هذا الأخير بالعمل لدى هذا الأشخاص المعنوية، ولقد اشترط المشرع الجزائري هذا بالمادة 05 مكرر 1 التي نصت على أن تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام يكون لدى مؤسسة عمومية تخضع للقانون العام، وبذلك فقد استثنى الأشخاص المعنوية الخاصة، وهذا خلافاً للمشرع الفرنسي الذي وسع من هيئات الاستقبال لتشمل الأشخاص المعنوية الخاصة بالجمعيات، ولكنه استوجب أولاً الحصول على الترخيص طبقاً للمادة 131 من قانون العقوبات الفرنسي، أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 17 من المجلة الجزائية التونسية على أنه يتم قضاء العمل لفائدة المصلحة العامة بالمؤسسات العمومية أو الجماعات الخيرية الإيساعافية أو الجمعيات ذات المصلحة القومية، والجمعيات التي يكون موضوعها المحافظة على البيئة، وبهذا نلاحظ أن كل من المشرع الفرنسي والتونسي أدرجوا الجمعيات كأحد المؤسسات التي تستقبل المحكوم عليه بالعمل للنفع العام، إلا أن المشرع الجزائري استثنى الأشخاص المعنوية الخاصة ومنحها فقط للأشخاص المعنوية العامة⁽⁴⁾.

¹ - محمد لخضر بن سالم، "عقوبة العمل للنفع العام في القانون رقم: الجزائري"، رسالة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق تخصص قانون رقم : جنائي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، سنة 2011-2012، ص 46 و 47.

² - بوضوار صليحة، عقوبة العمل للنفع العام، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2015-2016، ص 60.

³ - عبد الرحمن بن محمد الطريهان، المرجع السابق ص 123.

⁴ - عبد الرؤوف حنان، العمل للنفع العام كبديل عن عقوبة الحبس، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013/2014، ص 108 و 109.

وفيما يتعلق بالهيئات التي تقدم خدمات عامة فإن العمل للمنفعة العامة يَنْشِئُ علاقة بين اليد العاملة المجانية وهذه الهيئات، التي يمكنها ضمن إطار هذه العقوبة البديلة الحصول على خدمات وأعمال قد لا تملك هذه الهيئات الميزانية والتمويل اللازم للقيام بها⁽¹⁾.

وعليه فإن قيام المحكوم عليهم بأداء عمل للنفع العام يمكن الإدارات و الهيئات العامة من الحصول على طاقات إنتاجية (اليد العاملة) بطريقة قانونية وغير مكلفة، بحيث يمكنها ضمن هذا النظام العقابي الحصول على أعمال قد لا تملك هذه الهيئات الميزانية الكافية والتمويل اللازم للقيام بها، خصوصا وأن غالبية المحكوم عليهم من الأصحاء القادرين على العمل، وبذلك فإن وضعهم في المؤسسة العقابية هو تعطيل لقدرةهم على العمل وإضاعة للكثير من الإمكانيات البشرية التي يمكن الاستفادة منها لو أمكن عقابهم بصورة أخرى خلافا للحبس، لذا فالعقوبة السالبة للحرية تحرم الدولة من قوة إنتاجية كبيرة كان بالإمكان الاستفادة منها في عمل يعود بالنفع على المجتمع عموما.

المطلب الثالث: الأثر الاقتصادي على المحكوم عليه؛ الجاني.

إن اعتماد العمل للنفع العام كبديل للعقوبة السالبة للحرية المنفذة في الوسط المغلق "السجن"، يقلل من النفقات، لأن مجتمع السجن، كما هو معروف، مجتمع مكلف مالياً بالمقابل فقد وجد أن العمل للمنفعة العامة يحقق فائدة وربحاً للدولة، وتمثل الفائدة الاقتصادية والمكاسب المالية فيما ينجزه المحكوم عليه من أعمال ضمن الإدارات العامة والمرافق العامة التي تلتزم الدولة قبلها بالإفناق على هذا النوع من الأعمال، ومن ثم في حالة العمل للمنفعة العامة حيث لا يتقاضى المحكوم عليه أجراً أو مقابلاً لعمله، يوفر تنفيذ هذه الأعمال فيها على هذا النحو على الدولة الكثير من النفقات والمصاريف المالية التي تخصصها عادة لإنجازها⁽²⁾.

كما أن تكليف المدان بالقيام بعمل معين لفترة زمنية معينة يعود بالمرء الإيجابي على شخصيته وسلوكه، وهذا يتحقق من خلال الرقابة والمتابعة التي تفرض عليه من قبل الجهة التي تسهر على تنفيذ العقوبة - قاضي تطبيق العقوبات -⁽³⁾، حيث تخضه على المثابرة وحسن الإنجاز، وهذا فيه تأهيل للمحكوم عليه، فيكتسب الخبرة، وجودة الأداء، والإتقان، إضافة إلى التعود على الالتزام والصبر والجدية، فيكون دافعا له للاستمرار بعد انتهاء العقوبة، كما أنه بهذه العقوبة يتجنب السجن فيبقى طليقا يستطيع ممارسة نشاطه الاقتصادي ومن ثم القيام بواجباته والتزاماته⁽⁴⁾، وفي كل هذا فائدة اقتصادية للدولة.

كما تعد عقوبة العمل للنفع العام من أبرز البدائل لاسيما أنها حققت نتائج جد إيجابية في تأهيل و إصلاح عدد كبير من الجانحين وساهمت إلى حد كبير في ترشيد السياسة العقابية في مواجهة العقوبة التقليدية السالبة للحرية، كما يسمح العمل للنفع العام بعدم قطع الصلة بين المحكوم عليه والمجتمع الخارجي، ومن ثمة فهو لا يفقده عمله وتتاح له الفرصة للتآلف مع أفراد عائلته والإشراف عليها فلا يضيع مصدر رزقه والذي من شأنه إبعاده عن الوقوع في هاوية الجريمة من جديد نتيجة نقص التوجيه أو الحاجة الاقتصادية.

كما يستفيد في إطار هذه العقوبة البديلة من تأمين اجتماعي وتحمل الدولة عن طريق وزارة العدل دفع أقساط التأمين وهذا ما يوفر حماية اجتماعية للمحكوم عليه ويمكنه من الحصول على الحق في التعويض عن إصابات العمل أو الأمراض المهنية، وبذلك فإن الدولة تتحمل التعويض للمحكوم عليه عن جميع الأضرار التي تحدث له أثناء التنفيذ وفي المقابل تحل محله في المطالبة بحقوقه.

خاتمة:

يعد نظام العمل للنفع العام إحدى أهم العقوبات البديلة ويتميز عن غيره من البدائل بكونه يعزز مساهمة المجتمع في مجال العدالة الجنائية، ذلك أن العمل يتم في إطار مؤسسات الدولة والمجتمع، فتتفذه يقوم بشكل أساسي على إشراك الأفراد في تحقيق أهدافه كما انه بمثابة تعويض عن الضرر الذي لحق المجتمع جراء الجريمة المرتكبة كونه يؤدي بدون مقابل.

¹ - صفاء آوتاني، المرجع السابق، ص 444.

² - صفاء آوتاني، المرجع السابق، ص 443 و 444.

³ - المادة 23 من القانون رقم 05-04، المتضمن قانون رقم : تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

⁴ - عبد الرحمن بن محمد الطريمان، المرجع السابق ص 124.

والملاحظ من خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري نص على عقوبة بديلة واحدة تمثلت في عقوبة العمل للنفع العام وهذا بموجب القانون رقم: 09-01 المؤرخ في: 25 فبراير 2009 المعدل للأمر رقم: 156/66 المتضمن قانون العقوبات، ويفسر هذا التوجه في أن للعمل للمنفعة العامة من الميزات التي جعلته متفوقا على غيره من البدائل العقابية الأخرى، وتتجلى هذه الميزات في القدرة على إصلاح المحكوم عليه دون الحاجة لدخوله إلى المؤسسة العقابية والإنفاق عليه، وكذا تسهيل عملية اندماجه في المجتمع عن طريق جعل العمل ذو نفع العام عادة لديه، وتحوله إلى عنصر فعال يوظف قدراته وإمكانياته في أعمال نافعة يستفيد منها المجتمع.

وخلاصة القول أن العمل للنفع العام يمثل تطوراً مهماً في أنظمة العقابية الجزائرية، وتكمن أهميته في الفوائد المترتبة على الأخذ به سواء ما تعلق منها بتلك التي تعود بالفائدة والربح على الدولة أو مرافقها ومؤسساتها أو على المحكوم عليه خاصة.

النفايات الطبية ومخاطرها على الصحة والبيئة: إشارة إلى حالة الجزائر

The risks of medical waste on health and the environment; Algeria as a case study

مراح أحمد، طالب باحث في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر

أستاذ متعاقد بجامعة التكوين المتواصل، مركز معسكر، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/14 - تاريخ المراجعة: 2017/11/25.

ملخص:

تعد النفايات الطبية من أكثر الأخطار التي تهدد صحة الإنسان والبيئة، والسبب في ذلك راجع إلى النتائج الوخيمة الناتجة عنها، لذا تجد أنها من الموضوعات التي استحوذت على اهتمام الكثير من الخبراء والمعينين في مجالات عدة أهمها الصحة والبيئة في مختلف أنحاء العالم. من هنا جاءت هذه الدراسة للبحث في ماهية النفايات الطبية بدءاً من مفهومها إلى غاية أخطارها على الإنسان والبيئة، ثم تحديد طرق معالجتها.

الكلمات المفتاحية:

النفايات الطبية، الصحة العمومية، البيئة، التنمية المستدامة.

Abstract:

Medical waste is one of the most dangerous hazards to human health and our environment, and may lead to severe consequences. Thus, it became one of the most relevant topics, attracting the attention of numerous experts and different stakeholders in several fields, most importantly the health and environment sectors, around the world. Our investigation aims to study the nature of medical waste, beginning with its definition, then its effects on humans and the environment and finally its treatment.

Keywords:

Medical waste, public health, environment, sustainable development.

مقدمة

لم يعد خفياً على أحد أنّ النفايات الطبية من المصادر التي تهدد حياة الكثير من الناس سواء كانوا عاملين داخل المؤسسات الصحية أو خارجها. بل أنّها أحد أهم المشاكل الخطيرة والتحديات الصعبة التي تعيشها وتواجهها البيئة. وأمام هذا الوضع، دفع الكثير من الفقهاء إلى البحث في مسألة النفايات الطبية، والتي لاحظوا من خلالها أنّها تشكل تهديداً للبيئة على وجه العموم وصحة الإنسان على وجه الخصوص، وهو الأمر الذي لزم إلى إيجاد حلول عملية واستخدام أساليب وقائية بهدف التحكم في هذا النوع من النفايات والحد من مخاطرها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ المجتمع الدولي بدوره عقد - من خلال منظمته - اتفاقيات ومعاهدات دولية تصب في نفس ما ذهب إليه الفقهاء، وهو الحد من خطورة تلك النفايات على الإنسان والبيئة المحيطة به.

والجزائر كغيرها من الدول سعت هي الأخرى من خلال تنظيم نصوص قانونية إلى إتباع إستراتيجية واضحة، بهدف الحفاظ على المحيط والصحة العمومية. وعلى هذا الأساس جاءت ورقة بحثنا لتجيب على الإشكالية الآتية: هل مخاطر النفايات الطبية تتوقف على البيئة أم تشمل الإنسان؟. وإن كان كذلك فما هي طرق معالجة هذا النوع من النفايات؟.

ومن ثمّ فإنّ الإجابة على هذه الإشكالية تكون وفق خطة مقسمة إلى محورين، الأول يتناول ماهية النفايات الطبية، والثاني طرق معالجتها.

المحور الأول

ماهية النفايات الطبية

يعتبر الاهتمام بالبيئة المعاصرة وبمشاكل النفايات الناتجة عن النشاط البشري خاصة النفايات الطبية منها خطوة كبيرة إلى الأمام، وهذا لما تسببه من أمراض وأوبئة خطيرة ومهلكة للإنسان، وكذا لما تسببه من أضرار للبيئة. لذا جاء هذا المحور للتعريف بالنفايات الطبية، وبالتالي تمييزها عن بقية النفايات الأخرى، وأيضا ذكر أصنافها ومصادرها، والمخاطر التي تنجم عنها.

1- تعريف النفايات الطبية.

في البداية نشير أنّ لفظ نفاية (Déchet) لغويا يعني البقايا، يقال نفاية: أي ما نفите منه لردائه أي بقيته¹، فالنفاية إذن هي كل ملوث له أثار على عناصر البيئة من تربة و ماء وجو وصحة عامة².

أما النفايات اصطلاحا تعرف على أنّها: «كل البقايا الناتجة عن عمليات الإنتاج أو التحويل أو الاستعمال، وبصفة عامة كل المواد والأشياء المنقولة التي يتخلص منها حائزها أو ينوي التخلص منها أو التي يلزم بالتخلص منها أو بإزالتها بهدف عدم الإضرار بصحة الإنسان والبيئة»³. هذا التعريف نفسه ورد أيضا لدى المشرع الجزائري في نص المادة الثالثة الفقرة الأولى من القانون المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها⁴.

أما بخصوص النفايات الطبية عرفتها منظمة الصحة العالمية على أنّها: «النفايات التي تنتج من المنشآت التي تقدم الرعاية الصحية المختلفة، والمختبرات ومراكز إنتاج الأدوية والمستحضرات الدوائية واللقاحات ومراكز العلاج البيطري والمؤسسات البحثية ومن العلاج والتمريض في المنازل»⁵.

كما تعرف أيضا على أنّها: «مواد يمكن أن يؤدي استعمالها بحسب الكمية أو التركيز أو الخواص الكيميائية والفيزيائية إلى التأثير بالصحة العمومية، أو الزيادة في نسبة الوفيات بين البشر، أو التأثير سلبا على البيئة عند معالجتها أو خزنها أو نقلها أو التخلص منها بطريقة غير سليمة»⁶.

كذلك يمكن تعريف النفايات الطبية على أنّها: «كل المواد المستخدمة للتشخيص أو للعناية بالمرضى داخل المرفق الصحي أو خارجه، وفي حالة تلوثها بدم وسوائل جسم المريض بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وفي حالة كان المريض مصاب بمرض معدي أو غير مصاب، ويراد التخلص منها وترمي كالنفايات تعتبر من ضمن المخلفات الطبية الخطرة»⁷.

¹ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد 14، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1988، ص 248.

² Jean-Pierre Hannequart « gestion des déchets » Année académique 2002, p4, Document téléchargé sur le site: www.ulb.ac.be/students/dege/cours/envi047-syllabus 2002.pdf.

نقلا عن، أمال فكيري، مخاطر النشاطات الطبية على الصحة في المجتمع - إشارة إلى حالة الجزائر -، مجلة المفكر، العدد الثالث العاشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، بدون سنة، ص 229.

³ عبد القادر أجعير، التجربة المغربية في ميدان إدارة النفايات، وزارة إعداد التراب الوطني والماء والبيئة، الرباط- المملكة المغربية، بدون سنة النشر، ص 168.

⁴ المادة 3 ف 01 من القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، المؤرخ في 27 رمضان عام 1422، الموافق 12 ديسمبر سنة 2001. ج.ر.ع 77، سنة 2001، ص 10.

⁵ تقرير منظمة الصحة العالمية، الإدارة الآمنة لنفايات أنشطة الرعاية الصحية، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، عمان- الأردن، 2006، ص 2.

⁶ سعد علي العنزي، الإدارة الصحية، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، سنة 2008، ص 273.

⁷ الحاج عرابة و نور الدين مزهودة، التخلص الأمثل من المخلفات الطبية الخطرة كأداة لتحقيق أداء بيئي فعال، مداخلة في الملتقى الدولي حول الأداء المتميز للمنظمات والحكومات، جامعة ورقلة يومي 22 و 23 نوفمبر 2011، ص 696.

وقد عرفها الأستاذ وليد يوسف الصالح على أنّها: « النفايات التي تنتج من مصادر ملوثة أو محتمل تلوثها بالعوامل المعدية أو الكيميائية أو المشعة، وتشكل خطرا على الفرد والمجتمع والبيئة أثناء إنتاجها أو جمعها أو تخزينها أو نقلها أو التخلص منها »¹.

أما بالنسبة للمشروع الجزائري فقد عرّفها في المادة الثالثة الفقرة السادسة من القانون المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها على أنّها: « كل النفايات الناتجة عن نشاطات الفحص والمتابعة والعلاج الوقائي أو العلاجي في مجال الطب البشري والبيطري »².

2- تصنيف النفايات الطبية.

بعد التعرف على مفهوم النفايات الطبية، سنحاول التطرق إلى تصنيف هذه النفايات، وذلك بالاعتماد على تقرير المنظمة العالمية للصحة، بالإضافة إلى ما جاء في النصوص القانونية الوطنية، وذلك على النحو الآتي³:

أ- النفايات العادية

تسمى أيضا النفايات شبه منزلية، وهي كل النفايات غير الناقلة للعدوى تشمل مخلفات المكاتب وبقايا الطعام والأوراق، وعلب البلاستيك، ومناديل ورقية، أدوات التغليف، حافظات، أو أي شيء مماثل غير ملوث بمخلفات المرضى والتي بإمكان مصالح البلدية معالجتها.

ب- النفايات المعدية

هي تلك النفايات التي تحتوي على مسببات المرض مثل (البكتيريا، الفيروسات، الطفيليات، الفطريات)، بمعنى آخر أنّ كل نفاية يحكم عليها الطبيب أو البيطري بأنّ لها القدرة على نقل مكونات معدية للجنس البشري أو الحيواني هي من النفايات الطبية المعدية. وتبعا لذلك نصت المادة السابعة من المرسوم التنفيذي رقم 03-478 على أنّ النفايات المعدية هي تلك التي تحتوي على جسيمات دقيقة أو على سميّاتها التي قد تضر بالصحة البشرية⁴.

ج- النفايات السامة

يشمل هذا الصنف من النفايات، النفايات المتكونة من بقايا المواد الصيدلانية خاصة الشديدة الخطورة، والتي بإمكانها قتل أو منع انقسام الخلايا أو مكونات الجينات مثل الأدوية السامة للخلايا والمستخدمة لعلاج السرطان. كما يشمل أيضا النفايات المتكونة من بقايا المواد الكيميائية سواء كانت هذه المواد صلبة أو سائلة أو غازية، تنتج عن العمليات التحريمية والأنشطة التشخيصية، وأعمال التنظيف وإجراءات التطهير أو التعقيم⁵.

¹ وليد يوسف الصالح، إدارة المستشفيات والرعاية الصحية الطبية، دار أسامة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، سنة 2011، ص 149.

² المادة 3 ف6 من القانون 01-19، مرجع سبق ذكره.

³ تقرير منظمة الصحة العالمية، مرجع سبق ذكره، ص 02.

⁴ المادة السابعة من المرسوم التنفيذي رقم 03-478 المحدد كفايات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، المؤرخ في 15 شوال عام 1424 الموافق 09 ديسمبر سنة 2003، ج.ر.ع، 78 سنة 2003، ص 06. وأيضا ما جاء في الملحق الأول من المرسوم التنفيذي رقم 06-104 الذي يحدد قائمة النفايات بما في ذلك النفايات الخاصة الخطرة، إذ نص على أنّ: « تكون معدية كل مادة أو نفاية تحتوي على كائنات دقيقة قادرة على الحياة أو تحتوي على سميّاتها ويمكن أن تسبب المرض لدى الإنسان لة لدى الكائنات الحية الأخرى ».

⁵ أنظر كلا من:

- محمد بن علي الزهراني و فريدة أبو الجدايل، الإدارة المستدامة للنفايات الطبية في الوطن العربي (الوضع الراهن والآفاق المستقبلية) للمؤتمر العربي الثالث للإدارة البيئية (الاتجاهات الحديثة في إدارة المخلفات الملوثة للبيئة)، شرم الشيخ - جمهورية مصر العربية، بدون سنة النشر، ص ص 209-210.

- تقرير منظمة الصحة العالمية، مرجع سبق ذكره، ص 03.

وبالرجوع إلى الجزائر، نجد أنّ هذا النوع من النفايات تم النص عليه في المادة العاشرة من المرسوم التنفيذي رقم 03-478 المذكور أعلاه¹. وعليه فإنّ كل مادة أو نفاية قد تؤدي بفعل الاستنشاق أو البلع أو الدخول عبر الجلد بكميات ضئيلة، إلى الموت أو إلى مخاطر حادة أو مزمنة تعد نفاية سامة، وهذا حسب ما جاء في الملحق الأول من المرسوم التنفيذي رقم 06-104 الذي يحدد قائمة النفايات بما في ذلك النفايات الخاصة الخطرة².

د- النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية أو التشريحية

حسب ما جاء في تقرير المنظمة العالمية للصحة فإن هذه النفايات تتكون من نسيج أعضاء وأجزاء الجسم، جنين، جثث الحيوانات الملوثة، مواد بها الدم أو نواتجه، سوائل فيزيولوجية.

كما أنّ هذا النوع من النفايات نصت عليه المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 03-478 والتي قضت على أنّه: « توصف بالنفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية، كل النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية والنفايات الناجمة عن عمليات الخطيئة البشرية الناتجة عن قاعات العمليات الجراحية وقاعات الولادة »³، وأيضا ما جاء في المادة الثانية من القرار الوزاري المشترك والتي نصت على أنّ: « النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية يقصد بها الأعضاء والأطراف أو أجزاء الأعضاء أو الأطراف وكذا كل عنصر مقتطع من النسيج وبصفة عامة كل نسيج من مصدر بشري محصل خلال نشاطات العلاج »⁴.

هـ- النفايات المشعة

هي تلك التي تضم جميع المواد الصلبة والسائلة والغازية الملوثة بنويدات المواد المشعة، تنتج عن تحاليل الأنسجة البشرية داخل المختبر وتصوير الأعضاء الجسمية، وكشف الأورام السرطانية، وتطبيقات تتعلق بالبحوث الطبية. كما تتصف المواد المشعة بأنها تبقى تشع لمدة زمنية سواء قصرت أم طال، وأنّ الإشعاعات الصادرة عنها تتراكم في جسم الكائن الحي إلى أن يحدث الإضرار به⁵. لذا فإنّ هذا الصنف من النفايات يشكل خطورة بالغة على صحة الإنسان والبيئة المحيطة به.

وفي هذا الصدد، لاحظنا أنّ المشرّع الجزائري لم يذكر صنف يضم أكبر نسبة من نفايات النشاطات العلاجية وهي النفايات المشعة - بالرغم من أنّها تشكل خطورة على صحة الإنسان والبيئة - بل تم استثناءها بمرسوم آخر يحدّد كفايات تسييرها بموجب المادة

¹ نصت المادة العاشرة من المرسوم التنفيذي رقم 03-478 على مايلي: « توصف النفايات السامة، النفايات المتكونة من: - النفايات والبقايا والمواد التي انتهت مدة صلاحيتها من المواد الصيدلانية، والكيميائية، والمحرّبة، - النفايات التي تحتوي على تركيزات عالية من المعادن الثقيلة، - الأحماض والزيوت المستعملة والمثبات ». »

² انظر، الملحق الأول من المرسوم التنفيذي رقم 06-104 مؤرخ في 29 محرم 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006، يحدد قائمة النفايات بما في ذلك النفايات الخاصة الخطرة، ج.ر. ع 13، ص 12.

³ المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 03-478، مرجع سبق ذكره.

⁴ المادة الثانية من القرار الوزاري المشترك، يحدّد كفايات معالجة النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية، المؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 4 أبريل سنة 2011، ج.ر. ع 35 الصادرة في 10 جوان 2012، ص 60.

⁵ أنظر كلا من:

- ميلود تومي و عديلة العلواني، تأثير النفايات الطبية على تكاليف المؤسسات الصحية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد العاشر، بكرة، نوفمبر 2006، ص 318.

- محمد أبو كاف، إدارة النفايات الخطرة، مجلة بيئة المدن الإلكترونية، العدد الرابع، دي، سنة 2013، ص 24.

30 من المرسوم التنفيذي رقم 03-478، والمادة الرابعة من القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات وإزالتها ومراقبتها¹؛ بمعنى أنّ صنف النفايات المشعة لم يذكر ضمن الأصناف المحددة في المادة في الثالثة من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه. وهذا على عكس ما ذهب إليه وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، حيث أضافت صنف النفايات المشعة (الإشعاعية) ضمن صنف النفايات الخطرة، وذلك وفقا للوثيقة التقنية الصادرة بتاريخ 12-09-1995 تحت رقم 398-1958 والمتعلقة بتسيير نفايات النشاطات العلاجية، وأيضاً الدليل التقني للنظافة الإستشفائية الصادر عن المعهد الوطني للصحة العمومية في الوثيقة رقم 09-03.

3- مصادر النفايات الطبية.

تنتج النفايات الطبية بشكل عام من مصادر مختلفة، رئيسية كانت أم ثانوية، وذلك حسب الكميات المنتجة. ومن المصادر الرئيسية لهذه للنفايات ما يلي: المؤسسات الإستشفائية المتخصصة، المراكز الإستشفائية الجامعية، العيادات المتعددة مثل عيادات الولادة وأمراض النساء وعيادات جراحة الأسنان، وحدات العلاج الأساسي، مخابر التحليل، مراكز غسيل الكلى، مراكز التشريح ومستودع الجثث، أبحاث وفحص الحيوان، دور التمريض لكبار السن². أمّا المصادر الثانوية فهي كالأتي: مكاتب الأطباء المستعملة للكشف الروتيني على المرضى، مراكز المعالجة بالوخز الإبري، والمعالجة بالتدليك اليدوي، مراكز تأهيل المعاقين، خدمات الجنازات والعلاج المنزلي، مراكز التجميل³.

المحور الثاني

مخاطر النفايات الطبية وطرق معالجتها

إنّ تعدد واختلاف أصناف النفايات الطبية يؤدي لا محالة إلى تعدد واختلاف مخاطرها، بدءاً من خطر التلوث إلى غاية الخطر الصحي (أولاً)، ولهذا أستوجب منا الأمر إلى البحث عن طرق لمعالجة هذا النوع من النفايات (ثانياً).

أولاً: مخاطر النفايات الطبية على صحة الإنسان والبيئة.

تتنوع وتختلف مخاطر النفايات الطبية حسب نوع النفايات، فالنفايات المعدية والحادة مثلاً يصبح لها أضرار خطيرة على صحة الإنسان، وهذا نظراً لما تحتويه على كميات كبيرة من الفيروسات والميكروبات المسببة للمرض، حيث يمكن أن تدخل هذه الفيروسات جسم الإنسان عن طريق عدة سبل (كالإبر والمشارط والآلات الحادة...). ومن الأمراض الأكثر شيوعاً والتي تأتي بالعدوى نجد مرض السيدا (نقص المناعة المكتسبة HIV)، والالتهاب الكبدي (B - C). هذه الأمراض تنتقل عن طريق الجروح التي تحدث بواسطة الآلات الحادة الملوثة أو ما شابهها⁴. أضف إلى ذلك، الأمراض المتنقلة بسبب الحشرات والفئران والقطط والكلاب كون أنّها تحمل الجراثيم والميكروبات الموجودة في حاويات جمع النفايات سواء كانت داخل المنشآت الصحية أو خارجها، ولهذا جاء في تقرير هيئة الأمم المتحدة

¹ نصت المادة 4 من القانون رقم 01 - 19 على ما يلي: « تسري أحكام هذا القانون على كل النفايات المحددة في المادة 3 أعلاه باستثناء النفايات المشعة والنفايات الغازية والمياه القذرة والمتفجرات غير المستعملة وحطام الطائرات والبواخر ».

² أنظر كلا من :

- المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 03-478، مرجع سبق ذكره، ص 05.

- تقرير المنظمة العالمية للصحة، مرجع سبق ذكره، ص 10.

³ تقرير المنظمة العالمية للصحة، مرجع نفسه، ص 11.

⁴ أنظر في ذلك: تقرير المنظمة العالمية للصحة، مرجع نفسه، ص 18. وأيضاً، فوزي عبد القادر الفيشاوي، نفايات للصحة أيضاً، مجلة أسبوط للدراسات البيئية، العدد عشرون، مصر، جانفي 2001، ص 24.

أن أكثر من 90% من الحالات المرضية الموجودة في مستشفيات الدول النامية سببها انتقال الميكروبات عن طريق الطفيليات والحشرات والفئران والصراصير وغيرها¹.

إلى جانب هذا، نجد أيضا أن النفايات الكيميائية والصيدلانية قد تتسبب في التسمم، إما بالتعرض الحاد أو المزمن نتيجة امتصاص المادة من الجلد أو الأغشية المخاطية أو من خلال الاستنشاق أو الابتلاع². كما أن التعرض للأدوية المستعملة للعلاج الكيميائي للأمراض السرطانية عند تحضيرها أو إعطائها للمرضى أو عند تصريفها والتخلص منها يسبب أضرارا للعاملين بالمؤسسات الصحية وذلك لمقدرة تلك المواد على قتل الخلايا البشرية وإحداث تشوهات بها³.

كذلك يتسبب الحرق غير المناسب لبعض المواد الطبية المصنوعة من البلاستيك PVC، والذي يستخدم في الإبر والفقايزات الطبية في انبعاث مادة سامة اسمها "Dioxins"⁴، التي يعتبر وجودها في الجو خطرا جدا وينجم عنها أمراضا خبيثة⁵.

وما تجب الإشارة إليه، أن الأكثر عرضة لهذه الأمراض هم العمال المكلفون بمعالجة هذه النفايات والتخلص النهائي منها سواء داخل المنشآت الصحية أو خارجها، أو المجموعات السكانية المحيطة بآماكن منشآت معالجة تلك النفايات خاصة الأطفال والشيوخ⁶.

كما لا يخفى أيضا، أن مخاطر النفايات الطبية لها تأثيرات خطيرة على البيئة وبصفة خاصة على جودة المياه، والدليل على ذلك أن المياه القادمة من المنشآت الصحية تحتوي على كميات كبيرة من المواد الكيماوية التي يتم صرفها إلى شبكات الصرف الصحي، وهذا ما يؤثر سلبا - عند استخدام هذه المياه سواء قبل معالجتها في محطات الصرف الصحي أو لا - على المحاصيل الزراعية.

ويعتبر كذلك التخلص من النفايات الطبية عن طريق دفنها في المرامي مشكلة بيئية تسبب تلوث للتربة وللمياه الجوفية، وهذا نظرا لاحتواء هذه النفايات على مواد كيماوية أو مخلفات الحرق أو الحمأة الملوثة بالمعادن الثقيلة (الزئبق والكاديوم)⁷.

بالإضافة إلى ذلك، فإن بعض المخلفات الصيدلانية لها آثار مدمرة للنظم البيئية الطبيعية مثل بقايا مخلفات الأدوية من مضادات حيوية، والأدوية المستخدمة لعلاج الأمراض السرطانية والتي لها المقدرة على قتل الأحياء الدقيقة الموجودة والضرورية للنظام البيئي.

كما أن وجود كميات كبيرة من المخلفات الطبية السائلة الناتجة من المستشفيات مع بقايا المعادن الثقيلة كالزئبق ومركبات الفينول ومشتقاته السامة وبعض نواتج مواد التعقيم والتطهير يؤدي لا محالة إلى إحداث طفرات وتشوهات للكائنات الحية المحيطة، والنتيجة زعزعة النظام البيئي. وأيضا بإمكان هذا النوع من النفايات أن يشوه منظر وجمالية المدن والبيئة المحيطة به.

وعليه، يمكن القول؛ أن أي نفاية طبية مهما تعددت أصنافها قد تسبب مخاطر مباشرة أو مؤجلة على مكونات البيئة، وبالتالي تكون قادرة على تغيير تركيبة الطبيعة أو الماء أو التربة أو الهواء أو المناخ أو الثروة النباتية أو الحيوانية أو الكائنات الدقيقة¹.

¹ محمد السيد أرناؤوط، طرق الاستفادة من القمامة والمخلفات الصلبة والسائلة، مكتبة الدار العربية للكتاب، القاهرة، مصر 2003، ص 28. ذكره، محمد الأمين فيلاي، مرجع سبق ذكره، ص 46.

² تقرير المنظمة العالمية للصحة، مرجع سبق ذكره، ص 49.

³ محمد براق و عدنان مريزق، إدارة المخلفات الطبية و آثارها البيئية - إشارة إلى حالة الجزائر -، مداخلة قدمت في المؤتمر الدولي حول « التنمية المستدامة والكفاءة الإستخدامية للموارد المتاحة » أيام 7 - 8 أبريل 2008، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير بالتعاون مع منخر الشراكة والاستثمار في المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الفضاء الأورو مغاري، ص 06.

⁴ **الدبوكزين** مادة سامة تتسبب في سرطان الرئة والقناة الهضمية والدم وتعتبر مسؤولة عن العديدة من الأمراض الجلدية والقلبية العرقية والكبدية وفقدان السمع وكذا إحداث اضطرابات في التناسل والتهاب غشاء الرحم عند النساء وانخفاض تحليل هرمونات الدرقية واضطرابات في النمو الحركي النفسي. أنظر، محمد الأمين فيلاي، مرجع سبق ذكره، ص 47.

⁵ محمد براق و عدنان مريزق، مرجع سبق ذكره، ص 07.

⁶ محمد الأمين فيلاي، مرجع سبق ذكره، ص 45.

⁷ محمد بن علي الزهراني و فائدة أبو الجدايل، مرجع سبق ذكره، ص 211.

ثانيا: طرق معالجة النفايات الطبية.

بعد تعرفنا على مخاطر النفايات الطبية، تأتي مرحلة أخرى تتمثل في عملية معالجة هذا النوع من النفايات، وهي أهم خطوة تُذكر، ومن ثمّ يقع على المؤسسات المنتجة لها أن تمارس هذه العملية بطرق تتفادى من خلالها المساس بالصحة العمومية والبيئة. كما نوه أنّ هذه الطرق ليست موحدة الاستعمال، فكل دولة تلجأ إلى الطريقة التي تراها مناسبة مع الأخذ بعين الاعتبار التكلفة الاقتصادية، حجم ودرجة خطورة النفايات.

ولذلك نجد أنّ غالبية الدول المتقدمة تتبع الطرق الحديثة في القضاء على النفايات الطبية، غير أنّ الدول الأخرى خاصة المتخلفة منها لا تزال تتبع الطرق الكلاسيكية. وعموما سنتطرق إلى خمسة طرق وهذا على النحو الآتي:

1- طريقة التخزين

تعتمد هذه الطريقة على تخزين المخلفات الكيميائية في خزانات مصنعة من مادة مقاومة للتآكل، تتواجد إما على مستوى الوحدات (المراكز) التقنية العلاجية، أو في المقر المركزي للمنشأة (نقطة تخزين رئيسية). ولنجاح عملية التخزين لابد من أن تتوفر في هذه المرافق الشروط التالية²:

- أرضية منطقة التخزين تكون صلبة غير نافذة، مع تزويدها بشبكة تصريف المياه.
 - توفير الإضاءة والتهوية.
 - توفير وسيلة للحماية من أشعة الشمس.
 - تسهيل دخول الفريق المسؤول إلى منطقة التخزين.
 - سهولة دخول المركبات الخاصة بتجميع النفايات.
 - توفير معدات التنظيف والملابس الواقية وأكياس النفايات أو الحاويات في الموقع اللائم.
- وبالرجوع إلى الجزائر، فإننا نجد القرار الوزاري المؤرخ في 4 أفريل 2011 السالف الذكر تضمن طريقة تخزين النفايات الطبية - النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية - وذلك بعد إضافة مواد كيميائية لها لضمان عدم ضررها. كما أنّ هذا النوع من النفايات تخزن عن طريق التحميد لمدة أربعة أسابيع في المكان المحدد والموجه خصيصا لذلك شرط أن يكون مجهز بالتهوية والإضاءة، وبمعزل عن التقلبات الجوية والحرارة، وأن يكون مزود بالمياه وبقنوات الصرف الصحي، وأن يتم تنظيمه وتطهيره بعد كل نزع³.
- أما بقية النفايات الطبية الأخرى فقد حددت المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 03-478 مدة التخزين، ونصت على أنّ المؤسسات الصحية التي تمتلك مرمدا يجب أن لا تتجاوز مدة التخزين 24 ساعة، أما المؤسسات الصحية التي لا تملك مرمدا فمدة التخزين 48 ساعة⁴.

2- طريقة الردم (الدفن)

هي من أقدم الطرق المتبعة إلى غاية الآن، تعتمد على حفر حُفر عميقة بمواصفات هندسية خاصة بعد الدراسة الجيولوجية للموقع، والهدف من ذلك ضمان عدم الإضرار بالبيئة من خلال تسرب السوائل الناتجة عن تحلل النفايات إلى المياه الجوفية.

¹ أنظر في ذلك، المادة الرابعة الفقرة الثامنة وما يليها من القانون 03-10 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ع 43 سنة 2003، ص 10.

² تقرير المنظمة العالمية للصحة، مرجع سبق ذكره، ص 56.

³ المادتين 10 و 11 من القرار الوزاري المشترك الذي يحدد كفايات معالجة النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية، مرجع سابق، ص 61.

⁴ المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 03-478، مرجع سبق ذكره، ص 7.

- ومن ثمّ، فإنّ هذه الطريقة مثالية لدول العالم الثالث خاصة إذا تمت إجراءاتها بطريقة صحيحة وسليمة، لكن لا يفضل استعمالها في حالة النفايات الطبية المشعة ومخلفات أدوية العلاج الكيميائي بسبب وجود طرق أكثر أماناً منها¹.
- أضف إلى ذلك، أنّ عملية الردم حتى تكون آمنة لا بد من توافر عدة متطلبات نذكر منها²:
- وجود طبقة تحت الردم لمنع تلوث الأرضية والمياه الجوفية.
 - تغطية النفايات يومياً بطبقة طينية عازلة غير منفذة لمنع انتقال الميكروبات المسببة للأمراض.
 - أن يكون عمق النفايات الطبية المردومة أكثر من مترين من سطح الردم.
 - مراقبة الغاز المنبعث من عمليات الردم.

3- طريقة الحرق

تعتبر هذه الطريقة الأكثر شيوعاً في دول العالم خاصة دول العالم الثالث، وتتم إما بواسطة محارق ذات تقنية عالية، أو مجرد الحرق في أماكن مفتوحة.

هذه الطريقة على سنوات عديدة مرت كانت الوسيلة الأسهل والأسرع لمعالجة كميات كبيرة من القمامة التي تفرزها المستشفيات، بل أنّها عملت على تلاشي نحو 90 % من حجم الفضلات الصلبة ولا يتبقى منها سوى 10 % من الحجم الكلي في صورة رماد.

بل أكثر من ذلك، كانت طريقة الحرق تستخدم كمصدر للطاقة للحصول على البخار اللازم في تسخين المياه والتدفئة وغير ذلك³. لكن ما حدث في السنوات الأخيرة، وبسبب شكاوى المنظمات والهيئات العالمية، أنّ هذه الطريقة نجم عنها مخاطر أثّرت على صحة الإنسان بدرجة أولى من خلال انتشار الأمراض المذكورة أعلاه، وبدرجة ثانية على البيئة المحيطة به كالتلوث بمختلف أنواعه.

وفوق ذلك، فإنّ علماء البيئة ندّدوا وحذروا من المضي في اتخاذها كطريقة أساسية في معالجة النفايات الطبية خاصة الخطرة منها.

وهو الأمر الذي جعل الكثير من الدول المتقدمة تتجه إلى إغلاق المحارق واعتماد طرق بديلة وصديقة مع البيئة⁴.

أما في الجزائر، فإنّ المشيّع اعتمد أيضاً على هذه الطريقة أو التقنية في نصوصه التنظيمية، لكن ما لاحظناه أنّ الواقع شيء آخر بحيث أنّ أغلبية المراكز الصحية غير مجهزة بمحارق صحية لفضلات الأدوية والنفايات الطبية، وحتى إن وجدت فإنّ عملية الحرق تتم بطرق بدائية وغير صحية، وزيادة على ذلك أنّ هذه المحارق أصبحت ذاتها تشكل خطراً على الصحة العمومية.

وما يؤكد هذا، أنّ بعض المحارق توجد وسط التجمعات السكانية ممّا يعرض أصحابها لأمراض تنفسية نتيجة انبعاث الدخان التي تفرزها هذه المحارق والذي يكون مشبع بمادتي الديوكسين والفوران⁵.

4- طريقة التعقيم بالبخار

تعد هذه الطريقة أقل خطراً وأقل تكلفة كما أنّها لا تسبب أي تلوث للهواء يقوم بها أفراد مؤهلين ذو خبرة عالية، تتم من خلال تعرض النفايات إلى بخار متشبع تحت ضغط عالي ولمدة زمنية محددة داخل حاويات خاصة تسمى المعقم، هذه الحاويات مقاومة وصامدة ضد الحرارة والضغط الناشئ عن عمليات التشغيل.

¹ صلاح مهدي رشا، دراسة محارق النفايات الطبية في مستشفيات الحلة في محافظة بابل، مجلة جامعة بابل، العلوم الهندسية، العدد 3، المجلد 22، بدون ذكر سنة النشر، ص 563.

² الحاج عرابية و نور الدين مزهودة، مرجع سبق ذكره، ص 702.

³ فوزي عبد القادر الفيشاوي، مرجع سبق ذكره، ص 26.

⁴ المرجع نفسه، ص 29.

⁵ طالع بالتفصيل قضية مستشفى ابن سنا ببلدية فرندة ولاية تيارت، منشورة في الموقع الإلكتروني: <http://www.alseyassi-dz.com>

يوم 17-08-2015 على الساعة 14:21. ذكرت من قبل، أمال فكيري، مرجع سبق ذكره، ص 243.

كما نشير أنّ درجة حرارة الجهاز تعتمد حسب الحجم والوزن الإجمالي للمواد المراد تعقيمها ونوعية الميكروبات ومدى مقاومتها للبخار. غير أنّ هذه التقنية ليست صالحة للنفايات التي لا يخترقها البخار كالنفايات الصيدلانية والكميائية¹.

كما تجب الإشارة أنّ التعقيم البخاري يوجد على ثلاثة أنواع أساسية يمكن العمل بها، فالنوع الأول يكون بمعدات تعمل وفق الجاذبية (إذ تستعمل فيها ضغط البخار لتفريغ هواء غرفة المعالجة، ويعمل بدرجة حرارة البخار 270 % خلال مدة 60 إلى 90 دقيقة من أجل النفاذ الكلي للبخار على حاويات النفايات)، أمّا النوع الثاني يكون بالتفريغ المسبق لغرفة المعالجة من الهواء، والنوع الأخير يكون بحاويات مغلقة بها العديد من غرف المعالجة المقاومة للضغط ودرجة حرارة البخار المرتفعة، ومن ثمّ فإنّ هذا النوع له القدرة باستيعاب أكثر من 60 طن يوميا من النفايات الطبية².

5- طريقة المعالجة الكيماوية

تعتمد هذه الطريقة على تعريض النفايات الطبية إلى مواد كيميائية لها صفات قاتلة للميكروبات، شرط أن تستعمل بتركيزات محددة خلال مدة نفاذ منصوح به من قبل الصانع، ومكيفة مع الشروط والظروف المرتبطة باستعمالها والعمل بها، زيادة على الجانب البيئي المحيط بالعملية. كما يؤخذ بعين الاعتبار عند اختيار المواد الكيماوية تطورات المخاطر التي قد تنجم عن طبيعة الميكروبات المعالجة ضمن صنف النفايات. ورغم ذلك فإنّ هذه الطريقة لا يعتد بها بصفة نهائية للقضاء على الميكروبات، لأنّه في بعض الحالات تتواجد الغيبرات وهي جسيمات صغيرة وظيفتها إحداث التناسل اللاشقي، وبعض الفطريات والفيروسات. ومن ثمّ فإنّه ينصح باتباع طرق أخرى³.

خاتمة:

من خلال ما سبق تبين لنا، أنّ النفايات الطبية رغم تعدّد أصنافها إلّا أنّها تسببت في الكثير من الأمراض ولازالت وأخطرها مرض التهاب الكبد الوبائي والإيدز...، بالإضافة إلى تأثير هذه النفايات على البيئة المحيطة بالإنسان، وذلك من خلال الأخطاء التي يرتكبها العاملون في المنشآت الصحية، وبالتحديد عند معالجتها بمختلف الطرق العلمية المنصوص عليها في المواد والنصوص التي ينبنى عليها النظام القانوني لنفايات النشاطات العلاجية الجزائري. زد على ذلك أنّ الجزائر من الدول التي لا تستخدم التكنولوجيا الحديثة في التخلص من هذه النفايات؛ بمعنى مازلت تستعمل الطرق التقليدية وهي في الغالب تتنافى مع ضوابط التنمية المستدامة.

وعليه، فمن النتائج التي تم التوصل إليها هي كالاتي:

- رغم تعدد واختلاف وجهات الرأي حول تحديد مفهوم النفايات الطبية، إلّا أنّ المقاربة القانونية تعتبر المرجع في تحديد المفاهيم، على أساس أنّها تعمل على تحديد مسؤولية المراكز الصحية تجاه النفايات التي ينتجونها.
 - تعدد مخاطر النفايات الطبية، إذ لها تأثيرات خطيرة على البيئة (جودة المياه - تلوث التربة والمياه الجوفية، الثروة النباتية والحيوانية، تشوه منظر وجمالية المدن...)، كما لها أضرار على صحة الإنسان من خلال دخول الفيروسات والميكروبات جسم الإنسان بعدة سبل.
 - أنّ الأكثر عرضة للأمراض الناتجة عن تقنية الحرق غير المناسب هم العمال المكلفون بمعالجة النفايات أولا، وثانيا المجموعات السكانية المحيطة بالمنشآت الصحية.
 - إنّ عدم معالجة النفايات الطبية بمختلف الأساليب والتكنولوجيات يساهم بدرجة عالية في تدمير النظم الطبيعية البيئية.
 - تعتبر تقنية التعقيم بالبخار من أكثر التقنيات كفاءة وفعالية على أساس أنّها أقل خطرا وأقل تكلفة، ولا تسبب أي تلوث للهواء، كما تضمن تقليص حجم النفايات، والتحكم في مخاطرها البيئية.
- لذلك، ومن أجل تحسين الوضع يمكن الخروج بالمقترحات التالية:

¹ أنظر، ميلود تومي وعديلة العلواني، مرجع سبق ذكره، ص 322. وأيضا، صلاح مهدي رشا، مرجع سبق ذكره، ص 563.

² مزيد من التفاصيل أنظر، محمد الأمين فيلاي، مرجع سبق ذكره، ص 123 - 124.

³ المرجع نفسه، ص 125.

- العمل على تدريب جميع العاملين في المستشفى نظرياً وعملياً على المفاهيم الأساسية للنفايات الطبية ومخاطرها على الصحة العمومية والبيئة.
- زرع ثقافة بيئية لدى الأفراد والجماعات, وذلك عن طريق تأطير أعضاء الجمعيات ذات الطابع البيئي والصحي والإنساني خاصة في دورات تحسيسية وتكوينية.
- خلق خلايا تحسيسية داخل الجماعات المحلية.
- تفادي المعدات التي في مركباتها مواد تضر بالأشخاص والبيئة حتى في حال معالجتها بالترميد, والاعتماد على المعدات القابلة للتدوير.
- الاعتماد على التكنولوجيا الصديقة والأمنة للبيئة, والتي تعطي الكثير من الحلول العلمية المناسبة بيئياً واقتصادياً, وذلك بالاعتماد على مشاريع بيئية اقتصادية تهدف إلى إقفال محارق النفايات الطبية, لأنه حتى ولو توافرت الظروف المثالية للاحتراق, فإنّ المحارق لا تتوقف على طرح الأدخنة السامة في البيئة.

تطور أزمة المسؤولية المدنية

Evolution of civil liability crisis

أ.بردان صفية، أستاذة مساعدة قسم (أ)،

معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير،

قسم الحقوق والعلوم السياسية،

المركز الجامعي بلحاج بوشعيب عين تموشنت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/08/27 - تاريخ المراجعة: 2017/11/08.

ملخص:

إذا كانت التفرقة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية تبدو من الوهلة الأولى سهلة وواضحة وفقا للتعريف التقليدي لكل منهما، فإن الأمر ليس بهذا الوضوح والبساطة خاصة في الحالات التي يختلط فيها أساس كل منهما مما يؤدي إلى تداخل النتائج المترتبة على الأخذ بأي منهما دون الأخرى، مما دفع الفقه إلى القول بوجود فوارق بين النوعين.

فأزمة المسؤولية المدنية تمتد في حقيقتها إلى زمن بعيد، بحيث يمكن القول أن بذرتها كانت موجودة منذ وقت طويل، وتقوم الجهود المعاصرة على المقابلة بين وجهات النظر المختلفة ما بين الضرر والخطأ الذي يقع فيه الإنسان عن طريق افتراض الخطأ في بعض مجالات النشاط، بحيث يكون أحيانا قابلا لإثبات العكس وأحيانا أخرى لا يقبل ذلك، بل وصل الأمر في بعض الأحيان إلى إنشاء مسؤولية مفترضة لا يمكن دفعها إلا بالسبب الأجنبي.

الكلمات الدالة:

المسؤولية المدنية، الخطأ، الضرر، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية، الإثبات، التعويض، تنفيذ الالتزام.

Abstract:

If the distinction between nodal and liability, responsibility looks clear and easy- according to the traditional definition-; it's not that simple, especially in cases where it is mixed the basis if each resulting in overlapping consequences.

So the crisis of civil responsibility extending it a long time, so it can be said its side was present long time ago the current cues are based on the approach between error and the damage is which the person feels by assuming error in some areas of activity.

Sometimes it even happened to create supposed liability cannot be pushed only by foreign reason.

Keywords:

Civil responsibility, Error-Damage, Nodal responsibility, Tort liability, Proof, Compensation, Commit execution.

مقدمة:

لقد أصبحت المسؤولية المدنية في الوقت الراهن تواجه العديد من المشاكل مما جعلها تعاني من أزمة قاتلة¹، فمن الطبيعي أن نحاول الخروج من الطبيعة التقليدية للمسؤولية المدنية ألا وهي الطبيعة الشخصية، بعد ظهور العديد من النظريات التي تنأى بنفسها عن أن يكون الخطأ أساسا للمسؤولية المدنية وهذه هي ما تسمى بالنظرية الموضوعية، أو نظرية تحتمل المتبعات المستحدثة. بحيث يدعي بعض الشراح أن النظرية الشخصية لم تعد تتفق مع المنطق نظرا للتطور الاقتصادي الذي تجاوزها². فهي من ناحية أولى تصطدم مع المنطق بحيث أنه منذ أن

¹F.Terrie- Propos sur la responsabilité civile, archives de philosophie du droit.T.22, p37. « On peut aujourd'hui encore hésiter sur l'existence d'une véritable crise du droit de responsabilité »

على أن البعض من الفقهاء يقللون من وقع هذه الأزمة ويعتبرون أنها تمر بفترة انتقالية، انظر محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة مصر، طبعة 1993، ص 8.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، بند 52، طبعة 1983، ص 768.

انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية أصبحت تعتبر أن الضرر هو أساس هذه المسؤولية مما يستوجب التعويض وليس الخطأ الذي يقتضي العقوبة، ومن جهة أخرى تصطدم المسؤولية الشخصية مع التطور الاقتصادي بحيث أصبحت العلاقات المدنية هي علاقات مالية أكثر من كونها علاقات بين الأشخاص.

وحسب الأستاذ الكبير السنهوري، فإن الفرق الجوهرى بين المسؤولية الشخصية والمسؤولية الموضوعية يتمثل في أن الأولى تبنى على الخطأ ولو كان مفترضا، حتى ولو كان هذا الافتراض غير قابل لإثبات العكس، أما المسؤولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ بحيث أن المسؤول في المسؤولية الموضوعية لا يستطيع أن يدفعها بنفي الخطأ حتى ولو أثبتت السبب الأجنبي، فما دام الضرر قد وقع من جراء عمله - ولو بغير خطأ منه - فهو المسؤول عنه¹.

وفي رأي البعض فإن أزمة المسؤولية المدنية ترجع لسببين رئيسيين: الأول يتصل بالأصل التاريخي للمسؤولية المدنية نتيجة للعلاقة التي تربطها بالمسؤولية الجنائية والسبب الثاني هو الصفة الشخصية التي طبعت بها المسؤولية المدنية منذ نشأتها في القوانين الحديثة. مما يقودنا إلى طرح الإشكال الآتي: فيما تتمثل حقيقة تطور أزمة المسؤولية المدنية التقليدية بنوعيتها؟. والذي سنحاول الإجابة عنه كما يلي.

المطلب الأول

علاقة المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية

لقد ساد نوع من التردد والارتباك لدى علماء الاجتماع عند إدلائهم برأيهم فيما يتعلق بأزمة المسؤولية المدنية نتيجة محاولتهم الإحاطة الكاملة بها بسبب تداخلها مع المسؤولية الجنائية، والمسؤولية الأدبية أو الأخلاقية² ومن أجل ذلك فقد أعدت العديد من الدراسات الاجتماعية من أجل محاولة إزالة الغموض واللبس الذي يكتنف قانون المسؤولية المدنية.

فلو أردنا تتبع تطور المسؤولية المدنية عند القانون الروماني، نجد أنه لم تكن توجد في ظل هذا القانون قاعدة عامة تقرر أن "كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض" بل كانت هناك أعمال معينة تحددها النصوص القانونية هي وحدها التي ترتب المسؤولية³، ففكرة الخطأ لم تظهر كأساس للمسؤولية إلا بشكل تدريجي بحيث لم يكن في بادئ الأمر مشترطا بل كان الضرر هو الشرط البارز ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئا فشيئا. فالمسؤولية المدنية تعتبر بحسب النشأة متفرعة عن المسؤولية الجنائية.

الفرع الأول: المسؤولية والفعل La responsabilité et le fait

إن كل حادثة ضارة تستلزم إرادة قادرة على التصرف، هذا هو المفهوم الذي كان سائدا قديما إذ يتعد عن المادة 1382 ق.م.ف والمادة 1384 ق.م.ف فقرة 1 بحيث أن هذه النصوص لم يقصد بها واضعوا التقنين المدني الفرنسي تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة، هي الحالات التي يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصيا بل عن عمل أتى به شخص آخر تحت رقابته أو أي شيء تحت يده، ففي كل الحالات تقوم مسؤوليته على خطأ منسوب إليه شخصيا نتيجة إهماله لحراسته للشيء أو تقصيره في رقابته للغير.

إذ أن البعض يستخلص أنه إذا كان بالإمكان الحديث في الماضي عن مسؤولية موضوعية فإنه في الوقت الحاضر يمكن أن تكون المسؤولية أقل موضوعية عما كانت عليه في الماضي، إذ أنه من الثابت والمعلوم أن مسؤولية حارس الشيء لا ترتبط بالشيء نفسه وإنما بحراسة

¹ - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 768، 769.

² - انظر: في التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية، عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 743. : " المسؤولية الأدبية لا تدخل في دائرة القانون، ولا يترتب عنها جزاء قانوني، وأمرها موكل إلى الضمير أما المسؤولية القانونية فتدخل في دائرة القانون ويترتب عليها جزاء قانوني".

³ - بحيث لم يكن جزاء الأعمال يتمخض عنه تعويض مدني: بل إن فكرة العقوبة الجنائية ظلت تتخلل فكرة التعويض المدني كأثر من آثار الماضي وقت الأخذ بالتأثر ودفع الدية، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 762.

هذا الشيء على خلاف ما يوصي به البعض في الوقت الراهن، لأن إضفاء الصفة الموضوعية على المسؤولية المدنية تؤدي إلى اعتبار الشيء نفسه هو المسؤول¹.

وفي هذا المجال يستشهد البعض بالأوضاع السابقة، إذ أنه طبقا لقانون المرافعات في العصور الوسطى كانت توجد دعاوى ضد الكلاب والماعز وآلات الحصاد والخناجر فإن الغالبية العظمى من دعاوى المسؤولية إنما تتعلق بالكائنات البشرية، عن طريق الاعتداد بالشخص فلا يهم في هذا الأخير أن يكون رجلا عاديا أو لا، المهم أن يقع الاعتداء ما يعني في هذه الصورة أن المسؤولية تسبق الخطأ².

الفرع الثاني: المسؤولية والخطأ la responsabilité et la faute

من المتعارف عليه في الدول الغربية والشرقية أنه عندما يظهر أو ينشأ اضطراب اجتماعي فإن معالجته تكون عن طريق وضع القوانين حتى يتحقق الانتظام والانسجام، وبتتبع الأصل التاريخي للمسؤولية بشكل عام يظهر جليا وجود رابطة قوية بين القانون المدني والجناي، بل في كثير من الأحيان يقع الخلط بينهما. ولقد ذكرنا سابقا أن الفضل في تمييز المسؤولية المدنية عن الجنائية يعود إلى القانون الفرنسي القديم عند تفسير فقهاء القانون الفرنسي للقانون الروماني بشكل خاطئ، مما تمخض عنه أن التعويض المدني يتخلله فكرة العقوبة الجنائية كجزاء لهذه المسؤولية وهذا الأمر يخص الضرر الذي يصيب المال، أما الضرر الذي يقع على النفس أو الشرف فبقي الجزاء عليه يحمل أثرا من فكرة العقوبة، يتمثل في أن دعوى التعويض تنتقل بعد موت الدائن لا إلى ورثته بل إلى أقاربه بحيث هم أصحاب الثأر³.

وهكذا فإن الجنائي والمدني كانا مرتبطين أو على الأقل متجاورين لدرجة أن التمييز بين الزجر والتعويض لا يتحقق بسهولة بحيث يمكن القول أن التعويض يمثل أحد أشكال العقوبة، وما دام يوجد هذا الترابط بين الجنائي والمدني بالنظر إلى الأصل التاريخي، فإن المسؤولية المدنية تتأسس بحسب نشأتها على الخطأ⁴. فالخطأ ينبغي أن يتحقق في المسؤولية المدنية عند عدم تنفيذ المدين للالتزام المستمد من العقد أو التأخر فيه، بحيث أنه يقاس هذا الخطأ بمعيار عناية الرجل العادي غير أن المسألة الهامة تتعلق بكيفية تحديد الخطأ العقدي للمدين.

المطلب الثاني

الطبيعة الشخصية للمسؤولية المدنية

لقد بذل بعض فقهاء القانون أمثال الفقيه " ستارك " ⁵ جهودا مضيئة لمحاولة تفسير ظاهرة تطور المسؤولية المدنية ومرورها من مرحلة المسؤولية الشخصية إلى مرحلة المسؤولية المدنية. فالضرر بالنسبة لهؤلاء يحتل المقدمة في مجال المسؤولية ويتمسكون به من خلال بعض المظاهر الأخلاقية، عن طريق تدخل اعتبارات مستمدة من علاقة السببية، فالرغبة في الحصول على شخص مذنب ومسؤول بأي ثمن تسيير في الاتجاه المعاكس، بمعنى أن فكرة المسؤولية يمكن أن تفهم في القانون بالنسبة للكثيرين على أنها تستخدم في تبديد عدم منطقية الألم أو الضرر، وفي هذه الحالة يبدو الضرر كشكل أولي للمقايضة هذه الأخيرة هي التي تفضي إلى التعويض، وفي هذه اللحظة فقط ينبغي أن نبحث فيها عن المسؤول الذي يكون مذنباً لأن فكرة الخطأ المرتكب تستلزم توقيع الجزاء، هذا وقد عاب الفقيه " ستارك " على كل من أنصار المخاطر و الخطأ تركيزهم على وجهة نظر واحدة تتعلق بالشخص محدث الضرر.

ومما لا شك فيه أن الأزمة التي تعاني منها المسؤولية المدنية لا يجعلها الفقه المعاصر خاصة منذ توقف الأساس التقليدي -وهو الخطأ- على أن يكون أساسا كافيا لها، إذ أنه إذا كان من السهل على كل شارح أن ينتقد ويهدم الأساس القائم فإنه لا يستطيع بنفس السهولة أن يقدم أساسا آخر مقنعا.

¹ - غير أن التقاليد القديمة سوف تبقى في مخيلة الفقهاء إلى وقت طويل، بحيث لا يزالون يتمسكون بها خلال فترة من الزمن في مجال المسؤولية عن الأشياء الحية وغير الحية، محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، المرجع السابق، ص 12.

² F.Terre « les comportements de ceux-ci sont envisagés moins comme ceux de personnes que comme de personnage... » o.p.cit.p39.

³ يضاف إلى ذلك أن الاعتبار الأدبي تفسر إلى اليوم تجاوز المسؤوليتين المدنية والجنائية، محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، المرجع السابق، ص 13.

⁴ عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية، (نحو مسؤولية موضوعية) منشأة المعارف، طبعة 2005، ص 71.

⁵ Philippe le Tourneau, le verneur de la faute dans la responsabilité civile (ou relativité de son déclin) R.T édition 1988.

وواقع أن الرغبة في تحسين مركز المضرور تتأكد باستمرار من وقت لآخر من خلال المحاولات والاجتهادات الفقهية والقضائية، عن طريق تنشيط نظام تأمين المسؤولية بحيث أن الشخص يلجأ إلى التأمين من المسؤولية خوفا من الحكم عليه بالتعويض، مما جعل من القضاة يندفعون إلى الزيادة في أحكام ومبالغ التعويض حتى تسهل عليهم المهمة¹. هذا وقد أعطى بعض الفقهاء مثالا توضيحيا في دراسة أجريت في ولاية كاليفورنيا الأمريكية حول موضوع المسؤولية² بحيث أن تسارع الأحداث أدى إلى ظهور لجنة لدراسة الإصلاحات في مايو 1976 إذ نشرت تقريرا في سبتمبر 1977 بعنوان "Wrighting the liability balance" يتكون هذا المستند من 200 صفحة من الحجم الكبير في عمودين يتكون من 10 تقارير (يتضمن صفحات وردية تحمل ملخصا للنتائج و التوصيات) .

وبناء على نتائج الدراسة فإن مصير المسؤولية المدنية يبدو مهددا بحيث سجلت ولاية كاليفورنيا وحدها دفع أكثر من 5 مليارات كأقساط للتأمين من المسؤولية منها 30% إلى 40% من هذا المبلغ دفعت كتعويض للمضرورين بحيث أصدرت اللجنة السابقة توصيات بالنسبة للمسؤولية بوجه عام، سوف نذكر منها البعض فقط .

أولا: من المفيد أن يؤخذ بنظام التحكيم بالنسبة لطلبات التعويض محددة القيمة (من 1000 إلى 5000 دولار) و لا تنظر المحكمة في النزاع إلا عند استئناف قرار التحكيم، بحيث يتحمل المستأنف مخاطر هذا الاستئناف .

ثانيا: أن الأضرار التي تتجاوز مبلغا معيناً (50000 دولار) فيمكن الحكم بدفعها على أقساط دورية " paiement périodiques" و فيما يخص تعويض الأضرار غير الاقتصادية، فإن لجنة خاصة هي التي تضع القواعد والجدول التي تنظمها و في هذه الحالة لن يكون هناك ما يستدعي تضامن المدعى عليهم، حيث إن هذا التضامن ستركز مكانه للمؤسسات العامة التي تجنب المضرور إعسار المدعى عليهم. كما أن الاتفاق " quota litis" الذي يأخذ بمقتضاه المحامي خاصة مما يحكم به للمضرور من تعويضات لا يجب أن يزيد عن 40% من 50000 دولار يحصل عليها المضرور و 25% مما يزيد عن ذلك³.

ثالثا: بالنسبة لمسؤولية المهنيين فقد ثارت هذه المسؤولية أمام اللجنة المشار إليها سابقا مشكلات أكثر دقة ، بحيث من وجهة نظر المهنيين فأنهم فقط القادرون على الحكم على سلوك زميلهم بينما لا يثق الجمهور فيهم، و من أجل التوفيق بين هذين الاعتبارين فقد رأت اللجنة أنه من المناسب إنشاء جمعيات تكون مهمتها تحديد الممارسات الصحيحة ، عن طريق مراقبة الجمعية للأعضاء و توقيع الجزاء عند ثبوت المخالفة على من ارتكبها كي يتحمل نسبة مئوية قابلة للتقدير في حالة الحكم الصادر بالإدانة ، و عندما تعترف الدولة بهذه الجمعيات فإن أعضاؤها الذين يسألون عما ينسب إليهم من خطأ مهني يستطيعون إثبات أن سلوكهم كان مطابقا للقواعد التي قررتها و التي بمقتضاها تقدم قرينة على عدم وجود الخطأ. وبالنسبة لمجموع المهنيين فإن اللجنة تقدم 3 اقتراحات: فيجب أولا أن تفحص كل 5 سنوات نتائج الاستشراف المهني، وثانيا يجب أن تحدد مسؤولية المهنيين في طوائف محددة لمواجهة الأشخاص من غير العملاء المباشرين، وثالثا يجب أن يوقع جزاء إضافي على المهني الذي يجتهد لإخفاء ما ارتكب من خطأ ، بحيث يقدر هذا الجزاء بمبلغ 50000 دولار زيادة على التعويض العادي⁴.

فالمبدأ الذي بمقتضاه يكون الشخص مسؤولا عن ما دون تكليف المضرور بإثبات الخطأ في جانب المسؤول هو مبدأ معروف ومطبق في غالبية النظم القانونية للدول عامة كسلاح لردع هذه السلوكات. والمسؤولية هنا تلقائية بحيث تجعل الفرد يبذل كل ما في وسعه لتجنب

¹ محمد جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 23، 24.

² A. Tunc, les aspect de la responsabilité civile-R. inter .com. «30^{ème} Année-Oct.-déc.-1978-p1032.

هذه اللجنة هي لجنة خاصة أنشئت دون تدخل الجهات الحكومية، وقد جمع أعضاؤها 22 بين عدة تخصصات من موثقين، قضاة ورجال الأعمال وشركات التأمين الذين يهتمون بهذا الموضوع.

³ في حالة التصالح مع المسؤول تكون النسبة 33% و 20% على التوالي . وفي هذه الحالة لا تكون المسؤولية أكثر شدة عندما تطبق على فرد لا يغطي التأمين.

⁴ A.Tunc- Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux-mélange Marc Ancel – Aspects nouveaux de la pensée juridique- Paris 1973- P413.

إحداث الضرر¹ فعندما تكون مسؤولية هؤلاء الأشخاص مغطاة بالتأمين الاختياري أو الإلزامي يكون الاعتماد على المؤمن من أجل ممارسة الضغط المرغوب فيه على صاحب النشاط لتحسين السلوك الاجتماعي و بالتالي التقليل من فرص انعقاد المسؤولية.

المطلب الثالث

الفوارق الأساسية بين كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية

لقد شغلت التفرقة بين المسؤولية العقدية التقصيرية الأذهان و العقول منذ زمن طويل بل و ما زال التفكير بشأن هذه التفرقة قائما إلى حد اليوم، بحيث نجد الآراء الفقهية في شد و جذب بين هذا النوع أو ذاك، منهم من يحاول رفض إقامة التفرقة و الاستناد إلى وحدة المسؤولية من حيث الفعل المنشئ لها و الآثار الناجمة عنها، معتمدين على حق المضرور في التعويض المناسب². غير مهتمين بالحدود الفاصلة بين نوعي المسؤولية منكرين في نفس الوقت ازدواجية و الثنائية التي تقوم عليها على أسس خيالية أو مصطنعة³. ومن الفقهاء من يتمسك بإقامة كل مسؤولية على حدا، بحيث يفرض علينا القانون و بعض نصوصه و قواعده التعرض إلى الفوارق التي يراها الفقه بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، فالقانون عموما هو مرآة المجتمع العاكسة لمشاكله والمجسدة لآماله وطموحاته المشروعة بحيث يشير بعض الفقه إلى أن " ازدواجية نظام المسؤولية المدنية مسألة حقيقية " فهناك فروق تفصل بينهما ولكن هناك فروق تفصل بينهما أكثر مما نعتقد أو ندعي.

الفرع الأول: فرق عبء الإثبات

يذهب الفقه التقليدي إلى أن هذا العبء يلقي على عاتق المدين في المسؤولية العقدية بينما يقع على عاتق الدائن (المضرور) في المسؤولية التقصيرية التي تقوم على مخالفة الواجب العام الملقى على عاتق كل فرد بعدم إلحاق الأذى بالآخرين أي المسؤولية التي تثيرها المادة 1382 ق.م.ق الصادر في 2016/10/01، بينما يقع عبء الإثبات على عاتق المدين (الفاعل) فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية التي تقوم على مخالفة التزامات قانونية محددة و التي نظمها المادة 1384 ق.م.ق بفقراتها المختلفة، فالمقصر في تنفيذ هذه الالتزامات المحددة لا يمكنه نفي الخطأ لأنه مفترض و إنما يستطيع إثبات السبب الأجنبي الذي ينسب إليه وقوع الضرر، و يعفيه بالتالي من المسؤولية فالشخص المكلف بالإثبات يختلف وفقا للفقه التقليدي في كل من نوعي المسؤولية.

وفي الحقيقة إن هذا الكلام لو صح تطبيقه في حالات، فإنه لا يكون صالحا لحالات أخرى، فليس بالضرورة أن يكون المكلف بعبء الإثبات في المسؤولية العقدية هو دائما الطرف المدين، كما أنه ليس بشرط أن يقع هذا العبء في المسؤولية التقصيرية على عاتق الدائن بل توجد حالات - في إطار العلاقة العقدية - يكون فيها على الدائن إثبات تقصير المدين بالالتزام في التنفيذ. و يشير الفقه إلى ذلك بالقول " أنه في إطار الالتزامات العقدية بالامتناع عن عمل فإن الدائن بالالتزام هو الذي عليه عبء إثبات الفعل الذي تمت به مخالفة الالتزام ، و لا يمكننا القول إن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين العقدي⁴، فلا يعقل أن يكلف المدين بالالتزام السليبي على إقامة الدليل المادي على واقعة الالتزام السليبي أو الإيجابي الذي أتاها بمخالفة الالتزام ، و إنما المنطق يقودنا إلى القول أن الدائن هو المطلوب منه التذليل على هذه الواقعة أو ذلك الفعل لإثبات تقصير المدين⁵.

¹ فهذه اللجنة هي لجنة خاصة أنشئت دون تدخل الجهات الحكومية، وقد جمع أعضاؤها 22 بين عدة تخصصات من موثقين، قضاة ورجال الأعمال وشركات التأمين الذين يهتمون بهذا الموضوع.

² هذا وقد كان هذا الجانب من المسؤولية (المضرور) هو الزاوية الأساسية التي ركز عليها بعض الفقه في تعريفه للمسؤولية مغلبا إياه على جوانبها الأخرى مثل الخطأ أو الفعل الضار وعلاقة السببية.

³ M.M. Mazeaud – Traité théorique et pratique de la responsabilité n° 3 – Depage – traité élémentaire de droit civil – 1976 – tome 2 – P904.

³ محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، المرجع السابق، ص 16-17.

⁴ Rodier-Etudes sur dualité des régimes de responsabilité 1^{ère} partie . La réalité de la distinction entre

ووفقا لهذه النظرية التقليدية في تقسيم الالتزامات إلى التزام بنتيجة و آخر بوسيلة فإن عبء إثبات عدم تنفيذ الالتزام بالعناية أو بالوسيلة يقع على عاتق الدائن به ،و على هذا الحال فإن عبء الإثبات لم يعد هو العنصر الذي يفرق بين النوعين من المسؤولية، وربما هذه النتيجة هي التي دفعت البعض من الفقهاء إلى محاولة طرح النتيجة المترتبة على الإخلال بالالتزام بشكل موحد بدون التفرقة بين ما إذا كان مصدر الالتزام هو العقد أم كان القانون ، بحيث يشير هذا الرأي إلى أنه لا يوجد في المسؤولية العقدية خطأ و بالتالي لا يمكن الحديث عن خطأ ثابت أو مفترض فالخطأ يندمج في عدم تنفيذ الالتزام و هو ما يجب إثباته باستمرار من جانب الدائن الذي يصل إليه من خلال إجراء مقارنة بين ما هو معهود به و ما هو متفق عليه أو منصوص عليه وبين ما تم أو لم يتم تنفيذه ليثبت بعد ذلك ما إذا كان هناك تخاف للتنفيذ أو تنفيذ جزئي أو معيب أو متأخر للالتزامات المفروضة و هذا ما يؤدي إلى أن عبء الإثبات لا يصلح لأن يكون معيارا للتفرقة بين نوعي المسؤولية -إذ يقع طبقا لهذا الرأي- على عاتق الدائن، مع اختلاف فيما يجب إثباته إذ عليه أن يثبت الخطأ أي المخالفة للالتزام القانوني في المسؤولية التقصيرية، بينما يلزم بإثبات عدم التنفيذ بأشكاله المختلفة في المسؤولية العقدية، ومن قبل عليه إثبات وجود عقد صحيح وسار حتى يمكن القول بأن الأمر يتعلق بعدم تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد، ويحصر هذا الرأي الخطوات التي تمر بها الدعوى المدنية (عقدية أو تقصيرية) في ثلاثة:

- **أولها:** يجب أن يشير الدائن إلى وجود عدم التنفيذ.
 - **ثانيها:** يعرض المدين وسائل دفاعه من خلال المعارضة في عدم التنفيذ بالإشارة إلى عدم وجود التزام أو ينازع في مضمونه أو يشير إلى تنفيذه.
 - **ثالثها:** يختار الدائن من بين الوسائل المطروحة للإصلاح - التي يراها مناسبة له - فقد يجبر المدين على التنفيذ إن كان ذلك ممكنا كما له أن يطلب منه تقديم الضمان الكافي للتنفيذ و ذلك حتى يبقى الالتزام، كما له أن يلجأ إلى الوسيلة التي تقوم بدور الإصلاح في نوعي المسؤولية و هي طلب التعويض الذي يعد من المناطق المشتركة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية أيا كانت الوظيفة التي يقوم بها.
- هذا كله إذا كان هناك إصرار على التمسك بالتفرقة التقليدية بين نوعي المسؤولية و هجر الاتجاه نحو الوحدة في المسؤولية بما يترتب عليه عدم الاهتمام بمثل هذه المعايير بل يكون الشغل الشاغل هو إزالة أثر المسؤولية من خلال تقرير تعويض كامل و مناسب للمضمر لجبر ما ألم به من أضرار أو يخفف من وطأتها، بحيث إذا أراد الفقه أن يبقى في موقف وسط بين الإبقاء على التفرقة أو هجرها فما عليه إلا التوسع من نطاق تطبيق المسؤولية العامة و هي المسؤولية التقصيرية على حساب المسؤولية الخاصة و هي العقدية عن طريق تأكيده على أن الإثبات يقع دائما على الدائن و لا يقتصر دوره دائما في كل الحالات على مجرد الادعاء أو المطالبة بل يصبح دوره أكثر جدية من خلال إقامة الدليل على تقصير المدين سواء كان عقديا أو تقصيريا¹.

وبمناسبة الحديث عن عبء الإثبات باعتباره أحد الفوارق بين المسؤولية التقصيرية و العقدية و أحد الدوافع إلى ظهور التقسيمات المختلفة للالتزامات عموما بصرف النظر عن مصدرها أو طبيعتها، فقد يكون من الأفضل طرح تقسيم موازي للتقسيم المشهور للالتزامات إلى التزام بنتيجة و آخر بوسيلة أو عناية. بحيث يقوم هذا التقسيم أساسا على نوع التقصير في تنفيذ الالتزام و حجمه بخاصة فيما يتعلق بمعرفة الشخص المكلف بإثبات هذا التقصير ، فمن المعلوم أنه حتى يقوم التقصير لا بد من توافر الخطأ المتمثل في عدم التنفيذ الكلي للالتزام أي في التنفيذ السيئ له، و هذا يقتضي تحديد من يقوم بإثبات ذلك هل هو المدين (الفاعل) أم هو الدائن، و ليتم ذلك يكون من الضروري تحديد

¹ Demis –Tallon L'inexécution du contrat pour une autre présentation .Rev.Tr.Dr.Civ.1994-P230

نطاق و طبيعة التزام المخالف، فيتعلق الأمر بالبحث عما إذا كان هناك تنفيذ كلي للالتزام بالقيام بعمل أو بإعطاء شيء أم أن هناك عدم تنفيذ جزئي للالتزام أو تنفيذه بشكل سيء.

البند الأول: عدم التنفيذ الكلي للالتزام الايجابي بالقيام بعمل أو بإعطاء شيء.

فبالنسبة لهذه الأعباء الملقة على عاتق شخص لصالح آخر سواء بنص قانوني أو طبقا للاتفاق فإن الدائن يكفيه إثبات وجود التزام للحصول على التعويض عن عدم التنفيذ الكلي لهذه الأعباء. و يقع في هذه الحالة عبء الإثبات على المدين إذ عليه أن يثبت أداءه لما عليه من التزامات أو يثبت أن هناك سببا أجنبيا (القوة القاهرة) منعه من تنفيذها وأن ليس له دخل فيه ، بحيث لم يكن في إمكانه دفعه بالوسائل المتاحة لديه ولم يمكنه التحكم في الظروف الخارجية التي أعاقته أداءه فإذا أثبت ذلك أعفي من المسؤولية¹.

البند الثاني: التنفيذ الكلي للالتزام أو التنفيذ المعيب له.

وفي هذه الحالة تبدو الالتزامات وكأنها قد نفذت و لكن في حقيقة الأمر لا يوجد إلا تنفيذ جزئي أو تنفيذ بطريقة معيبة وليس بالوجه أو الطريقة المتفق أو المنصوص عليها ،فهنا يستطيع الدائن أن يثبت عكس هذا الظاهر عن طريق إقامة الدليل على أن الشيء الذي سلم أو العمل الذي تم لم يسلم أو ينفذ لا بالكيفية و لا بالطريقة المتفق عليها في العقد ، أي يثبت أن الالتزام من حيث كنهه لم ينفذ كاملا أو أن التنفيذ معيبا²، وفي هذه الحالة فإن عبء الإثبات يقع على عاتق الدائن لا المدين بحيث يعتبر هذا الأمر طبيعيا إذ من السهل على الدائن أن يثبت نقص التنفيذ أو عيبه و يعد هذا تطبيقا مباشرا لنصوص القانون لأن "الدائن يقع عليه الإثبات في الحالة التي لم يتلق فيها إلا جزءا من حقوقه أو في الحالة التي كان التنفيذ فيها سيئا "³، وفي هذه الحالة فإنه من الصعب على المدين إثبات إكمال التنفيذ و انتفاءه ، إذ غالبا ما لا تظهر الشكوى من التنفيذ إلا بعد وضع النتائج بين يدي الدائن الذي يتميز بأن من ينفذه هو في حوزته ويكون في إمكانه معرفة الفرق بين التنفيذ المثالي المطلوب أو المنصوص عليه و التنفيذ الواقع فعلا، ففي عقد البيع مثلا على المشتري إثبات وجود العيوب الخفية حتى يتوصل إلى فسخ العقد⁴.

البند الثالث: امتناع المدين عن العمل

ولهذا لالتزام طبيعة خاصة أدت إلى عدم خضوعه للحالة الأولى و هي عدم التنفيذ الكلي للالتزام ، فعندما يشكو الدائن من فعل ايجابي من جانب المدين فعليه أن يثبت ذلك الفعل بحيث لا يكفي الدائن إثبات وجود الالتزام و إنما عليه إثبات الفعل المضاد للالتزام أي إثبات الواقعة الايجابية التي خالف بها المدين التزامه بالامتناع ،و كمثال عن ذلك الممثل الذي يتعهد لمدير المسرح بعدم التعاقد مع مسرح آخر خلال مدة زمنية معينة ففي حالة المخالفة من جانب الممثل فما يكون على مدير المسرح إلا أن يثبت أن هذا التعهد لم ينفذ بالتدليل على الفعل الايجابي من جانب الممثل و الذي خالف به التعهد، إذا المدين لا يمكنه إثبات احترامه لتعهده . و الأمر نفسه بالنسبة لبائع المحل التجاري الذي يتعهد للمشتري مدة زمنية محدودة أو في دائرة معينة بعدم فتح محل تجاري مشابه للمحل المبيع، فالدائن بالالتزام (المشتري) هو الذي يثبت مخالفة هذا الشرط⁵.

يتضح من خلال هذه الحالات الثلاث أن عبء الإثبات يقع دائما على الشخص القادر عليه و الذي بسبب ما يتوافر لديه من ظروف معينة يملك العناصر الأساسية للإثبات و أدلته الرئيسية و هو بذلك يكون تارة الدائن وتارة أخرى المدين.

الفرع الثاني: فرق نوع الخطأ و طريقة تعويضه

¹ جاء في المادة 1315 ق.م.ف نصيا كالآتي :

" Celui qui réclame L'inexécution d'une obligation doit la prouver réciproquement celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation "

² Josserand-cour de droit positif français -T2-N°617- Edition 1998 -P 209 .

³ المادة 1313 ق.م.ف .

⁴ Cass-civ-Le 27-07-1998-Dalloz. P555 .

⁵ Brun-Rapports et domaines de responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle 1990-N°18 Note 2 sans maison d'édition- P24.

يذهب الفقه التقليدي إلى أنه في حين يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية وقوع خطأ ما أيا كانت قوته أو وصفه حتى ولو كان يسيرا جدا فإنه يجب لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الخطأ على درجة من الأهمية بحيث يجب أن يكون على الأقل وقوع الخطأ اليسير في المسؤولية العقدية، على أنه قد لا يسأل المدين أبدا على الخطأ اليسير جدا¹.

البند الأول: نوعية الخطأ.

لقد هجر الفقه الحديث عنصر التفرقة في الخطأ بين ما يكون يسيرا أو لا مركزين على الخلط بين مضمون الالتزام و تقدير جسامة الخطأ إذ أن المدين يلتزم عادة ببذل عناية الرجل العادي ، هذه العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة أو قد يطلب منه في العقد أو يفرض عليه القانون بذل عناية أكبر، بحيث يعد أي تقصير منه - في كل الأحوال - خطأ يقيم مسؤوليته فالخطأ حتى في العقد لا يقوم على أية درجة إذ يكفي مخالفة الالتزام مما يجعل المدين يقوم بإصلاح الضرر الناتج عنه ، فإذا كان المدين لا يلتزم إلا بالعناية التي يبذلها في شؤونه و كان فيها مهملا فإن قصوره عن عناية الرجل العادي لا يقيم مسؤوليته ليس لأن الخطأ الذي أتاه بسيط جدا وإنما لأنه لم يخل بأي التزام ، و على ذلك يخضع تقدير الخطأ دائما لقاعدة واحدة بدون حاجة إلى التفرقة بين الخطأ بسبب مخالفة التزام ناتج عن العقد وذلك ناتج عن مخالفة التزام يأمر به القانون.

ومما يدعم هذا الفقه الراض لفكرة نوع الخطأ كمعيار للتفرقة المشرع نفسه قد تجاهلها ولم يعلق قيام المسؤولية العقدية على توافر درجة معينة من الخطأ بل إن التطور نفسه قد دفع إلى هجرة فكرة نوع الخطأ المؤدي للمسؤولية بصدد حالات تطبيقية كانت لا تقوم فيها مسؤولية المقصر عن أي خطأ، وإنما كان ينبغي توافر درجة معينة من الجسامة لتحقيقها. وهذه هي حالات المسؤولية المهنية التي تقع على عاتق أرباب المهن عند تقصيرهم في أداء التزامهم إلى العملاء، فقد هجر الفقه والقضاة ومعهما المشرع اشتراط صفة معينة في الخطأ المهني أو درجته لقيام مسؤولية².

البند الثاني: نطاق التعويض

يفرق الفقه بين نوعي المسؤولية بالنسبة لنطاق التعويض كوسيلة من وسائل إصلاح الضرر فطبقا للفقه التقليدي فإن طريقة إصلاح نتائج الخطأ ليست واحدة ، فمرتكب الخطأ التقصيري يجب عليه التعويض كاملا في حين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يلتزم بالتعويض الكامل في كل الحالات، فعندما لا يكون التقصير في الالتزام العقدي راجعا إلى غش المدين أو إلى خطئه الجسيم فإن التعويض لا يشمل إلا الأضرار المتوقعة أو التي كان يمكن توقعها أثناء التعاقد . و في الواقع فإن مسألة التوقع أو عدم التوقع أمر يعود الاختلاف بشأنه بين نوعي المسؤولية إلى اللحظة التي يقوم فيها ، فبينما يمكن للطرفين أن يحددا النتائج المترتبة على عدم تنفيذ الالتزام كما توقعها عند إبرام العقد وهو أمر لا يمكن تصوره بالنسبة للمسؤولية التقصيرية ، بحيث ليس من الممكن مطالبة الفاعل (مرتكب الخطأ) أن يتوقع النتائج المترتبة عن سلوكه الخاطئ فلا يمكن للتوقع أن يلعب دورا في وجود الالتزام أو تحديد نطاقه ، إذ الفرض أن الالتزام بالتعويض لا يتوقف على إرادة المخطئ و بذلك تحل لحظة وقوع الضرر- بالنسبة للمسؤولية التقصيرية - في لحظة عدم تنفيذ الالتزام محل لحظة نشوء الالتزام أو ميلاده³.

بالإضافة إلى هذه التفرقة بين نوعي الخطأ فيما يتعلق بمقدار التعويض تتناقض مع تفسير نصوص القانون المدني في نص المادة 1382 ق.م.ف إذ يبدو أنها لم تقم التفرقة فيما يتعلق بنطاق التعويض و لذلك فلا مانع أن يمتد التعويض في المسألة العقدية إلى إصلاح الضرر الناتج مباشرة و حالا عن المخالفة ، كما يمكن أن يشمل غير ذلك من الأضرار في حالات العمد أو التدليس و هي ظروف يمكن تصورها في المجال التقصيري فقواعد العدالة تقتضي في ظل المسؤولية التقصيرية التخفيف من آثارها بالنسبة لأشخاص تصرفوا بدون نية الإضرار و لم يقم في جانبهم إلا مجرد إهمال بسيط ، و في المقابل فإن القواعد نفسها تفرض عدم التخفيف أو التهاون مع أشخاص تصرفوا في ظل

¹ La rombiere .Obligation .Art 1382-N°8 .

² محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، المرجع السابق، ص 25 .

³ وقد أشارت بعض الأحكام الفرنسية إلى مثل هذا التحليل:

النطاق العقدي بنية إيداء المتعاقد الآخر و إلحاق الضرر به و يظهر ذلك في إلزامهم بتعويض كافة الأضرار الناتجة ،حتى منها ما لم يتوقعه عند إبرام العقد إذ يجب -في الحالات كلها- أن يوازي القضاء بين الإدانة و التعويض ¹.

الفرع الثالث: فرق الإعذار.

يعتبر الفقه التقليدي الإعذار من الفوارق التي يعتمد عليها من أجل تمييز المسؤولية العقدية عن التقصيرية فيشترط في الأولى - حتى تتحقق في جانب المدين - أن يعذره الدائن طالبا منه تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه ، فإذا لم يقم بذلك قامت مسؤوليته و التزام بالتعويض في حين أن الدائن في المسؤولية التقصيرية ليس بحاجة إلى وضع مدينه في حالة أعذار وإنما تقوم مسؤولية هذا الأخير بمجرد إتيان الفعل المخالف للقانون ².

ويشير الفقه إلى أن الإعذار لم يكن مطلوبا باستمرار في المسؤولية العقدية و كان مطلوبا في بعض حالات المسؤولية التقصيرية، وهذا ما يبدو عندما يؤخذ بعين الاعتبار الطابع الإصلاحي أو غير الإصلاحي للضرر الناتج و عدم الاهتمام بطبيعة قواعد المسؤولية واجبة الأعمال و التطبيق، و في الحقيقة أن فلسفة وجود الإعذار لا تتوقف على نوعية المسؤولية هل هي عقدية أم تقصيرية بقدر توقفها على العمل المطلوب فإذا كان محله القيام بعمل فإنه في هذه الحالة يتصور الإعذار بحيث أن الالتزامات التي تتولد عن العقد تكون بشكل طبيعي ،أما إذا كان محل الالتزام سلبيا يتمثل في الامتناع عن عمل سواء أكان مصدره العقد أم المسؤولية التقصيرية فلا يجب في مثل هذه الحالة الاعذار. وبذلك فإن الاعذار يكمن وجوده في المسؤولية التقصيرية إذا تصورنا مخالفة التزام محله القيام بعمل ومن جانب آخر فإن الاعذار لا يتصور إلا في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام، وهو ما يمكن أن يتوفر في النطاق العقدي، بينما يصعب تصوره في النطاق التقصيري الذي يحدد مجال المسؤولية فيه في حال عدم تنفيذ الالتزام ³.

خاتمة:

فما يمكن استنتاجه من خلال هذه الدراسة حول تطور أزمة المسؤولية المدنية يتجلى في **مظهرين اثنين**: المظهر الأول هو الاتجاه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أما المظهر الثاني فهو: ظهور آليات جماعية للتعويض، مما يجعلنا نعتقد بوجود جانبين اثنين سلبى وإيجابى: - **الإيجابي** يتمثل في أن الاتجاه الموضوعي للمسؤولية أراح المضرور من عبء الإثبات، وأراح القضاة الذين كانوا يتعاطفون مع الضحايا ولا يجدون السبيل لإسعاف هؤلاء الضحايا، لأنه بدأ كاتجاه قضائي ثم سرعان ما أصبح فقهياً وقانونياً، هذا الاتجاه الموضوعي غير ملامح المسؤولية المدنية، ليس فقط من الناحية النظرية، وإنما عند تحريك المسؤولية المدنية سهل على المضرور رفع الدعوى، وسهل على القاضي الحكم بالتعويض، وأكثر من ذلك أنه سدّ المنافذ ضد المسؤول، لأنه قلّص من الدفع، فأصبحت ضيقة النطاق، وأصبح المسؤول يجد صعوبة كبيرة في التنصل من المسؤولية، ويفكر في تقنيات أخرى؛ ككيفية تحضير المال اللازم للتعويض.

- **ومن الناحية السلبية** أو التحديات التي واجهت هذا التحول، وهي أزمة المسؤولية المدنية؛ لأن هذا التوجه أفرغ المسؤولية من محتواها؛ لأن المسؤولية في الأساس تقوم على الاعتبار الشخصي، لأن الإنسان لا يعوز إلا إذا أخطأ، والأزمة الأعمق أن فكرة المسؤولية المدنية ارتبطت بفكرة زواج بين المسؤولية والتأمين، فإذا وقعت أزمة في التأمينات (وقد حدثت كثيراً) تقع أزمة في التعويض أيضاً، وأصبحنا نتكلم عن أزمة المسؤولية فأصبحت وظيفة المسؤولية المدنية الأساسية، هي الهدف التعويضي، لأن أغلب المال مصدره التأمينات، فلما تقع الأزمات بضرب صناديق التأمين تقع مشكلة في التعويض ليس هذا فحسب، بل وضعت المسؤولية في انتكاسة وفقدت وظيفتها لمصلحة التأمين، وأصبح ليس للمسؤولية اعتبار، فالأزمة أن مشاكل التأمين أصبحت تؤثر على المسؤولية كذلك بدأت تفقد وظيفتها.

¹ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 29 .

عبد الحى حجازي، المرجع السابق، ص 416 وما بعدها.

² عبد المنعم درويش، المسؤولية التقصيرية بين القانون والشرعة الإسلامية، نظرة مبتدئة، من دون دار نشر، طبعة 1998، ص 9.

³ محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، المرجع السابق، ص 26.

أما **المظهر الثاني** لهذه الفكرة هو ظهور آليات جماعية، ولا نقصد بها التأمين فقط بل ظهرت صناديق الضمان في كل المجالات من حوادث المرور، حوادث الاستهلاك، حوادث الطيران، فهناك ظاهرة جماعية حول آلية التعويض بعد أن كنا نتكلم عن آليات فردية، وأصبحنا نتكلم عن آليات جماعية للتعويض، فأصبحنا نرى التعويض من جانب آخر ونبحث عنه في صناديق التعويض وتكفل الدولة وليس المسؤول، فأصبحت الدولة تعوض لأن المبلغ كبير، وانتقلنا من فكرة التعويض إلى فكرة أخرى هي التضامن الاجتماعي عن طريق آليات أخرى تبتعد عن فلسفة المسؤولية، فأصبحت الخزينة العمومية هي التي تُعوض.

الرّضا في التّجارب الطّبيّة: دراسة مقارنة

Consent in medical experiments; A comparative study

أ.بن عودة سنوسي، أستاذ مساعد قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/11/02 - تاريخ المراجعة: 2017/11/25.

ملخص:

التجارب الطبية هي تلك الأبحاث والدراسات التي تجرى على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية والطبية، وهي نوعان: تجارب طبية علاجية هدفها علاج المريض، وتجارب علمية هدفها الحصول على معارف جديدة دون أن تكون هناك مصلحة مباشرة للخاضع لها، ورغم أهميتها إلا أنها أثارت عدة مشاكل قانونية نتيجة لمساسها بالكيان الجسدي للإنسان، فكان لابد من التوفيق بين مصلحة الشخص في سلامة صحته البدنية والعقلية وتكامل جسده، ومصلحة المجتمع في تقدم الطب الذي يخدم مصلحة الإنسانية، الأمر الذي أدى إلى تدخل عدة دول ومن بينها الجزائر، من أجل تنظيم التجارب الطبية ضمن تشريعاتها الداخلية، وذلك بتحديد الشروط الواجب احترامها حتى تكتسب هذه الأعمال المشروعية القانونية، ومن أهم هذه الشروط حق الشخص في الموافقة المسبقة على خضوعه للتجارب الطبية، فلا بد من استشارة الشخص المتطوع للتجربة حتى يتسنى له التعبير عن رضائه بإجراء التجربة أو الامتناع عن ذلك، وفي حالة إخلال القائم بالتجربة بشرط الرضا، يكون قد ارتكب خطأ موجب للمسؤولية الطبية.

الكلمات المفتاحية:

التجارب الطبية، الرضا الحر والمتبصر، القاصر، الجنين، جزاء الإخلال بالرضا.

Abstract

Medical experiments are researches and studies conducted on the human being with the aim of developing biomedical and medical sciences. There are two types: therapeutic medical experiments aimed at treating the patient, and scientific experiments aimed at obtaining new knowledge without the direct interest of those who are subject to it. Despite its importance, medical research raises several legal problems as a result of the physical entity of the human being, as it is necessary to reconcile the interest of the person in the safety of his physical and mental health and integrity of his body, and the interest of society in the advancement of medicine in the interest of humanity, which led to the intervention of several countries including Algeria, in order to organize medical experiments within its domestic legislation by defining the conditions to be respected in order to acquire these legitimate legal acts. The most important of these conditions is the right of a person to consent in advance to medical experiments. The volunteer must be consulted for the experience so that he can express his satisfaction with the experiment or refrain from doing so. In the event that the experimenter has violated the consent clause, he or she has committed an error of medical responsibility.

Keywords:

Medical experiments, free and informed consent, a minor, the fetus, sanction for violation of consent.

مقدمة:

التجارب الطبية هي كل بحث من شأنه أن يحقق تقدما أو يوصل إلى ابتكار علمي، وذلك فيما يتعلق بوظائف أعضاء الإنسان سواء كان في حال الصحة أو في حال المرض ويكون قابلا لأن يطبق عليه، وتختلف التجارب الطبية باختلاف الهدف من إجراءها، فإذا كان القصد منها علاج المريض وتخفيف آلامه، تعتبر التجربة علاجية، أما إذا كان غرضها الحصول على معارف جديدة دون أن تكون هناك مصلحة مباشرة للخاضع لها، تكون التجربة علمية أو غير علاجية.

فإجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان ضرورة لا سبيل إلى إنكارها لتقدم الطب والجراحة، إذ بفضلها تمكن العلماء من القضاء على عدة أمراض وأوبئة التي كانت تفتك بالإنسان فتكا ذريعا، إلا أنها في نفس الوقت أثارت عدة مشاكل قانونية وذلك لمساسها بالكيان الجسدي للإنسان، وضرورة حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان من الاعتداءات والمخاطر المحتملة من إساءة استخدامها.

وعليه، كان من الضروري التوفيق بين مصلحتين متعارضتين: مصلحة الشخص في سلامة صحته البدنية والعقلية وتكامل جسده، ومصلحة المجتمع في تقدم الطب الذي يخدم مصلحة الإنسانية. وللوصول إلى ذلك لابد من وضع إطار قانوني يضمن توازن هاتين المصلحتين، من شأنه المحافظة على حياة الأشخاص وسلامتهم من التقدم العلمي الذي تشهده العلوم الطبية وفي نفس الوقت المحافظة على المصلحة العامة في تقدم هذه العلوم التي تفيد البشرية بأكملها.

الأمر الذي دفع عدة دول بسن قوانين من أجل تنظيم إجراء التجارب الطبية، وذلك بتحديد الشروط الواجب احترامها حتى تكتسب هذه الأعمال المشروعية القانونية، ومن أهم هذه الشروط حق الشخص في الموافقة المسبقة على خضوعه للتجارب الطبية، فلا بد من استشارة الشخص المتطوع للتجربة حتى يتسنى له التعبير عن رضائه بإجراء التجربة أو الامتناع عن ذلك.

فما هي الشروط الواجب توافرها في رضا الخاضع للتجربة؟، وما هو الجزاء المترتب على الإخلال بشرط الرضا في مجال التجارب الطبية؟.

للإجابة عن هذه الإشكالية، نتطرق أولا إلى شروط الرضا في التجارب الطبية (مطلب أول)، ثم إلى جزاء تخلف شرط الرضا في التجارب الطبية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

شروط الرضا في التجارب الطبية

إن الرضا في مجال التجارب الطبية والعلمية يعد شرطاً لازماً لكل تجربة، وذلك حماية للحرية في اتخاذ القرار. بحيث لكل إنسان حقوقاً مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضاه، وتطبيقاً لذلك فإن التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان دون موافقته تعد غير شرعية، وتمثل اعتداء على سلامة جسمه، ومن ثم اشترطت مختلف التنظيمات الحصول على الموافقة المسبقة الحرة والمستنيرة للشخص قبل تنفيذ التجربة عليه (الفرع الأول)، ولا بد أن يصدر الرضا من شخص كامل الأهلية (فرع ثاني).

الفرع الأول: أن يكون الرضا كاملاً

من المبادئ المستقرة في الأعمال الطبية التقليدية، ضرورة الحصول على رضا المريض بمباشرة العلاج على جسمه. أما في مجال الأعمال الطبية المستحدثة، خاصة التجارب الطبية فإن الحصول على الرضا يعد أمراً ضرورياً وجوباً لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها الشخص¹، ومن ثم فإن تنفيذ التجربة بدون رضا صاحب الشأن يشكل خطأ قانونياً موجباً للمساءلة الجنائية والمدنية. وبناءً على ذلك فإن الرضا يجب أن يكون صريحاً وحرّاً ومبنياً على إرادة سليمة خالية من عيوب الإرادة (أولاً)، كذلك يجب أن يكون الرضا مستنيراً بمعنى أن يقوم القائم بالتجربة بإبلاغ وإعلام الخاضع لها بما سوف يقوم به من عمل (ثانياً)، كما أوجبت بعض التشريعات أن يتم التعبير عن الإرادة كتابياً (ثالثاً).

أولاً: أن يكون الرضا حراً

¹ - محمد فيصل موسى شديد، الأعمال الطبية المستحدثة أمام القانون، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، شعبة العلوم الجنائية، جامعة تونس 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1992-1993، ص. 52.

يلزم لصحة رضاء الشخص بصفة عامة، أن يكون حرا، بمعنى أنه يتعين أن تكون إرادة الشخص سليمة مما يعيها لكي يعتد بالرضا الصادر عنها، فلا يكون لرضاء الشخص أية قيمة قانونية، إذا كان ضحية غلط، أو تدليس أو إكراه أو استغلال¹، أو كان ضحية خداع أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم الاختيار، وتبدو أهمية ذلك بصفة خاصة في مجال التجارب الطبية.

إذ نصت المادة الأولى من تقنين نورمبرغ² على أنه "يجب أن يكون الشخص المحرب عليه موافق على إجراء التجربة، وهذا يقتضي أن يكون قادرا على اتخاذ قراره بدون أي نوع من التأثيرات الخارجية كالضغط أو الخداع أو العنف أو التزوير أو أي محاولة إقناع أو غصب تؤثر على قراره، كما يجب أن يكون مدركا وفاهما لتفاصيل التجربة". وقد انتهجت أغلب التشريعات المقارنة نفس النهج الذي وضعه تقنين نورمبرغ، فنصت المادة 1-1-1122 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه "لا يمكن إجراء أي تجربة طبية على إنسان بدون الحصول على رضائه الحر والمتبصر بعد إعلامه وفقا للمادة 1-1122-3".

ولم يخرج المشرع الجزائري عن هذا النهج، إذ نصت المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها⁴ على أنه: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمبصرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه، لمثله الشرعي". إلا أنه والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة تنظيما كافيا، إذ أن هذه المادة جاءت عامة، كون أن المشرع أغفل وضع تعريفا للموافقة الحرة والمتبصرة، ولم يبين كيفية الحصول عليها، والأهم من ذلك لم يبين من هم الأشخاص الذين يمكن لهم التعبير عن رضائهم الحر والمستنير.

وبعد، فإن خضوع الشخص للتجارب الطبية يتطلب وجود رضاء حر وكامل من جانبه، غير أنه هناك حالات يضطر فيها الشخص إلى الموافقة على الخضوع للتجارب الطبية بهدف الحصول على مقابل مالي، أو بغية تحقيق منفعة شخصية، فما مدى تأثير ذلك على صحة الرضا.

1- الخضوع للتجارب بمقابل مالي:

مما لا شك فيه أن للمقابل المالي أثر مكره على الشخص المراد إخضاعه للتجربة، خاصة إذا كان في حاجة ماسة إلى المال، وقد تلجأ الكثير من المؤسسات الطبية المختصة بالبحث العلمي إلى إغراء الأشخاص المتمين لبعض الطبقات الاجتماعية المتدنية اقتصاديا بمبالغ مالية من أجل إخضاعهم لتجاربها⁵.

كما أنه لا يجوز من الناحية الأخلاقية أن يعرض الشخص سلامته الجسدية للأضرار المحتملة في التجارب الطبية مقابل مبلغ مالي، لأن جسم الإنسان لا يعتبر أساسا من قبل الأشياء التي يمكن التصرف فيها، ويتمتع بحصانة وعصمة معترف بها شرعا وقانونا، وهذا ما أقر به مجمع الفقه الإسلامي في القرار رقم 67، حيث جاء فيه ما يلي: "لا بد في إجراء التجربة موافقة الشخص التام الأهلية، بصورة خالية من شائبة الإكراه كالمساجين، أو الإغراء المادي كالمساكين، ويجب أن لا يترتب على إجراء تلك الأبحاث ضرر"⁶.

غير أن بعض التشريعات تميز تعويض الشخص الخاضع للتجربة العلمية عما يتحمله من أعباء ومتاعب من جراء الخضوع لهذه التجارب⁷، ومن بينها التشريع الفرنسي حيث أجاز في الفقرة الأولى من المادة 11-1121-11 من قانون الصحة العامة دفع بعض التعويضات

¹ - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 27 وما بعدها.

² - يعتبر تقنين نورمبرغ أول تقنين وضع المبادئ الأساسية للأخلاق في التجارب الطبية على الإنسان، تم وضعه بمناسبة محاكمة الأطباء النازيين في مدينة نورمبرغ الألمانية بعد هزيمة النازيين في الحرب العالمية الثانية، والذي يعتبر حتى اليوم الأساس في مجال إعداد وتنفيذ التجارب الطبية على الإنسان.

³ - Art 1122-1-1 CSP : « aucune recherche biomédicale ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, recueilli après que lui a été délivrée l'information prévue à l'article 1122-1 »

⁴ - القانون رقم 90-17، المؤرخ في 9 محرم 1411 الموافق لـ 31 جويلية 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16-02-85 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، جريدة الرسمية عدد 35 الصادرة بتاريخ 15 أوت 1990، ص. 1123.

⁵ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص. 785.

⁶ - قرار رقم 67 لمجمع الفقه الإسلامي بشأن العلاج الطبي، المؤتمر السابع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1992.

⁷ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص. 786.

من طرف الطبيب المحرب أو الشركة، للأشخاص المتطوعين للتجربة، لجبر الأعباء والمصاريف المالية التي تكبدوها أثناء التجريب عليهم، دون أن يمتد هذا التعويض إلى الأضرار الجسدية التي أصابهم، كما اشترط أن لا يتجاوز مبلغ التعويض الممنوح لهم الحد الأقصى السنوي المحدد بموجب قرار من وزير الصحة¹، وتكمن الغاية من هذا الإجراء هو تفادي التلاعب بقيمة التعويض، حيث أدرك المشرع الفرنسي أنه لو ترك تقدير مبلغ التعويض لأطراف العقد بكل حرية تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإنه سيفتح باباً واسعاً للتعامل في جسم الإنسان وانتهاك حرمة².

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد منع الحصول على مقابل مادي على جميع الأعمال الطبية بما ذلك التجارب الطبية وذلك بموجب المادة 24 من مدونة أخلاقيات الطب³ والتي نصت على أنه: "يمنع ما يأتي: - كل عمل من شأنه أن يوفر لمريض ما امتيازاً مادياً غير مبرر، - أي حسم مالي كان أو عيني يقدم للمريض، - أي عمولة تقدم لأي شخص كان، - قبول أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل أي عمل طبي".

غير أنه واستثناءً أجازت المادة 16 من قرار وزارة الصحة رقم 387 المؤرخ في 31 جويلية 2006 المتعلق بالتجارب الدوائية⁴ للمركبي أن يدفع مبالغ مالية للأشخاص المتطوعين لإجراء التجارب الطبية الدوائية، وذلك لجبر الأعباء والمصاريف المالية التي تكبدوها أثناء فترة خضوعهم للتجربة الدوائية⁵.

2- وضع الشخص الذي يكون في حالة تبعية:

من المشاكل التي يثيرها استلزام أن يكون الرضا حراً، مدى احترام الطابع الإرادي في الاشتراك في العمل بالنسبة لبعض الطوائف من الأشخاص الذين يكونون في حالة تبعية، وبصفة خاصة المسجونين الذين غالباً ما يدفعون للمشاركة كمتطوعين في التجارب الطبية. إن استخدام السجناء في الأبحاث العلمية يتيح للقائمين بها سهولة متابعة نتائجها، نظراً لأن السجناء مناسبون تماماً لمثل هذه التجارب، فهم يعيشون في بيئة موحدة، ولديهم الوقت الكافي للمشاركة في هذه التجارب طويلة الأجل، مما يمنحهم الفرصة في أن تكون لهم قيمة اجتماعية⁶. إلا أن هذه الفئة لا تتمتع بالحرية التامة للتعبير عن رضائها الحر الحقيقي فيما يتعلق بإخضاعهم للتجارب الطبية، فتقييد الحرية من شأنه أن يدفعهم للخضوع لها من أجل الحصول على مكافأة أو لخفض العقوبة المقررة عليهم، وفي أحيان كثيرة قد ينتزع الرضا منهم تحت الضغط أو الإكراه⁷.

ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي أجاز صراحة إخضاع المساجين للتجارب الطبية العلاجية والعلمية، لكن وفقاً لمجموعة من الشروط الخاصة، وفي نطاق ضيق، بهدف توفير حماية إضافية لهذه الفئة، بحيث نص في المادة 1121-6 من قانون الصحة العامة على أنه: "لا يمكن إجراء تجارب طبية على المساجين إلا إذا كانت الفائدة المتوقعة من التجربة بالنسبة للمسجون تبرر إخضاعه للخطر المتوقع، أو إذا كانت هذه

¹- Art 1121-11 alinéa 1 CSP : « La recherche biomédicale ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais exposés et, le cas échéant, l'indemnité en compensation des contraintes subies versée par le promoteur. Le montant total des indemnités qu'une personne peut recevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre de la santé ».

²- دحماني عبد الحكيم، المسؤولية الجزائية عن التجارب الطبية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الصحة، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013، ص. 91-92.

³- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق لـ 6 جويلية سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة الرسمية عدد 52، الصادرة في 7 محرم 1413 الموافق لـ 8 جويلية 1992، ص. 1420.

⁴- Arrêté du Ministère de la santé de la population et de la réforme hospitalière n°387 du 31 juillet 2006 relatif aux essais cliniques.

⁵- Art 16 : « L'essai clinique ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais engagés par la personne qui se prête à l'essai clinique ».

⁶- ميرفت حسن منصور، التجارب الطبية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص. 174.

⁷- حبيبة سيف سالم راشد، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2005، ص. 433.

التجارب تعود بفائدة على أشخاص في نفس الحالة ويتعذر تنفيذها بطريقة ناجعة على فئات المجتمع الأخرى، وفي هذه الحالة الأخيرة فإنه يشترط أن تكون المخاطر المتوقعة من التجربة التي سيخضع لها المسجون تشكل حد أدنى من الخطورة¹.

هذه المعالجة لا نجد لها ضمن القانون الجزائري، إذ لم يتطرق المشرع إلى الحديث عن هذا الموضوع ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، وليس فيه ما يمنع صراحة التجارب الطبية على المساجين، غير أنه يوجد استثناء عن هذه القاعدة فيما يخص إجراء التجارب الدوائية حيث نصت المادة 13 من القرار رقم 387 الصادر عن وزارة الصحة بتاريخ 31 جويلية 2006 على حظر التجارب الطبية الدوائية على المسجونين²، فمن المتحسن على المشرع الجزائري أن يبين موقفه من التجارب التي تجرى على المساجين، وهذا حماية لهذه الطائفة.

وبالرجوع إلى موقف الفقه الإسلامي، نجد أنه يمنع مثل هذه الممارسات على المساجين لعدم إمكانية الحصول على موافقتهم الحرة، وبالتالي فإنه لا يجوز الاعتداد برضاء المسجون أو المحكوم عليه بالإعدام لأنه يفتقد إلى الحرية، كما أن الحالة النفسية للمسجون من شأنها أن تعيب إرادته، فقد تكون موافقة هذا الأخير بدافع الحصول على بعض المزايا أو الفوائد المادية، أو وقعت تحت تأثير ضغط مادي أو معنوي داخل السجن استنادا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"³، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فالشريعة الإسلامية تدعو إلى الرفق بالأسرى، وتوفير الطعام والشراب والكسوة لهم واحترام آدميتهم⁴.

ثانيا: أن يكون الرضاء مستنيرا.

لا يكفي أن يكون الرضاء حرا، بل يتعين أن يكون صادرا عن بصيرة بعواقب التجربة الطبية، بمعنى أن يكون الرضاء مستنيرا، فالطبيب بالنسبة للمريض وفي أغلب الأحيان عالم يواجه جاهل في صدد العلوم الطبية ومعلوماتها، التي لا تجعل المريض أو الخاضع للتجربة في مركز متعادل معه⁵. وحتى يكون رضاء الشخص محل التجربة صحيحا، فإنه يقع على عاتق القائم بالتجربة التزام بإحاطته علما بطبيعة التجربة وأهدافها ومدتها، والطرق المستخدمة فيها، والأضرار والمخاطر المحتملة.

1- محتوى التبصير في مجال التجارب الطبية.

إن الرضاء في مجال التجارب الطبية، يتميز بطابعه الخاص مقارنة بالعلاج التقليدي، وأن مجرد الموافقة لا تكفي لنفي مسؤولية القائم على التجربة، لأن الرضاء بالتجربة هو رضاء من نوعية خاصة ومتشعبة، ويتعين لذلك أن يكون كاملا وحرا ومستنيرا⁶. وقد أكدت أغلب الإعلانات الدولية والتشريعات المقارنة على هذا المبدأ، إذ نصت المادة 24 من إعلان هلسنكي على وجوب إعلام الأشخاص المتطوعين للتجربة حول الهدف منها، الطرق المستعملة، مصادر تمويل التجربة، الفوائد المتوقعة الحصول عليها والمخاطر التي يمكن أن تلحق بهم، وعن كل جانب آخر متعلق بالتجربة.

أما قانون الصحة العامة الفرنسي فقد ألزم الطبيب في المادة 1122-1 فقرات 1 و3 على وجوب إعلام الشخص المتطوع حول الهدف من التجربة، منهجية العمل، مدة التجربة، الفوائد المنتظرة، المتاعب والمخاطر المتوقعة، الاحتمالات الطبية البديلة عند التوقف قبل انتهاء

¹- Art L.1121-6 CSP : "Les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative...ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches biomédicales que dans les conditions suivantes : - soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; - soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autre personne se trouvant dans la même situation juridique ou administrative à la condition que des recherches d'une efficacité comparable ne puissent être effectuées sur une autre catégorie de la population. Dans ce cas, les risques prévisible et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ».

²- Art 13 : « Les personnes ne pouvant se prêter aux essais cliniques sont : - les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative ; - les personnes malades en situation d'urgence et les personnes hospitalisées sans consentement ».

³- أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة الربيعي القزويني، سنن ابن ماجة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص. 474.

⁴- وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، -دراسة مقارنة-، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 1981، ص. 411 وما بعدها.

⁵- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 169.

⁶- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2007، ص. 172.

التجربة، طرق التكفل الطبية المتوقعة في نهاية التجربة، إذا كان هذا التكفل ضروري في حالة توقف التجربة قبل أوانها أو الطرد من التجربة، رأي مجلس أخلاقيات الطب وتصريح السلطة المختصة، حق المتطوع بإعلامه عن مجرى التجربة أو ما خلصت إليه، والحصول على المعلومات الخاصة بحالته الصحية التي يحوزها القائم بالتجربة، إعلامه بإمكانية منعه من المشاركة في عدة تجارب طبية في وقت واحد أثناء فترة التجربة المنصوص عليها في العقد، إعلامه بتسجيله في قاعدة البيانات الوطنية وحقه في رفض المشاركة في التجربة أو العدول عنها في أي لحظة دون أن تقوم مسؤوليته أو يلحقه ضرر¹.

وما يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد نظم حق المتطوع في الإعلام تنظيمًا متكاملًا، حيث حدد عناصره تحديدًا دقيقًا، وذلك نظرًا لخطورة هذا النوع من الأعمال الطبية ومساسها بجسم الإنسان. وفيما يخص القانون الجزائري، فنصت المادة 2/168 في فقرتها الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمبينة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه، لممثله الشرعي". ويعاب على المشرع الجزائري أنه لم يبين كيفية تبصير الخاضع للتجربة وكذلك ما هي المعلومات الواجب إعلامه بها. إلا أنه وبالرجوع إلى القرار رقم 387 الصادر عن وزارة الصحة والمتعلق بإجراء التجارب الدوائية، نجد أن المادة 21 منه أوجبت ضرورة إعلام الطبيب الباحث المتطوع بهدف التجربة وطريقة إجرائها ومدتها والفوائد المنتظرة من إجرائها والمتاعب والمخاطر المتوقعة، حتى في حالة توقف التجربة قبل أوانها².

2- نطاق الإعلام الواجب في التجارب الطبية

يرى البعض أنه لا يجوز للطبيب التقصير في التبصير على مجرد الآثار العادية المتوقعة وفقًا للمجرى العادي للأمر، فإذا كان الاكتفاء بهذه الأخطار جائزًا في العلاج التقليدي³، فإنه ليس كذلك في التجارب الطبية بسبب طبيعتها الخاصة، واستحالة توقع كل مخاطرها⁴. ولهذا، فإن الطبيب ملزم بإعلام الشخص الخاضع للتجربة بطبيعة هذه الأخيرة وموضوعها والأهداف المرجوة من إجرائها، وكذا إعلامه بالمخاطر

¹- Art 1122-1 alinéa 1 et 3 CSP : « Préalablement à la réalisation d'une recherche impliquant la personne humaine, une information est délivrée à la personne qui y participe par l'investigateur ou par un médecin qui le représente. Lorsque l'investigateur est une personne qualifiée, cette information est délivrée par celle-ci ou par une autre personne qualifiée qui la représente. L'information porte notamment sur : 1- L'objectif, la méthodologie et la durée de la recherche ; 2- Les bénéfices attendus et, dans le cas de recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ; 3- Dans le cas de recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, les éventuelles alternatives médicales ; 4- Dans le cas de recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, les modalités de prise en charge médicale prévues en fin de recherche, si une telle prise en charge est nécessaire, en cas d'arrêt prématuré de la recherche, et en cas d'exclusion de la recherche ; 5- L'avis du comité mentionné à l'article L. 1123-1 et l'autorisation de l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 1123-12 ; 6- Le cas échéant, l'interdiction de participer simultanément à une autre recherche ou la période d'exclusion prévues par le protocole et son inscription dans le fichier national prévu à l'article L. 1121-16 ; 6-bis Pour les recherches à finalité commerciale, les modalités de versement de contreparties en sus de la prise en charge des frais supplémentaires liés à la recherche, le cas échéant, dans les conditions prévues à l'article L. 1121-16-1 ; 7- Le cas échéant, la nécessité d'un traitement des données personnelles conformément aux dispositions de l'article 57 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

La personne dont la participation est sollicitée ou, le cas échéant, les personnes, organes ou autorités chargés de l'assister, de la représenter ou d'autoriser la recherche sont informés de son droit de refuser de participer à la recherche ou de retirer son consentement ou, le cas échéant, son autorisation à tout moment, sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait ».

²- Art 21 : « Préalablement à la réalisation d'un essai clinique sur une personne, le consentement libre, éclairé et exprès de celle-ci doit être recueilli après que l'investigateur lui fait connaître : l'objectif de l'essai, sa méthodologie et sa durée ; les bénéfices attendus, les contraintes et les risques prévisibles y compris en cas d'arrêt de l'essai avant son terme ».

³- تجدر الإشارة أنه حتى فيما يخص الأعمال الطبية التقليدية، فإن محكمة النقض الفرنسية قد وسعت من نطاق التزام الطبيب بإعلام المريض بجميع المخاطر، ولو كانت استثنائية، أين قضت في قرارها الصادر في 1998/10/07 بأنه: "فيما عدا حالة الاستعجال أو الاستحالة أو رفض المريض للإعلام، فإن الطبيب يكون ملزمًا بأن يقدم له معلومات آمنة وملائمة عن المخاطر الجسيمة الملازمة للفحوصات والعلاج المقترح، ولا يعفى الطبيب من هذا الالتزام بمجرد كون هذه المخاطر لا تتحقق إلا بشكل استثنائي"؛ أنظر، محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص. 164.

⁴- سهر منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 42-43.

المحتملة، حتى يستطيع الخاضع للتجربة أن يأخذ القرار وهو على بينة بعد إحاطته بكافة المعلومات الطبية اللازمة التي قدمت إليه بشكل دقيق¹.

ثالثا: كيفية التعبير عن الرضا في مجال التجارب الطبية.

إذا كان الرضاء بالأعمال العلاجية لا تشترط فيه شكلية خاصة، حيث أنه من الممكن أن يكون شفويا بل ليس هناك ما يمنع أن يكون ضمنيا، يستخلص من اتخاذ المريض موقف يدل بصورة مؤكدة على رضائه بالعمل الطبي، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتجارب الطبية، فخطورة هذه الأعمال تستدعي التزام مزيد من الحذر في شأن استخلاص الرضاء بها². وتشترط بعض التشريعات أن تصدر موافقة الشخص على الخضوع للتجارب الطبية في شكل مكتوب، وذلك تطبيقا لتوصيات إعلان هلسنكي في هذا المجال. فقد أوجبت المادة 1122-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي أن يصدر الرضاء في شكل كتابي، وفي حالة تعذر ذلك يكون الرضاء بإقرار من الغير، بشرط ألا يكون هذا الأخير ذو صلة بالقائم بالتجربة أو المشرف عليها³.

وفي المقابل لم يشترط المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها أية شكلية في الموافقة على التجارب الطبية، مما يعني جواز إصداره شفويا أو كتابيا. إلا أنه واستثناء، أوجبت المادة 23 من القرار رقم 387 المؤرخ في 31 جويلية 2006 المتعلق بإجراء التجارب الدوائية، على ضرورة الحصول على رضا الشخص المتطوع للتجربة الدوائية كتابيا، وفي حالة الاستحالة يمكن الحصول على الرضاء بحضور شاهد يكون مستقل عن الطبيب الباحث⁴. وكان بالأحرى في رأينا أن يوجب المشرع صدور الرضاء في شكل كتابي، لما فيه من ضمان للحد الأدنى اللازم للحماية القانونية بالنسبة للخاضع للتجربة. ويجب التنبيه إلى أن حق الشخص الخاضع للتجربة في الموافقة -سواء كانت كتابة أو شفوية- يجب أن تبقى قائمة إلى آخر مرحلة من مراحل التجربة، يعني ذلك أنه من حقه العدول عن رضائه في أية مرحلة من هذه المراحل دون أن يترتب عليه أية مسؤولية.

وقد اتفقت الإعلانات الدولية والتشريعات المقارنة على حق الخاضع للتجربة العدول عن رضائه في أي وقت بمقتضى نصوص خاصة، فنصت المادة 24 من إعلان هلسنكي على حق الخاضع للتجربة في سحب موافقته متى شاء، وأن الانسحاب من التجربة لا يترتب أية عقوبات أو الحرمان من حقوق معينة أو منفعة محددة، وأن من حقه الأساسي طلب إيقاف التجربة في أية لحظة ومتى شاء⁵. وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في الفقرة 3 من نص المادة 1122-1 من قانون الصحة العمومية، أين أكد فيها على حق الخاضع للتجربة في رفض الاشتراك في البحث، أو سحب رضائه في كل وقت، دون ملاحقته أمام القضاء، ودون إلحاق أي ضرر به نتيجة لسحب رضائه⁶.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 168 فقرة 02 من قانون حماية الصحة وترقيتها على: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب. وعند عدمه لمثله القانوني، وتكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة". بقراءة متأنية لهذه الفقرة، نستنتج أن

¹ - ميرفت حسن منصور، المرجع السابق، ص. 183-184.

² - جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص. 365.

³ - Article L.1122-1 alinéa 6 CSP : « Le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur ».

⁴ - Art 23 : « Le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, il est attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur ».

⁵ - العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري - دراسة مقارنة -، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص. 113.

⁶ - Art L.1122 alinéa 3 CSP : « La personne dont la participation est sollicitée ou, le cas échéant, les personnes, organes ou autorités chargés de l'assister, de la représenter ou d'autoriser la recherche sont informés de son droit de refuser de participer à la recherche ou de retirer son consentement ou, le cas échéant, son autorisation à tout moment, sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait ».

الشخص الخاضع للتجربة له أن يعدل عن رضائه في أي وقت يشاء لأن موافقته ضرورية في كل لحظة، وله بين اللحظة والأخرى أن يسحب موافقته دون أن يتحمل أية مسؤولية من جانبه¹.

ونصت المادة 22 من القرار رقم 387 الصادر عن وزارة الصحة المؤرخ في 31 جويلية 2006 على حق المتطوع في العدول عن التجربة الدوائية دون أن يترتب على ذلك قيام أي نوع من المسؤولية اتجاهه². فكان من الأحسن تعميم هذا النص على جميع أنواع التجارب الطبية الأخرى، وذلك من أجل تعزيز الحماية القانونية للخاضعين للتجربة، لأن نص المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها اكتفى فقط بتأكيد حق المتطوع في العدول عن التجربة دون تبيان ما يفيد عدم قيام مسؤوليته الناتجة عن هذا العدول.

الفرع الثاني: أهلية الموافقة على التجارب الطبية

يشترط لصحة الرضاء كمال الأهلية وهي طبقا للقواعد العامة، بلوغ السن القانوني وفقا لما حددته مختلف التشريعات³ مع تمتع الشخص بكل قواه العقلية، وهو شرط منطقي بالنظر إلى طبيعة التجارب الطبية التي تقتضي الموافقة عليها أن يكون للشخص القدر الكافي من الوعي والإدراك. إن مشكلة الأهلية في التجارب الطبية لا تثور بالنسبة للشخص البالغ، فمتى بلغ الشخص سن الرشد وكان متمتعا بكامل قواه العقلية، فإن رضائه بإجراء التجربة عليه يكون صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية.

ولكن الإشكال يثور بالنسبة لفئة من الأشخاص تكون موضوعا للتجربة وهم القصر ومن في حكمهم (أولا)، والأجنة (ثانيا).

أولا: القصر ومن في حكمهم.

الأصل أنه ليس لرضاء القصر ومن في حكمهم كالمعوقين ذهنيا أية قيمة قانونية في مجال التجارب الطبية، لأنهم لا يملكون القدرة على كشف وتمييز طبيعة التجربة التي يرضون بها، وبذلك لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالوصاية على الأشخاص، فمن حيث المبدأ إذا كان القاصر ومن في حكمه لا يستطيع تقدير خطورة الأمر، فيجب الرجوع إلى رأي أبويه أو ممثله القانوني⁴. وهذا ما أكدته إعلان هلسنكي بنصه في المادة 27 بأنه: "في حالة إجراء تجارب على أشخاص غير قادرين، يجب على الطبيب الباحث الحصول على الرضا المنير من طرف ممثليهم القانونيين. ولا يمكن إخضاع هؤلاء الأشخاص إلى التجريب ما لم يكن لهم مصلحة مباشرة من هذه التجربة، ماعدا إذا كانت هذه التجربة تهدف إلى تحسين صحة الأشخاص الذين هم في نفس الحالة، ولا يمكن إجرائها على أشخاص قادرين، وأن المخاطر والأضرار تكون ضئيلة"

نفس المنهج ذهب إليه المشرع الفرنسي، حيث أجازت المادة 1121-7 من قانون الصحة العامة إجراء التجارب بنوعها على القصر ومن في حكمهم، في حالة استحالة إجراء هذه التجارب على البالغين، وأن تكون الفوائد المرجوة من إجراء التجارب الطبية تبرر المخاطر المتوقعة التي قد يتعرضون لها، أو أن تكون مفيدة لأشخاص آخرين يوجدون في نفس وضعية الشخص الخاضع للتجربة، وهنا يجب أن تقلص المخاطر المتوقعة إلى حدها الأدنى⁵. أما بالنسبة للحصول على الموافقة، فقد ميز المشرع الفرنسي بين القاصر المرشد (Emancipé) من جهة، والقاصر الغير المرشد (Non Emancipé) والبالغ المحمي قانون من جهة أخرى، فيقصد بالأول طبقا للمادة 413-2 فقرة 1 و2 من القانون المدني الفرنسي كل من بلغ 16 سنة وتم ترشيده من طرف القاضي المكلف بشؤون الوصاية، ويمكن للقاصر المرشد طبقا للمادة 413-6 فقرة

¹ - نصر الدين ماريوك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2003 ص. 321.

² - Art 22 : « L'investigateur doit informer la personne dont le consentement est sollicité, de son refus de participer à une recherche ou de retirer son consentement sans encourir aucune responsabilité ».

³ - لقد حددت المادة 40 من القانون المدني الجزائري سن الرشد 19 سنة كاملة.

⁴ - بخصوص الرضاء عن القصر راجع جابر محجوب علي، الرضاء عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 83 وما بعدها.

⁵ - Art 1121-7 CSP: « Les mineurs ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures et dans les conditions suivantes : -soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ;-soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres mineurs. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ».

1 القيام بجميع التصرفات مثله مثل البالغ. وبالتالي فيتمتع القاصر المرشد بأهلية الموافقة الحرة والمستنيرة للخضوع للتجارب الطبية سواء كانت علاجية أو غير علاجية دون الحاجة إلى موافقة وليه أو مثله القانوني.

أما بالنسبة للقاصر غير المرشد والبالغ المحمي قانونا فقد ألزمت المادة 1122-2 فقرة 2¹ من قانون الصحة العمومية موافقة من لهم السلطة الأبوية أي الأبوين معا على خضوعه للتجربة الطبية مهما كان نوعها، أما إذا تبين أن التجربة لا تشكل خطرا على القاصر وتم إجراؤها بمناسبة عمل طبي فإنه يمكن الحصول على الموافقة من أحد الوالدين، وفي حالة ما إذا تبين لمجلس أخلاقيات الطب المكلف بمراقبة التجارب الطبية أنه من الممكن أن تشكل هذه التجارب خطرا يهدد الكيان الجسدي للقاصر فإنه يتوجب على الطبيب الحصول على الموافقة من مجلس العائلة إن كان موجودا أو من طرف القاضي المكلف بشؤون الوصاية وهذا طبقا للمادة 1122-2 فقرة 3² من نفس القانون.

وفيما يخص المشرع الجزائري لم يحدد سنا معينة يعتد بها لتحديد مدى تمتع الشخص بالأهلية اللازمة للموافقة على الخضوع للتجربة الطبية، بحيث نصت المادة 168 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي". هذا النص بهذه الصورة غير واضح المعالم ولم يفصل في مسألة أهلية الشخص الخاضع للتجريب، وأمام هذا الفراغ التشريعي، لا بد من الرجوع للقواعد العامة التي تحكم الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني³ قصد وضع حل لهذا الإشكال، ذلك أن التجارب الطبية من المسائل الخطيرة التي تمس جسم الإنسان، وإذا تركت بدون ضوابط، فإنها ستتحرف عن هدفها الأصلي الذي وجدت من أجله، وهو قصد العلاج في التجارب الطبية العلاجية، وقصد اكتشاف مرض جديد أو دواء جديد في التجارب العلمية⁴.

وهنا لا بد من التفرقة بين القاصر المميز والقاصر غير المميز⁵، فالرجوع إلى المادة 83 من قانون الأسرة⁶ التي تنص على أنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". فطبقا لهذه المادة للقاصر المميز الذي بلغ 13 سنة أن يعبر عن موافقته الحرة والمنيرة على الخضوع للتجارب العلاجية، دون الحاجة إلى موافقة وليه أو مثله الشرعي، لأنها دائما ما تكون نافعة له. أما إذا ظهر للطبيب أن التجربة العلاجية تدور بين النفع والضرر، فلا بد من الحصول على موافقة القاصر، ثم إجازة وليه أو مثله الشرعي، وفي حالة نشوء نزاع فيمكن اللجوء إلى قضاء من أجل الفصل في هذه المسألة.

وبخصوص التجارب العلمية، فإنها لا تعود بفائدة مباشرة على الخاضع لها، وبالتالي لا يمكن اعتبار الموافقة عليها من الأعمال النافعة بالنسبة للقاصر المميز، وبالتالي تعد موافقته وفقا للمادة 83 من قانون الأسرة غير نافذة إذا لم يقر بإجازتها وليه أو مثله الشرعي، ذلك أن القاصر المميز لا يتمتع في هذه الحالة بالأهلية اللازمة للتعبير عن موافقته الحرة والمنيرة. أما القاصر غير المميز والبالغ المحمي قانونا، فقد نصت المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منهم تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن

¹ - Article L.1122-2 alinéa 2 CSP : « Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur un mineur non émancipé, le consentement lorsqu'il est requis est donné par le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. Toutefois, ce consentement peut être donné par le seul titulaire de l'exercice de l'autorité parentale présent sous réserve du respect des conditions suivantes : - La recherche ne compte des risques et des contraintes mineurs, - Le mineur ne se prête pas à la recherche à titre volontaire sain, - l'autre titulaire l'exercice de l'autorité parentale ne peut donner son autorisation dans des délais compatibles avec les exigences méthodologiques propres à la réalisation de la recherche au regard de ses finalités ».

² - Article L.1122-2 alinéa 3 CSP : « Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur un mineur ou majeur sous tutelle, l'autorisation est donnée par son représentant légal et, si le comité mentionné à l'article L.1123-1 considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain par le conseil de famille s'il a été constitué, ou par le juge des tutelles »

³ - راجع المواد من 40 إلى 45 من القانون المدني.

⁴ - نصر الدين ماروك، المرجع السابق، ص. 325.

⁵ - حددت المادة 42 فقرة 2 من القانون المدني سن التمييز ببلوغ 13 سنة كاملة.

⁶ - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق

27 فبراير 2005، والمتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، الصادرة في 22 جوان 1984. ص. 915.

يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم..."، فإن كان الطبيب ملزم بالحصول على موافقة أولياء القاصر الغير مميز من أجل تقديم له علاج طبي تقليدي، فمن باب أولى حصوله على هذه الموافقة في حالة تجريب علاج جديد. أما بالنسبة للتجارب العلمية، فمن المعلوم أن الغاية منها هي تطوير العلوم الطبية، وبالتالي وفي جميع الأحوال لا يجوز إخضاع القاصر الغير مميز ومن يدخل في حكمه للتجارب العلمية، لما تعرض حياتهم أو صحتهم للخطر.

ثانيا: التجارب على الأجنة

الجنين لغة مأخوذ من جنّ الشيء يجنه جنا، بمعنى ستره، والجنين: الولد مادام في بطن أمه لاستتاره فيه¹، أما اصطلاحا فلا يكاد استعمال كلمة الجنين تختلف عما هو في الاستعمال اللغوي، فهو يطلق على الولد الموجود في بطن أمه. أما في اصطلاح الطب المعاصر يطلق لفظ الجنين على الولد في بطن أمه إذا اكتملت بنيته، وكان بإمكانه أن يعيش إذ نزل حيا من بطن أمه، ويكون هذا في الفترة الواقعة بين بداية الشهر السابع إلى وقت الولادة². أما عند فقهاء القانون، فيطلق لفظ الجنين على ما في الرحم منذ بدأ التكوين بحدوث التلقيح والاستقرار فيه³، في حين يطلقه البعض على بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوي للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة⁴.

إن المشكلة التي تثار بالنسبة للجنين هو تحديد طبيعته القانونية، فإما أن يعتبر الجنين شخصية قانونية يتمتع بكافة الحقوق ومنها الحق في الحياة والسلامة البدنية، وإما أن يعتبر هو ذاته محلا للحق أي شيئا يقع عليه الحق الذي هو حق الأم على مكونات جسدها⁵، الأمر الذي يطرح التساؤل حول إمكانية إخضاع الجنين للتجارب الطبية. فإذا كان الجنين في نظر القانون كائنا إنسانيا فهو غير قادر على الموافقة، فهل في هذه الحالة يتعين الرجوع إلى أحكام القانون المدني، وتطبيق الأحكام الخاصة بالقاصر والبالغ غير القادر على التمييز؟ ومن ثم يحظر كل عمل تجريبي، وفي حالة عدم اعتباره كائنا بشريا، بل مجرد نتاج حمل، فهل الرضاء الصادر من الأم يكون كافيا؟

لاشك أن التجارب على الأجنة ضرورية من الناحية الطبية للوقوف على الكثير من الأمراض التي تصيب الصبية بعد الولادة، على اعتبار أن نصف الوفيات الطفولية مرتبطة بهذه المرحلة من عمر الكائن، وللوقوف على أسباب هذه الأمراض يتطلب الأمر دراسة الموضوع في مراحله الأولى وهو التجريب على الجنين، إذ أنه لا يمكن فهم طبيعة الكثير من الأمراض بدون الدراسات المعمقة على الأجنة⁶.

فمن الناحية القانونية، اتجهت أغلب التشريعات إلى إضفاء الحماية القانونية على الجنين منذ لحظة الإخصاب وحتى بداية عملية الوضع الطبيعي. ومنها التشريع الفرنسي الذي نظمها بمقتضى المادة 2151-75 من القانون الصحة العامة، إذ رفض بموجبها إجراء أية تجربة على الأجنة البشرية أو الخلايا الجذعية الجنينية لأغراض البحث والدراسة، إلا بالشروط التالية: إذا تم إثبات الأهمية العلمية للبحث، وأن يكون الغرض من البحث علاجي، ولا يمكن إجراء هذه الأبحاث دون استخدام الأجنة أو الخلايا الجذعية الجنينية، وأخيرا أن لا يخالف البحث

¹ - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 13، دار صادر، بيروت، بدون سنة نشر، ص. 92.

² - أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص. 21-22.

³ - شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. 151.

⁴ - عبد العزيز محسن، الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار البشير، القاهرة، دون سنة نشر، ص. 16.

⁵ - أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق و الشرائع، المكتبة الأكاديمية، مصر، 2001، ص. 80.

⁶ - عبد الكريم مامون، المرجع السابق، ص. 12.

⁷ - Art 2151-5 Alinéa 1 : « Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si : - La pertinence scientifique de la recherche est établie; - La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale; - En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires; - Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires ».

المبادئ الأخلاقية لأبحاث على الأجنة والخلايا الجذعية الجنينية. وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أن الأبحاث على الأجنة لا يمكن أن تتم إلا على الأجنة الزائدة الناتجة في المختبر في إطار الإنجاب بمساعدة طبية، شريطة موافقة الزوجين الكتابية على إجراء دراسات على جنينهم¹. وأما المشرع الجزائري، وبالرغم من أنه أجاز التجارب الطبية على الإنسان وأكد على ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة من الشخص الخاضع للتجربة أو من ممثله الشرعي طبقا للمادة 02/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها. إلا أن هذه المادة جاءت عامة وغامضة، فلم تحدد ما إذا كان ممكنا إجراء التجارب الطبية بنوعها على الجنين من عدمه. فكان من الأحسن في رأينا تنظيم التجارب على الجنين بنصوص خاصة، كون أن عمليات التلقيح الاصطناعي في الجزائر تتم بصورة مطلقة وذلك في غياب الإطار القانوني الذي ينظمها ويحدد ضوابطها.

ومن الناحية الفقهية، ذهب الفقهاء المعاصرون، إلى أن العلاج الجيني، باستعمال الجينوم البشري، أو باستخدام استنساخ الأعضاء البشرية، إذا تم وفقا للضوابط الشرعية والأخلاقية لعلاج بعض الأمراض المستعصية، وعلاج أمراض الأجنة قبل ولادتها، إنما هو من قبيل التداوي، والتداوي قد أمر الإسلام به²، لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء"³.

كما أن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس بجدة من 14 إلى 20 مارس 1990 في قراره رقم 56 والمتعلق باستخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء، حث على عدم جواز استخدام الأجنة مصدرا للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات وبضوابط لا بد من توافرها من بينها: عدم جواز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المتعمد والإجهاض للعدو الشرعي، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لاستخراج الجنين إلا من أجل إنقاذ حياة الأم.

وعليه، فإن التجارب الطبية التي يقصد منها إيجاد علاج للأمراض على الأجنة جائزة، شريطة أن يكون الهدف منها هو العلاج وأن ينعلم الخطر في إجرائها وأن تلقى التجربة حضا من النجاح، وأن تتم وفقا للإجراءات والضوابط الشرعية والأخلاقية، وأن لا تخالف النظام العام وأن لا تؤدي إلى الإضرار بالمجتمع⁴.

المطلب الثاني

جزاء تخلف شرط الرضا في التجارب الطبية

توصلنا إلى أن الحصول على رضا الشخص شرط أساسي لشرعية التجربة الطبية، باعتباره من أحد العناصر الأساسية التي تساهم في ببناء الإباحة، ومن ثم فإن تنفيذ التجربة بدون الحصول على رضا الخاضع لها أثناء جميع مراحلها يترتب عنه إلى جانب المسؤولية المدنية، قيام المسؤولية الجزائية. وسنبين جزاء الإخلال بشرط الرضا في التشريع الفرنسي (فرع أول)، وفي التشريع الجزائري (فرع ثاني).

الفرع الأول: جزاء تخلف الرضا في التجارب الطبية في التشريع الفرنسي

لقد رتبت المادة 1126-1 من قانون الصحة العامة عقوبة الحبس لمدة 3 سنوات وغرامة مالية قدرها 45.000 أورو على كل من يقوم بإجراء تجربة طبية على شخص دون أن يحصل على رضائه الحر والمتبصر، أو يستمر في إجراء التجربة رغم عدول الشخص عن رضائه⁵.

¹ - Art 2151-5 Alinéa 2 : « Une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus... »

² - العربي بلحاج، الاستنساخ الجيني البشري في الميزان الشرعي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 435، 2002، ص.29.

³ - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء العاشر، دار المعرفة، بيروت، دون سنة نشر، ص.134.

⁴ - العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص.80.

⁵ - Article L.1126-1 CSP : « Comme il est dit à l'article 223-8 du code pénal ci-après reproduit : Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 ou sur un essai clinique mentionné à l'article L. 1124-1 du code de la santé publique sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et, le cas échéant, écrit de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes

وعليه فقد خص المشرع الفرنسي الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية بحماية خاصة من الأشخاص القائمين بها، بل حتى من أنفسهم وذلك بمنعهم الخضوع إلى التجارب الطبية بصفة مستمرة، بهدف الحصول على التعويضات المناسبة من جراء المشاركة في التجارب، حيث يتكلف وزير الصحة بمسك سجل وطني خاص بالأشخاص المشاركين في التجارب وذلك طبقاً للمادة 1121-12¹ من قانون الصحة العامة.

ومن جهة أخرى، وحماية لحق الشخص في التعويض المناسب عن الأضرار الناتجة عن الخضوع لهذه التجارب، أسس المشرع الفرنسي المسؤولية في التجارب الطبية بنوعيتها على الخطأ المفترض (Faute présumée)، بعدما كان يعتمد على المسؤولية بدون خطأ في التجارب الغير علاجية، والمسؤولية على الخطأ المفترض بالنسبة للتجارب العلاجية، حيث يمكن للطبيب أن يعفى من المسؤولية إذا أثبت أنه حصل على رضا الخاضع للتجربة الحر والمتبصر، وذلك طبقاً لنص المادة 1121-10² من قانون الصحة العامة، وفي الحالة إعفائه منها يمكن للخاضع للتجربة أن يحصل على التعويض من الديوان الوطني للحوادث الطبية وذلك طبقاً لنص المادة 1142-3³ من نفس القانون.

ويفسر لجوء المشرع الفرنسي إلى الأخذ بنظام المسؤولية بدون خطأ في هذا المجال إلى طابع التبرع الذي يميز مشاركة الشخص في التجارب الطبية، حيث يضع نفسه تحت تصرف القائم بالتجربة مع كل ما تحمله هذه التجارب من مخاطر، ومن ثم فإن طابع التبرع هو الذي يفرض تعويض المضرور من التجارب بدون إلزامه بإثبات الخطأ وعلاقة سببية بينه وبين الأضرار الذي أصابته، ويتبع بذلك فإن التزام القائم بالتجربة هو التزام بتحقيق نتيجة، وهي في هذه الحالة سلامة الشخص الخاضع للتجربة، بحيث تتحقق مسؤوليته بمجرد تخلف هذه النتيجة⁴.

الفرع الثاني: جزاء تخلف الرضا في التجارب الطبية في التشريع الجزائري

لم يتضمن قانون العقوبات الجزائري ولا قانون حماية الصحة وترقيتها أي نص يجرم صراحة التجارب الطبية التي تقام بدون موافقة الشخص الخاضع لها. ويترب عن ذلك عدم إمكانية القاضي الاستجابة لشكوى المتضرر وذلك لانعدام الأساس القانوني الذي يجيز ذلك، خاصة أن القاضي الجزائري مقيد بتطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والتفسير الضيق للنصوص.

غير أن المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها تحيل إلى المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات بشأن الجرائم المرتكبة من قبل العاملين في مجال الصحة والتي تخلف ضرراً بالسلامة البدنية للأشخاص أو بصحتهم، فقد نصت المادة 239 على أنه: "يتابع، طبقاً للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته".

وتنص المادة 288 من قانون العقوبات على: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعوته أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 20.000 دج".

désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par le code de la santé publique ou par les articles 28 à 31 du règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche est pratiquée alors que le consentement a été retiré.».

¹- Art 1121-12 CSP : « Pour chaque recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, le dossier soumis au comité de protection des personnes et, le cas échéant, à l'autorité compétente détermine s'il est nécessaire que la personne ne puisse pas participer simultanément à une autre recherche et fixe, le cas échéant, une période d'exclusion au cours de laquelle la personne qui s'y prête ne peut participer à une autre recherche. La durée de cette période varie en fonction de la nature de la recherche ».

²- Art 1121-10 CSP : « Le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche impliquant la personne humaine pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant...».

³- art 1142-3 CSP : « Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées par l'office institué à l'article L. 1142-22, conformément aux dispositions du II de l'article L. 1142-1. ».

⁴ - عبد الكريم مامون، المرجع السابق، ص. 777-778.

أما المادة 289 من قانون العقوبات فنصت على أنه: "إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 دج إلى 15.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

باستقراء نص المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها فيتم تطبيق المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، إذا خلقت التجارب الطبية ضرراً بالسلامة البدنية للأشخاص أو بصحتهم، وليس تخلف شرط الرضا، وعليه فلنقوم المسؤولية الجزائية للطبيب يجب أن يقتزن تخلف الرضا بإصابة الخاضع للتجربة بضرر يمس سلامته البدنية أو صحته، أما إذا تمت التجربة الطبية بدون موافقة الخاضع لها ولم ينتج عنه ضرر، فلا مجال للحديث عن قيام المسؤولية الجزائية للطبيب، وبالتالي فإن المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمادتين 288 و 289 من قانون حماية العقوبات غير كافية لتوفير الحماية الجنائية اللازمة للشخص في مجال التجارب الطبية.

وفي رأينا إن المشرع قد أخطأ عندما لم يرتب أي جزاء نتيجة الإخلال بالرضا، خاصة إذا علمنا أنه جعله شرطاً أساسياً حتى تكون التجارب مشروعة، ومادام لم يقيم بذلك، فإن الخاضع للتجربة لا يحظى بأية حماية، ويعطي كذلك للقائم بالتجربة إمكانية التجاوز عن الحصول على رضا المتطوع دون أن يخشى أية عقوبة.

غير أن المشرع الجزائري أكد على ثبوت المسؤولية المدنية في حق القائم بالتجربة، والاعتراف بحق الخاضع للتجربة في التعويض عن الأضرار الناتجة عن التجارب الطبية، إذ نصت المادة 4/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها أنه: "لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية".

إن هذا النص جاء عاماً، حيث أشار فقط إلى ثبوت المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة دون تحديد الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية، هل هي مسؤولية قائمة على أساس الخطأ، أو على أساس الخطأ المفترض أو مسؤولية بدون خطأ، كذلك لم يحدد نطاق هذه المسؤولية إذ لم يبين طبيعة ونوع الأضرار الواجب التعويض عنها، وبالتالي وفي غياب القرارات القضائية في هذا المجال فيصعب تحديد موقف المشرع الجزائري.

غير أنه يمكن لهذا النص أن يسهل حصول المتضرر من التجارب الطبية على التعويض المناسب إذا اعتمد القضاء الجزائري نظرية المسؤولية بدون خطأ أو المسؤولية على أساس الخطأ المفترض في مجال التجارب الطبية، لأنه يضمن على الأقل التعويض المادي عن الأضرار التي يمكن أن تصيب الشخص من جراء المشاركة في هذه التجارب.

خاتمة:

تعتبر موافقة الشخص على خضوعه للتجارب الطبية من أهم الشروط التي نصت عليها مختلف التشريعات بسبب توقف شرعية التجربة إلى حد كبير على هذا الشرط، حيث أوجبت هذه التشريعات الحصول على الرضا مهما كانت طائفة الأشخاص المشاركين فيها، ويعني ذلك موافقة الشخص أو موافقة وليه أو ممثله الشرعي حسب الأحوال في الحالات التي يجيز فيها القانون التجريب على غير الراشد.

ويجب أن يكون الرضا حراً ومتبصراً بعيداً عن كل ما يعيب الإرادة، ولا بد من أن يسبق الحصول على الموافقة إعلام المتطوع بكل ما يتعلق بالتجربة وكيفية إجرائها، مع العلم أنه يجوز له العدول عن موافقته في أية مرحلة دون أن تترتب عليه أية مسؤولية.

وقد وضعت بعض التشريعات عقوبات جزائية على مخالفة شرط الحصول على الموافقة، كما تعرضت إلى طرق جبر الأضرار التي يمكن أن تصيب الأشخاص المشاركين فيها.

أما بخصوص تنظيم التجارب الطبية في التشريع الجزائري، فيمكن القول أنه كان بطريقة عفوية غير ممنهجة، إذ اكتفى المشرع بوضع الأساس القانوني لها، والنص على القواعد الأساسية التي تنظمها، خاصة مسألة وجوب الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للشخص الخاضع للتجربة. متجاهلاً بذلك بقية المسائل الأخرى المرتبطة بهذه المسألة ومنها: عدم بيان كيفية التعبير عن الرضا، أو تحديد بدقة الأشخاص الذين يمكن إخضاعهم لهذه التجارب.

ومن جانب آخر، يظهر قصوره في عدم توفير الحماية اللازمة للأشخاص الخاضعين للتجربة، إذ نص على مادة واحدة أكد من خلالها على ثبوت المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة على الأضرار التي تمس الشخص المشارك في التجربة، دون التنصيص على المسؤولية الجزائية، في حالة الإخلال بالرضا.

فنأمل أن يتدخل المشرع الجزائري لسد هذه الفراغات التشريعية ولإزالة الغموض الذي يكتنف بعض النصوص المنظمة لهذا الموضوع الحساس.

وفي ختام هذه الدراسة نقدم للمشرع الجزائري الاقتراحات التالية:

- وجوب تعزيز الحماية القانونية للفئات الضعيفة في المجتمع كالسجناء والقصر، من خلال وضع نصوص خاصة تبين شروط وكيفية إجراء التجارب عليهم؛
- ضرورة سد الفراغ القانوني الموجود من خلال وضع إطار قانوني ينظم التجارب الطبية التي يتم إجراؤها على الأجنة واللقاح الآدمية؛
- ضرورة ضبط المسؤولية الجزائية المترتبة عن إجراء التجارب الطبية بطريقة دقيقة، على غرار المشرع الفرنسي، وذلك من خلال وضع نصوص عقابية خاصة لردع الإخلال بكل شرط من شروط التجارب الطبية، خاصة الإخلال بشرط الرضا.

دور القرائن القانونية في إثبات خطأ التصادم البحري وفقا للقانون الجزائري

The role of legal presumptions in proving the error in ship collisions, according to Algerian law

حسان سعاد، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/16 - تاريخ المراجعة: 2017/11/20.

ملخص:

يهدف هذا المقال إلى التعرف لدور القرائن القانونية في مجال إثبات خطأ التصادم البحري، وهو أحد أهم المسائل في مجال المسؤولية الناشئة عن التصادم البحري، والتي أثارت جدلا كبيرا قبل صدور معاهدة Bruxelles سنة 1910، ولتحقيق هذه الغاية قام الباحث ببيان كيف كان للقرائن القانونية أثر في إثبات خطأ التصادم البحري وإثبات الإهمال من جانب السفينة الصادمة، وكيف تم إلغاؤها واستبعادها ذلك لأن القرينة على الخطأ ليست قاطعة أي يجوز إثبات عكسها.

الكلمات المفتاحية:

القرائن، التصادم، المسؤولية، الخطأ، المالك، السفينة، الإهمال.

Abstract:

The purpose of this article is to identify the role legal presumptions in proving ship collision error, as it is one of the most important problems, regarding liability for maritime collisions. This topic generated a great deal of debate and controversy, until the treaty of Brussels was published in 1910, as it demonstrated the effects of legal presumptions on the process of determining maritime collision error and negligence on the part of the colliding ship, as well as how it was annulled and excluded, since the presumption of error is not conclusive, and be overturned.

Keywords:

Presumption, collision, liability, error, owner, ship, negligence.

مقدمة:

حتى يتمكن المتضرر من التصادم البحري¹ من الحصول على تعويض، يتوجب عليه إثبات وقوع خطأ أو إهمال² من جانب السفينة الصادمة، أي من قبل مالك السفينة أو أحد أفراد الطاقم التابعين له، ولما كان التصادم واقعة مادية سواء تعلق الخطأ الذي نشأ

¹ عرفت المادة الأولى من معاهدة Bruxelles والموقعة في بروكسل في 23 سبتمبر لسنة 1910 الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالمصادمات البحرية التصادم البحري، على أنه: "التصادم الذي يحصل بين سفينتين بحريتين أو بين سفن بحرية ومركب ملاحية داخلية، أيا كانت نوعية المياه التي حدث فيها التصادم".

ونظم المشرع الجزائري أحكام التصادم البحري في القانون البحري ضمن القسم الأول تحت عنوان (تصادم السفن في البحار) من الفصل الرابع المتضمن للحوادث البحرية من الباب الأول، المواد من 273 إلى 298، بحيث تقضي المادة 273 ق بح ج على أنه: "يعد تصادم سفن في البحار، كل ارتطام مادي أو اصطدام بين السفن في البحر أو بين السفن وبواخر الملاحة الداخلية، دون الأخذ في الاعتبار للمياه التي وقع فيها التصادم".

² عرف القضاء الانجليزي الخطأ بأنه سلوك أو عدم القيام بعمل ما يقوم به أو يفعل الشخص المعتاد، وفقا للاعتبارات التي تنظم السلوك الإنساني أو إتيان فعل أو عمل لا يصدر عادة من الرجل الحريص والمعتاد، ولما كان مفهوم الخطأ في البحر لا يختلف عن مفهومه في البر، فيمكن تعريف الخطأ الذي يؤدي إلى التصادم البحري بأنه الفشل في بذل درجة المهارة والعناية المعقولة، والتي تتوافر عادة في رجل البحرية المؤهل.

غير أن القانون تجب وضع تعريف للخطأ، فلم تعرف جل التشريعات البحرية ولا قواعد منع التصادمات لسنة 1972 (COLREGS) الخطأ في مادة التصادم البحري، واكتفت فقط ببيان قواعد المسؤولية الواجب تطبيقها على الحادث، ربما ذلك يرجع إلى أن مفهوم الخطأ في التصادم البحري لا يختلف عن مفهوم الخطأ في القواعد العامة، لهذا كان المجال واسعا للاجتهادات الفقهية فيرى شائع الفقهاء أن الخطأ هو الفعل الضار غير المشروع ومن بين أهم التعريفات أنه: "تعدى على

عنه التصادم بمخالفة إحدى قواعد التصادم في البحر، أو بعدم صلاحية السفينة للملاحة أو الإهمال فيجوز للمضمر إثبات ذلك الخطأ بكافة طرق الإثبات.

ونظرا للظروف الخاصة التي تكتنف التصادم البحري، فإن إثبات الخطأ يكون أمرا عسيرا لاسيما إذا كان التصادم واقعا في أعالي البحار، حيث لا شهود إلا طاقم السفن المتصادمة والمسافرين عليها، ومن الطبيعي أن يشهد كل طرف لصالح السفينة التي كان على متنها، لذلك فإن هناك بعض وسائل الإثبات تكون جائزة في حالة التصادم البحري كالتقرير البحري ودفتر يومية السفينة، هذه الصعوبة في الإثبات في مجال التصادم البحري جعل من إمكانية إصدار حكم عادل أمر نادر، خاصة وأن البيانات تختلف وتتعارض في كل سفينة، بحيث يحاول كل طرف التمسك بأقواله وبياناته قصد إثبات أن الطرف الآخر هو المخطئ¹.

وبصريح نص المادة 277 ق بح ج، فإن المسؤولية في مادة التصادم البحري أساسها الخطأ الواجب الإثبات أي لا يقوم على قرينة الخطأ المفترض²، فالمسؤولية المترتبة عنه تختلف عن مسؤولية حارس الشيء الخاصة للقواعد العامة في القانون المدني في المادة 136 ق م ج بافتراض مسؤولية حارس الشيء، بمعنى إلقاء عبء إثبات الخطأ على عاتق المدعي، لذلك يتعين استبعاد القرائن القانونية التي دأب القضاء على العمل بها، أثناء البحث عن المسؤولية والعمل على إثبات الخطأ بكافة وسائل الإثبات³.

حق يدرك المتعدي فيه جانب الاعتداء"، أو أنه أيضا: "إخلال بحق أو مصلحة عليا"، إلا أن هذه التعاريف لا تقدمنا كثيرا في تحديد معنى الخطأ إذ يبقى علينا أن نحدد ما هي الأعمال التي تلحق ضرر بالغير وينهى عنها القانون.

جلال علي: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص354.

LANGAVANT(E): Droit de la mer, tome 3, Cujas, Paris, 1983, p78.

ويشارك الإهمال بدوره في وقوع حصة لا يستهان بها من حوادث التصادم، باعتباره الصورة الثانية للخطأ والمتمثلة في ذلك السلوك السليبي الصادر من الطاقم والمسؤولين بعدم أخذ الحيلة والحذر، ومفهوم الإهمال وإن كان سببه الرئيسي خطأ الريان، إلا أنه يقتصر عما يصدر من الريان من أخطاء، بل يتعداه إلى كل خطأ وتقصير يصدر من المالك أو المجهز، حسب نص م 574 ق بح ج كعدم صيانة المعدات وإبحار السفينة في حالة غير صالحة للملاحة، إما بصفته المالك أو مستأجر للسفينة م 572 ق بح ج، وبالتالي تكون غير قادرة على تجنب المخاطر البحرية.

محمود شحماط: المختصر في القانون البحري الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2010، ص76.

¹ عبد الفضيل محمد أحمد: القانون الخاص البحري، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2011، ص592.

² طالب محمد كرم: المسؤولية المترتبة عن التصادم البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، مخبر القانون البحري والنقل، ع الثاني، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص222.

³ هناك بعض الحالات غير مؤسسة على الخطأ واجب الإثبات، وإنما تقوم على المسؤولية الموضوعية أي المسؤولية غير الخطئية، فيكفي إثبات وقوع الضرر لتقرير مسؤولية مرتكب الفعل الضار دونما حاجة إلى إثبات خطأ من جانبه.

وقد ترجع الأسباب التي دعت للخروج عن هذه القاعدة، الرغبة في حماية مصلحة معينة أو لصعوبة إثبات الخطأ الواقع من المسؤول، كما هو الشأن في حالة مسؤولية مستغلي السفن الذرية الناشئة عن التصادم البحري في منتصف القرن العشرين، أين شهد العالم قوة جديدة في الملاحة البحرية وانطلاق السفن التي تسير بالقوة الذرية، وكانت الأضرار الناجمة عن التصادم البحري أكثر جساما فانفجار ذري لا يقتصر أثره على المكان فقط بل يمتد للزمان لسنين طويلة، وأفضل مثال على ذلك ما حدث في هيروشيما.

وبالتالي، تكون القواعد التقليدية التي تحكم مسؤولية الناقل أو المالك غير كافية لمواجهة الأضرار الناشئة عن استغلال السفن الذرية، الأمر الذي جعل المشرع الدولي يتحرك من أجل خلق توازن بين تعويض الضحايا وبين تشجيع الاستغلال التجاري لتلك السفن، وقد أسفرت هذه الجهود عن عقد المؤتمر الدبلوماسي في Bruxelles في 1962/5/11 وتوقيع معاهدة خاصة بمسؤولية مستغلي السفن الذرية، والتي تبنت من خلا مادتها الثانية مبدأ المسؤولية الموضوعية لمستغل السفينة الذرية، أي أن مسؤوليته غير خطئية تقوم على الضرر فقط، ولا يمكن للمالك بأي حال من الأحوال التمسك بالسبب الأجنبي لدرء المسؤولية، ولا مبدأ التحديد القانوني للمسؤولية.

راوي محمد عبد الفتاح: المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن التصادم البحري، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة أسبوت، مصر، 2008، ص. 51، 57.

هذا الاستبعاد في القرائن القانونية يجعل من إثبات الخطأ عبئا ثقيلا على عاتق المضور، لأنه سيثبت حقائق عن التصادم لا يعلم بها سوى القائمين على إدارة الملاحة البحرية للسفينة الصادمة، فعندما تدعي سفينة خطأ أو إهمال سفينة أخرى فإنه يكون من المستحيل أو الصعب أن تثبت ذلك، فكان من الطبيعي البحث عن وسيلة تسهل على المضور عبء الإثبات الملقى على عاتقه، فوجدت قاعدة القرينة والمعروفة باسم " Res ipsa loquitur "، والتي أثارت جدلا كبيرا.

وستبرز هذه الدراسة الموجزة جوانب الموضوع للوصول لأفضل نتيجة، واخترنا لذلك خطة ميسرة متكونة من مطلبين اثنين؛ القرائن في إثبات خطأ التصادم البحري بين الإبقاء والإلغاء (مطلب أول)، طرق إثبات التصادم البحري في القانون البحري الجزائري (مطلب ثاني).

المطلب الأول

القرائن القانونية في إثبات خطأ التصادم البحري بين الإبقاء والإلغاء

يشكل التصادم الخطأ الناتج عن خطأ إحدى السفينتين الجانب الأكبر من التصادم الخطأ¹، لكن المشكلة التي تثار تتعلق بسبب وقوع هذا الخطأ وبكيفية إثباته، وبالتالي ينشغل المتصادمون عن طريقة إثبات أسباب التصادم وأن إثبات خطأ التصادم ضروري، لأنها مسؤولية تختلف عن المسؤولية التي ينظمها القانون المدني، حيث أن القرينة القانونية استبعدت في مادة التصادم البحري، سواء في القانون الجزائري أو في معاهدة 1910 Bruxelles.

الفرع الأول: استبعاد القرائن القانونية في إثبات خطأ التصادم البحري

من أجل حث السفن على احترام القواعد واللوائح البحرية لاسيما الخاصة بمنع التصادم COLREGS²، قد تقرر مسؤولية السفينة عن التصادم بمجرد مخالفتها لإحدى هذه القواعد، ولا تقرر مسؤولية مالك السفينة عن التصادم نتيجة القواعد الخاصة بمنع التصادم في البحر، إلا إذا اقتنعت المحكمة بأن هناك ظروف خاصة جعلت مخالفة هذه القاعدة أمرا حتميا،³ مما يتضح أن القرينة على الخطأ ليست قاطعة أي يجوز إثبات عكسها، وبالتالي يجوز لمالك السفينة عند مخالفته لإحدى القواعد أن يتخلص من تلك القرينة بإثبات أن مخالفته للقاعدة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تؤدي للتصادم.

إلا أن معاهدة Bruxelles لسنة 1910⁴، قررت إلغاء القرائن القانونية على الخطأ بموجب المادة السادسة فقرة 2، على أنه: "ليست هناك قرائن قانونية على الخطأ فيما يتعلق بالمسؤولية عن المصادمات البحرية"، وعلى ذلك يجب على المضور إثبات خطأ السفينة

¹ إلى جانب التصادم بخطأ مشترك، ويعني أن كلا السفينتين المتصادمتين قد خالفت القواعد المنصوص عليها سابقا، بحيث ساهم كل منهما بخطئه في إحداث الضرر لنفسه وللآخر الذي تصادم معه أو للغير، وذلك إما لمخالفة قواعد منع التصادم أو لإهماله بعدم أخذ الاحتياطات الضرورية لمنع التصادم.

² في لندن 1972 منذ اعتمادها في 20 أكتوبر 1972 ودخلها حيز النفاذ في 10 جويلية 1977، أدخلت عليها عدة تعديلات في الأعوام 1981، 1987، 1989، 1993، 2001، 2003، والمشملة على 38 قاعدة و 4 ملاحق بحيث جاء في القاعدة الأولى فقرة (أ) بأنه: "تطبق هذه القواعد على كل السفن في أعالي البحار وفي كل المياه المتصلة بها الصالحة للسفن البحرية".

وهي تشمل القواعد المتعلقة بالأشكال، القواعد الخاصة بالإشارات الضوئية والصوتية، قواعد الالتزام بالسرعة المعقولة، قواعد استخدام جهاز الرادار، وقواعد تغيير خط السير والملاحة في اليمين، وتخضع لها جميع السفن التي تمارس الملاحة في أعالي البحار وفي جميع الأماكن الصالحة لهذه الملاحة تخضع لقواعد منع التصادم، من اتفاقية اللوائح الدولية لمنع التصادم في البحار لعام 1972، منشورات المنظمة البحرية الدولية، لندن، 2004.

³ راوي محمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 69.

⁴ يرجع تاريخ إعداد هذه المعاهدة إلى سنة 1897، أين عقدت اللجنة البحرية الدولية أول مؤتمر لها قامت فيه بدراسة أحكام التصادم البحري والإنقاذ بين الدول، ليتم الإعداد لهذين المشروعين في عدة مؤتمرات بدءا بمؤتمر Anvers سنة 1898 ومرورا بمؤتمر لندن 1889، ثم باريس 1900، هامبورغ 1902، Amsterdam 1904، إلى أن عقد مؤتمر دبلوماسي في بروكسل بمبادرة من الحكومة البلجيكية من أجل التوصل لتوحيد أحكام التصادم والإنقاذ البحريين وبعد عدة دورات تم التوقيع على معاهدي Bruxelles والمتعلقتين بالتصادم والإنقاذ البحريين في 23 سبتمبر 1910، وقد قامت كل من: فرنسا، إنجلترا، ألمانيا، إيطاليا، الدانمارك، النرويج، السويد، المكسيك، اليابان، الأرجنتين، الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا بالتوقيع عليهما.

الصداقة حتى في حالة مخالفتها لقاعدة ملاحية، وقد تم إلغاء القرائن القانونية أيضا في قانون الاتفاقات البحرية لسنة 1911 في إنجلترا، وجميع الدول التي صادقت على معاهدة Bruxelles، ماعدا الولايات المتحدة الأمريكية والتي رفضت التصديق على الاتفاقية رغم أنها من أهم الدول البحرية وكانت من الداعين لإبرامها¹.

غير أن إلغاء القرائن القانونية لا يعني إلغاء القرائن القضائية التي تم إقرارها بواسطة القضاء، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هذا الإلغاء ينصرف إلى القرائن القانونية والقضائية معا، مما يؤثر على القرائن القضائية وهو الأمر الذي دفع بالولايات الأمريكية على عدم التصديق لأن ذلك من شأنه التأثير على القرائن القضائية التي تم إقرارها من طرف القضاء الأمريكي خاصة قاعدة "بنسيلفانيا"²، وعلى إجراءات الإثبات.

وإلغاء القرائن القانونية هو المبدأ السائد في التشريع الجزائري حسب نص المادة 1/282 ق بح ج: "لا محل لافتراضات الخطأ المشروعة فيما يخص مسؤولية تصادم السفن في البحار"، والمادة 294 من قانون التجارة البحرية المصري: "لا يفترض الخطأ في المسؤولية الناتجة عن الخطأ في التصادم"، رغم أن الجزائر لم تكن من ضمن الدول التي صادقت على معاهدة Bruxelles.

ووسائل الإثبات التي يتعين أن يلجأ إليها أطراف النزاع في التصادم البحري بعيدا عن القرائن، لا تختلف عن وسائل الإثبات المعمول بها في نطاق القواعد العامة، فعلى المدعي في دعوى التصادم البحري إقامة الدليل على خطأ السفينة بكافة الطرق ذلك لأن الأمر يتعلق بوقائع مادية، لذلك فكل وسائل الإثبات تكون جائزة بمعنى حرية الإثبات هو الواجب التطبيق³، ويستعان في غالبية الأحيان بالإثبات بالتقرير البحري الذي يتضمن كل ما يخص حركة السفينة وجميع الظروف المحيطة بها وكذا الحوادث التي تعرض لها الریان خلال الرحلة البحرية بما فيها التصادم البحري سواء قبله أو أثناء حدوثه أو بعد وقوعه.

كما يتعين على الریان أثناء الرحلة البحرية أن يمسك بشكل منتظم دفتر خاصا وهو دفتر اليومية⁴، يتضمن بيانا مفصلا لجميع ما يقع من حوادث ووقائع أثناء الرحلة البحرية، من جهة أخرى يمكن للمحكمة المختصة أن تأمر بإجراء استجواب للريان وأفراد الطاقم وفي بعض الأحيان استجواب المسافرين للفصل بين أقوال المتصادمين، والتي تعتبر بمثابة تلقي شهادة شهود للتأكد إذا ما ورد من بيانات

بن عصمان جمال: التوحيد الدولي في مجال التصادم البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، مخبر القانون البحري والنقل، ع الأول، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 3، 4. أما بخصوص الدول العربية، فلم تصادق إلا مصر وليبيا يمكن لأن أغلبها كان تحت وطأة الاستعمار مثل الجزائر، وبمصادقة الدول المستعمرة لا يكون هناك داعي لإعادة التوقيع.

¹ ملك شقلم: التأمين والتعويض ضد مخاطر التصادم البحري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 115.

² من القرائن القضائية أيضا والتي مازالت مطبقة أمام القضاء الأمريكي حتى الآن، بخلاف قاعدة بنسيلفانيا:

- قاعدة أوريغون The Oregon rule: والتي تفترض أن السفينة المتحركة التي تصطدم بجسم ثابت أو غير متحرك، قد ارتكبت خطأ وينتقل عبء الإثبات بموجب هذه القرينة إلى المدعى عليه أو المسؤول عن التصادم، فيكون عليه إثبات أن التصادم إما قد وقع خطأ من الجسم الثابت أو نتيجة لقوة قاهرة، أو أن السفينة قد بذلت العناية اللازمة لمنع التصادم ولم تفعل.

- قاعدة لويزيانا The Louisianan rule: وهي مماثلة لقاعدة أوريغون، حيث أن أنها تفترض خطأ السفينة المتحركة إذا اصطدمت بسفينة أخرى راسية في الميناء أو اصطدمت مع احد المنشآت المينائية، وللسفينة الصادمة دحض هذه القرينة بإثبات أن التصادم كان نتيجة لقوة قاهرة أو حادث فجائي ليس في المستطاع تجنبه ببذل المهارة اللازمة.

ملك شقلم، المرجع السابق، ص 119، 120.

كما جاء في القضاء الفرنسي، بأنه في حالة وقوع تصادم بين سفينة شرعية وسفينة بخارية، يجب اعتبار الأخيرة مسؤولة عن الحادث على أساس انه يمكنه المناورة بسهولة، إلا أنها تبقى قرائن خاطئة وليست لها القوة الإلزامية ومن ثم فلا يمكن للقاضي الاعتماد عليها، دون أن يقيم الدليل أمامه.

أحمد حسني: الحوادث البحرية، التصادم والإنقاذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ب س ن، ص 71.

³ RODIERE (R), DU PONTAVICE (E): Droit maritime, 12^{ème} éd, Dalloz, 1997, p437.

⁴ المادة 595 ق بح ج.

في التقرير البحري ودفتر يومية السفينة صحيحا أم لا، وفي حالة التعارض بين تصريحات الشهود فإنه يجب التأكد عن طريق مقارنة الوقائع التي أدلوا بها مع ما ورد في التقرير البحري ودفتر اليومية¹.

الفرع الثاني: قاعدة Res ipsa loquitur

كما سبق وذكرنا أن وقوع التصادم في ذاته قرينة على إهمال مالك السفينة، فقد ينتج التصادم لأسباب متعددة لا يكون للمالك يد فيها مثل سوء الأحوال الجوية، وبالتالي لا يلتزم بإثبات سبب الضرر وإنما يقع على المضرور إثبات وجود خطأ وإهمال مالك السفينة أو أحد تابعيه.

في بعض الأحيان يكون من العسير على المضرور إثبات هذا الخطأ، فوجدت القرينة المعروفة بـ Res ipsa loquitur أو باختصار Ril وتعني أن الشيء يتحدث لذاته، يرجع أصلها لسنة 1861 عندما عرضت على محكمة الخزانة البريطانية قضية تتلخص وقائعها في سقوط جوال من السكر من نافذة أحد المحلات على رأس أحد المارة فأصابه بكسور وجروح، فأقام دعوى بالتعويض على صاحب المحل، إلا أنه لم يتمكن من إثبات خطئه وقضت المحكمة بأنه توجد قرينة على إهمال صاحب المحل فعلى الأشخاص الذين يحتفظون بأجولة أو براميل في مخازنهم أن يحرسوا على أن تظل ثابتة ولا تلحق ضررا بالغير، وإلا كان دليلا على الإهمال².

ولقد استقر القضاء الانجليزي والفرنسي³ على تطبيق هذه القاعدة على دعاوى المسؤولية عن التصادم البحري، وأن تطبيقها لا يؤدي إلى انتقال عبء الإثبات من المضرور إلى المسؤول عن التصادم، بل يظل العبء على عاتق المضرور ذلك أن أثر قاعدة Ril يقتصر على الإشارة إلى أن ظاهر الأمور يفيد أن سبب التصادم هو وقوع إهمال من جانب السفينة الصادمة، وبالتالي يقع على عاتق المالك نفي ذلك⁴.

لكي يستفيد المضرور من هذه القاعدة لابد من أن يكون الحادث مما لا يقع بدون إهمال صاحب السيطرة على الشيء، فكثيرا ما تقع المصادمات البحرية نظرا لسوء أحوال الطقس كما قد تحدث في أوقات تكون فيها الرؤية واضحة وفي طقس صحو، فيمكن أن نستنتج من ذلك أن هناك إهمالا وقع من قبل السفينة الصادمة، وأن يكون الشيء تحت سيطرته وحده، والحكمة في ذلك تكمن في أنه إذا كان الشرط الأول يعتبر بمثابة قرينة على إهمال المدعى عليه، فيجب أن يكون هو وحده الذي له السيطرة والتحكم في الشيء⁵.

وقد أورد نص الفقرة 2 من المادة 282 ق بح ج، استثناء يقضي بأنه: "في حالة التشبيه في التصادم المنصوص عليها في م 274 أعلاه، والخاصة بالارتطام بمنشأة ثابتة أو شيء ثابت في نقطة معينة موجودة في الأملاك العمومية البحرية، جاز افتراض مسؤولية السفينة ماعدا حالة القوة القاهرة وبشرط أن تتوفر في هذه المنشأة أو الشيء قواعد الإشارة".

انطلاقا من ذلك، فإنه يجوز الخروج عن المبدأ العام وهو استبعاد القرائن وذلك بافتراض الخطأ، شريطة أن يكون الارتطام بين سفينة ومنشأة أو شيء ثابت ومتواجد في الأملاك العمومية البحرية ويتوفر على قواعد الإشارة البحرية، على أن لا يكون سبب التصادم راجع لقوة القاهرة.

¹ أحمد حسني، المرجع السابق، ص 71.

² راوي محمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 74.

³ RODIERE (R), DU PONTAVICE (E), op cit, p442.

⁴ ملك شقلم، المرجع السابق، ص 122.

⁵ من التطبيقات القضائية لقاعدة Ril في إنجلترا في مجال المسؤولية عن التصادم البحري، القضية المعروفة باسم Kite والتي تتلخص وقائعها في اصطدام المقطورة Kite بأحد الكباري والتي كانت تحمل بضائع للمدعي نتج عنه تلف هذه البضاعة، فأقام مالكها دعوى ضد ملاك القاطرة من أجل الحصول على تعويض على أساس إهمال من جانب القاطرة وفقا لقاعدة Ril فدفع المدعى عليه بأن سبب التصادم يرجع إلى إهمال تابعي مالك المقطورة في إحكام ربط حبال القطار، وقضي مجلس الملكة الخاص بعدم مسؤولية ملاك القاطرة عن التصادم لاقتناعه بأنه ليس هناك أية احتمالات قوية تفيد أن حدوث التصادم يرجع لإهمال تابعي ملاك القاطرة. راوي محمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 74.

كما أن القضاء الفرنسي أيضا استعمل القرائن في حالات معينة، منها حالة السفينة السائرة والسفينة التي تدرك الأخرى أو التي لا تراعي التنظيم المتعلق بمنع التصادم، فالقضاء الفرنسي أعفى المجهز المضرور في إحدى القضايا من إثبات خطأ ريان السفينة المتسببة في التصادم إذا حصل بين سفينة راسية وسفينة سائرة حيث يفترض خطأ السفينة السائرة كما ذهب لأكثر من ذلك معتبرا أن مجرد مخالفة أي تنظيم من تنظيمات الملاحة البحرية يعد قرينة على الخطأ، ومن تم تتحمل السفينة المخالفة المسؤولية عن التصادم¹. رغم ذلك فقد ذهب غالبية الفقه للقول بأن القرائن ليست لها القوة الإلزامية، ومن تم لا يمكن للقاضي اعتمادها دون أن يقيم الدليل أمامه على الخطأ الذي تسبب في الحادث، خاصة أن التشريعات البحرية قد هجرت اعتماد القرائن القانونية في مجال التصادم البحري، وتطلب من المدعي إثبات خطأ المدعى عليه ومنها المشرع الجزائري والذي تطرق لطرق إثبات خطأ التصادم البحري والتي سنتطرق إليها في المبحث الموالي.

المطلب الثاني: طرق إثبات خطأ التصادم البحري في القانون البحري الجزائري

عالج المشرع الجزائري مسألة القرائن القانونية بالمادة 337 من القانون المدني بقولها " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ". انطلاقا من النص، يجعل كل طرف من أطراف النزاع يلجأ لاستعمال كافة الوسائل قصد إثبات خطأ الطرف الآخر، ذلك لأن المشرع حرص على القرائن القانونية عندما يرى تعذر الإثبات، لاسيما في بعض الحالات التي يكون إثباتها معقدا حتى لا يكون ذلك مستحيلا على الخصوم، لهذا فوسائل الإثبات التي يتعين أن يلجأ إليها أطراف النزاع في التصادم البحري، لا تختلف عن وسائل الإثبات المعمول بها في نطاق القواعد العامة، فعلى المدعي في دعوى التصادم البحري إقامة الدليل على خطأ السفينة بكافة الطرق ذلك لأن الأمر يتعلق بوقائع مادية،² لذلك فكل وسائل الإثبات تكون جائزة بمعنى حرية الإثبات هو الواجب التطبيق، ومتى استطاع المدعي إثبات دعواه، فإن ريان السفينة يتحمل تعويض الأضرار التي تسبب بها خطأه.

الفرع الأول: التقرير البحري

يستعان في غالبية الأحيان بالإثبات بالتقرير البحري وهو قرار موجز ودقيق صادر من الريان، يتضمن كل ما يخص حركة السفينة وجميع الظروف المحيطة بها وكذا الحوادث التي تعرض لها الريان خلال الرحلة البحرية بما فيها التصادم البحري سواء قبله أو أثناء حدوثه أو بعد وقوعه.

ولهذا التقرير حجية خاصة في الإثبات بل ويعتبر من وسائل الإثبات الهامة في القانون البحري على وجه العموم والتصادم البحري خصوصا، إذا قدم في موعده القانوني خلال 24 ساعة حسب م 604 ق بح ج،³ وتم تحقيقه من قبل السلطة البحرية المختصة إلى غاية أن يقوم الدليل على عكسها، والتقرير البحري المؤكد بطريقة نظامية يعد حجة كاملة إلى حين إثبات عكس ما جاء فيه. والتزام الريان بتقديم التقرير ليس التزاما عاما يجب تنفيذه عقب كل رحلة، بل هو مقصور على الحالات التي تقع فيها أثناء الرحلة حوادث غير عادية كالتصادم، ويستوي في ذلك أن تتعلق هذه الحوادث بالسفينة ذاتها أو بالأشخاص الموجودين عليها أو بالحمولة.

الفرع الثاني: دفتر يومية السفينة

كما يتعين على الريان أثناء الرحلة البحرية أن يمسك بشكل منتظم دفترا خاصا وهو دفتر اليومية أو دفتر الحوادث الرسمي للسفينة، يتضمن بيانا مفصلا لجميع ما يقع من حوادث ووقائع أثناء الرحلة البحرية، بما في ذلك المخالفات التي قد يرتكبها البحارة وذكر جميع

¹ أخياض محمد: التصادم البحري، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 1987، ص 238.

² إيمان الجميل: الحوادث البحرية، المكتب الجامعي الحديث، 2013، ص 21.

³ المادة: 604 ق بح ج: " عند حدوث أضرار هامة للسفينة أو الأشخاص الموجودين على متنها أو لحمولتها يجب على الريان خلال 24 ساعة من وصوله أول ميناء تحرير تقرير مفصل يبين فيه ظروف الحادث ويقدمه للسلطة البحرية المختصة للميناء والتي تسلم بدورها إيصالا بذلك للريان".

الظروف التي تتم فيها الملاحة البحرية كحالة الطقس وغيرها وجميع القرارات التي قد يتخذها أثناء السير في البحر، وللمحكمة المختصة من خلال هذه البيانات والتي تعتبر بمثابة تصريح من الریان عن أحداث ووقائع الرحلة البحرية الاستعانة بها لمعرفة ملاسبات الحادث، وإذا ما كان الریان قد اتخذ الإجراءات اللازمة لتفادي وقوع التصادم أم أنه أهمل في ذلك¹.

كما تظهر فائدة دفتر السفينة أنه من خلال البيانات التي تثبت فيه، يتضح للمحكمة أو لجان المعاينة أو الخبراء أو الإدارة البحرية المختصة معرفة الكثير عن الحادث الذي حصل، ومن خلاله أيضا يتضح إذا ما كان الریان قد اتخذ الإجراءات اللازمة لتلافي وقوع التصادم البحري باعتباره حادثا يجب أن يسجل في دفتر يومية السفينة.

الفرع الثالث: شهادة الشهود

من جهة أخرى يمكن للمحكمة المختصة أن تأمر بإجراء استجواب للریان وأفراد الطاقم وفي بعض الأحيان استجواب المسافرين للفصل بين أقوال المتصادمين، والتي تعتبر بمثابة تلقي شهادة شهود للتأكد إذا ما ورد من بيانات في التقرير البحري ودفتر يومية السفينة صحيحا أم لا، وفي حالة التعارض بين تصريحات الشهود فإنه يجب التأكد عن طريق مقارنة الوقائع التي أدلوا بها مع ما ورد في التقرير البحري ودفتر اليومية.

وتعتبر شهادة الشهود في كافة التشريعات وسيلة للإثبات وهي حجة مقنعة وبالتالي غير ملزمة وعليه للقاضي كامل السلطة في تقدير قيمتها أي السلطة التقديرية للقاضي فقد تكون في القضية من القرائن والأدلة الأخرى ما يغني عن الشهادة، وهي ليست حجة قاطعة فما ثبتت بالشهادة يعتبر صحيحا إلى أن يثبت عكسه، ويثبت عكس تصريحات الشهود بكافة وسائل الإثبات.

الفرع الرابع: الخبرة

قد تأمر المحكمة المختصة أيضا بتعيين خبراء لتحديد سبب التصادم،² خاصة في حالة وقوع التصادم البحري في أعالي البحار حيث لا يوجد شهود إلا بحارة السفن المتصادمة أو المسافرين المتواجدين على متنها، وغالبا ما يشهد هؤلاء لصالح السفينة التي كانوا عليها، وكل يحاول التنصل من المسؤولية بإلقائها على الآخرين فيضطر البعض لإخفاء بعض المستندات وبالتالي قد لا يطمئن القضاء لتقارير الرابنة، لذلك يتم اللجوء إلى الخبرة لتحديد الأخطاء إلا أنها أمر اختياري فالمحكمة المختصة غير مجبرة للجوء إلى الخبراء³. وللخبرة دور هام في مجال الحوادث البحرية بصفة عامة والتصادم البحري بصفة خاصة، في التوصل بطريقة موضوعية إلى أسباب وقوع التصادم ومحاولة الكشف عن الأخطاء المرتكبة من رابنة السفن المتصادمة، وهو في ذلك يستخدمون كل ما تحت أيديهم من أدلة ووسائل إثبات كدفتر اليومية ودفتر الماكينات علاوة على مصادر أخرى من المعلومات مثل الخرائط البحرية المستخدمة وقت التصادم والتقارير الجوية.

ويبقى الهدف كله من وسائل الإثبات هو تحديد الأخطاء، وبالتالي تحديد المسئول لتقدير قيمة الأضرار الناجمة عن ذلك، على أن تتقدم دعوى المطالبة بتعويض الأضرار بمضي سنتين ابتداء من تاريخ وقوع التصادم وهذا ما تقضي به م 1/289 ق بح ج.

خاتمة:

من العرض السابق، تبين أن تطبيق القرائن القانونية على دعاوى المسؤولية في مجال التصادم البحري من قبل القضاء الإنجليزي، ومن خلال قاعدة *Res ipsa loquitur* من شأنه إيجاد السبب المحتمل في وقوع التصادم وهو وجود إهمال من جانب السفينة الصادمة، وبالتالي يقع على عاتق المالك أو المجهز نفى صحة هذا الوضع الظاهر.

¹ المادة: 595 ق بح ج: " يتعين على الریان أن يتأكد من أن دفتر السفينة ويوميات الماكينة والراديو وجميع الوثائق الأخرى مسوكة بصفة نظامية ".

² محمود شحات، المرجع السابق، ص 76.

³ محمد بمجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 119.

رغم ذلك، يكون من الخطأ الاعتماد على القرائن القانونية في مجال حوادث التصادم البحري، فلا محل للاعتماد على القرائن القانونية في خطأ التصادم في القانون البحري الجزائري، خاصة مع التطور التكنولوجي الذي عرفته صناعة السفن وأضحت السفن مأمونة للنقل البحري، فتخلت معظم التشريعات البحرية عن القرائن القانونية في مجال التصادم البحري، وألزمت المدعي إثبات خطأ المدعى عليه بصدور معاهدة Bruxelles لسنة 1910 والتي صادقت عليها معظم التشريعات البحرية، باستثناء الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية، وبالتالي فإن حدوث التصادم لا يقع غالبا إلا إذا كان هناك إهمال من قبل المالك أو أحد تابعيه، ولهذا يجب على المضرور أن يقيم الدليل وبكافة طرق الإثبات على خطأ السفينة الصادمة، وفي حالة فشله يتحمل كل طرف الأضرار والخسائر التي لحقت من التصادم.

أثر الإشهار المقارن على العلامة التجارية: دراسة مقارنة

The impact of comparative advertising on the brand: a comparative study

أ. معيزي خالدية، أستاذة مساعدة قسم (أ)،

معهد العلوم القانونية والإدارية، قسم القانون الخاص،

المركز الجامعي العلامة أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/18 - تاريخ المراجعة: 2017/11/23.

ملخص:

إن من أكثر أنواع الإشهار جدلا وتأثيرا في إرادة المستهلك الإشهار المقارن والذي يعتمد على المقارنة بين السلع والخدمات من ذات الجنس والمؤدية لنفس الغرض، بدافع المفاضلة، وللرفع من قيمة إحداها على حساب الأخرى، مما جعل الفقه والقضاء وحتى التشريعات تتخبط في دوامة مشروعية هذا النشاط من عدمها، حيث يلعب دورا جوهريا في نجاح العلامة التجارية أو سقوطها، فكما له الأثر الكبير على شهرة العلامة التجارية و يمكن أن يحط من قيمتها ويحطم كل المساعي والجهود المبذولة في سبيل إيصالها إلى المستهلك وجذب الانتباه إليها.

الكلمات المفتاحية:

الإشهار التجاري، الإشهار المقارن، العلامة التجارية، الاتصال الإشهاري، الإشهار الكاذب والمضلل، الممارسات التجارية المضللة.

Abstract:

Comparative advertising is one of the most common, and most impactful, types of advertising. It relies on the comparison between similar goods and services, which have the same purpose, in order to measure one to the other, and subsequently elevate one's value over the other. Though the legality of this practice is still in question, as jurisprudence and legislation alike struggle to decide on outlawing it or not, considering that it plays a key role in the success, or failure, of the brand, as it has a great impact on the brand's reputation and can decrease its value and spoil all efforts and endeavors to reach the consumer and attract attention to the brand.

Keywords:

Advertising, comparative advertising, brand, advertising communication, false and misleading advertising, misleading business practices.

مقدمة:

يعتبر الإشهار من بين أهم وسائل الاتصال التجاري، حيث يحاول من خلاله العون الاقتصادي إيصال معلومات أو ترسيخ فكرة حول منتجاته، إن كانت سلعا أو خدمات، وله أهمية كبرى في مجال الاقتصاد عموما، وكذلك الأمر بالنسبة للعلامة التجارية فلها دور فعال من الناحية الاقتصادية والاجتماعية وحتى القانونية على الصعيدين الداخلي والدولي، لما لها من فاعلية في تطوير الاقتصاد. وإن العلاقة بين الإشهار والعلامة التجارية ليست بالخفية فكل عمل إشهاري يستهدف في أغلب الأحيان علامة تجارية معينة إن كانت سلعة أو خدمة. وهذه العلاقة هي علاقة تكاملية فكلما كانت الرسالة الإشهارية ناجحة كلما أدى ذلك إلى انتشار العلامة وشهرتها، وكلما كانت العلامة مشهورة ولها جذور راسخة كان هنالك قبول للرسالة الإشهارية من قبل جمهور المستهلكين.

لكن ماذا لو تم نشر رسالة إشهارية تتضمن مقارنة إحدى العلامات التجارية بأخرى؟، ما درجة مشروعية مثل هذا التصرف؟، وهل يعتبر ممارسة للنشاط الإشهاري، أم أن الأمر بهذه الصورة يتحول إلى محاولة الإطاحة والتشهير بالعلامة المنافسة مقابل تحويل انتباه المستهلك إلى العلامة المنافسة المروج لها؟.

للإجابة عن هذه الإشكالية سنحاول في بادئ الأمر تحديد المفهوم العام للإشهار المقارن، مع الحديث عن التضارب الفقهي والقضائي حول مدى مشروعيته كإحدى وسائل الاتصال الإشهاري، في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فسيكون الحديث عن الآثار التي يمكن أن يحدثها الإشهار المقارن على العلامة التجارية إن كانت إيجابية أو سلبية.

المبحث الأول

ماهية الإشهار المقارن

سعى منها لحماية الأعوان الاقتصاديين من مخاطر المنافسة غير المشروعة التي يمكن أن يمارسها مجموعة من الطفيليين والتي بدورها تعود بالخسارة والمزاحمة في الحياة الاقتصادية، ذهبت جل الدول إلى تقرير تشريعات خاصة لحماية بعض الحقوق للصيقة بالعون الاقتصادي، من بعض الممارسات التي يمكن أن تتحول تحت ظروف معينة إلى ممارسات غير مشروعة أو غير نزيهة بحسب تعبير المشرع الجزائري، ومن بين هذه التصرفات الإشهار المقارن، لذلك سنبين فيما يلي متى يعتبر الإشهار التجاري مقارنا، ونحاول تحديد مميزاته، وتبيان الجدل القائم حول مدى مشروعيته.

المطلب الأول: مفهوم الإشهار المقارن.

لتحديد مفهوم الإشهار المقارن لابد في بادئ الأمر التعريف به (فرع أول)، ثم تمييزه عما يشابهه من التصرفات (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الإشهار المقارن.

قبل التطرق إلى تعريف الإشهار المقارن لا بد من تعريف الإشهار التجاري عموما، فهو ذلك النشاط الاتصالي غير المباشر بين المنتج والمستهلك، وتجدر الإشارة إلى أن الإشهار التجاري له عدة تعريفات مختلفة وذلك بحسب نظرة كل باحث لهذا النشاط باعتباره وسيلة إشهارية وترويجية، أو عملية اتصال، أو عملية اقتصادية أو اجتماعية، أو غير ذلك.

ومن أبرز التعريفات في مجال التسويق ما جاء به الفقيه والمؤرخ البلجيكي François Laurent بأنه: "اتصال جماهيري غير شخصي يتم لحساب مؤسسة تسمى المعلن الذي يدفع لوسيلة الإعلام كي تنشر رسالته، والتي غالبا ما يتم وضعها وتصميمها من طرف وكالة إشهارية أو اتصالية، وغالبا ما تكون في خدمة هدف تجاري، وفي أحيان أخرى اجتماعيا أو سياسيا¹. أما في المفهوم القانوني فنجد المشرع الجزائري قد عرفه من خلال نص المادة 3/3² من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج، بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

أما المشروع التمهيدي للقانون المتعلق بالنشاطات الإشهارية فقد جاء في مادته الثانية بأنه: "يعد نشاطا إشهاريا كل نشاط يهدف إلى تقديم خدمات بغرض ضمان الترقية التجارية لاسيما للأمالك أو الخدمات مهما كان مكان أو وسائل الاتصال المستخدمة"³. في حين لم يأتي على تعريفه في القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. أما في القانون المقارن فنجد القضاء الفرنسي يعرف الإشهار بأنه كل وسيلة معلومات تسمح للمتعامل بتكوين فكرة حول النتائج التي يمكن أن تتوقع من المنتج أو الخدمة المقدمة له⁴.

أما المشرع الفرنسي فقد عرّفه في نص المادة الثانية من الأمر رقم 92/280 المؤرخ في 27 مارس 1992 المتعلق بالإشهار السمعي البصري، والتي جاء في فحواها، "يعتبر إشهارا كل شكل لرسالة تلفزيونية تنشر بدون أجر أو مقابل أجر، سواء من أجل تشجيع تمويل الأموال أو الخدمات بما في ذلك تلك التي تقدم تحت الصنف ذاته في إطار نشاط تجاري صناعي حربي أو مهن حرة سواء لتأمين

¹ - Laurent François, Les études de marché, édition d'organisation Paris, 2001, p 518.

² - القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو

2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46، ص3

³ - المادة 02 من المشروع التمهيدي للقانون المتعلق بالنشاطات الإشهارية المقدم بتاريخ 26 مارس 2015 إلى مكتب البرلمان.

⁴ - "Tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui proposé"

الازدهار التجاري لشركة عامة أو خاصة¹. ويذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من ذلك بتأكيده على جنة الإشهار الكاذب والمضلل، حيث استبدل في التعديل الذي مس قانون الاستهلاك الفرنسي سنة 2008 مصطلح الإشهار الكاذب والمضلل بمصطلح الممارسات التجارية المضللة².

هذا عن الإشهار كنشاط تجاري بصورة عامة، ولكن ما يهمنا في دراستنا هاته؛ هو أنه من بين الأنشطة التجارية التي يؤتيها التاجر أو المحترف في هذا المجال نوع من أنواع الإشهار الذي يثير الكثير من التضارب الفقهي والقانوني وحتى القضائي وهو الإشهار المقارن. حيث يعرف الإشهار المقارن بأنه: " الإشهار الذي يقوم بتقديمه صانع أو موزع أو مؤدي خدمات بحيث يقارن من خلاله بين الأموال والخدمات التي يعرضها المنافس له محدد الهوية أو يمكن تحديدها في الرسالة الإعلانية بغرض إقناع جمهور المستهلكين بأفضلية منتجاته أو خدماته عما يماثلها في السوق"³. وقد ورد في المشروع التمهيدي للقانون المتعلق بالنشاطات الإشهارية تعريف للإشهار المقارن في نص المادة التاسعة فقرة 11 حيث جاء فيها أن: " كل إشهار يشير لاسيما إلى منتوجين أو بضاعتين أو علامتين، بغرض مقارنتهما بكيفية تنزع عن أحدهما الاعتبار أو المصادقية بطريقة مباشرة "

ويمكن أن يستشف موقف المشرع الجزائري من الإشهار المقارن من خلال نص المادة 28 فقرة 2 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث جاء فيها: " دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوع، كل إشهار تضليلي لاسيما إذا كان :

1- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.

2- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه." في حين لم يتم تنظيم مثل هذا الإشهار في التشريعات الأخرى المتعلقة بحماية المستهلك.

أما المشرع الفرنسي فقد تطرق لتعريف الإشهار المقارن من خلال قانون الاستهلاك الفرنسي بعد تعديله سنة 1997 في المادة 8-121 L والتي جاء فيها بأنه ذلك الإشهار الذي يضع في المقارنة، صراحة أو ضمنا منافسا أو السلع والخدمات التي يقدمها منافس آخر.⁴ وقد عرّفه الفقه الفرنسي بأنه شكل خاص من أشكال الإشهار، يتم من خلاله الترويج للمبيعات عن طريق المقارنة بين المنتجات أو الخدمات المقدمة من قبل مشروع معين، مع تلك التي تقدمها مشروعات منافسة بواسطة تسليط الضوء على مزايا المنتجات والخدمات التي يقدمها المعلن بمقارنتها مع التي يقدمها المنافس، مع الإشارة بالضرورة إلى الاختلاف بين تلك السلع والخدمات عن طريق وصف خصائصها الرئيسية.

وفي المادة 06 من القانون الدولي للممارسات المشروعة في مجال الإشهار، عرّفت غرفة التجارة العالمية الإشهار المقارن بأنه عندما يحوي الإشهار مقارنة يجب ألا يحمل في طياته تضليلا للمستهلك ويجب أن يحترم مبادئ المنافسة المشروعة. وأن تستند عناصر المقارنة إلى وقائع موضوعية يمكن التحقق منها، واختيارها بمشروعية⁵.

¹ - Art 02 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992, relatif à la publicité au parrainage audiovisuel: "Constitué une publicité toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée" Art 02 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992, relatif à la publicité au parrainage audiovisuel.

² - Art L 121-1 du code de la consommation, loi n° 2008-3 de 03 janvier 2008.

³ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004، ص 183.

⁴ - " tout publicité qui met en comparaison des biens ou services identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou des services offerts par un autre concurrent ".

⁵ - Yamina Benliman, le droit et la publicité, édition scolie, Alger, 2015, p 175.

الفرع الثاني: تمييز الإشهار المقارن عن الإشهار الكاذب والمضلل.

لجذب انتباه المستهلك ورغبته في اقتناء السلع والخدمات يمكن أن يستخدم العون الاقتصادي أية تقنية أو إستراتيجية اقتصادية، وبذلك يمكن أن يدخل الأعوان الاقتصاديون في إطار المنافسة غير المشروعة باعتماد ممارسات غير نزيهة كالإشهار الكاذب أو التضليلي. ويقصد بالإشهار الكاذب أن تحتوي الرسالة الإشهارية معلومات مغايرة للحقيقة وكاذبة، وغير صحيحة (inexacte).

والجدير بالذكر أن فكرة الإشهار الكاذب أو التضليلي لم تكن محددة المعالم في القانون الجزائري حيث كانت الانحرافات المتعلقة بالاتصال التجاري (la communication commerciale) تعتبر كمخالفة متعلقة بالغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية بموجب المادة 1429¹ من قانون العقوبات الجزائري. فالمرشع من خلال هذا النص عالج مسألة الغش والتدليس في بيع المواد الغذائية والطبية وليس سعيا منه إلى تجريم الإشهار الكاذب، وإذا اعتبرنا أن المشرع الجزائري قد أراد من النص تنظيم الإشهار فقد تجاهل تماما حقيقة النشاط الإشهاري، ولكن يمكن أن يعتبر هذا النص كلبنة أولى لوضع تنظيم قانوني خاص بالإشهار كنشاط تجاري يلتزم التنظيم، والإشهار الكاذب و التضليلي كإحدى صور الممارسات التجارية غير المشروعة.

إن المشرع الجزائري لم يتطرق بأية صورة للإشهار الكاذب أو التضليلي في النص القانوني المتعلق بحماية المستهلك ومع الغش، على خلاف المشرع الفرنسي الذي بادر إلى القضاء على الفراغ القانوني المتعلق بالإشهار الكاذب أو التضليلي كغش تجاري، فسن قانون 02 جويلية 1963 الذي جرم الإشهار الكاذب الذي يحمل المستهلك على تغيير إرادته². إلا أن هذا القانون سرعان ما تبين عجزه لعدم تمكنه من حصر كل أنواع الإشهار المخالف للحقيقة، فجاء القانون رقم 73-1193 الصادر في 27 ديسمبر 1973 لتوجيه التجارة والحرف orientation de commerce et l'artisanat في المادة 44 منه حيث استبعد كل العبارات الغامضة لسوء النية وتضمن عبارات عميقة وشاملة، ثم عدل بعد ذلك هذا القانون بموجب القانون رقم 23-78 الصادر في 10 جانفي 1978 والمتعلق بحماية المستهلكين وإعلامهم، والذي حدد الأشخاص المسؤولين عن مثل هذه النشاطات غير المشروعة، كما أضاف مصطلح التضليلي de nature à induire un erreur وبذلك أصبح تعريف الإشهار الكاذب والتضليلي مرتبط بنص المادة 1-L121³ وما يليها في قانون الاستهلاك الفرنسي، فمن خلال هذا النص وبالرغم من انه ليس نصا خاصا في مجال الإشهار إلا أنه حدد العقوبة ومجال تطبيقها بشكل أوسع⁴.

ثم أخذت دائرة التصرفات غير المشروعة في مجال التجارة تتسع من خلال القانون رقم 776-2008 المؤرخ في 04 أوت 2008، والصادر مباشرة بعد التوجيه المشترك رقم 29-2005 المؤرخ في 11 ماي 2005 والتعلق بالممارسات التجارية غير المشروعة للشركات ضد المستهلكين، ليصبح النص الجديد 1-L121 من قانون الاستهلاك الفرنسي يحدد الظروف التي تعد فيها الممارسات التجارية كاذبة.

¹ - المادة 429 من الأمر رقم 66/156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم (ج.ر.ج.ج.، ع. 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966، ص 702.)

" يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2000 إلى 20000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد:

- سواء في الطبيعة أو في الصفات الجوهرية، أو في التركيب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع، سواء في نوعها أو مصدرها، سواء في كمية الأشياء المسلمة أو في هويتها.

في جميع الحالات فإن على مرتكب المخالفة إعادة الأرباح التي حصل عليها بدون حق".

² - Yamina Beliman, op.cit. p 143.

³ - L121-1 du code de consommation : " est interdite toute publicité comportant sous quelque forme que ce soit des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire un erreur, lorsque celles-ci portent ...".

⁴ - Régis Fabre, Nicolas Genty, Droit de la publicité et de la promotion des ventes, 4^{ème} éd, Dalloz, 2013, p 42.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 27 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، قد أورد وبشكل غير مباشر بعض الممارسات التجارية التي تدخل في مفهوم الإشهار الكاذب أو المضلل، حيث جاء في نص المادة: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون، لا سيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:- تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمس بشخصه أو منتوجاته أو خدماته..."، فنشر المعلومات التي يمكن أن تسيء إلى شخص أو منتج أو خدمة العون الاقتصادي المنافس يمكن أن تكون عن طريق الإشهار.

من خلال ما سبق يمكن تحديد بعض النقاط التي يتميز بها الإشهار الكاذب والتضليلي عن الإشهار المقارن: إن الإشهار الكاذب أو التضليلي يحتوي بطريقة أو بأخرى على معلومات أو تصريحات أو إعلانات تدفع بالمستهلك إلى تغيير إرادته، ويمكن أن يؤثر على العون الاقتصادي المنافس بجلب الزبائن لأن الإشهار التضليلي يعتمد على وسائل تضلل المستهلك وتؤثر في إرادته.

ويجب التنويه إلى أن الكذب في المجال التجاري وخاصة في الإشهار التجاري له مفهوم عام، فبعض الإعلانات تعتمد على تضخيم صورة أو قوة أو فاعلية السلعة أو الخدمة التي يروج لها طبقا لقاعدة جواز المبالغة في الإشهار، فتستعمل عبارات مبالغ فيها مثل الأقوى، الأول عالميا... وهي عبارات مسموح بها في مجال الإشهار التجاري لأنها مبالغ فيها لدرجة عدم تصديقها، ومثال ذلك الإشهار عن الصابون السائل لليديين (détol) فيوصف بأنه يقتل الجراثيم 100% وهو أمر لا يمكن الجزم به لذلك لا يعتبر كذبا لأنه لا يؤثر على إرادة المستهلك أو يؤثر على المنافسين، لكن إذا احتوت الرسالة الإشهارية كذبا قد يؤثر على إرادة المستهلك فهنا نكون أمام تصرف غير مشروع يستوجب العقاب. إذا لا مجال للمقارنة بين الإشهار الكاذب والمقارن من حيث المبدأ ولكن التشابه يقع بين كل من الإشهار المقارن والتضليلي من حيث الهدف فكل منهما يهدف إلى إيهام المستهلك وخداعه بتفضيل السلعة أو الخدمة المعلن عنها. ويختلفان في النقاط التالية والتي تستشف من التعاريف السابقة:

- الإشهار التضليلي يعتمد على استخدام وسائل ومعلومات تضليلية لإيهام المستهلك بنجاعة السلعة أو الخدمة المروج لها في حين يعتمد الإشهار المقارن على تلك المعلومات المغلطة بالمقارنة بين السلعة أو الخدمة التي يقدمها مقابل السلعة أو الخدمة التي يقدمها المنافس. كما أنه لا يشترط حتى نكون أمام إشهار مقارن ضرورة استخدام وسائل ومعلومات مضللة بل تكفي المقارنة الصريحة حتى ولو كانت صادقة للإطاحة بالمنافس كشخص أو السلع التي يعرضها أو الخدمات التي يقدمها.

- يمكن استخلاص فرق آخر وهو الفعل المحرم في كل من الإشهار المقارن والإشهار التضليلي، ففي الإشهار التضليلي الفعل المحرم هو الإتيان بوسائل أو معلومات احتيالية للإيقاع بالمستهلك وجعله يختار السلعة أو الخدمة المروج لها دوناً عن سواها، في حين الفعل المحرم في الإشهار المقارن، هو أن تتم المقارنة أو المفاضلة بين سلعة وأخرى أو خدمة وأخرى، بقصد الإطاحة بالمنافس أو بالسلع والخدمات المنافسة.

- ويظهر الاختلاف كذلك في الأطراف المتضررة من كل نوع، ففي الإشهار التضليلي تكون الضحية المستهلك دون سواه. في حين يكون المتضرر في الإشهار المقارن كل من المستهلك والعون الاقتصادي المنافس.

المطلب الثاني: الجدل القائم حول مشروعية الإشهار المقارن.

لا جدل في أن المشرع الجزائري لم يتناول موضوع الإشهار المقارن بصورة واضحة وصريحة، في حين نجد في القوانين المقارنة تضارب بين موقفين، أحدهما ينادي بمشروعية الإشهار المقارن، والثاني رافض لهذا الأخير ويؤكد عدم مشروعيته.

الفرع الأول: الاتجاه القائل بعدم مشروعية الإشهار المقارن.

في بعض دول الاتحاد الأوربي يسمح بتقديم إشهار مقارن مع الكثير من القيود والشروط ومن هذه الدول مثلاً إسبانيا، بريطانيا، ألمانيا وغيرها، في حين دول أخرى لا تسمح بهذا الشكل من الإشهار ومن هذه الدول فرنسا. قبل قانون 1992 والمتعلق بحماية المستهلكين فلم يرد في القانون نص يجرم أو يمنع الإشهار المقارن¹.

ففي المنظومة القانونية الفرنسية وإلى غاية 1992 لم يكن هناك نص يجرم أو يمنع الإشهار المقارن، فكانت المحاكم تستند في تجريمه إلى عدم تنظيم هذا النوع من الإشهار، وبحجة أنه صورة من صور المنافسة غير المشروعة concurrence déloyale. فكانت تجرم عملية المقارنة بذاتها مما جعل القضاة يذهبون إلى تطبيق نظرية المنافسة غير المشروعة استناداً إلى نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي والمتعلق بالمسؤولية التقصيرية للمطالبة بوقف الإشهار المقارن وتعويض الأضرار، ومتابعة كل مقارن يحتمل أن يلحق ضرراً بمنافس له². حيث أن نص المادة 1382 من القانون المدني سالف الذكر يقيم المسؤولية الشخصية على أساسا الخطأ الشخصي، والخطأ في هذه الحالة هو القيام بالمقارنة بين السلعة أو الخدمة التي يقدمها مع سلعة أو خدمة يقدمها منافس آخر. أما الضرر فيلحق بالمنافس بتحقيق شروط المنافسة غير المشروعة، ويلحق المستهلك بالتأثير على إرادته باستعمال وسائل المقارنة والمفاضلة بين السلعتين أو الخدمات. وأشهر مثال على ما سبق، القضية التي عرضت على محكمة باريس سنة 1980 وتتلخص وقائعها في أن إحدى الشركات كانت تصنع مضاداً حيوياً وتنافس فيه منذ سنة 1968، قامت إحدى الشركات الحديثة بتصنيع نفس المضاد الحيوي سنة 1974 والتسويق له بحملة إشهارية مستغلة فيها حضور الأطباء تقارن فيها بين كل من المضاد الحيوي الذي من المفروض أنها صنعتها والمضاد الذي تصنعه سابقتها، وكان واضحاً في المقارنة التي قامت بها ترجيح كفة منتجها على نظيره، بناءً هذه الوقائع قضت المحكمة بقيام مسؤولية الشركة التي قامت بالمقارنة على أساس الخطأ التقصيري والذي يستوجب التعويض طبقاً لنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي باعتبارها منافسة غير مشروعة³.

هذا عن الرأي الذي كان يذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسيين، لكن ذلك لم يبق على حاله لفترة طويلة. فالمعروف في الوسط الفقهي أن ظهور فكرة للوهلة الأولى دائماً تكون محل جدال بين مؤيد ومعارض، وهو حال الإشهار المقارن ولكونه حديث الظهور نسبياً لا تزال بعض القوانين التي لا تأخذ بشرعية الإشهار المقارن على إطلاقه بل تخضعه إلى شروط وقيود وقواعد المنافسة الشرعية (la concurrence loyale)، ومنها من لم تناقش الفكرة ولم تعالجها إلى يومنا هذا ومثاله القانون الجزائري.

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بمشروعية الإشهار المقارن.

أول من وظف الإشهار المقارن كانت الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا التأكيد كان بناءً على أرقام، فالإشهار المقارن كان يمثل 10 % من مجموع الاستثمار الإشهاري، ويتم هذا الأخير ضمن نظام أكثر ترخيصاً في هذا المجال تحت مجموعة من الشروط بطبيعة الحال حتى لا يخرج عن نطاق المنافسة المشروعة⁴.

وقد بدأ الأخذ بهذا التوجه ابتداءً من نص المادة 06 من القانون الدولي المتعلق بالممارسات الشرعية في مجال الإشهار⁵ سالف الذكر، وفي 28 مايو 1991 تم اقتراح توجيه من قبل الجمعية الأوروبية عرفت الإشهار المقارن في مادته الأولى بأنه كل إشهار يستهدف بشكل جلي أو ضمني منافس أو سلع أو خدمات من نفس الطبيعة مقدمة من طرف منافس. هذا التوجيه نقل جزئياً إلى

¹ - Yamina Beliman, op.cit. p 174.

² - Ibid. p175

³ - أحمد سعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 237.

⁴ - Yamina Beliman, op.cit. p 174.

⁵ - Art 6 de code international de pratiques loyales en matière de publicité: " Lorsque la publicité contient une comparaison, celle-ci ne doit pas être de nature à induire en erreur le consommateur et doit respecter les principes de la concurrence loyale, les éléments de comparaison doivent s'appuyer sur les faits objectivement vérifiables et qui doivent être choisis loyalement" Voir: Yamina Beliman, op.cit. p 175.

القانون الفرنسي من خلال نص المادة 10 من قانون 18 جانفي 1992 بنص يراقب الإشهار المقارن، تم تقنينه بعدها ضمن المواد من L121-1 إلى L121-14 من قانون الاستهلاك. ولم تكتفي جمعية الاتحاد الأوروبي بهذه النتيجة لأنه وعند التطبيق ستتجلى بعض الإجراءات وغيرها، فبالنسبة لها الإشهار المقارن هو وسيلة من وسائل إعلام المستهلك، ولضمان تطبيق حسن لهذه النصوص يجب ترويضها، فالهدف هو منح المستهلك أحسن طريقة للمقارنة، بحيث تساعد هذه المقارنة في تطوير المنافسة وتحسين نوعية السلع والخدمات المعروضة للاستهلاك.

بعدها وفي سنة 1997 جاء التوجيه الأوروبي الجديد رقم 55-97 في مجال الإشهار المضلل والإشهار المقارن ونص في مادته 03 مكرر أنه يكون الإشهار المقارن قانونيا إذا اشتمل على الشروط التالية:

- 1- ألا يكون إشهارا مضللا.
- 2- أن تتم من خلاله المقارنة بين سلع وخدمات توفر نفس الاحتياجات أو لها نفس الهدف.
- 3- أن يقارن بشكل موضوعي بين خاصية مهمة أو أكثر، ملائمة، قابلة للمراقبة، وتمثل سلعه أو خدماته. كما يمكن للسعر أن يكون جزءا من المقارنة.

وقد نقل هذا التوجيه بعد أشهر قليلة إلى التشريع الفرنسي بواسطة قانون 03 جانفي 2001 من خلال التعديل الذي لحق قانون الاستهلاك في المادة L121-8 واختصر شروط أن يكون الإشهار المقارن قانونيا أو مشروعاً فيما يلي:

- 1- ألا يكون الإشهار مضللا أو كاذبا.
- 2- أن تتعلق المقارنة بالسلع أو الخدمات التي توفر نفس الحاجيات أو لها نفس الهدف.
- 3- أن تتم المقارنة بشكل موضوعي بين صفة جوهرية أو أكثر ملائمة، قابلة للمراقبة، وتمثل السلع أو الخدمات التي يقدمها، كما يمكن أن يكون السعر جزءا من المقارنة¹.

وتجدر الإشارة إلى أن التعديل الذي لحق قانون الاستهلاك الفرنسي سنة 2008 لم يمس بنص المادة L121-8 وأبقى على نفس الأحكام التي تضمنتها².

أما عن موقف المشرع الجزائري فلا يوجد ما يدل على توجهه في هذا الشأن، فلم يتضمن القانون رقم: 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أحكام تنظم الإشهار كمنشآت تجارية وبالتالي لم يتضمن أحكام الإشهار المقارن. كما أن القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، لم ينص صراحة على الإشهار المقارن واكتفى من خلال نص المادة 28 منه بذكر بعض الحالات التي يكون فيها الإشهار تضليلا أو ممنوعا أو غير مشروع. ومبررات عدم تنظيم الإشهار المقارن يمكن أن تكون ما ذهبت إليه الولايات المتحدة الأمريكية يفتح باب المنافسة وتطوير النشاط التجاري وتحريك العجلة الاقتصادية بما يحققه من أرباح، كما أنه يعتبر وسيلة مهمة لإعلام المستهلك خاصة إذا كانت التصريحات والبيانات التي يتضمنها صحيحة، وليست فقط للتأثير على إرادة المستهلك أو إلحاق الضرر بالمنافس.

المبحث الثاني

العلامة التجارية والإشهار المقارن

تعتبر العلامة التجارية من بين أهم العناصر الفعالة في الحياة الاقتصادية، لما لها من تأثير على إرادة المستهلك، فيعتمد الإشهار التجاري على الجانب التأثيري للإقبال على العلامة التجارية المعلن عنها. إلا أنه في بعض الرسائل الإشهارية يعتمد أسلوب المقارنة لتمييزها

¹ - Art L121-8 de la Loi du 03-01-2001 aboutissait à la modification du code de la consommation, Art L121-8 Voir: Régis Fabre, et Nicolas Genty, et autres, Droit de la publicité et e la promotion des ventes, 4^{eme} éd, Dalloz, 2014-2015, p 145.

² -- Linda Arcelin-Lécuyer, Droit de la publicité, Presses universitaire de Rennes PUR, 2011, p 163.

عن غيرها من العلامات المنافسة الماثلة لها أو البديلة، إلا أنه وفي مرحلة ما إذا خرجت المقارنة عن الشروط القانونية يمكن أن يتحول الغرض من الرسالة الإشهارية من السعي إلى نشر العلامة والتعريف بها وبمميزاتها إلى محاولة الإطاحة بالمنافسين. على هذا سنحاول تحديد مفهوم العلامة التجارية وأهم الشروط الواجب توافرها فيها حتى تتمتع بالحماية القانونية التي أقرها لها القانون، بعدها يتم تبيان أهم الآثار التي يمكن أن يلحقها الإشهار المقارن بها إن كان من الجانب الإيجابي أو حتى السلبي.

المطلب الأول: مفهوم العلامة التجارية.

لنتمتع العلامة التجارية بالحماية القانونية التي أقرها لها المشرع الجزائري في النصوص القانونية، يجب أن تتحقق بها مجموعة من الشروط. سنحاول بداية تحديد المفهوم العام للعلامة التجارية (فرع أول) ثم تبيان أهم الشروط الواجب توافرها في العلامة التجارية حتى تتمتع بالحماية القانونية (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف العلامة التجارية

تعرف العلامة عموماً بأنها: "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات، بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيها والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره"¹. فالعلامة التجارية هي التي يتخذها الصانع أو التاجر شعاراً لمنتجاته أو بضائعه تميزها لها عن غيرها من المنتجات والبضائع الماثلة وهي من أهم الوسائل التي يلجأ إليها الصانع أو التاجر لتمكين المستهلك من التعرف على سلعته أينما وجدت وضمان عدم تضليل الجمهور أو الغير المتعامل معه وخداعه في ما يتعلق بها².

أما المشرع الفرنسي فقد ذهب أيضاً إلى الأخذ بالتعريف العام للعلامة وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 1-711 L من قانون الملكية الفكرية حيث جاء فيها أن "علامة الصنع، التجارة، الخدمة، هي رمز قابل للتمثيل الخطي تستخدم لتمييز سلع أو خدمات شخص ما طبيعي كان أو معنوي"³.

وتعرف الجمعية الأمريكية العلامة بأنها: "اسم، أو مصطلح، أو إشارة، أو رمز، أو أي تركيبة منها جميعاً هدفها تمييز السلع أو الخدمات المقدمة من بائع ما، عما يقدمونه المنافسين الآخرون"⁴.

وعرفت المنظمة العالمية للملكية الصناعية أنها إشارة تسمح بتمييز المنتجات أو الخدمات لمؤسسة عن غيرها⁵. ويعرفها الدكتور محسن الخضير، بأنها كل رمز يتخذه التاجر أو الصانع شعاراً لمنتجاته أو بضائعه، تميزها لها عن غيرها ويقصد تيسير التعرف على مصدرها⁶.

الفرع الثاني: أشكال وشروط العلامة التجارية.

سنحاول من خلال هذا الفرع تسليط الضوء على أهم الأشكال التي يمكن أن تأخذها العلامة التجارية والتي نظمها القانون، ثم في نقطة ثانية سنحاول حصر مجموعة الشروط الواجب توافرها في العلامة التجارية حتى تتمتع بالحماية التي يوفرها لها القانون.

أولاً: أشكال العلامة التجارية.

¹ - ينظر نص المادة 02 من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 10 يوليو 2003، المتعلق بالعلامات، جريدة رسمية عدد 44 الصادرة في 23 يوليو 2003، ص 22.

² - أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص 131.

³ - Art L711-1 de code de la propriété intellectuelle, Voir: Albert Chavannes, Encyclopédie juridique, Dalloz, Paris, 2003, p 02.

⁴ - بشير العلاق، قحطان العبدلي، إدارة التسويق، دار زهران، عمان، 1999، ص 194.

⁵ - "la marque de fabrique, de commerce, ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale". Voir: Jean Noel-Kapferer, Jean Claude Thoenig, La marque, Mc-Graw-Hill, paris, 1989, p46.

⁶ - شاكراً حامداً على حسن جبل، الإعلان التجاري والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 215.

نص المشرع الجزائري في المادة 02 من الأمر 03-06 سالف الذكر بأن: "العلامات كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص، والأحرف، والأرقام، والرسومات، أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيها أو الألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره"¹ ومن خلال توظيف المشرع لمصطلح لاسيما يتضح أن الأشكال والصور التي يمكن أن تظهر فيها العلامة التجارية والتي جاءت في نص المادة هي على سبيل المثال لا الحصر، ومنه سنقسم أشكال العلامة إلى المجموعات التالية.

1- الأسماء المكتوبة على شكل يفردا عن غيرها.

كالعلامات الاسمية (les marques nominales)، فيمكن للتاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة أن يضع اسمه أو إمضاءه كعلامة تجارية لتمييز سلعه أو خدماته، ويمكن أن يكون اسما جغرافيا شريطة أن يكون مميزا وخصوصا، كما يمكن أن يكون اسما مستعارا أو حتى حرفا أو رقما¹.

2- التسميات المبتكرة.

يمكن للصانع أو التاجر أو حتى مقدم الخدمات أن يبتكر اسما كعلامة تجارية، على أن تكون هذه التسمية مبتكرة لتمييز المنتجات والخدمات التي تمثلها عن غيرها، ومثالها (PERSIL) و (ARIEL) لتمييز نوعين من مساحيق الغسيل، والعلامة التجارية بهذا الشكل يجب أن تكون مبتكرة تحت طائلة البطلان. فيكفي الابتكار في التسمية حتى تعتبر علامة تجارية دونما الحاجة إلى إخراجها في شكل أو نمط معين.

3- العلامة التصويرية

قد يستخدم التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمات كعلامة تجارية أو صناعية رسومات أو صور أو أشكال، ويطلق عليها أيضا العلامات الرمزية أو الشعارية (marque emblématique) لأنها تخاطب الرؤية. كما هو الأمر في رسم حشرة لتمييز مبيد الحشرات، أو كأن تستعمل صورة شخص مشهور حي أو متوفى ولكن بشرط أن تتم موافقته في حال كان حيا أو موافقة ورثته في حال وفاته.

والجدير بالملاحظة في هذا النوع من العلامات التجارية أنه يستتبع الرمز ملكية التسمية الدالة عليه كما لو أخذت صورة نمر كعلامة فيمنع على المنافس حينها استعمال لفظ نمر لتمييز سلعه أو خدماته عن غيرها. وتلعب الحماية القانونية التي أقرها المشرع الجزائري للعلامة التجارية دورا كبيرا في ردع كل محاولات التقليد وغيرها من الجرائم الواقعة على العلامة التجارية كملكية صناعية أو فكرية، لذلك يعد أمرا قانونيا إبداع التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمات الرمز كعلامة تجارية إلى المصالح المختصة درأ لكل التباس².

ثانيا: شروط صحة العلامة التجارية، وتقسّم إلى شروط موضوعية وأخرى شكلية.

أ- الشروط الموضوعية، وتتمثل في الشروط التالية.

1- أن تكون العلامة فارقة.

بمعنى أن تكون العلامة مميزة وهو ما يستدل من نص المادة 02 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات، من عبارة "...تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره" فالعلامة التجارية يجب أن تتخذ طابعا فارقا أو مميزا يؤدي إلى تمييز المنتجات المتعلقة بها أو تفريقها عن غيرها من المنتجات أو الخدمات المماثلة.

1 - أنطوان الناشف، مرجع سابق، ص 133.

2 - Marcel Bolton, Jean-Jack Cegarra, le nom de la marque, éd science international, 5^{eme} tirage 1999, p 39.

ينظر أيضا: أنطوان الناشف، مرجع سابق، ص 135-136.

(2)- أن تكون العلامة جديدة.

بمعنى لم يسبق استعمالها من قبل شخص آخر، حيث لتكون العلامة محمية قانونيا يجب أن تكون مسجلة، وطبقا للمادة 09 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات فإنه يستثنى من التسجيل الرموز المطابقة أو المشابهة لعلامة كانت محل طلب تسجيل، بمعنى أوضح لا يجوز أن تحوز الحماية القانونية العلامة التي تكون مطابقة أو مشابهة لغيرها والمسجلة، لأنه إذا تبين أن استعمال العلامة التجارية من شأنه أن يخلق التباس توجب عدم استعمالها من قبل شخص آخر.

وأن تكون العلامة التجارية جديدة ليس بالضرورة أنه لم يتم التطرق إليها من قبل، بل يمكن للتاجر أو الصانع أو مقدم الخدمات الاستعانة بعلامة تجارية سبق استعمالها ولكن تخلى عنها بعد فترة من الزمن، أو أن الحماية القانونية المقررة لها انتهت مدتها ولم يتم بتجديدها، وقتها يمكن لغيره استعمالها كعلامة تجارية وتعتبر جديدة وتترتب عليها كل الآثار القانونية مما يجعل موضوع الحدة نسبيا في مجال العلامات التجارية¹، ونستثنى من الذكر العلامات المشهورة لأن مجال حمايتها يتعدى القانون الداخلي إلى القانون الدولي.

(3)- أن تكون العلامة التجارية مشروعة.

أن تكون العلامة مشروعة معناه غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فقد جاء في نص المادة 07 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات أنه: "تستثنى من التسجيل ... الرموز المخالفة للنظام العام والآداب العامة والرموز التي يحظر استعمالها بموجب القانون الوطني أو الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تكون الجزائر طرفا فيها" مما يعني أنه يجب أن تكون العلامة التجارية مشروعة وإلا كانت باطلة، ومثال العلامات غير المشروعة العلامات والرموز ذات الطابع الديني، المضللة لجمهور المستهلكين من خلال ما يعبر عنه من بيانات غير صحيحة².

(ب)- الشروط الشكلية.

حتى تكون العلامة التجارية متمتعة بالحماية القانونية يجب أن تستوفي بالإضافة إلى الشروط الموضوعية، شروطا شكلية وهي:

(1)- إيداع طلب تسجيل العلامة.

ويتم إيداع طلب تسجيل العلامة التجارية أمام المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية³.

(2)- فحص الإيداع.

وهنا يكون دور المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية في فحص الطلب المقدم من الناحية الشكلية والموضوعية، فيمكن أن يقبل إذا ما استوفى كل الشروط القانونية، كما يمكن أن يرفض لعدم استيفائه للشروط. فإذا ما تم قبوله يأتي الدور على الهيئة المختصة لتحرير محضر يثبت تاريخ الإيداع، ومكانه، ورقم التسجيل، والرسوم، وتعتبر هذه الوثيقة رسمية تعتمد كدليل من القضاة لفض النزاع⁴.

(3)- تسجيل العلامة التجارية.

يتم تسجيل العلامة بعد التأكد من عدم وجود أي سبب من أسباب رفض التسجيل المنصوص عليها في المادة 07 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات، وتبين للمصلحة المختصة وهي المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية أن الإيداع يستوفي شكلا وموضوعا الشروط الواجب توافرها في طلب الإيداع⁵. وبذلك يكون التسجيل هو ذلك القرار الذي يتخذه المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية

¹ - Albert Chavanne, Jean Jacques Burst, op.cit. p 270.

² - أنطوان الناشف، مرجع سابق، ص 142.

³ - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 277/05 المؤرخ في 02 أوت 2005، يحدد كيفية إيداع العلامات وتسجيلها، ج، ر، ع 54، الصادرة في 07 أوت 2005.

⁴ فرجة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2003، ص 235.

⁵ - المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 277-05 يحدد كيفية إيداع العلامات وتسجيلها. السابق ذكره، ص 10.

فيما يخص طلب الإيداع للعلامة الذي يتقدم به التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمات من أجل تسجيل علامته، ويحوز هذا القرار الحجية المطلقة في مواجهة الغير بحيث تصبح هذه العلامة محمية بقوة القانون.

المطلب الثاني: تأثير الإشهار المقارن على العلامة التجارية.

إن من أهم الأسباب التي دفعت التشريعات وقبلها الفقه إلى المناداة بمشروعية الإشهار المقارن، هو أنه من أهم وسائل الاتصال التجاري التي تفتح باب المنافسة شريطة أن تكون هذه الأخيرة مشروعة ونزيهة. وتعرف المنافسة بأنها "مزاومة بين التجار أو أرباب الصناعات الذين يحاولون جلب الزبائن نحوهم باستعمال بعض الوسائل منها الجودة، السعر المعقول، ومكان المحل التجاري..."¹. ولكن وبصورة أخرى، يمكن أن تأخذ هذه المنافسة منحى آخر فتتحول إلى أعمال غير مشروعة يسعى من ورائها العون الاقتصادي إلى الإضرار بمنافسيه، ويمكن أن يكون الإشهار المقارن من بين الوسائل التي يعتمد عليها في تحطيم منافسيه إذا ما قام بتشويه صورة علامته التجارية، وهو ما دفع المشرع الفرنسي إلى تحديد الشروط التي يكون في ظلها الإشهار المقارن مشروعاً، ومن ضمن هذه الشروط التي سبق أن تم تبنيها ألا يتم التعرض من خلال الإشهار إلى المنافس أو سلعته أو خدمته بطريقة تحطمه أو تطيح من قيمة منتوجاته أو سمعته الشخصية. وبناء على ما سبق، سنتناول في الفرع الأول الآثار الإيجابية للإشهار المقارن على العلامة التجارية، وفي الفرع الثاني الآثار السلبية.

الفرع الأول: الآثار الإيجابية للإشهار المقارن.

كما سبق أن أشرنا فإن الإشهار المقارن حتى يكون مشروعاً لا بد من أن تتم المقارنة ضمن الشروط المنصوص عليها في التوجيه الأوروبي المؤرخ في 02 أكتوبر 1997 (EC/55/97) المعدل للتوجيه الأوروبي لسنة 1984 والذي أدرج بعدها في جل القوانين الداخلية للدول الأوروبية. ومن أهم الآثار الإيجابية التي يمكن أن يعود بها الإشهار المقارن على العون الاقتصادي صاحب العلامة التجارية أو حتى للاقتصاد بصورة عامة، أنه يعتبر إعلاماً للمستهلك بخصوصيات ومميزات السلعة أو الخدمة التي تنفرد بها دون سواها من مثيلاتها لتسهيل أمر الاختيار على المستهلك.

كذلك للإشهار المقارن دور في المنافسة فمن خلال عملية المقارنة يتم رفع سقف المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين، مما يخلق نوعاً من التنافس حول الظفر باستحسان المستهلك للسلعة أو الخدمة المقدمة من خلال الإطراءات التي يقدمها المعلن عن العلامة المميزة للسلعة أو الخدمة والتي من المفروض لا تحوزها غيرها من السلع والخدمات المماثلة أو البديلة². وهنا يتم اللعب على الورقة الراححة وهي شهرة العلامة التجارية، ويمكن بذلك أن تصل هذه الشهرة إلى العالمية وذلك بحسب نوع الوسائل التي يعتمد عليها المعلن في الإشهار المقارن الذي يقدمه لجمهور المستهلكين. أما العلامة التجارية الجديدة والتي لا تملك سوى حصة تسويقية صغيرة، فيعتمد صاحبها إلى الإنفاق على النشاطات الإشهارية وأنشطة تنشيط المبيعات.

والجدير بالذكر أنه ورغم الآثار الإيجابية الكثيرة التي يمكن أن يحدثها الإشهار المقارن سواء بالنسبة للعلامة التجارية أو بالنسبة للاقتصاد بصورة عامة، إلا أن المشرع الجزائري يتحج في كثير من مواقفه إلى تجريم الإشهار المقارن بصورة جذرية، وإن كان مطابقاً للشروط التي جاء بها التوجيه الأوروبي سالف الذكر أو غيره من التشريعات الداخلية، في حين نلمس تراجع الكثير من الدول عن موقفها السلبي اتجاه الإشهار المقارن الصادق، فهذا الأخير لا يقلل من تكاليف المستهلك في بحثه عن المعلومات فحسب إن نظرنا إلى الحماية القانونية للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة، بل له آثار إيجابية على العلامة التجارية الجديدة كالعلامات التجارية المشهورة لأنه يزيد من شفافية السوق، ودليل ذلك أن محاكم الدول التي تعتبر الإشهار المقارن عملاً غير مشروع ومجرم قد خففت تدريجياً من الصرامة التي كانت تتعامل بها في منع كل تعبير يذكر فيه المنافس بشكل ما، خاصة إذا تعلق الأمر بمقارنة الأسعار إذا ما ارتكز على حقائق ثابتة.

1 - جداني زكية، الإشهار والمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 07.

2 - مني الحديدي، الإعلان، ط 2، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 2002، ص 56.

الفرع الثاني: الآثار السلبية للإشهار المقارن.

إن من أبرز الآثار التي يحدثها الإشهار المقارن في مواجهة علامة تجارية ما، هو إخضاعها لحالة من حالات المنافسة غير المشروعة. والملاحظ أن المشرع الجزائري في هذا الشأن أنه لم ينظم المنافسة غير المشروعة بصورة مستقلة، بل أشار في مجموعة من القوانين على رأسها القانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي رقم 03-06 المتعلق بالعلامات، فمن خلال هذين النصين حاول المشرع الجزائري معالجة مسألة المنافسة غير المشروعة المتعلقة بالعلامات بذكره لبعض التصرفات التي تعتبر منافسة غير مشروعة ضد العلامات التجارية، ففي نص المادة 27 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حدد المشرع الجزائري بعض التصرفات التي تعتبر غير نزيهة بأنه "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة... - تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمس بشخصه أو منتوجاته أو خدماته..."، وهذا التصرف يمكن أن يكون تقديم إشهار مقارن بحيث يرد فيه معلومات غير صحيحة ومغلطة لجمهور المستهلكين حول العلامة التجارية المنافسة بغية الإطاحة بالمنافس وعلامته التجارية التي تكون ماثلة أو بديلة، فهذا العمل مجرم قانونا وعقوبة ذلك كما نصت عليها المادة 38 من نفس القانون غرامة مالية من خمسين ألف 50000 دج إلى خمسة ملايين 5000000 دج.

ويعرف خطر الإطاحة بالمنافس وعلامته التجارية، أو سلعه، أو خدماته في القانون والفقهاء الفرنسي بالتطفل أو المنافسة الطفيلية (la concurrence parasitaire)، فالطفيلي هو الذي يعتمد في نجاحه على إفشال الغير، وهو تصرف مجرم إن كان في القواعد العامة للمسؤولية المدنية، أو بالقواعد الخاصة بالمنظمة للعلامات التجارية والممارسات التجارية عموما، وكذا قانون الاستهلاك، فالمتضرر من الإشهار المقارن ليس فقط صاحب العلامة التجارية وإنما حتى المستهلك حيث تتأثر إرادته، بل تسلب منه حريته في الاختيار لأن المعلن يستعمل وسائل تظليلية غير مطابقة للحقيقة.

خاتمة:

لا شك في أن مشروع القانون المنظم للنشاطات الإشهارية لا يزال مجرد حبر على ورق فهو لم يخرج عن إطار مشروع تهديدي لم يتخطى أدرج مكتب الأمين العام للحكومة، في حين تذهب التشريعات المقارنة العربية منها والغربية بهذا النشاط إلى العالمية بجلب علامات ذات شهرة عالمية والاستثمار من خلال الترويج لها في السوق الداخلية، وكل ذلك منظم قانونيا. إلا أن هذا الأمر لا يزال قيد التحقيق في الجزائر، على الرغم من أن وسائل الإعلام الجزائرية تعج بالرسائل الإشهارية على شتى أنواعها، إضافة إلى الألواح الإعلانية والملصقات التي تكاد لا تخلو منها شوارعنا بدون أي تنظيم قانوني لها، بما فيها أهم أنواع الإشهار وأكثرها إثارة للجدل وهو الإشهار المقارن، حيث نجد معظم الرسائل الإشهارية خاصة المعروضة منها على وسائل الإعلام السمعية البصرية تعتمد أسلوب المقارنة بين العلامات التجارية على اختلافها بدون رقيب ولا حسيب، فلا يوجد ما يضبط مثل هذا التصرف إلا بعض النصوص القانونية التي تشير أو يفهم من فحواها أن مثل هذا التصرف يعتبر غير نزيه أو غير مشروع.

وتجدر الإشارة إلى أخذ المشرع الجزائري بعين الاعتبار ضرورة إصدار قانون خاص يحكم وينظم النشاطات الإشهارية، وذلك لضبط تلك التجاوزات التي تحويها الرسائل الإشهارية والإعلانات التجارية بين طياتها، والتي تكتسح حياة المستهلك على جميع الأصعدة، خاصة وأن القواعد القانونية المتفرقة والسطحية المتعلقة بشكل أو بآخر بالموضوع تعجز تماما على ضبط هذا النشاط التجاري الهام.

فاللجنة الأولى لهذا القانون موجودة في شكل مشروع قانون، لكن سبب التأخر في إصداره غير معروف، والواضح أنه سيلقى مصير غيره من المشاريع في هذا المجال، ففي سنة 1999 كانت هنالك محاولة تقديم مشروع قانون للإشهار والذي مني بالفشل بسبب رفض البرلمان له وبالأغلبية، بحجة أن نصوصه مليئة بالأخطاء، والتي في فحواها لم تكن تطابق النظام الاقتصادي السائد في البلاد آنذاك، فلم يرى النور لعشرية كاملة وأزيد، ثم جاءت محاولة وزير الاتصال بتقديم مشروع قانون يتعلق بالنشاطات الإشهارية، والذي كان من المفروض أن يناقش في اجتماع الحكومة يوم 26 مارس 2015، إلا أنه سحب في آخر لحظة.

ليعود الموضوع للتداول مرة أخرى بعد أن طلب رئيس الجمهورية من حكومته اقتراح مشروع قانون للإشهار تماشياً مع السوق، في إطار الإصلاحات التي شملت جل القطاعات، والذي يستشف منه محاولة الحكومة بسط سيطرتها على القطاع، فكان أمل المتعاملين الاقتصاديين والمعلنين خاصة، أن يحول هذا المشروع دون تربع الوكالة الوطنية للنشر والإشهار على عرش القطاع واحتكار كل نشاط فيه، إلا أن ذلك لا يزال قيد التحقيق.

في انتظار أن يفرج على هذا المشروع أو محاولة وضع سواه سيبقى هذا النشاط التجاري الهام سلاح في يد المتعاملين الأجانب، خاصة مع دخول المتعاملين الأجانب والعلامات التجارية العالمية التي أصبحت تكتسح السوق الجزائرية، لاسيما في القطاعات التي فتحتها الحكومة على المنافسة ورؤوس الأموال الأجنبية، وتزايد عدد الحملات الترويجية والومضات الإشهارية في مختلف وسائل الإعلام، الأمر الذي بات من الضروري معه توفير الحماية القانونية الكافية للمستهلك من كل أنواع الإشهار التي قد تؤثر بصورة أو بأخرى على إرادته أو حقه في الاختيار. كما أن الحماية من مثل هذه الأنشطة لا تتعلق بالجانب المالي أو السلامة الجسدية للمستهلك فقط، بل الأمر يتعدى ذلك إلى حماية الأسرة والمجتمع من التشبع ببعض الأفكار والمعتقدات المتناقضة مع الثقافة والمعتقدات الجزائرية.

لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في القانون الجزائري

Stock Exchange Operations Regulation and Control Commission,

In the Algerian law

أ.سي الطيب محمد أمين، أستاذ مساعد قسم (أ)،

جامعة مصطفى اسطنبولي معسكر، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/10 - تاريخ المراجعة: 2017/11/23.

ملخص:

بعد الانتقال من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي في الجزائر، تم تأسيس بورصة القيم المنقولة، لتكون أداة فعالة يتم من خلالها نقل رؤوس الأموال من قطاعات الفائض إلى قطاعات العجز. يتم تداول القيم المنقولة في بورصة الجزائر بتدخل العديد من الأطراف: شركة تسيير بورصة القيم المنقولة مكلفة بجميع المهام التقنية الخاصة بالتداول، المؤتمن المركزي على السندات، الوسطاء في عمليات التداول، وهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة. لكن أهم طرف يتدخل في سير البورصة هو لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، التي تعتبر الرقيب الذي يحرس البورصة، ويمنع أي خرق لقواعد التداول فيها. أيضا تعتبر اللجنة المنظم الرئيسي للتداول في البورصة عن طريق ممارسة السلطة التنظيمية التي منحها لها المشرع. وتعتبر لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة هيئة إدارية مستقلة، لا تخضع للسلطة التنفيذية، بمعنى أن هذه الأخيرة ليس لها أن تراقب اللجنة عن طريق نظام السلطة الرئاسية، ولا عن طريق نظام الوصاية الإدارية، لكن هذه الاستقلالية ليست مطلقة، حيث تخضع لرقابة القضاء، ورقابة السلطة التشريعية.

الكلمات المفتاحية:

بورصة القيم المنقولة الجزائرية، لجنة التنظيم، عمليات البورصة، المراقبة.

Abstract:

After the transition from the socialist system to the capitalist system in Algeria, the Algiers Stock Exchange was established as an efficient tool through which capital is transferred from the surplus sectors to the deficit sectors. Stock trading in the Algiers Stock Exchange is done through the intervention of several parties: The Stock Exchange Management Company is responsible for all technical trading functions, the Central Depository for Securities, Exchange Trading Intermediaries, and securities collective investment agencies. But the most important part to intervene in the operation of the stock market is the Stock Exchange Operations Regulation and Control Commission, which is considered a Guard of the stock market and prevent any violation of trading rules. The Commission is also the main regulator of the stock market trading by exercising the regulatory authority conferred on it by the legislator. The Commission is an independent administrative body which is not subject to the executive authority, which means that the latter does not have the power to control the Commission through the hierarchical power or through the administrative guardianship system. But this independence is not absolute. Where they are subject to judicial supervision and control of the legislative authority.

Key words:

Algiers Stock Exchange, Regulation Commission, Stock Exchange Operations, Control.

مقدمة:

إن بورصة¹ القيم المنقولة بالجزائر سوق حديثة لم يشهد النظام المالي في القانون الجزائري مثيلا لها من قبل وهو ما يفسر غموض هذه الهيئة في أذهان الكثير من الناس. لهذا سنحاول إعطاء فكرة تمهيدية عن ماهيتها لنتمكن من الحديث عن أحد أهم الهيئات المتدخلة في بورصة القيم المنقولة الجزائرية التي هي لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة الـ COSOB. وتعتبر بورصة القيم المنقولة القناة أو الممر الذي تسلكه الأوعية الادخارية الفائضة الموجودة تحت يد أشخاص طبيعيين أو معنويين وطنيين أو أجانب، كالعامل، الفلاحين، الموظفين، المتقاعدين والتجار، وحتى العاطلين عن العمل إذا امتلكوا فوائض مالية حصلوا عليها بطريق مشروع كالهبة أو الميراث...، الشركات التجارية والمدنية، المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، أو كل كيان أو هيئة ترغب في تنمية مدخراتها.

هذه القناة يتم عبرها الدفع بسرعة فائقة وبسلاسة وبطريقة بسيطة قليلة التعقيد ومباشرة لتلك المدخرات إلى حساب صاحب الوعاء الاستثماري هذا الأخير يترتب في قطاع العجز الذي يحتاج إلى التمويل قد يكون إما شركة مساهمة تطرح أسهما تمثل جزئ أو كل رأسمالها، لإنعاش المشروع أو توسيعه، ليصبح كل مشتري جزء من هذه الأسهم شريكا في الشركة دون أن يحمله القانون التزامات التجار. أو قد يكون شخصا عاما أو خاصا يستدين هذه الفوائض المالية لأجل محدد بفائدة ثابتة، عن طريق طرح سندات تمثل ديننا في ذمته، لصالح كل مشتري لبعض من هذه السندات.

وهذا ما يسمى التمويل المباشر من قطاعات الفائض لصالح قطاعات العجز مباشرة دون وجود طرف ثالث يقوم بجمع الأوعية الادخارية ليقوم بعد ذلك بتوجيهها نحو الأوعية الاستثمارية لصالح الشركات المساهمة والهيئات المستدنية، بمفهوم المخالفة، فإن التمويل غير المباشر الذي يتم عن طريق البنوك يعد البديل الذي لا يجذبه الكثير من المستثمرين، نظرا لما تفرضه هذه المؤسسات المالية من فوائد مرتفعة وشروط جزائية فاحشة ومواعيد محددة بدقة وطول في الإجراءات قد تتعارض مع أهداف المشروع والمرونة التي يحتاج إليها.

إن التمويل المباشر عن طريق البورصة، أصبح اليوم في الدول المتقدمة النمط الذي تفضله الشركات كثيرا وتسعى جاهدة لتستوفي الشروط الضرورية للدخول في البورصة مهما كانت صعبة ومعقدة. لكن الخطورة التي تنطوي عليها عمليات التداول في البورصة على المستثمرين، المدخرين واقتصاد الدولة برمتها دفعت إلى ضرورة إيجاد آلية قوية من أجل تنظيم وضبط السوق. فالتاريخ أثبت أنه من غير الممكن ترك سوق التداول يفلت من أي نوع من الرقابة، لأن ذلك من شأنه الإضرار بالسوق، وتعطيل وظيفة البورصة. لهذه الأسباب أوجد المشرع الجزائري سلطة من أجل ضبط السوق، على غرار تشريعات الدول الرائدة.

فماهي هي سلطة ضبط سوق البورصة في الجزائر؟ وما هي الإمكانيات التي منحت لها؟، وهل تملك هذه اللجنة الاستقلال الكافي لتتمكن من أداء مهامها على أحسن وجه دون أن تتأثر بنفوذ السلطة التنفيذية الذي من شأنه إرباك مهامها؟.

للإجابة على هذه التساؤلات ينبغي في البداية أن نوضح مفهوم نظام البورصة وتطورها التاريخي عموما مع عرض التطور التاريخي لبورصة الجزائر (المبحث الأول). بعد ذلك نقوم بدراسة الجوانب القانونية للجنة تنظيم عمليات البورصة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

¹. تنسب كلمة بورصة لعائلة "فان دير بيرس" البلجيكية "Van Der Beurse" والتي اشتهر عن أفرادها من الأجداد إلى الأحفاد اشتغالهم بأعمال الوساطة والسمسرة لنزلاء الفنادق الوافدين على مدينة "Broker-Innkeepers" وذلك طيلة القرن الرابع عشر والنصف الأول من القرن الخامس عشر فلم يكن مستغربا أن يتسمى الميدان الذي تحيط به ثلاث قنصليات ويعد ملتقى التجار الذين يتعاملون في مختلف أنواع السلع وتجمع رجال الأعمال، باسم هذه العائلة، أي عائلة فان دير بيرس. وقد دعت هذه الظروف إلى إطلاق لفظ البورصة فيما بعد على ذلك المكان المتسع الذي تحيطه الأروقة وتتوسطه الأعمدة في مدينة أنترب "Antwerp" الفنلندية المعروفة بأنغرس، حيث أقيمت هذه البورصة على أنقاض بورصة بروج. وكلمة "Bourse" باللغة الجرمانية تعني كيس النقود وهي باللغة الفرنسية "Bourse" وبالإنجليزية "Purse". سمي عبد الحميد رضوان، أسواق الأوراق المالية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دراسات في الفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى 1996، ص. 31.

المفهوم والتطور التاريخي للبورصة

إن نظام البورصة كسوق يتم فيه تداول القيم المنقولة عن طريق عملية بيع هذه القيم من طرف المالكين للأسهم والسندات الذين يرغبون في الحصول على مبالغ مالية مقابل هذه المنقولات التي يملكونها، وعن طريق عملية الشراء لهذه القيم المنقولة من طرف المستثمرين الذين يملكون فوائض مالية. هذا النظام وصل إلى شكله الحالي بعد المرور بعدة مراحل، لأنه ظهرت في البداية أنظمة بدائية ثم تطورت عبر التاريخ، إلى أن أصبحت نظام محكم بالغ الدقة يتعدى النطاق الجغرافي الذي يتواجد فيه السوق لتصبح البورصة سوقا يتعدى حدود الدول. لهذا نتعرض في هذا المبحث إلى مفهوم وتعريف البورصة (المطلب الأول). والكيفية التي ظهرت بها أسواق البورصة وبعد ذلك نعرض التطور التاريخي لبورصة الجزائر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف البورصة

إن بورصة القيم هي السوق الذي تتم فيه عملية التداول للقيم المنقولة، عن طريق وسطاء تداول يملكون اعتمادا رسمياً، بإتباع شكل محدد. وهي سوق ذات طابع تجاري استنادا إلى طبيعة نظام العمل فيها، إلا أن المتداولون فيها من بائعين ومشتريين ليسوا تجارا¹. هذا التعريف يصف بورصة القيم بالسوق ولم يحددها بمكان جغرافي معين، وهو ما يتفق والمفهوم الحديث للبورصة التي تجرى فيها الصفقات بالطريق الإلكتروني على قيم منقولة مجردة من طابعها المادي، ومقيدة في شكل حسابات. ولا يمكن المالك للقيم أن يتداول إلا عن طريق وسطاء في عمليات البورصة يملكون الاعتماد الرسمي الممنوح من طرف هيئة ضبط السوق. ويقوم الوسيط بإبرام الصفقات لصالح الزبائن بعد إتباع أشكال وإجراءات محددة قانوناً. والبورصة سوق خاضعة لأحكام قانون التجارة رغم أن مرتاديه من بائعين ومشتريين للقيم المنقولة لا يخضعون لأحكام القانون التجاري أو هم ليسوا تجارا. والمشرع الجزائري لم يعط تعريفاً قانونياً دقيقاً لبورصة القيم، واكتفى بالإشارة إلى معاملها المادية، فنص في المادة الأولى الفقرة الثانية من المرسوم التشريعي رقم 10.93² المتعلق ببورصة القيم المنقولة بأنه "تعد بورصة القيم المنقولة إطاراً لتنظيم وسير العمليات فيما يخص القيم المنقولة التي تصدرها الدولة والأشخاص الآخرون من القانون العام والشركات ذات الأسهم". وعليه، يتضح جلياً من خلال النص أن المشرع تفادى الخوض في مغامرة تعريف بورصة الجزائر تعريفاً قانونياً دقيقاً قد يتعرض من خلاله للنقد أو قد لا يتمكن من الإحاطة بجميع جوانبه القانونية أو أن يقع في تناقض من شأنه أن يحدث مشكلات عملية في المستقبل، أو أن المشرع تعمد ترك مهمة التعريف القانوني لبورصة القيم للفقهاء.

المطلب الثاني: التطور التاريخي للبورصة

يجب أولاً أن نبحث في معنى مصطلح البورصة وأصل البورصات عموماً (الفرع الأول)، وبعد ذلك نعرض التطور الذي مرت به بورصة القيم المنقولة في الجزائر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التطور التاريخي للبورصة عموماً

أورد المؤرخون عدة روايات متضاربة يختلف بعضها عن البعض الآخر. بورصات القيم المنقولة في شكلها وهيكلها ونظمها القانونية الحالية جاءت نتيجة إفرازات تاريخية وظروف وضرورات اقتصادية امتدت عبر مدة طويلة. حيث ظهرت عدة أصناف من البورصات وأصبحت تصنف إلى عدة أنواع.

¹ G. Ripert / R. Roblot, Traité de Droit Commercial, TOME 2, 16^e édition, L.G.D.J, Paris, 2000, P. 46.

² المرسوم التشريعي رقم 10.93 المؤرخ في 23 مايو 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة [الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 34 المؤرخة في 23 مايو 1993] معدل ومتمم بالأمر رقم 96/10 المؤرخ في 10 يناير 1996 [الجريدة الرسمية عدد 03 المؤرخة في 14 يناير 1996]. والمعدل والمتمم أيضاً بالقانون رقم 03/04 المؤرخ في 17 فبراير 2003 [الجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخة في 19 فيفري 2003، والاستدراك الوارد بالجريدة الرسمية عدد 32 المؤرخة في 7 ماي 2003].

بورصات السلع والبضائع التي تتم فيها التعاملات على سلع معينة كبعض المحاصيل الزراعية المهمة، وبورصات القيم المنقولة¹ التي يتم فيها التداول على الأسهم والسندات وغيرها من الأوراق المالية. هذه الأخيرة تعتبر نمطا متقدما جدا نشأت بعد بورصات السلع والبضائع التي تعتبر نمطا بدائيا، رغم أنها لا تزال تلعب دورا مهما في اقتصاديات الدول والاقتصاد العالمي، كبورصة الذهب وبورصة البترول.

وبدأت بورصات السلع والبضائع بالظهور منذ القرن الرابع عشر الميلادي في المدن الأوروبية، كبورصة البضائع بمدينة فلورنس وبورصة البضائع في فرانكفورت وبرشلونة في القرن الخامس عشر، وفي القرن السابع عشر ظهرت بورصة أمستردام في عام 1608 والتي عدت مركزا لسوق البضائع كالحبوب والبن والتوابل، وأدى هذا الظهور إلى تخصص البورصات بسلع معينة كالقطن في مصر والسكر في نيويورك والصوف في أستراليا².

كانت أسواق البضائع مؤقتة، ولكنها تطورت إلى أن أصبحت دائمة الانعقاد في القرن السادس عشر وعرفت هذه الأسواق منذ ذلك التاريخ بالبورصات³، ثم بدأت الشركات المساهمة الكبيرة بالظهور كشركة الهند الشرقية الانجليزية في إنجلترا عام 1600 وبدأت بطرح أسهمها في التداول، وبذلك أصبحت أسهم الشركات أحد العناصر الأساسية التي يتم تداولها في بورصات الأوراق المالية، أما فيما يتعلق بالسندات جاءت الخطوة الأساسية من الملك وليام الثالث عندما أصدر في عام 1663 مرسوما يسمح لحاملي السندات الحكومية تداولها بنقلها من شخص لآخر، وبذلك ظهرت الصورة الأولى لمعنى السيولة في الأوراق المالية في صورة حوالة الحق في السندات⁴.

أصدرت الحكومة في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1790، صكوك الدين الموحدة، وكان المتعاملون يتداولون هذه الصكوك في الطرق العامة والمقاهي. أما في لندن كان المتعاملون بالأوراق المالية يتداولون في المقاهي الشهيرة في لندن، وكان ذلك قبل افتتاح بورصة لندن رسميا عام 1772 بموجب وثيقة التسوية⁵.

بعد ذلك توالى التشريعات في الدول، وبدأت عملية تطور حقيقية تتعلق بظهور بورصات منظمة، تطورت وسائلها التقنية والتشريعية إلى أن وصلت إلى ما هي عليه اليوم.

الفرع الثاني: تطور بورصة الجزائر

بورصة القيم المنقولة في الجزائر تطورت عبر مرحلتين، ففي البداية تم بتاريخ 9 ديسمبر 1990 خلق كيان يشبه البورصة تحت اسم شركة القيم المنقولة "SVM" تطبيقا لنص المادة 01 من القانون رقم 03.88⁶. استعمل المشرع في هذا القانون تسمية شركة القيم المنقولة بدلا من كلمة بورصة القيم المنقولة سببه الفراغ التشريعي في تلك الفترة، حيث لم يكن يوجد نظام متكامل ومحكم من شأنه تنظيم بورصة حقيقية، لأن المنظومة التشريعية في هذه الفترة كانت تمر بمرحلة انتقالية، من تشريعات خاصة بالنظام الاشتراكي إلى إصلاحات جذرية أدخلت الاقتصاد الجزائري في نظام السوق.

وفي فيفري سنة 1992 أصبحت تسمى بورصة القيم المنقولة، التسمية الحالية، وبمجرد قيام المشرع الجزائري بتعديل القانون التجاري في 1993/04/25 بموجب المرسوم التشريعي رقم 08/93 المتضمن أحكام خاصة بشركات المساهمة والقيم المنقولة، أصبحت

¹. هذا النوع من البورصات هو المقصود من هذه الدراسة.

². مقبل جميعي، الأسواق والبورصات، أشار إليه عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية، مرجع مشار إليه سابقا، ص. 39.

³. سليمان المنذري، الأسواق العربية لرأس المال، نشأتها التاريخية وخصائصها الأساسية وإمكانية التكامل فيما بينها، دار الرازي للطباعة والنشر، بيروت، ط. 1، 1987. أشار إليه عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009، ص. 39.

⁴. عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية، مصدر سابق، ص. 40.

⁵. نفس المرجع، ونفس الصفحة.

⁶. القانون رقم 03.88 الصادر بتاريخ 1988/01/02، المتعلق بشركة القيم المنقولة، الملغى.

الأرضية التشريعية جاهزة لاحتواء بورصة حقيقية ذات نظام متكامل، فصدر المرسوم التشريعي رقم 10.93¹ الخاص بإنشاء بورصة القيم المنقولة.

المبحث الثاني

لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة

أشرنا سابقا أن النظام الاقتصادي السياسي الجزائري بدأ يتحول بعمق ابتداء من سنة 1988، حيث قررت الحكومة هجر النظام الاشتراكي القائم على احتكار الدولة للنشاط الاقتصادي والملكية الجماعية لوسائل الإنتاج والذي كرسه دستور 1976. تجسد هذا السعي في دستور 1989 الذي أعاد النظر في طبيعة علاقة الدولة بالاقتصاد بطريق الحد من حجم ومجال تدخلها. وهذا انطلاقا من إعادة تحديد مفهوم الملكية العامة والانتقال من ملكية الدولة إلى ملكية المجموعة الوطنية، أي تبني النظرية الليبرالية، فتقلص دور الدولة من حيث تدخلها في الاقتصاد.

أصبحت وظيفة الاستغلال التجاري مفتوحة على المنافسة والمبادرة الخاصة للمتعاملين الخواص المحليين والأجانب، واكتفت الدولة ممثلة في إدارتها المركزية في إطار دورها الجديد بالتخطيط القطاعي وصياغة السياسات العمومية القطاعية دون تدخل مباشر في التسيير والرقابة. وتم تحويل وظيفة الرقابة الضبطية التي تعد امتيازاً من امتيازات السلطة العامة لصالح هيئات الضبط المستقلة² التي تتمتع بنظام قانوني خاص يسمح لها بأن تنوب عن الدولة في ممارسة وظائفها الضبطية والرقابية الجديدة رغم أن بعض القطاعات لازالت توكل بهذه الوظيفة للإدارة المركزية³.

نتحدث في هذا الجزء من البحث عن إحدى أهم سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها: الـ COSOB. هذه اللجنة ذات دور مزدوج: تنظم وتطور السوق، فتضمن توفير احتياجات المستثمر من البيانات والمعلومات التي تساعد في استثماراته، وتعد الهيئة التي تراقب وتقي من الممارسات التي قد تضر بالتداول في البورصة وتقمعها إذا ما اكتشفت حدوثها، وتقوم بجميع الإجراءات اللازمة للوقاية منها وتفاذي حدوثها. وجود هذه السلطة يبعث الثقة والمصدقية في السوق بالقدر الذي يعطي الاطمئنان الكافي والشجاعة للإقبال على الادخار من طرف الجمهور والمدخرين.

المطلب الأول: المفهوم والتطور التاريخي للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة

أنشئت لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في البداية بموجب المرسوم التشريعي رقم 10.93⁴، حيث نصت المادة 20 منه أنه "تنشأ لجنة لتنظيم عمليات البورصة ومراقبتها. وتتكون من رئيس و06 أعضاء". قام المشرع الجزائري بتعديل هذا النص بموجب القانون

¹. المرسوم التشريعي رقم 10.93 المؤرخ في 23 مايو 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة [الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 34 المؤرخة في 23 مايو 1993] معدل ومتمم بالأمر رقم 96/10 المؤرخ في 10 يناير 1996 [الجريدة الرسمية عدد 03 المؤرخة في 14 يناير 1996]. والمعدل والمتمم أيضاً بالقانون رقم 03/04 المؤرخ في 17 فبراير 2003 [الجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخة في 19 فيفري 2003، والاستدراك الوارد بالجريدة الرسمية عدد 32 المؤرخة في 7 مايو 2003].

². أنشأ المشرع الجزائري منذ سنة 1990 العديد من سلطات الضبط الاقتصادي، من بينها مجلس النقد والقرض سنة 1990، اللجنة المصرفية سنة 1990، لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة سنة 1993، مجلس المنافسة سنة 1995، سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية سنة 2000، الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية والوكالة الوطنية للجيولوجية والرقابة المنجمية سنة 2001، لجنة ضبط الغاز والكهرباء سنة 2002، سلطة ضبط النقل سنة 2002، سلطة ضبط المخروقات والوكالة الوطنية لتأمين موارد المخروقات سنة 2005، سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه سنة 2005، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته سنة 2006.

³. وليد بوجليلين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2011، ص. 06.

⁴. المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم.

رقم 04.03¹ فأصبح كالتالي: "تؤسس سلطة ضبط مستقلة لتنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. وتتكون من رئيس و06 أعضاء." يتضح من خلال الصياغة الجديدة لهذا النص أن المشرع الجزائري أراد تعزيز مركز اللجنة بجعلها سلطة ضبط مستقلة لها شخصيتها المعنوية، لتتمكن من مباشرة مهامها بالكيفية المطلوبة لضبط وتطوير السوق بعد أن اتسمت بالجمود والبطء لعدة سنوات.

السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى منح لجنة الـ COSOB الشخصية المعنوية وما ينتج عنها من استقلال مالي وإداري، هو محاولة تعزيز مركزها وإبعادها عن خطر الوقوع تحت وطأة جمود وبطيء النظام الإداري التقليدي، الذي من شأنه أن يربك اللجنة ويحد من سرعة حركتها والمرونة التي يتطلبها سوق القيم المنقولة.

سلطة ضبط السوق نموذج مستوحى في الأصل من قانون الولايات المتحدة الأمريكية، في سنة 1934 أنشئت اللجنة الفدرالية (The Securities and Exchange Commission) تملك سلطة تنظيمية واسعة من أجل ضمان السير الحسن للسوق. في التشريع الفرنسي هناك سلطة ذات نظام مشابه تسمى لجنة عمليات البورصة (La Commission des operations de bourse) (COB) أسست بموجب الأمر رقم 833 المؤرخ في 28 سبتمبر عام 1967 لتحل محل لجنة بورصات القيم التي ألغيت بموجب مرسوم 03 جانفي 1968².

جمعت المنظمة الدولية للجان القيم المنقولة «Commissions Internationale d'Organisation des Valeurs»، (OICV)، المنظمات التي تنظم في كل بلد بورصات القيم والأسواق المالية وتراقبها.

تعد الـ COSOB الجزائرية عضو عادي في المنظمة الدولية للجان القيم. وقد قدمت طلبا للانضمام لاتفاقية إوسكو (OICV-IOSCO) المتعددة الأطراف بتاريخ 2009/05/06. وهي حاليا مدرجة في الملحق "ب" من مذكرة التبادل والتعاون المتعددة الأطراف (Multilateral Memorandum of Understanding/MMOU) الخاصة بمنظمة (OICV)³.

المنظمة الدولية للجان القيم المنقولة (OICV) هي منظمة دولية أنشئت في عام 1983، مع وجود أمانتها العامة في مدريد وهي تجمع بين منظمي البورصات الرئيسية في العالم وتجتمع مرة واحدة في السنة. لديها أكثر من 190 عضوا، يصنفون إلى فئتين رئيسيتين: الأعضاء العاديون: منظمو أسواق القيم المنقولة؛ والأعضاء المنتسبون: كالمنظمات المالية، وما إلى ذلك⁴.

تكمّن الأهداف الرئيسية للمنظمة في وضع معايير دولية لتعزيز كفاءة وشفافية أسواق الأوراق المالية، وتحسين أنظمة وآليات حماية المستثمرين، وتعزيز التعاون بين الهيئات التنظيمية من أجل مكافحة الجريمة المالية⁵.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة

لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة أنشئت في البداية بموجب المرسوم التشريعي رقم 10.93، حيث نصت المادة 20 منه أنه "تنشأ لجنة لتنظيم عمليات البورصة ومراقبتها. وتتكون من رئيس و06 أعضاء." قام المشرع الجزائري بتعديل هذا النص بموجب القانون رقم 04.03 فأصبح كالتالي: "تؤسس سلطة ضبط مستقلة لتنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. وتتكون من رئيس و06 أعضاء."

ونلاحظ أن المشرع الجزائري منح بموجب هذا التعديل للجنة الشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وبوصفها سلطة إدارية مستقلة فإن ذلك من شأنه أن يعزز من مكانتها من أجل ضبط السوق بعيدا عن تحكم وسلطوية الإدارة التقليدية ممثلة في السلطة التنفيذية.

¹. المؤرخ في 17 فبراير 2003، يعدل ويتم المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة

². G. Ripert / R. Roblot, Traité de Droit Commercial, TOME 2, 16^e édition, L.G.D.J., -Paris, 2000, P. 55.

³. موقع لجنة الكوسوب الجزائرية: <http://www.cosob.org/cooperation-internationale>. شوهد يوم 2017/11/24، على الساعة 14:00.

⁴. نفس الموقع، نفس الصفحة، شوهد في نفس اللحظة.

⁵. نفس الموقع، نفس الصفحة، شوهد في نفس اللحظة.

لكن ما يثير التساؤل بخصوص هذا التعديل هو هل الهدف أن المشرع يريد تعزيز استقلالية اللجنة في مواجهة السلطة التنفيذية من أجل حسن سير السوق؟ أم أن هناك سبب آخر، ربما يتعلق بالمسؤولية عن أخطاء اللجنة؟ لأن عدم منح اللجنة الشخصية المعنوية، يعني أنه "قد تورطت الدولة في المسؤولية في حالة الخطأ الفادح"¹. بمعنى أنه في حالة ارتكاب اللجنة خطأ من شأنه أن يصيب سوق القيم المنقولة بالانحياز نتيجة لقرارها غير المشروع فإن الدولة تعتبر مسئولة مسؤولية مباشرة عن ذلك.

لكن بمنح اللجنة الشخصية المعنوية من طرف المشرع الجزائري أصبح الأمر على النقيض من ذلك تماما، حيث أصبحت اللجنة تملك أهلية التقاضي، إذ يجوز مخاطبتها أمام القضاء بمعزل عن الدولة، وبالتالي فهي تتحمل المسؤولية عن جميع الأخطاء الناتجة عن قراراتها غير المشروعة.

يرى جانب من الفقه² "أن نظام السلطات الإدارية المستقلة يعتبر نظاما مؤسسيا ظهر وتطور في الغموض ولم يبلغ درجة النضج إذ يعتبر ظاهرة غامضة، خاصة أن تزامن مصطلحي: الإدارية، والمستقلة، يزيد من هذا الغموض. حيث أن نموذج النظام الإداري الفرانكفوني يكرس مبدأ خضوع السلطة الإدارية للحكومة انطلاقا من المبدأ الدستوري القاضي بإخضاع السلطة التنفيذية لرقابة البرلمان". ويرى البعض³، بصدد الطبيعة القانونية للسلطات الإدارية المستقلة، أنها متذبذبة، حيث هذه السلطات بداخلها الكثير من التناقضات وتطرح الكثير من التساؤلات والمشكلات القانونية. فهي تظهر بمظهر السلطة بالمفهوم الكلاسيكي للسلطة، وفي نفس الوقت تظهر كأنها إدارة ملحقه بالسلطة التنفيذية، كذلك تعطي انطبعا بأنها تشكل سلطة رابعة بالنظر إلى الاستقلالية التي تتمتع بها عن الحكومة.

حيث أن تسميتها بالسلطة لا يبرر أنها سلطة بالمعنى الكلاسيكي في القانون الإداري. وانتمائها إلى السلطة التنفيذية ومنه إلى الإدارة أمر حتمي، وهو ما أدى إلى تناقض بين صفتها الإدارية واستقلاليتها في نفس الوقت، فكيف يمكن أن تكون تابعة للسلطة التنفيذية رغم أنها لا تتلقى منها التعليمات والأوامر، فهي ليست مرؤوسة لها وتفلت من وصايتها ولا تخضع لأي نوع من الرقابة من طرف السلطة التنفيذية⁴.

وتأكيد طبيعتها الإدارية سيؤدي حتما إلى تجريد هذه السلطات من استقلاليتها والانتقاص من الخصوصية التي تميزها. فهي تتمتع بالاستقلال وليس الاستقلالية لأنه من الصعب الحديث عن استقلالية السلطات الإدارية في مواجهة الحكومة فالإدارة ليست مستقلة عن الحكومة بل هي تابعة لها والاستقلالية يمكن الحديث عنها بخصوص السلطة القضائية فقط بموجب نصوص الدستور، ومع ذلك تبقى هذه الاستقلالية نسبية. وبالرغم من ذلك فإن الطبيعة الإدارية تفرض نفسها، بل أكثر من ذلك فهي تطغى على الاستقلالية المعترف بها لهذه السلطات⁵.

¹ . « La commission n'a pas la personnalité morale. Elle est une autorité administrative indépendante de l'Etat, dont elle peut engager la responsabilité au cas de faute lourde » G.Ripert / R. Roblot, Précité, P. 56.

² . وليد بوجملين، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، دار بلقيس للنشر، بدون طبعة، الجزائر، بدون سنة، ص. 179 وما يليها.

³ . خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، السنة الجامعية: 2015/2014، ص. 90 وما يليها.

⁴ . المرجع نفسه، ص. 101.

⁵ . خرشي إلهام، المرجع المذكور سابقا، ص. 101.

ورغم ذلك يجزم البعض¹ أن استقلالية لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها الـ COSOB نسبية، لأن الفصل في صفة الاستقلالية العضوية والوظيفية التامة عن الدولة مرهون بالعديد من العوامل، وبمجرد قول المشرع أن اللجنة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري لا يعني إطلاقاً أنها مستقلة فعلاً.

المطلب الثالث: تشكيل واختصاصات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة الفرع الأول: تشكيل اللجنة:

نصت المادة 20 من القانون رقم 04.03² "تؤسس سلطة ضبط مستقلة لتنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتتكون من رئيس وستة أعضاء". الصياغة السابقة لهذا النص قبل تعديله كانت تنص أيضاً على أن اللجنة تتكون من ستة أعضاء³، بمعنى أن المشرع قام بتعديل الفقرة الأولى من النص فحول الطبيعة القانونية لسلطة ضبط السوق من مجرد لجنة بسيطة ذات طبيعة قانونية غير معروفة إلى كيان قانوني عرفه فقه وتشريعات الكثير من دول العالم، نتيجة التناقضات التي حملتها نظرية الاقتصاد الليبرالي التي كانت تبعد الدولة عن كل دور تدخل في الاقتصاد، ما نتج عنه سلسلة من الفضائح والانهيارات المالية في العديد من البورصات العالمية. وكأن المشرع في البداية لم يكن يريد لهذه اللجنة أن تكون سلطة السوق المستقلة التي تتخذ قراراتها دون الرجوع للسلطة.

لكن ما يلاحظ أنه رغم ترقية اللجنة، إن صح القول، من لجنة بسيطة ليس لها تصور في الفقه القانوني إلى سلطة ضبط إداري مستقلة ذات نفوذ قوي في السوق، تمارس اختصاصاتها بالأصالة دون الخضوع للدولة التي أنشأتها. إلا أن المشرع لم يعزز كثيراً من تشكيلة اللجنة.

لم يرفع من عدد الأعضاء في اللجنة من جهة، ما أعاق تمثيل جميع المتدخلين في السوق من جهة ثانية. فإذا كان تطوير السوق من صلب مهام اللجنة فانه كان من الأجدر توسيع العضوية فيها لتشمل ممثل عن شركة تسيير البورصة وممثل عن الوسطاء في عمليات البورصة، وممثل عن المؤتمن المركزي على السندات، على أن يكون مبرر تمثيل هؤلاء هو نفسه الذي سمح بتمثيل الأشخاص المعنوية المصدرة للقيم المنقولة.

حيث نصت الفقرة الأولى من نص المادة 21 من القانون رقم 04/03 "يعين الرئيس لمدة نيابية تدوم 4 سنوات". يعين رئيس لجنة الكوسوب لمدة نيابية تدوم 4 سنوات بمرسوم تنفيذي يتخذ في مجلس الحكومة، بناء على اقتراح الوزير المكلف بالمالية، وتنتهي مهامه بنفس الطريقة. غير أنه لا يمكن أن تنتهي مهامه أثناء ممارسته النيابة إلا في حالة ارتكاب خطئ مهني جسيم أو لظروف استثنائية تعرض رسمياً في مجلس الحكومة. وتصنف وظيفته كوظيفة عليا في الدولة (المواد 2، 3، 4، من م.ت. رقم 175/94)⁴.

ونصت المادة 22 من نفس القانون أنه "يعين أعضاء اللجنة حسب قدراتهم في المجالين المالي والبورصي، لمدة أربع سنوات، وفق الشروط المحددة عن طريق التنظيم، وتبعا للتوزيع الآتي: قاض يقترحه وزير العدل، عضو يقترحه الوزير المكلف بالمالية، أستاذ جامعي يقترحه

¹ حفيظة زوار، لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة كهيئة إدارية مستقلة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004/2003، ص. 15.

² سبقت الإشارة إليه.

³ المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة، قبل التعديل " تنشأ لجنة لتنظيم عمليات البورصة ومراقبتها. وتتكون من رئيس و06 أعضاء".

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 175/94، المؤرخ في 13 يونيو 1994، يتضمن تطبيق المواد 21، 22، 29 من المرسوم التشريعي رقم 93/10 المؤرخ في 23 مايو 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة. ج.ر. 41 في 94/06/26.

الوزير المكلف بالتعليم العالي، عضو يقترحه محافظ بنك الجزائر، عضو مختار من بين المسيرين للأشخاص المعنوية المصدرة للقيم المنقولة، عضو يقترحه المصنف الوطني للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين".

ما يلفت الانتباه حول نظام تعيين وإنهاء مهام رئيس اللجنة وبقية الأعضاء الآخرين، أن وزير المالية ينفرد بنفوذ لا نظير له على الجانب المهني للفريق المكون للجنة بالمقارنة مع سلطات الضبط المستقلة الأخرى¹ في النظام الجزائري من جهة، وبالمقارنة مع سلطات ضبط البورصات في الدول الأجنبية. الأمر الذي دفع بعض الفقه² إلى الحديث مطولا عن هذا النفوذ ومدى تأثيره على استقلالية اللجنة. اللجنة تضم فريق من المتخصصين لهم من الخبرة ما يجعلهم مستعدين للكثير من الاحتمالات التي قد تؤثر على توازن السوق. لكن ما يلاحظ على هذه التركيبة أن هناك غياب لأي تمثيل للسلطة التشريعية، على غرار الكثير من لجان ضبط السوق في الدول المتقدمة التي نجد بضع أعضائها معينين من طرف رؤساء الهيئات التشريعية³.

من خلال دراسة تشكيلة اللجنة، وطريقة تعيين الرئيس والأعضاء بتمعن، قد نتحسس أن هناك ما يجعلنا نتساءل عن جوهر ومدى استقلاليتهما نظريا وفعليا في آن واحد. فنتساءل: هل هذه اللجنة مستقلة فعلا؟.

الفرع الثاني: مدى استقلالية اللجنة

لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة هي عبارة عن هيئة إدارية مستقلة، تمارس مهامها دون الرجوع إلى الدولة التي أنشأتها. فهي لا تخضع لا لنظام السلطة الرئاسية ولا لنظام سلطة الوصاية. والسبب الذي دفع بالدولة لمنحها هذه الاستقلالية هو الطابع الخاص بمجال عملها، فهي تراقب وتضبط وتنظم عمليات التداول للقيم المنقولة في سوق البورصة، هذه الأخيرة لا يمكن تحت أي ظرف أن تتدخل السلطة الإدارية التقليدية في نظام عملها، الذي يتطلب السرعة الفائقة ومرونة استثنائية خاصة بما فقط. تدخل السلطة التنفيذية في هذا النظام عن طريق وسائلها الإدارية التقليدية من شأنه أن يحدث أضرار جسيمة بالسوق. لكن هذه الاستقلالية محل نقد واسع اليوم في الفقه القانوني الجزائري، ليس في جوهرها فحسب، بل في وجودها من أساسه. البعض ينكر وجودها فعليا لصالح اللجنة، والبعض الآخر يقول إنها نسبية جدا.

¹. السلطات الإدارية المستقلة في القانون الجزائري: المجلس الأعلى للإعلام أول سلطة إدارية مستقلة من حيث الظهور، مجلس النقد والقرض، واللجنة المصرفية سنة 1990. لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها سنة 1993. مجلس المنافسة سنة 1995، ...، واستمرت الدولة في خلق مثل هذا النوع من السلطات حتى فاق عددها أكثر من 20 سلطة.

². أنظر رأي الفقه القانوني الجزائري فيما يتعلق بمدى استقلالية لجنة الكوسوب: خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، السنة الجامعية: 2014/2015، وكذلك حفيظة زوار، لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة كهيئة إدارية مستقلة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003/2004. أنظر أيضا، وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2011.

³. تتشكل لجنة عمليات البورصة COB الفرنسية من: رئيس وتسعة أعضاء. يعين الرئيس بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء لمدة ست سنوات، وولايته غير قابلة للتجديد. أما ولاية الأعضاء التسعة فهي أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة. من بين التسعة يعين ثلاثة من كبار الهيئات القضائية في الدولة: واحد يعين من قبل نائب رئيس مجلس الدولة، وواحد يعين من قبل الرئيس الأول لمحكمة النقض وثالث يعينه الرئيس الأول لمجلس المحاسبة. وثلاثة تعينهم المنظمات المهنية المعنية بشكل خاص بنظام سير الأسواق المالية: واحد يعينه مجلس النقد الفرنسي، CMF، وواحد يعينه المجلس الوطني للمحاسبة، وثالث يعينه بنك فرنسا. وأخيرا هناك ثلاث شخصيات مميزة يعينهم رئيس مجلس الشيوخ، ورئيس الجمعية الوطنية، ورئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي. وتستمع اللجنة إلى رأي ممثل وزير - الاقتصاد، باستثناء فيما يتعلق بالقرارات الفردية التي تتخذها اللجنة. وفي كل المداولات وعند تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا. وتمتلك اللجنة عددا من المصالح تعمل تحت إدارة مدير عام يساعده سكرتير عام، والمدير والسكرتير العام يعينهما الرئيس بعد موافقة وزير الاقتصاد. تساعد المصالح اللجنة في إعداد قراراتها وتؤمن تنفيذ هذه القرارات.

ويرى البعض¹ أن "طريقة تعيين الأعضاء بقرار وزاري من شأنها أن تفرغ مصطلح سلطة الضبط المستقلة من محتواه، ذلك أن التعيين بقرار وزاري من شأنه خلق نوع من العلاقة التبعية السلمية المباشرة تجاه وزير المالية وهو ما لا يخدم استقلالية هذه اللجنة".

الفرع الثالث: مهام وصلاحيات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة

نصت المادة 30 من القانون رقم 03.04²، "تتولى لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، مهمة تنظيم سوق القيم المنقولة ومراقبتها، بالسهر خاصة على:

. حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة أو المنتوجات المالية الأخرى التي تتم في إطار اللجوء العلني للادخار،

. لا تخضع لرقابة اللجنة، المنتوجات المالية المتداولة في السوق التي هي تحت سلطة بنك الجزائر،

. السير الحسن لسوق القيم المنقولة وشفافيتها.

. وبجهد الصفة، تقدم لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها تقريرا سنويا عن نشاط سوق القيم المنقولة، إلى الحكومة."

أولا: مهام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها

من خلال استقراء نص المادة 30 يتضح أن لجنة الـ COSOB تمارس مهامها ضمن مجالين يكملان بعضهما البعض إلى حد ما. في المقام الأول تكلف اللجنة بالسهر على حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة أو المنتوجات المالية الأخرى التي تتم في إطار اللجوء العلني للادخار، يتعلق هذا الدور بتدخلات اللجنة في كيفية عمل وسير الشركات التي تدعو الجمهور إلى الادخار وهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة. في المقام الثاني تسهر اللجنة على حسن سير سوق القيم المنقولة وشفافيتها عن طريق الإشراف على التداول في البورصة ذاتها وفي سوق التراضي.

ثانياً: الوظيفة التنظيمية.

لكي تتمكن اللجنة من ممارسة مهامها على أحسن وجه منحها المشرع صلاحية إصدار التنظيمات لضمان حسن سير السوق، وصلاحيات حراسة ومراقبة السوق من أجل حماية المستثمرين. فتقوم بسن قواعد وتنظيمات تتعلق برؤوس الأموال التي يمكن استثمارها في عمليات البورصة. والبت في طلبات اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وسن القواعد المهنية الخاصة بهم وتحديد مسؤولياتهم تجاه السوق وتجاه الزبائن³.

كذلك تحدد الشروط والقواعد التي تحكم العلاقات بين المؤتمن المركزي على السندات والمستفيدين من خدماته، والقواعد المتعلقة بحفظ السندات وتسيير وإدارة الحسابات الجارية للسندات، وتلك المتعلقة أيضا بتسيير نظام التسوية وتسليم السندات. شروط تأهيل وممارسة نشاط حفظ وإدارة السندات⁴.

وكذلك تحدد اللجنة عن طريق السلطة التنظيمية التي تملكها، الشروط الخاصة بأهلية الأعوان المرخص لهم بإجراء مفاوضات في مجال البورصة، وطريقة الإصدار في أوساط الجمهور، وقبول القيم المنقولة للتفاوض بشأنها وشطبها، وتعليق تحديد أسعارها. وتنظم عمليات المقاصة. وتحدد الشروط التي يتفاوض على أساسها حول القيم المنقولة في البورصة.

¹. وليد بوجملي، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، مرجع سبق الإشارة إليه، ص. 73 وما يليها.

². المؤرخ في 17 فبراير 2003، لمعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 10.93 المؤرخ في 23 مايو 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة.

³. نص المادة 31 من القانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة.

⁴. المادة 30 من القانون رقم 03،04، سبق الإشارة إليه.

وفي الأخير، تسن اللجنة جميع التنظيمات المتعلقة بتسيير حافظات القيم المنقولة وسنداتها المقبولة في البورصة. ومحتوى الشروط الإلزامية الواجب إدراجها في عقود التفويضات بين الوسطاء في عمليات البورصة وزبائنهم. وكذلك العروض العمومية لشراء القيم المنقولة. وتقوم بصفة دورية بنشر المعلومات التي تخص الشركات المدرجة قيمها المنقولة في البورصة¹.

خاتمة:

لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة التي تعتبر الضابط الذي ينظم ويراقب البورصة وعمليات التداول فيها. في سبيل القيام بمهامها على أحسن وجه، جعلها المشرع مستقلة، لكن هذا الاستقلال ليس مطلقا، بل هو نسبي، فمن غير المعقول القول أن تكون اللجنة ذات نفوذ لا محدود في سوق القيم المنقولة، لا رقيب عليها ولا معقب على أعمالها. فهي تخضع للرقابة القضائية بمناسبة فحص مشروعيتها قرارها أو نظر الطعون بالإلغاء ضد غير المشروعة منها. وتخضع اللجنة أيضا للرقابة البرلمانية، فالبرلمان يراقب السلطة التنفيذية، ولجنة الكوسوب بوصفها سلطة إدارية ليست مستثناة من هذا المبدأ. رغم ذلك، فإن الرقابة القضائية والبرلمانية على اللجنة لا تعد بأي حال من الأحوال ذات تأثير على استقلاليتها في أداء مهامها، لأن تقرير الرقابة القضائية والبرلمانية في الدولة يعد أحد دعائم مبدأ المشروعية ودولة القانون، ولا يشكل إطلاقا مساسا باستقلالية اللجنة. لكن الانتقادات التي وجهت من طرف الفقه الجزائري فيما يتعلق بمدى استقلالية لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها لا ينبغي تجاهلها؛ لأن الخضوع المباشر وغير المباشر لأعضاء اللجنة للحكومة لوزير المالية ومنه إلى الحكومة ينتج عنه تحول لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة إلى مجرد إدارة تقليدية، وهو ما يهدم فكرة تنازل الدولة عن مهمة حراسة السوق لصالح هيئة محايدة، لأن الحيادية مطلوبة بشدة عندما يتعلق الأمر بنشاطات اقتصادية تتسم بالسرعة وتحتاج مرونة أكثر، لا تستطيع الدولة عن طريق السلطة التنفيذية أن تضمنها. من ناحية أخرى فإنه من الضروري تمثيل جميع المتدخلين في بورصة القيم المنقولة، بل أكثر من ذلك يجب تمثيل السلطة التشريعية في اللجنة، لأنه من غير المعقول أن نجد من يمثل السلطة التنفيذية والسلطة القضائية من بين أعضاء اللجنة، لكن لا نجد أي تمثيل للسلطة التشريعية. بل الأمر يتعدى المعقول عندما نجد أن أغلب أعضاء اللجنة يمثلون السلطة التنفيذية.

¹. المادة 30 من القانون رقم 03،04، سبقت الإشارة إليه.

شكل وحجية العلاقة الإيجارية في ظل القانون رقم 05/07؛

دراسة تحليلية على ضوء النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري

The form and the validity of the rental relationship under law 05/07: An analytical study in the light of the legislative texts and the Algerian jurisprudence

غرمول أمينة، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/28 - تاريخ المراجعة: 2017/11/26.

ملخص:

يمثل عقد الإيجار الإطار القانوني الذي يجمع طائفتين من الأشخاص و هم المؤجرون والمستأجرون على تعارض مصالحهما و هذه المصالح المتعارضة هي ما جعلت المشرعين و هم بصدد تنظيمه يحاولون وضع توازن يحفظ لكل ذي حق حقه، لذلك تعرضت النصوص المنظمة له و أخص بالذكر ما تعلق منها بالإطار الشكلي هو كيفية إثباته و مدى حجتيه للمراجعة و التعديل، و جدير بالذكر أن هذا المقال يتناول أساسا عقد الإيجار وفق نصوص القانون المدني دون غيرها مما تولت نصوص أخرى تنظيمه و بالتحديد القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 و الذي تلقى بمقتضاه الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني النصيب الأوفر من التعديل أي ما يقارب نسبة 90%، خاصة و أنه يعد بمثابة نقطة التحول التي ترجمت بوادر التوجه الجديد الليبرالي الذي تبنته الجزائر.

الكلمات المفتاحية:

شكل عقد الإيجار، إثبات عقد الإيجار، القانون رقم 05/07.

Abstract:

Tenancy agreements are the legal framework that brings together two parties, represented by the landlord and the tenant, and their opposing interests. These conflicting interests were the main concern for legislators during the process of systemizing the exchange, while aiming to establish a fair agreement that preserves each party's rights. Therefore, the relating legal texts, especially those related to the formal framework, its insurability and authority, were reviewed and amended. It is worth mentioning that this article deals mainly with the lease contract in accordance with the provisions of the civil code, without any other provisions taken by the organization and specifically law n° 05/07 of the 13th May 2007 under order n° 58/75 of the 26th September 1975, including the Civil Law, 90% of which was amended, making it the most amended part, especially as it is considered as the turning point that was translated into the seed of the liberal trend, adopted by Algeria.

Keywords:

Tenancy agreement form, proof of tenancy contract, law n° 05/07.

مقدمة:

يمثل عقد الإيجار الإطار القانوني الذي يجمع طائفتين من الأشخاص، وهم المؤجرون والمستأجرون على تعارض مصالحهما، وهذه المصالح المتعارضة هي ما جعلت المشرعين وهم بصدد تنظيمه يحاولون وضع توازن يحفظ لكل ذي حق حقه، لذلك تعرضت النصوص المنظمة له (سواء القانون المدني أو النصوص الخاصة) للمراجعة والتعديل بغرض فهم المسائل القانونية المتعلقة به في ظل التشابك وعدم الانسجام الذي تعاني منه بعض الأحكام التي تضبطه، خاصة ما تعلق منها بمسألة شكل العلاقة الإيجارية ومسألة إثباتها في ظل غياب سياسة موحدة وواضحة يمكن إتباعها، نظرا لخضوع الوضعيات الإيجارية في بلادنا لعدة أنظمة طمعا في أن تحظى بتأطير تشريعي وتنظيمي

واضح يطبق في ظل ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية ملائمة، ويتناسب مع التوجه المتبنى في كل فترة. وهذا ما يبرر سلسلة التطورات والتعديلات التي شهدتها التصرف الإيجاري في الجزائر، واستنادا إلى جملة التعديلات التي طرأت على العلاقة الإيجارية ذات الطابع المدني وبالأخص القانون رقم: 05/07 الذي يعد بمثابة نقطة التحول التي ترجمت بوادر التوجه الجديد الليبرالي الذي تبنته الجزائر، جاء طرحنا للإشكالية التالية:

ما مدى نفاذ القانون رقم 05/07 باعتباره آخر تعديل شهدته أحكام الإيجار المدني، لاسيما فيما يتعلق بالشكلية وما مدى تأثير ذلك على الإثبات بالنسبة لعقود الإيجار السابقة على تاريخ صدوره؟. وفي سبيل نحث الوجه الكامل لهذا الموضوع قمنا بإتباع التقسيم التالي: الشكلية في عقد الإيجار المدني (مبحث أول)، حجية عقد الإيجار المدني (مبحث ثاني).

المبحث الأول

الشكلية في عقد الإيجار المدني

استحدث المشرع الشكلية في عقد الإيجار، بعدما كان هذا الأخير عقدا رضائيا، وتوجه المشرع وفقا للمرسوم التشريعي رقم 03/93⁽¹⁾ إلى جعلها ركنا في العقد وأكد ذلك في التعديل الأخير للقانون المدني لسنة 2007، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أهمية هذا الموضوع خاصة وأنه كان من أولى أولويات هذا التعديل، نظرا لما شاب النصوص السابقة التي تناولته من غموض ترجم في شكل إشكالات عدة خاصة ما لمسته المحاكم من جدية القضايا المطروحة عليها، وعليه فإن الأمر يستلزم دراسة الوضعية الإيجارية في بلادنا وبالأخص الجانب المتعلق بشكل عقد الإيجار المدني وبتحديد أكثر دقة نوع الكتابة اللازمة لانعقاده، والتي شهدت سلسلة من التغيرات التي كانت في علاقة تأثر بتغير أوضاع وعقليات سوق الإيجار الوطنية، والتي مردها إلى التشريع المعمول به في كل فترة، والذي كان بدوره محل تأثر بالبعد الاقتصادي المنتهج.

لهذا سنتطرق لشكل عقد الإيجار في القانون المدني، في إطار المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، ثم في إطار القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني، وسنبين ذلك بشيء من التوضيح فيما يلي:

المطلب الأول: شكل عقد الإيجار المبرم قبل صدور القانون رقم 05/07.

يتعين علينا لتحديد شكل عقد الإيجار في ظل التشريع السابق أن نفرق بين مرحلتين، بسبب ما أدخله المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري من تعديلات على القانون المدني في هذا الإطار، وقبل ذلك التطرق إلى شكل العلاقات الإيجارية المبرمة في ظل الأمر رقم 58/75⁽²⁾.

الفرع الأول: شكل عقد الإيجار المبرم وفقا للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني.

ينعقد الإيجار بتراضي طرفيه وبتطابق إرادتهما دون الإخلال بالنصوص القانونية،⁽³⁾ بحيث يصدر إيجابا ثمن أحدهما ويقابله قبول من الآخر،⁽⁴⁾ ويجب أن تتجه إرادة كل طرف إلى إبرام عقد إيجار لا غير هو يكون محله عينا معينة، وأن يتفقا على الأجرة والمدة التي

(1) - المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المؤرخ في 03/01/1993 المتعلق بالنشاط العقاري، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 14 لسنة 1993، والملغى بموجب القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17/02/2011 والذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011.

(2) - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 78 لسنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07.

(3) - تنص المادة 59 من الأمر رقم 58/75 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 السالف الذكر، على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

(4) - CHRESTIEN LAROMMET، «droitcivil، les obligations، tome 3، le contrat» economica، deltat، p126.

يسري فيها العقد⁽¹⁾. بالإضافة إلى وجوب أن تكون هناك إرادة جديّة سليمة خالية من العيوب المحددة بمقتضى القواعد العامة في المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري،⁽²⁾ تهدف إلى إحداث أثر قانوني يعتد به القانون⁽³⁾ ولا يخضع عقد الإيجار إلى شكل معين⁽⁴⁾.

والملاحظ أن هذا المبدأ كان معمول به حيث لم ينص القانون المدني على كيفية معينة تبرم بها عقود الإيجار بل ينعقد بمجرد رضا الطرفين بشروط العقد دون اشتراط أية شكلية⁽⁵⁾. فالرضائية في عقد الإيجار كانت الأصل والشكلية مجرد استثناء في الحالات التي يقرها القانون⁽⁶⁾، إذ يوجب هذا الأخير أن تكون عقود الإيجار مثلاً التي تزيد مدتها عن اثني عشرة (12) سنة رسمية⁽⁷⁾، واشتراط الكتابة هنا يعد استثناء عن الأصل. بحيث نشهد في هذه الفترة صحة الإيجار الشفوي تماشياً مع مبدأ سلطان الإرادة ونص المادة 59 من القانون المدني القاضي بأنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، وكان التعبير عن الإرادة يتم حتى بالإشارة أو اتخاذ أي موقف لا يدع أي شك على دلالة مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون هذا التعبير صريحاً كما يمكن أن يكون ضمناً⁽⁸⁾، ويتجدد أيضاً سواء كان التحديد صريحاً أو ضمناً دون أية شروط.

وفي هذا الصدد تنص المادة 60 من القانون المدني⁽⁹⁾ أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً⁽¹⁰⁾. إذ يكفي في هذه المرحلة الرضائية لإبرام عقد الإيجار، ولا مجال للحديث عن نوع الكتابة المطلوبة ولا على جزاء تخلفها أو بحث مسألة البطلان أو الإبطال من عدمه. فإيجارات هذه المرحلة سادتها الرضائية على إطلاقها، غير أنه يلاحظ

(1) - هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، وفق أحدث النصوص المعدلة، القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، المرجع السابق، ص 31.

(2) - راجع: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 96.

(3) - رمضان أبو السعود، الموجز في عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 103.

(4) - رمضان أبو السعود، الموجز في عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 16.

(5) - ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، 2001، ص 57.

(6) - محمد معمر فوادي، علاقة الإيجار في ظل المرسوم التشريعي رقم 93/03 المتعلق بالنشاط العقاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العقاري الزراعي، كلية الحقوق، جامعة البلدة، 2000-2001، ص 31.

(7) - تنص المادة 17 من الأمر رقم 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، على أنه: «إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف، ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها وذلك مع مراعاة أحكام المواد 165 من الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 20 رمضان عام 1391 الموافق 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية.» وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة الثانية من المادة 17 التي نصت على مراعاة أحكام المادة 165 من الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية لا مجال لتطبيقها في الوقت الراهن لأن هذا الأمر 73/71 تم إلغاؤه بموجب المادة 75 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري.

(8) - راجع: فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص.ص 56-57.

(9) - تنص المادة 60 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، السالف الذكر، على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً."

(10) - محمدي فريدة، عقد الإيجار وفقاً للقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص 29.

أن هذه الخاصية ليست من النظام العام، فللعاقدين الاتفاق على عدم انعقاد الإيجار بينهما إلا في شكل معين يتفقان عليه كتدوينه في ورقة رسمية أو عرقية، وفي هذه الحالة لا ينعقد الإيجار إلا باستيفاء الشكل المتفق عليه.⁽¹⁾

الفرع الثاني: شكل عقد الإيجار المبرم وفقا للمرسوم التشريعي رقم 03/93.

من أجل مسايرة التطورات السياسية والاجتماعية التي عرفتها الجزائر بعد دستور 1989، عمد المشرع الجزائري إلى إدخال تغيير جوهري في مجال عقود الإيجار، فأصدر المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، وألغى بموجبه المواد الخاصة بمنازعات الأجرة، والمواد الخاصة بعقد الإيجار غير المحدد المدة، والتحديد الضمني لعقود الإيجار، واستبعاد الحق في البقاء في الأماكن المعدة للسكن⁽²⁾، وفيما يتعلق بشكل عقد الإيجار المبرم في ظل المرسوم التشريعي المذكور أعلاه فإن أحكامه أكدت في المادة 21 منه على ضرورة تجسيد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى ويخضع للتسجيل لدى المصالح المؤهلة⁽³⁾، وإخضاع عقد الإيجار للكتابة يخدم مصلحة المؤجر والمستأجر في نفس الوقت إذ بالكتابة يتم تحديد المدة وبكيفية واضحة لا لبس فيها⁽⁴⁾، كما يمكن للمؤجر اشتراط إمكانية مراجعة تحديد الأجرة، كما يكون بإمكانه أيضا الاشتراط على المستأجر تقديم ضمانات للتأكد من تنفيذه لإلزامه بدفع الأجرة كأن يشترط عليه وضع منقولات معينة في العين المؤجرة، فإذا كان العقد مكتوبا وذكرت فيه هذه الضمانات فإنه يمكن للمؤجر الاحتجاج بها ولا يجوز للمستأجر الإثبات إلا بالكتابة، ولهذا فمن مصلحته أن يكون عقد الإيجار مكتوبا⁽⁵⁾.

أولاً: نوع الكتابة.

إن المشرع نص على إلزامية أن يكون عقد الإيجار مكتوبا طبقا للنموذج الذي يحدده المرسوم التنفيذي رقم 94-69 بحيث يتضمن لزوما ما يلي:

- تعيين طرفي العقد - مدة العقد - ثمن بدل الإيجار - الأعباء والضمانات - التزامات المؤجر - التزامات المستأجر - طرق انقضاء العلاقة الإيجارية - تاريخ ومكان إبرام العقد- توقيع كل من المؤجر والمستأجر، ويجب أن تتوفر كل هذه العناصر في عقد الإيجار وإلا كان باطلا، لأن كل عنصر فيها يتحدد به عقد الإيجار المكتوب⁽⁶⁾، كما يشير المرسوم في الأخير إلى وجوب تسجيله لدى المصالح المختصة، كما اشترط أن يكون عقد الإيجار ثابت التاريخ، وأنه في حالة مخالفة المؤجر لهذا الواجب يعاقب طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها، إلا أنه لم يبين إذا كانت هذه الكتابة تقع وجوبا أمام الموثق أو يكفي العقد العرقي بشأنها وفي غياب الإشارة إلى العقد التوثيقي فإنه يمكن القول إن الكتابة العرقية كافية مع أنه يستحسن تسجيلها رسميا لإعطائها تاريخ ثابت⁽⁷⁾، لكن في نفس الوقت هناك من كان له رأي آخر

(1) - ذيب عبد السلام، المرجع السابق، 57.

(2) - سناء الشيخ، رقية أحمد داوود، مداخلة بعنوان العلاقات الإيجارية في ضوء المرسوم التشريعي رقم 03/93، الملتقى الدولي للترقية العقارية (الواقع والآفاق)، يومي 7 و 8/02/2006، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم الحقوق، جامعة ورقلة، ص 326.

(3) - تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في 19/03/1994 والمتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري، يخضع هذا العقد للتسجيل لدى المصالح المؤهلة.

(4) - مصطفى محمد الجمال، الموجز في أحكام الإيجار، أحكام عقد الإيجار في القانون المدني وتشريعات إيجار الأماكن في ضوء تطبيقات القضاء و شروح الفقه، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2002، ص 97.

(5) - ذيب عبد السلام، المرجع والموضع نفسه.

(6) - هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، وفق أحدث النصوص المعدلة، القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 82.

(7) - راجع: سناء الشيخ، رقية أحمد داوود، المرجع السابق، ص. 326-327.

وتوصل إلى أن الكتابة التي يشترطها القانون هي الكتابة الرسمية، إضافة إلى ضرورة إخضاع عقد الإيجار لإجراءات التسجيل لدى المصالح المختصة، ولا يشترط الإشهار العقاري في عقد الإيجار⁽¹⁾.

ثانيا: حكم تخلف الكتابة.

رتب القانون على تخلف الكتابة وفقا للنموذج المحدد العديد من الجزاءات وهي:

1/- حسب نص المادة 2/21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93⁽²⁾، فإن المؤجر يعاقب وفقا للأحكام التشريعية المعمول بها، غير أن النص لم يبين بدقة أي الأحكام التشريعية المقصودة التي يعاقب المؤجر استنادا لها خاصة أن المشرع في قانون العقوبات لم يورد أي مادة بخصوص ذلك ماعدا الأحكام التي قررها المشرع المدني المتعلقة بالفسخ أو البطلان في حالة تخلف شروط أو أركان أي عقد من العقود⁽³⁾، والملاحظ أن المشرع قرر عقوبات على المؤجر دون المستأجر، وذلك راجع لتأثره بالطابع الاجتماعي لعقد الإيجار وضرورة حماية المستأجر من تعسف المالك الذي يرفض كتابة عقد الإيجار حتى لا يصح بمبالغ بدل الإيجار غير أن غموض نص المادة 2/21 والناتج عن عمومته يؤدي إلى نقص فعاليته، وإن كان البعض⁽⁴⁾ يرى أن العقوبات التي يخضع لها المؤجر هي تلك العقوبات المنصوص عليها في المادة 459 من قانون العقوبات⁽⁵⁾، إلا أنه يبدو لي أنه كان أحرى بالمشرع أن يبين العقوبات المدنية والجزائية حتى لا يفتح باب التأويل.

2/- إلى جانب العقوبات المقررة والتي لم يتم تحديدها بل اتسمت بطابع العمومية والغموض كما سبقت الإشارة قرر المشرع في حالة عدم كتابة عقد الإيجار منح المستأجر الشاغل الحق في التمسك بأي وصل يحوزه للمطالبة بإبرام عقد إيجار لمدة سنة من تاريخ معاناة المخالفة. وهذا ما أشارت إليه المادة 21 في فقرتها الثالثة، لكن المشرع لم يحدد كيفية معاناة المخالفة المذكورة ومن طرف من تكون؟⁽⁶⁾، ونتيجة لعمومية نص المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 تثار إشكالية بالغة الأهمية وهي: هل الكتابة في عقد الإيجار هي ركن للانعقاد أم أنها وسيلة للإثبات؟. فإذا ما رجعنا إلى نص المادة 21 نجد أنها تقرر عقوبات في حالة تخلف الكتابة في عقد الإيجار، إلا أنها لم تقرر البطلان كجزاء لتخلفها، وبالتالي فإن الكتابة في عقد الإيجار ليست ركنا من أركانه، وإذا قلنا إن المشرع اعتبر الشكالية في عقد الإيجار وسيلة للإثبات، نجد أن الفقرة الأخيرة من نص المادة 21 تجيز للمستأجر الشاغل إثبات الإيجار بأي وصل، ومنه نستنتج أن المشرع لم يعتبر الكتابة في عقد الإيجار وسيلة إثبات⁽⁷⁾، والإشكالية ظلت قائمة في هذه الفترة إلى غاية صدور القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني، وحدير بالملاحظة أن اشتراط الكتابة هنا ليست للانعقاد، وليست مقررة للإثبات، بل هي مجرد التزام يقع

(1) - بوسنة إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، دار الهدى عين ميله، الجزائر، 2011، ص 113.

(2) - نص المادة 2/21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 الملغى بالقانون رقم 04/11 السالف الذكر.

(3) - راجع: مجيد خلفوني، الإيجار المدني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.ص. 186-187.

(4) - حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، عقد الإيجار، ملاحظات تطبيقية حول العقود الثوتيقية، نظرات حول عدم استقرار المحكمة العليا بخصوص بعض القضايا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 40.

(5) - تنص المادة 459 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 / 06 / 1966 المتضمن قانون العقوبات ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 14/11 المؤرخ في 02 / 08 / 2011 ، على أنه: « يعاقب بغرامة من 30 إلى 100 دج و يجوز أن يعاقب أيضا بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر كل من خالف المراسيم أو القرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقبا عليها بنصوص خاصة.»

(6) - ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 69 .

(7) - بوسنة إيمان، المرجع السابق، ص 112.

على عاتق المؤجر⁽¹⁾، والحكمة التي ابتغاها المشرع من ذلك هي توفير الاستقرار لعقود الإيجار من جهة وتحصيل الدولة للجانِب الضريبي لصالح الخزينة العمومية من جهة أخرى⁽²⁾.

كما أنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 20 من المرسوم التشريعي 03/93 في الفقرة الثانية يتضح أن المشرع أخضع تجديد عقود الإيجار المبرمة قبل صدور هذا المرسوم التشريعي إلى الأمر 58/75 المتضمن تعديل القانون المدني أما الإيجارات التي أبرمت لأول مرة بعد صدور هذا المرسوم فهي تخضع له⁽³⁾.

المطلب الثاني: شكل عقد الإيجار المبرم وفقا للقانون رقم 05/07.

لقد سبقت الإشارة إلى أن الكتابة في عقد الإيجار في ظل التشريع السابق، لم تكن ركن لانعقاد ولم تكن وسيلة للإثبات وبقيت هذه الإشكالية قائمة إلى غاية صدور القانون رقم 05/07 الذي يعدل ويتمم القانون المدني الجزائري حيث تم إدراج المادة 467 مكرر ضمن نصوص القانون المدني⁽⁴⁾ والتي يتضح جليا من خلالها أن المشرع اعتبر الكتابة ركنا في عقد الإيجار ويترتب على تخلفها بطلان العقد، من هنا أصبح عقد الإيجار عقدا شكليا بعدما كان عقدا رضائيا. لكن هناك إشكالية أخرى تثار بشأن الكتابة في عقد الإيجار، وهي أن المشرع الجزائري لم يحدد نوع الكتابة إن كانت رسمية أو غير رسمية، سواء في ظل التشريع السابق أو حتى في ظل القانون رقم 05/07 الذي يعدل و يتمم القانون المدني في المادة 467 مكرر. وعليه يستوي أن يبرم العقد في قالب رسمي أم في ورقة عرفية و لا يفهم بالضرورة أن الكتابة المذكورة في هذه المادة على أنها الكتابة الرسمية والتي تتم بمعرفة المكتب العمومي للتوثيق⁽⁵⁾ أو موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة⁽⁶⁾، وإضافة إلى الشكل الرسمي الذي اشترطه القانون للتعبير عن الإرادة اشترط قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/29 بموجب الأمر رقم 105/76 على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليميا⁽⁷⁾، ويلزم نفس القانون الموثقين تسجيل جميع العقود التي تحرر بمعيتهم في أجل لا يتجاوز شهرا، وفي حالة التأخير في التسجيل يتعرض الموثق لعقوبات جبائية دون نزع الصبغة الرسمية على العقد⁽⁸⁾، غير أنه إذا أفرغت إرادة المتعاقدين المتضمنة عقد الإيجار عرفيا، فإن المحرر العرفي يجب أن يكون ثابت التاريخ⁽⁹⁾ بتسجيله بمصلحة التسجيل والطابع لتحصيل الدولة مستحقاتها المالية المترتبة عن التصرف المبرم.

(1) - حمدي باشا عمر مبادئ القضاء العقاري، دار العلوم، الجزائر، 2000، ص 142.

(2) - حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، عقد الإيجار، ملاحظات تطبيقية حول العقود التوثيقية، نظرات حول عدم استقرار المحكمة العليا بخصوص بعض القضايا، المرجع السابق، ص 49.

(3) - هلال شعوة، المرجع السابق، ص 75.

(4) - تنص المادة 467 مكرر من القانون رقم 05/07 السالف الذكر، على أنه: «ينعقد الإيجار كتابة و يكون له تاريخ ثابت و إلا كان باطلا».

(5) - المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2009، ملف رقم 502560، القرار الصادر بتاريخ 2009/03/04، ص. 190-193، و الذي قضى بما يلي:

«لا يعد عقد الإيجار التوثيقي المحرر من غير المالك عقد إيجار قانوني ولا يحتج به بالتالي على مالك الأمكنة المؤجرة».

(6) - أنظر: المادة 324 من الأمر رقم 58/75 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 السالف الذكر.

(7) - تنص المادة 75 فقرة 01 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل، على أنه: «لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم».

(8) - تنص المادة 58 من نفس الأمر، على أنه: «يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها...»

(9) - أنظر: المادة 328 من الأمر رقم 58/75 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 السالف الذكر.

المبحث الثاني

حجية عقد الإيجار المدني

إن الإيجار اليوم هو من أكثر العقود تداولاً نظراً لأزمة السكن الحادة التي تعيشها بلادنا، وعليه فإن إثباته يثير مشاكل عويصة على مستوى جداول المحاكم، وإن أكبر مشكل يعترض سبيل القاضي بخصوص سند الإيجار هو كيفية إثباته⁽¹⁾، بحيث نجد أن المحرر كان يستعمل كوسيلة إثبات إذا تم الإيجار عن طريق الكتابة، غير أن التشريع الذي كان معمولاً به قبل وبعد الاستقلال، وكذا من طرف القانون المدني لسنة 1975 إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93، والذي يمثل كما سنرى لاحقاً بمثابة مساس بالملكية الفردية بحيث جعل المؤجرين يتفادون الكتابة، وكذا تسليم وصولات الإيجار لتصعيب إثبات الإيجار من قبل المستأجرين ولزعم وجود علاقة عارية، واعتباراً لما جاء في قانون 31 ديسمبر 1962⁽²⁾، الذي يمدد العمل بالقوانين الفرنسية إلى غاية صدور القوانين الجزائرية التي تخلفها وكذا تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين وبالأخص على العقود التي سبق إبرامها قبل تاريخ صدور القانون الجديد، فإنه يتعين التفرقة ما بين العقود التي أبرمت في القانون الفرنسي والعقود التي أبرمت بعد صدور القانون المدني الجزائري⁽³⁾، هذا أهم ما يميز التشريع السابق.

أمّا في ظل التشريع الحالي فاشتراط القانون رقم: 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني شكلاً معيناً لاعتبار التصرف صحيحاً، فإنه لا يجوز إثبات هذا التصرف إلا وفق الشكل الذي اشترطه القانون وهذا ما سنوضحه لاحقاً، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري بموجب القانون رقم: 05/07 في مادته 507 مكرر؛ أكد على ضرورة بقاء الإيجارات المبرمة في ظل التشريع السابق خاضعة له لمدة عشر (10) سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، وعليه سنعتمد في دراستنا على التقسيم التالي:

المطلب الأول: إثبات العلاقة الإيجارية المبرمة في ظل التشريع السابق

إن بحث طرق إثبات عقد الإيجار في القانون المدني لا يعد بحثاً ذو أهمية من الناحية العملية فحسب بل هو أيضاً بحثاً تاريخياً، ولهذا كان من المنطقي علينا دراسة إثبات عقد الإيجار طبقاً لأحكام التقنين المدني الفرنسي، وذلك قبل البدء بالتعرض لدراسة إثباته وفقاً لأحكام التقنين المدني الجزائري، ويرجع السبب في ذلك أن عقود الإيجار المبرمة قبل صدور القانون المدني لسنة 1975 تخضع في إثباتها للقانون المدني القديم (الفرنسي)، وهي ليست بالعقود القليلة، فكافة الأماكن التي شغلت قبل 1975 بموجب عقود إيجار امتدت بعد ذلك، ولا تزال قائمة إلى اليوم و يقدر لها أن تبقى لمدة طويلة. ولذلك تبدو الفائدة من عرض موجز لإثبات عقد الإيجار في التقنين المدني القديم (الفرنسي) ثم نعرض بعد ذلك لإثباته في ظل التقنين المدني الجديد (القانون المدني الجزائري) الذي أدخل عليه المرسوم التشريعي رقم 03/93 بموجب نصوصه الخاصة بتعديلات هامة في مجال الإثبات.

الفرع الأول: إثبات عقد الإيجار في القانون المدني القديم (الفرنسي).

يسري على عقود الإيجار المبرمة قبل الاستقلال ثم بعد الاستقلال وإلى غاية صدور القانون رقم 58/75 حسب الشروط المبينة في المادة الرابعة منه⁽⁴⁾، القانون الفرنسي طبقاً للقانون الصادر بموجب 31 ديسمبر 1962، الذي مد آنذاك العمل بالقوانين الفرنسية

(1) - حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، عقد الإيجار، ملاحظات تطبيقية حول العقود الثوتيقية، نظرات حول عدم استقرار المحكمة العليا بخصوص بعض القضايا، المرجع السابق، ص 42.

(2) - القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية ما لم يتعارض منها مع السيادة الوطنية.

(3) - راجع: ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 60-61.

(4) - تنص المادة 4 من الأمر رقم 58/75 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 السالف الذكر، على أنه: «تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.

تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة.»

متى لم يكن من شأنها المساس بالسيادة الوطنية، وكذا تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين، وقد فرض القانون المدني الفرنسي الكتابة لإثبات عقد الإيجار⁽¹⁾، وإذا تخلفت الكتابة فإنه تماشياً مع ما نصت عليه المادة 1715 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾ نفرق بين فرضيين: عقد الإيجار الذي لم يبدأ في تنفيذه والحالة العكسية أي عقد الإيجار الذي بدأ في تنفيذه.

أولاً: عقد إيجار لم يبدأ تنفيذه.

وهنا اعتمد القضاء مبدأ عاماً استناداً إلى المادة 1715 من القانون المدني، مؤداه عدم جواز إثبات هذا العقد بشهادة الشهود والقرائن غير أنه يجوز إثباته بالكتابة أو الإقرار أو اليمين الحاسمة.

ثانياً: عقد إيجار بدأ تنفيذه.

في هذه الفرضية استقر القضاء على استبعاد المنع المنصوص عليه في المادة 1715 من القانون المدني الفرنسي، وأجاز إثبات الإيجار بشهادة الشهود، مع ملاحظة أن القضاء الفرنسي أخذ يتساهل مع البدء في التنفيذ، بحيث يستخلص ذلك من مجرد شغل الشخص للأمكنة، ومن أمور الظاهر التي توحى بقيام علاقة إيجارية بين الطرفين⁽³⁾.

الفرع الثاني: إثبات عقد الإيجار في القانون المدني الجديد.

إن مسألة إثبات الإيجار هي من المسائل الأساسية والمتردة أمام المحاكم في المادة الإيجارية وعرفت اجتهداً مستقراً وعليه يتعين على الدارس أن يفرق بين مرحلتين اثنتين لما أدخله المرسوم التشريعي رقم 03/93 من تعديلات على القانون المدني، وذلك على الوجه التالي:

أولاً: إثبات عقد الإيجار من صدور القانون المدني إلى صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93.

إن القانون المدني الجزائري لم ينص صراحة على إلزامية عقد الإيجار المكتوب فقد يكون مكتوباً أو شفوياً وهذا حسب ما جاء في المادة 2/514 منه⁽⁴⁾، ونظراً لما انجر من صعوبات للمؤجرين عن العقود المكتوبة بسبب استفادة المستأجرين من حق البقاء بعد انتهاء مدة الإيجار تلجأ الأغلبية منهم إلى الإيجار الشفوي بغية إنكاره فيما بعد والتمسك بالعارية عند الاقتضاء، كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع وإن أوضح في الفقرة الأولى من المادة 467 من القانون المدني⁽⁵⁾ بأن الإيجار ينعقد بموجب عقد مبرم بين المؤجر والمستأجر و بين أحكامه بكثير من التفصيل والإيضاح، إلا أنه لم يخصه بقواعد إثبات خاصة و بالتالي نرجع للقواعد العامة للإثبات⁽⁶⁾، التي نص

(1) - ALAIN BENABENT، «droit civil، les contrats spéciaux civils et commerciaux»، 6^{ème} édition، Montchrestien، paris 2004، p324.

(2) - تنص المادة 1715 من القانون المدني الفرنسي التي بقيت سارية المفعول حتى 30 سبتمبر 1975 تاريخ صدور القانون المدني الجزائري على أنه: «عقد الإيجار الحاصل بغير الكتابة الذي لم يبدأ تنفيذه و الذي أنكره أحد الأطراف لا يجوز إثباته بالبينة مهما قلت أجرته حتى لو ادعى دفع عربون غير أنه يجوز توجيه اليمين لمن أنكر العقد.» المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1989، ملف رقم 30906، القرار المؤرخ في 1984/01/07، ص 139، و الذي جاء بما يلي: «حيث أن المادة 1715 مدني قديم تفرض إثبات عقد الإيجار بالكتابة وتحظر صراحة الإثبات بالشهود...» - راجع: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، الطبعة التاسعة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص. 299-300.

(3) - سناء الشيخ، رقية أحمد داوود، المرجع السابق، ص 323.

(4) - تنص المادة 2/514 من الأمر رقم 58/75 الملغاة بالقانون رقم 05/07 السالف الذكر بموجب المادة الثامنة منه، على أنه: «ويعد شاغلاً عن حسن نية المستأجر الأصلي، والمستأجر الفرعي، و لمتنازلون عند انتهاء مدة الإيجار، وكذلك الشاغلون للأماكن بمقتضى إيجار مكتوب أو شفوي، أو إيجار فرعي صحيح، أو تنازل صحيح لعقد سابق أو مقايضة، إذا وفوا بتعهداتهم.»

(5) - نصت المادة 1/467 من الأمر رقم 58/75 قبل تعديلها بموجب القانون 05/07 السالف الذكر، على أنه: «ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر.»

(6) - أمير فرج يوسف، الوسيط في التعليق على الدعاوى والطعون القضائية والعقود والتصرفات، المجلد الأول، القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، بدون ذكر تاريخ النشر، ص 681.

عليها في الباب السادس من الكتاب الثاني في المواد من 323 إلى 350 من القانون المدني والتي كانت محل تعديل سنة 2005 بموجب القانون رقم: 10/05.

وهذا يعني أنه يتم إثبات هذا العقد كتابة، أو ما يقوم مقامها من إقرار و يمين إذا كانت قيمة الإيجار تزيد عن الألف (1000) دينار، أو كانت غير محددة القيمة، كما يجوز إثباته أيضا بالبينة إذا كانت قيمة العقد لا تتجاوز الألف (1000) دينار⁽¹⁾، أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، كتبادل الرسائل والبرقيات⁽²⁾، أو إذا تعلق الأمر بإحدى الحالتين المنصوص عليهما في المادة 336 من القانون المدني⁽³⁾، وهما حالة وجود مانع مادي أو المانع الأدبي، ضف إلى ذلك الحالة التي يفقد فيها المستأجر سند له لسبب أجنبي خارج عن إرادته، وفي هذه الحالات تثبت عقد الإيجار بالبينة⁽⁴⁾، لأن المدعي يكون بصدد إثبات واقعة مادية⁽⁵⁾. ويمكن الإثبات بالقرائن كذلك وفقا لما تنص عليه المادة 340 من القانون المدني⁽⁶⁾، وغالبا ما تتجاوز قيمة عقد الإيجار الألف (1000) دينار، ومن ثم فهو لا يثبت إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار⁽⁷⁾ ويمين حاسمة، وقد استقر القضاء إذن على أنه لا يمكن إثبات عقد الإيجار بشهادة الشهود⁽⁸⁾ أو بالقرائن.

ويقصد أن عقد الإيجار يثبت بالكتابة إذا كان الطرفان قد أعدا مسبقا دليلا كتابيا لإثباته، ويستوي في ذلك أن يتخذ هذا المحرر شكلا رسميا⁽⁹⁾ أو عرفيا، ويستوي أن يكون هذا المحرر الكتابي قد حصل في شكل مطبوعة معدة مسبقا، أو مكتوبا بخط يد أحد المتعاقدين أو الغير، لأن العبرة بتوقيع العقد وليس بطريقة كتابته⁽¹⁰⁾، فإن لم يكن ثابتا بالكتابة فإن إثباته يصح بوسائل الإيجار، وإن

(1) - تجدر الإشارة إلى أنه قد تم تعديل نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 10/05 الصادر بتاريخ 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني وأصبحت قيمة التصرف القانوني مئة ألف (100.000) دينار أي تم رفع قيمة التصرف من 1000 دينار جزائري إلى 100.000 دينار جزائري، غير أنه وبما أن المشرع قد أخضع العقود المحددة لأحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 فإنه يطبق في إثباتها نص المادة 8 من الأمر رقم 58/75 المعدل بموجب القانون رقم 10/05 السالف الذكر، والتي تنص على أنه: «تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده.» - راجع: هلال شعوة، المرجع السابق، ص 76.

(2) - أنظر: المادة 335 من الأمر رقم 58/75 والمعدلة بموجب القانون رقم 10/05، السالف الذكر.

(3) - أنظر: المادة 336 من الأمر رقم 58/75 والمعدلة بموجب القانون رقم 10/05، السالف الذكر.

(4) - العقون الأخضر، مقال في الإيجارات التجارية، نشرة القضاة، العدد الأول لسنة 1987، ص 12.

(5) - سعيد أحمد شعله، قضاء النقص في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 249.

(6) - تنص المادة 340 من الأمر رقم 58/75 السالف الذكر، على أنه: «يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون الإثبات بالبينة.» والملاحظ أن هذه المادة على خلاف المواد المذكورة بقيت على حالها لم يمسسها التعديل الذي جاء به القانون رقم 10/05 السالف الذكر.

(7) - المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1993، الملف رقم 97639، القرار الصادر بتاريخ 13/10/1991، ص 80، والذي جاء بما يلي: «لما كان - من الثابت في قضية الحال - أن الطاعن يتمسك بالطعن بالرسالة الموجهة له من المدعي عليه و التي يوجه له فيها إنذارا لمغادرة السكن المؤجر له وكذلك بعريضة افتتاح الدعوى التي يعترف فيها المطعون ضده بأنه سلم للطاعن المسكن على سبيل الإيجار، فإن قضاة الاستئناف بعد تحليلهم لذلك بأنه إقرار قضائي يكونوا خرقوا القانون.»

(8) - المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1990، ملف رقم 34131، القرار الصادر بتاريخ 02/01/1984، ص 139، والذي ورد فيه ما يلي: "... ومن ثم فإن الحجة المقدمة لإثبات إيجار متنازع في صحة وجوده لا تكون مقبولة إذا كانت مؤسسة على شهادة الشهود"، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1989، ملف رقم 41480، القرار الصادر بتاريخ 28/04/1986، ص 207، والذي قضى بما يلي: «والقول أن المادة 467 من القانون المدني تجيز إثبات الإيجار الشفوي بتصرّيات الشهود مرفوض.»

(9) - أنظر المواد 324 مكرر 5 و 324 مكرر 6 من الأمر رقم 58/75 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 السالف الذكر.

(10) - راجع: حبار محمد، مقال في تحليل بعض إشكاليات عقد إيجار المساكن في القانون الجزائري، مجلة الميادين، لسنة 1993، ص 211.

القضاء الجزائري مستقر على أن عقد الإيجار لا يثبت إلا بعقد مكتوب أو بإيصالات إيجار،⁽¹⁾ ولا يشترط في الوصل شكلية معينة، ويكفي أن يكون واضحا منه أن يتعلق بمن يدعي الإيجار، وأنه يتعلق في آن واحد بإيجار العين التي يدعي المستأجر إيجارها⁽²⁾، ويكفي أيضا لإثبات الإيجار أن يقدم من يدعيه وصل واحدا مهما كان تاريخه،⁽³⁾ ولكن لا يمكن إثبات الإيجار بفاتورات المياه والكهرباء والغاز⁽⁴⁾، ولا بالوثائق الإدارية⁽⁵⁾ المثبتة للإقامة كبطاقة الناحب وشهادة الإقامة والشهادات المدرسية⁽⁶⁾، واستنادا على بعض الأحكام القضائية نجد أن العقد الشفوي لا يثبت بشهادة الشهود عملا بالمادة 333 من القانون المدني ولا يثبت اعتمادا على وثائق صادرة من الغير لكنه يثبت عن طريق وصولات بدل الإيجار⁽⁷⁾.

ثانيا: إثبات عقد الإيجار في ظل المرسوم التشريعي 03/93.

عند استقراء نص المادة 21 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، يتضح بأن المشرع الجزائري خرج عن القاعدة العامة المقررة في أحكام الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، بإحداثه قاعدة قانونية جديدة لم تكن مقررة من قبل، بحيث

(1) - ملف رقم 36344، القرار الصادر بتاريخ 13/07/1985 والذي قضى بأنه: « من المقرر قانونا أن عقد الإيجار لا يثبت إلا بعقد مكتوب أو وصولات ثبت دفع بدل الإيجار... » ونفس المعنى جاء في الملف رقم 41480، القرار الصادر بتاريخ 28/04/1986، والذي قضى بما يلي: « إذا كان القانون ينص على أن الإيجار ينعقد بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر فإنه ليس من الجائز إثبات عقد الإيجار إلا بموجب عقد مكتوب أو بموجب وصولات خاصة بدفع بدل الإيجار... » وكذلك في الملف رقم 36457، القرار الصادر بتاريخ 23/12/1985 والذي ورد فيه ما يلي: « من المقرر قانونا أن عقد الإيجار يثبت إما بعقد كتابي أو بتسليم وصولات إيجار بدون تحفظ... »

(2) - المجلة القضائية، العدد 49، لسنة 1991، ملف رقم 103130، القرار الصادر بتاريخ 22/03/1994، ص 252، والذي ورد فيه ما يلي: « إنه يتبين فعلا من القرار المطعون فيه أنه اشترط في وصل الإيجار شكلية لم يفرضها القانون وهي ختم المؤجر... »

(3) - ملف رقم 218226، القرار الصادر بتاريخ 10/07/2001، والذي قضى فيه بما يلي: « حيث أنه لإثبات صفتهم كمستأجرين قدم الطاعنون وصلين للإيجار مؤرخين في 1961-1962، ولا يشترط في وصولات الإيجار هذه أن تكون حديثة العهد و يكفي أن يقدم من يدعي الإيجار وصلا وحيدا لإثبات علاقة الإيجار بغض النظر عن التاريخ الذي سلم فيه طالما أن الإيجار لم يتم إنفاذه قانونا. » - راجع: ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 66؛ ملف رقم 31517، القرار الصادر بتاريخ 18/06/1984، والذي قضى بما يلي: « متى كان من المقرر قانونا أن الإيجار ينعقد بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر، وأن عقد الإيجار الشفوي لا يثبت إلا بتسليم وصولات دفع بدل الإيجار باسم المستأجر بدون أي تحفظ ولذا فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد حرقا للقانون. » - راجع: بن رقية بن يوسف، أهم النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني والتجاري، اجتهادات المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص.ص. 48-50.

(4) - عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار، الجزء الأول، الأحكام العامة في الإيجار، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2003، ص 65.

(5) - راجع: ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص.ص. 63-64.

(6) - المجلة القضائية، العدد الرابع، لسنة 1984، ملف رقم 41480، القرار الصادر بتاريخ 40/07/1984، والذي قضى بما يلي: « الإيجار لا يثبت اعتمادا على وثائق صادرة من الغير، ومنها الوثائق الإدارية، كبطاقة الناحب والشهادات المدرسية، وشهادة الإقامة ووصولات السونلغاز ووصولات الهاتف. »

(7) - المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1990، ملف رقم 131-34، القرار المؤرخ في 02/01/1984، ص 139، والذي جاء بما يلي: « إن الإيجار الشفوي لا يثبت بشهادة الشهود عملا بنص المادة 333 من القانون المدني. »؛ المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1989، ملف رقم 41-480، القرار المؤرخ في 28/04/1986، ص 207، والذي جاء فيه ما يلي: « إن الإيجار الشفوي لا يثبت اعتمادا على وثائق صادرة من الغير و منها الوثائق الإدارية، كبطاقة الناحب، الشهادات المدرسية، شهادة الإقامة، وصولات السونلغاز (الكهرباء والغاز)، أو وصولات الهاتف. »؛ المجلة القضائية، العدد الرابع، لسنة 1989، ملف رقم 37-450، القرار المؤرخ في 09/07/1984، والذي جاء فيه ما يلي: « إن وصولات بدل الإيجار تثبت العقد الشفوي. »

اعتبر عقود الإيجار التي لم تفرغ في النموذج المحدد المصادق عليه بتاريخ ثابت، تأخذ حكم العدم، للرابطة القائمة بين المؤجرين والمستأجرين في إطار الترقية العقارية أي أثر سواء فيما بينهما أو في مواجهة الغير لكونها وقعت تحت طائلة البطلان⁽¹⁾.

غير أن المشرع الجزائري لم يوضح ما إذا كانت كتابة عقد الإيجار هي الوسيلة الوحيدة لإثباته، ذلك أنه لم يمنع من أن تثبت العلاقة الإيجارية بأي وصل يجوز شاغل الأمكنة، مما يسمح له بالبقاء منتفعا بالعين المؤجرة لمدة سنة، تبدأ من تاريخ معاينة المخالفة، ونظرا للغموض الذي يكتنف هذه الأحكام، فإنه في حال انعدام العقد المكتوب يرجع لإثباته إلى الأحكام السارية في ظل الأمر رقم 58/75، وقد كرس اجتهاد المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها⁽²⁾.

المطلب الثاني: إثبات العلاقة الإيجارية المبرمة في ظل القانون رقم 05/07.

بتاريخ 13 مايو 2007 أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 05/07 لتكريس المبادئ التي جاء بها المرسوم التشريعي المذكور آنفا؛ بهدف مواصلة مراجعة النصوص القانونية الأساسية وفقا للبرنامج الوطني لإصلاح العدالة، الذي من بين أهدافه مطابقة المنظومة القانونية للاختيارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية القائمة على أسس حقوق الإنسان والحرية الاقتصادية⁽³⁾، والذي اشترط فيها شكلا معيناً لاعتبار التصرف صحيحاً، فإنه لا يجوز إثبات هذا التصرف إلا وفق الشكل الذي اشترطه القانون، وعلى اعتبار أن الكتابة أصبحت ركناً في عقد الإيجار، فلا يمكن إثباته إلا بها، ويتربط على ذلك أنه لا يمكن إثباته بالوصلات، فإثبات عقد الإيجار يكون بالكتابة فقط دون غيرها، وفي حال انعدام الكتابة يكون الإيجار باطلاً، وهذا ما أكدته المادة 467 مكرر من القانون المدني المدرجة بموجب القانون رقم 05/07، كما نص في الفقرة الثانية من المادة الثامنة منه على إلغاء الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93، ذلك أنه لم يعد لهما مجالاً في التطبيق بعد صدور القانون رقم 05/07 الذي أوجب إضفاء الطابع الكتابي لعقد الإيجار دون أن يشترط فيه نموذج خاص، وكفي أن يفرغ في ورقة مكتوبة، شريطة أن تكون ثابتة التاريخ كما سبقت الإشارة إليه، وإلا كان باطلاً، لكنه في نفس الوقت لم يبين طبيعة الكتابة إذا كانت رسمية أو عرفية، وعليه يجب الرجوع للقواعد العامة التي تبين أحكام الكتابة لإثبات الالتزام، علماً أن المشرع أبقى على الفقرة الأولى فقط من المادة 21 من المرسوم المذكور أعلاه إلى غاية 2011، وهو تاريخ إلغاء المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري بمقتضى القانون 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 الذي يحدد القواعد التي تنظم الترقية العقارية.

(1) - القاعدة العامة التي قررها الأمر رقم 58/75 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 السالف الذكر، تتمثل في أن عقود الإيجار يمكن أن تكون كتابة كما يمكن أن تكون شفاهة. وفي حالة إفراغ المعاملة المتعلقة بالإيجار في قالب مكتوب، لم يشترط المشرع مراعاة شروط شكلية معينة طبقاً للمادة 467 من نفس الأمر، غير أنه بعد التعديل الذي أدخله المشرع على أحكام القانون المدني بخصوص الإيجار بمقتضى القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2007 العدد 31، فقد أوجب تحت طائلة البطلان إفراغ المعاملات الإيجارية في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ. واعتبرها شرطاً لانعقاد عقد الإيجار. - راجع: مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 133.

(2) - المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2002، القرار الصادر في 14/02/2001، ص.ص. 187-190، والذي جاء بما يلي: «من المقرر قانوناً وقضاء أن الإيجار لا يثبت إلا عن طريق عقد إيجار مكتوب أو وصلات إيجار، وأن شغل الأمكنة مهما كانت مدته لا يمنح للشاغل المادي صفة المستأجر و القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفاً للقانون.

غير أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة، تتمثل في أنه إذا افتقرت يد المستأجر لعقد الإيجار المكتوب الذي روعي فيه شكله المقرر، وفي آن واحد استظهر بأي محرر وصل يبين وجود رابطة بينه وبين شخص يأخذ مركز المؤجر، فإنه يجوز له الحق في شغل الأمكنة لمدة سنة كاملة تسري من تاريخ معاينة المخالفة».

(3) - راجع: هلال شعوة، المرجع السابق، ص 24-25.

ويستخلص أن الكتابة تكون رسمية كقاعدة عامة⁽¹⁾، ويجب أن توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد، ويعتبر العقد الرسمي دليلا قاطعا على ما ورد فيه، ويعد تاريخه تاريخا ثابتا ولا يجوز الطعن فيه إلا عن طريق التزوير، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني⁽²⁾، كما يعتبر العقد الرسمي سندا تنفيذيا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية، ويمكن صاحبه من التنفيذ دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك⁽³⁾، وهذا طبقا لما ورد في الباب الرابع من الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان "في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية"، ذلك أن للسندات التنفيذية الغير قضائية وهي العقود قوة تنفيذية تعطي الحق لحاملها في طلب تنفيذها بواسطة المنفذ من غير أن يستصدر حكما بشأنها كما هو الحال في الورقة الرسمية، شريطة أن تمهر بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 281 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾، أما الورقة العرفية؛ فهي ورقة يحررها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي، ولا بد من توقيعها من ذوي الشأن سواء أكان ذلك بأنفسهم أو بواسطة من ينوب عنهم، وليست للورقة العرفية حجة قاطعة بما تتضمنه إذ يستطيع موقع الورقة إنكار ما تضمنته أو ادعاء أنه لم يوقعها، وإذا أقر موقع الورقة بما تضمنته فتكون لها قوة الورقة الرسمية ولا تكون للورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخا ثابتا وهذا ما تضمنته المادة 328 مدني، وثبوت التاريخ يكون إما من يوم تسجيله أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام أو من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء، وبناء على ما سبق ذكره فليس للمحركات العرفية أية قوة تنفيذية، إذ يتعين المتمسك بالحرر العرفي اللجوء إلى العدالة واستصدار حكم بشأنه لكي يتسنى له بعد ذلك تنفيذ الحكم لا المحرر⁽⁵⁾.

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع شكل وحجية العلاقة الإيجارية في ظل القانون رقم 05/07؛ دراسة تحليلية على ضوء النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري، توصلنا إلى جملة النتائج التالية:

إن خصوصية عقد الإيجار ظهرت بداية في الأركان المنظمة لنشوئه، فالبحت أظهر أن عقد الإيجار وإن كان يخضع في قيامه قانونا للأركان المطلوبة لقيام العقود بصفة عامة، من حيث وجود التراضي المحل والسبب؛ فإنه نظرا لخصوصيته تبين أنه من الضروري استكمال هذه الأركان التقليدية بركن آخر وهو الشكلية، هذه الأخيرة التي استحدثها المشرع بموجب القانون رقم 05/07 وجعلها شكلية مطلوبة للانعقاد وفق ما نص عليه في ذات القانون في مادته الثالثة.

رغم أن المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري؛ كان من أهدافه الأساسية اعتبار الكتابة في عقد الإيجار أمرا إجباريا، إلا أنه لم يتبين من قراءة نصوصه الطابع الإجباري لكتابة عقد الإيجار بما فيه الكفاية، فلم يحدد العقوبات المقررة على المؤجر في حالة انعدام عقد الإيجار وفقا للنموذج المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 69/94، كما أنه لم يبين الآثار القانونية لانعدام الكتابة، وحتى عندما تكلم على منح المستأجر الشاغل الحق في الإيجار لمدة سنة من تاريخ معاينة المخالفة، لم يبين الجهة التي تعين المخالفة

(1) - المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2012، ملف رقم 620073، القرار الصادر بتاريخ 2010/04/08، ص.ص. 243-246، والذي جاء بما يلي: « عقد الإيجار الثبوتي دليل على قيام علاقة الإيجار ».

(2) - تنص المادة 324 مكرر 5 من الأمر رقم 58/75 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 السالف الذكر، على أنه: « يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني ».

(3) - هلال شعوة، المرجع السابق، ص 83.

(4) - تنص المادة 281 من القانون رقم 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، على أنه: « النسخة التنفيذية هي النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية... »

(5) - راجع: مامون عبد الكريم، محاضرات في طرق الإثبات وفقا لآخر النصوص، كنوز للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.ص. 29-33.

وإجراءات معابنة المخالفة وكيفيةاتها. وبالتالي يمكن القول أن إثبات عقد الإيجار في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 يرجع للقواعد التقليدية في الإثبات، وهذا ما أكدته جملة الأحكام القضائية الصادرة بهذا الخصوص، فاشتراط الكتابة بموجب المرسوم التشريعي المذكور أعلاه لم يكن للإثبات ولا للانعقاد، بل كان مجرد التزام يقع على عاتق المؤجر، بهدف تحقيق الاستقرار لعقود الإيجار، وتمكين الدولة من تحصيل الجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية.

أورد المشرع أحكاما خاصة فيما يخص إثبات عقد الإيجار، فالقانون رقم 05/07 سعى إلى حل إشكالات قانونية كانت تؤرق طرفي عقد الإيجار وساحات القضاء وجداول المحاكم؛ ألا وهي إشكالية كيفية إثبات عقد الإيجار فجاء بقاعدة واضحة تتمثل في اشتراطه للكتابة بتاريخ ثابت كركن من أركان عقد الإيجار، وهذا ما تؤكدته وتترجمه الاجتهادات القضائية المتعلقة بهذا الشأن كما رأينا- آنفا-، وإن كان قد ترك غموضا حول ما إذا كان الشكل المتطلب هو الكتابة الرسمية أم تكف الكتابة العرفية، غير أن إلغاء المشرع للمرسوم رقم 03/93 بموجب القانون رقم 04/11 يوضح الرؤية أكثر في هذه المسألة ويوحى بأن المشرع يتجه أكثر إلى الاكتفاء بالكتابة العرفية فقط.

وعلى ضوء ما تقدم ذكره؛ من ملاحظات ونتائج يمكن القول؛ بأنه على المشرع الجزائري أن يتدخل من جديد لسن قوانين أخرى تضمن لكلا الطرفين عدالة قانونية في الحفاظ على حقوق كل طرف في العقد، خاصة فيما يتعلق بتحديد شكل الإيجار المكتوب، هل يكون بعقد توثيقي أو بمجرد عقد عرفي؛ لأن هذا الشكل وإن كان متطلبا للانعقاد فهو يلعب دورا في إثبات عقد الإيجار وما يتضمنه هذا العقد من تحديد لحقوق وواجبات طرفيه، وهما المؤجر والمستأجر من جهة؛ لأن هذا الأخير قد يكون له دورا في تنبيه طرفيه لبعض البنود التي يكونان قد أغفلاها في اتفاقهما اتقاء لمنازعات مستقبلية، ومن جهة أخرى فالمعلوم أن العقد الرسمي له حجية مطلقة وفق الأحكام العامة للقانون، والتي لا يمكن إثبات عكس ما تضمنته إلا بالطعن فيه بالتزوير.

مبدأ المحافظة على استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية

The principle of preserving the moral personality of a commercial company

د. زكري إيمان، أستاذة محاضرة قسم (ب)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/13 – تاريخ المراجعة: 2017/11/29.

ملخص:

اهتم المشرع بمبدأ الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، منذ ظهور أسباب حلها فمنح للقاضي سلطة للمحافظة عليها من الانقضاء عن طريق تصحيحها و تقدير جدية سبب حلها، كما تعتبر مواصلة الشركة لحياتها حتى بعد حلها وأثناء تصفيتها من أهم المبادئ التي تجنب كل من الشركاء، والشركة ودائنيها خطورة الزوال الفوري للشخصية المعنوية للشركة. غالبا ما يقع تحويل الشكل القانوني للشركة التجارية بسبب تعرضها لصعوبات اقتصادية فيكون تحويلها وسيلة تجنبها الانتهاء، ولنفس السبب سمح المشرع بهذا التحويل تجنبا لحلها عند تعرضها لسبب قانوني يؤدي لانقضائها، ومهما كان سبب تحويلها فانه لا يؤدي لزوال شخصيتها المعنوية.

الكلمات المفتاحية:

مبدأ الإبقاء على الشخصية المعنوية، سلطة القاضي، حل الشركة التجارية، تحويل الشركة التجارية.

Abstract:

Legislators have been interested in the principle of maintaining the moral personality of a commercial company, ever since reasons calling for its dissolution emerged. Therefore, they gave the judge the authority to prevent the company's moral personality's termination, by amending it and assessing the seriousness of the reasons for its dissolution.

Moreover, the company, including its partners and shareholders, can prevent the immediate termination of its moral status by maintaining the existence of the company after its dissolution and throughout its liquidation.

The transformation of the legal form of a commercial company is often due to economic difficulties. This transformation helps to avoid the dissolution of the company. And that is why legislators have allowed this transformation, in order to prevent the company for dissolving, when faced legal reasons that may lead to its termination. Thus, whatever the reason for its transformation, the company gets to keep its moral personality.

Keywords:

Preservation, retention moral personality, judge's authority, dissolution, commercial company, transformation.

مقدمة:

تنتهي حياة الشركة التجارية مثل الشخص الطبيعي رغم أن حياتها قد تمتد أكثر من الشخص الطبيعي، ويحدث انتهاءها لسببين يتمثل السبب الأول في بطلانها وهو نادر الوقوع أما الثاني، فيتمثل في انقضائها عند ظهور أسباب حلها القانونية أو الإرادية¹، وغالبا ما تكون أسباب انقضاؤها مالية أكثر منها اتفاقية بإرادة الشركاء، و ذلك عند تعرضها لصعوبات مالية تؤدي لانقراضها فيعتبر إفلاس الشركة

¹ J.M. MOULIN, Droit des sociétés et des groupes, Extensio édition, France, 2013, p 96.

سببا لحلها الذي يؤدي لتصفيتها¹، ومهما كان سبب حلها اهتم المشرع بمبدأ الإبقاء على شخصيتها المعنوية نظرا لما يترتب عنها خاصة الانتهاء المفاجئ من أضرار لكل من الشركاء و الشركة ودائنيها.

ونستطيع أن نلمس اهتمام المشرع بهذه المسألة منذ ظهور أسباب حل الشركة التجارية، حيث منح المشرع للقاضي سلطة من أجل منع حل الشركة للمحافظة عليها من الانقضاء، كما قرر احتفاظها بشخصيتها المعنوية عند تحويل شكلها القانوني، إضافة لإجازة المشرع لتطبيق نظام تحويل شكل الشركة التجارية تجنباً لحلها من أجل الحفاظ على استمراريته، كما يعتبر مبدأ تواصل حياة الشركة التجارية حتى بعد حلها و طيلة فترة التصفية من أهم الأحكام التي جاء بها المشرع لحماية حقوق الشركاء ودائني الشركة، وهذا ما يطرح التساؤل حول أهمية مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية؟.

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال تسليط الضوء على التطبيقات القانونية للمبدأ وآثاره من خلال مبحثين.

المبحث الأول

سلطة القاضي في الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، وآثار استمراريته بعد حلها

تجلبت إرادة المشرع في الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية من خلال إرسائه لآليات قانونية مهمة وذلك منذ ظهور سبب حل الشركة²، إضافة لمنح الشركة التجارية مهلة من أجل تصحيح العيوب التي تؤدي لبطلانها وانقضائها، يقوم القاضي بتقدير جدية سبب الحل عندما يكون إراديا نابعا من إرادة الشركاء، واستمرارية الشخصية المعنوية للشركة في هذه المرحلة آثار قانونية في غاية الأهمية.

لذلك سوف نتطرق لسلطة القاضي في تقدير سبب حل الشركة التجارية (المطلب الأول)، ثم آثار استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها وأثناء تصفيتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير سبب حل الشركة التجارية.

تظهر إرادة المشرع في منح القاضي سلطة لتقرير انقضاء الشركة في المادة 736 من القانون التجاري، عندما أجاز للمحكمة أن تمنح أجلا للشركة للتمكن من إزالة البطلان وتصحيح العيب الذي يشوبها تجنباً لانقضائها، كما أجاز لكل شخص يهمه الأمر أن ينذر الشريك بالقيام بتصحيح العيب إذا أمكن تصحيحه³، وأن تقدير السبب المعتبر للحل مسألة موضوعية يحددها للقاضي. سكت المشرع عن بيان الأسباب المعتبرة للحل ومنح للقاضي سلطة واسعة لتحديد السبب المعتبر، خاصة عندما يقدم أحد الشركاء طلب حل الشركة، حيث يقرر القاضي وضعية الشركة الواجب حلها، وهذا ما يتضح من المادة 441 من القانون المدني⁴. يعمل القاضي على المحافظة على بقاء الشركة إلا إذا كان في استمراريته خطورة على حقوق الشركاء وحقوق دائني الشركة، ولا يقرر القاضي حل الشركة إلا إذا توفر سبب قوي لحلها، حيث يقوم بالثبوت من جدية أسباب الانقضاء المدرجة في العقد التأسيسي،

¹ تعتبر التصفية وسيلة لإنهاء الشركة وبهذا فهي تختلف عن الإفلاس في عنصر توقف الشركة عن سداد ديونها، في حين ممكن أن نجد التصفية في أي شركة تجارية ناجحة ومليئة عند اتفاق الشركاء على حلها وتصفيتها، أو بصور حكم يقضي بانتهائها وتصفيتها .

² لم يكتف المشرع بتقرير استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها وانتهائها، حيث اهتم بمبدأ الاستمرارية حتى قبل صدور قرار حل الشركة أي منذ ظهور سبب الحل.

³ تنص المادة 738 من القانون التجاري على أنه: " في حالة بطلان الشركة أو أعمال مداوات لاحقة لتأسيسها مبني على عيب في الرضاء أو فقد أهلية الشريك، وإذا كان التصحيح ممكنا، يجوز لكل شخص يهمه الأمر أن ينذر الشخص الجدير بهذا الإجراء، إما بالقيام بالتصحيح أو برفع دعوى البطلان في أجل ستة أشهر تحت طائلة انقضاء الميعاد و يتعين إبلاغ الشركة بهذا الإنذار".

تنص المادة 441 من القانون المدني على أنه: " يقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة " ⁴.

فأحيانا يقوم الشركاء بوضع أسباب لانقضاء الشركة دون توخي الحذر يكون من شأنها أن تؤدي للانقضاء المفاجئ والمبكر لشركة مزدهرة، مما يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الشركة ومصلحة دائئها¹.

لم يبين المشرع الفرنسي الأساس القانوني للسبب الجدي الذي يقرر من خلاله القاضي حل الشركة، لكن اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها أن وجود نزاع قوي معرقل لإدارة الشركة يعد سببا من أسباب حل شركة المساهمة². كما يعتبر الإخلال بمبدأ المساواة وعنصر نية الاشتراك من الأسباب المهمة لانحلال الشركة، لأنه يمثل إخلالا بمبدأ حسن النية ومساسا بمصلحة الشركة والشركاء.

لذلك يعتبر تعسف الأغلبية سببا معتبرا للإخلال بمبدأ المساواة رغم أنه قد لا يعيق سيرها، حيث لا يمس هذا التعسف بأقلية الشركاء وإنما بمصلحة الشركة، الأمر الذي قد يخلق نزاعا قويا بين الشركاء نتيجة الاستغلال الذي تمارسه الأغلبية من أجل الإثراء الفردي لذمهم، ما يهدد وجود الشركة لأنه يهدم الوفاق بين الشركاء، فيعتبر الإخلال بمبدأ المساواة بين الشركاء تعد على مصلحة الشركة، كما يعتبر سببا مهما لمطالبة أحد الشركاء بحل الشركة نظرا للإخلال بالالتزام العقدي الذي يتجسد في صور كثيرة أهمها الإخلال بمبدأ المساواة، فيتدخل القاضي في هذه الحالة من أجل إعادة التوازن بين المصالح الجماعية بهدف المحافظة على الشركة والحقوق المتعلقة بها³. كما يتولى القاضي تقييم كل عملية مالية من شأنها الإضرار بمصلحة الشركة وعرقلة تطورها، وكل إخلال بالأحكام المنظمة للشركات التجارية، أما إذا لم تؤدي هذه الأفعال لإعاقة عمل الشركة وتطور نشاطها ترفض دعوى الحل⁴.

وبالتالي يمكن أن يكون سبب الحل اقتصاديا يشل الشركة ويؤدي لانتهائها، وان تقييم الوضع الاقتصادي الدقيق للشركة يقوم به القاضي الذي لا يستند فقط على ادعاء الشريك رافع الدعوى، حيث يعمل على التثبت من الوضع الاقتصادي الحقيقي للشركة، لان ازدهار الشركة اقتصاديا يحول دون قبول دعوى الحل، وإن التقييم الموضوعي لوضع الشركة الاقتصادي هو الأمر الذي يستند عليه القاضي لكي يقرر حلها، فإذا لم تكن الشركة تعاني من صعوبات تؤدي لشل سيرها فإن حلها يكون غير ممكنا، لأن المصلحة الاقتصادية والاجتماعية للشركة ومصالح دائئها تتجاوز المصالح الشخصية للشخص الذي يطالب بحل الشركة قضائيا⁵.

المطلب الثاني: آثار استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها وأثناء تصفيتها.

يعتبر مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة بعد حلها لحماية دائئها من أهم المبادئ التي أقرها المشرع، والتي تحمي حقوق الشركاء و الدائنين من الخطورة التي يفرزها الزوال الفوري للشركة بعد حلها أو إبطالها، ورغم ما يتمتع به الدائنون من أولوية في تسديد ديونهم، إلا أن حلول حالة القسمة محل الشركة يؤدي لاحتفاء الضمانات التي يتمتع بها الدائنين من أجل تسديد حقوقهم⁶، حيث يرتب الحلول انتقال الذمة المالية للشركة إلى ملكية مشتركة بين الشركاء الأمر الذي يعرض حقوق دائئ الشركة للعديد من المخاطر، خاصة في التصفية الاتفاقية خاصة عندما يجد هؤلاء الدائنين أنفسهم يراحمون الدائنين الشخصيين للشركاء.

¹ Y.GUYON, Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, tome 1, 6ème éd, Economica, Paris, 1991, p 145.

² Cass.com.12 mars 1996, Themis les grandes décisions de la jurisprudence, les sociétés, Rev. Universitaire de France, 1988, p 27.

³ وحدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، دراسة مقارنة، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 372.

⁴ D.SCHMIDT, L'intérêt commun des associés, Lexis Nexis, France 1994, p 530.

⁵ عبد الله خالد السوفاني، هدم الوجود القانوني للشركة التجارية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، 2001/2000، ص 411.

⁶ حيث أحضع المشرع حالة قسمة أموال الشركة لحالة الشروع، في المادة 448 من القانون المدني.

لا يمكن للشركة أن تختفي من الوجود بصفة مباشرة بإرادة الشركاء للتخلص من التزاماتهم عن طريق حلها دون مراعاة لتعهدات الشركة، كما أن بقاء الشخصية المعنوية في هذه الحالة ضروري من أجل التقييم المالي الصحيح لموجودات الشركة والذي يكون لمصلحة الشركاء فيها¹.

يؤدي بقاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية لاحتفاظها بذمتها المالية الذي يمثل ضمانا عاما لدائنيها الذين نشأت ديونهم قبل حل الشركة وتصفيته².

إن لاستمرار الشخصية المعنوية للشركة أثره الإيجابي حتى بالنسبة للشركاء لأنه يوفر عليهم الكثير من الإجراءات والمصاريف القضائية، فلو لا بقاء الشخصية المعنوية للشركة لحرم دائنيها من متابعتها قضائيا كشخص مستقل عن الشركاء، الأمر الذي يؤدي لتشتت المتابعات وتعقيد الإجراءات، وارتفاع تكاليف التقاضي.

وقد نص المشرع الفرنسي على مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية لضرورة التصفية لأول مرة في القانون التجاري الصادر بتاريخ 24 جويلية 1966³، كما تبنت محكمة النقض الفرنسية نفس الموقف⁴.

وتتنوع آثار بقاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية بتنوع المركز القانوني للشريك فيها، ففي شركة التضامن لا يقوم الدائن بتجزئة دينه نظرا للمسؤولية التضامنية التي تقع على عاتق الشريك في هذه الشركة، كما لا يضطر الدائن لمتابعة كل الشركاء فيرجع على الشريك الذي يمكنه التسديد، أما الشريك ذو المسؤولية المحدودة فلا يتحمل التسديد إلا في حدود قيمة حصته.

ولا تتمتع الشركة بعد انحلالها بنفس الصلاحيات والحقوق التي كانت تتمتع بها قبل حلها، فمارستها لحقوقها لا يكون إلا في حدود حاجة التصفية، وعلى قدر أعمال التصفية، فلم يتم الاعتراف ببقاء الشخصية المعنوية للشركات التجارية بعد حلها إلا لضرورة التصفية، كما ليس لها أن تقوم بأي تصرف في أموالها إلا عن طريق المصفي، حيث لا يمكن أن تكتسب الشركة في تلك الفترة أي حقوق، ولا يمكن لها أن تنقل اسمها لشركة أخرى⁵.

ومن أهم آثار مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية، وبقاؤها كشخص قانوني مستقل تتمتع المصفي في هذه المرحلة بسلطات واسعة لجمع الأموال وقسمتها، و الوفاء بالديون وتوزيع الأموال، و لم يضع المشرع أي شروط أو أسس يتم من خلالها التمييز بين الأعمال اللازمة أو غير اللازمة التي يقوم بها المصفي، ولا يكون لانقضاء الشركة أي أثر تجاه الغير إلا من تاريخ نشر حل الشركة ولا يحتج على دائنيها بتحديد سلطات المصفي في العقد الأساسي أو في قرار تعيينه⁶.

إضافة لبقاء الذمة المالية للشركة بعد حلها وأثناء تصفيته، اشترط المشرع إضافة عبارة " شركة في حالة تصفية" و ذلك حتى يسمح للغير بمعرفة أنه قد تم حل الشركة، وأنها تحت التصفية خاصة أنها تبقى محتفظة باسمها كأثر لاحتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية ويكون للشركة في هذه الحالة حق استعمال اسمها، ويمكنها أن تطالب بالتعويض عن كل ما يلحقها من ضرر بسبب انتقال اسمها أو الاعتداء عليه.

¹ تنص المادة 766 من القانون التجاري على أنه: "تبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إفقائها".

² J. HEMARD , F.FERRE , P.MABILAT , Sociétés commerciales, 1ère éd Dalloz , France ,1972 , p 1144.

³ Loi n 66- 537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966, n 171, abrogé par l'ordonnance 2000-912, 18.09.2000, J.O.R.F 21 septembre 2000.

⁴ Cass .com .28-01-1954. Bull.ciV.1954 Rev.soc. p 217.

⁵ Y .GUYON , op , cit , p 408.

⁶ تنص المادة 788 من القانون التجاري على أنه: " يمثل المصفي الشركة وتخول له السلطات الواسعة لبيع الأصول ولو بالتراضي غير أن القيود الواردة على هذه السلطات الناتجة عن القانون الأساسي أو أمر التعيين لا يحتج بها على الغير".

كذلك من آثار استمرارية الشخصية المعنوية للشركة بعد حلها وأثناء تصفيتها، استمرارية مهام مندوبي الحسابات، حيث قرر المشرع في المادة 780 من القانون التجاري عدم انتهاء مهام مندوب الحسابات بالحل للشركة، لكنه لم ينظم كيفية عمله و تدخله، مما يدل على مواصلته لنفس مهامه، و الهدف من ذلك هو إضفاء نوع من الرقابة على عمل المصفي.

وعلى عكس ما قرره المشرع بالنسبة لمندوبي الحسابات فإن مسيري الشركات التجارية تنتهي مهامهم تلقائيا منذ تاريخ انحلال الشركة حيث قرر المشرع عدم مواصلتهم لمهامهم، و ذلك في المادة 779 من القانون التجاري.

كما لم يبين المشرع بتحديد الفترة التي تمتد فيها الشخصية المعنوية للشركة بعد حلها نظرا أن التصفية تشمل عدة مراحل، لكنها لا يمكن إلا أن تكون مؤقتة يحدها انتهاء عملية التصفية، هذا ما أكدته المشرع في المادة 766 من القانون التجاري حيث تستمر الشخصية المعنوية لغاية قفل التصفية، فتزول الشخصية المعنوية للشركة مباشرة بعد الانتهاء من قسمة الموجودات وبعد الانتهاء من عمليات التصفية حيث تنتهي هذه الشخصية المعنوية في اللحظة التي تسدد فيها ديون المتعاملين مع الشركة، وبعد تمام قسمة المال الصافي المتبقي على الشركاء، هنا تكون الشخصية المعنوية قد حققت غاية استمراريته بعد حلها¹.

المبحث الثاني

احتفاظ الشركة التجارية بشخصيتها المعنوية بعد تحويل شكلها القانوني

لقد سمح المشرع للشركاء بتحويل الشكل القانوني للشركة التجارية لأي شكل قانوني، فتستمر الشركة بعد تحويلها لكن بشكل قانوني مختلف، وما يميز تحويل الشركة التجارية عند استقراء النصوص القانونية أنه قد يحدث نتيجة لصعوبات اقتصادية قد تواجهها الشركة فتقوم بتغيير شكلها القانوني تجنباً لحلها وانقضائها، كما قد يسمح المشرع بإجراء التحويل لشكل الشركة التجارية عوض حلها وإنهائها وذلك من أجل الإبقاء على شخصيتها المعنوية حفاظاً على الشركة وحقوق من تعامل معها.

ومن أجل ذلك سنحاول دراسة مظاهر استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد تحويلها (مطلب أول)، ثم نسلط الضوء على أهمية مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد تحول شكلها القانوني.

المطلب الأول: مظاهر استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد تحويلها.

قد يطرأ على الشركة سببا للانقضاء فتقوم بتحويل شكلها القانوني²، حيث يكون التحويل حلاً يجنب الشركة حالة الانقضاء حماية لبقائها، وللحقوق التي تنشأ لكل من الشركاء والدائنين³، حيث أجاز المشرع تحويل الشركة التجارية بإرادة الشركاء، كما أجاز عملية التحويل إنقذاً للشركة من حلها وانقضائها، عندما قرر استمرارية الشركة ذات المسؤولية المحدودة عند اجتماع كل الحصص في يد شريك واحد، فاستبعد المشرع تطبيق أحكام المادة 441 من القانون المدني و المتعلقة بالحل القضائي، وقرر تحويلها في هذه الحالة لشركة ذات مسؤولية محدودة ذات الشخص الواحد تجنباً لانقضائها وحلها وذلك في المادة 590 مكرر¹.

ولم يميز المشرع عند تقريره مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة بعد تحويلها بين حالة التحويل الاتفاقي والتحويل القانوني، فسواء كان التحويل بقرار من الشركاء أو بنص قانوني فإن التحويل فانه لا يؤثر على استمرارية الشخصية المعنوية للشركة.

ولا يوجد في الأحكام المنظمة لعملية تحويل شكل الشركة التجارية ما يدل على نشوء شخص معنوي جديد بعد التحويل، ورغم عدم وجود نص يشير إلى استمرارية الشخصية المعنوية إلا أنها تستمر عملياً ولا تزول، وإن الالتزام بنشر التحويل لا يعني نشوء شخص معنوي جديد فإن هذه الإجراءات لا تهدف إلا لتغيير شكل الشركة وتغيير هيكلها القانونية، لأنه لا يوجد نص صريح يلزم الشركة بإجراء قيد جديد في السجل التجاري، حيث تحتفظ الشركة بقيدها السابق على التحول و لا تلتزم بإعادة إجراءات التأسيس.

¹ M.JEANTIN, Droit des sociétés, 3^{ème} édition, Monchrestien, France, 1994, p 31.

² يقصد بعملية التحويل تغيير الشكل القانوني للشركة التجارية، أي تغيير نظامها القانوني ككل وليس تعديل عقدها أي نظامها الأساسي.

³ عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، شركات الأشخاص و الأموال و الاستثمار، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص 542.

ولم يمنع المشرع أي شركة تجارية من تحويل شكلها القانوني لأشكال أخرى على أن يتم اتخاذ القرار بناء على الشروط المقررة لتعديل القانون الأساسي، لكن يجب أن تكون الشركة عند تحويلها شركة قائمة قانونا أو واقعا فلا يتم تحويل شركة منحلة تم الشروع في تصفيتها، أما إذا كانت الشركة معرضة للانقضاء بسبب مخالفتها لشروط تكوينها أو لتوفر سبب من أسباب انقضاءها لكنها لم تنقض بعد فيجوز هنا تحويلها لشكل قانوني آخر¹.

ولا يترتب التحويل أي أثر يغير من رأس مال الشركة أو ذمتها المالية، كما لا أثر لتحويل الشركة التجارية على الدعاوى المرفوعة من الشركة أو المقامة عليها فلا تنقطع الخصومة بعد تحول الشركة ولو تغير ممثلها القانوني، حيث يؤدي تغيير شكل الشركة التجارية لتغيير نظامها وهيكلها الإدارية فتنتهي سلطات المديرين في ظل شكلها السابق على التحول، كما تنتهي مهام أعضاء مجلس المراقبة ودون تعيين جديد إذا كانت الشركة المحول إليها لا تلتزم بتعيينهم.

أما بالنسبة لحسابات الشركة فتبقى على حالها في حالة حدوث التحويل خلال السنة المالية، فلا حاجة لإغلاق حسابات الشركة والبدء في حسابات سنة مالية جديدة باسم الشركة المحول إليها.

وبالتالي لا يتحدد في الشركة الجديدة إلا شكلها وهيكلها، حيث تحتفظ للشركة المحولة بشخصيتها المعنوية²، ولا تنقضي إلا في حالة التحول المعيب، فلا يمكن اعتبار التحول المعيب باطلا مع بقاء الشركة التجارية قائمة، أي يؤدي التحول الباطل لانتهاء الشخصية المعنوية للشركة³.

فيقع باطلا التحول المخالف للشروط التي قررها المشرع والتي تتعلق بالنصاب الذي حدده المشرع من أجل التصويت على قرار التحول بالإضافة لشروط التحول الخاصة بشركة المساهمة⁴، ودون الإخلال بشرط إعلام الغير بالتحويل ونشره بالطرق القانونية، حيث لا يحتج به على الغير إلا من يوم نشره، ويقع الالتزام بشهر التحويل على مسيري الشركة الجديدة لأن تحول الشركة يؤدي لزوال صفة المديرين في ظل الشكل الذي كانت تتخذه الشركة قبل تحولها⁵.

إن احتفاظ الشركة بالشخصية المعنوية لإتمام عملية التصفية لا يمنحها حق القيام بتحويل شكلها القانوني، لأن الإبقاء على شخصيتها المعنوية حينها لا يكون إلا بغرض تصفيتها وقسمة أموالها⁶، كما أن وجود عيوب أثناء تأسيس الشركة التجارية يؤدي لإبطالها حتى بعد تحويلها، خاصة عندما يكون تحويلها يهدف لتغطية عيوب التأسيس.

وعليه تتم عملية تحويل الشركة التجارية بموجب قرار صادر من الشركاء وذلك من أجل المحافظة على بقائها في حالة خسارتها تجنبا لانقضائها وحلها، كما يتم التحويل القانوني بمقتضى المادة 590 مكرر 1 من القانون التجاري، حيث أجاز المشرع من خلال هذا النص التحويل القانوني بغرض المحافظة على الشركة من حلها وانقضائها.

المطلب الثاني: أهمية مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد تحول شكلها القانوني.

يؤدي التحويل لتعديل القانون الأساسي للشركة بهدف إعادة تنظيم البنية القانونية للشركة من أجل توسيع حاجاتها وتوسيع نشاطها وازدهارها، فلا يعتبر التحويل تجديدا في عقد الشركة لأن التجديد لا يتناول شكل الشركة إنما الالتزامات المتبادلة بين الشركاء⁷،

¹ أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، الشركات التجارية، القواعد العامة للشركات النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2000، ص 652.

² يستثنى التحويل الذي يكون له آثار قانونية تمس بجوهر الشركة فيؤدي لزوال شخصيتها المعنوية مثلحالة تحويل شركة تجارية لشركة مدنية.

³ صبري مصطفى حسن السبك، النظام القانوني لتحول الشركات، دراسة مقارنة، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2012، ص 471.

⁴ لا يمكن لشركة المساهمة القيام بالتحويل إلا بعد مرور سنتين على تاريخ إنشائها وإعدادها لميزانية السنتين المالية، وإثبات موافقة المساهمين على هذا التحويل هذا ما قضت به المادة 715 مكرر 15 من القانون التجاري.

⁵ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 546.

⁶ Cass .Civ.Sect com .16 Juin 1952 . Rev .Soc ,op, cit ,p 44.

⁷ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 551.

فعندما قرر المشرع استمرارية الشخصية المعنوية للشركة المحولة منح للدائنين حماية مهمة فبقاء الشخصية المعنوية للشركة يعني احتفاظها بدمتها المالية وعرضها وعنوانها فلا تتأثر بذلك التحويل حقوق الدائنين.

ولا يعتبر تغيير الشركة لشكلها القانوني عائقا لاستمرار التعهدات التي أبرمتها تجاه الغير طالما لم ينتج عن ذلك التحويل أي تغيير في المشاريع المشتركة، و يرجع ذلك لاحتفاظ الشركة بملكيتها لأصولها وموجوداتها، ولا تقوم باتخاذ إجراءات حوالة الحق أو حوالة الدين بالنسبة لحقوقها وديونها، كما تبقى ذمتها المالية مستقلة عن ذمم الشركاء¹.

ويشترط القضاء الفرنسي من اجل استمرارية هذه الحقوق والالتزامات ألا يؤدي تغيير الشكل القانوني للشركة لتعديلات جوهرية، وإلا نتج عنه انقضاء الشخصية المعنوية وزوال الشركة، حيث لا يجب أن يؤدي التحويل لتغيير غرضها أو نشاطاتها أو مقرها². ولا يخل تغيير المركز القانوني للشريك بعد تحويل شكل الشركة التجارية بحقوق دائنيها، فلا يمكن للشريك في حالة تخفيف مسؤوليته نتيجة التحول مثلا من شركة تضامنية إلى شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، أن يتمسك بهذا التغيير في مركزه القانوني تجاه دائن الشركة قبل التحول، فيبقى الشريك بعد التحول مسؤولا تجاه الدائن مسؤولية تضامنية مطلقة عن الديون السابقة للتحويل كما يمتد إفلاس الشركة للذمة المالية للشريك، إما إفلاس الشركة التضامن في المرحلة السابقة لتحويلها لشركة أموال فإن الشركاء المتضامنين يكونون مسؤولون شخصيا عن الديون السابقة عن التحويل³.

أما في مرحلة تصفية الشركة فإن هذه التصفية لا تشمل إلا الشركاء القدماء والديون السابقة للتحويل بغض النظر عن اختلاف مراكزهم القانونية بعد التحويل⁴.

ولا يسقط التحويل اجل الديون حيث يحتفظ الدائنون بضمائمهم العام على أموال الشركة وعند زيادة أموال الشركة بعد عملية التحويل فإنها تدخل في الضمان العام للدائنين القدامى الذين نشأت ديونهم قبل التحويل، وتعتبر تلك الأموال ضمان للدائنين الجدد فتستمر عقود العمل وعقود الإيجار ولا يطالب الدائنين باتخاذ إجراءات شكلية للاحتفاظ بحقوقهم تجاه الشركة، وتستمر باقي الضمانات المتعلقة بالعقود المبرمة مع الشركة قبل تحويلها مثل الضمانات الممنوحة في عقد الإيجار حتى ولو تغير شخص المستأجر أو المؤجر.

ويحتفظ عمال الشركة بكل الحقوق والامتيازات التي يتمتعون بها⁵، فلا يمكن أن تفرض الشركة بعد تحويلها شروط جديدة خاصة تلك التي تنقص من امتيازاتهم⁶، ولا يعتبر التحويل سببا لانقضاء عقود الكفالة التي تبرمها الشركة ضمانا لحقوق الغير⁷.

وأما دائن الشركة بعد التحول فيتعامل معها على أساس الشكل الجديد ولا يكون له حق الرجوع على الشريك استنادا لصفته السابقة، يمكن حينها للشريك أن يتمسك بتغيير مركزه القانوني نتيجة للتحول فلم يرتب المشرع على التحويل زيادة في التزامات الشريك⁸.

¹ صبري مصطفى السبك، المرجع السابق، ص 534.

² Cass .com .2 juillet 1979 , Rev .Soc – 1980 p 60.

³ إن المسؤولية التضامنية غير المفترضة للشركاء في شركة التضامن والتي قررها المشرع في المادة من القانون التجاري تبقى قائمة حتى بعد إفلاس الشركة وان كانت تحت التصفية نظرا لاستمرارية شخصيتها المعنوية.

⁴ إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، تحويل الشركات وانقضاؤها واندماجها، ج 13، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، لبنان، 2010، ص 32.

⁵ تنص المادة 74 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل على أنه: "إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهبة المستخدمة تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها قائمة".

⁶ صبري مصطفى السبك، المرجع السابق، ص 648.

⁷ عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، طبعة 1، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 521.

⁸ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 553.

وعليه يعتبر تحويل الشكل القانوني للشركة وسيلة قانونية تجنب الشركاء الحل المبكر للشركة، لمواجهة تغييرات الظروف الاقتصادية، دون أن يترتب على هذا التحول نشوء شخص معنوي جديد، فتظهر أهمية مبدأ استمرارية الشخصية المعنوية بعد التحويل في انه آلية مهمة تحمي دائني الشركة، كما يعتبر التحويل آلية تصحيح للعيوب التي قد تجعل الشركة باطلة، وهو الذي أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 590 مكرر 1.

خاتمة:

لقد اهتم المشرع بإيجاد الكثير من الآليات التي تجنب الشركة الحل المححف بحقوق الشركاء والدائنين، حيث تجلت رغبة المشرع في المحافظة على استمرارية الشخصية المعنوي للشركة التجارية منذ ظهور سبب انقضاءها فمنح للقاضي سلطة تقدير السبب المعتر للحل، ولا مجال للقاضي عند تقديره لهذا السبب إلا احترام إرادة المشرع التي تتجه للإبقاء على الشركة والمحافظة عليها من الزوال، وعيا منه بأهمية الشركات التجارية التي أصبحت من الأسس التي يقوم عليها الاقتصاد الوطني، ومع ذلك قد يصعب على القاضي تقدير السبب المعتر من اجل حل الشركة قضائيا، في ظل غموض النصوص التي تطرقت لأسباب الحل الإرادي، الأمر الذي قد يعرض الشركة للانتهاء لأسباب غير موضوعية تحقق مصلحة شخصية للشركاء.

ويعتبر مبدأ الإبقاء على الشخصية المعنوية للشركة التجارية بعد حلها لغاية انقضاءها الكلي والانتهاء من إجراءات القسمة والتصفية أهم المبادئ التي اقرها المشرع لتكريس حماية جماعية تتجاوز المصالح الفردية باعتباره يحقق الحماية لحقوق كل من الشركاء والدائنين، ومع ذلك بقيت أحكام تصفية الشركات التجارية تعاني من ثغرات مهمة خاصة تلك المتعلقة بمواصلة الشركة لنشاطها أثناء عملية التصفية كنتيجة لاستمرارية شخصيتها المعنوية.

ولم يعتبر المشرع التحويل القانوني لشكل الشركة التجارية سببا لانتهائها، وأهم أثر لهذا المبدأ هو ان التحويل لا يعد عائقا لاستمرار تعهدات الشركة، خاصة عندما يكون مبررا بمهدف توسيع نشاط الشركة وتجنب انقضائها، لكن بقيت النصوص المتعلقة بعملية التحويل يشوبها نقص فيما يتعلق بحقوق المتعاقدين مع الشركة التجارية المحولة.

دور الطرق العلمية القطعية في إثبات ونفي النسب

The role of conclusive scientific methods to (dis) prove kinship

غربي صورية، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر.

أستاذة مؤقتة بالمركز الجامعي الحاج بوشعيب عين تموشنت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/20 – تاريخ المراجعة: 2017/11/19.

ملخص:

يعتبر الاعتماد على البصمة الوراثية كطريق من الطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب، وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة وإرساء مبادئ العدل التي يقوم عليها القضاء، غير أنه لا يجوز استخدامها لتعطيل الطرق الشرعية التي أشار إليها المشرع في المادة 01/40 من قانون الأسرة، كما أنه لا يجوز استعمالها للتشكيك في الزيجات والأنساب المستقرة وزعزعة الثقة بين الزوجين، ومن ثم، فإن الأخذ بنتائج تحليل البصمة الوراثية، يستوجب توافر مجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية.

الكلمات المفتاحية:

البصمة الوراثية، النسب، إثبات، نفي، قانون الأسرة، الإجراءات.

Abstract:

DNA analysis is considered to be one of the most reliable scientific ways to prove kinship, in order to ascertain the truth and apply the principles of justice which form the basis of the legal system. However, this technique cannot be used to disrupt legal proceedings, as mentioned by the legislator in article 40/01 of Family Law, nor is it allowed to use it in order to cast doubt upon marriages and stable lineages, and challenge the trust between husband and wife. Therefore, the admissibility of DNA analysis results requires the availability of a range of legitimate and legal parameters.

Keywords:

DNA, ancestry, (dis) prove, denied, Family Law, legal proceedings, scientific analysis.

مقدمة:

تصنف الطرق العلمية القطعية و المتمثلة في البصمة الوراثية، أو ما يعرف بتقنية الحمض النووي من الطرق العلمية القطعية، فهي تعتبر من الاكتشافات العلمية الحديثة التي فتحت آفاقا جديدة للبشرية، فيما يتعلق بمجالات عديدة كالجنايات وتحديد الهوية والنسب وهو الذي يهمننا في هذا المقام. ويطلق مصطلح البصمة الوراثية¹ على المادة الوراثية في الكائنات الحية، ويوجد هذا الحمض في جميع الخلايا

¹ - البصمة الوراثية في اللغة: هي مركب وصفي مكون من كلمتين " البصمة " و " الوراثية".

والبصمة في اللغة: هي الكثيف أو الغليظ وثوب ذو بصم ، أي كثيف وكثير الغزل كما يقال أنها أثر الختم بالأصبع فيقال بصم بصما أي: ختم بطريق أصبعه؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار الكتب العلمية، لبنان ، الجزء 02، الطبعة 01، 1993، ص.50؛ محي الدين محمد يعقوب الفيروز الأبدى، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة 06، 1998، ص.108.

والبصمة اصطلاحا: هي تلك الخطوط البارزة التي تحاذيها خطوط منخفضة والتي تكسو رؤوس أصابع الإنسان، وهذه البصمات تمثل بطاقة شخصية ربانية أودعها الله سبحانه وتعالى في أطراف الإنسان وهي في غاية الدقة والإعجاز بحيث لا يمكن أن تتشابه بصمة إنسان مع آخر، وكذلك لا يمكن أن تتطابق بصمة أصبع مع آخر في نفس يد الشخص، فبصمة كل أصبع مختلفة في بعض دقائقها وربما جميع دقائقها ولا تتشابه مع بصمة أصبع آخر؛ مصطفى أحمد سه ركل، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص.24.

البيولوجية، مهما اختلفت مصادرها، وهو في الإنسان موجود في كافة خلايا الجسد أنويته باستثناء الكريات الحمراء كونها لا تحتوي على نواة¹.

وبناء على حداثة هذا المصطلح اجتهد العلماء المعاصرون والمجامع الفقهية في وضع تعريف مناسب له، منها تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث قالت إن البصمة الوراثية هي: " البنية الجينية نسبة إلى الجينات الموروثة التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية"²، وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة هذا التعريف في دورته الخامسة عشر³.

وعليه نطرح الإشكال التالي ما مدى حجية الطرق العلمية القطعية والمتمثلة في البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب؟. وللتعمق أكثر في البصمة الوراثية سنقوم بداية بدراسة ضوابط وشروط البصمة الوراثية وعوائق تطبيقها (المبحث الأول)، ثم نتكلم عن موقف كل من الفقه والقانون والقضاء من إثبات ونفي النسب بها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ضوابط و شروط العمل بالطرق العلمية القطعية و عوائق تطبيقها

لأهمية هذا الفحص الحديث سواء في مجال النسب أو غيره، ولخطورته في نفس الوقت، فلقد وضع الفقهاء الباحثين والأطباء المختصين في البصمة الوراثية ضوابط وشروط عديدة حتى تقبل (المطلب الأول)، إلا أنه هناك عوائق تعترض تطبيقها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضوابط و شروط العمل بالطرق العلمية القطعية

سنتكلم بداية عن ضوابط العمل بالبصمة الوراثية (الفرع الأول)، ثم نفصل في الشروط التي وضعها الفقهاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية

يعتبر الاعتماد على البصمة الوراثية كطريق من الطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب، وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة وإرساء مبادئ العدل التي يقوم عليها القضاء، غير أنه لا يجوز استخدامها لتعطيل الطرق الشرعية التي أشار إليها المشرع في المادة 01/40 من قانون الأسرة، كما أنه لا يجوز استعمالها للتشكيك في الزيجات والأنساب المستقرة وزعزعة الثقة بين الزوجين⁴، ومن ثم، فإن الأخذ بنتائج تحليل البصمة الوراثية، يستوجب توافر الضوابط الشرعية و القانونية الآتية:

الوراثة لغة: ويقصد بها الانتقال فيقال أورثه الشيء أبوه، وهم ورثة فلان، وورثه توريثا، أي أدخله في ماله، ويقال: ورثت فلانا من فلان، أي: جعلت ميراثا له، وأورثت الميت وارثه، أي: تركه له؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفرقي المصري، الجزء 02، المرجع السابق، ص.200.

¹ - أنظر، إبراهيم ناصر الحمود، البصمة الوراثية، مقال منشور بتاريخ 2017/08/12 على الموقع www.islamtoday.com

² - المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، ما بين 13 و 15 أكتوبر 1986، الكويت، الجزء 02، 2000، ص.105.

³ - أنظر، حسن محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة 01، 2007، ص.83، نقلا عن قرارات المجمع الفقهي لسنة 1998، البصمة الوراثية في منظور الفقه الإسلامي، للدكتور علي محي القرهداغي، بحث مقدم لمجمع الفقهي في دورته (16) المنعقد بمكة المكرمة في 2002، ص.10؛ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص.182-183؛ أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق، ع.07، ص.79.

⁴ - أنظر، العربي بلحاج، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، 2012، ع.01، ص.37-38؛ خليفة علي الكعي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، الأردن، الطبعة 01، 2006، ص.49.

1- أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء، في مختبرات مختصة ومعتمدة و موثوق بها، لضمان صحة النتائج وحيادها، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة و سرية المعلومات الطبية الوراثية، لتعاملها في الجينات البشرية، وهو ما أشارت إليه المادة 02/40 من قانون الأسرة¹ من أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ويمكن للنياية العامة أيضا طلب اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية في قضايا النزاع على النسب طبقا للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة حيث تنص: " تعد النياية العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ".

2- يجب ألا تخالف تحليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحس والواقع، بل يجب أن توفق العقل والمنطق، فلا يمكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يولد لمثله لصغر سنه أو لكونه مقطوع الذكر أو الأنثيين إذ من لا يولد لمثله لا يعقل أن يأتي بولد، وبالتالي تكون البصمة الوراثية قد اعترها الخطأ والتلاعب وخالفت العقل والواقع وهو ما ينبغي رفضه².

3- أن تستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه و المحافظة عليه، كلما دعت الضرورة إلى ذلك، وتمثل هذه الحالات في:

- حالات النزاع على مجهول النسب بمختلف صور النزاع التي ذكرها الفقهاء، سواء كان النزاع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها.

- حالات اشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الطفولة ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو التعرف على الهوية أو بقصد التحقق من هوية أسرى الحروب والمفقودين³.

4- لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، كما أنه لا يجوز الاستغناء بها عن اللعان، لأن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب الثابت هو اللعان، وفقا للمادة 41 من قانون الأسرة، وعلى هذا الأساس، فإن رفع دعوى اللعان أمام القضاء وفقا للمادة 41 من قانون الأسرة، لا يجوز للمدعي التذرع بإتباع الطرق التقليدية لإثبات النسب الواردة في المادة 01/40 من قانون الأسرة، غير أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في سبيل الوصول إلى الحقيقة، وفقا للمادة 02/40 من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02-05.

وعليه فإنه يجوز للقاضي اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية قبل إجراء اللعان بين الزوجين، وذلك لغرض إزالة شك الزوج وحرع الزوجة، ومعرفة ما إذا كان الولد من صلب الزوج أم لا، ورغبة في عدولهما عن دعوى اللعان وإجراءها، وسعيا للمحافظة على العشرة الزوجية⁴.

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 15 أكتوبر 2009¹ بقولها: "... حيث أنه ما دام أن المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على أنه يثبت النسب بالزواج

¹ - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، ج.ر.15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

² - خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.49.

³ - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص.339.

⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.674.

الصحيح أو الإقرار ... وأنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. وعليه يجوز رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العملية لإثبات النسب".

5- لا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة ، فلا يجوز التلاعب بالجينات والجينوم البشري بالبيع أو الغش أو التجارة أو غير ذلك².

6- منع القطاع الخاص والشركات التجارية ذات المصالح من المتاجرة فيها، وفرض العقوبات الزاجرة والرادعة لكل من يتلاعب بالجينات البشرية أو يتعرض للأسرة المسلمة بتعطيم دعائمها المستقرة³.

الفرع الثاني: شروط العمل بالبصمة الوراثية

من أجل نتائج فحص البصمة الوراثية فقد وضع العلماء مجموعة من الشروط وهي:

1- أن تكون المختبرات و المعامل الفنية تابعة للدولة وتحت رقابتها حتى لا يتم التلاعب فيها لمجرد المصالح الشخصية والأهواء الدنيوية وبالتالي يكون النسب عرضة للضياع⁴.

2- أن تكون هذه المختبرات والمعامل الفنية مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية والمواصفات الفنية القابلة للاستمرارية والتفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة.

3- أن يكون العاملون في هذه المختبرات من أصحاب الكفاءة المهنية⁵، ويتسمون بصفات الأمانة والخلق الحسن والعدل في العمل.

4- ألا يكون للخبراء أي صلة أو قرابة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعين، أو حكم عليه بحكم مغل بالشرف أو الأمانة⁶.

5- أن يتم أخذ العينة بحضور أطراف النزاع أو وكلائهم، والمخبر أو المحقق الذي تحدده المحكمة، وذلك للتأكد من مصدر العينة، وإلا فإن عمل الخبير يكون مشكوكا فيه من قبل الأطراف المعنية بالدعوى وخاصة في دعاوى إثبات النسب.

6- تسجيل وتوثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من أخذ العينة ونقلها حتى ظهور نتائج التحليل، حرصا على سلامة العينات وضمانا لصحة نتائجها، مع الاحتفاظ بهذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة⁷.

7- شرط التعدد بين المؤيدين و المعارضين، والمقصود بالتعدد هو تعدد الخبراء الفنيين القائمين على العمل في البصمة الوراثية قياسا على الشهادة و القيافة⁸ وعلى هذا الشرط انقسم علماء العصر إلى عدة آراء:

1- أنظر، المحكمة العليا، القرار رقم ملف رقم 605592 ، المؤرخ في 2009/10/15، غ.أ.ش ، مجلة المحكمة العليا ، ع.01 ، 2010 ، ص.245.

2- العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص.674.

3- خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.50.

4- مصطفى أحمد سه ركول، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص.37.

5- أنظر، كريمة نزار، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2009-2010، ص.354.

6- أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص.337.

7- مصطفى أحمد سه ركول، المرجع السابق، ص.37.

8- القيافة لغة: هي من قاف يقوف قيافة فهو قائف، وهو الذي يتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل وأبيه والجمع قافة، وقاف أثره بمعنى تبعه كقفاه واقتفاه وهو أقوفهم، وتقف أثره تتبعه والقيافة هي تتبع الأثر، يقال: فلان يقوف الأثر ويقتافه قيافة؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، الجزء 05، المرجع السابق، ص.3776.

أما من ناحية الاصطلاح، فقد عرّفها كثير من الفقهاء وأهمها:

1- عرفها ابن رشد من المالكية بأن القافة عند العرب هو: " قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس "؛ أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار السلام، القاهرة، الجزء 02 ، 1995، ص.2086.

الرأي الأول: ويرى هذا الفريق أن العاملون على البصمة الوراثية يجب أن يكون أكثر من شخص وذلك قياسا على الشهادة¹. وقد احتج هذا الفريق بأن البصمة الوراثية مثل الشهادة وما دام أن الشهادة لا يقبل بها إلا إذا كان عدد الشهود لا يقل عن شاهدين لقوله تعالى: " واستشهدوا شهيدين من رجالكم " ²، فنفس الشيء لإجراء الخبرة بالبصمة الوراثية، فضلا عن ذلك فقد قاسوها على القيافة، فكما لم يقبل الفقهاء أقل من قائفين اثنين وأكثر، فمن باب أولى أن يقوم خبيرين في البصمة الوراثية لتحديدتها³.

الرأي الثاني: يرى هذا الفريق جواز عمل الخبير الواحد في البصمة الوراثية ولا يشترط التعدد، وحجتهم في ذلك أن الفقهاء القدامى أجازوا الاعتماد على قول القائف الواحد المسلم العدل، لذلك من باب أولى أن يكون العمل بالبصمة الوراثية بخبير واحد فقط، لأنها أوثق من القيافة⁴ حيث إن نتيجة البصمة الوراثية قطعية بنسبة 99 بالمائة⁵.

الرأي الثالث: هذا الرأي أرجح مسألة تعدد الخبراء إلى القاضي، وهو الرأي الراجح باعتبار القاضي سيد القضية والخبير الأعلى لتقييم الأدلة الفنية العلمية المطروحة أمام عدالة المحكمة، متى رأي في قول الخبير الثقة والأمانة والطمأنينة، وإذا ما شكك في صحة النتائج، فإنه لا حرج من أن يكرر التحليل البيولوجي مرة أخرى، وهذا ما ورد أيضا في توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إبان ندوتها الحادية عشر التي عقدت في دولة الكويت يومي 29/28 محرم 1421 هـ الموافق لـ 04/03 مايو 2000.

المطلب الثاني: عوائق تطبيق البصمة الوراثية

قد نجد عوائق في استخدام البصمة الوراثية، سواء كانت عوائق مادية أو عقبات يحتج بها الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع للطرق العلمية الحديثة، الأمر الذي يحتم ضرورة التغلب على هذه الصعوبات حتى لا يضيع الولد و الشرف، وهذا ما سنعالجه من خلال العوائق القانونية (الفرع الأول)، والعوائق المادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العوائق القانونية لتطبيق البصمة الوراثية

إن تعاون الخصوم على إظهار الحقيقة له يحدق في غالب الأحيان، ولذا فمن المتوقع أن يثير الخصم بعض العقبات التي يحاول بها الإفلات من الخضوع لاختبارات الوراثة (ADN)، لاسيما عندما يكون سيء النية، فقد يتمسك الخصم بأن تقنية البصمة الوراثية، أمر يتعارض مع الأخذ باللعان كإجراء شرعي لنفي النسب، وقد يتمسك الخصم بأن الخضوع لهذه التقنية الحديثة أمر يتعارض مع قاعدة عدم

2- وعند الخنايلة " هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف"؛ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود ابن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، الجزء 06، 1983، ص398.

3- وعرفها الإمام الجرجاني من الخفية فقال: " القائف وهو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود "؛ علي بن محمد الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، 1985، ص177.

4- عند الشافعية: " هو من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصّه الله تعالى به من علم"؛ محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، الجزء 04، الطبعة 01، 1997، ص646.

1- وذهب لهذا القول محمد الأشقر، وعلي القره داغي، وفؤاد عبد المنعم، عبد الستار فتح الله سعيد، عمر الشيخ الأصم، حسن الشاذلي؛ يراجع في ذلك خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص51-52.

2- سورة البقرة، الآية 282.

3- خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص52.

4- أنظر، عبد الهادي الحسين، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية، 2006، ع35، ص34.

5- وقد قال بهذا الرأي سعد الدين هالالي، ووهبة الزحيلي، وقد رد فريق الرأي الثاني عن الرأي الأول بقولهم بأن اشتراط التعدد في إجراء البصمة الوراثية قياسا على التعدد في الشهادة ليس له محل، لأن الحكمة من التعدد في الشهادة كما قال تعالى: " أنّ تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى"، البقرة 282 ؛ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص53-54.

جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وقد يتمسك الخصم بمبدأ معصومية الجسد تحريا من الكشف عن الحقيقة بالإضافة إلى مبدأ حرمة الحياة الخاصة.

أولا: البصمة الوراثية أمام التمسك باللعان:

بداية يظهر أن هناك تعارض بين لجوء الزوجة لاستخدام فحص الدم كوسيلة لإثبات مولودها من الزوج، وبين طلب إجراء اللعان وما يترتب على إجراءاته من التفريق بين الزوجين وإلحاق الولد بالأم. وفي الحقيقة هذا التعارض مجرد تعارض ظاهري وليس حقيقي، وذلك لسببين هامين وهما:

- **أولا:** انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان لأنه قد يثبت نسب الولد من الزوج و يبقى إجراء اللعان كسبب موجب للفرقة بين الزوجين، ففني النسب ليس من ضرورة اللعان¹، وهذا يتضح من خلال القواعد التي تحكم اللعان. فالقاعدة التي تقضي بعدم جواز نفي النسب باللعان بعد الإقرار به لأن الزوج إذا تعذر عليه إقامة الدليل الحق في طلب إجراء اللعان لنفي النسب، لكن هذا الأمر مشروط بعدة قيود أهمها ألا يكون قد سبق للزوج أن أقر بنسب الطفل، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 28 أكتوبر 1997 حيث جاء فيها: "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل"².

و قد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر في 20 أكتوبر 1998: "من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية و الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا".

وهذا كله جاء تأكيدا لما قرره المجلس الأعلى في قراره الصادر في 19 نوفمبر 1984 حيث جاء فيه: "بأن النسب الذي أنكره الطاعن هو نسب ثابت من خلال عناصر ملف الدعوى و تصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته عند أهلها و المكوث معها في الخفاء مدة لم ينكرها و لم يعارضها، فإنه بعدم إنكاره الحمل يوم سمع به، أو الولد حين ولادته في المدة القريبة التي يقرها الشرع لإجراء قواعد اللعان، يسقط حقه في إنكار النسب"³.

ويتضح من خلال هذا القرار بأنه متى أقر الزوج بالنسب ضمينا أو تصريحاً فإنه لا يملك نفيه، لأنه عندما أقر به فقد ثبت وهناك من يرى بأن تراجع الزوج عن إقراره بالنسب يعد قذفا أي اتهاما للزوجة بالزنا، مما يمكنها أن تدفع عن هذه التهمة بإجراء اللعان⁴، و يمكن للقاضي أن يوافق على إجراء الملاعة دون أن يؤثر هذا الأمر في النسب، فالولد يبقى منسوباً إلى الزوج لكن يجري اللعان دفعا للعار عن الزوجة⁵.

وبناء على ما سبق فإن إجراء القاضي للملاعة لا يمنع من إجراء الفحص الطبي، لأن إجراء الملاعة يتم للتفريق بين الزوجين وإجراء الفحص يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج هو الأب الحقيقي أم لا، فإذا كانت نتيجة الفحص تؤكد انتفاء النسب فيصبح اللعان سببا موجبا للفرقة و لنفي النسب و إذا كانت نتيجة الفحص تؤكد ثبوت النسب من الزوج، حكم القاضي بلزوم النسب دون أن يتعارض هذا الأمر مع الفرقة بين الزوجين.

¹ - أنظر، خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010-2011، ص.115.

² - أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 172379، المؤرخ في 1997/10/28، غ.أ.ش، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص.70.

³ - أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 34046، المؤرخ في 1984/11/19، غ.أ.ش، المجلة القضائية، ع.01، 1999، ص.67.

⁴ - خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.116.

⁵ - أنظر، جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ع.01، ص.11.

أما القاعدة الثانية التي تحكم اللعان هي عندما يكذب الزوج نفسه بعد إجراء اللعان فإن هذا الأمر يزيل نفي النسب كأثر من آثار الملاعنة وهذا الأمر لم ينص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، على عكس التشريعات الأخرى كالمشرع السوري في المادة 219 منه بقولها: " إذ اعترف الرجل بما يفيد كذبه في الاتهام و نفي النسب لزمه نسب الولد و لو بعد الحكم بنفيه " ¹.

ومن خلال هذه القاعدة يمكن للقاضي أن يجري الملاعنة بين الزوجين، ولكن يعطل أثر اللعان في نفي النسب، إلى غاية ظهور نتائج الفحص الطبي فإذا ثبت الفحص بأن الطفل ابن الزوج يثبت النسب ويبقى اللعان سببا للفرقة بين الزوجين وبهذا يرتفع التعارض بين استخدام البصمة الوراثية في حالة الدلالة على ثبوت النسب وبين إجراء اللعان وأثره النافي للنسب.

- **ثانيا:** انتفاء النسب عن طريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين، بمعنى أن نفي النسب كأثر للعان يقوم على الشك لا على اليقين، لأنه إما أن يكون الزوج صادقا أو تكون الزوجة صادقة، فنسبة الصديق تكون بـ 50 بالمائة و طالما أن الأمر محل شك، فليس من العدل أن نعطي للزوجة الحق في طلب إجراء الفحص الطبي لقطع الشك باليقين، خاصة في زمن تطورت فيه العلوم الطبية وأصبحت تقدم نتائج يقينية لمعرفة الأب الحقيقي للولد.

ثانيا: البصمة الوراثية و مدى جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

إن مسألة إجبار شخص على تقديم دليل لإدانة نفسه لا تزال تعد استثناء من الأصل العام الذي بمقتضاه يمنع إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه²، تماشيا مع المادة 03/04 و 04 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1998، إذ تعتبر أنّ أخذ العتاد الخلوي من أجل فحص الحمض النووي، يتم فيه إجبار الشخص المعني على تقديم دليل ضد نفسه³. وفي الجزائر، نصت المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: " الاعتراف شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يترك حرية تقدير القاضي"، وبالتالي يبقى الشخص بريئا إلى أن تثبت إدانته نهائيا من طرف القضاء الجزائي.

ويتماشى هذا التصور مع مبدأ حياد القاضي، ذلك المبدأ الذي يجعل موقف القاضي سلبيا هو الآخر، فلا إلزام عليه بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم، أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع، فهو يتلقى أدلة الإثبات والنفي كما يقدمها أصحاب الخصومة وفقا للإجراءات التي يضعها القانون دون تدخل من جانبه⁴.

وبناء على هذا فالأخذ بالبصمة الوراثية يعتبر انتهاكا لهذا المبدأ، ذلك لأنها تقوم بإجبار الأب أو الأم على الخضوع للفحص الطبي وهذا يعد إجبارا و إلزاما للشخص على تقديم دليل ضد نفسه و هو ما يجعله دليلا باطلا⁵. ونجد أن الاتجاهات الحديثة تتجه إلى رفض قاعدة " عدم إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه"، وترى أنه على الخصوم المشاركة و المعاونة في الإثبات، وقد بنوا رأيهم هذا على التمييز بين عبء الإثبات وبين عبء إقامة الدليل، فعبء الإثبات هو العبء السلي للإثبات والذي يتحمله شخص واحد فقط

¹ - قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 07/09/1953 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 31/12/1975، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيعة ومنقحة لسنة 2000.

² - مصطفى أحمد سه ركول، المرجع السابق، ص.202.

³ - أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص.370.

⁴ - خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.122.

⁵ - أنظر، عبد العالي حاجة، رياض دنش، ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة، مجلة منتدى القانوني، مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010، ع.04، ص.85.

وهو الشخص الذي يدعي خلاف الظاهر، أما عبء إقامة الدليل، والمقصود به العبء الإيجابي بمعنى عبء تقديم الأدلة التي تساعد في الكشف عن الحقيقة وهذا العبء يتحمله الطرفان معا¹.

وبالنسبة لاستجواب الخصوم، يتضح أن للقاضي صلاحية طلب حضور الخصم لاستجوابه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصمه، وقد يهدف الاستجواب إلى الحصول على إيضاحات متعلقة بالواقعة محل النزاع، يستفيد منها الخصم في الوصول إلى الحقيقة في شأن وقائع الدعوى المعروضة عليه، وهكذا يمكن أن يحتكم الخصم الذي لا دليل له على صحة ما يدعيه إلى ضمير خصمه، فهنا يلجأ الخصم الذي يعوزه الدليل إلى طلب توجيه اليمين إلى خصمه، يلزمه فيه بأن يقول الحقيقة.

صحيح أنه من المتصور أن يحلف من وجهت إليه اليمين كذبا ولا يقول الحقيقة، و يعتبر الحلف كذبا معصية دينية، وكذلك يعد جريمة يعاقب عليها القانون، إنما مظهر آخر من مظاهر واجب تعاون الخصوم في الكشف عن الحقيقة². كذلك فإن قانون الإجراءات الجزائية الذي يسمح للضبطية القضائية أو وكيل الجمهورية بتفتيش المتهم أو منزله إذا كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة التي يسعى التشريع إلى تحقيقها، ونفس الغاية التي يسعى إليها المشرع من خلال إجازته للبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب. وهكذا يتبين أن الخصوم أنفسهم مكلفون بالتعاون في الكشف عن الحقيقة ومن هنا يرفع التعارض بين البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب أو نفيه وبين مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

ثالثا: البصمة الوراثية ومدى جواز المساس بمبدأ معصومية الجسد

تستوجب معصومية أو حرمة جسم الإنسان؛ حظر كل عمل أو فعل من شأنه أن يشكل مساس بهذا الجسم، فيحظر على كل شخص الاعتداء على غيره والمساس بجسده أو بعضو من أعضائه، فحجم الإنسان غير قابل للمساس والاعتداء وكل مساس بجسم الإنسان يدخل كأصل عام في دائرة التعدي غير المشروع والموجب لقيام المسؤولية القانونية³. وقد كرس الدستور الجزائري حقوق الإنسان لاسيما من خلال المادة 34 والتي تنص: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وكل ما يمس بسلامة الإنسان"، والمادة 37 منه والتي تنص: " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون". وعليه فإن مبدأ حرمة الجسم الإنساني يتعارض مع لجوء القاضي إلى إجبار الشخص على خضوع للمساس بجسمه وذلك بإخضاعه للفحص الطبي، سواء من أجل إثبات النسب أو نفيه".

لكن في الحقيقة هذا المبدأ ليس مبدأ مطلقا، بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي تقتضيها المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، لأنه إذا نظرنا إلى الواقعة و المتمثلة في حالة الكشف عن حقيقة نسب الطفل من خلال عينة تؤخذ من جسم المدعى عليه في حالة إنكاره له نجد أن حق الطفل في معرفة حقيقة نسبه لا تقل أهمية من مبدأ المساس بجسم الإنسان، خاصة وأن هذا الحق لا يتعلق بشخص واحد وإنما هو حق مشترك بين الله والأب والأم إضافة إلى كونه من أهم الحقوق المتعلقة و المقررة للطفل⁴. كما أن أخذ عينة من جسم المدعى عليه ليس بالاعتداء الخطير الذي يمس سلامة الجسم لسهولة الحصول على المادة الجينية، فشأن أي إجراء طبي روتيني يقوم به

¹ - أنظر، محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 1996، ع.01، ص.75؛ مصطفى أحمد سه ركول، المرجع السابق، ص.205.

² - أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص.371.

³ - مصطفى أحمد سه ركول، المرجع السابق، ص.207؛ علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، 2007، ص.358-359؛ رابح طاهير، حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2010، ع.07، ص.135.

⁴ - أنظر، بدران أبو العنين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، دون سنة نشر، ص.06.

الإنسان، لذلك يجوز إجبار الشخص للخضوع للفحص الطبي من أجل إثبات النسب أو نفيه وذلك لغاية حفظ الأنساب ومنعها من الاختلاط وصون كرامة الطفل، وبهذا يرفع التعارض بين البصمة الوراثية ومبدأ معصومية الجسد¹.

الفرع الثاني: العوائق المادية لتطبيق البصمة الوراثية

إن المشكل دائما في الجزائر هو كيفية ووسائل تطبيق القانون لأن المادة القانونية التي تحمي موجودة لكن التطبيق غير موجود وهذا ما سنراه أيضا في البصمة الوراثية.

أولا: وجود مخبرين علميين:

إن أهم ما يقف عائق أمام الأخذ بطرق التحليل البيولوجي في العالم العربي عموما وفي الجزائر خصوصا هو العائق المادي، إذ يتطلب الأمر تجهيز مخابر خاصة على مستوى جيد بأحدث التجهيزات، وهذا يحتاج إلى إمكانيات ضخمة بالاعتماد من جهة على مخابر عالية الجودة، ومن جهة أخرى على خبراء وأخصائيين، وفي الجزائر فإن مخبر ADN الذي تم تدشينه بتاريخ 2004/07/22 يعدّ أول خطوة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية وهو يساهم بدور فعال في المجال الجنائي ويفترض أن يكون له دورا أيضا في مسائل إثبات النسب أو نفيه، إلا أن اعتماد بلادنا على مخبر وحيد و موجود بالجزائر العاصمة لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني و هذا يؤدي إلى تعطل إجراءات سير دعاوى². لأنه يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية توافر مخابر ذو جودة عالية وتقنية محظنة نظرا لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال كما أنه يتطلب العمل بالبصمة الوراثية الإلمام الشامل بعلم الجينات و كل الأنظمة في هذا المجال، الذي يتركز على الفرضيات والحالات النادرة واستعمال بعض المفاعلات صعبة ومعقدة فمثلا أثبت الخبراء بأنه يتطلب استعمال على الأقل 20 نظام في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحتمية في الإثبات أو النفي³.

ثانيا: مسألة مصاريف الخبرة:

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يتركز في الأساس على ضرورة توافر آليات وهياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر لآلية قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها، وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى، فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية والاقتصادية للمواطن الجزائري، مما يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جداً⁴.

المبحث الثاني

موقف الفقه والقانون والقضاء من الطرق العلمية القطعية في إثبات ونفي النسب

تعتبر البصمة الوراثية من التقنيات الجديدة للإثبات، لذلك كانت محل دراسة من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية (المطلب الأول) والقانون بل وحتى القضاء (المطلب الثاني)، وذلك بهدف تحديد قيمتها الثبوتية للنسب، ومدى جواز العمل بها كذلك أمام القضاء.

المطلب الأول: موقف الفقه من البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب

¹ - وقد أقر القانون الفرنسي إجراء البصمة الوراثية في عملية التعرف على الشخص لكن يكون في إطار تحقيق أثناء إجراء قضائيا ولغايات طبية أو بحث علمي، وهو ما نصت عليه المادة 16-11 من القانون الفرنسي والتي تنص:

Art 16-11 du c.civ.fr : « L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut-être recherchée que :

1- Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ;

2- A des fins médicales ou de recherche scientifique ;

3- A ux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue , l'identification de personnes décédées ».

² أنظر الموقع 2017/10/19 droit7.blogspot.com/2013/11/blog-post_5528.html -

³ - أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص.373.

⁴ - أنظر، الموقع بتاريخ 2017/10/19 : www.startimes.com/?t=27698447

تعتبر مسألة البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها في إثبات النسب من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر إلى رأيين، رأي يجيز إثبات النسب بها (الفرع الأول)، ورأي آخر لا يجيز ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتجاه المؤيد للبصمة الوراثية

ذهب إليه العلماء المعاصرون إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية؛ وذلك تحريجا على مذهب جمهور الفقهاء القائلين بجواز اللجوء إلى القیافة عند النزاع على النسب أو عند تعارض البنات أو تساوي الأدلة في ذلك¹. واستدلوا بقول السيدة عائشة حيث قالت: " دخل علي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذات يوم وهو مسرور فقال: " يا عائشة ألم تري أن مجززا المدجلي دخل فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض " ². إن وجه الدلالة من الحديث أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد أجاز عمل القائف في إثبات نسب أسامة لزید مع اختلاف اللون، وبنينا - صلى الله عليه وسلم - لا يقر إلا على حق، بقول الشافعي - رحمه الله عليه- " فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة، وهو - صلى الله عليه وسلم - لا يُقر على خطأ ولا يُسر إلا بالحق، وسبب سروره - صلى الله عليه وسلم - بما قاله مجززا، أن المنافقين كانوا يطعنون في نسب أسامة، لأنه كان طويلا أسود أقي الأنف، وكان زيد قصيرا بين السواد والبياض أحسن الأنف، وكان طعنهم مغيظة له - صلى الله عليه وسلم - إذ كان جيبه، فلما قال المدجلي، وهو لا يرى إلا أقدامهما سر به " ³.

كما استدل أصحاب هذا الرأي بما رواه مالك عن سلمان يسار: " أن عمر بن الخطاب كان يُلِيطُ أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة، فدعا عمر قائفا فنظر إليهما، فقال القائف: لقد اشتراكا فيه، فضربه عمر بالدرة، ثم دعا المرأة فقال: أخبريني خبرك، فقالت: كان هذا لأحد الرجلين يأتيني، وهي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبل، ثم انصرف عنها، فأهرقت عليه دما، ثم خلف عليها هذا، تعني الآخر، فلا أدري من أيهما هو، قال: فكبر القائف، فقال عمر للغلام: وال أيهما شئت " ⁴. فقضى عمر بمحض من الصحابة بالقيافة من غير إنكار من واحد منهم فكان كالإجماع تقوى به أدلة القیافة، قال الزهري: " فإن عمر بن الخطاب ومن بعده قد أخذوا بنظر القافة في مثل هذا " ⁵.

الفرع الثاني: الاتجاه الرافض للبصمة الوراثية

هذا الرأي يرى بعدم اعتبار البصمة الوراثية وسيلة لإثبات النسب، وذلك تأثرا بفقهاء الحنفية الذين يرون بعدم جواز إثبات النسب بالقيافة، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القیافة إثبات المخلوقة من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب⁶. ودليلهم في ذلك قوله تعالى: " الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ " ⁷، وقوله - صلى الله عليه وسلم - لرجل من فزارة عندما أخبره بأن زوجته ولدت له غلاما أسود، فقال له: " هل لك من إبل " قال الرجل نعم، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: " فما ألوانها ؟ قال: حمر " فهل فيها من أورك " قال: نعم إن فيها الورق قال: " فأني لها ذلك " ؟ قال: عسى أن يكون

¹ - محمد محمود أبو زيد، المرجع السابق، ص. 279.

² - أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، الطبعة 01، 2002، ص. 1676.

³ - محمد بن الخطيب الشرنيني، الجزء 06، المرجع السابق، ص. 439.

⁴ - مالك بن أنس الأصبجي، الموطأ، المكتبة الثقافية، بيروت، الجزء 02، 1408 هـ الموافق لـ 1988، ص. 372.

⁵ - أنظر، يوسف بن شيخ، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، دكتوراه في

العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2015-2016، ص. 128.

⁶ - شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، الجزء 17، دون ذكر سنة النشر، ص. 70.

⁷ - سورة الانفطار، الآيتان 07، 08.

نزعة عرق، قال: " وهذا عسى أن يكون نزعة عرق " ¹. ومن أدلة هذا الرأي أن القيافة تعتمد على الشبه، وهو أمر مدرك بالحس، فإن حصل بالشاهدة فلا حاجة إلى القائف وإن لم يحصل بالشاهدة، لم يقبل إثبات النسب بها، لأنها تدعي أمراً غير مشاهد ولا يدرك بالحس، كما يرون أن العمل بالقيافة يؤول على مجرد الشبه، والشبه قد يقع بين الأجانب الذين لا تربطهم صلة قرابة، وقد ينتفي الشبه بين الأقارب ولما كانت البصمة الوراثية تعتمد على الشبه في إثبات النسب، فإنه يسقط الاستدلال بما تبعه لذلك ².

ومنه، يمكن القول بأنه رغم ما استدلل به المانعون، إلا أننا نرجح الرأي الأول وذلك لأن البصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في إثبات النسب مثل القيافة من حيث درجة الوصول إلى الحقيقة.

المطلب الثاني: موقف القانون والقضاء الجزائري من البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب

سنتكلم بداية عن موقف القانون (الفرع الأول)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى موقف القضاء منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية

أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية يميل إلى الأخذ بالأدلة العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب وحتى نفيه، فبالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يتضمن قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 نصا خاصا بالبصمة الوراثية واكتفى بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي كوسائل لإثبات النسب حيث نصت المادة 40 منه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون"، وبعد صدور الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، أضاف المشرع فقرة جديدة للمادة 40 منه، حاول من خلالها أن يواكب التقدم العلمي، وما وصلت إليه التشريعات الغربية في هذا المجال، وقضى بجواز لجوء القاضي إلى الطرق العلمية في إثبات النسب، هذه الفقرة التي تحتل تفسيرات كثيرة، من بينها أنه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية في كل حالات إثبات السبب بما في ذلك النسب غير الشرعي، والتحقق من النسب الثابت وغيرها من كل حالات الاستفادة من البصمة الوراثية المعتمدة فقها. كما يحتمل هذا النص تفسيراً آخر، وهو أن القاضي يجوز له اللجوء إلى أي طريق من الطرق العلمية التي بإمكانها إثبات النسب، فله الاختيار في ذلك، دون أن يكون مطبقاً للقانون تطبيقاً خاطئاً، ثم أنه يجوز للقاضي رفض اللجوء إلى الطرق العلمية المقدم من طرف أحد أطراف الدعوى، دون أن يلام على ذلك، ثم أنه يمكن للقاضي بمقتضى هذا النص أن يفرض على الخصوم الطريق العلمي الذي يراه هو ³.

هذه التفسيرات كلها تجعلنا نقول؛ أن تدخل المشرع الجزائري جاء مثيراً للعديد من إشكالات تطبيق هذا النص، لاسيما وأنه ما زال مقرا لنظام الزواج العرفي الذي غالبا ما يتصل منه الأزواج، ومن ثم يتنكرون لأبنائهم، الأمر الذي يتعين معه ضبط هذه الطرق العلمية، وإن كان الكثير يشير إلى أن المقصود منها هو البصمة الوراثية، وهو ما يظهر من خلال الأحكام القضائية التي تثار فيها هذه المشكلة، أي اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب. وبدليل كذلك مضمون عرض أسباب التعديل، حيث جاء في المشروع التمهيدي بأنه: " مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه، أصبح مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمد القضاء، وهم يطبقون قواعد وعناصر البينة في حالة إثبات النسب، بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصادقية ". ضف إلى كل هذا، المشرع لم يبين أو يحدد الحالات التي يسمح فيها للقاضي باللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية خاصة وأنه لم ينص صراحة على أن القاضي يجب اللجوء إلى هذه التقنية في حالات تنازع

¹ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، الجزء 06، الطبعة 01، 2002، ص. 2667.

² - أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 188-189.

³ - كريمة نزار، المرجع السابق، ص. 396.

النسب، الإيجابي منه والسلبي، وكذا في الحالات التي اعتمدها المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة بمكة المكرمة في الفترة من 05 إلى 10 جانفي 2002، وهي:

"أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين".

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من البصمة الوراثية

بداية كان القضاء يرفض إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية على أساس أنها ليست من الوسائل المقررة والمسطرة في المادة 40 ق.أ.ج..، وهذا يتضح من خلال القرار الصادر من المحكمة العليا والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 ، 33 ، 34 ، من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم و عرضوا قرارهم للنقض. ومتى كان ذلك استوجب الأمر نقض القرار المطعون فيه " ¹.

يتضح لنا من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا طبقوا النص الحرفي للمادة 40 من قانون الأسرة القديم مما جعلهم يرون أن اللجوء إلى الخبرة الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه يعدّ تجاوزا للسلطة. وقد كان هذا الاجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعوا القضاء على ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي، لإثبات النسب أو نفيه ². وقائع هذه القضية في أن المدعوان (ع.ب) و (م.ل) تربطهما علاقة زوجية شرعية إلا أنه حدث خلاف بينهما أدى إلى مغادرة الزوج لمسكن الزوجية يوم 14/02/1994، وقد ولد لهما توأمين بتاريخ 27/10/1995 أي بعد 09 أشهر من مغادرة الزوج لمسكن الزوجية. خلّت الرابطة الزوجية بين الطرفين بموجب حكم صادر عن محكمة " سعيدة " بتاريخ 27/01/1996، ورفع الزوج دعوى نفي النسب التوأمين أمام محكمة " قديل " بوهراّن التي أصدرت حكما بتاريخ 18/01/1998، يقضي بتعيين طبيب مستشفى وهران لفحص وتحليل طريقي الدعوى والتوأمين قصد تحديد نسب الولدين. وقد تم تأييد هذا الحكم بقرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء وهران بتاريخ 05/10/1998، ثم طعنت طليقته في هذا القرار بالنقض، عندما أصدرت المحكمة العليا قرارها بتاريخ 15/06/1999، الذي قضى ب: "... وعن الوجه التلقائي المثار من المحكمة العليا والمأخوذ من تجاوز السلطة، والمتعلق بتعيين خبير قصد تحليل دم التوأمين والأطراف لتحديد نسب الولدين ...، فإن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة، وضوابط محددة لكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفس المجلس..."

وبناء على نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تحدد طرق إثبات النسب، فإن المحكمة العليا عندما نقضت قرار المجلس، واعتبرت أن قضاة الموضوع قد تجاوزوا بذلك سلطتهم عندما قضوا بإجراء خبرة طبية، هي على صواب، لأنهم بذلك انتقلوا من سلطة إصدار الأحكام إلى سلطة التشريع، وهذا حرق لنص المادة 40، هذا إذا نظرنا إلى هذه المسألة من الزاوية أو الناحية القانونية.

¹ - أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 222674، المؤرخ في 01/06/1999، غ.أ.ش، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص.88.

² - خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.128.

لكن إذا نظرنا إليها من الناحية العلمية والمنطقية، فإنه يمكن اعتبار المبادرة التي قام بها قضاة الموضوع، لتحديد نسب التوأمين عن طريق تحليل الدم، خطوة إيجابية موقوفة أمام جدار النص القانوني وهو "نص المادة 40"، تلقي نهايتها أمام قرارات المحكمة العليا¹. وبعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 أصبح القضاء يعترف بالخبرة العلمية الطبية والمتمثلة في ADN كوسيلة لإثبات النسب وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2006/03/05، من أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده، باعتباره أبا له، كما أثبتت الخبرة العلمية ADN، من أن الطفل المذكور هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن، ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة، وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه². وبالرجوع إلى حيثيات هذا القرار، نلاحظ أن البيئة لم تأت محصورة في الشهادة، كما كان الأمر قبل تعديل سنة 2005، وإنما قصد بها في هذا القرار الحجة والدليل و البرهان، وبناء على ذلك فإن قضاة المحكمة العليا قد اعتبروا الخبرة الطبية ADN بمثابة البيئة في إثبات النسب بغض النظر عن وجود علاقة زوجية شرعية أو علاقة غير شرعية³.

وقد أحسنت المحكمة العليا صنعا في هذا القرار الاجتهادي التاريخي، عندما ما اعترفت بدور الخبرة العلمية الطبية، وبالقوة الثبوتية لهذه الوسيلة في إثبات النسب و دون منازع (02/40 من قانون الأسرة)، فإنه مع تطور التجارب المخبرية والبيولوجية والطبية لفحوصات ADN، التي أصبحت لا تتناول مجرد عينات الدم، وإنما الخصائص الوراثية للإنسان، بحيث يمكن أن تعطي نتائج مؤكدة لا تدع مجالا للشك حول هوية والدي الطفل المتنازع عليه⁴.

خاتمة:

وفي الأخير نقول؛ بأنّ المشرع قد أصاب عندما نصّ على إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه، ذلك لأنها قرينة قوية يأخذ بها الفقهاء في مجال النسب، ويمكن الاعتماد عليها في تحديد هوية الأطفال، كذلك يمكن التعرف بواسطتها على الجثث المشوهة بسبب الحوادث والحروب والكوارث.

لكن كان على المشرع الأخذ بعين الاعتبار الضوابط الشرعية عند اللجوء للفحص الطبي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب سن نصوص تنظيمية لتحديد الكيفيات والإجراءات المتبعة في حالة اللجوء إلى الفحص الطبي، ووضع الضوابط والاحتياطات اللازمة لضمان صحة وسلامة نتائج التحاليل.

¹ - أنظر، محمود محافضي، دور البصمة الوراثية "ADN" في تحديد النسب، مجلة دراسات قانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، 2003، ص.70.

² - أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 355180، غ.أ.ش، مجلة المحكمة العليا، 2006، ع.01، ص.469.

³ - أمال علال برزوق، المرجع السابق، ص.367.

⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.405.

استئجار الرحم بين الشريعة والقانون Surrogacy Between religion and law

عيادي سارة، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

قسم الحقوق،

جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/08 - تاريخ المراجعة: 2017/12/16.

ملخص:

شهدت العلوم الطبية في مجال الإنجاب تطورا كبيرا، لتظهر العديد من الوسائل المستحدثة المساعدة على الإنجاب، أو ما عرف بالإنجاب الاصطناعي، إذ يعتبر إيجار الرحم من بين هذه الوسائل.

يقوم إيجار الرحم على الاستعانة برحم بديل لحمل البويضة الملقحة، بدلا من الأم البيولوجية، وذلك لأسباب مختلفة إلى حين إتمام الحمل ووضع الجنين، إلى أن هذه الوسيلة المستحدثة أثارت العديد من المشاكل الشرعية والقانونية، ذلك لعدم وجود حكم شرعي حول مشروعيتها، وكذا عدم تنظيم مثل هذه المسألة قانونيا حتى في الدول التي تبيح اللجوء إليها.

الكلمات المفتاحية:

استئجار الرحم، الأم البديلة، الوسائل الطبية المساعدة على الإنجاب، الحكم الشرعي والقانوني للحمل البديل.

Abstract:

A Medical science has witnessed huge developments in the field of reproduction as many new methods of reproduction have been brought, or what is known as the artificial reproduction, Surrogacy is among these methods.

Surrogacy is based on using an alternative uterus to carry the fertilized egg instead of the biological mother and that for various reasons until the pregnancy is completed, the fetus is placed. However, this new method has raised many problems in terms of religion and law as there is no religious legislation on its permissibility as well as the failure to regulate such a matter legally even in countries that allow it.

Keywords:

Surrogacy, alternative mother, reproduction medical means, religious and legal provision for alternative pregnancy.

مقدمة:

لقد شهدت العلوم الطبية تطورا كبيرا في وقتنا الراهن، وذلك في ظل ما نشهده من اكتشافات وعلاجات لمختلف الأمراض، وتعتبر الصحة الإنجابية من بين المجالات التي شملتتها هذه التطورات، فقد خطى الطب الحديث خطوات كبيرة في علاج العقم، لتظهر العديد من التقنيات المساعدة على الإنجاب، والتي أدت إلى ظهور صورة جديدة للإنجاب وهو ما يعرف بالإنجاب الاصطناعي. ويعتبر استئجار الرحم أحد هذه الوسائل المستحدثة وأبرزها، تعتمد هذه الوسيلة على اللجوء إلى رحم مستأجرة، أو رحم بديل لحمل البويضة الملقحة بدلا من الأم البيولوجية، وذلك لأسباب مختلفة كعقم الزوجة، وجود عيب في رحمها، عدم رغبتها في حمل البويضة ... الخ. إلا أن هذا الموضوع أثار و لا يزال يثير العديد من المشاكل والتساؤلات - وخاصة في دولنا الإسلامية - وذلك لما يحظى به النسل من مكانة مقدسة في شريعتنا الإسلامية، التي أكدت على ضرورة صونه والحفاظ عليه هذا من جهة، ومن جهة أخرى؛ تعتبر الصحة الإنجابية مطلبا ورغبة إنسانية ملحة، و محاولة إيجاد علاج للعقم أمر ضروري.

وهنا تكمن أهمية هذا الموضوع، الذي يشهد تطورا و انتشارا كبيرا في جميع دول العالم، وذلك لما يقدمه من حلول لمشاكل العقم التي كانت منذ زمن ليس ببعيد مستعصية الحل، فمحاولة البحث في مثل هذه المستجدات باتت ضرورة ملحة، خاصة في ظل الاختلاف الكبير بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا القانونيين في مشروعيتها. ليظل إيجار الرحم من المواضيع الحديثة في دولنا العربية، وحتى في الدول الغربية التي تعتبر منشأ هذه الظاهرة، وذلك في ظل غياب تنظيم قانوني و حكم شرعي يبيح أو يحرم إيجار الرحم، بالرغم من الضرورة الملحة لمثل هذه المسألة بالنسبة للعاملين في المجال الطبي وكذا للأزواج الذين يعانون من العقم والراغبين في اللجوء إلى الوسائل المستحدثة للإنجاب.

وللتعرف أكثر على مسألة استئجار الرحم، وكذا حكمها الشرعي وموقف القوانين منها، ارتأينا أن نطرح الإشكالية الرئيسية التالية: ما المقصود بإيجار الرحم، وما هو الموقف الشرعي والقانوني من هذه المسألة؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج التحليلي والوصفي، وتقسيم الدراسة إلى مبحثين: بحيث نتطرق إلى ماهية استئجار الرحم و المشاكل التي يثيرها (مبحث أول)، وموقف الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من استئجار الرحم (مبحث ثاني).

المبحث الأول

ماهية استئجار الرحم و المشاكل التي يثيرها

عرف مصطلح إيجار الرحم بالعديد من التعابير، نذكر منها؛ الأم البديلة، الأم المستأجرة، مؤجرة الرحم، الأم المستعارة... الخ، قبل التطرق إلى المقصود بهذا المصطلح كان لابد علينا التعرف على التطور التاريخي لهذه الصورة المستحدثة من الإنجاب أولا، فتحديد المقصود به ثانيا، ثم التعرف على صور عملية إيجار الرحم، و الأسباب الداعية إلى اللجوء إليها.

المطلب الأول: مفهوم استئجار الرحم

يعتبر إيجار الرحم أو الحمل البديل حل طبي يتم اللجوء إليه لمساعدة النساء غير القادرات على الحمل أو الإنجاب، يتم من خلاله الاستعانة برحم امرأة مستأجرة لحمل الجنين إلى غاية ولادته، وعليه سنحاول في هذا المطلب التعرف على المقصود بإيجار الرحم، وذلك بعد التطرق إلى التطور التاريخي لهذه المسألة.

الفرع 1: التطور التاريخي لاستئجار الرحم

إن تكنولوجيا التكاثر الحديثة تمثل أحدث وسائل الصراع العلمي في مواجهة العقم، و ذلك بغرض ضمان تطور جنين سليم، ومن بين صور تكنولوجيا الإنجاب الصناعي للمرأة نجد استئجار الرحم¹. ولم تكن بداية تقنيات تأجير الأرحام تختلف كثيرا عن بداية التلقيح الاصطناعي، فقد بدأت في عالم الحيوان، إذ كانت تستخلص مجموعة من بويضات أنثى و توضع في أنابيب اختبار و تنقل في أرحام أبقار مادية ثم يجري تلقيحها بطريقة طبيعية، لتنتقل بعدها التجارب من الحيوان للإنسان².

لتخرج أول طفلة من الرحم المستأجرة عام 1982، غير أنها كانت هبة ولم تكن إجارة "حيث أن الأم التي وضعتها تبرعت بحملها". وفي سنة 1985 وضعت سيدة اسمها "كيم كوتن" - وهي أول امرأة تتقاضى أجرا لتلقيح صناعي - أول طفل من رحم مستأجرة³، وكذلك كان من بين حالات الحمل التي وقعت في بداية الثمانينات الميلادية أن قامت ابنة تدعى "جوفانا كايريللي" بحمل بويضة مخصبة من أمها "ماثيولا كايريللي" واستمر الحمل إلى أن ولدت الابنة طفلا سلمته لوالدتها⁴.

¹ هيام إسماعيل السحماوي، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 36.

² على بن مشيب بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام، دراسة تأصيلية مقارنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص 51.

³ عائشة أحمد حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، طبعة 1، ص 18.

⁴ شوقي زكريا الصالح، الرحم المستأجرة وبنوك الأجنة، دار العلم والإيمان، مصر، طبعة 2005، ص 19.

لتنشر بعدها وكالات لتأجير الأرحام و شركات خاصة بهذا الغرض، مهمتها البحث عن النساء الراغبات في الحمل للغير، وكانت أول شركة في العالم تخصصت في هذا الشأن في مدينة فرانكفورت في ألمانيا¹. كما أن شركة "ستروكس" في الولايات المتحدة الأمريكية من الشركات التي تسعى وتسوق لهذا النوع من الإنجاب، كما أنشأت جمعية تسمى جمعيات الأمهات البديلة في لوس أنجلوس يلجأ إليها عدد من الأزواج المصابين بنوع من العقم للبحث عن رحم للإيجار، وغيرها من الوكالات والشركات التي انتشرت في كل أنحاء العالم².

الفرع 2: تعريف إيجار الرحم

قبل التطرق إلى تعريف ظاهرة إيجار الرحم، وجب علينا أولاً التطرق إلى المقصود بالرحم.

1: تعريف الرحم

على الرغم من أن الرحم عضو أنثوي مثله مثل سائر أعضاء الجسم، إلا أن المكانة السامية التي يحظى بها جعلته يستعمل في الكثير من الآيات في القرآن الكريم، لنجد هذا اللفظ يرد في القرآن الكريم بمعنيين شرعي و عضوي. فمن الناحية الشرعية فقد أعتبر الرحم قيمة أخلاقية و رابطة اجتماعية، و ظهر هذا في قوله تعالى: "وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ" (75) " ³. أما في الاصطلاح الفقهي، فقد عرف الرحم على أنه موضع تكون الجنين، و وعاءه في البطن، و هي مؤنثة و جمعها الأرحام، وهو الحوض الحقيقي الذي تلتقي فيه الخليتان من ماء الزوجين، وحينئذ تعلق في جدار الرحم وتصبح علقة عالقة ⁴.

أما من الناحية العضوية، فالرحم هو الوسط الذي يتكون فيه الجنين و وعاءه في البطن، فلقد جاء وصف الرحم في القرآن الكريم على أنه عضو أنثوي و كأنه صندوق مغلق على ما بداخله، تحيط به ظلمات ثلاث لقوله تعالى: "يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ" ⁵، و لا يعلم أحد بما يحتويه إلا الله سبحانه و تعالى لقوله: "اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ" ⁶ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ ⁶.

2: تعريف إيجار الرحم

عرفت مسألة إيجار الرحم بمجموعة من التعريفات نذكر منها: " هو زرع بويضة من امرأة، ملقحة بحيوان من زوجها، في رحم زوجة أخرى حتى تلده، مقابل مبلغ من المال أو دون مقابل مادي." ⁷، كما عرفت بأنها: " عقد تلتزم به امرأة بتأجير رحمها لرجل ليس زوج لها، و الانتفاع به، وذلك بأن يضع حيوانه المنوي عن طريق التلقيح الاصطناعي لمدة معينة أقصاها مدة الحمل، وذلك لقاء أجر معين متفق عليه، وبأن تسلم المولود لوالده بعد ولادته " ⁸.

¹ علي بن مشيب بن عبد الله البكري، المرجع السابق، ص 63.

² هيام إسماعيل السحماوي، المرجع السابق، ص 37.

³ سورة الأنفال، 73-75.

⁴ علي بن مشيب بن عبد الله البكري، المرجع السابق، ص 46.

⁵ سورة الزمر، الآية 6.

⁶ سورة الأحزاب، الآية 6.

⁷ علي بن مشيب بن عبد الله البكري، المرجع السابق، ص 47.

⁸ الصالحي شوقي زكريا، المرجع السابق، ص 15.

وهو أيضا: " استخدام رحم امرأة سليم لزرع لقريحة مكونة من بويضة امرأة ونطفة زوجها، فتحملة وتضعه مقابل مبلغ من المال، وبعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود ويكون ولدا قانونيا لهما " ¹، وهو " موافقة امرأة على حمل بويضة ملقحة لا تنسب إليها، لحساب امرأة أخرى وتسليم المولود لها بعد ولادته " ².

كما عرّف على أنه: " استخدام رحم امرأة أخرى لوضع لقريحة مكونة من نطفة رجل وبويضة المرأة، وغالبا ما يكون الزوجين، و تحمل الجنين وتضعه، وقد تكون العملية بمقابل مادي أو بدون مقابل، وقد يتم الاتفاق بين الزوجين والأم البديلة مباشرة، أو قد يتم بطريقة غير مباشرة عن طريق مكاتب الوساطة ذات الطابع التجاري " ³.

الفرع 3: صور إيجار الرحم

إن إيجار الرحم هو أحد صور التلقيح الاصطناعي الخارجي، وتأجير الأرحام بدوره ينقسم إلى عدة صور التي تختلف باختلاف أساليب التلقيح، هذه الأساليب تجمعها طريقة واحدة، وهي كون الرحم هو رحم امرأة أخرى، وليس رحم الأم صاحبة البويضة، وتتمثل هذه الصور في:

الصورة الأولى:

يؤخذ الحيوان المنوي من الزوج، و تأخذ البويضة من الزوجة، وتتم عملية التلقيح في مختبر ثم تزرع اللقريحة في رحم امرأة أخرى، وفي هذه الحالة لا تعاد اللقريحة إلى الزوجة لأنها تكون غير قادرة على الحمل أو غير راغبة فيه ⁴.

الصورة الثانية:

أخذ مني الزوج و بويضة الزوجة و تلقيحها في طبق، و بعد نمو اللقريحة تعاد إلى رحم زوجة أخرى للزوج متبرعة بذلك.

الصورة الثالثة:

تكون البويضة من المتبرعة، و الحيوان المنوي من الزوج، و يتم الحمل والولادة من قبل المرأة المتبرعة، وفي هذه الحالة تكون الزوجة عاقرا؛ أي تكون غير قادرة على إنتاج البويضات وغير قادرة على الحمل، ويكون رحمها غير صالح للحمل. هذه الصورة لا يمكننا اعتبار استئجار رحم، أو الاعتماد على الأم البديلة، ذلك أن هذه الأخيرة هي صاحبة البويضة و ليست فقط المتبرعة بها، وعلى هذا فهي الأم الأصلية للجنين ⁵.

الصورة الرابعة:

تتبرع امرأة أجنبية ببويضة، و يتبرع رجل أجنبي بحيوانه المنوي، و تقوم امرأة أجنبية أخرى بالتبرع برحمها ⁶، في هذه الحالة تكون الزوجة والزوج عقيمين ولا أمل في شفائهم، ففي هذه الحالة يتوجه الزوجان إلى أحد بنوك المني لشراء جنين مجمد، ليتم الاتفاق بعدها مع شركات مختصة بتأجير الأرحام لاستئجار رحم امرأة أجنبية لديها القدرة على الحمل، ليتم بعدها الزوجان استلام المولود على أنه ابنتهما ⁷. وهذه الصورة أيضا تتعدى صورة الرحم المستأجرة.

¹ كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام، مجلة الوصل، 2010، ص 241

² الصالحي شوقي زكريا، المرجع السابق، ص 16.

³ بغدادي الجيلالي، الوسائل العلمية المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014، ص. 54.

⁴ الأشقر عمر سليمان وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النقاش، الأردن، الجزء 2، طبعة 1، ص 166.

⁵ علي بن مشيب بن عبد الله البكري، المرجع السابق، ص 55-56.

⁶ المرجع نفسه، ص 58.

⁷ المرجع نفسه، ص 59.

المطلب الثاني: المشاكل التي يثيرها استئجار الرحم

تظهر أهمية النسب في كونها النسيج الذي يشكل الأسرة، فالأبناء يتكونون من ماء أبيهم، وبهذا يكون الترابط الدائم الذي لا ينفصل، ولولاه لجفت الصلات العرقية وتفككت جذور الأسر وتقطعت الأرحام، ليكون النسب من أهم الآثار المترتبة على الإنجاب، سواء أكان طبيعيا أم صناعيا كتأجير الرحم.

وعلى هذا الأساس فالنسب هو أكثر المشاكل التي تثيرها مسألة إجارة الرحم، حتى في الدول التي تجيز هذه التقنية كالولايات المتحدة الأمريكية، ليبقى الصراع بين الأم البيولوجية و الأم الحاضنة في إسناد نسب المولود¹.

الفرع 1: تحديد نسب المولود من ناحية الأب

كما سبق ذكره أن إيجار الرحم يفترض أخذ حيوان منوي من شخص وتلقيحه ببويضة زوجته، أو إيداع اللقيحة في رحم امرأة أخرى، وقد تكون صاحبة الرحم هي زوجة ثانية لصاحب الحيوان المنوي و قد تكون زوجة لغيره، و قد تكون غير متزوجة². وقد ظهرت العديد من الفرضيات لتحديد نسب المولود أو الطفل الناتج عن مسألة تأجير الأرحام أو الرحم البديل نذكرها في الآتي:

1: نسب الأب مرتبط بثبوت نسب زوجته إلى المولود:

يلحقون أصحاب هذا الرأي نسب الأب للمولود من خلال ثبوت نسب الزوجة كأم لهذا المولود، فمن يثبت أمومتها للمولود يكون زوجها أبا لهذا المولود، وعلى هذا الأساس ينقسم أصحاب هذا الرأي إلى قسمين:

أ: الأب هو الزوج صاحب الحيوان المنوي:

ذهب القائلون بجواز الحمل لحساب الغير، أو تأجير الرحم إذا كانت المرأة صاحبة الرحم هي زوجة ثانية لصاحب الحيوان المنوي، وبهذا فإن هذا الأخير يكون أبا للمولود، ذلك لأن الولد ناشئ من فراش الزوجية³، واستدل أصحاب هذا الرأي بآيات قرآنية لتأكيد على أهمية العوامل البيولوجية لثبوت النسب، حيث دلت هذه الآيات على أن الأصل في الإنسان نطفة وأنها أساس تكوينه وهي المسماة بنطفة الأمشاج⁴، كقوله تعالى: " خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ " ⁵، وقوله: " وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ " ⁶، وقوله أيضا " إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا " ⁷. إلا أن هذا الرأي تعرض للنقد في أنه لا يعتمد النسب على العوامل البيولوجية فقط، و إن كان لها أهمية كبرى في صفات الخلق، وإنما مثبت طبيا أن الإنسان هو نتاج العوامل الوراثية و تفاعلها مع البيئة المحيطة و أشدها رحم الأم⁸.

ب: الأب هو زوج صاحبة الرحم البديل:

إذا كانت صاحبة الرحم البديل متزوجة أي ذات زوج، فإن المولود ينسب لزوجها، إلا أنه يمكن لزوج صاحبة الرحم إنكار نسب الطفل، وعندها يكون للأب البيولوجي الاعتراف بالطفل.

¹ حسين محمود عبد الدائم، عقد إجارة الرحم، ص 89.

² حسن محمود كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، سنة 2، العدد 1، 2010، ص 104.

³ حسن محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص 255.

⁴ حسن محمود كاظم وآخرون، المرجع السابق، ص 105.

⁵ سورة النحل، الآية 4.

⁶ سورة فاطر، الآية 11.

⁷ سورة الإنسان، الآية 2.

⁸ حسن محمود كاظم وآخرون، المرجع السابق، ص 105.

إلا أنه ذهب آخرون إلى أن الطفل يلحق بصاحب النطفة ولو كانت مؤجرة الرحم متزوجة بآخر، واستدلوا في ذلك بأن الجنين قد انعقد من بويضة امرأة وماء رجل بينهما نكاح صحيح، وإن قيل بأن هذه العملية محرمة فإن ذلك لا يؤثر على نسب الولد من أبويه¹.

2: نسب الأب للمولود غير مرتبط بنسب الأم:

ذهب جانب من الفقه إلى القول بعدم الربط بين نسب الأم ونسب الأب، بل أكدوا أن صاحب الحيوان المنوي هو الأب للمولود، وأن الاستدلال بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش"، في كون الأب هو زوج المستأجرة باعتباره كونه فراشا لها، والمقصود بالفراش هو المضاجعة وهو ما لم يحدث، وعليه فهذا الرجل غير مرتبط بهذا الحمل إطلاقا فكيف يمكن القول بأبوته، وعليه فإن هذا الاتجاه ينسب المولود إلى أبوه صاحب الحيوان المنوي بغض النظر عن نتيجة النسب لأنه سواء كانت صاحبة الرحم، أو صاحبة البويضة². كما توجد حالة أخرى، وهي التي يكون فيها الزوج ليس صاحب النطفة، أي أن الزوجين اشتريا النطف من رجل و ذلك لعب في الزوج، ثم تخصب به بويضة الزوجة وتزرع في رحم مؤجرة الرحم، وهذه الصورة نادرة إلا أنها تقع في الغرب، وفي هذه الحالة يرى الفقهاء أنه يلحق بالزوجة والرجل الأجنبي صاحب النطفة وليس الزوج³.

الفرع 2: تحديد نسب المولود من ناحية الأم

الحمل عن طريق إجارة الرحم أو الأم البديلة، كما سبق وتطرقتنا له، أنه أثار العديد من المشاكل في تحديد نسب المولود، وليس من جهة الأب فقط، بل امتد الأمر إلى نسبه من جهة الأم.

فالسؤال الذي يطرح في هذه الحالة هو إلى من ينسب الطفل في هذه الحالة، إلى المرأة صاحبة البويضة التي نشأ منها، أم إلى المرأة صاحبة الرحم الحاضنة لهذه البويضة بعد تخصيبها⁴. وللإجابة على هذا الإشكال انقسم الفقهاء إلى ثلاث آراء؛ منهم من ينسبه إلى صاحبة البويضة، والآخر إلى الأم الحاضنة، والرأي الثالث ينسبه إلى كليهما.

1: الأم هي صاحبة البويضة:

يرى أصحاب هذا الرأي، أن الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة المخصبة، أما الأم التي حملت فهي بحكم الأم من الرضاعة، لأنه اكتسب من جسمها ما يكسبه الرضيع من مرضعته⁵، وبرروا رأيهم بـ:

- أثبت العلم أن الجنين بعد زراعته في رحم الأم المستعارة فإنه أشبه ما يكون بطفل تغذى من غير أمه.
- اختلاط الأنساب غير موجود فالعلم أثبت أن الطفل يتكون من التقاء الحيوان المنوي بالبويضة للزوجين، ولا أثر لرحم الأم البديلة سوى في تغذية الجنين وحمايته إلى أن يكتمل، ولا أثر لذلك على تكوين الجنين من الناحية البيولوجية⁶.

2: الأم هي مؤجرة الرحم:

ذهب أنصار هذا الرأي، أن الأم الحقيقية هي التي حملت بالجنين وولدت واستدلوا على ذلك بمجموعة من الأدلة، كانت الآيات القرآنية أهمها:

- قوله تعالى: "الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ ۖ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ ۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ۚ وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ" ¹؛ فالآية الكريمة تدل على أن الأم هي التي تلد الولد، وتنفي ذلك عن التي لم تلده.

¹ عقد إيجار الرحم، مقال بمجلة الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، سنة 7، 2015، ص 187.

² عقيل فاضل الدهان ورائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقد إجارة الرحم، مقال منشور على الانترنت.

³ حسن محمود كاظم وآخرون، المرجع السابق، ص 106.

⁴ عقيل فاضل الدهان ورائد صيوان المالكي، المرجع السابق.

⁵ المرجع نفسه.

⁶ حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص 257.

- و قوله أيضا: " وَصَيَّنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَى وَهْنٍ وَفَصَّلَهُ فِي غَامِزَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ وَإِلَيَّ الْمَصِيرُ " ²؛ ففي هذه الآية، يأمرنا الله سبحانه و تعالى بالإحسان إلى الوالدين و العطف عليهما، كما خص الأم بزيادة فضلها لما عانتها و كابדתها من تعب و مشقة في الحمل و الولادة ³.

- وقوله تعالى: " يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ " ⁴؛ تدل هذه الآية على أن الإنسان أول ما خلق في بطن أمه، حيث يكون علقه ثم مضغة، ثم يكون لحما وعضما وعصبا، ثم تنفخ فيه الروح و يصبح خلقا آخر في الظلمات الثلاث؛ أي ظلمة الرحم، وظلمة المشيمة، وظلمة البطن ⁵، أي أن الأمومة تعتمد على خلق الجنين في بطن أمه طورا بعد طور و تغذيته في دمها.

3: كل من صاحبة البويضة وصاحبة الرحم أم المولود:

هذا الرأي يرى ثبوت النسب للأمين معا، البيولوجية والأم الحاضنة، ذلك لأن كل منهما ساهمت في تكوين الجنين، فالأولى تكون من بيضتها واكتسب من جيناتها الوراثية، والثانية تغذي واكتسب من دمها أكثر مما اكتسب من المرضعة، لتكون للمولود صلتان؛ صلة تكوين ووراثة بالأم صاحبة البويضة، وصلة حمل وولادة بالأم صاحبة الرحم ⁶. واستدل أصحاب هذا الرأي بـ:

- نسب الطفل من أمه صاحبة البويضة، دليله أن هذا المولود هو جزء منها، فهي أصله؛ أي هي التي أعطته صفاتها وجيناتها الوراثية وإن لم تحمل به في رحمها.

- أما بالنسبة لثبوت النسب من صاحبة الرحم التي حملت و ولدت فدليله ما ذكره القائلون بنسب الولد إلى صاحبة الرحم من آيات وأحاديث، إلا أن أمومتها أيضا غير كاملة لتخلف وصف ضروري وهي البويضة سبب تكوين الولد ⁷.

كما ظهر رأي رابع يقول بعدم ثبوت النسب لأي من الأمين البيولوجية وصاحبة الرحم، لعدم وجود دليل قطعي لثبوت النسب من كليهما ⁸، وهو الرأي الذي رجحه البعض.

المبحث الثاني

موقف الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من استئجار الرحم

إن التطورات العلمية في مجال الإنجاب، وبالأخص مسألة إيجار الرحم، كانت ولا تزال تثير الكثير من الجدل بخصوص مشروعيتها أو عدم مشروعيتها، وإن كان اللجوء إليها مباحا، ففي هذا الإطار ظهرت العديد من الآراء المتضاربة بين مؤيد ومعارض، ومبيح ومجرم، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث بالتطرق إلى موقف كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية بهذا الخصوص.

¹ سورة المجادلة، آية 2.

² سورة لقمان، آية 14.

³ عقيل فاضل الدهان ورائد صيوان المالكي، المرجع السابق.

⁴ سورة الزمر، آية 6.

⁵ عقيل فاضل الدهان ورائد صيوان المالكي، المرجع السابق.

⁶ المرجع نفسه.

⁷ أميرة عدلي عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص. 202.

⁸ هيام إسماعيل السحماوي، المرجع السابق، ص. 152.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من استئجار الرحم

يحسب للشرعية الإسلامية مراعاة أحوال المجتمع ومصلحته عند معالجتها لمسألة مستحدثة طرأت نتيجة للابتكارات الطبية الحديثة، وتعتبر ظاهرة إيجار الرحم من المستجدات الطبية في وقتنا الراهن، وعليه سنحاول إيضاح موقف الفقه الإسلامي من هذه الوسيلة المستحدثة للإنجاب.

الفرع 1: الفقه الإسلامي القائل بإباحة استخدام الرحم

ذهب جانب من الفقه إلى جواز الحمل عن طريق الرحم المستأجرة مطلقا، سواء كانت الحامل هي زوجة أخرى أو أجنبية، إذ يرى أصحاب هذا الرأي أن هذه الطريقة وإن كانت مكروهة بسبب ما يترتب عليها من مشاكل نفسية و أخلاقية، إلا أنها تباح استحسانا وفي حالة الضرورة، ولكن بضوابط وشروط معينة تتمثل في:

أ: شروط خاصة بزوجة صاحبة الرحم المستأجرة:

- أن تكون صاحبة الرحم المستأجرة ذات زوج.
- أن يتم التلقيح لحساب الغير داخل رحمها برضاء زوجها.
- أن تعتد قبل نقل النطفة و الأمشاج المملوكة للغير في رحمها، للتأكد من براءة رحمها من تبعات ماء زوجها¹.

ب: شروط خاصة بالآبوين البيولوجيين

- توافر حالة الضرورة؛ كالتى يكون رحمها مصابا بعيوب خلقية أو أي عيوب أخرى.
- أن تكون نفقتها واجبة طوال الحمل على الزوج صاحب النطفة، ومن تم ينسب الولد لأمه البيولوجية، وتعتبر الأم التي ولدته بمثابة الأم بالرضاعة.

وقد برر أصحاب هذا الرأي موقفهم بمجموعة من المبررات نجملها في الآتي:

- القياس على الأم المرضعة، ذلك أن الأم المستعارة لا تعطيه إلا الغذاء ولا تعطيه أي توريث لأي صفة وراثية، كما أكدوا رأيهم بقوله تعالى: **وَحَمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا²**، ويرى أصحاب هذا الرأي أن الحكمة من جمع الله بين الرضاعة والحمل في آيته هو توحيد الحكم فيهما لكونهما من مصدر غذائي واحد.
- وحسب أصحاب هذا الرأي، وبناء على ما سبق؛ فإنه يحرم من تأجير الرحم ما يحرم من الرضاعة الطبيعية المشتركة بين الرحم والثدي، من حيث التغذية التي تتم من خلال مواد مستخلصة من الطعام المهضوم داخل جسم الأم.
- العلاقة الطردية بين نمو الثدي للحامل و نمو الجنين، فنمو الأول مرتبط بنمو الثاني، حتى يكون مستعدا ليحل محل الرحم في التغذية عندما يخرج الجنين طفلا، و عليه فإن كان لا جناح في قيام المرأة بالحنو على غير ولدها بالإرضاع دون سبب أو علة تمنع الأم الوالدة من القيام بأمر الرضاعة، فإنه يصبح من الممكن حلول رحم امرأة محل صاحبة الرحم المعطوب في حمل جنين لها.
- ويضيف أصحاب هذا الرأي جمع الرضاعة و الحمل في فترة واحدة مدتها 30 شهرا، ليس له تفسير إلا أن عالم الغيب قد أوردها بهذه الكيفية لتكون نصا مباشرا لإباحة استئجار الرحم³.

¹ هيام إسماعيل السحماوي، المرجع السابق، ص. 152.

² سورة الأحقاف، 15.

³ هيام إسماعيل السحماوي، المرجع السابق، ص 152.

إلا أن هذا الرأي قد تعرض للنقد من قبل القائلين بعدم جواز استئجار الرحم، فاعتبروا أن الرحم ليس حاضنة آدمية، وليس شأنه كشأن خزانة في بنوك النطف الآدمية يقوم الرحم برعايتها وإمدادها بما تحتاجه حتى اكتمال الحمل، ثم تسترد منه هذه الوديعة بمنتهى البساطة متجاهلين ما يحدث من علاقة وطيدة بين صاحبة هذا الرحم وبين البويضة المغتربة. كما أضافوا أن الحمل يختلف عن الإرضاع تماما، ذلك أن الإرضاع يأتي في مرحلة تالية للحمل والولادة، كما أن الإرضاع مسألة طبيعية دعت إليها الحاجة للغذاء.

كما أن وضع البويضة في رحم امرأة أخرى حرام شرعا، لأن الشرع سن لنا الزواج للانتفاع بالإرضاع والأرحام وحرم غيره، وعليه لا يصح قياس هذه الصورة على الرضاعة المباحة بالنص والإجماع. وأضافوا أن تسليم الأم بالرحم المستأجرة للطفل بعد ولادته لمن تعاهد معها يعد بيعا وشراء، وقد حرم الشرع بيعه وأكل ثمنه¹ في قوله صلى الله عليه وسلم: "ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَنْ كُنْتُ خَصْمُهُ خَصَّمْتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أُعْطِيَ بِي ثُمَّ عَدَرَ وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوَى مِنْهُ وَلَمْ يُوفِهِ أَجْرَهُ". بالإضافة إلى أن اللقحة تتأثر بالهرمونات والمواد الغذائية والمشاعر والرحم والظلمات الثلاث، فهي تتأثر تأثرا واضحا بالبيئة المحيطة بها، أما الطفل الرضيع فإنه لا يتأثر إلا بالمواد الغذائية.

الفرع الثاني: الفقه الإسلامي القائل بحظر استخدام الرحم

- ذهب بعض الفقهاء إلى حظر تأجير الرحم، وقد استدلت القائلون بالتحريم بأدلة من الكتاب والسنة والقياس والعقل، نورد منها:
- قوله تعالى: "وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۖ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۚ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ۚ" ²، ووجه الدلالة في الآية الكريمة أن من حفظ الفروج حفظ ما يتعلق بها من ماء وبويضة وغيرها، وبينت الآية أن من أراد تجاوز الزوجات وما ملكت أيمانهم في هذا الباب إنما هو المعتدي لما أحل الله لقوله تعالى: فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ، أي وراء الزوجات وما ملك اليمين، ولا زيادة بطريقة من الطرق وإلا وقع في الحرمات واعتدى على الأعراض³.
 - أن في تأجير الأرحام معنى الزنا، لوضع حيوان منوي في رحم امرأة ليست زوجة لهذا الرجل، والزنا محرم لهذا المعنى، ولا يغير من الحكم أن الحيوان المنوي أدخل الرحم مصاحبا لبويضة لقحت به.
 - أن وضع بويضة امرأة أجنبية في رحم امرأة أخرى قياسا على السحاق، فإن كان السحاق محرما فمن باب أولى تحريم إيجار الرحم⁴.
 - أن عدم تأثر الجنين وراثيا من رحم الأم المستأجرة ليس مؤكدا من الناحية الطبية، لأن الجنين يتغذى ويتأثر بالرحم، كما أنه يتأثر بالبيئة المحيطة به⁵.
 - أن القول بإباحة استئجار الرحم يؤدي إلى مفساد عظيم لا يعلمها إلا الله، كاختلاط الأنساب، وضياع الموارث، وكشف العورات، إضافة إلى مفساد نفسية على الأسرة والطفل.

¹ هيام إسماعيل السحماوي، المرجع السابق، ص 155.

² سورة المؤمنون، الآيات 5-7.

³ محمد عبد الجواد حجازي، المسائل الطبية المستحدثة في ضوء الشريعة الإسلامية، دار الحكمة، الجزء 1، ص 190.

⁴ هيام إسماعيل السحماوي، المرجع السابق، ص 167.

⁵ النجوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة الدكتوراه، جامعة الجزائر، 2011، ص 170.

المطلب الثاني: موقف القوانين الوضعية و القضاء المقارن من استئجار الرحم

لقد أصبحت مسألة تأجير الأرحام في وقتنا الحالي تحظى باهتمام كبير على مستوى التشريعات، إذ اختلف موقف هذه الأخيرة بين الإباحة والحظر لهذه المسألة، كما ازدادت عدد القضايا المعروضة على القضاء سواء المتعلقة بالمنازعة بخصوص الإنجاب بهذه الطريقة، أو متعلقة بطلبات الاعتماد على الأم البديلة للإنجاب.

الفرع 1: موقف التشريعات المقارنة من مسألة تأجير الأرحام

لقد انقسم موقف التشريعات بين من حظر وجرم إيجار الأرحام، وبين من أباح اللجوء إلى هذه الطريقة المستحدثة للإنجاب. فنجد أن المشرع الفرنسي جرم هذه المسألة حينما أصدر القانون المتعلق باحترام الجسم البشري بتاريخ 1994/07/29، حيث أضاف بالمادة 4 فقرتين إلى المادة 277 من قانون العقوبات والتي جرم فيها الوساطة في عمليات الإنجاب عن طريق إيجار الرحم، وضاعف العقوبة في حالة العود، وجرم أي وساطة تتم لأجل لإنجاب¹. كما اعتبر عقد الحمل لحساب الغير باطلا بموجب المادة 7/16 من القانون المدني المعدل في 2009/03/01 والتي تنص على أنه: " أي اتفاق ينص على الحمل لحساب الغير يعد باطلا"، كما أقر عقوبة السجن وغرامة قدرها 15.000 أورو على كل شخص يلجأ للإنجاب بواسطة الأم البديلة بموجب المادة 227-12 فقرة 3 من قانون العقوبات، وثلاث سنوات سجن و 45.000 أورو إذا تمت العملية بمقابل مالي طبقا لنص المادة 227-13 من قانون العقوبات².

أما بخصوص المشرع الإنجليزي فقد نص في قانون سنة 1985 على تجريم كل أعمال التلقيح إذا كان الغرض منها هو غرض تجاري بحث، أي أنه لم يجرم الفعل لذاته، وإنما اعتبره مجرما إذا كان الغرض منه ربحيا، وهذا ما يؤكد خلال التعديل الذي أصدره في 1990/11/1 الذي يعطي بموجبه للقضاء منح الترخيص لاعتبار الأطفال المولودين بطريقة تأجير الرحم عاديين وكأنهم ولدوا نتاج زواج عادي³.

أما تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية فنجدها تختلف في نصوصها بخصوص هذه المسألة بين مبيح لها كتشريع نيويورك، ومجرم لها كتشريع ولاية فلوريدا⁴.

وبالرجوع إلى التشريعات العربية، وأخذ المشرع المصري كمثال، فيمكننا استخلاص موقفه من المادة 135 من القانون المدني التي تنص أنه إذا كان محل الالتزام مخالف للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا، فعلاقة الشخص بأسرته تعتبر من النظام العام، لذا وجب منع هذه الوسيلة من الإنجاب⁵.

أما عن موقف مشرعنا الجزائري فيما يخص إيجار الرحم أو ما أصطلح عليه بالأم البديلة، ففي تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 كان موقفه واضحا وذلك برفضه التام لمسألة تأجير الأرحام. حيث نص في المادة 45 مكرر في الفقرة الثانية على أنه: " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ".

إلا أن المشرع ورغم رفضه لهاته الوسيلة إلا أنه لم يقرر أية جزاء على مخالفة المادة 45 مكرر. فالمنع الذي جاء في قانون الأسرة لا يكفي لزجر الأشخاص من الاستعانة بمته الوسيلة⁶، ذلك بالرغم من أن المشروع التمهيدي لقانون الصحة العامة⁷ لسنة 2003 تضمن نصا

¹ النجوي سليمان، المرجع السابق، ص 172.

² سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمل نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الصناعي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 2012/2013، ص 29.

³ حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ عقيل فاضل الدهان ورائد صيوان المالكي، المرجع السابق.

⁶ بغدالي الجليلي، المرجع السابق، ص 61.

⁷ المشروع التمهيدي لقانون الصحة العامة الجزائري على الموقع: www.Santemaghrareb.com المنشور بتاريخ 2003/10/22.

للعقاب على الاستعانة بوسيلة الأم البديلة و ذلك في المادة 434 فقرة 03¹. لذا كان على مشرعنا ضبط موقفه من مسألة إيجار الرحم، خاصة أن عمليات التلقيح الاصطناعي منتشرة و بكثرة في الجزائر، وعلى هذا الأساس فان اللجوء إلى رحم بديل من رحم الأم البيولوجية لغرس البويضة الملقحة ليس بالأمر المستبعد.

أما بخصوص عقد إيجار الرحم، فان أغلب التشريعات أقرت بطلانه، وهناك من التشريعات من اعتبره مخالفا للنظام العام وبالتالي لا تنشأ عليه أي آثار، كالتشريع الفرنسي الذي نص في المادة 7/16 من القانون المدني الفرنسي والمتعم بنص المادة 03 من القانون 653/94 لسنة 1994 على أن كل اتفاق بالحمل أو الولادة لحساب الغير يعد باطلا². وكذا نجد المشرع الأمريكي قرر بطلان التعاقد بخصوص مسألة تأجير الأرحام حتى في الولايات التي تبيح هذه المسألة³.

الفرع الثاني: موقف القضاء المقارن من استئجار الأرحام

طرح مسألة إيجار الأرحام بصورة كبيرة أمام القضاء الغربي، خاصة القضاء الفرنسي و الأمريكي، في ظل غياب طرح مثل هذه المسألة أمام القضاء العربي. وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجد العديد من القضايا التي عالج فيها مسألة إيجار الرحم، و من بينها نجد قضية امرأة مصابة بالعقم اتفقت مع أختها على أن تلحق الثانية بنطفة زوج الأولى و تحمل بدلا عنها، وتم الأمر حسب الاتفاق، حيث أنجبت الأخت طفلة بتاريخ 1982، بعدها قدمت الزوجة طلبا لأجل التبني الكامل للطفلة أمام محكمة "Aixen"، والتي قضت بتاريخ 1984/12/05 لزوجة الأب البيولوجي بالتبني البسيط، وذلك بالرغم أن المشرع الفرنسي لا يرتب أي آثار على التعاقد، إلا أن المحكمة اعترفت بالآثار الناتجة عن هذه العملية دون التعرض إلى صحة الوسيلة أو بطلانها⁴.

وفي قضية أخرى رفضت إحدى المحاكم الفرنسية طلب الزوجة بالتبني التام للطفل على أساس مخالفة الاتفاق للنظام العام الفرنسي، غير أنه بعد الطعن في الحكم أمام محكمة الاستئناف جاء أن تأجير الرحم أو الحمل بالإئابة إذا كان خاليا من أية أغراض تجارية لا يتعارض مع النظام العام للدولة، إلا أن هذا الحكم تعرض إلى الكثير من النقد من فقهاء القانون إلى أن تم الطعن فيه لصالح القانون من طرف النائب العام أمام محكمة النقض⁵.

أما في القضاء الأمريكي، نجد الكثير من القضايا من هذا الشكل، من بينها القضية التي عرضت على محكمة "orange" بكاليفورنيا حيث أن الأم البديلة قررت الاحتفاظ بالطفل وأدعت أن الطفل جاء نتيجة علاقة عادية بينهما و بين زوجها، إلا أن المحكمة بعد التأكد من الأبوة البيولوجية للطفل قضت بحق الأبوين البيولوجيين استرداد الطفل، وتأييد هذا الحكم في الاستئناف⁶.

¹ Art 434 A 03 de l'avant-projet sanitaire dispose que : " sont interdits sous peine de sanction pénale le don d'embryons surnuméraires ou non à une mère porteuse ou adoptive même entre sœurs ou mère et filles "

² النجوي سليمان، المرجع السابق، ص 172.

³ شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 112.

⁴ المرجع نفسه، ص 116 وما يليها.

⁵ النجوي سليمان، المرجع السابق، ص 174.

⁶ شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 120.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة نستنتج أن آخر ما أسفرت عليه التطورات العلمية في مجال الإنجاب، هو استحداث تقنيات طبية مساعدة على الإنجاب، ومن بينها تقنية التلقيح الخارجي، ويعتبر إيجار الرحم من أهم نتائج هذه التقنية، والتي يعتمد فيها على رحم امرأة بديلة لحمل البويضة المخصبة مخبريا بالاعتماد على تقنية الإخصاب خارج الرحم، هذا ما ألزم التشريعات الوطنية والدولية بمواكبة هذه التطورات للحد من سلبياتها وسوء استغلالها. لتتوصل إلى مجموعة من النتائج، والتي نجملها في الآتي:

- يمكننا تعريف إيجار الرحم على أنه: " العملية اللاحقة لعملية التلقيح الخارجي، يتم على أساسه غرس البويضة التي تم تلقيحها اصطناعيا في رحم المستأجرة أو الرحم البديل، وذلك لوجود عيب في رحم الأم البيولوجية، إلى غاية اكتمال تكوين الجنين وولادته ".
- يعتبر إيجار الرحم حلا مستحدثا للعقم.
- إيجار الرحم يجعلنا أمام ظهور أم أخرى غير الأم البيولوجية، وهي الأم الحاملة أو الأم البديلة، أو الأم المستعارة.
- لقد أثار إيجار الرحم العديد من المشاكل، أهمها نسب مولود الرحم المستأجرة، هل يعود إلى الأم البيولوجية؟، أو الأم البديلة؟، أو لكليهما؟.
- عدم وجود اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم إيجار الرحم، لنجد من يبيح مثل هذه العملية، ومن يحرمها ويقر بعدم مشروعيتها.
- غياب نصوص قانونية منظمة لمسألة إيجار الرحم، وذلك حتى في الدول التي تبيح الاعتماد على وسيلة إيجار الرحم للإنجاب.
- أقر مشرعنا الجزائري بجواز الاعتماد على التلقيح الاصطناعي كحل للإنجاب، كما أقر بعدم جواز الاعتماد على الأم البديلة. وعلى ضوء ما تقدم يمكن لنا أن نوصي بما يلي:
- ضرورة البحث عن حكم شرعي لمثل هذه المسألة، خصوصا في ظل تعدد صورها، وتحديد الصورة المباحة منها إن وجدت، ذلك لما تقدمه هذه الوسيلة من حلول كبيرة للزوجين الذين يعانون من العقم.
- يجب أن تخطى عمليات الإنجاب الصناعي باهتمام أكبر من طرف القوانين، وذلك للأهمية الكبيرة لمثل هذه المسائل المتعلقة بالإنجاب والنسل، وحذا لو تم وضع قوانين خاصة تنظم هذه العمليات.
- يجب على تشريعاتنا العربية عامة، ومشرعنا الجزائري خاصة التطرق إلى إيجار الرحم في قوانينها، وتحديد موقفها منها، خاصة وأنه قد تكون استغلال الرعايا العرب كأرحام بديلة في الدول الغربية.
- بالنسبة لمشرعنا الجزائري، كان يجب عليه عدم الاكتفاء بنصه على عدم جواز الاعتماد على الأم البديلة في قانون الأسرة، لأن إمكانية اللجوء إلى هذه المسألة في الجزائر ممكنة، خاصة في ظل الانتشار الكبير لعمليات التلقيح الاصطناعي في الجزائر، لذا كان على مشرعنا إقرار عقوبات لكل من خالف هذه المادة، ولجأ إلى استئجار رحم بديل، وذلك بإضافة مواد في قانون العقوبات تجرم إيجار الرحم.
- كما يجب على مشرعنا الجزائري تنظيم هذه المسألة في قانون الصحة، وأنه كانت هناك إشارة إلى هذه المسألة في مشروع قانون الصحة لسنة 2003.

الإشكالات المثارة حول إنشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 01/15

Problems raised about the establishment of the alimony fund introduced by Law No. 15-01 Fundintroduced by law N: 15/01

أ. عبد الحكيم بوجاني، أستاذ مساعد قسم (أ)،

معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، قسم الحقوق،

المركز الجامعي بوشعيب بلحاج عين تموشنت، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/05 - تاريخ المراجعة: 2017/11/04.

ملخص:

يعد القانون رقم 01/15 المؤرخ في 4 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة أمرا في غاية الأهمية خاصة من الناحية الاجتماعية؛ حيث يهدف هذا القانون من حيث المبدأ إلى تحقيق ما يسمى بالاستقرار الاجتماعي، وذلك من خلال حل كل العراقيل المادية والاجتماعية التي تعترض الحياة اليومية للأسر المعوزة. إلا أنه قد أثبتت بشأنه كثير من الإشكاليات ترتبط أساسا بالفئات المستفيدة من مدخرات الصندوق، وبإجراءات الاستفادة من صندوق النفقة، وبسبل تحصيل وإرجاع المخصصات المالية غير المستحقة.

الكلمات المفتاحية:

إشكالات، صندوق النفقة، الفئات المستفيدة، الإجراءات، المخصصات المالية.

Abstract :

Law No. 15/01 of 4 January 2015, which includes the establishment of an alimony fund, is regarded important, especially, in social terms. This law aims at achieving social stability through solving all the physical and social obstacles to life Daily for needy families. However, many problems have been raised, mainly related to the beneficiary categories of the Fund's savings, the utilization of the Alimony Fund, and the means of collecting and returning unearned financial allocations.

keywords:

Problems, Alimony Fund, Beneficiary groups, Procedures, Financial allocations.

مقدمة:

إنّ من أهمّ المشاكل التي تعترض الأسرة الجزائرية، مسألة نفقة المطلقة وأبنائها، والتي استفحلت بشأنها القضايا المعروضة أمام القضاء الجزائري؛ مما جعل منها ظاهرة عويصة العلاج، لم تنفع معها الحلول التشريعية التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري، وأمام تفاقم المعضلات الاجتماعية التي واجهتها الأسر الجزائرية المعوزة، من جهة، والأم المطلقة في ظل صعوبات التنفيذ التي تحد من فعالية الأحكام القضائية الخاصة بالنفقة، من جهة أخرى. حاول المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات العربية¹ تجاوز هذه المشاكل من خلال استحداث القانون رقم 01-15 المتعلق بإنشاء بصندوق النفقة الذي يتكون من 16 مادة². والذي صوّت عليه نواب المجلس الشعبي الوطني بالإجماع. وفي كلمته عقب التصويت على مشروع القانون، اعتبر وزير العدل حافظ الأختام أنّ صندوق النفقة "الذي له طابع إنساني يشكل لبنة جديدة تضاف إلى المنظومة القانونية الجديدة لحماية وتعزيز حقوق المرأة والطفل في الجزائر". وقال الوزير أنّ هاتين

¹ - ومثاله المشرع المغربي الذي استحدث بدوره صندوق التكافل العائلي، بمقتضى مسطرة رقم 10.41 المتعلق بشروط ومسااطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي المغربي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 191.10.1، بتاريخ 7 محرم سنة 1432 الموافق 13 دجنبر سنة 2010، الجريدة الرسمية عدد 5904، الصادر بتاريخ 24 محرم 1432 الموافق 30 دجنبر 2010، وكذلك المشرع التونسي من خلال القانون عدد 65 لسنة 1993 المتعلق بصندوق ضمان النفقة وحماية الطلاق، والمشرع البحريني من خلال القانون رقم 34 لسنة 2005 والمتعلق بإحداث صندوق النفقة.

² - وهو القانون رقم 01-15 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 4 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

الفئتين (المرأة والطفل) حظيتا باهتمام خاص من قبل رئيس الجمهورية الذي أوصى في العديد من المناسبات بـ"ضرورة تعزيز الإطار القانوني الخاص بهم"، مشيراً إلى أنّ المشروع الذي تم التصويت عليه هو "تكريس في الميدان لتوجيهات رئيس الدولة"¹. وذكر السيد وزير العدل حافظ الأختام بخصوص مجهودات الدولة لتعزيز حماية المرأة بالإصلاح الدستوري لسنة 2008 وقانون الانتخابات في 2012 اللذين تمكنت المرأة بفضلهما من ترقية حقوقها وتعزيز مكانتها في المجالس المنتخبة². وأمام ما تعيشه بعض الأمهات المطلقات من وضعيات صعبة بسبب ما يظاهن، وكذا أطفالهن من إهمال وتعسف، نتيجة إحجام المحكوم عليه عن مواصلة تحمل التزاماته بالإنفاق على أبنائه، مما يؤدي بالكثير منهم إلى التشرد والانحراف³، وبدخول صندوق النفقة حيز التطبيق، سيكون هناك بصيص من الأمل للكثير من المطلقات الحاضنات للتخلص من مشاكل الجري وراء الزوج من أجل مبلغ النفقة⁴.

وعلى هذا الأساس نطرح التساؤل الآتي: ما هي الفئات المستفيدة من صندوق النفقة الجزائري؟ ولماذا لم يوسع المشرع الجزائري من هذه الفئات؟ وما هي الإشكالات التي يثيرها هذا الصندوق من الناحية التطبيقية من حيث إجراءات الاستفادة منه وتحصيل واسترجاع المخصصات المالية غير المستحقة لهذا الصندوق؟. ومن خلال ذلك سيتم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين: في المبحث الأول سنتطرق عن عدم توسع المشرع في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة، أما في المبحث الثاني فسنبرز إشكالات صندوق النفقة من حيث التطبيق.

المبحث الأول

عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سنبين الفئات المستفيدة من صندوق النفقة، أما في المطلب الثاني سنتطرق إلى الفئات المستثناة من الاستفادة من هذا الصندوق.

المطلب الأول: الفئات المستفيدة من صندوق النفقة الجزائري

يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد حدّد في المادة 02 من القانون رقم 15-01 المتعلق بصندوق النفقة المقصود بالنفقة، حيث نصّ في الفقرة الأولى منها على ما يلي: "النفقة: النفقة المحكوم بها وفقاً لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضون بعد طلاق الوالدين"، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتاً لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة". فيظهر بجلاء أنّ المشرع الجزائري أنشأ صندوق النفقة كحل بديل يحل محل النفقة المفروضة على الزوج اتجاه أبنائه وزوجته التي طلقها، وأنّ النفقة المقصودة في القانون 15-01 هي النفقة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل بموجب القانون 02/05 في المادة 78 منه، مثله مثل التشريعات العربية الأخرى، كالمشرع المغربي في المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية⁵.

¹ - أنظر، الموقع الإلكتروني: <http://www.aps.dz/ar/societe/9980>.

² - أنظر، الموقع الإلكتروني: <http://www.aps.dz/ar/societe/9980>.

³ - الكلمة التقديمية لمشروع القانون رقم 10-41 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي المغربي، والتي تقدم بها وزير العدل المغربي أمام مجلس النواب يوم 02 نوفمبر سنة 2010، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع القانون رقم 10-41، دورة أكتوبر 2010، ص.02؛ أنظر، محمد لشقار، صندوق التكافل الاجتماعي، مجلة الفقه والقانون المغربية، 01 يناير سنة 2013، العدد الثالث، ص.02.

⁴ - وتجدر الإشارة إلى أنّ الجزائر وبحسب تقارير إعلامية: "تحصي سنوياً 40 ألف حالة طلاق و 15 ألف حالة خلع، وأنّ كل 100 زواج يعرض منها 40 على المحاكم عند نهاية السنة لطلب الطلاق أو ما في حكمه"؛ أنظر، مقدم عبد الرحيم، صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، تصدر عن جامعة 20 أوت 1955، بسكيكدة، الجزائر، سنة 2016، العدد 02، ص.43.

⁵ - حيث تنص المادة 189: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه. يراعى في تقدير كل ذلك، التوسط ودخل الملمزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة".

والمشروع التونسي في المادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية¹. كما قد استقر قضاء المحكمة العليا الجزائرية على ما هو من عناصر النفقة في قرار رقم 51596 الصادر بتاريخ 1988/11/07، حيث جاء فيه: " من المقرر قانوناً أنّ النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مخصصة من أجل المعيشة واللباس والعلاج شرعاً وقانوناً والقضاء بغير ذلك يعد خرقاً للقانون "². أما النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة فتشمل نفقة الإهمال أي الفترة التي كانت موجودة في بيت أهلها لأنها كانت لا زالت زوجته، وكذلك نفقة المتعة و هي التعويض، ونفقة العدة.

أما بالنسبة للنفقة المؤقتة للأطفال فهي تلك التي تدخل في القضايا الاستعجالية والتي تثبت الحاجة الملحة لها، خاصة إذا كان طفل رضيعاً ويحتاج إلى كل ما يلزم أو لا يوجد للمرأة في الفترة قبل النطق بالحكم النهائي ما تنفقه على طفلها، وعليه فالاستعجال شرط لازم لاختصاص القضاء المستعجل بنظر دعوى النفقة المؤقتة، كما يتحقق الاستعجال في دعوى النفقة المؤقتة إذا لم يقيم المدعى عليه دليل جدي على وجود مورد آخر للمدعي يكسب منه ويرفع عنه الحاجة الملحة، ومتى قام الدليل الجدي على وجود هذا المورد الآخر وعلى أنّ المدعي ليس به حاجة ملحة إلى مبلغ النفقة الذي يطالب به، فإنّ القضاء المستعجل يقضي بعدم اختصاصه بنظر الدعوى، والمدعي غير مكلف بإثبات حاجته وعوزة وانعدام مورد آخر وإنما المدعى عليه هو المكلف بإثبات ثراء المدعي. كما يجب أن يكون الطلب منصبا على نفقة مؤقتة بمدة معينة إلى أن يحسم في النزاع الأصلي، أما إذا انصب الطلب على نفقة دائمة فإنّ الأمر ينقلب إلى طلب موضوعي خارج عن اختصاص القضاء الاستعجالي إذ يصبح صورة من صور الالتزام بوفاء وهو أمر موضوعي محض³.

هذا ويلاحظ بأنّ المشروع الجزائري قد حصر في القانون رقم 01-15 المتعلق بصندوق النفقة، الفئات التي يمكنها الاستفادة من المستحقات المالية للنفقة في حال عدم دفع المدين للنفقة والذي حدده المشروع في المادة 2 الفقرة 4 منها من القانون رقم 01-15 والمتمثل في والد الطفل أو الأطفال المحضونين أو الزوج السابق⁴. وهذه الفئات المستفيدة من صندوق النفقة هي كما حددها المشروع في المادة 2 في الفقرة 3 من القانون رقم 01-15: "المستفيد أو الدائن بالنفقة: أي الطفل أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة...". وأنّ حق الاستفادة من المستحقات المالية لهذا الصندوق يسقط بسقوط الحق في الحضانة أو انقضاؤها طبقاً لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها، وهذا ما نصت به المادة 2 من ذات القانون الفقرة 05 منها⁵. وبالتأمل في نص المادة 02 بكل فقراتها، نجد أنّ المشروع الجزائري حصر الفئات المستفيدة من صندوق النفقة في كل من المرأة الحاضنة والمرأة التي لا أبناء لها أي المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة، ويلاحظ أنّ المشروع جعل

¹ - وتنص المادة 50: " تشمل النفقة الطعام و الكسوة و المسكن و التعليم و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ".

² - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، 1988/11/07، الملف رقم 1596، مقتبس عن: فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، الجزائر، 2007-2008، ص.76.

³ - فالزوجة عند حصولها على نفقتها عن طريق القضاء، قد تستغرق وقتاً طويلاً لا تستطيع معه مواجهة ظروف الحياة هي أو صغيرها، ولذلك أجاز القانون لها أن تطلب من قاضيه فرض نفقة مؤقتة تواجه بها حاجتها الضرورية المؤقتة، والحاجة المؤقتة هنا قصد بها حاجة الزوجة وصغارها للنفقة، وأنّ هذه الحاجة ملحة وضرورية، وفي عدم مواجهتها مفسدة، ودرأ المفساد واجب شرعاً، كما أنّ في تطويل إجراءات التقاضي ما يمنع من وصول النفقة مؤقتاً إلى مستحقيها؛ أنظر، أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون، نفقة الزوجة، نفقة الصغير، نفقة الأقارب، دار الكتاب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، سنة 1995، ص.30.

⁴ - تنص الفقرة 04 من المادة 02 من القانون رقم 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة ما يلي: " - المدين بالنفقة: والد الطفل أو الأطفال المحضونين أو الزوج السابق ".

⁵ - حيث تنص الفقرة 05 من المادة 02 من القانون رقم 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة ما يلي: " - سقوط حق الاستفادة من المستحقات المالية: سقوط الحق في الحضانة أو انقضاؤها طبقاً لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين ".

الاستفادة من هذا الصندوق لكل المطلقات المعوزة منها وغير المعوزة دون تمييز بينهما، وهذا بخلاف ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 2 من القانون رقم 10.41 و التي جاء نصها كما يلي: "يستفيد من المخصصات المالية للصندوق إذا تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة أو تعذر لعسر المحكوم عليه أو غيابه أو عدم العثور عليه وبعد ثبوت حالة عوز الأم..."، وعليه فالمشرع المغربي اشترط أن تكون المطلقة معوزة أي لا تجد ما تنفقه بعينه على نفسها وأبنائها، وليس لها ما تبيعه، سواء كان منقولا أو عقارا لنستخلص منه نفقتها على نفسها وعلى أبنائها. كما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم ينص عن العديد من الفئات الأخرى للاستفادة من صندوق النفقة، وهو ما سيتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الفئات المستثناة من الاستفادة من صندوق النفقة الجزائري

يلاحظ بأنّ المشرع الجزائري قد استثنى فئة عريضة من المجتمع في الاستفادة من صندوق النفقة المستحدث بالأمر رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، فلم ينص على الأرملة التي توفي عنها زوجها وعن أبنائها، أو كانت بدون أبناء. وبهذا النهج، يكون المشرع الجزائري قد سلك منوال قرينه المغربي والتونسي، اللذين أقرّا في القانون رقم 10.41 المتعلق بشروط ومساوئ الاستفادة من صندوق التكافل العائلي المغربي، والفصل الثاني من قانون 05 يوليو 1993 المتعلق بصندوق النفقة وحماية الطلاق التونسي، أنّ الاستفادة من خدمات الصندوق تكون فقط للمطلقات وأولادهن الصادرة لفائدتهن أحكام بآلة تتعلق بالنفقة أو بحماية الطلاق، وتعذر تنفيذها بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته¹. وبالرجوع إلى القانون البحريني رقم 34 لسنة 2005 والمتعلق بإحداث صندوق النفقة؛ يتضح أنّ المشرع البحريني قد وسّع المشرع البحريني من الفئات المستفيدة من قرينه الجزائري والمغربي والتونسي، عندما جعل بنص المادة الأولى من القانون المذكور الاستفادة من صندوق النفقة حقا لكل من تجب لهم النفقة أو من ينوب عنهم بما في ذلك الزوجة و المطلقة و الأولاد والوالدين². وهو نهج لم يخرج عنه المشرع المصري عندما جعل الاستفادة من الصندوق شاملة لكل من المطلقة والزوجة والأبناء والأقارب، وذلك من خلال المادة 71 من القانون رقم 1 لسنة 2005 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية³. وفي مقابل ما ذهب إليه كل من المشرعين المصري والبحريني، كان الأخرى بالمشرع الجزائري أن يساير نهجهما ويوسع من نطاق الفئات المستفيدة من المخصصات المالية لصندوق النفقة، ليشمل كل من تجب لهم النفقة، سواء تعلق الأمر بالزوجة أو بالأصول أو الفروع. وما يثير التساؤل بخصوص الفئات المستفيدة من صندوق النفقة، هو مدى أحقية الأبناء من أم أو أب أجنبي في الاستفادة من المستحقات المالية للصندوق؟، وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع التونسي لم يعتد بشرط الجنسية في الاستفادة من صندوق النفقة وحماية الطلاق، وذلك من خلال الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الذي أكد على أحقية المطلقة التونسية من زوج أجنبي والمطلقة الأجنبية من زوج تونسي في الاستفادة من الصندوق على حد سواء بشرط الإقامة في تونس. أما بالنسبة للأبناء فيكفي أن يكون أحد الأبوين تونسيا ليتمتع الأبناء بخدمات الصندوق، الذي يواصل صرف نفقاتهم إلى حين استحقاق شرط سقوطها عنهم⁴.

¹- وهو ما نصت عليه المادة 03 من القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة والتي جاء فيها ما يلي: "يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد، إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته. يثبت تعذر التنفيذ بموجب محضر يحضره محضر قضائي".

²- محمد لشقار، صندوق التكافل الاجتماعي، مجلة الفقه والقانون المغربية، المرجع السابق، ص.4.

³- أحمد أولاد عيسى، قراءة في القانون رقم 10.41 على ضوء التشريعات المقارنة، منشورات الموقع الإلكتروني: www.marocdroit.com، تاريخ الدخول على الموقع: 2016/12/08، على الساعة: 20.00 إلى 21.30، ص.02 وما بعدها.

⁴- محمد لشقار، نفس المرجع، ص.05.

وعليه، وبالرجوع إلى القانون الجزائري رقم 15-01 لا نجد فيه نصا قانونيا يتكلم عن أحقية الأبناء من أم أو أب أجنبي في الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، ولا نجد ما يمنع من استفادة هذه الفئات المذكورة من هذا الصندوق إذا تحقق شرط الإقامة بالجزائر، سواء تعلق الأمر بالأزواج أو الأبناء. كما أننا نتساءل حول مدى أحقية الزوجة وأبنائها في الاستفادة من صندوق النفقة بعد انحلال ميثاق الزوجية بالطلاق؟، فبالنسبة لمدى أحقية الزوجة وأبنائها في الاستفادة من صندوق النفقة بعد انحلال ميثاق الزوجية بالطلاق، فإنه بالرجوع إلى أسباب البطلان في قانون الأسرة الجزائري، نجد أنّ المادة 32 من قانون الأسرة تنصّ على أنّه: "يطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، كما نصت الفقرة 01 من المادة 33 من قانون الأسرة على أنّه: "يطل الزواج إذا احتل ركن الرضا...". وإذا كان الأصل في النسب حسب المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، أنّه يلحق بالزوج في الزواج الباطل طبقا للمواد 32 و 33 من نفس القانون، فإنّ نفقة الزوج على أبنائه من زواجه الباطل واجبة بعد البطلان، لثبوت رابطة النسب بينه وبين أبنائه، خاصة إذا كان الزوج حسن النية وجاهلا بأسباب بطلان عقد الزواج. وبالتالي، فليس هناك ما يمنع من استفادة الأبناء المترتبين عن الزواج الباطل من صندوق النفقة، متى تحقق شرط حسن النية في والدهم، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يكن واضحا في قانون الأسرة بخصوص ضرورة وجود شرط حسن النية من عدمه، واكتفى فقط بإلحاق نسب الابن لأبيه في الزواج الباطل طبقا لنص المادة 40 التي أحالت إلى المادتين 23 و 33 من قانون الأسرة والتي بموجبهما تثبت للابن نسب أبيه.

كما أنّ المشرع لم يبين هذه الأمور بدقة في القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، وإنما اكتفى فقط بالنص في المادة 2 من القانون رقم 15-01 في الفقرة 01 منها على أنّ النفقة المقصود بها في هذا القانون هي النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضون بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة". وكان الأخرى به أن يوضح هذه المسألة المهمة. وتجرّد الإشارة، إلى أنّ الأطفال المترتبين عن الزواج الباطل الذي عقده أبواهما عن سوء نية، لا ينسبون لأبيهم إعمالا للقاعدة الفقهية: "لا يجتمع حد ونسب"، ويعتبرون في حكم أبناء الزنا، وبالتالي لا نفقة لهم على أبيهم¹. وابن الزنا ينسب لأمه وليس لأبيه، وبالتالي لا تجب نفقة الأب على الابن غير الشرعي². كما أنّه لا بد من الإشارة أيضا إلى أنّه لا حق لمن ارتبطت برجل برابطة زوجية باطلة في الاستفادة من هذا

¹ - أنظر، مريم الحاسي وبدر المنجل، الزواج غير الصحيح وآثاره، منشور على الموقع الإلكتروني: www.startimes2.com، تاريخ الاطلاع: 2016/12/09، على الساعة: 15:30.

² - وجملة؛ فإنّ النسب في الشريعة الإسلامية يثبت بنكاح صحيح، و نكاح فاسد، و وطء بالشبهة، كما أن طريق إثباته الإقرار والبيئة والقيافة...، ومن باب حفظ الأنساب، فإنّ جمهور العلماء لم يعتبر الزنا سببا للنسب بالنسبة للرجل، هذا و يعرف ابن الزنا بأنه المولود الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكابها الفاحشة ذكرًا كان هذا المولود أو أنثى. أما اللقيط هو المولود الذي نبذه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك³، ومع أنّ اللقيط مجهول النسب، ولم يعلم أحد أبويه، إلا أن الأصل فيه السلامة، وأنه ابن شرعي، ما لم يثبت أنه ابن زنا. و اتفق العلماء على نسبة ولد الزنا لأمه وهذه النسبة تثبت بالولادة، واتفقوا على نسبة من ولد على فراش شرعي لصاحب الفراش بمجرد الولادة دون استلحاق للولد منه، وهو قول الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية وبعض الخنابلة والإمام الشوكاني. ودليلهم من السنة، قوله صلى الله عليه وسلم: "الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"، وما رواه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا مساعاة في الإسلام، و من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصته، ومن ادعى ولدا من غير رشده فلا يرث ولا يرث، و ما أخرج ابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال: "من عاهر أمة أو حرة فولده ولد زنى لا يرث ولا يرث". وهناك قول آخر لشيخ الإسلام ابن تيمية و تلميذه الفقيه الحنبلي ابن القيم، حيث قالوا بأنّه إذا استلحق الرجل ولده من الزنى ولا فراش، فإنه يلحق به. ودليلهم قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"، فجعل الولد للفراش دون العاهر، فالمرأة تحت الزوج فراش، فإذا لم يكن لها زوج فهي ليست فراشا، ولم يكن للعاهر الحجر حينئذ بل إذا استلحق ولده لحقه. إلا أنّ الراجح في هذه المسألة، هو حجة الجمهور فهي صحيحة و مقبولة. ودليلهم أن التأويل وقع في مورد النص، من أن الزاني لا يلحق به الولد نظرا لدلالة النص الصريح في قوله صلى الله عليه وسلم: "وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"، أي ليس له من زناه إلا الخيبة والخسارة والحرمان نتيجة فعله الشنيع وارتكابه أكبر الفواحش. وبالنظر إلى الأدلة التي استدل عليها جمهور الفقهاء، ظهر لنا أن عدم تنسب ولد الزنا من الزاني، ليس راجعا إلى أن الإسلام يؤاخذ المولود بجريرة غيره، وإنما يرجع إلى أن الشرع الشريف وازن بين مفسدتين، مفسدة عدم تنسب الولد، ومفسدة إشاعة الفاحشة

الصندوق؛ لانتفاء شرط المطلقة عنها، ولكننا لا نرى مانعا من استفادتها من الصندوق وإنزالها منزلة المطلقة إن كانت حسنة النية في زواجها الباطل.

وصفوة القول، فإنه أمام حصر المشرع الجزائري حق الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة، يكون قد استثنى فئة عريضة من الأطفال هم في أمس الحاجة إلى المساعدة الاجتماعية لهذا الصندوق، كالأطفال المتخلى عنهم، ومجهولي النسب، وذوي الاحتياجات الخاصة، وغير ذلك، كما يستفاد من نص المادة 02 من القانون رقم 01-15 أن العديد من النساء لا يمكن لهن الاستفادة من مداخل هذا الصندوق، كما استثنى النساء المطلقات المعوزات والتي توفي عنهن وعن أبنائهن أزواجهن؛ أي الأرمال، ولم يفرق بين مطلقة معوزة ومطلقة غير معوزة، والأم التي لم تكن محل طلاق وكانت معوزة ورفض زوجها الإنفاق عليها لأي سبب من الأسباب، أو غاب عنها ولا يعرف مكان تواجدته. أو كان مفقودا، والمرأة التي مازال لم يفصل في طلاقها وطال أمد الفصل في قضيتها¹. فالمشرع الجزائري من خلال ذلك لم يكن منصفا في تقديره هذا على أساس أنه تحيز لصالح الفئات المذكورة على حساب فئات كثيرة هي في أمس الحاجة إلى الدعم والمساعدة. وعليه، يستحسن بالمشرع الجزائري أن يجعل الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة غير قاصرة على من حصرهم في المادة 02 من القانون رقم 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، بل تتعداهم لتشمل كل من تجب لهم النفقة من الأصول والفروع والأزواج، هذا جل ما يمكن أن يقال عن عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، ولنا أن نتساءل عن أهم إشكالات تطبيق هذا القانون في الواقع العملي، وهو ما سيتم التطرق إليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

إشكالات صندوق النفقة الجزائري من حيث التطبيق

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سنتطرق إلى الإشكالات المتعلقة بإجراءات الاستفادة من المستحقات المالية، أما في المطلب الثاني فسنبرز إشكالات تحصيل واسترجاع المخصصات المالية غير المستحقة لصندوق النفقة.

المطلب الأول: الإشكالات المتعلقة بإجراءات الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة

في المجتمع الإسلامي، فرجح تحمل المفسدة الخاصة، التي هي عدم التنسيب في سبيل دفع المفسدة الأعظم التي هي إقرار الزنا كوسيلة لجلب النسل والوصول إلى شرف النسب؛ أنظر، سنن النسائي، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء من الولد، المجلد 3، ج 6، ط 1، سنة 1348هـ-1930م، ح 3481 واللفظ له، ص 179؛ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، جامعة أم القرى، ط 1، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، سنة 1423هـ-2002م، ص 17؛ كمال صالح البناء، الزواج العربي و منازعات البنية في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005، ص 45؛ محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 6، دار المعرفة العلمية، سنة 1402هـ-1982م، ص 391؛ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، ط 01، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1426-2006، ص 285-286؛ علاء الدين أبو الحسن البجلي، الاختيارات العلمية في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، ج 5، مطبعة كردستان العلمية، مصر، سنة 1329 هجري، ص 165؛ ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، ج 3، سنة 1997، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ص 112؛ بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، بحث محكم، مجلة العدل، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، محرم 1429 هجري، | العدد 37، ص 117.

¹ - أنظر، مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 01-15 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلة فصلية دولية محكمة، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، مارس 2015، العدد 05، ص 219.

لقد وضع المشرع الجزائري في الفصل الثاني من القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة مجموعة من الإجراءات المتعلقة بالاستفادة من المستحقات المالية، وتنقسم هذه الإجراءات إجمالاً وبالنظر لمصدرها إلى نوعين: 1/ إجراءات يقوم بها المستفيد، 2/ تليها إجراءات تقوم بها الجهات الأخرى المختصة، وهي إجراءات عديدة يتبادلها أطراف مختلفين ويكمل بعضها البعض¹. وقد وضع المشرع الجزائري المرأة المطالبة بالنفقة في مواجهة حزمة من الإجراءات الإدارية والقضائية، حيث يظهر بجلاء من نصوص المواد 04 و 05 من هذا القانون، أنّ المشرع الجزائري قد خصّ رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليمياً باختصاصات هامة²، سواء تعلق الأمر بالبت في طلبات الاستفادة من مخصصات الصندوق بعد التأكد من تحقق شروطها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 05 من قانون صندوق النفقة³، في تقرير أحقية الاستمرار في الاستفادة منه، أو في الفصل في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ قرار الاستفادة طبقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة 05 من نفس القانون⁴.

هذا وتحقق الاستفادة بتوفر مجموعة من الشروط أهمها: ضرورة تقديم طلب الاستفادة إلى الصندوق من المعني بالأمر إلى رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليمياً، ثم إثبات تعذر التنفيذ بمحضر محرر من محضر قضائي، حيث تبدأ الإجراءات بالتقدم أمام قاضي شؤون الأسرة على مستوى المحكمة الابتدائية بطلب مرفق بملف يتضمن مجموعة من الوثائق حددها المشرع في القرار الوزاري المشترك بين وزير العدل والوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الوطني⁵ المؤرخ في 18 جوان سنة 2015، وتمثل هذه الوثائق في: - نسخة من الحكم القضائي بالطلاق؛ - نسخة من الأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة⁶ بسبب امتناع المدين بها عن الدفع، عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته؛ - صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطباً عليه إذا اختار المستفيد هذه الطريقة للدفع⁷.

وبعد إيداع الملف يتعين على القاضي المختص البت في الطلب، بموجب أمر ولائي⁸، في أجل أقصاه خمسة أيام من تلقيه الطلب⁹، على أن يبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضبط إلى كل من المدين والدائن بالنفقة والمصالح الولائية لمديرية النشاط الاجتماعي، المكلفة قانوناً بصرف المستحقات المالية، حيث ألزمتها المادة 06 من القانون 15-01 بصرف المستحقات المالية للمستفيد في أجل

¹ - مقدم عبد الرحيم، صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، المرجع السابق، ص.62.

² - حيث نص المشرع في الفقرة 07 من المادة 02 من القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة على ما يلي: " - القاضي المختص: القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليمياً."

³ - تنص الفقرة 01 من المادة 05 من قانون صندوق النفقة على ما يلي: " يبت القاضي المختص في الطلب، بموجب أمر ولائي، في أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ تلقيه الطلب."

⁴ - تنص الفقرة 03 من المادة 05 من قانون صندوق النفقة على ما يلي: " يفصل قاضي شؤون الأسرة في أي إشكال يعترض الاستفادة من المستحقات المالية المنصوص عليها في هذا القانون، بموجب أمر ولائي، في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام من تاريخ إخطاره بالإشكال."

⁵ - وهذا طبقاً لنص المادة 04 من قانون صندوق النفقة الجزائري والتي جاء فيها ما يلي: " يقدم طلب الاستفادة من المستحقات المالية إلى القاضي المختص، مرفقاً بملف يتضمن الوثائق التي تحدد بموجب قرار مشترك بين وزير العدل، حافظ الأختام والوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الوطني."

⁶ - إلا أنّ الإشكال هو أنّ المشرع الجزائري لم يتعرض بالتحديد لنفقة المطلقة، فهل يقصد بها نفقة العدة ونفقة الإهمال أم كلاهما؟ وهو ما يجعلنا مختارين في تحديد نوع النفقة التي تستفيد بسببها المطلقة من مخصصات الصندوق؛ مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15-01 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها، المرجع السابق، ص.220.

⁷ - مقدم عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.59.

⁸ - " إنّ للقاضي سلطة الأمر، أي إصدار الأوامر نتيجة عريضة يقدمها المدعي للقاضي. يفترض صدور قرار ولائي في اتخاذ تدابير خارج أي نزاع، فأحكام القضاء الولائي هي تلك التي تصدر بدون نزاع بين الأطراف، ودون أن يكون ثمة طلب قضائي حقيقي مقدم من أحد الأطراف ضد الآخر؛ أحمد داود رقية، نفس المرجع، ص.18.

⁹ - حيث تنص الفقرة 01 من المادة 05 من قانون صندوق النفقة على ما يلي: " يبت القاضي المختص في الطلب، بموجب أمر ولائي، في أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ تلقيه الطلب."

أقصاه 25 يوما من تاريخ تبليغ الأمر الصادر عن قاضي شؤون الأسرة المختص، وتستمر في عملية صرف المستحقات المالية إلى غاية سقوط الحق في الاستفادة منها.

إلا أنّ المشرع الجزائري لم يحدد المدة التي يتعين انتظارها لتقديم طلب الاستفادة ابتداء من صدور الحكم المحدد للنفقة، في حين يحدد نظيره المغربي أجر شهرين من تاريخ تقديم طلب تنفيذ المقر القضائي المحدد للنفقة، إذ يخول القانون للمستفيد أن يتقدم بهذا الطلب، بعد انصرام أجل شهرين من تاريخ تقديم طلب تنفيذ المقر القضائي المحدد للنفقة، الذي سبق وأن حدد هذا المخصص المالي في حكم النفقة¹.

إنّ ما يمكن أن يسجل على هذا الإجراء الذي ألزم القانون الجزائري المطلقة باتخاذها للحصول على النفقة، أنّه ينطوي على ثغرة قانونية يمكن أن تجعل البت في طلبها من القاضي المختص من خلال خمسة أيام صعب إن لم نقل مستحيلا، إذ أنّ المصالح الإدارية لقاضي شؤون الأسرة تعتمد إلى استقبال الملفات من المعنيين كما ورد في القانون، دون التأشير عليها بالاستلام لعدم تحريك أجل الفصل في الملف، وبذلك يقع الفصل فيها ضمن سلطتها التقديرية، التي تجعل صدور الأمر بالموافقة على تسديد النفقة يأخذ وقتا أكبر مما هو محدد قانونا، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنّ إلزام المشرع الجزائري للمرأة باللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة، ما هو إلا إجراء بيروقراطي، حيث كان بالإمكان الاكتفاء بتحرير محضر امتناع عن دفع النفقة من طرف المحضر القضائي، ثم التوجه مباشرة إلى المصالح الإدارية الولائية للنشاط الاجتماعي، للحصول على المستحقات المالية. وهو الأسلوب الذي اعتمدته المشرع في حالة توقف المدين بالنفقة عن تنفيذ الحكم القضائي الذي يلزمه بالنفقة بعد شروعه فيه، حيث يكفي في هذه الوضعية بنص المادة 06/ 3 من قانون صندوق النفقة الجزائري إثبات الوضع القائم، بموجب محضر محرره محضر قضائي حتى تقوم مصالح النشاط الاجتماعي بصرف النفقة المستحقة، وهو ما يطرح الإشكال حول إلزام المرأة باللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة إذا امتنع المدين عن الدفع منذ البداية، وإعفاؤها من ذلك إذا قام بالدفع ثم توقف؟.

إنّ هذا الإشكال يبرز بوضوح أنّ إجراءات الحصول على الأمر القضائي، كشرط للحصول على النفقة المستحقة، ما هي إلا مضیعة للوقت وإضافة عبء لجهاز العدالة ليس إلا². وبالإضافة إلى ذلك، فإنّ في حالة رفض طلب الاستفادة، فإنّ لا يحق والحالة هذه للمستفيد، بالطعن في ذلك الأمر الولائي بأي طريق من طرق الطعن، لأنّه يعدّ نهائيا، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 12 من قانون صندوق النفقة³. في حين نجد أنّ المشرع التونسي، منح للمستفيدين الطعن في قرارات الصندوق القومي للضمان الاجتماعي، أمام المحاكم الإدارية وفق نهج سلم التظلم الإداري، باعتبار أنّ المحكمة الإدارية مؤسسة عمومية وقراراتها تعتبر إدارية. لذا كان من الأجدر أن يمنح المشرع الجزائري لفائدة من صدر في حقهم قرارات لا تخول لهم الاستفادة، بأن يطعنوا في هذه القرارات على غرار القانون التونسي، حتى تتحقق فلسفة إحداث الصندوق، وإبعاد الوقوع في تهميش أي طرف قد يكون في أمس الحاجة من الاستفادة.

كما قد يبرز إلى الوجود إشكالات أثناء الممارسة والتطبيق لأحكام القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة⁴، فقد يتماطل المدين عن أداء النفقة، إذ سيعمد إلى التوقف عن دفع النفقة المستحقة إلى الزوجة، في المرة الموالية للمرة الأولى التي سبق وأن تقدمت بطلب إلى الصندوق الذي حول لها الاستفادة، ثم يعود الزوج مرة أخرى للتماطل، مما يتوجب على الزوجة الإسراع بجمع الوثائق

¹ - مبروك بن زبوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15-01 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها، المرجع السابق، ص.222؛ أحمد داود رقية، ، ص.18.

² - أحمد داود رقية، نفس المرجع، ص. 19.

³ - حيث تنص المادة 12 من القانون 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة على ما يلي: "لا تكون الأوامر الولاية المنصوص عليها في هذا القانون، قابلة لأي طريق من طرق الطعن".

⁴ - مقدم عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.59-60.

وتقدم طلب جديد من أجل الحصول على النفقة وفق الشروط السابقة، كما لو تعلق الأمر بطلب جديد مقدم إلى الصندوق لأول مرة. وعليه، فكان من الأجدر أن ينصّ المشرع صراحة من خلال قانون صندوق النفقة على تقييد حالة عود المدين إلى التملص على غرار القانون التونسي، إذ تستحق المطلقة أو الأولاد النفقة في هذه الحالة دون اللجوء إلى نفس الشروط والإجراءات وحمائهم، ومن ثم سيتم تخليص المطلقة المتضررة من تلذذ مطلقتها، مما كان يرهقها ويثقل كاهلها من طول إجراءات كانت تقتضيها إعادة المطالبة بخدمات الصندوق من أولها.

ولضبط وضعية الزوجة المطلقة وأبنائها، ومدى استمرارية توافر الشروط الموجبة لاستفادتها من مخصصات صندوق التكافل العائلي، ألزم المشرع المغربي المستفيد بمقتضى أحكام المادة 07 من القانون رقم 10.41 المتعلق بصندوق التكافل العائلي، بتزويد رئيس المحكمة المختصة بعد انصرام كل سنتين ابتداء من تاريخ صدور مقرر الاستفادة بالوثائق، والتي على أساسها يتعين على رئيس المحكمة إصدار المقرر القضائي باستمرارية الاستفادة من المخصص المالي للصندوق من عدمه¹.

كما أنه قد تثار صعوبات أخرى أثناء سريان العمل بصندوق النفقة الجزائري، تتجلى في تراحم الطلبات بشأن الأحقية في استحقاق النفقة ما بين الأبناء والزوجة المطلقة، فبالرجوع إلى القانون 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة فلم ينص المشرع صراحة على تحديد المستحق للاستفادة في هذه الحالة، علما أنه على مستوى أحكام النفقة نجد العديد منها يتضمن الأطفال، كما أنه بالرجوع إلى المادة 02 من نفس القانون فقد حددت الفئات المستحقة للاستفادة من الصندوق في الزوجة المطلقة ومستحقو النفقة من الأطفال، فمن يا ترى سيستفيد بالأولوية؟² وهو ما تفتنّ له القانون البحريني المتعلق بصندوق النفقة لسنة 2005، حيث نص على أن تكون الأولوية للزوجة أو المطلقة ثم نفقة الأولاد. فهذا التحديد جاء واضحا وكان من الأجدر أن يعمل المشرع الجزائري على إقرار هذا التحديد، لأنه سيغني أثناء التطبيق عن مجموعة من المشاكل.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن الإشكالات المتعلقة بإجراءات الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، ولنا أن نتساءل عن الإشكالات المثارة حول إشكالات تحصيل واسترجاع المخصصات المالية غير المستحقة لهذا الصندوق، وهو ما ستم بيانه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: إشكالات تحصيل واسترجاع المخصصات المالية غير المستحقة لصندوق النفقة

تعرّض الفصل الثالث من القانون 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة إلى الأحكام المالية له، إذ نص في المادة 10 منه على أنه يفتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص رقمه 14-302 وعنوانه صندوق النفقة، ويقتد في هذا الحساب في باب الإيرادات مخصصات ميزانية الدولة -مبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها- رسوم جبائية تنشأ وفقا للتشريع المعمول به لفائدة صندوق النفقة -لهبات والوصايا- وكل الموارد الأخرى³. وبناء على ما أشاء إليه النص، فإنّ مداخل صندوق النفقة تأتي بما يكون مخصصا لهذا الصندوق من نسبة ميزانية الدولة عند بداية كل سنة مالية، إلا أنّ النص المذكور لا يبين منه نسبة مساهمة الدولة فيه، وهل هي نسبة ثابتة عند تحديد ميزانية الدولة كل سنة؟ أم هي متغيرة وتتحكم في زيادتها أو نقصانها متغيرات حسب الظروف.

كما أنّ من مداخل صندوق النفقة أيضا المبالغ المالية التي يكون المدينون بالنفقة قد قاموا بالوفاء بها بعد يسارهم، بعد أن تكفل صندوق النفقة سابقا وعند إعسارهم بدفعها للمستحقين لها، وهذه المبالغ التي دفعها صندوق النفقة عوض المدينين بها مبالغ ثابتة بذمتهم لا يسقط أدائها بحلول صندوق النفقة بدفعها، بل تبقى ذمتهم مشغولة بها وعند يسارهم وزوال عسرهم يقومون بسدادها والوفاء بها للصندوق الذي يعتبر هو الدائن الجديد لها عوض المطلقة أو الأولاد المحضون الذين سددت لهم هذه المبالغ من قبل الصندوق.

¹ - محمد لشقار، المرجع السابق، ص. 108.

² - أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص. 20.

³ - مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 01-15 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها، المرجع السابق، ص. 224.

كما عززت مداخل صندوق النفقة بما يفرض من رسوم جبائية أو شبه جبائية، "والرسوم الجبائية هي مجموع الاقتطاعات التي تقوم بها الدولة سواء كانت في شكل ضرائب أو رسوم أو في شكل اقتطاعات أخرى، والجبائية أوسع مفهوم من مصطلح الضريبة"¹. أما الرسوم شبه الجبائية فهي مجموع المساهمات أو الاقتطاعات التي تقوم بها هيئات أخرى من غير إدارة الضرائب، وهذه المساهمات منصوص عليها قانونا، وتحصل لصالح هذه الهيئات والمؤسسات مثل اقتطاعات الضمان الاجتماعي، واقتطاعات دواوين الترقية والتسيير العقاري، وتشترك مع الضريبة في طابعها الإجباري والإلزامي².

ومن بين الإشكالات التي يثيرها صندوق النفقة المستحدث بالأمر رقم 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، تلك التي تتعلق بسبل تحصيل واسترجاع المخصصات المالية الخاصة به، حيث تتلخص وظيفة هذا الصندوق في دفع النفقة لمن حكم له بها من المطلقات وأطفالهن، من جهة، وفي استرجاع المبالغ المدفوعة من المدينين المحكوم عليهم بها، من جهة أخرى، فبموجب نص المادة 09 من قانون صندوق النفقة الجزائري، يتولى أمين الخزينة للولاية استرجاع وتحصيل المخصصات المالية للصندوق والمتمثلة في الديون من المدينين بالنفقة، بناء على أمر بالإيراد من المصالح المختصة³.

وعليه، فإذا كانت شروط تحصيل ديون الصندوق لا تثير أي إشكال إذا تعلق الأمر بموظف أو أجير أو متقاعد، حيث يتم اللجوء إلى الاقتطاع من الراتب الشهري وفاء لدين بذمة المعني لصالح الصندوق، فإن الأمر قد يكون مستحيلا كلما تعلق الأمر ببعض الأزواج الذين لديهم القدرة على التهرب من الأداء، أو هم في حالة عسر يصعب عليهم معها الأداء، كما أنّ هناك أزواجا على استعداد للاعتقال لعدم قدرتهم على الوفاء أو قصد الإضرار بالزوجة المطلقة، أما في حالة ما إذا وافقه المنيّة، فإنّ مبالغ النفقة تصبح دينا على التركة⁴. وكحل لهذا الإشكال المذكور أعلاه، نقترح بالنسبة لزوج المطلقة الذي لا يعمل، ولديه قدرة على ممارسة أي نشاط، فإنّه بعد الحكم عليه بالنفقة يصبح ملزما من طرف الدولة على العمل للنفع العام وفي أعمال تخدم المجتمع، مقابل النفقة التي يدفعها صندوق النفقة لأبنائه، كما أنّه يوجد إشكال آخر، يتعلق باسترجاع المخصصات المالية من الصندوق غير المستحقة، حيث ألزم المشرع من خلال المادة 14 في فقرتها الثانية من القانون رقم 01-15، كل من تسلم من الصندوق مخصصات مالية دون وجه حق باسترجاعها⁵، غير أنّه لم يحدد حالة الامتناع عقوبة معينة، حيث يبقى أمر مطالبة المطلقة باسترجاع الأموال التي صرفت لصالحها بدون وجه حق، أمر غير مجدي، الأمر الذي يستدعي تعديل مقتضيات هذه المادة، بشكل يضمن حماية المخصصات المالية للصندوق، وهذا رغم محاولة المشرع من خلال هذا النص، معالجة مسألة التحايل على الصندوق، الذي قد يلجأ إليه الزوجان أو الأبناء من أجل تحصيل نفقة غير مستحقة من الصندوق، كأن يتم الطلاق صوريا قصد الاستفادة من الصندوق، أو كأن يلجأ الأطفال إلى الإدلاء بوثائق تثبت استمرارية حقهم في الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق، رغم انتفاء وسقوط ما تثبته الوثائق.

وعليه، يتضح أنّ موارد الصندوق على اختلافها، لا يمكن التعويل عليها في تمويل الصندوق، نظرا لما يعترى شروط استيفائها من اختلالات تهدد مالية الصندوق بالإفلاس في جانب مهم من موارده، الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع لوضع ضمانات قانونية كفيلة بتحصيل هذه الموارد.

¹ - أنظر، سعيد عبد العزيز عثمان وشكري رجب العشماوي، اقتصاديات الضرائب، الدار الجامعية، د.ج، د.ط، القاهرة، مصر، سنة 2006، ص.03.

² - PIERRE BELTRAM, LA FISCALITE EN FRANCE, ACHETTE LIVRE , 6EME EDITION , 1998, P.122.

³ - حيث تنص المادة 09 من القانون 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة الجزائري على ما يلي: " يتولى أمين الخزينة للولاية تحصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدينين بالنفقة، بناء على أمر بالإيراد تصدره المصالح المختصة وفقا للأحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

⁴ - أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص.22.

⁵ - حيث تنص المادة 14 من القانون رقم 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة الجزائري على ما يلي: "تطبق على الإدلاء بتصريحات غير صحيحة للاستفادة من أحكام هذا القانون، عقوبات التصريح الكاذب المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

يلزم كل من تسلم من مستحقات مالية بدون وجه حق بردها".

خاتمة:

رغم أهمية إحداث صندوق النفقة من الناحية الاجتماعية، فقد أثرت بشأنه كثير من الإشكاليات ترتبط أساسا بإجراءات الاستفادة من صندوق النفقة، وبالفئات المستفيدة من مدخرات الصندوق، فقد استثنى المشرع فئة عريضة من الأطفال هم في أمس الحاجة إلى المساعدة الاجتماعية لهذا الصندوق، كالأطفال المتخلى عنهم، ومجهولي النسب، وذوي الاحتياجات الخاصة وغير ذلك. كما استثنى النساء المطلقات المعوزات والتي توفي عنهن وعن أبنائهن أزواجهن أي الأرمال، فالمشرع الجزائري من خلال ذلك لم يكن منصفاً في تقديره هذا على أساس أنه تحيز لصالح الفئات المذكورة على حساب فئات كثيرة هي في أمس الحاجة إلى الدعم والمساعدة. وعليه، يستحسن بالمشرع الجزائري أن يجعل الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة غير قاصرة على من حصرهم في المادة 02 من القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، بل تتعداهم لتشمل كل من تجب لهم النفقة من الأصول والفروع والأزواج. كما أنّ أكثر ما ميّز شروط الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق هو التعقيد وطول إجراءاتها التي قد تظل شهوراً، مما قد يفسر حرص المشرع على عدم ضياع المخصصات المالية للصندوق وإشكالية دفعها لغير مستحقيها، على حساب تمتع من هم في أمس الحاجة إلى النفقة.

إلا أننا نقول أنّ الحديث عن الإشكالات المتعلقة بصندوق النفقة الجزائري وخاصة من حيث التطبيق، هو نقاش سابق لأوانه نوعاً ما، طالما أنّ هذا الصندوق دخل للتو حيز التنفيذ، ولم تشكل بعد حصة على مستوى العمل القضائي يمكن رصدها وتقييمها. ورغم كل هذه السلبيات التي تم ذكرها، إلا أنّ ذلك لا يمنعنا من القول بأنّ الفكرة التي توخاها المشرع الجزائري في تقنينه لصندوق النفقة، من شأنها أن تعزّز كل قيم التكافل والتآزر في المجتمع، ومعالجة نسبة كبيرة من الاختلالات الاجتماعية والمعيشية التي تعرفها الأسر الجزائرية من جهة، وضمناً لكرامة المرأة المطلقة وحماية لحقوق أطفالها من جهة أخرى.

مقالات العلوم السياسية

المثقف الأكاديمي وعملية التحولات السياسية في الجزائر

Academic intellectual and the process of political transformation in Algeria

مصطفى بن حوى، طالب باحث في الدكتوراه،

د. مصطفى الزاوي، أستاذ محاضر قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة وهران 2، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/10 - تاريخ المراجعة: 2017/11/25.

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد دور المثقف الأكاديمي حول قضايا سياسية واجتماعية منتشرة في المجتمع الجزائري، ومدى تمثيل دوره الحقيقي في التفكير ونقد السلطة في مسائل مصيرية. وذلك من خلال مجموعة من الظروف التي تتحكم في مهمته، صراعه ضد السلطة التي تعتمد تهميشه، عكس ما نجده في الكثير من البلدان التي اعتمدت في تطورها على كفاءاتها الوطنية، بالإضافة إلى ظروفه المعيشية والاجتماعية الصعبة التي أثرت على إنتاجه العلمي. وإشكالية الهوية التي يعيشها في إطار أزمة المثقف والأوضاع الأمنية التي مسته سنوات التسعينات، مشاكل كثيرة يتخبط فيها المثقف تحد من إرادته لإيصال رسالته للمجتمع والأجيال القادمة. في وقت تمر فيها الجزائر بتحولات سياسية كبيرة وأزمات اقتصادية معقدة وانتخابات مرتقبة، وجب إعادة النظر إلى المثقف وخاصة الأكاديمي.

الكلمات المفتاحية:

المثقف، الانتلجنسيا، أنواع المثقف، الأكاديمي، دور المثقف، العنف السياسي.

Abstract:

This study aims to determine the role of the academic, intellectual on political and social issues in the Algerian society, and the extent to which he represents his real role in thinking and criticism of power in crucial issues. Through a set of circumstances that control his mission, his struggle against the authority that deliberate marginalization, contrary to what we find in many countries that have adopted in the development of the national competencies, in addition to difficult living and social conditions that affected his scientific production. The problematic's identity that he lives in the context of the intellectual crisis and the security situation that characterized the years of the nineties, many problems floundering by the intellectual limit his will to deliver his message to society and future generations. At a time when Algeria is undergoing major political transformations, complex economic crises and upcoming elections, it is necessary to consider the intellectual especially the academic.

Keywords:

The intellectual, the intelligentsia, types of intellectuals, the academic, role of the intellectual, political violence.

مقدمة:

تعمل الكثير من البلدان على إشراك كفاءاتها في العملية التنموية، في المجال الاقتصادي والسياسي وكذا الاجتماعي والثقافي، للوصول إلى مجتمع متطور يعيش أفرادها في رفاهية. باعتبار الأستاذ الجامعي من النخبة العلمية وهي فئة تتميز عن الفئات الأخرى بالكثير من الصفات، كالتعليم الأكاديمي العالي الذي يسمح لها بالتخصص في مجال معين، حيث يمكنها لعب دور فعال في تطوير مجتمعاتها. إلا أنا الأوضاع السياسية والأمنية التي تمر بها البلدان العربية، أثرت سلبا على الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وأصبح الوضع أكثر تعقيدا في

بعض الدول، مع ظهور جماعات إرهابية متطرفة وظاهرة الهجرة غير الشرعية، مشاكل أرققت الأنظمة الحاكمة ولم تجد لها حلول مستدامة. رغم أن الجزائر لم تدخل في هذه الدوامة المليئة بالتناقضات والصراعات الأمنية والسياسية، فهي جزء من اللعبة العربية لتشاركها الحدود الجغرافية مع بلدان تشهد توترات داخلية مثل ليبيا، وكذلك ما تشهده منطقة الساحل من مشاكل أمنية خاصة شمال مالي، وغو جماعات إرهابية فيها بحثا عن النفوذ والتوسع مثل القاعدة وتنظيم الدولة الإسلامية (داعش) وجماعة بوكو حرام.

كل هذه المتغيرات أثرت في الوضع السياسي في الجزائر، وعملت السلطة على تكيفه بما يتناسب مع الساحة السياسية والاجتماعية وسياساتها الخارجية، إلا أن الوضع يحتاج إلى مشاركة الأستاذ الجامعي في العملية السياسية باعتباره من النخبة المثقفة، فئة تتمتع التفكير والنقاش والنقد البناء، وخاصة الذين ينشطون في تخصصات مثل العلوم السياسية وعلم الاجتماع السياسي والأنثروبولوجيا السياسية وحتى الفلسفة السياسية. والملاحظ أن السلطة الأستاذ في الكثير من القضايا الوطنية التي تحتاج إلى مشاركة المدرس الجامعي بأفكاره كمثقف، وفي فترات أخرى نلاحظ أن النخبة العلمية تفضل عدم المشاركة، وتركيزها على البحث العلمي الأكاديمي فقط، رغم أن الاستقرار السياسي له دور كبير في تطوير عملية البحث العلمي. هذا التنافر بين الأكاديمي والسياسي والسياسة الذي ترتفع حدته من فترة إلى أخرى، حسب الأحداث الاجتماعية والسياسية التي عرفتها الجزائر منذ الاستقلال، خاصة أحداث الخامس من أكتوبر 1988 كأحد أهم التطورات التي عاشتها البلاد.

تمر كل المجتمعات العالم بأزمات تهدد استقرارها وأمنها وأفرادها، وتعمل على إيجاد الحلول للخروج بأقل الأضرار الممكنة. عند ظهور الخطر الإرهابي الذي يهدد أمنها يتدخل الجيش بصفة أساسية، ويظهر دور نخبته من إطارات تمتلك التأهيل العالي والرؤية الإستراتيجية، ووضع خطط لاحتواء التهديد باحترافية عالية. أما عند دخول أي بلد في أزمة اقتصادية ومالية، تظهر نخبته من رجال الأعمال وأصحاب المال، من أجل المساهمة في إخراج اقتصاد مجتمعاتهم من الركود. وعندما يدخل البلد في أزمات اجتماعية وسياسية تهدد أفراد ونظامه السياسي، يغيب دور المثقف في تحديد موقفه من الأوضاع الراهنة وبوجه الخصوص المدرس الجامعي، وكأنه يعيش منفصلا عن مجتمعه، رافضا التفاعل مع المتغيرات والتحوليات التي تحدث داخل البيئة التي يعيش فيها، سواء كانت داخلية أو خارجية كالتحوليات السياسية والعملية الانتخابية، والأوضاع الأمنية في البلدان المجاورة التي تعتبر تهديدا مستمرا على البلاد. والسؤال المطروح: ما هو دور المدرس الجامعي باعتباره مثقف في عملية التغيرات والتحوليات الاجتماعية والسياسية التي تحدث في الجزائر؟، أو كيف يمكن للأستاذ الجامعي أن يلعب دورا إيجابيا في خدمة مجتمعه خاصة المجال الاجتماعي والسياسي، وفرض وجوده وسط النخب السياسية في عالم لا يعترف بالحياة؟.

1/ مفهوم الأستاذ الجامعي (إشكالية تحديد المفهوم)

1/1- تعريف النخبة الجامعية إجرائيا:

هي فئة من فئات المجتمع تتميز بمستوى تعليمي وفكري عالي، الأمر الذي يؤهلها للقيام بدور قيادي أو بأدوار المسؤولية في المجتمع من خلال تدريس وتكوين الطلبة الجامعيين في العديد من التخصصات، العلمية والتقنية والأدبية والإشراف عليهم في التدرج وما بعد التدرج. وهي جزء من النخبة الفكرية التي تضم الأدباء والمفكرين وأساتذة جامعات والفلاسفة والعلماء⁽¹⁾.

2/1- النخبة:

تشتق كلمة النخبة في اللغة العربية من الفعل انتخب أي اختار، والانتخاب هو الاختيار والانتقاء، فنخبة القوم تعني خيارهم. أما لفظ الصفوة فهو يدل على معنى الخلاصة، فاصطفى الشيء أي اختاره أو استخلصه⁽¹⁾.

¹ - خليل أحمد خليل، المفاهيم الأساسية في علم الاجتماع، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع: بيروت، ط1، سنة 1984. ص 242.

اصطلاحاً: هي فئة من الفئات المتميزة في المجتمع من الناحية الفكرية أو التعليمية مما يؤهلها للقيام بدور قيادي أو بأدوار المسؤولية في المجتمع، وهي أكثر فئات المجتمع تأثيراً في الحياة العامة وقدرة على اتخاذ القرار ... كما يتميزون بقوة تأثيرية في دوائر صنع القرار والرأي العام، ومن ثم تصبح هذه الفئة عنصراً أساساً لوسائل الاتصال المختلفة⁽²⁾.

كما قام خليل أحمد خليل بتعريف النخبة على أنها "مفردة جامعة من معانيها إكبار النجاح الذي يحرزها الفاعلون الاجتماعيون خلال نشاطاتهم. والإكبار هو التقدير والتقييم بالمقارنة، ولا يمكننا مقارنة غير القابلين، كما لا يمكننا الكلام عن النخبة إلا داخل فرع نشاط. فالنخبة هي زمرة اجتماعية بلغت داخل جماعة أكبر أعلى نسب النجاح"⁽³⁾.

كما عرفه ستيفن بريس وستيفن يارلي **Steve Bruce and Steven Yearley** على أنه "مصطلح مستعار من الفرنسية، وهذا مفيد لوصف مجموعة صغيرة ذلك يهيمن على مجتمع أو منظمة أو مجموعة اجتماعية دون أن تلزم نفسك بأي تفسير خاص لتلك الهيمنة. ومن ثم فهو مصطلح أوسع من "الطبقة الحاكمة"، وهو ما يفسر قوة هذه المجموعة من حيث وضعها الاقتصادي في القرن التاسع عشر (وبعد ذلك في أيدي المحافظين جداً استخدام كلمة النخبة يعني ضمناً أن الحكام يستحقون لأنهم كانوا متفوقين بشكل فطري. هذا هو التماسك الضمني في المصطلح الذي يفسر لماذا كانت دراسة رايت ميلز الكلاسيكية سنة 1950 من السلطة في الولايات المتحدة تسمى السلطة النخبة 1956"⁽⁴⁾.

كما يعرفها **ناظم عبد الواحد الجاسور** على أنها: "مجموعة من الأفراد أو فئة يعترف بعظمتها في التأثير والسيطرة على شؤون المجتمع. وأول من كتب عن النخبة المفكر الإيطالي **باريتو**، و**كاتبانو موسكا**، حيث أكدوا بأن النخبة هي الطبقة الحاكمة التي تشكل الأقلية من أبناء الشعب، والتي تتميز عن غيرها من الطبقات بالقوة والسلطة، والنفوذ"⁽⁵⁾. إلا أن مصطلح النخبة تغير مع التحولات الاجتماعية والسياسية والثقافية، التي طرأت على المجتمعات حيث أصبحت النخبة تلك الفئة التي تفكر وتحلل وتنتقد المجتمع والسياسة، همها الرقي بالفرد والمجتمع، متمركزة في جميع المجالات. تتميز بثقافة عالية وعلم وفير وملمة بمجتمعها. إلا أن **معن خليل عمر** يرى "أن بعض النخب غير حيوية أو مفتوحة ولا تمثل طبقة مهيمنة ولا ترحب بالآخرين من الطبقة الدنيا أو لا تبقى التأثيرات من الضغوط الخارجية"⁽⁶⁾.

يُعرف المصطلح حسب الاستعمال، وهذا ما نجده عند **طوني بينيت** حيث يقول "حين يستعمل المصطلح في العلاقات بين الجماعات الاجتماعية، فهناك معنى إيجابي إضافي، بأن القلة لا تتميز عن الكثرة فقط، بل تمارس عليها صورة من صور السلطة. وقد تتميز النخب أيضاً بمصطلحات ثقافية وعقلية"⁽⁷⁾. يرى **باريتو Pareto** في إشكالية "تداول النخب"، "من استمرار ارتفاع وانخفاض النخب، أنه قانون تاريخي قابل للتغيير، لا يمكن لأي مجتمع أن يفلت منه، على الرغم من أن تحليل **باريتو** يشبه **موسكا** في العديد من

(النخبة) عرفها **ابن منظور** في كتابه لسان العرب: نخب: انتخب الشيء: اختاره. والنخبة: ما اختاره، منه. ونخبة القوم ونخبته: خيارهم. قال الأصمعي: يقال هم نخبة القوم، بضم النون وفتح الحاء. قال أبو منصور وغيره: يقال نخبة، بإسكان الحاء. (ابن منظور، لسان العرب، دار الصادر: بيروت، المجلد الرابع عشر، الطبعة الثالثة، سنة 2004، ص 215).

- 1- مولود سعاد، النخبة والمجتمع، تجدد الرهانات، مجلة الباحث الاجتماعي، عدد 10، سبتمبر 2010، ص 98.
- 2- محمد الفاتح حمدي، استخدام النخبة الجامعية الجزائرية للصحافة الالكترونية وانعكاسه على مقروئية الصحف الورقية: دراسة في الاستخدام والتأثير، مركز دراسات الوحدة العربية: بيروت، سلسلة كتب المستقبل العربي (64)، ط 1، سنة 2013، ص 241-242.
- 3- خليل أحمد خليل، المفاهيم الأساسية في علم الاجتماع، مرجع سابق، ص 222.
- 4- Steve Bruce and Steven Yearley, The Sage Dictionary of Sociology, SAGE Publications, London, 2006, p 82.
- 5- ناظم عبد الواحد الجاسور، موسوعة علم السياسة، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع: عمان، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص 354.
- 6- معن خليل عمر، معجم علم الاجتماع المعاصر، دار الشروق للنشر والتوزيع: عمان، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص 209.
- 7- طوني بينيت وآخرون، مفاتيح اصطلاحية جديدة - معجم مصطلحات الثقافة والمجتمع -، ترجمة: سعيد الغنمي، بيروت: المنظمة العربية للترجمة، مركز دراسات الوحدة العربية، سبتمبر 2010، ص 667.

النواحي، إلا أن سياق التبرير هو نفسه جزئيا، وباريتو هو قبل كل شيء، أكثر ارتباطا إلى نظرية اجتماعية واسعة ومنهجية. كما أنه يُعرف عموما النخبة كقوة من الناس المجددين من أولئك الذين يحققون أعلى مستويات الإنجاز في مجال نشاطه، هذا النوع من النشاط الفعال غير مهم بالنسبة له، ويشمل صراحة كلا من الشخصيات السياسية أو المؤثرة سياسيا مثل نابليون⁽¹⁾. يبدو أن باريتو يجمع في تعريف النخبة الكثير من الفاعلين الاجتماعيين والسياسيين والاقتصاديين، رابطا نشاط هذه الفئة ببروزها في المجتمع بمجال محدد، حتى وإن كانت من طبقات أدنى مثل المحرمين والمنحرفين والمحتالين.

3/1- الانتلجنسيا The intelligentsia:

قد عرفها أحمد موصلي ولؤي صافي على أنها "جماعة تشمل الناس الذين يمتنون العمل الذهني، وقد مهد ظهور الانتلجنسيا تقسيم العمل، وخاصة انفصال العمل الذهني عن الجسدي ولم تفقد الانتلجنسيا شريحة اجتماعية متميزة، يرفدها أناس يتحدرون من مختلف الطبقات، إلا مع تطور الرأسمالية التي أدت إلى زيادة ممتني العمل الذهني، القادرين على متطلبات البرجوازية إلى حد كبير سواء منها الإنتاجية أو الاجتماعية"⁽²⁾. كما ذهب عزمي بشارة إلى أن مصطلح الانتلجنسيا أصبح يستخدم في وصف فئة المتعلمين والخبراء العاملين في مجال "التفكير كمهنة، مدرسين كانوا أو صحفيين أو خبراء أو مهندسين أو علماء من العاملين في مجالات المعرفة والعلم، من دون أن يكونوا من "المفكرين" المبدعين (أي الذين يقدمون إنتاجا إبداعيا، فكريا كان أو أدبيا) الذين يرون أن من واجبه اتخاذ مواقف من المجتمع والدولة وغيرها"⁽³⁾. وعرفها علاء جواد كاظم على أنها "فئة اجتماعية تتباين في انتمائها الطبقي والادبيولوجي وتتميز بأنها الأكثر ارتباطا بالعقل وعالم الأفكار والتجريد، ما يجعلها تقفز على المجتمع في أغلب الأحوال، وتساهم فعليا في عملية إنتاج (منظومة تصورات) إيديولوجية أو بلورتها أو صياغتها أو توزيعها وتمارس دورا أساسيا في عملية التحويل الاجتماعي"⁽⁴⁾.

إذا كانت كل الظروف متوفرة أو على الأقل بعضها، من مشاكل اجتماعية كثيرة تضرب استقرار أفرادها، وما زادها تعقيدا التطور التكنولوجي والعولمة. وإشكالات سياسية بين من يبحثون عن التعددية والتداول على السلطة، وفئة أخرى تبحث عن الاستقرار وتدعو إلى عدم التسرع، وتعطي أمثلة حول البلدان العربية التي تشهد ربيعها. واقتصاد يتهاوى بسبب سوء التسيير والتقدير، إن الأزمة عرفت البلاد من قبل ولكن دون التحضير لسيناريو متكرر، وما زاد الأمور تعقيدا أنه اقتصاد يعتمد بصفة كلية على مداخيل المحروقات. وإن فئة الانتلجنسيا دورها إنتاج فكري وطرح تنموي، وإن كل مجتمع لديه مثقفوه، فأين هذه الطبقة المتميزة عن المجتمع بالتفكير؟ ومتى تعلن عن ظهورها للعب دورها الرئيسي؟، لأنه الوقت المناسب لتقوم بأدوارها التي يتقمصها أشخاص ليسوا مختصين.

المثقف، لغة: عرفه ابن منظور من "ثقف: ثَقَفَ الشيءَ ثَقْفًا وَثَقَّافًا وَثَقُوفَةً: حَدَّثَهُ. وَرَجُلٌ ثَقَفٌ وَثَقْفٌ وَثَقْفٌ: حَاضِرُ الْفَهْمِ، وَاتَّبَعُوهُ فَقَالُوا ثَقْفٌ لَقْفٌ. وَيُقَالُ: ثَقِفَ الشيءَ وهو سرعة التعلم. ابن دريد: ثَقِفْتُ الشيءَ حَدَّثْتُهُ، وَثَقِفْتُهُ إِذَا ظَفَرْتُ بِهِ"⁽⁵⁾.

اصطلاحا: يقول محمد شوقي الزين عن المثقف "ليس في معاني لفظ "ثقف" ما يتفق مع المعنى الذي نريده نحن اليوم من كلمة ثقافة، بل نحن لا نستعمل ثقف يثقف بل نقول تثقف ويثقف بمعنى اطلع اطلاعا واسعا في شتى فروع المعرفة، حتى أصبح رجلا مثقفا"⁽⁶⁾. كما عرفه علي حرب من خلال الحوار الذي أجراه معه الكاتب اللبناني حبيب معلوف، حول مسألة نقد المثقف قال: "نقدي

¹-Michael Hartmann, The Sociology of Elites, Routledge, Taylor & Francis Group, London and new York, 2006, p 12.

²- أحمد موصلي ولؤي صافي، جذور أزمة المثقف في الوطن العربي، دار الفكر: دمشق، الطبعة الأولى، سنة 2002، ص 218.

³- عزمي بشارة، عن المثقف والثورة، سلسلة دراسات (مجلة تبين)، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة: قطر، العدد 4: ربيع 2013، ص 4.

⁴- علاء جواد كاظم، العقل، الانتلجنسيا، الايدولوجيا: نحو تفكيك سوسيولوجي للبنية الثقافية (المجتمع العراقي نموذجاً)، مجلة إضافات، العدد السابع/صيف 2007،

⁵- ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 27.

⁶- محمد شوقي الزين، الثقافة في الأزمة العجاف: فلسفة الثقافة في الغرب وعند العرب، منشورات الاختلاف: الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2014، ص 60.

للمثقف يندرج في سياق عملي، فأنا كمشتغل في سياق الفكر، أقرأ في الخطابات وأتعاطى مع المشكلات وأعمل على تفكيك المقولات والأطروحات، من أجل تشخيص ما يقع أو فهم ما يحدث، فهذه مهمتي: أن اشتغل على الأفكار، من أجل توليد أفكار جديدة، تتيح لي أن أفهم ما لا يفهم من الوقائع والظواهر، أو من الأقوال والأفعال⁽¹⁾. إن مسألة نقد المثقف للمثقف هي عملية جد مركبة وصعبة، وكثيرا ما يكون الإشكال المختلف فيه له علاقة سياسية واجتماعية وثقافية، وأحيانا يخرج عن سياقه.

ويقول **طوني بينيت**، "إذا كان المثقفون من يتحدد عملهم اجتماعيا بكونه يقوم على امتلاك المعرفة واستعمالها، سواء أكانت تلك المعرفة من باب الواجهة أم الوتيرة السائدة، (...) أي يتعلق في ما إذا كانت تلك المصالح قوية ومتماسكة بما يكفي لإعطاء المثقفين نوعا من الاستقلال النسبي كجماعة اجتماعية"⁽²⁾. وهذا ما يعاني منه المثقف الجزائري، إذ لم يجد وسطا يوفر له الوحدة والقوة مثل وزارة الثقافة، أما الواقع عكس ذلك ما جعله أكثر انعزالا عن المجتمع.

كما قام **علي السعدي** بتعريف المثقف من خلال تقسيم المفهوم ضمن مستويات ثلاث، المثقف والمنظر والمفكر.

المثقف: يمكن تعريفه بأنه الذي يعرف شيئا من كل شيء، أو (المطلع) وتقع مادة اشتغاله الأساسية في إطار (الرأي) أو القول.

المنظر: وهو من يمتلك القدرة على فهم الفكرة المعرفية وضمها ومن ثم شرحها منهجيا، ويمكن تسميته ب(العارف)، أما

مادته، فتقع في مستوى (الخطاب).

المفكر: ذلك الذي يستطيع إنتاج الفكرة المعرفية وصلقلها وتطويرها، أو تجاوزها لإنتاج فكرة أرقى، وهو ما يطلق عليه (المعرفي)،

وهذا النوع من المثقفين يكون نادرا في أيما مجتمع لأن ما عنده من خصوصية إنتاج الفكر، ينبع أساسا من موهبة ذاتية وقدرة قد تصقل وتتطور، لكنها لا تكتسب⁽³⁾. وهناك مجموعة من الصفات التي تتوفر في المثقف، وقد حددها **يحيى محمد** في أربع عناصر وهي كالآتي:

- يتصف المثقف بأنه ذو قدر واسع من الإطلاع والمعارف الفكرية المتنوعة، وبالتالي فإن مفهوم المثقف يقف في مقابل مفهوم المختص نسبيا. أما المثقف فصاحب معارف لا تتحدد بموضوع معين بالذات.

- إن إطلاع المثقف الواسع يؤهله لأن يمتلك القدرة على الإدراك النظري فهما وتأسيسا. أي أنه يمتلك المقدرة على فهم ما يُطرح من النظريات الفكرية العامة.

- إن معارف المثقف مستمدة في الأساس من النظر والإطلاع على شؤون الواقع وممارسة التحليل العقلي. وبالتالي فإن المثقف ذو مقدرة عالية على النقد والتفكير والتمييز بين الآراء التي لها علاقة بالواقع ومجرى الأحداث العامة.

- ينصب اهتمام المثقف على قضايا المجتمع، باعتباره كائنا معرفيا فاعلا⁽⁴⁾.

لا يوجد جدال حول الصفات المتوفرة في المثقف، لكن الظاهرة المنتشرة في مجتمعنا هي اختباء الكثير منهم وراء أسوار الجامعات، أو الاكتفاء بمهن تغطي احتياجاتهم الضرورية، رغم الكفاءة التي يتمتعون بها لتطوير مجتمعهم، والاشتغال في مهنتهم الحقيقية وهي نقد السلطة.

3/ أنواع المثقف والنخب:

لقد قسّم المثقف إلى عدة أصناف وذلك حسب مهنته ودوره، أو حسب إيديولوجيته وتوجهه الفكري، والبعض الآخر يصنفه

حسب ولائه.

¹ - علي حرب، الفكر والحدث: حوارات ومحوار، دار الكونز الأدبية، بيروت: لبنان، الطبعة الأولى، 1997، ص 135.

² - طوني بينيت وآخرون، مفاتيح اصطلاحية جديدة- معجم مصطلحات الثقافة والمجتمع-، مرجع سابق، ص 588.

³ - علي السعدي، المثقف العراقي .. طموح التغيير .. فردانية السلوك، صحيفة المثقف، تصدر عن مؤسسة المثقف العربي، العدد 3999، بتاريخ: 17. 08. 2017.

⁴ - يحيى محمد، المثقف العربي وبناء الواقع الحديث، صحيفة المثقف، تصدر عن مؤسسة المثقف العربي، العدد 3999، بتاريخ: 17. 08. 2017.

1/3- المثقف السلطوي:

يقول سعيد خطيبي حول هذا النوع من المثقفين أنه "في العقدين الماضيين، تركزت في الجزائر صورة «المثقف السلطوي»، الذي يدافع عن السلطة المهيمنة، بالكلام أو بالصمت، على حساب المثقف المستقل، الذي تقلصت أعداد المنتسبين إليه كثيراً، هذا المثقف السلطوي الذي قد يندد بما يحدث في غزة، لكنه لا يندد بفظاعات النظام الحاكم في بلده، قد يتضامن مع أطفال الشوارع في هونغ كونغ، لكنه لا يدين الممارسات الأحادية التي تصرّ عليها السلطة الحاكمة في بلده الأم"⁽¹⁾. هذا النوع من المثقفين هم فئة انتهائية كل أهدافها الوصول إلى مناصب في السلطة، وكثيرة هي الأمثلة حول أساتذة جامعيين انتهجوا هذه الإستراتيجية ونجحوا في الوصول إلى قبة البرلمان أو وظائف عليا.

2/3- المثقف النقدي الحدائي:

يعرفها رشيد الحاج صالح على أنها "الفئة الأقرب إلى الواقع المعاش والأكثر انشغالا بالثورة، تتعاطى مع المسائل النظرية والإيديولوجية ولكن دون أن يفقدها ذلك التركيز على النظام من حيث أنه هو أصل البلاء، وعلى الثورة من حيث أنها هي الطريق الوحيد المتاح للخلاص. وعموما تتصف هذه الفئة بإيجابيتها في التعامل مع الشأن العام، وإيمانها بمصالح الفئات المهمشة، وبتبنيها قضية الحرية بوصفها غاية بحد ذاتها ويستحقها جميع الناس بدون استثناء"⁽²⁾. أما هذه الفئة فتعد على الأصابع بسبب تهميشها وعزلها، وأصبح دورها ومهمتها تتعرض لضغوطات من النظام السياسي، خاصة عندما يتعلق الأمر بالمواضيع السياسية ونقد السلطة.

3/3- المثقف العمومي: (Public Intellectual)

كما عرفه عزمي بشارة "هو المتخصص صاحب الثقافة الواسعة الذي يكتب وينتج بلغة مفهومة للعموم عن قضايا تهم المجتمع والدول بشكل عام. وقد تتوسط أحيانا بين البحث العلمي وجمهور المستمعين والقراء إذا توافر فضاء تواصلية عقلاني"⁽³⁾. هذه الفئة من المثقفين موجودة في كل المجتمعات، ويناقشون جميع المواضيع في السياسة والمجتمع والاقتصاد والثقافة وغيرها من المواضيع التي تشغل الدولة والمجتمع.

كما قسم غرامشي المثقفين إلى نوعين، المثقف التقليدي والمثقف العضوي:

4/3- المثقف التقليدي: (Traditional Intellectual)

مثل رجال الدين، والإداريين والعلماء ممن يواصلون أداء العمل نفسه من جيل إلى جيل. إلا أن هذه الفئة تجدها مرتبطة كثيرا بالسلطة لأنها توفر لها الوظيفة والراتب، ودائما ما تعمل على إعطاء صورة جيدة عن النظام.

5/3- المثقف العضوي: (Organic Intellectual)

يضم المفكر والعنصر المنظم في طبقة اجتماعية أساسية معينة، وكان غرامشي مؤمنا بأن المثقفين العضويين يشاركون في المجتمع بنشاط، أي أنهم يناضلون باستمرار لتغيير الآراء⁽⁴⁾. هذا التنوع في بنية المثقف في فكره وتكوينه وفلسفته وتخصصه، هو غنيمة للمجتمع والسلطة لخدمتهما والمشاركة في عملية التنمية وتطوير الفرد والمجتمع. بعيدا عن صراعه مع السلطة وإشكالية هوية المثقف، خاصة وأن الجزائر تمر بأزمة سياسية واقتصادية حادتين، قد تعصف باستقرار البلاد وأمنه في

¹ - سعيد خطيبي، أحزان المثقف الجزائري، جريدة الخبر، 2016/05/21. تصفح الموقع بتاريخ: 2017/9/07.

الموقع الإلكتروني: <https://www.nafhamag.com>

² - رشيد الحاج صالح، تفاعل المثقفين السوريين مع الثورة السورية بين الواقع والمأمول، معهد العالم للدراسات، 2017-2-8، ص 2.

³ - عزمي بشارة، عن المثقف والثورة، مرجع سابق، ص 6.

⁴ - أفراح جاسم محمد، صورة المثقف العربي في ذهنية الواقع (قراءة في سوسيولوجية الواقع المقهور)، مجلة إضافات، العددان 20 و 21 خريف وشتاء 2012-

2013، ص 36.

ظل موجة "الربيع العربي" التي هدمت الكثير من الأنظمة والمجتمعات. يجب الاستثمار في المثقف الأكاديمي وإعطائه فرصة ليكون فاعلا وناقدا ومفكرا في ظل السياسات الفاشلة.

4/ أزمة المثقف:

يعيش المثقف مجموعة من الصراعات الداخلية، المتمثلة في إشكال الهوية وتكيفه مع تقاليد مجتمعه، وصراعات خارجية، سواء من حيث إلمامه ونقده لمشاكل مجتمعه والنظام الحاكم أو لتحقيق دوره وذاته. إشكالات تعيشها النخبة المثقفة عموما والعربية خصوصا، لما تعيشه البلدان العربية من تحولات وتغيرات في نظامها السياسي والاجتماعي.

من خلال هذه الحقيقة نرى أن أزمة المثقف تكمن في أهمية لعب أدوارها، وهذا ما ذهب إليه علي حرب حول مسألة أزمة المثقف، حين قال أنها "أزمة جهل المثقفين بالواقع المراد تغييره، فضائحهم اللاديمقراطية داخل قطاعهم الخاص، إفلاس مشاريعهم النضالية في التنوير والتحرير، أو في التغيير والتحديث، باختصار فقدان المصادقية الفكرية وانعدام الفاعلية المجتمعية والسياسية. بل يمكن القول بأن المثقف لم يناضل، منذ عقود، إلا لكي يثبت تعثر مشاريعه، أو فشل أفكاره ومشاريعه"⁽¹⁾. وذلك الفرق بين المثقف العربي والغربي، ومدى تأثيرهم في مجتمعاتهم، حيث يتهم الأول بالتقصير والانزواء، "نعم لم يؤت المثقف العربي أن يلعب الدور الذي لعبه نظيره في الغرب، ولم يشارك في صناعة الرأي العام وصوغ الوعي الجماهيري اللازم لتطوير حياة فاعلة كريمة تعيد للأمة دورها التاريخي، وتمكنها من التأثير في مجريات الأحداث محليا وعالميا"⁽²⁾. ثم يطرح المؤلف تساؤلا على أن المثقف الغربي، الفاعل والمشارك في الحياة الاجتماعية والسياسية، يختلف عن زمن المثقف العربي الذي يبقى يصارع تحديات كثيرة، تمنعه من المشاركة الحقيقية.

والمثقف الجزائري اختار موقعا يتناسب والأوضاع المحيطة به، حيث أن غالبيتهم فضلوا العمل الأكاديمي والبحث العلمي. والكثير منهم يرجع سببه إلى الفساد والتسيب الذي طال جميع الميادين، الاجتماعية والثقافية وخاصة السياسية. والقلة التي اندمجت في العمل السياسي والإصلاحي، غلب عليها الطابع السياسي في عملها، ووجدت نفسها تنسلخ من النخبة المثقفة الأكاديمية إلى النخبة السياسية، وهذا يؤثر كثيرا على مبادئها وإيديولوجيتها التي جاءت من أجل تحقيقها. حيث يجد المثقف نفسه في صراع داخلي في تحديد منهج يحدد بقاءه في الساحة السياسية التي تعرف منافسة كبيرة، في ظل دخول رجال الأعمال في اللعبة السياسية (المال الفاسد)، أو الحفاظ على مرجعيته الأصلية المتمثلة في النخبة المثقفة. وهناك فئة مثقفة أخرى اختارت العمل الحر المتمثل في الكتابة، معتمدة على الصحافة المكتوبة لنشر أفكارها، سواء لنقد فكر أو وضع معين وكثيرا ما يكون بطريقة غير مباشرة ومشفرة، رافضة العمل في الجامعة أو الانخراط في السياسة ولها أسبابها.

إن أزمة المثقف الجزائري انتقلت إلى اللغة، بين المعربين والمفرنسين خاصة بعد الاستقلال، أنتجت الكثير من الصراعات ووزعت المثقف على قطاعات لاعتبارات لغوية. "فالازدواجية اللغوية هي خصوصية من خصوصيات المجتمع الجزائري كما هو معروف، فهو يعيش انكسارا وقطيعة لغوية داخل النخبة، نخبة معربة ونخبة مفرنسة، وطبيعة هذه العلاقة بين المثقفين الجزائريين قد أدت بعد تعريب الجامعة إلى الوصول لصيغة توفيقية رعتها الدولة، لم تحسم الخلاف والاختلاف وإنما حددت مجال لكل فئة، الثقافة والإعلام والتعليم للمعربين، والصناعة والفلاحة والهياكل القاعدية للمفرنسين، باختصار مهندسون مفرنسون وعقائديون معربون"⁽³⁾. رغم مرور عقود على سياسة التعريب التي انتهجتها الدولة، إلا أن الصراع ما زال موجودا بين المثقف المعرب والمفرنس، في الكثير من التوجهات الفكرية التي يُتهم فيها المعرب بالرجعية، ويُتهم المفرنس بميوله إلى الامبريالية الرأسمالية المعادية للإسلام وخيانة الوطن والمثقف. هذه الوضعية أثرت في هوية المثقف

¹ - علي حرب، الفكر والحدث: حوارات ومخاور، مرجع سابق، ص 136.

² - أحمد موصلي ولؤي صافي، جذور أزمة المثقف في الوطن العربي، مرجع سابق، ص 96.

³ - عمار بن طوبال، المثقف الجزائري وخطاب الأزمة، مدون، 11 سبتمبر 2011. تصفح الموقع بتاريخ: 2017/09/05.

الموقع الإلكتروني: http://koutama18.blogspot.com/2010/09/blog-post_8935.html

الجزائري بين المثقف بالعربية والمبادئ الإسلامية، والمثقف المتأثر باللغة الفرنسية والفكر الغربي. وكثيرا من الأحيان وَصَفَ هذا الأخير المثقف العربي بأنه لا يقرأ ومثال ذلك الروائي رشيد بوجدر الذي أتهم المعربين بعدم القراءة.

5/ تهميش النخبة المثقفة في الجزائر:

يعيش المثقف الجزائري كغيره من المثقفين في العالم، موجة من التحولات السياسية والاجتماعية التي أثرت على جميع مجالات الحياة، ثقافية وعلمية وتكنولوجية. ونشاط النخبة المثقفة لا ينفصل عن الفعل السياسي، من هنا تتصادم المصالح بين نخبة تكشف عن الحقائق وتحللها، في فضاء علمي ومعرفي ليس له حدود، وبين السياسي الذي غالبا ما يكون جزءا من السلطة تتملكه غرائز السيطرة والتحكم والدفاع عن مكاسبه السياسية. "المثقف الجزائري مخير اليوم بين أداء مهنته في القراءة والفهم، وتعبيد الطريق أمام أشكال التفاهم والحوار في بلد لا يزال يبحث عن ذاته، ويتفقد ضميره وذكرته أو يتحول إلى مجرد آلة لإضفاء الشرعية في أيادي مدبري مصائر المجتمع الجزائري"⁽¹⁾. يرى محمد شوقي الزين أن المثقف الجزائري مخير بين القراءة والفهم للواقع، دون تخطي الحدود الحمراء التي تضعه في صدام مع السياسي (السلطة)، أو مسايرة التيار الحاكم في تبييض أفعاله وتصرفاته اليومية. ويقول أيضا "أن المثقف ما زال حاضرا بكثافة وبقوة في معارك وساحات النضال، لكنه غائب في مجال التحليل والتشخيص الدقيق للمسائل والمشاكل السياسية والاجتماعية، بحيث يكون موضوعي ومحيد. ما عدا قلة من المثقفين أمثال محمد أركون ومحمد حربي والهوارى عدي، الذين انخرطوا في الميدان المعرفي بدون حسابات فكرية وسياسية غير بناءة"⁽²⁾. ينقسم المثقف في الجزائر إلى نوعين أساسيين، مثقف فاعل وآخر منعزل، النوع الأول من المثقفين قلة قليلة، انخرطت في التفكير حول المسائل السياسية والاجتماعية المعقدة، أما النوع الثاني من المثقفين فقد انعزل عن ممارسة مهمته، التي تحلل وتناقش الإشكالات الكبرى بالتفكير والنقد الاستراتيجي. "صار هذا المثقف، مع الوقت، مبتذلا، لا يختلف عن غيره من فئات المجتمع الأخرى، وعرف السياسي كيف يقرّم من حجم المثقف، ويجعل منه تابعا، وقبل المثقف نفسه الدور الثانوي الذي وُضع فيه، هكذا راح يقتات من فئات السلطة، ويُدافع عنها.. خوفاً منها، دفاعا عن مصالحه الذاتية وطاعة لها"⁽³⁾. هي إستراتيجية السلطة من أجل التحكم في الوضع العام، هدمت منظومة المثقف بالترهيب والترغيب، لأنها تعلم قوة النخبة المثقفة فعملت على احتواء المناصب وهي اخطر تبعية يسقط فيها المثقف، فلا يستطيع التخلص منها باعتبارها مصدر رزق، مثل المدرسين الجامعيين والصحفيين همهم الوحيد الحفاظ على الراتب. كما قال الأديب والإعلامي حمري بحري "السلطة لها دور في الموضوع فهي تريد أن يكون المثقف تابع لها ويمثلها كواجهة وتحارب الجرأة والأفكار المغايرة والجودة داخل العمل الثقافي ونجد هناك مجازر مرتكبة من طرف وزارة الثقافة التي ينبغي أن تكون البيت الذي يشع على المثقفين"⁽⁴⁾. يعيش المثقف الجزائري تهميشا ممنهجا واستراتيجيا وسياسيا، نتائجه صارت واضحة في ظل التحولات السياسية والاجتماعية الخطيرة، وداخل منظومة اجتماعية تكاد تنفجر واقتصاد متدهور ومشاكل بالجملة، في هذه الأوضاع يغيب المثقف الذي من المفروض هو أول من يتدخل في دراسة المشكل، وتحليله ونقد وإعطاء الاقتراحات الضرورية.

6/ دور النخبة المثقفة:

دور النخبة إشكالية قديمة وجد معقدة تختلف حدتها من مجتمع إلى آخر، ففي المجتمعات الديمقراطية المتقدمة الموضوع اقل تعقيدا، لان المثقف لديه حيز من الحرية للكتابة والنقد والتفكير والمشاركة في مجالات الحياة المختلفة، كل هذا مضمون بقوة القانون. أما في المجتمعات التي تعمل للوصول إلى الديمقراطية، يجد المثقف نفسه أمام نظام سياسي يكبح من عزيمته، سواء بالعنف الرمزي أو المادي، وهناك ظروف أخرى تحد من دوره مثل إشكالية الهوية والمشاكل الاجتماعية.

¹ - محمد شوقي الزين، إزاحات فكرية: مقاربات في الحداثة والمثقف، منشورات الاختلاف: الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 106.

² - نفس المرجع، ص 104.

³ - سعيد خطيبي، أحزان المثقف الجزائري، مرجع سابق.

⁴ - حمري بحري، المثقف الجزائري جبان... وهو الذي غيب نفسه، ندوة الشروق أون لاين، 2014/05/01، عدد 6917، ص 15.

يبقى دور المثقف يختلف من طبقة إلى أخرى، أو من مثقف إلى آخر. إلا أن غالبيتهم يتفقون على أن الدور الأساسي هو نقد النظام السياسي. كما يقول البروفيسور لخضر معقال في حوار مع الجزائر 24، "أكد للمثقف دور، أولا حسب إمكانياته وإمكانات توظيف عمله ومعرفته وعلاقاته بالمجتمع وبالسلطة وبالأوساط التي تهتم بالأخبار، ودور المثقف في الحالة الراهنة هو فرض فتح المجال لمناقشة القضايا السياسية والاجتماعية والثقافية دون استثناء، مثل الانتخابات الرئاسية والتعديل المتكرر للدستور"⁽¹⁾.

كثيرا ما ينحسر دور المثقف في نقد وتحليل المشاكل الاجتماعية والسياسية، إلا أن المثقف كثيرا ما يتناسى المجال الاقتصادي وهو نسق من الأنساق العامة، التي تتشابك مع بعضها البعض. يقول رشيد بوجدره في هذا المقام، "عندما نحلل الأحداث السياسية التي عاشتها الجزائر منذ عشر سنوات، نجد أن العنصر الاقتصادي يكاد يكون مفقودا خاصة عند المثقف الذي أصبح يتحدث ويحلل ويناقش كل الأمور، إلا ما هو اقتصادي منها فنجد أنه يضع "الديمقراطية" كعنصر أساسي وأولوي في كل مناسبة، كما يطرح ويكرر طرح عنصر "الحريات" وعنصر "حقوق الإنسان"⁽²⁾. إذا على المثقف أن يكون موجودا ومفكرا وناقدا ومحللا في جميع الجبهات، لا ينحصر دوره وصراعه في الإشكاليات الاجتماعية والسياسية فقط، خاصة الظرفية منها مثل الانتخابات السياسية. ونحن نعلم أن العلاقة بين الاقتصاد والسياسة جد متداخلة ومتلاحمة كأشياء نسق واحد، ومتتبع للأحداث السياسية الأخيرة في الجزائر، يلاحظ ذلك الصراع الذي حدث بين رئيس الوزراء "عبد المجيد تبون" و"علي حداد" رئيس منتدى رجال الأعمال، الذي انتهى بفوز الأخير وإنهاء مهام الأول.

يبقى دور المثقف ضروري ومهم في جميع المجتمعات، سواء كانت ديمقراطية أو ديكتاتورية، متقدمة أو متخلفة، لان وجوده حتمي وهو الوحيد الذي يجمع في فكره بين الماضي والحاضر والمستقبل. إذ لا يمكن تصور وعي الذات القومي بدون الدور الذي يلعبه المثقف على حلبة وجودها التاريخي سواء من خلال تأسيس مرجعياتها الروحية والثقافية أو من خلال اجتهاده الحر في كشف فضائلها ورذائلها. وهو ذات الدور الذي يجسده في مواقفه الاجتماعية، فالمثقف الحقيقي هو موقف اجتماعي دائم. وفي هذا يكمن مضمون وظيفته السياسية، فهو يؤثر فيها من خلال إبداعه الحر ومواقفه الاجتماعية. انه يصنع ويؤسس المضمون الاجتماعي للسياسة عبر وضعه الدائم على ميزان الحكم الأخلاقي والجمالي⁽³⁾.

وتذهب جميع الأطياف إلى أن وظيفة الجوهريّة للنخبة المثقفة، هي تلك العلاقة بينه وبين السلطة في نسق نقدي لكل مخرجات النظام السياسي، من قوانين وتشريعات التي تنعكس على حياة الفرد والمجتمع. "من هنا ينكشف الدور الكبير الذي يلعبه المثقف (المبدع بصفة عامة)، بتطبيق النقد الذاتي على فكره وإسقاطه (المنهج) على المؤسسات التشريعية، لتمحيص الدساتير والقوانين والمشاريع السياسية للأحزاب، وتحفيز الأفراد على القيام بنفس الدور"⁽⁴⁾. كما يقول مانهايم Mannheim هنا "نفهم مهمة المثقف في تحقيق التنوير والحداثة بمصطلحات بطولية، هذه الصورة عن المثقفين غير الملتزمين"⁽⁵⁾. يرى أحسن مانع وهو أستاذ بجامعة عنابة أنه، "يقترح البعض وصفة النقد المزدوج الذي يتحقق في ظل الظروف العادية بنقد المجتمع من جانب ونقد السلطة من جانب آخر، ويتم نقد المجتمع بطريقة صحيحة فيما وراء تدوين الملاحظات النقدية وكشف ظواهر التأخر التاريخي أو سبر أغوار أسباب الخلل ... أما نقد السلطة فيتأسس على

¹ - لخضر معقال، حول المثقف والسلطة، حوار مع الجزائر 24، 23 ديسمبر 2013. تصفح الموقع بتاريخ: 2017/09/10.

الموقع الإلكتروني: <http://aljazair24.com/interviews/5734.html>

² - رشيد بوجدره، المثقف والحريات، جريدة الخبر، 28 ماي 2014. تصفح الموقع بتاريخ: 2017/09/15

الموقع الإلكتروني: <http://www.elkhabar.com>

³ - ميثم الجنابي، المثقف والسلطة وفكرة الانتخاب العراقي، صحيفة المثقف، تصدر عن مؤسسة المثقف العربي، العدد: 3999، 30.03.2014. الموقع

الإلكتروني: <http://www.almothaqaf.com/h/h14/86025-2014-03-30-10-47-00>

⁴ - حمودة اسماعيلي، أي تأثير للمثقف في الانتخابات السياسية؟، صحيفة المثقف، تصدر عن مؤسسة المثقف العربي، العدد: 3999، 30.03.2014.

⁵ - طوني بينيت وآخرون، مفاتيح اصطلاحية جديدة- معجم مصطلحات الثقافة والمجتمع-، مرجع سابق، ص 587.

مبدأ الترفع التحزب "الشوفي" ، إذ إن السياسة ملكية عامة يشترك جميع الناس في حق حيازتها، هذا المبدأ الذي يساعد على الوقوف عند المسافة الصحيحة بين ممارسة السياسة، لتغيير واقع المجتمع من حال إلى حال أفضل وبين الانتماء الحزبي⁽¹⁾. صحيح أننا نحتاج إلى مثقف مفكر في القضايا الاجتماعية والسياسية، وهم قلة في مجتمعنا أما أنهم يعيشون حالة اغتراب، وصراع هوياتي أنتجته مجموعة من الظروف. أصبح المثقف مجرد متخصص في مجال واحد، وكأن الثقافة والاقتصاد لا يرتبطان بالسياسة والمجتمع. خاصة ما تعلق بالسياسة كثيرا ما نجد ذلك المثقف الذي دخل عالم السياسة، أنه تخلى عن المعايير المتعارف عليها لدى الطبقة المثقفة.

بوجه عام يتفق الكتاب والمفكرين أن تراجع دور المثقف، يرجع إلى مجموعة من الأسباب، منها ما هو متعلق بالمثقف وعدم إلمامه الكامل بثقافة مجتمعه والتحول والتغيرات المستمرة داخله، وكثيرا ما ينشغل بفهم ونقل الثقافة الغربية ومحاولته من أجل تكييفها وإسقاطها على مجتمعه الأصلي. مما يجعله في حالة صراع واغتراب، وهذا يتضح كثيرا في كتاباتهم وتوجهاتهم الفكرية. وهناك أسباب اجتماعية واقتصادية صعبة تعيشها النخبة المثقفة، مما ينعكس على مهنتهم الحقيقية المتمثلة في النقد والتفكير والكتابة. فمنهم من يمتحن أعمال تتنافى مع صورة المثقف، وبعضهم يتقرب من السلطة لتحسين وضعيته، رغم النقد الذي سيوجه إليه من المثقفين، على أنها خيانة وصراع في الهوية للوصول إلى مناصب في السلطة.

وهناك الكثير من الأسباب التي تدل على تدهور دور المثقف، فنجد د. علي الدين هلال يرى أن أسباب الأزمة تتمثل في، "مشكلة انقسام الجماعات الثقافية إلى جماعتين، جماعة ذات تعليم ديني وأخرى ذات تعليم مدني، مما يؤدي إلى الاغتراب الفكري. إلى جانب مشكلة العلاقات مع السلطة، وأزمة التعبير ومشكلة العلاقة مع المجتمع الذي ينتمي إليه"⁽²⁾. من خلال تتبع التحولات الاجتماعية في المجتمعات العربية، تبقى إشكالية العلاقات مع السلطة من أبرز وأعقد المسائل، لأن النظام السياسي متحكم في النخبة، سواء بعزلها أو إدماجها داخل السلطة. مما نتج عنه إشكالية حرية التعبير وأصبح المثقف مقيدا من طرف النظام وجهل المجتمع. صراع السلطة والمثقف صراع قديم جديد، ترتفع وتنخفض حدته حسب الظروف وحسب تمسكه بمهنته وهي نقد سياسات النظام.

7/ دور المثقف الأكاديمي الجزائري:

مرت الطبقة المثقفة في الجزائر بمراحل عديدة، أهمها مرحلة الاستعمارية أثناء الثورة التحريرية، ومرحلة الاستقلال حيث تأثرت بالتحولات العالمية الإيديولوجية المختلفة. الطبقة الأولى قسّمها **عمار بن طوبال**، إلى فئتين مختلفتين فكريا ولغويا وإيديولوجيا. "فئة المثقفين الإصلاحيين: وهي الفئة التي ينضوي تحت لوائها غالبية كتاب جمعية العلماء المسلمين الجزائريين" وهم كتاب اللغة العربية من صحفيين وشعراء وكتاب مقالات اجتماعية ودينية.

فئة المثقفين المفرنسين: وهي الفئة التي آمنت بقيم الثورة الفرنسية نتيجة تعلمها في المدرسة الفرنسية، كما آمنت بالحدثة كنقيض للبنى الأصلية التقليدية للمجتمع الجزائري، وهذه الفئة قد آمنت إيمانا قاطعا بأن الجزائر يمكنها أن تندمج في الدولة الفرنسية بفضل قيم الحرية والمساواة والأخوة⁽³⁾. عاشت فئة المثقفين قبل الاستقلال صراعا مع بعضها البعض، صراع متمثل في الأساس على إشكالية الهوية، منهم من هو متمسك بجذوره وأصله، والفئة الأخرى تتبجح بتكوينها الامبريالي الفرنسي. هذا الاختلاف والصراع بقي مستمرا حتى بعد الاستقلال، سواء في إشكالية العلاقة بين المثقف والسلطة أو المسألة اللغوية (المثقف المعرب والمفرنس ومزدوج اللغة). إلا أن الفئة المتشعبة بالقيم الإسلامية والعربية لعبت دورا مهما في استقلال الجزائر، حتى بعض متشبعين بالثقافة الفرنسية دافعوا عن القضية الوطنية.

¹- أحسن مانع، أي دور للمفكر في العالم العربي (الجزء الثاني)، جريدة الخبر: يومية وطنية جزائرية، 2 ديسمبر 2016، ص 6.

²- عبد الفتاح العلمي، واقع ومستقبل المثقف العربي في ظل التحديات التي تعيشها البلاد العربية، تحديات المجتمع العربي، ص 164-165.

³- عمار بن طوبال، المثقف الجزائري وخطاب الأزمة، مرجع سابق.

لكن ما يهمنا أكثر هو دور النخبة المثقفة في وقتنا الحالي، من خلال التغيرات والتحولات الاجتماعية والسياسية الموجودة في المجتمع الجزائري، إذ يمكننا القول: ما هو الدور الحقيقي للمثقف داخل هذه المنظومة الضبابية؟. يقول الدكتور إسماعيل مهنانة في هذا الخصوص "يبدو لي، شخصيا، أنَّ جبهة حضور المثقف النقدي في بلادنا، يجب أن تتمحور حول نقد الشرعيات المختلفة، التي يتلفع بها الواقع الشامل بكل أوجهه. وهي شرعيات تاريخية وسياسية وثقافية ورمزية، ينهل منها التسلط غير الديمقراطي"⁽¹⁾. في ظل هذه الدعوات المستمرة لتحديد دور النخبة المثقفة، خاصة نقده للسلطة وكبح تسلطها، نجد في الجانب الآخر أن المثقف لا يملك وسائل وليس لديه الإلمام الكامل لما يدور من حوله، من قضايا سياسية واجتماعية وحتى الاقتصادية الكبرى التي تعيشها الجزائر. كما يقول علي شريعتي حول مسؤولية المثقف أن "أعظم مسؤوليات المفكر في مجتمعه هي أن يجد السبب الأساسي والحقيقي لانحطاط المجتمع، ويكتشف السبب الأساسي للركود والتأخر والمأساة بالنسبة لمواطنيه وجنسه وبيئته، ثم يقوم بعد ذلك بتنبية مجتمعه الغافل الغائب عن الوعي إلى السبب الأساسي لمصيره وقدره التاريخي المشؤوم، ويبيد مجتمعه الحل والهدف وأسلوب السير الصحيح"⁽²⁾. إلا أن هذه الفئة المفكرة ذات الضمير الحي والفكر المنفتح، أصبحت جد قليلة في مجتمع يعاني في جملة من المشاكل بسبب الفساد السياسي، وسيطرة العسكري على الحياة السياسية. كما يقول ادوارد سعيد عن المثقف في كتابه صور المثقف، "لا يعني دوما أن يكون المثقف ناقدا لسياسة الحكومة، بل أن يرى في المهنة الفكرية حفاظا على حالة من اليقظة المتواصلة ومن الرغبة الدائمة في عدم السماح لأنصاف الحقائق والأفكار التقليدية بأن تسير المرء معها"⁽³⁾. إذا مهمة المثقف لا يجب أن تقتصر على نقد السلطة مهما كانت فاسدة مانعة للحريات، بل أن تكون حريصة على عدم تغلغل أفكار هدامة للمجتمع، خاصة في المجتمعات التي تسعى للوصول إلى الديمقراطية. في ظل عدم تخطي المفاهيم التقليدية القديمة ملتصقة في ذهن الفرد العربي، هي أفكار تحتاج إلى إعادة الطرح في ظرف تتسارع فيه الأحداث وتتجدد فيه الأفكار.

وقد شهدت الساحة السياسية والاجتماعية في الآونة الأخيرة مجموعة من التحولات والتغيرات، أما سياسيا بقيت المسائل الرئيسية مطروحة وبدون تغيير مثل تحديد العهديات الرئاسية وحرية التعبير والإعلام، ودور المؤسسات مثل البرلمان بغرفتيه، وتهميش النخبة الأكاديمية للعب دورها والمساهمة في تنمية المجتمع. اجتماعيا انخفاض المستوى المعيشي بسبب تدهور الأوضاع الاقتصادية، أثرت على أفراد المجتمع والمثقف الأكاديمي، والتحلال خلقي انتشر في المجتمع أصبح ظاهرة خطيرة يجب دراستها، وهجرة غير شرعية، وفساد سياسي واقتصادي. "إن هذه التحولات قد أصابت النخبة الأكاديمية بصدمة أدت إلى عدم مساهمتها لهذه التغيرات، وبالتالي انعكست على تواجد هذه الفئة التي أصيبت بالتشظي والتفكك، بل والانسحاب من التأثير في الحياة العامة والغياب المبرر أحيانا وغير مبرر أحيانا أخرى. وهكذا شهدنا غياب للنخبة المثقفة التي أثار انسحابها تساؤلات عديدة خاصة مع اتهام منائيتها لها بأنها أصبحت خاملة، وغير قادرة على تبوء مكانتها المطلوبة منها، والواقع يؤكد بأن هذه الفئة قد أصيبت بصدمة حضارية نتيجة لعدم مقدرتها على التكيف والتماشي مع المتغيرات الجديدة"⁽⁴⁾. لكن هل يمكن القول أن هذه الظروف هي حجة يستند عليها المثقف الأكاديمي لتبرير جهوده وحياده وانعزاله داخل زوايا الجامعة، وترك الساحة لشبه مثقفين يحللون الوضع المتعفن وهم لا يمتلكون المعرفة الكافية للمجتمع، ولا يمتلكون ملكة التفكير والتحليل البناء الاستراتيجي.

¹ -أحمد دلباني، ندوة تحت عنوان: المثقف الجزائري والمشروع الراهن عندما تعوّض الثروة المشروع الفكري، جريدة الخبر، 18 مارس 2015. تصفح الموقع بتاريخ: 2017/09/12.

الالكتروني: الموقع http://maglor.fr/maglor/index.php?option=com_k2&view=item&id=5669:2015-03-17-23-08-24&Itemid=126#sthash.cIFecQJY.eHQYfVP.dpbs

² - علي الشريعتي، مسؤولية المثقف، ترجمة: إبراهيم الدسوقي شتا، دار الأمير، سلسلة الآثار الكاملة (28)، الطبعة الثانية، سنة 2008، ص 129-130.

³ - ادوارد سعيد، صور المثقف، ترجمة: غسان غصن، دار النهار للنشر، بيروت، سنة 1994، ص 37-38.

⁴ - كبار عبد الله، المثقف الأكاديمي وإشكالية الهوية، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية (عدد خاص الهوية والهالات الاجتماعية في ظل التحولات السوسيوثقافية في المجتمع الجزائري)، ص 392.

يبقى غياب المثقف الأكاديمي عن الاستحقاقات الانتخابية سمة بارزة في سيرته التاريخية، فمنذ الاستقلال نجد الأكاديمي إما غائبا أو مغيبا عن الحياة السياسية بصفة كبيرة. حتى انتماءه للأحزاب السياسية يبقى ضعيفا بصفة تستدعي التساؤل، حول هذا النفور من السياسة والمشاركة في الانتخابات بصفة خاصة، لأن الانتخابات هي صورة من صور تمثيل المثقف الأكاديمي وإبرازه وفتح المجال أمامه للعمل السياسي، وتنمية المجتمع لما يمتلك من مؤهلات علمية وأكاديمية. حتى لا يبقى منشغلا بالمجال النظري، تاركا السياسة لأفراد لا يمتلكون الثقافة السياسية ولا المعرفة العلمية.

8/ المثقف الأكاديمي والعنف السياسي:

كثيرة هي تعاريف مفهوم العنف السياسي، إلا أن غالبية المختصين والعلماء يؤكدون على أن العنف يصبح سياسيا، إلا إذا ارتبط بالسياسة لتحقيق أهداف وغايات سياسية.

مفهوم العنف السياسي:

يعرفه عالم الاجتماع الأمريكي **H.Nieburg** "هو أفعال التدمير والتخريب وإلحاق الأضرار والخسائر التي توجه إلى أهداف أو ضحايا مختارة أو ظروف بيئية أو وسائل أو أدوات"⁽¹⁾. وتواجه النخبة المثقفة في جميع المجتمعات صراعا مع النظام الحاكم، وتختلف حدة الصراع والاختلاف بينهما من دولة إلى أخرى، وذلك حسب طبيعة النظام الحاكم، فهناك أنظمة ديكتاتورية وعسكرية وهي الأخطر، ولها تاريخ اسود في تنظيم اغتالات سياسية لشخصيات مثقفة بارزة. حتى الأنظمة الديمقراطية والتي تدعي حرية التعبير والرأي مثل الدول الغربية، تمارس العنف السياسي المقنن مثل الاعتقالات التعسفية ومنع الاحتجاجات.

كما أن العنف السياسي ضد الطبقة المثقفة لا يكون من الأنظمة الحاكمة فقط، حتى الجماعات المتطرفة والإرهابية تمارسه، وتعتمد أسلوبا للضغط على السلطة التي تعتبرها عدوا، أو كأسلوب عنيف لإيصال صوتها وتنظيمها على المستوى الدولي. تقوم بعمليات قتل لشخصيات أكاديمية مثقفة في العالم السياسي والاجتماعي والثقافي، أو بعمليات الاختطاف وكثيرا ما يكون هدفه طلب إطلاق سراح بعض قياداتها، التي تم القبض عليها. تنوعت طرق التي استعملتها الجماعات الإرهابية المسلحة لترهيب المثقف، حيث "استعملت الجماعات التي مارست العنف منها زرع الخوف والضغط على الضحايا، وكانت هذه التهديدات تخص أساسا الجامعيين والمدرسين لإجبارهم على توقيف الدروس"⁽²⁾. ظروف القاهرة مر بها المثقف الأكاديمي وصلت لدرجة التهديد والقتل، دفعت الكثير منهم لاختيار الهجرة سبيلا آمنا لهم ولعائلاتهم، فاستقروا في الدول الأوروبية مثل فرنسا أو أمريكا وكندا. رغم أن الوضع الأمني تحسن كثيرا إلا أنهم يرفضون العودة، بسبب عدم توفر الظروف المادية والمعنوية للعمل، كما أنه لا توجد إرادة سياسية للاستفادة من هذه الكفاءات المتنوعة والمتخصصة في كل الميادين. هي سياسة اعتمدتها الكثير من الدول مثل الصين واليابان للاستفادة من كفاءاتها الموجودة في أمريكا في سنوات الخمسينيات ونجحت في ذلك.

هناك عنف آخر يتعرض له المثقف الأكاديمي في الجامعة وخارجها، عنف ناتج من الطلبة الجامعيين بسبب زيادة نقطة أو بسبب مزاج الطالب، وكثيرا ما سمعنا عن حوادث اعتداء بالضرب على المدرس، وأحيانا يصل إلى درجة القتل. أمور أصبحنا نقرأها في الجرائد عن جامعاتنا وكأنها ساحات لتصفية الحسابات. تاريخ المثقف الأكاديمي مليء بالعنف مروراً بالحزب الواحد، والعشيرة السوداء التي راح ضحيتها الكثير من المدرسين الجامعيين، أما الآن فالمثقف يتعرض للعنف بطرق جديدة من أهمها إهمال النظام السياسي له بطريقة منهجة، مما جعله لا يقوم بواجبه الحقيقي في ظل التحولات السياسية الداخلية والخارجية.

خاتمة:

¹ - بوشنافة سمسة وادم في، إدارة النظام السياسي للعنف في الجزائر 1988-2000، مجلة الباحث، العدد 03 / 2004، ص 127.

² - نفس المرجع، ص 129.

أصبح المثقف الأكاديمي الجزائري أكثر بُعدا عن السياسة بسبب مجموعة من الأسباب مثل الفساد الذي تعرفه الساحة السياسية، وسيطرة النظام الحاكم على الحياة السياسية بما يخدمها، كما أن بعض المثقفين لديهم أفكار تتناقى والعمل السياسي باعتبار أن مهمته تدفعه إلى عدم الانتماء السياسي، أسباب جعلته يتخلى عن دوره الحقيقي في نقد السلطة وحل مشاكل مجتمعه. وعليه فقد اضطدم المثقف الأكاديمي الجزائري بعنف السلطة التي تعمدت إهماله وعزله، عنف ورثه بعد الاستقلال في عهد الحزب الواحد، وزادته العشرية السوداء تطرفا. أما القلة منهم ينشطون في ظل ظروف سياسية واجتماعية واقتصادية صعبة ومعقدة، يحاولون إيجاد حلول لمشاكل انتشرت في المجتمع وأصبحت تهدد استقراره خاصة الجانب الاقتصادي والأمني، أما السياسة فهي قضايا طابو لا يمكن فتح ملفاتها، إلا بعض المثقفين الذين يتجرؤون على مناقشة مسائل سياسية محددة ولكن بتحفظ. وبالتالي؛ يبقى دور المثقف الأكاديمي مهما في المجتمع لتنميته اقتصاديا وحل مشاكله اجتماعيا ونقده سياسيا ونهوض به ثقافيا.

مفهوم السيادة في ظل المتغيرات الدولية

The concept of Sovereignty in the light of international changes

أ. جمال بن مرار، أستاذ مساعد قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

قسم العلوم السياسية،

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/09/26 – تاريخ المراجعة: 2017/12/03.

ملخص:

يتناول المقال موضوع مفهوم السيادة في ظل المتغيرات الدولية، بهدف فهم الرهانات العلمية التي تحيك بالمفهوم والإحاطة بالتطورات البحثية، واستيعاب طبيعة الصعوبات التي تعترض مآل مفهوم السيادة في إطار التحولات والتغيرات الدولية والإقليمية وبروز ظواهر تكبح السيادة الوطنية للدول منها ظاهرة العولمة، حيث الدولة حسب المفهوم الواقعي الكلاسيكي هي فاعل واحد ووحيد في العلاقات الدولية، ومع التطورات الحاصلة في المجال التقني والعلمي والتطور التكنولوجي برزت فواعل على الساحة الدولية تنافس الدولة في كثير من الوظائف التي كانت تعتبر ضمن اختصاص الدولة ولا تقبل الدولة التنازل عنها؛ ومن هذه الفواعل: الشركات العابرة للحدود أو فوق قومية، المنظمات غير الحكومية، المنظمات الحكومية، ظاهرة العولمة، الإرهاب، الجريمة المنظمة، تبييض الأموال.

إنّ المتتبع للأحداث يرى أن العالم أصبح في ظل الثورة الإعلامية والاتصالية والتقنية وخاصة الانترنت، أصبح قرية صغيرة وهو ما أثر بطريقة أو بأخرى على السيادة ما جعلها مجالاً للصراع داخل الدولة الواحدة، بل أصبح وضع الدولة يتأثر كثيراً على الصعيد الدولي بالشكل الذي تمارس فيه السيادة داخل هذه الدول من خلال التدخلات المباشرة أو غير مباشرة، وهذا ما يطرح مآل السيادة ومستقبل السيادة من خلال إيجاد مفهوم جديد للسيادة وفق منظور يحافظ على أركان الدولة وبقائها واستمرارها، لأن السيادة والدولة متلازمان ومتكاملان وهما وجهان لعملة واحدة.

الكلمات المفتاحية:

السيادة، العولمة، الدولة، الشركات المتعددة الجنسيات، المنظمات غير حكومية، العلاقات الدولية.

Abstract:

This paper discusses the concept of sovereignty in the light of international changes, with the aim of understanding the concept development, and the nature of its difficulties, that face the definition of sovereignty in the framework of international and regional changes and the emergence of phenomena that inhibit the national sovereignty of countries such as the phenomenon of globalization, According to the classical realist theory, the State is the only actor in international relations, and with the developments in the field of science and technology, a new actor has emerged in the international arena that create a competition between them and the state in many functions; One of these actors: transnational corporations or supranational, non-governmental organizations, governmental organizations, terrorism, organized crime.

The follower of the events believes that the world has become a small village under the revolution of information and communication and technology (ICT), especially through the Internet, which has affected in one way or another, the Sovereignty of State. However the status of the State is greatly affected at the international level Through direct or indirect interventions, then

we should see the future of sovereignty through the creation of a new concept of sovereignty in a perspective that preserves the foundations of the state and its survival and continuity, because sovereignty and the state are complementary and they are two sides of the same coin.

Keywords:

Sovereignty, globalization, state, multinational corporations, non-governmental organizations, international relations.

مقدمة:

إن العالم يشهد تغيرات هيكليّة وتطورات قيمية متسارعة، من خلال التداخل والتأثير البين والواضح بين العوامل الدولية الخارجية والعوامل الداخلية، وفي ضوء جميع هذه التداخلات و التغيرات التي تطرحها سيادة الدولة، فقد أثّرت عدة تساؤلات عن مفهوم السيادة (منذ صلح واستغاليا 1648) ودور الدولة و مصيرها كمؤسسة سياسية وقانونية وكجهاز سلطة وإدارة في ظل هذه المستجدات، وهذا ما يمثل جوهر التفكير. ولقد تعددت الأطروحات وتنوعت إلى حد أن تناقضت حول موضوع الدولة في خاصية جوهرية تنفرد بها وهي السيادة.

ففي ظل العولمة وغيرها من الفواعل، مازال الجدل مستمرا بين تلك الاتجاهات، فمن القائل بتراجع دور الدولة وضمحل مفهوم سيادة الدولة "كينشي أو ماهي - نهاية الدولة القومية -"، إلى قائل بأن الدولة سوف تستمر في أداء أدوارها ووظائفها بطرق وأساليب جديدة، وأن الأمر لا يتصل بتراجع دورها و إنما يتحدد في إعادة تعريفه وتحديد مكوناته على ضوء ما يشهده العالم من تطور (البنك الدولي في طبعته العشرين في مطالبته بالمزيد من الدولة)، إذ تدفع هذه التغيرات الدولة باتجاه جديد في العلاقة للتكيف والتأقلم مع التغيرات الجديدة و التي تتجاوز حدودها الوطنية نظرا لتغلغل والانتشار الواسع لتلك الظواهر العابرة للحدود الإقليمية.

لقد ارتبط مفهوم السيادة منذ نشأته بظهور الدولة القومية في العصور الوسطى، وهو لصيق بها يعني لا سيادة بدون دولة، وقد عرف هذا المفهوم عدّة تطوّرات وبالرغم ذلك ظلت سيادة الدول من مؤشرات القوة والمكانة لكنّها تغيرت مؤخرًا، وعليه نطرح الإشكالية الآتية: كيف أثّرت التحوّلات الدولية الراهنة على مفهوم السيادة؟.

أولاً: مفهوم السيادة وتطورها التاريخي:

أ) - مفهوم السيادة:

إن السيادة هي احد المفاهيم الأساسية في علم الساسة، فقد أثار المصطلح نقاش وجدل، ويستعمل بصورة متعددة، وتعني وجود في كل دولة مستقلة سلطة نهائية، وهذه السلطة هي العليا في كل الشؤون الداخلية والشؤون الخارجية. وإن تعريفات السيادة كثيرة، وهي تتعدد حسب المنطلقات الفكرية والظروف المحاطة بظهور التعريف السيادة.

مصطلح السيادة بالإنجليزية Sovereignty كلمة مشتق من اللفظ اللاتيني Superanus ومعناه "السمو" و"الأعلى"، وأول من استعمل الكلمة هو "جون بودان" J.Bodin " (1530-1596) في كتابه "الكتب الستة للجمهورية وهو أول مفكر يؤلف نظرية متناسقة عن السيادة، ويعرف السيادة بأنها: "السلطة العليا فوق المواطنين والرعيا والتي لا تقيد بقانون"¹. أما "ستارك" عرف السيادة: "بأنها البقية التي تملكها الدولة في نطاق الحدود التي يرسمها القانون الدولي"².

¹ الصديق الشيباني، " أزمة الديمقراطية المعاصرة"، القاهرة: طبع بمطابع الشرق، الطبعة الأولى، ص50.

² حسن عبد الله العابد، " انعكاسات العولمة على السيادة الوطنية"، الأردن: دار كنوز المعرفة العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص55.

أما "دوقي" ينتقد فكرة السيادة بقوله: السيادة لا تلي متطلبات القانون الدولي المعاصر وذلك لأنها لا تتفق و اتجاهاته¹.
وأما الأستاذ "جورج سال" بعد انتقاده لفكرة السيادة، قد استخلص أن الذي يقوم مقامها هي فكرة الاختصاصات، والمهمة الرئيسية للقانون الدولي تتجه نحو إعطاء الاختصاص لأشخاصه وتقسيمها بينهم².
فقد حدد "جون أوستين" (1790-1859) نظرية السيادة (وهو من رواد النظرية الكلاسيكية) على أساس أن الدولة نظام قانوني فيه سلطة عليا تتصرف بوصفها المصدر النهائي لقوة³.

وقد تطورت المفاهيم المعنية بالسيادة وكذلك أشكال السيادة في ظل تطور التغيرات الحاصلة في المجتمع من الناحية الاقتصادية، السياسية، الاجتماعية والثقافية، مما أثر تأثيرا بالغا في مفهوم الدولة ككل ومن ثم السيادة. إذ ترجع سيادة الدولة أساساً إلى مبدأ هام يحكم العلاقات بين الدول، منذ تكوين الجماعة الدولية في شكل دول، أصبحت السيادة إحدى الركائز والدعائم الأساسية لقانون الدولي العام⁴. وحسب "توماس فرونك": تعد السيادة تاريخياً العامل الأساسي في العلاقات الدولية⁵. منذ إبرام معاهدة واستفاليا 1648 فإن سيادة الدولة كانت المبدأ الموجه لعلاقات الدولية، وبأنها المحصلة الطبيعية الناتجة عن تطور المجتمع الدولي. وحددت معاهدة واستفاليا مجال التعاون بين الدول، إذ مثلت السيادة المبدأ الأساسي في إقامة العلاقات بين الدول، وهي تعد ركيزة أساسية في السياسة الدولية.
إن مبدأ السيادة كان ولا يزال أحد مقومات الأساسية التي تقوم عليها نظرية الدولة، وبذلك مصطلح السيادة مرادف لمصطلح الدولة في السياسة الدولية، فلا سيادة بدون دولة ولا دولة بلا سيادة. أما الموسوعة السياسية فتعرف السيادة على أنها: "السلطة العليا التي لا تعلوها سلطة وميزة الدولة الأساسية الملزمة لها، والتي تتميز بها عن كل ما عداها من تنظيمات داخل المجتمع السياسي المنظم ومركز إصدار القوانين والتشريعات، والجهة الوحيدة المخولة بمهمة حفظ النظام، والأمن، وبالتالي المحتكرة الشرعية الوحيدة لوسائل القوة، ولها حق استخدامها لتطبيق القانون"⁶. فإن السيادة: هي السلطة المطلقة، غير المحدود، التي تمارسها الدولة على رعاياها، وعلى جميع المنظمات التي يكونها الرعايا داخل الدولة⁷.

ب) - خصائص السيادة:

من هذه التعاريف يمكن استنتاج مجموعة الخصائص التي تتصف بها السيادة الدولة هي:

- 1) - السيادة مطلقة: بمعنى أنها الشرعية العليا التي لا توجد أية سلطة فوقها في سن القوانين.
- 2) - السيادة شاملة: أي تطبق على جميع المواطنين في الدولة و رعاياها وكذا المنظمات المتواجدة داخل حدود الدولة.
- 3) - السيادة لا يتنازل عنها: بمعنى أن الدولة لا تستطيع التنازل عن سيادتها، فالدولة، والسيادة متلازمان، ومتكاملان.
- 4) - السيادة دائمة: حيث السيادة قائمة طالما الدولة موجودة، بصرف النظر عن تغيير الأشخاص الذين يمارسون هذه السلطة، أي أن السيادة تدوم بدوام قيام الدولة، فإذا توقفت السيادة كان معنى ذلك نهاية الدولة.

1 نفس المرجع، ص55.

2 نفس المرجع، ص57.

3 عبد الوهاب الكيالي، "موسوعة السياسية"، بيروت: المؤسسة العربية للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 1991، ص163.

4 محمد نصر مهنا، "في نظرية الدولة والنظم السياسية"، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 1999، ص48-49.

5 منذر الشاوي، "فلسفة الدولة"، بغداد: الذاكرة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2013، ص558.

6 حسن عبد الله العابد، مرجع سابق، ص59.

7 عبد الغني البسيوني عبد الله، "النظم السياسية (أسس التنظيم السياسي)"، مصر: منشأة الإسكندرية: 1991، ص53.

5) - السيادة غير القابلة للتجزئة: لأن السيادة تتضمن عدم المشاركة والتقسيم، فلا يمكن أن يكون هناك أكثر من سيادة واحدة في الدولة.

ج - مظاهر السيادة:

فالسيادة الداخلية و السيادة الخارجية هما في الحقيقة، كما يرى الأستاذ " كاره مالبر " وجهان لسيادة واحدة ، فلا وجود إذن لسيادتين متميزتين، فكلاهما يعنيان، في الواقع، وجود سلطة لا تعلو عليها أية سلطة أخرى، فالسيادة الخارجية يقول الأستاذ " كاره مالبر "، ليست شيئا آخر، غير التعبير تجاه الدول الأجنبية عن السيادة الداخلية للدولة، وفي المقابل فإن السيادة الداخلية غير ممكنة بدون السيادة الخارجية ؛ فالدولة التي تخضع بشكل أو بآخر لدولة أجنبية لا تملك سلطة ذات سيادة في الداخل " ¹.

ثانيا: أهم نظريات السيادة:

أ - النظريات التقليدية للسيادة:

يمثلها كل من " جون بودان " و " جون أوستين " يقولون بالسيادة المطلقة. فيعتبرها " ج . بودان " أنها السلطة العليا على المواطنين والرعايا والتي لا تخضع لقوانين ². أما نظرية المفكر الانجليزي " ج . أوستين " تقوم على فكرة القانون الطبيعي؛ ومفادها أن الحاكم يكون فوق الجميع يفرض طاعته على الجميع.

ب - النظريات الحديثة للسيادة:

1- مبدأ سيادة الأمة:

يمثلها " جون جاك روسو"، أوضح في مؤلفه " العقد الاجتماعي ": " إن السيادة عبارة عن ممارسة لإرادة عامة، وأنها ملك لأمة جمعاء - باعتبارها وحدة مستقلة عن الأفراد المكونين لها- وليست ملكاً لحاكم، ولهذا فإن سيادة الأمة Souveraineté Nationale وحدة واحدة غير قابلة لتجزئة ولا يمكن التصرف فيها أو التنازل عنها، والأمة وحدها هي المالكة لها " ³.

2- مبدأ سيادة الشعب:

يتماشى هذا المبدأ مع النظام الديمقراطي المباشر، إذ يكون لشعب حق ممارسة السلطة بنفسه، ولكل فرد من أفراد الشعب جزء من السيادة " ⁴. ومفهوم سيادة الشعب يرجع إلى " ج.ج. روسو" الذي أعلن أن السيد هو الشعب Le Souverain est le Peuple ومصدر السيادة عند " روسو" هو العقد الاجتماعي - عقد الأفراد فيما بينهم - لغرض إنشاء المجتمع المدني، ومن هذه اللحظة يبدأ مفهوم السيادة الشعبية في الظهور و العمل " ⁵.

ج - النظرية المعاصرة للسيادة:

والتي يمثلها " ألفن توفلر" وهو يرى أن الدولة ستفقد سيادتها بشكل تساوى فيه الدول القوية و الدول الضعيفة على السواء. وتبحث النظرية في سيادة الدول، وهل ستبقى السيادة العنصر الأساسي في العلاقات الدولية؟.

¹ عبد الهادي عباس، " السيادة"، دمشق: دار الحصار لنشر والتوزيع، 1994، ص38.

² الصديق الشيباني، مرجع سابق، ص 56.

³ حسن عبد الله العابد، مرجع سابق، ص 60.

⁴ نفس المرجع، ص 61.

⁵ نفس المرجع، ص 61.

ويرى من الباحثين خاصة " جرسون جيلس " Gherson Giles " : "أن السيادة أصبحت مرنة أو معدومة أحياناً، ففي عالم اليوم، وفي مجالي السياسة والاقتصاد، فإن من الصعب إبقاء السيادة بعيدة عن دوامة الولايات المتحدة الأمريكية " ¹.

أما الباحث " تريمبل فيليب " Trimble Philip " في بحثه " العولة والمؤسسات الدولية وتآكل السيادة الوطنية والديمقراطية ": أنه نتيجة لممارسات متخذي القرار أصحاب السلطة في المنظمات الدولية يحدث انحطاط في جوهر السيادة الوطنية، وسوف يستمر هذا الانحطاط بزيادة إجراءات العولة في القرن الحالي و القادم " ².

أما " فوللر جراهام " Fuller Graham يؤكد أن الدولة محاصرة في كل مكان وسيادتها تتعرض من الأعلى، من قبل قرارات الأمم المتحدة، بخصوص حقوق الإنسان والمعاهدات الدولية، وتعرض لتدمير من الداخل من خلال المطالب الشعبية بالحصول على المعلومات ³.

وهناك من المفكرين " باربر بنجاما " Barber Benjamin الذين يطرحون تناقص السيادة وتآكلها ومحاصرتها، وكما يبين الباحث أن التطورات التي شهدتها النظام الدولي، قد نالت من مفهوم السيادة الوطنية، في وجهيها الداخلي والخارجي، إلا أن السيادة بقيت أهم معيار يحكم العلاقات الدولية " ⁴.

- نقد نظرية السيادة "هارولد لا سكي" *

يقول " لا سكي " أن قيام الدولة وفق الظروف التاريخية التي أحاطت بنشوء القومية في أوروبا نتيجة النزاع الديني في القرن السادس عشر.

وأما في القرن العشرين قد تخطى هذه الظروف و هناك ظروف تاريخية مخالفة تستدعي النظر في ماهية السيادة.

" فإذا كنا نريد نظرية للالتزام السياسي مناسبة من الوجهة الأخلاقية يجب علينا أن نعالج المشكلة من زاوية مختلف، ففي الحضارة المبدعة ليس المهم هو قيام الدول المنفصلة كعرض من الأعراض التاريخية ولكن المهم هو الحقيقة العلمية التي نشاهدها في تشابك العالم واعتماد دوله على الأخرى، فالوحدة الحقيقية للولاء هي العالم والتزام الطاعة الحقيقي هو للمصلحة إخواننا من البشر ⁵. " ومن ثم قيام الدولة المستقلة صاحبة السيادة خطر من الناحية العالمية على رفاهية الإنسانية، وان زوال سيادة الدولة ليعد شرطا أساسيا لا يمكن بدونه للدول أن تستمتع بحياة يسودها العقل، كما أن قيام حكومة عالمية أمر جوهري في أي مشروع يهدف لتحقيق رفاهية البشر، وينبغي ألا تترك الدول المستقلة ذات السيادة لتحل مشاكلها عن طريق الحرب ففي هذا خيانة للعقل الذي يميز الإنسان ممن سواه " ⁶، فهو يفرق بين

¹ أحمد الرشدي، " التطورات الدولية ومفهوم السيادة الوطنية "، القاهرة: سلسلة الحوار العلمي قسم العلوم السياسية، 1994، ص 09.

² محمد عبد المعز نصر، " في النظريات و النظم السياسية "، بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1981، ص 443

³ نفس المرجع، ص 444.

⁴ نفس المرجع، ص 446.

* لاسكي هارولد جوزيف (1893-1950) مفكر سياسي اقتصادي بريطاني، درس وتخرج من جامعة أوكسفورد سنة 1912، شارك في سياسة الحزب العمال البريطاني من سنة 1936، وأشهر مؤلفاته: دراسات في مشكلة السيادة، السلطة في الدولة الحديثة الشيوعية، القومية و مستقبل الحضارة، الحرية في الدول الحديثة. - عبد الوهاب الكيالي، " موسوعة السياسة "، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، 1990، ص 383-384.

⁵ محمد عبد المعز نصر، مرجع سابق، ص 447.

⁶ عبد الجليل كاظم الوالي، " جدلية العولة بين الاختيار والرفض "، مجلة المستقبل العربي، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 275، جانفي 2001، ص 58.

الحكومة والدولة وأن مشكلة السيادة الداخلية تظهر في مباشرة الحكومة لسلطاتها. وبذلك يقرر " لا سكي" أن تكون الدولة من الناحية الداخلية دولة مسئولة، وينكر ما ذهب إليه " بودان " أن سيادة الدولة مطلقة غير مسئولة أو محدودة، وينكر على " أستين" تفسيره القانوني للسيادة وتقريره أن السلطة صاحب السيادة غير مقيدة ولا يمكن تقسيمها أو التخلي عنها، وأن القانون ما هو إلا إرادة صاحب السيادة " ¹.

ثالثا: دور العولمة ومؤسساتها:

1- مفهوم العولمة وجذورها:

- مفهوم العولمة:

إن العالم يتفاعل مع ظاهرة العولمة بكل مظاهرها من تسهيل حركة الأشخاص والمعلومات والسلع والبضائع بين الدول، وعن أرض بلا حدود، وسوق بلا حدود، وثقافة بلا حدود، أي لا وطن ولا أمة ولا دولة من خلال الأقمار الصناعية و شبكات الانترنت والمواصلات، بعد ما عجزت العقائد والنظريات والأفكار عن تحقيق ذلك خلال مسيرة إنسانية طويلة ². وعند ذكر مصطلح العولمة (Globalisation = الكونية) ، فإن المصطلح يعبر عن تجاوز الحدود الراهنة لدول إلى آفاق أوسع، وتشمل العالم بأسره ³.

ويرى محمد عابد الجابري أن العولمة ترجمة لكلمة Mondialisation الفرنسية، والتي تعني جعل الشيء على مستوى عالمي، أي نقله من المحدود المراقب إلى اللا محدود غير مراقب، والمحدود هنا هو الدولة القومية أساس التي تتميز بمحدود جغرافية معينة والتي تراقب على مستوى تنقل البضائع والسلع والأشخاص والأموال وحماية حدودها أي عدم التدخل في شؤونها الداخلية سواء السياسية، الاقتصادية، الثقافية، أما اللا محدود المقصود به العالم، فإن الكلمة الفرنسية هي ترجمة لكلمة Globalisation، والتي ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية، وهي تفيد معنى تعميم الشيء، وتوسع دائرته ليشمل الكل ⁴.

ويرى إسماعيل صبري عبد الله، أن العولمة هي تداخل الوضع لأمر الاقتصادي، الاجتماعي، السياسية والثقافية، والسلوك دون اعتداد يذكر بالحدود السياسية لدول ذات السيادة، أو الانتماء إلى الوطن محدد، أو إلى دولة معينة، وهي درجة من درجات تطور النظام الرأسمالي ⁵.

يتبين من خلال التعارف أن العولمة ذات مضمون ديناميكي يشير إلى عملية مستمرة من التحول والتغير، يمكن ملاحظتها باستخدام مؤشرات كمية وكيفية في مجالات السياسية، الاقتصاد، الاتصال، الثقافة، فإن لها بُعد كوني متزايدة ويمكن استخلاص أربعة عمليات أساسية لعولمة هي:

01) - المنافسة بين القوى الكبرى.

02) - الابتكار التقني (التكنولوجي).

¹ محسن أحمد الحضيري، " العولمة: مقدمة في فكر واقتصاد وإدارة عصر اللادولة "، القاهرة: مجموعة النيل العربية، 2000، ص 16.

² محمد عابد الجابري، " قضايا في الفكر المعاصر "، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1997، ص 136.

³ إسماعيل صبري عبد الله، " العولمة: هيمنة منفردة في المجالات الاقتصادية والسياسية والعسكرية"، القاهرة: دار جهاد لطباعة والنشر والتوزيع، 1999، ص 43.

⁴ السيد يسين، " في مفهوم العولمة "، ورقة قدمت إلى العرب والعولمة : بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة، تحرير أسامة أمين الخولي، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1998، ص 26.

⁵ نفس المرجع، ص 261.

03) - انتشار عولمة الإنتاج.

04) - التبادل / التحديث.

2) - تداعيات العولمة:

إن العولمة تتضمن تعمقا في مستويات التفاعل، أو الاعتماد المتبادل بين الدول والمجتمعات و التي تشكل المجتمع العالمي و تعمق العمليات الكونية¹، وانتشار المعلومات واختراق الحدود بين الدول و زيادة معدلات التشابه بين المجتمعات والمؤسسات، فهذه العمليات قد تؤدي إلى نتائج سلبية بالنسبة لبعض المجتمعات وإلى نتائج إيجابية بالنسبة لبعض الآخر، فيمكن القول أن جوهر عملية العولمة يتمثل في سهولة حركة الأشخاص والمعلومات والسلع بين الدول على نطاق عالمي، وفي هذا الصدد يقرر " جيمس روزنو " تقسيمها إلى ستة فئات: بضائع وخدمات، أفراد، أفكار ومعلومات، نقود ومؤسسات².

وهناك من يرى أن مفهوم العولمة لا يقتصر على هذا المعنى وحده، بل ينصرف إلى تعميم الشيء وتوسيع دائرته، أو بعبارة أخرى أكثر دقة وتحديدًا، تعميم نمط من أنماط الفكرية والسياسية والاقتصادية والثقافية تختص بها جماعة ما أو أمة على الجميع؛ فقد صدرت أساساً من الولايات المتحدة الأمريكية وعليه تعني الدعوة إلى تبني النموذج الأمريكي في الاقتصاد، السياسة والثقافة أو ما يصطلح عليه بالأمركة³.

وقد أدت المتغيرات الدولية إلى تآكل وانحسار وتراجع الدولة القومية على عدة مستويات منها ما يتعلق بالوظائف الاقتصادية وتحديد السياسات الاقتصادية و السيادة على الاقتصاد الوطني (المستوى الاقتصادي)، ونفوذ المؤسسات الاقتصادية أحدث تحولات في المفاهيم المتصلة بها، الأمر الذي جعل بعض الكتابات الصادرة تنبأ، بل تسلم بقرب نهاية واضمحلال الدولة القومية، " كينيش أوماهي" kenichi Ohmae يرى في كتابه: نهاية الدولة القومية، أن السلطة المخولة لدولة القومية تنتقل الآن إلى المنظمات الإقليمية. و" بنيامين باربر" Benjamin Barber في كتابه: الجهاد ضد السوق الكونية، أن القوى الاقتصادية العالمية تخلق الآن ثقافة عالمية متجانسة التكوين، مما سيجعل الدولة شيئاً زائداً، لا ضرورة له.

وحسب " محمد عابد الجابري " إن من لا يملك، لا يراقب، ولا يوجه، وبالفعل فدور الدولة في المراقبة، والتوجيه في المجال الاقتصادي يقلص في نظام العولمة إلى درجة الصفر⁴.

يقول " جون ارشيبالدو لانوس " Juan Archibaldo Lanus : " إن السوق المالي العالمي الجديد ليس مكاناً يمكن إيجاد على الخريطة، وإنما يمكن إيجاده في المائتين ألف شاشة الكترونية مثبتة في مكاتب موزعة عبر العالم، ومرتبطة فيما بينها⁵.

أ)- الجانب الاقتصادي:

- النقد الالكتروني:

¹ بركات محمد مراد، العولمة: ذلك المفهوم المراوغ، مجلة العربي، الكويت: وزارة الإعلام، العدد 526، سبتمبر 2002، ص 26-27.

² محمد عابد الجابري، مرجع سابق، ص 151.

³ نفس المرجع، ص 155.

⁴ ستيفن ج. كوبرين، " النقد الالكتروني و نهاية الأسواق العالمية "، ترجمة: عبد الفتاح الصبحي، مجلة الثقافة العالمية، الكويت: المجلس الوطني لثقافة والفنون والآداب، العدد 86، جانفي/فيفري 1998، ص 54-55.

⁵ حازم البلاوي، " دور الدولة في الاقتصاد "، القاهرة: دار الشروق، 1998، ص 149.

هو أحد مظاهر اقتصاد عالمي يشيد في الفضاء السببرنتكي Cybernétique (عملة البيت كوين BitCoin)، وليس في الفضاء الجغرافي، وي طرح هذا النوع من النقد مشكلات عديدة أمام سيطرة الحكومة المركزية على الاقتصاد، وسلوك الفاعلين الاقتصاديين، كما يجعل الحدود المحيطة بالأسواق القومية، والدول القومية أكثر قابلية لاختراق، أو ربما لا مبرر لها بصورة متزايدة، ففي عالم يصبح فيه النقد الإلكتروني الحقيقي واقعياً يومياً، سوف يعاد تحديد الدور الأساسي لدولة في اقتصاد السوق الحر، كما سيعاد تعريف مدى لزومية الحدود، والجغرافيا بصورة جذرية¹.

إن قيمة العملة اليوم يحددها السوق - بعد العدول عن قاعدة الذهب التي كان معمول بها بعد 1945 "بروتون وودس" ففي عام 1971 خطاب الرئيس الولايات المتحدة الأمريكية "ريتشارد نيكسون" أصبحت العملة الدولار الأمريكي عملة عائمة -، والقليل من الدول التي ترضى تماماً عن القيمة التي يضعها السوق لعملتها، ولكن ليس معنى هذا أن الحكومات لا يمكنها بعد الآن أن تؤثر في قيمة عملاتها في مختلف الأحوال، والظروف، لكن مقدرتها على التأثير بسهولة في تلك القيمة في أسواق العالم آخذة في التراجع. ومن ناحية أخرى فإن ظهور ما يسمى بالنقد الإلكتروني (BitCon)،** والاستعمال الواسع له من شأنه أن يجعل البيانات المتعلقة بالاقتصاد القومي أقل معنى إلى حد كبير، والواقع أن ظهور كل من النقد الإلكتروني، والتجارة الإلكترونية يثير أسئلة جوهرية حول السوق القومية بوصفها الوحدة الأساسية لحساب في النظام الاقتصادي العالمي.

لقد حولت التقنية المجتمعات إلى مجتمع عالمي حر، من خلال سوق مالي ومعلوماتي دولي قادر على تحويل الأموال، والأفكار إلى أي مكان في العالم خلال ثواني، فرأس المال سيذهب إلى حيث توجد حاجة إليه و يبقى حيث يعامل جيداً و تتوفر الشروط (في حالة عدم توافر الشروط من خلال تلاعب أو التحكم بقيمته أو استعماله أو التضيق بإجراءات و قوانين سينتقل إلى بلد أو منطقة أخرى) الضرورية، وتلعب السوق المالية العالمية الآن دوراً محورياً في توفير الحرية لأموال و لمعلومات عن المال (البورصة) دون الاستفادة من التدخل الحكومي.

إن السياسات الوطنية التي كانت تلجأ إليها الدول في الماضي (ما يسمى السياسة الحمائية politique protectionniste من خلال الإجراءات التنظيمية و نظام الحصص و الحواجز الجمركية) لمجابهة تقلبات الدورة الاقتصادية، لم تعد لها جدوى أمام الانفتاح الاقتصادي الوطني على السوق العالمي - النظام النيو ليبرالي السياسة الحمائية مقابل السياسة الانفتاحية - . فقد أدى التقاء الكمبيوتر والاتصالات السلكية واللاسلكية نظاماً مالياً دولياً تتقرر فيه قيم العملات، ليس بالتلاعب السري لبنوك المركزية التي تنقزم مجموع احتياطياتها بتجارة يوم واحد في أسواق العملات العالمية، بل بعدد لا يعد ، ولا يحصى من الحقائق المتوفرة الآن على الفور بمجرد الجلوس أمام الشاشة التلفزيون أو الانترنت، ونرى نقلاً مباشراً لاضطرابات والأزمات في بلد معين (أزمة الرهن العقاري 2008)، فتسقط قيمة العملة الوطنية خلال ثواني أو ترتفع، فإن الدولة اليوم، لم تعد لها سلطة في إصدار عملتها، وضبط قيمتها و التي ظلت أحد الجوانب التقليدية لسيادة.

• النقد الإلكتروني: هو عبارة عن وحدات أو عملات رمزية تأخذ شكلاً رقمياً، وتنقل على الشبكات الإلكترونية ووحدات القيمة النقدية الرقمية هي الوحدات الأساسية لقيمة النقود الإلكترونية، وهي قد تماثل أو لا تماثل وحدات العملة الوطنية.

1 أحمد حشيش، "العلاقات الاقتصادية الدولية"، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000، ص 211.

** عملة البيت كوين= Bit Coin : هي عملة إلكترونية بشكل كامل تتداول عبر الإنترنت فقط من دون وجود فيزيائي لها، كما أنها تختلف عن العملات التقليدية بعدم وجود هيئة تنظيمية مركزية تقف خلفها، لكن يمكن استخدامها كأى عملة أخرى للشراء عبر الإنترنت. على الرابط: <https://ar.wikipedia.org/wiki/بيتكوين> الساعة: 20 سا و 55 د يوم 19 سبتمبر 2017.

إن ثورة المعلومات و الاتصالات قد حررت النقود من كل مظهر مادي، إذ تنتقل عبر الحدود من خلال نبضات ، أو ومضات لاسلكية، فالنقود لم تعد تنتقل مادياً في حقائب ، أو صناديق ، وإنما تنتقل عبر الأثير في شكل تلكسات ، أو مجرد تغيير في القيود المحاسبية في حسابات البنوك ¹. ففي نفس الوقت تتجه فيه الصناعة إلى العالمية نجد أن إدارة الاقتصاد العالمي يخضع أكثر فأكثر الأحكام، ومؤسسات تجاوز الحدود السياسية الوطنية ، كصندوق النقد الدولي، والبنك الدولي، والبنك العالمي، وكذلك الدول الصناعية الثماني الكبرى (G8)، أو غيرها من التجمعات المالية، والاقتصادية الدولية، والتي تلعب دوراً أساسياً في تحديد السياسات المالية والاقتصادية الدول ².

أصبحت الشركات العالمية * حسب " ريكاردو بتريللا " المركز في تحديد حاكمية الاقتصاد العالمي، فلا تعباً بالدولة القومية، ولا قوانينها، ولا بضوابطها، وإن كانت في ذلك لا تقلل من أهمية تحالفها مع دولها الأصل وتطبيقاً لمرجعيتها الوطنية أو توظف في سن القوانين أو تساعد في فتح الأسواق، قد تعجز في دخولها أو تواجهها فيها شركات منافسة من حجمها أو أكثر. ويقول في هذا الصدد: " إن قرارات الكبرى التي تحول الحاضر، وتخلق المستقبل في تخصيص الموارد التكنولوجية، والاقتصادية، والتي تهم عدة دول، ومناطق من العالم، أصبحت من صلاحية الشركات العالمية الكبرى ... وأن الدول لم تعد تلعب حسب ما يتراءى إلا دوراً ثانوياً منعزلاً مُهْمَشاً، بالنسبة لشركات، الدول أصبحت تابعة لا مسيرة وذلك لتراجع دورها " ³.

إن هذه الشركات العالمية الكبرى سواء المتعددة الجنسيات، أو العابرة لقومية، لا تعتمد توجهات الدولة، بقدر ما تنافسها في تحديد حاضر الاقتصاد العالمي، ورسم معالمه المستقبلية، وفي أحسن الأحوال تتحالف معها، تجنباً لما من شأنه أن يصيب الاقتصاد القومي من ضرر محتمل " ⁴. وتشكل الشركات العالمية العنصر الأساسي في مفهوم العولمة، هي شركات ضخمة (مجموع = Groupes)، حيث أن قيمة المبيعات السنوية إحداها تتجاوز الناتج المحلي لعدد من الدول، نظراً لحجم استثماراتها المباشرة وغير المباشرة في الكثير من دول العالم فإنها قادرة على الحد من سيادة الدول.

ب- الجانب الجيوسياسي:

تعد حالات تفكيك الدولة القومية من إحدى أبرز سمات القرن الواحد العشرين، على الرغم من أن الدولة كانت في إحدى المراحل الرئيسية في بناء وتكوين، وأضحت وحدة تحليل أساسية حسب المدرسة الواقعية، ورافق عمليات التفكيك (خاصة بعد انهيار الاتحاد السوفيتي وما صاحب من تفكيك المعسكر الشرقي)، سواء على صعيد المجتمعات أو الأقاليم، إعادة توحيدها بصورة أخرى، وقد شهد القرن العشرين العديد من هذه الحالات ⁵.

وما حدث في أوروبا بعد نهاية الحرب الباردة 1991، وإعادة صياغة خارطة سياسية جديدة في أوروبا، من جهة تفكيك جمهورية تشيك سلوفاكيا (دولتين جمهورية التشيك وجمهورية سلوفاكيا)، أما جمهورية يوغوسلافيا إلى دويلات (الجبل الأسود، مقدونيا،

¹ يحيى اليحيوي، " العولمة أية عولمة؟"، بيروت: إفريقيا الشرق، 1999، ص 49.

² نفس المرجع، ص 49.

* الشركات العالمية: ما حصل في القرن الثامن عشر، شركات التوابل البريطانية ودخولها إلى الهند.

³ إيان كلارك، " العولمة أو التفكك"، أبو ظبي: مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، 2003، ص 20.

⁴ دانيال بروميرغ، " التعدد وتحديات الاختلاف: المجتمعات المنقسمة وكيف تستقر؟"، ترجمة: عمر سعيد الأيوبي، بيروت: دار الساقى، 1997، ص 10-

11.

⁵ روجر أوين، " الدولة والسلطة في الشرق الأوسط"، ترجمة: عبد الوهاب علوب، القاهرة: المجلس الأعلى للثقافة، 2004، ص 51.

كرواتيا، سلوفينيا، البوسنة والهرسك، صربيا)، انفصال كوسوفو عن جمهورية صربيا، والأزمة الأوكرانية واسترجاع روسيا الفيدرالية لشبه جزيرة القرم (Crimée)، والحركات الانفصالية في أوكرانيا، إسبانيا، بلجيكا، المملكة البريطانية... الخ، وهذا تعدى إلى الاتحاد الأوروبي بعد الاستفتاء البريطاني، للخروج من الاتحاد الأوروبي (Brexit).

أما في القارة الإفريقية تفكيك الدول منها: السودان (شمال السودان وجنوب السودان)، وانفصال إريتريا، وغيرها من الأزمات والحروب الأهلية في: ليبيا، لسيراليون، وتفكك الدول في الشرق الأوسط (إعادة تقسيم المنطقة سيكس بيكو²)، ونشوب الأزمات وعدم الاستقرار (الفوضى الخلاقة) في كل من: سوريا، العراق، اليمن.

أما في القارة الآسيوية كل من: أفغانستان، بورما، الصين، دول القوقاز وروسيا الفيدرالية التي تعاني من حركات الانفصالية التي أصبحت تهدد الوحدة الترابية لهذه الدول، وأيا كانت أسباب ودوافع تفكيك تلك الدول سواء لضعفها، أو التعدد الأثني، العرقي، الديني، فإن إعادة تركيب جغرافيتها تتم وفق لمصالح الاقتصادية لقوى الكبرى، وبعد إنجاز هذه المهمات التفكيك وفقا لمنظورها التاريخي وتحليلها الموضوعي، أكثر احتمالا عندما تضم هذه الدول الواحدة (المفككة)، أعراق متعددة أو طوائف دينية خاصة لتوافر هذه المقومات في معظم بلدان الشرق الأوسط (سيكس بيكو الأولى و الثانية)، ثم إعطاء أجزائها السمات الرئيسية لمفهوم الدولة من دون متضمناتها الحقيقية. وبذلك معظم الدول لم تعرف السيادة سواء الداخلية أو الخارجية، فكان إعادة تشكيل البلدان وفق المتطلبات توسع النظام الاقتصادي الرأسمالي، ولا تنفي هذه التغيرات الكبرى وجود أوضاع تفكيك أخرى في مناطق مختلفة من العالم، وإعادة تكوينها بصورة اندماجية مغايرة وفقا لمشروع الشرق الأوسط الكبير وأخرى وغيرها، وتستهدف القوى الساعية إلى تفكيك، سواء من خلال العنف (احتلال العراق، أفغانستان وسوريا) إلى نقل الصراع القائم بين فلسفة النظامين المتضادين إلى تناقضات و صراع داخل النظام القومي الواحد، إحياء الهويات العرقية يعجل بزوال الدولة القومية باتجاه سيادة كيانات الأثنية المتعددة، وغالبا، لا يدور الصراع بين القوى الأثنية حول خلافات حضارية، أو رؤى الحدائية، بقدر ما يكون باتجاه الاستئثار بسلطة الدولة¹.

وقد ساعد ذلك على تراجع الدولة القومية من خلال إضعافها، فقدانها نفوذها على صعيد السياسة الدولية وهو ما أدى بالدولة إلى عدم قيامها بعدة وظائف، وإفساح المجال أمام حوافز فاعلة باتجاه الاقتصاد الرأسمالي نحو قوى السوق، وأدى تدويل الأسواق و عالميتها من الناحية الاقتصادية إلى تراجع دور الدولة القومية أو إعادة توجيه هذا الدور نحو المساهمة في تراكم رأس المال في الاقتصاديات المتقدمة².

خاتمة:

إن مبدأ السيادة دائم مستمر لا يتغير، إلا أن صورتها وحقيقتها والمسئوليات التي تنهض بها تتغير مع الزمن أو يعاد توزيعها، لا تعني التطورات الحادثة الآن نهاية مفهوم السيادة، ولكن تعني أن السيادة قد تغير مفهومها وتم إعادة توزيعها. فقبل الثورة الفرنسية كانت السيادة ملكا للأباطرة والملوك ثم انتزعها الثوار ومنحوها للشعب، وصاحب ذلك موجة عارمة من استغلال الشعوب اعتدادها بنفسها، أما التطورات العالمية الحالية فقد أدت إلى تدويل السيادة وتوسيع نطاقها بحيث لم تعد خاصة بالشعب والدولة وحدها ولكن يشارك فيها المجتمع الدولي مثلا في القوى المتحكمة به.

¹ محمد حيدر، " الدولة المستباحة: من نهاية التاريخ إلى بداية الجغرافية "، بيروت: رياض الرس لكتب والنشر، 2004، ص 86.

² نوري أحلام، تراجع السيادة الوطنية في ظل التحولات الدولية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر: جامعة سعيدة، العدد الرابع، 2011، ص 34.

أمّا ما يشار إليه في الفقه القانوني عادة بمبدأ المساواة في السيّادة أو مبدأ المساواة بين الدول المستقلة ذات السيّادة، فإنّما هو مبدأ نظري ويكاد يكون العمل في الغالب والواقع على غير ذلك ومؤدى ذلك أن السيّادة ترتبط ارتباطا وثيقا من حيث طبيعتها ومدى اتساع أو ضيق نطاق تطبيقها بقدرات الدولة وإمكاناتها الذاتية، أي أن القوة - باختصار - شرط من شروط ممارسة السيّادة والحفاظ عليها، وهو ما يثير في النهاية قضية العدالة الدولية على كافة الأصعدة .

وبصفة عامة يمكن القول بأنّ ظاهرة العولمة قد نأت بالعلاقات الدولية عن صورة النسق الدولي التقليدية القائمة على جمع من دول ذات سيادة، وقد تباينت آراء المحلّلين في هذا الصدد، إذ يرى بعض الكتاب أنّ العالم يشهد حاليا ما يمكن أن يسمى بأفول السيّادة. في حين يرى البعض الآخر أن النسق العالمي انتقل بالفعل إلى ما بعد السيّادة فيرى كل من Clark، و Williams ضرورة إعادة النظر في مفهوم السيّادة بهدف تقديم تعريف جديد له أو تحديد مضمون معاصر لهذا المفهوم يكون أكثر واقعية وأكثر تناسبا مع السياق التاريخي المعاصر، وهم يشيرون في هذا الصدد إلى آراء بعض الكتاب الداعيين إلى صورة جديدة للسيّادة من ذلك مثلا: السيّادة المشتركة، أو المقيدة، السيّادة الجزئية.

أثر التدّخل العسكري في ليبيا على الأمن الوطني الجزائري بعد 2011

The impact of foreign intervention in Libya on the Algerian national security after 2011

وليد يونسى، طالب باحث في الدكتوراه،

المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، الجزائر.

الأستاذ المشرف: د. علي ربيع،

تاريخ الإيداع: 2017/11/05 – تاريخ المراجعة: 2017/11/22.

ملخص:

نتناول في هذا المقال جوانب من أثر التدخل الأجنبي في ليبيا سنة 2011 على الوضع داخل ليبيا ثم على الأمن الوطني للجزائر ورؤيتها الإستراتيجية تجاه ما يحدث إقليميا. وقد انتقلت الأزمة الليبية من شأن داخلي إلى شأن دولي نتيجة صراع المصالح الغربية داخلها والرهانات المتنوعة المتصلة بالسياسة والثروات، ومثل تدخل حلف الشمال الأطلسي في مارس من العام 2011 عاملا آخر لتأزم الوضع الأمني وانعكاس مخرجاته على بلادنا بحكم الجوار وبحكم انكشاف الحدود، بحيث باتت الجزائر مهددة بانتقال مختلف التهديدات الجديدة إليها، مثل تجارة الأسلحة والخطر الإرهابي وغيرهما، وهو ما جعل الجزائر توازن في رؤيتها الإستراتيجية بين ضرورات حفظ الأمن الوطني وفي المقابل العمل على دعم الأمن الإقليمي كما سنرى.

الكلمات المفتاحية:

الأزمة الليبية، أمن وطني، تدّخل أجنبي عسكري، معضلة أمنية، أمن إقليمي، إستراتيجية.

Abstract:

In this Article we examine aspects of the impact of foreign intervention in Libya in 2011 on the situation in Libya and then on the national security of Algeria and its strategic vision towards what are happening regionally. The Libyan crisis has shifted from an internal affair to an international affair as a result of the conflict of Western interests within it and the various political and wealth-related bets. The intervention of the North Atlantic Treaty Organization in March 2011 is another factor in the security situation and its repercussions for our country. Algeria is threatened by the transfer of various new threats to it, such as the arms trade, the terrorist threat and others. This has made Algeria balance its strategic vision between the necessities of maintaining national security and, in turn, supporting regional security as we shall see.

Keywords:

Libyan crisis, national security, foreign military intervention, security dilemma, regional security, strategy.

مقدمة:

جاءت الأزمة الليبية في مرحلة جدّ حسّاسة من تاريخ المنطقة العربية السياسي و الإستراتيجي، بحيث تزامنت مع فترة الحراك في عدد من الدّول العربية و احتلّطت أوراقها الدّاخلية بتنافس المصالح الغربية – الّذي بلغ درجة الصّراع- على ثروات ليبيا و رهانات الوضع في منطقة شمال إفريقيا عامّة بعد سقوط نظام "القذافي". إنّ الأزمة الليبية جاءت في ظلّ عوامل داخلية تمثّلت أساسا في فساد نظام الحكم وعوامل أخرى اجتماعية وثقافية و استغلال المجتمع فرصة موجة الحراك أو التحريك الشعبي والشّعْب في دول الجوار (تونس و مصر)، و خارجيّة يمكن حصرها في التّدخّلات الأجنبية و المواقف المتضاربة، و قصف حلف الشمال الأطلسي للأراضي الليبية الّذي لم يحقّق الهدف المعلّن عنه –ظاهريّا- بل زاد الوضع تعقيدا و أعقبه شدّة الصّراع القبلي ومقتل آلاف المدنيين الأبرياء. لذلك تعارض الجزائر بصورة جادّة التّدخّلات الخارجيّة في المنطقة عامّة لقناعتها بأنّها لا تحقّق الأفضل، فضلا عن أنّها اختراق واضح لسيّادات الدّول وهدفها الأساسي استغلال الاضطراب و الفراغ الأمني لتمرير مخطّطات وتحقيق مصالح معيّنة. و الملاحظ أنّ تأثّر الجزائر بما يحدث في جوارها الليبي متّصل

أساسا بانكشاف الحدود أمام التهديدات الأمنية بعد التدخل الأجنبي في ليبيا و المتمثلة في انتشار الإرهاب و الجريمة المنظمة العابرين للحدود. فقد عرفت الجزائر بعد 2011 عددا من الهجمات الإرهابية و الانتحارية وتميرا للأسلحة عبر حدودها مع ليبيا وتونس، لكن القدرة الدفاعية والخبرة الجزائرية تجاه كل تهديد محتمل تجعلها في موضع قوة و لو نسبيا، انطلاقا من الأفكار السابقة، نطرح التساؤل المركزي التالي:

- كيف أثرت البيئة الأمنية في ليبيا بعد سقوط نظام "القذافي" والتدخل العسكري الأجنبي بها على الأمن الوطني و الرؤية الإستراتيجية للجزائر بعد 2011 ؟
- أما الفرضيات الأساسية للدراسة فهي كالاتي:
- خارطة التهديدات الأمنية في شمال إفريقيا على إثر التدخل الأجنبي في ليبيا تشير إلى تنامي هذه التهديدات منذ 2011، فهذا التدخل لم يكن إلا خادما للمصالح الغربية و زاد الوضع تأزما.
- ارتبط تهديد الجوار الليبي للأمن الوطني الجزائري بعنصرين: الانكشاف الحدودي عبر انتشار الإرهاب و الأسلحة، و هاجس تصدير الأزمة.
- على إثر ما يجري في ليبيا، تجد الجزائر نفسها في مأزق التدخل بين أمنها الوطني و الأمن الإقليمي، و هي المنادية بأهمية تكريس الجهود الإقليمية للتصدي للتدخلات الأجنبية و لكل التهديدات المنتشرة.
- و نهدف من وراء البحث إلى بلوغ جملة أهداف علمية أبرزها:
- دراسة تداعيات التدخل الأجنبي العسكري في ليبيا على الأمن الوطني للجزائر.
- وضع تصور منطقي للرؤية الإستراتيجية للجزائر تجاه الوضع في ليبيا نتيجة التدخل الأجنبي.
- يمكن التأكيد من خلال هذه الدراسة على دور الجيش في مجابهة أشكال التهديد الجوي الرّاحف.
- من خلال الدراسة يمكن إثبات أنها توجد علاقة حتمية بين مفهومي الأمن الوطني والأمني الإقليمي من خلال النموذج الجزائري.

خطّة الدراسة:

- المحور الأول: تعريف مفاهيم الدراسة (الأمن الوطني، الأمن الإقليمي، المعضلة الأمنية).
- المحور الثاني: الوضع الأمني في ليبيا بعد التدخل العسكري الأجنبي "بين العوامل الداخلية و صدام المصالح الخارجية".
- المحور الثالث: خارطة التهديدات الأمنية في منطقة شمال إفريقيا على إثر التدخل العسكري الأجنبي في ليبيا.
- المحور الرابع: واقع الأمن الوطني الجزائري بعد التدخل العسكري الأجنبي في ليبيا وإستراتيجية المواجهة (الانكشاف الحدودي وهاجس تصدير الأزمة).

المحور الأول

تحديد مفاهيم الدراسة (المعضلة الأمنية، الأمن الوطني، الأمن الإقليمي)

أ. المعضلة الأمنية:

الشائع هو مفهوم المأزق الأمني الذي كثيرا ما برز في الاتجاه الواقعي سواء التقليدي أو الجديد، بحيث ترجع مكوناته إلى "توماس هوبز" Thomas Hobbes "فكان قلب الاهتمام لدى المدرسة الواقعية خاصة في شقها الجديد أو الواقعية البنوية لكينيث والتز وبشكل عام الأمن له أهمية كبيرة في الطرح الواقعي كباقي الفرضيات التي تبنى عليها النظرية الواقعية كالقوة والمصلحة.

وكمفهوم، ظهرت المعضلة الأمنية في العلاقات الدولية كأول استخدام على يد "جون هورترز" John Hertz " ¹ في كتابه "المثالية السياسية و الواقعية السياسية" سنة 1951، في نفس الوقت الذي أصدر فيه "باترفيلد" Butterfield كتابه حول "التاريخ و العلاقات البشرية". و عمل كليهما هو الأكثر تأصيلا لمفهوم المعضلة الأمنية، وهو ما أدى إلى تطور هذا المفهوم و تناوله في أدبيات الدراسات الأمنية لمختلف منظورات العلاقات الدولية و أصبح بعد ذلك يتعدى الطرح الواقعي لمختلف توجهاته. لكن الحالة التي فسرتها المعضلة الأمنية معترف بها منذ زمن طويل، منذ زمن "ثوسيديد" Thucydides " في كتابه عن الحروب "البوليونيزية" Peloponnesian wars" بحيث قال في أحد أسطر الكتاب : " إن النمو القوي للقوة الأثينية أثار الرعب لدى "lacedaemonians" و وضعها في إطار ضرورة محاربة" ²، لذلك اعتبر بأن المعضلة الأمنية كانت وراء كل الصراعات بين الدول، كما ادعى "ألان كولينس" Alan " Collins بأن معضلة الأمن كانت في القرن التاسع عشر في شكل المنافسة الاستعمارية بين الدول الأوروبية التي تتنافس على السلطة والنفوذ. و ظهرت معضلة الأمن في القرن العشرين كحلقة كانت أكثر تطورا حيث وضعت إطارا لفهم ديناميكيات العمل في الحرب الباردة بين المعسكرين.

وعليه فإن المعضلة الأمنية تعني عموما وجود تهديد تجاه قيم مكتسبة و اقتزائه بالمخاوف و مشاعر الريبة و الشك ضد الآخر، والشعور بالأمن من طرف دولة "أ" يولد مزيدا من الشعور بالأمن من طرف دولة "ب"، حتى و إن كانت نوايا الطرف الآخر حسنة فانه سيبقى هناك تخوف دائم يؤدي إلى المأساة، لذلك يصف "باترفيلد" Butterfield " هذا الوضع بالمأساة التي من الصعب التغلب عليها و التخلص منها" ³.

ب- الأمن الوطني:

الأمن الوطني يتعلق بقدرة الدولة على حماية أراضيها وشعبها ومصالحها وعقائدها وثقافتها واقتصادها من أي عدوان خارجي، بالإضافة إلى قدرتها على التصدي لكل المشاكل الداخلية والعمل على حلها، و اتباع سياسة متوازنة تمنع الاستقطاب وتزيد من وحدة الكلمة والانتماء للوطن والقيادة، وعليه فإن الكثير من التعاريف التي وضعت لمفهوم الأمن الوطني أغلبها جاء مقترضا بالدفاع على المصالح الإستراتيجية للدولة. و منها ما يتعلق بتوفير الاستقرار الداخلي، فوالتر ليبمان Walter lippman مثلا يعرفه بأنه "يهدف أساسا إلى إبعاد الخطر و الاستعداد للتضحية بالقيم الأساسية إذا ما أرادت الدولة أن تتجنب الحرب، و إذا ما فرضت عليها فلا بد أن تكون قادرة على الانتصار في الحرب" ⁴، وهذا يعني أن على الدولة أن تتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لحماية أمنها، و ذلك يكون عن طريق السياسات الداخلية و الخارجية كالعلاقات الدبلوماسية الناجحة، أما حسب "وولفرز" Wolfers فإن الأمن الوطني يعني غياب التهديدات ضد القيم المركزية، وغياب الخوف من أن تكون تلك القيم محل هجوم. وهناك بصفة عامة تصوران لمفهوم الأمن: الأول تقليدي واقعي، يتخذ من الدولة المرجعية الأساسية للأمن، والثاني نقدي ذو نظرة موسعة للأمن، و يقول بوجود وحدات مرجعية للأمن من غير الدولة ⁵.

¹ - عبد النور بن عنتر، البعد المتوسطي للأمن الجزائري، الجزائر: المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، 2005، ص14.

² - عادل زقاغ، إعادة صياغة مفهوم الأمن - برنامج البحث في الأمن المجتمعي، على الموقع: <http://www.geocities.com/adelzeggagh/recon1.html>، ص2.

³ - عادل زقاغ، المعضلة الأمنية المجتمعية: خطاب الأمانة وصناعة السياسة العامة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 5: جوان 2011، ص7.

⁴ - عبد النور بن عنتر، تطور مفهوم الأمن في العلاقات الدولية، مجلة السياسة الدولية، العدد 160، أبريل 2005، ص: 56.

⁵ - جون بيليس وستيف سميث، عولمة السياسة العالمية، ترجمة: مركز الخليج للأبحاث. الإمارات العربية المتحدة: مركز الخليج للأبحاث، 2004، ص: 414.

فالأمن الوطني إذا هو تأمين الدولة من داخلها وحمايتها من التهديد الخارجي بما يكفل لشعبها حياة مستقرة توفر له و لها - أي للدولة- أسباب النهوض والنمو والتعبير عن هويتها بين الأمم، وممارسة حريتها في استغلال طاقتها البشرية وثرواتها الطبيعية للوصول إلى تحقيق أهدافها في التقدم و الازدهار و السلام.

(ت)- الأمن الإقليمي:

إن مفهوم "مجموعة الأمن الإقليمي" طرحه لأول مرة "باري بوزان" Barry Buzan في كتابه "الشعب ، الحكومات والخوف People States and Fear",¹. ويرى "بوزان" أن المستويات التحليلية الوطنية والدولية غير ملائمة لتحليل القضايا المتعلقة بالمناطق، لذلك فإن وجود مستوى تحليلي وسطي ضروري لهذا الغرض. ويعتبر أن القصد من تقديم مستوى تحليلي وسطي هو محاولة لردم الهوة بين مستويي الحكومة و المنظومة (أي المنظومة الدولية). ويفصل "بوزان" في مسألة الأمن الإقليمي من أجل تعريفه و تحديده، إذ يقول في هذا الصدد أنه "من الناحية الأمنية تعني المنطقة شبه منظومة محددة ومعروفة من العلاقات الأمنية بين مجموعة من الدول القريبة إحداها من الأخرى جغرافيا"². وهناك نقطتان مهمتان في هذا التعريف: "الأولى وجود شبكة من العلاقات الأمنية بين الوحدات السياسية، والأخرى وجود القرب الجغرافي بين أعضاء المجموعة. والنقطة الأهم وجود أنموذج للعلاقات الأمنية بين الأعضاء، وهو ما يشكل الأساس الرئيس لتبلور مجموعة أمنية إقليمية. ومن جهة أخرى يؤدي ذلك إلى تمييز هذه المجموعة عن سائر أشكال المجموعات، ومن المرجح المجموعات الاقتصادية والثقافية و...".

وأما عامل الجيرة والقرب الجغرافي، وعلى الرغم من كونه ضروريا لتشكيل مجموعة أمنية إقليمية، إلا أنه لا يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار كميزة أساسية و حاسمة للتعرف على المجموعات. ويستدل "مورغان" Morgan بأن اعتماد عامل الجيرة الجغرافية لتحديد مجموعة أمنية إقليمية لا يعطي تعريفا يتسم بالدقة. فهذا التعريف لا يمكن أن يبين حضور الدول من خارج المنطقة الجغرافية التي تضطلع بدور مصري في التعاملات الأمنية للمجموعة. وفي موضوعنا نجد بأن دولا من خارج القارة السمراء لها دورها الاستراتيجي ، فالدول الأوروبية خاصة فرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية تدخلت في ليبيا رغم البعد الجغرافي، بل إن لها دورا نشطا في التعاملات الأمنية لأفريقيا في حين إنها ليست جزءا من هذه المنطقة من الناحية الجغرافية.

المحور الثاني

الوضع الأمني في ليبيا بين العوامل الداخلية و صدام المصالح الخارجية

رغم تعدد اللاعبين في المشهد السياسي الليبي فإن المتتبع للشأن يدرك دون كبير عناء أن القوى المؤثرة في صناعة الأحداث هي: تكتل الشرق و حكومة الوفاق، في حين لا تعدو بقية التكتلات محاولة لإثبات الوجود لكي تفرض نفسها على مجريات الأحداث لبرهة من الزمن، لكنها لا تمتلك القدرة على خلط الأوراق و إعادة ترتيبها كما هو شأن التكتلين الرئيسيين. ومع ما باتت تشكّله ليبيا من خطورة على الأمن الإقليمي والدولي، نظراً لتدفق موجات الهجرة غير الشرعية عبرها نحو القارة العجوز، واقتزان هذه الهجرة أحيانا بالجرعة المنظمة والإرهاب العابر للقارات، فقد نشطت دبلوماسية دول الحوار و معها الاتحاد الأوروبي، وبالتأكيد الاتحاد الإفريقي، بغية إيجاد تسوية توافقية بين الفرقاء الليبيين تنهي حالة التشرذم والانسداد السياسي، وتضع حداً لتنازع الشرعية بين ثلاث حكومات وبرلمانيين³.

¹ - سيد أحمد قوجيلي، الدراسات الأمنية النقدية-مقاربات جديدة لتعريف الأمن-، الأردن : المركز العلمي لدراسات السياسية، 2014. ص : 15.

² - Barry Buzan , People ,States and Fear , An Agenda for International Security Studies in the post -Cold War Era , London, Harvester Wheat sheaf , 1991, p: 33.

³ - الحسين الشيخ العلوي، لعبة التوازنات في ليبيا ومسارات التوافق السياسي، مقال مدون على مركز الجزيرة للدراسات على رابط الموقع :

<http://studies.aljazeera.net/ar/reports/2017/02/170216115587892244506.html>

إن هذا يبرز التداخل الكبير الموجود، و صراع المصالح المصلحي بين العديد من الدول خارجيا، و الانسداد مقابل ضرورة حل توافقي للأزمة الليبية داخليا، و هذا بالتأكيد زاد من تأزم الوضع الأمني في ليبيا، فضلا عن ارتباط هذه العوامل (الداخلية والخارجية) وتشابكها:

(أ)- على المستوى الداخلي:

إن ما يؤزم الوضع في ليبيا على المستوى الداخلي هو مرحلة التشردم التي تعيشها ليبيا بين الرؤى و التكتلات السياسية، إذ إنه في الوقت الذي يواجه فيه الليبيون وضعاً أمنياً و سياسياً هشاً، تتجه أنظارهم إلى الصراع الدائر على مستوى الداخل و بين الأحزاب السياسية و انعكاسه على الواقع الأمني الذي يعزوه متخصصون إلى توظيف الأطراف السياسية لسلاح الميليشيات بغرض الضغط و تمرير قرارات معينة لصالح كل طرف، مثال ذلك ما شهدته البيئة الليبية من حالة صراع بين معسكري خليفة حفتر و فايز السراج*. ومنذ الإطاحة بنظام "معمر القذافي" فإن ليبيا تواجه أزمة سياسية و أمنية حادة جدا بين التيارات الرئيسة التي يطالب بعضها بتبني نظام فدرالي في البلاد، في وقت لا تضيع فيه هذه التيارات أي فرصة لاثام منافسيها بالتعاون مع النظام السابق، فضلا عن تغليب الأجندات الحزبية الضيقة على المصالح الوطنية.

وقد عبر عضو "التجمع الفيدرالي" وأحد القادة العسكريين في الثورة الليبية "عبد الجواد الديني" بالقول: إن "الأحزاب التي لا يوجد قانون ينظمها خلال المرحلة الحالية تتعدد كثيرا عن المطالب الأساسية للشعب الليبي و تفتقر إلى القاعدة الشعبية، و هو ما عزز حالة الانفلات الأمني"¹، متهما الأحزاب بتغليب أجندات سياسية على حساب المصالح الوطنية. و ليست الأحزاب السياسية هي الوحيدة التي تؤزم الوضع و تخلق نوعا من الانسداد، بل إن مرتكزات العقلية السائدة ذات الخلفية القبلية لمعظم مناطق ليبيا -التي تحدد سلوك و ردة فعل السياسيين و الفاعلين الاجتماعيين حيال الأحداث الجارية- وما تتسم به هذه العقلية من يقينية الطرح و النظرة الأحادية، هذه العقلية التي اعتادت على أخذ حقها بيدها والتي لا تعي متطلبات العيش المشترك، و لم تعود على التداول السلمي للسلطة، وإضافة إلى غياب التدرج الطبيعي في الممارسة السياسية العامة، و انعدام شبه تام للثقة بين الفرقاء الليبيين، كل هذا أدى إلى تأجيج الوضع الأمني في ليبيا و انتقال مخرجاته إلى دول الجوار بما فيها الجزائر.

(ب)- على المستوى الخارجي:

منذ أن أصدر مجلس الأمن الدولي في يوم الخميس 17 مارس 2011 -بأغلبية 10 أصوات دون اعتراض أي من الأعضاء الدائمين وامتناع خمس دول عن التصويت- القرار الأممي رقم "1973" الذي يقضي بفرض منطقة حظر جوي فوق الأراضي الليبية، و اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لحماية المدنيين، تم تدويل القضية الليبية و باتت خيوط اللعبة السياسية تخرج تدريجياً من أيدي الفرقاء الليبيين، حتى تركزت سطوة وحضور العامل الخارجي بصورة جلية بُعيد سقوط نظام الراحل معمر القذافي، أواخر العام 2011². و أدى الحضور الكثيف للتدخلات الخارجية إلى تأزم الوضع الليبي وتشردمه نظراً لتعارض مصالح الدول المتدخلة وتضارب سُلّم أولوياتها؛ مما حال دون إجماع حقيقي حول قضايا وطنية كبرى ملحة، و أفقد النخبة السياسية الوليدة النجاح والفعالية في مواجهة الاستحقاقات الشديدة التعقيد لدولة عاشت لعقود أربعة في وضع هلامي يفتقر لمؤسسات حقيقة كالمعترف عليها عالمياً. ومما لا شك فيه أن حضور العامل الأجنبي في

*- نذكر هنا وساطة الرئيس الفرنسي "فرانسوا هولاند" لتبديد الصراع بين الطرفين، لكن الملاحظ أن فترة الهدنة و وقف إطلاق النار لا تكفي لأن نخزم بعودة نوع من الأمن و الاستقرار في ليبيا، لأن الصراع القبلي لا يزال، و مخلفات الحكم الدكتاتوري ثم الحراك الليبي لا تزال منتشرة على نطاق واسع، بالإضافة إلى مستوى التنمية الهش و تأخر المسعى الديمقراطي بالبلاد..

¹ - محمد زيد مستو، جدل الأحزاب السياسية الليبية يفاقم الوضع الأمني في ليبيا، مقال مدون على موقع الحرة من الرابط التالي: <https://www.alhurra.com/a/libya-controversial-between-political-parties-aggravate-security-situation/22888904506.hhhhtml>

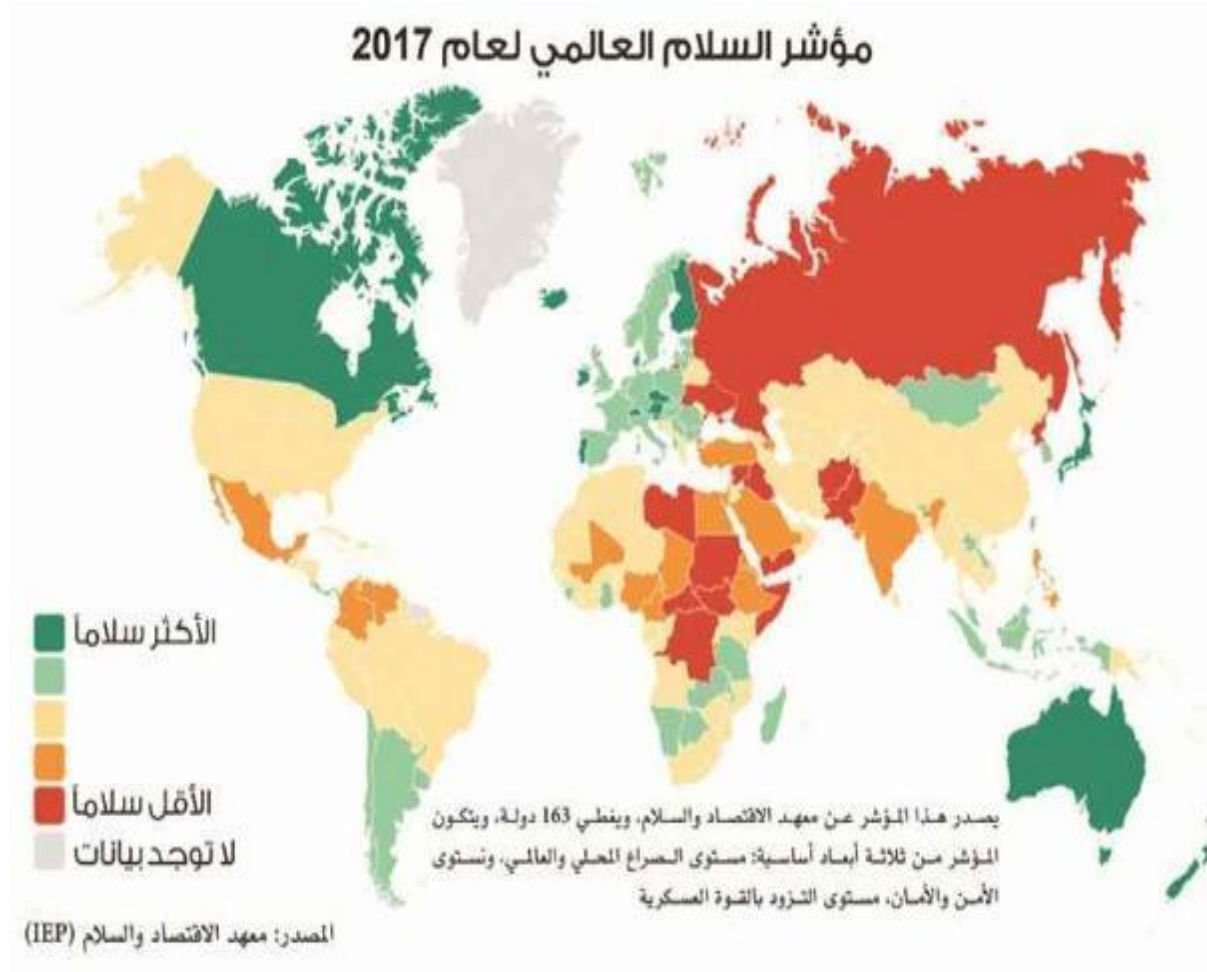
² - الحسين الشيخ العلوي، لعبة التوازنات في ليبيا ومسارات التوافق السياسي مرجع سبق ذكره.

المشهد السياسي و الأمني الليبي يقف وراء الإخفاق الذريع لجل التسويات السياسية التي رعاها المجتمع الدولي ممثلاً في بعثة الأمم المتحدة لدعم ليبيا، نظراً لتعارض مصالح الدول المتدخلة.

المحور الثالث

خارطة التهديدات الأمنية في منطقة شمال إفريقيا على إثر التدخل الأجنبي في ليبيا

- للإشارة حتى نعلم قدر التهديد الذي يحيط بالحدود الجزائرية اخترنا خارطة مؤشر السلام العالمي لسنة 2017*، إذ توضح الخريطة أن ليبيا ودول الجوار على العموم من البلدان الأقل سلاماً وأمناً، و هو ما يشكل تهديداً للأمن الجزائري و الإقليمي بصورة عامة كما توضحه الصورة :



المصدر: <https://pbs.twimg.com/media/Cno9TPaXYAA9We4.jpg>

إن التداعيات التي خلفتها الأزمة الليبية في تصادمها مع التدخل الأجنبي بما على مستوى الأمن الإقليمي جد حساسة، كون الأزمة الليبية أفرزت تهديدات جديدة أو ما يعرف أكاديمياً بتسمية "التهديدات اللاتماثلية" * التي تخرج عن إطار الدولة، ومن أبرز هذه التهديدات نذكر:

*- مؤشر السلام العالمي أو (بروتوكول جنيف) هو محاولة لقياس وضع المسألة النسبي للدول والمناطق. وهو من إنتاج معهد الاقتصاد والسلام، ووضع بالتشاور مع فريق دولي من الخبراء والمعاهد ومراكز البحوث، بالتعاون مع مركز دراسات السلام والنزاعات في جامعة سيدني، أستراليا مع تحليل البيانات من قبل الاستخبارات الاقتصادية. القائمة الأولى بدأت في مايو 2007.

✓ تهريب الأسلحة والتجارة بها:

لا شك أن تهريب الأسلحة الذي بات تجارة رائجة في ليبيا قد طال دول الحوار العربي و الإفريقي، و بدأ يشكل شوكة في ظهر الأنظمة الحاكمة. إذ إن بعض التقديرات تشير إلى تهريب ما يقرب من 10 آلاف قطعة سلاح وقذائف "آربي جي" في مرحلة ما بعد الثورة. فالسلطات المصرية ألقَت القبض أكثر من مرة على أسلحة خفيفة ومتوسطة تم تهريبها عبر الحدود مع ليبيا، و هو ما يغذي ظاهرة الانفلات الأمني في مصر. الأمر ذاته لا يختلف مع الجزائر التي تملك حدودا مع ليبيا تقارب الألف كلم¹، ولا تستطيع السلطة القائمة في ليبيا مراقبتها أمنيا. كما أن تجارة السلاح امتدت إلى منطقة الساحل والصحراء، خاصة مالي، حيث الصراع بين الحكومة و الطوارق، وكذلك تنظيم القاعدة الذي يسيطر على مناطق صحراوية بين مالي والنيجر، وموريتانيا و الجزائر.

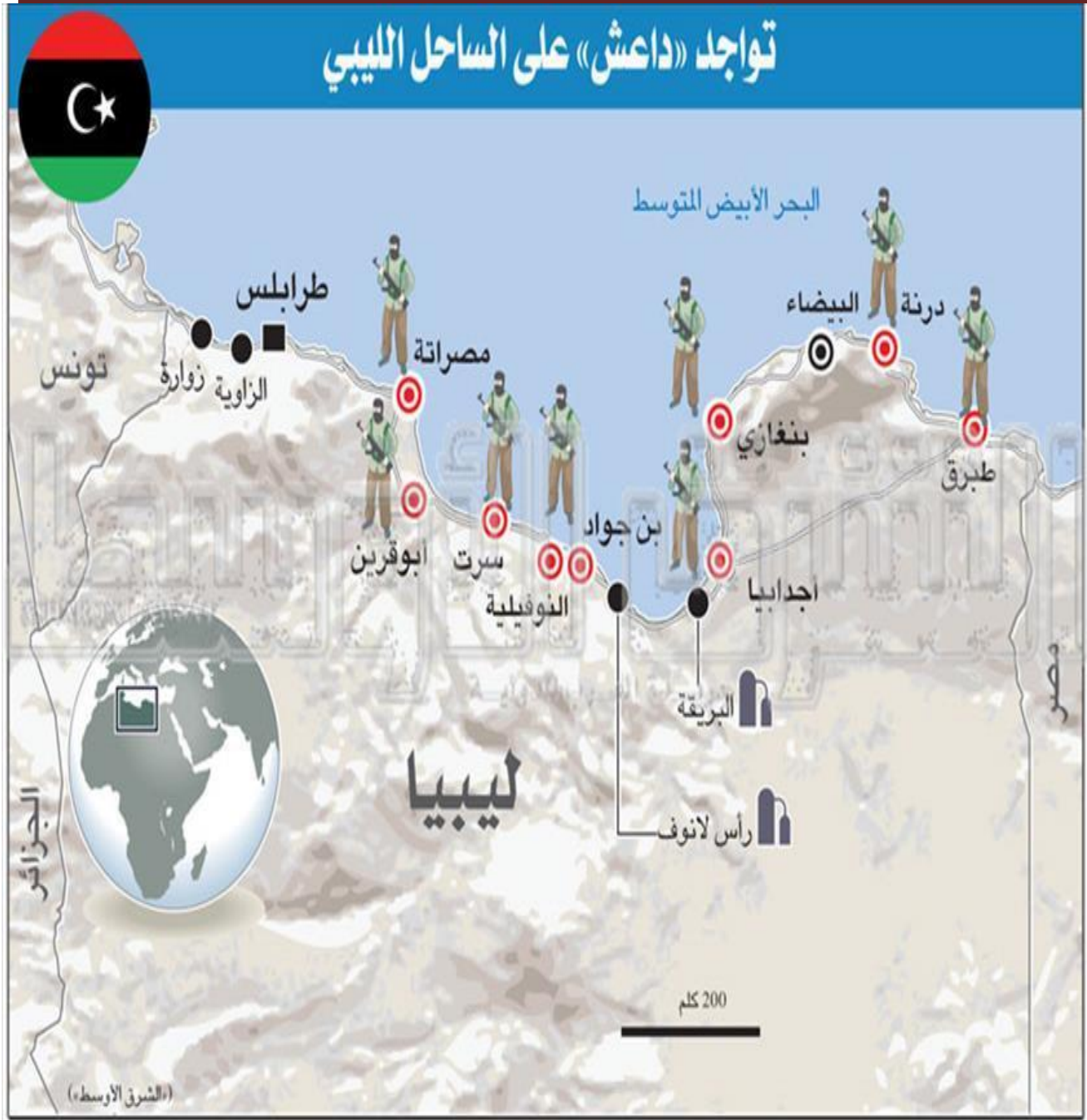
✓ عالمية الإرهاب الدولي ("داعش" يهدد أوروبا من بوابة ليبيا):

أبرزت الأزمة الليبية ضعفا للدولة وهشاشتها أمنيا، نتيجة لغياب المؤسسات الأمنية، وتوافر تجارة السلاح، و التدخلات الدولية في الشأن الليبي، مما يشكل عوامل خصبة لتنامي قوة التنظيمات الإرهابية الذي تتواجد حينما تصبح الدولة "فاشلة"²، كما حدث في العراق و اليمن. كما تسعى التنظيمات الإرهابية حاليا إلى إيجاد بيئة تكفل لها "هدف البقاء". ولعل الخارطة التالية توضح الانتشار الفعلي ل "تنظيم الدولة" الذي سيطر على جل سواحل ليبيا المطللة على البحر الأبيض المتوسط، مما جعله لا يهدد الأمن الإقليمي لدول الحوار فقط بل أصبح تهديدا عالميا يمتد إلى الدول المجاورة للمتوسط الغربي، ونقصد بذلك الدول الأوروبية التي تعرضت للعديد من الهجمات الأمنية التي تبناها تنظيم "داعش"، نذكر منها هجمات باريس، بروكسل، حادثة نيس وهذا ما توضحه الصورة المأخوذة من دراسة حول تواجد واتساع تنظيم الدولة على الساحل الليبي.

*- يقول كورمو وريبنكار، في كتابهما عن الحروب غير المتوازنة، (صدر في باريس سنة 2002)، إن التماثل، من منظور استراتيجي، هو القتال بأسلحة متساوية، أما اللاتوازي، أو اللاتماثل، فهو سعي طرف إلى استغلال كل نقاط ضعف الخصم، لرفع حجم الإضرار به. وتلجأ المجموعات المسلحة إلى وسائل غير متوازنة، متفادية نقاط قوة الخصم ومحاولة مواجهته، في ميدان أقل ملاءمة له. ويضيفان إن "اللاتوازي يعني رفض قواعد القتال المفروضة من الخصم، جاعلاً بذلك كل العمليات غير متوقعة تماما".

¹- عمراني كرنوسة وزروال سهام، الجزائر بين تداعيات سقوط نظام القذافي وتهديدات القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي في منطقة الساحل الإفريقي ، من أعمال الملتقى الدولي الأول حول المقاربة الأمنية الجزائرية في الساحل الإفريقي ، قالمة الجزائر ، ص : 5.

²- منصور لخضاري، الأزمة الليبية وانعكاساتها على منطقة الساحل الإفريقي، مجلة البحوث والدراسات العلمية العدد 06 الجزء الثاني جوان 2012 ، ص



المصدر : تعرف على أماكن تواجد داعش في سواحل ليبيا على الموقع

التالي http://alwasat.ly/get_img?ImageWidth=842&ImageHeight=600&ImageId=135045

✓ تشجيع حركات التمرد:

فالبينة الليبية تشكل مصدرا مغذيا لحركات التمرد في الجوار الإقليمي. و الالفت في هذا السياق أن عودة المقاتلين الطوارق الذين حاربوا إلي جانب القذافي إلى شمال مالي قد أجمت الصراع المسلح بين الحكومة و "الحركة الوطنية لتحرير أزواد" MNLA، و التي ارتفع سقف مطالبها من حكم ذاتي إلى انفصال عن دولة مالي. و ازدادت فرصة الطوارق في تقوية تمردهم إلى مرحلة الانفصال بظهور متغير آخر هو "حركة أنصار الدين" التي تحارب حكومة مالي في إقليم "أزواد"، وترتبط بعلاقات مع تنظيم القاعدة، ويتم تمويلها بالأسلحة التي خرجت من ساحة المعركة في ليبيا. كما أن النيجر مرشحة بفعل تداعيات الوضع الليبي

لتفجر علاقة صراعية مع الطوارق. ويمكن القول إن مقتل "القذافي" الذي كان يغدق مساعداته على الطوارق و يتوسط لحل مشكلاتهم مع الحكومات قد لعب دورا أساسيا في إعادة صراعتهم مع الحكومات إلى الواجهة، مستغلين حالة ضعف السلطة، والعجز الأمني في منطقة الساحل والصحراء.

✓ الهجرة غير الشرعية:

يُعد الوضع الأمني المتأزم في ليبيا تهديد جوازي للحدود الجزائرية فانتقال وعبور أعداد هائلة من المهاجرين غير الشرعيين الأفارقة نحو الجزائر شكل نوع من التهديد الهوياتي وحتى انتقال الأمراض معهم والآفات الأخرى ، وقد استغلوا هؤلاء الوافدين الجدد حالة الانفلات و غياب السلطة لجعل ليبيا "دولة معبر" نحو دول الجوار ومن تما نحوى الدول الأوروبية. و لا يخفى على المتخصص في هذا الشأن أن الهجرة غير الشرعية تتزايد بشكل كبير في الفضاء المغاربي و المتوسطي نتيجة عدم مسؤولية المجتمع الدولي وأوروبا خاصة لعدم مساعدتها لدول جنوب المتوسط في وضع حل للأوضاع الأمنية المضطربة التي زادت من حدتها التدخلات العسكرية في مالي وليبيا وغيرها في البلدان الإفريقية التي تعاني بدورها من أزمات تنموية و سياسية، كما أن بعضها مصنف كدول فاشلة مما يحتم على الدول الأوروبية أن تسعى لوضع إستراتيجية مع دول جنوب المتوسط والدول المغاربية لوضع حل والمساهمة المالية والتقنية الأمنية لمساعدة هاته الفئة قبل أن تتحول إلى تهديد حقيقي وقبل أن تطالب الدول الأوروبية بأمننة قضية الهجرة الغير شرعية كان من الأجدر أن تكون فاعل أساسي في مساعدة دول جنوب المتوسط في مشاكلها لا أن تفرض عليها قوانين جائزة اتجاه المهاجرين الأفارقة.

المحور الرابع

واقع الأمن الوطني الجزائري بعد التدخل الأجنبي في ليبيا (الانكشاف الحدودي و هاجس تصدير الأزمة)

سنحاول التركيز في هذا المحور على تداعيات تدخل "حلف الشمال الأطلسي" Nato في ليبيا على الأمن الجزائري: تشارك الجزائر مع ليبيا شريطا حدوديا يناهز 982 كلم، لذلك فإن بحث مسألة الأمن الوطني في الجزائر لا يخرج عن إطار تطور وتعدد أبعاد الأمن، باعتبار الجزائر دولة مجاورة لليبيا وتقاسمها حدودا جغرافية مكشوفة، إضافة إلى أهمية الأمن الجزائري باعتبارها دولة محورية في شمال إفريقيا، كما تسعى لأن تكون قطبا إفريقيا متوازنا، خاصة و أن الملف الليبي فرض نفسه لثقله و لخطورة تبعاته الأمنية على أجندة صانع القرار السياسي الجزائري، لذلك تبنت الجزائر آليات للتعامل مع خطر هذه الأزمة المتصاعدة. وقد تشكل ليبيا تهديدا أمنيا للجزائر بسبب الانفلات الأمني وغياب السلطة المركزية وانهايار منظومة الأمن و الدفاع وانعكاسه على الأمن الإقليمي الجزائري بفعل التقارب الجيوبوليتيكي والجيرة الجغرافية، كذلك دخول العديد من الدول على خط التنافس والتأثير في مسار إدارة الملف الليبي، كل وفق مصلحته الإستراتيجية.

وتعتبر مسألة الحدود الجزائرية مؤخرا معضلة أمنية، فرضتها الاضطرابات المتنامية في الجوار الجغرافي المغاربي- الساحلي، وهي ذات مسارات غامضة. و بسبب غياب الطرف الآخر في المعادلة الأمنية الجزائرية- الليبية ، ولتوسع الرقعة على سبيل تبيان حجم التحديات الأمنية التي تواجه الجزائر في ظل استمرار تصاعد الأزمة الليبية، فإن الرؤية الإستراتيجية الجزائرية تعتبر معالجة الاختلالات الوظيفية الأمنية في الدول المجاورة أولوية قصوى، هذا ما يبرر الانتشار الواسع لعناصر الجيش الجزائري على طول الحدود المتاخمة لليبيا، بحيث نشر الجيش حوالي 20 ألف جندي على طول الحدود الشرقية مع ليبيا، كما تذكر دراسة ل"بيار رازوكس" بعنوان "تأملات في الأزمة الليبية" الصادرة عن معهد البحوث الإستراتيجية للمدرسة العسكرية، أن أكثر من 5000 فرد من حماة الحدود التابعين للدرك الوطني الجزائري متواجدون على الحدود الجزائرية- الليبية، و يقومون ليل نهار بالتمشيط مدعومين بالقوات الجوية¹. وبعد الهجوم الإرهابي على الجمع الغازي في

¹ - عمر فرحاتي ويسرى اوشريف، تداعيات الأزمة الليبية على الأمن الجزائري، الجزائر: الدار الجزائرية، 2016، ص 209_210.

"نيقنتورين" في جانفي 2013، تم الإعلان على أن منفذي الهجوم الإرهابي تسللوا من ليبيا، و عليه قررت الحكومة الجزائرية في مايو 2013 غلق الحدود البرية مع ليبيا بشكل كامل.

و تواصلت التهديدات الأمنية العسكرية اللاتماثلية الواردة نحو الجزائر عبر ليبيا التي غذى التدخل الأجنبي بها بؤر التهريب بالأسلحة، و هو ما يفسر الإحصائيات الواردة عن مفرزات الجيش الوطني الشعبي، في مناطق معينة من البلاد، فقد اكتشفت في منطقة "كوبنين" في الوادي (06) منظومات صواريخ "ستينغر" مضادة للطيران، و قاذفات صواريخ، رشاشات.... الخ، وقد تم جلب هذه الأسلحة من ليبيا لاستهداف المنشآت الحيوية للجزائر، وقد شكل ذلك تطورا نوعيا وخطيرا في النشاط الإرهابي بالجزائر. كذلك فإن تصاعد المد الإرهابي وخطر تمدد "تنظيم الدولة" في ليبيا إلى الجزائر، يضع الجيش الوطني الشعبي و القيادة السياسية للجزائر أمام مسؤولية تاريخية مع تزايد نفوذ "لجماعات الجهادية" في ليبيا، و ضمن هذا السياق وضع خبراء عسكريون جزائريون في قسم التخطيط الاستراتيجي خططا للتدخل في ليبيا:

- 1) تنفيذ سلسلة من الغارات الجوية بطائرات "سوخوي 30" الروسية ضد أهداف تابعة للجماعات الإرهابية، و تنفيذ هذه الغارات على مراحل لتدمير الخطوط الخلفية و قاعدة التدريب والإسناد للجماعات الإرهابية في ليبيا.
 - 2) تنفيذ عمليات بقوات خاصة محمولة جوا ضد مواقع هذه الجماعات، و يصل تعداد هذه القوات الجاهزة 3 إلى آلاف عسكري منهم قوات "نخبة اللواء 104" للمناورات العملياتية، وقد كان من المقرر أن تنفذ هذه العملية في حال توفر معلومة على قدر كبير من الأهمية حول تهديد جدي للامن الوطني.
- وبالرغم من قيام مسؤولين ليبيين في جوان 2014 بطلب تدخل عسكري جزائري، إلا أن وزير الخارجية "رمضان العمامرة" نفى أن يكون هناك نية للتدخل، وأن الجزائر تدعم الحوار الوطني الشامل في ليبيا وليس الحل العسكري.

مما سبق نلخص أن الأزمة الليبية ألقت بظلالها على الوضع الاقتصادي للجزائر بسبب ارتفاع الميزانية العسكرية، حيث تم رفع ميزانية وزارة الدفاع و أجهزة الأمن إلى 15 مليار دولار في قانون المالية التكميلي، أي بزيادة 6 مليار دولار، لترتفع في سنة 2015 بما يعادل 11.6 % ، و هذا يفسر أن استمرار تصاعد الأزمة الليبية و عدم احتوائها سيبقى يستنزف أكثر الميزانية المخصصة للدفاع مما يؤثر على القطاعات الأخرى، خاصة أمام تراجع أسعار النفط. و من ناحية أخرى تأتي مسألة اللاجئين الليبيين في الجزائر الذين يقدر عددهم ب 50 ألف لاجئ، بحيث تم إنشاء 3 مراكز إيواء للعائلات الليبية في "إليزي" و "واد سوف"، يتكفل بها الهلال الأحمر الجزائري¹. وحسب تقرير للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة فإن الجزائر مرشحة لأن تتحول إلى الوجهة الأولى للنازحين و الفارين، مع احتمالات تنامي هذا التدفق إلى 3.5 مليون، ناهيك عن المهاجرين غير الشرعيين، و لا يخفى أثر ذلك على الجانب الاقتصادي و الاستقرار الاجتماعي، خاصة و أن الجزائر لا تستقبل فقط لاجئين من ليبيا، بل كل الفارين من النزاعات في منطقة الساحل.

وبالتالي فإن الجزائر تعيش بحق مأزقا أمنيا يتراوح بين أمنها الوطني والأمن الإقليمي، وهي علاقة شرطية في جميع الأحوال، لأن الجزائر من جهة مهددة بشدة بمخلفات الوضع الأمني الكارثي في ليبيا وتداعيات تدخلات حلف الناتو بعد 2011، كما أنها من ناحية أخرى - كما يصفها البروفيسور المتخصص في الشؤون الأمنية والإستراتيجية "أحمد برقوق" - "الدولة المفتاح في المجال الأمني" ونضيف إلى هذا القول أنها الدولة المفتاح أيضا في المجال "الدبلوماسي" لذلك فإن المهارة الدبلوماسية للجزائر كفيلة بالإسهام في تسوية الوضع في ليبيا.

خاتمة:

¹ - عمر فرحاتي ويسرى اوشريف، تداعيات الأزمة الليبية على الأمن الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص : 215.

ما يمكن أن نختم به دراستنا؛ هو أن البيئة الأمنية الليبية منذ 2011 قد تأزمت بشكل حاد نتيجة تداخل وتشابك عدد من العوامل الداخلية والخارجية، فالداخلية أهمها الصراع القبلي وتضارب وجهات النظر السياسية وانتشار الميليشيات المسلحة على نطاق واسع، والخارجية أهمها التدخل الأجنبي بدافع المصالح كما حدث مع تدخل الحلف الأطلسي في مارس 2011. ونؤكد هنا على أن هذا التدخل لم يكن خادما للشأن الليبي والاستقرار الإقليمي، بل إنه شكل مرحلة هامة في تأزم الوضع داخل ليبيا وتحولها إلى مجال خصب لكافة أنواع التهديدات الأمنية التي لم تجد أمامها سوى الحوار الجزائري للانتقال إليه بحكم الانكشاف الحدودي، من خلال تمدد ظاهرة الإرهاب والجريمة المنظمة وغيرهما.

بالإضافة إلى هاجس تصدير الأزمة الليبية منذ بداية الحراك، وتعمل الجزائر جاهدة لحفظ أمنها الوطني، وهو حقها المشروع، لأن الأمن حياة وغيابه يعني غياب الدولة وشلل مؤسساتها، لكنها تواجه مأزقا حقيقيا متمثلا في العلاقة الوثيقة اليوم بين الأمن الوطني والأمن الإقليمي، وهو ما تحاول الجزائر تجاوزه من خلال سعيها إلى لعب أدوار جادة عربيا وإفريقيا، وأيضا من خلال زيادة قوة جيشها كما ونوعا.

تأثير متغيرات البيئة الإقليمية والدولية في مسار التكامل المغاربي في فترة ما بعد الحرب الباردة

The impact of regional and international environment variables on the process of Maghreb integration in the post-cold war era

أ.نموشي نسرين، أستاذة مساعدة قسم (أ)، قسم العلوم السياسية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسة، الجزائر.

وطالبة باحثة في الدكتوراه، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية،

قسم الدراسات الدولية، جامعة الجزائر 3، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/13 - تاريخ المراجعة: 2017/11/17.

ملخص:

تسعى هذه الدراسة إلى محاولة إخضاع التكامل المغاربي للاختبار النظري، ومعرفة المدى الذي يمكن أن تزودنا به أهم الطروحات النظرية للعلاقات الدولية التي تهتم بدراسة وتحليل ظاهرة التكامل والاندماج (النظرية الوظيفية الأصلية والنظرية الوظيفية الجديدة) بفهم جديد حول حقيقة وواقع التكامل المغاربي، ومدى تأثيره بالمتغيرات الإقليمية والدولية، من خلال تسليط الضوء على حدود وحجم دور حزمة من المتغيرات التي تفرزها البيئتين الداخلية والخارجية والتي من شأنها أن تؤثر في مسار التكامل المغاربي.

الكلمات المفتاحية:

مسار التكامل المغاربي، فترة ما بعد الحرب الباردة، متغيرات البيئة الإقليمية والدولية

Abstract :

This study seeks to examine the reality of Maghreb integration in its regional and international framework, by highlighting a pack of regional and international variables that will affect the process of Maghreb integration and try to determine the extent and limits of this influence.

Keywords:

The process of Maghreb integration; the post-cold war era; regional and international environment variables

مقدمة:

تتأثر النظم الإقليمية بما يحدث في النظام الدولي، ومنطقة المغرب العربي ليست بمنأى عن ما يجري في الساحة الإقليمية والدولية، خاصة في ظل ما تحمله فترة ما بعد الحرب الباردة من تناقضات، فدلّ تفكك (الاتحاد السوفيتي)، ودول أخرى تتكامل (الاتحاد الأوروبي، آسيان، المركوسور...)، ومن حظ المغرب العربي أنه من الناحية الجغرافية والتاريخية يقع في الإقليم الأقرب لأنجح وأضعج تجربة تكاملية في هذه الفترة (الاتحاد الأوروبي) كما أن النخب السياسية في المغرب العربي-على عكس مناطق عربية أخرى- متأثرة ومرتبطة بما يحدث في الدول الغربية، الأمر الذي جعل التجربة التكاملية في المغرب العربي تتحكم فيها متغيرات زمنية مرتبطة بإفرازات فترة ما بعد الحرب الباردة وما تلقى بظلالها على توجه التكامل الدولي والإقليمي، ومتغيرات جغرافية مرتبطة بالبيئة الإقليمية والدولية. نحاول من خلال هذه الدراسة الاقتراب من تأثير المتغيرات الإقليمية والدولية التي رافقت الانتقال من نظام القطبية الثنائية والحرب الباردة إلى فترة ما بعد الحرب الباردة في ديناميكية التكامل المغاربي وفق السؤال المركزي التالي: إلى أي مدى تؤثر متغيرات البيئة الإقليمية والدولية في مسار التكامل المغاربي في فترة ما بعد الحرب الباردة؟.

وللإجابة على هذا السؤال المركزي تم تفكيكه إلى الأسئلة الفرعية التالية: ما مضمون الطروحات النظرية السائدة في التحليل الوظيفي للعلاقات الدولية؟، فيما تكمن خصوصية التجربة التكاملية المغاربية؟، ما مدى قابلية بيئة المغرب العربي الداخلية للتفاعل مع مخارج بيئته الخارجية؟، هل أدت متغيرات البيئة الإقليمية والدولية إلى تراخي النزوع المغاربي نحو التكامل؟.

وللإجابة على هذه الأسئلة تم اختبار الفرضية التالية: تساهم ثنائية (مستجدات فترة ما بعد الحرب الباردة/ العلاقات المغاربية - المغاربية) في توجيه مسار التكامل المغاربي.

ويمكن تناول هذا الموضوع من خلال المحاور التالية: التأصيل المفهومي والنظري للتكامل الإقليمي (محور أول)، تطور المشروع المغاربي بين قدر الجغرافيا وإخفاقات التاريخ (محور ثاني)، بيئة فترة ما بعد الحرب الباردة والتوجه نحو ثنائية تكامل/ تفكيك (محور ثالث)، تأثير متغيرات البيئة الإقليمية في التكامل المغاربي (محور رابع)، تأثير متغيرات البيئة الدولية في التكامل المغاربي (محور خامس).

المحور الأول

التأصيل المفهومي والنظري للتكامل الإقليمي

إن دراسة أي ظاهرة اجتماعية وسياسية تستدعي التحديد المسبق للمفاهيم المستخدمة والاتساق في هذا الاستخدام¹، وعليه تم تخصيص هذا المحور لتناول فيه مفهوم التكامل وأهم المدارس النظرية التي تناولت هذا المفهوم بالدراسة وعليه يتكون هذا المحور من عنصرين كالتالي: التأصيل المفهومي للتكامل المغاربي (أولاً)، الإطار النظري في دراسة مشروع التكامل للتكامل المغاربي على ضوء نظرية التكامل والاندماج (ثانياً).

أولاً: التأصيل المفهومي للتكامل المغاربي

يمكن تعريف التكامل باعتباره عملية تشكيل الأجزاء لكل whole forming parts into a أو عملية استجابة وإيجابية للاعتماد المتبادل بين الدول، ورغم بروز تعريفات متعددة وبطريقة ما متباعدة للتكامل إلا أن هذا المفهوم يشير أساساً إلى علاقة الجماعة المترابطة، أو الالتحام القوي بين الأفراد في كيان سياسي. فهي تتضمن روابط متبادلة وإحساس بمهوية الجماعة، والإدراك الذاتي². لقد عرف كارل دويتش التكامل انطلاقاً من وجود درجة معينة من الاعتماد المتبادل، حيث يرى أن التكامل هو علاقة بين وحدات بينها اعتماد متبادل، وتنتج معا خواصاً للنظام تفتقر إليها في حالة وجودها منفصلة³. أما إرنست هاس فهو يعرف التكامل على أنه مسار وليس حالة، هو مسار لأن بفضل الفواعل السياسية للدول المختلفة سيقبلون تدريجياً على تحويل ولاءاتهم، نواياهم، اهتماماتهم ونشاطاتهم السياسية إلى شكل جديد من المؤسسات القادرة على التحكم في الدول القومية الموجودة⁴.

تعريف أندرو هيرل: مجموع السياسات لدولتين أو أكثر صممت للترويج لظهور وحدة إقليمية متماسكة تنظم نمط العلاقات بين الدول الأعضاء في التكامل وباقي العالم⁵، فهو يتجنب الخوض في المسائل والقضايا محل الجدل كتلك المتعلقة بعملية نقل الولاء من الدولة الوطنية نحو المؤسسة الإقليمية، مسألة التكامل كعملية أو كحالة، وتركيزه بالمقابل على ضرورة بناء كتلة إقليمية قوي ومتماسك قادر على المساومة بشكل جماعي وتعظيم مصالح أعضائه على الصعيد العالمي وهو الهدف الرئيسي من التكامل.

أما جوزيف ناي فيرى أن مفهوم التكامل من أكثر المفاهيم خلطاً وتشوشاً، وعلى سبيل المثال عند تشكيل السوق الأوروبية المشتركة عام 1957 كان على هناك الأقل أربعة مفاهيم تختلط مع مفهوم التكامل وهي التوحيد السياسي، التوحيد الاقتصادي، والتعاون السياسي والاقتصادي، والتجارة الحرة. ولذلك حدد ناي مجموعة من المؤشرات لتعريف التكامل تعريفاً إجرائياً أكثر قابلية للقياس والملاحظة العلمية حيث قسم التكامل إلى أجزاء أو مجالات متنوعة، وحدد في كل عدد من المؤشرات التي يمكن على أساسها معرفة مدى

1 وليد عبد الحفي، معوقات العمل العربي المشترك، سلسلة الثقافة القومية، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1987، ص 07

2 عمر إبراهيم العفاس، نظريات التكامل الدولي الإقليمي، ليبيا : منشورات جامعة قار يونس، 2008، ص. 33، 34

3 كارل دويتش، تحليل العلاقات الدولية، (تر: شعبان محمد محمود شعبان)، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1983، ص 217

⁴ Dario Battistella, Theories des relations internationales, Paris: Presses de Sciences Po, 2003, p346

⁵ Andrew Hurrell, Latin America in the new world order : A regional bloc of the americas, International affairs, Vol 68, n 1 jan 1992, p,p 123,124

تحقق التكامل والمقارنة بين حالات التكامل المختلفة فهناك التكامل الاقتصادي، ويشمل التكامل التجاري والخدمات المشتركة، وهناك التكامل الاجتماعي ويشمل التكامل بين الجماهير والتكامل بين النخب، وهناك التكامل السياسي ويشمل التكامل المؤسسي والتكامل في السياسات العامة¹.

أما موسوعة السياسة فهي تعرف التكامل بأنه "حالة من التوافق والانسجام والاعتماد المتبادل بين أجزاء وأطراف تشكل في مجموعها وحدة أو نظاما، بحيث تكون خصائص الوحدة أو النظام ككل غائبة في أي من العناصر المكونة وحدها، وتشير كلمة تكامل أحيانا إلى عملية تحقيق التكامل لا النتيجة ذاتها بالضرورة، ويكون التكامل بين القيادات ومراكز الثقل والفعل في الأطراف المعنية². وقد طرح موضوع التكامل على نحو مليء بالغموض والتعديدية، ليس فقط في أدبيات المساهمين في هذا المجال وإنما يمتد الأمر أيضا إلى التعريفات التي تطرحها بعض القواميس اللغوية التي تصف التكامل بشكل يصعب فيه الفصل بينه وبين مصطلحات أخرى كالاندماج مثلا. وقد أوضح جوزيف ناي غموض مصطلح التكامل حين أشار إلى أنه في فترة إنشاء السوق الأوروبية المشتركة، فإن التكامل قصد به الوحدة السياسية والوحدة الاقتصادية وتعاون اقتصادي وسياسي، كما قصد به أيضا تحقيق حرية تجارية أكثر مما كان موجودا في تلك المنظمة من قبل³.

ثانيا: التأصيل النظري للتكامل 1: النظرية الوظيفية الأصلية، 2: النظرية الوظيفية الجديدة.

1: النظرية الوظيفية الأصلية

إن المرجع الرئيسي للنظرية الوظيفية هو دراسة الباحث البريطاني (روماني الأصل) دافيد ميتزاني "D.Mitrani"، الذي وضعها عام 1943 قبيل انتهاء الحرب العالمية الثانية. وقد جاء فيها أن الوظيفية تعتمد على مجموعة افتراضات متعلقة بأسباب الحرب والسلام: فالخلل في التوازنات الاجتماعية والاقتصادية يشكل أسبابا رئيسية للحرب، أما الانتعاش الاقتصادي والاجتماعي فهو يشكل الشرط الأول للسلام⁴. أما الأساس العملي فيتمثل في التجربة الأوروبية وإعلان روبرت شومان في 09 مايو 1950⁵.

انطلق ميتزاني من مسلمات مثالية ومتفائلة حول إمكانية تحسين وتطوير المجتمعات إذا اعتمدت على وسائل عقلانية ومنفعية لذلك، وكانت هذه المسلمات تشكل مفاهيم مركزية عند المفكرين الليبراليين في بريطانيا أمثال روبرت سيسيل وليونارد ولف، ويرى ميتزاني أن الوظيفية تهدف إلى كسر الرابط التقليدي بين السلطة ووحدة ترابية محددة (الدولة)، وذلك عبر ربط السلطة بنشاط معين، تقدم الوظيفية توجهها العام على تحطيم الإقليمية إلى الكونية⁶.

وينطلق ميتزاني في طروحاته من فرضية مفادها: أن تزايد التعقيد في النظم الحكومية أدى إلى تزايد كبير في الوظائف الفنية غير السياسية التي تواجه الحكومات. ومثل هذه الوظائف لم تؤدي فقط إلى زيادة الطلب على الاختصاصيين المدربين على المستوى الوطني، لكنها لعبت دورا في المشكلات الفنية على المستوى الدولي، وإذا أصبح من الممكن إيلاء مثل هذه المشكلات للمتخصصين وفصل نشاطهم إلى حد ما عن القطاع السياسي، فإنه من الممكن انجاز التكامل الدولي، فميتزاني يذهب إلى أن تزايد المشكلات ذات الطابع الفني على المستوى الوطني سيساهم في اتساع قاعدة التعاون الدولي في هذا الحقل⁷.

1 عمر إبراهيم العفاس، مرجع سابق، ص. 48-58

2 عبد الوهاب الكيالي، الموسوعة السياسية، ج 1، ط 2، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1985، ص 779

3 عمر إبراهيم العفاس، مرجع سابق، ص. 34، 35

4 ريمون حداد، العلاقات الدولية، بيروت: دار الحقيقة، 2000، ص 206

5 Jean-Marc Laveille, Relations Internationales, Paris : Ellipses édition Marketing, 2000, p23

6 ناصيف يوسف حتي، النظرية في العلاقات الدولية، بيروت: دار الكتاب العربي، 1985، ص 276

7 عبد القادر محمد فهمي، النظريات الجزئية والكلية في العلاقات الدولية، الأردن-عمان: دار الشروق للنشر والتوزيع، 2010، ص 150

ويقترض ميثاري أن النظام المكون من الدول الحديثة (دولة-أمة) لا يستطيع مجابهة المشاكل الاقتصادية الأساسية لأن المجتمع الدولي منقسم بشكل عشوائي إلى وحدات سياسية منفردة (على أساس أقاليم)، وليس على أساس المشاكل التي يتوجب حلها. وهذا ما يجعله يقترح خلق مؤسسات دولية على أساس الوظائف تنطلق أولا من معالجة مسائل فنية محددة وتتطور تدريجيا في ميدان التعاون الدولي، انطلاقا من مبدأ "أن الشكل يتبع الوظيفة"¹.

نقطة الارتكاز الأخرى لدافيد ميثاري هي الحاجات الإنسانية، حيث أن الحاجات الإنسانية تقع في قلب العلاقات الاجتماعية ويقدر ما يستحسن الناس فكرة الاعتراف بالحقوق، فإنهم يفضلون قبل ذلك تحقيق احتياجاتهم، ولكن هناك حاجات تعبر الحدود، والحل لا يمكن أن تقدمه الصروح الدولية الكبرى التي تؤسسها الدول من أجل التقارب ولكن تقدمه المنظمات الدولية ذات الطابع التقني مثل اتحاد البريد العالمي أو المنظمة الدولية للعمل، وهذه المنظمات ستحظى بالاعتراف لأنها تعوض الدول في تحقيق وظائف ومصالح الجماعات المختلفة.²

توجه لنظريات التكامل الدولي انتقادات خاصة بإهمالها دور البيئة الدولية في عملية التكامل، فمثلا يرى ستانلي هوفمان أن الفشل الواضح في تعميم التكامل في أوروبا الغربية "Spill over" يعود لسببين: الأول يتمثل في تنوع وتباين دول أوروبا الغربية والثاني نظام القطبية الثنائية الذي ساد عقب الحرب العالمية³. ناهيك عن انعكاسات التفاعلات التي كانت حاصلة بين وحدات النظام الدولي في فترة الحرب الباردة والتي كانت محكومة بمنطق الصراع الإيديولوجي بين القوتين العظميتين (الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي سابقا). كما يقدم "كارل دويتش" انتقادا آخرًا للوظيفية الكلاسيكية من حيث تركيزها على معالجة الوظائف والخدمات الدولية أو فوق القومية على أنها مسائل فنية غير سياسية في طبيعتها وبعيدة تماما عن ضوضاء وضغوط مجموعات المصالح والدول وجماهير الناس، فهو يرى -أي كارل دويتش- أن هذه النظرة يمكن أن تكون مصدر ضعف سياسي لا مصدر قوة، كما أن معظم جماعات الصفوة الوطنية لا تفضل إضعاف سلطاتهم نحو مجتمعاتهم الوطنية عن طريق السماح بتنمية جدية لأي ولايات دولية منافسة، إضافة إلى أن القوة الكامنة للمنظمة كلما كانت أعظم كان نفوذها المحتمل أوسع وأكثر انتشارا من الناحية الوظيفية، وعادة ما تصبح مقاومة المجتمعات الوطنية وجماعات الصفوة ضد السماح بازدياد هذه القوة الدولية الكامنة أشد وأعنف، وكلما اقتربت وكالة دولية ما من المساس بجوهر سيادة الدولة كلما أصبحت المشكلة أصعب⁴.

2: النظرية الوظيفية الجديدة

ارتبطت الوظيفية الجديدة باحتجادات كل من "ارنست هاس، أميتاي اتزيوني وكارل دويتش"، الذين أسسوا لتقديم مفهومها للتكامل ليس فقط باعتباره مجرد عملية فنية-اقتصادية أو مسارا للتغيير الاجتماعي انطلاقا من قضايا السياسة الدنيا، أو البدء بما هو غير سياسي لا يثير النزاعات من أجل بلوغ أهداف سياسية.

حيث يرى إرنست هاس أن الأهداف الاقتصادية المشتركة تسرع في عملية التكامل الأوروبي أكثر من شعارات الفخر لشارلمان ومن خطابات البابا ومقولات الحضارة الغربية الأوروبية، وحتى من فكرة الخوف من الاتحاد السوفياتي والولايات المتحدة الأمريكية أثناء الحرب الباردة، فقد أصبح المتغير الاقتصادي أقوى من هذه الخطابات والشعارات⁵.

¹ ريمون حداد، مرجع سابق، ص 206

² Dario Battistella, op-cit, p343

³ جيمس دوورتي وروبرت بالاستغراف، مرجع سابق، ص 301. أنظر أيضا :

RENÉ SCHWOK, Théories de l'intégration européenne Approches, concepts et débats, Paris : Editions Montchrestien, 2005 p 66

⁴ كارل دويتش، مرجع سابق، ص 229

⁵ Dario Battistella, op-cit, p 344,345

كما استخدم هاس أيضا مصطلح الانتشار أو التعميم "Spill over" والذي يعني تحقيق التكامل الدولي من خلال التدرج من قطاع محدد إلى قطاعات أخرى مختلفة إلى أن تصل إلى التكامل السياسي¹.

ومن بين الأفكار التي طرحها ارنست هاس والتي توافقت مع بناء الجسد الأوروبي اعترافه بقدرة الدول على كبح مسار التكامل والانتشار إلا أنه يؤمن بعدم قدرة هذه الدول والحكومات على الوقف النهائي لعملية التكامل لأنها سرعان ما تنصاع لكثافة المصالح وتداخلها. ويضيف هاس أن التجربة الأوروبية تثبت ذلك من خلال العودة إلى التناقضات الفرنسية البريطانية في بدايات مسار الوحدة الأوروبية التي لم تتعد كونها مجرد مواقف ظرفية والدليل أن أهم مراحل التجربة الأوروبية كانت بعد هذه المواقف حيث تعاضم مبدأ الانتشار في مستواه الجغرافي (من حيث التوسيع وزيادة عدد الدول الأعضاء)، وفي مستواه القطاعي الوظيفي من خلال التحول إلى قطاعات أخرى أكثر حساسية.

في حين نظر " أميتاي إيتزبوني" إلى التكامل كشرط للتوحيد أي أن عملية التكامل سابقة لعملية التوحيد، فهو يرى أن المجتمع يعتبر متكاملًا إذا كان هذا المجتمع يمتلك سيطرة فعالة في استخدام أدوات العنف أو الإكراه حيث يكون لهذا المجتمع مركز لاتخاذ القرار يقوم بدور توزيع الثواب والعقاب داخل المجتمع، ويمثل البؤرة الرئيسية لتحديد الهوية السياسية للشعب².

أما كارل دويتش فهو يرى أن النظرية الوظيفية تستهدف مهامًا عامة أكثر فأكثر لهذه المنظمات ذات الوظيفة المحدودة، حتى يمكن لدول العالم أن تتكامل تدريجيًا في مجتمع واحد تستحيل فيه الحرب³، إذ ارتكزت أفكاره على عملية الاتصال بين الوحدات الدولية المختلفة كأساس لقيام عملية التكامل. وهو ما يتطلب إحراز علاقات بين الدول لم يعد لتوقعات الحرب مكانا فيها، بل بدلا من ذلك تمتلك تلك الوحدات إحساسا دافعا بقيام شعور الجماعة الواحدة فيما بينهم، وبالتالي فهذا الطرح على النقيض من الفكرة الذائعة على نحو واسع والتي تبرز الخصائص اللغوية والعرقية كحافز نحو التكامل⁴.

إن نظرية التكامل الوظيفي لا تتبنى التكامل الدستوري من خلال الفيدرالية أو الكونفيدرالية بين الدول، وتعتبر هذا النوع من التكامل تكاملا فوقيًا، إنها تهدف إلى تعزيز علاقات الناس وتشجيع إقامة مجتمع دولي سلمي ينبذ الحرب والعدوان⁵.

المحور الثاني

تطور المشروع المغربي بين قدر الجغرافيا وإخفاقات التاريخ

يمكن تحقيب المراحل التي مر بها المشروع الحدودي المغربي حسب المراحل التي مر بها النظام والعلاقات الدولية - وهو ما يتماشى مع هدف هذه الدراسة بالدرجة الأولى -، إلى: فترة ما بين الحربين العالميتين، فترة الحرب الباردة وفترة ما بعد الحرب الباردة، وهو ما سيتم التطرق إليه وفق العناصر التالية: فترة الحربين العالميتين (أولا)، فترة الحرب الباردة (ثانيا)، فترة ما بعد الحرب الباردة (ثالثا).

أولا: فترة الحربين العالميتين:

ترجع المصادر التاريخية فكرة المغرب العربي الكبير إلى فترة النضال المشترك ضد الاستعمار الأوروبي (الفرنسي، الإيطالي والاسباني) فالفكرة تأسست في القرن الماضي، وتطورت عقدا بعد عقد⁶، وهي مرتبطة في شكلها الحديث الذي تبلور بعد الحرب العالمية الأولى بفكرة القوميات ويتأكد ذلك من تزامنهما مع ظهور أفكار قومية مشابحة في المشرق العربي مثل مشروع سوريا الكبرى ومشروع الهلال الخصيب

¹ زايد عبيد الله مصباح، السياسة الدولية بين النظرية والممارسة، بيروت: دار الرواد، 2002، ص 252

² عمر إبراهيم العفاس، مرجع سابق، 2008، ص 36

³ كارل دويتش، مرجع سابق، ص 228

⁴ عمر إبراهيم العفاس، مرجع سابق، ص 91

⁵ عدنان السيد حسين، مرجع سابق، ص 168، 169

⁶ جمال عبد الناصر مانع، اتحاد المغرب العربي : دراسة قانونية سياسية، الجزائر- عنابة: دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004، ص 14، 15

ومشروع وادي النيل¹، كما أن مغربة الكفاح المسلح هو الهدف الذي سعى إليه الوطنيون الأوائل، وعملوا كل ما في وسعهم من أجل تحقيقه. وكانوا يطمحون بعد تحقيق استقلال بلادهم إلى بناء مغرب عربي قوي يجمع شعوبهم ويقوي مكانتهم الدولية ويكون حاجزا في وجه أطماع أعدائهم.

حيث أن السيد علي باش حمة أحد ملهمي الحركة الوطنية التونسية في أوائل القرن العشرين كان أول زعيم فكر في ضرورة توحيد المغرب العربي في ميدان الكفاح، وقد مد يده للمقاومين الجزائريين وأسس أخوه في برلين لجنة تسمى باللجنة التونسية-الجزائرية، وفي الوقت نفسه اتصل برجال الحركة في مراكش بالمغرب الأقصى، حيث أثمرت هذه الاجتماعات المتوالية بتأسيس جمعيات² اجتماعية للعمال المغاربة من أبناء المغرب العربي، كان أبرزها جمعية نجم شمال إفريقيا^{3*4} التي تأسست في باريس عام 1923 من أجل إغاثة العمال المغاربة⁵، وكان رئيس هذه الجمعية هو مصالي الحاج أحد زعماء الحركة الوطنية الجزائرية البارزين⁶.

كما برز نجم شمال إفريقيا بدوره الفعال من خلال مشاركته في مناسبات وتظاهرات كثيرة ولعل أبرزها كان مؤتمر بروكسل 15-02 1927 والذي ترأسه مصالي الحاج ومجموعة من السياسيين من تونس والجزائر والمغرب وقد أكد هذا المؤتمر على ضرورة مواصلة النضال الموحد من أجل استقلال شعوب شمال إفريقيا⁷، إضافة إلى ذلك دعم نجم شمال إفريقيا "جمعية طلبة شمال إفريقيا المسلمين"، التي تأسست في ديسمبر 1927 على يد مجموعة من الطلبة المغاربة وضمت في تكوينها جميع الجمعيات الطلابية في بلدان المغرب العربي. وهي المنظمة الثانية التي كان لها تأثير في نشر الوعي الوحدوي والعمل من أجل تحرير المغرب العربي، وقد قامت المنظمة بدور بالغ الأهمية في صفوف طلاب المغرب العربي الذين كانوا يدرسون في الجامعات الفرنسية في حملهم لفكرة توحيد المغرب والذين سيصبحون فيما بعد زعماء الحركة التحررية في شمال إفريقيا⁸.

وهكذا فإن الروابط التي جمعت بين قادة الحركات الوطنية المغاربية لبلدان المغرب العربي سواء من خلال نجم شمال إفريقيا أو من خلال جمعية الطلبة المسلمين، خلقت نوعا من التضامن بينهم بحيث كان أي حدث في أحد من الأقطار يكون له صداد في القطرين الآخرين.

ثانيا: فترة الحرب الباردة:

¹ ميلود عبد الله المهدي، أحمد عبد الحكم دياب، "اتحاد المغرب العربي والمجموعة الأوروبية في إستراتيجية العلاقات الدولية: آفاق عام 2000"، مجلة المستقبل العربي، عدد 184، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، جوان 1994، ص 58

² الانطلاقة الأولى كانت بظهور حركات شبابية لأقطار المغرب العربي حيث نشأت حركة الشباب التونسي عام 1907 وحركة الشباب الجزائري سنة 1914 وحركة الشباب المغربي 1919، ومع بداية العشرية الثانية من القرن العشرين بدأت تظهر حركات التحرر الوطني، إذ تم تأسيس حزب الدستور التونسي سنة 1920 ونجم شمال إفريقيا سنة 1926 وحزب الاستقلال المغربي سنة 1943، وكان الهدف من هذه الحركات السياسية النضالية هو محاربة الاحتلال الأجنبي، وإنشاء مغرب عربي كبير.

³ هناك من يرجع فكرة وقرار تأسيس نجم شمال إفريقيا للأمير خالد وهو الذي عين فيما بعد مسؤوليه: حاج علي عبد القادر وأحمد بعلول. في هذا الصدد أنظر: أبو القاسم سعد الله، الحركة الوطنية الجزائرية 1900-1930، ج 2، ط 4، لبنان: بيروت دار الغرب الإسلامي، 1992، ص 372

⁴ محمد عابد الجابري، "فكرة المغرب العربي أثناء الكفاح من أجل الاستقلال"، في: محمد عابد الجابري وآخرون، وحدة المغرب العربي، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1987، ص، 18، 19

⁵ محمد عابد الجابري، "فكرة المغرب العربي أثناء الكفاح من أجل الاستقلال"، في: محمد عابد الجابري وآخرون، وحدة المغرب العربي، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1987، ص، 18، 19

⁶ Djamel Eddine Guechi، l'union de Maghreb arabe ; intégration , régional et développement، Alger، casbah، 2002، p 26

⁷ عبد الوهاب بن خليف، اتحاد المغرب العربي بين حسابات السياسة وطموحات الشارع، الجزائر: دار طليطلة-دار ابن طفيل، 2010، ص، 12، 13

⁸ جمال عبد الناصر مانع، المغرب العربي دراسة قانونية سياسية، مرجع سابق، ص 16

إن تجربة الوحدة في إطار المغرب العربي لم تبدأ من نقطة الصفر، بل بنيت محاولاتهم في الاتحاد على رصيد تجارب تعود إلى مرحلة ما قبل الاستقلال تبلورت من خلال مؤتمر المغرب العربي الذي عقد بالقاهرة سنة 1947¹، في الفترة الممتدة من 22-25 من شهر فيفري والذي حضره الأمين العام لجامعة الدول العربية آنذاك (السيد عبد الرحمان عزام)، وتشكل المكتب من: رابطة الدفاع عن مراكش والوفد الخليفي المغربي في الجامعة العربية، وحزب الشعب الجزائري- حركة الانتصار للحريات الديمقراطية - والحزب الحر الدستوري التونسي، وبفضل هذا التمثيل الثلاثي لبلدان المغرب العربي أصبح المكتب وجهة الوافدين من شمال إفريقيا وجميع من لهم اهتمام بقضية المغرب العربي بالقاهرة.

وقد تمخض عنه تأسيس مكتب المغرب العربي الذي تكون من كافة الأحزاب الوطنية التي ركزت على هدف الاستقلال وإنجاح بدائل لطرد المستعمر². حيث ترأس لجنة المغرب العربي الزعيم "عبد الكريم الخطابي" قائد المقاومة المسلحة في الريف المغربي³. إذا كانت فكرة المغرب العربي قد سارت الكفاح الوطني لشعوب شمال إفريقيا مع مطلع القرن العشرين فإن ميلادها الرسمي لم يتم إلا في مؤتمر طنجة المنعقد في الفترة الممتدة من 27 إلى 30 أفريل سنة 1958، وقد كان جدول أعمال المؤتمر يتضمن قضايا حرب الاستقلال في الجزائر وتصفية الاستعمار الأوروبي في المغرب العربي ووحدة المغرب العربي⁴، ففي هذا الوقت كانت كل من تونس والمغرب خارجة حديثا من الاستعمار، أما الجزائر فكانت ما تزال تحت الاستعمار الفرنسي، كما حضرت ليبيا هذا الاجتماع بصفة مراقب⁵. وهو ما يعكس تأثير لقاء طنجة إلى درجة بعيدة بالكفاح التحرري الجزائري في عامه الرابع، وكذا تأييد شعوب المنطقة لهذا الكفاح وصيانتها من عدوان القوات الأجنبية التي لا تزال معسكرة بالمغرب الأقصى وتونس.

وفي العام 1962 وباستقلال الجزائر، كانت جميع الدول المغاربية قد نالت استقلالها وبدأت تسعى لتحقيق الوحدة، حيث بدأت برسم سياستها لوضع أسس التعاون الفني والاقتصادي والسياسي في اتجاه الاندماج والتكامل، وكان إنشاء المؤسسات والأجهزة المشتركة المتمثلة خصوصا في اللجنة الاستشارية القارة ومركز الدراسات الصناعية من بؤادر الانجازات وترسيم معالم التعاون في ميدان البناء المغاربي. إلا أن قرارات مؤتمر طنجة المنعقد في الفترة الممتدة من 27 إلى 30 أفريل سنة 1958 لم تطبق بعد استقلال الجزائر بسبب الخلافات السياسية بين أقطار المغرب العربي على اعتبار أن وحدة المغرب كانت تعني دائما في أذهان النخبة السياسية أثناء فترة الاستعمار.

الملاحظ أن خلال الفترة الممتدة من 1910 إلى غاية 1964، ارتبط المغرب العربي فقط بالدول الثلاث والتي تشكل النواة المركزية للاتحاد (تونس، الجزائر، المغرب الأقصى)، في حين بقيت كل من ليبيا (المستقلة منذ 1951) وموريتانيا (التي استقلت عام 1960) بعيدتين عن حسابات الوحدة والتكامل لأسباب غير مقنعة تماما (ارتباط ليبيا المشرق، واعتبار موريتانيا امتداد لإفريقيا السوداء)⁶. إلا أن قرارات مؤتمر طنجة لم تطبق بعد استقلال الجزائر بسبب الخلافات السياسية بين أقطار المغرب العربي على اعتبار أن وحدة المغرب كانت تعني دائما في أذهان النخبة السياسية أثناء فترة الاستعمار ووحدة العمل وليس وحدة الهوية⁷.

¹ عبد الإله بلقزيز، "اتحاد المغرب العربي إلى أين؟"، مجلة المستقبل العربي، عدد 162، أوت 1992، ص 50

² إسماعيل معارف، التكتلات الاقتصادية الإقليمية، ط2، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2014، ص 79

³ Djamel Eddine Guechi, *op-cit*, p28

⁴ جمال عبد الناصر مانع، اتحاد المغرب العربي: دراسة قانونية سياسية، عناية: دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004، ص 18

⁵ ديدوي ولد السالك، "اتحاد المغرب العربي: أسباب التعثر ومدخل تفعيل"، مجلة المستقبل العربي، العدد 312، فيفري 2005، بيروت: مركز دراسات

الوحدة العربية، ص 53

⁶ Mohamed Ben Abdallah, *L'intégration économique du Maghreb entre le possible et le réalisable : analyse de la situation économique et sociale du Maghreb entre 1992-1998*, suisse : Business school Lausanne, 2001, p 15

⁷ إسماعيل معارف، مرجع سابق، ص 79

كما أسهمت مجموعة من العوامل ولاسيما في الستينات والسبعينات من القرن العشرين في تأجيج الصراع بين الدول المغاربية، والتي منها التنافس على زعامة المغرب العربي، الخلافات على الحدود بين الدول المغاربية، النزاع حول الصحراء الغربية، إضافة إلى التوجهات الاقتصادية للدول المغاربية وإسباغ طابع أيديولوجي عقائدي على العلاقات المتبادلة بينها¹.

ولقد تجدد الأمل في تحقيق الوحدة المغاربية إثر استئناف العلاقات الدبلوماسية بين الجزائر والمغرب في 16 ماي 1988، وهذا بجانب عودة التأخي بين ليبيا وتونس بعد إعادة علاقتهما الدبلوماسية في ديسمبر 1987 فكانت قمة " زوالدة الجزائرية " التاريخية المنعقدة في 10 جوان 1988 التي جمعت لأول مرة قادة البلدان المغاربية الخمسة، وأعطت الانطلاقة المبدئية لتحقيق مشروع وحدة المغرب العربي، وفي السابع عشر من شهر فيفري 1989 أبرم قادة المغرب العربي² في مدينة مراكش "معاهدة المغرب العربي" التي بموجبها أنشئ " اتحاد المغرب العربي".

ثالثا: فترة ما بعد الحرب الباردة:

إن فشل رؤساء دول المغرب العربي في التوصل إلى عقد اجتماع لمجلس الرئاسة يعني من الناحية العملية التجميد شبه التام لتلك الأجهزة، وتراجع عن فكرة اتحاد المغرب العربي التي بقيت حبيسة الإرادة السياسية لقادة الدول المغاربية، وهذا يعني أن التجربة التكاملية في المغرب العربي غير مستقرة بل إن الإقبال على الانسحاب من التجربة التكاملية سلوك يمكن أن يحدث في أي لحظة دون أن يؤثر ذلك كثيرا على العضو المنسحب، وذلك ببساطة لأن التجربة المغاربية لم تتوصل بعد إلى إحداث التراكم التكاملي المنفعي الذي يسمح لها بإرساء مكوناتها وعناصرها الذاتية التي تمكنها من التطور والاستمرار بغض النظر عما يحدث من تقلبات سياسية في البيئتين الداخلية والخارجية، وتجعل التراجع عنها سياسة واختيار غير عقلائي³.

وقد تعطلت مسيرة اتحاد المغرب العربي عندما توترت العلاقات الجزائرية-المغربية في صيف 1994 إثر حادث الاعتداء على فندق أطلس آسني بمراكش شارك فيه فرنسيان من أصول جزائرية وراح ضحيته إسبانيان، واتهمت المغرب الاستخبارات الجزائرية بالتورط في هذا الحادث وهو ما أدى بالمغرب في 26 أوت 1994 إلى فرض التأشيرة على المواطنين الجزائريين، فردت الجزائر يوم 27 أوت 1994 بفرض التأشيرة على المواطنين المغاربة وقامت بإغلاق حدودها مع المغرب. لكن الأمور تعقدت أكثر عندما طالبت المغرب في 20 ديسمبر 1995 من الجزائر التي تتولى آنذاك رئاسة اتحاد المغرب العربي تجميد نشاطات مؤسسات الاتحاد إلى إشعار آخر متهمه بإيها بالتدخل في قضية الصحراء الغربية التي تعتبرها جزا من أراضيها⁴.

المحور الثالث

بيئة فترة ما بعد الحرب الباردة والتوجه نحو ثنائية تكامل/ تفكيك

إن التحولات الدولية التي ميزت فترة ما بعد الحرب الباردة أفرزت مجموعة من الظواهر والتفاعلات والأخطار يبدو أن مواجهتها من خلال آليات وقدرات الدولة القطرية مسألة معقدة وشبه مستحيلة، وهي الحقيقة التي أرغمت الكثير من الدول بما فيها القوية على

¹ محمد المجذوب، التنظيم الدولي النظرية العامة والمنظمات العالمية والإقليمية والمتخصصة، ط 7، 2007، ص 438، وأيضا: حسين بوقارة، إشكاليات مسار التكامل في المغرب العربي، الجزائر: دار هومة، 2010، ص 75

² الحسن الثاني ملك المملكة المغربية، زين العابدين بن علي رئيس الجمهورية التونسية، الشاذلي بن جديد رئيس الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وقائد ثورة الفاتح من سبتمبر العظيم العقيد معمر القذافي، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، العقيد معاوية ولد سيدي أحمد الطابع رئيس اللجنة العسكرية للخلاص الوطني، رئيس الدولة للجمهورية الإسلامية الموريتانية. أنظر:

Mohamed Ben Abdallah, op-cit, p 01

³ حسين بوقارة، مرجع سابق، ص 28

⁴ ديدوي ولد السالك- مرجع سابق، ص 54

انتهاج أسلوب التكامل والاندماج لبناء تكتلات قادرة على زيادة وتوسيع خيارات وإمكانيات التطور، بل إن المختصين في العلاقات الدولية يجمعون على اعتبار هذه الكيانات فوق القومية بمثابة الأعمدة الأساسية للنظام الدولي في القرن الحادي والعشرين¹.

فالعالم يمر بمرحلة تغيرات جذرية لإعادة تشكيل العلاقات الاقتصادية الدولية وصياغة الاقتصاد العالمي والذي أصبح يسيطر على سماته تكوين التكتلات الاقتصادية واتفاقيات التعاون الاقتصادي فقد اتجهت معظم دول العالم بعد الحرب العالمية الثانية إلى إيجاد نوع من التكتل الاقتصادي بصوره المختلفة، خاصة في ظل الاتجاه المتزايد نحو تكوين التكتلات الاقتصادية العملاقة ليكون نطاقا تتضاءل فيه أهمية الاقتصاد الذي يعمل بمفرده في الدولة الواحدة عند رسم السياسات الاقتصادية التي تتعامل مع العالم الخارجي بل يحل محله في هذا المجال الإقليم الاقتصادي في مجموعة للحصول على أكبر مكاسب ممكنة من التجارة الدولية².

كما أن النظم الإقليمية، ومنذ انتهاء الحرب الباردة، تتعرض لعملية تغيير مكثفة وذلك بهدف استيعاب المتغيرات الناشئة والتكيف مع الحقائق الجديدة، ذلك لأن النظم الإقليمية كانت جزءا من عملية المواجهة بين المعسكرين آنذاك، أما الآن فإن الوضع يأخذ أبعادا مختلفة تبرز فيها الدوافع الاقتصادية والاجتماعية والبيئية بدلا من الدوافع الإيديولوجية والعسكرية³.

أما عن ظاهرة تكامل- تفكيك فهي ليست بظاهرة جديدة في مجال العلاقات الدولية، فثمة دول تتفكك ودول تتشكل تبعا لظروف ومتغيرات القوة في نطاق التفاعلات الدولية، فالفترة الممتدة من مؤتمر واستفاليا 1648 إلى غاية الحرب العالمية الثانية شهدت تفكيك عدد من الفاعلين الدوليين كإمبراطورية النمسا- المجر، الدولة العثمانية، بعض الممالك الإسلامية في إفريقيا منها على سبيل المثال إمبراطورية التوكولور بزعامة أحمد وشيخو في حوض السنغال، مملكة الماندجو بزعامة ساموري توري والتي كانت قائمة في المنطقة ما بين نهر الفولتا العليا والنيجر ودولة سوكوتو في شمال نيجيريا، كما شهدت هذه الفترة إعادة تركيب وتشكيل فاعلين دوليين جدد كالولايات المتحدة الأمريكية، والاتحاد السوفيتي وألمانيا وإيطاليا وبعد الحرب العالمية الثانية ظهرت كيانات سياسية جديدة كيوغسلافيا وتشيكوسلوفاكيا المجموعة الاقتصادية الأوروبية وفيما بعد الاتحاد الأوروبي، رابطة جنوب شرق آسيا... وإن كانت ظاهرة التفكيك وإعادة التشكيل تدور في نطاق الفاعل الدولي التقليدي-الدولة- فإن ظاهرة التكتل والتفتت تدور في إطار تجمع عدد من الدول في تحالف أو تجمع إقليمي أو غير إقليمي أو تحلل هذا التجمع بعد فترة نتيجة لأن هذه التحالفات أو التجمعات لم تعد مفيدة لأطرافها، أو نتيجة لازدياد حدة التعارض في المصالح بين أطرافها، وقد يكون السبب في التفتت إدراك الأطراف أن مساحة الخلافات المستعصية على الحل تفوق مساحة الاتفاق⁴.

كما أن عجز المستوى الأعلى في توفير الحاجيات لحياة الأفراد وضمان الظروف الملائمة لازدهارهم قد تحدث عملية عكسية تنازلية، وعندئذ نكون بصدد عملية تفكك الكل إلى أجزاء متناقضة ومتباينة. فعمليات التفكك تحدث على مستوى الكيانات التي تستقطب ولاء الأفراد غالبا لسببين رئيسيين: يتمثل الأول في فشل هذه الكيانات في أداء الوظائف المختلفة المنوطة بها، ويكمن الثاني في شعور بعض الجماعات بأن مقوماتها الثقافية والعرقية والدينية معرضة للاندثار بسبب هيمنة مقومات جماعة أو جماعات أخرى على النسق الفكري، أو ما يمكن التعبير عنه في عدم القدرة على إدارة التنوع الثقافي والعرفي والديني في المجتمعات التعددية⁵.

¹ حسين بوقارة، مرجع سابق، ص، 107، 108

² بن عيشي بشير، "معوقات التكتل الاقتصادي العربي ومقوماته"، في التكامل الاقتصادي العربي كآلية لتحسين و تفعيل الشراكة العربية-الأوروبية، جامعة فرحات عباس سطيف: كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، أعمال الملتقى الدولي 8-9 ماي 2004، 2005، ص، 170، 171

³ أمين المشاقبة، سعد شاكر شلبي، التحديات الأمنية للسياسة الخارجية الأمريكية في الشرق الأوسط مرحلة ما بعد الحرب الباردة، الأردن-عمان: دار الحامد للنشر والتوزيع، 2012، ص262

⁴ محمد سعد أبو عامود، العلاقات الدولية المعاصرة، مصر-الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2013، ص، 23، 24

⁵ حسين بوقارة، مرجع سابق، ص، 92، 93

وإن كان الاتجاه العام لحركة التكتل والتفتت لصالح الاتجاه نحو التكتل على مستوى القوى الكبرى، فإن الاتجاه العام نحو التفتت كان في المناطق التي خضعت للاستعمار، المناطق العربية والإفريقية تقدم نماذج واضحة في هذا الشأن¹. من بين أبرز سمات العولمة أن قوى الإنتاج المهيمنة على العالم قد استبدلت آلية سيطرة/تبعية بآلية تكامل/تفتت، حيث نشهد في نفس الوقت عمليات تندرج في إطار تحقيق تكامل على مستوى إقليمي أو دولي، وعمليات أخرى تندرج في إطار التفتت، وقد تكون العملية الواحدة عملية للتفتت والتكامل في نفس الوقت، تفتت ما ليس مدججا في الاقتصاد العالمي أو النظام الدولي الجديد أو المنظومة القيمية الغربية التي تستسقي مبادئها من الثقافة الليبرالية، لتصبح هذه العوامل التي مسها التفتت قابلة بالحالة والأوضاع التي آلت إليها، لأن تدمج دون عناء وصعوبة إما في الاقتصاد الرأسمالي العالمي أو بنيته السياسية أو منظومته القيمية².

وهكذا فإن سيادة الدول وحدودها السياسية وثقافات الشعوب والأمم تستهدف بالتفتت، إذا هي شكلت من المنظور الليبرالي عائقا أمام انتعاش وانتشار النظام الاقتصادي الرأسمالي، وهذا كما جاء في الطرح الوظيفي لدافيد ميتزاني المكرسة للتكامل الاندماجي والتي تؤكد على مبدأ أن الشكل يتبع الوظيفة، أي ضرورة إخضاع السياسي للحاجات الاقتصادية³. والملاحظ أنه بقدر ما أصبح الاقتصاد الرأسمالي يتطلب من تكامل على مستوى دولي لينتشر أكثر فأكثر، بقدر ما أصبح يتطلب من تفتت لمعوقات التكامل الكامنة خاصة في مجال سياسي واجتماعي وثقافي⁴.

المحور الرابع

تأثير متغيرات البيئة الإقليمية في التكامل المغربي

يتمتع إقليم المغرب العربي بمقومات يفترض أن تمكنه من رسم معالم تكامل إقليمي يرقى لأن يكون من بين أنجح التجارب التكاملية، لكن وبالنظر إلى واقع الاتحاد المغربي تطرح أمامنا جملة من الاستفهامات تدور حول الأسباب الداخلية لتعثر هذه المسار التكاملية. وعليه نحاول من خلال هذا المحور أن نستشف واقع هذا التكامل في سياقه الإقليمي عبر التطرق إلى أهم القضايا الإقليمية التي تتحكم (إلى جانب عوامل أخرى دولية و/أو مرتبطة بهيكل النظام الدولي) في دفع أو كبح التكامل المغربي وفق العناصر التالية:

أولاً: نمط العلاقات البينية

ثانياً: قضية الصحراء الغربية

ثالثاً: الحراك السياسي في المنطقة المغربية

رابعاً: التهديدات الأمنية الجديدة

أولاً: نمط العلاقات البينية:

تشكل البنية الداخلية للأنظمة المغربية في حد ذاتها عقبة خاصة في ظل استخدام سياسات العمل المشترك في مختلف الميادين كأدوات للتكيف مع الظروف الطارئة أكثر من استخدامها كسياسات ذات طبيعة تراكمية تؤدي في النهاية إلى تعميق الروابط المشتركة. ومن بين مظاهر العلاقات المغربية البينية المتردة، التنافس لاحتلال موقع الدولة المركز في المنطقة، فكثيراً ما لجأت بعض الدول إلى القوى

¹ محمد سعد أبو عامود، مرجع سابق، ص، 25

² سلوى بن جديد، قراءة سياسية في مواضيع ومسائل راهنة، الجزائر: الملكية للطباعة والإعلام والنشر والتوزيع، 2008، ص 117

³ رمون حداد، العلاقات الدولية، بيروت: دار الحقيقة، 2000، ص 206

⁴ سلوى بن جديد، مرجع سابق، ص 125

الخارجية لمساندتها في تحقيق هذا الموقع، ما يغري الدول الخارجية باستثمار التلّيف على موقع الدولة المركز لانتزاع تنازلات من الدولة المغاربية في موضوعات معينة تعني الدولة الخارجية. وتعد الجزائر والمغرب الأقصى القوى الأكثر سعيا لتحقيق مكانة الدولة المركز¹.

وقد تم استنفاد وقت وجهد وطاقت الدول المغاربية في عدد من الخلافات البينية (قضية الصحراء الغربية، مشاكل الحدود، العلاقات الجزائرية-المغربية في إطار قضية الصحراء الغربية، تداعيات ثورات الربيع العربي التي تعصف بكل من تونس وليبيا)، وانهماك الحكومات بمحاولات تأمين أمنها وإيجاد حلول لهذه المشكلات على حساب الاهتمام بالمشروع المغاربي.

ثانيا: قضية الصحراء الغربية:

يمثل إقليم الصحراء الغربية عمقا للمغرب نحو الجنوب، بينما يمثل عمقا لموريتانيا نحو الشمال، كما أن الجزائر تنظر إليه على أنه أقصر طريق يصلها بالبحر الأطلسي، ولهذا الإقليم أيضا أهمية إستراتيجية، فهو موجه بالنسبة للبحر المتوسط والحيث الأطلسي يجعل له أهمية خاصة بالنسبة للدول الكبرى التي تهتم بالملاحة². كما أنها لا تفصل بين هذا الإقليم والدول المحيطة به أي حواجز طبيعية، فبهذه المواصفات الجغرافية كان بالإمكان أن تكون الصحراء الغربية نواة للوحدة المغاربية.

كثيرا ما يتردد سواء في الخطابات الرسمية للقيادات المغاربية أو في الكتابات المنشورة أن مشروع إنشاء المغرب العربي معطل بسبب الحرب الصحراوية، وأن الجهود معرّلة اليوم وهي منطلقة غدا إذا ما توصلت أقطار المغرب العربي إلى الحل الأمثل لهذه المشكلة، لكن ومن خلال العودة إلى تاريخ العلاقات المغاربية غداة الاستقلال الجزائر، نجد أن الحرب الصحراوية لم تكن قائمة قبل 1975، ولا كانت موجودة ذاتية وطنية تسمى شعب الصحراء الغربية، ومع ذلك فإن مشروع المغرب العربي ظل معطلا حتى من قبل عشرين سنة خلت قبل الخلاف بين الجزائر والمغرب الأقصى على هذه الرقعة من الوطن المغاربي³.

ثالثا: الحراك السياسي في المنطقة المغاربية:

من البديهي أن يتأثر النظام الإقليمي العربي (وبالتالي المنطقة المغاربية) بما يحدث داخل وحدة أو أكثر من وحداته، ومن البديهي أيضا أن يمتد هذا التأثير إلى مجالات ومناحي متعددة، سواء النظام الإقليمي العربي في حد ذاته، أو الأمن الإقليمي العربي، أو درجة المبادلات الاقتصادية بين وحداته، أو حتى بناء الاجتماعية (خاصة في ظل وجود أزمة اللاجئين من الدول التي فيها الحروب-الفرار من الحرب- أو إليها- الهجرة من أجل الجهاد)، لكن في هذا المقام نحاول أن نستشف تأثير هذه الأوضاع على التكامل المغاربي، وذلك من خلال مجموعة من النقاط:

النقطة الأولى: تتعلق بدور الدول التي تحوي الحراك السياسي في العملية التكاملية، هل سيتراجع دورها في هذه العملية من أجل أن تنكفي على ذاتها وترتب أوراقها الداخلية أم تسعى لتفعيل هذا التكامل الذي يمكن أن يخفف من حدة نتائج الأوضاع الحالية خاصة اقتصاديا.

¹ وليد عبد الحفي، "النظام الإقليمي العربي إستراتيجية الاختراق وإعادة التشكل"، في: أحمد سعيد نوفل وآخرون، التداعيات الجيوسياسية للثورات العربية، قطر: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2014، ص 67

² ميلود بن غربي، موقف الجزائر من نزاع الصحراء الغربية في إطار المتغيرات الإقليمية والدولية والتحديات الوطنية، الجزائر: مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، 2001، ص 54 عن: شوقي عطا الله جميل، "مشكلة الصحراء الغربية: الجذور التاريخية للمشكلة وتطورها"، في: مصر وإفريقيا، الجذور التاريخية للمشكلات الإفريقية المعاصرة، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1996، ص 49

³ مصطفى الفيلالي، "مفهوم المغرب العربي: تطوره تصورا وممارسة وعلاقته بالوعي القومي"، في: مصطفى الفيلالي وآخرون، تطور الوعي القومي في المغرب العربي، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1986، ص 13

النقطة الثانية: ترتبط بعلاقتها مع باقي الدول المغاربية، هل فعلت علاقاتها البيئية ووضعت خطط وبرامج عمل ومبادرات مشتركة من أجل مواجهة الأخطار التي تنجر عن هذه الأوضاع، وهو ما يمكن أن يكون خطوة أولى من أجل تفعيل التكامل المغاربي، أم حاولت الحفاظ على نمط العلاقات التي كانت قائمة قبل بداية الحراك السياسي، أم انحسرت هذه العلاقات نظرا لانشغالها بالشأن الداخلي.

النقطة الثالثة: تشير إلى الكيفية التي تعاملت بها باقي الدول المغاربية مع الحراك السياسي في تونس وليبيا (هل تعاملت معها انطلاقا مما نصت عليه معاهدة مراكش أم بما يحفظ المصالح القطرية)، دون أن ننسى إمكانية انتشار الظاهرة إلى باقي دول المنطقة خاصة في ظل تدفق السلاح الليبي عبر الحدود إلى دول المغرب العربي الأخرى.

رابعا: التهديدات الأمنية الجديدة:

يشير الباحثان شارل فيليب دافيد وعفاف بن السايح في دراسة قاما بها بعنوان: *la paix par l'intégration théories sur l'interdépendance et les nouveaux problèmes de sécurité* إلى أن العولمة أدت لوجود تهديدات ذات طبيعة عبر وطنية على كل الدول المتقدمة والمتخلفة، تتمثل أساسا في التفاوت التكنولوجي، التهديدات البيئية، الحركة السكانية، ظهور الشبكات الإرهابية وشبكات الجريمة المنظمة، حركة الهجرة غير الشرعية، هذا النوع من التهديدات أحدث تحول جذري في المنظور التقليدي للأمن، بحيث أن الأمن الدولي أصبح يأخذ أبعادا شاملة تتجاوز البعد العسكري، وهذا ما يتطلب العمل جماعي بما يمكن من مواجهة هذه المخاطر، وبالتالي التوجه نحو التكامل الإقليمي وتكثيف علاقات الاعتماد المتبادل الذي يفتح الباب لمسارات تجانس ثقافي. وقد كان الباحثان يشيران إلى هيمنة الثقافة والقيم الفردية¹.

كما أن الخوف من الأخطار الخارجية يدفع بالدول نحو تحقيق التكامل فيما بينها لمواجهة كل مظاهر الخطر المحتملة، فهناك دول حققت التكامل السياسي فيما بينها نتيجة لهذا الخطر، وقد أكدت العديد من الدراسات الاجتماعية الكلاسيكية - (توماس هوبز)، والمعاصرة (داهندورف) - على أهمية عامل الإكراه أو الخطر في تحقيق التكامل السياسي بين الدول².
لكن التهديدات الأمنية لا تدفع كلها وفي كل الحالات باتجاه التكامل حتى وإن كانت مشتركة فهي ليست دائما دافعا للتكامل، كما يمكن أن يكون مصدر هذا التهديد (أو التهديدات) هو دولة تقع في نفس الإقليم، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى الحالة العكسية (الانتكاس والتراجع أو التفكيك). (حالة العلاقات الجزائرية المغربية وقرار بناء الجدار الحدودي للحد من التهريب خاصة ما تعلق بولوج المخدرات إلى الجزائر من الحدود الغربية).

فالتهديد البيئي المغاربي، دفع الدول المغاربية (منفردة) إلى البحث عن سند دولي عبر الاتفاقات أو التحالفات مع القوى الخارجية (الحوارات مع الحلف الأطلسي، السياقات الأمنية التي يطرحها الاتحاد الأوروبي) لمواجهة تهديدات حقيقية أو محتملة من طرف الدول المغاربية الأخرى، ما يمثل قابلية للتفكك والانصياع لإملاءات بما يخدم مصالح القوى الخارجية.

المحور الخامس

تأثير متغيرات البيئة الدولية في التكامل المغاربي

إلى جانب متغيرات البيئة الإقليمية، تتأثر التجارب التكاملية كذلك بمعطيات البيئة الدولية بالنظر إلى التفاعل الكبير بين العلاقات بين الوحدات في إقليم معين وبين العوامل الدولية الخارجية، خاصة إذا كان الإقليم أقل استقلالية في الشؤون الدولية أي يتأثر بالواقع الدولي بشكل كبير فإن العوامل الدولية تصبح أكثر أهمية في موضوع التكامل، وهو ما نركز عليه من خلال هذا المحور والذي يتكون من:
أولا: العولمة ومؤسساتها

¹ Philippe Charles David et Afef Ben essaïch; la paix par l'intégration théories sur l'interdépendance et les nouveaux problèmes de sécurité"; études internationale; n°2; 1997.

² زايد عبيد الله مصباح، السياسة الدولية بين النظرية والممارسة، ليبيا، طرابلس: دار الرواد، 2002، ص 245

ثانيا: تجاذبات واستقطابات القوى الكبرى

أولا: العولمة ومؤسساتها:

العولمة لفظة إنجليزية Globalization، وقد أشار قاموس أكسفورد Oxford للكلمات الإنجليزية الجديدة لمفهوم العولمة للمرة الأولى في عام 1991، واصفا إياها بأنها من الكلمات الجديدة التي برزت خلال التسعينات، ويعرف معجم ويبستر Webster's الإنجليزي كلمة العولمة بالقول:

To globalize : to make global, Especially to make scope or Application world wide. العولمة :

اكتساب الشيء طابع العالمية وخاصة جعل نطاق الشيء أو تطبيقه عالميا¹. وقد أخذ مفهوم العولمة في الظهور بعد استكمال الضلع الثالث للنظام الاقتصادي الراهن وهو الاتفاق على إنشاء منظمة التجارة العالمية والتي حلت محل الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة². حيث تشرف على عملية العولمة وعلى إيجاد البنية الهيكلية التحتية والأساسية ثلاث مؤسسات دولية³: منظمة التجارة العالمية، صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، أما عن العلاقة بين العولمة والتكامل الإقليمي فهي تشير إلى إشكالية تتعلق بمدى التوافق والتعارض بين الدعاوى الوطنية والإقليمية والعولمة خاصة في ظل الدعوة إلى انفتاح العالم وبالتالي تراجع دعاوى التكامل والاندماج⁴. فإذا كان الهدف من قيام التكتلات الاقتصادية هو خلق التجارة بين الدول الأعضاء وتحسين مستويات التنمية، فتح الأسواق للتجارة الحرة، إعادة توزيع الموارد وتحقيق مزايا اقتصادية لكل الدول الأعضاء، فهي تشترك من حيث الأهداف المرجوة مع المنظمة العالمية للتجارة. فالعولمة وتحرير التجارة طبقا لاتفاقية أوروغواي* قد تؤثر في أهمية التكتل الإقليمي كاتحاد جمركي، ولكن التكامل الفعلي بين وحداته هو أكبر بكثير من كونه اتحادا جمركيا فحسب، إذ يشمل حرية تنقل الأفراد والرساميل وتنميط الخدمات.

كما أن المنطق الذي يحكم وينظم العلاقات بين الدول في إطار مؤسسات العولمة يتفق ومنطق التكتل والتكامل الإقليمي، بل أكثر من ذلك فالتكتل من شأنه أن يكون حلقة وسطى بين الدولة القطرية والانخراط في الاقتصاد العالمي من جهة، كما من شأنه أن يقلل من الصدمات التي يمكن أن تلحق بالاقتصاديات الوطنية (خاصة في حالة الدول السائرة في طريق النمو) في حال التعامل المباشر مع هذه المؤسسات العالمية، وهذا ما يدفعنا للقول أن مؤسسات العولمة لا تتعارض مع التكامل المغاربي كإطار تنظيمي للعلاقات المغاربية وكسبيل لتحقيق التنمية وكمرحلة تمهيدية تهيأ فيها الاقتصاديات المغاربية من أجل الانخراط في الاقتصاد العالمي. حيث كان على الدول المغاربية أن تحقق تكاملها قبل الانخراط في سياقات هذه المؤسسات لأن التكامل من شأنه على الأقل أن يدعم المركز التفاوضي للدول المغاربية، لكن الحاصل أن الدول المغاربية وفي ظل حالة الفرقة تسعى منفردة لربط علاقاتها بمؤسسات العولمة وغيرها من الوكالات المالية العالمية مما انعكس سلبا على تنافسية اقتصادياتها وعلى جدوى التكامل المغاربي إن لم نقل على إمكانية تفعيل مؤسسات الاتحاد المعطلة.

ثانيا: تجاذبات واستقطابات القوى الكبرى:

تتمتع الدول المغاربية بجملة من الخصائص تجعلها عرضة لاستقطابات وتجاذبات القوى العالمية، وهذه الخصائص لا ترتبط فقط بالموقع الاستراتيجي والموارد الطبيعية واتساع سوقها وضعف تنافسية منتجاتها، وإنما أيضا بدرجة التفكك الداخلي والعلاقات البينية المتردية

¹ رضا عبد الواحد أمين، الإعلام و العولمة، مصر : دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007، ص 44

² عادل المهدي، عولمة النظام الاقتصادي العالمي ومنظمة التجارة العالمية، القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، 2003، ص 22

³ محسن أحمد الحضري، العولمة الاحتياحية، القاهرة: مجموعة النيل العربية، 2001، ص 99

⁴ محمد أحمد العدوي، التكامل الإقليمي بين دول شمال إفريقيا بين دعاوى الأمن القومي والمفاهيم المستجدة للأمن، محمد عاشور، أحمد سالم (محرران)، التكامل

الإقليمي في إفريقيا رؤى وآفاق، جامعة القاهرة: معهد البحوث والدراسات الإفريقية، 2005، ص 202

*وهي الاتفاقية التي انبثقت عنها منظمة التجارة العالمية. حيث تأسست منظمة التجارة العالمية بعد ثمان جولات من المفاوضات، وقد كان آخرها جولة أورغواي والتي ابتدأت عام 1986 وانتهت عام 1994 والتي تم الاتفاق فيها على إنشاء منظمة التجارة العالمية.

والتلهف المغاربي للانخراط في شراكات مع أطراف خارجية، وهو الأمر الذي انعكس سلبا على حساسية وانكشافية مشروعات التكاملية إزاء علاقاتها الخارجية. كما أن الأنظمة السياسية المغاربية لم تستطع أن تحقق أهداف محاولة التكيف الدائمة مع المستجدات التي تحدث في البيئة الخارجية سواء على المستوى الإقليمي أو على المستوى العالمي، فإلى جانب المدخلات الآتية من البيئتين الإقليمية والدولية، تتحكم في تأثير تحديات التجارب التكاملية أيضا حجم الوحدات ومكانتها في السلم الدولي.

فقد حملت المتغيرات الدولية التي حصلت في العقدين الأخيرين من القرن العشرين تحديات كبيرة للمنطقة العربية بصفة عامة والمغاربية بصفة خاصة، حيث تم استهدافها بمشاريع إقليمية لا تنسجم مع مصالحها، بقدر ما تنسجم مع مصالح مقترحيها وبالذات مشروع النظام الشرق أوسطي ومشروع الشراكة الأوروبية-المتوسطية الأمر الذي جعل هذه الدول المغاربية تنشغل بهذين المشروعين وكيفية التعامل معهما وكذلك كيفية الاستفادة منهما، تاركة أطرها التنظيمية الجهوية والإقليمية إلى مستوى ثان من الاهتمام، ذلك أن هذه الأقطار انشغلت بالمفاضلة بين مشروع النظام الشرق أوسطي ومشروع الأوروبية-المتوسطية، وقد كان تأثير هذين المشروعين كبيرا في اتحاد المغرب العربي، لأنهما طرحا على المنطقة وهذا الاتحاد مازال يخطط خطواته الأولى لتأسيس هيكله التنظيمية، بالإضافة إلى تسرع بعض الأقطار المغاربية في التعامل مع هذين المشروعين، خاصة المغرب وتونس، ظنا منهما أنهما سيجنيان مكاسب اقتصادية أكبر من التكامل في إطار المغرب العربي، وقد تجلّى ذلك في أن المغرب الأقصى كانت أول دولة عربية استضافت مؤتمر القمة الاقتصادية للشرق الأوسط وشمال إفريقيا بالدار البيضاء عام 1994، كما كانت تونس هي أول بلد متوسطي يبرم اتفاقية للشراكة مع الاتحاد الأوروبي عام 1995، وتلتها المغرب في إبرام اتفاقية شراكة مع الاتحاد الأوروبي في العام الموالي، في حين تأخرت الجزائر كثيرا في إبرام اتفاقية للشراكة مع الاتحاد الأوروبي، بينما بقيت ليبيا خارج مسار المشروعين¹.

خاتمة

إلى جانب متغيرات البيئة الإقليمية، تتأثر التجارب التكاملية كذلك بمعطيات البيئة الدولية بالنظر إلى التفاعل الكبير بين العلاقات بين الوحدات في إقليم معين وبين العوامل الدولية الخارجية.

وبالنسبة للتجربة المغاربية، فقد تضافرت متغيرات البيئة الإقليمية والبيئة الدولية معا للتأثير على مسار التكامل في إطار المغرب العربي، حيث تأثر هذا المسار بهذه المتغيرات على نحو متداخل، كما أنه لا يمكن القول بأن متغيرات بعينها كانت ذات أثر إيجابي خالص أو سلبي خالص على مسار التكامل المغاربي، إذ أن المتغير الواحد قد ينطوي على عوامل ذات أثر إيجابي وأخرى ذات أثر سلبي، ومن ثم يصبح هذا التحليل رهنا على مدى قوة هذه المتغيرات وما تفرزه من آثار، بعبارة أخرى، لا يمكن القول أن هذه المتغيرات جميعها تقع في جانب الفرص كما أنها لا تقع جميعها في جانب التحديات، بل إن كل متغير من المتغيرات قد يحمل في طياته فرصا وتحديات في الوقت ذاته.

¹ ديدوي ولد السالك، مرجع سابق، ص. 58.

جغرافيا الانتخابات؛ مقاربة معرفية

Elections Geography; a cognitive approach

د. يوسف أزروال، أستاذ محاضر قسم (ب)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

قسم العلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسة، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/04 - تاريخ المراجعة: 2017/11/30.

ملخص:

تهدف هذه الورقة البحثية إلى البحث في جوهر الجغرافية الانتخابية، كحقل معرفي مستقل عن الجغرافيا السياسية، الذي برز في الساحة العلمية أواخر القرن 19، نظرا لما يتضمنه من مناهج وأساليب تساعد في تحليل تأثير البيئة بأنواعها في العملية الانتخابية بصفة كلية والسلوك الانتخابي بصفة جزئية. كما ترمي إلى معرفة أثر العوامل الجغرافية في خلق التباين المكاني، والاختلاف في نتائج الانتخابات ونسبة التصويت من إقليم إلى آخر أثناء أداء الفعل الانتخابي.

الكلمات المفتاحية:

الانتخاب، النظم الانتخابية، جغرافيا الانتخابات.

Abstract:

This research paper aims to clarify the core of electoral geography, as a cognitive field independent of the political geography, which has emerged in the scientific arena late 19th century. Because it contains approaches and methods to assist in analyzing the impact of the environment of all kinds in the electoral process as holistic and electoral behavior on a partial basis. It also aimed to find the impact of geographic factors in creating spatial variation, and the difference in the election results and the percentage of the vote from one region to another during the performance of the electoral act.

Keywords:

Election ,electoral systems, elections geography

مقدمة:

عرف حقل الجغرافيا السياسية¹ تحولات ابستمولوجية جد عميقة ميزت مجال بحثها بصفة عامة؛ أين انتقلت من دراسة الدولة إلى دراسة التحولات الاقتصادية السياسية والاجتماعية المختلفة، كما ألفت بظلالها على تحديد وتطوير مناهجها وأساليبها في مجال البحث الجغرافي (الجغرافي والسياسي)، فضلا عن إفرازها لاتجاهات بحثية جديدة وفروع مختلفة متخصصة كجغرافيا السلم والأمن العالميين وجغرافيا الصراع الدولي وجغرافيا الانتخابات.

هذه الأخيرة تعد بدورها أحد أبرز الاتجاهات المعاصرة للجغرافيا السياسية، إذ أنها تعنى بدراسة العملية الانتخابية داخل الدولة من البداية إلى النهاية، بالاستعانة بملحلة الدوائر الانتخابية، واستقراء أسباب التباين المكاني للانتخابات، وكذلك تشخيص المؤثرات الجغرافية للتباين المكاني من عوامل طبيعية (مناخ وتضاريس) وعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية وثقافية وتاريخية، بالإضافة إلى البحث والتمحيص في سير الحملات الانتخابية للمرشحين والتنظيمات الحزبية ومدى تأثير أبعادها وبرامجها بشكل كلاني في تغيير وتعديل السلوك الانتخابي للأفراد.

¹ تعد الجغرافيا السياسية حسب كارل ساور " الجغرافيا السياسية هي الابن غير الشرعي لمجموعة العلوم الجغرافية"

The wayward child of the geographical sciences

انظر: محمد حجازي، الجغرافيا السياسية. (القاهرة: دار الفكر العربي: 1997)، ص 11.

أهمية الموضوع: على الرغم من أن الدراسات والأبحاث التي تناولت موضوع جغرافيا الانتخابات تعتبر قديمة نوعا ما، إلا أنه تأخر الاهتمام بهذا الموضوع على مستوى الوطن العربي ولم يحظ بالدراسات الكافية، حيث يرتبط ذلك باستعصاء تحديد البعد المكاني للانتخابات، كما يعزى ذلك عدم دقة النتائج الانتخابية، وعدم توفر الجرأة اللازمة في مناقشة مثل هكذا مواضيع لأسباب سياسية وأمنية، لذلك جاء هذا المقال ليوضح أهمية موضوع جغرافيا الانتخابات من الناحية المعرفية قصد تعريف الباحثين والمختصين بأهمية هذا الحقل المعرفي نظرا لدوره الفعال في تحديد وتفسير السلوك الانتخابي، وبالتالي الوقوف عند أهم نتائجه على لنظلم السياسي بصفة عامة.

الإشكالية: جاءت هذه الورقة البحثية لتبحث في إشكالية رئيسية مفادها كالتالي: كيف تم وضع أسس معرفية واضحة الحدود لحقل الجغرافيا الانتخابية؟، وتتفرع عن هذا التساؤل العديد من الأسئلة الفرعية، منها:

- ما هو مفهوم الانتخاب؟، وما هي مختلف الأنظمة الانتخابية؟،
- متى وكيف نشأت جغرافيا الانتخابات؟،
- ما المقصود بجغرافيا الانتخابات؟ وما هي مناهج جغرافيا الانتخابات؟،

وينبغي الإجابة على الإشكالية المطروحة والأسئلة الفرعية، وذلك من خلال صياغة الفرضيات التالية:

الفرضية الأولى: تؤثر العوامل الجغرافية في خلق التباين المكاني، والاختلاف في نتائج الانتخابات ونسبة التصويت من إقليم إلى آخر أثناء أداء الفعل الانتخابي.

الفرضية الثانية: يرتبط اختلاف النتائج المتوصل إليها في الدراسات الانتخابية بالأدوات المنهجية المستخدمة في تحديد الفعل الانتخابي. وللإجابة عن هذه الاستفسارات، ارتأيت أن أضمن هذه الورقة العناصر التالية: مضمون الانتخاب والنظم الانتخابية (مبحث أول)، جغرافيا الانتخابات؛ النشأة والمفهوم (مبحث ثاني)، مناهج جغرافيا الانتخابات (مبحث ثالث).

المبحث الأول

الانتخاب والنظم الانتخابية

المطلب الأول: مضمون الانتخاب:

يعد الانتخاب أحد الأدوات الرئيسية في ممارسة السلطة وآلية أساسية يتمتع بها الشعب في مجال رقابة مؤسسات الدولة، من أجل الحفاظ على استقرارها أو تغييرها، فعن طريق الانتخاب تتحقق المقولة المعروفة " النظام يغير النظام " *the system can change the system*. ولعل إجراء الانتخاب يمثل أحد سمات النظم السياسية قديما وحديثا، لاسيما النظم الديمقراطية لأنه يعتبر الأسلوب الذي يحقق مشاركة المحكومين في اختيار من بين المرشحين لشغل مقاعد المجالس النيابية، وانتخاب رئيس الجمهورية في النظم الرئاسية والمجالس المحلية، وحكام الولايات والأقاليم ... إلى غير ذلك من الهيئات التي تشارك في صنع القرارات المؤثرة على أعضاء الهيئة الناجبة¹.

كما تتفق معظم المفاهيم للانتخاب على أنه منهج يختار من خلاله الشعب شخصا أو حزبا أو سياسة أو نوابا يفوضهم سلطاته السيادية، غير أن الاتجاهات الفقهية اختلفت حول هل يمكن اعتبار الانتخاب حق شخصي، سلطة قانونية أم وظيفة؟ وهذا ما سنجيب عليه في العنصر الموالي.

الاتجاه الأول: الانتخاب حق شخصي:

¹ أحمد سعيد نوفل وآخرون، مدخل إلى علم السياسة، ط 1 (عمان: المركز العلمي للدراسات السياسية، 2010)، ص 190.

يقر هذا الاتجاه بأن الانتخاب حق شخصي لكل مواطن نتيجة تمتعه بحقوق سياسية إلى جانب الحقوق المدنية، وبالتالي امتلاكه لجزء من السيادة يمارسه عن طريق الانتخاب، مما يقرر حق الاقتراع العام وعدم حرمان أي مواطن يتمتع بالحقوق السياسية من ممارسته، وكذلك له حرية استعماله أو الامتناع عن ممارستها¹.

الاتجاه الثاني: الانتخاب سلطة قانونية:

إن تكليف الانتخاب على أنه حق مطلق لا يتفق مع الحقيقة والواقع، ذلك أن صاحب الحق يستطيع التصرف به والنزول عنه أو تفويض غيره في ممارسته، بينما لا يستطيع الناخب الإتيان بمثل هذه التصرفات عند ممارسته للانتخاب. بالمقابل أن الانتخاب ينظمه القانون بطريقة آمرة وفق قواعد محددة لا يمكن تغييرها أو تعديلها بإرادة الأفراد، كما أن الشروط الواجب توافرها لممارسته واحدة بالنسبة للأفراد كافة، بالإضافة إلى ذلك أن الحقوق الشخصية تولد مراكز ذاتية، في حين أن الانتخاب لا يولد مراكز ذاتية خاصة ومن ثم فإن المشرع يستطيع تغييره أو تعديله وفقا لمقتضيات الصالح العام لأنه يولد مراكز عامة مجردة، لذلك يقر هذا الاتجاه بأن الانتخاب سلطة قانونية يقرها القانون للناخب وفقا لشروط معينة لممارستها لمصلحة الجماعة وليس من أجل مصلحة الخاصة، وهذه السلطة مستمدة من مركز قانوني موضوعي، ومن ثم فإن المشرع يملك تغيير مضمونها وتعديل شروطها وفقا لمتطلبات الصالح العام².

الاتجاه الثالث: الانتخاب وظيفة:

إن الانتخاب وظيفة يحدد القانون شروط الكفاءة والمقدرة في من يياشرها نيابة عن الأمة صاحبة السيادة³ على أساس أن السيادة لا يمكن تجزئتها بين الأفراد بحيث كل منهم يملك جزء منها، لأن السيادة تعود للأمة باعتبارها وحدة مجردة مستقلة عن الأفراد المكونين لها، وبناء عليه، فإن كل منهم حينما يمارس الانتخاب إنه يمارس على أساس أنه وظيفة يتعين عليه أدائها، وعليه فإنه مادام الانتخاب وظيفة فإن الناخبين ملزمون بممارستها حتى وإن امتنعوا، كما أن الأمة صاحبة السيادة تستطيع تحديد الأشخاص الذين يمارسون هذه الوظيفة والأشخاص الذين لا يمارسونها، وذلك وفقا لشروط معينة، وهذا ما يؤدي بنا إلى التطرق إلى كل من الاقتراع المقيد والاقتراع العام⁴.

أ- الاقتراع المقيد:

إن نظام الاقتراع المقيد يركز على ضرورة توافر شروط تتراوح بين الثروة والكفاءة، أي يشترط الدستور أو القوانين الانتخابية أن يكون الناخب يتوفر على حصة مالية أو على درجة معينة من التعليم.

– **الثروة (القيد المالي):** ويشترط في الناخب أن يمتلك نصاب مالي معين، يحدد على أساس ما يدفعه من ضرائب سنويا وما يجوز من عقارات، ومبرر ذلك أن الفرد الذي لا يمتلك المال لا يهتم بالشؤون العامة، وليس مهتم بالحياة السياسية، بالمقابل يتميز حكم الأغنياء بالهدوء والاستقرار باعتبارها عاملين مهمين لاستغلال وتنمية الثروة.

– **الكفاءة:** أي التصويت لا يمنح إلا للناخب الذي يتمتع بدرجة معينة من العلم، كما أن يكون ممن يجيدون القراءة والكتابة حتى يتمكن من المشاركة في التصويت وفي عام 1965 كانت بعض الولايات الجنوبية في (و م أ) تشترط في الناخب إجادة القراءة والكتابة، وكان الهدف الحقيقي الباطن هو إبعاد السود عن ممارسة حق التصويت، فغالبيتهم العظمى كانت من الأميين⁵.

¹ السعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة. ط 6 (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2004) ج 2، ص 102.

² ثامر كامل محمد الخرزجي، النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة. ط 1 (عمان: دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، 2004)، ص 235.

³ عمر حلمي فهمي، الانتخاب وتأثيره في الحياة السياسية والحزبية. ط 2 (1991)، ص 19.

⁴ عدنان حمودي الجليل، النظم السياسية. (الكويت: مطابع البقعة، 1982)، ص 122.

⁵ فيصل شنتاوي، النظم السياسية والقانون الدستوري. (عمان: دار حامد للنشر والتوزيع)، ص 168-170.

ب- الاقتراع العام:

إن الاقتراع العام يتنافى والشروط المحددة في الاقتراع المقيّد (المال والكفاءة) وقد ساد في أغلب دول العالم، لكن هذا لا ينفي وجود قيود معينة تفرض على الشخص ممارسة حق الانتخاب، فأغلب قوانين الانتخابات تركز على شروط معينة عامة تتمثل فيما يلي:

- **الجنسية:** إن الانتخاب في الدول المعاصرة مقتصر فقط على المواطنين الأصليين دون الأجانب بحيث لا يمكن لهؤلاء ممارسة الحقوق السياسية، إلا بعد مرور مدة معينة على اكتسابهم للجنسية أو تجنيسهم.

- **الجنس:** إن إبعاد النساء عن ممارسة حق الانتخاب كان مقبولا لدى معظم دول العالم، فمعظم دساتير الدول وقوانين الانتخاب يجعل هذا الحق مقتصر على الذكور دون الإناث غير أن قصر الانتخاب على الذكور دون الإناث أمر يتعارض مع التطبيق الصحيح للمبدأ الديمقراطي، وهذا الذي يهدف إلى إشراك أكبر قدر من الشعب في شؤون السلطة والحكم، كما أن الديمقراطية تقوم على المساواة الفردية أي الاعتراف بالحقوق السياسية لكل فرد باعتباره مواطنا أو فردا في الدولة¹.

- **السن:** إن القوانين الانتخابية في العالم تشترط ضرورة توفير سن معينة لكي يصبح المواطن ناخبا، ويتراوح بين 18 و25 سنة².

- **التمتع بالحقوق المدنية والسياسية:** إن شرط التمتع بالحقوق المدنية السياسية يتضمن توفر الأهلية العقلية والتمييز، والأهلية الأدبية (غير محكوم عليه).

المطلب الثاني: الأنظمة الانتخابية:

إن النظم الانتخابية تتضمن عملية ترجمة الأصوات التي يتم الإدلاء بها في الانتخابات إلى عدد المقاعد التي تفوز بها الأحزاب والمرشحين المشاركين بها، وذلك بالاعتماد على المتغيرات التالية:

- **المعادلة الانتخابية المستخدمة (التعددية الأغلبية، أو النسبية، أو المختلطة)** وما هي المعادلة الحسابية التي تستخدم لاحتساب المقاعد المخصصة لكل فائز.

- **تركيبة ورقة الاقتراع:** أي إلى من يصوت الناخب لمرشح واحد أو لقائمة حزبية.

- **حجم الدائرة الانتخابية:** يقصد بها عدد الممثلين الذين يتم انتخابهم في كل دائرة انتخابية.

- **تصميم النظام الانتخابي؛** وتأثيره على طريقة ترسيم الدوائر الانتخابية وكيفية تسجيل الناجحين وطريقة تصميم ورقة الاقتراع، وفوز الأصوات.

وتحتل النظم الانتخابية أهمية قصوى في الحياة السياسية لمؤسسات الدولة، نظرا لأن المؤسسات تعمل على صياغة قواعد اللعبة التي تتم بموجبها ممارسة الديمقراطية، ويمكن القول بأن النظام الانتخابي هو إحدى تلك المؤسسات التي يسهل التلاعب بها، إن إيجابا أو سلبا، فمن خلال ترجمة الأصوات إلى مقاعد في الهيئة التشريعية، يمكن للخيار الممارس في اختيار النظام الانتخابي أن يحدد من هم المنتخبون وأي الأحزاب السياسية يحصل على السلطة. وبينما يتم تحديد الكثير من الأطر السياسية لبلد ما في دستورها، مما يزيد صعوبة تعديلها، غالبا ما يسهل تعديل النظام الانتخابي من خلال وضع قوانين جديدة فقط دون الحاجة إلى تعديل دستوري³. وإذا نظرنا إلى عالم النظم الانتخابية فإننا نجد أنها تحوي أنواعا مختلفة، حيث ينزع كل بلد إلى وضع الآليات التي يجدها متلائمة مع التوجهات العامة للحكومة التي

¹ إبراهيم عبد العزيز شيجا، مبادئ الأنظمة السياسية الدول - الحكومات. (الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1982)، ص 162.

² السعيد بوالشعير، مرجع سابق، ص 105.

³ أندرو رينولدز، أشكال النظم الانتخابية. تعريب: أيمن أيوب (السويد: المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2007)، ص 19.

تضع النظام الانتخابي، ومع ذلك يمكن تصنيف الأنظمة الانتخابية العديدة في صنفين كبيرين¹: النظم الانتخابية الأغلبية والنظم الانتخابية النسبية.

أ- النظم الانتخابية الأغلبية:

في هذا النظام يعلن فوز المرشح الذي يحصل على أغلبية الأصوات، وتختلف تطبيقات هذا النظام باختلاف نوع الأغلبية التي يتطلبها المشروع للفوز، ويأخذ الانتخاب بالأغلبية صورتين:

– **الأغلبية المطلقة:** يقتضي نظام الأغلبية حصول المرشح الفائز على الأغلبية المطلقة للأصوات في الجولة الأولى، أما في حالة عدم فوز وحصول أحد المرشحين على الأغلبية المطلقة في الدور الأول يمكن إعادة الانتخاب أكثر من مرة حتى تتحقق الأغلبية في جانب أحد المرشحين، ويطلق على انتخابات الدور الثاني تعبير "scrutin de ballottage"².

وتتجه بعض التشريعات من أجل عدم إعادة الانتخابات إلى حصر شروط إضافية تتمثل في تحديد عدد المرشحين في الدور الثاني والاكتفاء بالأغلبية النسبية في الدور الثاني.

– **الأغلبية النسبية:** يتميز نظام الانتخاب بالأغلبية النسبية بالبساطة، حيث يتم حسم نتيجة الانتخابات في الدور الأول إذ يكفي أن يحصل المرشح على عدد الأصوات تزيد عن الأصوات التي حصل عليها منافسه دون اشتراط أغلبية محددة، أي كانت بنسبة الزيادة التي يتفوق بها.³

ويمكن حسب دليل المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات أن نصل إلى نتيجة من الناحية العملية في نظام الأغلبية من خلال خمس طرق:⁴

– **نظام الفائز الأول (First past the post):** يستخدم هذا النظام ضمن دوائر انتخابية أحادية التمثيل، وحول المرشحين الأفراد، ويتم اختيار واحد فقط من بين المرشحين، والفائز هو الحاصل على أكبر عدد من أصوات الناخبين.

– **نظام الكتلة (Block vote):** يستخدم ضمن دوائر انتخابية متعددة التمثيل، ويملك الناخب عدد الأصوات حسب عدد الممثلين الذين يتم انتخابهم عن دائرته الانتخابية، ويفوز بالانتخاب المرشحون الحاصلين على أكبر عدد من الأصوات.

– **نظام الكتلة الحزبية (Party block vote):** يستخدم ضمن دوائر انتخابية متعددة التمثيل ويملك الناخب في ظله صوتا واحدا يدلي به للقائمة الحزبية التي يريد انتخابها، دون أن يختار بين المرشحين الأفراد، ويفوز الحزب الحاصل على أعلى الأصوات بكافة المقاعد المخصصة للدائرة الانتخابية.

– **نظام الصوت البديل (Alternative vote):** يستخدم ضمن الدوائر الانتخابية أحادية التمثيل، ويستخدم الناخبون في ظله الأرقام التسلسلية للتعبير عن أفضلياتهم بين المرشحين على ورقة الاقتراع ويفوز بالانتخابات بشكل مباشر المرشح الحاصل على الأغلبية المطلقة من الأفضليات الأولى، أما في حال عدم حصول المرشحين على تلك الأغلبية المطلقة، يتم إقصاء المرشحين الآخرين وتكرر العملية إلى أن يحصل أحد المرشحين على الأغلبية المطلقة.

– **نظام الجولتين (Two-Round system):** يقتضي تنظيم جولة ثانية في حالة عدم حصول أي من المرشحين أو الأحزاب على أغلبية محددة في الجولة الأولى، وعادة ما تتمثل في الأغلبية المطلقة لأصوات الناخبين.¹

¹ عبدو سعد وآخرون، النظم الانتخابية. ط1 (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2005)، 191.

² عمر حلمي فهمي، مرجع سابق، ص 89.

³ عمر حلمي فهمي، المرجع نفسه، ص 91.

⁴ أندرو رينولدز، مرجع سابق، ص 53.

ب- النظم الانتخابية النسبية:

يستند النظام الانتخابي النسبي أو التمثيل النسبي إلى محاولة تمثيل الأقليات بما يتفق وقيمتها الحقيقية، وذلك بحصول كل حزب أو تجمع سياسي على عدد من المقاعد البرلمانية يتناسب مع ما حصل عليه من أصوات، أي ترجمة حصة أي حزب سياسي شارك في الانتخابات من أصوات الناخبين إلى حصة مماثلة أو مناسبة من المقاعد في الهيئة التشريعية المنتخبة.

ويتم احتساب النتائج في نظام التمثيل النسبي بطريقتين²:

– **نظام القائمة النسبية:** يتم توزيع المقاعد على القوائم أولاً، ثم على المرشحين داخل القوائم، بمعنى أنه عند احتساب عدد الأصوات يقيد كل صوت في القائمة للحزب أولاً، ثم توزع مقاعد الدائرة بين الأحزاب والقوائم، أي يقسم مجموع الأصوات التي حصل عليها الحزب على القاسم الانتخابي، ويكون الناتج هو عدد المقاعد التي يفوز بها الحزب في الدائرة.

– **نظام القائمة المطلقة:** يتم توزيع المقاعد في هذه الحالة من خلال فوز القائمة الحزبية الحاصلة على الأصوات بجميع مقاعد الدائرة، وتخسر كل القوائم الأخرى. فعلى سبيل المثال، تحصل القائمة الحزبية (أ) على المقاعد الخمسة المخصصة للدائرة نظراً لحصولها على ألف صوت، وتخسر القائمتان (ب/ ج).

المبحث الثاني

جغرافيا الانتخابات؛ النشأة والمفهوم.

المطلب الأول: نشأة جغرافيا الانتخابات:

إن جغرافيا الانتخابات ظهرت كموضوع أساسي في حقل الجغرافيا السياسية³ خلال العقد الثاني من القرن العشرين، وذلك تزامناً مع استقلالية علم الجغرافيا السياسية في أواخر القرن 19، وتعد دراسة الجغرافي الألماني فريدريك راتزل *Friedrich Ratzel* المعنونة "بالجغرافيا السياسية" التي نشرت سنة 1987، وعدت أول معالجة أكاديمية لعلم الجغرافيا السياسية، كما يعد الكاتب أبو الجغرافيا السياسية⁴. ولعل القاسم المشترك بين الجغرافيا الانتخابية والجيوبوليتيك يتمثل في أن كلا من المساقين قد وردا في كتابات بعض الرواد الأوائل من علماء الجغرافيا الحديثة، وقد كانت الدراسة التي نشرها اندريه سيغفرد *André Sigfried* عام 1913 -وهو من مؤسسي المدرسة الإقليمية الفرنسية-، حول إقليم غربي فرنسا (*ARDECHE*) تحت حكم الجمهورية الفرنسية الثالثة، من أفضل ما كتب في هذا المجال، ولذلك يعد سيغفريد أباً للجغرافيا الانتخابية، لأنه وضع خريطة لنتائج الانتخابات وقارنها بالخرائط الجغرافية، ليكشف عن العوامل الجغرافية التي أثرت في هذه النتائج لتكون بهذه الصورة أو تلك⁵.

¹ أندرو رينولدز، مرجع سابق، ص76.

² أحمد سعيد نوفل وآخرون، مرجع سابق، ص97.

³ اعتمد راتزل في نظريته قبل كل شيء على عنصرين أساسيين تقدمهما الجغرافيا السياسية، هما: المكان أو المجال محدود الاتساع ومميزاته الطبيعية ومناخه... الخ والموقع الذي يحتله المكان المحدد فوق الكرة الأرضية ويحدد نوعاً ما علاقاته، ويتحكم الإحساس المكاني بتصرف الإنسان، أي قابلية وقدرة الشعوب على التأثير بالطبيعة وتنظيمها وإصلاحها. انظر: بيير سيريليه، الجغرافيا السياسية والجغرافيا الإستراتيجية. ترجمة: أحمد عبد الكريم ط1 (دمشق: الأهالي للطباعة والنشر والتوزيع، 1988)، ص32.

⁴ فايز محمد العيسوي، الجغرافيا السياسية المعاصرة. (القاهرة: دار المعرفة الجامعية)، ص25.

⁵ بيتر تايلور وكولن فلنت، الجغرافيا السياسية لعالمنا المعاصر. ترجمة: عبد السلام رضوان. ج2 (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 2002)، ص80.

وكان يعتقد سيحفريد بأن الظواهر الاجتماعية هي أحد النتائج العامة للبيئة الطبيعية، وكان ذلك دليلا على اهتمامه بالحمية البيئية *Environnementalism*¹، حيث فسر علاقة أنماط وأنواع التصويت في فرنسا بعلاقتها بالظروف الطبيعية، فلقد ذكر بأن جيولوجيا المنطقة وتضاريسها سببا في اختلاف وتنوع الأنشطة البشرية الإنتاجية، وعلل بوضوح سيحفريد أسباب الولاء السياسي والإقليمي في منطقة الدراسة بالظروف الجيولوجية أيضا في المنطقة عامل من العوامل السابقة، وذكر أن الظروف الجيولوجية في المنطقة أثرت على أحوالها التضاريسية، وقاعدتها الاقتصادية، وانعكس ذلك كله على توزيع السكان، ومن ثمة تأثير ذلك على اتجاهات السكان السياسية ونمط تصويتهم الانتخابي². وقد توصل في دراسته إلى أن سكان المناطق ذات التربة الجرانيتية قد أدلوا بأصواتهم لصالح الحزب اليميني الذي قارب 11 دائرة انتخابية، أما سكان المناطق ذات التربة الطباشيرية أعطوا أصواتهم لصالح الجناح اليساري الذي قارب 17 دائرة انتخابية، بينما ظلت 3 دوائر انتخابية أخرى بين الجانبين، مما يؤكد ذلك على الحتمية التي يؤمن بها سيحفريد³.

- دراسة بعنوان "التأثيرات المكانية على الانتخابات البريطانية والفترة ما بين 1885-1910" للعالم البريطاني كرهيل *Krehbiel*، حيث وضع من خلال دراسته هذه أنه من أجل فهم الجغرافية الانتخابية لابد من فهم العوامل المؤثرة في المسيرة للسلوك الانساني، وخلص في دراسته إلى تصويت سكان المناطق الصناعية والزراعية الفقيرة لمرشحي حزب الأحرار، بينما كان تصويت سكان المناطق الزراعية الغنية لحزب المحافظين.

- دراسة بعنوان "الانتخابات الإيطالية عام 1946"، حيث وضع كيش بأن العوامل المؤثرة في اختلاف نتائج الانتخابات هي مدى اختلاف في درجة غنى المناطق والعوامل التاريخية، واختلفت نسبة التصويت في إيطاليا بين سكان المناطق، حيث أيد سكان المناطق المنخفضة الجناح اليساري وهم من العمال الذين يعملون كمستأجرين للأرض، أو عمال بالأجرة في المجال الزراعي، بينما أيد سكان المناطق المرتفعة وهو من المزارعين مالكي الأراضي الجناح اليميني.

- دراسة الباحث كارل ساور *Carl sauer* سنة 1918، أين قام من خلالها بتقسيم الدوائر الانتخابية الأمريكية بطريقة معينة من أجل فوز بعض الأحزاب، ومعتمدا في ذلك على العوامل المؤثرة على التقسيم، الذي يضمه عوامل عدة وهي: الموقع، طبوغرافية سطح الأرض، أنواع التربة والصرف والمعادن⁴. كما نلاحظ انتشار هذه الظاهرة المعروفة باسم الجريماندرية (*Gerrymandring*)⁵ في العديد من الولايات مثل: ميزوري، أركنساس، كينتاكي وتسنسي.

وبعد فترة من الزمن عرفت الجغرافيا الانتخابية نوع من الركود وثم عادت إلى التطور بداية سنة 1932 من خلال دراسة الباحث رايت *Wright* عن السلوك الانتخابي في الولايات المتحدة الأمريكية، أين استخدم الطرق الكارتوغرافية لعرض نتائج الانتخابات على الخرائط،

¹ الحتمية البيئية أو المدرسة الجيوقراطية: ترى هذه المدرسة أن الأرض أو البيئة تتحكم إلى حد كبير في حياة الإنسان ونشاطه وسلوكه، وأن للأرض سلطانا كبيرا على الإنسان، ومن أهم أنصار هذه المدرسة همبولت وفريدريك راتزل. انظر: محمد محمود محمددين، الجغرافيا والجغرافيون بين الزمان والمكان. ط6 (السعودية: دار الخريجي للنشر والتوزيع، 1996) ص 29.

² عبد الرزاق سليمان احمد أبو داوود و ليلي بنت صالح محمد زعزوع، جغرافيا الانتخابات. ط1 (لبنان: الدار العربية للعلوم ناشرون، 2012)، ص 26.

³ عبد الرزاق سليمان احمد أبو داوود و ليلي بنت صالح محمد زعزوع، المرجع نفسه، ص 27.

⁴ مناف محمد السوداني وعماد الشمري، "تغير الخارطة الانتخابية في العراق بين انتخابات عامي 2005 و 2010 البرلمانية". انظر الموقع الالكتروني:

<http://www.ihc.org/ihc/research/joined-researchmonaf-emd.pdf>.

⁵ الجرمادرنج: مصطلح أمريكي معناه التلاعب في الانتخابات خاصة في رسم حدود الدوائر الانتخابية لحياة أحد المرشحين، وهو نسبة لحاكم ولاية ماسشوستس *Elbridge gerry*، الذي ابتدع نظام التقسيم التفضيلي للدوائر الذي بمقتضاه أعيد رسم مقاطعة *Essex* بصورة تسمح للحزب بتحقيق ما يصبو إليه من أغلبية وتفتت أصوات المجموعات المعارضة، وذلك في الانتخابات التي كان مزعم إجرائها عام 1812. انظر موقع قاموس أكسفورد

الالكتروني: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/gerrymandring>.

والطرق التي صوت بها أعضاء المقاطعة، وأظهرت الخرائط الفروق الإقليمية التي لا يستطيع المعلقون السياسيون إدراكها، وذلك من خلال أطلس الجغرافية التاريخية لوم أ.

كما عرفت جغرافيا الانتخابات فترة ركود ثانية، إلا أنها سرعان ما تحركت نحو الأعلى بعد الحرب العالمية الثانية، من خلال دراسات جغرافيين أمريكيين وفرنسيين، حيث قام سنة 1959 بريسكوت (Prescott) بدراسة وظيفة وطريقة جغرافيا الانتخابات، وفيها اقترح أن تكون الدراسات الانتخابية نقطة البداية للبحث العلمي في الجغرافيا السياسية عن طريق إيجاد معيار التقسيم الإقليمي للدولة، بالإضافة إلى ضرورة أن يكون النظام الانتخابي خاليا من الانحياز إلى طرف دون آخر، وإن وجد هذا الانحياز فلن تكون هناك فائدة تجرى من الإحصائيات الانتخابية¹.

ومنذ سبعينات القرن الماضي ظهرت مئات الدراسات حول الجغرافية الانتخابية، احتوتها مجلدات ضخمة تزخر بمادة علمية مرتبة حسب مواقع المناطق الانتخابية مما زاد التوجه الكمي ثراء، إلى حد أن البعض قد قال أن هذا الكم الهائل لا يتناسب مع المتطلبات العامة للجغرافيا السياسية التي تنتمي إليها الجغرافيا الانتخابية²، وتمحورت معظم هذه الدراسات حول الخصائص السكانية لمناطق الانتخابات، حيث أثرت العوامل الاقتصادية مثل الغنى لبعض السكان، والفقر الذي يعاني منه البعض الآخر في تحديد نتائج التصويت القسوى والمتدنية للأحزاب الانتخابية في الدولة. كما تناولت أيضا دور العوامل الدينية في طريقة اختيار الناخب لمرشح معين لرئاسة الدولة، الأمر الذي يعني أن للسلوك الإنساني في المناطق الانتخابية أثر واضح في إبراز نتائجها أو بآخر.

المطلب الثاني: مفهوم جغرافيا الانتخابات:

تعد جغرافيا الانتخابات أحد مجالات الجغرافيا السياسية الجديدة، غير أنه يرى البعض لا صلة لها بالجغرافيا السياسية³، ويبقى لكل رأي مبرراته، إلا أن الواقع يشير أن الانتخابات على أشكالها لها ارتباط بالأفكار الإيديولوجية، فالانتخابات صورة مصغرة للصراعات بين الناس، لكن هذه الصراعات تنقل هذه المرة إلى الساحات الدستورية⁴.

وتعرف حسب جاسم كرم " ذلك الفرع المعاصر للجغرافيا السياسية، والذي عن طريقه نستطيع تفسير التباين في الأنماط الانتخابية السائدة في مكان معين، ودراسة وتحليل تغيرات السلوك التصويتي للناخب من مكان لآخر أو من دائرة لأخرى ومعرفة أسباب هذا التغير " ⁵. ويعرفها أيضا محمد محمود الديب في كتابه " الجغرافيا السياسية: منظور معاصر " بأنها العلم الذي يدرس الأبعاد المكانية في مناورات الساسة على المستويات المحلية والقومية والإقليمية للوصول إلى الحكم. ويمكن تعريفها بأنها " دراسة التباين الانتخابي للنتائج الانتخابية للأحزاب السياسية، إضافة إلى العوامل الطبيعية والبشرية المؤثرة في العملية الانتخابية مما يؤدي بالنهاية إلى صياغة الخريطة الانتخابية.

من خلال هذه التعريفات المقدمة نجد أنها تتمركز حول جغرافيا التباين الانتخابي والتحليل المكاني لأنماط التصويت، والتباينات المكانية للقوى السياسية، وكذلك ما هو دور العوامل الجغرافية المختلفة في تحديد الصورة النهائية للخريطة الانتخابية، هذه الأخيرة التي يجب أن تقسم بطريقة موضوعية وحيادية. كما تقوم جغرافيا الانتخابات على مقارنة ثلاثية حدها ماكفيل 1971 واستخدمها بسيتيد 1975 وجونستون 1979، وتتمثل في جغرافيا التصويت، والتأثيرات الجغرافية في التصويت، والتحليلات الجغرافية للدوائر الانتخابية.

¹ مناف محمد السوداني وعماد الشمري، "تغير الخارطة الانتخابية في العراق بين انتخابات عامي 2005 و2010 البرلمانية". انظر الموقع الالكتروني:

<http://www.ihec.q/ihectp/research/joined-researchmonaf emd.pdf>

² هاشم نعمة، نظرة في الجغرافيا الانتخابية. مجلة الحوار المتمدن، العدد 2004/992 انظر الموقع الالكتروني:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?25280> .

³ بيتر تايلور وكولن فلنت، مرجع سابق، ص 81.

⁴ المومني محمد أحمد عقلة، الجغرافيا السياسية والجيوپوليتيكا في القرن الواحد والعشرون. (الأردن: دار الكتاب الثقافي، 2005) ص 187.

⁵ مناف محمد السوداني وعماد الشمري، "تغير الخارطة الانتخابية في العراق بين انتخابات عامي 2005 و2010 البرلمانية". انظر الموقع الالكتروني:

<http://www.ihec.q/ihectp/research/joined-researchmonaf emd.pdf>

- جغرافيا التصويت¹:

تستند جغرافيا التصويت على الأسس التي وضعها العالم الفرنسي سيخفريد من حيث الهدف، والمتمثل في شرح خرائط خاصة بالأصوات الانتخابية في منطقة ما، مع ملاحظة حلول التحليلات الإحصائية محل مقارنة الخرائط، وقد قوبلت الدراسات الخرائطية والإحصائية بالنقد، على أساس أنها تركز على نمط بعينة من التصويت كهدف في حد ذاته من خلال التحليلات الكمية ولقد حاول كل من تييلور وجونستون تغطية هذا النقص، وذلك اعتمادا على نظرية شتاين روكان، لإخراج إطار يمكن من خلاله تفسير جغرافيا التصويت ودلالاتهما على العملية الانتخابية ككل.

وقد استند روكان في تفسيره لهذا الإطار، إلى الصراعات الأربعة التي عرفها تاريخ أوروبا الحديث، نتجت عن الثورة القومية في فرنسا، أين تمرد الرعايا الفرنسيين على الثقافة المهيمنة على المجتمع الفرنسي قبل الثورة، وكذلك معارضة الكنيسة للجمهورية الفرنسية، أما ثنائية الصراع الثانية تتجلى في الثورة الصناعية بإنجلترا، أين تمخضت عن نشوب صراع بين طبقة المزارعين وأرباب الصناعة، ثم بين أصحاب الرأس مال والعمالة فيما بعد، وانطلقت هذه الصراعات من خلفيات ثقافية وتاريخية لكل فئة اجتماعية.

ومن جهة أخرى كان لهذه الصراعات حسب "روكان" انعكاسات وانتشر صداها اليوم في شكل تعددية لنظام الأحزاب السياسية، الأمر الذي دفع إلى عقد تحالفات مع أحد الفصائل الاجتماعية، أما التحالف مع أصحاب التوجه العلماني أو مع رجال الدين من ناحية وإما مع طبقة ملاك الأراضي الزراعية أو رجال الصناعة من ناحية أخرى، وكانت هذه الصراعات المتاحة في حلبة الصراع هي التي حددت التنوع الذي تشهده الأحزاب السياسية الأوربية ما بين سياسات الوسط واليمين. وبعد سنة 1900 أثر دخول الإصلاح في حق الانتخاب حيز التنفيذ، حدث تقارب بين أصحاب رأس المال والعمالة ليكون الفريقان نوعا من الاتساق النسبي في سياسات أهل اليسار في السياسة الأوروبية.

- المؤثرات الجغرافية في التصويت الانتخابي:

إن جغرافيا التصويت² تهدف إلى شرح خرائط خاصة بالأصوات الانتخابية في منطقة ما، بهدف الوصول إلى إطار يمكن من خلاله تفسير جغرافيا التصويت ودلالاتها على العملية الانتخابية ككل³.

ويمكن تحديد أربع عمليات أساسية تؤدي إلى التأثير في اتخاذ القرار وقت الاقتراع:

- التصويت لمصلحة المرشح بحكم الصداقة والجيرة، مثل ما حدث في الانتخابات الأمريكية واليابانية والأيرلندية والنيوزلندية. وقد لوحظ في الانتخابات الرئيسية الأمريكية أن يجرز المرشح أصواتا كثيرة في مسقط رأسه.
- غلبة قضية بعينها على القضايا الأخرى في موقع انتخابي معين، حيث يؤثر بروز قضية معينة في أصوات الناخبين.
- الدعاية الانتخابية وما تحققة من خلق توجهها بعينها لدى جمهور الناخبين، ويتوقف هذا على نوع الدعاية وحجمها.
- عامل الجيرة أو الجوار الذي يمثل أهم المؤثرات الجغرافية في الاقتراع وقد لوحظ أن الأحزاب تحقق أفضل النتائج في دوائر جيرتها.

- التحليل النسقي للجغرافيا الانتخابية:

¹ المومني محمد أحمد عقلة، مرجع سابق، ص 187.

² جغرافيا التصويت المستقرة: عندما نقارن بين العملية الانتخابية في دول المركز ودول الأطراف نجد أنها تختلف، ففي دول المركز نجد سياسية جادة لإعادة توزيع الدخول، مما يسمح للأحزاب بأن تحشد من ورائها الدعم الكافي من الناخبين الذين يتقنون في سياسيات تخدم مصالحهم، لذلك أفرزت أوروبا نمطا مستقرا من الاقتراع الانتخابي القائم على تحزبات اجتماعية على النقيض من ذلك فإن آلية ضمان الأصوات غائبة تماما عن الساحة في بلدان الأطراف لأنها لا تنتهج سياسة إعادة توزيع الدخول، ومن ثم فإن الأحزاب عاجزة عن تلبية حاجات الناخبين، وهذا بطبيعة الحال يؤدي إلى تقلبات في الجغرافيا الانتخابية في مناطق الأطراف.

³ المومني محمد أحمد عقلة، مرجع سابق، ص 188

استخدم التحليل النسقي للجغرافيا الانتخابية أساسا النموذج السياسي الذي وضعه إستون Easton والمؤلف من أربعة عناصر (مدخلات، نقل المعلومات، المخرجات، التغذية الرجعية).

- المدخلات: تتمثل في جغرافيا الاقتراع والمؤثرات الجغرافية داخل النسق.

- نقل المعلومات: تتمثل في جغرافيا التمثيل داخل النسق.

- المخرجات: تتمثل في تأثير العوامل الجغرافية في نتائج الانتخابات داخل النسق.

- التغذية الرجعية: تعد هزمة وصل بين المدخلات والمعطيات داخل النسق وذلك بمهدف تكامل العملية الانتخابية مع العملية السياسية.

- جغرافيا الحملات الانتخابية *Geography of electoral campaigns*:

إن الدراسات المكانية تهتم بدراسة البعد المكاني في الحملات الانتخابية فهذا يعني أن الحملات الانتخابية لها بعد مكاني، فكل حزب وكل مرشح يعمل على تنظيم حملة انتخابية قبل البدء في إجراء الانتخابات بفترة معينة، يهدف من خلالها المرشح إلى الاحتكاك والاتصال المباشر مع الأفراد بغية التعريف بنفسه، وباتجاهاته، وآرائه و مواقفه من المشكلات التي تعاني منها المنطقة أو الدائرة الانتخابية التي يهدف إلى الحصول على أصواتها وهنا يلجأ المرشح إلى إتباع عدة وسائل تقربه من الأفراد في الدائرة الانتخابية لإقناعهم بالتصويت له، ومن هذه الوسائل، عرض صور له، وعرض بعض مقولاته وشعاراته التي ينادي بها، وتنظيم المحاضرات والندوات العامة في مراكز تجمع الأفراد المختلفة، سواء كانت في الأندية أو في الجامعات¹.

ويتعين في هذا الصدد على المرشح أو الحزب الحصول على أصوات المناطق والدوائر هامشية التأييد، وعدم التركيز الكلي على الدوائر التي يتمتع فيها المنافسين على تأييد كبير، كما لا يضيع المرشح وقته وماله وجهده في الدوائر التي يتمتع بها بنفوذ كبير.

المبحث الثالث

مناهج جغرافيا الانتخابات

إن مناهج الدراسة المكانية للانتخابات تنقسم إلى قسمين:

1- المنهج التقليدي المساحي *Areal approach*:

يقوم هذا المنهج بتحليل علاقة الإنسان بالأرض، وكذلك تحليل نمط السلوك البشري، وإظهار الاختلافات المكانية في نتائج التصويت، وربط ذلك بالمتغيرات البيئية المكانية والاقتصادية والاجتماعية التي أثرت عليها، مع الاستعانة بالخرائط والرسومات لتوضيح ذلك، واعتمد سيغفريد هذا المنهج في دراسته للانتخابات الفرنسية².

- تحليل النمط المكاني لنتائج التصويت موضحا على خرائط، وعرف بالدراسات المساحية التركيبية.

- رسم خريطة نتائج التصويت، وتعنى برسم عدة خرائط للظواهر الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية في المنطقة، ثم المقارنة بينهما وبين خريطة التصويت للخروج منها باستنتاجات واضحة، وعرف ذلك بالدراسات المساحية الإيكولوجية. وينقسم هذا المنهج إلى قسمين:

أ- المنهج المساحي التركيبي *Areal structural*:

يقوم بفحص النمط المكاني وتركيب اختيار التصويت كما توضحه نتائج الانتخابات، وهنا يبدأ الباحث بفحص نمط التوزيع المكاني للمقاعد التي حصل عليها كل حزب في الانتخابات، مع الاستعانة بخرائط التوزيع النسبي وخرائط تستخدم الرموز، وهذه الطريقة تبين فقط الفائزين بأغلبية كبيرة من التصويت دون إظهار مدى التأييد الخاص بكل حزب.

ب- المنهج المساحي الإيكولوجي *Areal ecological*:

¹ عبد الرزاق سليمان احمد أبو داوود و ليلي بنت صالح محمد زعزوع، مرجع سابق، ص 54-55.

² عبد الرزاق سليمان احمد أبو داوود و ليلي بنت صالح محمد زعزوع، مرجع سابق، ص 33.

يهدف إلى تحليل الأنماط المكانية لنتائج الانتخابات في ضوء كل الظروف البيئية، وهنا على الباحث أن يقوم بدراسة خصائص الناخبين، ودراسة الاختلاف المكاني في ظل الظروف المختلفة، ومن ثم يخرج بأسس عديدة ارتكزت عليها أنواع التصويت في مختلف الدوائر الانتخابية، ومعرفة التغيرات التي من الممكن أن تطرأ على هذه الأنواع والأنماط، واستخدم هذا المنهج منذ عام 1960 الأساليب الإحصائية لقياس العلاقة بين نتائج الانتخابات والمتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية¹.

كما اهتمت العديد من الدراسات خاصة في البيئات المركبة، بدراسة أثر متغيرات اجتماعية وإثنية معينة على السلوك الانتخابي، مثل الدراسة التي قام بها لويس Lewis، والتي تناول من خلالها أثر هجرة الزوج على جغرافيا الانتخابات في ولايتي فيلنت وميتشيجن خلال الفترة 1932-1962، والتي توصل فيها إلى أن للزوج الأمريكيين سلوك تصويتي يتميز عن الأقليات في باقي الأقاليم الكبرى، وأنهم يصوتون على شكل كتلة واحدة². غير أن ما يؤخذ على المنهج التقليدي في الدراسات المكانية للانتخابات هو اتسامه بالخداع الإيكولوجي، وذلك عندما تتم المقارنة والربط بن النتائج العامة للانتخابات والنتائج العامة للإحصاء اعتمادا على مستوى الدائرة الانتخابية، وأيضا على مستوى الأفراد.

2- المنهج السلوكي Areal behavioral:

إن هذا المنهج يحلل السلوك الانتخابي للفرد من خلال معرفة تأثير عدة عوامل كالمسافة، والعلاقة بين الأشخاص، وتغيير مكان السكن، والعقبات والحواجز أمام التفاعل المكاني على الاستجابة الانتخابية للفرد، كما يهتم هذا المنهج بالعلاقات المكانية السياسية وانتشار الآثار السياسية المرتبطة بها، وأثر ذلك كله على نمط السلوك الانتخابي ويعد السلوك الانتخابي لجماعة ما تعبيرا عن الاتجاهات المناصرة والتابعة والموالين لهذه الجماعة، هو يعبر عن حجم وطبيعة المعلومات السياسية ذات الصلة المتدفقة في الشبكة³. وقد عرفت مناهج وأساليب المعالجة في الجغرافيا الانتخابية تطورا بعد كل من المنهج الكارتوغرافي والمنهج السلوكي، وقد فصح المجال أمام التحليل الإحصائي، والذي يرى بأن تحليل بيانات التصويت على أساس الوحدات المساحية areal units غير كافٍ ليشكل جغرافيا انتخابية مميزة، وعليه فقد استخدموا الأساليب الإحصائية المعيارية مع تجاهل المحتوى المكاني للوحدات المساحية، كما نظرت من جهة مقابلة مجموعة أخرى من الباحثين إلى أن الأساليب الإحصائية لتحليل بيانات التصويت من طرف الناخبين خارج تخصص الجغرافيا، ومن هنا فإن التحليل الإحصائي المعياري للتصويت تراجع مرة أخرى واستبدل بالنماذج المكانية location models التي تؤكد على المحتوى المحلي ضمن نمط التصويت المحقق، وبهذه الطريقة فإن الوصف الجغرافي البسيط للتصويت سوف يتم استبداله بدراسة تأثيرات جغرافية مركبة على عملية التصويت⁴.

خاتمة:

نخلص في نهاية الورقة البحثية إلى حقيقة مفادها، إن جغرافيا الانتخابات برزت إلى حقل العلوم السياسية بصفة مستقلة عن الجغرافيا السياسية، على اعتبار أنها تمثل أحد الاتجاهات الجديدة المتخصصة المتفرعة عن الجغرافيا السياسية، وذلك من أجل تغطية العجز الجزئي الذي ميز الدراسات السياسية السلوكية، لاسيما ما تعلق بالفعل الانتخابي تحديدا.

¹ المرجع نفسه، ص34.

² سامح عبد الوهاب، "خريطة مصر الانتخابية مع التطبيق على محافظة الجيزة". انظر الموقع الالكتروني:

<http://www.arabgeographers.net/vb/showthread.php?t=14112>

³ المرجع نفسه، ص36.

⁴ سامح عبد الوهاب، "خريطة مصر الانتخابية مع التطبيق على محافظة الجيزة". انظر الموقع الالكتروني:

<http://www.arabgeographers.net/vb/showthread.php?t=14112>

فجغرافيا الانتخابات اتجهت أساسا في دراستها إلى دراسة العلاقة بين البيئة بصفة جوهرائية وما تنطوي عليه من تأثيرات في العملية الانتخابية، ونتائج التصويت في المنطقة الواحدة، أي تحليل أثر العوامل البيئية المتنوعة ودورها في تحديد نتائج التصويت، ولماذا حصل المرشح (أ) على نسبة متقدمة في إقليم دون آخر، فضلا عن التباين المكاني للفعل التصويتي بين أقاليم مختلفة في استحقاق انتخاب واحد، أي لماذا نسبة التصويت مرتفعة في إقليم ولماذا هي منخفضة في إقليم آخر؟.

وندعو في نهاية هذه الورقة إلى الحث على ضرورة الاهتمام بحقل الجغرافيا الانتخابية في المحتوى الأكاديمي في برامج العلوم السياسية، نظرا لما لها من أهمية في تحليل انخفاض نسبة المشاركة في الانتخابات وتفسير التباين التصويتي المكاني في مختلف الأقاليم والمحافظة.

الاقتصاد الريفي الجزائري: دراسة للسياسات والمتطلبات

The Algerian Rural Economy: A Study of Policies and Requirements

أ. فضيل إبراهيم مزاري، أستاذ مساعد قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

قسم العلوم السياسية،

جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر

تاريخ الإيداع: 2017/10/03 - تاريخ المراجعة: 2017/12/06.

ملخص:

شكّلت المناطق الريفية منذ خمسينيات القرن العشرين محور اهتمام صانعي السياسات التنموية، سواءً على المستوى الدولي أو على المستوى القطري؛ خاصة وأن هذه المناطق تعاني تاريخياً من إشكالية الفقر والعوز الاجتماعي وانخفاض الدخل الفردي؛ وجاءت سياسات التنمية الريفية مستهدفة هذه المناطق ليس لفك العزلة عنها وتحسين حياة مواطنيها وحسب، بل الأكثر من ذلك هو العمل على تحسين الدخل للسكان الريفيين، ولما كانت هذه المناطق تمثل الأرضية التي يبنى عليها الاقتصاد الريفي الذي يعتبر النشاط الزراعي محوره الأساسي، جاءت برامج التنمية الريفية لتعمل على تنمية القطاع الزراعي في هذه المناطق. والأمر نفسه مع الجزائر التي عملت منذ الاستقلال إلى غاية اليوم على صياغة سياسات تهدف إلى تطوير نمط الحياة في الريف، وتحسين الدخل الفردي والحد من الفقر الريفي. وهذا ما تمثل في الثورة الزراعية، والبرنامج الوطني للتنمية الفلاحية، والبرنامج الوطني للتجديد الفلاحي والريفي.

الكلمات المفتاحية:

التنمية الريفية، الاستقرار الاجتماعي، الاقتصاد الريفي، تصنيع الريف.

Abstract:

the Rural spaces set several problems for the economic and social development since the middle of 20 th century, at the national as the international levels, These rural spaces suffered from poverty, unemployment, analphabetism, and misery, For these reasons the government's plan economic policy in the rural development, which also improve the social condition, the domain of the agrarian economy embodying these rural spaces, all the rural development programs work to the construction of infrastructure for agrarian activity. Since the independence Algeria plans projects for the rural development, as the agrarian revolution in 1972, the N.P.A.D in 2000, or the national program of agrarian and rural revival.

Key Words:

Rural Development; Social Stability; Rural Economy; Rural Industrialization.

مقدمة:

تتميز الفضاءات الريفية بخصائص معينة على مستوى الاقتصاد والسياسة والمجتمع؛ وإذا كان ما يميز هذا الفضاء سياسياً هو طابعه المحافظ وإعلان الولاء غير المحدود للنظم السياسية المحافظة من الناحية القيمية، فإن ما يميزه اجتماعية هو طبيعة العيش البسيطة الخاصة مع سيادة حالات الفقر والغبن الاجتماعي، أما على المستوى الاقتصادي، فإن أدبيات الاقتصاد السياسي تؤكد على أنه لا يمكن لهذه الفضاءات أن تعيش خارج النشاط الزراعي، وبالمقابل حتى النشاط الزراعي لا يمكنه أن يجد الموارد البشرية اللازمة خارج الفضاء الريفي؛ ومن هنا يتداخل السياسي والاجتماعي والاقتصادي ليحل من الريف قطاعاً معيناً له خصوصيات اجتماعية محددة تتطلب سياسات خاصة للتنمية، يمكن من خلالها خلق الدعم للنظام السياسي أولاً، والحد من عوامل الطرد إلى المدينة ثانياً، وتحقيق الفوائض

الزراعية ثالثاً، وهذا كله يحتاج إلى سياسات للتنمية الريفية تقضي على مظاهر الفقر وتعمل على التمكين الاجتماعي وتحقيق الفرص الاقتصادية.

لقد عانى المجتمع الريفي تاريخياً من مشاكل الفقر والعوز الاجتماعي، وتششت جهوده الاقتصادية؛ ومن هنا أخذت معضلة التنمية الريفية اهتماماً بالغاً منذ خمسينيات القرن العشرين من قِبَل الهيئات الأُممية المختلفة، وكذا حكومات الدول النامية، وهذا من أجل خلق بنية اقتصادية ريفية قادرة على استيعاب المجتمع الزراعي وتلبية حاجياته والقضاء على مخلفاته السلبية، وكذا جعل المجتمع الريفي خالقاً للثروة، انطلاقاً من المستثمرات الاقتصادية الريفية.

إن ما يميز اقتصاد المجتمعات الريفية هو النشاط الزراعي أولاً، والذي يشكل النسبة الأعظم من مداخيل السكان الريفيين، بالإضافة إلى النشاط الحرفي، ومن هنا فأى سياسة تستهدف تطوير الاقتصاد الريفي ينبغي عليها أولاً مراعاة البنية السوسيو - اقتصادية للمجتمعات الريفية، حتى تتمكن من إقامة بنية اقتصادية تتلاءم وخصائص السكان الريفيين من جهة، والتي تتوافق ومتطلبات الاقتصاد الوطني من منظور كلي من جهة ثانية. فالجزائر رغم أنها اتخذت منذ الاستقلال سياسات للتنمية الريفية بالغة الأهمية، ورصدت لها أموال معتبرة، لكن واقع الاقتصاد الريفي لا يرقى إلى الطموحات المطلوبة، خاصة وأن المجتمع الريفي - الزراعي لم يتخلص بعد من معادلة «عوامل الطرد والجذب» بين المدينة والريف، الأمر الذي يدل على أن الاقتصاد الريفي لا يزال يحتاج إلى سياسة ريفية للنهوض به، ومن هنا تنبع إشكالية الدراسة: ما هي الاختلالات التي يعاني منها الاقتصاد الريفي الجزائري؟ وما هي السياسات الكفيلة للنهوض بهذا القطاع؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية تم صياغة فرضية مفادها: تعمل سياسة التنمية الريفية على خلق البيئة اللازمة لاستقرار السكان الريفيين، الأمر الذي يؤدي إلى تشجيع نمو الاقتصاد الريفي القائم بالأساس على النشاط الزراعي.

المحور الأول

ديناميكية التنمية الريفية في الجزائر وواقع الاقتصاد الريفي الجزائري

لقد شكل المجتمع الريفي تاريخياً جزءاً هاماً من المجتمع الجزائري الكلي، فرغم حركات النزوح الريفي الواسعة إلى المدن منذ عشية الاستقلال، إلا أنه لا زال يشكل نسبة خمسة وثلاثون بالمائة (35%) من مجموع السكان⁽¹⁾، وهذا ما جعل مختلف الحكومات الوطنية تأخذ هذه الشريحة الواسعة باهتمام بالغ، وهذا ليس على المستوى الاقتصادي - التنموي وحسب، بل حتى في جانبه السياسي والثقافي، خاصة فيما يتعلق في كفاءات خلق التأييد والمساندة من المجتمع القروي للسياسات الوطنية، وكيفية رفع نسبة المشاركة السياسية، وهذا بدوره يترجم فيما بعد إلى سياسات للتنمية والدعم على المستوى الريفي في مجالات تنموية مختلفة كمقابل للتأييد والمساندة. ومن هنا يمكن فهم وتفسير برامج التنمية الريفية في الجزائر منذ عقود، والتي كانت بمثابة ضرورة حتمية للقضاء على التفاوت الاجتماعي فيما بين القطاعين الحضري والريفي، حتى يتم التخلص من عوامل الطرد من الريف إلى المدينة، ومن ثم خلق الاستقرار الاجتماعي والحد من التحول المكاني على مستوى الريف؛ إلا أن هذا كله ورغم التحسينات التي طرأت على المستوى المعيشي في الريف الجزائري إلا أن الأوضاع الريفية لا تزال تشكل عوامل للطرد من الريف إلى المدينة؛ وحظوة المدينة ورفاهية العيش فيها لا تزال تشكل عامل جذب للسكان الريفيين، فتفاعل عوامل الطرد والجذب يشجع على حركة النزوح الريفي من جهة، ويهدد البنية الريفية ويعمق من اختلالاتها الوظيفية من جهة ثانية، كما أنه يخلق تشوهات في بنية النظام الحضري نتيجة بيوت الصفيح وأحزمة البؤس في ضواحي المدن ومخلفاتها من جهة ثالثة. وهذا كله راجع إلى ضعف بنية الاقتصاد الريفي الجزائري الذي لا يزال يعاني من معوقات النمو؛ ولفهم هذه المعادلة ينبغي التطرق إلى ديناميكية التنمية الريفية أولاً، وواقع الاقتصاد الريفي ثانياً، ومتطلبات الإصلاح ثالثاً.

¹ - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الديوان الوطني للإحصاء، الديموغرافيا، نشرة 2008، ص 44.

1- ديناميكية التنمية الريفية في الجزائر

رغم أن الحكومة بعد الاستقلال لم تتخذ أي سياسة لإعانة الفلاحين الصغار في الريف حتى سنة 1966، وهي السنة التي بدأت فيها الحكومة بتقديم قروض لتجهيز المزارعين الخواص الصغار والتي بلغت 267 مليون دينار بين سنتي 1966 - 1967.⁽¹⁾ إلا أنه قد نال - الريف - اهتمامات السلطات المتعاقبة في الجزائر منذ بداية المخططات الوطنية للتنمية، وهذا كان واضحاً في مختلف السياسات التي انتهجتها هذه النخب عبر مسيرة التنمية الوطنية؛ فإذا كان الريف قد عانى من المخلفات التي ورثتها الجزائر عن الاستعمار، وكذا حتى فما بعد الاستقلال،⁽²⁾ لكن منذ بداية المخططات الوطنية أخذ الريف نصيبه من العملية التنموية في البلاد. لقد شكل الريف الجزائري محور اهتمام ميثاق الثورة الزراعية 30 نوفمبر 1971؛ خاصة وأن الميثاق ركز على ضرورة تجميع السكان المتناثرين على مستوى الجبال في قرى زراعية، تحوي كل متطلبات الحياة العصرية، من سكن وصحة وتعليم، ومن ثم دمجهم في التعاونيات الزراعية ليُكونوا المقوم الرئيسي للنشاط الزراعي.

وحتى في مرحلة الثمانينات - مرحلة حكم الشاذلي بن جديد - استمر العمل بسياسات التنمية الريفية المتكاملة، حيث تم العمل على تجديد السكنات الريفية، وشق الطرق، وبناء المدارس في الأرياف الجزائرية، وهذا حتى يتمكن السكان الريفيين من الاستقرار في مناطق سكنهم والحفاظ على المنظومة الريفية. أما مرحلة التسعينات فقد شكلت المرحلة القاصمة للريف الجزائري، حيث أُنذرت بانحيار المنظومة الريفية بشكل كامل؛ وهذا راجع لحركة النزوح الواسعة نتيجة للأمن الذي ساد المناطق الريفية في هذه الفترة، وكذا صعوبة ممارسة أي نشاط اقتصادي الذي من شأنه أن يخلق الأمل للسكان القرويين. كما أن حالات القتل العشوائي، وانتزاع الأملاك وفرض مبالغ مالية على السكان الريفيين من طرف الجماعات المسلحة كلها دفعت المواطن الريفي لينجو بنفسه إلى المدينة. ولكن فيما بعد أخذت السلطات الحاكمة هذا الأمر باهتمام بالغ، حيث عملت على تكوين قوات الدفاع الذاتي في القرى الريفية، وكذا مدّهم بالمساعدات التقنية للتصدي لهذه الظاهرة المهددة للاستقرار الريفي. وبعد أن عاد الاستقرار والأمن للدولة الجزائرية اتخذت السلطات الجزائرية برامج متنوعة للتنمية الريفية، وهذا ليس لتثبيت السكان الريفيين وحسب، بل الأكثر من ذلك هو جعل المناطق الريفية فاعلة في النشاط الاقتصادي الجزائري، ومساهماً أساسياً في تحقيق الأمن الغذائي الجزائري. وتجسد هذا في عدة برامج تنموية والتي تمثلت في الإستراتيجية الوطنية للتنمية الريفية المستدامة لسنة 2004، وبرنامج التجديد الفلاحي والريفي لسنة 2012. وقد تم توسيع المخطط الوطني للتنمية الفلاحية في سنة 2002، لإدماج دعم العالم الريفي؛ ونتيجة لذلك أصبح يسمى الإستراتيجية الوطنية للتنمية الريفية المستدامة. والذي يهدف إلى:

- تعزيز المساهمة في الأمن الغذائي، - تجميع كل الموارد المتاحة، - حماية البيئة⁽³⁾، إن الاهتمام المتزايد بتحسين المستوى المعيشي في المجتمع الريفي الجزائري من قبل السلطات الحاكمة يرجع إلى عدة عوامل قررتها مختلف البرامج التنموية منذ الميثاق الوطني للثورة الزراعية نوفمبر 1971 إلى غاية برنامج التجديد الفلاحي والريفي سنة 2012، المتمثلة فيما يلي:

- تدني المستوى المعيشي للسكان الريفيين، وغياب مظاهر الحياة العصرية كالطرق والمدارس ودور الصحة والكهرباء وغيرها.
- سيادة مظاهر الأمية والتخلف التقني في النشاط الزراعي الريفي (سيادة زراعة الكفاف).
- سيادة ظاهرة الاستغلال الطبقي بين ملاك الأراضي والمزارعين في المناطق الريفية.
- سيادة ظاهرة النزوح الريفي إلى المدن، وما يخلفه هذا من بيوت الصفيح ومظاهر البؤس وكذا مظاهر الفقر والغبن الاجتماعي والآفات الاجتماعية في ضواحي المدن.

1- أحمد هني، اقتصاد الجزائر المستقلة، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1993. ص 34.

2- للمزيد أنظر: حسن بهلول، القطاع التقليدي والتناقضات الهيكلية في الزراعة بالجزائر: تحديده ونظام دمج في الثورة الزراعية، الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1976.

3- الجمهورية الجزائرية الديمقراطية، وزارة الفلاحة والتنمية الريفية، مسار التجديد الفلاحي والريفي: عرض وآفاق، مايو 2012، ص 04.

- سيادة مظاهر الفقر الريفي والتفاوت في الدخل فيما بين القطاعات (صناعي، تجاري وزراعي) الأمر الذي يجعل المزارعين الريفيين يهجرون القطاع الزراعي بحثاً عن مصدر دخل أفضل. وهذا ما يخلق حركية النزوح الريفي - الزراعي إلى المدن حيث تتوطن الصناعات. فسياسة التجديد الفلاحي والريفي تؤكد من جديد على الهدف الأساسي الذي تتبعه السياسات الفلاحية المتعاقبة منذ 1962 أي "التدعيم الدائم للأمن الغذائي الوطني مع التشديد على ضرورة تحول الفلاحة المحرك حقيقي للنمو الاقتصادي الشامل". حيث يستهدف التجديد الريفي الذي هو أوسع من التجديد الفلاحي في أهدافه وفي مده، كل الأسر التي تعيش وتعمل في الوسط الريفي وخاصة منهم الذين يعيشون في المناطق التي تتميز ظروف المعيشة والإنتاج فيها بصعوبة أكثر (الجبال، السهوب، الصحراء)⁽¹⁾. فالتجديد الريفي يعمل على إشراك العديد من الفاعلين المحليين (الجماعات المحلية، الجمعيات والمنظمات المهنية، المستثمرون الفلاحيون، المؤسسات غير الفلاحية، الحرفيين، المصالح التقنية والإدارية، هيئات التكوين والقروض... الخ)، وبالرغم من أن الفلاحة تبقى عنصر إحدى المكونات للنشاط الاقتصادي للمناطق الريفية؛ يوسع التجديد الريفي مجال تطبيقه إلى قطاعات النشاط الأخرى في الوسط الريفي (الحرف، الماء الصالح للشرب، الطاقة الكهربائية، ترميم الموروث الثقافي... الخ) بالترقية ما بين القطاعات⁽²⁾.

إذاً لقد حضى الريف الجزائري ببرامج تنمية واسعة في مختلف المجالات، فمن السكن والصحة مروراً بالتعليم والاتصالات والمواصلات وصولاً إلى الدعم الفلاحي، كلها مجالات أخذت اهتمامات صانع القرار ضمن سياسة التجديد الريفي، وهذا حتى يتمكن المواطن القروي أن يستقر في الريف ضمن حياة كريمة، والتأسيس لقاعدة اقتصادية ريفية يكون المجتمع القروي مصدر مواردها البشري. فنظراً لكون البنية الديموغرافية الريفية تضم 13 مليون جزائري، يجعله يتطلب سياسة خاصة لترقية حياة هؤلاء المواطنين، وكذا دمج نشاطهم في منظومة النشاط الاقتصادي الوطني بصفة كلية، خاصة وأن المجتمع الريفي يمد القطاع الزراعي بـ 2,5 مليون من اليد العاملة الزراعية. كما أن القطاع الزراعي يعتبر مصدر دخل لنحو 13 مليون مواطن ريفي⁽³⁾.

إن قراءة سريعة لنتائج الإستراتيجية الوطنية للتنمية الريفية المستدامة لسنة 2004 تبين أن هناك أثر بالغ في تطوير الاقتصاد الريفي، فعدد المستثمرات الفلاحية المستفيدة من المساعدات العمومية بلغت 221.179 مستثمرة، أما عدد المناصب التي تم خلقها وصلت إلى 130.738 منصب شغل، وبلغ عدد الكيلومترات المنجزة لتشجيع فك العزلة عن المناطق الريفية إلى 4175 كلم، أما عدد الكيلومترات المنجزة للإضاءة الريفية بلغ 1059 كلم.⁽⁴⁾ وعموماً يمكن القول أن حصيلة التنمية الريفية في العقد الأول من الألفية الثالثة جاءت كالتالي:

- 900 ألف مستثمر فلاح (فلاحين ومربين) تم تسجيلهم لدى الغرفة الوطنية للفلاحة في نهاية 2011.
- 150 ألف شريك لدى الصندوق الوطني للتعااضدية الفلاحية و 300 ألف مستعمل.
- 1091 تعاونية فلاحية معتمدة و 84 ألف منخرط.
- 681200 أسرة معنية إلى حد الآن بأعمال المشاريع الجوارية للتنمية الريفية المندجة أي ما يعادل 3649456 من سكان الأرياف، معظمهم في المناطق المعزولة والنائية⁽⁵⁾.

2- واقع الاقتصاد الريفي الجزائري: دراسة لعينات مختارة

1- المرجع نفسه، ص 06.

2- المرجع نفسه، ص 06.

3- المرجع نفسه، ص 05.

4- عبد اللطيف بن اشنهو، مرجع سابق، ص 21.

5- الجمهورية الجزائرية الديمقراطية، وزارة الفلاحة والتنمية الريفية، مرجع سابق، ص 16.

لقد هيمن على الاقتصاد الريفي تاريخياً النشاط الزراعي، وهذا راجع إلى الطبيعة السوسولوجية للمجتمع القروي؛ والأمر نفسه بالنسبة للريف الجزائري، حيث يتنوع النشاط الاقتصادي في الريف الجزائري بين النشاط الزراعي باختلاف أنواعه (حبوب، خضر، فواكه)، وتربية الأنعام (بقر، غنم، ماعز) وكذا إنتاج اللحوم البيضاء (تربية الدجاج الاصطناعي)، إلا أن هذه الأنشطة تتنوع من منطقة ريفية إلى أخرى، وتزدهر من منطقة إلى أخرى، حسب الظروف والإمكانيات الطبيعية، وكذا القدرات البشرية والفنية للممارسة النشاط الزراعي الحديث باختلاف أنواعه. ففي بعض المناطق الريفية يمارس اليوم المواطن القروي النشاط الزراعي بوسائل عصرية، والتي مكنته من رفع مداخيله وتحسن نشاطه الاقتصادي، فمن بين المناطق المختارة⁽¹⁾ للبحث يوجد ما يفوق مائة (100) فلاح يمارسون زراعة الخضر وبالأخص الطماطم وفقاً للتكنولوجيات الحديثة، حيث يتم فيها تسوية الأرض كلياً عن طريق المكنة الزراعية بمختلف وسائلها الحديثة، وعملية الري تتم وفقاً لتقنية الري بالتنقيط الأحدث عالمياً، كما يتم استخدام الأسمدة والمبيدات الكيماوية بما تتطلبه العملية الزراعية، رغم وجود صعوبات في طريقة الحصول على هذه الأسمدة؛ نظراً للقوانين المنظمة لعملية الاستفادة من الأسمدة الكيماوية*.

أما فيما يتعلق بعملية إنتاج اللحوم البيضاء، فهو نشاط اقتصادي يكتسح المجتمع الريفي اليوم، نظراً للمدة الزمنية القصيرة التي تتطلبها دورة واحدة لبيع المنتج والتي لا تتعدى خمسة وخمسون (55) يوماً، كما أن إنتاجه في متناول السكان القرويين، سواء فردياً أو بالشراكة، ففي زيارة لبعض وحدات الإنتاج على مستويات مختلفة: أجمع المنتجون للحوم البيضاء من عينات مختارة من مناطق إنتاج مختلفة (بلدية سوق الحد في ولاية غليزان، بلدية الأربعاء بولاية تيسمسيلت، بلديتي الحجاج وأولاد بن عبد القادر بولاية الشلف) على أن المشكل العام والعائق أمام تطور الإنتاج هو تدني الأسعار بشكل أقل من تكلفة الإنتاج؛ يقول أحد المنتجين من منطقة إنتاج ببلدية الحجاج بأعالي جنوب ولاية الشلف أن تكلفة الإنتاج تصل اليوم إلى 1300 دينار جزائري⁽²⁾ دون حساب ساعات العمل، واليوم نحن نبيعه بسعر التكلفة، دون حساب تكاليف التسويق التي نقوم بها بأنفسنا أمام إغراق السوق بهذا المنتج.

ويضيف أحد المنتجين من ريف بلدية سوق الحد أنه مع ضعف جودة الكتاكيت وارتفاع ثمنها خلق صعوبات ومخاوف أمام المستثمرين الجدد، ففي كثير من الحالات يتم شراء دفعة من الكتاكيت كاملة غير قابلة للتطوير، فهذا يرجع إلى غياب الرقابة الحكومية، وإلى عدم وجود ضمانات التعويض من المؤسسة الموردة للكتاكيت، ويضيف أنه في حالات متعدد خسر فيها المنتجون رأسهم الإنتاجي بالكامل، نتيجة إشكالية رداءة منتج الكتاكيت. وكذلك من الحالات التي شملتها الدراسة أن مُنتج من الريف الجنوبي لبلدية الولجة بولاية غليزان - وهي بلدية ريفية بالكامل - يمتلك حاضرتين يتسعان إلى 6500 وحدة دجاج، في مدة 55 يوماً، بما يعادل 162 قنطار غير صافية في الدورة الواحدة (55 يوماً) فهذا المنتج يشكو من عدم توفر خدمة الكهرباء، الأمر الذي يزيد من صعوبات مشروعه الاستثماري، وكذا يرفع من تكاليف الإنتاج نتيجة اعتماده على الإضاءة بمادة غاز البوتان. إذن فالمشاريع الاستثمارية متوفرة ومنتشرة عبر مختلف الأرياف الجزائرية، ولكن بقدرات وكفاءات متفاوتة، كما أن هذه المشاريع الاستثمارية التي تعتبر عصب الاقتصاد الريفي تحتاج إلى المزيد من الخدمات والبنى القاعدية وكذا الضمانات الحمائية التي تحفز على نموها واستمراريتها وتوسع انتشارها.

¹ - زيارة ميدانية لريف بلدية أولاد بن عبد القادر، ولاية الشلف، يوم 2016/04/06 حيث تسود الزراعة الكثيفة بمختلف أنواعها، خاصة وأن هذه المنطقة قريبة من سد سيدي يعقوب، بما يجعل هذه الأراضي مروية ذات خصائص عالية الجودة.

* ترجع صعوبة حصول الفلاح الجزائري على الكميات اللازمة من الأسمدة إلى القوانين المنظمة لعملية البيع هذه المادة، والتي تتطلب أن يكون الفلاح يملك بطاقة فلاح، وهذا غير ممكن في الكثير من الحالات بما يصعب من عملية شراء هذه المادة الضرورية للنشاط الفلاحي، وجاءت هذه القوانين نتيجة استخدام الحركات الإرهابية هذه المادة في صناعة المتفجرات، مما جعل السلطات العمومية تأخذ المسألة بجدية وحساسية أمنية بالغة الأهمية، وأبعاد هذه العملية عن الحرية والعشوائية.

² - زيارة ميدانية لأعالي ريف جنوب ولاية الشلف، وبلدية سوق الحد بولاية غليزان، وبلدية الأربعاء بولاية تيسمسيلت، وهي كلها مناطق متاخمة لبعضها البعض، وتعتبر بلديات ريفية بالكامل. تمت الزيارة يومي 04 و 05 أبريل 2016.

3- استعصاءات نمو الاقتصاد الريفي الجزائري

إن القراءة الواقعية لمعضلات تطور الاقتصاد الريفي تحتاج إلى دراسات مسحية تعم كافة النشاطات الاستثمارية الممارسة في الريف الجزائري، وهذا حتى تتمكن البحوث من رصد كافة المعوقات التي تحد من انتظام هذا الاقتصاد وتطوره، وكذا كيفية جعله مصدراً من مصادر خلق الثروة للمجتمع الريفي. إلا أنه من خلال الاطلاع على بعض الحالات في مناطق ريفية مختلفة في ثلاث ولايات ذات طابع ريفي (الشلف، غليزان، تيسمسيلت) يمكن تحديد الصعوبات التي تعترض نمو وتطور الاقتصاد الريفي في ما يلي:

- تعتبر إشكالية تسويق المنتج الزراعي من بين أهم الاستعصاءات التي تحد من نمو الاقتصاد الريفي، خاصة وأنه في الكثير من الحالات يتعرض المنتج الزراعي إلى خسارة في مشروعه الاقتصادي. والأمر هنا لا يتعلق بمحصول الحبوب الذي وفرت له الحكومة الغطاء الحمائي، حيث ضمنت للمنتج الحد الأدنى للبيع (4500 دج) أعلى من ثمنه في السوق الدولية، بل المشكل هنا يتعلق بمنتجات الخضرة، خاصة الشتوية منها، والتي كثيراً ما يتعرض مُنتجوها إلى الخسارة، وفي حالات تكرار هذا المشكل، يتحول هذا الفلاح إما إلى مزارع* أو بروليتاري، كما قد يسبب له الطرد الكلي من القطاع الزراعي.

- يعاني العديد من المنتجين الزراعيين من ضعف الخدمات المقدمة من طرف الهيئات المحلية، فمثلاً، يعاني العديد من منتجي اللحوم البيضاء من عدم توفر الشبكة الكهربائية، الأمر الذي يرفع تكلفة الإنتاج من جهة، ويخلق صعوبات تطوير إضافية أمام نمو مشروع الإنتاج من جهة أخرى.

- ضعف الاتصال بين الهيئات المحلية وأصحاب المشاريع الاقتصادية الريفية؛ الأمر الذي يعيق عملية إيجاد حلول واقعية للمصاعب التي تعترض المنتجين.

- ضعف برامج الإرشاد الزراعي المقدمة من طرف الهيئات المحلية، ففي العديد من الحالات تعرض فيها المنتجون الزراعيون إلى خسارة منتوجهم الزراعي نتيجة قلة الخبرة في ميدان الاستثمار الزراعي، خصوصاً فيما يتعلق بالمنتوج الحيواني. وبالأخص عندما تنتشر الأمراض الحيوانية الموسمية.

- عدم قدرة الهيئات المحلية على دمج وتنظيم أصحاب الصناعات التقليدية والحرفية في مكونات يتم التعامل معها بطريقة مؤسسية تسهل توفير التأييد والدعم لها؛ وهذا ما جعل مثل هذه الصناعات في تراجع مستمر. فمثلاً يقول نائب رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سوق الحد بولاية غليزان المعروفة بصناعة الدوم*، أنه لا يوجد أدنى اتصال برجال الصناعة التقليدية في إقليم البلدية، ويضيف أنه يصعب خلق تنظيم مؤسسي لمثل هذه الحرفة المكلفة، خاصة مع أن ممارسيها ترتفع مستويات أعمارهم، كما أنهم يجعلون منها وسيلة دخل تكميلي وليس أساسي⁽¹⁾.

- تعتبر إشكالية الأمن - انتشار عصابات الأشرار - من بين أهم الصعوبات التي تعيق مربّي المواشي، خاصة في الأماكن البعيدة عن القرى الآهلة بالسكان، ومن هنا يجد محترفو هذه المهنة صعوبة في نقل رأسمالمهم الزراعي إلى بيئات رعوية ذات ميزة تفاضلية أكبر.

المحور الثاني

تصنيع الريف؛ البديل الاستراتيجي لتطوير الاقتصاد الريفي

يكتسي الاقتصاد الريفي أهمية بالغة ضمن الإستراتيجية الكلية للتنمية الاقتصادية، خاصة في الدول التي يمثل فيها المجتمع الريفي نسبة عالية من مجموع السكان؛ ولكن في حالات عديدة والتي تعتبر الجزائر واحدة منها قد بلغ البناء القاعدي الريفي مستويات مقبولة،

* الفرق بين الفلاح والمزارع هو أن الأول يملك رأسماله الزراعي بالكامل، ويتصرف في مشروعه بحرية مطلقة، ويتحمل مسؤولية الربح والخسارة بشكل كامل، أما المزارع فيعمل على زراعة حيازة زراعية ليست ملكاً له، عن طريق الاتفاق على كيفية تقسيم الربح أو الخسارة حين جني المحصول.

* هو نبات جبلي يستخدم في صناعة القفف وأدوات تحميل الحبوب، والسجادات التقليدية.

¹ مقابلة أجريت مع النائب الأول لرئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سوق الحد، ولاية غليزان، يوم 2016/05/05.

وممارسة النشاط الزراعي في تطور مستمر، سواء تعلق الأمر بمستوى النمو، أو بمدى تطور التقنيات الحديثة المستعملة في ممارسة النشاط الزراعي (إنتاج المحاصيل الزراعية بشقيها النباتي والحيواني)، كما أن المزارعين الريفيين يعانون في كثير من الحالات أزمة تكدس المنتج وانخفاض مستويات أسعاره، وهذا بدوره يتطلب اتخاذ حلول فاعلة لحماية المنتجين الزراعيين ورأسهممهم الزراعي، حتى لا يهجروا القطاع الزراعي - الريفي، وهذا عن طريق تطبيق الإجراءات الحمائية التي تقتضي وضع حد أدنى لسعر المنتجات الزراعية، أي عن طريق وضع السعر الأدنى المضمون للمنتج الزراعي للأرياف الجزائرية، وهذا يتطلب من الحكومة وضع مخازن لاستلام المنتجات ومن ثم نقلها إلى المصانع التحويلية أو توجيهها إلى التصدير للسوق الدولية.

إن ارتفاع تكاليف إنتاج المحاصيل الزراعية بشقيها النباتي والحيواني في الزراعة الجزائرية (نتيجة ارتفاع تكاليف المدخلات من المواد الكيماوية، والعقاقير الفلاحية المستوردة، وكذا ضعف المردودية) يطرح إشكالية القدرة على المنافسة في السوق الدولية، وهذا بدوره يفرض على الحكومة أن توجه الفوائض من المحاصيل الزراعية النباتية والحيوانية إلى الصناعات التحويلية. وهذا كله يؤكد فرضية تصنيع الريف كآلية لتقوية الاقتصاد الريفي وتطويره. إذن، فما هو المقصود بتصنيع الريف؟ وكيف يتم توطين الصناعات الريفية؟. ويقصد بتصنيع الريف، هنا: عملية اقتصادية واجتماعية وثقافية وتكنولوجية مستمرة ومتكاملة، تهدف إلى قيام قطاع صناعي تحويلي قادر على قيادة عمليتي: التغيير البنائي في جميع عناصر وعلاقات الاقتصاد الريفي والربط الديناميكي في مسارات التطور والتوازن والتكامل بين المواقع المحلية والإقليمية والوطنية⁽¹⁾.

إذاً وفقاً لهذا التعريف، تقتضي عملية تصنيع الريف ارتباطات واسعة بين القطاعين الزراعي والصناعي في الريف، خاصة وأن الصناعة الريفية هي صناعة تحويلية للمحاصيل الزراعية بشقيها النباتي والحيواني، كما أن عملية تصنيع الريف تتطلب كذلك ارتباطات مع الصناعات الحضرية، من جهة والمدينة كسوق استهلاكية واسعة من جهة أخرى، ومن هنا يتم التأكيد على ضرورات الإدماج القطاعي، والمكاني بين الريف والمدينة. وهذا ما يدعم علاقات الترابط والتموقع ضمن اللامركزية في صورها الثلاث (ريف - ضاحية - مدينة)، فإذا تمكن المخطط الإقليمي من تشخيص المواقع الأكثر ملائمة لوحدة إنتاجية متكاملة (حسب القطاعات الثانوية Sub-Sectors، والساعات Scales، والأساليب Techniques) فإن اتجاهات التمرکز لهذه الوحدات تدفع المشروعات نحو التشابك الموقعي، ومن جانب آخر إذا توجهت الاستثمارات المادية والبشرية نحو المناطق الزراعية بشكل متناسق فإن المزيد من الموارد الاحتياطية الجديدة سيتم الكشف عنها، وهذا بطبيعة الحال يرفع من الكفاءة الحدية لرأس المال في المواقع الصناعية الزراعية المتولدة⁽²⁾.

إن الصناعة الصغيرة الريفية ذات أهمية بالغة، وبصورة خاصة، في توفير المعدات الزراعية المكيفة وفق الظروف المحلية والتشغيل الريفي في موسم الكساد للعمال الزراعيين، ويسبب الاعتمادات المتبادلة بين الزراعة والمشاريع غير الزراعية الريفية فإن ربحية المشاريع غير الزراعية ترتبط حالياً بنمو الدخل الزراعي، ولكن السياسات الزراعية والصناعية في الكثير من دول العالم الثالث قللت من قيمة أهمية الصناعات غير الزراعية الريفية، أو افترضت أنها ستتحقق أو ينبغي أن تنخفض بالنسبة للزراعة الريفية خلال مسيرة التنمية⁽³⁾. وهذا بدوره يزيد من أهمية تصنيع الريف لخلق الارتباطات الأمامية والخلفية فيما بين القطاعين الزراعي والصناعي على مستوى الريف، وهذا كله يتطلب عملية تخطيطية متناغمة تراعي ظروف واحتياجات تطور القطاعين وكذا عملية التخصيص الإنتاجي التي تصب في نمو الاقتصاد الوطني الكلي.

وضمن هذه الإستراتيجية يتم التأكيد على الدور القيادي لبعض القرى في إقليم إداري معين، وذلك خلال التشابك الاقتصادي والاجتماعي الذي تخلقه هذه المراكز الريفية في الإقليم الإداري نفسه، ومع مراكز أخرى قد تكون أكبر حجماً خارج الحدود الإدارية

1- هوشيار معروف، تصنيع الريف في الأقطار النامية: مع دراسة خاصة بالعراق، بغداد: المكتبة الوطنية، 1989. ص 22.

2- المرجع نفسه، ص 25.

3- كارل ايتشر، جون ستانز، النمو الزراعي وتحويل المؤسسات الريفية، في كتاب التنمية الزراعية في دول العالم الثالث، الجزء الثالث، ص 119.

للإقليم المعني. ومن هنا فإن حدود التكامل التنموي الريفي قد تربط بالعلاقات الوظيفية والعلاقات الإدارية معاً. ففي الهند مثلاً بدأ الاهتمام بمراكز التنمية الريفية المتكاملة خلال الخطة الخمسية الرابعة 1969 - 1974 حيث حددت خمسة آلاف (5000) منطقة ريفية تضم كل منطقة مائة (100) قرية.⁽¹⁾ ولا يقصد بالامتدادات التصنيعية هنا، إقامة مدن بالصيغة التقليدية العامة، بحيث يأتي الامتداد الصناعي على الاقتصاد الريفي بقطاعيه الزراعي والحرفي، بل يهدف إلى تحويل حضاري شامل للمستوطنات الريفية فيتم تصنيع المنتجات الزراعية (وعملياتها الإنتاجية) ويطبق الأسلوب الإنتاجي الحديث في النشاط الاقتصادي مع تطوير الحرف القائمة بما يدعم دورها التنافسي في السوق. وهكذا فإن إستراتيجية تصنيع الريف لا تهدف إلى تحضر الريف، أي خلق مدن خدمية على أنقاض مراكز زراعية... بل تهدف إلى قيام مراكز إقليمية (تنموية) ريفية تتمتع بتوازن موقعي بالنسبة لكل من العلاقة بين النشاطين الزراعي والتحويلي والعلاقة بين التدفقات النقدية والتجهيزات السلعية.⁽²⁾ وهذا كله يتطلب إستراتيجية علمية تحتاج إلى عملية تخطيطية تمر على الأقل بالمراحل الأربعة التالية:

1- مرحلة البناء

- إن عملية البناء القاعدي لضرورات الحياة العصرية للمجتمع الريفي تعتبر أول خطوة في عملية التنمية الريفية المتكاملة، وهذا حتى يتمكن المواطن الريفي من تجاوز زراعة الكفاف وحياة الغبن والعسر الاجتماعي، وهذه المرحلة تتطلب الضرورات التالية:
- العمل على إرساء حياة عصرية (الدراسة، الصحة، الكهرباء، المواصلات والاتصالات...) تُمهّد لخلق الاستقرار السكاني في الريف، ومن ثم تُجذب حركات النزوح الواسعة إلى المدن.
 - خلق الشروط الأساسية لتنمية الاقتصاد الريفي (تنظيم الحيازات الزراعية، البنية التحتية، فك العزلة عن القرى الصغيرة، الربط بشبكة الري...) التي من شأنها تساعد على ممارسة النشاط الاقتصادي بشكل عصري وبكفاءة عالية، والتي تخلق التوازن بين مداخل السكان الريفيين والسكان الحضريين.
 - العمل على تدعيم النشاط الزراعي الريفي الذي يتميز عادةً بحد الكفاف أو ما يسمى بالزراعة المعاشية، وهذا من خلال توسيع أفق الفلاح نحو الريح الوفير من خلا خلق ثقافة المشروع عند المزارعين القرويين.
 - استثمار جهود المرأة الريفية في الحياة الاقتصادية الريفية، وهذا من خلال تشجيع الصناعات التقليدية والعمل على تحسين وترقية الوضع الاجتماعي للمرأة.
 - العمل على تكوين فعاليات المجتمع المدني الريفي الذي يسهل رفع متطلبات السكان الريفيين إلى المسؤولين المحليين، لبلورتها في مشاريع تنموية، والتي من شأنها أن تستهدف الاختلالات والمصاعب الفعلية التي يعانيها المواطن القروي.
 - تجميع جهود الفاعلين الاقتصاديين الريفيين، وهذا من خلال العمل على تنظيمها وتنسيقها حيث يصب جهد مجموعة معينة في صالح تقوية واستمرار جهود المجموعة الأخرى، فمثلاً في النشاط الزراعي، ينبغي أن تكون هناك مجموعة من المواطنين تختص في تصليح الآلات الميكانيكية، وأخرى خاصة بالبناء والتشييد، وأخرى خاصة بالزراعة، وأخرى تملك الماكينات الحديثة، وأخرى خاصة بالتسويق.
 - العمل على خلق التناغم في النشاط الاقتصادي الريفي، وهذا من خلال خلق التنوع في الممارسة الاقتصادية، فمثلاً، هناك من يختص في الزراعة حسب الدورات وحسب أنواع المحاصيل، وهناك من يختص في الصناعة التقليدية كالخياطة، وهناك من يختص في الصناعة الحرفية كالتلحيم والنجارة وغيرها، وهناك من يمارس نشاطات تحويلية كمؤسسات عصير الزيتون.
 - العمل على دمج الفاعلين الاقتصاديين الريفيين في منظومة التأمين والضمان الاجتماعي، خصوصاً المزارعين منهم، وهذا لكون النشاط الزراعي يتميز بحالات عدم اليقين، وكذا لأنه قطاع يتميز بتطلب جهد عضلي أكبر، كما أنه يعرض صاحبه إلى الخطر، وهذا حتى يتمكن

¹- هوشيار معروف، مرجع سابق، ص 36.

²- هوشيار معروف، المرجع نفسه، ص 42 - 43.

هؤلاء المزارعين من تأمين نشاطهم الاقتصادي حالياً، والاستفادة من المعاشات في سن التقاعد مستقبلاً، وحتى لا يكون موضع عسر تجعل الأجيال اللاحقة تمجر القطاع إلى المدينة.

(2) - مرحلة التوطين

تعتبر هذه المرحلة حساسة جداً في عملية تصنيع الريف، خاصة وأن الكثير من المناطق الريفية غير مؤهلة لأن تصبح مناطق صناعية؛ فقد يكون فيها النشاط الزراعي لم يُراعى بعد متطلبات الكفاءة الاقتصادية حيث لا يزال مفهوم الخير العام يكتسح أنظار المزارعين للمشروع الاستثماري، كما أن ثقافة المشروع الاقتصادي لم تترسخ بعد في ذهنية المنتجين الريفيين، لذا تتطلب هذه المرحلة - مرحلة التوطين الصناعي - القيام بالإجراءات التالية:

- دراسة مسحية - إحصائية للميزة التفاضلية التي تتميز بها المناطق الريفية؛ وهذا من خلال إحصاء كافة المشاريع الزراعية الاستثمارية ومخرجاتها، ومدى كفايتها لمتطلبات تمويل المصانع المستقبلية.

- دراسة البعد المكاني للمناطق الريفية على المناطق الحضرية، وهذا لوضع خطة الإمدادات التبادلية بين الريف (السلع الغذائية) والحضر (التقنية، والكادر البشري الفني، ومراكز التعليم والتدريب) حتى يتم تحديد كيفية الترابط وتحديد قواعد خلق التشابكات بين المدينة والريف.

- تحديد التخوم الريفية ذات الجدوى الاقتصادية في عملية التصنيع، وهذا من خلال مراعات المواقع الريفية التي تتوسط على الأقل مدينتين أو ثلاثة مدن.

- تحديد المنتجات الزراعية الأكثر كفاءة للعملية التصنيعية، وهذا حتى يتم تحديد الصناعات التي تتميز بأكبر كفاءة اقتصادية. وهذا من خلال تحديد الميزة التنافسية بين المنتجات الزراعية في المنطقة الواحدة. فأماكن إقامة معاصر الزيتون مثلاً تحتاج إلى منطقة مختصة في إنتاج هذه المادة، وبميزة تنافسية أكبر في السعر والجودة، والمناطق الخاصة لصناعة مربى الطماطم ومربى الفواكه، تكون كذلك ذات ميزة تنافسية أفضل من المناطق الأخرى في الجودة، والسعر، وكثافة المنتج.

- إرساء البنى الأساسية التي تمكن المواطن الريفي من تطوير نشاطه الاقتصادي، وربطه بدنامية الأسواق ليس على مستوى المدينة وحسب، بل على مستوى كافة أقاليم الدولة، وحتى السوق الدولية.

- العمل على تفعيل الديناميكية الاقتصادية في الريف، وهذا عن طريق القروض الموجهة بتنوعاتها المختلفة، وكذا عمليات الإرشاد والتوعية التي تجنب المواطن الاقتصادي الريفي الخسارة في مشاريعه الاقتصادية.

وبعد هذه الدراسات المسحية وإعداد الجداول الإحصائية والعمليات التخطيطية، يتم وضع البنى الأساسية لمتطلبات سير المصانع في الريف؛ فرغم صغر المصانع الريفية نظراً لكونها صناعات تحويلية خفيفة، إلا أنه ينبغي إجراء دراسات تقنية حول مدى صلاحية المنطقة للمشروع الاقتصادي، وكذا هل المشروع قابل للتطوير في المنطقة أم لا؟؛ كما أنه ينبغي النظر إلى مدى صلاحية المنشآت القاعدية (شبكة الطرقات والجسور، وتوفر السعات اللازمة من المياه، ووسائل الاتصالات الحديثة...) وكذا قدرة هذه المنطقة الريفية على ضمان الإمداد الكافي للخامات الزراعية التي ستحول إلى سلع غذائية. فالصناعة الريفية تنحصر في الأصناف التالية: صناعة الأجبان والألبان، صناعة السكر، صناعة مربى الفواكه والطماطم، تحويل اللحوم البيضاء إلى مواد غذائية Cachère، عصير الزيتون، تحويل الجلود والأوبار والصوف. وهذه كلها تحتاج إلى دراسات مستقبلية حول مدى قدرة المشروع الإنتاجي على الاستمرار.

(3) - مرحلة التطوير

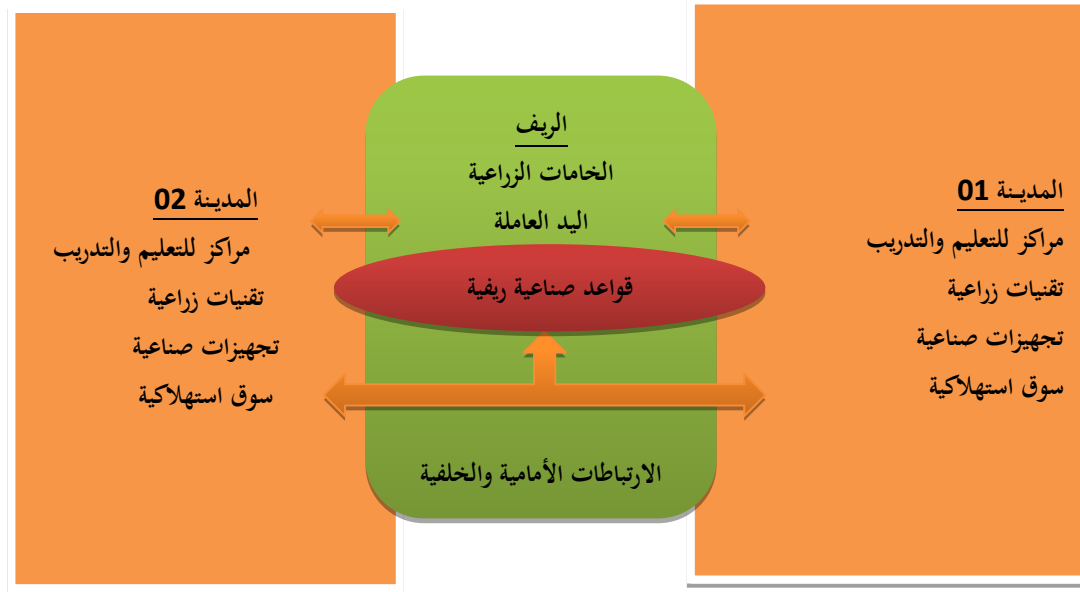
بعد اختيار المناطق المناسبة لتوطين المشاريع الصناعية، حسب الاختصاص الزراعي والإنتاجي، ينبغي وضع الخطط اللازمة لتطوير المشاريع الإنتاجية، وهذا يكون على اتجاهين:

- اتجاه تطوير مشاريع إنتاج المواد الأولية (الخامات الزراعية): وهذا من خلال إقامة برامج خاصة لتدريب المزارعين على التقنيات الحديثة، وكذا كيفية الاستغلال وفقاً لمتطلبات الكفاءة الاقتصادية والميزة التنافسية، عن طريق خلق ثقافة المشروع وتحويل الزراعة المعاشية إلى زراعة استثمارية. وهذا من خلال إقامة مزارع نموذجية يتعلم فيها المزارعون كيفية استخدام التقنيات الزراعية الحديثة (الحيوية، الكيماوية، الميكانيكية)، وكذا مدّهم بهذه التقنيات، وتشجيعهم، على القروض التوجيهية، أو إقامة عقود شراء مسبقة للمنتوج الزراعي الذي يخدم النشاط الصناعي الريفي.

- اتجاه تطوير المشاريع إنتاج السلع الغذائية: وهذا من خلال عقد الشراكات فيما بين الصناعات الريفية من جهة، وكذا القواعد الصناعية الحضرية، وهذا بما يتعلق بكيفيات الإمداد بالتجهيزات التي تحتاجها المصانع، وكذا المرفقات الضرورية لاستكمال تسويق السلع الغذائية، كموايد ووسائل التعليب وغيرها.

(4)- مرحلة الربط والانتشار

وهذا عن طريق تكثيف الارتباطات بين مناطق الإنتاج المختلفة، من خلال فتح فروع جديدة في المناطق المشابهة، ومن ثم تبدأ عملية الانتشار للمشاريع الصناعية الريفية المختلفة، وكذا يتم توسيع الارتباطات التبادلية الأمامية والخلفية بين المدن والأرياف في مختلف المجالات،¹ ومن هنا يتم العمل على تحقيق المنظومة الاقتصادية التي تنطلق من عمق القرية الريفية لتمر بتجمعات سكانية أكبر (وحدة إدارية) لتصل إلى الأقاليم الصناعية في ضواحي المدن، والسوق الاستهلاكية الواسعة في المدينة. وهذا ليس عن طريق خط قرية - مدينة فحسب، بل الخط ينبغي أن يكون تبادلياً وفق خط ذهاب إياب، ريف - مدينة، مدينة - ريف. وهذا وفقاً للمخطط التالي:



مخطط توضيحي لإستراتيجية تصنيع الريف؛ من إعداد الباحث

خاتمة:

بناءً على كل ما سبق يمكن القول أن الريف الجزائري لا يزال يعاني من ضعف ائتمال حلقات الاقتصاد الريفي، رغم برامج التنمية الموجهة لإعادة بعث النشاط الزراعي في هذا الفضاء الهمم إلا أنها لم تتمكن من القضاء على الاختلالات الهيكلية التي يعاني منها

¹ - هوشيار معروف، المرجع نفسه ص 46.

الريف الجزائري، والتي من أهمها سوء توزيع الحيازات الزراعية وضعف البنية التحتية خاصة في مجال الري الزراعي، كما أن غياب هياكل الصناعات الغذائية جعل الزراعة في الريف تنمو في بعض الشعب الزراعية ثم تنحصر فوراً وبالتالي ينعكس العملية على قدرات الفلاحين في توسيع نشاطاتهم الاقتصادي.

وعليه يمكن القول إذا كانت التنمية الريفية عملية جذرية – ثورية تستهدف تغيير الواقع المعيشي للمجتمع القروي وعصرنة الحياة فيه، فهذا يتطلب أن تكون سياسات التنمية الريفية مبنية على دراسات شاملة تنطلق من الواقع الريفي والاختلالات البنيوية التي تكتنفه. وهذا حتى يتم القضاء على الفوارق الاقتصادية والاجتماعية بين الريف والمدينة، ويأخذ كل قطاع خصائصه المميزة، فالدراسات المتعلقة بالريف – دراسات علم الاجتماع الريفي – تعطي له سماته الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الخاصة، وأي سياسة للتنمية الريفية تتجاهل مثل هذه الدراسات أولاً، والواقع المراد تغييره ثانياً قد لا تأتي بنتائج حدية، كما أن التغيير على مستوى الريف لا يعني التغيير الجذري لمميزاته، والقضاء على هويته، بل تهدف هذه السياسات إلى عصرنة الطابع المعيشي فيه، وجعله مساهماً في التنمية الاقتصادية بدل التضعضع الذي يكتنف حياة المزارعين الريفيين القائمة على زراعة الكفاف. ومن ثم تجنب تفريغ الريف **Déruralisation** وانعكاسات ذلك على النسق الوظيفي للمدينة.

كما أن عملية تصنيع الريف تتطلب وبالضرورة إعداد القواعد الأساسية الأولية للحياة الكريمة، وللاستثمارات الزراعية، وكذا توسيع وعصرنة أدوات الإنتاج بين مختلف المزارعين، حتى يتم القضاء على عوامل الطرد الريفي من جهة، وخلق فوائض زراعية من جهة ثانية؛ ومن ثم تأتي عملية تصنيع الريف لبناء وتقوية الاقتصاد الريفي، وهذا ليس من خلال الرفع من مستوى الدخل الفردي للمواطن الريفي وحسب، بل يتعداه إلى ربط كل المناطق الريفية بالوحدات الإدارية، والأقاليم الوطنية إلى المراكز الحضرية الكبرى، ضمن ديناميكية تنمية تفاعلية تخضع لارتباطات تبادلية بين الاقتصاديات الحضرية ونظيرتها الريفية. وهذا كله يشكل الدعامة الأساسية للاقتصاد الوطني. إذاً فالقضاء الريفي لا يمكن أن يستغل بكفاءة في دعم التنمية الاقتصادية بصفة عامة والتنمية الزراعية بصفة خاصة إلا إذا حظي بانتصار المسؤولين السياسيين له، ومساندته ودعمه في جميع الميادين المختلفة والتي تعتبر ضرورية لاستمراره كقضاء قابل لاحتضان الساكنين فيه، خاصة وأن الملفت للنظر أن الفضاءات الريفية هي الأكثر معاناة من الفقر والبطالة وتخلف وسائل الإنتاج، فإذا تم دعم هذه الفضاءات لم يقتصر التحسين على حياة سكانها فحسب بل يعطي ديناميكية خاصة ودفع إضافي للتنمية الاقتصادية على مستوى الدولة.

متطلبات التخطيط التنموي

Development planning requirements

نايلي محمد، طالب باحث في الدكتوراه،

المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/11 - تاريخ المراجعة: 2017/12/06.

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز أهم مواصفات التخطيط التنموي السليم، لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فرغم تحلي معظم الدول عن النهج الاشتراكي المبني على التخطيط الشامل إلا أن التخطيط التنموي يعد ضرورة حتى في نظام اقتصاد السوق، لإعادة إنعاش الاقتصاد الوطني و محاولة تحقيق التنمية، فالتخطيط التنموي يعد وسيلة لاستشراف مستقبل الدولة، وعدم الاعتماد على التخطيط التنموي يؤدي إلى عدم وضوح الرؤية و اعتبارية مختلف البرامج التنموية، وسنحاول على ضوء ذلك دراسة التجربة الجزائرية في التخطيط و التنمية من خلال المخطط الخماسي 2010/2014.

الكلمات المفتاحية:

التخطيط، التنمية، التخطيط التنموي، تدخل الدولة في الاقتصاد، المخطط الخماسي 2010/2014 في الجزائر.

Abstract:

This study is designed to highlight the most important specifications of the sound development planning, to achieve social and economic development, Although most countries have abandoned a socialist approach based on comprehensive planning, However, development planning is a necessity even in a market economy system, to revive the national economy and And try to achieve development.

Development planning is a way of Predicting the future of the state, And from it , The abandonment of development planning lead to non-visibility , And random various development programs, We will try to light it Study the Algerian experience in planning and development through Development Plan 2010/2014.

Keywords:

Planning, development, development planning, State intervention in the economy, Development Plan in Algeria 2010/2014.

مقدمة:

يعتبر التخطيط التنموي من أهم الوسائل التي تعتمد عليها الدول في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتنظيم الحياة الاقتصادية بما يخدم مصلحة المجتمع، فالتخطيط التنموي لا يتعارض مع الفكر الاقتصادي الحر، وحتى الدول المتقدمة ذات النهج الرأسمالي تعتمد على التخطيط التنموي لضمان العيش الكريم للمواطن و تحسينه دوريا، ومحاولة استشراف المستقبل عبر التخطيط الذي قد يكون طويل الأمد أو متوسط الأمد، لضمان استمرارية دور الدولة في تحقيق التنمية ومعرفة موقعها في المستقبل، عكس معظم الدول المتخلفة التي لم تعطي أهمية للتخطيط التنموي واعتبرته جزء من النظام الاشتراكي الذي تخلت عنه، فأصبحت تتخبط في العشوائية ووجدت صعوبة في الخروج من دائرة التخلف.

فالتخطيط التنموي يعتبر ضرورة، لاستشراف المستقبل في إطار السعي المتواصل لتحقيق التنمية، خصوصا في ظل العولمة وما أفرزته من تحولات على المستوى الدولي كظهور المنظمات الدولية و الشركات المتعددة الجنسيات التي أدت إلى تآكل السيادة الوطنية للدول، وحتى على المستوى الداخلي كظهور الأزمات الاقتصادية، وكثرة المشاكل الكبرى لسياسات العمومية (مشكل السكن، البطالة، الفقر ...) مما يستدعي تدخل الدولة عبر التخطيط التنموي الذي ينظم مجهودها في إطار كل هذه التحديات. وقد اتبعت الجزائر أسلوب

التخطيط التنموي حتى بعد التحول نحو اقتصاد السوق، لمحاولة إنعاش الاقتصاد، منذ سنة 2001 وسنحاول في هذه الورقة البحثية تحليل العلاقة بين تجربة التخطيط التنموي في الجزائر و مختلف المعايير و المبادئ العلمية التي يقوم عليها التخطيط. ومن خلال ما سبق يمكن أن نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى توافق تجربة التخطيط التنموي الخماسي 2010/2014 في الجزائر مع المعايير العلمية للتخطيط السليم؟. يمكن أن نطرح الأسئلة الفرعية التالية: ما هو التخطيط التنموي؟، وما هي أهم مبادئه العلمية؟. ما هو مضمون المخطط التنموي الخماسي 2010-2014 في الجزائر؟.

كما يمكن أن نضع الفرضية التالية:

الفرضية الأولى: لنجاح التخطيط التنموي يجب التقيد بمجموعة من الشروط العلمية .
الفرضية الثانية: التخطيط التنموي الخماسي (2010-2014) في الجزائر مبنى على أسس علمية.
وللإجابة على الإشكالية السابقة يمكن أن نقترح الخطة التالية: مفهوم التخطيط التنموي (محور أول)، مبادئ التخطيط التنموي السليم (محور ثاني)، تجربة التخطيط التنموي في الجزائر من خلال المخطط الخماسي 2010/2014 (محور ثالث).

المحور الأول

مفهوم التخطيط التنموي

أولاً: مفهوم التخطيط

يعتبر التخطيط من أهم الوسائل التي تعتمد عليها الدول في معرفة توجهها المستقبلي وتنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية بما يخدم رفاهية المواطن، من خلال رسم خطة وطنية تحدد المعالم الرئيسية التي تعتمد عليها الدولة لتحقيق التنمية مهما كانت مجالاتها سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية، ويعتبر "التخطيط" ممارسة قديمة عرفها الإنسان في الحضارات المختلفة غير أن أول من استخدم مصطلح التخطيط الاقتصادي هو العالم النرويجي "كريستيان ثونغير" في بحث نشره عام 1910 م ثم طورت الفكرة من الناحية العملية أثناء الحرب العالمية الأولى في ألمانيا، وأخذتها هذه الدولة وسيلة لإدارة دفة الحرب¹. هذا الاستخدام لمصطلح "التخطيط الاقتصادي" في الحرب العالمية الأولى جعل من التخطيط الاقتصادي يتسع استخدامه فيما بعد من طرف الكثير من الدول، وقد استخدمته أيضا الدول النامية المستقلة حديثا بغية اللحاق بركب الدول المتقدمة من خلال خطط طويلة و متوسطة الأمد. بعد هذا التقدم حول نشأة وتطور مصطلح التخطيط، سنحاول تقديم مجموعة من التعاريف لهذا المصطلح الذي لم يتم الاتفاق على تعريف واحد له، غير أن هذه التعاريف تتمحور حور مدلول واحد.

فقد عرف هذا المصطلح (التخطيط) من قبل المعجم الفرنسي لاروس "Larousse" على أنه: " تأطير التنمية الاقتصادية لبلد معين من طرف السلطات الحكومية"².

وقد عرفت موسوعة علم السياسة التخطيط بأنه: " منهجا اقتصاديا وسياسيا واجتماعيا يستند على سلطة توجه جميع الموارد والطاقات والمنظمات من أجل استثمارها إلى أقصى درجة ممكنة للوصول إلى أعلى مستوى معيشي لجميع أفراد المجتمع وبأقصر وقت ممكن وبأقل تكلفة"³.

وهذا ما يدل على أن التخطيط يتأثر بالإيديولوجية التي تتبناها الدولة، فإذا كانت الدولة ذات إيديولوجية اشتراكية فإن التخطيط سيشمل جميع وسائل الإنتاج التي تمتلكها الدولة، عكس الإيديولوجية الرأسمالية التي يكون فيها التخطيط عبارة عن توجيه و

¹ حري محمد موسى عريقات، التنمية والتخطيط الاقتصادي مفاهيم وتجارب. عمان: دار البداية لنشر والتوزيع ، 2004، ص 213.

² Le petit Larousse 2010, paris: p 785.

³ عبد الواحد ناظم، موسوعة علم السياسة . عمان: دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، 2004، ص 122.

تنظيم الاقتصاد، من دون امتلاك لجميع وسائل الإنتاج برغم من أن هدف الدول الاشتراكية والرأسمالية هو نفسه أي الوصول إلى أكبر مستوى معيشي لجميع أفراد المجتمع.

وقد عرف شارلز بتلهام charles bettlheim التخطيط بأنه: " عملية يمكن لها أن تنظم جميع مجالات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتستلزم ترابط وتنسيقا بين قطاعات الاقتصاد القومي، مما يستدعي دراسة على نطاق عام وشامل لتأكد من أن المجتمع سوف ينمو بصورة منتظمة ومتسقة وبأقصى سرعة ممكنة، وذلك بتبصر مع الموارد الموجودة وبالأحوال و الظروف الاجتماعية والاقتصادية السائدة، بحيث يمكن السيطرة عليها، وذلك ضمانا لنتائج المستهدفة من الخطة " ¹.

ويمكن تعريف التخطيط كذلك على أنه نشاط علمي ينطوي على تدخل إرادي من جانب هيئة مركزية في مجريات الأمور الاقتصادية والاجتماعية، وبقصد التأثير عليها ودفعها في مسار معين يعد مرغوبا فيه، انطلاقا من نظرة إستراتيجية شاملة، بغية تحقيق أهداف مخصوصة ².

من هذا التعريف نستنتج أن التخطيط الوطني تقوم به هيئات مركزية في الدولة بغية تحقيق أهداف معينة، من خلال إستراتيجية تتبناها الدولة وتتجسد في المخطط الذي تعلنه، وتنفذه أجهزتها الإدارية. ومن بين الأهداف العامة التي يسعى التخطيط لتحقيقها نجد ثلاث الأهداف التالية³:

- 1- زيادة الإنتاج أو الخدمات من الناحية الكمية و تحسينه و الارتقاء به من الناحية النوعية.
 - 2- زيادة درجة الاكتفاء الذاتي للمجتمع من الحاجيات الضرورية كالسلع و الخدمات، مع الأخذ بعين الاعتبار زيادة حجم الاستهلاك نتيجة لزيادة السكان أو بسبب الرغبة في الرفع من مستوى المعيشة.
 - 3- الإقلال بقدر الإمكان من الإسراف في استخدام عناصر الإنتاج المختلفة من مواد أولية أو قوى عاملة أو رأسمال، حتى تنخفض أسعار الإنتاج (السلع و الخدمات) ويزيد الادخار، وترتفع مستويات المعيشة.
- من خلال ما سبق يمكن أن نقدم تعريف إجرائي لتخطيط التنموي : بأنه عمل علمي تقوم به السلطات العليا للبلاد بهدف تأطير إمكانياتها الاقتصادية والبشرية من أجل تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية وثقافية تخدم مصلحة المجتمع، من خلال الإستراتيجية التي تتبناها الدولة والتي يترجمها المخطط الذي تقره وتنفذه الدولة.

ثانيا: مفهوم التنمية

- أ- المعنى اللغوي: التنمية لغة: من النماء وهي الزيادة و الكثرة و تنمية الشيء تعني إحداث النماء فيه ⁴.
 - ب- المعنى الاصطلاحي: أما اصطلاحا فقد اختلف المفكرون حول مدلول مصطلح التنمية الاقتصادية نظرا لاختلاف المشارب الفكرية والإيديولوجية للمفكرين، وتداخل معنى التنمية الاقتصادية بالمفاهيم المشابهة له، ولهذا نجد تعاريف مختلفة لهذا المصطلح. ويعرف عبد الحق شكيري التنمية في المفهوم الغربي على أنها تنشيط الاقتصاد الوطني، وتحويله من حالة الركود و الثبات إلى حالة الحركة و الديناميكية، عن طريق زيادة مقدرة الاقتصاد الوطني لتحقيق الزيادة سنوية ملموسة في إجمالي الناتج الوطني، مع تغيير في هيكل الإنتاج ووسائله ومستوى العمالة وتزايد الاعتماد على القطاع الصناعي والحرفي ⁵.
- ويمكن تعريف التنمية كذلك بأنها عملية مجتمعية واعية و دائمة موجهة وفق إرادة وطنية مستقلة من أجل إيجاد تحولات هيكلية وإحداث تغييرات سياسية واجتماعية واقتصادية تسمح بتحقيق تصاعد مطرد لقدرات المجتمع وتحسين مستمر لنوعية الحياة فيه ¹.

¹ حربي محمد موسى عريقات، المرجع السابق، ص 215.

² المعهد العربي للتخطيط ، التخطيط الاستراتيجي لتنمية. العدد 114، يونيو 2012، الكويت، ص 3.

³ صبري فارس الهيتي، التخطيط الحضري. الأردن: دار اليازوري العلمية لنشر والتوزيع ، 2009، ص 20.

⁴ عبد اللطيف مصيطفى، عبد الرحمان سانية، دراسات في التنمية الاقتصادية. بيروت: مكتبة حسن العصرية لنشر والتوزيع ، 2014، ص 11.

⁵ جاسم سلطان، إستراتيجية الإدراك للحراك . المنصورة: مؤسسة أم القرى للنشر والتوزيع، 2005، ص 19.

ومن هذه التعريف نستنتج أن التنمية الاقتصادية تشير إلى العملية التي يتم بمقتضاها تحويل بنية الاقتصاد الوطني إلى الأحسن مما ينعكس إيجابيا على مستوى معيشة الفرد، وتحسن الأوضاع الاجتماعية و الثقافية بشكل مستمر.

ثالثا: مراحل إعداد الخطة التنموية

هناك عدة مراحل لإنجاز خطة تنموية و كل مرحلة من المراحل مرتبطة ببعضها البعض، ويمكن تحديدها في العناصر التالية:

1- المرحلة التحضيرية:

تتمثل المرحلة التحضيرية بإعداد البيانات والإحصاءات وتحليلها وعلى ذلك تقوم أجهزة التخطيط المعينة (هيئة التخطيط) بإعداد البيانات والإحصاءات اللازمة لدراسة الإمكانيات المتاحة على المستوى القومي².
فمرحلة جمع المعلومات من أهم المراحل التي تبنى عليها أي خطة تنموية من خلال اعتماد صانع القرار على المعلومات المقدمة له من طرف الجهاز الإداري في بلورة السياسات العامة للدولة.

2- مرحلة التشخيص:

يتم من خلالها معرفة وتحليل الواقع، للوصول إلى تشخيص المشاكل وتوضيح جميع المشكلات العمومية التي تواجه الدولة³. والتي تتطلب تدخل أجهزة الدولة في شكل سياسات عمومية.
فتحديد المشكل من أهم مراحل إعداد خطة، لأن معرفة المشكل الحقيقي الذي يجب معالجته أمر في غاية الأهمية والتعقيد لأنه يترتب عليه نجاح أو فشل التخطيط، فإذا كانت الخطة تعالج مشاكل ثانوية وغير مهمة فإنها لن تصل إلى الحلول للمشاكل التي تعاني منها القطاعات الاقتصادية والاجتماعية في الدولة.

3- مرحلة إعداد الخطة و إقرارها:

في هذه المرحلة يقوم الجهاز المكلف بالتخطيط بتحديد الأهداف العامة للخطة⁴. وهذه المرحلة مرتبطة بتوجهات والخيارات العامة للدولة أي أن الأهداف العامة للخطة لا تخرج عن التوجهات السياسية الكبرى للدولة، وفي هذه المرحلة يتم اختيار السياسات عن طريق المفاضلة بين البدائل الممكنة و وضع القرارات المناسبة التي يمكن أن تبنى عليها الخطة التنموية التي تم إقرارها.

4- إعداد الإطار العام للخطة ووضعها في صورتها النهائية:

يقوم جهاز التخطيط بترجمة الأهداف العامة للخطة⁵. من خلال وضع إستراتيجية تنموية التي تترجم في شكل خطة عامة أو برنامج عمل عام، ومنه توضع الأهداف والسياسات والإجراءات، و تحدد متطلبات التنفيذ من موارد وإمكانيات⁶. وفي هذه المرحلة يتم بلورة السياسات و وضع البرامج التي تبنى عليها الخطة، و هذه المرحلة مستندة على المرحلة السابقة لها أي أنها ترجمة للأهداف المحددة من قبل هيئة المكلفة بالتخطيط ومنه وضع الخطة في صورتها النهائية.

5- متابعة وتقييم تنفيذ الخطة:

¹ عبد الطيف مصيطفي، عبد الرحمان بن سانية، " انطلاق التنمية بين النظريات الوضعية و منهج الاقتصاد الإسلامي"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي الأول حول الاقتصاد الإسلامي الواقع ورهانات المستقبل، المركز الجامعي غرداية، معهد العلوم الاقتصادية و العلوم التجارية والتسيير، يوم 23 و 24 فيفري 2011، ص 4.

² المرجع نفسه، ص 249.

³ Organization des nation unies pour l'education la science de la culture, " planification stratégique concept et principes". document de travail pour la planification du secteur de l'education, n°1, 2014, p 21.

⁴ حربي محمد موسى عريقات، المرجع السابق، ص 250.

⁵ المرجع نفسه، ص 251.

⁶ عقيلي عمر وصفي، الإدارة المعاصرة. عمان: دار زهران للنشر والتوزيع، 2013، ص 172.

يتم تقييم الخطة من خلال تقسيمها إلى قسمين، القسم الأول يتم بشكل مرحلي وطوال فترة التنفيذ، من خلال عملية المتابعة المستمرة إذ يساعد ذلك في اكتشاف الأخطاء والانحرافات ساعة حدوثها ومنه يمكن علاجها، أما القسم الثاني: فهو التقييم الذي يتم في نهاية تنفيذ الخطة ويعتمد على نتائج التقييم المرحلي وبناء عليه يتم الحكم على نجاح أو الفشل تنفيذ الخطة التنموية¹.

فعملية التقييم عملية مسارية لجميع مراحل تنفيذ الخطة، التي تقوم بها الأجهزة الإدارية للدولة، وكلما كانت عملية التقييم مرافقة لعملية التنفيذ كلما ساعد ذلك على نجاح الخطة في تحقيق أهدافها من خلال معالجة الاختلالات التي يمكن أن تحدث أثناء تنفيذ الخطة.

المحور الثاني

مبادئ التخطيط التنموي السليم

أ- شروط التخطيط التنموي:

يمكن تلخيص أهم الشروط التي يقوم عليها التخطيط التنموي في العناصر التالية:

1- توفر جهاز تخطيطي قادر على وضع خطط ومتابعتها²:

وجود جهاز مستقل مهمته التخطيط يعد أمرا بالغ الأهمية لنجاح التخطيط التنموي الذي تعده الدولة، لأن وجوده يسهل عملية التخطيط ويزيل الغموض حول من يقوم بعملية التخطيط، ويستقطب الكفاءات الوطنية القادرة على وضع خطط واقعية وذات كفاءة وفعالية، ولن نصل إلى التخطيط الجيد إلا إذا مكنا الجهاز المكلف بالتخطيط من كل الإمكانيات التي يحتاجها والمعلومات الدقيقة التي يبني عليها التخطيط، فالغاء جهاز التخطيط في الدول التي تبنت منهج اقتصاد السوق بعد انهيار الاتحاد السوفيتي، يعد خطأ استراتيجيا لأن الفكر الرأسمالي لا يتعارض مع فكرة التخطيط ولا مع جهاز التخطيط. فمن خلال التخطيط تستطيع الدول معرفة مسارها المستقبلي، ومواجهة التحديات المستقبلية وتحقيق أهدافها حفظا على استمراريته، وضمانا للعيش الكريم لمجتمعها مع المحاولة الدائمة للارتقاء به وتنميته من كل النواحي³.

2- أن يكون إعداد الخطة على أساس مشاركة إيجابية بين جهاز التخطيط وبين الأجهزة المختلفة للدولة.

إن مشاركة جهاز التخطيط والتشاور مع جميع مؤسسات الدولة يعد أمرا ضروريا لنجاح التخطيط لأن التشاور يسمح للجهاز المكلف بالتخطيط بمعرفة كل البدائل الممكنة حول مسألة معينة ويجعل مؤسسات الدولة على علم بما يتم التخطيط له لتنفيذه فيما بعد بسلاسة أكبر.

3- وجود إستراتيجية تعتمد عليها الدولة في بناء الخطة التنموية:

قبل وضع أي خطة يجب على المكلف بالتخطيط أن يضع إستراتيجية لتحقيق أهدافه، مهما كانت هذه الخطة طويلة أو متوسطة أو قصيرة الأمد. " .. فالإستراتيجية هي تعبير يتضمن مجموعة معقدة التركيب من أفكار ومفاهيم والنظرات الذاتية (insight) والبصيرة والخبرات والتوقعات التي تكون بمثابة مرشد عام للقيام بأعمال محددة لتحقيق أهداف محددة⁴ ". إن الإستراتيجية عملية فكرية منضبطة، ذات مخرجات وغايات وطرائق ووسائل محددة بوضوح، وهي تخدم الهدف السياسي الوطني، وتخدم السياسة في إطار التقلبات والتعقيدات والهواجس وفي ظروف غموض البيئة الإستراتيجية⁵.

¹ المرجع نفسه ص 175.

² المرجع نفسه ص 227.

³ المرجع نفسه ص 228.

⁴ عبد الباري إبراهيم درة، ناصر محمد سعود جرادات، الأساسيات في الإدارة الإستراتيجية منحي نظري تطبيقي. الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع، 2014، ص 23.

⁵ هاري أر يرغر، ترجمة: راجح محرز على وآخرون، الإستراتيجية ومخترفو الأمن القومي، التفكير الإستراتيجي وصياغة الإستراتيجية في القرن الحادي والعشرون . الإمارات العربية المتحدة: مركز الإمارات لدراسات والبحوث الإستراتيجية للنشر والتوزيع، 2011، ص 26.

بفضل الإستراتيجية تستطيع الدولة تحقيق أهدافها من خلال أسلوب معين تتبناه وتعتمد عليه في التخطيط التنموي، لمواجهة تحديات التنمية، فالإستراتيجية هي الفكرة المحورية التي تراهن عليها الدولة في بناء تصورها لمستقبل التنمية والمخططات التنموية تندرج ضمن هذه الإستراتيجية، التي تكون طويلة الأمد.

4- التفكير المستقبلي:

لا معنى لوجود خطة من دون تفكير مستقبلي بعيد المدى، فالخطة في نهاية المطاف إلا تجسيد لذلك التفكير المستقبلي، المبني على أسس علمية، مع طموح لتحسين الأوضاع، من خلال التنبؤ بالمستقبل من خلال معرفة أين نحن؟، و أين نحن ذاهبون؟، وكيف نصل إلى مستوى أفضل؟.

فمن خلال بناء الخيارات السياسية للحكومة على تفكير مستقبلي دقيق، فالإستراتيجية الجيدة تقوم على دراسة مستقبلية¹. فالتفكير المستقبلي الجيد تبنى عليه جميع الخطط والاستراتيجيات التي تحقق لنا الهدف المنشود، فبدون التفكير المستقبلي واستشراف المستقبل لن نستطيع مواجهة التحديات المستقبلية، في ظروف بيئية تتسم بعدم اليقين، وستحمل عواقب المتغيرات الخارجية التي لا نستطيع التحكم فيها إلا من خلال التفكير المستقبلي واستشراف المستقبل.

5- الاستخدام الرشيد للموارد المتاحة والممكنة²:

من خلال حسن توظيف الإمكانيات الوطنية بما يخدم التنمية، فالتخطيط لا ينطلق من وهم، التخطيط الناجح هو القريب للواقع، حيث يربط إمكانيات البلد والمشاكل التي يعاني منها والحلول الممكنة التي يستطيع أن يطبقها ليبنى خطة وطنية واقعية تستطيع أن ترتقي بالمجتمع وتحقق التنمية الاقتصادية. " فدراسة البيئة من حيث نقاط القوة (من موارد وقدرات ومزايا وطنية) التي تدعم الاقتصاد الوطني ويشمل ذلك، الموقع الجغرافي، الموارد الطبيعية، كالغابات والأراضي الزراعية، المياه الجوفية، النفط، الذهب، المعادن، ثروات الأنهار والبحار ... الخ " ³. فالتخطيط يجب أن يراعي قدرات الدولة الاقتصادية والاجتماعية ويوظفها بما يخدم أهداف التخطيط التنموي، قصد الاستغلال الأمثل للقدرات والإمكانيات الوطنية في شكل خطة سواء كانت طويلة أو متوسطة الأمد.

ثانيا: معايير التخطيط التنموي السليم

هناك مجموعة من المعايير التي يمتاز بها التخطيط السليم يمكن أن نذكر أهمها:

1- الواقعية:

لا بد أن يكون وضع الخطة على أساس المعرفة الواقعية لصورة المجتمع والحقائق الاقتصادية القائمة فيه، وأن تكون الغايات المخططة متلائمة مع هذا الوضع القائم⁴، أي أن الخطة تنطلق من الواقع القائم، وترسم أهداف واقعية قابلة للتنفيذ، فلا فائدة من وضع أهداف براقة يصعب تنفيذها، مما قد يؤدي إلى فشل الخطة، فواقعية الخطة من أهم خصائص التخطيط السليم.

2- الشمول:

يقصد بهذا المبدأ وضع الخطط التي تتناول مختلف القطاعات الوظيفية في المجتمع، دون الإخلال بمبدأ التوازن الجغرافي⁵، وعليه تكون الخطة شاملة لجميع القطاعات الوزارية إذا كانت طويلة أو متوسطة المدى، بل وتربط بين هذه القطاعات في إطار الإستراتيجية التي تتبناها الدولة، بالإضافة إلى شمول الخطة لجميع الأقاليم التي تتكون منها الدولة، دون إقصاء ولا تمييز بينهم، وهذا لا يعني التخلي عن مبدأ

¹ Pierre yvescossé , " après l'ETAT planificateur et L'ETAT stratège , comment mieux anticiper l'avenir ". Editions esprit , 1 janvier 2013, p 129-130.

² مدحت محمد أبو نصر، مقومات التخطيط والتفكير الإستراتيجي. مصر: المجموعة العربية لتدريب للنشر ط 2 ، 2014، ص 21.

³ محمد حسين أبو صالح، التخطيط الاستراتيجي القومي. القاهرة: مجموعة النيل العربية لنشر والتوزيع، ط 2، 2009 م، ص 205.

⁴ حربي محمد موسى عريقات، المرجع السابق، ص 229.

⁵ طلعت مصطفى السروجي، التخطيط الاجتماعي نظريات ومناهج. بدون بلد نشر: المكتب الجامعي الحديث لنشر والتوزيع، 2012 م، ص 238.

المحافظة على توازن الأقاليم من خلال وضع برامج خاصة لبعض المناطق التي تعاني من تراجع مستوى التنمية بالنسبة لباقي أنحاء الوطن، ففي الجزائر لدينا برنامج تنموي خاص بالمضاب العليا و الجنوب مثلا، لكن هذه البرامج لها طابع إقليمي خاص، أما المخططات الوطنية الشاملة فهي لا تقصي أي إقليم أو جهة.

3- المرونة:

نظرا للتطور السريع في العلوم والتكنولوجيا، يجب أن لا تكون الخطة قيدا يحد من تقدم المجتمع، إذ لا بد أن تتصف الخطة بالمرونة وأن تتجاوب مع الظروف المتجددة في هذا العصر.¹ إضافة إلى مرونة الإستراتيجية عند تغير الظروف البيئية². فالمرونة عامل ضروري لنجاح التخطيط التنموي في تحقيق أهدافه، خصوصا إذا كانت الخطة طويلة الأمد، فلا بد أن تكون الخطة قادرة على التفاعل الإيجابي لكل المستجدات الداخلية والخارجية التي يمكن أن تطرأ على البلد، دون أن يتأثر التخطيط الذي وضعته الدولة بالمستجدات والتحولت التي قد تعوق الخطة التنموية في المستقبل، ولهذا وجب جعل الأهداف العامة للخطة التنموية مرنة ومبنية على توقعات علمية وواقعية كما يجب جعل وسائل تنفيذ الخطة قابلة لتغيير حسب الظروف العامة وحتى الإستراتيجية التي تبنتها الدولة يجب أن تكون قادرة على استيعاب مختلف المستجدات وقادرة على الصمود طويلا لغاية تحقيق أهداف التخطيط التنموي.

4- التناسق:

وهو يعني أن تكون أجزاء الخطة الاقتصادية والاجتماعية شاملة ومتكاملة عضويا وأن تشكل في مضمونها كلا متكاملا متناسقا ومبررا علميا.³ وهذا التناسق يشمل حتى الأهداف والوسائل المستخدمة في تحقيقها.⁴ فتتأسق الخطة التنموية بعد عنصرها هاما لضمان نجاحها، فالخطة يجب أن تكون متناسقة كل جزء مرتبط بالجزء الآخر خاصة و أن القطاعات الاقتصادية تتأثر ببعضها البعض فأي خلل يحدث في القطاع الصناعي يؤثر على القطاع الخدماني، أو الزراعي وكل هذه القطاعات تؤثر على عجز أو فائض الميزان التجاري للدولة ومستوى التنمية الاقتصادية. فالخطة الناجحة هي التي تجعل من مبدأ التناسق أولى أولوياتها، لأن القطاع الزراعي مثلا، يستطيع أن يجر معه القطاعات الأخرى وينشطها معه إذا استطاعت الدولة تحقيق مبدأ التناسق القطاعي في الخطة التنموية، فالقطاع الاقتصادي له علاقة بباقي القطاعات؛ إما أن يكون هو المحرك للقطاعات الأخرى أو على الأقل تكون مخرجاته (من سلع وخدمات يقدمها القطاع) مدخلات لقطاع اقتصادي آخر وفق مبدأ الاعتماد المتبادل بين القطاعات الاقتصادية للدولة، ولن نصل إلى هذه النتيجة إلا من خلال خطة تنموية متناسقة بشكل جيد، مع وجود إستراتيجية تنموية تعتمد عليها الدولة في مسعى تحقيق التنمية .

5- المركزية الديمقراطية:

لا بد من توفر مؤسسة تخطيطية لاتخاذ القرارات، و أن يكون لهذه القرارات صفة الإلزام على جميع المستويات في القطاع العام و الخاص، إضافة إلى المشاركة في صياغة الخطة⁵. فمركزية التخطيط أمر أساسي لتفادي الاختلالات وعدم التنسيق بين مختلف القطاعات الحكومية، ووجود جهاز واحد مكلف بالتخطيط يسهل عملية التخطيط في حد ذاتها، ويجعل جميع القطاعات وفق نظرة تنموية واحدة.

6- الاستمرارية:

¹ أحمد عارف العساف، محمد حسين الوادي، التخطيط والتنمية الاقتصادية . الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2011، ص 238.

² ربحي حسن، وأحمد الغيف، " أثر العوامل التنظيمية في التخطيط الإستراتيجي في الوزارات الأردنية: دراسة ميدانية ". الأردن مجلة دراسات العلوم الإدارية، المجلد 37، العدد 1، 2010، ص 13.

³ محمد موسى عريقات، المرجع السابق، ص 230.

⁴ أحمد عارف العساف، المرجع السابق ص 237.

⁵ طلعت مصطفى السروجي، المرجع السابق، ص 41.

عنصر الاستمرارية يمنح للخطة التنموية القدرة على تحقيق الأهداف لأن انقضاء خطة خماسية مثلاً والتحضير لخطة جديدة يستند على ما تم التوصل إليه في الخطة السابقة، فالعملية التخطيطية عملية مستمرة والانقطاع ليس من مصلحة نجاح التخطيط التنموي، خصوصاً إذا كان التقييم والتقويم يعد ملازماً للخطة قبل التخطيط و أثناء التنفيذ وبعده. فعملية بناء خطة تنموية يتطلب التحضير للخطة، ثم يعقبها عملية التنفيذ والمتابعة وقد يقتضي الوضع المتجدد التصحيح ثم عملية التقييم وهكذا فإن العملية التخطيطية عملية مستمرة.¹ ولا يمكن فصل مرحلة معينة من بين مجموع المراحل التي يتطلبها إعداد خطة تنموية.

ومنه نستنتج أن التخطيط التنموي عملية مبنية على أسس علمية، مرتبطة بالواقع الاقتصادي، والاجتماعي والثقافي للمجتمع، فهي الوسيلة التي تمكن الدولة من ترجمة الإستراتيجية التنموية إلى خطة عمل ملموسة، تستطيع الدولة من خلالها استشراف المستقبل والمحافظة على استمراريته وضمان الرفاهية الاقتصادية للمجتمع في إطار مسعاها المستمر لتحقيق التنمية الشاملة.

المحور الثالث

تجربة التخطيط التنموي في الجزائر من خلال المخطط الخماسي 2014/2010

أولاً: مضمون المخطط الخماسي 2014/2010

يعد المخطط الخماسي 2014/2010 من بين المخططات التي وضعتها الدولة الجزائرية لإنعاش الاقتصاد الوطني وسياسة إعادة الاعمار، الذي بدأها منذ 2001، بدأ بمخطط الإنعاش الاقتصادي 2001/2004، وقد خصصت الدولة الجزائرية لمخطط الخماسي 2014/2010 مبلغ ضخّم يقدر 286 مليار دولار ما يعادل 21214 مليار دينار.

وتنقسم القيمة المالية للمخطط الخماسي 2014/2010 إلى جزئين أساسيين وهما²:

- برنامجاً جارياً إلى نهاية 2009، بمبلغ 130 مليار دولار

- وبرنامجاً جديداً بمبلغ 155 مليار دولار

ومنه يتضح أن المخطط الخماسي 2014/2010 جاء لاستكمال ما يتم إنجازه، من برامج تنموية سابقة، كالمخطط التكميلي لدعم النمو الاقتصادي 2014/2005، والتي أضيف لها برامج تكميلية كبرنامج تنمية منطقة الهضاب العليا ومنطقة الجنوب واستكمال مشاريع السكك الحديدية والطرق وغيرها من المشاريع التي تحتاج إلى تمويل إضافي، وإطلاق مشاريع تنموية جديدة في مسعى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية. وينقسم المخطط التنموي الخماسي 2014/2010 إلى أربع محاور أساسية وهي:

1- محور تحسين مؤشرات التنمية البشرية:

لقد خصص المخطط الخماسي 2010-2014 أكثر من 40% من الموارد المالية لتحسين تنمية الموارد البشرية من خلال³:

- ما يقارب 5000 منشأة للتربية الوطنية (1000 إكمالية، 850 ثانوية)

- ما يقارب 600.000 مكان بيداغوجي جامعي، 400.000 غرفة لإيواء الطلبة

- وأزيد من 300 مؤسسة لتكوين و التعليم المهنيين.

- أزيد من 1500 هياكل طبية (172 مستشفى 45 مركبات متخصصة، 377 مستوصف، 70 مؤسسة صحية للمعوقين

- 2 مليون مسكن، 1,2 منهم ستوزع خلال الخطة الخماسية .

- توصيل مليون بيت بشبكة الغاز الطبيعي و تزيد 220,000 سكن ريفي بالكهرباء

¹ حربي محمد موسى عريقات، المرجع السابق، ص 232.

² الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مصالح الوزير الأول، ملحق بيان السياسة العامة، أكتوبر 2010، ص 38.

³ المرجع نفسه، ص 3.

- تحسين التزويد بالماء الشروب على الخصوص من خلال إنجاز 35 سد و 25 منظومة لتحويل المياه، وإنهاء الأشغال بجميع محطات تحلية مياه البحر الجاري إنجازها.

- أكثر من 5000 منشأة قاعدية موجهة لشباب والرياضة منها 80 ملعبا و 160 قاعة متعددة الرياضات و 400 مسبخ وأكثر من 200 نزل ودار الشباب.

2- محور تطوير الهياكل القاعدية والخدمة العمومية:

لقد خصص المخطط الخماسي 2010-2014 أكثر من 38 % من موارده الإجمالية بغية تطوير الهياكل القاعدية وتحسين الخدمة العمومية، في جميع الإدارات و المصالح التابعة للدولة.

وقد خصص المخطط الخماسي 3100 مليار دج، لقطاع الأشغال العمومية لتهيئة الطرق، والسكك الحديدية، و أكثر من 2800 مليار دينار مخصص لقطاع النقل لتحسين النقل الحضري، وإنجاز الترمواي في 14 ولاية، و تحسين هياكل المطارات، بالإضافة إلى مشاريع التهيئة العمرانية، وتحسين الخدمة العمومية في الإدارات مثل الجماعات المحلية و مصالح العدالة ... الخ¹.

3- محور دعم التنمية الاقتصادية:

خصص المخطط الخماسي 2010-2014 ما يقارب 16 % من مجموع الموارد لتنمية الاقتصاد الجزائري، فأعطى الأولوية لقطاع الصناعة، بمبلغ 2000 مليار دج، في حين خصص المخطط 1000 مليار دج لتنمية الفلاحة والريفيّة، بالإضافة إلى دعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بمبلغ 150 مليار دج، و تخصيص مبلغ 350 مليار دج لترقية سياسة التشغيل (عقود ما قبل التشغيل).

4- محور برنامج تطوير اقتصاد المعرفة:

خصص المخطط الخماسي 2010-2014 مبلغ 250 مليار دينار جزائري لدعم اقتصاد المعرفة، من خلال دعم البحث العلمي وتعميم استخدام التكنولوجيات الجديدة للاتصال في جميع النظم الوطنية للتعليم والخدمات العمومية² بغية مواكبة التكنولوجيات الحديثة وتعميمها على الإدارة العمومية.

ثانيا: تقييم المخطط التنموي الخماسي (2010-2014) من خلال المعايير العلمية للتخطيط السليم:

نحاول إسقاط الجانب النظري المتعلق بمبادئ التخطيط التنموي السليم بالتجربة الجزائرية في التخطيط والتنمية، من خلال دراسة المخطط التنموي الخماسي 2010-2014، يمكننا تقييم هذا الأخير عبر النقاط التالية:

1- عدم وجود جهاز مكلف بالتخطيط التنموي في الجزائر:

يعتبر وجود جهاز مكلف بالتخطيط التنموي من أهم الشروط المطلوبة لنجاح التخطيط، فهو يسهل عملية وضع مخطط تنموي يتوافق مع الاحتياجات الحقيقية للمجتمع، ويسهل عملية الاستغلال الأمثل للموارد الممكنة، ويراقب عملية تنفيذ المخطط التنموي بشكل دوري، إلا أنه في الجزائر لم يستحدث جهاز مكلف بالتخطيط التنموي، رغم وجود وزارة للاستشراف سابقا إلا أنها لم تعمر طويلا وبقيت عملية التخطيط خارج الإطار المؤسساتي المتخصص، وانحصرت عملية التخطيط التنموي في الجانب السياسي، عبر الوزير الأول وأعضاء حكومته لتنفيذ برنامج رئيس الجمهورية.

ويعتبر الوزير الأول منسق عمل الحكومة تحت سلطة رئيس الجمهورية فقد نصت المادة 93 من الدستور الجزائري لسنة 2016 على ما يلي: " ينسق الوزير الأول عمل الحكومة، تعد الحكومة مخطط عملها و تعرضه على مجلس الوزراء"، فالتخطيط التنموي في الجزائر يغلب عليه الطابع السياسي، نتيجة عدم وجود جهاز تقني مكلف بمهمة التخطيط.

2- المخطط التنموي الخماسي 2010/2014 واستشراف المستقبل:

¹ revue Ministère de l'Industrie, de la Petite et Moyenne Entreprise, industrie Algerie , N°01 , janvier 2011, p 11.

² المرجع نفسه.

يعتبر استشراف المستقبل من أهم العناصر التي يقوم عليها التخطيط التنموي، من خلال بناء رؤيا مستقبلية طويلة المدى تمتد إلى أكثر من عشرين عام، غير أن التخطيط التنموي في الجزائر معتمد على مدى زمني متوسط يقدر بخمسة سنوات، وهذا راجع لارتباط المخطط التنموي الخماسي 2014/2010 مع العهدة الانتخابية لرئيس الجمهورية المحددة في الدستور الجزائري بخمس سنوات¹، ويكون المخطط التنموي الخماسي 2014/2010 مستمدا من برنامج الانتخابي لرئيس الجمهورية.

3- معيار الشمول و التناسق:

ينقسم المخطط التنموي الخماسي 2014/2010 إلى أربعة محاور أساسية:

- دعم التنمية البشرية
- تطوير الهياكل القاعدية و الخدمة العمومية
- دعم التنمية الاقتصادية
- تطوير اقتصاد المعرفة

وقد شمل المخطط التنموي الخماسي 2014/2010 معظم المجالات الاقتصادية والاجتماعية، غير أنه فاضل بين هذه المجالات من حيث قيمة الدعم، فقد كانت نسبة التمويل المخصصة لدعم التنمية البشرية أكثر من 43 % من مجموع القيمة المالية للمخطط فهي بذلك تحظى بالأولوية لدى صانع القرار في الجزائر يليها محور تطوير الهياكل القاعدية بنسبة 38.65 % يليها محور دعم تنمية الاقتصاد الوطني بنسبة ضئيلة تقدر 16.49 % ثم محور تطوير اقتصاد المعرفة بنسبة 1.17 % من المخصص المالي للمخطط الخماسي، كما أنكل محور من المحاور الأربعة (التي يتكون منها المخطط الخماسي) لها هدف خاص، مستقل عن بقية المحاور. وقد تم التركيز في المخطط الخماسي 2014/2010 على الاستثمار غير المنتج للثروة من خلال تخصيص الحصة الكبرى من المبلغ الإجمالي للمخطط في محور التنمية البشرية ومحور دعم المنشآت القاعدية، التي رغم أهميتها إلا أنها لا تحقق عائد اقتصادي مباشر.

4- الإستراتيجية التنموية للمخطط الخماسي 2014/2010 :

تندرج الإستراتيجية التنموية للمخطط الخماسي 2014/2010 ضمن المنظور كينزي المبني على فكرة أساسية مفادها أن الزيادة في الإنفاق العام تؤدي إلى زيادة في الناتج المحلي بقيمة أكبر²، غير أن جوهر المشكلة الاقتصادية في الدول النامية يكمن في جانب العرض و ليس في جانب الطلب³.

فنظرية كينز عاجلت مشكلة اقتصادية مرتبطة ببيئة مختلفة (واقع الاقتصادي للدول المتقدمة) عن ما تعاني منه اليوم معظم الدول النامية، فالدول النامية تعاني من مشكلة نقص الإنتاج في الميدان الزراعي والصناعي عكس الدول المتقدمة التي كانت تعاني من كساد للسلع، وهذا ما جعل تطبيق هذه الإستراتيجية في المخطط التنموي الخماسي في الجزائر لا يحقق نتائج مرضية على مستوى النمو الاقتصادي في الجزائر. ويمكن ملاحظة تطور معدل النمو الاقتصادي في الجزائر من خلال الجدول التالي:

سنوات تطبيق المخطط الخماسي 2014-2010					
2014	2013	2012	2011	2010	

¹ المادة 88، من الدستور الجزائري لسنة 2016.

² صالحى ناجية، مخناش فتيحة، " أثر برنامج الإنعاش الاقتصادي و برنامج التكميلي لدعم النمو و برنامج التنمية الخماسي على النمو الاقتصادي 2001-2014 ، نحو تحديات أفاق النمو الاقتصادي الفعلي والمستلم". أعمال المؤتمر الدولي حول :تقييم أثر برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2014/2001، جامعة سطيف1، يوم 11-12 مارس 2013 ، ص 3.

³ جمال داود سلمان الدليمي، التنمية الاقتصادية نظريات وتجارب. القاهرة: المنظمة العربية للتنمية الإدارية للنشر والتوزيع، 2015، ص 56-57.

معدل النمو	3,6	2,8	3,3	2,8	3,8

المصدر:

من إعداد الباحث بناء على المجلس الاقتصادي والاجتماعي، التقرير الوطني حول الأهداف الألفية للتنمية 2015/2000، جوان 2016، ص 42. من خلال الجدول السابق الذي يوضح تطور معدل النمو الاقتصادي في الجزائر خلال سنوات تطبيق المخطط التنموي الخماسي 2010-2014، نلاحظ أن معدل النمو يتراوح من (2,8 إلى 3,8) ويعتبر أحسن معدل نمو اقتصادي مسجل في سنة 2014، ويرغم من تحقيق نسبة نمو اقتصادي ايجابية إلا أن هذه النسب تعد ضئيلة ولا تعكس حجم الموارد المالية التي خصصتها الدولة الجزائرية في المخطط الخماسي 2010/2014 .

أما بخصوص أثر المخطط التنموي الخماسي 2010/2014 على مستوى التنمية البشرية في الجزائر، فيمكن توضيح هذا الأثر من خلال الاستناد على تقرير الأمم المتحدة الإنمائي حول التنمية البشرية، حيث يعد برنامج الأمم المتحدة الإنمائي سنويا تقرير حول التنمية البشرية في العالم، ويعتبر هذا التقرير من التقارير الموضوعية التي تصنف الدول إلى مراتب عدة في التنمية البشرية، وتضع قيم إحصائية ما بين 0 و 1 كدليل على مستوى التنمية البشرية في البلد. وتتراوح قيمة المؤشر بين 0 و 1 حيث ترتفع التنمية البشرية كلما اقترب المؤشر من قيمته العظمى وتنخفض كلما اقترب من القيمة الصفرية¹.

جدول يوضح مستوى التنمية البشرية في الجزائر:

السنة	2010	2011	2012	2013
دليل التنمية البشرية	0,709	0,715	0,715	0,717

المصدر:

من إعداد الباحث بناء على برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، تقرير التنمية البشرية 2014، ص 163. وقد اعتبر تقرير التنمية البشرية لسنة 2014 الذي يعده برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، الجزائر في صنف الدول التي حققت "تنمية بشرية مرتفعة"، إلى جانب دول أخرى كان ترتيبها أعلى (تنمية بشرية مرتفعة جدا) وهي في الغالب دول متقدمة، إضافة إلى وجود دول أدنى من الجزائر مرتبة في مجال تحقيق التنمية البشرية، وهي مصنفة إما (تنمية بشرية متوسطة) أو (تنمية بشرية منخفضة). وقد احتلت الجزائر المرتبة رقم 93 سنة 2012 في مجال التنمية البشرية حسب تقرير برنامج الأمم المتحدة الإنمائي لسنة 2014، هذا التطور الملحوظ في مؤشرات التنمية البشرية التي حققتها الجزائر راجعة بلا شك إلى مجهودات الدولة الجزائرية من خلال إعطاء الأولوية لمحور التنمية البشرية في المخطط التنموي الخماسي 2010-2014، الذي نجح في رفع مؤشرات التنمية البشرية للجزائر .

¹ عبد الرحمان وهيب وآخرون، " واقع التنمية البشرية في الدول العربية من خلال مؤشرات عالمية "، ملتقى الدولي حول: تقييم سياسات الإقلال من الفقر في الدول العربية في ظل العولمة، جامعة الجزائر 3، يومي 8 و 9 ديسمبر 2014، ص 43.

خاتمة:

يعتبر التقيد بالمبادئ العلمية في التخطيط التنموي المتحكم الرئيسي في نجاح عملية التخطيط، فهذه المبادئ العلمية ترشد صانع السياسات العامة لاتخاذ كافة الشروط اللازمة لفهم الواقع وصنع سياسات تتلاءم معه عبر خطة تنموية مدروسة، توجه الجهود المبذولة من طرف الدولة نحو أهداف محددة، ويتعد بذلك صانع القرار عن العشوائية، وتجعله يستشرف للمستقبل ويتغلب على التحديات الاقتصادية والاجتماعية في إطار المسعى الدائم لتحقيق التنمية الشاملة.

وقد حاولت الجزائر عبر المخططات التنموية الخماسية أن تحقق هذا المسعى التنموي، وبرغم من تحقيق نتائج ايجابية في بعض المجالات المتعلقة بالتنمية البشرية إلا أن التجربة الجزائرية في التخطيط عبر المخططات الخماسية، ينقصها الالتزام بالعديد من مبادئ وشروط التخطيط التنموي، لتتجه أكثر نحو "التقنية" في وضع خططها التنموية، للحصول على نتائج أكثر فعالية.

الحكامة المحلية: قراءة في المضامين النظرية للمفهوم

Local governance; reading on the theoretical content of the concept

يوسف علاء الدين، طالب باحث في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر.

د. ونوغي نبيل، أستاذ محاضر قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 02، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/10/15 – تاريخ المراجعة: 2017/11/17.

ملخص:

ضمن التغيرات والتطورات المتسارعة والظاهرة في البيئتين المحلية والدولية، برز في الآونة الأخيرة مفهوم "الحكامة المحلية" كحقل خصب للدراسة تتفاعل فيه الإرادات الإنسانية والمجتمعية لتقديم بدائل وخدمات نوعية ومقبولة في وقت أصبحت فيه الدولة ومؤسساتها بحاجة إلى فتح باب الشراكة أمام مختلف الفاعلين الاجتماعيين والاقتصاديين لتعزيز أدائها، هذه الفواعل (منظمات المجتمع المدني، القطاع الخاص) تزايد تداولها خلال العقود الأخيرة.

تهدف الدراسة إلى تحديد مفهوم الحكامة المحلية ونشأتها والمتغيرات التي فرضت تبنيها، وتحليل أهم مؤشرات ومبادئها، مع توضيح أبرز الأطراف الفاعلة في تجسيدها وأهميتها في توفير الثقة بين المجتمع والإدارة المحلية، وكذا إلقاء الضوء على أسس وآليات الحكامة في بعدها المحلي.

الكلمات المفتاحية:

الحكامة، الحكامة المحلية.

Abstract:

Within the context of the rapid changes and developments in the local and international environment, the concept of "local governance" has recently emerged as a fertile ground for study, in which human and societal will interact to provide acceptable and acceptable alternatives and services at a time when the State and its institutions need to open the door to partnership between the various social and economic actors, These initiatives (civil society organizations, the private sector) have been increasing in recent decades.

The study aims at defining the concept of local governance, its origin and the variables that necessity at edits adoption, analyzing the most important indicators and principles, and clarifying the main actors in its embodiment and importance in providing trust between the community and the local administration, as well as highlighting the bases and mechanisms of governance in its local dimension.

Keywords:

Governance, Local Governance.

مقدمة:

شهدت السنوات الماضية اهتماما متزايدا بموضوع الحكامة عموما والحكامة المحلية على وجه الخصوص، وقد جاء هذا الاهتمام في إطار الاتجاه إلى توسيع نطاق مشاركة المواطنين ودورهم في عملية الحكم Governance وتقليص أدوار الدولة ومنح القطاع الخاص ومكونات المجتمع المدني دورا أكبر في عملية التنمية بكل أبعادها. هنا نجد أن هذين الفاعلين أصبحا يمثلان إطارا مشاركا في تدبير الشأن المحلي مع ازدياد الحاجة إلى انخراط جهات إضافية في مهام وبرامج التنمية لاسيما بعد قصور الدولة وأجهزتها ومواردها عن تلبية

الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمواطنين، ولما كانت هذه الاحتياجات حق من حقوقهم وباتت تلبيتها ملحة وضرورية لتأمين الأمن الإنساني والاستقرار الاجتماعي.

وسنحاول من خلال هذه الورقة البحثية دراسة أحد الموضوعات الإدارية الحيوية التي أصبحت اليوم تشكل محور مناقشة في كل الأوساط ألا وهي الحكامة المحلية كمحاولة لزيادة وتقوية أواصر العلاقة بين المواطنين المحليين وقيادتهم، وللتخفيف عن كاهل الدولة ومؤسساتها. عموماً تتعلق هذه الدراسة بإبراز أهمية "الحكامة المحلية" وتحليل مختلف العناصر المرتبطة بها. وبناءً على ما سبق فإن معالجة هذا الموضوع تتم من خلال التطرق إلى النقاط التالية: - مفهوم الحكامة المحلية بين الرؤى النظرية والرؤى المؤسساتية، - مبررات التحول من الحكم المحلي إلى الحكامة المحلية، - التأصيل التاريخي لمفهوم الحكامة المحلية، معايير وآليات تجسيد الحكامة المحلية، - أسس الحكامة المحلية ومكوناتها.

1. مفهوم الحكامة المحلية بين الرؤى النظرية والرؤى المؤسساتية:

أظهرت العديد من الأدبيات وجود تباين كبير في وجهات النظر بين الباحثين والمهتمين اتجاه مفهوم الحكامة المحلية، حيث أن لكل كاتب اتجاهاته وزاويته التي ينظر من خلالها إلى تعريف المفهوم.

1.1. الإشكاليات الاستمولوجية لمفهوم الحكامة¹:

قبل تحليل طبيعة مفهوم الحكامة، نشير إلى أن مفهوم الحكامة Governance قد أنتج لنا ثلاث إشكاليات معرفية استمولوجية، تصعب من حصر مفهومه وتحديد مدلولاته، منها ما يتعلق بالإشكاليات التي يطرحها على:

➤ **صعيد الترجمة من اللغة الإنجليزية إلى العربية**، وتعدد المصطلحات الدالة عليه في اللغة العربية.

أي عدم وجود ترجمة حرفية بالغة العربية تعكس المعنى والدلالات باللغة الإنجليزية والفرنسية، بحيث تمت ترجمته إلى العديد من الكلمات منها: إدارة الحكم، إدارة شؤون الدولة والمجتمع، الحوكمة، الحكمانية، الحاكمية، الحكم، كوفرننس. والملاحظ أن هناك تجاذب في ترجمة المفهوم مثلاً نجد:

ترجمة البعض هذا المصطلح على أنه (الحوكمة) لكن الجميع رفض هذه الترجمة، لأنها ارتبطت بشدة بالهيئة الحاكمة.

بينما تبنت هيئة الأمم المتحدة مصطلح (الحاكمية) إلا أن هذا المصطلح له دلالاته في التراث الفكري الفقهي السياسي العربي الإسلامي من خلال مفهوم (الحاكمية لله) لسيد قطب.

ومن المفكرين العرب نجد **عابد الجابري** الذي يرى بأن ترجمة "Gouvernance" إلى العربية، مع الأخذ بجميع جوانب المفهوم غير ممكن، وقد اقترح أن يتم نطق الكلمة كما هي في اللغات الأجنبية مع كتابتها بأحرف عربية (كوفرننس) على غرار الديمقراطية مثلاً.

➤ **إشكالية التعريف** أي الجدل حول طبيعة المفهوم ومحتواه، فمن الصعب وضع تعريف بسيط، واضح شامل لجميع عناصر الظاهرة يمكن تعميمه على جميع المجتمعات، مما يؤدي إلى التوضيح المعنى في سبيل الشمولية.

كما قد يفرط الباحث في التبسيط مما يعيق الفهم الجيد للظاهرة أو أن يعكس التعريف خصوصيات مجتمع بعينه (تنتقي صفة العمومية والعالمية من التعريف).

➤ **إشكالية النموذج** تتمثل هذه الإشكالية في البحث عن إطار قيمي موحد يجمع بين مختلف المنظومات القارية والحضارية، ويسمح بتعميمها على مستوى كوني، إذ يرى البعض أنها تعكس منظومة من القيم تعكس تجربة تاريخية غربية.

¹ طيب بلوصيف، "الحكم الرشيد المفهوم والمكونات"، مداخلة مقدمة خلال الملتقى الدولي حول الحكم الرشيد واستراتيجيات التغيير في العالم النامي، الجزائر: جامعة سطيف (الجزائر)، 08 و 09 أبريل 2007، ص 12-13.

وعليه من الصعب إيجاد نموذج عام للحكامة (المحلية) يصلح لكل مجتمع بخصائصه، لكن هذا لا يعتبر سببا في بقاء الدول المتخلفة على ما هي عليه، بل عليها الاجتهاد في إيجاد آليات الحكامة تتماشى مع أوضاعها وخصائصها¹.

1.2. التعريفات النظرية لمفهوم الحكامة المحلية:

تعتبر الحكامة المحلية أسلوب لتقريب الإدارة من المواطن وترقية العلاقة بين الدولة والجماعات المحلية من جهة، وبين هذه الأخيرة والمجتمع المحلي من جهة أخرى، ولتوضيح مفهوم الحكامة المحلية ينبغي تناول مفهومي الحكم المحلي والحكامة.

- الحكم المحلي:

تعددت تعريفات الحكم المحلي، فعلى سبيل المثال لا الحصر عرفه قاموس وبستر للمصطلحات السياسية كالآتي: "الحكومة المحلية هي الحكومة المحددة لمنطقة محلية معينة، أو مؤلفة مقسمة كجزء من الوحدة السياسية الرئيسية كالأمة أو الدولة، وكذلك هي هيئة من الأشخاص منصبة أو مؤلفة دستوريا". أما هيئة الأمم المتحدة فقد عزت مصطلح الحكم المحلي إلى الوضع السياسي لإحدى الدول، فاعتبرت الحكومة المحلية بأنها (في حالة النظام الفدرالي): الولاية التي يتم إيجادها بموجب القوانين والمتمتعة بقدر كبير من السيطرة على الأمور المحلية، بما في ذلك سلطة فرض الضرائب واستخدام الأفراد لأغراض محددة². يهتم هذين التعريفين بالسكان والجغرافيا وهيئة الحكم وتحديد الشخصية القانونية المستقلة للملازمة للحكومة المحلية التي تقوم بتقديم خدمات نوعية وفي المقابل القيام بجباية إيرادات على شكل رسوم وضرائب لتمويل نشاطاتها.

في حين يرى عبد الرزاق الشخيلي أن الحكم المحلي هو: "المناطق المحددة التي تمارس نشاطها المحلي بواسطة هيئات منتخبة من سكانها المحليين تحت رقابة وإشراف الحكومة المركزية"³. فقد اهتم وركز هذا الكاتب على مسألة انتخاب السكان المحليين للمجالس المحلية التي تخضع بدورها لرقابة ومساءلة المركز.

ويعرف الحكم المحلي بأنه وحدة الحكم الديمقراطي المحلي داخل النظام الديمقراطي الموحد للبلد، وهو تابع لأعضاء تابعين للحكومة ذات سلطة حكومية محددة ومصادر للدخل لتقدم خدمات محلية محددة وتطوير ومراقبة وتنظيم الشؤون الاجتماعية والبيئة والاقتصادية في المنطقة المحلية المحددة، والحكومة المحلية هي مستوى من مستويات الحكومة التي تم إنشاؤها عمدا لجعل الحكومة أقرب إلى السكان القاعديين، ويعطي هذه الهياكل الشعبية شعورا بالمشاركة في العمليات السياسية التي تتحكم في حياتهم اليومية⁴.

مرجع هذا التعدد في تعريف الحكم المحلي، تعدد الزوايا التي يتم تناوله منه في كل تعريف، حيث تتناوله بعض التعريفات من زاوية الوظيفة لنظام الحكم المحلي (توزيع وتقسيم الوظائف)، بينما تتناوله بعضها الآخر من زاوية التركيب أو الهيكل.

وانطلاقا من التعريفات السابقة يتبين أن الحكم المحلي (اللامركزية السياسية) هو الحكم الذي تتنازل فيه الحكومة المركزية عن صلاحيات واسعة واختصاصات كبيرة للمجالس المحلية التي تتمتع بقدر أكبر من الاستقلالية في ممارسة اختصاصها مقارنة بالإدارة المحلية (اللامركزية الإدارية) في ظل سيادة الدولة، وهذا ما يعني توزيع السلطات الثلاث من تشريعية وتنفيذية وقضائية بين الحكومتين المركزية والمحلية في الدولة الفيدرالية.

¹ وليد خلاف، دور المؤسسات الدولية في ترشيد الحكم المحلي، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، تخصص الديمقراطية والرشادة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر)، 2009-2010، ص 23.

² صبري محمد خليل، "الحكم المحلي: فلسفته ومعوقات واليات تطويره"، مقال، صحيفة سودانيل الإلكترونية، 23 أبريل 2013، متوفر على <http://www.sudaress.com/sudanile/52993>

³ عبد الرزاق الشخيلي، الإدارة المحلية (دراسة مقارنة)، الأردن: دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، 2001، ص 20.

⁴ A. F. Chikerema, "Citizen Participation and Local Democracy in Zimbabwean Local Government System", Journal Of Humanities And Social Science, Vol 13, Jul - Aug 2013, p 87.

- الحكامة: إذا حاولنا تعريف أو تحديد المقصود بالحكمة نجد أنه من الصعب الاتفاق حول تعريف موحد ودقيق للحكمة نتيجة تعدد الآراء والأفكار حول هذا المصطلح سنحاول تناول بعض التعاريف من الناحية اللغوية والاصطلاحية للمفهوم وهي كما يلي:

أ- لغة: في قواميس اللغة العربية (كالمعجم الوسيط) الحكامة هي لفظ مشتق من الفعل حَكَمَ الذي يعني العلم والحكمة، والذي يشتق منه عدة ألفاظ كالحكومة، والحاكمية، والحكمانية، وأصل الحكومة رد الرجل عن الظلم، والحكم هو القضاء، وجاء في لسان العرب بأنه صفات من صفات الله الحكيم، والحاكم أي القاضي يحكم الأشياء ويتقنها وقيل حكيم ذو حكمة أي معرفة أفضل الأشياء بأفضل معلوم، وحكمت بمعنى منعت، أما في قواميس اللغة الإنجليزية فتأخذ لفظ Good Governance وتعني الحكم.¹ وتعني الكلمة أيضا لغويا نظام ومراقبة بصورة متكاملة وعلنية تدعيما للشفافية والموضوعية والمسؤولية.²

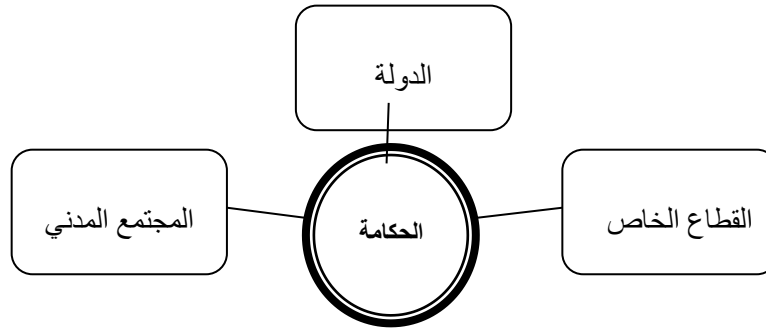
ب- اصطلاحا: لقد اختلفت وتعددت التعاريف لهذا المفهوم ولذا سنشير إلى بعضها:

ينظر إلى الحكامة من طرف محمد سيد أحمد على أنها: "تعبير عن أشياء ما، يتقرر كنظام حكم دون تخطيط مسبق ودون رسم أو تحليل لنظام معين، فهو نظام ينبع من الضرورة وليس نظاما يتقرر وفق تصور سابق، وهو يستخدم تعبير الحكم العولمي تعبيرا عن نظام حكم في ظل نظام ليس هو نظام الدول القومية".³

أما المفكرين الأجانب الذين عرفوا المصطلح نجد فرانسوا ميريان François Merrien.X. فيرى أن "الحكمة تتعلق بشكل من التسيير الفعال، بحيث أن الأعوان على اختلاف طبيعتهم والمؤسسات العمومية، يتشاركون ويجعلون مواردهم بصفة مشتركة وكل خيراتهم وقدراتهم وكذلك مشاريعهم تخلق تحالفا جديدا للفعل القائم على تقاسم المسؤوليات".⁴ يبرز هذا التعريف أهمية إشراك جميع الفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين في الدولة من هيئات عمومية وقطاع خاص ومجتمع مدني في رسم السياسات العمومية. ويمكن تمثيل ذلك من خلال الشكل رقم (01) الآتي:

الشكل رقم (01):

فواعل الحكامة



المصدر: من إعداد الباحث

¹ فافة رفاة، الفساد والحكومة، مصر: مكتبة الوفاء القانونية، 2016، ص 67-68.

² آدم حديدي، هوارى معراج، "نحو تفعيل دور الحكومة المؤسسية في ضبط إدارة الأرباح في البنوك التجارية الجزائرية"، مداخلة مقدمة خلال الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، الجزائر: جامعة محمد خيضر (بسكرة)، 06 و 07 مايو 2012، ص 05.

³ زهير عبد الكريم الكايد، قضايا وتطبيقات الحكمانية، القاهرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2003، ص 9.

⁴ ابن عيسى ليلي، "الحكم الراشد احد مقومات التسيير العمومي الجديد"، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد 14، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، ديسمبر 2013، ص 200.

عزفها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي بأنها: "حالة تعكس تقدم الإدارة وتطورها أيضا من إدارة تقليدية إلى إدارة تتجاوب مع متطلبات المواطنين، وتستخدم الآليات والعمليات المناسبة لتحقيق الأهداف المرجوة من المشاريع بشفافية ومسؤولية أمام المواطنين"¹. وفي تعريف للأمم العام للأمم المتحدة السابق كوفي عنان الحكامة هي: "ضمان احترام حقوق الإنسان وسيادة القانون وتبسيط الديمقراطية، ترقية الشفافية، ومن جهة أخرى يعتبر الحوكمة وسيلة ناجعة لتحقيق الشفافية في تسيير الشؤون العامة، وذلك سعيا لمحاربة الرشوة التي تعاني منها دول الجنوب على وجه الخصوص - زيادة القدرة والفاعلية في الإدارة العمومية"². ويتعدد تعاريف الحكامة فإنما تتعدد معها خصائص الحكامة وفق ما جاء بها أو حددها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي وهي موضحة في الشكل رقم (02) التالي:

الشكل رقم (02):

خصائص الحكامة



المصدر: يوسف أزروال، مرجع سابق، ص 54.

هناك العديد من الاجتهادات في تحديد مفهوم عام للحكامة المحلية، وتتجلى أهم المفاهيم والتعاريف في الآتي:³ يعرف Robert Charlick الحكامة المحلية بأنها "الإدارة الفعالة للشؤون العامة المحلية من خلال مجموعة من القواعد المقبولة كقواعد مشروعة بغية دفع وتحسين القيم التي ينشدها الأفراد والمجموعات في المجتمع المحلي". ويعتقد محمد أنور شاه أن الحكامة المحلية لا تقتصر فقط على توفير الخدمات المحلية وإنما تستلزم أيضا الحفاظ على الحريات والحقوق الأساسية للسكان المحليين عبر توفير البيئة المناسبة للمشاركة والحوار المدني الفعال، وتحقيق التنمية المحلية من اجل زيادة رفاهية السكان".

بينما يرى زهير الكايدي بأن "من الصعوبة بمكان إدراك الحكامة الجيدة على المستوى المحلي، إذا لم يتم تحويل المسؤوليات والقدرات إلى الإدارة المحلية، من خلال اللامركزية وكذلك الأمر، فإن اللامركزية بحد ذاتها لن تكون فعالة إذا لم يتم دعم وتقوية الحكامة المحلية، ومع إدراكنا بأن الإداريين المحليين في هذه الأيام يلعبون دورا أساسيا، من خلال خلق النسيج الاجتماعي الذي يمكن أن يحقق التوازن بين خطورة المغالاة في المركزية الحكومية وانعزالية الأفراد التي يصعب مقاومتها، فالحكومات المحلية ذات القوة الحقيقية تستطيع طرح

¹ يوسف أزروال، الحكم الراشد في الجزائر، مصر: مكتبة الوفاء القانونية، 2016، ص 43-47.

² خالد بودهان وآخرون، "الحكم الراشد في الإدارة العمومية"، مقال، الإدارة العامة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2005-2006، ص 11، متوفر على <http://iefpedia.com/arab> /الحكم-الراشد-في-الإدارة-العمومية-طلبة-28375

³ بلال عروفي، الحوكمة المحلية ودورها في مكافحة الفساد في المجالس المحلية، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، تخصص إدارة الجماعات المحلية والإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة)، 2011-2012، ص 48.

الاهتمامات المحلية بفعالية أكبر، مثلما تستطيع ممارسة الرقابة والتأكد من العمليات التي يتم تنفيذها من قبل السلطات العليا في المجتمع¹.

أما لانديل ميلز " Landell Mills " فقد عرف الحكامة المحلية بأنها " استخدام السلطة السياسية وممارسة الرقابة على المجتمع المحلي، من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية " ².

وهناك من يرى أن " مفهوم الحكامة على المستويات المحلية يشير إلى جودة وفعالية وكفاءة الإدارة المحلية وتقديم الخدمات العامة، نوعية السياسة العامة المحلية وإجراءات اتخاذ القرارات وشموليتها وشفافيتها، والخضوع للمساءلة، والطريقة التي تمارس السلطة على الصعيد المحلي " ³.

كما تعني الحكامة المحلية بأن " عملية صنع القرار في ساحة الشؤون العامة المحلية هو بدرجات متفاوتة، تخضع للتدقيق والإشراف على المواطنين وهي مفتوحة وشفافة وقائمة على المشاركة. " ⁴

1.3. التعريفات المؤسسية لمفهوم الحكامة المحلية:

تعتبر إسهامات المؤسسات الدولية كبيرة في مجال الحكامة المحلية، فيما يلي سنحاول عرض أهم التعريفات التي تقدمت بها: ⁵ الحكامة المحلية حسب مؤسسة التمويل الدولية هي " النظام الذي يتم من خلاله إدارة المنظمات والتحكم في أعمالها. " في حين يعرفها البنك الدولي على أنها " الطريقة التي تمارس بها السلطة لأجل إدارة الموارد الاقتصادية والاجتماعية لأي بلد، بغية التنمية ". أما برنامج الأمم المتحدة الإنمائي " PNUD " يرى أن الحكامة المحلية هي " مجموعة من المؤسسات والآليات والعمليات التي تسمح للمواطنين بالتعبير عن مصالحهم وممارسة حقوقهم والتزاماتهم على المستوى المحلي، وتتطلب شراكة بين مختلف الفاعلين الرئيسيين (المؤسسات الحكومية والمجتمع المدني والقطاع الخاص) لتوفير المشاركة، مصادر متعددة للمعلومات، المحاسبة توجه بالأولوية لفائدة الفقراء " ⁶.

من خلال التعاريف السابقة، يتبين أن الحكامة المحلية هي عبارة عن : " مجموعة من العمليات والممارسات المتعلقة بتدبير الشؤون المحلية، والتي تندرج ضمن احترام القانون وتعزيز المساءلة والشفافية، وفي مصلحة عموم الناس في المجتمع، وهي تقتضي إقرار آليات تسمح للمواطنين بالتعبير عن مصالحهم وممارسة حقوقهم وواجباتهم، كما تأخذ بعين الاعتبار الشراكة مع مؤسسات المجتمع المدني والقطاع الخاص "، فالملاحظ هو أن كل هذه التعاريف تركز على ثلاثة أبعاد للحكامة المحلية وهي: ⁷.

- البعد السياسي: يقوم على احترام حقوق الإنسان، الحريات المدنية والسياسية، تفعيل المشاركة، واحترام القانون.
- البعد التقني: أي الإدارة الفعالة والشفافية للموارد المالية والبشرية للمجتمع المحلي، وتفعيل الديمقراطية المحلية اللامركزية.
- البعد الاقتصادي: فتح المجال أمام القطاع الخاص للنشاط الاقتصادي دون تخصيص القطاع العمومي بامتيازات، أي تساويهما في حقوق والواجبات.

¹ زهير عبد الكريم الكايدي، مرجع سابق الذكر، ص 128.

² بومدين طاشمة، "الحكم الراشد ومشكلة بناء قدرات الإدارة المحلية في الجزائر"، مجلة التواصل، العدد 26، جامعة تلمسان، جوان 2010، ص 30.

³ Joachim Nahem, A User's' Guide to Measuring Local Governance, UNDP : Oslo Governance Centre, 2008, P05, Available on the link: www.gaportal.org/sites/default/files/LG%20Guide.pdf.

⁴ UNDP Report, Local Governance And Climate Change, A Discussion Note: December 2010, Cambodia, P07, Available on the link:

<https://www.unpei.org/sites/default/files/publications/LocalGovernanceAndClimateChangeDiscussionNote.pdf>

⁵ بلال عروفي، مرجع سابق الذكر، ص 48.

⁶ عبد الله حارسي، الإطار القانوني والتنظيمي للحكامة التشاركية المحلية، المملكة المغربية: الشبكة المغربية للحكامة التشاركية، 2015، ص 09.

⁷ محمد عصام أحمد، حسان ثابت جاسم، علاء احمد حسن، "جاهزية الإدارات المحلية لاعتماد الحوكمة الإلكترونية، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد 93، 2012، ص 285.

2. مبررات التحول من الحكم المحلي إلى الحكامة المحلية:

هناك عدة أسباب أدت إلى بروز مفهوم الحكامة المحلية من الناحيتين النظرية والعملية، فهي تمثل انعكاسا للتطورات التي طرأت على طبيعة دور الحكامة من الجهة، كما أنها تأثرت بعدة تغيرات منهجية وأكاديمية من جهة أخرى، ويمكن إيجاز أهم الأسباب العملية في النقاط الآتي:

1.2.1. سياسيا:¹

- العولمة كمسار وما تضمنته من عمليات ترتبط ب:
 - عولمة القيم الديمقراطية وقيم حقوق الإنسان.
 - اقتصاد السوق وتزايد دور القطاع الخاص.
 - تزايد دور المنظمات غير الحكومية على المستويين الوطني والدولي.
- عجز الأجهزة الحكومية عن قيادة عملية التنمية، والتكيف مع المتطلبات المتزايدة للمجتمعات.
- تضخم الجهاز البيروقراطي وترهل الإدارة الحكومية لاعتمادها على وسائل وتقنيات قديمة.
- ضعف البنية المؤسساتية والإدارية وغياب المحاسبة والشفافية.
- تنامي قدرة مكونات المجتمع المدني على الضغط الجماعي إذ تحولت استراتيجيات عمل منظمات المجتمع المدني التي تعمل كمنظمات دفاعية تسعى للتأثير على السياسات ورقابتها، فإن قدرتها ومستوى تأثيرها لن يحدث قدرا كبيرا من النجاح إذا استمرت كل منظمة تعمل بمفردها².

➤ أهمية إشراف المواطنين في إدارة شؤونهم لا تقتضيه مبادئ الديمقراطية والحكامة المحلية فحسب، بل تتطلبه الإدارة الناجحة، ذلك انه من الأصول المقررة في علم الإدارة العامة أن أي مرفق تتولاه سلطة مركزية لا بد لنجاحه أن يلقى نوعا من التجاوب من طرف المواطن الذي يخدمه المرفق، وبالنتيجة لذلك كان لا بد من تضافر وتعاون الجهود الحكومية المركزية مع الجهود الشعبية لضمان تيسير أداء المرفق العام، بحيث أن إشراك أهل الوحدة المحلية في إدارة مثل هذا المرفق على المستوى المحلي هو تحقيق التعاون على الوجه الأكمل³.

2.2.2. اقتصاديا:⁴

- الأزمات المالية التي أصبحت تمر بها الدول الوطنية من حين لآخر، وتعجز عن مواجهتها وهو ما فرض إشراك فواعل جديدة لمساعدتها في صنع وتنفيذ السياسات العامة والمحلية.
- الانتقال نحو نموذج اقتصاد السوق وتحول النظرة حول دور كل من الدولة والقطاع الخاص في تدبير الشأن العام والمحلي.
- محاولة إيجاد آلية فعالة لمواجهة ظاهرة الفساد بمختلف أشكاله وخصوصا على المستوى المحلي.

3.3. اجتماعيا: وتمثل أهم جانب أدى إلى ظهور الحكامة المحلية.

- استمرار التعامل بمنطق العلاقات الاجتماعية والقرابة في الاستفادة من الخدمات المقدمة من قبل الجماعات المحلية.
- انتشار البطالة وما لها من تداعيات.

¹ محمد عصام أحمد، حسان ثابت جاسم، علاء احمد حسن، مرجع سابق الذكر، ص 285.

² إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي، أسس ومجالات العلوم السياسية، الإسكندرية: مركز الإسكندرية للكتاب، 2012، ص 363-364.

³ لزرق حبشي، ياسين بن الحاج جلول، " المشاركة الشعبية وأثرها على السياسات التنموية المحلية (قراء في قانون البلدية والولاية)"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، جامعة تيارت، الجزائر، أكتوبر 2015، ص113.

⁴ محمد عصام أحمد، حسان ثابت جاسم، علاء احمد حسن، مرجع سابق الذكر، ص 285.

استمرار تفشي ظاهرة الأمية.

تراجع المستوى المعيشي للمواطنين في المجالات الصحية، التعليمية، المالية¹.

أما من الجانب المعرفي فإن التغيرات التالية كان لها دور فعال في تبلور مفهوم الحكامة المحلية²:

ظهور مفاهيم للتنمية، متمثلة في التنمية السياسية والمحلية، التنمية الشاملة والتنمية المستدامة بأبعاد ومستويات جديدة.

تأكيد عدة دراسات على أهمية إرساء قيم الديمقراطية وحقوق الإنسان والشفافية والمساءلة.

تركيز تقارير برنامج الأمم المتحدة الإنمائي التي بدأ صدورها سنة 1990، على العنصر البشري في عملية التنمية المحلية.

ونتيجة لما سبق حدث الانتقال من النظام حكم المحلي تسيطر فيه المجالس المنتخبة إلى الحكامة المحلية القائمة على أساس الشراكة مع القطاع الخاص ومنظمات المجتمع المدني.

3. التأصيل التاريخي لمفهوم الحكامة المحلية³:

يعود لفظ الحكامة إلى كلمة إغريقية قديمة " Good Governer " تعبر عن قدرة ربان السفينة الإغريقية ومهاراته في قيادة السفينة وسط الأمواج والأعاصير، وما يمتلكه من قيم وأخلاق نبيلة وسلوكيات نزيهة شريفة في الحفاظ على أرواح وممتلكات الركاب. وقد ظهر مفهوم الحوكمة في اللغة الفرنسية في القرن 13 كمرادف لمفهوم الحوكمة ثم كمفهوم قانوني عام 1978 ليستعمل في نطاق واسع معبر عن تكاليف التسيير (الأصل الفرنسي للكلمة)، كما أن كلمة الحاكمية أصلها إنجليزي، فهو مفهوم قديم أعيد استعماله من قبل البنك الدولي في منتصف الثمانينات، حيث أصبح من الاهتمامات الكبرى في الخطابات السياسية وخاصة في معاجم تحليل التنمية. والملاحظ أن هذا المفهوم قد تطور في التسعينيات والثمانينيات من نفس القرن، حتى أصبحت لا تكاد تخلو تقارير منظمات الأمم المتحدة من إشارة إلى هذا المفهوم.

ومع البداية التسعينيات برز المفهوم بشكل واسع من قبل المنظمات الدولية كمنهجية لتحقيق التنمية المجتمعية في الدول النامية، خاصة في كتابات البنك الدولي في إطار التغيير الذي حدث في طبيعة دور الحكومة فقد استخدم هذا المصطلح عام 1989 في تقرير له حول أساليب الحكم والإدارة في إفريقيا والدول النامية⁴. هذا وتشهد الآونة الأخيرة ظهور توجهات عالمية تدعو إلى مشاركة أفراد المجتمع في القرارات التي تهمهم وتعمق أفكار الديمقراطية المحلية والتشاركية، حيث ظهرت رؤى جديدة تؤكد على أهمية إدارة السكان المحليين لشؤونهم المختلفة ومن خلال مجالس محلية منتخبة ومنظمات مجتمع مدني فعالة وقطاع الخاص تنافسي، خاصة مع كثرة متطلبات المواطنين على المستوى المحلي كما ونوعا والإلحاح في سرعة الاستجابة، حيث أصبحوا ينادون بتقديم خدمات تساوي حجم الضرائب التي يدفعونها. وقد أفرزت هذه التغيرات التي طرأت على الصعيد المحلي إلى بروز ظواهر جديدة ومفاهيم حديثة في المجالين المعرفي والعملي، ومن بين هذه المفاهيم؛ الحكامة المحلية.

4. معايير وآليات تجسيد الحكامة المحلية:

إن الحكامة في بعدها المحلي تنطلق من معايير ومؤشرات توضح معالمها وأفكارها، وآليات تبين كيفية إرسائه، وهو ما نبرزه فيما يلي:

1.4. معايير الحوكمة المحلية الفعالة:

¹ المرجع نفسه، ص 286.

² المرجع نفسه.

³ جابر الدهيمي، بروس زين الدين، " دور آليات الحوكمة في الحد من الفساد المالي والإداري "، مداخلة مقدمة خلال الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، الجزائر: جامعة محمد خيضر (بسكرة)، 06 و07 مايو 2012، ص 04.

⁴ حمزة برايج، واقع واليات تطبيق الحوكمة المحلية في تسيير الجماعات المحلية بالجزائر، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص تنظيم سياسي وإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة)، 2015-2016، ص 21-23.

تعددت معايير الحكامة المحلية بتعدد الأطراف المساهمة في الموضوع، لذا وجب إلقاء الضوء على أهم تصنيفات معايير الحكامة المحلية من خلال الجدول رقم (01) الآتي:

الجدول رقم (01): تصنيفات معايير الحكامة المحلية وفق المؤسسات الدولية

1* حسب برنامج الأمم المتحدة الإنمائي	2* حسب البنك الدولي	3* حسب تقرير التنمية البشرية العربية	4* منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (O.C.D.E)
- حكم القانون ودولة المؤسسات. - الشفافية. - الاستجابة. - بناء التوافق. - الفعالية والكفاءة. - المساواة. - المساءلة. - الرؤية الإستراتيجية.	- المشاركة. - الإدارة الشرعية والمقبولة من الأفراد. - الإدارة الشفافة. - تشجيع العدالة والمساواة. - القدرة على تطوير الموارد. - التطابق مع القانون. - التسامح وقبول الآراء المخالفة. - الاستعمال العقلاني والفعال للموارد. - خلق وتحفيز الاحترام والثقة المتبادلة، - روح المسؤولية والتسهيل.	- ضمان الحريات الشخصية لتوسيع الخيارات. - تحقيق المشاركة الشعبية الفعالة. - مأسسة النشاطات السياسية. - سيادة حكم القانون والعمل على تطبيقه.	- الالتزام بالمسؤولية - الشفافية - الكفاءة والفعالية - الاستجابة - التوقع وحكم القانون

المصدر:

من إعداد الباحث بالاعتماد على: محمد عصام أحمد، حسان ثابت جاسم، علاء احمد حسن، مرجع سابق الذكر، ص 290.

مما سبق يستنتج أن أهم المعايير التي تتميز بها الحكامة المحلية والتي تتفق عليها معظم الكتابات:¹

- **المشاركة:** "Participation" بمعنى تهيئة السبل والآليات المناسبة للمواطنين المحليين كأفراد وجماعات من أجل المساهمة في عمليات صنع القرارات إما بطريقة مباشرة أو من خلال المجالس المحلية المنتخبة ومكونات المجتمع المدني تعبر عن مصالحهم.
- **الفعالية والكفاءة:** "Effectiveness and Efficiency" ويعبر ذلك عن البعد الفني لأسلوب النظام المحلي ويعني قدرة الأجهزة المحلية على تحويل الموارد إلى برامج وخطط ومشاريع تلبي احتياجات المواطنين المحليين وتعبر عن أولوياتهم، مع تحقيق نتائج أفضل وتنظيم الاستفادة من الموارد المتاحة.

¹ بومدين طاشمة، مرجع سابق الذكر، ص 30-31.

– **الشفافية: Transparency** إتاحة تدفق المعلومات وسهولة الحصول عليها لجميع الأطراف في المجتمع المحلي، ومن شأن ذلك توفير الفرصة للحكم على مدى فعالية الأجهزة المحلية.

– **حسن الاستجابة: Responsiveness** " أن تسعى الأجهزة المحلية إلى خدمة جميع الأطراف المعنية، والاستجابة لمطالبها خاصة الفقراء أو المهمشين.

– **حكم القانون: Rule of Law** " الذي هو أسمى تعبير عن إرادة المواطنين، على الجميع الخضوع له دو استثناء لأنه المرجعية التي يحتكم إليها الجميع¹.

– **المساءلة: Accountability** " وتعني خضوع المؤسسات الحكومية والقطاع الخاص ومنظمات المجتمع المدني للمساءلة من طرف الجمهور والأطراف الأخرى ذات العلاقة، هذه المساءلة تختلف باختلاف المؤسسات وما إذا كان القرار داخليا أو خارجيا².

– **المساواة: Equality** " جميع الرجال والنساء لديهم الحق في الحصول على فرص متساوية لتحسين أوضاعهم والحفاظ على رفاهيتهم³.

– **الرؤية الإستراتيجية: Strategic Vision** " وهي الرؤية المبنية على معلومات ومعطيات سوسيو اقتصادية واجتماعية وثقافية مستنبطة من الواقع، تهدف إلى تحسين أوضاع السكان وتوعية المجتمع ككل⁴.

الملاحظ على هذه المعايير والمؤشرات أنها مترابطة مع بعضها البعض ومنسجمة بطريقة أو بأخرى مع القيم المعيارية للثقافة الديمقراطية والعدالة الاجتماعية، حيث تهدف في الوقت ذاته إلى تحقيق وإدامة حالة من الشرعية والإجماع في المجتمع من خلال إقرار كل من الشفافية والمساءلة وحكم القانون، مع تعزيز المشاركة والتشاركية وحقوق الإنسان؛ وذلك من أجل بلوغ مستوى معيشي أفضل لكافة أفراد المجتمع على تنوع فئاتهم وثقافتهم، وعليه فإن الجهد العلمي الجاد يجب أن ينص على محاولات الإحاطة بمفهوم الحوكمة المحلية ومعاييرها المختلفة وكيفية تناسب مع الواقع الذي نسعى لتطبيقه فيه أي الاستفادة منه وفق حالة الدولة وتبعاً لظروفها وأوضاعها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية؛ ونظامها البيئي المحلي.

2.4. آليات تجسيد الحوكمة المحلية:

إن بلوغ مستوى الحكم المحلي الرشيد رهين بتوفر مجموعة من الشروط والآليات التي تمنح الفاعل والمواطن الكفاءات الضرورية لتسهيل عملية مشاركة والتعبير عن آرائه، وعليه، فإن الحوكمة المحلية تقوم على⁵:

➤ **(تقوية وتوسيع اللامركزية):** تعتبر هذه الأخيرة الوسيلة المثلى لتفعيل قنوات الاتصال بين المواطن ومراكز صنع وتنفيذ القرار، أي تمتع الجماعات المحلية بالاستقلالية في عملها وسيرها من خلال منح بعض الصلاحيات.

¹ سميرة جيايدي، "الحوكمة الجيدة والتنمية المحلية"، مداخلة مقدمة خلال فعاليات اليوم الدراسي حول رهانات التنمية المحلية في أفق الجوهوية الموسعة، جامعة مولاي إسماعيل بكناس، المملكة المغربية، 08 مايو 2010، ص 05.

² Gianluca Misuraca, E-Governance in Africa From Theory to Action (A Handbook on ICTs for Local Governance), New Jersey: Africa World Press, 2007, P15.

³ John Graham, Bruce Amos, Tim Plumptre, "Principles For Good Governance in the 21 st Century", policy brief, No 15, Institute On Governance, Canada, August 2003, P03.

⁴ سميرة جيايدي، مرجع سابق الذكر، ص 05.

⁵ نضيرة دوباي، الحكم الراشد المحلي وإشكالية عجز ميزانية البلدية، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاد التنمية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة تلمسان)، 2009-2010، ص 147-155.

﴿ مشاركة المواطن في تسيير شؤونه المحلية ﴾: شرط أساسي لدفع عجلة التنمية المحلية من خلال توفير قنوات الاتصال مع المواطن سواء عبر المجتمع السياسي، اختيار المواطن لممثليه عن طريق الانتخاب، أو عبر المجتمع المدني لإبلاغ مطالبهم المتجددة إلى الحكومة.

﴿ اعتماد التسويق المحلي ﴾: أي مختلف الجهود المبذولة من طرف الجماعات المحلية من أجل خلق الثروة، وهو ما يجعلها تتخطى مشكلة العجز في ميزانيتها، وهذا عن طريق ترشيد النفقات مثلا من خلال قدرة البلديات على إمضاء عقود امتياز مع المؤسسات المختصة بتسيير المياه الصالحة للشرب، تسيير الأسواق، حظائر توقف السيارات وغيرها من المداخل.

﴿ اعتماد التكنولوجيا الحديثة للإعلام والاتصال ﴾: وهذا عبر اعتماد السلطات المركزية والجماعات المحلية على التقنيات الحديثة من خلال:

- الاهتمام بمحور التكوين في مجال استعمال الإعلام الآلي.
 - نشر ثقافة الاعتماد على التقنيات الحديثة ومحاولة إدماجها تدريجيا في مختلف الأجهزة الإدارية عن طريق فرض تربصات تدريبية مثل برامج التدريب الإلكتروني.
 - وضع شبكات اتصال محلية تسمح بالربط بين البلديات، الولايات والوزارة الوصية.
 - وضع مواقع الكترونية خاصة بالأجهزة المحلية.
- وفي هذا الصياغ ينبغي أن نشير إلى أن آليات إرساء الحكامة على المستوى المحلي تختلف باختلاف أهداف وعقائد وقيم المجتمعات والقواعد التي يقبلها الأفراد ونمط القيادة وما مدى تأثيرها في سلوك الأفراد والجماعات، وذلك من أجل دفعهم للعمل برغبة واضحة لتحقيق أهداف محددة، ففي بعض المجتمعات يتم التركيز على الكفاءة وفي أخرى على الانسجام بين المواطن ومراكز صنع القرار وفي ثقافات أخرى على الأولوية للحقوق الفردية والمشاركة.

5- أسس الحكامة المحلية ومكوناتها:

1.5. أسس الحكامة المحلية:

يمكن تصنيف الحكامة المحلية على أربع أسس، وهي¹:

- أ- **الحكامة السياسية**: أي الحكامة المحلية السياسية والتي تتمثل في الإجراءات المتعلقة باتخاذ القرار من أجل تطبيق إدارة ديمقراطية محلية.
- ب- **الحكامة الإدارية**: وهي تتمثل في الاتصالات المحلية، إدارة المصالح العمومية المحلية، إدارة المجتمع المدني، إدارة الموارد البشرية والوصاية الإدارية.
- ج- **الحكامة الاقتصادية والمحلية**: والتي من خلالها يمكن إلقاء الضوء على بعض الأساليب لتعبئة الموارد الداخلية والخارجية على المستوى المحلي، في إطار إدارة واستغلال الأصول التابعة للبلدية.
- د- **الحكامة الموازية والمالية**: وهي تتمثل في الإجراءات بإعداد الموازنة الخاصة بالبلدية من خلال التنفيذ والرقابة والمتابعة والسيطرة على الموازنة البلدية.

2.5. (الفواعل) المكونات الأساسية للحكامة المحلية:

على غرار الحكامة في بعدها الوطني، تقتضي الحكامة المحلية وجود فواعل رسمية وغير رسمية هي²:

¹ حمزة برايج، مرجع سابق الذكر، ص 40.

² بلال عروفي، مرجع سابق الذكر، ص 49.

◀ **دولة فاعلة:** فلكي تتمكن الحكومة المركزية من نقل بعض اختصاصاتها للسلطات اللامركزية بما يحقق الفعالية عليها أن توفر الآليات التالية:

- تغطية الحاجيات المادية بما يكفل تلبية الاحتياجات الشعبية.
 - وضع نظام (قانوني) رقابي فعال يسمح بمراقبة السلطات المحلية وتنظيمها.
 - ضرورة التنسيق بين المستويات المختلفة لتوفير القدر الكافي من الشفافية والمساءلة والتمثيل.
- ◀ **مجتمع مدني مشارك:** باعتباره من أهم قنوات الاتصال الفعالة التي تربط بين السلطات المحلية والمواطنين المحليين لإيصال مختلف احتياجاتهم ومطالبهم.

إن التعريف الأهم للمجتمع المدني من حيث الذبوع والانتشار ومن حيث تضمنه سمات هذه المنظمات بدقة هو ذلك الذي قدمه محمد قنديل المجتمع المدني هو " مجموعة التنظيمات التطوعية المستقلة ذاتيا التي تملأ المجال العام بين الأسرة والدولة هي غير ربحية تسعى إلى تحقيق منافع أو مصالح للمجتمع ككل أو بعض فئاته المهمشة أو لتحقيق مصالح أفرادها ملتزمة بقيم ومعايير الاحترام والتواضع والإدارة السامية للاختلافات والتسامح وقبول الآخر " ¹. فالملاحظ على هذا التعريف انه يلخص لنا مختلف الأفكار والمفاهيم التي تضمنها مفهوم المجتمع المدني منذ بذوره الأولى في الفكر السياسي وحتى الألفية الثالثة.

◀ **المواطن " The Citizen ":** هو فاعل أساسي تقوم عليه السياسة العامة المحلية، فالمواطن مستهلك، وهو نواة الجمعية وهيئات المجتمع المدني، ونواة لقطاع الخاص، به وله تقوم السياسة العامة المركزية ثم المحلية، وإشراكه في عملية صياغة السياسة العامة المحلية ليس تجاوزا للخيارات التمثيلية، بل إتاحة فرصة لمشاورة الطرف المتلقي للسياسة العامة، الذي يسمح التشاور معه ومحاورته بتفادي الفشل التنموي والأخطاء التسييرية التي تضع الفرص التنموية على الساكنة، فالمواطن حسب الجيل الثالث من المناظير الحقوقية بحاجة إلى كافة الحقوق الحياتية المادية منها والمعنوية حتى يكتمل شعوره بالحرية، وهي حقوق مترابطة وغير قابلة للتجزئة، عندما يحصل عليها المواطن، يكون قادرا على تأدية واجباته من الخدمة العمومية ².

◀ **قطاع خاص تنافسي:**

" ما يصلح لجنرال موتورز " General Motors " يصلح للبلاد" كما يقول: "صامويل هنتغتون"، فالقطاع الخاص هو فاعل أصبح إدماجه أكثر من ضرورة بعد فشل المؤسسات العمومية في تدبير المرافق العمومية عن طريق أنماط وتوجهات تسيير غير صائبة، فمنحت هذه الآلية للشراكة مع القطاع الخاص فرصا حقيقية لتدبير المرافق المحلية عن طريق عقد الاتفاقيات التي تسهل الشراكة والتعاون الشرعي وخلق أنماط من (الاقتصاد المختلط، التدبير المفوض، عقود الامتياز)، حتى يعود تنفيذ السياسات التنموية المحلية من طرف القطاع الخاص، أكثر فعالية من الناحية التنموية، وبعيدا عن المزيد من الصراع المجتمعي وتضارب المصالح " Conflict of Interests "، أو سيطرة جماعات المصالح " Stakeholder "، والجماعات الضاغطة " Establishment Elits and Lobby " والنفوذ " Leverage " ³.

¹ أماني قنديل، الموسوعة العربية للمجتمع المدني، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، مكتبة الأسرة، 2008، ص 64.

² قوي بوحينة، مرجع سابق الذكر، ص 70-71.

³ عصام بن شيخ، الأمين سويقات، إدماج مقارنة الديمقراطية التشاركية في تدبير الشأن المحلي - حالة الجزائر والمغرب - (دور المواطن، المجتمع المدني والقطاع الخاص في صياغة المشروع التنموي المحلي)، قسم العلوم السياسية، جامعة ورقلة، متوفر على:

<https://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/11164/1/aissam%20benchikh.pdf>, consulté le 10/04/2017 heure 18:00.

من خلال ما سبق ذكره يمكن اعتبار أن هذه الفواعل والقطاعات (الدولة، المجتمع المدني، القطاع الخاص، المواطنين) تمثل عقدا جديدا للحكامة المحلية الجيدة، وتلتقي ادوار هذه الفواعل فيما بينها من اجل الوصول إلى تحقيق الهدف الاستراتيجي الأساسي ألا وهو إرساء الحكامة في بعدها الوطني والمحلي وتحقيق التنمية ولكل مكون من هذه المكونات له مجاله الذي يعمل فيه وفق هذا الهدف.

خاتمة:

إنه ليس هناك مفهوم محدد للحكامة المحلية، فهي تتفاوت بتفاوت وتعدد الجهات التي تناولتها بالتحليل، وقد ساهمت في بلورة هذا المفهوم المنظمات الدولية التي تدعم سياسات التنمية، وعلى رأسها منظمة الأمم المتحدة، وكذا العديد من المنظمات الدولية والإقليمية الأخرى، فضلا عن التراكم العلمي الأكاديمي في هذا المجال.

ومن المهم جدا عدم إهمال دور الخصوصية السياقية لظهور مفهوم الحكامة المحلية في تحديد هذا المفهوم بدقة، لكن المتفق بشأنه هو أن الحكامة المحلية تستهدف تحقيق مصلحة عموم الناس في المجتمع، نظرا لكونها نسقا من المؤسسات المجتمعية الممثلة لجميع الأطراف والفئات.

وتقوم الحكامة المحلية على المساءلة والشفافية والمشاركة وحسن الاستجابة والمساواة، وترتكز على جملة من آليات أهمها تقوية وتوسيع اللامركزية، اعتماد التسويق المحلي، إدماج التكنولوجيا الحديثة للإعلام والاتصال في الأجهزة الإدارية، وتقتضي أيضا وجود فواعل رئيسية (الدولة، المواطنين، مكونات المجتمع المدني، القطاع الخاص).

هذه الأخيرة أصبحت تؤدي دور الحسم في الكثير من القضايا الخورية في المجتمع الذي تعيش فيه، بغية الوصول إلى هدف أسمى هو القضاء على الفقر والحرمان بمختلف مستوياته وأنواعه، وتحقيق التنمية المحلية المستدامة.

التفسير الخلدوني للعصبية والتفسير الغربي للظاهرة العرقية؛ جدلية الطبيعي والوظيفي

Khaldooni explanation of clannishness and Western interpretation of the ethnic phenomenon; Natural and functional dialectic

لُراري علي، أستاذ محاضر قسم (ب)،

المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/11/26 – تاريخ المراجعة: 2017/12/31.

ملخص:

يتناول هذا المقال موضوع العصبية عند ابن خلدون وظاهرة العرق أو الإثنية لدى علماء الغرب، وانطلاقا من التطابق والتماثل الحاصل بين هاتين الظاهرتين، حاولت الدراسة تبيان بعض أوجه التطابق بين التفسير الخلدوني للعصبية مع التفسير الغربي للإثنية، من خلال التركيز على المضامين الطبيعية والوظيفية (السياسية والاجتماعية)، لنصل إلى نتيجة أساسية مفادها أنّ ابن خلدون استطاع أن يدرك التعقيد الذي تمثله العصبية باعتبارها هوية ذات منشأ طبيعي ووظائف وغايات سياسية، وهي النتيجة التي وصلت إليها الدراسات العرقية الحديثة.

الكلمات المفتاحية:

العصبية، العرقية السياسية، العرق، الهوية، القومية.

Abstract:

This paper analyses two similar phenomena, Aqabia and ethnicity. by following the same path taken by the Arab sociologist ibn khaldoun and Western sociologists and political scientists specializing in ethnic and national issues, we arrived at this precise result: the relevance of an approach that combines the primordial theses and the functionalist theses.

Keywords:

Aqabia, ethnicity, nationalism, primordialism, identity.

مقدمة:

يعتبر العلامة عبد الرحمن ابن خلدون رائدا من رواد الدراسات العرقية، حتى وإن كانت المفاهيم أو المصطلحات الحديثة التي يوظفها علماء الاجتماع والأنثروبولوجيا، لتفسير الظواهر العرقية، مفاهيم حديثة لم يدرج الأولون على استخدامها. بيد أنّ تناول ظاهرة العصبية بكلّ مكوناتها ومسبباتها كما صاغها وبلورها عبد الرحمن ابن خلدون هو ولوج في مجال الدراسات العرقية، بل إنّ الدراسات العربية للظواهر العرقية وكذا القومية تحتاج إلى الثراء المفاهيمي والمعرفي الذي خلفته الدراسات الخلدونية.

تنطلق إشكالية هذا المقال من كون ابن خلدون في تحليله لظاهرة العصبية لم يكتف بعامل واحد محدّد لها، بل إنّ في هذا المقام يختلف عن من سواه من العلماء المحدثين أو الأقدمين. وهو ما يجعل المقال يحاول الإجابة عن السؤال التالي: هل تعتبر ظاهرة العصبية في المنظور الخلدوني ظاهرة طبيعية غريزية متأصلة أم أنّها ظاهرة اجتماعية وسياسية؟.

إنّ تناول الموضوع من هذا الجانب؛ هو منطلق لمقارنة الطرح الخلدوني بالمقاربات والنظريات الحديثة المفسّرة للظاهرة العرقية. وهو ما نتطرق له من خلال المحاور الثلاثة التالية.

المحور الأول

ثنائية: " البداوة والحضارة " الخلدونية مقابل ثنائية: " الجماعة والمجتمع الحديث " الغربية

دأب التحليل الاجتماعي الغربي الحديث منذ القرن التاسع عشر على إيجاد تمايز حدّي بين المجتمعات السابقة والمجتمعات التي سمّاها: " حديثة "، بل إنّ لم يكن يطلق عليها، في كثير من الأحيان، بالمجتمعات (sociétés) مفضّلا مفاهيم أخرى بدلا عنها. ويعتبر " فرديناند تونيز (Ferdinand Tönnies) أشهر من نظر لهذا التمايز، حين اعتقد بوجود نسقين اجتماعيين متميّزين هما النسق الاجتماعي

القائم على التضامن وسمّاه: " الجماعة " (*gemeinschaft* بالألمانية و: *communauté* بالفرنسية) والنسق الاجتماعي القائم على التعاقد أو " المجتمع " (*gesellschaft* بالألمانية و: *sociétés* بالفرنسية)¹. وهو نفس الفهم الذي نبّده فيما بعد؛ عند عالم الاجتماع الفرنسي " إميل دوركايم "؛ الذي تأثر كثيرا بـ " فرديناند تونيز "؛ الذي قسّم الأنساق الاجتماعية حسب أنماط التضامن السائدة، فالمجتمعات التي يسود فيها التضامن الآلي أو الميكانيكي هي المجتمعات التقليدية القديمة، بينما المجتمعات الحديثة يسود فيها التضامن العضوي. هذا التقسيم شكّل المنطلق الذي طبع التحليل " الفيري " لتطور المجتمعات، من مجتمعات تقليدية تخضع للأفعال الاجتماعية العاطفية (*actions sociales affectives*) ومجتمعات حديثة تخضع للأفعال الاجتماعية العقلانية (*actions sociales rationnelles*)، وضعت تقسيمات ابن خلدون لمنطق مماثل، فقد قسّم كذلك المجتمعات إلى مجتمعات بدوية ومجتمعات حضرية، فثنائية البداوة والحضارة (*bédouinité - citadinité*) في التفكير الخلدوني يمكننا مطابقتها بالثنائية الغربية (الجماعة - المجتمع أو ما قبل الحداثة - الحداثة).

وتزداد درجة التماثل عندما نستعرض خصائص المجتمعات البدوية عند ابن خلدون، ونقارنها بخصائص المجتمعات التقليدية أو ما قبل الحديثة عند " تونيز، دوركايم وماكس فيبر "، فالمجتمعات البدوية أو القبلية حسب ابن خلدون؛ مجتمعات يسود بين أفرادها التآلف والحمية والتعاون وهي سمات تقترب من مفهوم التضامن الآلي أو الميكانيكي الذي يطبع المجتمعات التقليدية أو البسيطة حسب إميل دوركايم. فالتعاون هو السمة البارزة في هذه المجتمعات البدوية حيث كتب ابن خلدون مقدّمته: " اعلم أنّ اختلاف الأجيال في أحوالهم إنّما هو باختلاف نحلّتهم في المعاش، فإنّ اجتماعهم إنّما هو للتعاون على تحصيله والابتداء بما هو ضروري منعه ونشيطه قبل الخاص والكمالي " ².

إذ أن ابن خلدون يميّز بين المجتمعين لوجود تباين في تحصيل المعاش (نمط الإنتاج إذا استعملنا المفهوم الماركسي)، وأهل البادية يمارسون نشاطا اقتصاديا يقوم على الرعي والتّرحال (*nomadisme pastorale*) وهو نشاط يتطلّب التكاتف والتآزر، وفي هذا التّماثل لا يوجد تمايز كبير بين أفراد الجماعة، لأنّهم يقومون بنفس الأدوار الاقتصادية والاجتماعية عكس النمط المعاشي السائد في المدن والحوضر. فإذا عدنا إلى العالم الاجتماعي: " إميل دوركايم " سنصل إلى الملاحظات نفسها، ففي كتابه المشهور: " حول تقسيم العمل الاجتماعي " (*de la division du travail social*) يرى " دوركايم " أنّ المجتمعات التقليدية التي يميّزها التضامن الآلي أو الميكانيكي لا يوجد فيها تقسيم واضح للعمل الاجتماعي، فأفراد المجتمعات التقليدية يقومون بالأدوار الاجتماعية نفسها، وهو ما يمنع من حدوث ظاهرة التخصص (*La spécialisation*). فهذه المجتمعات تميّز بالبساطة، بينما المجتمعات الحديثة تميّز بالتعقيد الحاد والتقسيم الواضح للعمل الاجتماعي ³.

فلا يقف الأمر عند هذا الحد، بل يمتد هذا التمييز بين الأنساق الاجتماعية إلى مجالات أخرى، من خلال التمييز بين الجماعات القاعدية (*groupes de bases*) والتي يقصد بها القبيلة والعرق والعشيرة، وبين المجتمعات الأرقى، فالتفسير التطوري أصبح السمة البارزة في التحليل الاجتماعي، ابتداء من منتصف القرن التاسع عشر، لتظهر آثاره في الدراسات العرقية حيث يرى كل من " جون لو أمسال " (*Jean-Loup Amselle*) و " إليكيا أمبوكولو " (*Elikia M'Bokolo*) أنّ: " تمييز الشعوب المتحضرة عن الشعوب غير المتحضرة التي كانت تعتبر شعوبا مجردة من التاريخ، ومن أجل التفريق بينها وبين الشعوب المتحضرة كان يتوجب على الباحثين الأوروبيين استعمال مصطلح قادر على تحديد الفوارق الموجودة بين هذه الجماعات (*communautés*) عن المجتمعات (*sociétés*) الغربية، فالميزة التي

¹ جون سكوت، خمسون عاما اجتماعيا أساسيا، ترجمة: رشا جمال، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، 2012، ص.92.

² عبد الرحمن بن خلدون، مقدمة بن خلدون، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، 2009، ص.58.

³ Emile, Durkheim, de la division du travail social, Paris, Presse universitaire de France, 1991, p.56.

تجعلهما مختلفين، وتجعل الأولى أدنى من الثانية هو افتقاد الأولى للتاريخية (l'historicité)، وعليه أصبحت مصطلحات مثل العرق والقبيلة مرتبطة بالتقسيم الذي كان قائما بين علم الأنثروبولوجيا وعلم الاجتماع: (مجتمعات بلا تاريخ/مجتمعات بتاريخ)، (مجتمعات قبل صناعية/ مجتمعات صناعية)، (مجتمعات بدون كتابة/ مجتمعات بكتابة)، (جماعات محلية / communautés / sociétés)¹.

المحور الثاني

التفسير الخلدوني للعصبية مقابل التفسير الغربي للإنثنية؛ جدلية الغريزي والمكتسب

إن ظاهرة العصبية عند عالم الاجتماع " ابن خلدون " ظاهرة معقدة، عجز علماء الاجتماع العرب والأوروبيين عن تقديم تعريف جامع ومانع لها، وعليه، سنحاول في هذا المجال الضيق تقديم بعض التعريفات لإدراك حجم الاختلاف في فهم هذه الظاهرة، وهي في نظر الباحثة " زينب محمود الخضيرى " تعريفات قامت على أساس تأويل ما جاء في المقدمة عن هذا المفهوم².

ويرى " عبد الرزاق مكّي " أنّ كلمة عصبية تمت بصلة الاشتقاق إلى كلمة العصب بمعنى الشّدّ والربط، والعصابة بمعنى الرابطة، وأنّ الأصل في معناها أنّها الرابطة المعنوية التي تربط بين ذوي القرى والرحم، بدليل أنّ اللغة العربية تسمّي ذوي القرى باسم " العصب " ³. بينما يرى " طه حسين " أنّ أساس العصبية هو رابطة الدم، بالرغم من أنّ " ابن خلدون " بيّن في مقدمته أنّ العصبية لا تشمل فقط الذين تجمعهم رابطة الدم فقط، بل تتعدّها إلى أهل الولاء والحلف، حيث يقول " ابن خلدون: " إذا اصطنع أهل العصبية قوما من غير نسبهم أو استرقوا العبدان والموالي والتحموا به، ... ضرب معهم أولئك الموالي والمصطنعون بنسبهم في تلك العصبية ولبسوا جلدتهم كأهل عصبيتهم وحصل لهم من الانتظام في العصبية مساهمة في نسبها " ⁴.

وبالرغم من ذلك يرى " عبد الرحمن بدوي " أنّ السمة المتأصلة في العصبية هي رابطة الدم، فهي حسب ظاهرة عنصرية، بينما السمات الأخرى هي سمات دخيلة وثانوية. أما علماء الغرب فيرون أنّ العصبية ظاهرة معقدة، كما بيّن ذلك " Yves Lacoste "، ويرجع ذلك لأنّ محتواها وغاياتها متعدّدة فهي ظاهرة اجتماعية لها غايات ووظائف سياسية. بينما يرى فيها " ارون روزنتال " أنّها القوة المحركة لمصير الدولة، بالرغم من نشأتها في مجال بدوي وقبلي يسبق تشكّل الدولة، في حين يعتقد " غاستون بوتول " (Gaston Bouthoul) أنّ العصبية هي التضامن أو التكاتف القبلي⁵.

لكنّ الباحثين المتخصّصين في الدراسات الخلدونية، لاحظوا أنّ سبب هذا التعقيد يعود إلى طبيعة هذه الظاهرة أو جوهرها، فأحيانا يضيف عليها ابن خلدون مضمونا طبيعيا غريزيا، وفي بعض الأحيان يصوّرهما على أنّها ظاهرة اجتماعية وسياسية. و هو هنا يجمع بين مقاربتين مختلفتين، فتصويره للعصبية على أنّها ظاهرة طبيعية، تبدو واضحة في بعض الفقرات من المقدمة، وأهمّها الفقرة التي يقول فيها: " إنّ صلة الرحم طبيعي في البشر إلّا في الأقل، ومن صلتها النعمة على ذوي القرى وأهل الأرحام أن ينالهم ضيم أو تصيبهم هلكة، فإنّ القريب يجد في نفسه غضاضة من ظلم قريبه أو العدا على ويود لو يحول بينه وبين ما يصله من المعاطب والمهالك، نزعة طبيعية في البشر مذ كانوا " ⁶.

¹ Amselle J.-L. et M'bokolo E. (sous la dir.de), *Au cœur de l'ethnie. Ethnie, tribalisme et Etat en Afrique*, La Découverte, 1985, p.15.

² زينب محمود الخضيرى، فلسفة التاريخ عند ابن خلدون، دار الناشر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص.162.

³ عبد الرزاق مكّي، الفكر الفلسفي عند ابن خلدون، دار الكتاب العربي، الإسكندرية، مصر، ص.155.

⁴ المقدمة، (لابن خلدون)، ص.118.

⁵ Georges Labica, *Politique et religion chez Ibn Khaldoun, Essai sur l'idéologie musulmane*, Alger, SNED, 1978, p.85.

⁶ المقدمة، (لابن خلدون)، المرجع نفسه، ص.112.

وفي المقابل، نلاحظ أنّ المقاربات المفسّرة اختلفت في تفسير ظاهرة أخرى مقارنة ومشابهة لظاهرة العصبية وهي " الإثنية "، فكما أنّ " ابن خلدون " أعطى للعصبية في بعض المرات مضمونا طبيعيا، أعطى بعض خبراء الدراسات العرقية والقومية محتوى طبيعيا للإثنية، حيث ظهر هذا التوجّه لدى أنصار التيار الطبيعي البيولوجي الذين تأثروا بالمقولات الداروينية والمقاربات الجيوسياسية التقليدية، لذلك، فقد اختزل هذا التيار مختلف العلاقات الاجتماعية في بعدها البيولوجي، بل ذهب بعض رواد هذا التيار إلى القول بوجود تطابق في الدوافع العامة للسلوك عند الإنسان و الحيوان، إذ يعتقد " Van Den Berghe " أنّ المجتمعات البشرية توحدّها وتجمعها المصالح الخاصة لأفرادها، على غرار المجتمعات الحيوانية، فغريزة البقاء هي التي تجعل الأفراد يجتمعون، والسلوك الإيثاري (L'altruisme) عند الإنسان ما هو في حقيقة الأمر إلا تعبيراً عن الأنانية الطبيعية في الإنسان، ويسلم " Van Den Berghe " أنّ البشر مثلهم مثل المجتمعات الحيوانية، فهي مبرمجة جينيا لحفظ النوع والتناسل وهو ما يساهم ليس فقط في إعادة إنتاج جينات الفرد ولكن حتى جينات أقربائه¹.

وعليه، فإنه وفقا للتصور العام الذي صاغه " Van Den Berghe " تصبح الإثنية امتدادا طبيعيا لمبدأ القرابة (la parenté)، بل إنه يرى بأن الانتماء العرقي وسيلة من وسائل الانتقاء الطبيعي، التي يتم من خلالها تقوية قدرات الفرد على البقاء والتكيف وفق التصوّر الدارويني لفكرة الصراع من أجل البقاء، لكنّ المسألة تصبح أكثر تعقّدا عندما يقرّ أنّ ظاهرة محاباة الأقارب " le "népotisme" تمنح للجماعات التي تعتمد امتيازاً على الجماعات التي لا تعتمد على المحاباة، فالهوية العرقية والسلوكيات التي تحدّدتها تتحدّر عند الإنسان ببرمجة جينية بصورة تجعل الفرد يميل للأقارب على حساب الأجانب². وعلى هذا الأساس تصبح ظاهرة التمرّك العرقي (l'ethnocentrisme) ظاهرة تأصيلية (atavique) ولا شعورية، أي إنّ الإنسان حسبه متمركز عرقيا دون أن يشعر بذلك³. وفي نفس الوقت ظهر تيارا طبيعيا آخرّا لكنّه، لم يكن يتصّف بنفس القدر من التطرّف، أطلق عليه أصحابه " التيار البرموديالي أو الأولي " (Le primordialisme).

وفي هذا الشأن يُنسب مصطلح (primordial) إلى ادوارد شيلز " Edward Shils "، الذي استعمله أول مرة في كتابه الذي نشر سنة 1957 تحت عنوان: " Primordial, personal, sacred and civil ties "، ليدعم أطروحته حول أهمية الجماعات الأولية (les groupes primaires) في عملية الاندماج وإنشاء المجتمعات الكبرى، فحسب " شيلز "، إنّ ما يسمح للمجتمعات من الاشتغال والاستمرار في الأوقات العادية، أي خارج أوقات الأزمات هو إنجاز الأفراد العاديين لمهامهم ضمن بيئتهم المباشرة (محيطهم الاجتماعي الضيق)، ففي سلوكه اليومي، لا يكون الإنسان موجّهاً بإيديولوجية مجردة أو بتصور واضح للعالم وللمجتمع، ولكن بانخراطه في علاقات شخصية طبيعية يصبغ عليها " شيلز " صفة الأصلية أو الأساسية. وهذه الروابط حسبه غير قابلة للوصف كرابطة القرابة وهي روابط تتميز بمستوى عال من التضامن الذي تولّده⁴.

من هنا يقترب " شيلز " من تصوّر " إميل دوركايم "، الذي يرى في هذا الشكل من الروابط القاعدة الأساسية التي تتشكّل منها الروابط الاجتماعية الأولية، وهو التصوّر نفسه الذي جعله ينتقد الطرح النفعي للتضامن. ففي كتابه حول تقسيم العمل الاجتماعي يرى " دوركايم "؛ أنّ ما يخلق التضامن ليس التعاون (la coopération) كما يرى " هربرت سنسر " " Spencer "، ولكن ذلك يرجع لقوى دافعة لا يتحكّم فيها الأفراد كرابطة الدم (affinité du sang)، الارتباط بنفس الحيز المكاني (الأرض)، تقديس الأجداد وتطابق العادات، ولا ينتظم التعاون بين الأفراد إلا بعد تشكّل هذه المجموعة وفق هذه الأسس⁵.

¹ Pierre Van Der Bergh, *Man in Society: a Biosocial View*, New York: Elsevier, 1975, p.19.

² Ibid, p.61.

³ Ibidem.

⁴ Philippe Poutignat, Jocelyne Streiff-Fennart, , *Théorie de l'ethnicité*, Paris : PUF, 1995, p.35.

⁵ Emile Durkheim, *De la division du travail social*, Op-cit, p.262.

وقد سار " Clifford Geertz "، في المسار نفسه الذي ابتدأه " ادوارد شيلز " باعتقاده بوجود صنف من الروابط الاجتماعية يخضع للانجذاب أو الاستئناس الطبيعي أكثر من خضوعه للتفاعل الاجتماعي، وهو صنف يعبر عن روابط أولية طبيعية يمكن أن ندرج ضمنها روابط الدم، الطوائف الوراثية، الدين، اللغة، الانتماء الجهوي والعادات. ويعتقد " Geertz " أن هذه الروابط الأولية يمكنها أن تتخذ طابعا جهويا، قبليا أو عرقيا، وهي روابط أقوى من الروابط الطبقية، الحزبية، المهنية والنقابية، لأنها قادرة على منافسة الأمة كوحدة اجتماعية جامعة وشاملة لأنها تنطلق من اعتبارات مماثلة للقومية.

وترجع أهمية الأبحاث التي قام بها " Geertz " في كونها تسمح للباحثين في حقل الدراسات العرقية من فهم بعض خصائصها التي تجعل من الهوية العرقية باعتبارها هوية أساسية و أولية منافسة للروابط المدنية (liens civils) وهو ما تنطلق منه بعض الدراسات العرقية بالرغم من رفضها لهذا الاتجاه الطبيعي.

المحور الثالث

الوظيفة السياسية والتعبوية للعصبية والإثنية

وفي مقابل الأطروحات الطبيعية والبيولوجية، التي ترى أن كل من العصبية والإثنية ما هي إلا روابط خاضعة للغريزة والطبيعة البشرية المتأصلة، هنالك مقاربات تعتقد أن جوهر هاتين الظاهرتين اجتماعي وسياسي بالدرجة الأولى.

فابن خلدون يرى أن الغاية التي تصبو إليها العصبية هي الملك كما ورد في المقدمة، وذلك لأن قدمنا أن العصبية بما تكون الحماية والمدافعة والمطالبة وكل أمر يجتمع عليه، وقدّمنا أن الآدميين بالطبيعة الإنسانية يحتاجون في كل اجتماع إلى وازع وحاكم يزع بعضهم عن بعض، فلا بد أن يكون متغلبا عليهم بتلك العصبية، وإلا لم تتم قدرته على ذلك، وهذا التغلب هو الملك وهو أمر زائد على الرئاسة، لأنّ الرئاسة إنما هي سؤدد وصاحبها متبوع، وليس له قهر في أحكامه. وأما الملك فهو التغلب والحكم بالقهر، وصاحب العصبية إذا بلغ إلى رتبة طلب ما فوقها، فإذا بلغ رتبة السؤدد والإتباع ووجد السبيل إلى التغلب والقهر لا يتركه؛ لأنّه مطلوب للنفس ولا يتم اقتدارها عليه إلا بالعصبية التي يكون بها متبوعا، فالتغلب الملكي غاية للعصبية كما رأيت¹.

وبالرغم من أن " ابن خلدون " اعتبر العصبية رابطة طبيعية فطرية كما بيّنا واعتبرها امتدادا لصلة الرحم (رابطة الدم)، غير أنّه لم ينف وجود استغلال أو توظيف سياسي لهذه الرابطة، فصاحب العصبية (الأمير أو القائد السياسي) يدرك جيدا قوة هذه الرابطة في تعبئة وشحن الأفراد حيث يقول " ابن خلدون " أن : "... وذلك أننا قرّنا أن المغالبة والممانعة إنما تكون بالعصبية لما فيها من النعرة والتذامر واستماتة كل واحد منهم دون صاحبه، ثم إنّ الملك منصب شريف ملذوذ، فيقع فيه التنافس غالبا وقلّ أن يسلمه أحد لصاحبه إلا إذا غلب عليه، فتقع المنازعة وتفضي إلى الحرب، القتال والمغالبة، وشيء منها لا يقع إلا بالعصبية " ².

أما في الدراسات العرقية الحديثة لاسيما الغربية منها، فلقد أصبحت تركز على البعد السياسي والاجتماعي للظاهرة الإثنية بدلا عن التفسير الطبيعي البيولوجي، فلقد خلص الباحثون في مسألة التوظيف السياسي للعرقية إلى نتيجة أساسية وهي؛ أن العودة إلى العامل العرقي تنطوي على امتياز كبير لا تحقّقه المرجعيات الأخرى، فالخطاب السياسي القائم على العرق يخاطب العواطف والأحاسيس، بينما الخطابات الأخرى قد تخاطب العقل، بحيث أن النخب السياسية الموظفة للخطاب العرقي قد لا تجد صعوبة في نقل رسالتها، بينما تجتهد الخطابات الأخرى اجتهدا كبيرا لإقناع العامة، ولكنها قد تعجز عن خلق رأي عام مساند لطروحاتها.

الأمر الذي جعل " كارستن فيلاندر " في دراسته حول التوظيف السياسي للعرق في كل من البوسنة، الهند، وباكستان يصرّح بالقول: " ومن هنا (أي انطلاقا من طبيعة الخطاب العرقي) يمكن تفسير لماذا يكون من الممكن، في عصور الجدل السياسي المفتقر إلى

¹ المقدمة، لابن خلدون، المرجع السابق، ص.115.

² المرجع نفسه، ص.127.

الديمقراطية وبمساعدة النماذج العرقية (الاثنية)، الوصول إلى قفزة إلى الأمام في التعبئة. كما حدث في أول انتخابات حرة في يوغسلافيا ما بعد الشيوعية أو تحت مظلة الاستعمار - وعلى هذا فالخصائص المميزة الأصلية الإثنية هي المرساة التي يمكن للمشروعات السياسية أن ترسو عندها بسهولة ¹.

ويعتقد "كارستن فيلاندر"؛ أنه ما من شك في أنّ هذه الظاهرة كانت قائمة أيضا في ذهن "عزت بيكوفيتش" عندما قال: "حين تنادي إلى مناقشة علنية في الديمقراطية يأتي بضع مئات من المثقفين وعندما تتعلّق المسألة بالقومية تحصل على عشرات الألوف من كل الطبقات الموجودة في الشارع" ².

ويشارك "كارستن فيلاندر" في طرحه مع "بول براس Paul Brass" الذي درس هو كذلك المثال الهندي ووصل إلى نتائج مشابهة، بحيث اعتبر التّخّيب هي التي تعيد تشكيل الولاءات العرقية بما يخدم مصالحها، فبالنسبة إليه: "النخب والنخب المضادة داخل المجموعات العرقية تختار جوانب من ثقافة الجماعة وترتبط بها قيمة جديدة ومعنى جديدا، وتستخدمها رموزا لتعبئة الجماعة، وللدفاع عن مصالحها وكذا للتنافس مع الجماعات الأخرى" ³.

فمن خلال التّصوّر الذي يجعل الظاهرة العرقية وسيلة وعاملا تعبويا، تصبح الهوية العرقية مطلبا سياسيا قبل أن تكون ناتجا لتنشئة سياسية واضحة، فهي حسب هذا الطرح المنفعي (pragmatique) رد فعل للتّغيّرات في البنى المؤسسية، وفي علاقات القوى التي أفرزتها الحداثة - في حين يعتبر الطرح الحداثي كما ذكرنا سالفا العرقية بالهوية المتأكلة و المتقدمة - بل إنّ وظيفة تنظيم المصالح السياسية هي التي تحدّد الظواهر العرقية وليس العكس ليصبح التّطرّف إليها كظاهرة سياسية صرفة بحيث أصبح الباحثون يستعملون مفهوما جديدا للدلالة عليها هو: "العرقية السياسية political Ethnicity" ⁴.

خاتمة:

لقد انطلقنا في هذا البحث من مقارنة خلدونية صرفة وحاولنا مقارنتها بمثيلاتها الغربية لإيجاد نقاط تقاطع كفيلة بتأصيل المفاهيم والتصورات العربية للظواهر العرقية، وقد توصلنا إلى النتائج التالية:

إن التحليل الخلدوني للأنساق الاجتماعية يقترب في مناح عديدة من تحليل المدارس الغربية، فكلاهما ينظر إلى المجتمعات بمنطق تمييزي، أي التمييز بين المجتمعات البسيطة والمجتمعات المركّبة، فنجد أنّ الطرح الخلدوني قام على التفرقة بين المجتمعات البدوية والمجتمعات الحضرية، بينما نجده في الدراسات الغربية قد ميّز بين المجتمعات التقليدية والمجتمعات الحديثة، وهي مدرّكات تقوم على تصور تطوري وضعي، أثّرت تأثيرا واضحا على الدراسات العرقية في القرن العشرين.

كما أنّ "ابن خلدون" قدّم مفهوما للعصبية يقترب من المفاهيم الغربية الحديثة للظواهر العرقية حيث أعطاهم مضمونا طبيعيا، مثلما فعلت بعض المقاربات الغربية، سواء كانت طبيعية صرفة أو "بريموردالية" أي أولية، فهو كذلك أضفى على العصبية بعدا وظيفيا، حين قرّر أنّ الغاية التي تسعى لها كلّ عصبية هي الملك، فقد اقترب كثيرا من التيارات الوظيفية والتعبوية المفسّرة للظاهرة العرقية، والتي صاغت مفاهيم تفسيرية وجيهة كالعرقية السياسية.

¹ كارستن فيلاندر، الدولة القومية خلافا لإرادتها: تسييس الانتيات وأتنة السياسة (البوسنة، الهند، باكستان)، ترجمة: محمد جديد، دار المدى للثقافة والنشر، دمشق، سوريا، 2007، ص.44.

² المرجع نفسه، ص.44.

³ Paul Brass, Ethnicity and Nationalism: Theory and Comparison, London: Sage Publication, 1991, p.75.

⁴ Eriksen, Thoma shylland, " ethnicity and Nationalism: Anthropological Perspectives ", (www.Folk.vio.no/geither/ethnicity.html). (consulté le: 3/4/2012).

وعليه، يمكننا القول أنّ التفسير الخلدوني للظاهرة العصبية كفيل بمدّنا بالأدوات التحليلية اللازمة، لدراسة التّنافس السياسي في البيئة العربية، التي لا تزال المعايير والقيم الاجتماعية والسياسية متشبّثة بالبنى القبلية التقليدية.

Algerian Journal of Law And Political Science

A specialized international biannual Journal in Law and Political Science

Published by the institute of Juridical and Administrative Sciences

Ahmen Ben Yahia El-Wancharissi University Center of Tissemsilt

ALGERIA



The fourth issue / December 2017

ISSN: 2507-7635