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

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية

مجلة دولية دورية محكمة

تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بآفلو

المجلد 03 العدد 01
جوان 2020

ISSN: 2602-6287
ردمد: 2602-6287

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِن قَبْلِ
أَن يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴾

(سورة طه: الآية 114)

مجلة دورية دولية علمية محكمة

تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية

بالمركز الجامعي أفلو

المدير الشرفي للمجلة:

الدكتور طهاري عبد الكريم "رئيس المركز الجامعي"

مدير هيئة التحرير: الأستاذ زغودي عمر

مسؤول النشر: الأستاذ تربح مخلوف

هيئة التحرير:

أ/غقاقلية ياسين ----------أ/ جغيوة الطاهر

أ/عوية محمد----------أ/ ورنيقي شريف

أ/ حرشاوي محي الدين ---------- أ/ ميقارين يوسف

أ/ شربالي المواز----------أ/ بعاج محمد

التدقيق اللغوي:

د/ عثماني بولرباح

د/ بدير محمد

التدقيق والمراجعة:

أ/ يخلف عبد القادر

سكرتير:

د/ بدير محمد

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية

الإيداع القانوني: جانفي/2018

ردمد إلكتروني: 2661-7455

ردمد ورقي: 2602-6287

عنوان المجلة: البحوث القانونية والاقتصادية

الناشر: معهد الحقوق والعلوم السياسية-المركز الجامعي أفلو

المدير المسؤول: أ. زغودي عمر

الهاتف: 213698868682+

الفاكس: 21329161111+

البريد الإلكتروني للمجلة: droit.eco86@gmail.com

إصدارات المجلة في موقع المركز الجامعي: www.cu-aflou.dz

موقع المجلة على بوابة ASJP: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/512

اللجنة العلمية للمجلة:

من داخل الوطن

- أ.د/ خضراوي الهادي ---------- جامعة الأغواط	-د/ عبد الحليم بوقرين ---------- جامعة الأغواط
- أ.د/ برايك الطاهر---------- جامعة الأغواط	- أ.د/ زرارة صالحي الواسعة ---------- جامعة باتنة
- أ.د/ زازة لخضر---------- جامعة الأغواط	- أ. د/ عدالة العجال ---------- جامعة إبن باديس مستغانم
- أ.د/ شهيد قادة ---------- جامعة تلمسان	- أ.د/ بن زين محمد لمين---------- جامعة الجزائر1
-د/ النحوي سليمان ---------- جامعة الأغواط	- د/عائشة عمران---------- جامعة الأغواط
-د/ ميلود بن عبد العزيز---------- جامعة باتنة 1	- د/ رخروخ عبد الله----------المركز الجامعي أفلوا
- أ.د/ مقني بن عمار ---------- جامعة تيارت	- د/ بوسالم أبوبكر----------المركز الجامعي ميلة
-د/ عيسى جعيرن---------- المركز الجامعي أفلو	- د/ هني عبد اللطيف---------- جامعة سعيدة
-د/ مكي خالدية---------- جامعة تيارت	- د/ بوستة جمال----------جامعة ام البواقي
-د/ عزوز سارة---------- جامعة باتنة 1	- د/ نوارة حسين ----------جامعة تيزي وزو
- أ.د/ ياسمين لعجال---------- جامعة ورقلة	- د/ بلقنيشي الحبيب----------ملحقة سوقر
-د/ بن بعلاش خاليدة ---------- ملحقة سوقر	-د/ محمد ميزاولي ----------جامعة بشار
-د/ لحاق عيسى ---------- جامعة الأغواط	- د/ ديدوني بلقاسم---------- جامعة الأغواط
- د/ قطاف عبد القادر----------المركز الجامعي أفلو	- د/ كربوش أحمد----------المركز الجامعي أفلو
-د/ بديريحي ----------المركز الجامعي عين تموشنت	- د/ عثماني عبد الرحمن ---------- جامعة سعيدة
-د/بن عمر الحاج عيسى---------- المركز الجامعي أفلو	- د/ عثماني علي---------- المركز الجامعي أفلو
-د/ سهام صديق---------- المركز الجامعي عين تموشنت	-د/ نادية عمراني---------- جامعة بليدة 2
-د/ بوجاني عبد الحكيم---------- المركز الجامعي عين تموشنت	-د/ قرزان مصطفى---------- المركز الجامعي أفلو
- د/ فيروززروخي ---------- جامعة حسيبة بن بوعلي شلف	-د/ بليدي دلال---------- جامعة الطارف

من خارج الوطن

- د/أحمد فايز الهرش ---------- جامعة أنقرة، تركيا	- د/محمد فلة ---------- جامعة غرب إيريفو، مدغشقر
- أ.د/زايد علي زايد الغواري ---------- جامعة الشارقة	- أ.د/ حسن عزالدين الدياب-------- جامعة فرحات حشاد تونس
- أ.د/ محمد الطيف شيحه---------- جامعة الجبل الغربي ليبيا	- أ.د/ مالك المهدي ---------- جامعة الخرطوم
- د/ مصطفى عقراوي---------- جامعة دهوك التقنية، العراق	- أ.د/ عبد الله تغريد ---------- الجامعة المستنصرية
- أ.د/ علي جميل حرب ---------- جامعة لبنان	- أ.د/ صالح هويدي---------- الجامعة الأمريكية الشارقة
- أ.د/ أنور جمعة علي الطويل ---------- جامعة غزة- فلسطين	- أ.د/ محمد إقبال فرحات---------- جامعة قطر
- أ.د/ جمال محمد السيد ضلع---------- جامعة القاهرة	- د/ محمد سالم أبو يوسف---------- جامعة الإسراء، فلسطين
- أ.د/ فهد الراشد ---------- جامعة الكويت	- أ.د/ ثامر النوران ---------- جامعة الأردن
-د/خيرالله مشاعر---------- جامعة الخرطوم	- أ.د/ علي الكاسمي ----------جامعة المغرب
-د/ مصطفى الفوركي----أستاذ زائر بجامعة حسن الأول سطات	-د/ نبيل تقني ----------جامعة وجدة
-د/ مرتضى عبد الله خيري---------- جامعة ظفار سلطنة عمان	-د/ جواد الرباع---------- جامعة ابن زهر اكادير.المغرب
-د. طالبي سرور----------مركز جيل البحث العلمي	-د/ رشيد المدور----------جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء
-د/ زهري محمد---------- جامعة المنصورة	- د/ أعمرة المختار---------- جامعة محمد الخامس/ سلا/ الرباط
-- د/ إدورد نشأت---------- معهد العبور العالي للإدارة والحاسبات ونظم المعلومات - مصر	- د/ جهاد ضيف الله الجازي---------- جامعة الاميرة نورة بنت عبدالرحمن -السعودية
-د/ الصافي هشام عبد السيد---------- جامعة حلوان مصر	-د/حمد المكيمي هيلة----------جامعة الكويت

قواعد النشر في
"مجلة البحوث القانونية والاقتصادية"

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

1- تقبل البحوث ذات الصلة بالعلوم القانونية والاقتصادية وباللغة العربية أو الفرنسية أو الأنجليزية على حد السواء.

2- يشترط في المقال أن لا يكون قد سبق نشره أو تم تقديمه للنشر في جهات أخرى، أو مشاركاً به ضمن ملتقى.

3- أن لا يكون البحث جزء من كتاب، أو فصلاً من رسالة أو أطروحة جامعية.

4- يتعين أن لا يزيد عدد صفحات البحث عن 25 صفحة، و أن لا يقل عن 10 صفحات بما في ذلك المراجع والهوامش والملاحق إن وجدت مع إرفاقه بملخص لا يتجاوز نصف صفحة باللغة العربية، وآخر باللغة الإنجليزية.

5- يرفق المقال بسيرة ذاتية للناشر خاصة ما تعلق بالدرجة العلمية والجهة التي يعمل فيها.

6- تقوم هيئة التحرير بالمراجعة اللغوية والعلمية للمقال وتحكيمه.

7- تصبح البحوث والمقالات ملكاً للمجلة، ولا يحق للباحث أن يطالب بإعادتها أو إعادة نشرها إلا بعد الموافقة من طرف إدارة المجلة.

8- يخضع ترتيب البحوث والمقالات لإعتبارات فنية فقط دون سواها.

9- يراعى في المقال إعتماد الأصول العلمية والمنهجية المتعارف عليها في كتابة البحوث الأكاديمية،

10- نوع وحجم الخط في المتن والهامش:

- ✓ نوع وحجم الخط في المتن: (الخط باللغة العربية Simplified Arabic) حجم : 14
  (الخط باللغة الأجنبية Times New Roman) حجم : 12
- ✓ نوع وحجم الخط في الهامش: (الخط باللغة العربية Times New Roman) حجم : 12
  (الخط باللغة الأجنبية Times New Roman) حجم : 10

11- الصفحة من الحجم A4

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

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

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

14- يجب ذكر قائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

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

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

17-للتفاصيل أكثر حول شروط النشر والإطلاع على مختلف أعداد المجلة، قم بزيارة البوابة الجزائرية للمجلات العلمية ASJP، وهذا بالدخول إلى موقع المجلة عبر المنصة التالية : https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/512

<u>ملاحظة :</u>

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

ولا تعبر الآراء الواردة ضمن هذا العدد بالضرورة عن رأي المجلة.

افتتاحية العدد

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

تتواصل جهود أسرة التحرير في العمل وضمان استمرارية المجلة وصدور أعدادها بانتظام، كما يتواصل عطاء الباحثين ممن اختاروا هذه المجلة لتكون صوتا لجهودهم البحثية واجتهاداتهم العلمية، وإذ نحن اليوم أمام صدور العدد السابع من أعداد المجلة والذي تضمن في جعبته عديدا من المساهمات العلمية في مجال القانون وكذا الاقتصاد، من داخل الوطن ومن خارجه.

أما عن المساهمات في مجال القانون، يتضمن العدد دراسات علمية تعالج المشاكل القانونية في ضوء الظروف الراهنة وهو ما نلمسه من تلك المتعلقة بحماية المستهلك في زمن الندرة بسبب الازمات، كما يتضمن العدد في طياته دراسات تتناول الظواهر الاجتماعية الراهنة في نظر القانون بمختلف مصادره والنتائج المترتبة على كل ذلك كتلك المتعلقة بالعنف الأسري، وإذ تحضر الدراسات في القانون الدستوري ضمن هذا العدد، كتلك المتعلقة بالمعارضة البرلمانية وعلاقتها بالمجتمع المدني في النظام السياسي الجزائري وأخرى تتعلق بتقييم البرلمانات للسياسات العمومية، فضلا عن دراسات أخرى في فروع متعددة لا تقل شأنا عنها.

أما عن المساهمات في المجال الاقتصادي، نجد مقالا يتناول أسس الاقتصاد الاسلامي وأثرها على النشاط الاقتصادي، وآخر يركز على الاقتصاد السياسي للدولة الريعية في إفريقيا الاستوائية، وثالثا يتناول بالتحليل واقع المصارف الإسلامية في الجزائر، بالإضافة إلى أعمال أخرى قيمة في هذا السياق.

تلكم هي المواضيع التي يتم التعرض لها بالدراسة في صفحات هذا العدد، ونسأل الله التوفيق والسداد وأن نكون دائما عند حسن ظنكم وتطلعاتكم.

رئيس التحرير: الأستاذ زغودي عمر

****** فهرس المحتويات ******

فعالية قانون المنافسة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية_____ص01

د/ طيطوس فتحي، أستاذ محاضر أ، جامعة طاهر مولاي، سعيدة

علاقة المعارضة البرلمانية بتنظيمات المجتمع المدني في النظام السياسي الجزائري _____ص21

أ/ أحمد مراح كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة معسكر، الجزائر

سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كألية لحماية المال العام_____ ص40

د/ غربي أحسن، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، الجزائر

رقابة القضاء الإداري على عمليات التنازل عن المؤسسة العمومية الإقتصادية في السوق المالية_____ص 56

أ/ زيدالخيل توفيق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة برج بوعريريج، الجزائر

أ/ علاوة حنان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة برج بوعريريج، الجزائر

دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان سلامة إجراءات إبرام الصفقات العمومية- اللجنة الولائية للصفقات العمومية نموذجا _____ص73

د/ علي سايح جبور، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر

دور نظام الشهر العيني في حماية الملكية العقارية الخاصة_____ ص94

د/ حسين بطيمي، جامعة عمار ثليجي الاغواط، كلية الحقوق والعلوم السياسية

ط.د/ سعداوي نذير ،جامعة الاغواط، كلية الحقوق والعلوم السياسية

دور القاضي الجنائي الوطني في تطبيق الإتفاقيات الدولية_____ص111

ط.د/ قصاص عبد الحميد، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، الجزائر

دراسة قياسية حول العلاقة بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي في الجزائر_____ص128

ط.د/ آسية موسي، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس

ط.د/ زين الدين الوافي مغربي، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس

د/ عبد الجليل جميل، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس

دراسة تحليلية لواقع وآفاق القطاع السياحي في المغرب – رؤية وآفاق 2020_____ص145

ط/د سعيدي حنان، جامعة الجزائر 3

ط/د بلبقرة عبلة، جامعة الجزائر 3

خفة الحركة الاستراتيجية ودورها في تعزيز جودة الخدمة المدركة دراسة استطلاعية في مركز التعليم المستمر / الجامعة المستنصرية _____ص168

م.محمود أسامة عبد الوهاب الجامعة المستنصرية، العراق

م.م محمود ثائر على البياتي، جامعة المستنصرية، العراق

حدود المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب العراقي في ضوء الحصانة النيابية _____ص191

د/ أميل جبار عاشور، كلية الحقوق، جامعة ميسان، العراق

جودة الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء الإداري في العراق _____ص223

أ.د/ حنان محمد القيسي، الجامعة المستنصرية، العراق

تقييم البرلمان للسياسات العمومية: دلالاته وآلياته وإشكالياته في التطبيق المغرب _____ص 246
أ.د/ رشيد المدور أستاذ القانون الدستوري والعلوم السياسية،جامعة الحسن الثاني - الدار لبيضاء/المغرب

تقييم أداء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر_____ص274
الباحث/ مكاوي الحبيب، المدرسة العليا للاقتصاد، وهران
الباحثة/ بابا أحمد كريمة،جامعة وهران 2، الجزائر

تفعيل إجراءات حماية المستهلك في زمن الندرة بسبب الأزمات -دراسة مقارنة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري_____ص293
د/ سنوسي علي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت

تطوير منظومة تقييم السياسات العمومية _____ص315
ط.د/ لطفاوي محمد عبد الباسط،جامعة تلمسان، الجزائر
ط.د/ منصوري جواد، جامعة تلمسان، الجزائر

تحقيق استقرار القوانين بالأمن القضائي _____ص330
أ/ سامية قلوشة، أستاذة مساعدة قسم ب، المركز الجامعي بتسمسيلت

بدائل نقل المخاطر في شركات التأمين على الأشخاص_____ص 339
د/ منال بن شيخ، جامعة فرحات عباس سطيف 1 –الجزائر-

الوفاء بأسهم شركة المساهمة والجمعية العمومية التأسيسية حالة التأسيس المفتوح _____ص361
د/ حمرالعين عبدالقادر، جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر

العنف الأسري في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية _____ص379
ط.د/ نعيمة مايدي، طالبة دكتوراه جامعة الأغواط، الجزائر
أ/ مراد قريبيز، جامعة الأغواط، الجزائر

الموازنة بين اثرالحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة دراسة تحليلية مقارنة- _____ص402
أ/ شورش حسن عمر، جامعة السليمانية، العراق
أ/ لطيف مصطفى أمين، جامعة السليمانية، العراق

المصارف الإسلامية في الجزائر بين الواقع والقانون_____ ص459
د/ سمية شاكري، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 ، الجزائر

المشاكل التي يثيرها حادث طريق العمل في القانون الأردني" دراسة مقارنة " _____ص478
د/محمد حفيظ المناصير، جامعة ظفار، العراق

الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016_____ص538
د/ أونيسي ليندة، أستاذة محاضرة، جامعة خنشلة

الجرائم الماسة بالنظم المعلوماتية في القانون المغربي_____ص554
د /مصطفى الفوركي ، أستاذ القانون الخاص أستاذ زائر بجامعة الحسن الأول بسطات، المغرب

الاقتصاد السياسي للدولة الريعية النفطية في إفريقيا الاستوائية: دراسة حالة الغابون _____ص568
الباحث/ بلغيت عبد الله، جامعة مستغانم، الجزائر

إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إزاء تدخلات أجنبية، دراسة تحليلية مقارنة_____ص584
د/ جهاد ضيف الله ذياب الجازي، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن،المملكة العربية السعودية

أسس الاقتصاد الإسلامي وأثرها على النشاط الاقتصادي_____ص609

د/ أحمد فايز الهرش، جامعة أنقرة للعلوم الاجتماعية، تركيا

Protecting electronic money from money laundering in Algeria _____P634

Salima BOUAKAZ, Doctorate Student, University of Larbi Tebessi- Tebessa, Algeria

Methods and Types of Abortion _____P651

Hadia MESSIBAH, Ph.D, Algiers university 1, Algeria

Meriem LACHEB, Ph.D, Blida 2 university, Algeria

فعالية قانون المنافسة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

The effectiveness of competition law in protecting consumers from abusive conditions

د.طيطوس فتحي، أستاذ محاضر قسم "أ" (*)
جامعة د. طاهر مولاي سعيدة، الجزائر
fethitaitous@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2020/04/21 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/09

****

ملخص:

أقرَّت التشريعات الغربية على غرار التشريع الجزائري بحماية موضوعية للمستهلك في عقد الاستهلاك، وهذا نظرا لأنه يظهر في صورة المتعاقد الضعيف الذي كثيرا من الأحيان ما يُذعن لإرادة العون الاقتصادي، فأقرت بحماية بموجب قانون ينظم المسائل المتعلقة بالاستهلاك وهذا وفقا لما يسمى بقانون الاستهلاك أو قانون المستهلك.

ولقد كفل المشرع آليات من شأنها جعل الحماية فعالة خاصة في مرحلة ما قبل التعاقد، أين يركز جُل الفقه على هذه المرحلة لما فيها من أهمية بالغة وقصوى على رضا المستهلك، وهكذا كان لزاما على المشرع ضمان رضا مستنير لمستهلك، حتى يقف عند الماهية الحقيقية للمنتوج أو الخدمة ثم الإقبال عليها بإرادة حرة وواضحة.

الكلمات المفتاحية : قانون المنافسة، المستهلك، الشروط التعسفية، العون الإقتصادي، الخدمة.

Abstract:

Western legislation, as our legislator recognized substantive protection for the consumer in the consumption contract, because it appears in the form of a weak contractor who often complies with the will of economic agent, so it has recognized protection under a law that regulates consumption-related matters, in accordance with the so-called consumption law or consumer law.

The legislator has ensured mechanisms that make protection effective, especially in the pre-contracting stage, where most of the jurisprudence focuses on this stage because of its extreme importance and its importance on consumer satisfaction, and thus the legislator had to ensure informed consent for a

* د.طيطوس فتحي: fethitaitous@yahoo.fr

consumer, so that he stands at the true nature of the product or Service and demand for it, with a free and clear will.
key words : Competition law, consumer, arbitrary terms, economic agent, service.

مقدّمة:

لقد أقرَّت التشريعات الغربية بحماية موضوعية للمستهلك في عقد الاستهلاك، وهذا نظرا لأنه يظهر في صورة المتعاقد الضعيف الذي كثيرا من الأحيان ما يُذعن لإرادة العون الاقتصادي، فأقرت بحماية بموجب قانون ينظم المسائل المتعلقة بالاستهلاك وهذا وفقا لما يسمى بقانون الاستهلاك أو قانون المستهلك.

غير أنه وتدعيما لهذه الحماية، أقرت التشريعات بحماية إضافية لا تقل أهمية عن الحماية الأولى، لكن هذه المرة جاءت بموجب قانون يُفترض فيه تنظيمه للعون الاقتصادي أو المهني وليس له علاقة بالمستهلك، وهو قانون المنافسة.

فإذا كان لقانون المنافسة دور في تنظيم الحياة الاقتصادية للأعوان الاقتصاديين، وهذا من خلال ضبطه لمعايير والشروط التي تقوم عليها المنافسة، فهل يلعب هذا القانون دور في حماية المستهلك وخاصة في مجال مكافحة الشروط التعسفية؟

وهكذا قد يتبادر في الأذهان السؤال حول ما هو: المغزى الذي أراده المُشرع من خلال حماية المستهلك من الشروط التعسفية في قانون المنافسة ولم يذهب إلى ذلك من خلال قانون الاستهلاك، وهذا يجعلنا نتساءل عن جدوى ذلك في ظل وجود قانون موضوعي.

المبحث الأول: مستويات الحماية ومضامينها

لقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة توفير حماية فعالة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، والتي يكون موضوعها بيع سلعة أو منتوج أو تقديم خدمة معينة، وهكذا تنوعت مستويات الحماية المقررة للطرف الضعيف كمظهر حقيقي للحماية (المطلب الأول)، غير أنه يجب تحديد مضمون هذه الحماية وتبيان آثارها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مستويات الحماية

لمعرفة مستويات الحماية يجب علينا أولا الوقوف عند أهم محاور الحماية في هذه المرحلة (الفرع الأول) ثم بعدها نتطرق إلى مظاهر هذه الحماية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: محاور الحماية

لقد أقرَّت التشريعات حماية غير مسبوقة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، حماية أرادتها الإرادة التشريعية فعالة غير منقوصة، فكان لابد من تقرير حماية قبل اقتناء المنتوج من طرف المستهلك (أولا)، وحماية بعدية تأتي لاحقة لمرحلة الاستهلاك أو الانتفاع من الخدمة المقدمة من طرف المهني أو العون الاقتصادي (ثانيا).

أولا- الحماية القبلية: أي تكون قبل إبرام عقد الاستهلاك، وهذا عن طريق خلق ما يجعل لهذا المستهلك الخيار، فانعدام الخيار هنا يجهل من هذه الحماية "عقيمة"[1].

ثانيا- الحماية القانونية: وهذه الحماية تكون في إطار حماية:

* المصالح المالية للمستهلك؛

* حماية المراكز القانونية للمستهلك: وهذا قد يتجسد من خلال في حماية حق المستهلك في التفكير، أي يتدبر ويتفكر قبل إقباله على إبرام عقد من عقود الاستهلاك[2]، وهذا في إطار حماية رضاه من الوقوع في غلط أو لبس قد يفقده صفة الرضا المستنير.[3]

الفرع الثاني: مظاهر الحماية

لا تتجسد هذه الحماية ولا يمكن تصورها إلى بتظافر أو بالأحرى ظهور بعض المظاهر على مستوى التطبيق:

1- المظهر الأول: وهو المحور الأساسي، إذ يجب تمكين المستهلك من حقه في "التداعي"، إذ أن تكاثر القضايا في هذا المجال يوحي بوجود تطور في مستوى الحماية من جهة، وتطور الوعي القانوني لدى المستهلك العادي من جهة أخرى.[4]

2- **المظهر الثاني:** وهذا يتمثل في وجود ذلك الوعي المدني، أي الوعي في أوساط المجتمع، ونقصد بذلك جمعية حماية المستهلكين، فدارلية المستهلكين وحتى المستهلك بحد ذاته ما دام هو موضوع الحماية خاصة مع دخول الجزائر إلى اقتصاد السوق.[5]

3- المظهر الثالث: وفيه يظهر دور السلطات العمومية وذلك إما بـ: التحسيس أو الإعلام أو الرقابة أو الردع، وهنا تجدر الإشارة إلى الدور الذي تلعبه هذه الجمعيات في الحد من التجاوزات التي يمارسها أصحاب النفوذ على الأطراف الضعيفة في العلاقة التعاقدية،[6] ولعلى ظهور بعض الوضعيات وخاصة في مجال المتعاقدين مثل العون الاقتصادي والمستهلك جعلت من الآليات التي أوجدها المُشرع في قانون حماية المستهلك وحدها غير كافية من أجل الحد والردع من هذه الوضعيات، الأمر الذي جعل المُشرع يسوغ آليات في قانون المنافسة دورها الأساسي هو إرجاع التوازن العقدي بين الجانبين وخاصة في إطار مكافحة الشروط التعسفية.[7]

المطلب الثاني: مضمون هذه الحماية

أراد هنا المُشرع الجزائري أن تكون هذه الحماية سابقة لمرحلة وقوع الضرر المحتمل للمستهلك وبالتالي تجسيد فكرة **المتعاقد العاقل** وذلك لا يتأتى إلا عن طريق:

الفرع الأول: حماية رضا المستهلك

لقد دأبت التشريعات المقارنة على غرار تشريعنا الجزائري في مجال حماية المستهلك إلى إيجاد آليات لحماية رضاه، بحيث تهدف هذه الحماية إلى الوصول برضا المستهلك إلى درجة من الوضوح، بحيث يجب أن تتوفر في رضاه مجموعة من الخصائص أهمها:

* **أن يكون رضاه حر**: وهنا نعني بذلك تعزيز عنصر الإرادة في العقد خاصة عندما يتعلق الأمر بالدافع إلى التعاقد، لأن من شأن ذلك مساعدة المستهلك في صنع تصور خاص به حول ماهية المنتج أو طبيعة الخدمة المقدمة له.

* **أن يكون رضاه سليم:** هنا تبرز فكرة عيوب الرضا، وهكذا يجب أن لا تكون إرادة المستهلك معيبة، لأن من شأن ذلك التأثير في أثار العقد، خاصة إذا ما مست هذه العيوب العنصر الأساسي في العقد وهو "الدافع إلى التعاقد".

* **أن يكون رضاه مستنير**: هذه الفكرة تجد ملاذها في مسألة أخلقة العقد، إذ يتعين على العون الاقتصادي تبصير المستهلك وتنويره حتى يكون إقدامه على التعاقد عن دراية وعلم.

الفرع الثاني: حماية المستهلك من المشارطات

إنَّ أغلب القوانين التي تنظم العقود هي قواعد مكملة بحيث نجد لأطراف بعض الحرية في التعاقد، وبالتالي يمكنهم أن يضعوا مشاراطات تختلف عن أحكام القانون وهذا ما يفتح المجال إلى ولوج تلك الشروط التعسفية[8] والتي في حقيقة الأمر تصب في مصلحة العون الاقتصادي، وذلك حتى يتخذ وضعية أقوى من وضعية المستهلك والتي تُمكنه من فائدة مبالغ فيها (فائدة فاحشة) وهذا يتنافى مع مبدأ حسن النية.[9]

وهذا ما يدعونا إلى القول بأن العون الاقتصادي في وضعية واقعية تسمح له بإملاء شروطه على المستهلك حتى لو كان ذلك ضد مصالح هذا الأخير، لأنه أدرى منه بخبايا المنتوج ودهاليس القواعد القانونية التي تحكم النشاط أو المجال الذي يعمل به العون الاقتصادي.[10]

الفرع الثالث: هجر "فكرة المساواة القانونية"

رغم أن ظاهر العقد نجد فيه أنَّ الأطراف كلها على قدم مساواة، إذ هناك إيجاب من طرف المهني وقبول من المستهلك،[11] وما دام لا يوجد أي عيب من عيوب الإرادة، إلا أنه وجب علينا عدم إعمال هذه النظرية "المساواة القانونية"، إذا ما لمسنا وجود شروط تعسفية وهذا لعدة اعتبارات أهمها:

* يرى بعض الفقه أن قبول حماية المتعاقد الضعيف هو انحراف عن فكرة مقتضى العقد والدخول إلى مستوى آخر وهو مستوى الأخلاق الذي يختلف عن مستوى القانون وهذا كله يدخل في إطار أخلقة العقد[12].

* لا يمكن تطبيق هذه النظرية مع وجود شروط تعسفية لأننا نجد أنفسنا أمام مساواة شكلية فقط، إذ أن حقوق الأطراف ستهدر باسم مبدأ الحفاظ على قدسية العقد من جهة وتحت داعي الحفاظ كذلك على الاستقرار القانوني لفكرة العقد من جهة أخرى.[13]

* ضف إلى ذلك تجسد فكرة اللاعدل، وهذا من الجانب الواقعي أين نجد فئتين في العقد، الفئة الأولى والمتمثلة في المهني التي لديها معرفة واسعة ومال وفئة أخرى تتمثل في المستهلكين تعتبر الفئة الضعيفة.[14]

كما أن هذه الفكرة أي "اللاعدل" نجد إطارها في القانون، إذ حتى القانون يفرق بين المهني والمستهلك عل الأقل في التسمية وهذا بحد ذاته يعتبر إجحافا في حق الطرف الضعيف في العقد.

لذلك نجد بعض الفقهاء كان لهم آراء متباينة حول هذه المسألة، نذكر منهم:

أ- الفقيه Berlose: يرى الفقيه بأن سبب أفول مبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى التعسف في الحرية التعاقدية التي مورست في إطار قانون السوق والذي يسمح باستغلال الأقوياء للضعفاء.[15]

ب- الفقيه Ripert: ذكر بأنه بدلا من أن يكون العقد أداة للتوفيق بين المصالح المتضاربة للأطراف، فإن هذا العقد يستعمل لإنشاء نظام إقطاعي جديد،[16] يسعى من خلاله الطرف القوي إلى فرض سيطرته على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية باسم ما بات يعرف بالعقد قانون الأطراف.

وذكر بأن الحل في نظره هو الدعوى إلى ما يسمى بـ: أخلقة العقد، La moralisation du contrat.[17]

الفرع الرابع: تبني "فكرة المساواة الفعلية للعقد"

وهذه المرحلة تعتبر المرحلة الثانية بعد مرحلة المساواة القانونية للعقد، ومن ضمن الأفكار التي جاءت بها هذه المرحلة نذكر أهمها:

* مبدأ حسن النية: أي وجب على الأطراف تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وهذا يستوجب على كل طرف مراعاة مصلحة الطرف الآخر ومساعدته على تحصيل مزية متقاربة مع مزيته في العقد المبرم بينهما.[18]

* فكرة الإعلام والاستعلام: بحيث لم يصبح المهني ينتظر السؤال حتى يُعلم المستهلك وإنما أصبح دوره إيجابي في مسألة الإعلام[19]، وهذا كله في إطار ما بات يعرف بأخلقة العقد.[20]

* فكرة التوازن العقدي: أي وجب على العقد أن يحمل في طياته مؤشرات التوازن العقدي، أي توازن على الأقل بين الالتزامات، وكذلك الأمر في الحقوق، وهنا التصدي لفكرة الفائدة الفاحشة، وهي فكرة أتت بها الوضعيات التعسفية، كأن يحتج بـ: إثراء بسبب العقد وبالتالي لا مجال لتحريم هذه العملية، لذلك أتت فكرة التوازن العقدي.[21]

* الالتزام بالتعاون: وهنا نجد قفزة نوعية في مجال وظيفة العقد، إذ تغير العقد من كونه أداة لمبادلة إلى كونه وسيلة للدخول إلى السوق، وكذلك يعتبر وسيلة للتموقع في السوق.[22]

بل أصبح العقد بالوظيفة الجديدة يُسيِّر الاختلالات التعاقدية المستقبلية مثل شرط التحكيم.

* هذه المرحلة اتسمت باهتماماتها لفكرة "ما قبل التعاقد"، وهذا نظرا لأنه أحيانا عند الانتهاء من إبرام العقد يكون من الصعب التدخل فيه نظرا لتلك الذهنية المتعصبة لفكرة "العقد شريعة المتعاقدين"[23]

لذلك أتت هذه الفكرة بقواعد تقليدية لكن في حلة حديثة تتماشى والتوجهات الحديثة لفكرة العقد، من ضمنها:

1- مبدأ حسن النية قد يكون مطبق حتى في مرحلة التفاوض، فمثلا يكون من قبيل الإضرار بمصلحة المستهلك عدم إعطائه مهلة للتفكير والتدبير.[24]

2- النصيحة في العقد: يقع على المهني بموجب هذا الالتزام أن ينصح المستهلك، وهذا يؤدي بنا إلى ما ذهب إليه الفقيه Boifoui حينما قال، أن بهذه الطريقة نصل إلى فكرة الرضا المستنير Le consentement éclairé،[25] وهكذا قد يلجأ الشخص إلى المنافسة عن طريق حمل المتعاقد على الفهم الواسع للمنتوج ولأثاره الإيجابية والسلبية.[26]

لكن اتجه بعض الفقه إلى نقد هذه الفكرة واعتبرها مثالية بحيث لا يمكننا بأي حال من الأحوال بلوغها، خاصة في ظل تعارض مصالح الأطراف المتعاقدة في معظم العقود المسماة.[27] لذلك ركن الفقه إلى دراسة حالات التعاقد حالة بحالة.[28]

وردَّ أنصار مؤيدي فكرة الرضا المستنير، بأن المهني الذي يعتمد على النصيحة سيجلب عمالة كبيرة مقارنة بالمهني الآخر الذي يكون دوره سلبي فيما يخص واجب الإعلام.

وإن إعطاء الأهمية لمرحلة ما قبل التعاقد période prés-contractuelle يؤدي إلى جعل الشروط التي توضع في هذه المرحلة محل مراقبة، وهكذا قد لا ننتظر حتى تكون في شكلها النهائي في العقد لكي تكون محل مراقبة من طرف قاضي الموضوع.[29]

لقد عرفت هذه المرحلة تطور في العقد خاصة في مفهومه فجعلته يختلف ويتغير[30]، إذ أعتبر ما كان يحمل في طياته تعارضا لمصالح طرفين عدلا يأخذ صورة "تبادل المصالح" أو هذا يعني أن العقد وجب أن يحقق مصالح لكلى الطرفين.[31]

المبحث الثاني: أحكام الشروط التعسفية

إن معرفة أحكام الشروط التعسفية يحتم علينا الولوج إلى ماهية الشرط التعسفي ومحاولة إعطاء تعريفا جامعا له (المطلب الأول)، ثم بعدها نحاول معرفة الشروط التي ينبغي أن تتوفر في الشرط الموجود في العقد لاعتباره شرطا تعسفيا ومن ثم يجوز مخاصمته بداع الإخلال بالتوازن العقدي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد مفهوم الشرط التعسفي:

إنَّ الوقوف على هذا المدلول يثير خلافات كثيرة انصبت كلها على وجوب توافر شرطين اثنين[32]، ويتعلق الأمر بضرورة أن يكون العقد المبرم مكتوبا.[33]

وثاني شرط يتعلق بضرورة أن يكون هنالك اختلال في التوازن بين التزامات الأطراف المتعاقدة.[34]

لكن قبل ذلك وجب علينا التفرقة بين الشرط التعسفي وبعض الشروط المشابهة له.

الفرع الأول: التفرقة بين الشرط التعسفي وبعض المفاهيم الأخرى

قد تثير فكرة وجود بعض المفاهيم المتشابهة للشرط التعسفي عدة إشكاليات، لذلك كان لابد من الوقوف عند أهم الفروقات التي تميز الشرط التعسفي عن بعض المفاهيم الأخرى:

أولا- الشرط التعسفي والشرط الجزائي:

فهنا السبب يكمن في حد ذاته في كلمة شرط أما عن المعنى، فالشرط الجزائي هو التعويض الاتفاقي، وبالتالي قد يقدر بمال.[35]

أما الشرط التعسفي: فهو ما يرد في العقد ويمسُ بالحقوق الجوهرية للمستهلك عند استعمال العون الاقتصادي لنفوذه ليتحصل على ميزة فاحشة أو مفرطة.[36]

ثانيا- الشرط التعسفي وشرط الأسد:

شرط الأسد: يدرج في العقد بند أو شرط يخالف مقتضى هذا العقد،[37] إذ يكون هنالك شرط بإعفاء شريك من الخسارة أو حرمانه من الربح[38]، ومع ذلك فهذا لا يعتبر مظهر من مظاهر التعسف لأن السياق مختلف، ففي الشركة هنالك مصالح واحدة لكل الأطراف، عكس العقود أين نجد في غالب الأحيان حقوق متباينة لدى الأطراف المتعاقدة.

أما الشرط التعسفي: فنلمس التعسف في بنود الاتفاق بحد ذاتها.

ثالثا- عقد الإذعان والشرط التعسفي:

يكون عقد الإذعان: في مجال الاحتكار، إذ تؤدي حاجة الشخص بسلعة معينة إلى التعاقد مع الطرف المحتكر[39]، فمثلا شركة SonelGaz عند إبرام أي عقد فهي تكون قد وضعت شروط عامة موحدة، وهكذا يعتبر قبول الطرف الآخر للعقد حتمية عن طريق التسليم والانضمام[40].

وهنا لا نعني بالاحتكار، أن تكون لدى شخص واحد تلك السلعة، فقد تكون متوفرة لدى أكثر من بائع لكن عنصر احتكار موجود.[41]

كما أنه هنالك بعض أنماط العقود نلمس فيها الإذعان من ضمنها:

- عقود سابقة التحرير Les contrats prés-rédigés.
- العقود النموذجية Les contrats types.[42]
- عقود الإطار Les contrats cadres.

أما الشرط التعسفي: فقد يتضمن عقد الإذعان شرط تعسفي، وهذا يدخل في إطار ممارسة الطرف المحتكر لسلطته في إرغام المتعاقد الآخر على التعاقد.

رابعا- الشرط كوصف التزام والشرط التعسفي:

لقد ثار الخلاف حول تحديد مفهوم الشرط التعسفي، إذ كان السؤال حول هل نأتي على حصر كل الشروط التي تعتبر تعسفية أم نقوم بوضع تعريف معياري وكل الحالات التي تستجمع الشروط الواجبة في هذا التعريف.

الفرع الثاني: موقف المُشرع الجزائري:

لقد كان للمشرع الجزائري موقف وسط، إذ أعطى من جهة تعريف معياري (أولا) ومن جهة أخرى اكتفى بذكر بعض الحالات (ثانيا).

أولا- التعريف المعياري:

لقد جاء في القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية[43] في المادة 03 فقرة 05 منه "الشرط التعسفي كل بند أو شرط.... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

لو قارنا هذه المادة 01 في فقرتها 02 من المرسوم رقم 308/06 إذ جاء نصها: "ويقصد بالعقد طبقا لهذا المرسوم.... حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر مع عدم إمكانية هذا الأخير من إحداث تغيير حقيقي فيه".

موقف القانون الألماني: إذ جاء في المادة 01 من القانون الألماني لسنة 1977 أن "الشروط التعسفية أو الشروط العامة... تلك الشروط التي تثار في العديد من العقود والتي يفرضها أحد المتعاقدين أثناء إبرام العقد، كما قد تكون منفصلة عن العقد.[44]"

كما أنه اعتبر الشرط الذي يأتي في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط أو مبالغ فيه بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات،[45] من قبيل الشروط التعسفية التي تعطي الحق للقاضي من أجل التدخل ورفع الغبن عن الطرف المتضرر.

محاولة تعريف الشرط التعسفي:

لقد جاءت عدة محاولات لتعريف الشرط التعسفي، فقد عرفه جانب من الفقه على أنه كل شرط أو بند مدرج في العقد بحيث يجعل هنالك اختلال في الأداءات بحيث لا يمكن للطرف الضعيف التغيير فيها،[46] فيُنقل الطرف القوي من الوضعية العادية إلى وضعية غير عادية تجعله يظهر بمظهر متميز يسمح له باكتساب ميزة مفرطة تجعله يجني فائدة فاحشة.[47]

بينما ذهب جانب من الفقه الجزائري[48] إلى اعتبار الشرط التعسفي "كل شرط أو بند يتم إدراجه في العقد إساءة في استعمال النفوذ الاقتصادي للعون الاقتصادي، والذي من شأنه أن يحقق في صالحه ميزة مفرطة ويطال حقوق المستهلك بالعهد أو بالمساس.[49]

المطلب الثاني: شروط الشرط التعسفي

لقد اشترط المشرع الجزائري لتفعيل الحماية القانونية لفائدة المستهلك من الشرط التعسفي، ضرورة توافر فيه بعض الشروط تأتي في مقدمتها أن يتم العقد بين المهني والمستهلك (الفرع الأول)، وأن يأخذ التعسف شكل استعمال النفوذ الاقتصادي للمهني، أو العون الاقتصادي (الفرع الثاني)، كما يجب أن يتحقق من خلال هذا الشرط ميزة مفرطة لصالح العون الاقتصادي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أن يتم العقد بين المهني والمستهلك

يجب التنويه إلى أن لكن هنالك خلط في المرسوم التنفيذي، إذ يتعلق هذا المرسوم بالعناصر الأساسية المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين أي المهني والمستهلكين وكذلك البنود التعسفية.[50]

فهل يقصد بالعقد في هذا المرسوم المفهوم الذي جاء في المادة 54 من القانون المدني، أم ذلك المفهوم الذي تضمنته الفقرة 04 من المادة 03 من الأمر رقم 02/04 والتي جاء فيها: "العقد هو كل اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة"، حور مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع طرف آخر، كما يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو سند ضمان.

فالعقد ينشأ ويعدل وينهي الالتزام، أما الاتفاق فينشأ الالتزام (فهو أوسع من العقد)، فالاتفاق هنا وجب أن يشمل على: المحل، الثمن، إبراز بعض معطيات مثل فكرة الضمان.

الفرع الثاني: التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي

إن مسألة النفوذ في عقد الاستهلاك مسألة أصلية ليست عابرة[51]، لأن عقد الاستهلاك سيجمع بالضرورة فئتين: المهنيين الذين لهم الدراية والنفوذ، والمستهلكين الذين يفتقرون للملكة الفنية والتقنية.[52]

وبالتالي الغرض هنا ليس منع النفوذ لأنه مسألة واقع، وإنما التخفيف منه وتنظيم هذا النفوذ حتى لا يتعسف المهني في استعماله [53] بالشكل الذي قد يضر به المستهلك أو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بشكل فاحش.[54]

لكن ماذا نعني بالتعسف في استعمال النفوذ؟

تتمتع مؤسسة الإنتاج أو الخدمة على مجموعة من المكنات والقدرات التقنية والفنية والبشرية (دوائر قانونية، دوائر اقتصادية) تجعلها تظهر في صورة قوية،[55] وفي مقابل هذه الإمكانيات هنالك المستهلك الذي هو الأعزل الساذج [56]Vulnérable وهو في حاجة ماسة إلى المنتوج أو الخدمة المعروضة ولا يمكنه الحصول عليها إلا من خلال هذه المؤسسة، فتذيق لديه فرص الاختيار ويصبح مذعن بصورة أو بأخرى.[57]

فتستغل المؤسسة هذه الملابسات وتضع في العقود بعض التقنيات التي تسمح لها فيما بعد حين نشوء نزاع أن تكون في مركز قوة.[58]

الفرع الثالث: تحقيق الميزة المفرطة، أو الفائدة المبالغ فيها

قد يتحصل هذا العون على فائدة فاحشة من جراء هذه العلاقة التعاقدية التي بنيت على عدم التوازن في الأداءات، وهذا الإخلال عبرت عنه المادة 03 فقرة 05 من الأمر رقم 02/04 بأنه الإخلال الظاهر أو الإخلال الفاحش بين الواجبات وحقوق الأطراف في العقد.

المطلب الثالث: الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية

لقد نظم المشرع هذه المسألة بوجود حالات كثيرة يجد فيها المستهلك الضعيف أمام حالات غبن تجعله يظهر في ذلك الوضع الضعيف مقارنة بذلك الذي يتمتع به العون الاقتصادي، وهذا يدعونا إلى التفكير في ماهية العقد في ظل الفقه الشرعي (الفرع الأول) بصفة عامة، ثم تتطرق إلى فكرة المشارطات في الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني)، وبعدها نحاول معرفة موقف الفقه الإسلامي من الشروط التعسفية في عقود المعاوضة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: طبيعة العقد ووظيفته في الشريعة الإسلامية

لقد كانت الإرادة هي الواقعة المنشئة للعقد في الشريعة الإسلامية، حكم لم ينطبق على الأحكام والآثار، إذ أن الشارع هو الذي ينظمها (الله تعالى)، لذلك يقال في الفقه الإسلامي بأنه:

"العقود هي أسباب جعلية وليست أسباب طبيعية"، لأن الشارع الإسلامي جعل لكل عقد من عقود أثر يثبت إذا توافرت أركانه، سواء أراده العاقد أم لم يريده، وبالتالي ليس للعاقد إرادة في ترتيب أثار العقد إلا إذا كان هنالك رخصة أو إذن من الشارع بتدخل إرادة العاقد[59].

وسنتعرض فيما يلي إلى قول بعض الفقهاء وعلى رأسهم:

أولا- قول محي الدين سوار:

إن تكلم الشارع الإسلامي على أثار العقد ترجع في الواقع إلى حرصه على الإشراف المباشر على إقامة التوازن بين حقوق المتعاقدين الناشئة للعقد[60]، وهذه الحقوق يراها الشارع بأنها من النظام العام التعاقدي الذي لا يمكن تجاهله إذ هو يهدف إلى:

- إقامة التوازن.
- يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية.
- يرفع الغبن والضرر المحمّل على أحد المتعاقدين.

ثانيا- قول محمد الليتي:

عدم البت والحسم في هذا الأمر قد يورث الجهالة والنزاع بين أطراف العقد[61]، لذلك يجب النص عليه في بنود العقد صراحة دون ترك مجال للشك أو التأويل في مقاصد وأهداف العقد.[62]

ثالثا- قول محمد أبو زهرة

هدف الشارع هو الوصول إلى ما يسمى بـ: "العدالة التعاقدية" وصون المعاملات عن دواعي الفساد والضرر وهي مسببات النزاع.[63]

والعقد من المسائل المنظمة من حوض الشارع، والأطراف هنا لا يكون لهم إلا أن ينضمون إلى هذا الحكم رغم إرادتهم.

أما الأسباب الجعلية: أي اعتبار هذا العقد سببا لترتيب أحكام التي تنجز عن هذا العقد في مواجهة المتعاقدين، سواء تعلق الأمر بالآثار المباشرة التي حددها الأطراف في بداية التعاقد، أو جاءت هذه الآثار بسبب لا دخل لإرادة الأطراف فيه.[64]

الفرع الثاني: الشروط بصفة عامة

لقد جاء في الفقه الإسلامي اتجاهين بخصوص مسألة المشارطات داخل العقود، وكلا منهما كان له حجج وبراهين.

أولا- الاتجاه الأول: أكد هذا الاتجاه أن الأصل أن هذه الشروط عموما لا محل لقبولها، طالما أن السبب في أثار وأحكام العقد هو الشارع، وما إرادة الأطراف إلا أسباب جعلية لا أثر لها على مقومات العقد.[65]

ثانيا- الاتجاه الثاني: الحنابلة والمالكية: يقرون بحرية الشروط ما لم يرد منع من طرف الشارع، وهم يتوسعون في فكرة الشروط، أما فيما يخص الشروط الباطلة فقد أقر كل منها بضرورة مراعاة جميع الأمثلة:

* إذا كان الشرط يتنافى ومقتضى العقد، مثال لو باع عمر لأحمد بيت وطلب منه أن لا يستقبل مصطفى عنده، فهذا الشرط لا يتوافق مع مقتضى العقد لأن البيع هو تنازل عن كل سلطة لصالح المشتري بما في ذلك حق الرقية.

* إذا كان الشرط يخل أو يؤدي إلى جهالة الثمن.

* كل شرط محرم شرعا.

حجتهم حديث المصطفى عليه الصلاة والسلام: "المسلمون عند شروطهم ما عدى شرط أحل حرام أو حرم حلال"[66]

الفرع الثالث: الشروط التعسفية

ويسمونها شروط مخالفة لموجب العقدة لأنها فيها منفعة مفرطة لأحد المتعاقدين، وهذه الشروط عند جميع الفقهاء تعد باطلة، كونها تخرج العقد من مضمونه وهو تحقيق منفعة متوازنة لكل أطرافه، بما في ذلك الطرف الذي يبدو ضعيفا في العلاقة التعاقدية.[67]

ومثال عن تلك الشروط أن يشترط البائع الذي باع للمشتري المنزل أنه في حالة إذا ما أراد هذا الأخير بيع المنزل ببيعه له، فهنا نجد أن هنالك ميزة مفرطة وهي في الميزة الحصرية exlusivité وهذا الاشتراط (الحصرية في البيع) لا تكون إلا في:[68]

- الرهن (التأمينات الشخصية)
- الشفعة مثلا

غير أن هناك بعض الفقهاء الذين يتسامحون إذا كانت المنفعة معقولة، كأن يبيع شخص إلى أحدهم شيء ويشترط المشتري أن يوصله إلى بيته، فقبلوا بهذا الشرط إذا كان بيت المشتري قريب من محل البيع (هنا لا يمكننا القول أن هنالك ميزة مفرطة).[69]

الفرع الرابع: موقف المُشرع الجزائري من قائمة الشروط التعسفية

لقد جاء في المادة 29 الأمر 02/04 عنوان "الممارسات التعاقدية التعسفية"، من خلال هذا العنوان نجد أن المُشرع الجزائري بتخصيصه لفصل كامل لهذه الممارسات فهذا يعني أنه يهتم لهذا الأمر كحالة فرضها الواقع التعاقدي.

وهذا ما كان على العكس من ذلك في المادة 110 من القانون المدني، غير ذلك لم تكن أية مادة تعالج هذا الأمر من قبل، وهذا يرجع لحداثة القانون المدني الجزائري وفكرة قدسية العقد التي جاء بها.

ثم سرعان ما أصبح يأخذ هذا الموضوع حيزا من اهتمام المُشرع وهذا في إطار مطابقة النصوص الجزائرية للنصوص المنظومة الأوروبية في هذا الصدد La normalisation des textes.[70]

كما أنه يعتبر مظهرا من مظاهر اهتمام المُشرع الجزائري لهذه الفكرة بالنظر إلى المشاكل العملية التي بدأت تظهر في التطبيق، وارتفاع ملموس لعدد القضايا التي يكون فيها المستهلك ضحية نتيجة لجهالته.

وتنبغي الإشارة إلى أنه لا زالت الشروط التعسفية في القانون الجزائري ينظر إليها على أنها علاقة بين المهني والمستهلك، رغم أن المادة جاءت بعبارة "البائع" إلا أن هذا يعتبر خلط لأنه:

- لا يقترب مفهوم البائع مع مفهوم العون الاقتصادي أو المهني.
- كما أن في البائع، هناك بائع عرضي، بائع بالجملة، بائع بالتجزئة....الخ.

وهذا ما يدعونا إلى القول أن هنالك تخبط تشريعي في هذه المادة، لذلك نجد المشرع في الأمر رقم 02/04 يتكلم عن العون الاقتصادي وكذلك بالنسبة للمرسوم رقم 06/306 أين يتكلم عن البائع وهذا بحد ذاته تراجع في المفهوم.

خاتمة:

إن اعتماد المشرع الجزائري على قواعد قانون المنافسة من أجل حماية المستهلك من شأنه تعزيز الحماية الموضوعية التي أقرها له بموجب قانون الاستهلاك، وهذا إن دلَّ يدل على حرص المشرع على حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

ولقد كفل المشرع آليات من شأنها جعل الحماية فعالة خاصة في مرحلة ما قبل التعاقد، أين يركز جُل الفقه على هذه المرحلة لما فيها من أهمية بالغة وقصوى على رضا المستهلك، وهكذا كان لزاما على المشرع ضمان رضا مستنير لمستهلك، حتى يقف عند الماهية الحقيقية للمنتوج أو الخدمة ثم الإقبال عليها بإرادة حرة وواضحة.

غير أن فعالية هذه الآليات والإجراءات لا يمكن ضمانها دون أن يكون المستهلك ذو دراية وخبرة بما يريده، وهكذا قد نجد أنفسنا أمام مستهلك ساذج قد لا تنفع معه آليات الحماية، إذ لابد له من وعي خصوصا في جانب الاستهلاك.

إن حماية المستهلك من الشروط التعسفية يدل على حرص المشرع على إعادة التوازن إلى عقد الاستهلاك، خاصة مع تفشي ظاهرة العقود المبرمجة، كعقود الإطار مثلا أو العقود المعدة سلفا كعقود النماذج، أين يجد نفسه المستهلك في حالة إذعان، بحيث يذعن لإرادة المهني أو العون الاقتصادي والانصياع لشروطه التي أقرها في هذه العقود.

غير أن هذه الحماية تبقى عقيمة ما لم يَصِلُها المشرع الجزائري بعقوبات مقررة لكل من يخرق هذه الحماية، خاصة أولئك المهنيين الذين يثبتوا نيتهم السيئة، كأن يعتادوا على هذه التصرفات مع جميع المتعاملين أو يثبت وجود نزاعات أمام القضاء لهؤلاء المهنيين في أكثر من مرة، فمثل هذه العقوبات من شأنها الحد من هذه التصرفات والتقليل من حدة هيمنة العون الاقتصادي على عقود الاستهلاك.

هوامش:

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 114.

[2] - وهكذا يتعين على العون الاقتصادي إظهار بصورة واضحة لا تدع شكا، جميع الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة، وهذا من شأنه توعية المستهلك وجعله يسعى للتعاقد مع علمه التام غير الناقص بجميع ميزات وصفات المنتوج المعروض من طرف المهني أو العون الاقتصادي.

[3] - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص.24.

[4] - لذلك لا يجب النص في حالة خلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى وسيلة التقاضي ضده، فهذا يعطل حق دستوري وهو حق التقاضي أو حق التداعي.

[5] - يجدر بنا أن ننوه بأن فكرة اقتصاد السوق قد تجد أصلها منذ سنة 1989 إلا أنه وإلى غاية يومنا هذا لا يزال هنالك انعدام للإطار السوسيولوجي القانوني لهذه الفكرة.

[6] - G. Rouhette, contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, p.135.

[7] - Ginette lecterc, la bonne foi dans l'exécution des contrats, Mc gill law Journal, Montcéal, vol.37, n°02, Canada, 1992, p.301.

[8] - **إن** تهديد المهني بقطع العلاقات التعاقدية لمجرد رفض المستهلك شروط تجارية جديدة غير متكافئة يعتبر خرقا لأبجديات التعاقد، التي يفترض فيها التكافؤ في المركز القانوني للأطراف المتعاقدة، وهنا يحق للقاضي أن ينظر إلى الشرط في كل مراحل العقد، وعليه وجب التفرقة بين:

* **الإكراه:** استخدام وسائل من شأنها توليد الرهبة والخوف وتجبر الطرف الذي وقع فيها على التعاقد

* **التهديد:** فهو أقل عدة، لكنه يولد في المستهلك رهبة من نوع خاص ومن أمثلة التهديد مثلا: "ذلك الذي يصب إلى حرمان المستهلك من المنتوج أو الخدمة، خاصة ما تعلق منها بالمنتوجات الصيدلانية مثل أدوية الأعراض المزمنة.

[9] - Romain J-F., Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, thèse Bruxelles, préface de Van ommeslaghe P. Bruxelles, Bruylant, 2000, p.45: "Le champ d'application de la bonne foi est très vaste à cette époque... en relève les applications, bien entendu dans le domaine des contrats.

[10] - Styan Haupt, An Economic Analysis of consumer protection in contract low, 4 German, L-J. [GLJ] 1137, 1137-38 (2003), p.1130: "Therefore, insofar as consumers are today deemed in need of protection from an economic protection, ti is not because they are concidered "weaker" and at risk of exploitation by large companies- Rather, it is because consumers know less about products and contracts than professionals do".

[11] - جاء في المادة 54 من القانون المدني: " العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

[12] - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2008/2007، ص.121.

[13] - نفس المرجع.

[14] -Stoffel Munck (phillipe), L'abus dans le contrat, Essai d'une théarie, libraire générale de droit et de juripridence (L.G.D.J), Paris, 2000, p.34.

[15] -Georges Berlioz, Le contrat d'adhésion, L.G.D.J, Paris, 1979, p.31.

[16] - G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 2ème éd., 1927, n°57, p.104: "On a posé comme règle que le contrat est la discussion entre égaux pendant longtemps on s'est contenté de légalité théorique et abstraite, révélée par l'échange des consentements. Puis l'idée égalitaire s'est plus fortement réalisée et, sous l'égalité juridique, on a vu l'inégalité de fait."

[17] - يعتبر عنصر المطابقة من العناصر الأساسية للمستهلك مع عنصر الأمن، لذلك فإن التزام المستهلك بتنفيذ التزامات دون أن يلزم نفسه بها، وما ينجز عنه من أحكام خاصة ما تعلق منها بالتنفيذ العيني أين يلجأ في غالب الأحيان إلى الغرامة التهديرية، يجعله يظهر في مظهر التعسف، وهكذا قد يُرفض حق المستهلك بفسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو بعدة التزامات، وهذا بدوره يخالف قاعدة موجودة في القانون المدني، إذ أن سبب التزام المهني هو نفسه سبب التزام المستهلك، وبالتالي إذ تعطل أحد الأطراف فللطرف الآخر أن لا ينفذ ويطلب فسخ العقد.

[18] - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.177.

[19] - Georges Berlioz, op.cit., p.107.

[20] - Ibid: "... au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits net les obligations des parties au contrat."

[21] - لقد جاء في المادة 05 من المرسوم 06/306 الفقرة 03 حكم يقضي بعدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة من فسخ العقد إلا بمقابل يدفعه، وهذا يعتبر تعطيل لمبدأ مهم في القانون وهو مبدأ أو نظرية القوة القاهرة، وهنا يجب التفرقة بين بعض المصطلحات المتشابهة، إذ يتعلق الأمر بـ:

القوة القاهرة: لا تجعل الالتزام مستحيل وإنما مرهق

السبب الأجنبي: يجعل الالتزام مستحيل مثل السرقة (مثلا سرقة المادة التي كانت محل تنفيذ)، فهذا يؤدي إلى تعطيل نص المادة 107 قانون المدني.

[22] - مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010/2009، ص.29.

[23] - Ghestin J., Conformité et garanties dans la vente, L.G.D.J., 1983, Paris, p.288.

[24] -cass. civ., 1er ch, 18 Juin 1980, J.C.P., tableau de juris, p.37

[25] - محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات- دراسة مقارنة-، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص.28.

[26] - أشرف وفا، المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.115.

[27] - هناك من أكد أن فكرة التنافس تقوم على معيار متناقض، بحيث يجعل المتعاملون الاقتصاديون يظهرون في صورة المتنافسون على بلوغ هدف واحد دون الحاجة إلى النظر إلى مصلحة الآخر، ويبقى الهدف المنشود لديهم هو الوصول إلى الزبائن ومحاولة جذبهم بأية طريقة كانت.

[28] - Ch. Bourrier, La faibless d'une partie au contrat, Academia, 2004, p.104: "Une justice contractuelle de masse aux contractants identifiés, une collection de la protection contractuelle.. les règles protectrices ne peuvent ... qu'être faute secteur par secteur."

[29] - وهكذا قد أتاح المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 78 المؤرخ في 05 جانفي 1988 لجمعيات المستهلكين المعتمدة قانونا الحق في رفع دعوى مستقلة لحذف أو إزالة أحد أو بعض الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود التي سبق إبرامها، وهذا العقد يعتبر شرط أساسي مسبق لقبول القضاء المدني الدعوى المرفوعة من طرف هذه الجمعيات.

[30] - J. Mestre, l'évolution du contrat en droit privé français, in l'évolution contemporaine du droit des contrats, P.U.F., 1986, p.47: "la liberté contractuelle devenait chimérique, et le contrat allait donc changer... l'autonomie de la volonté était plus que jamais contestable."

[31] - G. Ripert, les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 2ème éd. 1998, spéc.n° 142, p.346: "...la partie faible est une nécessité pratique..."

[32] - محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص.272.

[33] - حلاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009/2008، ص.104.

[34] - Paisant G., Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1998, Chronique 253, n°1100, p.301.

[35] - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقد، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص.84: "... وعلى ذلك فإن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض وهي أيضا: الخطأ والضرر والإعذار."

[36] - أشرف وفا، المرجع السابق، ص.117.

[37] - إذا تضمن عقد شركة الأشخاص، كشركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة شرط الأسد بطل الشرط والعقد، لوجود ذلك الاعتبار الشخصي في التعاقد، أما إذا تضمن عقد شركة الأموال شرط الأسد، فيبطل الشرط ويبقى العقد قائما، لأن شخصية الشريك ليست محل اهتمام بقدر ما هي عليه ذمته المالية ومساهمته الشخصية.

[38] - زبيري بن قدور، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04-08 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2005، 2006، ص. 105.

[39] - تبنى المشرع الجزائري مبدأ تحرير الأسعار، وهذا يعني عدم تدخل السلطات العمومية في تحديد الأسعار إلا في حالات قصوى، غير أنه قد لا ينطبق هذا الأمر في جميع الحالات، عندما نكون أمام خدمة حصرية قد لا نجد الكثير من المتعاملين فيها.

[40] - قد يستعمل العون الاقتصادي ما يملكه من نفوذ في تغيير أجال منتوج أو تسليم خدمة للمستهلك، وهذا من شأنه التشديد في عقوبات التأخير عن الدفع أو التسليم باعتبارها من العناصر الأساسية.

[41] - التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد وهنا غالبا ما يتعلق الأمر بتحفظات، إذ هي التي تخلق بعض النوع من الغموض مما يجعل المشكل يثار فيما يخص تفسير هذه التحفظات

[42] - زغودي عمر، مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقد بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، العدد الثاني، 2014، ص157: "إن مصطلح العقد النموذجي اقترن بعقد الإذعان حتى اعتقد أنهما مصطلحان مترادفان، غير أن الحقيقة غير ذلك غاية ما في الأمر أن أولهما وسيلة الثاني... وليس كل شرط معد مسبقا في شكل نموذج يعتبر شرط إذعان تعسفي، فمن العقود ما يعد فيها من شروط لا تعكس بالضرورة التعسف ولا يقصد من ورائها إذعان القابل..."

[43] - القانون رقم 02/04 المؤرخ في: 23 جوان 2004 المتعلق بالممارسات التجارية، الجريدة الرسمية مؤرخة في 26 جوان 2004، العدد 72، ص 14 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010.

[44] - قادة شهيدة، حماية الطرف الضعيف في عقد العمل – محاولة لتأصيل الفكرة وتقرير آليات الحماية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008، ص.79.

[45] - لم يكن مصطلح "الشرط التعسفي" بارزا كما هو عليه الحال بالنسبة ليومنا هذا، لذلك جل التشريعات المقارنة اعتبرت كل شرط من شأنه خلق حالة من عدم التوازن المفرط في العقد من قبيل الشروط التي ترتقي إلى الشروط التعسفية، ومنه يجوز إبطالها حماية للطرف المتضرر في العلاقة التعاقدية.

[46] - Hugh Beal, Inequality of Batguining power, 6 Oxford J. Legal Stud 123 (1986) UK, p.571 : « In legal literature, consumer protection is generally explained, and justified, with the concept of the « weaker party », consumers are considered to be « weaker » than their contracting partners.... »

[47] - خالد جمال أحمد حسن، الحماية القانونية للمستهلك في اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية العقدية، دار النهضة العربية، 2006، ص. 153.

[48] - أ.د. قادة شهيدة، أستاذ التعليم العالي، بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، مدير مخبر القانون المقارن بذات الجامعة.

[49] - قادة شهيدة، قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، الملتقى الوطني "الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري"، 2001، جامعة تلمسان، 27 جوان 2001.

[50] - لقد دئب المشرع الجزائري منذ انفتاح الجزائر على اقتصاد السوق، على تبني قواعد قانونية تخدم المستهلك وهذا سواء في القانون الإطار الذي استعمل به قانون الاستهلاك ويتعلق الأمر بالقانون رقم 02/89 أو الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، حيث أكد في مادته الأولى: "... تحسين معيشة المستهلكين".

[51] - بعد الثمانينات دئب المشرع الفرنسي بموجب قانون التأمين الذي صدر بتاريخ 31 ديسمبر 1989 على إلزام شركات التأمين بإعلام المؤمن له قبل إقباله على التعاقد معلومات تتعلق أساسا كالأقساط وكذلك الضمانات التي تقع على المؤمن له تقديمها، كما يلزمه كذلك بتقديم مشروع عقد وملحقاته لصالح المؤمن له من أجل الوقوف عند أهم الآثار القانونية لعقد التأمين.

[52] - E. Agostini, De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice, D. 1994, p.235 : « le libéralisme hérité de l'époque napoléonienne et de la révolution allait d'une autre manière « l'écrasement des plus faibles par les forts ». De manière liminaire, disons encore que, bien sur, des contrats mettant en scène des contractants mal informés ont toujours existé. »

[53] - M.-P. Grégore, L'obligation d'information des intermédiaires d'assurance, revue lamy Droit civil, septembre 2006, p.14.

[54] - Cass. Civ., 10 novembre 1964, J.C.P., éd. 13981, p.131.

[55] - J.-Ch. Pommier, Principe d'autonomie et loi du contrats en droit privé conventionnel, thèse, Paris, 1992, p.131.

[56] - لو رجعنا إلى المادة 03 من المرسوم 06/306: فقد ذكرت بأن تعني بالعناصر الأساسية: - خصوصية السلع، -الأسعار، -كيفيات الدفع، -شروط التسليم، -كيفية الضمان، -عقوبات التأثير عن الدفع....الخ، غير أن "المقطع ج" في حقيقة الأمر يمثل جوهر النظام العام التعاقدي الحمائي في القانون الجزائري L'ordre public du protection.

[57] - Yves Picod, l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, colloque sur « le juge et l'exécution du contrat », Organisé par L'I.D.A [Institut de Droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille], faculté de droit et de sciences politiques, presses Niniversitaires d'Aix-Marseille, France, 28 Mai 1993, p.63.

[58] - Yves Picod, op.cit., p.320.

[59] - محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الوسيط، الجزء 06، ط.1، من تحقيق أحمد محمود ابراهيم، دار السلام، القاهرة، مصر، 1417هـ، ص.143.

[60] - محمد بن إدريس، أبو عبد الله شافعي، مسند الشافعي، دار الكتب العلمية، د.س.، بيروت، لبنان، ص.147.

[61] - ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، الجزء 03، ط.05، من تحقيق عصام القلعجي، مكتبة المصارف، الرياض، السعودية، 1405هـ، ص198.

[62] - وبالتالي في مسألة تعديل العقد تعهد لمن كانت له مكنة ترتيب أثار الالتزام، فله مكنه تعديل هذه الأثار، والخروج عن هذه القاعدة يؤدي في حقيقة الأمر إلى هدم العقد.

[63] - محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، المرجع السابق، ص.147

[64] - عبد الرحمن الجزائري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء III، ط.1، دار المنار، القاهرة، مصر، 1999، ص.341.

[65] - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء 06، ب.ط، دار الجيل، بيروت، 1973، ص.114.

[66] - عبد الرحمن الجزائري، المرجع السابق، ص.340.

[67] - عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص.87.

[68] - حتى أنه هنالك بعض الفقه يشير إلى هذا النوع من البيوع بالبيع المتوحش La vente agressive.

[69] - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص.87.

[70] - سعي الجزائر إلى احتلال مكانة تمكنها من تأسيس شراكة مع الاتحاد الأوروبي جعلها تسعى جاهدة لمواكبة جميع التطورات الحاصلة في القوانين والتنظيمات المتعلقة بالمستهلك وقوانين المنافسة.

قائمة المراجع:

1) القوانين:

- القانون المدني الجزائري.
- القانون رقم 78 المؤرخ في 05 جانفي 1988 لجمعيات المستهلكين.
- القانون رقم 02/04 المؤرخ في: 23 جوان 2004 المتعلق بالممارسات التجارية، الجريدة الرسمية مؤرخة في 26 جوان 2004، العدد 72، ص 14 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010.

2) المؤلفات والكتب:

* باللغة العربية:

1. ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، الجزء 03، ط.05، من تحقيق عصام القلعجي، مكتبة المصارف، الرياض، السعودية، 1405هـ.
2. أشرف وفا، المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
3. حلاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009/2008.
4. خالد جمال أحمد حسن، الحماية القانونية للمستهلك في اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية العقدية، دار النهضة العربية، 2006.
5. رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2008/2007.
6. زبيري بن قدور، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04-08 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2005، 2006.
7. زغودي عمر، مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقد بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، العدد الثاني، 2014.
8. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.
9. عبد الرحمن الجزائري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء III، ط.1، دار المنار، القاهرة، مصر، 1999.
10. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
11. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
12. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
13. قادة شهيدة، حماية الطرف الضعيف في عقد العمل – محاولة لتأصيل الفكرة وتقرير آليات الحماية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008، ص.79.
14. قادة شهيدة، قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، الملتقى الوطني "الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري"، 2001، جامعة تلمسان، 27 جوان 2001.
15. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
16. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء 06، ب.ط، دار الجيل، بيروت، 1973.
17. محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الوسيط، الجزء 06، ط.1، من تحقيق أحمد محمود ابراهيم، دار السلام، القاهرة، مصر، 1417هـ.
18. محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات- دراسة مقارنة-، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.

19. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

20. مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010/2009.

*** باللغة الأجنبية:**

1. Cass. Civ., 10 novembre 1964, J.C.P., éd. 13981, p.131.
2. E. Agostini, De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice, D. 1994, p.235 .
3. G. Rouhette, contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965.
4. Georges Berlioz, Le contrat d'adhésion, L.G.D.J, Paris, 1979.
5. Ghestin J., Conformité et garanties dans la vente, L.G.D.J., 1983, Paris.
6. Hugh Beal, Inequality of Batguining power, 6 Oxford J. Legal Stud 123 (1986) UK.
7. J.-Ch. Pommier, Principe d'autonomie et loi des contrats en droit privé conventionnel, thèse, Paris, 1992.
8. cass. civ., 1er ch, 18 Juin 1980, J.C.P., tableau de juris, p.37
9. Ch. Bourrier, La faibless d'une partie au contrat, Academia, 2004.
10. G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 2ème éd., 1927, n°57.
11. G. Ripert, les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 2ème éd. 1998, spéc.n° 142.
12. Ginette lecterc, la bonne foi dans l'exécution des contrats, Mc gill law Journal, Montcéal, vol.37, n°02, Canada, 1992.
13. J. Mestre, l'évolution du contrat en droit privé français, in l'évolution contemporaine du droit des contrats, P.U.F., 1986.
14. M.-P. Grégore, L'obligation d'information des intermédiaires d'assurance, revue lamy Droit civil, septembre 2006.
15. Paisant G., Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1998, Chronique 253, n°1100, p.301.
16. Romain J-F., Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, thèse Bruxelles, préface de Van ommeslaghe P. Bruxelles, Bruylant, 2000.
17. Stoffel Munck (phillipe), L'abus dans le contrat, Essai d'une théarie, libraire générale de droit et de juripridence (L.G.D.J), Paris, 2000.
18. Styan Haupt, An Economic Analysis of consumer protection in contract low, 4 German, L-J. [GLJ] 1137, 1137-38 (2003), p.1130.
19. Yves Picod, l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, colloque sur « le juge et l'exécution du contrat », Organisé par L'I.D.A [Institut de Droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille], faculté de droit et de sciences politiques, presses Niniversitaires d'Aix-Marseille, France, 28 Mai 1993, p.63.

علاقة المعارضة البرلمانية بتنظيمات المجتمع المدني في النظام السياسي الجزائري

The relationship of the parliamentary opposition with civil society organizations within in the Algerian political system

أحمد مراح ، أستاذ مساعد قسم أ (*)
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة معسكر، الجزائر
merah.ahmed@univ-mascara.dz

تاريخ الاستلام: 2020/04/18 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/15

****

ملخص:

تعتبر منظمات المجتمع المدني بمثابة الجهاز المكمل والمتمم لعمل المعارضة البرلمانية بل هي وسيلة مهمة لتفعيل دورها في مجال التشريع والرقابة والتواصل السياسي والبرلماني مع المواطنين وحتى مختلف القوى السياسية والاجتماعية. ولهذا سنحاول في هذا البحث معرفة مفهوم كلا من المعارضة البرلمانية والمجتمع المدني ثم توضيح العلاقة القائمة بينهما في النظام السياسي الجزائري، وكيفية مساهمة هذه التنظيمات في تبصير وترشيد المعارضة البرلمانية من اجل أداء جيد للعمل البرلماني.

الكلمات المفتاحية: المعارضة البرلمانية، المجتمع المدني، الأنظمة السياسية، التشريع، المراقبة.

Abstract:

The civil society organizations are considered as the supplementary and complementary institution to the act of the parliamentary opposition and they are, in fact, a basic means for making their role efficient in the field of legislation, control and the parliamentary political communication with citizens and even with the different social and political powers. Hence, in the present research, we will attempt to find out the concept of both parliamentary opposition and the civil society as well as clarifying the relationship between them in the Algerian political system, then, how did these organizations contribute in the process of enlighting and rationalizing the parliamentary opposition for a good parliamentary performance.

key words: parliamentary opposition, civil society, political system, legislation, control.

*أ/ أحمد مراح: merah.ahmed@univ-mascara.dz

مقدّمة:

تعد المعارضة البرلمانية عنصرا أساسيا في أي نظام سياسي يعتمد على مبدأ التعددية الحزبية، وغيابها يؤدي إلى غياب الديمقراطية النيابية داخل قبة البرلمان، كونها تعتمد على تقديم برنامج سياسي بديل لبرنامج الحكومة وممارسة الرقابة على نشاطها ومسائلتها، والهدف من ذلك أخذ دورها في ممارسة الحكم وفق مبدأ التداول السلمي على السلطة. لذلك ينظر إلى وجود المعارضة البرلمانية في الديمقراطيات الحديثة على أنها ضمان للحياة السياسية من الاضطرابات، وإثراء البدائل السياسية، وكقوة توازن ضرورية بجانب السلطة السياسية الحاكمة في الدولة، وكشرط لازم لتحقيق التعددية السياسية التي تعتبر إحدى أهم المبادئ التي يقوم عليها التنظيم السياسي في هذه الديمقراطيات.

كما ارتبطت هذه المعارضة بتنظيمات المجتمع المدني والتي تعد من أهم المؤسسات التي تقدم أعظم الوظائف في النظم الدستورية المعاصرة، ومن أهم وظائفها تنظيم المعارضة، وذلك حتى تتفاعل مع غيرها من المؤسسات في بناء الديمقراطيات التعددية.

ومنه، وحتى تتمكن المعارضة من طرح انشغالاتها ومشاركتها في صنع القرار بالدولة نجدها تتواجد داخل البرلمان، وذلك حتى تعبر عن شريحة معينة من المجتمع، الأمر الذي يرسخ فعلا قواعد الديمقراطية النيابية. لكن هذا التعبير عن أراء ومصالح هذه الفئة من أفراد الشعب لا يكون بداية إلا عن طريق وسائل تحاول من خلالها تجسيد برامجها وأهدافها وخططها داخل البرلمان، تختلف عن أهداف وخطط السلطة السياسية الحاكمة.

ولدراسة هذا الموضوع سيتم طرح التساؤل عن: الإطار القانوني المنظم للعلاقة بين المعارضة البرلمانية وتنظيمات المجتمع المدني؟ للإجابة على هذه الإشكالية يقتضي منا الأمر معرفة مفهوم كلا من المعارضة البرلمانية والمجتمع المدني، وأيضا معرفة العلاقة بينهما وهل تم تنظيمها في قالب قانوني أم لا معتمدين في ذلك على المنهجيين الوصفي والتحليلي.

المبحث الأول: المعارضة البرلمانية والمجتمع المدني دراسة مفاهمية

يختلف مفهوم المعارضة البرلمانية والمجتمع المدني من نظام سياسي لآخر، وذلك تبعا لطبيعة نظام الحكم السائد في تلك الدولة شرط أن يتبنى هذا النظام قواعد الديمقراطية. ومنه سنتطرق إلى مفهوم المعارضة البرلمانية والبحث عن أهميتها في النظم الديمقراطية، ثم الحديث عن مفهوم المجتمع المدني وذكر أبرز سماته.

أولا: مفهوم المعارضة البرلمانية

يشترط لقيام الدولة وجود حكومة وذلك لكي تنظم وتدير شؤونها في كل المجالات داخليا وخارجيا، غير أن سلطاتها تتسع وتضيق حسب النظام السياسي للدولة، لذلك بالإمكان أن تتعسف الحكومة في استخدام هذه السلطة وتنحرف عن تحقيق الأهداف المرجوة لشعبها، وبالتالي تصبح الحكومة استبدادية لذا تطلب الأمر وجود ما يعرف بالمعارضة، وهي من الركائز الأساسية في النظم الديمقراطية. فالوصول إلى هذا النوع من النظم يتطلب العمل جنبا إلى جنب مع الحزب الحاكم وهو غالبا المشكل للحكومة.

1. تعريف المعارضة البرلمانية

عرّفت المعارضة البرلمانية على أنها نشاط سياسي مؤسسي سلمي علني يمارس من قبل مجموعات سياسية داخل البرلمان تهدف الضغط على السلطة لتقويم أدائها استنادا إلى الدستور والقوانين ذات الشأن[1]. كذلك المعارضة البرلمانية هي في حقيقتها تمارس الدور الرقابي على أعمال الحكومة وسياسيتها الداخلية والخارجية، ويمكن أن تكون من أحزاب المعارضة أو أحزاب الحكومة[2]. وممارسة هذا النوع من المعارضة –على غرار المعارضة السياسية –يكون داخل قبة البرلمان كون أنه المؤسسة القانونية الرئيسية التي تستطيع فيها قوى المعارضة تمثيل نفسها. ومن ثمة يتبين أن البرلمان يلعب الدور المهم في مراقبة وتقييد ومعارضة عمل الحكومة وهذا لصالح الشعب. كما نشير أن البرلمان يمارس هذا الدور الرقابي تجاه السلطة التنفيذية بوسائل مختلفة أهمها الاستجواب السؤال سحب الثقة...وهنا تبرز أكثر أهمية المعارضة من خلال الحد من هيمنة السلطة على الحياة العامة وفرض القيود على الحقوق والحريات خاصة السياسية منها. لذا تظهر حقيقة المعارضة للتعبير عن حق في توجيه النقد والمناقشة والتقويم لسلوك السلطة السياسية[3].

وتجدر الإشارة أن بعض الفقه أعتمد في تعريف المعارضة البرلمانية على ثلاث مستويات:

- المستوى الأول: عندما توصف المعارضة البرلمانية على أنها حالة والتي يربطها اعتراف متبادل بالأغلبية[4] من حيث امتلاك هذه الأخيرة سلطة اتخاذ القرار مقابل اعترافها للمعارضة كأقلية بحق الرأي المخالف، وذلك من خلال معارضتها لمشاريع القوانين المقدمة لها[5].

- المستوى الثاني:عندما توصف المعارضة البرلمانية على أنها علاقة، فيكون اهتمامها أكثر بطبيعة العلاقة بينها وبين الحكومة والأغلبية، وفي الغالب لا تدعم الحكومة ولا السياسيات التي يقدمها أصحاب السلطة رغم تواجد المعارضة ضمن التشكيلات السياسية الموجودة في البرلمان[6].

- المستوى الثالث: حينما توصف المعارضة البرلمانية على أنها وظيفة، هنا يكون نصب اهتمامها بكل ما له علاقة بالنسق السياسي، وهنا ترتبط بمفاهيم السلطة، التمثيل، التعددية السياسية، الديمقراطية كل هذا يشمل مراقبة السلطة، والنتيجة إبراز رؤية مغايرة لما تقدمه هذه السلطة[7].

غير أن هناك من عرف المعارضة البرلمانية على أنها جهاز منظم وفعال يعمل داخل البرلمان ويشكل ما يعرف في بعض الدول بـ « حكومة الظل» وأعضاؤها يتم اختيارهم من قبل زعيم الحزب، وهي مؤسسة متكاملة تنشط داخل قبة البرلمان تتمثل مهمتها في رصد انحرافات الحكومة، كما ترغب في الحلول محلها[8].

وأيضا ذهبت **كولنسكي إيفا**(kolinski Eva) إلى أن المعارضة هي حق الأقلية في نقد سياسة الأغلبية وممارسة الدور الرقابي عن طريق تأييد الانتخابات الشعبية التي قد تأتي بالمعارضة[9].

وما يمكن قوله أن المعارضة البرلمانية، والتي تمارس في إطار مؤسسة قانونية منظمة، هي جهة تواجه الحزب الحاكم الفائز في العملية الانتخابية وأيضا عنصر فعال لمحاسبة ورقابة هذا الحزب إذا ما حاد عن طريق الصواب. فوجود أحزاب المعارضة يحدد مسؤولية الحكومة المتعاقبة، وبالتالي يتحمل كل حزب مسؤوليته أمام الشعب عما قام به من أعمال أثناء فترة توليه الحكم.

2. أهمية المعارضة البرلمانية

تعتبر المعارضة البرلمانية من المكونات الرئيسية للنظام الديمقراطي، حيث تنطوي الديمقراطية على عدة مبادئ وقيم أساسية تتمثل في الحرية المساواة المشاركة والتعددية. وعلى هذا الأساس فإن المعارضة ترتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ التعددية في الأفكار والأحزاب والبرامج والحلول المطروحة للمشكلات[10].

لذا يمكن القول أنه لا ديمقراطية ولا نظام ولا ضمان للحريات العامة بعيدا عن المعارضة في شكلها الرسمي أو الحزبي على الأقل، فالأستاذ **أيزمن** يرى أنه لا حرية سياسية بدون معارضة، أما الفقيه **كلسن** يذهب إلى القول أن المعارضة هي عماد الديمقراطية، وأن العداء للأحزاب يخفي عداء للديمقراطية ذاتها. أما الفقيه **ماكس فيبر** يتجه إلى القول أن تطور المعارضة أرتبط بظهور وتطور حق الاقتراح العام، باعتبار أنه يضمن تعبئة وتنظيما شاملا للجماهير[11].

وفي هذا الصدد، نقول أن الحكومة لا يمكن أن تلقى إجماع ومساندة كل شرائح المجتمع ومطالبه، وبالتالي تظهر المعارضة في الطرف المقابل لها ليتم انتقاد نشاطها، وهذا وفقا لما يسمح به القانون من خلال وسائل التعبير عن أرائها وطرح البدائل أو الحلول المناسبة، وهذا لا يكون إلا من

خلال قوى سياسية فاعلة في المؤسسات الدستورية للدولة بدءا من مراقبة عمل الحكومة، وهنا نكون أمام المعارضة التي تمارس عملها داخل البرلمان، والتي تتكون من مجموع الأحزاب السياسية التي تحصلت على مقاعد في البرلمان إلى جانب الأحزاب السياسية الفائزة بأغلبية المقاعد، لذا نجدها تسعى دائما للوصول إلى السلطة عبر تشكيل الحكومة من خلال الاستحقاقات الانتخابية اللاحقة، لكن هذا لا يتحقق إلا من خلال الرقابة الدائمة على أعمال الحكومة، ومحاولة منها إقناع الرأي العام ببرامجها البديلة للانتخابات القادمة[12].

أيضا تظهر أهمية المعارضة من خلال رفع الوعي السياسي لدى المواطن، وهذا لا يتجسد إلا عن طريق ممارسة مهامها الرقابية على أعمال الحكومة والكشف عن أخطائها وتقديم البدائل المتاحة لها، وهذا لا يكون إلا بالاعتماد على الإعلام الذي يلعب الدور في كشف الحقائق[13]. فتوعية المواطن وإعطائه القدر الكافي من المعلومات في شتى المجالات (الاقتصادية، الاجتماعية، السياسية...) بشكل مبسط يمكنه من إيجاد صياغة سياسية لآماله الفردية، وهنا يظهر أن الدافع لتكوين الأحزاب السياسية في الأنظمة الديمقراطية هو إحساس الهيئة الناخبة بوجود فراغ في علاقتها مع الهيئة الحاكمة، ومنه تظهر كأن المعارضة منظمة تعليمية تبدأ بالتوجيه ثم بالتوعية[14].

وبذلك يتجلى لنا مدى أهمية المعارضة في تكوين الرأي العام، فهو يلزم الفرد على الأقل عند ممارسة حقه في الانتخابات أن يحدد وضعيته ومكانه من الجماعة، وأن يتخذ موقفا من القضايا العامة تجاه المجتمع. فالفرد المنعزل عن أعضاء الجماعة لا تأثير له ولا يمكن أن تصل رغباته إلى آذان السلطة الحاكمة، لذا تبرز أهمية الجماعات والأحزاب في التعبير عن رغباتها ومعتقداتها بطريقة منظمة وفعالة[15].

كذلك يمكن القول، أن المعارضة البرلمانية من خلال ممارسة وظائفها تساهم في إثراء الإنتاج التشريعي وجودته، وفي السعي نحو تكييف المنظومة القانونية والتنظيمية بما يتماشى والمقتضيات المستجدة والمتجددة وطنيا ودوليا، والمساهمة في الاستقرار السياسي للمؤسسات الدستورية والمجتمعات، وهذا لا يتحقق إلا عن طريق الاعتراف لها بحقوقها دستوريا وقانونيا مع توفير الحماية لها؛ بمعنى مأسسة المعارضة دستوريا من جهة، وتحديد القواعد الإجرائية المنظمة لهذه الحقوق في الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان من جهة أخرى.

ثانيا: مفهوم المجتمع المدني

نال مفهوم المجتمع المدني اهتمام العديد من الباحثين والمفكرين خاصة وأنه أرتبط بمفهوم الدولة لمدة زمنية طويلة، وأصبح يحتل مكانة هامة في النظام السياسي كون أنه يمثل شرائح واسعة

من المواطنين وطرح انشغالاتهم، فالمجتمع المدني يمثل المحرك الرئيسي لعملية إصلاح المنظومة القانونية والسياسية، وذلك من خلال توفير بيئة ديمقراطية تفتح المجال أمام المشاركة المجتمعية.

وعلى هذا الأساس سيتم التطرق في هذا النقطة إلى تعريف المجتمع المدني، ثم الحديث عن أبرز سماته.

1. تعريف المجتمع المدني

نشير بداية أن المجتمع المدني لا نجد له تعريفا لغويا دقيقا في المعاجم السياسية والفلسفية والاجتماعية العربية. فكلمة Société لاتينية الأصل تعني مجتمع وهي كلمة مشتقة من الفعل أجتمع يجتمع اجتماعا، ويقال أجتمع الشيء أي أنظم وتألف، والمجتمع هو مكان الاجتماع ويطلق مجازا على جماعة من الناس خاضعين لقوانين عامة[16]. أما كلمة Civil فهي ذات الأصل اللاتيني Civis وتعني المواطن[17]، أما الموسوعة الفلسفية السوفيتية ترى أن هذا المصطلح استخدمه الفلاسفة في القرن الثامن عشر للدلالة على العلاقات الاجتماعية، وبمعنى آخر للدلالة على علاقات الملكية، ووصفته بالمصطلح الذي لا يتسم بالوضوح الكافي[18].

أما اصطلاحا اختلف أختلف المفكرين حوله بين الفكر الغربي من جهة، والفكر العربي من جهة أخرى. فذهب **أنطونيو غرامشي** إلى القول:« أن المجتمع المدني هو المجتمع الذي تنتظم فيه العلاقات بين الأفراد على أساس الديمقراطية ويمارس فيه الحكم على أساس الأغلبية الحزبية مع احترام حقوق المواطن السياسية والاقتصادية، أي أنه المجتمع الذي تقوم فيه دولة المؤسسات بالمعنى الحديث، حيث يشكل المجتمع المدني مع الدولة ما يعرف بالمنظومة السياسية في المجتمع، وأعتبر أن الدولة هي المجتمع السياسي زائد المجتمع المدني» [19].

وبهذا المعنى تكون العلاقة بين المجتمع المدني علاقة جدلية تستمد الدولة عبرها المشروعية من المجتمع المدني من خلال وسائل السيطرة والتحكم والتوجيه من ناحية، وعبر الإقناع والقبول والرضا من ناحية أخرى.

وبهذا لا تملك الدولة الحديثة وسيلة غير ذلك لمواصلة وجودها الشرعي، باعتبار أن المجتمع المدني يضم الأحزاب السياسية، المنظمات والنقابات والاتحادات والجمعيات... أي أن له بعدا سياسيا، الأمر الذي يستحيل على الدولة أن تفرض هيبتها حقا بوسائل قسرية تتجاهل المجتمع المدني بمختلف مؤسساته ودوره في الحياة السياسية[20].

أما **ريموند هينيبوش** ذهب إلى القول:« أن المجتمع المدني شبكة الاتحادات طواعية التكوين مستقلة عن الدولة والجماعات الأولية، ولكنها في الوقت الذي تعمل فيع على احتواء الانقسامات الاجتماعية وتشكيل منطقة عازلة بين الدولة والمجتمع، فإنها تعمل على ربطه بالدولة وسلطتها »[21].

أما **هيجل** فقد عرف المجتمع المدني في المقطع 157 من كتاب فلسفة الحق بأنه: « رابطة للأفراد كأعضاء عمومية شكلية، وذلك بواسطة حاجاتهم ونظامهم الحقوقي كأداة للحفاظ على امن الأفراد وعلى ملكياتهم كنظام مفروض من خارجهم ينظم مصالحهم العامة والخاصة»[22] .

كما أعتبر **هيجل** أن مفهوم المجتمع المدني قاصر على تحقيق أمن الأفراد وحماية مصلحتهم الخاصة، فضلا عن مصلحة الدولة، وهذا يرجع إلى ما تتميز به مكونات المجتمع من تمزق شديد واختلاف الرؤى والغايات والصراع الطبقي، بحيث من المستحيل الوصول إلى استقرار سياسي ضروري لتحقيق التقدم والتطور المطلوب اعتمادا على المجتمع المدني. ولهذا يتبين أن الدولة هي الوحيدة التي بإمكانها تحقيق هذا الاستقرار، والدولة يلزم أن تعلوا مصلحتها على جميع المصالح الذاتية، ولا بد أن تكون لها القدرة على إعادة تشكيل العوامل الموجودة بداخلها مهما بلغت قوة هذه العوامل[23].

وعلى هذا الأساس، يرى **هيجل** أن الاجتماع المنظم للأفراد ليس هو غاية في ذاته، بل الغاية تكمن أساسا في تأمين شروط وجودهم والتحسين المستمر لهذه الشروط من خلال توسيع شبكة الحرية لتشمل كل أعضاء الهيئة الاجتماعية حتى يتاح لهم المشاركة في صنع مصيرهم وتحديد غاياتهم الحالية والمستقبلية بما يتماشى ووعيهم، وبهذا المعنى يتطور ويزدهر المجتمع المدني، والدولة تكون هي الوسيلة لبلوغ هذه الغاية[24].

وينظر **ألان ريدشارد** أن المجتمع المدني هو شبكة من التنظيمات والممارسات والضوابط التي تنشأ بالإرادة الطوعية الحرة لأعضائها خدمة لقضية أو مصلحة، أو تعبيرا عن مشاعر وقيم يعتز بها هؤلاء الأفراد، مع استقلال نسبي عن سلطة الدولة وعن المؤسسات الإرثية، شرط أن تكون ملتزمة في أنشطتها بالتسامح واحترام الآخرين[25].

ومن جهة أخرى، يرى **برتراند بادي** أن البناء التاريخي لمفهوم المجتمع المدني تمحور حول ثلاثة مبادئ مختلفة هي: اختلاف الفضاءات الاجتماعية الخاصة مقارنة مع المجال السياسي، وفردانية الروابط الاجتماعية التي تمنح للمواطنة قيمة أولية، والعلاقات داخل المجتمع تكون أفقية بحيث تفضل المنطق الجمعوي في البناء الجماعي العام الذي يهمش الهويات الخصوصية لصالح الهوية القومية[26].

وعليه نلاحظ أن **برتراند بادي** أستعمل مفهوم الفضاء الاجتماعي الخاص للدلالة على المجتمع القائم على الروابط الفردية والمواطنة[27] والعلاقات الأفقية والاعتماد على التكوين والتنظيم الجمعوي، وهذا مختلف عن المجتمع السياسي والدولة[28].

بناءا على ما سبق، يبدو أن المفكرين الغربيين اتفقوا على أن المجتمع المدني مختلف ومستقل عن الدولة، حيث يتكون من التنظيمات غير حكومية والجماعات غير الرسمية والحركات الاجتماعية...كما أنهم وضعوا مجموعة من السمات والخصائص لمفهوم المجتمع المدني، ومنها فكرة الطواعية في تكوين التشكيلات الاجتماعية المختلفة، وحرية المبادرة، العلاقات الأفقية والقيم الأخلاقية.

أما بخصوص الفكر العربي، فقد ظهرت عدة تعريفات للمجتمع المدني نورد أهمها فيما يلي:

المجتمع المدني:« هو مجموعة الأبنية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والقانونية تنتظم في إطار شبكة معقدة من العلاقات والممارسات بين القوى والتكوينات الاجتماعية في المجتمع، ويتم ذلك في إطار ديناميكي مستمر من خلال عدد من المؤسسات التطوعية التي تنشأ وتعمل باستقلالية عن الدولة »[29].

وعرفه **علي حرب** على أنه:« مجتمع تداولي مفتوح للممارسة الاجتماعية الاختيارية من خلال كل المؤسسات المكونة للحياة الاجتماعية فهو ميدان حر حيث يتيح للأفراد والجماعات من الناس ممارسة حريتهم في الاختيار والاختلاف أو في التجمع والتنظيم أو في الرأي والتعبير، أيضا يمنح هؤلاء الأفراد الحق في مناقشة القضايا العامة أو القرارات التي تمس مصالحهم وتتعلق بمصيرهم. ويرى أيضا أن المجتمع المدني مستقل ينبني ويتشكل بمنعزل أو بمواجهة السلطات السياسية أو الاقتصادية أو المجتمعية »[30] .

أما مركز أبن خلدون للدراسات الإنمائية في القاهرة، فقد عرف المجتمع المدني على أنه:« مجال مختلط من الجمعيات والأندية والاتحادات المنظمات والنقابات...يهدف إلى تحسين العلاقة بين الدولة والمواطن، مما يعني أن المجتمع المدني ينبغي أن يكون مدنيا في سلوكه ومؤيدا للإصلاح الديمقراطي[31]».

كذلك ذهب مركز الوحدة العربية للمجتمع المدني من خلال الندوة الفكرية التي نظمتها سنة 1992 حول المجتمع المدني في الوطن العربي ودوره في تحقيق الديمقراطية بأن المجتمع المدني هو المؤسسات السياسية الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية التي تعمل في ميادين مختلفة وفي استقلال عن سلطة الدولة لتحقيق أغراض مشتركة، كالمشاركة في صناعة القرار على المستوى الوطني ومثال ذلك الأحزاب السياسية، أو الدفاع عن مصالح أعضائها، أو من خلال نشر الوعي الثقافي حسب اتجاهات كل جماعة للإسهام في العمل الاجتماعي لتحقيق التنمية[32].

أما سعد الدين إبراهيم في تعريفه للمجتمع المدني أبتعد عن كل الاختلافات المتباينة والمتضاربة، وجاء بتعريف شامل إذ عرفه على أنه:« مجموعة من التنظيمات التطوعية الحرة التي

ملأ المجال العام بين الأسرة والدولة لتحقيق مصالح أفرادها، ملتزمة فيه بقيم ومعايير الاحترام والتراضي والتسامح والإدارة السلمية للتنوع، وتشمل هذه التنظيمات كل ماهو غير حكومي، وكل ما هو غير عائلي أو أرثي[33]».

أخيرا، ومن وجهة نظرنا نعتقد أن هذا التعريف أشمل وأعم باعتبار أنه ضم مختلف الاتجاهات الغربية والعربية، بل أكثر من ذلك أنه حدد مجموعة من الخصائص التي تشكل جوهر المجتمع المدني كالحرية والطواعية في إنشاء وتنظيم هذه التنظيمات، الاستقلالية والإدارة السلمية وتحقيق مصلحة الأفراد والجماعات.

2. سمات المجتمع المدني[34]:

أ. أن العضوية في المجتمع المدني لا تقوم على الإجبار، وإنما يكون على طريق الطواعية بمعنى أن الأفراد ينظموا إليها بمحض إرادتهم وإيمانا منهم بأنها قادرة على حماية مصالحهم والتعبير عنها.

ب. أن مؤسسات المجتمع المدني من حيث الأصل تتمتع باستقلالية نسبية من النواحي المالية والتنظيمية والإدارية عن النظام السياسي القائم، ومن هذا المنطلق فإنها تجسد معنى إمكانية أفراد المجتمع على تنظيم نشاطهم بعيدا عن تدخل هذا النظام.

ت. لا يشترط أن يكون النظام السياسي القائم في ظل وجود المجتمع المدني فاعل ومبني على أسس ديمقراطية، وإنما يكفي فقط أن يكون نظام مقيد أي غير مطلق السلطة؛ بمعنى خضوع هذا النظام في أداء مهامه إلى قواعد عقلانية، سواء وضع هذه القواعد برلمان منتخب من قبل أغلبية المواطنين، أو جاءت عبر تطور تاريخي طويل وأشرف على تطبيقها نخبة من المثقفين ذوي المعرفة والخبرة.

أن المجتمع المدني يتكون من العديد من المؤسسات كل لها صدى وتأثير سواء من الناحية الاجتماعية، الاقتصادية السياسية، الثقافية والفكرية، وهدفها الوحيد هو التوسط بين المواطن والدولة، ومن هذه المؤسسات المؤسسات الدينية والتعليمية، الاتحادات المهنية والنقابات العمالية، النوادي الثقافية والاجتماعية، الجمعيات...ألخ.

المبحث الثاني: غياب الإطار القانوني المنظم للعلاقة بين المعارضة البرلمانية وتنظيمات المجتمع المدني

تعمل تنظيمات المجتمع المدني على ترشيد المعارضة البرلمانية من خلال تزويدها بالمعطيات الأساسية حول الأوضاع الاجتماعية والظواهر السياسية أثناء مناقشة التشريعات ودراسة

الاقتراحات التي يتقدم بها النواب، ومشاريع القوانين التي تعني المجتمع والدولة؛ بمعنى أخر أن لهذه التنظيمات دور إرضائي لأعضائها خاصة إذا كان لها تمثيل مباشر في البرلمان وفي المعارضة البرلمانية.

لكن ما تجدر الإشارة إليه، أن ما يميز العلاقة بين البرلمان ومنظمات المجتمع المدني هو غياب الإطار القانوني المنظم لها، فلا الدستور ولا الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، ولا القانون العضوي الناظم لعملهما تحتوي على أي مادة تتيح لمنظمات المجتمع المدني بان تشارك في أعمال البرلمان سواء من ناحية الدور التشريعي أو من ناحية الدور الرقابي على أعمال الحكومة إلا إذا استثنينا المواد التالية، فالمادة 43 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني نصت على انه:« يمكن للجان الدائمة في إطار ممارسة أشغالها أن تدعوا أشخاصا مختصين وذوي خبرة الاستعانة بهم في أداء مهامها »، كما نصت المادة 47 من جهتها على ما يلي وهي تحدد طرق عمل اللجان: « أن يحرر ملخص قرارات اجتماعات اللجان – تحفظ الأشرطة المسموعة في أرشيف اللجنة الدائمة – لا يمكن الإطلاع عليها إلا بموافقة رئيس اللجنة – تودع هذه الأشرطة لدى أرشيف المجلس في نهاية الفترة التشريعية »[35].

وقد نصت المادة 40 من النظام الداخلي لمجلس الأمة على أنه:« يمكن للجان الدائمة، في إطار ممارسة أشغالها أن تدعو أشخاصا مختصين وذوي خبرة للاستعانة بهم في أداء مهامها ». أيضا المادة 45 جاء في مضمونها أن اللجان الدائمة لا يمكنها نشر أو إعلان محاضرها، وأن أعمالها من محاضر وتسجيلات تحفظ في أرشيف اللجنة ولا يسمح بالإطلاع عليها إلا بإذن رؤسائها. أما المادة 68 في فقرتها الأخيرة نصت على انه:« يمكن اللجنة المختصة في إطار عملها، أن تستعين بخبراء مختصين في الموضوع، وتعد تقريرا تمهيديا حول اقتراح القانون »[36].

وعليه، يقصد أن الاستعانة بالخبراء تكون بصفتهم الشخصية لا باعتبارهم ممثلين لتنظيمات المجتمع المدني بمختلف أشكالها التنظيمية، وهو ما تترجمه اللجان المختصة بدعوتها لخبراء من مختلف التخصصات للاستماع لأرائهم، الأمر الذي جعل العديد من التنظيمات تعمل خارج أسوار المؤسسة البرلمانية بهدف الضغط على الهيئة التنفيذية من أجل تحقيق مطالبها دون المرور على البرلمان خاصة في ظل وجود صحافة مستقلة جزئيا تتيح لها الفرصة بأن تطرح انشغالات الفئات التي تمثلها والمشاكل التي تعترضها، وكشف عيوب الحكومة وتقصيرها في التكفل بمطالبها، مما تضطر الحكومة في الغالب إلى التكفل بإنشغلاتها. وفي هذا الصدد يقول **جورج بوردو** أن التحدث ضروري للناس، فإذا أخرجناه من البرلمان سنجده في الشارع بحواجز أخرى تكون منصة له[37].

وعلى هذا الأساس، وفي ظل انعدام آلية إشراك منظمات المجتمع المدني في العمل البرلماني من الداخل لجأت العديد منها كما قلنا سابقا إلى العمل خارج المؤسسة البرلمانية ومثال ذلك ما قامت به

المنظمات النسوية للمطالبة بحصول المرأة على نسبة تواجد معتبرة في قوائم الترشيحات للانتخاب سواء في المجالس المحلية أو الوطنية، مقارنة بما هو عليه الحال في كثير من الدول بل وحتى بعض دول المغرب العربي كتونس والمغرب، مما يسمح لها بوضع مذكرة تتضمن العديد من الاقتراحات للوصول إلى تمثيل عادل للمرأة على مستو المؤسسات السياسية والعمومية[38]. هذا الواقع دفع بالسلطات العامة إلى المبادرة بترقية الحقوق السياسية للمرأة ضمن التعديل الدستوري لسنة 2008 أين تم إضافة المادة 31 مكرر[39]، وأستتبع ذلك بقانون عضوي رقم 03/12 يحدد توسيع مشاركتها في المجالس المنتخبة، والذي دخل حيز التطبيق بمناسبة الانتخابات التشريعية والمحلية سنة 2012[40].

ومع ذلك، وفي ظل غياب الإطار القانوني لمشاركة منظمات المجتمع المدني في العمل التشريعي والرقابي عن طريق الاستماع لها وإبداء رأيها في مبادرات القوانين ومحاسبة الحكومة لم يمنع من بروز ممارسات حاولت السير في هذا الاتجاه، إذ تم السماح في بعض الحالات بمشاركة الجمعيات في عمل اللجان البرلمانية المتخصصة التي يغلب عليها الطابع الاجتماعي من خلال الاستماع إلى رؤساء الجمعيات الوطنية باعتبارهم خبراء[41].

لكن ما يلاحظ هو جعل الجمعية مختزلة في شخص رئيسها من ناحية، وخضوع هذه الدعوات الانتقائية وفقا للسلطة التقديرية للجنة التي قد لا تبنى على أسس ومعايير موضوعية، وتستند إلى أسس ومعايير أخرى تفقد الاستشارة قيمتها. كما أن اختزال استشارة الجمعية في الاستماع إليها من طرف اللجان الدائمة بصفة خبير لا باعتبارها تنظيما يمثل شريحة من المواطنين ولها هدف معين تقلل من أهمية مشاركتها خاصة في ظل التشديد القانوني على سرية أعمال اللجان الدائمة، وعدم نشر مداولتها ليطلع عليها الجمهور هذا وفقا لما جاء في أحكام المادة 47 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، والمادة 45 من النظام الداخلي لمجلس الأمة المذكورين أعلاه. كما أنه من بين اثني عشر(12) لجنة دائمة في المجلس الشعبي الوطني توجد لجنة واحدة تهتم بالعمل الجمعوي هي لجنة الشباب والرياضة والنشاط الجمعوي التي قامت بانفتاح جزئي في بعض مراحل العمل البرلماني على منظمات المجتمع المدني، في حين يغيب عن لجان مجلس الأمة التسعة ذلك[42].

أيضا لم يمنع القانون اللجان الدائمة من اللجوء إل تنظيم أيام برلمانية لمناقشة بعض المواضيع ذات الصلة بالنصوص القانونية المطروحة للنقاش، مما يسمح لبعض جمعيات المجتمع المدني بالحضور وإيصال أصواتها حول القضايا المطروحة للدراسة سواء تعلقت بالشأن الوطني أو الدولي[43].

ورغم أهمية الأيام البرلمانية باعتبارها مجالا عاما للنقاش وتبادل الرؤى ووجهات النظر المختلفة التي تثري الموضوع من عدة زوايا، إلا أن تأثيرها محدود في ظل الظروف الدستورية والسياسية والقانونية الحالية. بل الملاحظ أن السلطة غالبا ما تعتبر هذه التنظيمات الورقة الرابحة التي تخرجها عند الحاجة في مواجهة أي معارضة حزبية لترجيح كفتها وتمرير مقترحاتها. بل أن هذه التنظيمات تعتبر من أهم الوسائل التي تستعملها السلطة لإضفاء الشرعية في بعض الأحيان وهذا ما حدث فعلا من خلال المشاورات المتعلقة بمشروع التعديل الدستوري لسنة 2016، والتي قادها رئيس ديوان رئاسة الجمهورية آنذاك بعد مقاطعة أحزاب المعارضة كل الدعوات الموجهة إليها من الرئاسة.

وفي هذا السياق، نجد أن تنظيمات المجتمع المدني كانت من أهم مكونات المجلس الانتقالي الذي جاء كحل مؤقت لمرحلة الفراغ المؤسساتي في المجال التشريعي بعد إلغاء الانتخابات التشريعية لسنة 1991، وأكثر من ذلك شكلت أهم وعاء انتخابي لمرشحي السلطة في كل الاستحقاقات الانتخابية خاصة المتعلقة منها بالتنافس على منصب رئيس الجمهورية[44]. هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فقد تعرض القانون رقم 06/12 المتعلق بالجمعيات لانتقادات شديدة من قبل الجمعيات وحتى المنظمات الحقوقية، ومن بينها منظمة العفو الدولة التي طالبت بإلغائه لأنها حسبها سيلحق ضررا لا يمكن إصلاحه بالمجتمع المدني، وذلك بسبب القيود التعسفية على ممارسة الحق في حرية التعبير التي تصل إلى درجة تجريمه، مما اعتبرته انتهاكا لالتزامات الدولة الجزائرية بموجب القانون الدولي، كما أن العديد من الجمعيات النشطة بموجب هذا القانون تعرضت لعدة مضايقات منها رفض السلطات في أكتوبر 2012 طلب تسجيل الجمعية الوطنية لمكافحة الفساد بحجة أن طلبها لا يحترم القانون، وأن مكافحة الفساد يدخل ضمن اختصاص الدولة[45].

لكن، ولتدارك هذه الثغرات، جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 وبالتحديد في المادة 54 منه على أن القانون العضوي يحدد شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات[46]، وهذا على خلاف ما كان قبل التعديل، إذ كانت الجمعيات تنظم بموجب قانون عادي مما أعطى المشرع لهذه التنظيمات المزيد من الفرص كي تساهم في تفعيل العمل التشريعي والرقابي للبرلمان من خلال تبنيه لاقتراحاتها.

أضف إل ذلك، أن المشرع الدستوري قام بدسترة عضوية هذه التنظيمات في الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، إذ نصت المادة 194 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه: « تحدث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات...ترأس الهيئة شخصية وطنية يعينها رئيس الجمهورية، بعد استشارة الأحزاب السياسية...تتكون الهيئة العليا بشكل متساو من: - قضاة يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء، ويعينهم رئيس الجمهورية. – كفاءات مستقلة يتم اختيارهم من ضمن المجتمع

المدني، يعينها رئيس الجمهورية... »[47]. وقد صدر فيما بعد القانون العضوي رقم 11/16 لينظم هذه الهيئة ويحدد تشكيلتها وصلاحياتها[48]، ومن ثم فإشراك هذه التنظيمات في عضوية الهيئة يعني إسهامها في تكريس شفافية العملية الانتخابية، وبالتالي تجاوز فكرة الإدلاء بالتصويت فقط إثناء هذه العملية. ومنه إذا قلنا أن دور الناخب ينتهي بمجرد انتهاء العملية الانتخابية، فإن تنظيمات المجتمع المدني تبقى مستمرة، بل يصبح البرلمان متابعا من قبل هذه التنظيمات عن طريق مساهمته في التشريع والرقابة وتقييم السياسيات العامة.

وعلى هذا الأساس، لا يمكن تصور أن تكون العلاقة بين البرلمان (المعارضة البرلمانية) والمجتمع المدني مفيدة للعمل التشريعي والرقابي دون تقوية قدرات هذه التنظيمات سواء من الناحية القانونية من خلال تحسين الإطار الذي تشتغل ضمنه، أو من ناحية تدعيمها بالوسائل المادية والبشرية الضرورية لعملها. أيضا لا يمكن تطوير العمل البرلماني إلا من خلال تفعيل التواصل المدني البرلماني وإعطاء أهمية لبعض آليات العمل في اللجان وفي المناقشة العامة كجلسات الاستماع العامة، الخبراء، المواطنين...، فجلسات الاستماع هذه تعد ضرورة ملحة في العمل البرلماني، بدليل أنها آلية اجتماع للحصول على المعلومات تلجأ إليها اللجان في عملها عند قيامها بدراسة النصوص القانونية أو بداعي الرقابة. فهذه الجلسات تطلع أعضاء البرلمان جميعا بما فيهم المعارضة على مختلف المسائل المطروحة سواء في شقها التشريعي(مشروع، اقتراح قانون) أو في شقها الرقابي (متابعة مدة تطبيق مخطط عمل الحكومة ومراقبة نشاطاتها)[49].

أخيرا، وقصد إعطاء فعالية ونجاعة لأداء السلطة التشريعية، وبما أنه من واجب البرلمان خاصة أن يبقى وفيا لثقة الشعب، ويضل يتحسس تطلعاته، وعدم اختزال منظمات المجتمع المدني في مجموعة أفراد، يشترط تقنين العلاقة بين الطرفين من خلال القانون الداخلي للبرلمان بحيث يسمح بإشراك مؤسسات المجتمع المدني ذات الصلة بالموضوع المطروح للنقاش داخل هياكل البرلمان وإبداء الرأي وليس مجرد استدعاء رؤساء الجمعيات أو المنظمات بصفتهم الشخصية. كذلك تمكين نواب المعارضة من رئاسة اللجان والمشاركة في صياغة ومناقشة القوانين.

خاتمة:

على ضوء ما تم تناوله في هذا الموضوع توصلنا إلى أنه لا يمكن اليوم إنكار أهمية المعارضة البرلمانية ودورها في عملية التطور الديمقراطي، كما لا يمكن تجاهل دور تنظيمات المجتمع المدني في صياغة السياسات وسن التشريعات المنظمة لحياة المواطنين. ولهذا من الضرورة بمكان تطوير العلاقة ما بين هذه التنظيمات والمعارضة البرلمانية من خلال مأسستها بما يكفل في الأخير حقوق وحريات جميع الأطراف.

وقد توصلنا في نهاية البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوردها تباعا:

النتائج:

1. المعارضة البرلمانية هي عبارة عن مجموعة من النواب أو الأعضاء توجه وتنشط تحت رعاية حزب سياسي أو ائتلاف سياسي تمارس عملها داخل قبة البرلمان، تكون في مواجهة أغلبية برلمانية أيدت الحكومة، أو في مواجهة الحزب الفائز في العملية الانتخابية.

2. المجتمع المدني مفهوم وثيق الارتباط بالحضارة الغربية، كما له حضور في الفكر العربي الإسلامي بشكل ملحوظ. وأن مؤسسات المجتمع المدني تتمتع بالاستقلالية عن الدولة، وان الانخراط فيها يكون طواعية لها الحق في مناقشة القضايا العامة أو القرارات التي تمس مصالح الأفراد أو الجماعات وتتعلق بمصيرهم.

3. قوة المعارضة البرلمانية من قوة منظمات المجتمع المدني.

4. تنظيمات المجتمع المدني وسيلة مهمة لتفعيل دور المعارضة البرلمانية في مجال التشريع والرقابة وتقييم السياسات العامة.

التوصيات:

1. تقنين العلاقة بين تنظيمات المجتمع المدني والمعارضة البرلمانية من خلال القانون الداخلي للبرلمان الجزائري بحيث يسمح بإشراك مؤسسات المجتمع المدني ذات الصلة بالموضوع المطروح للنقاش داخل قبة البرلمان وإبداء الرأي وليس مجرد الاكتفاء باستدعاء رؤساء هذه المؤسسات بصفتهم الشخصية.

2. تمكين نواب المعارضة البرلمانية من رئاسة اللجان والمشاركة في صياغة ومناقشة القوانين.

3. فتح قناة الحوار والمفاوضات مع المواطنين للوصول إلى الغرض المطلوب المتمثل أساسا في إصدار تشريعات تستجيب لحاجات المجتمع وتلبي طموحاته المستقبلية على مختلف المستويات، وأيضا إطلاعه على الدور الرقابي لأعمال الحكومة حتى يكون له دراية بمدى فاعلية هذا الدور.

الهوامش:

[1] ماجد نجم عيدان الجبوري، دور المعارضة البرلمانية في بناء الدولة (تحليل وتقييم)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، د.س، ص 6.

[2] أشرف مصطفى توفيق، المعارضة، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 1989، ص 48.

[3] سربست مصطفى رشيد أميدي، المعارضة السياسية والضمانات الدستورية لعملها. منتدى إقرأ الثقافي، سنة 2011، ص 32.

[4] يقصد بالأغلبية أنها الحزب المهيمن أو مجموعة الأحزاب السياسية التي تمارس وتراقب سلطة الدولة أو أنها الحزب أو مجموعة الأحزاب المتحدة مع نظيراتها للإستلاء على السلطة. ينظر في ذلك: بوزيد لزهاري، المعارضة البرلمانية في النظام البرلماني، مداخلة منشورة في مجلة الوسيط، وزارة العلاقات مع البرلمان، ع 13 سنة 2016، ص 61.

[5] William Gills, L'opposition parlementaire, etude de droit comparé, revue du droit public, nè 5, 2006, p1349.

[6] Michel Hasting, oppositions parlementaires gouvernements minoritaires et politique comparée, vol 18 né 2, 2011, p46.

[7] Marie claire ponthoreau, L'opposition comme garantie constitutionnelle, revue du droit public né 4, 2002, p 1135.

[8] محمد اتركين، نظام المعارضة البرلمانية (دراسة في المفهوم ولدروس التجارب المقارنة)، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الدراسات والأبحاث، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع بالدار البيضاء، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، ط 1، المغرب، سنة 2014، ص 15.

[9] هشام عميري، المعارضة البرلمانية في النظام الدستوري المغربي، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، المركز الديمقراطي العربي ألمانيا، برلين، العدد الأول، أكتوبر 2018، ص 274.

[10]إكرام بدر الدين، دور المعارضة في نظم الحكم، مقال منشور في الموقع الالكتروني :https ://alwafd.news/essay/ 3084 تاريخ الإطلاع يوم 28/ 07/ 2019 على الساعة 22:53.

[11] أشرف مصطفى توفيق، المعارضة، المرجع السابق، مصر، ص ص 22 -23.

[12] البرج محمد، الضوابط القانونية لتكوين ونشاط المعارضة البرلمانية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الأغواط، ص 113.

[13] المرجع نفسه، ص 113.

[14] مصطفى اشرف توفيق، مرجع سابق، ص 37.

[15] المرجع نفسه، ص 37 -38.

[16] على بن هادية وآخرون، القاموس الجديد للطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط7، الجزائر 1991، ص 14.

[17] عزمي بشارة، المجتمع المدني دراسة نقدية (إشارة إلى المجتمع المدني العربي)، مركز دراسات الوحدة العربية، ط1، بيروت 1998، ص 64.

[18] م. روزنتال و ب. بودين، الموسوعة الفلسفية، دار الطليعة، ط5، بيروت 1985، ص 45. نقلا عن سلاف سالمي، دور المجتمع المدني في المغرب العربي في عهد التعددية السياسية – دراسة حالة – مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بسكرة، سنة 2010/2009، ص 21.

[19] ناصر محمود رشيد شيخ علي، دور منظمات المجتمع المدني في تعزيز المشاركة السياسية في فلسطين، رسالة لنيل شهادة الماجستير في التخطيط والتنمية السياسية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، سنة 2008، ص 14.

[20] ناصر محمود رشيد شيخ علي، المرجع السابق، ص ص 14-15.

[21] زهير بوعمامة، التحول الديمقراطي في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2005، ص 112.

[22] عزمي بشارة، المرجع السابق، ص 156.

[23] كلثوم زعطوط، الأزهر ضيف، مفهوم المجتمع المدني بين التأصيل النظري ومشكلة المرجعية، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 33، جامعة ورقلة، مارس 2018، ص 46.

[24] المرجع نفسه، ص ص 46-47.

[25] زهير بوعمامة، المرجع السابق، ص 112.

[26]Bertrand Badie, d'état importé, l'accidentalition de l'orde politique, paris, édition favard, 1992, p 116.

[27] يقصد بالمواطنة على أنها عبارة عن التزامات متبادلة بين الأشخاص والدولة، فالشخص يحصل على حقوقه المدنية والسياسية والاقتصادية نتيجة انتمائه لمجتمع معين، وفي الوقت ذاته عليه واجبات يتحتم أدائها. علاء الدين عبد الرزاق جنكو، المواطنة بين السياسة الشرعية والتحديات المعاصرة، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كوردستان، العراق، ص33. منشور في الموقع الإلكتروني: http://neelain.edu.sd/mmacpanel/**includes**/magazines/pdf/3_11_3.pdf

تاريخ الإطلاع يوم الخميس الموافق 7 نوفمبر 2019 على الساعة 10:51.

[28] يعرف المجتمع السياسي على أنه نظام لعلاقة المواطنين مع الدولة، وهو نظام مركزي ومستند إلى قانون ثابت وموضعي ورسمي على غرار المجتمع المدني فهو نظام لعلاقة الأفراد مع بعضهم البعض بصورة منظمات لها استقلاليتها الداخلية وعلاقات تقوم على الترابط بين العادات والأخلاق والمصلحة. راجع، ناصر محمود رشيد شيخ علي، المرجع السابق، ص 15.

[29] حسنين توفيق إبراهيم، بناء المجتمع المدني المؤشرات الكمية والكيفية، مركز دراسات الوحدة العربية، ط2، بيروت، 2001، ص 694.

[30] علي حرب، العالم ومأزقه منظم الصدام ولغة التداول، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط2، سنة 2007، ص 17.

[31] لقرع بن علين، المجتمع المدني والتحول السياسي في الأردن والكويت (1989-2006)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، 2010/2009، ص 27.

[32] عبد الوهاب بن خلف، المدخل إلى علم السياسة، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 111.

[33] فالح عبد الجبار، سعد الدين إبراهيم، الدولة والمجتمع المدني والتحول الديمقراطي في العراق، مركز ابن خلدون للدراسات الإنمائية، القاهرة، سنة 1995، ص 50.

[34] ثامر كامل الخزرجي، المرجع السابق، ص 109.

[35] المادتين 43، 47 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، ج.رع 46، مؤرخة في 28 ربيع الأول 1421 الموافق 30 يوليو 2000.

[36] المواد 43، 47، 3/68 من النظام الداخلي لمجلس الأمة، ج.ر.ع 49، مؤرخة في 30 ذو القعدة 1438 الموافق 22 غشت 2017.

[37] الأمين سويقات، الأحزاب السياسية والأداء البرلماني في الدول المغاربية دراسة مقارنة (الجزائر– المغرب) رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، سنة 2016، ص 304-305.

[38] ناصر جابي، العلاقة بين البرلمان والمجتمع المدني في الجزائر، واقع وأفاق، مجلة الفكر البرلماني، العدد 15، 2007، ص 136-161.

[39] المادة 31 مكرر من التعديل الدستوري لسنة 2008 (مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ع 65 مؤرخة في 16 نوفمبر 2008) نصت على انه: « تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة ».

[40] القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المحدد لكيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج.ر. ع 46، مؤرخة في 20 صفر 1433 الموافق 14 يناير 2012.

[41] ربوح ياسين، مرجع سابق، ص 09.

[42] نور الدين حاروش، مرجع سابق، ص 158.

[43] الاستثناءات التي قامت بها لجنة الشباب والرياضة والنشاط الجمعوي في إطار دراسة مشروع التربية الوطنية والرياضية يوم 04 جانفي 2004، والتي قامت بها أيضا لجنة الصحة والشؤون الاجتماعية والعمل والتكوين المهني في دراسة مشروع القانون المتعلق بالتدابير التشجيعية لدعم وترقية التشغيل أيام 18، 19، 20 أفريل 2006. كذلك تنظيم لجنة الشباب والرياضة والنشاط الجمعوي بالتعاون مع الشبكة الجزائرية لحقوق الإنسان...يوم 02 جوان 2004 منتدى حول المجتمع المدني والبرلمان: واقع وأفاق. كما لجأت نفس اللجنة بالتعاون مع الإتحاد الوطني للمعوقين الجزائريين يوما برلمانيا حول وضعية المعوق داخل المجتمع وإدماجه ضمن التنمية المحلية في مايو 2004. ربوح ياسين، مرجع سابق، ص 20.

[44] ربوح ياسين، المرجع السابق، ص 10. وأيضا الأمين سويقات، المرجع السابق، ص 308.

[45] الأمين سويقات، مرجع سابق، ص 309.

[46] المادة 54 من التعديل الدستوري لسنة 2016، (ج.ر ع 14المؤرخة في 07 مارس 2016) نصت على أنه: « حق إنشاء الجمعيات مضمون، تشجع الدولة ازدهار الحركة الجمعوية، يحدد القانون العضوي شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات ».

[47] ج.ر.ع 14 مؤرخة في 27 المؤرخة في 07 مارس 2016. أيضا المواد 05 – 06 – 07 من القانون العضوي رقم 11/16 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، مؤرخ في 22 ذي القعدة 1437 الموافق 25 غشت 2016،ج.ر41، مؤرخة في 25 ذي القعدة الموافق 28 غشت 2016.

[48] القانون العضوي رقم 11/16 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، مرجع سابق.

[49] ربوح ياسين، مرجع سابق، ص 12.

قائمة المصادر والمراجع:

النصوص القانونية:

1. التعديل الدستوري لسنة 2008 (مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ع 65 مؤرخة في 16 نوفمبر 2008)
2. القانون العضوي رقم 11/16 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، مؤرخ في 22 ذي القعدة 1437 الموافق 25 غشت 2016،ج.ر41، مؤرخة في 25 ذي القعدة الموافق 28 غشت 2016.
3. النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، ج.ر ع 46، مؤرخة في 28 ربيع الأول 1421 الموافق 30 يوليو 2000.
4. النظام الداخلي لمجلس الأمة، ج.ر.ع 49، مؤرخة في 30 ذو القعدة 1438 الموافق 22 غشت 2017.
5. القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المحدد لكيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج.ر. ع 46، مؤرخة في 20 صفر 1433 الموافق 14 يناير 2012.

الكتب:

1. أشرف مصطفى توفيق، المعارضة، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 1989.
2. سربست مصطفى رشيد أميدي، المعارضة السياسية والضمانات الدستورية لعملها. منتدى إقرأ الثقافي، سنة 2011.
3. Michel Hasting, oppositions parlementaires gouvernements minoritaires et politique comparée, vol 18 né 2, 2011.
4. Marie claire ponthoreau, L’opposition comme garantie constitutionnelle, revue du droit public né 4, 2002.
5. Bertrand Badie, d’état importé, l’accidentalition de l’orde politique, paris, édition favard, 1992 .
6. محمد اتركين، نظام المعارضة البرلمانية (دراسة في المفهوم ولدروس التجارب المقارنة)، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الدراسات والأبحاث، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع بالدار البيضاء، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، ط 1، المغرب، سنة 2014.
7. على بن هادية وآخرون، القاموس الجديد للطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط7، الجزائر 1991، ص 14.

8. عزمي بشارة، المجتمع المدني دراسة نقدية (إشارة إلى المجتمع المدني العربي)، مركز دراسات الوحدة العربية، ط1، بيروت 1998.
9. زهير بوعمامة، التحول الديمقراطي في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2005.
10. حسنين توفيق إبراهيم، بناء المجتمع المدني المؤشرات الكمية والكيفية، مركز دراسات الوحدة العربية، ط2، بيروت، 2001.
11. علي حرب، العالم ومأزقه منظم الصدام ولغة التداول، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط2، سنة 2007.
12. عبد الوهاب بن خلف، المدخل إلى علم السياسة، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
13. فالح عبد الجبار، سعد الدين إبراهيم، الدولة والمجتمع المدني والتحول الديمقراطي في العراق، مركز ابن خلدون للدراسات الإنمائية، القاهرة، سنة 1995.

رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

1. الأمين سويقات، الأحزاب السياسية والأداء البرلماني في الدول المغاربية دراسة مقارنة (الجزائر– المغرب) رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، سنة 2016.
2. سلاف سالمي، دور المجتمع المدني في المغرب العربي في عهد التعددية السياسية – دراسة حالة – مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بسكرة، سنة 2010/2009.
3. ناصر محمود رشيد شيخ علي، دور منظمات المجتمع المدني في تعزيز المشاركة السياسية في فلسطين، رسالة لنيل شهادة الماجستير في التخطيط والتنمية السياسية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، سنة 2008.
4. لقرع بن علين، المجتمع المدني والتحول السياسي في الأردن والكويت (1989-2006)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، 2010/2009.

المقالات:

1. ماجد نجم عيدان الجبوري، دور المعارضة البرلمانية في بناء الدولة (تحليل وتقييم)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، د.س.
2. بوزيد لزهاري، المعارضة البرلمانية في النظام البرلماني، مداخلة منشورة في مجلة الوسيط، وزارة العلاقات مع البرلمان، ع 13 سنة 2016.
3. William Gills, L’opposition parlementaire, etude de droit comparé, revue du droit public, nè 5, 2006.
4. هشام عميري، المعارضة البرلمانية في النظام الدستوري المغربي، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، المركز الديمقراطي العربي ألمانيا، برلين، العدد الأول، أكتوبر 2018.
5. البرج محمد، الضوابط القانونية لتكوين ونشاط المعارضة البرلمانية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الأغواط.

6. كلثوم زعطوط، الأزهر ضيف، مفهوم المجتمع المدني بين التأصيل النظري ومشكلة المرجعية، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 33، جامعة ورقلة، مارس 2018.
7. ناصر جابي، العلاقة بين البرلمان والمجتمع المدني في الجزائر، واقع وأفاق، مجلة الفكر البرلماني، العدد 15، 2007.

المواقع الإلكترونية:

1. إكرام بدر الدين، دور المعارضة في نظم الحكم، مقال منشور في الموقع الالكتروني: https ://alwafd.news/essay/ 3084 تاريخ الإطلاع يوم 28/ 07/ 2019 على الساعة 22:53.
2. علاء الدين عبد الرزاق جنكو، المواطنة بين السياسة الشرعية والتحديات المعاصرة، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كوردستان، العراق. منشور في الموقع الإلكتروني: http://neelain.edu.sd/mmacpanel/includes/magazines/pdf/3_11_3.pdf تاريخ الإطلاع يوم الخميس الموافق 7 نوفمبر 2019 على الساعة 10:51.

سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كألية لحماية المال العام

The authority to control public deals and public utility delegations as a mechanism for protecting public money

غربي أحسن، أستاذ محاضر أ (*)
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، الجزائر
ahcenegharbi4@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2020/04/04 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/29

****

ملخص:

تضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 استحداث سلطة ضبط في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أنه لم يبين تشكيلتها وتنظيمها وسيرها، ولم يمنحها استقلالية حقيقية من الناحيتين العضوية والوظيفية، بالمقارنة مع باقي سلطات الضبط المستقلة.

غير أنه بخصوص الصلاحيات فقد منحت بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 بعض الصلاحيات والتي يغلب عليها الطابع الاستشاري، إذ لم يمنحها سلطة التحري وتوقيع العقوبات وسلطة التحكيم والفصل في النزاعات بين المتعاملين الاقتصاديين.

الكلمات المفتاحية: سلطة الضبط، الصفقات العمومية، الاستقلالية العضوية، الاستقلالية الوظيفية، المتعامل الاقتصادي.

Abstract:

Presidential Decree No. 15-247 included the creation of a control authority in public deals and public utility delegations, but it did not clarify its composition, organization, and functioning, nor did it give it real independence in both membership and functional terms, compared to the rest of the independent control authorities.

However, with regard to powers, it was granted, under Article 213 of Presidential Decree 15-247, some powers which are predominantly consultative in nature, as they were not granted the power to investigate and impose penalties and the power to arbitrate and adjudicate disputes between economic dealers.

* د. غربي أحسن: ahcenegharbi4@gmail.com

keywords: Control authority, public transactions, organic independence, functional independence, and economic operators.

مقدّمة:

لقد أنشأ المرسوم الرئاسي[1] رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام العديد من الأجهزة الرقابية في مجال الصفقات العمومية، منها سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أنها لم تفعل لحد الآن، وذلك لعدم صدور المرسوم التنفيذي الذي أحالت إليه المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، وبالتالي عدم تنصيبها على أرض الواقع.

وعليه أدرج المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه آلية حديثة تكلف بضبط الصفقات العمومية وأيضا تفويضات المرفق العام، على غرار ما هو موجود في العديد من القطاعات الاقتصادية وحقوق الانسان وفي مجال الشفافية والتسيير.

ويمكن اعتبار سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، رغم عدم تكييفها من قبل المشرع، بمثابة سلطة إدارية مستقلة مستحدثة في مجال الشفافية والتسيير وحماية المال العام واتصالها من ناحية أخرى بأهداف اقتصادية بحتة.

ومن الاهداف المتوخاة من استحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضمان التوازن بين طرفي الصفقة على أساس أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة طبقا للمادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 تبرم بمقابل بين مصلحة متعاقدة ومتعاملين اقتصاديين قصد تحقيق مصالح اقتصادية خالصة تعود بالمنفعة العمومية على المجتمع والمصلحة المتعاقدة حيث حددتها المادة 02 من المرسوم الرئاسي في ضرورة تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.

كما أن سلطة الضبط المستحدثة في المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه تعتبر في مجال تفويضات المرفق العام الهيئة المكلفة بتنفيذ أهداف تفويض المرفق العام والمتمثلة في تحقيق المصلحة العامة وتحسين أداء المرافق العامة وتقديم أفضل الخدمات للجمهور ولاسيما المنتفعين من خدمات المرافق الصناعية والتجارية[2].

وحاول المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام منح سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الاستقلالية في التسيير ، وإن كانت أغلب مظاهر الاستقلالية سواء من الناحية العضوية أو من الناحية الوظيفية مغيبة في النص على النحو الذي سنبينه.

وعليه تتمحور اشكالية الدراسة حول النظام القانوني لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ودورها في حماية المال العام.

ورغم عدم تنصيب سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لعدم اكتمال النظام القانوني لها المتوقف على صدور المرسوم التنفيذي، إلا أننا ارتأينا التطرق لها وفق ما هو موجود من نصوص وبالمقارنة مع النظام القانوني المطبق على السلطات الإدارية المستقلة الموجودة على أرض الواقع في العديد من القطاعات ولا سيما في المجال الاقتصادي، لنخرج بجملة من الاقتراحات بخصوص تصورنا لهذه السلطة المستحدثة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لعل الجهات المعنية تأخذ بها عند إعداد المرسوم التنفيذي المرتقب.

وعليه ارتأينا معالجة هذه الدراسة في ثلاث فروع أساسية، وهي:

المبحث الأول/ استقلالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

المبحث الثاني/ اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

المبحث الثالث/ خصائص سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المبحث الأول: استقلالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تنقسم دراسة استقلالية أي سلطة مستقلة بما فيها سلطات الضبط المستقلة ومنها سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلى دراسة:

- الاستقلالية من الناحية العضوية
- الاستقلالية من الناحية الوظيفية.

أولا/ الاستقلالية من الناحية العضوية

يقاس مدى استقلالية أي سلطة ضبط مستقلة من الناحية العضوية بناء على عدة معايير من، أهمها:

- أخذ المشرع بالتشكيلة الجماعية لسلطة الضبط بدلا من التسيير الفردي للسلطة، وهو ما يضمن تنوع في الآراء، خصوصا إذا تنوعت تركيبة التشكيلة، وما يدعم هذا المظهر اشتراط المشرع في القانون المنشأ لسلطة الضبط المستقلة شروط تتعلق بالخبرة والتخصص والكفاءة يتعين توفرها في اعضاء سلطة الضبط المستقلة، وأيضا الفصل بين جهات الاقتراح وجهات التعيين مع تفضيل آلية الانتخاب على التعيين.

- تحديد المشرع لمدة العضوية بسلطة الضبط المستقلة بشكل صريح ، والتأكيد على أن المدة غير قابلة للتجديد أو على الأقل قابلة للتجديد مرة واحدة، وذلك بغرض ابعاد الضغط عن الاعضاء كلما اقترب موعد التجديد.
- توسيع المشرع في حالات التنافي مع العضوية بسلطة الضبط المستقلة لتشمل جميع الاعضاء دون أن يقتصر على رئيس السلطة فقط، ويمتد لجميع المناصب الإدارية والحكومية والعهدة الانتخابية مهما كان نوعها وطنية أو محلية كما يمتد التنافي للمهن الحرة وامتلاك مباشر أو غير مباشر لمصالح في مؤسسات خاضعة لرقابة سلطة الضبط كما يمتد المنع إلى أقارب العضو المعين في سلطة الضبط لإمتلاك مصالح في مؤسسات خاضعة لرقابة سلطة الضبط، ويستمر هذا المنع للسنتين المواليتين لانتهاء العضوية، وهو ما يطلق عليه بالمنع المطلق خلافا للمنع النسبي الذي يقتصر على بعض المظاهر فقط أو على الرئيس دون الاعضاء.
- تدعم أيضا استقلالية سلطة الضبط من الناحية العضوية، إذا كرس المشرع عدم قابلية العضو المعين بالسلطة المستقلة للعزل، إلا وفق الحالات المحددة حصرا في النص القانوني، منها وقوع العضو في حالة التنافي وأيضا صدور عقوبة سالبة للحرية ضد العضو خصوصا في الجرائم المتصلة بالمال العام والشرف.

بالرجوع إلى أحكام المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أنها لم تنص على جميع هذه المعايير التي ذكرناها ما يعني أنها تركت المسألة للتنظيم الذي يصدره الوزير الأول في شكل مرسوم تنفيذي، وذلك بخصوص تحديد تشكيلة سلطة الضبط ومدة العضوية بها وحالات التنافي، وإن كانت هذه الحالة الأخيرة مكرسة بصورة عامة بموجب المواد 1، 2، 3 من الأمر رقم[3] 07-01 حيث تشمل المادة 01 العديد من السلطات والهيئات التي تشملها حالات التنافي منها سلطات الضبط أو كل هيئة عمومية مكلفة بمهمة الضبط أو المراقبة أو التحكيم وتشمل حالة التنافي حسب المادة 02 كل امتلاك مباشر أو غير مباشر لمصالح في مؤسسات تابعة لرقابة السلطة ويمتد هذا المنع للسنتين المواليتين بعد انتهاء العضوية بسلطة الضبط أو الهيئة المكلفة بالضبط أو الرقابة أو التحكيم طبقا للمادة 03 من الأمر المذكور اعلاه.

كما أن عدم تحديد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 213 لمعايير أو مظاهر استقلالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وترك المسألة للتنظيم الصادر عن الوزير الاول هو بمثابة إجراء يؤثر سلبا على استقلاليتها من الناحية العضوية ولا يخدم بتاتا استقلاليتها، كما ينعكس سلبا على اختصاصاتها والقرارات التي تصدرها.

وتضمنت المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 النص على أن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، وهو ما ينعكس سلبا على الاستقلالية العضوية لسلطة الضبط.

وعليه فإن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المستحدثة بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هي سلطة ضبط غير مستقلة من الناحية العضوية، إذ بالإضافة إلى انشائها لدى الوزير المكلف بالمالية، فإنها تفتقد لأدنى مقومات الاستقلالية من حيث التشكيل، خصوصا إذا تضمن المرسوم التنفيذي الذي سيصدر لاحقا النص على تشكيلها من ممثلي الوزارات أو القطاعات ما يعني تقريبها من الهيئة العمومية الإدارية.

وتفتقد سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأدنى مقومات الاستقلالية من حيث النظام القانوني للأعضاء من خلال تأثير السلطة التنفيذية على تشكيلة سلطة الضبط من خلال فتح العهدة وجعلها قابلة للتجديد، وهو عامل يسمح للحكومة بالضغط على اعضاء سلطة الضبط للتأثير على قرارات السلطة، كما يبقى العضو مهدد بالإقالة في أي لحظة، نظرا لغياب نص صريح يكرس عدم قابلية العضو للعزل.

كما أنه في حال عدم تشكيل سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من كفاءات متخصصة في مجال عملها فما الفائدة من انشائها، خصوصا أن المرسوم الرئاسي 15-247 تضمن النص على العديد من آليات الرقابة، وعليه فما الفائدة من إضافة آلية رقابية على نفس شاكلة الآليات الرقابية الأخرى، لذا فإننا نرى بأن استحداث سلطة ضبط في تنظيم الصفقات العمومية هو رغبة المشرع في تنويع آليات الرقابة ونوعية الرقابة على المال العام.

ثانيا/ الاستقلالية من الناحية الوظيفية

حتى نقيس مدى استقلالية أي سلطة ضبط من الجانب الوظيفي يتعين التركيز على عدة نقاط، أهمها:

- عدم خضوع سلطة الضبط لأي مظهر من مظاهر الرقابة الإدارية الرئاسية أو الوصائية ما يعني غياب التدرج الإداري أو التبعية لجهة إدارية تقليدية، غير أن هذا لا يشمل الرقابة القضائية على تصرفات سلطة الضبط المستقلة، إذ تبقى خاضعة في تصرفاتها لرقابة القضاء الإداري المختص[4] مالم ينص المشرع على استثناء لصالح القضاء العادي مثل الطعن في قرارات مجلس المنافسة الذي يرفع أمام الغرفة التجارية بمجلس قضاء الجزائر العاصمة[5].

- تمتع سلطة الضبط بالاستقلال الإداري من خلال قيام السلطة على أجهزة وهياكل توضع تحت سلطة رئيس السلطة بالإضافة إلى خضوع مستخدميها للسلطة السلمية لرئيس السلطة المستقلة، كما توضع قواعد سير السلطة من قبل المشرع أو تدرج ضمن النظام الداخلي للسلطة المستقلة وخصوصا كيفية التصويت على قرارات السلطة وترجيح صوت الرئيس في حال الاخذ بنظام الاغلبية البسيطة في التصويت.
- الاستقلال القانون والمتمثل في منح سلطة الضبط الحرية في اعداد النظام الداخلي الذي يحدد قواعد عملها وسيرها والنظام القانوني لمستخدميها والأجور الخاصة بهم، وذلك دون إشراك جهة أخرى وأيضا المصادقة على النظام الداخلي دون موافقة جهة أخرى، إذ يعد هذا المعيار حاسم في منح الاستقلالية الوظيفية لسلطة الضبط، كما يشمل الاستقلال القانوني بالإضافة إلى النظام الداخلي، تمتع سلطة الضبط بالشخصية المعنوية وإن كان معيار الشخصية المعنوية هو معيار ثانوي وليس معيار حاسم.
- الاستقلال المالي وهو من أهم ضمانات الاستقلالية، ولاسيما منح المشرع سلطة الضبط حرية تمويل نشاطها بنفسها على اعتبار أن تمويل السلطة بناء على موارد خاصة خارج تمويل الخزينة العمومية يقوي من استقلالية سلطة الضبط[6]، خلافا لسلطة الضبط التي تعتمد على التمويل الكلي من خزينة الدولة أو التي ليست لها ميزانية خاصة بها مثل مجلس النقد والقرض، اللجنة المصرفية، لجنة الاشراف على التأمينات[7]، فكلما كانت سلطة الضبط تملك مصادر تمويل ذاتي كلما كانت أكثر استقلالية، وبذلك يشكل الاستقلال المالي أحد الركائز الاساسية لنجاعة وفعالية سلطة الضبط في القيام بمهامها وتحقيق النتائج المرجوة منها[8].
- كلما تحررت سلطة الضبط من الالتزام بإعداد تقرير أو حصيلة مهما كان شكل التقرير أو الحصية، كلما زادت استقلاليتها بالمقارنة مع سلطة الضبط الملزمة قانونا بتقديم التقرير أو حصيلة عن نشاطاتها لجهة أو أكثر داخل السلطة التنفيذية أو البرلمان أو لكليهما. إلا أنه عامل ثانوي وليس عامل حاسم في منح الاستقلالية.
- منح سلطة الضبط صلاحيات بموجب التشريع يكرس استقلالية أكبر من منحها صلاحيات بموجب التنظيم، إذ غالبا ما تعمل السلطة التنفيذية على تقييد دور سلطات الضبط في القطاع الذي انشئت فيه لصالح تدخل الحكومة عن طريق الوزير، وهو ما يتعارض مع فلسفة إنشاء سلطات الضبط المستقلة خصوصا في القطاع الاقتصادي.

وعليه فإن الاستقلال القانوني و الاستقلال الإداري والاستقلال المالي هي بمثابة معايير حاسمة في منح الاستقلالية العضوية لأي سلطة مستقلة وخصوصا سلطات الضبط المستقلة ومنها سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

إذ بالرجوع لنص المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد أنها لم تنص على أغلب هذه المظاهر باستثناء النص على تمتع سلطة الضبط بالاستقلالية في التسيير، وهذا لا يشكل بالضرورة استقلال قانوني واستقلال إداري واستقلال مالي، كما نصت المادة 213 من المرسوم المذكور على أن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تشمل ما يلي:

- مرصد للطلب العمومي
- هيئة وطنية لتسوية النزعات،

إلا أن المادة نصت على أن تنظيم السلطة وسيرها يتم عن طريق مرسوم تنفيذي، إذ تندرج ضمن هذا المرسوم مظاهر استقلالية السلطة من الناحية الإدارية أو غياب هذه الاستقلالية، وهو ما يمنح من وجهة نظرنا الحكومة فرصة لتقييد هذه السلطة وليس منحها أكبر قدر من الاستقلالية.

غير أنه ما دام المشرع سكت في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 عن مسألة النظام الداخلي، فإننا نرى بأنها فرصة أمام السلطة في إعداد نظامها الداخلي بكل حرية والمصادقة عليه شريطة أن تحترم الموضوعات الممنوحة بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 للوزير الأول ليصدر بشأنها مرسوم تنفيذي. أما بخصوص الجانب المالي فهي على غرار العديد من سلطات الضبط التي لا تملك حرية تمويل نشاطها تكون خاضعة لتمويل كلي من خزينة الدولة، وعليه فإن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ليس لها مصادر تمويل خاصة بها، رغم أنها مستحدثة في قطاع اقتصادي ومالي يمكنها من تمويل نفسها بنفسها إذا كانت هناك رغبة صريحة من المشرع خلافا لسلطات الضبط المستحدثة في قطاع الشفافية في التسيير وحقوق الانسان التي تحتاج لتمويل كلي من خزينة الدولة.

وتبقى أيضا مسألة تعويضات اعضاء سلطة الضبط لم تتطرق لها المادة 213 ما يعني أن اعضائها يتم تحديد مستحقاتهم المالية بموجب مرسوم تنفيذي على غرار العديد من سلطات الضبط المستقلة، وربما لا تكون لهم أي تعويضات في حال تم تشكيلها من طرف ممثلين عن الوزارات والقطاعات التي لها صلة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المبحث الثاني/ اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تتكفل سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بسلطة التنظيم و الضبط في مجال المالية وموارد الدولة في إطار التسيير الجيد للمال العام ومكافحة الفساد، وهو ما يضمن حسب فلسفة واضعي المرسوم الرئاسي15-247 التوازن بين المصالح المتعاقدة[9]، إذ لا تكتفي سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بإعداد مدونة أدبيات واخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وابرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإنما تقوم بالعديد من الاختصاصات[10] التي منحت لها بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 152-247 حيث نصت المادة 213 على اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهي عشر (10) صلاحيات واردة في المادة بالإضافة إلى الصلاحية الواردة في نص المادة 88 من نفس المرسوم.

وعليه يمكن رد هذه الصلاحيات إلى اربعة اختصاصات رئيسية وهي:

أولا/ الصلاحيات ذات الطابع الاستشاري والتكويني والاتصال

تصدر سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بخصوص الصلاحيات الاستشارية رأيا، وتشمل هذه الجوانب كل من جانب الاعلام ونشر المعلومات والوثائق والمبادرة ببرامج التكوين وترقيته (المتعلق بالصفقات العمومية)، لتشكل بذلك سلطة الضبط في إطار مرصد الطلب العمومي، مكانا للتشاور بخصوص المسائل المتعلقة بمجال عملها.

وتكلف سلطة الضبط أيضا وبالاتصال مع الهيئات المستخدمة بضمان دورات تكوينية وتحسين المستوى وتجديد المعارف بغرض تحسين مستمر لمؤهلات وكفاءات الموظفين والاعوان العموميون المكلفون بتحضير ابرام الصفقات العمومية وتنفيذها والرقابة عليها[11].

ثانيا/ الصلاحيات ذات الطابع الرقابي

تتمثل الصلاحيات ذات الطابع الرقابي الممنوحة لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في كل ما يتعلق بالدراسة والتحليل للمعطيات والوثائق والاحصاءات السنوية للطلب العمومي، وتشمل أيضا التدقيق في إجراءات الإبرام والتنفيذ، وتباشر السلطة هذه الصلاحية بناء على طلب الجهات المختصة، كما تكلف المصلحة المتعاقد بإعداد بطاقات احصائية وإرسالها لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك لتمكين سلطة الضبط من القيام بمهمة الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي السنوي، الذي من خلاله تتحكم في عملية ضبط القطاع.

وتمسك سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قائمة المؤسسات المدرجة في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الحصول على الصفقات العمومية، وذلك في إطار مكافحة الفساد[12]، إذ لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التعامل مع هذه المؤسسات المقصاة من ابرام الصفقات العمومية، وتراقب سلطة ضبط الصفقات العمومية مدى احترام المصلحة المتعاقدة لهذا المنع رغم الغموض الذي يتخلل نص المادة 89 بخصوص تعامل سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مع الحالات التي تتعامل فيها المصلحة المتعاقدة مع المؤسسات الممنوعة من ابرام الصفقات العمومية، وإن كان إجراء إبطال الصفقة وفسخها هو الإجراء الممكن باعتبار ان الصفقة قد ابرمت خرقا للمرسوم الرئاسي15-247.

كما لم يبين المرسوم الرئاسي 15-247 علاقة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بسلطات الضبط في القطاع الاقتصادي أو مجلس المنافسة والهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وذلك إذا خلصت من خلال سلطتها في الرقابة إلى وجود خرق لقواعد المنافسة أو وجود فساد مالي في ابرام الصفقة العمومية، وهي مسائل كان يتعين على المشرع التطرق لها في نص المادة 213 أو مواد أخرى في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وفي إطار تسهيل ممارسة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لدورها الرقابي، ألزم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 164 المصلحة المتعاقدة بإرسال نسخة من التقرير التقييمي الذي اعدته عن ظروف إنجاز المشروع وكلفته الاجمالية مقارنة بالهدف المسطر له إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا الإجراء يمكنها من القيام بدور رقابي حقيقي وتساهم من خلاله في حماية المال العام، وإن كان النص لم ينص بشكل صريح على خضوع التقرير التقييمي لرقابة سلطة الضبط عندما استلامه له، كما لم يحدد الجزاء المترتب على عدم ارساله لسلطة الضبط أو الجزاء المتخذ من قبل سلطة الضبط إذا ثبت أن التقرير يحمل دلائل قاطعة لوجود هدر للمال العام.

كما منحت المادة 88 من المرسوم الرئاسي 15-247 لسلطة الضبط صلاحية إعداد مدونة أدبيات واخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة ابرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تخضع لموافقة وزير المالية، وتعد هذه المدونة ملزمة للجهات المذكورة وذلك من خلال تعهدهم باحترامها بناء على تصريح ممضي ومقدم من قبلهم مع تأكيدهم على عدم وجود تضارب في المصالح، إذ من خلال هذه الصلاحية تمارس سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام اختصاصا تنظيميا له علاقة بالدور الرقابي لها.

وتعد هذه المدونة بمثابة آلية وقائية لمكافحة الفساد المالي والإداري في إطار السياسة التي كرسها المرسوم الرئاسي 15-247[13]، ولاسيما في المواد من 88 إلى 94 منه

ثالثا/ صلاحيات تتعلق بحل النزاعات

منحت المادة 213 لسلطة الضبط صلاحية حل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية التي تبرم مع متعاملين أجانب دون أن تبين المادة نوع القرار الذي تصدره السلطة وهل هو متعلق بحل ودي للنزاع أو فصل في نزاع أو تحكيم بين الاطراف المتعاقدة، إلا أنه بخصوص إمكانية قيامها بالتحكيم فهو أمر مستبعد، وذلك لأن المشرع الجزائري سمح بطلب إجراء التحكيم الدولي بناء على اتباع جملة من الإجراءات والشروط[14].

كما تتلقى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نسخة من رأي لجنة التسوية الودية للنزاعات المشكلة على مستوى الوزارة أو الهيئة العمومية أو الولاية طبقا للمادتين 154 و155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، دون أن يوضح النص الهدف من تلقي هذا الرأي، وبأي صفة تتلقاه، هل باعتبارها جهة رقابية على اللجنة أو من باب الاعلام فقط، وكيف تتعامل معه سلطة الضبط، وغيرها من المسائل التي اغفلها النص.

رابعا/ صلاحيات تتعلق بالتعاون الخارجي

تتعاون سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مع الهيئات الاجنبية والهيئات الدولية التي لها علاقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وعليه فإن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام منح سلطة الضبط صلاحية السهر على تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المبرمة من قبل المصلحة المتعاقدة.

وبذلك يكون المشرع من خلال النص على استحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في تنظيم الصفقات العمومية قد اختار نمط رقابي آخر (جديد) على عملية إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، غير أنه لا يمكن أن تكون أهداف الرقابة المفروضة من قبل سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تخرج عن نطاق أهداف الضبط الإداري بصفة خاصة وأهداف الحكومة المدرجة ضمن مخطط عملها الموافق عليه من قبل المجلس الشعبي الوطني بصفة عامة، إذ لا يمكن لسلطات الضبط المستقلة أن تعمل خارج الإطار الذي تحدده السلطة التنفيذية والبرلمان[15].

المبحث الثالث : خصائص سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تتميز سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بالعديد من الخصائص، يمكن إجمال أهمها، في ما يلي:

- نصت المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 بشكل صريح على أنها سلطة وبالتالي فهي ليست هيئة أو لجنة أو مجلس أو وكالة ما يعني أنها تختلف عن العديد من سلطات الضبط المستقلة من حيث التسمية، كما أنها ليست هيئة استشارية وإنما هي سلطة تملك حرية التقرير والبت في المسائل المعروضة عليها أي سلطة حقيقية.
- لم يحدد المشرع في المادة 213 من تنظيم الصفقات العمومية الطبيعة الإدارية لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كما أنه تخلو النصوص المحددة لصلاحياتها من إضفاء لأي صفة نهائية وأي قوة تنفيذية لقراراتها، وأبعد من ذلك لا يوجد نص صريح يدل على أنها تصدر قرارات باستثناء الفصل في النزاعات، وهذا ما يجعل اغلب صلاحياتها تميل نحو الطابع الاستشاري حيث جاء ضمن نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 :" ... **وتصدر بهذه الصفة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين**..."، ما يطرح التساؤل حول الزامية هذا الرأي بالنسبة للجهات المحددة. كما أنه نلاحظ غياب أي إشارة إلى الطعن في قراراتها أمام القضاء المختص وهو القضاء الإداري، غير أن عدم النص على الطعن في قراراتها لا يعني أنها تتحصن ضد رقابة القضاء الإداري، إذ طبقا للمبدأ الدستوري[16] فإن جميع قرارات السلطات الإدارية خاضعة لرقابة القضاء المختص.
- تعتبر بمثابة سلطة ضبط وفق المفهوم السائد بخصوص سلطات الضبط المستقلة التي انشئت في القطاعات الاقتصادية والمالية أو التي انشئت من أجل إضفاء الشفافية أو حماية حقوق الانسان وغيرها والمعروفة في القانون الاداري .
- تقوم بإعداد مدونة لأخلاقيات المهنة، وهذه الحالة تؤدي إلى التقليل من قيمتها كسلطة ضابطة فعالة في القطاع في حال عدم تدعيمها باختصاصات حقيقية أخرى.
- تبعية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لوزير المالية ، إذ نصت المادة 213 من المرسوم 15-247 على أنها تنشأ لدى وزير المالية، وهذه الصورة هي متكررة في العديد من سلطات الضبط المستقلة حيث ينص المشرع على وضع هذه السلطات لدى سلطة إدارية تقليدية قد تكون رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو الوزراء المعنيين بالقطاع الذي تستحدث

ضمنه سلطة الضبط، غير أن هذه التبعية لا تعني تبعية وصائية أو رئاسية في إطار قواعد الرقابة الإدارية، فهي مجرد تبعية شكلية لا غير[17].

- تمتع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام باستقلالية التسيير، غير أنها استقلالية منقوصة لتخلف العديد من عوامل دعم الاستقلالية من الناحيتين العضوية والوظيفة وذلك على النحو الذي بيناه في الفرع الأول من هذه الدراسة.
- اعتماد السلطة على أجهزة وطنية وهي، المرصد الوطني للطلب العمومي والهيئة الوطنية لتسوية النزاعات ما يعني أنها توزع المهام على هاذين الجهازين.
- اختفاء أغلب مظاهر الضبط المعروفة لدى غالبية سلطات الضبط المستقلة مثل سلطة تنظيم القطاع المتواجدة فيه، سلطة العقاب، غياب سلطة التحقيق والتحري في المخالفات المرتكبة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[18]. كما أن الصلاحية الممنوحة لها والمتعلقة بالفصل في النزاعات فهي صلاحية غامضة، فهل يقصد بالنزاعات التسوية الودية أو إجراء التحكيم أو الوساطة أو ما ذا؟
- ما يميز اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هو تغليب الطابع الرقابي لها على الصفقات وتفويضات المرفق العام، إذ تتعاون في هذا الصدد مع الوزارة المعنية ثم مع باقي الهيئات الرقابي.
- تنفرد بخاصية أنها جهة رقابية على الصفقات العمومية من حيث الابرام والتنفيذ وأيضا تفويضات المرفق كأسلوب جديد لتسيير المرافق الصناعية التجارية على وجه الخصوص خلاقا لباقي جهات الرقابة في الصفقات العمومية التي لا تمتد رقابتها لشق تفويضات المرفق العام.

وبهذا الشكل فإن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هي بمثابة إدارة حديثة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكيف على أنها سلطة إدارية مستقلة[19]، رغم غياب التكييف التشريعي والقضائي لها وغياب العديد من مظاهر الاستقلالية على النحو الذي بيناه سابقا في الفرع الأول.

الخاتمة:

في إطار التحول من النظام الاشتراكي إلى اقتصاد السوق القائم على تحرير القطاعات الاقتصادية من قبضة الدولة، والذي تبناه المؤسس الدستوري في دستور 1989، واعتماده المبادئ الليبرالية المبنية على حرية التجارة والصناعة لأول مرة في دستور 1996، أنشأ المشرع الجزائري العديد من سلطات الضبط المستقلة ولاسيما في القطاع الاقتصادي والمالي على وجه الخصوص

وقطاع الاعلام وامتد ذلك للتسيير والشفافية وحقوق الانسان، ومن بين السلطات الإدارية المستقلة، نجد سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المستحدثة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أنها لم تنصب لحد الآن، كما أنه لم يكتمل نظامها القانوني نظرا لعدم صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدد تنظيمها وسيرها والمشار إليه في المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور اعلاه.

وسجلنا من خلال هذه الدراسة قصور في تحديد المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 للنظام القانوني لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ولاسيما من حيث تنظيم استقلالية السلطة عضويا ووظيفيا، بالإضافة إلى عدم وضوح ودقة صلاحياتها بالمقارنة مع العديد من سلطات الضبط المستقلة، إذ لم تزودها المادة 213 بالامتيازات والصلاحيات التي تتيح لها سلطة اصدار القرارات النهائية.

وعليه نرى ضرورة ما يلي:

- إدراج تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضمن مجالات التشريع، وبالتالي إخراجها من مجالات السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، وذلك لاتصالها بالمال العام الذي تنفقه الإدارات التابعة للسلطة التنفيذية على وجه الخصوص.
- منح سلطة الضبط في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام استقلالية حقيقيه من الناحيتين العضوية والوظيفية، إذ يتعين النص في القانون المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي:

- تشكيلة متوازنة للسلطة تقوم على عنصر التخصص والخبرة ولاسيما الجانب القانوني والتقني.
- النص على التنافي المطلق من خلال التشديد على حالات التنافي لتشمل جميع الوظائف الإدارية والحكومية، المهن الحرة، العهدة الانتخابية، امتلاك مصالح مباشرة أو غير مباشرة سواء بخصوص العضو أو الاقارب من الدرجة الثانية على الاقل في مؤسسات تخضع لرقابة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، امتداد المنع للسنتين المواليتين لانتهاء العضوية حتى نضمن الشفافية في سلطة الضبط قبل أن تفرض هي الشفافية على المصلحة المتعاقدة، إذ يتعين أن تبدأ عملية محاربة الفساد من سلطة الضبط نفسها وتمتد لجميع المتعاملين في القطاع.
- تحديد مدة العضوية بست (06) سنوات غير قابلة للتجديد أو على الأقل تحديدها بثلاث(03) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

- يتعين النص بشكل صريح على حق سلطة الضبط في إعداد النظام الداخلي دون اشراك جهة أخرى في وضعه والمصادقة عليه دون موافقة الوزارة المعنية.
- منح سلطة الضبط حق تمويل نشاطها بنفسها عن طريق اقتطاعات بنسب مئوية محددة لصالح ميزانية سلطة الضبط وفرضها لغرامات على المخالفين لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مع سد العجز من الخزينة العمومية.

- منح سلطة الضبط اختصاص تنظيمي يتضمن تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك بالنظر لما يحمله هذا القانون من قواعد يغلب عليها الجانب التقني والذي لا يمكن تحديده إلا من قبل أهل الاختصاص.
- يتعين منح سلطة الضبط اختصاص قمعي من خلال إصدار العقوبات الإدارية على كل من تثبت مخالفته لأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ولاسيما عملية ابرام وتنفيذ الصفقة العمومية، أو تسيير المرافق العامة عن طريق عقود الامتياز مثلا، وهذه العقوبات التي تفرضها سلطة الضبط يمكن من خلالها تمويل نشاط سلطة الضبط.
- يتعين منح سلطة الضبط اختصاص تحكيمي تساهم من خلاله في حل النزاعات التقنية على الأقل المتعلقة بتطبيق قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الهوامش:

[1] مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية رقم 50 مؤرخة في 20 سبتمبر سنة 2015.

[2] **د/ سامية حساين:** آليات حماية المال العام في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، العدد 52، ديسمبر 2019، ص79.

[3] الأمر رقم 07-01 مؤرخ في أول مارس سنة 2007، يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، الجريدة الرسمية رقم 16 مؤرخة في 07 مارس سنة 2007.

د/ محمد الصغير بعلي: النظام القضائي الإداري الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2009، ص156. [4]

[5] المادة 63 من الأمر رقم 03-03 ، المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية رقم 43 مؤرخة في 20 يوليو سنة 2003، المعدل والمتمم.

[6] **د/ بن جيلاني عبد الرحمان:** انتفاء استقلالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر (قراءة في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، سنة 2019، ص1106.

[7] **د/ أحسن غربي:** نسبية الاستقلالية الوظيفية للسلطات الإدارية المستقلة، مجلة البحوث والدراسات الانسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، العدد 11، ديسمبر 2015 ، ص237.

[8] **د/ بن جيلاني عبد الرحمان:** مرجع سابق، ص1107.

[9] **سامية حساين:** مرجع سابق، ص79.

[10] **د/ خلدون عيشة:** قراءة في الأحكام الجديدة لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 02، العدد 02 جوان 2017، ص56.

[11] المادة 212 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

[12] المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

[13] **د/ بوطبة مراد:** قراءة في نص المادة 88 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 23 ، العدد 03، سبتمبر 2018، ص11.

[14] **غلاب عبد الحق:** التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، جوان 2018، ص98.

د/ عبد الله حنفي: السلطات الادارية المستقلة "دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص10.[15]

[16] المادة 161 من القانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 07 مارس سنة 2016.

[17] **د/ سامية حساين:** مرجع سابق، ص80-81

[18] **د/ بن جيلاني عبد الرحمان:** مرجع سابق، ص1101.

[19] **د/ سامية حساين:** مرجع سابق، ص79.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية

1- القانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 07 مارس سنة 2016.

2- الأمر رقم 03-03 ، المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية رقم 43 مؤرخة في 20 يوليو سنة 2003، المعدل والمتمم.

3- الأمر رقم 07-01 مؤرخ في أول مارس سنة 2007، يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، الجريدة الرسمية رقم 16 مؤرخة في 07 مارس سنة 2007.

4- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية رقم 50 مؤرخة في 20 سبتمبر سنة 2015.

الكتب

1- **د/ عبد الله حنفي**: السلطات الادارية المستقلة "دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

2- **د/ محمد الصغير بعلي**: النظام القضائي الإداري الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2009.

المقالات العلمية

1- **د/ أحسن غربي:** نسبية الاستقلالية الوظيفية للسلطات الإدارية المستقلة، مجلة البحوث والدراسات الانسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، العدد 11، ديسمبر 2015.

2- **د/ بن جيلاني عبد الرحمان:** انتفاء استقلالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر (قراءة في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، سنة 2019.

3- **د/ بوطبة مراد:** قراءة في نص المادة 88 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 23 ، العدد 03، سبتمبر 2018.

4- **د/ خلدون عيشة:** قراءة في الأحكام الجديدة لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 02، العدد 02 جوان 2017.

5- **د/ سامية حساين:** آليات حماية المال العام في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، العدد 52، ديسمبر 2019.

6- **غلاب عبد الحق:** التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، جوان 2018.

رقابة القضاء الإداري على عمليات التنازل عن المؤسسة العمومية الإقتصادية في السوق المالية

Administrative judicial control of the economic public company missions on the financial market

زيدالخيل توفيق، أستاذ مؤقت، دكتور في القانون العام(*)
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة برج بوعريريج، الجزائر
عضو بمخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية، جامعة بجاية
zidelkhil-toufik@hotmail.com

علاوة حنان، أستاذة مؤقتة، دكتورة في القانون العام
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة برج بوعريريج، الجزائر
عضوة بمخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية، جامعة بجاية
allaoua.hanane6@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2020/04/30 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/02

****

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تبيان دور القضاء الإداري في حماية المال العام للدولة من خلال الرقابة التي يمارسها بمناسبة التنازل عن المؤسسة العمومية الإقتصادية داخل السوق المالية، التي تعد كمرحلة ثانية بعد تقييم المؤسسة المراد خوصصتها، وتحديداً رقابة مشروعية قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، التي تخضع تطبيقاً للمعيار العضوي لرقابة القضاء الإداري بإعتبارها سلطة إدارية وهي من بين الهيئات العمومية الوطنية.

الكلمات المفتاحية : الخوصصة، المؤسسة العمومية الإقتصادية، القاضي الإداري، البورصة.

Abstract*:*

This study aims to clarify the role of the administrative judicial in the protection of the public funds of the State through the control which he exercises at the time of the transfer of the public economic institution within the financial market, which is considered as a second step after evaluation of the institution to be privatized, in particular the control of the legitimacy of the decisions of the

* د. زيد الخيل توفيق:zidelkhil-toufik@hotmail.com

committee for regulation and monitoring of stock market operations, which are subject to In application of the organic standard for the control of the administrative judicial power as an administrative authority and it is part of national public bodies.
Key words: privatization, economic public company, administrative judicial, stock market.

مقدّمة:

يحمي القضاء الإداري الأموال العامة للدولة من خلال بسط رقابته على عمليات خوصصة المؤسسات العمومية الإقتصادية، حيث يحرص القاضي الإداري على رقابة مدى مطابقة قرار تقييم المؤسسة العمومية الإقتصادية لغرض التنازل عنها مع النصوص القانونية المنظمة لإعداد وتقييم ومتابعة عمليات الخوصصة[1]، وطبقاً لما تمليه القواعد العامة للقرارات الإدارية التي تفرض سلامة أركانها الداخلية والخارجية من كافة العيوب التي قد تشوبها وتؤدي إلى إبطالها.

يُمارس القضاء الإداري كذلك دوراً مهماً بعد دخول المؤسسة العمومية الإقتصادية المراد التنازل عنها في السوق المالية، ويُعتبر الطرح العام لأسهم المؤسسة العمومية العامة في البورصة من أكثر الأساليب المتبعة في خوصصة رأس المال، لاسيما في البلدان التي تتوفر لديها بورصة قيم منقولة متطورة قادرة على إدارة عمليات بيع المؤسسة العامة بكفاية، وتُعد الجزائر من بين البلدان التي جعلت طرح الأسهم في الأسواق المالية في مقدمة أساليب التنازل عن ملكية المؤسسة العامة الإقتصادية.

أدى إنسحاب الدولة من التدبير المباشر للأنشطة الإقتصادية نتيجة تبني دستور سنة 1996 لمبدأ حرية الصناعة والتجارة وحماية الملكية الخاصة كأهم ركائز النظام الإقتصادي الحر[2] إلى إستحداث آليات لمراقبة العمليات الإقتصادية والمالية، وتجسد ذلك بإنشاء سلطات الضبط المستقلة التي أوكل لها مهمة ضبط النشاط الإقتصادي وقمع الممارسات المنافية للمنافسة[3] بمنحها إختصاصات واسعة تجعلها تبتعد عن الهيئات الإستشارية بحكم تمتعها بإمتيازات السلطة العامة الممنوحة للإدارة[4].

تعد لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة أحد سلطات الضبط القطاعية الناشطة في المجال المالي، والتي تمارس دوراً هاماً في تسيير عمليات التنازل عن ملكية المؤسسة العمومية داخل السوق المالية بالعرض في البورصة وذلك من خلال السلطة التنظيمية العامة الممنوحة لها قانوناً[5]، وقد تم

تأسيسها بصدور المرسوم التشريعي رقم 93-10 الذي يتعلق ببورصة القيم المنقولة[6] بموجب المادة 20 التي تنص على أنّه: « تنشأ لجنة لتنظيم عمليات البورصة ومراقبتها.

وتتكون من رئيس وستة أعضاء ».

يُلاحظ من خلال النص أنّ المشرع لم يبين الطبيعة القانونية للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة بل إكتفى فقط بتحديد تشكيلتها، إلا أنّه بصدور قانون 03-04 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-10 الذي يتعلق ببورصة القيم المنقولة[7]، أشار ضمنياً إلى طبيعتها عند إدراجها ضمن سلطات الضبط المستقلة بموجب المادة 12 منه التي تنص على أنّه: « تؤسس سلطة ضبط مستقلة لتنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي.

وتتكون من رئيس وستة (6) أعضاء ».

إن تحديد الطبيعة القانونية للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها يتحدد من فحوى النصوص القانونية المنشأة لها، فبالرجوع إلى المادة 12 من قانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة نجدها تعترف بالشخصية المعنوية للهيئة مما يجعلها لا تخضع لأي وصاية أو رقابة من السلطة التنفيذية، ولا يمكن أن تتقلى أي توجيهات أو تعليمات منها، وهذه الأهلية القانونية تجعلها تصدر قرارات إدارية تتمتع بإمتيازات السلطة العامة لتمتعها بقوة النفاذ المباشر منذ صدورها وهذا ما تضمنته أحكام المادة 833 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[8] التي تنص على أنّه: « لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

غير أنّه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر، بناء على طلب الطرف المعني، بوقف تنفيذ القرار الإداري »، الأمر الذي يكيفها على أنها سلطة إدارية تحدث آثار قانونية وليست مجرد جهة إستشارية[9]، وبالتالي تخضع جميع قراراتها لرقابة القضاء الإداري.

يحمي القاضي الإداري الأموال العامة للدولة من خلال بسط رقابته على قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة المتخذة عند التنازل عن المؤسسة العمومية في السوق المالية، وذلك تكريساً لإلتزامه الدستوري الذي تضمنته أحكام المادة 161 من دستور سنة 1996 والتي تنص على أنّه : « ينظر القضاء في الطّعن في قرارات السّلطات الإداريّة »، **وهذا ما يدفعنا إلى البحث عن مجال رقابة القاضي الإداري على عمليات التنازل عن المؤسسة العمومية الإقتصادية في السوق المالية.**

تخضع قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة لرقابة القضاء الإداري باعتبارها سلطة إدارية[10]، إلاّ أنّ المشرع الجزائري لم يُبين في المرسوم التشريعي رقم 93-10 الذي يتعلق ببورصة

القيم المنقولة المعدل والمتمم أي نوع من الطعون القضائية والإجراءات الواجب إتباعها لمواجهة قرارات رفض منح التأشيرة، مما يُثار التساؤل عن إمكانية إخضاعها لرقابة القضاء الإداري **(أولاً)**، خلافاً للقانون رقم 03-04 الذي يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة الذي إعترف فيه صراحة بخضوع قراراتها المتعلقة برفض إعتماد الوسطاء الماليين وكذا المتخذة في المجال التأديبي لرقابة مجلس الدولة **(ثانياً)**.

المبحث الأول: مدى إمكانية الطعن القضائي في قرارات منح أو رفض التأشيرة أمام مجلس الدولة

إعترف المؤسس الدستوري بحرية الصناعة والتجارة من خلال الفقرة الأولى من المادة 43 من دستور سنة 1996 التي تنص على أنّه: « حرّيّة الإستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون »، إلاّ أنّه وضع حدوداً لممارسة هذا الحق، ويظهر ذلك من خلال إخضاع المؤسسات العمومية بضرورة تقديم مشروع مذكرة إعلامية تخضع لتأشيرة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة من أجل الدخول في مرحلة التسويق الفعلي للمؤسسة العمومية على مستوى الأسواق المالية، التي تعد المرحلة التالية بعد إتمام مرحلة تقييمها وحصر قيمتها.

تتضمن المذكرة الإعلامية معلومات عن تشكيلتها ونظامها ووضعيتها المالية بالإضافة إلى المعلومات المتعلقة بالتنازل عن الأسهم في البورصة والعملية المراد تنفيذها تطبيقاً لأحكام المادة 26 من نظام لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة رقم 97-03 الذي يتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم[11] التي تنص على أنّه: « يتضمن طلب قبول الوثائق القانونيّة والإقتصاديّة والماليّة والحسابيّة للشّركة التي تطلب قبول قيمها المنقولة في عمليات التّداول في البورصة.

تحدّد اللّجنة قائمة العناصر التي يجب أن يحتويها ملف طلب القبول ».

نظراً لأهمية المعلومة المالية في البورصة لمساهمتها في توفير المعلومات المتعلقة بالشركة المراد خوصصتها سواء ما تعلق بالسندات التي تمثل في مجموعها رأس مال الشركة أو تلك التي تمثل ديونها، والتي على أساسها تحدد رغبة المستثمر في شراء القيم المنقولة محل الإعلان[12]، أخضعها المشرع لتأشيرة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة التي بدونها لا يمكن للمؤسسة العمومية الدخول إليها، والتي تتأكد قبل منحها من صحة المعلومات المقدمة من طرف المؤسسة العمومية لتمكين المستثمر من إتخاذ قراره عن سابق دراية وقصد[13].

يتبن من خلال ما سبق الأهمية التي تتضمنها التأشيرة بإعتبارها الآلية التي من دونها لا يمكن للمؤسسة العمومية من طرح أسهمها داخل السوق المالية، إلا أنّه يثار التساؤل حول الطبيعة

القانونية لهذه الأخيرة التي على أساسها يتحدد مدى إمكانية الطعن فيها في حالة قبول أو رفض منحها من طرف لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة؟.

1- الطبيعة القانونية لتأشيرة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة

لم يحدد المشرع الجزائري الطبيعة القانونية للتأشيرة التي تمنحها لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، لكن بإعتبارها سلطة إدارية فإن هذه الصفة تجعل التأشيرة عبارة عن قرار إداري ينتج آثار قانونية، لإنشائها لطالبها حق نشر المذكرة الإعلامية وسط الجمهور ومواصلة خطوات تسعير القيمة المنقولة داخل البورصة، ومن جهة أخرى إن رفض منحها يحرم الشخص المعني بالأمر من القيام بالأعمال التي تلي المنح[14].

لم يشر المشرع إلى إمكانية الطعن في حالة رفض اللجنة منح تأشيرة لكن ذلك لا يمنع خضوعها للرقابة القضاء الإداري، وذلك إعمالاً للمبدأ الدستوري الذي يقضي بخضوع جميع أعمال السلطات الإدارية لرقابة القضاء وهذا ما تضمنته أحكام المادة 161 من دستور سنة 1996 والتي تنص على أنّه: « ينظر القضاء في الطّعن في قرارات السّلطات الإداريّة »، والمبدأ الذي يقضي بأن القضاء هو حامي الحقوق والحريات من تعسف السلطات العمومية المنصوص عليها في المادة 157 من ذات الدستور التي تنص على أنّه: « تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية ».

إحتراماً لمبدأ التقاضي يمكن للشخص الذي تضرر بقرار منح التأشيرة لمؤسسة عمومية، أن يرفع دعوى قضائية أمام مجلس الدولة وذلك إعمالاً لأحكام المادة 158 من دستور سنة 1996 التي تنص على أنّه: « أساس القضاء مبادئ الشّرعيّة والمساواة.

الكلّ سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسّده إحترام القانون »، وكذا الفقرة الأولى من المادة 169 من ذات الدستور والتي تنص على أنّه: « الحق في الدفاع معترف به ».

نظراً لغياب أي نص قانوني يبين قابلية قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة التي تقضي بمنح التأشيرة أو رفضها للطعن القضائي، فيحق للمتضرر من هذه القرارات رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة إستناداً للقواعد العامة باعتبارها تندرج ضمن الهيئات العمومية الوطنية، في آجال 04 أشهر من تاريخ تبليغه بالقرار تطبيقاً لنص المادة 907 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنّه: « عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، تطبق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد 829 إلى 832 أعلاه » والتي تحيلنا إلى أحكام المادة 829 من ذات القانون: «

يحدد آجال الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (4) أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي ».

يتغير آجال رفع دعوى الإلغاء ضد قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة المتعلقة بمنح أو رفض التأشيرة في حالة تفضيل المتضرر بالقرار تقديم التظلم الإداري الذي يجب أن يرفع خلال أربعة أشهر من تاريخ إعلامه بالقرار، ويقع على اللجنة إلتزام بالرد صراحة على التظلم في آجال شهرين وسكوتها خلال هذه المدة يُعد رفضاً ضمنياً، وفي هذه الحالة يحق للمتضرر رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة خلال شهرين من تاريخ تبليغ الرد الصريح برفض التظلم أو من تاريخ إنتهاء مدة شهرين التي يُعتبر فيها سكوت اللجنة رفضاً ضمنياً إستناداً لأحكام المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنّه: « يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه.

يعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد، خلال شهرين (2)، بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم.

وفي حالة سكوت الجهة الإدارية، يستفيد المتظلم من أجل شهرين (2)، لتقديم طعنه القضائي، الذي يسري من تاريخ انتهاء أجل الشهرين (2) المشار إليه في الفقرة أعلاه.

في حالة رد الجهة الإدارية خلال الأجل الممنوح لها، يبدأ سريان أجل شهرين (2) من تاريخ تبليغ الرفض.

يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة، ويرفق مع العريضة ».

2- إتساع رقابة مجلس الدولة لمراقبة ملائمة قرار رفض منح التأشيرة

إضافةً إلى السلطة الممنوحة للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة لفرض شروط إضافية لمنح التأشيرة[15]، نجد أن المشرع من خلال لأحكام المادة 06 من نظام لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة منح لها إختصاصات واسعة في مجال تنظيم السوق المالية، لما تتمتع به من إمتيازات السلطة العامة في تطبيقها لقواعد قانونية عندما يقتضي ذلك حماية المدخرين؛ من خلال سلطتها التقديرية[16] في منح التأشيرة، الأمر الذي يجعل إمكانية تعسفها في إستعمال سلطاتها أمراً ممكناً، حيث تنص على أنّه: « يمكن اللجنة أن ترفض منح تأشيرتها للأسباب التالية:

1) إذا كانت المذكرة الإعلامية غير مطابقة لأنظمة اللجنة وتعليماتها،

2) إذا كانت المذكرة غير مرفقة بالوثائق المنصوص عليها في أنظمة اللجنة،

3) إذا كانت المذكرة غير مكتملة أو غير صحيحة فيما يخص بعض النقاط أو إذا أهملت ذكر وقائع من اللازم الإشارة إليها في المذكرة،

4) إذا كانت الطلبات الخاصة بتعديلات المذكرة المبلغة من اللجنة غير مرضية،

5) إذا كان حماية المدخر تقتضي ذلك،...».

تقتضي قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة المتخذة في مجال سلطتها التقديرية أن تتم في إطار مبدأ المشروعية، والتي تجد فعاليتها في الرقابة المعمقة التي يمارسها القاضي الإداري على قرار منح أو رفض التأشيرة؛ بإعتباره يمارس رقابة مزدوجة فهو الضامن لتطبيق القانون والحامي لحقوق المدخرين من جهة أخرى[17]، حيث يقدر أهمية الوقائع المؤدية لرفض منح التأشيرة وصحة تكييفها من الناحية القانونية، لينتقل بذلك من قاضي مشروعية إلى قاضي ملائمة[18].

المبحث الثاني: رقابة القاضي الإداري لقرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة المتخذة في مواجهة الوسطاء

تُعتبر لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة سلطة ضبط السوق المالية الجزائرية، أناط بها المشرع مهمة السهر على حماية المستثمرين والمدخرين من جهة، والسوق المالية من جهة أخرى، خولت لها كل الوسائل القانونية اللازمة لتحقيق هذه المهمة، منها مراقبة الأعوان المتدخلين في السوق حتى قبل دخولهم فيها، يكون ذلك عن طريق إجراء الإعتماد المسبق الذي تمنحه اللجنة للوسطاء الماليين، وكذا صلاحيتها في توقيع عقوبات تأديبية عليهم، لكن بالمقابل أخضع المشرع قراراتها المتخذة في مواجهة الوسطاء الماليين لرقابة القضاء الإداري تطبيقاً للمعيار العضوي، وبما أنّ اللجنة ليست هيئة محلية فمن البديهي أن يعود الإختصاص لمجلس الدولة.

1- الطعن القضائي في قرارات رفض طلب إعتماد الوسطاء أمام مجلس الدولة

يُمارس الوسيط المالي دوراً هاماً في عملية خوصصة المؤسسة العمومية داخل البورصة، باعتباره المكلف بتوظيف وتسيير قيمها المنقولة من خلال تحفيز المستثمرين على شراء أسهمها[19]، وبغرض ضمان إحترام قواعد أخلاقيات المهنة من طرف جميع المتعاملين في السوق المالية، قيد المشرع وظيفة الوسيط بضرورة حصوله على قرار إعتماد[20] من طرف لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة إستناداً لأحكام المادة 04 من قانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة التي تعدل أحكام المادة 06 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 التي تنص على أنّه: « يمارس نشاط الوسيط في عمليات البورصة، بعد إعتماد من لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، من طرف الشركات التجارية التي تنشأ خصيصاً لهذا الغرض، والبنوك والمؤسسات المالية »[21]، الذي يعد وجه من أوجه ممارسة الرقابة من طرف سلطات ضبط أسواق الأوراق المالية.

وفر المشرع الجزائري ضمانات قانونية لحماية حقوق الوسطاء الماليين في بورصة القيم المنقولة، من خلال الإعتراف لهم بإمكانية الطعن القضائي ضد قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة التي تقضي برفض منح الإعتماد أو تحديده برفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة وذلك في أجل شهر من تاريخ تبليغ قرار اللجنة وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة 03 و04 من المادة 6 من القانون رقم 03-04 الذي يتعلق ببورصة القيم المنقولة والتي تنص على أنّه: « يجوز لطالب الإعتماد أن يرفع طعنا بالإلغاء ضد قرار مجلس الدولة، في أجل شهر (1) واحد من تاريخ تبليغ قرار اللجنة.

يبت مجلس الدولة في الطعن بالإلغاء ويصدر قراره خلال ثلاثة (3) أشهر من تاريخ تسجيله »[22].

يُلاحظ من خلال النص السالف الذكر، أن المشرع مكن المعني بقرار رفض طلب الإعتماد برفع طعن بالإلغاء إبتداءً من تاريخ تبليغه الرسمي بالقرار، ويلتزم مجلس الدولة بإصدار حكمه خلال مدة 03 أشهر من تاريخ تسجيل الطعن.

تُعتبر مدة الرد على طلب الإعتماد مهمة جداً في حساب المواعيد، وبإستقراء النظام رقم 96-03 المتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم[23] الملغى نجده نص على هذه المدة من خلال الفقرة الأولى من المادة 11 والتي نصت على أنّه: « تبدي اللجنة رأيها حول طلب الإعتماد في أجل أقصاه شهران، إبتداء من تاريخ إستلام الطلب »، لكن إستغنى المشرع على هذه المدة القانونية بموجب النظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 15-01 المتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، مما يفتح السلطة التقديرية للجنة في تحديد مدة الرد.

أدى عدم تحديد المنظم الجزائري للمدة القانونية التي يتم فيها الرد على طلب الإعتماد إلى إثارة مشكلة أخرى تتعلق بحالة سكوت الإدارة عن الرد، ففي هذه الحالة نتساءل عن المدة التي ينتظرها المتقاضي ليعتبر سكوت اللجنة بمثابة رفض ضمني لطلبه في الإعتماد؟، نظراً لسكوت نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 15-01 المتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم عن تحديد المدة لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة، المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي إعتبر سكوت الإدارة عن الرد بمثابة قرار بالرفض حيث تنص على أنّه: « يعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد، خلال شهرين (2) بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم ».

2- الطعن القضائي في قرارات تأديب الوسطاء أمام مجلس الدولة

لضمان حسن سير إجراءات خوصصة المؤسسة العمومية داخل السوق المالية مكن المنظم الجزائري لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة بصلاحية توقيع عقوبات تأديبية على الوسيط المالي عند مخالفته للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وذلك بسحب الإعتماد الممنوح له أو حصره لبعض النشاطات إضافةً إلى إمكانية إيقافه لمدة معينة تطبيقاً لأحكام المادة 17 الفقرة الأولى من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 15-01 المتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم التي تنص على أنّه: « تستطيع اللجنة القيام بالسحب النهائي للإعتماد أو حصره لبعض النشاطات أو إيقافه في حالة ما إذا لم يعد الوسيط في عمليات البورصة يفي بشروط الإعتماد المحددّة في هذا النظام، أو في حالة ما إذا كانت تصرفات الوسيط في عمليات البورصة تضر بصالح الزبائن أو بسلامة السوق ».

تتخذ العقوبات التأديبية التي تصدرها لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة ضد الوسيط المالي المكلف بتسيير أسهم المؤسسة العمومية المراد التنازل عنها شكل القرارات الفردية، ولما كانت من طبيعة هذه القرارات المساس بالمركز القانوني للمعني، كان لابد من إخضاعها لرقابة القضاء لضمان مشروعيتها وحماية حقوق المخاطب بها.

تخضع قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة المتخذة في مجال تأديب الوسيط المالي[24] للطعن القضائي أمام مجلس الدولة، خلال أجل شهر واحد يبدأ حسابه من تاريخ تبليغ القرار محل الطعن، ويلتزم مجلس الدولة بالبت في هذا الطعن خلال ستة أشهر من تاريخ تسجيله، وفقاً لمقتضيات أحكام المادة 18 من قانون رقم 03-04 التي تعدل وتتمم أحكام المادة 57 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 الذي يتعلق ببورصة القيم المنقولة التي تنص على أنّه: « تعد قرارات الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي قابلة للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة، خلال أجل شهر (1) واحد من تاريخ تبليغ القرار موضوع الإحتجاج.

يحقق ويبت في الطعن خلال أجل ستة (6) أشهر من تاريخ تسجيله ».

خاتمة:

يتبين من خلال هذه الدراسة أن الدولة الجزائرية سعت إلى مواكبة التطورات الإقتصادية وإنتهاج النهج الليبرالي بإدخال القطاع الخاص كفاعل أساسي في تطوير الإقتصاد وذلك بتكرس سياسة خوصصة المؤسسات العمومية الإقتصادية، لكنها تشهد نقص في تكرس نصوص قانونية تفرض رقابة قضائية عليها بالرغم من أهميتها في الحماية على المال العام للدولة.

يتوقف دخول المؤسسة العمومية الإقتصادية إلى البورصة التي تعد المرحل الثانية لعملية الخوصصة على تأشيرة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، ومن خلال تفحص النصوص القانونية المنظمة لها يُلاحظ أن المشرع لم يخضعها للرقابة القضائية، إلا أنّ طبيعتها الإدارية تفرض على القاضي الإداري ممارسة رقابة معمقة تمتد إلى السلطة التقديرية الممنوحة للجنة؛ حيث يقدر أهمية الوقائع المؤدية لرفض منح التأشيرة وصحة تكييفها من الناحية القانونية إعمالاً للمبدأ الدستوري الذي يقضي بخضوع جميع أعمال السلطات الإدارية لرقابة القضاء.

حرص المشرع الجزائري في ظل قانون رقم 03-04 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-10 الذي يتعلق ببورصة القيم المنقولة، على إخضاع قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة الصادرة ضد الوسطاء الماليين سواءً برفض إعتمادهم أو المتضمنة عقوبات تأديبية للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة، وذلك حمايةً لحقوقهم باعتبارهم المكلفين بتوظيف وتسيير قيم المؤسسات العمومية الإقتصادية المراد خوصصتها لتحفيز المستثمرين على شراء أسهمها.

إلاّ أنّه ولتعزيز مجال رقابة القضاء الإداري على عمليات التنازل عن المؤسسة العمومية الإقتصادية في السوق المالية، لا بد من القيام بالعديد من الإصلاحات القانونية ومن بينها:

- النص صراحة بموجب نص قانوني على الطبيعة القانونية للتأشيرة التي تمنحها لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة من أجل الدخول في مرحلة التسويق الفعلي للمؤسسة العمومية على مستوى الأسواق المالية التي تعد المرحلة التالية بعد إتمام مرحلة تقييمها وحصر قيمتها.

- تحديد المشرع صراحةً إجراءات الطعن في حالة رفض لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة منح التأشيرة للمؤسسة العمومية الإقتصادية، وعدم إخضاعها للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- تضمين المشرع الجزائري لآجال رد لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة على طلب إعتماد الوسطاء الماليين في بورصة القيم المنقولة، وذلك تفادياً لتعسف هذه الأخيرة في إعمال سلطتها التقديرية.

- على المشرع الجزائري النص صراحةً على خضوع قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة المتضمنة قبول منح الإعتماد للوسطاء الماليين لرقابة مجلس الدولة، لأنّ إخضاع فقط قرارات رفض طلب الإعتماد للطعن القضائي يعتبر تعدي على مبدأ التقاضي المكفول دستورياً تطبيقاً لأحكام المادة 157 من دستور سنة 1996 التي تنص على أنّه: « تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية »، وأحكام المادة 158 من ذات الدستور التي تنص على أنّه: « أساس القضاء مبادئ الشّرعيّة والمساواة.

الكلّ سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسّده إحترام القانون ».

الهوامش:

[1]- للمزيد من التفصيل حول إجراءات خوصصة المؤسسة العمومية الإقتصادية راجع: أمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج. ر. ج. ج عدد 47، مؤرخ في 22 أوت سنة 2001، ص. 9، متمم بموجب أمر رقم 08-01، مؤرخ في 28 فيفري سنة 2008، ج. ر. ج. ج عدد 11، مؤرخ في 2 مارس سنة 2008، ص. 15، و أيت منصور كمال، « الإجراءات التحضيرية لخوصصة المؤسسة العمومية الإقتصادية »، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، عدد 2، 2009، ص ص. 47-48.

[2] - تنص كل من أحكام:

- المادة 43 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج. ر. ج. ج عدد 76، مؤرخ في 08 ديسمبر سنة 1996، ص. 06، معدل ومتمم منشور بموجب: قانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل سنة 2002، ج. ر. ج. ج عدد 25، مؤرخ في 14 أفريل سنة 2002، ص. 13، وقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج. ر. ج. ج عدد 63، مؤرخ في 16 نوفمبر سنة 2008، ص. 08، وقانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، ج. ر. ج. ج عدد 14، مؤرخ في 07 مارس سنة 2016، ص. 03، أنظر الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة الجزائرية: www.joradp.dz، *تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/06/04*، على أنّه: « حرّيّة الإستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على إزدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الإقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الإحتكار والمنافسة غير النزيهة ».

- المادة 64 الفقرة الأولى من دستور سنة 1996، السابق الذكر، على أنّه: « الملكية الخاصّة مضمونة ».

[3] - إنّ إنسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي نتيجة تبنيها للإقتصاد الليبرالي، لا يعني إنعدام تدخلها في هذا المجال بل يختفي دورها وراء فكرة جديدة تسمى " الضبط "، والتي تمارس عن طريق هيئات تدعى سلطات الضبط المستقلة، راجع:

- ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation Economique, Berti, Alger, 2006, p. 15.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Pourquoi des autorités de régulation ? », Economica, Paris, 2002, p. 285.

[4] - عيساوي عزالدين، « المكانة الدستورية للهيئات الإدارية المستقلة: مآل مبدأ الفصل بين السلطات »، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، عدد 04، 2008، ص. 214.

[5] - ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, Op.Cit, p. 26.

[6] - مرسوم تشريعي رقم 93-10، مؤرخ في 23 ماي سنة 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج. ر. ج. ج عدد 34، مؤرخ في 23 ماي سنة 1993، ص. 04، معدل ومتمم بأمر رقم 96-10، مؤرخ في 10 جانفي سنة 1996، ج. ر. ج. ج عدد 03، مؤرخ في 14 جانفي سنة 1996، ص. 34، وبقانون رقم 03-04، مؤرخ في 17 فيفري سنة 2003، ج. ر. ج. ج عدد 11، مؤرخ في 19 فيفري سنة 2003، ص. 20، (إستدراك في ج. ر. ج. ج عدد 32، مؤرخ في 07 ماي سنة 2003، ص. 19)، والمتمم بقانون رقم 17-11، مؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج. ر. ج. ج عدد 76، مؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2018، ص. 02.

[7] - قانون رقم 03-04، مؤرخ في 17 فيفري سنة 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج. ر. ج. ج عدد 11، مؤرخ في 19 فيفري سنة 2003، ص. 20، إستدراك في ج. ر. ج. ج عدد 32، مؤرخ في 07 ماي سنة 2003، ص. 19.

[8] - قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. ج عدد 21، مؤرخ في 23 أفريل سنة 2008، ص. 03، أنظر الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة الجزائرية: www.joradp.dz، *تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/04/11*.

[9]- ZOUAIMIA Rachid, Les instruments juridiques de régulation économique en Algérie, Belkeise, Alger, 2012, p. 23.

للمزيد من التفصيل حول الطابع السلطوي لسلطات الضبط المستقلة راجع: مزاري صبرينة، « بين قضاء وإدارة قاضية: الإختصاص التنازعي للسلطات الإدارية المستقلة »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد01، 2017، ص. 417.

[10] - يشارك القاضي الإداري في نشاط الضبط الإقتصادي باعتباره صاحب الإختصاص بمراقبة أعمال سلطات الضبط كونها هيئات إدارية، الأمر الذي يقع عليها إلتزام بتبرير قراراتها حتى يسمح للقاضي بممارسة رقابة حقيقية عليها، أنظر:
DUPUIS TOUBOL Frédérique, « Le juge en complémentarité du régulateur », in FRISON-ROCHE Marie Anne (sous la direction de la), Les régulations économiques: légitimité et efficacité, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 138.

[11] - نظام لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة رقم 97-03، مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1997، يتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة، ج. ر. ج. ج عدد 87، مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 1997، ص. 06، معدل ومتمم بنظام رقم 12-01، مؤرخ في 12 جانفي سنة 2012، ج. ر. ج. ج عدد 41، مؤرخ في 15 جويلية سنة 2012، ص. 19.

[12] - تغربيت رزيقة، « ضمان المساواة في المعلومة المالية بين المتدخلين في سوق الأوراق المالية »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص، 2017، ص. 272، راجع أيضا في ذلك: زقموط فريد، « دور لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها في ترقية الإستثمار في المجال البورصي والمالي »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 1، 2014، ص ص. 288-289.

[13] - التقرير السنوي للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، 2010 متوفر على الموقع الإلكتروني www.cosob.org، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2018/02/02.

[14] - زوار حفيظة، لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة كسلطة إدارية مستقلة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2004، ص. 60.

[15] - تنص أحكام المادة 5 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 96-02، مؤرخ في 22 جوان سنة 1996 والمتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علانية إلى الإدخار عند إصدارها قيما منقولة، ج. ر.ج ج عدد 36، مؤرخ في 01 جوان 1996، ص. 28، على أنّه: « يمكن اللجنة، إذا إقتضت حماية المستثمر ذلك، أن تضع شروطا، لمنح تأشيرتها، تتعلق بطلب توضيح المعلومات المقدمة، تعديلها، إتمامها أو تحيينها ».

[16] - « Il ya à pouvoir discrétionnaire lorsque l'administration dispose d'une certaine liberté d'action – agir ou ne pas agir-, et de décision – choix entre plusieurs solutions légales. C'est une compétence modulable, graduée selon une échelle de discrétionnaire », DEVILLER Jacqueline Morand, Droit administratif, 12ème éd, Montchrestien, Paris, 2011, p. 262.

[17] - أبركان فريدة، « القاضي الإداري والحريات العامة »، أعمال الملتقى الدولي الثالث حول: « دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية »، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي الوادي، يومي 28 و29 أفريل سنة 2010، ص ص. 275-276.

[18] - يكتفي القاضي الإداري تطبيقاً للقاعدة العامة بالرقابة العادية للقرارات الإدارية، حيث يفحص مدى مشروعيتها دون أن يتعدى إلى فحص مدى ملائمتها باعتبار ذلك من إختصاص الإدارة، لكن إستثناءً عن ذلك في مجال الضبط الإداري تمتد سلطته إلى فحص مدى ملائمتها كون أنّ هذه الأخيرة في هذا المجال تعد شرطاً للمشروعية، راجع: سليماني السعيد، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016، ص. 21، وللمزيد من التفصيل راجع: دايم بلقاسم، « الرقابة القضائية على الملائمة وأثرها على الحقوق والحريات »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 6، 2008، ص. 281-283، نسيغة فيصل، « رقابة القاضي الإداري على قرارات الإدارة ودورها في الدفاع عن الحريات العامة للأفراد »، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، عدد 03، 2006، ص. 251.

[19]- VALLET jean-paul, Droit de la régulation des marchés financiers, Gualino éditeur, Paris, 2005, p. 77.

[20] - حددت أحكام المادة 9 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 15-01، مؤرخ في 15 أفريل سنة 2015، المتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، ج. ر. ج. ج عدد 55، مؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2015، ص. 19، ملف طلب الإعتماد بنصها على أنّه : « يرفق طلب الإعتماد بما يأتي:

- وثائق إثبات الضمانات المطلوبة في المادتين 54 و55 من هذا النظام،
- الإلتزام بآداب المهنة وقواعد الإنضباط والحذر،
- وثيقة إثبات ملكية أو إستئجار محلات مخصصة لنشاط الوسطاء في عمليات البورصة،
- الإلتزام بإكتتاب أو شراء حصة من رأسمال شركة تسيير بورصة القيم ضمن الشروط التي تحددها اللجنة،
- الإلتزام بدفع المساهمة لصندوق ضمان الوسطاء في عمليات البورصة ».

[21] - إعترفت أحكام المادة 6 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 الذي يتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم للأشخاص الطبيعية ممارسة عمل الوسيط، خلافا للقانون رقم 03-04 الذي حصرها في الأشخاص المعنوية فقط حيث نصت على أنه: « يمكن أن يمارس عمل الوسيط في عمليات البورصة، بعد إعتماد من اللجنة، أشخاص طبيعيين أو شركات ذات أسهم تنشأ خصيصا لهذا الغرض »، للمزيد من التفصيل راجع: تواتي نصيرة، « المركز القانوني للوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص، 2017، ص. 122.

[22] - تختلف مواعيد رفع دعوى إلغاء قرار رفض الإعتماد أو تحديده عن تلك المواعيد المحدد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة 829 والتي نصت على أن ميعاد رفع دعوى الإلغاء يتحدد بأربع أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشر، وهذا الإختلاف يمليه الدور الإستراتيجي الذي تلعبه الأسواق المالية كقطاع إقتصادي، الأمر الذي يحتاج نوع من السرعة في النظر في منازعاته، كما تظهر خصوصية المواعيد من خلال آجال رد مجلس الدولة على الطعن القضائي المحددة بشهر، خلافا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أعطى السلطة التقديرية للقاضي من خلال المادة 03 في الفصل في الطعن، راجع في ذلك: صولي إبتسام، « الرقابة القضائية على لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة »، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، عدد 11، 2016، ص ص. 265-266.

[23] - نظام لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة رقم 96-03، مؤرخ في 03 جويلية سنة 1996، يتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، ج. ر. ج. ج عدد 36، مؤرخ في 01 جوان سنة 1997، ص. 21، ملغى.

[24] - لم يلزم المنظم الجزائري لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة بتعليل قرار سحب الإعتماد، فبالرجوع إلى التشريع الجزائري رغم عدم وجود قانون خاص يلزم الإدارات بالتسبيب خلافا للمشرع الفرنسي الذي خصص قانون يلزم بموجبه الإدارات بتسبيب قراراتها وذلك من خلال القانون المتعلق بتسبيب القرارات الإدارية وتحسين علاقة الإدارة بالجمهور حيث تنص المادة الأولى على أنه:

«Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent.

A cet effet, doivent être motivées les décisions qui :

-restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ;
-infligent une sanction ;
-subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions ;
-retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ;
-opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ;
-refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ;
-refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des deuxième à cinquième alinéas de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public ; » , la Loi N° 79 - 587, Du 11 Juillet 1979, Relative à La motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, J. O. R. F N° 12, du 12 juillet 1979, p.1711, modifié par la loi N° 2011 - 525, du 17 Mai 2011, relative a la simplification et l'

amélioration de qualité du droit, J. O. R. F N° 0115, du 18 mai 2011, p. 8537, www.legifrance.gouv.fr, consulté le 10/07/2016.

إلاّ أنّ المشرع من خلال مثلا قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فيفري سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر. ج. ج عدد 14، مؤرخ في 08 مارس سنة 2006، ص. 04، من خلال الفقرة السادسة من المادة 11 والتي تنص على أنّه: « لإضفاء الشفافية على كيفية تسيير الشؤون العمومية، يتعين على المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية أن تلتزم أساساً: (...) بتسبيب قراراتها عندما تصدر في غير صالح المواطن، وبتبيين طرق المعمول بها »، أكد على ضرورة تعليل القرارات الصادرة في غير صالح الأفراد، بالرغم من أن إلزام التسبيب جاء كإستثناء فالإدارة تصبح ملزمة به في حالة ما إذا نص القانون على ذلك، للمزيد من التفصيل راجع : عبديش ليلة، إختصاص منح الإعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010، ص ص. 91-100، وراجع أيضا: بوفراش سفيان، مبدأ التعليل الوجوبي للقرارات الإدارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص. 188.

قائمة المراجع:

I - قائمة المراجع باللّغة العربية

أولاً- الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ- الأطروحات

1- بوفراش سفيان، مبدأ التعليل الوجوبي للقرارات الإدارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

2- سليماني السعيد، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016.

ب- المذكرات

1- زوار حفيظة، لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة كسلطة إدارية مستقلة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2004.

2- عبديش ليلة، إختصاص منح الإعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010.

ثانياً- المقالات العلمية

1- أيت منصور كمال، « الإجراءات التحضيرية لخوصصة المؤسسة العمومية الإقتصادية »، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، عدد 2، 2009، ص ص. 33-61.

2- تغربيت رزيقة، « ضمان المساواة في المعلومة المالية بين المتدخلين في سوق الأوراق المالية »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص، 2017، ص ص. 270- 286.

3- تواتي نصيرة، « المركز القانوني للوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص، 2017، ص ص. 115- 131.

4- صولي إبتسام، « الرقابة القضائية على لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة »، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، عدد 11، 2016، ص ص. 261- 273.

5- عيساوي عزالدين، « المكانة الدستورية للهيئات الإدارية المستقلة: مآل مبدأ الفصل بين السلطات »، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، عدد 04، 2008، ص ص. 203- 222.

6- زقموط فريد، « دور لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها في ترقية الإستثمار في المجال البورصي والمالي »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 1، 2014، ص ص. 287- 303.

7- دايم بلقاسم، « الرقابة القضائية على الملائمة وأثرها على الحقوق والحريات »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 6، 2008، ص ص. 281-287.

8- مزاري صبرينة، « بين قضاء وإدارة قاضية: الإختصاص التنازعي للسلطات الإدارية المستقلة »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد01، 2017، ص ص. 415- 428.

9- نسيغة فيصل، « رقابة القاضي الإداري على قرارات الإدارة ودورها في الدفاع عن الحريات العامة للأفراد »، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، عدد 03، 2006، ص ص. 247- 257.

ثالثاً- المداخلات في إطار التظاهرات العلمية

- أبركان فريدة، « القاضي الإداري والحريات العامة »، أعمال الملتقى الدولي الثالث حول: « دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية »، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي الوادي، يومي 28 و29 أفريل سنة 2010، ص ص. 273- 286.

رابعاً- النصوص القانونية

أ- النصوص التأسيسية

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج. ر. ج. ج عدد 76، مؤرخ في 08 ديسمبر سنة 1996، ص. 06، معدل ومتمم منشور بموجب: قانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل سنة 2002، ج. ر. ج. ج عدد 25، مؤرخ في 14 أفريل سنة 2002، ص. 13، وقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج. ر. ج. ج عدد 63، مؤرخ في 16 نوفمبر سنة 2008، ص. 08، وقانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، ج. ر. ج. ج عدد 14، مؤرخ في 07 مارس سنة 2016، ص. 03، أنظر الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة الجزائرية: www.joradp.dz، *تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/06/04.*

ب- النصوص التشريعية

1- مرسوم تشريعي رقم 93-10، مؤرخ في 23 ماي سنة 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج. ر. ج. ج عدد 34، مؤرخ في 23 ماي سنة 1993، ص. 04، معدل ومتمم بأمر رقم 96-10، مؤرخ في 10 جانفي سنة 1996، ج. ر. ج. ج عدد 03، مؤرخ في 14 جانفي سنة 1996، ص. 34، وبقانون رقم 03-04، مؤرخ في 17 فيفري سنة 2003، ج. ر. ج. ج عدد 11، مؤرخ في 19 فيفري سنة 2003، ص. 20، (إستدراك في ج. ر. ج. ج عدد 32، مؤرخ في 07 ماي سنة 2003، ص. 19)، والمتمم بقانون رقم 17-11، مؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج. ر. ج. ج عدد 76، مؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2018، ص. 02.

2- قانون رقم 03-04، مؤرخ في 17 فيفري سنة 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج. ر. ج. ج عدد 11، مؤرخ في 19 فيفري سنة 2003، ص. 20، (إستدراك في ج. ر. ج. ج عدد 32، مؤرخ في 07 ماي سنة 2003، ص. 19.

3- أمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج. ر. ج. ج عدد 47، مؤرخ في 22 أوت سنة 2001، ص. 9، متمم بموجب أمر رقم 08-01، مؤرخ في 28 فيفري سنة 2008، ج. ر. ج. ج عدد 11، مؤرخ في 2 مارس سنة 2008، ص. 15.

4- قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فيفري سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر. ج. ج عدد 14، مؤرخ في 08 مارس سنة 2006، ص. 04.

5- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. ج عدد 21، مؤرخ في 23 أفريل سنة 2008، ص. 03، أنظر الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة الجزائرية: www.joradp.dz، *تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/04/11.*

ج- النصوص التنظيمية

1- نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 96-02، مؤرخ في 22 جوان سنة 1996 والمتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علانية إلى الإدخار عند إصدارها قيما منقولة، ج. ر.ج ج عدد 36، مؤرخ في 01 جوان 1996، ص. 28.

2- نظام لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة رقم 96-03، مؤرخ في 03 جويلية سنة 1996، يتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، ج. ر. ج. ج عدد 36، مؤرخ في 01 جوان سنة 1997، ص. 21، ملغى.

3- نظام لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة رقم 97-03، مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1997، يتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة، ج. ر. ج. ج عدد 87، مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 1997، ص. 06، معدل ومتمم بنظام رقم 12-01، مؤرخ في 12 جانفي سنة 2012، ج. ر. ج. ج عدد 41، مؤرخ في 15 جويلية سنة 2012، ص. 19.

4- نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 15-01، مؤرخ في 15 أفريل سنة 2015، المتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، ج. ر. ج. ج عدد 55، مؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2015، ص. 19.

خامساً- الوثائق

- التقرير السنوي للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، 2010 متوفر على الموقع الإلكتروني www.cosob.org، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2018/02/02.

II- قائمة المراجع باللّغة الفرنسية

1- Ouvrages

-DEVILLER Jacqueline Morand, Droit administratif, 12ème éd, Montchrestien, Paris, 2011.

- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Pourquoi des autorités de régulation ? », Economica, Paris, 2002.
- VALLET jean-paul, Droit de la régulation des marchés financiers, Gualino éditeur, Paris, 2005.
-ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation Economique, Berti, Alger, 2006.
-_____, Les instruments juridiques de régulation économique en Algérie, Belkeise, Alger, 2012.

2- Articles

-DUPUIS TOUBOL Frédérique, « Le juge en complémentarité du régulateur », in FRISON-ROCHE Marie Anne (sous la direction de la), Les régulations économiques: légitimité et efficacité, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, pp- 132- 144.

3- Textes juridiques

-Loi N° 79 - 587, du 11 juillet 1979, Relative à La motivation des actes administratifs et à l′amélioration des relations entre l′administration et le public, J. O. R. F N° 12, du 12 juillet 1979, p.1711, modifié par la loi N° 2011 - 525, du 17 mai 2011, relative a la simplification et l′ amélioration de qualité du droit, J. O. R. F N° 0115, du 18 mai 2011, p. 8537, www.legifrance.gouv.fr, consulté le 10/07/2016.

دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان سلامة إجراءات إبرام الصفقات العمومية
- اللجنة الولائية للصفقات العمومية نموذجا -

Role of external oversight bodies in ensuring safety of public procurement procedures
- The State Committee for Public deals as an example -

د. علي سايح جبور (*)
جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر
b.saiahdjebbour@univ-chlef.dz

تاريخ الاستلام: 2020/02/29 تاريخ القبول للنشر: 2020/04/25

****

ملخص:

وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 تخضع الصفقات العمومية خلال مراحل إبرامها وتنفيذها لرقابات عديدة أهمها الرقابة الخارجية القبلية التي تمارسها لجان الصفقات العمومية، فمن خلال دراستنا للجنة الصفقات الولائية وجدنا أنها تقوم على نظام قانوني متميز، فهي تتشكل من أعضاء لهم علاقة دائمة ومستمرة بالصفقات العمومية، كما أن إختصاص هذه اللجنة يتمركز حول رقابة مطابقة دفاتر الشروط، الصفقات والملاحق للتشريع والتنظيم المعمول بها، لتتوج في الأخير هذه الرقابة بتأشيرة تمنحها هذه اللجنة لتمكن المصلحة المتعاقدة (الولاية أو البلدية حسب الحالة) من إتمام إجراءات الصفقة مع المتعامل.

الكلمات المفتاحية : الصفقات العمومية، اللجنة الولائية للصفقات، الرقابة الخارجية، حماية المال العام.

Abstract*:*

In accordance with the provisions of Presidential Decree 15-247, public deals during the stages of concluding and implementing them are subject to many checks, the most important of which is the tribal external oversight exercised by the public procurement committees. Also, the competence of this committee is focused on monitoring compliance with the books of conditions, deals and annexes to the legislation and regulations in force, finally crowning this control with a visa granted by this committee to enable the contracting authority (state or

* د. علي سايح جبور: b.saiahdjebbour@univ-chlef.dz

municipality, as the case may be) to complete the procedures of Deal with the trader.
key words*:* Public Deals, State Committee for Public deals, External Monitoring, Protection of Public Money.

مقدّمة:

لقد إعتنى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموضوع الرقابة على الصفقات العمومية، بحيث خصص لها بابا كاملا إشتمل على مختلف أنواع الرقابات من رقابة داخلية، خارجية، قبلية أو بعدية كانت.

ونظرا لأهمية هذه الرقابة في الحفاظ على المال العام وضمان المنافسة في الوصول إلى الطلبات العمومية من جهة، وإتساع هذه الرقابة وشمولها لجميع أنواع الصفقات العمومية ولجميع المراحل التي تمر بها الصفقة من جهة، حاولنا من خلال هذه الورقة البحثية التطرق إلى الشق المتعلق بالرقابة الخارجية القبلية التي تمارسها لجان الصفقات العمومية على المستوى الوطني والمحلي مع التركيز على اللجنة الولائية للصفقات كنموذج للدراسة.

ومن أجل دراسة هذا الموضوع بشيء من التفصيل قمنا بتقسيم ورقة بحثنا هذه كما يلي:

المبحث الأول: تطور رقابة لجان الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

المبحث الثاني: النظام القانوني للجنة الولائية للصفقات العمومية

المبحث الثالث: نتائج رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية

المبحث الرابع: مدى فعالية رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية

المبحث الأول: تطور رقابة لجان الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

حضيت الرقابة التي تمارسها لجان الصفقات العمومية بإهتمام كبير من طرف المشرع الجزائري، وهذا ما نلمسه من خلال تعرض هذا النوع من الرقابة إلى التعديل والإثراء في كل مرة كان يعدل فيها قانون الصفقات العمومية، فمنذ الإستقلال عرفت هذه اللجان تطورا ملحوظا والذي يمكن تقسيمه إلى ثلاث مراحل:

المطلب الأول: فترة ما بين 1962 و 1967

كانت مباشرة بعد الإستقلال حيث عانت الجزائر من غياب التشريع المنظم لرقابة الصفقات العمومية مما إضطرها إلى مواصلة العمل بالتشريع الفرنسي الذي كان ساري المفعول أثناء الحقبة

الإستعمارية، وذلك بموجب القانون 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 والرامي إلى تمديد مفعول التشريع الفرنسي ما لم يكن منافيا للسيادة الوطنية[1].

فعملا بالقانون السالف الذكر تم الإحتفاظ بالنظام القانوني للصفقات العمومية الفرنسي المتمثل في عدد من النصوص التي نظمت مجال إبرام الصفقات في الجزائر، ومنها النصوص التي نظمت عملية الرقابة على الصفقات، نذكر منها:

- القرار الصادر في 20 جويلية 1954 والمتعلق باللجنة الإستشارية لصفقات الدولة؛
- المرسوم رقم 57-1015 المؤرخ في 26 أوت 1957 والمتعلق بالرقابة على الصفقات المبرمة بإسم الدولة؛
- القرار الصادر في 17 أوت 1957 والمتضمن إنشاء لجنة لمراقبة الصفقات العامة والتموين في الجزائر[2].

هذه النصوص ألمت بأهم الجوانب المرتبطة بإبرام الصفقة، كما ركزت على الجانب الرقابي، فتميزت بإنشاء لجان رقابية في مقاطعة الجزائر لتسهيل عملية تسيير المرافق العامة.

على الرغم من إحتفاظ الجزائر بالتشريع الفرنسي، إلا أن هذا لم يمنع من صدور بعض النصوص التنظيمية التي جاءت لتتماشى مع مقتضيات المصلحة العامة للبلاد نذكر منها:

- المرسوم رقم 64-60 المؤرخ في 10 فيفري 1964 المتعلق بالتسبيقات الإستثنائية للصفقات العمومية[3]؛
- المرسوم رقم 64-103 المؤرخ في 26 مارس 1964 المتضمن تنظيم اللجنة المركزية للصفقات.

هذه النصوص تناولت الرقابة على الصفقات بصفة عامة وليست صفقات الجماعات المحلية.

المطلب الثاني: فترة ما بين 1967 و 1991

إذا كانت الصفقات في المرحلة الإنتقالية قد حُكِمَت بمجموعة من النصوص التنظيمية المختلفة، فإنه ومنذ 1967 إختلف الأمر، وذلك بعد صدور أول تشريع للصفقات العمومية في الجزائر، وهذا بموجب الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

هذا النص مستوحى بصفة كبيرة من التشريع الفرنسي، غير أنه مع ذلك يتماشى والإقتصاد الإشتراكي الذي تبنته الجزائر في تلك الفترة[4].

يعتبر هذا الأمر أول نص قانوني يحدث لجانا لرقابة الصفقات العمومية على المستوى المحلي، إذ تضمنت أحكامه تشكيلة وإختصاص اللجنة العمالية (الولائية) للصفقات العمومية، التي تختص

طبقا لأحكام المادة 139 منه بإبداء رأيها في مشاريع الصفقات المبرمة من قبل العمالات، البلديات، المؤسسات والمكاتب العمومية العمالية والبلدية.

تتوج رقابة هذه اللجان برأي يكتسي طابع الإلزامية وذلك خلال شهر إبتداء من تاريخ تسليم الملف، غير أنه إذا حصلت عدم الموافقة فإنه يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تعرض الأمر على اللجنة المركزية للصفقات التي تدرس الملف ضمن الشروط المقررة في الأمر السالف الذكر.

خضع الأمر 67-90 لعدة تعديلات جوهرية أهمها صدور الأمر 74-09 المؤرخ في 30 جانفي 1974 الذي ألغت المادة الأولى منه الباب الخامس من الأمر 67-90 والمتعلق أساسا بلجان الصفقات، ليتم تعويضها بلجان فقد أعتبرت بمثابة هيئات تأسيسية مكلفة ببرمجة ومراقبة إبرام العقود.

بعد ذلك صدر المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 والمنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي[5]، وذلك في ظل نظام الإقتصاد المخطط وتذبذب قيمة الدينار، حيث إعتمد هذا المرسوم في مقتضياته على الميثاق الوطني ودستور 1976 وعلى عدة نصوص أخرى تثبت تأثره بالنهج الإشتراكي.

أخضع المرسم 82-145 السالف الذكر الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي إلى الرقابة قبل الشروع في تنفيذ الصفقة وأثناءها وبعدها، وقسمها لأول مرة إلى رقابة خارجية ورقابة داخلية وأخرى وصائية.

تُمارَس الرقابة الخارجية القبلية للصفقات من طرف لجان الصفقات، وتتمثل غاية هذه الرقابة في السهر على مطابقة هذه الصفقات للسياسة الوطنية في التنمية والتأكد من مطابقة الصفقات المعروضة عليها للتشريع والتنظيم المعمول بهما، إلى جانب التحقق من كون إلتزام المتعامل العمومي يطابق العمل المبرمج.

إختصاص هذه اللجان تم تحديده بموجب المادة 121 من ذات المرسوم، والتي تميزت بإنفراد كل لجنة برقابة صفقات متعاملها العمومي فقط، فنرى مثلا إستقلالية صفقات البلدية عن اللجنة الولائية للصفقات من حيث الرقابة التي كانت تخضع لها بموجب الأمر 67-90.

تتوج رقابة لجان الصفقات العمومية بمنح أو رفض التأشيرة خلال مدة أقصاها عشرون (20) يوما إبتداء من إيداع الملف كاملا لدى كتابة اللجنة، وفي حالة الرفض يجب أن يكون هذا القرار مسببا كما يمكنه أن يكون محل تجاوز من طرف المسؤول عن المتعامل العمومي وفقا لأحكام المادة 159 من نفس المرسوم.

المطلب الثالث: فترة ما بعد 1991

على إثر مصادقة الشعب الجزائري على دستور 1989، صدرت مجموعة من النصوص القانونية التي تتماشى مع التوجه السياسي والإقتصادي الجديد الذي تبنته الدولة[6]، من بين تلك النصوص نجد المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ملغيا بذلك المرسوم 82-145.

مما يلاحظ بالنسبة لهيئات الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية في المرسوم التنفيذي الجديد هو وضوحها وتباينها مقارنة بالنصوص التشريعية والتنظيمية السابقة كما إستبدل مصطلح **"المتعامل العمومي"** بمصطلح **"المصلحة المتعاقدة"**[7]، فبموجبه عرفت لجان الصفقات العمومية تغييرا من حيث عدد أعضائها وكذا صفاتهم وذلك من أجل تدارك أزمة نقص الكفاءات التي حدثت في ظل نظام المتعامل العمومي.

تمثلت أهداف الرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية طبقا للمرسوم التنفيذي 91-434 في التأكد من مطابقة الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وإلتزام المصلحة المتعاقدة بالعمل المبرمج، بالإضافة إلى أن هذه اللجان تقدم مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية.

فيما يتعلق بسير وعمل لجان الصفقات العمومية، فقد أورد ذات المرسوم التنفيذي أحكاما مشتركة تعمل بها جميع اللجان وهذا في المواد من 136 إلى 152 منه إلى جانب التعرض لمسألة التجاوز في حالة رفض التأشيرة.

بعدها جاء المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[8] في مرحلة ميزها صدور دستور 1996، ونظرا للسياسات الإقتصادية التي إنتهجتها الجزائر في تلك المرحلة وتماشيا مع تطور المرحلة الإقتصادية الجديدة القائمة على فتح المجال أمام المتعاملين الإقتصاديين الوطنيين أو الأجانب للمساهمة في بناء الإقتصاد الوطني[9]، تم إعادة صياغة تنظيم الصفقات العمومية على النحو الذي يوافق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

غير أن هذا النص التنظيمي لم يسلم من التعديل، فبعد مضي أقل من سنة تم تعديله بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، الذي صدر في ظروف إستثنائية كانت تعيشها الجزائر خاصة بعد حدوث زلزال 21 ماي 2003[10]، جاء هذا التعديل مكرسا لمبادئ المساواة وتحقيقا للشفافية في مجال الصفقات العمومية، أما التعديل الثاني فكان بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 الذي حمل معه تعديلات مست إختصاصات لجان الصفقات العمومية بصفة مباشرة، ليتبع ذلك تعديلات أخرى جاء بها كل من المرسوم الرئاسي رقم

236-10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 ثم المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في أول مارس 2010، مرورا بالمرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011، فالمرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 وأخيرا المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013.

على غرار المرسوم التنفيذي رقم 91-434، نظم المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم سير وعمل لجان الصفقات العمومية بمجموعة من القواعد والأحكام المشتركة بينها، وضح من خلاله القواعد الأساسية التي تحكم إجتماعات اللجان وكذا حالات منح ورفض التأشيرة، مع ما ينتج عن ذلك الرفض ويتم هذا بمساعدة الكتابة الدائمة للجنة الصفقات المعنية.

المبحث الثاني: النظام القانوني للجنة الولائية للصفقات العمومية

نصت المادة 165 من المرسوم الرئاسي 15-247 على " تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة ... لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية ... "، هذه هي المادة التي تعتبر منطلق دراستنا للجان الصفقات العمومية بصفة عامة على أن نأخذ اللجنة الولائية كنموذج لها.

المطلب الأول: تشكيلة اللجنة الولائية للصفقات العمومية

تمثيلا لمختلف الأطراف والجهات الإدارية ذات العلاقة على مستوى الولاية، تتشكل اللجنة الولائية للصفقات العمومية وفقا للمادة 173 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر من:

- الوالي أو ممثله، رئيسا؛
- ممثل المصلحة المتعاقدة؛
- ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي؛
- ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)؛
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الإقتضاء؛
- مدير التجارة بالولاية.

عند ملاحظتنا لتشكيلة اللجنة الولائية للصفقات العمومية وفق المرسوم الجديد المنظم للصفقات العمومية، نستطيع الجزم بأنها عينة تمثيلية لأقطاب التنمية بالولاية، زيادة على ذلك يمكن ملاحظة ما يلي[11]:

- رئاسة اللجنة تم إسنادها إلى والي الولاية، بإعتباره ممثلا للدولة على المستوى المحلي، كما يمكنه أن يعين ممثلا له في اللجنة والذي عادة ما يكون الأمين العام للولاية؛

- تشكيلة اللجنة الولائية للصفقات العمومية تضم صنفين من الأعضاء، الأمر الذي يضفي جانبا من التنوع على هذه التشكيلة، أول الصنفين يتمثل في الأعضاء المنتخبين الممثلين عن المجلس الشعبي الولائي والذين يمارسون مهمة الرقابة الشعبية السابقة على إبرام الصفقات العمومية، أما الفئة الثانية فتنحصر في الأعضاء المتبقين والمعينين من مختلف مديريات ومصالح الولاية التي لها علاقة دائمة ومستمرة بالصفقات العمومية؛
- تشكيلة اللجنة ضمت عضوين ينتميان لوصاية واحدة (وزارة المالية)، الشيء الذي يؤكد علاقة الصفقة العمومية بالخزينة العمومية[12]، هذين العضوين لم يحدد المرسوم الرئاسي السالف الذكر هويتهما بل فقط أشار إلى المصلحة لتي يشتغلان بها عكس التنظيمات السابقة التي حصرتهما في المراقب المالي وأمين الخزينة الولائي.

المطلب الثاني: تعيين أعضاء اللجنة الولائية للصفقات العمومية

بين المرسوم الرئاسي 15-247 طريقة تعيين أعضاء لجان الصفقات العمومية بصفة عامة وذلك في المادة 176 منه، وهي نفس طريقة تعيين أعضاء اللجنة الولائية.

فقد نصت هذه المادة على أن تعيين أعضاء لجان الصفقات العمومية يكون من قبل إدارتهم وبأسمائهم وبالتالي فهذه المهمة تقع على عاتق كل إدارة ينتمي إليها أعضاء اللجنة الولائية بإستثناء من عين بحكم وظيفته على غرار مدير التجارة بالولاية، كما يتكفل المجلس الشعبي الولائي بإختيار ممثليه في اللجنة بعد مداولة المجلس.

طبقا لأحكام المادة 166 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر فإن تعيين اللجنة الولائية للصفقات العمومية يكون بموجب مقرر من رئيسها والمتمثل في والي الولاية، هذا المقرر يعتبر تنصيبا للجنة حتى يمكنها من مباشرة عملها.

ينبغي تسجيل ملاحظة في غاية الأهمية، وهي أن نص المادة 176 من المرسوم الرئاسي 15-247 لم يجز إلا لوالي الولاية أن يمثل بشخصية أخرى لرئاسة اللجنة الولائية للصفقات، أما بالنسبة لأعضاء اللجنة فلا يحق لهم ذلك، إلا أن نفس المادة سمحت لهم بتعيين مستخلفين عنهم يتولون إستخلافهم عند حدوث مانع من حضورهم الشخصي، ويتم تعيينهم بنفس شروط وكيفيات تعيين الأعضاء الدائمين[13].

يتم تعيين أعضاء اللجنة الولائية للصفقات العمومية لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد[15]، مع العلم أن هذه العهدة كانت محددة بسنتين (2) فقط قابلة للتجديد وذلك في نظام المتعامل العمومي.

المطلب الثالث: إختصاصات اللجنة الولائية للصفقات العمومية

نصت الرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 173 منه على أن اللجنة الولائية للصفقات تختص أساسا بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية عندما يتعلق الأمر بـ:

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار (1.000.000.000.00 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة؛
- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000.00 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة؛
- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار (200.000.000.00 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة؛
- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائة مليون دينار (100.000.000.00 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.

كما تختص اللجنة بدراسة دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار (200.000.000.00 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم، وخمسين مليون دينار (50.000.000.00 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار (20.000.000.00 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات.

الملاحظ لمحتوى المادة 173 السالفة الذكر يجد أنها تنص على إختصاصات اللجنة الولائية للصفقات العمومية مبينة الأشخاص المعنوية المبرمة لهذه الصفقات ممثلة في الولاية، البلدية، المصالح غير الممركزة والمؤسسات العمومية المحلية والمستويات القصوى لهذه الصفقات، مع التمييز بين صفقات الأشغال واللوازم من جهة، وصفقات الدراسات والخدمات من جهة أخرى[16].

الفرع الأول: الإختصاص الرقابي للجنة الولائية للصفقات في مجال تحضير الصفقة

أكدت المادة 169 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن تقوم لجان الصفقات العمومية بتقديم مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية، وإتمام تراتيبها أي في تحضير دفاتر الشروط وبالتالي فإن دراسة مشاريع دفاتر الشروط من قبل اللجنة الولائية للصفقات العمومية يكون قبل الشروع في مرحلة الإعلان عن العملية، وعليه فالمصلحة المتعاقدة (الولاية، البلدية، المصالح غير الممركزة أو المؤسسات العمومية المحلية) لا يمكنها الشروع في عملية إبرام الصفقة العمومية قبل الحصول على تأشيرة دفتر شروطها.

أولا: ماهية دفتر الشروط

هو عبارة عن وثيقة تتضمن مجموعة من البنود التي تعلق بموضوع الصفقة، طريقة منحها، الوثائق المكونة لها والمطلوبة من المتعهدين والأسس التي يتم الإعتماد عليها في إختيار المتعامل المتعاقد إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتنفيذ الصفقة والشروط التقنية التي تضعها الإدارة من أجل حسن تنفيذ الصفقة[16].

ثانيا: نتائج ممارسة الرقابة على مشاريع دفاتر الشروط

تؤدي دراسة مشاريع دفاتر الشروط من قبل اللجنة الولائية للصفقات العمومية إلى صدور مقرر منح التأشيرة أو رفضها وذلك في أجل أقصاه عشرون (20) يوما من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة اللجنة وهذا طبقا لأحكام المادة 178 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لكن هذه المادة لم تشر إلى المصادقة الضمنية لمشروع دفتر الشروط في حالة تجاوز الأجل دون صدور التأشيرة أو الرفض.

نستنتج مما سبق أن الرقابة على مشاريع دفاتر الشروط هي خطوة فعالة، أراد من خلالها المشرع تطبيق الرقابة على جميع الوثائق المتعلقة بالصفقة وكذا مراحلها وهذا بدءا من التحضير لها، وهي خطوة من شأنها أن تغني المصلحة المتعاقدة من إضاعة الوقت بتفادي الأخطاء المادية قبل الشروع في الإبرام.

الفرع الثاني: الإختصاص الرقابي للجنة الولائية للصفقات قبل دخول الصفقة حيز التنفيذ

لا تتوقف إختصاصات اللجنة الولائية عند دراسة مشاريع دفاتر الشروط كرقابة أولية على الصفقة، وإنما تمتد لتشمل مشاريع الصفقات ومشاريع الملاحق ويكون ذلك قبل دخول الصفقة حيز التنفيذ.

أولا: مشاريع الصفقات

بعدما تتحصل المصلحة المتعاقدة على دفتر شروط مصادق عليه من قبل اللجنة الولائية للصفقات العمومية تمر إلى مرحلة الدعوة إلى المنافسة، ثم من بعدها إلى مرحلة إسناد الصفقة ثم الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في نفس وسائل الإعلان التي إستخدمتها للإعلان عن المنافسة.

بعد كل ما سبق تودع المصلحة المتعاقدة مشروع الصفقة لدى اللجنة الولائية لدراسته والتأشير عليه والذي يتضمن كل البيانات المنصوص عليها في المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تنص على " يجب أن تشير كل صفقة عمومية ... ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات ... "، تقدم المصلحة المتعاقدة هذا المشروع مرفقا بملف كامل لتشرع لجنة الصفقات الولائية بدراسة

وتفحص كل وثيقة والتأكد من مطابقتها شكلا ومضمونا للتشريع والتنظيم المعمول بهما خاصة ما تعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

ثانيا: مشاريع الملاحق

في إطار تنفيذ الصفقة العمومية، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة، وذلك وفقا لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[17]، فالملحق كما وضحته المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هو " وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة ".

إن الملحق شأنه شأن الصفقة العمومية من حيث خضوعه للرقابة الخارجية القبلية وذلك بإعتباره وثيقة تعاقدية ملحقة بالصفقة الأصلية، فالملحق يبرم ويعرض على لجنة الصفقات الولائية في حدود آجال التنفيذ التعاقدية الخاصة بالصفقة الأصلية، وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها الشروع في تنفيذ بنود الملحق قبل الحصول على تأشيرة اللجنة الولائية للصفقات العمومية.

الفرع الثالث: دراسة الطعون في المنح المؤقت من قبل اللجنة الولائية للصفقات العمومية

لقد كرس المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات[18]، وهو ما يظهر جليا من خلال تنظيمه لإجراء الطعن في المنح المؤقت للصفقات في مادته 82 التي جاءت فاصلة في هذا المجال مانحة الحق للمتعهد المحتج على رفع الطعن في المنح المؤقت لصفقة ما أمام لجنة الصفقات المختصة لا سيما اللجنة الولائية وذلك في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة على أن يتم تمديد هذا التاريخ إذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية إلى يوم العمل الموالي.

بالرجوع إلى المادة السالفة الذكر وفي الفقرة الثامنة منه نجد أن اللجنة الولائية للصفقات العمومية تقوم بدراسة الطعون المرفوعة إليها. وتفصل فيها بموجب قرار تصدره في أجل خمسة عشر (15) يوما إبتداء من تاريخ إنقضاء أجل العشرة (10) أيام المحددة لرفع الطعن من طرف المحتج، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

جدير بالذكر أن في حالة وجود طعن في المنح المؤقت للصفقة، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على اللجنة لدراسته إلا بعد إنقضاء أجل ثلاثين (30) يوما، إبتداء من نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، هذا الأجل يوافق الآجال المحددة لتقديم الطعن (10 أيام) ولدراسته (15 يوما) ولتبليغ قرار اللجنة (5 أيام)، وفي هذه الحالة تجتمع اللجنة الولائية للصفقات العمومية بحضور

ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت إستشاري وذلك محافظة على حياد لجنة الصفقات العمومية الولائية حال دراستها للطعون المرفوعة أمامها[19].

المطلب الرابع: سير وعمل اللجنة الولائية للصفقات العمومية

أشرك تنظيم الصفقات العمومية المعمول به حاليا والمنظم بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 لجان الصفقات العمومية التابعة لمصالح المتعاقدة في القواعد المنظمة لسيرها وعملها، بحيث خصص قسما فرعيا كاملا لهذه القواعد، وضح من خلالها كيفية ممارسة هذه اللجان لمهامها الرقابية، مع تحديد آجال لكل إجراء رقابي.

الفرع الأول: إجتماعات وجلسات اللجنة الولائية للصفقات العمومية

طبقا لأحكام المادة 166 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر التي تنص على " يعين أعضاء اللجنة ... ، بموجب مقرر من رئيس اللجنة ... " فإن تعيين اللجنة الولائية للصفقات العمومية يكون بموجب مقرر من رئيسها والمتمثل في والي الولاية، هذا المقرر يعتبر تنصيبا للجنة حتى يمكنها مباشرة عملها.

كما تجدر الإشارة إلى أن اللجنة الولائية للصفقات يمكنها أن تستعين، على سبيل الإستشارة، بأي شخص ذي خبرة من شأنه أن يساعدها في أشغالها، شريطة أن يلتزم بالسر المهني[20].

ينعقد إجتماع اللجنة الولائية للصفقات العمومية طبقا للمادة 191 من المرسوم الرئاسي 15-247 بمبادرة من رئيسها، أي الوالي أو ممثله؛ يسهر الرئيس على إدارة لمناقشات كما يضمن حسن سير إجتماع اللجنة.

المشاركة في أشغال إجتماعات اللجنة الولائية للصفقات العمومية تكون شخصية، أي لا يمكن مشاركة أي شخص كان من غير الأعضاء المذكورين في التشكيلة المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، هذا ما أكدته الفقرة الرابعة من المادة 191 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص " يتعين على أعضاء اللجنة أن يشاركوا شخصيا في إجتماعاتها، وفي حال غيابهم أو حدوث مانع لهم، لا يمكن أن يمثلهم إلا مستخلفوهم ".

جاءت هذه المادة حازمة فيما يخص التمثيل الشخصي للأعضاء، لكن طبيعة المسؤولية والمناصب التي يشغلها أعضاء اللجان تجعل من المستحيل تحقيق الحضور الشخصي الدائم لهم، مما دفع بالمشرع إلى التخفيف عنهم بالسماح لهم بإمكانية تمثيلهم من طرف مستخلفيهم.

الفرع الثاني: مداولات اللجنة الولائية للصفقات العمومية

لا تصح إجتماعات اللجنة الولائية للصفقات إلا ببلوغ النصاب القانوني المحدد في الفقرة الثالثة من المادة 191 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والمتمثل في الأغلبية المطلقة لأعضاء اللجنة، أما في حالة عدم إكتمال هذا النصاب تجتمع اللجنة من جديد في غضون الثمانية (8) أيام الموالية وتصح عندئذ مداولاتها مهما كان عدد الحاضرين.

إذا كانت الإجتماعات لا تعقد للمرة الأولى إلا بحضور الأغلبية المطلقة فإن قرارات اللجنة تتخذ دائما بأغلبية الأعضاء الحاضرين على أن يكون صوت الرئيس مرجحا في حال تعادل الأصوات.

تتم دراسة ومعالجة الملفات المعروضة على اللجنة الولائية للصفقات من خلال تعيين رئيسها لعضو من أعضائها وتكليفه بدراسة الملف (سواء تعلق الأمر بدراسة مشروع دفتر شروط أو مشروع صفقة أو مشروع ملحق)، ويسمى هذا العضو في هذه الحالة مقررا، هذا الأخير ينهي دراسته للملف بتقديم تقرير تحليلي عنه يوضح من خلاله البيانات المتعلقة بالملف مع ذكر نتيجة التقرير التي تكون إما قبول الملف كاملا أو قبوله بتحفظات أو رفضه مع الإشارة إلى أن هذه النتيجة ليست نهائية وإنما تخضع لمناقشة اللجنة الولائية.

وبهدف مساعدة المقرر على القيام بمهمته، فرضت المادة 193 من المرسوم الرئاسي 15-247 في فقرتها الرابعة إرسال الملف إليه كاملا قبل ثمانية (8) أيام على الأقل من إنعقاد الجلسة المخصصة لدراسة هذا الملف.

الفرع الثالث: الكتابة الدائمة للجنة الولائية للصفقات العمومية

لا يتأتى للجنة الولائية للصفقات العمومية أداء مهامها بشكل نظامي وفعال إلا بمساعدة أمانة اللجنة والتي سميت بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 الكتابة الدائمة.

فتبعا لأحكام المادة 199 من المرسوم الرئاسي المذكور سابقا فإن الكتابة الدائمة للجنة الولائية للصفقات العمومية موضوعة تحت سلطة رئيسها أي تحت سلطة الوالي وهي تتولى أساسا القيام بالمهام المادية التالية:

- التأكد من أن الملفات المقدمة من قبل المصلحة المتعاقدة كاملة؛
- تسجيل الملفات وكذا أي وثيقة تكميلية وتسليم مقابل ذلك وصل إستلام إلى المصلحة المتعاقدة؛
- إعداد جدول الأعمال؛
- إستدعاء أعضاء اللجنة وممثلي المصلحة المتعاقدة والمستشارين المحتملين؛
- إرسال الملفات إلى المقررين؛

- إرسال المذكرة التحليلية لمشروع الصفقة أو مشروع الملحق والتقرير التقديمي إلى أعضاء اللجنة؛
- تحرير التأشيرات والمذكرات ومحاضر الجلسات؛
- إعداد التقارير التفصيلية عن النشاط؛
- تمكين أعضاء اللجنة من الإطلاع على المعلومات والوثائق الموجودة لديها؛
- متابعة رفع التحفظات غير الموقفة بالإتصال مع المقرر.

مما سبق يمكن التأكد من الدور التنسيقي الذي تلعبه الكتابة الدائمة مما يسهل وبشكل فعال عمل اللجنة الولائية للصفقات العمومية في دراسة ومعالجة الملفات المعروضة عليها والمقدمة من قبل المصالح المتعاقدة.

المبحث الثالث: نتائج رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية

تعتبر اللجنة الولائية للصفقات العمومية وهي تمارس مهامها الرقابية على الصفقات الداخلة في إختصاصها مركز إتخاذ القرار في مجال رقابة الصفقات العمومية المعنية بها، وهو ما أكدته المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث تتوج هذه الرقابة بمنح التأشيرة أو رفضها من طرف هذه اللجنة.

كما نصت المادة 196 من نفس المرسوم الرئاسي على " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجباريا التأشيرة، وتفرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف ... "، ومن هنا تبرز أهمية الرقابة التي تقوم بها لجنة الصفقات الولائية والتي تكمن في مدى إلزامية تأشيرتها لإتمام عملية إبرام الصفقة وتنفيذها[21].

المطلب الأول: منح التأشيرة

إن دراسة الملف الكامل لمشروع دفتر شروط أو مشروع صفقة أو مشروع ملحق من طرف اللجنة الولائية للصفقات ينتج عنه منح التأشيرة والتي قد تكون شاملة أو مصحوبة بتحفظات.

الفرع الأول: منح التأشيرة الشاملة

إن التأشيرة التي تمنحها اللجنة الولائية للصفقات تعبر عن إرادة هذه الأخيرة، وهي تعتبر أهم خطوة في عملية الرقابة القبلية على إبرام الصفقات العمومية، حيث تملك هذه اللجنة الحرية في منح التأشيرة أو رفضها وفقا للمادة 195 من المرسوم السالف الذكر التي تنص على " ... يمكن اللجنة

أن تمنح التأشيرة أو ترفضها ... "، فبعد دراسة الملف والتأكد من أنه كامل ويستوفي الشروط القانونية تقرر اللجنة منح التأشيرة التي تعتبر تصرفا قانونيا لها.

الفرع الثاني: منح التأشيرة بتحفظات

تمنح لجنة الصفقات الولائية التأشيرة الشاملة عندما يكون الملف المعروض عليها كاملا، أما إذا شابه نقصان أو بعض الأخطاء يمكن للجنة أن تمنح التأشيرة لكن بتحفظات والتي قد تكون موقفة أو غير موقفة، وفضا عن ذلك يمكن للجنة تأجيل مشروع الملف لإستكمال المعلومات.

أولا: منح التأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة

طبقا للمادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247، يمكن للجنة الولائية للصفقات العمومية أن تمنح تأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة، وذلك عندما يتعلق الأمر بموضوع مشروع دفتر الشروط أو الصفقة أو الملحق، ويتعين حينئذ على الأمانة الكتابة الدائمة للجنة متابعة رفع هذه التحفظات بالإتصال مع المقرر المكلف بدراسة الملف، ولا يمكن في هذه الحالة للصفقة أن تدخل حيز التنفيذ إلا بعد تصحيح العيب وإزالته، لأن التأشيرة تكون معلقة على شرط واقف، وهو إزالة التحفظات الموقفة من طرف المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة[22].

ثانيا: منح التأشيرة مرفقة بتحفظات غير موقفة

هناك نوع آخر من الأخطاء والعيوب التي توجد في الملفات التي تعرض على اللجنة الولائية للصفقات العمومية، والذي يترتب عنه منح تأشيرة مرفقة بتحفظات غير موقفة، وهذا عندما ترتبط هذه العيوب بالشكل، ففي هذه الحالة يمكن للصفقة أن تدخل حيز التنفيذ لكن مع ذلك يجب رفع التحفظات الشكلية بالتنسيق بين مسؤول الكتابة الدائمة للجنة وكذا المقرر الذي عهد إليه دراسة هذا الملف، لكن التساؤل الذي يبقى قائما هو ما المقصود بشكل الصفقة؟ فالمشرع لم يعين معيارا أساسيا لتحديده[23].

ثالثا: تأجيل مشروع الملف لإستكمال المعلومات

إضافة إلى إمكانية اللجنة الولائية للصفقات في عدم منح التأشيرة الشاملة بسبب وجود تحفظات إلا أن هناك حالة أخرى لا تمنح فيه التأشيرة شاملة حيث تقرر بشأنها تأجيل مشروع الملف لإستكمال المعلومات، ويحدث هذا في حالة وجود نقص بعض الوثائق الهامة والضرورية في ملف الصفقة، والتي تقع حائلا دون تمكن اللجنة من دراسة الملف بشكل كامل.

المطلب الثاني: رفض التأشيرة والآثار المترتبة عن ذلك

نصت المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247 على " ... يمكن اللجنة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها، وفي حالة الرفض يجب أن يكون هذا الرفض معللا ".

الفرع الأول: رفض منح التأشيرة

إنطلاقا من نص المادة، يمكن أن نستنتج أن رفض منح التأشيرة من قبل اللجنة الولائية للصفقات العمومية يقوم على مجموعة من الأركان، تتمثل فيما يلي[24]:

أولا: السبب

يعود سبب رفض منح التأشيرة إلى قيام حالة قانونية تعاينها اللجنة من حيث وجود مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما للصفقات العمومية مهما كان مصدرها وهو ما تؤكده الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر.

ثانيا: الإختصاص

حتى يكون رفض منح التأشيرة من قبل اللجنة الولائية للصفقات العمومية مؤسسا يجب أن يراعي قواعد الإختصاص الشخصي (مراعاة الحدود المالية والهيئات الخاضعة للرقابة المنصوص عليها في المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247)، كما يجب أن يراعي هذا الرفض قواعد الإختصاص الزمني والمقدر بعشرين (20) يوما إبتداء من إيداع الملف كاملا لدى كتابة اللجنة.

ثالثا: الشكل والإجراءات

تقتضي الفقرة السابعة من المادة 195 من التنظيم السالف الذكر تبليغ رفض منح التأشيرة للمصلحة المتعاقدة والسلطة الوصية عليها في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام من إنعقاد الجلسة، كما يجب على اللجنة الولائية أن تفرغ هذا الرفض في شكل مقرر (وثيقة مكتوبة) وهو ما يظهر جليا في المهام المادية التي تقوم بها كتابة اللجنة المنصوص عليها في المادة 199 من نفس المرسوم الرئاسي.

رابعا: المحل

إن الآثار المترتبة عن رفض منح التأشيرة يتمثل أساسا في عدم تنفيذ الصفقة، أي عدم ترتيب أي إرتباط تعاقدي بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها.

خامسا: الهدف أو الغاية

بالنظر إلى أسباب رفض منح التأشيرة، وهو مخالفتها للتنظيم و/أو التشريع المعمول بهما، يتضح لنا الهدف هذا الرفض والمتمثل في الحفاظ على مبدأ المشروعية وإحترامه من طرف المصلحة المتعاقدة من حيث إحترام القواعد القانونية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، تكريسا لدولة الحق والقانون.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن رفض منح التأشيرة

بالرجوع إلى نص المادة 200 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضح تماما أن الكلمة الأخيرة في إبرام الصفقة العمومية تعود للمصلحة المتعاقدة والمحددة في المادة 4 من نفس المرسوم الرئاسي[25]، فقد خول المشرع لهذه الهيئات صلاحية تتمثل في تجاوز التأشيرة حيث أن تنظيم الصفقات العمومية رخص هذه الصلاحية لإعتبارات وضرورات المصلحة العامة والتسيير الإداري الحسن، الأمر الذي يجعل من رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية مجرد رقابة قبلية وليس إختصاصا بإبرام الصفقة.

ونظرا لخطورة مقرر التجاوز على مبدأ المشروعية[26]، فقد أحاطه تنظيم الصفقات العمومية بجملة من القيود، تتمثل فيما يأتي:

- طبقا للمادتين 200 و 201 من المرسوم الرئاسي 15-247، فإن المخول لهم قانونا إتخاذ مقرر تجاوز تأشيرة اللجنة الولائية هم الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي ومسؤول الهيئة العمومية المحلية وهم نفسهم المخول لهم إمضاء الصفقة وإبرامها طبقا للمادة 4 من نفس التنظيم؛
- يشترط لصحة مقرر التجاوز أن يكون معللا ومسببا، وأن ينبني على تقرير من المصلحة المتعاقدة؛
- تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 201 من المرسوم الرئاسي 15-247، فإنه على المصلحة المتعاقدة تبليغ نسخة من مقرر التجاوز إلى مجلس المحاسبة، الوزير المكلف بالمالية ممثلا في سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية إضافة إلى مجلس المحاسبة وكذا اللجنة الولائية للصفقات العمومية؛
- مراعاة لأحكام المادة 202 من المرسوم الرئاسي المذكور سابقا، فإنه لا يمكن إتخاذ مقرر التجاوز في حالة رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التشريعية (قانون الولاية أو قانون البلدية مثلا)، في حين يمكن إتخاذ مقرر التجاوز في حالة رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية؛
- لا يمكن إتخاذ مقرر تجاوز التأشيرة لأي سبب كان بعد أجل تسعين (90) يوما، إبتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة.

المبحث الرابع: مدى فعالية رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية

إن دراسة مدى فعالية الدور الرقابي للجنة الولائية للصفقات العمومية لا بد أن ننظر إليه من جانبين أولهما واجبات أعضاء اللجنة أما الثاني فيتعلق بالصلاحيات الممنوحة لها في إطار الرقابة القبلية للصفقات العمومية التي تبرمها الهيئات العمومية والتي تدخل ضمن إختصاصات هذه اللجنة.

المطلب الأول: واجبات أعضاء اللجنة الولائية للصفقات العمومية

على غرار سائر لجان الصفقات العمومية، فقد حدد المرسوم الرئاسي 15-247 في القسم الفرعي الثالث من القسم الثاني الواجبات الملزمة لأعضاء اللجنة الولائية للصفقات العمومية والتي يمكن ذكرها في النقاط التالية:

الفرع الأول: الحضور الشخصي في اللجنة

تبعا لأحكام المادة 191 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن إجتماعات اللجنة الولائية للصفقات العمومية لا تصح إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها، ما يبرز أهمية حضور كل الأعضاء للمشاركة في أشغال الجلسات التي يتولد عنها إتخاذ قرارات اللجنة بأغلبية الحاضرين.

كما أن ما يميز هذه المشاركة هو الطابع الشخصي لها، وهو ما أكدته نفس المادة السالفة الذكر في فقرتها الرابعة والتي تلزم أعضاء اللجنة الولائية للصفقات بالمشاركة الشخصية في إجتماعاتها، على أن يمثلهم مستخلفوهم دون غيرهم في حالة وقوع مانع لهم، الأمر الذي يجعل رقابة اللجنة محصورة في عدد من الأعضاء المعرفين بأسمائهم وصفاتهم.

الفرع الثاني: المشاركة في العمل الرقابي

تتم هذه المشاركة من خلال نظام عمل اللجنة الولائية للصفقات العمومية الذي حدده تنظيم الصفقات العمومية، والذي يتم من خلاله إستجابة العضو إلى التكليف الذي يتلقاه من رئيس اللجنة بتحضير وتقديم تقرير تحليلي عن ملف معين مدرج في جدول أعمال اللجنة.

وبهدف تسهيل مهمة المقرر في دراسة الملف وإعداد التقرير التحليلي للملف يتلقى هذا الملف كاملا ومرفقا بالوثائق والمستندات الأساسية قبل ثمانية (8) أيام على الأقل من إنعقاد الإجتماع المخصص لمناقشة ذلك الملف[27].

الفرع الثالث: الإلتزام بالسر المهني

نصت المادة 194 من المرسوم الرئاسي 15-247 على وجوب الإلتزام بالسر المهني وذلك على كل شخص يشارك في إجتماعات اللجنة الولائية للصفقات العمومية بأي صفة كانت، ولعل هذا

الواجب يرمي إلى حماية مصلحة الأفراد الشخصية وأسرارهم الخاصة من جهة وضمان الثقة بين المستفيد من خدمات الإدارة وبين الموظف العام من جهة أخرى[28].

تجدر الإشارة إلى أن واجب الإلتزام بالسر المهني قد نص عليه الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، كما إعتبر إفشاءه من الأخطاء المهنية من الدرجة الثالثة[29].

المطلب الثاني: محدودية فعالية رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية

إن الإختصاص الأصيل للجنة الولائية للصفقات العمومية هو رقابة مطابقة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تدخل في إختصاصها للتنظيم والتشريع المعمول به لتنتهي هذه الرقابة بمنحها التأشيرة، إلا أن الدراسة المعمقة لهذه الرقابة أظهر لنا محدودية في فعاليتها وذلك بالنظر إلى ما جاءت به المواد 196، 200 و 201 من المرسوم الرئاسي المذكور سلفا.

الفرع الأول: عدول المصلحة المتعاقدة عن إبرام الصفقة

تنص المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247 على " ... وإذا عدلت المصلحة المتعاقدة عن إبرام إحدى الصفقات التي كانت موضوع تأشيرة من قبل، فإنها يجب أن تعلم اللجنة المختصة بذلك ...".

هذه المادة تشير إلى النهاية غير الطبيعية للصفقة، وذلك بفسخ العقد من طرف الإدارة بالإرادة المنفردة بسبب مقتضيات المصلحة العامة، فمما سبق يتبين لنا أن رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية تغدو ذات فعالية نسبية في ظل كل الأشواط التي مرت بها الصفقة (تحضير، طرح للمنافسة، إستقبال المترشحين، إختيار المتعامل المتعاقد معه) والتي خضعت لرقابة الخارجية اللجنة لتأتي المصلحة المتعاقدة في نهاية الأمر لتعلن عدولها عن الإبرام.

الفرع الثاني: تأثير مقرر التجاوز على رفض منح التأشيرة

كما سبق ذكره فقد نصت المادتين 200 و 201 على إمكانية إتخاذ مقرر تجاوز التأشيرة في حالة رفضها من قبل اللجنة الولائية للصفقات عندما يتعلق سبب الرفض بعدم مطابقة الأحكام التنظيمية، وهو ما يشكل إضعافا كبيرا لمهمة الرقابة التي تمارسها هذه اللجنة.

وقد لا ينتهي الأمر عند هذا الحد، بل تتواصل الإمتيازات في هذا المجال والتي منحها المشرع للسلطة المكلفة بالمصادقة على الصفقة العمومية كمقرر التغاضي الذي يصدره الآمر بالصرف في حالة رفض المراقب المالي منح التأشيرة على الإلتزام بالنفقة، إلى جانب إمكانية تسخير الآمر بالصرف للمحاسب العمومي وذلك تجاوزا لرقابته في حالة رفضه لدفع النفقات المتعلقة بالصفقة العمومية[30].

خاتمة:

بعد كل ما أوردناه عبر هذا الموضوع، تولدت لدينا جملة إستنتاجات وجملة إقتراحات وتوصيات رأينا على ضرورة العمل لتنفيذها تدعيما لرقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية من جهة وحفاظا على المال العام من جهة أخرى، وفيما يلي بيان ذلك:

الإستنتاجات:

- الرقابة القبلية الخارجية التي تمارسها لجان الصفقات العمومية لها نظام قانون محدد، هذا النظام عرف تطورا ملحوظا عبر مختلف النصوص المتعاقبة والمتعلقة بالصفقات العمومية.
- تعتبر التأشيرة التي تمنحها اللجنة الولائية للصفقات العمومية من النتائج التي تعكس رقابة هذه اللجنة وهي إلزامية تطلبها المصلحة المتعاقدة قصد إستكمال إبرام الصفقة وتنفيذها.
- المتعمق لدراسة رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية يكتشف التعقيد والغموض الذي يكتنف هذه الرقابة، إضافة إلى تجاوز منح التأشيرة في حالة رفضها الذي يمكن للمصلحة المتعاقدة إتخاذه وهو الأمر الذي يحد من فعالية الدور الرقابي لهذه اللجنة.
- تتميز تشكيلة اللجنة الولائية للصفقات العمومية بمشاركة المنتخبين فيها إلا أن مشاركتهم في هذه اللجنة تبقى جد محدودة أو تكاد تكون معدومة، بالإضافة إلى عدم إشتراط المشرع لشرط الكفاءة لأعضاء لجان الصفقات العمومية بصفة عامة واللجنة الولائية للصفقات بصفة خاصة.

الإقتراحات والتوصيات:

- ضرورة تفعيل دور المنتخبين في لجنة الصفقات العمومية الولائية وذلك عن طريق تكوينهم وتحسين مستواهم في هذا المجال.
- ضرورة الإرتقاء بالدور الرقابي للجان للصفقات العمومية بصفة عامة من رقابة المطابقة إلى رقابة الأداء ونوعية التسيير.
- الإسراع بإعداد النصوص التنظيمية والتطبيقية للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك لإزالة الغموض والبس عن كثير من النقاط التي يتضمنها.

الهوامش:

[1] القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتعلق بالإستمرار العمل بالتشريع الفرنسي عدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج. ر. رقم 2 المؤرخة في 11 جانفي 1963.

[2] علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بسكرة، 2004، ص 30.

[3] المرسوم رقم 64-60 المؤرخ في 10 فيفري 1964 المتعلق بالتسبيقات الإستثنائية للصفقات العمومية، ج. ر. رقم 15 المؤرخة في 18 فيفري 1964.

[4] بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 17.

[5] المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 والمنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج. ر. رقم 15 المؤرخة في 13 أفريل 1982.

[6] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 25.

[7] معاشو عمار، الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر، 1998، ص 90.

[8] المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر. رقم 52 المؤرخة في 28 جويلية 2002.

[9] بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 9.

[10] لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 02-250، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2006، ص 90.

[11] بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بومرداس، 2012، ص 44.

[12] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 188.

[13] بجاوي بشيرة، مرجع سبق ذكره، ص 48.

[14] المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر. رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، المادة 176.

[15] بجاوي بشيرة، مرجع سبق ذكره، ص 62.

[16] بعلي محمد الصغير، مرجع سبق ذكره، ص 48.

[17] المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سبق ذكره، القسم الخامس من الفصل الرابع، المواد من 135 إلى 139

[18] نفس المرجع السابق، المادة 5.

[19] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 187.

[20] المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سبق ذكره، المادة 191.

[21] قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 138.

[22] بجاوي بشيرة، مرجع سبق ذكره، ص 82.

[23] نفس المرجع السابق، ص 84

[24] بعلي محمد الصغير، مرجع سبق ذكره، ص 67.

[25] قدوج حمامة، مرجع سبق ذكره، ص 138.

[26] بعلي محمد الصغير، مرجع سبق ذكره، ص 69.

[27] المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سبق ذكره، المادة 193.

[28] بجاوي بشيرة، مرجع سبق ذكره، ص 100.

[29] الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. ر. رقم 46 المؤرخة في 16 جويلية 2006، المادة 163.

[30] علاق عبد الوهاب، مرجع سبق ذكره، ص 97.

دور نظام الشهر العيني في حماية الملكية العقارية الخاصة

The role of the real estate publicity system in protecting private estate properties

د. حسين بطيمي، استاذ محاضر (أ)
جامعة عمار ثليجي الاغواط، كلية الحقوق والعلوم السياسية
betaimidroit18@gmail.com

طالب دكتوراه (ل.م.د)، سعداوي نذير، العقود المدنية والتجارية (*)
جامعة الاغواط، كلية الحقوق والعلوم السياسية
nadirtaifouri@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2019/10/31 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/02

****

ملخص

يعد الشهر العقاري من الإجراءات الإجبارية لتحقيق الأمن و الاستقرار في التعامل العقاري بحيث يهدف هذا الإجراء إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على هذا العقار لدى إدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، و ذلك من أجل تنظيم الملكية العقارية و تأمين استقرار المعاملات العقارية و منع المضاربة تحقيقا للثقة الطمأنينة لدى المتعاملين في العقار، مما يستلزم عند الإقدام على أية معاملة عقارية الاطلاع فورا على الوضعية الحقيقة للعقار و لا يتم ذلك إلا بالاتصال بمصالح مسح الأراضي والحفظ العقاري، لذلك كان لنظام الشهر العيني دورا محوريا في عملية الإفصاح على الوضعية الحقيقية و القانونية للعقار بواسطة الدفتر العقاري الذي يتميز بحجية قانونية تكاد تكون مطلقة في محتواه، فكان لزاما علينا كمتخصصين عمليا تفضيل هذا النظام عن نظام الشهر الشخصي المحفوف بالمخاطر والذي غالبا ما اكتنفه الغموض وبالتالي العيوب . علما ان لمسح الأراضي دور هام في عملية التطهير العقاري، الذي يعتبر الأداة الفعالة في انجاز كل العمليات المسحية والتي على أساسها يتم التأسيس العقاري وبالتالي استخراج الدفاتر العقارية.

الكلمات المفتاحية: الشهر العقاري؛ الملكية العقارية؛ الدفتر العقاري؛ القيد؛ مسح الأراضي.

---

*ط/د.سعداوي نذير: nadirtaifouri@yahoo.com

Abstract:

The Real estate register is contained as mandatory procedures to ensure secure and stable land transactions. This procedure aims at recording all actions related to property at the real- estate department so as to inform all- thus, it would be easier to organize property ownership, to ensure property transaction stability , and to prevent any kind of speculation in order to consolidate the confidence and quietness of real - estate traders- this will imperatively lead to an immediate access to the real satiation of property at any real estate transactions according to the land surveying services and land registration.

Ocular real estate registering system has got a key role in claiming the real and legal situation of property through the real estate book which is fitted with au almost absolute legal force in its content- As specialists, we are obliged to foster this system in prochoice, of the individual registering system which is exposed to all kinds of risks and uncertainty and thus to lots of deficiencies.

Cadastral work has an important role in the Real estate clearance process. It's the most efficient instrument in surveying land which is the basis on which all property is established and a real estate mark is delivered.

key words: real estate publicity؛Real Estate Property؛ WordPad Real Estate؛ Record؛ Land surveying.

مقدمة:

تظهر أهمية العقار من خلال القيمة القانونية التي أناطها المشرع له و انشغال الأشخاص، باكتسابه باعتباره الثروة الباقية فبقدر ما تحصب الشخص عن عقارات كثيرة بقدر ما يكون لصاحب هذا العقارات ذمة مالية غنية فالثراء هو مبتغى بني الإنسان، ونظرا لخطورة التصرفات الواردة على العقار جاء التشريعات الوضعية قاطبة وفي مقدمتها المشرع الجزائري بقواعد قانونية آمرة تتعلق في جوهرها بتحديد النظام القانوني الذي يحكم الملكية العقارية في الجزائر، حيث أصبحت تلك القواعد الآمرة بمثابة السياج المنيع لحماية العقار، كما أن المشرع الجزائري فرض جانب من الرسمية على كافة التصرفات الواردة على العقار حرصا منه لاستقرار التعامل بين الناس في مجال المعاملات العقارية لا وبل فباتت الشكلية الركن الدافع إلى التعاقد إذا تعلق الأمر بمعاملة موضوعها العقارات و حقوق عقارية عينية لذلك جاءت الأحكام المنظمة للعقارات انطلاقا من التقنين المدني الى غاية المراسيم التنفيذية المبعثرة والمتناثرة هنا وهناك منها ما تعلق بتسجيل العقار ومنها ما تضمن الشهر العقاري ومسح الأراضي، كما أولى المشرع المدني في باب الإثبات أهمية بالغة للعقار من خلال التشدد في إثبات الملكية العقارية حيث منح المشرع الحجية المطلقة للدليل الكتابي

لاسيما منها الرسمي،كل هذه القواعد جاءت لإسعاف المعاملات العقارية وحمايتها من الاعتداءات من جهة وتمكين الدولة وأجهزتها من أحكام رقابتها على السوق العقارية بغية منع المضاربة الغير مشروعة، مما تسمح إلى انتقال الحقوق العينية العقارية دون رقابة الدولة مما يترتب عليه كثرة المنازعات العقارية وكذا شتى الجرائم الواردة على العقار من تعدي وتبديد الأموال العمومية مما يستوجب على الدولة ان تضع يدها على كل تصرف وارد على عقار فحرصها منها على حسن سير المرافق العمومية المكلفة بانتقال الملكية تبنى المشرع مسالة وجوب إخضاع التصرفات العقارية إلى عملية الإشهار العقاري و هو ما أكدته فعلا المادة 793 من الأمر 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن التقنين المدني والتي اعتبرت أن المعاملات العقارية تكون غير نافذة حتى فيما بين الأطراف المتعاقدة إلا بمراعاة إجراءات الشهر العقاري، وتعتبر هذه المادة التي تنتمي إلى الشريعة العامة (droit commun) قد أشارت لأهمية الشهر العقاري بالرغم من أن هذا النص كان في بداياته لا يكفي لتنظيم الملكية العقارية ولكن الحدث المهم الذي تبناه المشرع بعد ذلك هو صدور الأمر 75/74 المؤرخ في 12نوفمبر 1975 المتضمن إعداد المسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري طالما أن مجموعة من المنازعات التي تحكمها قواعد التقنين المدني التي لا يمكن الحسم فيها إلا بموجب أحكام الأمر المتعلق بمسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري بالجزائر بعد الاستغلال مما تطلب بعد ذلك الرجوع إلى التنظيم في إصدار مراسيم تنفيذية[1] الهدف منها تنظيم الحفظ العقاري وبعث الائتمان في المعاملات العقارية وبالتالي المحافظة على استقرار الحقوق العينية بالرغم من ان ثمة أوامر كانت قد صدرت قبل التقنين المدني لاسيما الأمر رقم 71/73 المؤرخ في 18 نوفمبر 1971 المتضمن قانون الثورة الزراعية والمرسوم رقم 73/32 المؤرخ في 5 يناير 1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة.

وانطلاقا من ذلك فان نظام الشهر العقاري هو الأداة الوحيدة لنفاذ التصرفات الواردة على العقار مما يدفعنا بان نبحث في هذا الموضوع من خلال تحديد نظام الشهر العقاري الذي هو في حقيقته عمل فني الهدف منه تسجيل مختلف التصرفات العقارية بإدارة الشهر العقاري لأعلام الكافة بهذا الإجراء مما أدى إلى تطور هذا النظام الى ظهور نظامين أساسيين لشهر العقاري وهما نظام الشهر الشخصي الذي يعتمد أساسا على المالك للعقار في عملية الشهر أما النظام الذي هو محور هذه المحاضرة هو نظام الشهر العيني الذي هو عكس النظام الأول طالما انه يعتمد على بيانات العقار كأساس في عملية الإشهار العقاري. وعليه فان دراستنا تتمحور حول نظام الشهر العيني ودوره كأداة للسلم في المعاملات العقارية حيث قسمنا هذا الموضوع إلى مبحثين الأول سنتناول فيه

موضوع ماهية الشهر العيني. أما المبحث الثاني فخصصناه للتدقيق في دور نظام الشهر العيني في حماية المعاملات العقارية الخاصة بالشكل الذي سنراه في المبحثين التاليين :

المبحث الأول: ماهية نظام الشهر العيني

تتجلى أهمية نظام الشهر العيني من خلال ما كرسه المشرع الجزائري من قواعد قانونية وتنظيمية لإنجاح هذا النظام الذي جاء على غرار العيوب التي اعترت نظام الشهر الشخصي لذلك علينا أن نحدد الشكلية المتعلقة بالإشهار العقاري في المطلب الأول فمعيار التفرقة بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني في المطلب الثاني ثم نتعرض في المطلب الثالث لمميزات نظام الشهر العيني وذلك حسب التفصيل التالي:

المطلب الأول: الشكلية المتعلقة بالإشهار العقاري

ان غالبية القوانين الوضعية فرضت هذه الشكلية كأداة لترقية الحياة الاقتصادية وانتعاشها وتنظيم الملكية العقارية و تشجيع الاستثمار العقاري للمساهمة في التنمية الاقتصادية الوطنية فمن المساعي الأساسية للدولة هو توجيه الاقتصاد بواسطة فرض هذه الشكلية و تمكن أجهزة الدولة من مراقبة المعاملات لا بل فقد تقوم الدولة بالحد من بعض المعاملات التي لا تتماشى و التوجهات السياسة الاقتصادية للدولة[2]، لذلك عبرت بعض الآراء حول وصف الشكلية بأنها المظهر الخارجي للعمل القانوني و هي التعبير المادي عن إرادة من يشارك في تحضير العمل القانوني و إبرامه، فالإرادة هي جوهر التصرف و الشكل هو إخراج هذه الإرادة إلى الخارج، فهو كناية عن القالب الذي يوضع فيه العمل القانوني وبالتالي لا يوجد اي عمل قانوني يترتب عليه أثار دون أن يظهر بشكل معين[3] وعندما كانت الشكلية أساسية في إنشاء اهم التصرفات القانونية لما لها من خصائص جعلت مجالاتها متسعة و صورها متعددة وأغراضها متنوعة وذلك من خلال الشكلية المباشرة و الشكلية غير مباشرة[4]، لذلك يرى الفقه القانوني انه في حالة انعدام ركن الشكلية فانه يترتب عليها بطلان التصرف القانوني[5]، طالما أن المعاملات الواردة على العقارات لاسيما منها الناقلة للملكية و كذلك التصرفات القانونية تكون باطلة إذا لم يتم مراعاة إجراءات الشكلية من توثيق التصرف القانوني و تسجيله لدى إدارة التسجيل و شهره في المحافظة العقارية بالنسبة للعقارات وكل شروط تتطلبها مقتضيات الشكلية المباشرة وغير مباشرة فإذا انعدمت هذه الإجراءات. فمن الفقهاء في الجزائر من علق على المشرع الجزائري المدني وعندما جاء لتوضيح قراءة المادة 324 مكرر1 بخصوص إلزامية الرسمية في التصرفات القانونية حيث جاء تأكيد الرسمية باعتبارها شرط جوهري في التصرف

وليس مجرد وسيلة من وسائل الإثبات[6]، وهو في رائينا موقف سليم يتفق مع نية المشرع المدني في فرض الشكلية لإنشاء التصرفات القانونية تحت طائلة البطلان.

اعتبرها بعض المتخصصين أنها من قبيل شكلية العلنية[7] القانونية، وتظهر هذه الشكلية من خلال الإشهار الذي يكون إما في المعاملات العقارية، او فيما يتعلق بالتصرفات التجارية ذات الأهمية البالغة، من الركائز الأساسية التي تقوم عليها انتقال الملكية العقارية[8]، وإنشاء الحقوق العينية العقارية تتمثل في الشكلية العلنية القائمة على مسالة الإشهار،و الذي يقصد به التقنيات الرسمية التي تسمح بإتمام إجراءات الشهر للحقوق العقارية انطلاقا من عملية مسك السجل العقاري من قبل هيئة مختصة بغرض تسجيل مختلف التصريحات القانونية المتعلقة بالعقارات، او قيد كل الحقوق العينية، وذلك لتمكين الغير من الاطلاع عليها[9]، لذلك فان الشهر العقاري يتمثل في مجموعة الإجراءات و الشكليات القانونية بسعي من المحافظة العقارية حماية للأملاك العقارية و الحقوق العينية العقارية، والقيام بالإعلام لفائدة الغير بالوضعية القانونية للعقار، ولغرض القيام بهذه الإجراءات سخر المشرع الجزائري نظام الشهر العيني كأصل عام، و كاستثناء او كمرحلة انتقالية، فقد اخذ بنظام الشهر الشخصي الموروث عن الاستعمار(الاستدمار) الفرنسي[10]، ولذلك فان الجزائر بعد الاستقلال منحت العناية اللازمة لتأسيس السجل العقاري بموجب المرسوم 63/76، والعمل كذلك من اجل إعداد المسح للأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري بموجب الأمر 74-75 كلها أدوات أولية سارعت بموجبها الجمهورية الجزائرية بالعمل على إتمام إجراءات الشهر العقاري، وذلك باستخدام النظاميين العقاريين معا (نظام الشهر الشخصي، ونظام الشهر العيني).

فبالنسبة لنظام الشهر الشخصي (p. personnel) جاء كمرحلة انتقالية لتنظيم المعاملات العقارية انطلاقا من إجراءات شكلية و إدارية تطلبت إتباع نظام أو نموذج البطاقات العقارية، فبالرغم من نجاحها في حماية الملكية العقارية، إلا ان ثمة عيوب كثيرة محسوبة على هذا النظام الشخصي الذي لا يكاد يخلوا من بعض الأخطاء في تلك البطاقات العقارية، مما يترتب عليه عواقب بالمساس بالحقوق و المراكز للأشخاص الطبيعة والمعنوية[11].

لذا اعتد القضاء في فرنسا قضى بضرورة إشهار حتى عقود الإيجار التي تتجاوز مدتها 12 سنة، بحيث لا تكون نافذة في حق الغير إلا إذا تم فعلا إجراء هذا الإشهار[12] ، ففي ظل نظام الشهر الشخصي قد يكون هناك إغفال لمثل هذا الإجراء في الجزائر، فيصعب بالتالي إعلام الغير بذلك.

أما بالنسبة لنظام الشهر العيني(p.reel)[13] فله من المميزات ما جعلت الاعتقاد في مثل هذا النظام، والذي يختلف عن نظام الشهر الشخصي، حيث كان هذا الأخير ينطلق في تنظيمه ابتدءا

من الشخص المالك، والذي يعول عليه في تحديد و تصنيف البطاقة العقارية خلافا لنظام الشهر العيني الذي يعتبر فيه الوحدة العقارية(العقار وليس المالك) هي الركيزة الأساسية التي ينطلق منها هذا النظام باعتماده على طريقة جيدة في مسح ذلك العقار في إطار المسح العام[14](cadastre général).

بحيث يولد هذا العقار بموجب شهادة مسح، لتقدم بعد ذلك لمصالح الحفظ العقاري لاستخراج الدفتر العقاري، مثله مثل الإنسان الذي يولد و يصبح موجودا بموجب شهادة ميلاد،ثم يدون هذه الشهادة في الدفتر العائلي[15].

لذلك أصبح نظام الشهر العيني هو الأضمن لحماية العقار، نظرا للإجراءات الدقيقة و المفصلة في معاينة و تحديد العقار تحديد مانعا للجهالة، من حيث مساحته و مواصفاته وحدوده ومكوناته وطبيعته...الخ.

و بناءا على ذلك فان المعمول به حاليا في الجزائر في ظل المنظومة العقارية، والحفظ العقاري، فان النظامين بالرغم من العيوب التي اكتنفت نظام الشهر الشخصي [16]، وبالرغم كذلك من بطئ في عملية المسح، وعدم الإسراع في توفير كل الدفاتر العقارية للمالكين، فان المحافظات العقارية تعمد إلى تطبيق تارة نظام الشهر الشخصي عندما يتعلق الامر بملكية عقارية مجهولة (p.inconnue)، وتعمل بموجب نظام الشهر العيني، وذلك بتوظيف الدفتر العقاري كآلية قانونية وإدارية لضبط المعاملات العقارية في الجزائر، ومع ذلك مازالت المحافظات العقارية، تعاني من المساوئ التي تحيط بالنظام الشخصي،كما أنها مرهقة في إتمام إجراءات استخراج الدفاتر العقارية للملكيات المعلومة (p.connue) في نظام الشهر العيني[17].

المطلب الثاني: معيار التفرقة بين نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني

قد عرف نظام الشهر العقاري تطورا من حيث الوسائل التي اعتمدها في عملية الشهر العقاري فأول نظام عرفته الدول في مجال إدارة الشهر العقاري هو النظام الشخصي الذي يقوم على مبدأ جرد كافة التصرفات الواردة على العقارات باسم الشخص او أشخاص المتصرفين في تلك العقارات فوجد هذا النظام خصيصا لرصد كل التصرفات المنشئة لحقوق عينية عقارية.

وكانت الدول قد اعتمدت في تسيرها لإدارة الشهر العقاري قد وضعت طبقا لهذا النظام سجلات منظمة بأسماء الأشخاص المتصرفين وكانت شخصية المالك مأخوذة في ظل هذا النظام محل اعتبار فالاهتمام والتركيز يكون في الشخص و ليس في العقار محل الشهر العقاري لذلك سمي هذا النظام

بنظام الشهر الشخصي(personnel) من المأخذ التي وقع فيها هذا النظام خلوه من الحجية المطلقة لأنه لا يصحح العقود المعيبة أو يكمل النقص الوارد في إحدى بيانات تلك العقود.

ونظر للمساوئ الجمة التي وقع فيها هذا النظام الذي قد يؤدي إلى إحداث تغييرات في أسماء المالكين لأسباب مختلفة مما يستتبع عدم الاستقرار في المعاملات العقارية مما دفع العديد من الدول إلى إعادة النظر في مثل هذا النظام الذي لا يحقق الائتمان في المعاملات العقارية، تلك العيوب والمساوئ التي دفعت وتيرة التقدم والازدهار في تنظيم تلك المعاملات العقارية التي تحقق نوع من الاستقرار و السكينة في نفوس المالكين للعقارات ولا يتأتى ذلك إلا باعتماد نظام جديد يقوم على عملية الاطلاع على البطاقة العقارية المحدثة بعد إتمام العمل المتعلق بالمسح العام للأراضي و الممسوك على مستوى إدارة الشهر العقاري. فأصبح نظام الشهر العيني هو النتيجة الحتمية للعملية المتعلقة بمسح الأراضي، فأضحى بالتالي هذا النظام من الأنظمة البارزة في نظام الملكية العقارية الذي رغم تكاليفه الباهظة و إجراءاته التقنية و القانونية المتسمة بنوع من التعقيد والبطء في إجراءاته مازال يتبوأ المكانة الأولى في تنظيم التصرفات العقارية وأصبحت كل دول تتبناه تباعا و اقتناعا وذلك من خلال ما حققه هذا النظام من نتائج ايجابية في انتقال الملكية العقارية. وهو ما يتميز فيه عن النظام الشخصي ذلك ان النظام الشهر العيني يعتبر العقار هو محور انطلاق عمل هذا النظام فهو الوحدة التي على أساسها تتم عملية المسح ثم الإشهار العقاري وهذا ما لم يكن أصلا موجودا في نظام الشهر الشخصي، تلك الايجابيات التي سادت نظام الشهر العيني (Réel) دفعت بالعديد من الدول إلى اعتماد هذا النظام وفي مقدمتها تلك الدول دولة استراليا والتي هي أول دولة عرفت نظام الشهر العيني والتي جعلت فيها هذه الدولة و كذلك بالنسبة لألمانيا أن هذا النظام قائما على نظام قضائي ذلك انه في مثل هذه الدول فان مهمة تأسيس السجل العقاري ومسكه تم إسناده إلى قاضي من قضاة الجهات القضائية او ما اتفق بتسميته باسم قاضي السجل العقاري. وكذلك في الدول العربية من اعتنقت هذا المسك القضائي والذي عرفته حقيقته دولة سوريا في حين فان المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي اتبع المنهج الإداري لنظام الشهر العقاري. وغنى عن البيان فان غالبية دول العالم اتفقت على اعتناق نظام الشهر العيني كتونس و المغرب و سوريا ولبنان والعراق ومصر وألمانيا وسويسرا النمسا والسويد واسبانيا و البرتغال و انجلترا و مالطا و سنغافورة و البرازيل وبعض الولايات المتحدة و جزء من كندا ومدغشقر و الكنغو و السنغال و الكوديفوار وغينيا واستراليا. لكن مازلت بعض الدول المتقدمة تأخذ بنظام الشهر الشخصي منها فرنسى بلجيكا و هولندا وايطاليا ولم يتم نهائيا إدراج نظام الشهر العيني بصفة كلية في تلك الدول و في أواخر شهر ابريل 2002 اعتمدت السعودية نظام الشهر العيني العقاري، لذلك أدى زحف هذا

النظام في مجال الشهر العقاري إلى اضمحلال نظام الشهر الشخصي الذي أصبح شيء فشيء يذوب بانتشار واقتحام نظام الشهر العيني الساحة العقارية مما جعل بحق من ان هذا النظام جدير بالاهتمام من طرف سياسات الدولة ترسيخا لدولة الحق و القانون و دفعا لمزيد من الاستقرار و الأمن العقاري من خلال مميزات نظام الشهر العيني الأتي ذكرها في المطلب التالي

المطلب الثالث: مميزات نظام الشهر العيني

علينا أن نحدد من خلال هذا المطلب المزايا التي تتميز بها هذا النظام في الفرع الأول أما الفرع الثاني فخصصناه لمساوئ نظام الشهر العيني

الفرع الأول: مزايا نظام الشهر العيني

من المزايا الهامة التي يتميز بها هذا النظام كثيرة و متعددة والتي يمكن تلخيصها في المسائل التالية:

أولا: في ضل هذا النظام يكون فيه ضبط حالة العقار واسم مالكه بصفة صحيحة على أسس و قواعد سليمة ومتينة والتي ستؤدي حتما إلى إسناد الملكية العقارية إلى مالكها الحقيقي، مما يؤدي إلى تمكين الدولة في أحكام رقابتها على السوق العقارية.

ثانيا: إن إشهار السندات العقارية طبقا لهذا النظام تجعل ملكية الشخص المالك ثابتة و مستقرة حيث يصبح المالك قد تحصل على العقار مطهرا، وصافيا من كل غش أو تدليس، فلا سبيل لمحاولة دحض صحة ما هو ثابت بعد الإشهار العقاري.

ثالثا: يعتبر السجل العيني ثورة في نظام الشهر اذ يترتب على تطبيقه تغير جذري في أنظمة التسجيل العقاري.

رابعا: حجية البيانات الواردة بالسجل العقاري المؤسس بعد الإتمام من عملية المسح العام للأراضي فيتحقق بالتالي اليقين في حقيقة تملك العقار وذلك من خلال التعيين والتدقيق النافي للجهالة.

خامسا: لا يمكن الادعاء بوجود حق عيني عقاري إلا منذ تاريخ إشهاره وبعد منحه الدفتر العقاري .

سادسا: استحالة ضياع العقار الممسوح لا كليا ولا جزئيا طالما انه يلازمه رقم معين مسجل باسم مالكه الحقيقي الذي يسلم له دفترا عقاريا و الذي هو بمثابة جسم الملكية العقارية في ضل نظام الشهر العيني.

لكن بالرغم من هذه المحاسن التي تجعل نظام الشهر العيني هو النظام الأمثل الذي يؤمن للمالك جميع الضمانات التي تكفل له حق التمليك بدون منازع فان هذا النظام تعتريه بعض العيوب التي يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

الفرع الثاني: عيوب الشهر العيني

عندما نقارن الايجابيات التي جاء بها هذا النظام فإنها تكاد تستغرق العيوب التي تجتاح هذا النظام فمأخذ هذا النظام قليلة جدا إذ أن تلك السلبيات تظهر من خلال:

-الإجراءات الأولية الواجب إتباعها قصد إشهار الحقوق العينية العقارية والتي غالبا ما تتطلب مدة زمنية طويلة.

-كما أن عملية مسح الأراضي تتطلب تكاليف مالية باهظة تتكبدها الخزينة العمومية قصد تحقيق أكثر قدر ممكن من المسح العام للأراضي.

وعندما كان نظام الشهر العيني يتطلب عملية إتمام المسح العام للأراضي توفير نفقات كثيرة على عاتق الخزينة العمومية فان بعض الدول لجأت إلى اعتماد العمل بنظام الاختياري للشهر العقاري كاستراليا حيث قررت انه من يرغب في اختيار نظام الشهر العيني عليه بدفع مستحقات الخزينة العمومية مع تحمل تكاليف المسح والتأسيس العقاري.

لكن ما يمكن استنتاجه فان تطهير الملكية العقارية وضبطها لا يتم أبدا في أطار نظام الشهر الشخصي و لا حتى في نظام الشهر الاختياري بل لا يتحقق ذلك إلا في ضل نظام الشهر العيني نظر لما له من الايجابيات تقتضي من المواطن والدولة على حد السواء حفاظا على الاستقرار العقاري و تمكينا للدولة في مراقبة السوق العقارية و حمايتها من المضاربة الغير مشروعة.

لذلك فان هذه المميزات التي يختص بها هذا النظام تأكد الدور الفعال الذي يقوم به نظام الشهر العيني في حماية المعاملات العقارية وهذا ما سنتعرض له في المبحث التالي:

المبحث الثاني: دور نظام الشهر العيني في حماية المعاملات العقارية الخاصة

حفاظا على الملكية العقارية وعلى الحقوق العينية وحرصا على ضرورة توخي الحيطة والحذر من طرف محرري هذه المعاملات المنصبة على العقار فلا يجد الموثق أو القاضي أبدا من التسليم بهذا النظام المتعلق بالشهر العيني طالما انه يصحح عيوب التصرف كما ان الدول تتحمل مسؤولية الحقوق المقيدة، حيث يتوفر للدولة تيسير و الإحاطة بالرصيد العقاري وسهولة تحديد الوعاء الجنائي بطريقة سليمة وعادلة مما يحقق ضمان استقرار المعاملات العقارية فمن مظاهر الحماية نذكر على سبيل المثال الوسائل الناجعة لحماية تلك المعاملات العقارية من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول : حماية المعاملات العقارية من خلال نقل الملكية و إعلام المتعاملين بالعقارات

حماية للعقار وما يترتب عنه من تصرفات قانونية فرض المشرع الجزائري تحت طائلة البطلان إفراغ كافة التصرفات الواردة على العقار في قالب رسمي طالما أن الشكلية المتطلبة جاءت أصلا

حماية من مساوئ الرضائية في العقود، بل وحرصا من المشرع لتحقيق تلك الحماية فان التقنين المدني في مادته 793 قد استلزم في انتقال الملكية العقارية و الحقوق العينية الأخرى أن تراعى في ذلك كل الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري لا وبل فان المادة 61 من المرسوم التنفيذي رقم 76/63 فرضت الشكل الرسمي لكل العقود التي تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية، كما أكدت المادتين 16 و 19 من الأمر رقم : 74-75 المذكور والمتعلق بتأسيس السجل العقاري ومسح الأراضي على وجوب إخضاع المعاملات العقارية إلى عملية الإشهار العقاري حتى تنتج عنها أثار قانونية.

لذلك فانه يستنتج من خلال ما نصت عليه الأوامر المذكورة أن للسند العقاري إذن لا يمكن أن يكون موجودا من الناحية القانونية إلا بعد مراعاة إجراءات الشهر العقاري وترتيبا على ذلك فان حماية المالك للملكية العقارية فمن الواجب تطبيق قاعدة الأفضلية في الشهر في حالة نشوء منازعات عقارية أمام القضاء، فالعبرة بالأسبقية بقيد الحق العيني العقاري بإدارة الشهر العقاري وهو ما استقر عليه الفقه الفرنسي و الجزائري، هذا ما دفع بالمشرع الجزائري من اعتناق مبدأ الشهر العقاري طبقا للأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المذكور بالطالع، كما حاول المشرع الجزائري تعميم العمل بالنظام الشهر العيني لما هذا الأخير من مزايا ومحاسن تجعله جديرا بالاهتمام والعناية من طرف المشرع الجزائري بغية تحقيق اكبر قدر ممكن من الاستقرار في الحياة الاجتماعية من خلال تطهير الوضع القائم في السوق العقارية حيث منح المشرع الجزائري دورا فعالا للشهر العقاري من خلال ترتيب اثر منشأ للحقوق العينية وهو ما جاء تكريسه في عديد من قرارات المحكمة العليا و التي جاءت كلها تقريرا لمبدأ الأثر الناقل للملكية العقارية المؤرخ 09 نوفمبر 1994 بخصوص عقد الهبة ما يلي: ((..... ويشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر في شكل رسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان)) و تنص المادة 206 من قانون الأسرة أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة قانون التوثيق في العقارات . لذلك فان الهبة تعتبر باطلة لعدم استفاءها للشروط الجوهرية))[18] . كما جاءت تأكيد مراعاة الإجراءات القانونية و المتعلقة بالشهر العقاري في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 07 فبراير 1994 جاء فيه: ((من المقرر قانونا لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين او في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية ولا سيما التي تدير مصلحة الشهر العقاري و يجوز بمقتضى القانون الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها، ولما ثبت في قضية الحال أن عقد الملكية ليس عقدا رسميا فانه بالتالي لا يعد الشريكين مالكين للأرض على الشيوع من الناحية القانونية كما جاء خطا في القرار المطعون فيه الذي أمر بتقسيمها بينهما .. [19]، لذلك استقر

القضاء في الجزائر على ضرورة توافر ركن الشكلية من جهة ومراعاة إجراءات الشهر العقاري من جهة ثانية ذلك أن الرسمية هي بداية العقد في شكليته الذي لا بد أن تنتهي من عملية الشهر العقاري لاستكمال كل الشكلية المتطلبة في التصرفات الواردة على العقارات.

وترتيبا على ذلك فان عملية الشهر العقاري من خلال انتهاج منهج الشهر العيني تصبح الأداة الناجعة في إعلام المتعاقدين بالعقارات فهذا النظام إذن هو ملجأ كل من يريد معرفة طبيعة العقار محل المعاملة حتى يكون المعنى بأمر المعاملة على بينة من أمره فبعد اطلاعه على المعلومات الوافية و الكافية بخصوص العقار وطبيعته فله حرية الإقدام أو الإحجام عن مباشرة تلك المعاملات العقارية، لذلك كان من الأهداف الرئيسية لنظام الشهر العقاري تسجيل وقيد [20] كل السندات العقارية بإدارة الشهر العقاري.

المطلب الثاني: من حيث القوة الثبوتية المطلقة و المشروعة

ان نظام الشهر العيني هو مصدر كل الحقوق العينية العقارية فيقوم بتعديلها وبنقلها وبإزالتها وبإنشائها، لذلك فان السندات العقارية المشهرة تحقق إمكانية احتجاج أصحابها بموجبها على الكافة فلإشهار بالنظام العيني منح للشخص اكتسابه نهائيا للعقار بناء على السند العقاري المشهر مما يترتب عنه منح قاعدة القيد المطلق أو القوة الثبوتية على مبدأ الأثر ألتطهيري لنظام الشهر العيني.

مما يحقق الائتمان العقاري و الاطمئنان إلى تداول هذا العقار في امن وأمان دون نزاع أو تشكيك في حجية السند العقاري مما يستحيل استحالة مطلقة الإطاحة بما جاء به السجل العقاري من الحقوق الثابتة التي طالما أن كل البيانات المدونة فيه تشكل عنوانا للحقيقة التي هي نبراس التي يهتدي به الشخص المالك إلى سواء السبيل.

مصدرها مشروعية تسجيل وتدوين الحقوق العقارية بالسجل العقاري وذلك أن عملية الإشهار العقاري للسندات الخاضعة للشهر تسبقها دراسة قانونية دقيقة للتأكد من خلوها من كل عيب طالما أن القاعدة العامة في نظام الشهر العيني (ان التسجيل بإدارة الشهر العقاري ينشى الحق العيني ومن سجل حقه في السجل العقاري يكتسب حقا مشروعا عليه). هذه المشروعية الذي جاء تأكيدها في الدور المنوط بالمحافظة العقاري الذي يتميز بدور ايجابي وذلك بالتدخل في مراقبة مدى توافر تلك السندات على الشروط الموضوعية و الشكلية طبقا لأحكام المادة 38 من المرسوم 76/63 المذكور اعلاه[21].

وأخيرا يمكن القول أن الشهر العيني ذو دلالة يقينية فهو ذو حجية قاطعة على الكافة، فالحق المقيد بالسجل العقاري له قوة ثبوتية مطلقة، وذلك بناءا على مبدأ المشروعية في عمل إدارة السجل

العقاري ومن خلال التدقيق في سندات الملكية و مراقبة المحافظ العقاري بالشكل الذي حددناه آنفا.

المطلب الثالث: إلية التخصيص و حظر التقادم المكتسب حماية للمعاملات العقارية

جاءت قاعدة التخصيص كنتيجة لنظام الشهر العيني و الذي يقوم على نظام البطاقة العقارية العينية، حيث يستفاد من هذه القاعدة أن نظام الشهر العيني قد خصص لكل تصرف وارد على العقار مهما كان نوعه (منشئا أو معدلا أو ناقلا لحق الملكية العقارية) البطاقة العقارية لتقيد جميع المعاملات العقارية طبقا لأحكام المادة 38 من المرسوم 76/63 المذكور أعلاه.

لذلك من مقتضى هذه البطاقات العقارية يشكل ما اتفق بتسميته بالسجل العقاري، حيث أن البطاقة العقارية هي بمثابة عقد ميلاد العقار من الناحية القانونية وفي المقابل يعتبر السجل العقاري بمثابة سجل الحالة المدنية للعقارات الممسوحة.لذلك فان كل تغيير في حدود وحدة عقارية يكون موضوع إعداد بطاقات عقارية مطابقة ويتم التأشير به على البطاقات الأصلية و الجديدة، كما أن كل تصرف على العقار سواء تعلق الأمر بحق عيني أصلي أو تبعي لابد من التأشير على البطاقة العقارية المخصصة وذلك بغية ضمان مطابقة بيانات السجل العقاري و الدفتر العقاري لتلك البيانات المدونة بالبطاقة العقارية.

لذلك فانه يترتب عن عملية الإشهار العقاري طبقا لنظام الشهر العيني عدم قابلية الاحتجاج بغير الحقوق المقيدة في مجموعة البطاقات العقارية وعليه فان الحقوق العينية غير مشهرة لا تكون موجودة من الناحية القانونية، ولا يمكن الاحتجاج بها بين أطراف المعاملة أو في مواجهة الغير إلا من تاريخ إشهارها.

وعليه فان عملية الشهر العقاري إذن تنشئ الحق العيني في الجزائر ويعتبر التسجيل بالمحافظة العقارية مناط الاحتجاج وذلك بالنسبة لجميع المعاملات العقارية ومهما ما تضمنته من حقوق سواء أصلية أو تبعية. تلك المزايا التي تميز بها نظام الشهر العيني جعلت التشريعات الوضعية تتفق على إرساء مبدأ حضر التقادم في مواجهة صاحب الحق المشهر طالما أن نظام الشهر العقاري لا يعرف مالك أو صاحبا للحق العيني خلافا للمالك أو صاحب الحق المقيد. فلا يمكن في مجال اكتساب طرق الملكية العقارية بالتقادم طالما انه يصطدم بقاعدة القوة الثبوتية المطلقة التي منحها المشرع لنظام الشهر العقاري و التي مفادها أن كل ما هو مقيد في السجل العقاري هو حقيقة مطلقة، زد على ذلك ان التقادم المذكور يتعارض رأسا وأساسا مع ما جاء ترتيبه في نظام الشهر العقاري على القيد من اثر منشئ و هو بالتالي مصدر الحقوق العينية ذلك انه لو سلمنا بادعاء التقادم المكسب لأدى ذلك

حتما بإهدار الثقة العامة المتوفرة و جوبا وقطعا للسجل العقاري، كما انه بإمكان الدولة أن تغض النظر عن نظام الشهر العيني حتى لا تتكبد مصاريف وتكاليف باهظة لإنجاح عملية مسح الأراضي وبالتالي تحقق نوع من الاستقرار في المعاملات العقارية والتقليل من المنازعات العقارية التي تثقل بساط المحاكم مما تترك القاضي يتخبط في منازعات عقارية كان هذا الأخير بغنى عن التحقيق فيها طالما ان ثمة وسيلة ناجعة تتمثل في نظام الشهر العيني الذي يطمئن إليه كل الجهات القضائية و المتقاضيين على حد سواء.

خاتمة:

بعد الدارسة المستفيضة في موضوع نظام الشهر العيني و دوره في المحافظة على المعاملات العقارية فأننا نهيب بالمشرع الجزائري الذي خطى خطوة عملاقة بالرغم من تجربته القصيرة بخصوص تنظيمه لنظام الشهر العقاري الذي يعتبر بحق أهم وسيلة للمحافظة على العقار باعتباره ثروة باقية لا تزول بزوال الأشخاص و الدول بقدر قيمته في وقتنا الحالي بلغت ذروتها من خلال الحاجة الماسة من الناحية الاجتماعية عندما يتعلق الأمر بأزمة السكن كما انه من الناحية الاقتصادية وعاء للاستثمار الاقتصادي الوطني و الأجنبي ناهيك عما تدره الأراضي الفلاحية من خيرات وثمار سدا لحاجة المستهلك اليومية لذلك فان الشهر العقاري الأساس القانوني لاستقرار المعاملات العقارية بمختلف أنواعها وأدوارها حفاظا على الملكية الخاصة والملكية العامة للدولة فهو بهذه الطريقة المثلى لتنظيم الحياة العقارية يحقق للمجتمع سبل الأمن ألاجتماعي الاقتصادي وحتى السياسي و الإداري. ولعل أهم القوانين والأوامر التي كرست هذا النظام بحاجة ماسة كذلك لوسائل تفعيل هذا النظام المتعلق بالشهر العقاري لاسيما عندما يتعلق الأمر بتوسيع نطاق مسح الأراضي في كامل التراب الوطني، ونظرا لان عملية المسح العام لمختلف البلديات عملية بطيئة وطويلة التي تتطلب توفير الإمكانيات المادية والبشرية نظر لخصوصية عمل المسح الذي يعتبر من الأسباب الشاقة فانه بالرغم ما تم انجازه في عملية المسح العام و تحقيق بالتالي نظام الشهر العيني فانه من الناحية الواقعية لم يعمم نظام الشهر العيني في كامل تراب القطر الجزائري، لذلك تبقى الدولة الجزائرية تعمل بنظام الشهر الشخصي بالرغم من مساوئه و مخاطره و تناقضاته في ظل نظام الشهر العقاري.

فانتقاليا تبقى أجهزة الدولة المخولة بإدارة مسح الأراضي و الحفظ العقاري تطبقان في ان واحد نظامي الشهر الشخصي والشهر العيني إلى غاية استكمال نهائيا إجراءات المسح العام لكل ولايات الدولة الجزائرية. لذلك من خلال هذه الدراسة المتخصصة في الميدان العقاري بشقيه النظري

والعملي و النتائج المتحصل عليها بخصوص تقييم نظام الشهر العيني علما وعملا من خلال تفطن القيادة السياسية و الجامعة الجزائرية من ضرورة إدراج القوانين العقارية ضمن مناهج التدريس والبحث العلمي على مستوى(الماستر في القانون العقاري و الماجستير و الدكتوراه) في مثل هذا التخصص الذي كانت تفتقده الجامعة الجزائرية منذ أمد بعيد.

لذلك علينا أن نتقدم ببعض الاقتراحات على المشرع الجزائري حتى يستقيم مدلول الشهر العيني خصوصا ونظام الشهر العقاري بصفة عامة أهمها:

أولا: جاءت الأحكام و القواعد القانونية المنظمة للعقار مختلفة و متنوعة من قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص كما جاء تحديد مصير بعض الوضعيات والطرق و الحلول المتعلقة بالشهر العقاري عموما والعقار بصفة خاصة إلى إدراجها في التنظيم من خلال المراسيم التنفيذية والقرارات و المناشير مما يلفت انتباهنا وانتباه القاضي و العامل في الحقل العقاري انه كان ينبغي على المشرع الجزائري وضع قواعد خاصة للعقار و الإجراءات العقارية في قانون مختص نظرا لأهمية هذا العقار من الناحية التعليمية وكذا من الناحية العملية المهنية البحتة حتى يتخلص القاضي والموثق والمحامي كل في مجال اختصاصه من مأزق البحث عن قاعدة قانونية أو فكرة تتعلق بمنازعة عقارية او بتحرير عقد توثيقي غالبا ما يتكبد هؤلاء الجهد الفكري و البحث الدءوب في الغوص في مختلف القوانين والمراسيم المتناثرة هنا وهناك في مختلف تخصصات القانون وإجراءاته تحقيق للعمل القضائي النزيه و التوثيق السليم و الأمثل دون الوقوع في الأخطاء والتناقضات في الأحكام والقرارات القضائية.

ثانيا: إنشاء بنك عقاري لمتابعة العمليات العقارية داخل الدولة الجزائرية حفاظا على الملكية الخاصة و ملكية الدولة من كل تعدي أو نهب أو تبديد للمال العام.

ثالثا: ضرورة ترقية المراسيم التنفيذية إلى مصاف القوانين و الأوامر كالمرسوم 63-76 المكور أعلاه على سبيل المثال ذلك أن أمر التنظيم من الناحية التقنية القانونية ليس من صلاحيته تحديد امور وقواعد جوهرية تستغرق القوانين و الأوامر.

رابعا: ضرورة تفعيل القوانين المتعلقة بالإشهار العقاري للاعتماد عليها في القضاء في نقل الملكية العقارية وذلك أن غالبية الأحكام و القرارات وكذا قرارات المحكمة العليا تعتمد على المواد المتعلقة بطرق الإثبات في التقنين المدني لاسيما منها المادة 324/مكرر1 اذ يمكن تسبيب الأحكام والقرارات بناء على مواد قانون الشهر العقاري التي ترتكز عليها وجود او عدم وجود الحق العيني العقاري.

خامسا: أن التأطير الأحسن في الجانب البشري المزود بالإمكانيات المادية و الحوافز المالية للعنصر البشري بالإضافة للتكوين المستمر و المكثف لأعوان الدولة في مجال مسح الأراضي و الشهر العقاري سيحقق لا محالة قفزة لا مثيل لها في عملية المسح والشهر العقاري عندما تكون إرادة الدولة موجودة وجادة بالتنسيق مع الأعوان المباشرين لعملية المسح والحفظ العقاري.

وأخيرا يمكن القول انه بالرغم من النقائص والشوائب التي تمخضت عن نظام الشهر العيني من خلال العمل الشاق عند إعداد مسح عام للأراضي و النقص الفادح في التأطير في إدراج مسح الأراضي والحفظ العقاري لأننا نثني على التضحيات التي يقدمها أعوان هذه الهيئات الرسمية كما نحي الجهد الفكري و العمل للقاضي العقاري الجزائري عندما أصبح القضاء الجزائري مرصدا لكل اجتهاد تضمن نزاع عقاري وحتى تطور الاجتهاد وأصبح سابقة قضائية من خلال ما تبنته المحكمة العليا و مجلس الدولة في عديد من القرارات يهتدي بها الباحث في القانون الى سوء السبيل.

بهذ نكون قد انتهينا من هذا العمل العلمي فان أصبنا فبالتوفيق من الله سبحانه وتعالى وان أخطائنا فمن أنفسنا.

قائمة المراجع و المصادر:

اولا-الكتب:

1- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وأثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، سنة 2005.

2- فيلالي على، الالتزامات، النظرية العامة للعقد،طبعة منقحة ومعدلة ، موفم للنشر،الجزائر، سنة 2008.

3-محمد على عبده، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، طبعة أولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2007.

ثانيا- الرسائل العلمية:

1- حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفق الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986.

2- سيدي يخلف حفيظة، الشكلية لانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2009.

3- يحياوي يوسف، الشكلية غير مباشرة وأثرها على فاعلية العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، سنة 2014/2013.

4- زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الادراية، جامعة بن عكنون، الجزائر،1987.

ثالثا- المجلات والبحوث:

1- بطيمي حسين، مبدأ سلطان الارادة بين الحرية والتقيد، مقال منشور بمجلة دراسات الدولية و محكمة، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، العدد 38، سنة ، 2016 .

2- بطيمي حسين، محاضرة حول موضوع نظام الشهر العيني ودوره في حماية المعاملات العقارية، مجلة الموثق، الاجتهاد القضائي في مجال التوثيق، المجموعة الثانية، العدد الثاني، ديسمبر 2013.

3- بطيمي حسين، محاضرات حول الشكلية في العقود، ألقيت على طلبة ماستر تخصص عقود و مسؤولية، السنة الدراسية 2016/2015، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الاغواط.

4- د. فيلالي علي، الشهر العقاري على ضوء القضاء الجزائري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية و الاقتصادية الجزء 42، سنة 2000.

رابعا- المراجع بالفرنسية:

- Nguyen tien– le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien – thèse de doctorat soutenue le 30 novembre 2011,université panthéon Assas école doctorat de droit privé .

الهوامش:

[1] - المرسوم 76/62، المؤرخ في: 25 مارس، 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، ج.ر. رقم: 30، الصادر في: 13 ابريل 1976.

- المرسوم 76/63، المؤرخ في: 25/03/1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر، رقم: 30، الصادر في: 13 ابريل 1976.

- المرسوم التنفيذي رقم: 93/123، المؤرخ في: 19 /1993/05 ، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم: 76/63 اعلاه، المتعلق بالسجل العقاري، ج.ر، رقم 34.

[2] - سيدي يخلف حفيظة،الشكلية لانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري، مذكرة من اجل نيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010/2009، ص 12-13. انظر كذلك: - بطيمي حسين، مبدا سلطان الارادة بين الحرية و التقيد، مقال منشور بمجلة دراسات الدولية و محكمة، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، العدد 38، سنة ، 2016 ص 217.

[3] - محمد على عبده، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، طبعة اولى، سنة 2007، اشار اليها يحياوي يوسف، الشكلية غير مباشرة واثرها على فاعلية العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، سنة 2014/2013، ص 5. انظر كذلك:بطيمي الحسين، مرجع سابق، ص 218.

[4] - زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الادراية، جامعة بن عكنون، الجزائر،1987، ص38 ومايليها.- فيلالي على، الالتزامات، النظرية العامة للعقد،طبعة منقحة ومعدلة ،موفم للنشر،الجزائر،سنة 2008،. ص 294 وما يليها.

[5] - حبار محمد،، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفق الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الادارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1987، ص 177-178 .

[6] - جبار محمد،، نفس المرجع، ص 331-231.

[7] - يقول في هذا الصدد"جاك غستان" انه ليس لأشكال العلنية جميعا الموضوع نفسه ، فبعضها اعلامي لا يفترض صحة العقد ولا حجيته، وبعضها الاخر منشئ يتوقف وجود العقد على اتمامها، وهناك نوع اخر يوصف بالتعزيز، وهو لا يتعلق بالحجة،جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد واثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، لبنان، الطبعة الاولى، سنة 2005، ص 554 اشار اليه: يحياوي يوسف، المرجع السابق، ص 41.

[8] - بطيمي حسين، محاضرة حول موضوع نظام الشهر العيني ودوره في حماية المعاملات العقارية، مجلة الموثق، الاجتهاد القضائي في مجال التوثيق، المجموعة الثانية، العدد الثاني، ديسمبر 2013، ص 41.

[9] - د. فيلالي علي، الشهر العقاري على ضوء القضاء الجزائري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية و الاقتصادية الجزء 42، سنة 2000، ص 116 ، اشار اليها يحياوي يوسف، المرجع السابق، ص 43.

[10] - يحياوي يوسف، المرجع السابق، ص 43 ،

- بطيمي حسين، محاضرات حول الشكلية في العقود، القيت على طلبة ماستر تخصص عقود و مسؤولية، السنة الدراسية 2016/2015، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الاغواط، ص67.

[11] - بطيمي حسين، نظام الشهر العيني ودوره في حماية المعاملات العقارية، مرجع سابق، ص 42.

[12]- cass-civ 1er janvier 2009؛ de François؛ 15 mai 2009؛ p926 note s. piedelieve – cité par Nguyen tien ؛nguyen tien – le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien – thèse de doctorat soutenue le 30 novembre 2001؛ université panthéon Assas école doctorat de droit privé؛ p 232 n 993.

- بطيمي حسين، محاضرات حول الشكلية في العقود، القيت على طلبة ماستر تخصص عقود و مسؤولية، سنة دراسية 2016/2015 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الاغواط، ص67.

[13] - بطيمي حسين، محاضرة حول موضوع نظام الشهر العيني ودوره في حماية المعاملات العقارية، المرجع السابق، ص 42

[14] - بطيمي حسين، نفس المرجع السابق،ص 44.

[15] - بطيمي حسين، نفس المرجع السابق،ونفس الصفحة.

[16] - بطيمي حسين، نفس المرجع السابق، ص 45.

[17] - بطيمي حسين، نفس المرجع السابق، ونفس الصفحة.

[18] - قرارالمحكمة العليا، المؤرخ في: 09 نوفمبر 1994، ملف رقم: 103656، نشرة القضاء العدد 51 الديون الوطني للأشغال التربوية لسنة 1997 صفحة 67 وما يليها.

[19] - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 07 فبراير 1994، ملف، 113840 مشار اليه: بالمجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1994، صفحة 158 وما يليها.

[20] - ان الفرق الجوهري بين التسجيل و القيد بالمحافظة العقارية يكمن في ان التسجيل يتعلق بالحقوق العينية الاصلية اما القيد فيتعلق بسهر الحقوق العينية التبعية.

[21] - نصت المادة 38 على مايلي: ((كل اشهار لعقود او قرارات تتضمن انشاء او تعديل او انهاء ارتفاقات او حقوقا مشتركة يجب ان يكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار)) .

دور القاضي الجنائي الوطني في تطبيق الإتفاقيات الدولية

The role of a criminal judge in implementing international agreements

طالب دكتوراه، قصاص عبد الحميد (*)
كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، الجزائر
abdelhamidkessas@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2020/04/28 تاريخ القبول للنشر: 2020/06/03

****

ملخص:

أصبحت المعاهدات الدولية تعتني بتنظيم مواضيع مختلفة ومتنوعة، كجرائم الفساد، فهذا التنوع في مواضيع هذه الإتفاقيات جعل أثارها لا تتوقف عند الدول أطراف الإتفاقية بل تمتد لتشمل مواطني تلك الدول، الأمر الذي يجعلهم يتمسكون بتطبيقها أمام القاضي الوطني رغم إختلاف إجراءات وضعها عن إجراءات وضع التشريعات الداخلية، فضلا عن ما تتميز به التشريعات الجنائية الوطنية من خصوصيات سواء من حيث مصادر التجريم و العقاب، أو من حيث المبادئ الأساسية التي تقوم عليها خاصة مبدأ الشرعية و مبدأ الإقليمية. هذه المعطيات.

الكلمات المفتاحية : سمو الإتفاقيات الدولية، القاضي الجنائي.

Abstract*:*

International treaties have become concerned with organizing various and varied subjects, such as corruption crimes. This diversity in the subjects of these agreements has made their effects not stop at the states parties to the agreement, but extends to the citizens of those countries, which makes them adhere to their application before the national judge, despite the different procedures put in place from the procedures for developing internal legislation In addition to the peculiarities of the national criminal legislation, both in terms of sources of criminalization and punishment, or in terms of the basic principles on which they are based, in particular the principle of legality and the principle of territoriality. These data.

key words: International agreements, national judge, constitution

* ط/د. قصاص عبد الحميد: abdelhamidkessas@gmail.com

مقدّمة:

لقد عرفت الإتفاقيات الدولية تطورات هامة من حيث المواضيع التي تتناولها، إذ لم تعد تقتصر على تنظيم المسائل ذات الطابع السياسي أو العسكري المتعلقة بالحروب و السلم و الحدود و العلاقات الدولية ... وغيرها، بل أصبحت تعني بتنظيم مواضيع مختلفة ومتنوعة كالتعاون القضائي، تسليم المجرمين، التمييز العنصري، المخدرات، العنف ... وغيرها، إن هذا التنوع في مواضيع هذه الإتفاقيات وخاصة تلك التي تعرف بالإتفاقيات الشارعة جعل أثارها لا تتوقف عند الدول أطراف الإتفاقية بل تمتد لتشمل مواطني تلك الدول، الأمر الذي يجعلهم يتمسكون بتطبيقها أمام القاضي الوطني رغم إختلاف إجراءات وضعها عن إجراءات وضع التشريعات الداخلية، فضلا عن ما تتميز به التشريعات الجنائية الوطنية من خصوصيات سواء من حيث مصادر التجريم و العقاب، أو من حيث المبادئ الأساسية التي تقوم عليها خاصة مبدأ الشرعية و مبدأ الإقليمية. هذه المعطيات، تطرح إشكالية تحديد ضوابط تطبيق القاضي الجنائي الوطني للإتفاقيات الدولية و مختلف الصعوبات التي تعترضه في ذلك. وهي النقاط التي نعالجها كما يلي:

المطلب الأول: ضوابط تطبيق القاضي الجنائي الوطني للإتفاقيات الدولية

إذا كانت ذاتية وخصوصيات القانون الجنائي تفرض على القاضي الجنائي إلتزامه بتطبيق النصوص القانونية التي تصدرها السلطة المختصة بالتشريع في الدولة، إذ أن المشرع هو الذي يختص بمقتضى الدستور بوضع نصوص التجريم و العقاب تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات، فهذا يعني أنه لا يمكن للقاضي الإعتماد على نصوص مستمدة من مصادر أخرى[1]، بحيث إذ لم يجد في التشريع نصا يجرم الفعل الموجه للمتهم يجب عليه وبصفة حتمية الحكم بالبراءة، ولما كانت الجزائر تعتبر عضوا من أعضاء المجتمع الدولي، ولما أصبح هذا الأخير يتدخل لتنظيم المسائل ذات الإهتمام المشترك بواسطة الإتفاقيات الدولية و التي تصبح ملزمة للدول بمجرد التصديق عليها، فكيف يمكن للقاضي الجنائي الوطني تطبيق هذه الإتفاقيات وهو ملزم بتطبيق النصوص الجنائية الوطنية من جهة؟ و من جهة أخرى كيف له أن يوفق بين هذا الإلتزام و بين المبدأ الدستوري الذي يقضي بسمو الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف رئيس الجمهورية على القوانين الوطنية؟ ولتوضيح أكثر هذه المسألة نتعرض في الفرع الأول لمفهوم مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية كأساس لتطبيقها من طرف القاضي الجنائي الوطني و في الفرع الثاني لطرق تطبيق هذه الإتفاقيات من القاضي الجنائي الوطني.

الفرع الأول : مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية كأساس لتطبيقها

يعتبر مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية المسلم بها عالميا رغم عدم النص عليه في ميثاق الأمم المتحدة[2]، إلا أن إتفاقية فيينا المتعلقة بقانون المعاهدات الدولية لعام 1969 إعترفت بالمبدأ بصفة غير مباشرة في المادة 27 منها بنصها "لايجوز لطرف في المعاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة". ولتحديد دور و أبعاد هذا المبدأ في المنظومة القانونية الوطنية خاصة الجنائية منها نتطرق أولا لإستظهار مفهومه، و ثانيا لشروط إعماله.

أولا / مفهوم مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية

يعتبر مبدأ سمو الإتفاقيات[3] الدولية[4] من المبادئ التي يقتضيها المنطق القانوني إذ لا يتصور قيام أي نظام قانوني إلا بسموه على المخاطبين به[5]. فمبدأ سمو الإتفاقية الدولية إذا مبدأ مستقر ومعترف به على المستوى الدولي و لايقبل المجادلة فيه، إلا أن الدساتير العالمية قد تباينت في طريقة تكريسها لهذا المبدأ في إطار ثلاثة إتجاهات:

الإتجاه الأول: يقضي بسمو الإتفاقيات الدولية على الدستور، غير أن الدول التي تأخد بهذا الإتجاه نادرة جدا[6] فالدستور الهولندي مثلا المعدل سنة 1953 أدرج المادة 63 التي تكرس سمو الإتفاقيات الدولية على الدستور إذا إقتضت ضرورات الحياة الدولية ذلك، بنصها علي مايلي "يمكن للمعاهدات أن تخالف أحكام الدستور إذا كان تطور النظام القانوني الدولي يستوجب ذلك".

الإتجاه الثاني: يجعل الإتفاقيات الدولية جزءا من التشريع الداخلي، حيث تتعادل أحكام الإتفاقية الدولية مع أحكام القانون الداخلي[7] وقد أخدت بهذا الإتجاه دول كثيرة من بينها مصر، فتنص المادة 151 من دستور 1971 على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويلغها مجلس الشعب، مشفوعة بما يناسب من البيان. وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها و التصديق عليها و نشرها وفقا للأوضاع المقررة... " يتضح من هذا النص أنه يكفي لسؤيان الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من رئيس الجمهورية نشرها وفقا للأوضاع المقررة دون إشتراط الموافقة المسبقة للمشرع بإستثناء الإتفاقيات الهامة المذكورة على سبيل الحصر في المادة 151 التي تشترط موافقة مجلس الشعب عليها[9].

الإتجاه الثالث: إذا كان الإتجاه الأول يعطي للقانون الدولي قوة تفوق قوة الدستور ، و إذا كان الإتجاه الثاني يعطي القنون الدولي قوة تعادل القانون الوطني، فإن الإتجاه الثالث يعطي الإتفاقيات الدولية قوة تتوسط قوة الدستور و قوة القانون العادي، فهي ادنى من الدستور و أعلى من القانون الوطني العادي، و من بين اللدول التي أخدت بهذا الإتجاه الجزائر، فرنسا و غيرهما. إن المادة 150 من دستور الجزائر لسنة 2016 [10] كرست مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية بنصها "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون" و في

السياق ذاته تنص المادة 55 من دستور فرنسا لسنة 1958 على أن "يكون للمعاهدات أو الإتفاقيات المصادق عليها أو المعتمدة بمجرد نشرها قوة أعلى من قوة القوانين بشرط تطبيق المعاهدة أو الإتفاقية من الطرف الآخر"[11] وبمقتضى نص المادة 132 من الدستور يمكن للقاضي الجزائري إستبعاد تطبيق القانون المخالف للإتفاقية دون أن يشكل ذلك تجاوزا لصلاحياته.

نستخلص مما سبق أن تباين دساتير العالم حول مكانة الإتفاقيات الدولية في المنظومة القانونية الوطنية، يبرره من جهة ممارسة الدول لسيادتها في منح هذه الإتفاقيات الدولية المكانة التي تراها مناسبة، من جهة أخرى يبرهن على مدى تقديرها للدور الذي يجب عليها أداءه في سبيل تطوير المنظومة القانونية الوطنية بحسب ما تمليه مقتضيات المصالح الدولية المشتركة.

ثانيا / شروط إعمال مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية

إذا إستوفت الإتفاقيات الدولية المراحل الأولى لإبراهما و المتعلقة بالمفاوضات و التحرير و التوقيع عليها من قبل الدول المتعاقد، يستوجب الأمر التأكد من عدم مخالفتها للدستور و التصديق عليها من طرف الجهة المختصة تم نشرها بالوسائل التي يقررها القانون.

1-دستورية الإتفاقيات الدولية: يشترط لإعمال مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية على القانون الوطني عدم مخالفتها للمبادئ الأساسية المكرسة في الدستور[12] بمعنى ألا تتعارض مع التوابث الدستورية السياسية، الدينية، الإقتصادية، الثقافية ... ، وقد اكد الدستور الجزائري على هذا الشرط في المادتين 165 و 168 من دستور 1996 حيث تنص المادة 165 على ما يلي: "يفصل المجلس الدستوري ... في دستورية المعاهدات ... إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ ، او بقرار في الحالة العكسية ..." اما المادة 168 فنتص على أن "إذا إرتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو إتفاق او إتفاقية، فلا يتم التصديق عليها ".

2-التصديق أو المصادقة ratification يعتبر التصديق شرطا أساسيا لإعمال مبدأ سمو الإتفاقية الدولية على القانون الوطني تطبيقا للمادة 132 من دستور 1996 التي تقابلها المادة 150 من دستور 2016 [13]. ويعد التصديق آخر مراحل إبرام الإتفاقية و به تصبح الدولة طرفا فيها وتلتزم بأحكامها وإلا تحملت المسؤولية الدولية[14]،وهو عبارة عن تصرف قانوني رسمي يصدر عن الجهات المختصة دستوريا بقبول الإتفاقية التي تم التوقيع عليها، فالتصديق إذا وسيلة تعبر بها الدولة عن قبولها الإلتزام بأحكام و بنوذ الإتفاقية، و في نفس الوقت فهو إجراء ضروري لكي تصبح الإتفاقية نافدة.

هذا و تختلف الجهة المختصة بالتصديق بحسب ما يقرره كل دستور فإما ان تتجسد هذه الجهة في رئيس الجمهورية منفردا أو بالمشاركة مع السلطة التشريعية[15]. وفي هذا الصدد تنص المادة 132 من دستور الجزائر لسنة 1996 "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية ... " إلا ان الملاحظ ان

رئيس الجمهورية مقيد في هذا الإختصاص، إذ من جهة لا يصادق على الإتفاقيات الهامة إلا بعد موافقة البرلمان غرفتيه و هذا تطبيقا للمادة 131 من الدستور التي تنص : "يصادق رئيس الجمهورية على إتفاقيات الهدنة، و معاهدات السلم و التحالف و الإتحاد، ز المعاهدات المتعلقة بحدود الدولة و المعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص و المعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة بعد أن توافق كل غرفة من البرلمان صراحة" و من جهة اخرى فإن مصادقة رئيس الجمهورية تتوقف على رأي المجلس الدستوري حول دستورية الإتفاقية، هذا تطبيقا للمادة 168 من الدستور 1996. للإشارة فإن إجراء المصادقة قد يقترن بإجراء التحفظ، وهو إجراء رسمي يصدر عن الدولة عند المصادقة أو الإنضمام إلى إتفاقية دولية، تهدف من خلاله إستبعاد أحكام معينة خاصة تلك التي لا تتفق مع خصوصيات و ثوابت الدولة، وقد أقرت إتفاقية فيينا المتعلقة بقانون المعاهدات لسنة 1969 حق التحفظ وذلك لتشجيع الدول على انضمام و المصادقة على الإتفاقيات الدولية، إلا أن هذا الإجراء قد يستغل من طرف الدول لمنع تطبيقها أو للتحفظ على أحكام أساسية مما يفرغ الإتفاقية من مضمونها و تجريدها من الهدف الذي وضعت من أجله.

3-النشر : يعتبر النشر شرطا ضروريا لإعمال مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية على القانون الدولي، لأن بدونه تبقى الإتفاقية حبيسة الأدراج لا أثر لها. و تظهر أهمية النشر في كونه الوسلية التي بواسطتها تصل الإتفاقية إلى علم المخاطبين بها[16] [17] فإذا كان المبدأ الدستوري يقضي بأنه لا يعذر أحد بجهل القانون[18]، فإن ذلك يتطلب وسيلة تسمح بالعلم به وهذه الوسيلة هي النشر. هذا وإن نشر الإتفاقية الدولية لا يعني فقط علم المخاطبين بها للإلتزام بها بل هو إجراء ضروري يمثل مرحلة أساسية يتعين القيام بها لتكتسب الإتفاقية قوتها[19]، فالهدف من النشر إذا يختلف بين القوانين العادية و الإتفاقيات الدولية، بحيث إذا كانت القوانين العادية ملزمة بمجرد إصدارها[20] فلا تكون نافدة إلا بشرها[21]، أما الإتفاقيات الدولية إذا كانت الدول تلتزم بها بمجرد التصديق عليها فإنها لا تصبح ملزمة لمواطني تلك الدول إلا بنشرها[22]، و الوسيلة المحددة لنشر الإتفاقيات الدولية هي الجريدة الرسمية مثلها مثل القوانين العادية، ولايعتد بأية وسيلة اخرى ولو كانت أكثر إنتشارا و إتصالا بالمواطنين كالإذاعة، الصحف ...

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المادة 132 من دستور الجزائر لم تشر إطلاقا إلى شرط النشر لإعمال مبدأ سمو افتفاقيات بل إكتفت بإشتراط المصادقة عليها فهل هذا يعني أن الإتفاقية الدولية تصبح نافدة و تعلو على القانون الوطني بمجرد التصديق عليها؟

في إعتقادنا فإن عدم إشتراط صراحة نشر الإتفاقية الدولية لإعمال مبدأ سموها على القانون الوطني يجد تبريره في أن الجزائر لا تأخد بالتطبيق الذاتي أو المباشر للإتفاقيات الدولية[23] بل تأخد

بطريقة إدماج الإتفاقيات في القانون الوطني، وهذا يعني أنه بمجرد إفراغ الإتفاقية في القانون الداخلي تخضع بالضرورة للنشر في الجريدة الرسمية تماشيا مع القواعد العامة التي تخضع لها القوانين العادية، ومع ذلك فإن المجلس الدستوري أكد على ضرورة نشر الإتفاقيات الدولية في القرار الصادر في 20 أوت 1989، إلى جانب المادة 6 من المرسوم 359/90 الصادر في 10 نوفمبر 1990 التي تشير إلى مجرد السعي للنشر من طرف وزارة الخارجية[24].

الفرع الثاني : طرق و أساليب تطبيق القاضي الجنائي الوطني للإتفاقيات الدولية

إذا إستوفت الإتفاقية الدولية شروطها الشكلية و الموضوعية، فهي تسري في مواجهة جميع الأطراف و تلتزم المحاكم الوطنية بتطبيق أحكامها، ويتم هذا التطبيق وفق طريقتين أو أسلوبين هما التطبيق المباشر أو الذاتي، و التطبيق غير المباشر أو إدماج الإتفاقية في القانون الداخلي، وهذا ما سنحاول توضيحه.

أولا / التطبيق المباشر أو الذاتي للإتفاقية الدولية

يقصد بالتطبيق الذاتي للإتفاقية الدولية إلتزام القاضي الوطني بتطبيقها كما هي دون حاجة للإصدار قانون بشأنها، و يطلق على هذا النوع من الإتفاقيات "الإتفاقيات النافدة لذاتها"[25] .

غير ان لإعمال هذا الأسلوب في تطبيق الإتفاقيات الدولية يشترط أن يتضمن نصوص قانونية واضحة، محددة و دقيقة لا تحمل في طياتها أي لبس أو غموض، لكن الملاحظ انه نادرا ما تكون الإتفاقية الدولية قابلة للتطبيق الذاتي للأسباب التالية:

- ناذرا ما تكون كل احكام الإتفاقية الدولية قابلة للتطبيق أمام القاضي الوطني إذ غالبا ماتتضمن إلى جانب الأحكام المتعلقة بموضوع الإتفاقية، أحكاما تخاطب الأجهزة المكلفة بالشؤون الخارجية بخصوص التعامل مع الإتفاقية[26].
- ناذرا ما تصاغ نصوص الإتفاقية الدولية بصياغة واضحة، دقيقة، تماثل تلك التي تميز القوانين الداخلية خاصة الجنائية منها.

لذا يمكن القول أن الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالمسائل الجنائية لا يمكن أن تخضع للتطبيق المباشر امام القاضي الجنائي الوطني لأن الأمر يتعلق بالحقوق و الحريات الفردية و ان مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات الذي يشكل ضمانة لحماية هذه الحقوق و الحريات، يقتضي أن تكون صياغة النصوص الجنائية مضبوطة لاتحمل أكثر من معنى و أن تكون واضحة و دقيقة سواء فيما يتعلق بالتجريم، بتحديد الجريمة، أركانها و عناصرها، أو فيما بتعلق بالجزاء بتحديد نوعه و مقداره[27]، وهذا ما لم يتوفر في نصوص الإتفاقية الدولية.

ثانيا / التطبيق غير المباشر أو إدماج الإتفاقية الدولية في القانون الوطني

إن تطبيق قواعد الإتفاقيات الدولية بمعرفة القاضي الوطني عموما يتم في إطار الشروط التي تحددها السلطة التشريعية، وعليه لا يملك القاضي الجنائي الوطني تطبيق الإتفاقية الدولية المتعلقة بالمسائل الجنائية، إلا إذا تدخل المشرع وأخضعها للإجراءات الشكلية المطلوبة لوضع قانون عادي، بعبارة أخرى يجب ان تتخد حيال الإتفاقية الدولية الإجراءات الخاصة بالتشريع الداخلي، من ضرورة الموافقة و المصادقة عليها من السلطة المختصة و هي السلطة التشريعية المجسدة في البرلمان، وكذلك إصداره من طرف رئيس الجمهورية، تم نشره في الجريدة الرسمية، وعليه لاتدمج الإتفاقية الدولية في القانون الداخلي إلا إذا أفرغت في قاعدة قانونية داخلية ينظمها قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية و يتحقق بذلك تعديل النصوص القانونية السابقة بما يتلائم و مضمون الإتفاقية الدولية[28]. ومن مبررات إشتراط ضرورة إصدار قانون وطني يتضمن مضمون الإتفاقية الدولية، أن القانون الدولي لا يحدد بدقة و وضوح أركان و عناصر الجريمة ولا يحدد الجزاء المقابل لها وهذا يتنافى مع مبدأ الشرعية.

ثالثا / موقف القانون الجزائري

بالرجوع إلى نص المادة 132 من الدستور الجزائري لسنة 1996 التي تنص : "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

هل يفهم من هذا النص الدستوري، أن الإتفاقية الدولية تطبق أمام القاضي الجنائي الوطني بمجرد المصادقة عليها من طرف رئيس الجمهورية وفقا للإجراءات و الشروط التي يتطلبها الدستور، أم أن الأمر يستوجب تدخل المشرع لإدماج الإتفاقية في القانون الوطني؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تختلف بحسب التفسير الذي يحتمله النص الدستوري،

التفسير الأول: وهو تفسير ظاهري حرفي للنص، يقضي أنه بمجرد المصادقة على الإتفاقية من طرف رئيس الجمهورية وفقا للشروط المحددة في الدستور، تصبح جزءا من المنظومة القانونية الوطنية مما يجعلها ملزمة لكافة السلطات في الدولة بما فيها السلطة القضائية، كما تصبح ملزمة للأفراد دون حاجة لإتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون العادي. إن هذا التفسير غير منطقي و لا يمكن التسليم به، لأن إذا كانت المصادقة شرط ضروري لكي تلتزم الدولة بالإتفاقية تجاه المجتمع الدولي، فإن ذلك لا يسري على المستوى الداخلي حيث يتطلب الأمر نشرها لتمكين المواطنين العلم بها. غير أن بالنسبة للإتفاقيات المتعلقة بالمسائل الجنائية، خاصة التجريم و العقاب، فإن المصادقة و النشر لا يكفيان لتطبيقها أمام القاضي الجنائي الوطني لأن إذا كانت الإتفاقية تتضمن شق التكليف للقاعدة الجنائية، فإنها لا تتضمن شق الجزاء، وبدون هذا الشق الأخير لا تكتمل القاعدة الجنائية.

التفسير الثاني: يقتضي هذا التفسير أن الإتفاقية الدولية خاصة المتعلقة بالمسائل الجنائية لا تدمج في القانون الوطني ولا تقبل التطبيق أمام القاضي الجنائي الوطني إلا إذا إستوفت إجراءات وضع القانون الداخلي، وعليه فإن القاضي الجنائي الجزائري لا يطبق الإتفاقية الدولية ما لم تفرغ في قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية، بل له حق إستبعادها إذا تضمنت أحكاما تتعارض مع القانون الداخلي[29]. وفي إعتقادنا فإن تفسير الثاني هو السليم لأنه من جهة يحقق إلتزام الدولة بالإتفاقية التي صادقت عليها، ومن جهة أخرى يحقق ضمان إحترام الشرعية الجنائية الوطنية. فإذا كانت المواثيق و الإتفاقيات الدولية تؤكد على حماية حقوق الإنسان، فلتبدأ هذه الحماية من إحترام الشرعية الجنائية التي تعتبر أكبر ضمانة لهذه الحقوق.

المطلب الثاني : الإشكالات التي تعترض القاضي الجنائي الوطني في تطبيق الإتفاقيات الدولية

إذا إستكملت الإتفاقية الدولية المتعلقة بالمسائل الجنائية إجراءات إدماجها في التشريع الداخلي، تصبح نصوصا تشريعية ملزمة للقاضي الجنائي الوطني، يطبقها كما يطبق القانون الداخلي كلما إقتضت الضرورة لذلك، دون حاجة لأن يتمسك بها الأطراف، كما تصبح الإتفاقية الدولية ملزمة بالنسبة للدول التي تأخد بالتنفيذ المباشر بمجرد إستيفائها شرطي التصديق و النشر، فلا يملك القاضي الوطني إستبعاد تطبيقها وإلا أعتبر ذلك إنكار للعدالة[30] .

إذا كان القاضي الجنائي في الحالة الأولى لا تعترضه إشكالات التعارض بين الإتفاقيات الدولية و القانون الداخلي لأنها -الإتفاقية- قد أدمجت فيه –القانون الداخلي- فإن في الحالة الثانية قد تعترض القاضي الوطني إشكالات في تطبيق نصوص الإتفاقية إذا كانت غامضة و غير دقيقة او متعارضة مع القانون الجنائي الوطني، فما موقف القاضي الجنائي الوطني في هذه الحالة؟

بناءا على ما تقدم، نتعرض في هذا المطلب إلى دراسة هذه الإشكالات و كيفية التصدي لها.

الفرع الأول : تعارض الإتفاقية الدولية مع القانون الجنائي الوطني

يتخذ التعارض بين الإتفاقية الدولية و القانون الجنائي الوطني صورتين: إما ان ينشأ التعارض بين الإتفاقية و المبادئ الأساسية للقانون الجنائي، أو بين مضمون نصوص الإتفاقيات و مضمون القانون الداخلي.

أولا / التعارض بين الإتفاقيات الدولية و المبادئ الأساسية للقانون الجنائي الوطني

يقوم القانون الجنائي الوطني على مبادئ اساسية تتطلبها خصوصيات هذا القانون، إلا أن إعتماد الإتفاقيات الدولية في المنظومة القانونيو الوطنية من شانها المساس بهذه المبادئ، وهذا ما سنحاول بيانه فيما يلي:

1) الإتفاقيات الدولية و مبدأ الإقليمية: يشكل مبدأ إقليمية القانون الجنائي تجسيدا لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، فإذا كان مبدأ سمو الإتفاقية الدولية معترف به من طرف الدول و لا يقبل المجادلة فيه، فإن القوانين الداخلية لا تزال بعيدة عن الإعتراف بكل الآثار التي تترتب عنه، وهذه النتيجة مرتبطة أساسا بمبدأ سيادة الدولة على إقليمها ولما كان حق العقاب من العناصر الأساسية لممارسة السيادة الوطنية على إقليم الدولة، فإنه من المنطقي جعل مصادر وطنية تنحصر في التشريع، وعليه فإن منح الإتفاقيات الدولية صفة السمو قد يشكل مساسا بمبدأ السيادة و الإقليمية، إلا أنه يمكن القول أن مبدأ سمو الإتفاقية الدولية يتحدد نطاقه إستنادا إلى مبدأ سيادة الدولة على إقليمها لأن القانون الدولي العام لم يضع قاعدة عامة تبين طرق تطبيق الإتفاقيات الدولية في القانون الداخلي بل تترك الحرية المطلقة للدول الأعضاء بإعتبارها صاحبة السيادة في تحديد طرق تطبيقها[31].

فإلتزام الدولة بالإتفاقيات الدولية إذ يعد من العناصر المكونة لسيادتها و لا ينبغي ان تشكل هذه السيادة أيضا على إحترام الدولة لإلتزاماتها الدولية و إلا فقد القانون الدولي وجوده ولذلك يجب العمل على تحقيق التوقيف بين مبدأي السمو و السيادة[32]. وفي السياق ذاته يمكن القول أن القانون الجنائي يشكل أهم مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، لأنه يجسد الأوضاع السياسية الإجتماعية، الإقتصادية، الثقافية ... في الدولة و التي تشكل أساسا لرسم سياستها في التجريم و العقاب[33]. ومن مظاهر إصطدام الإتفاقيات الدولية مع مبدأ الإقليمية الإعتماد على الإتفاقيات الدولية في مجال التعاون القضائي بين الدول كإتفاقية الإنابة القضائية مثلا التي تسمح لسلطة قضائية تفويض سلطة قضائية أخرى أجنبية لإتخاد إجراء ما خارج إقليمها، إلا أن إعتراف المشرع الوطني بتطبيق الإتفاقية المتعلقة بالإنابة القضائية في القانون الداخلي يحول دون المساس بمبدأ الإقليمية و السيادة[34] .

2) الإتفاقيات الدولية و مبدأ الشرعية: من المبادئ الأساسية للقانون الجنائي، مبدأ الشرعية الذي يقضي "لاجريمة و لا عقوبة او تدابير أمن بغير قانون"[35]، إنطلاقا من هذا المبدأ لا يمكن للقاضي الجنائي إعتبار فعلا ما جريمة و معاقبة مرتكبه عليه ما لم يرد النص عليه بوضوح دقة في قانون مكتوب صادر عن السلطة المختصة بالتشريع[36].

و الجدير بالذكر ان نطاق مبدأ الشرعية لا ينحصر في التجريم و العقاب فحسب، وإنما يشمل أيضا كل الإجراءات التي يتم إعمالها منذ لحظة وقوع الجريمة أو إكتشافها حتى صدور حق نهائي بالعقوبات، وإذا لم يجد هذا النص فلا يحق له إعتبار فعل ما جريمة حتى و لو إقتنع بأنه مخالف للمجتمع. وعلى هذا الأساس لايمكن إعتبار الإتفاقيات الدولية الجنائية مصدرا مباشرا للتجريم و

العقاب[37]، لأن من شأن ذلك الإصطدام بذاتية وخصوصيات القانون الجنائي، بمعنى يحق للقاضي إستبعاد تطبيق الإتفاقية التي تجرم فعلا مادام القانون الجنائيا يعتبره كذلك زيادة على ماسبق، فإن الإتفاقيات الدولية لا تتضمن قواعد التجريم و العقاب التي تقبل التطبيق أمام القاضي الدوطني لأنها في أغلب الأحيان لا تتضمن شقي التكليف و الجزاء معا وهذا يشكل خروجا عن مبدأ الشرعية[38]، وعليه يجب تدخل المشرع لتحديد مضمون القاعدة القانونية الجنائية (جريمة و عقوبة) لضمان إحترام هذا المبدأ.

ثانيا / التعارض بين الإتفاقيات الدولية و القواعد القانونية الوطنية

قد تعترض القاضي الجنائي الوطني وهو بصدد تطبيق الإتفاقيات الدولية – بالنسبة للقوانين التي تأخد بالتطبيق المشار للإتفاقيات – إشكالية تعارض بين نصوص هذه الإتفاقيات و نصوص القانون الجنائي الوطني[39]، فهل يطبق القاضي في هذه الحالة نص الإتفاقية الدولية أم نصوص القانون الوطني؟ إن حل هذه الإشكالية يختلف بحسب صدور التعارض وبحسب مكانة الإتفاقيات الدولية في المنظومة القانونية الوطنية، وفي هذا الصدد نجد أن التعارض يتخذ صورتين:

1) التعارض بين قانون جنائي وطني سابق وإتفاقية دولية لاحقة:

يكون التعارض الحقيقي[40] بين القانون الجنائي الوطني السابق و الإتفاقية الدولية الاحقة عندما تكون أحكام كل منهما عامة أو خاصة، وفي هذه الحلة يتطلب الأمر إستبعاد أحدهما من التطبيق حيث تستبعد الإتفاقية اللاحقة القانون الوطني فتفوقه و تعلق تطبيقه[41] فلا تلغيه بل يبقى ساريا فيما يتعدى نصوص الإتفاقية من ناحية، والعودة إلينا في حالة إلغاء الإتفاقية أو الإنسحاب منها من ناحية أخرى[42]، لأن الإتفاقية تتميز بأنها نسبية ومؤقتة، فهي نسبية لأنها تطبق في مواجهة أطرافها فقط، ومؤقتة لأن الإنسحاب والإلغاء متوقعا من أطرافها ومتوقفا على إراداتها، كما أن إلغاء تشريع لا يتم إلا بتشريع أعلى منه درجة أو في نفس مرتبته، وعليه لا تستطيع الإتفاقية الدولية إلغاء القانون الجنائي السابق لأنها ليست تشريعا.

2) التعارض بين إتفاقية دولية سابقة و قانون جنائي وطني لاحق:

إذا تعرضت احكام الإتفاقية الدولية السابقة و القانون الجنائي الوطني اللاحق إلى تعارض حقيقي فإن الحل في هذه الحالية يتوقف على قوة كل منهما، فإذا كانت الإتفاقية الدولية تسمو على القانون الوطني، فإن القانون الوطني اللاحق لا يلغي الإتفاقية رغم تعارضها، أما إذا كانت قوة الإتفاقية في نفس قوة القانون الوطني، فإن هذا الاخير يستبعد الإتفاقية[43].

الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بتفسير الإتفاقيات الدولية

يقصد بالتفسير البحث عن المعنى الحقيقي للنص بحيث يمكن تطبيقه على الوقائع[44]، وهو عبارة عن عملية فكرية ذهنية يقوم بها المفسر معتمدا على ألفاظ النص و عباراته و وفقا لأسلوب معين بهدف تحديد المعنى المقصود بمصطلح او بمادة من مواد الإتفاقية الدولية فهو إذا عملية جوهرية لتحديد معاني ومدلولات و مقاصد النصوص ذلك العجز عبارات النص عن الدلالة عن مقاصد الدول المتعاقدة أو لغموضها أو لتناقضها مع النصوص الأخرى. فالغاية من التفسير إذا هي إستخلاص معنى ومضمون النصوص الواردة بالإتفاقية بإزالة اللبس و الغموض الذي يكتنفها بحيث تصبح قابلة للتطبيق، وعليه يمكن القول أن التفسير هو مقدمة منطقية للتطبيق[45] أي نص قانوني وطني أو دولي.

و لتفسير أهمية بالغة في مجال الإتفاقيات الدولية لأنه يسمح بالوقوف على معنى و مقصود واحد لنص الإتفاقية، كما تتجلى أهميته أيضا في أنه يساعد على إكتشاف أهداف الإتفاقية التي دفعت الدول إلى إبرامها و التي قد لا تظهر من خلال ظاهر النصوص، إلا ان مثل هذا التفسير إذا كان مقبولا على المستوى الدولي، فإنه لا يقبل على المستوى الداخلي لأنه يؤدي إلى المساس بمبدأ الشرعية[46] الذي يقتضي بعدم الخروج عن النص محل التطبيق[47]، كما تظهر أهمية التفسير أيضا عندما تعمد أطراف الإتفاقية إلى صياغة نصوصها بشيء من الغموض و العموم محاولة بذلك التوفيق بين مصالحها المتعارضة، المر الذي يستلزم إخضاعها للتفسير.

إذا كانت الإتفاقية الدولية تستلزم للأسباب السالفة الذكر ضرورة تفسيرها، فإن السؤال يطرح بشأن الجهة المختصة بالتفسير و بطريقة القيام بعملية التفسير.

أولا / الجهة المختصة بالتفسير

إذا كان من واجب القاضي تطبيق الإتفاقيات الدولية على الوقائع التي تتطلب ذلك، بالنسبة للدول التي تأخد بالتطبيق المباشر للإتفاقيات الدولية، فإن رفضه لذلك يعد إنكارا للعدالة، وطالما هو ملزم بتطبيقها، فإن المنطق السليم يقضي بأن القاضي يختص بتفسيرها إذا إعترضته نصوص غامضة، إلا أن هذا المنطق محل إختلاف فقها وقضاء.

الإتجاه الأول: يرى أن تفسير الإتفاقيات الدولية ليس من إختصاص القاضي الوطني لأن إبرام الإتفاقية عمل سياسي حكومي، فالحكومة إذا ممثلة في الوزارة الخارجية وهي وحدها تملك تفسير الإتفاقيات بما يتفق و مقاصد الدول أطراف هذه الإتفاقية[48] وحتى لا يفتح باب الإحتجاج من طرف هذه الدول لو أسند تفسير الإتفاقيات للقاضي الوطني و تسبب في الخروج عن مقاصدها المشتركة، فضلا عن ذلك فإن القضاء الوطني لا يملك الخبرة الكافية التي تسمح له بالتعامل مع المشاكل و القضايا الدولية ولا الإلمام الكافي بمسائل القانون الدولي[49]، كما أن الإتفاقيات الدولية تجسد

إرادات الدول أطراف الإتفاقية فمن غير المعقول تفسيرها بإرادة جهاز واحد – القضاء – يعبر عن إرادة دولة واحدة.

وفقا لهذا الإتجاه فإن القاضي يوقف الفصل في الدعوى لحين وصول تفسير الحكومة – ممثلة في وزير الخارجية – للنصوص الغامضة الواجبة التطبيق على الوقائع المعروضة امامه، وهذا يشكل خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات من جهة، وتدخلا من السلطة التنفيذية في العمل القضائي الذي تختص به السلطة القضائية من جهة اخرى.

الإتجاه الثاني: يذهب هذ الإتجاه إلى ان تفسير الإتفاقيات الدولية من إختصاص القاضي الجنائي الوطني، فهو يندرج في إطار عمله القضائي مطبقا في ذلك القواعد العامة في تفسير النصوص الجنائية إي الإلتزام بالتفسير الضيق، وبهذا المنطق يحقق هذا الإتجاه مبدأ إستقلالية القضاء و مبدأ الفصل ما بين السلطات من جهة، و يتجنب تعطيل و تأخير الفصل في الدعاوى التي تتطلب النصوص المطبقة عليها تفسيرا ويتطلب الأمر إحالته إلى الحكومة لتتولى عملية التفسير من جهة اخرى، كما ان توقيف الفصل في الدعوى لحين قيام الحكومة بعملية التفسير يشكل تدخلا من السلطة التنفيذية في الحكم القضائي[50]، وعليه فغن واجب تطبيق القانون يتضمن بالضرورة واجب تفسيره، فلا يجوز الفصل بين مرحلة تفسير القاعدة القانونية و مرحلة تطبيقها لأن منطق الأمور يقتضي إسناد المهمة بأكملها – التفسير و التطبيق – للقاضي.

هذا الإختلاف الفقهي حول الجهة المختصة بتفسير الإتفاقيات الدولية قد إمتد إلى القضاء حيث كان مجلس الدولة الفرنسي، إلى غاية 1990 ويرفض القيام بمهمة تفسير الإتفاقيات الدولية فكان يقضي بعدم إختصاص القضاء الوطني بتفسير الإتفاقيات الدولية ويرى أن الإختصاص ينعقد للجهة الحكومية خاصة وزير الخارجية وكان يعلق الفصل في الدعوى إلى أن يصل تفسير وزير الخارجية. أما بعد هذا التاريخ أصبح إختصاص تفسير الإتفاقيات الدولية ينعقد لمجلس الدولة الفرنسي وحده. أما القضاء العادي بما فيه القضاء الجنائي فقد كان أقل تشددا من القضاء الإداري، حيث تم توزيع الإختصاص بتفسير نصوص الإتفاقية الدولية بين القضاء الجنائي بمختلف درجاته الذي يتصدى لتفسير الإتفاقيات المتعلقة بالمصالح الخاصة وبين الجهة الحكومية أي وزارة الخارجية التي تختص بتفسير الإتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي العام[51].

أما عن تفسير الإتفاقيات الدولية في الجزائر، في إعتقادنا المشكل لا يثار على مستوى القضاء بإعتبار أن الإتفاقية تدمج في التشريع العادي فتصبح كأي قانون ومن ثم تخضع للأحكام العامة لتفسير النصوص الجنائية، إلا أن الإشكال قد يثور بصدد إدماج الإتفاقية في القانون الوطني إذ قد

يعترض السلطة المختصة غموض يتطلب التفسير، وفي هذه الحالة فإن المنطق يقتضي أن يصدر التفسير من الجهة الحكومية.

ثانيا / طرق التفسير

يقتضي تفسير الإتفاقيات الدولية عموما إتباع الطرق و الأساليب المعمول بها في هذا المجال، وتتجلى هذه الطرق فيما يلي:

1) الطريقة الشخصية: مفاد هذه الطريقة البحث عن نية أطراف الإتفاقية و قصدها، بعبارة أخرى يجب العمل على كشف المعنى الذي يجب إعطاءه للنص من خلال نية الأطراف، فهذه النية إذا هي العنصر الجوهري في التفسير، إلا أن من الصعب الوصول إلى تحديد النية المشتركة لأطراف الإتفاقية لكن بالإعتماد على الأعمال التحضيرية لإبرام الإتفاقية يمكن الوصول إلى تحديدها.
2) طريقة المعالجة النصية: يحتل النص في هذه الطريقة أهمية في التفسير إذ منه ينطلق البحث عن مدلولاته، فالنص وفقا لهذه الطريقة يعبر عن إرادة الأطراف و من ثم فإن تفسير النص وتوضيحه يعني توضيح لإرادة الأطراف، غير أن هذه الطريقة في التفسير تتجاهل نية الأطراف.
3) الطريقة الوظيفية: تسعى هذه الطريقة في تفسير الإتفاقيات إلى البحث عن الغرض الأساسي للإتفاقية ومن ثمة تفسير نصوصها في ضوء هذا الغرض بشكل يسمح بالتطبيق الفعلي للنصوص على نحو يكفل ويضمن ترتيب الآثار التي قصدها الأطراف.
4) الطريقة الموضوعية: تستخدم هذه الطريقة خاصة في تفسير الإتفاقيات الدولية الشارعة التي تتميز بالطابع الإنساني و الإجتماعي، هذه الطريقة يؤخذ عليها أيضا أنها تتجاهل نية الأطراف.
5) التفسير وفقا لإتفاقية فيينا المتعلقة بقانون المعاهدات لعام 1969 : فقد وضعت هذه الإتفاقية قواعد التفسير، فنصت المادة 31 منها على تفسير المعاهدات بحسن النية طبقا للمعنى العادي للألفاظ و المصطلحات في الإطار الخاص بها وفي ضوء موضوعها والغرض منها، وقد وضعت في سبيل ذلك وسائل أساسية ومكملة يستعان بها للقيام بعملية التفسير[52].

هذه هي طرق وقواعد تفسير الإتفاقيات الدولية عموما، إلا أن في المسائل الجنائية فإن تفسيرها يجب أن يتم في إطار القواعد و الضوابط التي تحكم تفسير التشريعات الجنائية من جهة، ومن جهة أخرى يجب الوقوف عند الإرادة الحقيقية لأطراف الإتفاقية في مجال التجريم[53]، بعبارة أخررى فإن تفسير الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالمسائل الجنائية تخضع للأحكام العامة للتفسير الجنائي خاصة الإلتزام بالتفسير الضيق لنصوص التجريم لعدم الخروج عن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات[54].

نخلص في ختام هذه المداخلة إلى القول أن تأثير الإتفاقيات الدولية على القانون الداخلي امر لا مفر منه، و مكانته في المنظومة القانونية الوطنية تحددها الدولة بحسب ظروفها الإجتماعية،

السياسية، الإقتصادية ... وغيرها، وفي إعتقادنا إذا سلمنا بأن الإتفاقيات الدولية تشكل مصدرا مباشرا لبعض القوانين، فإنه لا يمكن التسليم بذلك في بعض الفروع القانونية كالقانون الجنائي بالنظر لخصوصيات هذا القانون، فالشرعية الجنائية (لاجريمة ولا عقوبة او تدابير أمن بغير قانون) تمنع هذا التدخل المباشر.

وعليه فإن آثر الإتفاقيات الدولية على القانون الجنائي يجب أن يتوقف عند إدماج نصوص الإتفاقيات التي لا تتعارض مع خصوصيات المجتمع في القانون الجنائي الوطني للحفاظ على الشرعية الجنائية التي تشكل ضمانة أساسية للحقوق و الحريات الفردية. في الأخير يمكن القول أم مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية على القانون الوطني (المادة 132 من الدستور الجزائري لسنة 1996) لا أهمية له بالنسبة للقانون الجنائي طالما الإتفاقيات تدمج في القانون الوطني و تعد جزءا منه.

الخاتمة:

إن الإتفاقيات الدولية تسمو على الدستور فالمعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون بمعنى أن للمعاهدات أو الإتفاقيات المصادق عليها أو المعتمدة بمجرد نشرها قوة أعلى من قوة القوانين بشرط تطبيق المعاهدة أو الإتفاقية من الطرف الآخر و من ثم يكون للقاضي الجزائري إستبعاد تطبيق القانون المخالف للإتفاقية دون أن يشكل ذلك تجاوزا لصلاحياته.

الهوامش:

1- مصطفى محمد محمود عبد الكريم، حجية المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، رسالة دكتوراه،جامعة طنطا، دار الفكر و القانون،الطبعة الأولى، 2011 ص151.

2- أحمد عبد العليم شاكر علي، المعاهدات الدولية أما القاضي الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر 2006 ص79.

3- جرى العرف الدولي على إستعمال مصطلحي الإتفاقية و المعاهدة للدلالة على مدلول واحد، و بالفرنسية تستعمل المصطلحات التالية:

Traités, Convention internationales, Accords

4- تعرف الإتفاقية الدولية بأنها ذلك الإتفاق المكتوب بين أشخاص القانوني الدولي بغرض ترتيب آثار قانونية معينة في إطار الدولي العام.

وتعرف أيضا بانها تلك الإتفاقية المكتوبة التي تنظم موضوع من المواضيع التي يحكمها القانون الدولي العام و التي تنظم حقوق و إلتزامات على الدول أطراف الإتفاقية.

5- يجسد هذا المنطف نظرية "كلسن" KELSEN المتعلقة بتدرج القوانين.

6- أشرف عرفات أبو حجازة، مكانة القانون الدولي العام في إطار القواعد الداخلية الدستورية و التشريعية، دار النهظة العربية، القاهرة،2004 ص3.

7- « si le développement de l'ordre juridique international l'exigeait, un accord pourrait déroger aux dispositions de la constitution »

8- وتتمثل هذه الإتفاقيات في : إتفاقية تعديل أراضي الدولة و التي تتعلق بحقوق السيادة، والتي تحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة بالميزانية.

9- إن موقف الدولة الجزائرية من مكانة الإتفاقيات الدولية في النظام القانون الوطني قد شهد تطورات عبر مختلف الدساتير التي عرفتها، فدستور 1963 لم يتضمن احكام بشأن مكانة المعاهدات الدولية ضمن القانون الوطني، أما دستور 1976 فقد نصت المادة 159 منه على مايلي: "المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية طبقا للأحكام المنصوص عليها في الدستور تكتسب قوة القانون" بينما نصت المادة 123 من دستور 1989 على أن "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون" و تقابل هذه المادة 132 من دستور 1996 .

10- Art 55 de la constitution de 1958 : « les traités ou accords régulièrement ratifiées ont des leur publication ; un autorité supérieur à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traités de son application par l'autre partie>>

11- أشرف عرفات أبو حجازة، المرجع السابق صفحة 29.

12- هذا الشرط غير مطلوب بالنسبة للدول التي تأخد بسمو الإتفاقيات الدولية على الدستور.

13- هذه المادة كان منصوص عليها في المادة 132 من دستور 1996.

14- أحمد عبد العليم شاكر علي،المرجع السابق ص102.

15- إن مشاركة السلطة التشريعية (البرلمان) في المصادقة على الإتفاقيات يجسد مبدأ مساهمة ممثلو الشعب في إتخاد القرارات الكبرى تحقيقا للديموقراطية.

16- علي عبد القادر القهوجي، المعاهدات الدولية امام القاضي الجنائي، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة،ص12.

17- وتزداد أهمية النشر خاصة في المواضيع الجنائية لقيامها على مبدأ الشرعية "لاجريمة و لا عقوبة إلا بنص"، إذ لا يمكن معاقبة الأفراد على أفعال لم يسبق لهم العلم بالنصوص التي تجرمها.

18- المادة 60 من دستور الجزائر 1996 "لا يعذر بجهل القانون".

19- أحمد عبد العليم شاكر علي، مرجع سابق، ص138.

20- أشرف عرفات أبو حجازة، مرجع سابق ص 29.

21- أحمد عبد العليم شاكر علي ، المرجع نفسه ص 138.

22- إن القضاء في مصر يستبعد تطبيق الإتفاقيات الدولية التي لم تنشر، أنظر علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق ص16.

23- إن التطبيق المباشر للإتفاقيات الدولية يستلزم بالضرورة نشرها في الجريدة الرسمية لإمكانية تطبيقها.

24- بهلول مليكة. مداخلة بمناسبة الملتقى الوطني حول أثر الإتفاقيات الدولية على تعديل قانون الجنائي الوطني، 14 و 15 نوفمبر 2014. كلية الحقوق. جامعة الجزائر1.

25- أحمد عبد العليم شاكر علي، مرجع سابق ص 7.

26- علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق ص24.

27- مصطفى محمد محمود عبد الكريم، المرجع السابق ص156.

28- LEGROS ROBERT , l'incidence des conventions internationales sur le droit pénal, p292 Les incidences des conventions internationales en droit interne, dans le cadre de la journée d'étude sur le role du droit dans la coopération internationale organisée à BRUXELLES, le 04 juin 1965. Par l'association Belge pour les nations unies et l'association Belge des femmes juristes.

29- بينما يرى أشرف عرفات أبو حجازة، في مرجعه السابق ص29 عكس ذللك إذ حسب رأيه يحق للقاضي الجزائري إستبعاد القانون الوطني المخالفات للإتفاقيات الدولية.

30- علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق ص65.

31- أحمد عبد العليم شاكر علي، مرجع سابق ص91.

32- أحمد عبد العليم شاكر علي ،المرجع نفسه ص 68.

33- علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق ص 65.

34- أحمد عبد العليم شاكر علي، المرجع نفسه ص341.

35- ورد النص على هذا المبدأ في المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري.

36- إن السلطة المختصة بالتشريع في المسائل الجنائية هي السلطة التشريعية (البرلمان بغرفتيه) وفقا للفقرة 07 من المادة 122 من الدستور، و السلطة التنفيذية و على رأسها رئيس الجمهورية الذي يملي إختصاص التشريع بأوامر في حالات إستثنائية تطبيقا للمادة 124 فقرة الأولى من الدستور.

37- قد تشكل الإتفاقفيات الدولية مصدرا ماديا يستقي منها المشرع مضاميم بعض النصوص التشريعية.

38- علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق ص62.

39- إن أشكال التعارض لا يتوقف عند النصوص القانونية و الإتفاقيات الدولية، بل قد يقع أيضا بين الإتفاقيات الدولية فيما بينها إذا عالجت نفس الموضوع بأحكام مختلفة و تعاقبت من حيث الزمان، بحيث تكون إحداهما سابقة و أخرى لاحقة، فماذا يفعل القاضي في هذه الحالة؟ أنظر في حل هذه الإشكالية، مصطفى محمد محمود عبد الكريم، المرجع السابق ص317 -322.

40- قد يكون التعارض بين الإتفاقية الدولية و القانون الجنائي الوطني، تعارضا ظاهريا وغير حقيقي، بأن تكون أحكام أحدهما عامة و الأخرى خاصة، ففي هذه الحالة تطبق القواعد العامة المتعلقة بالتعارض بين الأحكام العامة و الأحكام الخاصة وإستناذا إلى أسبقية الأحكام اللاحقة على الأحكام السابقة، ولكثر التفاصيل عن هذه الفكرة، أنظر : على عبد القادر القهوجي، المرجع السابق ص66 و ما بعدها.

41- يطلق على هذا الوضع في الفقه الفرنسي Mise en sommeil.

42- مصطفى محمد محمود عبد الكريم، المرجع السابق ص334.

43- علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق ص74.

44- Marie-christine SORDINO , droit pénal général, éd, Ellipses, 202 p 38

45- علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق ص 102.

46- وهو مبدأ دستوري تلتزم به كل السلطات في الدولة بما فيها السلطة القضائية، وعليه لا يجوز تجاوزه.

47- Marie-christine SORDINO , op cit, p40 st suiv

48- ويتم ذلك بواسطة ملاحق تفسيرية تضاف إلى الإتفاقية، أو بواسطة إتفاقية تفسيرية معاصرة أو لاحقة للإتفاقية الأصلية.

49- علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق ص108.

50- مصطفى محمد محمود عبد الكريم، مرجع سابق ص 266.

51- علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق ص104.

52- أنظر في تفاصيل قواعد و وسائل التفسير المواد 31 إلى 33 من إتفاقية فيينا 1969 المتعلقة بقانون المعاهدات.

53- علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق ص 124.

54- مصطفى محمد محمود عبد الكريم، مرجع سابق ص261.

قائمة المراجع:

- القوانين:

- دستور الجزائر 2016.

- الكتب:

- أحمد عبد العليم شاكر علي، المعاهدات الدولية أما القاضي الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر 2006.

- أشرف عرفات أبو حجازة، مكانة القانون الدولي العام في إطار القواعد الداخلية الدستورية و التشريعية، دار النهظة العربية، القاهرة،2004 .

- علي عبد القادر القهوجي، المعاهدات الدولية امام القاضي الجنائي، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة.

- الكتب باللغة الفرنسية:

LEGROS ROBERT , l'incidence des conventions internationales sur le droit penal -

Marie-christine SORDINO , droit pénal général, éd, Ellipses -

- الرسائل:

- مصطفى محمد محمود عبد الكريم، حجية المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، رسالة دكتوراه،جامعة طنطا، دار الفكر و القانون،الطبعة الأولى، 2011.

-المقالات:

- بهلول مليكة. مداخلة بمناسبة الملتقى الوطني حول أثر الإتفاقيات الدولية على تعديل قانون الجنائي الوطني، 14 و 15 نوفمبر 2014. كلية الحقوق. جامعة الجزائر1.

دراسة قياسية حول العلاقة بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي في الجزائر

An Empirical Study About The Relationship Between Total Government Expenditure and Economic Growth In Algeria

طالبة دكتوراه، آسية موسي (*)
جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس
moussi.assia@hotmail.com

طالب دكتوراه، زين الدين الوافي مغربي
جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس
zino_viet@hotmail.com

د. عبد الجليل جميل، أستاذ محاضر أ
عميد الكلية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس
djamildjalil@yahou.fr

تاريخ الاستلام: 2019/07/06 تاريخ القبول للنشر: 2020/01/01

****

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة طبيعة العلاقة الموجودة بين إجمالي النفقات العامة والنمو الاقتصادي في الجزائر، خلال الفترة الممتدة ما بين 1970 و2017 باستخدام نموذج تصحيح الخطأ، اختبار السببية .توصلت هذه الدراسة إلى وجود علاقة طردية بين إجمالي النفقات العامة والنمو الاقتصادي في المدى القصير والطويل إلا أنها علاقة ضعيفة، كما أظهرت نتائج اختبار السببية وجود علاقة سببية أحادية الاتجاه تنطلق من النفقات العامة إلى النمو الاقتصادي الجزائري.

الكلمات المفتاحية: النفقات العامة، النمو الاقتصادي، الجزائر، نموذج تصحيح الخطأ، اختبار السببية.

Abstract :

This paper examines the relationship between total public expenditure and economic growth in Algeria, between 1970 and 2017, using the error correction model (ECM), and the causality test. We found that there is a positive and weak relationship between government expenditure and economic growth in the short-

* ط/د.آسية موسي: moussi.assia@hotmail.com

run and long-run. The results of the causality test also showed a one-way causal relationship flowing from public expenditure to Algerian economic growth.

Keywords: Government expenditure, Economic Growth, Error Correction Model (ECM), Test of Causality, Algeria.

المقدمة:

يعد الإنفاق العام والنمو الاقتصادي من المواضيع الشائعة في قلب النقاش الاقتصادي، حيث ينقسم الاقتصاديون حول ما إذا كان التوسع في الإنفاق العام يساعد أو يبطئ النمو.

أخذت العلاقة بين الإنفاق العام والنمو الاقتصادي اهتمامًا كبيرا بين الأدبيات الاقتصادية، فقد اهتمت الدراسات كثيرا بهذه المسألة. كما اختلفت نتائجها حول اتجاه السببية، وخلقت وجهات نظر مختلفة ومتباينة. أحد الأسئلة الرئيسية في هذا الموضوع هو من بين هذين المتغيرين أيهما داخلي وأيهما خارجي؟

وفقًا لرأي كينيز، يُنظر إلى الإنفاق العام على أنه عامل خارجي يجب استخدامه كأداة سياسية للتأثير على النمو الاقتصادي وبشكل عام، تُظهر الأدبيات التجريبية أن النمو الاقتصادي يتحدد بواسطة نشاط الإنفاق العام في العديد من البلدان النامية.

في الجزائر منذ سنة 2001 ونتيجة للانتعاش الكبير في الإيرادات بسبب ارتفاع أسعار البترول انتهجت الحكومة سياسة توسعية في النفقات وذلك عبر برامج استثمارات عمومية مثل برنامج دعم الإنعاش الاقتصادي (2001- 2004) والبرنامج التكميلي (2005- 2009) وكذا المخطط الخماسي للتنمية (2010 – 2014)، وهذا قصد دفع النمو الاقتصادي وتجاوز الأزمة التي رافقت هذه المرحلة ثم اصطدمت بانهيار أسعار البترول مما اضطرها لانتهاج سياسة تقشفية حدت من التوسع في النفقات.

وبناء على ما سبق تظهر إشكالية بحثنا حيث يمكننا التساؤل عن مدى تأثير النفقات العامة على النمو الاقتصادي في الجزائر، عن طريق معرفة طبيعة العلاقة التي تربط هذين المتغيرين الهامين.

ولذلك سنفترض وجود علاقة تكاملية في المدى الطويل بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي، مع علاقة سببية في اتجاه واحد بينهما. بالاستعانة بالمنهج الوصفي بأسلوب تحليلي باعتباره مناسب لاستعراض الدراسات السابقة وتحليلها وتطرق لمختلف المفاهيم الخاصة بنموذج المستخدم في دراستنا، ثم نستخدم المنهج التجريبي لتطبيق نموذج تصحيح الخطأ ودراسة اختبار السببية من أجل استقراء النتائج وتحقق من فرضيات الدراسة.

وعليه تسعى دراستنا للوصول إلى:

- ✓ التعرف على منهجية كل من تكامل المتزامن ونموذج تصحيح الخطأ واختبار السببية؛
- ✓ معرفة طبيعة العلاقة الموجودة ما بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي،
- ✓ الكشف عن وجود علاقة سببية بين متغيرات الدراسة.

المحور الأول: مراجعة الأدبيات السابقة

تعد الدراسات التجريبية للعلاقة بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي متعددة ومختلفة من حيث نوع العينات المستعملة وحجمها أو من حيث الطريقة المتبعة ولكن النتيجة المتفق عليها تقريبا هي أن لنفقات الاستهلاك تأثير سلبي على النمو الاقتصادي عكس نفقات الاستثمار . وعليه سنقوم بعرض مجموعة من الدراسات السابقة والتي تبين حقيقة العلاقة التي تربط ما بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي وهذا من أجل تحديد موقع بحثنا مقارنة بالدراسات السابقة والمتمثلة فيما يلي:

- ✓ **Chude & izuchukwu 2013:**[1] اهتمت هذه الورقة بمعرفة أثر النفقات العامة على النمو الاقتصادي في نيجيريا خلال الفترة (1977-2012) مع التركيز على نفقات التعليم باستخدام نموذج تصحيح الخطأ. توصلت هذه الدراسة إلى وجود تأثير كبير لنفقات التعليم على الناتج المحلي الإجمالي النيجيري، حيث زيادة في نفقات التعليم بواحد بمائة يرتفع النمو الاقتصادي ب 0.3 بمائة.
- ✓ **دراسة طاوش قندوسي والأخضر خراز 2013:**[2] قامت هذه الدراسة بالبحث في نوع العلاقة بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي في الجزائري خلال الفترة 1970-2012 باستعمال التكامل المتزامن المشترك، وخلصت إلى وجود علاقة تكامل متزامن بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي.
- ✓ **دراسة أحمد سلامي 2015:**[3] هدفت هذه الدراسة إلى معرفة طبيعة العلاقة التي تربط النفقات العامة بالنمو الاقتصادي في الجزائر خلال الفترة 1970-2013، باستخدام المتغيرات التالية: الانفاق الحكومي ونصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي كمتغيرات تابعة لمتغير الزمن. خلصت هذه الدراسة إلى وجود علاقة توازنية في المدى الطويل بين الإنفاق الحكومي والنمو الاقتصادي الجزائري كما وجدت علاقة سببية بين متغيرات الدراسة.

- ✓ **دراسة Gizem Baş 2018:**[4] سعت هذه الدراسة إلى البحث في طبيعة العلاقة التي تربط كل من نفقات الصحة والنمو الاقتصادي في تركيا خلال الفترة 1980-2015، باستخدام نموذج ardl، وخلصت هذه الدراسة إلى وجود علاقة تكاملية قوية بين المتغيرات على المدى الطويل.
- ✓ **دراسة Elsadig &Elsadig 2018:**[5] تمحورت هذه الدراسة حول معرفة العلاقة التي تربط النفقات العامة والنمو الاقتصادي لدول إفريقيا جنوب الصحراء الكبرى خلال الفترة الممتدة ما بين 2005 و2014 باستخدام التكامل المشترك واختبار السببية. توصلت الدراسة إلى وجود علاقة طويلة الأمد بين الإنفاق والنمو، وعلاقة سببية ثنائية الاتجاه بين متغيرات الدراسة.
- ✓ **دراسة Ogar and other 2019:**[6] الهدف الرئيسي من هذه الدراسة هو دراسة تأثير الإنفاق الحكومي على النمو الاقتصادي النيجيري خلال الفترة (1980-2017)، باستخدام نموذج الانحدار الذاتي. خلصت هذه الدراسة إلى أن النفقات العامة لها تأثير إيجابي على النمو الاقتصادي في المدى القصير، كما كشفت هذه الدراسة بأن العجز المالي الحكومي كان له تأثير سلبي على النمو الاقتصادي النيجيري.

المحور الثاني: الدراسة التحليلية

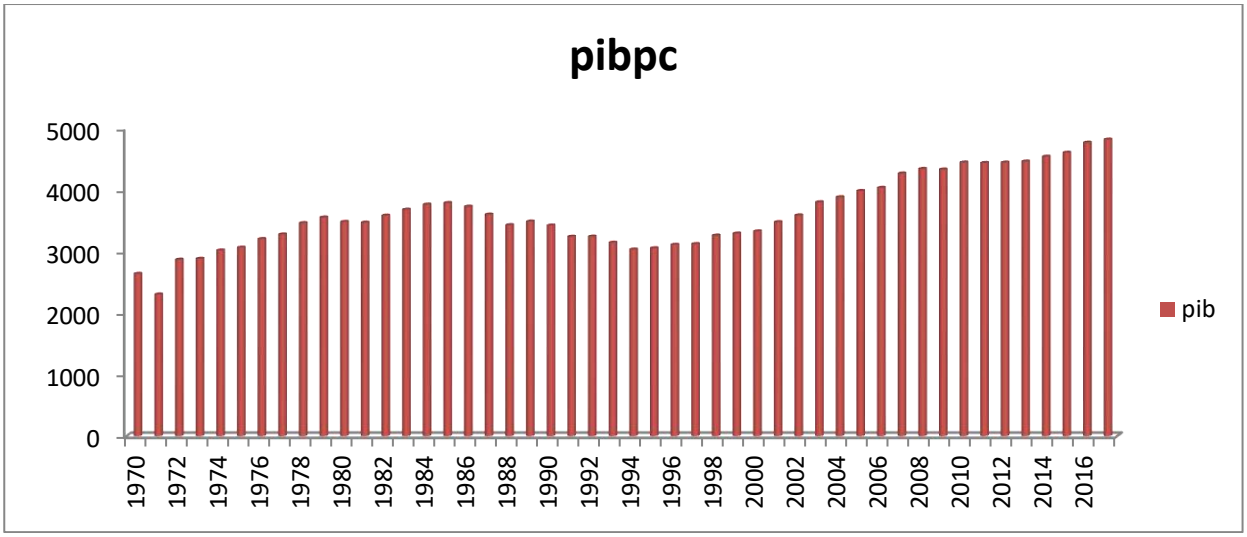
سنتعرض في هذا المحور إلى دراسة تحليلية لمختلف المتغيرات الدراسة المتمثلة في نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي وهو الناتج المحلي مقسوما على عدد السكان وهذا المتغير سنستعمله للتعبير عن النمو الاقتصادي، وكذلك تحليل تطور النفقات العامة في الجزائر خلال الفترة الممتدة ما بين 1970 و2017. حيث قمنا بتوسيع فترة الدراسة لكي تشمل معظم الأحداث والتطورات الاقتصادية والهيكلية التي مرت على الاقتصاد الجزائري. كل البيانات المستعملة في هذه الدراسة مستخرجة من تقارير البنك المركزي الجزائري وكذا بيانات البنك الدولي.

1. **نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي Pibpc**

يعرف النمو الاقتصادي على أنه " التوسع في الناتج الحقيقي، أو توسع في دخل الفرد في الناتج الوطني الحقيقي"[7].

وللتعبير عن النمو استعملنا نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي، و هو حاصل قسمة الناتج المحلي الإجمالي على تعداد السكان، و رمزنا له بـ *PIBPC*

الشكل رقم 01: تطور نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي خلال الفترة الممتدة ما بين 1970 و2017.



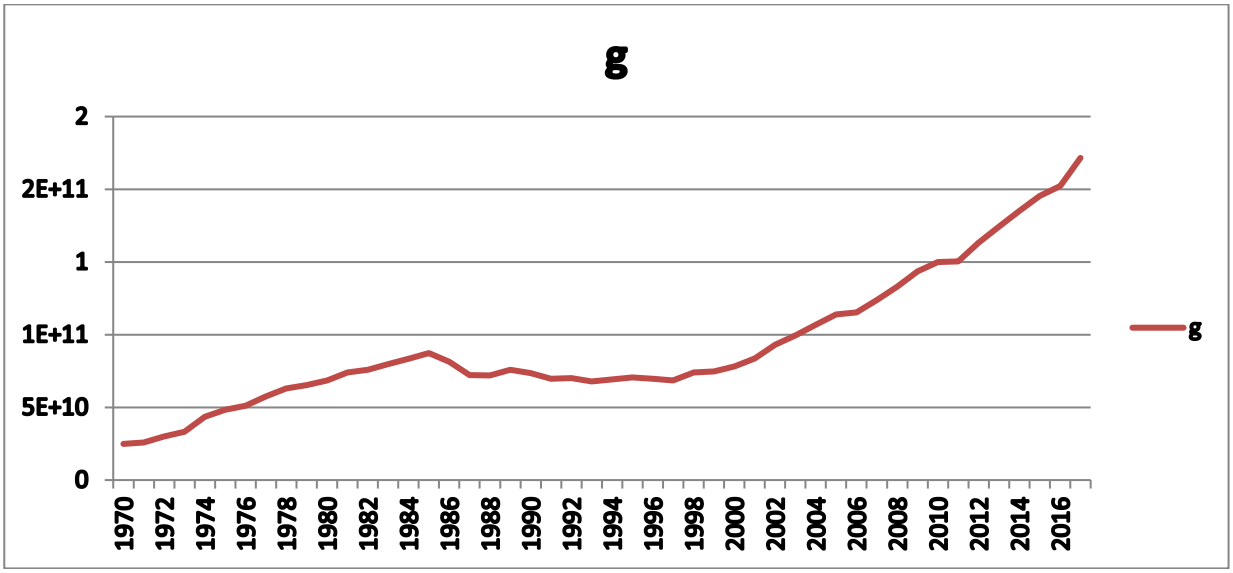
المصدر: من إعداد المؤلفين بالاعتماد على بيانات البنك الدولي

يتضح لنا من خلال الشكل أن نصيب الفرد من الناتج المحلي الاجمالي قد انخفض في فترة 1971 حيث قدر ب 2306 دولار أمريكي سنويا ، ليرتفع بعد ذلك ليصل إلى 3558 دولار أمريكي في 1979 وهذا بسبب جهود التنمية الاقتصادية في الستينات التي سمحت ببناء قاعدة صناعية، حيث تم تخصيص مبالغ استثمارية ضخمة امتصها كل من قطاع المحروقات والصناعة بالدرجة الأولى مقارنة بإجمالي الاستثمارات فالاهتمام بالصناعة أدى إلى إهمال الزراعة لهذا قلت مساهمتها في الانتاج الوطني، لينخفض انخفاض طفيف في ستني 1980 و1981 ثم بعد ذلك يبقى في تذبذب ليصل إلى 3037 دولار أمريكي في 1994 خلال هذه الفترة قامت السلطات الجزائرية بالتشدد المالي والذي أثر على التطورات النقدية نتيجة لتفاقم الأزمة الاقتصادية والأمنية مع انهيار أسعار النفط، لكن خلال الفترة (1995-2014) شهدت هذه المرحلة ارتفاع متواصل في أسعار النفط والذي انعكس ايجابيا على النمو الاقتصادي الجزائري، وهذا لأن الجزائر من البلدان الريعية، وبرغم من انخفاض سعر النفط في سنتين أخيرتين إلا أنه لم ينخفض نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي وبلغ حوالي 4825 دولار أمريكي سنويا في 2017.[8]

2- النفقات العامة

تعرف النفقات العامة على أنها جميع النفقات التي تتكبدها الدولة أو الحكومة المحلية لبلد ما في إدارة الرعاية الاجتماعية بغية تحقيق المنفعة العامة وكذلك قصد تحقيق التنمية الاقتصادية للبلد،[9]

الشكل رقم 02: تطور النفقات العامة بالدولار الأمريكي في الجزائر خلال الفترة الممتدة ما بين 1970و2017.



المصدر: من إعداد المؤلفين بالاعتماد على بيانات البنك الدولي

ترتبط نمو النفقات العامة بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسات التي تنتهجها الدولة، نلاحظ من خلال الشكل أن النفقات العامة كانت متزايدة طوال الفترة 1970-1985 وهذا بسبب محاولة الجزائر تطبيق مجموعة من المخططات في فترة السبعينات والتي أطلقت عليها اسم المخطط الرباعي الأول والمخطط الرباعي الثاني، فخصصت موارد مالية معتبرة وهذا من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية وركزت على إنشاء صناعات جديدة تخص قطاع المحروقات، أما فترة الثمانينات حاولت تطبيق المخطط الخماسي الأول والذي كان موجه لإعادة التوازن بين القطاعيين الصناعي والزراعي. ثم تراجع بعض ذلك حتى 1988 ويعود السبب التراجع إلى وجود الأزمة السياسية أدت إلى عدم إكمال مخطط الخماسي الثاني، كما أنها كانت تعاني من نقص السيولة وهذا ما دفعها إلى اللجوء إلى صندوق النقد الدولي والبنك العالمي والذي فرض عليها تغيير نظامها الاقتصادي والتوجه نحو اقتصاد السوق. أما فترة التسعينات كان في تذبذب طفيف في حدود 67 مليار و74

مليار دولار أمريكي، كما شهدت هذه الفترة وقف بعض المشاريع الكبرى العمومية، أما خلال الفترة الممتدة من 2000 إلى غاية 2017 شهد المنحنى الإنفاق العام تطور ملحوظ وهذا بسبب ارتفاع أسعار النفط في الأسواق العالمية وتحسن المتغيرات الاقتصادية الكلية خلال هذه الفترة وهذا ما أدى إلى تنفيذ مشاريع المنشآت القاعدية تحت مخططات الانعاش الاقتصادي وخاصة الإنفاق على قطاع الصحة، التعليم، الدفاع، كم خصصت كذلك مبالغ معتبرة بالبنى التحتية.

و عليه نلاحظ أن الاقتصاد الجزائري تبنى في أغلب فتراته سياسة إنفاقيه توسعية يمكن تقسيمها إلى أربع فترات مهمة ، بداية من فترة التخطيط بين 1970- 1990 أين دفع تبني الدولة للنظام الاشتراكي إلى رفع الإنفاق العمومي، ثم فترة الإصلاحات بين 1991 – 1999 التي شهدت انخفاضا في نسبة تطور النفقات و ذلك نظرا للمديونية الخانقة التي استحوذت على حوالي 67 % من المداخيل الخارجية ثم تليها فترة الانتعاش الاقتصادي بين 2000 -2014 تميزت بوفرة مالية نظرا لارتفاع إيرادات البترول مما جعل الدولة تسير وفق منهج كينزي يرتكز على أهمية نفقات الدولة في تحقيق النمو.

ثم شهدت الفترة الممتدة بين 2015-2017 ما يسمى بسياسة ترشيد النفقات او ما يعرف بالتقشف بعد انهيار أسعار البترول مما أخل بميزانية الدولة وهذا كان له أثر كبير على المشاريع الكبرى ومخططات التنمية التي كانت الدولة قد باشرت بها.

3- العلاقة بين النفقات العامة والنمو

العلاقة بين الإنفاق العام والدخل القومي قضية خلافية بين الباحثين وواضعي السياسة من الناحية النظرية والتجريبية. يدور النقاش حول نهجين أساسيين، هما نهج فاجنر للقانون ونهج كينز. حيث إن البداية لمناقشة تحديد حجم الإنفاق تعود بنا إلى أدولف فاجنر (Wagner) الاقتصادي الألماني والذي حدد ما يُعرف في الأدبيات بقانون فاجنر " Wagner's Law " والذي ينص على أن مستوى الإنفاق العام يتناسب طردياً مع زيادة مستوى دخل الفرد أي أن العلاقة بينهما تكتب في صورة دالية كما يلي:

$$G=f(Y)$$

حيث (G) تمثل الإنفاق الحكومي بينما تشير (Y) إلى متوسط دخل الفرد.، والذي يفترض أن الإنفاق الحكومي يتسم بالمرونة في الدخل وأن نسبة الإنفاق الحكومي إلى الدخل تميل إلى الزيادة إلى بالتوازي مع التنمية الاقتصادية.

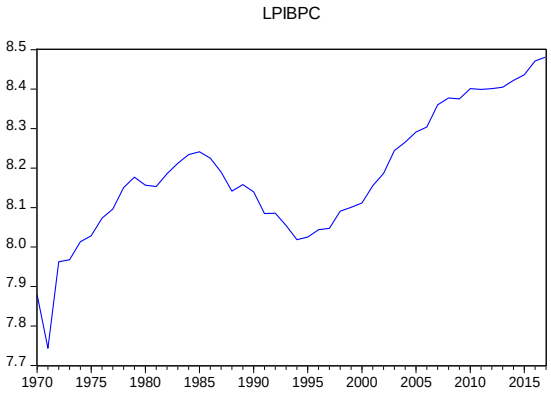
أما النهج الكينزي فينص على أن الإنفاق العام يسبب في الدخل القومي، إذا كان ينطوي على استثمارات عامة في البنية التحتية، ولكن يمكن أن يكون له تأثير سلبي إذا كان ينطوي فقط على الاستهلاك الحكومي.

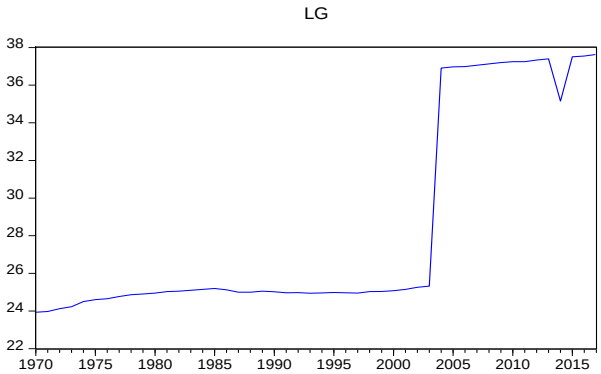
المحور الثالث: الدراسة القياسية

سنتناول في هذا المحور إلى دراسة طبيعة العلاقة بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي في الجزائر، خلال الفترة الممتدة ما بين 1970 إلى غاية 2017 باستخدام نموذج تصحيح الخطأ للمتغيرات التالية:

LPIBPC: لوغاريتم نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي ؛ **LG:** لوغاريتم النفقات العامة

الشكل (3) التمثيل البياني لسلسلة lpibpc **الشكل (4) التمثيل البياني لسلسلة Lg**





من خلال برنامج eviews 10

نلاحظ من خلال الرسم البياني للسلسلتين وجود مشكل الاتجاه العام، و يمكن تحقيق ذلك من خلال الانحدار التالي:[10]

$$lpibpc_t = a1 + a2t + v_t$$

حيث t (الزمن) هو متغير الاتجاه يأخذ القيم التسلسلية ، 1 ، 2 ، ... ، 48 ، و vt هو حد الخطأ مع الخصائص المعتادة ، نحصل على:

$$v_t = lpibpc_t - a1 - a2t$$

و عليه تصبح v_t هي السلسلة التي تمثل lpibpc بدون اتجاه عام و نطبق نفس الشيء على السلسة Lg و نحصل على السلسلة الجديدة $v1_t$ التي تمثل السلسلة Lg بدون اتجاه عام.

1- التكامل المتزامن

إن تحليل التكامل المتزامن يقوم بتحديد العلاقة الحقيقية بين المتغيرات في المدى الطويل على عكس نماذج الإحصائية التقليدية، قدمت هذه الطريقة من طرف غرانجر 1983، أنجل جرانجر 1987، وقد اعتمدها العديد من الاقتصاديين كمفهوم جديد ومهم في مجال الاقتصاد القياسي.

- **دراسة استقرارية السلاسل الزمنية**

يقال عن سلسلة زمنية معينة أنها مستقرة إذا توفرت فيها الخصائص التالية :

أ. ثبات الوسط الحسابي عبر الزمن : $E(yt) = \mu$

ب. ثبات التباين عبر الزمن: $Var(yt) = E(yt - \mu)^2 = \sigma^2$

ج. أن التباين المشترك بين أي قيمتين لنفس المتغير عند النقطتين الزمنيتين $t + k , t$ يعتمد فقط على الفجوة الزمنية بين هاتين النقطتين و ليس على القيمة الفعلية للزمن الذي يتم عنده حساب التباين المشترك:

$$Cov(yt , yt+k) = E[(yt - \mu)(yt+k - \mu)] = \gamma k$$

إذا تحققت هذه الشروط الثلاثة، نقول أن السلسلة الزمنية yt هي ذات استقرار ضعيف " Weak Stationary" أو ذات تباين مشترك مستقر ،" Covariance Stationary " أو أنها ذات معنى واسع للاستقرار " Wide Sense Stationary "[11]

باختصار، إذا كانت السلسلة الزمنية مستقرة، فإن كل من وسطها الحسابي، تباينها، و تباينها المشترك يبقى ثابت عبر الزمن، و هذا يعني أن السلسلة المستقرة لا تحتوي على اتجاه عام أو موسمية، و بعبارة أخرى فهي لا تضم أي عامل يتطور مع الزمن.

انطلاقا من هذه الخصائص، فإن سيرورة الخطأ أو التشويش الأبيض εt، حيث تكون الأخطاء العشوائية εt مستقلة وذات توزيع متماثل تعتبر مستقرة.

هناك عدة طرق لاختبار استقرارية السلاسل الزمنية سنعتمد في بحثنا على اثنين من أهم هذه الاختبارات و هما اختبار **Dickey-Fuller الموسع أو المطور Augmented Dickey-Fuller (1981) و اختبار Phillips-Perron (1988)**

- **اختبار ADF**: اقترح DickeyوFuller اختبار يأخذ بعين الاعتبار مشكلة الارتباط التسلسلي بين الأخطاء فهذا الاختبار يقوم على مبدأ توسيع المعاملات الثلاثة لاختبار Dickey-Fuller البسيط وذلك بإضافة عدد من الفروق ذات الفجوة الزمنية p للمتغير التابع yt.

- **اختبار PP:** وهو اختبار شامل لجذر الوحدة الخاص بعدم الاستقرارية، وهذا الاختبار هو مماثل لاختبار ADF ولكنه يتضمن تصحيحا تلقائيا لاختبار DF البسيط من أجل الأخذ بعين الاعتبار كل من مشكلة الارتباط الذاتي ومشكلة عدم ثبات تباين حد الخطأ، وفي الكثير من الأحيان تعطي هذه الاختبارات نفس النتائج.

سنقوم باختبار استقرارية السلاسل الزمنية للمتغيرات التالية: لوغاريتم نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي الذي نرمز له برمز lpibpc والنفقات العامة التي نرمز له برمز lg، وهذا بعد التخلص من الاتجاه العام باستخدام الاختبارات التالية: ADF،PP ، عند المستوى والفرق الأول.

الجدول رقم 01: نتائج دراسة استقرارية السلاسل الزمنية عند مستوى

المتغير		عند المستوى		عند الفرق الأول	
	مركبات النموذج	ADF	PP	ADF	PP
نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي	الحد الثابت	-2.0939 ***0.2480*** n0	-1.6504 ***0.4494*** n0	-9.3990 ***0.0000*** ***	-8.6703 ***0.0000*** ***
	باتجاه عام وحد ثابت	-2.1804 ***0.4887*** n0	-1.6322 ***0.7649*** n0	-9.4043 ***0.0000*** ***	-8.6453 ***0.0000*** ***
	بدون اتجاه عام وبدون ثابت	-2.1013 ***0.0555*** *	-1.6893 ***0.0860*** *	-9.2632 ***0.0000*** ***	-8.6178 ***0.0000*** ***
النفقات العامة	الحد الثابت	-1.9335 ***0.3146*** n0	-1.9431 ***0.3104*** n0	-7.0074 ***0.0000*** ***	-7.0075 ***0.0000*** ***
	باتجاه عام وحد ثابت	-1.9095 ***0.6338*** n0	-1.9099 ***0.6336*** n0	-7.0019 ***0.0000*** ***	-7.0022 ***0.0000*** ***
	بدون اتجاه عام و بدون ثابت	-1.9528 ***0.0595***	-1.9627 ***0.0484***	-7.0846 ***0.0000***	-7.0848 ***0.0000***

		*	**	***	***

المصدر: أعد بالاعتماد على برنامج (Eviews 10)

Note : (*)Significant at the 10%; (**)Significant at the 5%; (***) Significant at the 1% and (no) Not Significant

يتضح من الجدول أن نتائج اختبارات ADF وPP خلصت على أن السلاسل الزمنية غير مستقرة عند المستوى من خلال مقارنة القيمة المحسوبة مع القيمة المجدولة عند مستوى معنوية 5% ، كما نلاحظ أن السلسلتين استقرتا بعد الفرق الأول و هذا ما يعني أن السلسلتين متكاملتين من الدرجة الأولى أي يوجد علاقة توازنية طويلة المدى تشوهت في المدى القصير بفعل الزمن، و عليه يمكننا كتابة معادلة المدى الطويل كما يلي:

$$lpibpc_t = c_1 + c_2 lg_t + \varepsilon_t$$

- **تقدير معادلة المدى الطويل**

بعد اختبار استقرارية السلاسل الزمنية سنتعرض الآن إلى تقدير معالم نموذج الانحدار البسيط بطريقة المربعات الصغرى التالية:

الجدول رقم 02: تقدير معالم النموذج

Dependent Variable: LPIBPC
Method: Least Squares
Sample: 1970 2017
Included observations: 48

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
LG	0.024037	0.002365	10.16361	0.0000
C	7.499129	0.068541	109.4111	0.0000

R-squared	0.691894	Mean dependent var	8.182769
Adjusted R-squared	0.685196	S.D. dependent var	0.162634
S.E. of regression	0.091250	Akaike info criterion	-1.909661
Sum squared resid	0.383019	Schwarz criterion	-1.831694
Log likelihood	47.83186	Hannan-Quinn criter.	-1.880197
F-statistic	103.2991	Durbin-Watson stat	0.446801
Prob(F-statistic)	0.000000		

المصدر: من إعداد المؤلفين بالاعتماد على مخرجات برنامج (Eviews 10).

انطلاقا من هذه النتائج يمكن القول بأن العلاقة بين المتغير التابع والمتغيرات المفسرة متوسطة نوعا، ما وذلك من خلال معامل الارتباط R-squared والذي لم يتجاوز 0.69، كما نلاحظ معنوية النموذج من خلال قيمة F الإحصائية، بالإضافة إلى أن كل معلمة المتغير المستقل معنوية عند 5% وإشارتها متوافقة مع النظرية الاقتصادية. كما يتضح لنا وجود علاقة طردية في المدى الطويل بين نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي وإجمالي النفقات العامة، حيث إذا تغيرت النفقات العامة بوحدة واحدة يتغير نصيب الفرد الناتج المحلي الإجمالي ب 0.024 %. بما أننا استعملنا اللوغاريتم فنحن بصدد دراسة المرونات وعليه نكتب معادلة المدى الطويل كما يلي:

$$LPIBPC = 0.024*LG + 7.49$$

- **دراسة استقرارية سلسلة البواقي**

بعد ما وجدنا أن السلاسل الزمنية متكاملة من درجة أولى سنختبر دراسة استقرارية سلسلة البواقي عند المستوى باستخدام اختبار التالي: ADF.

الجدول رقم: 03 نتائج استقرارية سلسلة البواقي

	ADF TEST	
القيمة المحسوبة	مركبات النموذج	المتغير
-2.9314 ***0.0493*** **	الحد الثابت	سلسلة البواقي
-2.9625 ***0.0039*** ***	الاتجاه العام	

المصدر: أعد بالاعتماد على برنامج (Eviews 10)

من خلال تحليل نتائج اختبار ADF نجد أن القيمة المحسوبة كانت أكبر من القيم الحرجة لجداول (1987) Engle and yoo عند مستوى معنوية 1 % يعني رفض الفرضية العدمية التي تقول إن سلسلة البواقي غير مستقرة، وقبول الفرضية البديلة القائلة إن سلسلة البواقي مستقرة، و بالتالي يمكننا من القول أن النموذج توفرت فيه الشروط لقبوله و عليه نلاحظ وجود علاقة طردية بين النفقات العامة و النمو المعبر عنه بزيادة حصة الفرد من الناتج الداخلي الخام إلا أن هذه العلاقة

ليست قوية و هذا يرجع لعدم انعكاس هذه الزيادة في النفقات على المستوى المعيشي للأفراد، فالنفقات العسكرية و نفقات التجهيز تأخذ حصة الأسد من الميزانية في حين نفقات الموجهة للاستثمار لا تعطي النتائج المطلوبة .

2- نموذج تصحيح الخطأ

إن تقدير نموذج تصحيح الخطأ يفيدنا في تقدير واختبار العلاقة في الأجل القصير والتي من خلالها نستطيع الوقوف على مدى وجود انحرافات في المدى القصير في اتجاه العلاقة التوازنية نستخدم معادلة التوازن التالية:

$$dlpibpc_t = c_1 + c_2 dlg_t + c_3 e_{t-1} + u_t$$

حيث c3 هو معامل تصحيح الخطأ الذي يجب أن يكون سالبا ومعنويا.

الجدول رقم 04: نتائج تقدير نموذج تصحيح الخطأ

Dependent Variable: DLPIBPC
Method: Least Squares
Sample (adjusted): 1971 2017
Included observations: 47 after adjustments

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
DLG	0.033203	0.003785	0.846171	0.0420
ET	-0.177030	0.073218	-2.417842	0.0198
C	0.011596	0.006485	1.788139	0.0806

R-squared	0.118924	Mean dependent var	0.012823
Adjusted R-squared	0.078875	S.D. dependent var	0.045607
S.E. of regression	0.043772	Akaike info criterion	-3.357964
Sum squared resid	0.084302	Schwarz criterion	-3.239870
Log likelihood	81.91216	Hannan-Quinn criter.	-3.313525
F-statistic	2.969456	Durbin-Watson stat	2.072129
Prob(F-statistic)	0.061702		

المصدر: من إعداد المؤلفين بالاعتماد على مخرجات برنامج (Eviews 10).

أولاً، نلاحظ أن جميع المعلمات في هذا الجدول هي ذات دلالة إحصائية عند مستوى 5٪ أو أقل. حيث أن زيادة بنسبة 1% في النفقات تزيد 0.03 % في نمو نصيب الفرد من الناتج المحلي الخام، و هي علاقة طردية إلا أنها علاقة ضعيفة، كما نلاحظ أن معامل تصحيح الخطأ c3 يساوي – 0.17 وهو سالب ومعنوي وهذا يعني أنه يتم تصحيح 17 % فقط من الاختلال بين المدى الطويل والمدى القصير في غضون سنة واحدة، أحد الأسباب التي تجعل معدل التعديل منخفضًا هو أن نموذجنا بسيط إلى حد ما، فلو أضفنا متغيرات أخرى للنموذج لربما نجد نتائج أفضل.

ويمكن تفسير ذلك من خلال انخفاض حجم النفقات الموجهة للاستثمار، والقطاعات المنتجة كالفلاحة والصناعة التي من شأنها رفع الناتج الداخلي الخام، وبالتالي النمو الاقتصادي، كما أن الزيادة في النفقات الحكومية يسبب مزاحمة للقطاع الخاص مما يضعف من الاستثمارات الخاصة و بالتالي انخفاض الناتج المحلي الخام.

وعليه يمكننا كتابة معادلة المدى القصير كالآتي:

$$DLPIBPC = 0.032*DLG - 0.17*ET + 0.011$$

3- اختبار السببية

يستخدم هذا الاختبار لفحص وجود علاقة سببية بين متغيرين ويعتمد بشكل رئيسي على اختبار F حيث يصاغ أن المتغير الأول يؤثر على المتغير الثاني، إذا كان التباطؤ الزمني للمتغير الأول، له طاقة تنبؤية أعلى من الطاقة التنبؤية للتباطؤ الزمني للمتغير، فقبول الفرضية العدمية تعني أن المتغير الأول لا يؤثر في المتغير الثاني في حالة ما إذا كانت قيمة الاحتمال أكبر من 0.05، ورفض الفرضية العدمية تعني أن المتغير الأول يؤثر في المتغير الثاني في حالة ما إذا كانت قيمة الاحتمال أصغر من 0.05، ونجد ثلاثة حالات للسببية: السببية أحادية الاتجاه عندما يكون المتغير الأول يؤثر في المتغير الثاني، ولكن المتغير الثاني لا يؤثر في المتغير الأول، التأثير المتبادل عندما يكون كل متغير يؤثر في الأخر بشكل آني، الاستقلالية عندما تكون المتغيرات لا تؤثر في بعضها، أي أن المتغيرين مستقلان.[12]

الجدول رقم 06: نتائج اختبار العلاقة السببية بين متغيرات الدراسة

Pairwise Granger Causality Tests

Date: 10/25/19 Time: 20:57

Sample: 1970 2017

Lags: 2

Null Hypothesis:	Obs	F-Statistic	Prob.
LG does not Granger Cause LPIBPC	46	6.60740	0.0033
LPIBPC does not Granger Cause LG		1.43655	0.2495

المصدر: مستخرج من برنامج (Eviews 10)

الفرضيات:

H_0: لا يسبب (الفرضية العدمية)؛

H_1: يسبب (الفرضية البديلة).

من خلال تحليل جدول اختبار السببية نجد أن احتمال في الفرضية الأولى أصغر من مستوى معنوية 1%، 5%، 10%، وعليه يمكن القول رفض الفرضية العدمية وقبول الفرضية البديلة القائلة بأن النفقات العامة تسبب في نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي.

أما فيما يخص السببية الثانية نلاحظ أن الاحتمال أكبر من5%، وهذا ما يجعلنا نقبل الفرضية العدمية التي تقول أن نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي لا يسبب في سعر النفط.

الخاتمة:

من بعد ما تطرقنا في هذا المحور إلى دراسة تحليلية قياسية حول العلاقة التي تجمع بين إجمالي النفقات العامة والنمو الاقتصادي في الجزائر للفترة الممتدة من 1970 إلى غاية 2017، بحيث قمنا بتحليل تطور كل متغيرات الدراسة، ثم تطرقنا بعد ذلك إلى الدراسة القياسية بهدف معرفة العلاقة التي تجمع بين هذه المتغيرات، من خلال ما قمنا به من أساليب قياسية المتمثلة في اختبارات الاستقرارية، نموذج تصحيح الخطأ، اختبار السببية ل Granger. وبالتالي توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتي سنلخصها فيما يلي:

- ✓ وجود تكامل متزامن بين إجمالي النفقات العامة ونصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي على المدى الطويل، وهذا يعني أن النمو الاقتصادي دالة تابعة للنفقات العامة؛
- ✓ بينت الدراسة وجود علاقة طردية بين نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي وإجمالي النفقات العامة في المدى القصير والمدى الطويل؛
- ✓ أثبتت نتائج اختبار السببية وجود علاقة أحادية الاتجاه من النفقات العامة إلى النمو الاقتصادي في الجزائر.

- ✓ كشفت الدراسة على علاقة ضعيفة بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي، تقدر بـ 0.32% في المدى القصير و0.024 % في المدى الطويل وذلك يرجع إلى ارتفاع نفقات التسيير والاستهلاك على حساب النفقات الموجهة للاستثمار. وهذا ما يؤكد وجود آثار لاكينزية للتوسع في النفقات.

ان انتهاج الجزائر لسياسة توسعية في النفقات لم يساعد كثيرا في تحقيق النمو الاقتصادي في أغلب الفترات وذلك يرجع إلى المشاكل الهيكلية في البنية الاقتصادية نفسها، ويكشف عن قصور في توجيه النفقات العامة.

التوصيات

بعد محاولة البحث في العلاقة بين النفقات العامة والنمو الاقتصادي الجزائري، وعلى ضوء النتائج التي تم التوصل إليها، نستخلص مجموعة من التوصيات والاقتراحات وتجمل أهمها فيما يلي:

- ✓ العمل على تخفيض من نفقات التسيير والاستهلاك ومحاولة زيادة في حجم نفقات الموجهة للاستثمار؛
- ✓ إعادة توجيه النفقات لدعم القطاعات المنتجة كالفلاحة والصناعة والسياحة والاستثمار في اليد العاملة.
- ✓ القيام بدراسات تخص كل نوع من النفقات على حدى لتحديد حجم أثر كل نوع على النمو الاقتصادي.

قائمة المراجع:

[1] Chude, Nkiru Patricia and Chude, Daniel Izuchukwu,**"Impact of Government Expenditure on Economic growth in Nigeria"**. International Journal of Business and Management Review, Vol.1, No.4, December 2013, pp.64-71.

[2] قندوسي طاوش، خراز الأخضر، **"دراسة العلاقة بين النفقات العامة و النمو الاقتصادي الجزائري باستعمال طريقة التكامل المتزامن المشترك للفترة 1970-2012"**، مجلة دفاتر اقتصادية، 2013

[3] أحمد سلامي، **"العلاقة السببية بين الانفاق الحكومي والنمو الاقتصادي في الجزائر خلال الفترة 1970-2013"**، أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد السابع عشر، جامعة ورقلة، الجزائر، 2015.

[4] Gizem Baş, **"The Relationship between Health Expenditure and Economic Growth in Turkey from 1980 to 2015"**, Journal of Politics researchgate, 2018.

[5] Choudhry Mohammad Hanif, Elsadig Musa Ahmed, **"Sub-Saharan African Countries Public Expenditure and Economic Growth: Wagner's Panel Cointegration and Causality Applications"**, Preprints, 2018.

[6] Ogar Anthony, Eyo, I. E, Arikpo, Oka Felix, **"Public expenditure and economic growth in Nigeria: VAR Approach ",**European Journal of Economic and Financial Research, vol 03, N° 03, 2019.

[7] محمد ناجي حسن خليفة، **"النمو الاقتصادي"**، دار القاهرة، مصر، 2001، ص7.

[8] موسي آسية، نشاد حكيم، ميباركي سمراء، **"أثر تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر على المتغيرات الاقتصادية الكلية في الجزائر باستخدام نموذج الانحدار الذاتي Var"**، مداخلة غير منشورة مقدمة ضمن الملتقى الوطني الأول الموسوم ب"الاستثمارات، التنمية الاقتصادية في مناطق الهضاب العليا والجنوب –الواقع وآفاق"، المركز الجامعي نور البشير البيض، 2018/11/07، ص5.

[9] Rohit Jain, **" public finance and international trade"**, published by Educationnal publishers Vimla, India, 2009, p22.

[10] Damodar N. Gujarati "*Econometrics by Example",* PALGRAVE MACMILLAN , 2011 , p225.

[11] Damodar N. Gujarati ; " Basic Econometrics " ; 4th ed. ; The McGraw-Hill Companies ; U.S.A ; 2004, p797

[12] زبير عياش، بوسكي حليمة، **"تقييم فعالية السياسة النقدية في الجزائر باستخدام نموذج تصحيح الخطأ العشوائي VECM خلال الفترة 1990-2016"**، مجلة اقتصاديات المال والأعمال، 2018، ص268.

دراسة تحليلية لواقع وآفاق القطاع السياحي في المغرب – رؤية وآفاق 2020

An analytical study of the reality and prospects of the tourism sector in Morocco - Vision and Prospects 2020

باحثة دكتوراه، سعيدي حنان (*)
جامعة الجزائر3
h.saidi16@gmail.com

باحثة دكتوراه، بلبقرة عبلة
جامعة الجزائر3
abla_mouaad87@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2019/11/02 تاريخ القبول للنشر: 2020/03/02

****

ملخص:

يشهد القطاع السياحي في المغرب تناميا ملحوظا حيث يعتبر ثاني قطاع للوظائف في المغرب و يوفر 11% من الدخل الوطني، كما يشكل مع الصادرات وتحويلات المغاربة في الخارج أحد أبرز مصادر العملة الأجنبية، ولقد تبنّت المغرب إستراتيجية واضحة تسعى من خلالها إلى النهوض بالقطاع السياحي هادفة بذلك لتكون البلاد من بين أكبر عشرين وجهة عالمية بحلول عام 2020، حيث اتخذت فيما يخص ذلك عدة تدابير وآليات لدعم وتطوير القطاع السياحي فيها، وأعطت له آفاقا مستقبلية مبنية على الجودة والكمية وفقا لما يسمى "رؤية 2020."

وسنحاول من خلال هذه الورقة البحثية التعرف على أهم مميزات القطاع السياحي المغربي ومدى مساهمته في تنمية وتطوير الاقتصاد المغربي ، وكذا على أهم الجهود والتدابير الرامية إلى تطوير هذا القطاع الاستراتيجي.

الكلمات المفتاحية: السياحة، القطاع السياحي المغربي، إستراتيجية السياحة ، رؤية 2020.

Abstract:

Morocco's tourism sector shows a remarkable developmentand progress, witch considered as the second job sector in The country ,a key sector of the Morocco's economy that provides 11% of national income, and it poses with Moroccan

*ب/د. سعيدي حنان: h.saidi16@gmail.com

exports and remittances to Morocco Abroad, one of the most important sources of foreign exchange.

Morocco has adopted a clear strategy to promote the tourism sector in order to make the country one of the top 20 global tourism destinations by 2020. In this regard, it has taken several measures and mechanisms to support and develop the tourism sector, and gave it future prospects based on quality and quantity in accordance with the so-called "Vision 2020."

We will try through this paper to identify the most important characteristics of the Moroccan tourism sector and the extent of its contribution to the development of the Moroccan economy, as well as the most important efforts and measures aimed at the development of this strategic sector.

Keywords: Tourism, Moroccan Tourism Sector, Tourism Strategy, Vision 2020.

المقدمة:

يعتبر الاقتصاد المغربي من الاقتصاديات القوية، فالمملكة المغربية تمتلك أكبر مخزون عالمي للفوسفات، ولديها قطاع زراعي فعال ومتنوع وقطاع صناعي متطور، ناهيك عن القاعدة العريضة من النشاطات التقليدية والتحويلية الحديثة التي تساهم إلى حد كبير في تطوير السياحة في المغرب، والتي أضحت تلعب دوراً هاماً في الاقتصاد المغربي، حيث تعتبر النواة الأساسية لقطاع الخدمات والمصدر الرئيسي للدولة من العملة الصعبة.

ويرتكز النشاط السياحي في المغرب على الموروث الثقافي الذي تعرضه المدن العتيقة الغنية بآثارها التاريخية وصناعاتها التقليدية وثقافتها الشعبية، إلى جانب وجوده على فضاءات متميزة لممارسة السياحة الجبلية، ناهيك عن توفره على 3500 كيلومتر من الشواطئ ثلثها على البحر الأبيض المتوسط، والبقية على المحيط الأطلسي، وهو ما يجعل منه وجهة مفضلة من وجهات هواة السياحة.

كما ولم تدخر المغرب أي جهد للنهوض بقطاع السياحة حيث اتخذت عدة تدابير وآليات لدعم وتطوير القطاع السياحي فيها وأعطت له آفاقا مستقبلية مبنية على الجودة والكمية، أبرزها تطوير البنية التحتية بكافة أشكالها من طرق، وسائل نقل، مطارات و اتصالات ، إلى جانب استغلال جميع المؤهلات الطبيعية الموجودة في البلاد و توعية السكان بأهمية القطاع السياحي في دعم الاقتصاد الوطني ، من خلال تكوين العنصر البشري المؤهل في هذا المجال .

و عليه ترتكز إشكالية ورقتنا البحثية حول دراسة وتقييم واقع القطاع السياحي في المغرب .

✓ **إشكالية البحث:**

ارتأينا طرح الإشكالية التالية: **إلى أي مدى يساهم القطاع السياحي في الاقتصاد المغربي ؟ وما هي آفاق تطوير هذا القطاع؟.**

✓ **الأسئلة الفرعية:**

وللإجابة على هذه الإشكالية يتطلب الأمر الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

- ما الأهمية التي يلعبها القطاع السياحي في المغرب وماهي أهم إنجازاته ؟
- ماهي التحديات التي واجهها القطاع السياحي في المغرب ؟

✓ **فرضيات البحث:** للإجابة على أسئلة الدراسة ارتأينا إعطاء الفرضيات التالية:

- يعتبر قطاع السياحة عصبا اقتصاديا رئيسيا في المغرب بحكم مساهمته الفعالة في تطوير اقتصاد البلد وذلك بحكم توفر المغرب على إمكانيات طبيعية وبشرية هامة استطاعت الدولة المغربية أن تستغلها استغلالا أمثلا ، دراية منها بالدور المهم الذي يمكن أن تلعبه السياحة هناك.
- أهم التحديات التي تواجه القطاع السياحي هي شدة المنافسة خصوصا مع ظهور أقطاب سياحية جديدة على مستوى العالم كتركيا وماليزيا وغيرها من الدول.

✓ **أهمية الدراسة:**

تتمثل أهمية دراسة القطاع السياحي في كونه مورد هام لخزينة الدولة و مدى مساهمته في تطوير الاقتصاد من خلال قدرته على تحقيق فائض في العملة الأجنبية وجذب الاستثمارات الأجنبية وبالتالي خلق فرص تشغيل، بالإضافة إلى ذلك تكمن أهمية الدراسة في تبيان المؤهلات الجغرافية والطبيعية التي يزخر بها المغرب والجهود المبذولة من طرف الدولة للنهوض بقطاع السياحة .

✓ **أهداف الدراسة:**

- تشخيص واقع القطاع السياحي في المغرب وأهم التحديات التي تواجهه ؛
- إبراز التدابير والآليات التي تبنتها المغرب لدعم وتطوير القطاع السياحي لجعله أحد أهم المحركات الرئيسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

✓ **منهج الدراسة:**

للإجابة على الإشكالية المطروحة تم اتباع المنهجين الوصفي والتحليلي، الوصفي لاعطاء شرح لمختلف المفاهيم السياحة و التحليلي لتحليل الاحصاءات المجمعة حول الموضوع.

✓ وللإلمام بجوانب الموضوع ارتأينا تقسيم الدراسة إلى :

- مفاهيم أساسية حول السياحة؛
- واقع القطاع السياحي في المغرب؛
- تحديات و آفاق تطوير القطاع السياحي في المغرب.

أولا: مفاهيم أساسية حول السياحة

1- مفهوم السياحة:

لقد تعددت مفاهيم السياحة بتنوع وجهات النظر إليها، نذكر منها :

- ✓ عرفت السياحة على أنها ذلك النشاط الحضاري والاقتصادي والتنظيمي بانتقال الأفراد إلى بلد غير بلدهم، وإقامتهم فيه لمدة لا تقل عن 24 ساعة لأي غرض ما عدا العمل الذي يدفع أجره داخل البلد المزار[1].
- ✓ ويرى البعض الآخر أن السياحة تعني الحركة الاجتماعية التي تتم إداريا والتي تهدف إلى الترفيه والاستمتاع والاستجمام الذهني والروحي والنفسي والعقلي والبدني، أو قد ينظر إلى السياحة على أنها وسيلة الاتصال الثقافي والحضاري الذي يساعد على تكوين الشخصية القوية وتقليل المسافات الاجتماعية بين الشعوب[2].
- ✓ وحسب تعريف منظمة السياحة العالمية التابعة للأمم المتحدة فإن السياحة الدولية تشمل أنشطة الأفراد المتمثلة في السفر إلى أماكن خارج أماكن إقامتهم المعتادة والدائمة والمكوث بها لمدة لا تتجاوز 12 شهرا لقضاء أوقات ممتعة أو ممارسة أنشطة الأعمال التجارية أو لغيرها من الأغراض[3].

رغم أن للسياحة مفاهيم متعددة لكن معظمها يؤكد على البعدين الزماني والمكاني من حيث تغيير مكان الإقامة الدائم لفترة لا تقل عن 24 ساعة ولا تصل إلى الإقامة الدائمة وتنشأ للحصول على الراحة والترفيه وليس العمل .

2- أنواع السياحة :

تعددت أنماط السياحة تبعا لميول ورغبات ومقاصد السياح و لاختلاف مستوى التطور الاقتصادي والاجتماعي والثقافي وزيادة الاتصالات وسهولة المواصلات بين مناطق العالم المعاصر، ويمكن ذكر بعض أنواعها كالتالي[4] :

2-1- السياحة الترفيهية:

تعتبر من أقدم أنواع السياحة وأكثرها انتشارا وتصل نسبتها من السياحة الدولية إلى 80 % وتعد دول حوض البحر المتوسط من المناطق الأكثر اجتذابا لهذا النوع من السياحة ، حيث الشواطئ الجميلة و اعتدال المناخ، ويكون هذا النوع من السياحة لغرض إشباع رغبات الفرد في الترفيه والترويج عن النفس .

2-2- السياحة الثقافية:

يجتذب هذا النوع من السياحة شريحة معينة من الناس والذين يتمتعون بمستوى معين من الثقافة والتعليم، للإطلاع و زيارة الدول التي تزخر بالمعالم الأثرية والدينية والثقافية والحضارية للاستمتاع بالحضارات والإطلاع عليها عن قرب .

2-3- السياحة الدينية :

قد تكون داخلية أو الإنتقال إلى خارج حدود الدولة، وهي زيارة الأماكن المقدّسة من المزارات والأضرحة والمساجد والكنائس وغيرها.

2-4- السياحة العلاجية:

تمتلك الكثير من الدول أماكن تتوفر فيها مقومات العلاج الطبيعي من المياه الحارة الغنية بالأملاح المعدنية والكبريتية وتستخدم هذه المناطق كمنتجعات سياحية وعلاجية لمعالجة بعض الأمراض الجلدية والروماتيزمية.

كما ويجري تصنيف السياحة أيضا إلى سياحة خارجية دولية وسياحة داخلية محلية[5]:

2-5-السياحة الدولية أو العالمية:

وهو النشاط السياحي الذي يتم تبادله ما بين الدول والسفر من حدود دولة لأخرى، وتتصف السياحة الخارجية الدولية بالموسمية.

2-6-السياحة المحلية:

والتي تعرف بأنها تنقل الأفراد من مكان لآخر داخل حدود الدولة (لمدنها المختلفة التي يتواجد بها جذب سياحي أو معالم سياحية تستحق الزيارة)، ويختلف هذا التعريف عند بعض الدول فنجد أمريكا وكندا تعرف السياحة المحلية حسب مسافة الرحلة التي يقطعها المسافر فإذا كانت 100 كلم أو أكثر بعيدا عن مقر إقامته تعتبر سياحة داخلية، أما دول أخرى كبلغاريا وألمانيا فيعرف السائح الداخلي فيها أنه المواطن الذي يقضي خمسة أيام بعيدا عن مقر إقامته .

3-العوامل التي ساعدت على انتشار السياحة:

هناك مجموعة من الأسباب التي أدت إلى انتشار السياحة وتفضيلها من أغلب الأفراد، والتي يمكن أن نذكر منها:

- الانتقال المستمر للسكان من المناطق الريفية إلى المدن الكبرى وما تنطوي عليه الظروف المعيشية فيها من ضجيج وروتين، دفع بالغالبية إلى البحث عن مناطق مغايرة للهروب من زخم المدينة والترويح عن أنفسهم؛

- انخفاض ساعات العمل نتيجة دخول الآلات الحديثة أدى إلى زيادة أوقات الفراغ لدى أغلب الأفراد، الأمر الذي أدى إلى ظهور الحاجة نحو السفر والانتقال إلى أماكن أخرى غير محل إقامتهم ؛

- بروز الرغبة إلى التمتع بالإجازات مدفوعة الثمن، خصوصا بعد إحداث العديد من قوانين العمل والتنظيم والتشريعات التي تحدد الإجازات الإجبارية مدفوعة الثمن؛

- التطور المستمر في وسائل وطرق النقل، سهل من انتقال الأفراد من دولة لأخرى واختصر الوقت المستغرق للسفر حتى للأماكن البعيدة؛

- تلوث البيئة وخاصة جو المدن الصناعية الكبرى أدى إلى رغبة الناس في الهروب لفترات من الزمن إلى المناطق السياحية؛

- تطور وتقدم وسائل الاتصال والإعلام الحديثة والتي ساهمت بشكل فعال في الترويج للمناطق السياحية وللسفر إليها؛

- التقدم العلمي في مجالات الطب ومعالجة الأمراض ساهم في بروز الحاجة إلى السياحة العلاجية خاصة في الدول الرائدة في هذا المجال؛

- زيادة الوعي الثقافي والاجتماعي وانتشار المعلومات أدت إلى زيادة الرغبة لدى كثير من الناس إلى زيارة البلدان لغرض الاطلاع على ثقافتهم وأمور معيشتهم؛

4- أهمية السياحة في الاقتصاد الوطني:

مع مرور الوقت أصبحت السياحة صناعة تختلف عن بقية الصناعات الأخرى لكونها تشبعت وتداخلت مع معظم القطاعات الاقتصادية الأخرى، وبالتالي ازدادت أهمية السياحة في الاقتصاديات الوطنية بتأثيراتها الايجابية والتي يمكن تحديدها في النقاط التالية[6]:

- تعمل السياحة على امتصاص جزء من البطالة في المجتمع من خلال توفير فرص العمل للأيدي العاملة الماهرة وغير الماهرة، كونها قطاعا كثيف العمالة يقوم على الجهد البشري بدرجة أساسية؛

- تعمل السياحة في المحافظة على المواقع الأثرية والتاريخية من التدمير والإندثار عن طريق الإدامة المستمرة لكونها تمثل عنصرا من عناصر الجذب السياسي؛

- تساهم السياحة في تصحيح وإعادة التوازن إلى ميزان المدفوعات في حالة حصول أي عجز فيه ناتج عن زيادة الاستيراد على الصادرات أو خروج بعض الأموال خارج الدولة؛

- تساهم السياحة في زيادة الدخل القومي والناتج المحلي الإجمالي عن طريق الأرباح السياحية المتأتية من زيادة معدلات إنفاق السياح داخل البلد وبقائهم أطول فترة ممكنة؛

- تعمل السياحة على تحقيق تنمية في بعض الأقاليم النائية عن طريق إقامة البني التحتية والفوقية والتي تقتصر الاستفادة منها على السياح الوافدين ، بل تشمل بفائدتها سكان الإقليم المقيمين فيه؛

- تساعد على تشجيع الاستثمار بمختلف أنواعه في البلد بالشكل الذي يدعم البنى الفوقية والتي تمثل أحد المرتكزات الأساسية للسياحة مثل إنشاء الفنادق والمطاعم... ، وبالتالي تساهم في توفير العملة الصعبة لكونها موردا إضافيا وقد يكون رئيسيا من موارد الدخل القومي للبلد؛

- تساعد السياحة على نشر الثقافة وإحياء العادات والتقاليد والنهوض بالصناعات الشعبية والتقليدية والتي يقبل السياح على اقتنائها كتذكارات خاصة عند إقامة بعض المهرجانات الثقافية والفنية؛

- تحد السياحة من ظاهرة تلوث البيئة لأنها تعتبر صناعة بلا مدخنة كما تحافظ على البيئة الطبيعية عن طريق إقامة محميات الطبيعية النباتية والحيوانية واستغلال مثل هذه المحميات كعناصر جذب سياحي طبيعي.

أما بخصوص السياحة المحلية فتتلخص المزايا التي تحققها فيما يلي[7]:

- زيادة الاستثمارات السياحية في مجالات الفندقة والمطاعم والمحلات العامة؛

- الانتعاش الاقتصادي للمناطق السياحية نتيجة زيادة الإنفاق السياحي بها ؛

- تخفيف حدة مشكلة البطالة في المناطق السياحية وخلق فرص عمل للعاطلين مما ينعكس ذلك على ارتفاع مستوى المعيشة في هذه المناطق؛

- ارتفاع مستوى المناطق السياحية بصف عامة نتيجة الاهتمام بتطويرها وتجديدها لمواجهة الحركة المتزايدة للسياحة المحلية؛

- رفع الوعي الثقافي و الفكري والسياحي لدى المواطنين أنفسهم؛

- تحقيق الارتباط الشديد بين السياحة المحلية والسياحة الدولية من حيث الاهتمام بالمناطق السياحية وتشجيع السياحة المحلية ينعكس على زيادة الحركة السياحية الدولية وبذلك تصبح السياحة المحلية ركيزة أساسية للسياحة الدولية؛

- الترويح عن المواطنين وإزالة مظاهر التعب والقلق عن نفوسهم مما يجعلهم أكثر حيوية ونشاطا وقدرة على العمل والإنتاج؛

- تنشيط الصناعات المختلفة ذات الارتباط المباشر وغير المباشر بالسياحة مثل النقل والبناء والصناعات الغذائية والتقليدية.

ثانيا: واقع القطاع السياحي في المغرب

تعتبر السياحة ثاني قطاع للوظائف في المغرب، وهي قطاع أساسي في اقتصاد البلاد ويوفر 11 % من الدخل الوطني، ويشكل مع الصادرات وتحويلات المغاربة في الخارج، أحد أبرز مصادر العملة الأجنبية[8].

1-الأصناف السياحية في المغرب:

تتمتع المغرب بموقع جغرافي مميز حيث تقع من ناحية الشمال على البحر الأبيض المتوسط كما يفصل بينها وبين اسبانيا من الحدود الشمالية مضيق جبل طارق، ونظرا لقرب المغرب من أوروبا فهي وجهه سياحية لكثير من السياح الأجانب وخاصة من اسبانيا.

ويحتوي المغرب على مؤهلات جغرافية و طبيعية مهمة جداً جعلته مؤهلاً ليكون قبلة سياحية مرغوبة، فالمغرب يتميز بمناخه المتوسطي المعتدل وبمؤهلات ساحلية هامة. وتتمثل أهم الأصناف السياحية في المغرب في[9]:

1-1- السياحة الثقافية و التاريخية:

تركز النشاط السياحي الرسمي في المغرب خلال عقود على الموروث الثقافي الذي تعرضه المدن العتيقة الغنية بمآثرها التاريخية وصناعاتها التقليدية وثقافتها الشعبية، فتعتبر مدينة فاس أول مدينة إسلامية في بلاد المغرب، كما ويضم جامعة القرويين العريقة وسلسلة من الأسواق التقليدية والفنادق التاريخية، كما وتعتبر مدينة مراكش الحمراء مثار اهتمام الزوار والسياح الأجانب.

1-2- سياحة أعالي الجبال:

منذ أن بدأ النشاط السياحي يأخذ شكله المعاصر، اكتشف الرواد فضاءات متميزة لممارسة السياحة الجبلية في المغرب ، وتعتبر مدينة أزيلال الصغيرة (شرق مراكش) حاضرة النشاط، ففي الشتاء تشكل جبال الأطلس قطب الجذب السياحي بفضل الثلوج التي تغمرها ، ويتوفر المغرب على مساحات هامة للتزلج على الثلج بمختلف أصنافه.

1-3- السياحة الصحراوية:

تعتبر السياحة الصحراوية المنافس الأول لسياحة المدن العتيقة، وقد اتخذت هذه السياحة عاصمتها في ورزازات التي أثارت اهتمام كبار المنتجين السينمائيين العالميين، حتى أصبحت تسمى

"هوليوود إفريقيا"، ومنذ عقود كانت هناك رحلات منظمة تنقل زبائنها من فرانكفورت إلى مدينة ورزازات مباشرة.

1-4- السياحة الرياضية:

بذلت السلطات المغربية جهودا خاصة لجعل النشاط الرياضي في خدمة السياحة، واعتمدت بصفة خاصة على لعبة الغولف باعتبارها رياضة كبار رجال المال والأعمال، فبنت قرى سياحية حول سلسلة من ملاعب الغولف عبر أرجاء البلاد لكن السياحة الرياضية في المغرب لم تولد بهذا القرار الإداري، فقبل ذلك كانت الجبال توفر فضاء ملائما للطيران الشراعي، كما أن البحيرات الطبيعية الواقعة في مختلف جهات البلاد تشكل محل اهتمام وإعجاب السياح.

1-5- سياحة البحار:

يتوفر المغرب على 3500 كيلومتر من الشواطئ، ثلثها على البحر الأبيض المتوسط والبقية على المحيط الأطلسي، وهو ما يجعل منه وجهة مفضلة من وجهات هواة السياحة البحرية مغاربة وأجانب، وقد كانت الشواطئ دوما مقصدا مفضلا لدى السياح خلال فصل الصيف بصفة خاصة.

2 – إحصائيات حول القطاع السياحي في المغرب:

على الرغم من الظروف الدولية الصعبة التي تتسم باستمرار الأزمة وبسياق جيوسياسي دولي يؤثران على معدل سفر السياح الدوليين ، تمكّن المغرب من تحقيق الاستقرار في تدفقاته السياحية، بل بالعكس تم تسجيل ارتفاع طفيف في مؤشرات القطاع.

2-1- الوافدين من السياح:

على اعتبار المغرب من إحدى المحطات الرئيسية للاستقطاب السياحي العالمي للسياح نظرا لعدة عوامل مشجعة، والجدول التالي يوضح تطور عدد السياح الدوليين الوافدين إلى المغرب خلال الفترة الممتدة من سنة 2010 إلى سنة 2018:

الجدول رقم (01): تطور عدد السياح الدوليين الوافدين إلى المغرب خلال الفترة الممتدة من 2010 إلى 2018.

السنوات	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
السياح الدوليين الوافدين (مليون)	9,28	9,34	9,37	10,04	10,28	10,17	10,33	11,34	12,28

نسبة التغير	/	0,58%	0,35%	7,15%	2,34%	1,03%	1,52%	9,77%	8,31%

المصدر : الموقع الرسمي لوزارة السياحة والنقل الجوي والصناعة التقليدية والاقتصاد الاجتماعي المغربية، تاريخ الاطلاع 2019/05/30. http://www.tourisme.gov.ma/ar/node/2976

ومن خلال الجدول رقم (01) نلاحظ أن عدد السياح الدوليين الوافدين إلى المغرب شهد تطورا خلال الفترة الممتدة من سنة 2010 إلى سنة 2018 بزيادة تقدر بـ 32,32% أي ما يعادل 3 مليون سائح، وذلك على الرغم من التطور البطيء من سنة إلى أخرى نظرا لحساسية هذا القطاع وارتباط تطوره بالعديد من المتغيرات الخارجية وكذا بسبب وجود منافسة كبيرة على استقطاب السياح، ومن جملة التدابير المتخذة من طرف السلطات المغربية في هذا الخصوص ما يلي:

- الترويج المحلي والأجنبي عبر مختلف وسائل الإعلام ورفع وتحسين هياكل الاستقبال؛
- تطور البني التحتية بكافة أشكالها من طرق ووسائل النقل واتصالات ومطارات ؛
- تشجيع الاستثمار فيها بهدف تأسيس وبناء وترميم الفنادق وتجهيزها؛
- توعية السكان بأهمية متابعة القطاع السياحي من خلال تكوين عنصر بشري للعمل في القطاع السياحي؛

بالإضافة للمميزات التي يتمتع بها المغرب من موقعه الجغرافي والاستراتيجي المميز ومناظره الطبيعية الجذابة، وامتلاكه لمعالم أثرية وتاريخية ساعد على توافد السياح إليه.

2-2- عدد ليالي المبيت:

يعمل المغرب على الرفع من عدد ليالي المبيتات السياحية من خلال إطالة مدة إقامة السياح ، وسنوضح تطورها من خلال الجدول التالي:

الجدول رقم (02) : تطور ليالي المبيت السياحية في المغرب خلال الفترة الممتدة من 2010إلى 2018.

السنوات	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
المقيمين (مليون)	4,06	4,44	4,93	5,18	5,32	5,91	6,56	7,05	7,16
نسبة المقيمين من إجمالي عدد السياح	22,5%	26,3%	28,0%	26,9%	26,9%	31,9%	34,0%	31,9%	29,8%
غير المقيمين (مليون)	13,95	12,41	12,62	14,07	14,44	12,58	12,72	15,05	16,86

نسبة غير المقيمين من إجمالي عدد السياح	77,5%	73,7%	72%	73,1%	73,1%	68,1%	66%	68,1%	70,2%
تطور عدد المبيتات بمؤسسات الايواء السياحي(مليون)	18,02	16,86	17,56	19,76	19,26	18,50	19,28	22,11	24,03

المصدر : الموقع الرسمي لوزارة السياحة والنقل الجوي والصناعة التقليدية والاقتصاد الاجتماعي المغربية، تاريخ الاطلاع 2019/05/30. http://www.tourisme.gov.ma/ar/node/2978

شهدت عدد المبيتات بمؤسسات الإيواء السياحية تطورا ملحوظا من سنة 2010 إلى سنة 2018 بنسبة تطور تقدر ب 33,35 % وبما يعادل 3 ملايين ليلة مبيت ، وقد كان النصيب الأكبر للسياح غير المقيمين بنسبة متوسطة تقدر بـ 74 %من مجموع عدد السياح، وتعتبر الفئة الأوروبية أغلب هؤلاء السياح، أما بالنسبة للسياح المقيمين فقد كانت نسبتهم أقل بقيمة متوسطة تقدر بـ 26 % من مجموع عدد السياح.

ويعود التفوق في نسبة السياح غير المقيمين على غيرهم من السياح المقيمين لعدة اعتبارات أهمها ضعف وتدني القدرة المعيشية لدى أغلب أفراد المجتمع المغربي خصوصا مع الغلاء في الأسعار والخدمات المقدمة في المدن السياحية .

2-3- الطاقة الإيوائية:

إن تطور الطاقات الاستيعابية للفنادق المصنفة حسب عدد الأسرة في المغرب خلال الفترة 2010-2018 يمكن توضيحها في الجدول التالي:

الجدول رقم(03): تطور الطاقة الإيوائية المصنفة حسب عدد الأسرة في المغرب للفترة 2010-2018.

السنوات	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
تطور الطاقة الايوائية المصنفة حسب عدد الأسرة (ألف)	174	187	199	212	223	233	244	253	261

المصدر : الموقع الرسمي لوزارة السياحة والنقل الجوي والصناعة التقليدية والاقتصاد الاجتماعي المغربية ، تاريخ الاطلاع 2019/05/30. http://www.tourisme.gov.ma/ar/node/2979

أفادت إحصائيات الجدول أعلاه بأن الطاقة الإيوائية المصنفة بالقطاع السياحي بالمغرب سجلت نموا هاما خلال الفترة 2010-2018 على مستوى مختلف المدن السياحية بالمملكة، إذ تطورت بنسبة تفوق 50 % أي بزيادة تقدر بـ 87 ألف سرير ، وهذا يرجع لاهتمام المعنيين بهذا القطاع بزيادة طاقات الإيواء التي تتماشى مع الطلب عليها، وتشكل الفنادق من فئة 3* و4* و5* والنوادي الفندقية 58 %من إجمالي عدد مؤسسات الإيواء السياحي المصنفة في المغرب[10].

وتنبع الأهمية المتزايدة للمغرب كوجهة سياحية مفضلة لدى الكثيرين من هواة السفر والترحال لغنائه بثروات طبيعية غاية في التنوع ، بحيث توفر للراغب في التمتع بها قاعدة عريضة من الخيارات، فإحاطته بالبحر المتوسط من الشمال والمحيط الأطلسي من الغرب خلقت فيه تنوعا طبيعيا فريدا.

3- انجازات القطاع السياحي المغربي:

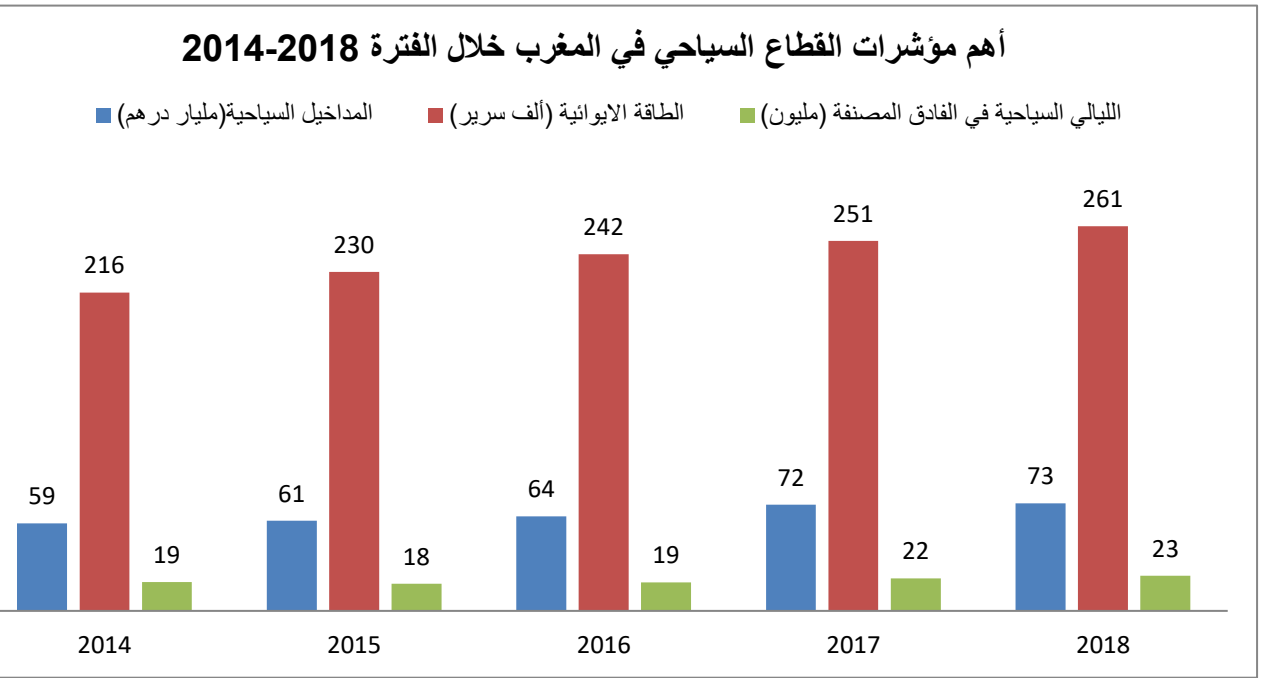
ويمكن تلخيص أهم انجازات قطاع السياحة في المغرب سنة 2017 من خلال أهم المؤشرات[11]:

- عقود شراكة مع شركات الطيران ومنظمي الرحلات السياحية ووكالات الأسفار عبر الأنترنت (461,7 مليون درهم) والحملات الإدعائية والإعلانات والمطبوعات (52,7 مليون درهم) والتظاهرات السياحية في المغرب والخارج (32,4 مليون درهم) والعلاقات العامة مع الخارج (9,3 مليون درهم).
- بلوغ عدد المسافرين العابرين للحدود المغربية الدولية 11,34 مليون مسافر بزيادة تقدر بـ 11,50 % مقارنة مع عدد المسافرين العابرين للحدود سنة 2014.

كما وقد سجل القطاع السياحي في المغرب سنة 2018 التطورات التالية:[12]

- تسجيل تطور ملموس في عدد الوافدين وليالي المبيت ويهم هذا النمو الأسواق الأساسية للمملكة: فرنسا (27%) واسبانيا (12%) وألمانيا (5,9%) كما سجلت معدلات نمو جيدة على الأسواق الصاعدة كالصين والبرازيل.
- بلوغ عدد ليالي المبيت في المنشات السياحية المصنفة حوالي 23,95 مليون ليلة سنة 2018 أي بزيادة قدرها 22% مقارنة مع سنة 2014 : 12,28مليون سائح دولي(بنسبة 70 %)؛
- بلوغ العائدات السياحية حوالي 73.000 مليون درهم سنة 2018 أي بزيادة قدرها 23,13% مقارنة بسنة 2014.

الشكل رقم (01): أهم مؤشرات القطاع السياحي في المغرب خلال الفترة (2014-2018)



المصدر:من إعداد الباحثتين اعتمادا على معطيات تقرير عن الأنشطة القطاعية ضمن الإحصائيات الاقتصادية والمالية، متوفر على الموقع الالكتروني لوزارة الاقتصاد و المالية المغربية https://www.finances.gov.ma تاريخ الاطلاع 17-05-2019.

ومن خلال الشكل السابق يمكن ملاحظة أن مؤشرات القطاع السياحي في المغرب في تطور ملحوظ ، كما أن المداخيل السياحية جد معتبرة فقد قاربت سنة 2018 مايقدر ب73,03 مليار درهم أي مايعادل 7,55 مليار دولار أمريكي، وهو مايعكس حجم أهمية القطاع السياحي في المغرب.

ثالثا: تحديات و آفاق تطوير القطاع السياحي في المغرب

1- أهم التحديات التي تواجه القطاع السياحي في المغرب:

على الرغم من الأداء الجيد والمتطور الذي يقوم به القطاع السياحي في المغرب، إلا أنه لا يخلو من التحديات والمشاكل الجدية التي لازالت تقف عائقا دون تأديته للدور المنوط به، والتي نذكر منها:[13]

- معاناة القطاع من ضعف تنوع العرض والذي يبقى مركزا في أربع مدن رئيسية هي مراكش، أكادير، الدار البيضاء وطنجة، بنسب تشكل على التوالي 29.3 % و 18.70 %و 8.34 % و 4.86% من الطاقة الاستيعابية الإجمالية للفنادق المصنفة بالمغرب؛
- هيمنة السياحة الساحلية على العرض السياحي والتي تتصف بالموسمية؛

- احتكار الطلب السياحي على ستة بلدان رئيسية تسيطر على حوالي 75 % من التدفقات السياحية اتجاه المغرب وهي فرنسا، اسبانيا، المملكة المتحدة، ايطاليا، بلجيكا وألمانيا ، مما يجعل القطاع السياحي مرتبطا بالظرفية الاقتصادية في أوروبا؛
- عدم الالتزام الجدي بمخططات تطوير القطاع السياحي، حيث يتم استبدال بعض البرامج وتعويضها بأخرى غير واردة في المخططات السياحية، و قد عملت الدولة بمخططات سياحية ثلاثية ورباعية وخماسية لا تتعدى نسبة تنفيذها في أحسن الأحوال نسبة 40% فقط من مشاريع الاستثمار؛
- ضعف آليات الدعاية والإشهار والتسويق لفائدة المنتوج السياحي المغربي، وضعف مجالات التنشيط والترفيه السياحي، إلى جانب المشاكل العقارية (قلة الرصيد العقاري، تعدد الأنظمة العقارية، غلاء الأراضي، مشاكل التعمير..) والحالة المزرية التي توجد عليها العديد من المدن والمراكز الحضرية بسبب غياب متطلبات النظافة؛
- انتهاج سياسة غير شمولية بالاعتماد أكثر على إعداد وتهيئة السواحل التي تتطلب قدرات مالية وتقنية مهمة، والإغفال عن السياحة الثقافية خاصة بالمدن العتيقة والقصبات؛
- التركيز على السياحة الفاخرة لجلب شريحة من السياح الأجانب ، بدل العمل على الاهتمام بتنمية السياحة الداخلية بالرغم من وضع مخطط "بلادي" الذي لم يحقق الأهداف المأمولة منه ، كما أن الاهتمام بالسياحة الخارجية أفرز عن تأثيرات سلبية على الساكنة المستقبلة (القيم والثقافة المغربية والأخلاق التي تتأثر بسلوكيات السياح الأجانب)؛
- التركيز على دعم السياحة ببعض الجهات والمدن الكبرى بالبلاد ، مما يعزز من الفوارق الاقتصادية والاجتماعية بين مختلف جهات البلاد؛
- انتهاج سياسة سياحية لم تمكن المغرب من الانخراط بقوة في المحيط الدولي المطبوع بالتنافسية خاصة من بلدان شبيهة كمصر وتونس وتركيا التي تسعى بقوة أن تكون من بين الأوائل في القطاع السياحي، ففي إطار استراتيجياتها السياحية تأمل إلى جلب حوالي 40 مليون في أفق سنة 2023، ورفع المداخيل السياحية الخارجية إلى 50 مليار دولار سنويا ، وتسعى أيضا أن تكون من ضمن الوجهات الخمس الأولى في العالم بحلول سنة20123 [14].

2- آفاق تطوير القطاع السياحي المغربي:

تسعى المغرب من خلال إستراتيجية تطوير السياحة إلى الاستمرار في جعل السياحة أحد المحركات الرئيسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالمغرب، ويتمثل طموحها في أن تكون البلاد من

بين أكبر عشرين وجهة عالمية بحلول عام 2020 و فرض نفسها كمرجع في مجال التنمية المستدامة في منطقة البحر الأبيض المتوسط.

وتهدف رؤية 2020 إلى مضاعفة حجم القطاع وذلك من خلال :[15]

- مضاعفة الطاقة الإيوائية بإحداث 200 ألف سرير جديد، 150 ألف منهم في الفنادق و5 ألف في مؤسسات مماثلة، من أجل توفير تجربة سياحية غنية وشاملة للسياح؛
- مضاعفة عدد السياح الوافدين من خلال مضاعفة الحصة من الأسواق الأوروبية الرئيسية وجذب مليون سائح من الأسواق النامية؛
- مضاعفة عدد الرحلات الداخلية ثلاث مرات بهدف دمقرطة السياحة في البلاد؛
- خلق 470 ألف منصب شغل جديد مباشر في مجموع التراب الوطني من أجل توظيف قرابة مليون مغربي بنهاية العشرية؛
- الرفع من العائدات السياحية من أجل بلوغ 140 مليار درهم سنة 2020، أي ما يقارب 1000 مليار درهم من التراكمات المالية بنهاية العشرية؛
- رفع نسبة الناتج المحلي الإجمالي السياحي في الناتج المحلي الإجمالي الوطني بنقطتين من أجل الوصول إلى ما يقارب 150 مليار درهم، مقابل 60 مليار المسجلة حاليا.

إن تحقيق هذه الأهداف يتطلب تطوير مجموعة من البرامج التي تسمح ببروز عرض سياحي متنوع ذي جودة يستجيب لمتطلبات السياح، تمثلت هذه البرامج في[16]:

- التهيئة المجالية المعممة والمتسقة:

تتركز السياحة في المغرب إلى حد كبير في وجهتين رئيستين اثنتين هما مراكش وأكادير، والتي تمثل أكثر من نصف ليالي المبيت الدولية، ولا يسمح هذا التركيز الجغرافي بإبراز كافة إمكانات المغرب، لذلك تم إطلاق سياسة جديدة للتهيئة والتنمية، حيث تم إنشاء ثمانية مناطق منسجمة، ويتمثل الهدف من ذلك في جعلها تتبوأ مكانة دولية مرموقة ومساعدتها في أن تكون وجهة سياحية قائمة بذاتها.

- الإطار المؤسسي الجديد:

لقد تم إنشاء العديد من البنيات لضمان الإشراف المنسجم على الاقتصاد السياحي الجديد، الهيئة العليا للسياحة هي هيئة وطنية مكلفة بالإشراف على القطاع، تجمع في إطار شراكة الدولة والجهات والقطاع الخاص. وتتمثل مهمتها في ضمان تنفيذ رؤية 2020 وتعزيز الشرعية المؤسسية للسياحة،

كما تم إنشاء وكالات التنمية السياحية بدورها تدريجيا في 8 مناطق سياحية لضمان نجاح الاستراتيجيات المحلية والسياسة السياحية الجهوية.

- البرامج الإستراتيجية الرئيسية :

تم تحديد ستة برامج مهيكلة تتمحور حول الثقافة والشواطئ والطبيعة، وتركز هذه البرامج على السياحة المستدامة وعلى تحقيق قيمة مضافة عالية.

- المخطط الأزرق 2020 الذي يتمحور حول عرض الشواطئ؛
- البيئة/التنمية المستدامة، ويهدف إلى تعزيز الموارد الطبيعية والقروية مع الحفاظ عليها؛
- التراث والموروث التاريخي الذي يهدف إلى تعزيز الهوية الثقافية للمغرب؛
- التنشيط والرياضة والترفيه، والذي يطمح إلى خلق عرض ترفيهي متنوع يكمل البنية التحتية السياحية؛
- مواقع تجارية صغيرة ذات قيمة مضافة عالية ذات صلة بسياحة الأعمال، والرفاه والصحة؛
- برنامج السياحة الداخلية "بلادي" الذي من شأنه أن يساعد على تلبية تطلعات المغاربة من خلال تقديم منتوج مناسب.

وتتضمن أيضا رؤية 2020 برنامجا وطنيا للابتكار والتنافسية السياحية يتمحور حول المجالات الرئيسية التالية:

- دعم محدد للمقاولات السياحية الصغرى والمتوسطة؛
- دعم شبكات الإحالة على امتداد سلسلة القيمة السياحية.

- ديناميكية للاستثمار قوية :

لتسهيل الحصول على الموارد المالية، أنشأت الدولة الصندوق المغربي للتنمية السياحية (FMDT) ومن خلال نهج مقاربة مندمجة، سيساعد هذا الصندوق في بناء ثقة المستثمرين وإعطاء دفعة قوية للمشروعات الكبرى التي تندرج في إطار رؤية 2020، وبموازاة ذلك سيتم وضع تحفيزات لدعم الاستثمار والسياحة، حيث سيتم توجيهها نحو المناطق الأقل نموا، وكذا نحو فرص جديدة للتنمية.

وفيما يتعلق بالنقل، سيضع المكتب الوطني المغربي للسياحة (ONMT) ووكالات التنمية السياحية (ADT)استراتيجيات محددة لدعم الخدمات الجوية وزيادة جاذبية المناطق السياحية.

وسيتم إنشاء مراكز للتميز في التكوين في كل منطقة لضمان ملائمة التكوين مع متطلبات سوق العمل، وستتمخض هذه المراكز عن شراكة بين القطاعين العام والخاص.

وفي مستوى آخر،عملت عدة إجراءات على تعزيز الربط الجوي للمغرب، يتعلق الأمر على وجه الخصوص بتوقيع المكتب الوطني المغربي للسياحة في شهر جوان 2014 اتفاقية شراكة مع مؤسسة ترانسافيا (وهي شركة تابعة لشركة إيرفرانس -كي إل إم)التي تلتزم بتعزيز رحلاتها المباشرة إلى البلاد . من جانبها، وبالموازاة مع تطوير الروابط الجوية مع الأسواق الرّئيسية المصدرة والصاعدة(فتح روابط جديدة مع البرازيل وجزر الكناري ، وتعزيز عدد الرحلات)...،شرعت الخطوط الجوية المغربية خلال 2014 في تدشينِ العديد من الخطوط الجوية الداخلية وذلك لسد الحاجة إلى الربط الجوي من أجل تحقيق أهداف رؤية 2020 ،التي تتوقع ربطا جوّيا يتراوح مابين 1079 - 1032 رحلة في الأسبوع(سوس -الصحراء المحيط الأطلسي)الجنوب الأطلسي الكبير30,8 % ، الشمال 17,5 %، وسط المغرب 15,7 %، الأطلس والواحة 15,5%ومراكش الأطلسي 14 %.

أما أهم مؤشرات رؤية 2020 فيمكن تلخيصها في الجدول الموالي:

جدول رقم (04) : أهم مؤشرات قطاع السياحة في المغرب " رؤية 2020"

المؤشرات	2010	2015	2020
الطاقة الاستيعابية(عدد الأسرة)	178.000	256.400	372.300
عدد السياح غير المقيمين(بالآلاف)	9.200	13.711	20.000
عدد الرحلات المحلية (إقامات في مؤسسات الإيواء السياحي المصنفة بالآلاف)	1.850	3.930	5.752
العائدات السياحية لغير المقيمين(مليون $)	5804	8809	14 304
الناتج الداخلي الخام السياحي المباشر (مليون$)	6209	9691	15 395
نسبة مساهمة العائدات السياحية لغير المقيمين في الناتج الداخلي الخام السياحي	93%	90%	92%
فرص شغل ناتجة مباشرة عن النشاط السياحي	449.283	645.147	914.706

المصدر: مشروع القانون رقم14-80 المتعلق بالمؤسسات السياحية وأشكال الإيواء السياحي الأخرى، المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي المغربي، إحالة رقم 2015/16 ص 13.

ومن خلال الجدول رقم (04) يلاحظ أن المغرب يعقد آمالا كبيرة حول آفاق تطوير القطاع السياحي لسنة 2020، حيث من المتوقع أن يصل الناتج الداخلي الخام السياحي سنة 2020 ما يعادل 15,39 مليار دولار أمريكي وهو ما يزيد بـ 150% عما حققه القطاع سنة 2010 حيث كان يقدر بـ 6,206 مليار دولار أمريكي ، كما ومن المتوقع أن يبلغ عدد مناصب الشغل التي يوفرها القطاع السياحي سنة 2020 ما يزيد عن 914 ألف منصب شغل مقابل 449 ألف منصب شغل سنة 2010 وهو ما يمثل الضعف.

كما ويمكن ملاحظة أن العائدات السياحية لغير المقيمين تساهم بنسبة كبيرة في هذا الناتج الداخلي الخام السياحي في المغرب وذلك بنسبة تفوق 90 %، مما يعني أن القطاع السياحي في المغرب يعتمد بشكل كبير على مداخيل الوافدين الدوليين وما يوفرونه من عملة صعبة للبلد.

3- مساهمة القطاع السياحي في الاقتصاد المغربي:

تشكل السياحة رافعة أساسية لتسريع وتيرةِ النمو السوسيو-اقتصادي وهي تمس عمليا كل مجالات النشاط الاقتصادي، وبالتالي تمارس تأثيرا كبيرا على باقي القطاعات الاقتصادية الأخرى[17]:

3-1- السياحة ثاني مساهم في الناتج المحلي الإجمالي وخلق مناصب الشغل:

تساهم السياحة بشكل كبير في خلق الثروات وتقليص نسبة البطالة والحد من الفقر مع طلب سياحي إجمالي يمثل حوالي 11 في المائة من الناتج المحلي الإجمالي، كما يعتبر القطاع مصدرا ممتازا للشغل حيث ساهم في خلق 532 ألف منصب شغل مباشر سنة 2017، أي ما يمثل حوالي 5 في المائة من إجمالي نسبة الشغل في الاقتصاد.

3-2- السياحة مساهم رئيسي في ميزان الأداءات:

تحتل السياحة كذلك مكانة هامة فيما يتعلق بمصادر جلب العملة الصعبة إلى المملكة وذلك إلى جانب تحويلات المغاربة المقيمين بالخارج، حيث قُدرت العائدات المحصلة من طرف السياح غير المقيمين الذين أقاموا بالمغرب سنة 2017 (دون احتساب مصاريف النقل الدولي) بحوالي 7,51 مليون دولار أمريكي ، وتمثل هذه العائدات من العملة الصعبة حوالي 19% من صادرات السلع والخدمات خلال سنة 2017.

3-3- السياحة رافعة للتنمية:

تشغل السياحة مكانة هامة في البنية الاقتصادية للمملكة، إذ يعتبرها المسئولون الكبار كقطاع استراتيجي من أجل دعم وتسريع التنمية الاقتصادية، فبإمكان السياحة أن تفتح المجال للاستثمار في رؤوس الأموال، وأن تولد عائدات كثيرة وتخلق مناصب شغل مهمة، كما تعتبر مصدرا حيويا لجلب العملة الصعبة ومصدراً كبيراً لخلق فرص الشغل، ولهذا أولى المغرب للنشاط السياحي خلال العقدين الأخيرين مكانة هامة في سياسته التنموية .

الخاتمة:

تعتبر المغرب من الدول النامية التي تحاول النهوض باقتصادها من خلال استغلال المميزات والثروات التي تزخر بها، بما فيها قطاع السياحة الذي يمتاز بالتنوع والجودة ، إذ تحتوي المغرب على مؤهلات جغرافية و طبيعية مهمة جداً جعلتها مؤهلة لتكون قبلة سياحية مرغوبة والتي ساهمت بدورها في تصنيف المغرب كأول وجهة سياحية افريقية حسب تقرير المنظمة العالمية للسياحة لسنة 2016.

إلى جانب المؤهلات التي تتمتع بها المغرب، لم تدخر الحكومة هناك أي جهد للنهوض بقطاع السياحة بل العكس من ذلك عملت على تطوير القطاع السياحي من خلال العديد من الآليات والبرامج، و التي من أبرزها تبني ما يسمى "بالرؤية الإستراتيجية لقطاع السياحة: رؤية 2020" ، والتي تعتمد على مقاربة شمولية ودقيقة تهدف إلى مقاربة هيكلية لتهيئة المناطق فيما يخص مناصب الشغل وتنمية تنافسية السياحة المغربية بالارتكاز على مؤهلات الجهات حسب بعد ترابي مندمج والتي يتطلب تحقيقها تطوير مجموعة من البرامج التي تسمح ببروز عرض سياحي متنوع ذي جودة يستجيب لمتطلبات السياح.

إن القطاع السياحي في المغرب يساهم إلى حد بعيد في تحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة فإلى جانب كونه مصدرا رئيسيا للعملة الصعبة، يساهم القطاع في توفير مناصب الشغل ويمكن البلد من الاستغلال الأمثل للموارد والمؤهلات الطبيعية والبشرية.

وعلى ضوء ما سبق، وبغية تطوير القطاع السياحي في المغرب وجعله من أكبر الوجهات السياحية في العالم يمكن إعطاء التوصيات التالية:

- ضرورة الالتزام ببرامج إستراتيجية التنمية السياحية ومتابعتها قصد تحقيق الأهداف المرجوة؛
- إنجاز وتنفيذ الدراسات والأبحاث اللازمة لتنمية السياحة على المستويين الوطني والجهوي وذلك لتعزيز المزايا التنافسية للدولة المغربية؛
- تأطير وضمان دعم مهنيي قطاع السياحة والأنشطة السياحية طبقا للقوانين المعمول بها؛

- السهر على إنشاء وتعزيز العلاقات في إطار العلاقات الثنائية مع المنظمات المعنية وذلك قصد الاستفادة من الخبرات الأجنبية؛
- زيادة عدد مؤسسات التكوين في قطاع السياحة قصد تكوين فئة عاملة مؤهلة في هذا المجال؛
- تقديم آليات الدعم اللازمة للمؤسسات المستثمرة في القطاع خصوصا الناشئة منها وذلك عن طريق منح تحفيزات استثمارية لها؛
- تعزيز مكانة الصناعات التقليدية في المغرب وذلك بإعداد معارض محلية ودولية للترويج لها ولاستقطاب أكبر عدد من السياح؛

قائمة المراجع :

- حمدي عبد العظيم، **اقتصاديات السياحة**، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة ، 1996.
- عبد الرزاق عزيز حسين، **صناعة السياحة في الدول العربية الواقع وسبل النهوض (رؤية مستقبلية)**، مجلة الكوت للعلوم الاقتصادية والإدارية، العدد 06، جامعة الواسط، العراق، 2012.
- عبد العزيز رشدي، **مفارقات السياسة السياحية بالمغرب**، المركز المغربي للتنمية الفكرية ، متاح على الموقع http://www.cmdi.ma، تاريخ الاطلاع 20-06-2019.
- عبد خضير إيمان ، عبير علي كاظم، **دور صناعة السياحة في تطور الاقتصاد العراقي للمدة 1990-2009**، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية ، المجلد 18، العدد 67، العراق، 2012.
- نجاة سليم محدود محاسيس، **السياحة في الأردن-رحلة تأسر القلوب**، دار المنهل للنشر والتوزيع عمان 2014 .
- ماهر عبد الخالق السيسي، **مبادئ السياحة**، مجموعة النيل العربية القاهرة ط1 ،2001 .
- منظمة التعاون الاسلامي، **السياحة الدولية في الدول الأعضاء في منظمة التعاون الاسلامي الآفاق والتحديات2017**، مركز الأبحاث الاحصائية والاقتصادية والاجتماعية والتدريب للدول الاسلامية (سيسرك).
- مشروع قانون المالية لسنة 2018 ، **تقرير حول المؤسسات العمومية والمقاولات العمومية**، وزارة الاقتصاد والمالية المغرب .
- وزارة الاقتصاد والمالية، **القطاع السياحي : رؤية إستراتيجية متجددة** ، مجلة المالية ، العدد 15 ، جوان، 2011 .
- مشروع القانون رقم14-80، **المتعلق بالمؤسسات السياحية وأشكال الإيواء السياحي الأخرى**، المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي المغربي، إحالة رقم 2015/16 .

- الموقع الرسمي لوزارة الاقتصاد والمالية المغربية https://www.finances.gov.ma
- موقع ويكبيديا الموسوعة الحرة بعنوان السياحة في المغرب/https://ar.wikipedia.org/wiki
- الموقع الرسمي لوزارة السياحة والصناعة التقليدية والنقل الجوي والاقتصاد الاجتماعي المغربية https://www.tourisme.gov.ma/ar/node/166

الهوامش :

[1]- حمدي عبد العظيم، **اقتصاديات السياحة**، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة ، 1996، ص 15.

[2]- ايمان عبد خضير، عبير علي كاظم، **دور صناعة السياحة في تطور الاقتصاد العراقي للمدة 1990-2009**، مجلة العلوم الاقتصادية والادارية ، المجلد 18، العدد 67، العراق، 2012، ص 172.

[3]- منظمة التعاون الاسلامي، **السياحة الدولية في الدول الأعضاء في منظمة التعاون الاسلامي الآفاق والتحديات2017**، مركز الأبحاث الاحصائية والاقتصادية والاجتماعية والتدريب للدول الاسلامية (سيسرك)،ص01

[4]- عبد الرزاق عزيز حسين، **صناعة السياحة في الدول العربية الواقع وسبل النهوض (رؤية مستقبلية)**، مجلة الكوت للعلوم الاقتصادية والإدارية، العدد 06، جامعة الواسط، العراق، 2012، ص ص 03-04 .

[5]- نجاة سليم محدود محاسيس، **السياحة في الأردن-رحلة تأسر القلوب**، دار المنهل للنشر والتوزيع عمان 2014 ص ص 39-40.

[6]- ايمان عبد خضير، عبير علي كاظم، مرجع سبق ذكره، ص 175.

[7]- ماهر عبد الخالق السيسي، **مبادئ السياحة**، مجموعة النيل العربية القاهرة ط1 ،2001 ص45.

[8] - الموقع الرسمي لوزارة السياحة والصناعة التقليدية والنقل الجوي والاقتصاد الاجتماعي المغربية https://www.tourisme.gov.ma/ar/node/166 ، تاريخ الاطلاع2019/05/31.

[9]- موقع ويكبيديا الموسوعة الحرة بعنوان السياحة في المغرب/https://ar.wikipedia.org/wiki تاريخ الاطلاع 2019/05/10

[10] - الموقع الرسمي لوزارة السياحة والنقل الجوي والصناعة التقليدية والاقتصاد الاجتماعي المغربية ، تاريخ الاطلاع 2019/05/30. http://www.tourisme.gov.ma/ar/node/2979

[11]- تقرير حول المؤسسات العمومية والمقاولات العمومية، مشروع قانون المالية لسنة 2018 وزارة الاقتصاد والمالية المغربية ص 82.

[12] - تقرير عن الأنشطة القطاعية ضمن الإحصائيات الاقتصادية والمالية، متوفر على الموقع الالكتروني لوزارة الاقتصاد و المالية المغربية https://www.finances.gov.ma تاريخ الاطلاع 17-05-2019

[13]- **القطاع السياحي :رؤية استراتيجية متجددة** ،مجلة المالية ،وزارة الاقتصاد والمالية المغربية، العدد 15 ،جوان 2011 ، ص 4.

[14]- عبد العزيز رشدي،**مفارقات السياسة السياحية بالمغرب**، المركز المغربي للتنمية الفكرية ، متاح على الموقع الالكتروني http://www.cmdi.ma، تاريخ الاطلاع 20-06-2019

[15] - الموقع الالكتروني لوزارة السياحة والصناعة التقليدية والنقل الجوي والاقتصاد الاجتماعي المغربي المغربية، بعنوان رؤية 2020 https://www.tourisme.gov.ma/ar/node/191 ، تاريخ الاطلاع 21-06-2019

16 - الموقع الالكتروني لوزارة الاقتصاد والمالية المغربية ، بعنوان إستراتيجية السياحة رؤية 2020 https://www.finances.gov.ma تاريخ الاطلاع 21-06-2019

[17] -الموقع الالكتروني لوزارة السياحة والصناعة التقليدية والنقل الجوي والاقتصاد الاجتماعي المغربية ، بعنوان أرقام رئيسية https://www.tourisme.gov.ma/ar/node/166، تاريخ الاطلاع 21-06-2019

خفة الحركة الاستراتيجية ودورها في تعزيز جودة الخدمة المدركة

دراسة استطلاعية في مركز التعليم المستمر / الجامعة المستنصرية

Strategic agility and its role in enhancing the perceived service quality

An exploratory study at the Center for Continuing Education /Al-Mustansiriya University

م.محمود أسامة عبد الوهاب (*)
الجامعة المستنصرية، العراق
mahmooda73i@uomustansiriyah.edu.iq

م.م محمود ثائر على البياتي
جامعة المستنصرية، العراق
mohammedalbayati@uomustansiriyah.edu.iq

تاريخ الاستلام: 2020/02/10 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/19

****

ملخص:

غرض الدراسة : يهدف البحث الحالي الى تحديد دور خفة الحركة الاستراتيجية الخاصة بـ ابعادها (الحساسية الاستراتجية، والاستجابة الاستراتيجية، والقدرات التعاونية) كمتغير مستقل في تعزيز جودة الخدمة المدركة كمتغير تابع، وقد انبثقت الدراسة من مشكلة واقعية الخاصة بالدورات التدريبية المقدمة للمستفيدين في المراكز التعليمية ، من خلال الاطلاع على استمارات الاستبيان المقدمة لهم بعد انتهاء الدورات التدريبية للعامين (2017 ـ2018) و (2018 ـ 2019)، فضلاً عن استطلاع رأي المحاضرين ومسؤولي مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية .

المنهجية / التصميم : تم توزيع (60) استبانة على المحاضرين ومسؤولي مركز التعليم المستمر ، اذ تم استرجاع (55) استمارة كون (5) استمارات غير صالحة للتحليل ، وتم تحليل الاستمارات بأستخدام برنامجي التحليل الاحصائي (spss.v25, Amos v25) .

---

* م.محمود أسامة عبد الوهاب: mahmooda731@uomustansiriyah.edu.iq

قيمة الدراسة : تتمثل بأهمية متغيرات البحث كونها من المواضيع الحديثة نسبياً ، فضلاً عن تطبيق هذه المتغيرات على القطاع التعليمي.

النتائج العلمية : توصل الباحثان الى مجموعة من النتائج ولعل ابرزها وجود تاثير معنوي لمتغير خفة الحركة الاستراتيجية في جودة الخدمة المدركة ، فضلاً عن توصل الباحثان الى مجموعة من التوصيات من اهمها ضرورة تعاون مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية والاستفادة من تجارب المراكز العالمية والعربية الرائدة في هذا المجال لتحقيق جود الخدمة المدركة.

الكلمات المفتاحية: خفة الحركة الاستراتيجية، الحساسية الاستراتيجية، الاستجابة الاستراتيجية، القدرات التعاونية ، جودة الخدمة المدركة .

Abstract:

Purpose of the study: The current research aims to define the role of strategic agility in its dimensions (strategic sensitivity, strategic response, and cooperative capabilities) as an independent variable in enhancing the quality of perceived service as a dependent variable, and the study has emerged from a realistic problem of training courses offered to beneficiaries in educational centers, Through reviewing the questionnaire forms submitted to them after the end of the training sessions for the years (2017-2018) and (2018-2019), as well as polling lecturers and officials of the Center for Continuing Education at Al-Mustansiriya University.

Methodology / design: (60) questionnaires were distributed to lecturers and officials of the Center for Continuing Education, as (55) forms were retrieved, (5) forms were not valid for analysis, and the forms were analyzed using two statistical analysis programs (spss.v25, Amos v25).

The value of the study: It is the importance of research variables as it is a relatively recent topic, in addition to applying these variables to the educational sector.

Scientific results: the researchers reached a set of results, perhaps the most prominent of which is the existence of a moral impact of the variable strategic agility in the quality of perceived service, in addition to the researchers took a set of recommendations, the most important of which is the necessity of cooperation in the Continuing Education Center at Al-Mustansiriya University and

benefit from the experiences of leading international and Arab centers in this The field to achieve quality of perceived service
key words: strategic agility, Strategic Sensitivity, Strategic response, Collective capabilities perceived quality of service.

المقدمة :

ان التغييرات في الأعمال والبيئة هي حقيقة الحياة التي تعيشها المنظمات، لذلك فأن الاساليب الادارية التقليدية لم تعد تجدي نفعاً ، وخاصة مع التطورات التكنولوجية الحديثة ، الذي يتوجب على المنظمات ان تكون لها مرونة للاستجابة لتلك التغيرات ، والى استخدام اساليب ادارية حديثة تمكنها من تخطي هذه التطورات ، ومن هذه الاساليب خفة الحركة الاستراتيجية التي تمكنها من الوصول الى التميز في جودة الخدمات التي تقدمها ، وجاء هذا البحث لتبني فكر استراتيجي حديث تمكن الجامعات من اتخاذ قرارات وتقديم حلول سريعة لأي امر طارئ .

تناولت الدراسة اربعة مباحث ، تناول المبحث الاول (المنهجية العلمية للبحث والذي تضمن مشكلة واهمية واهداف وفرضيات البحث فضلاً عن المخطط الفرضي) ، في حين تناول المبحث الثاني (الاطار النظري الخاص بـ حركة الخفة الاستراتيجية وجودة الخدمة المدركة) ،اما المبحث الثالث فقد احتوى على (عرض وتحليل النتائج واختبار فرضيات) ، واخيراً تناول المبحث الرابع (الاستنتاجات والتوصيات التي توصل اليها الباحثين) .

المبحث الاول: منهجية البحث

اولاً : مشكلة البحث

يمكن تحديد مشكلة البحث من خلال مجموعة من التساؤلات :

1. ما مستوى تأثير خفة الحركة الاستراتيجية في تقديم جودة خدمة مدركة من قبل المستفيدين؟
2. مدى اهمية خفة الحركة الاستراتجية وجودة الخدمة من قبل مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية ؟

ثانياً: اهداف البحث

تبرز اهداف البحث من خلال مايلي :

1. قياس تأثير ابعاد خفة الحركة الاستراتيجية في جودة الخدمة المدركة .

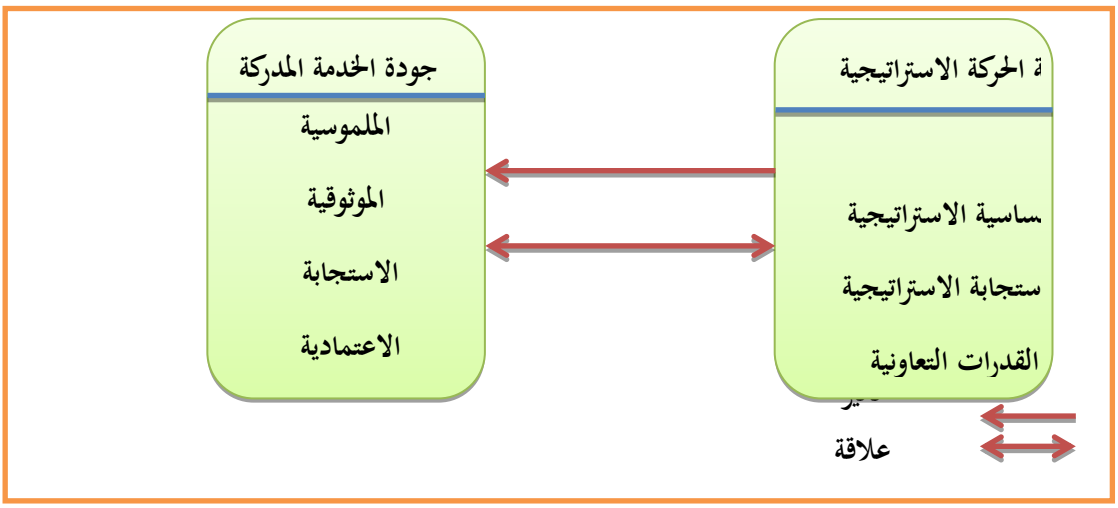
2. قياس مستوى خفة الحركة الاستراتيجية في مركز التعليم المستمر / الجامعة المستنصرية.
3. قياس مستوى جودة الخدمة المدركة في مركز التعليم المستمر / الجامعة المستنصرية.

ثالثاً: اهمية البحث

تتجسد اهمية البحث الحالي من خلال متغيري البحث كونهما من المفاهيم الحديثة نسبياً ، فضلاً عن استهداف موقع مهم في تطوير مهارات المورد البشري الا وهو مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية ، وتعد الدراسة مرشداً لمتخذي القرار في وضع الستراتيجيات وبشكل سريع يتناسب مع التطورات التكنولوجية في البيئة الاعمال .

رابعاً : المخطط الفرضي للبحث

من خلال ما تقدم من المنهجية العلمية للبحث من اهداف واهمية تم اعداد المخطط الفرضي للبحث ليعبر عن العلاقة بين متغيرات البحث ، وكما في الشكل (1) .



شكل(1) المخطط الفرضي للبحث

المصدر :اعداد الباحثان .

خامساً : فرضيات البحث

الفرضية (Hypothesis) الرئيسة: يوجد تأثير معنوي ذو دلالة احصائية لأبعاد خفة الحركة الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة وتتفرع منها ثلاث فرضيات ثانوية على النحو الاتي :

1. **الفرضية (Hypothesis) الثانوية الأولى:** يوجد تأثير معنوي ذو دلالة احصائية لبعد الحساسية الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة .
2. **الفرضية (Hypothesis) الثانوية الثانية:** يوجد تأثير معنوي ذو دلالة احصائية لبعد الاستجابة الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة .
3. **الفرضية (Hypothesis) الثانوية الثالثة:** يوجد تأثير معنوي ذو دلالة احصائية لبعد القدرات التعاونية في تعزيز جودة الخدمة المدركة .

سادساً : منهج البحث

اعتمد الباحثان المنهج (الوصفي والتحليلي) في التعامل مع حيثيات البحث.

سابعاً : مجتمع وعينة البحث

تم اختيار مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية كمجتمع للدراسة ، وتم اختيار عينة الدراسة (55) فرداً من (مدربين التعليم المستمر، المتدربين ، ومسؤولي ومتخذي قرار مركز التعليم المستمر) كونهم الفئة المستهدفة والمناسب في البحث الحالي .

ثامناً : اداة البحث

اعتمد الباحثان الاستبانة المصدر الرئيسي لجمع بيانات الخاصة بالجانب العملي وصممت فقراتها على المقاييس الجاهزة من الدراسات العربية والاجنبية واجراء بعض التعديلات عليها لتكون مناسبة مع متطلبات البحث الحالي ويوضح الجدول (1) فقرات الاستبانة .

جدول (1) مقاييس بمتغيرات الدراسة

ت	المتغير الرئيسي	الابعاد الفرعية	عدد الاسئلة	تسلسل الفقرات في الاستبانة	مصادر المقياس
1	خفة الحركة الاستراتيجية	الحساسية الاستراتيجية	3	3.1	(Mavengere,2013)
		الاستجابة	3	6.4	

		الاستراتيجية			
		القدرات التعاونية	3	9ـ7	
	المجموع		9	ـــــ	
2	جودة الخدمة المدركة	الملموسية	3	12ـ10	(راضي وعباس ،2012)
		الموثوقية	3	15ـ13	
		الاستجابة	3	18ـ16	
		الاعتمادية	3	21ـ19	
		التعاطف	3	24ـ22	
	المجموع		15	ـــــ	
المجموع الكلي			24	ـــــ	

المبحث الثاني : الاطار النظري

اولاً: مفهوم خفة الحركة الاستراتيجية

ظهرت كلمة "خفة الحركة" لأول مرة عام 1991 في تقرير يسمى "استراتيجية الشركات الصناعية في القرن ال21" الذي تم اعداده من قبل معهد Iaocca في جامعة Lehigh بسبب التدهور الحاصل في القطاع الانتاجي للشركات الامريكية وفقدانها القدرة التنافسية ، وظهور مصطلح "الانتاج الخفيف" كطريقة انتاج جديدة في البلدان المتقدمة صناعياً (KUMKALE,2016:118) ، فالخفة هي نوع من انواع المرونة وهي القدره على الاعمال الغير مخطط لها (Narasimhan, 2006: 443)، سعى الباحثون الى تطوير المفاهيم العامة واستثمارها للحفاظ على ذلك التفوق، فكانت جهود الباحثان الفلنديان(Doz & Kospnen) من بين تلك المساعي، فبالرغم من اعتمادهما مفهوم خفة الحركة في العديد من بحوثهما ، الا انهما اثارا مصطلح" خفة الحركة الاستراتيجية "في كتابهما (Fast Strategy) عام 2008وابحاثهما اللاحقة حول الموضوع (Santala, 2009: 35) بدافع الوقوف على اسباب تفوق بعض الشركات العالمي كشركات " Nokia, IBM " ، تعددت مفاهيم الخفة الاستراتيجية لكنها تشترك كونها الاستجابة السريعة للتغيرات في سوق العمل

(Al-Romeedy,2019:2) ، واشار (Becker,2007:5) بأنها القدرة على استغلال الفرص من خلال التخطيط والتنفيذ بعيد الامد بسبب تغيرات الأعمال بسرعة وفاعلية وحسب الحاجة لها ، ووصفها (Oyedijo,2012:1) هي القدرة على التشغيل المربح في بيئة تنافسية بشكل مستمر، وغير متوقع،وتغير فرص العملاء، ويضيف (Swafford et al.,2008:291) بأنها التطبيق الناجح لقواعد المنافسة مثل السرعة والمرونة والجودة والربحية من خلال التكامل بين الموارد من اجل تقديم خدمة تقود الزبون في بيئة سريعة ومتغيرة .

وينظر الى خفة الحركة الاستراتيجية بوصفها تعكس القدرة على التكيف والتوافق المستمر مع التوجه الاستراتيجي في الاعمال كوظيفة من الوظائف الاستراتيجية ، والسعي لخلق ليس فقط منتجات وخدمات جديدة وانما نمإذج وطرائق مبتكرة لخلق القيمة ، حيث تمتاز المنظمات الرشيقة بالصفات التي تميزها عن المنظمات التقليدية (Audran, 2010: 47) وكما موضحة في الجدول (2) .

الجدول (2) الفرق بين المنظمات التقليدية والمنظمات الرشيقة

ت	معيار المقارنة	المنظمات التقليدية	المنظمات الرشيقة
1.	الهيكل التنظيمي	هرمي / رأسي	هيكل شبكي ذو شكل شبكي مسطح
2.	قدرة الوحدات وفرق العمل	تمتلك الخبرة	متعددة الاختصاصات
3.	تدفق المعلومات واتخاذ القرار	مركزية	لا مركزية
4.	دور المدير	السيطرة والرقابة	التنسيق والتسوية
5.	جودة العاملين	الاحترام المتبادل،والكفاءة	التكيف،والمسؤولية،والاستقلالية،واخلاقيات العمل

Source: Audran, A. (2011). Strategic agility: a winning phenotype in turbulent environments.environments (Master of Science in Management, Economics and Industrial Engineering), Politecnico Di Milano, Scuola di Ingegneria dei Sistemi.p 43.

ثانياً: اهمية خفة الحركة الاستراتيجية

تعد خفة الحركة الاستراتيجية أحد أهم المتطلبات الرئيسة لنجاح المنظمة وبقائها ، وان من اسباب حاجة المنظمات الى خفة الحركة الاستراتيجية تعزى الى التغيير في بيئة الاعمال (Kwon,et.al,2018:3) ، واكد (Doz&Kosonen, 2008:106) إن المنظمات تستطيع أن تعيد تكوين ذاتها وتحقيق النمو بتوفير كافة المتطلبات لمواجهة المنافسة الخارجية، والتحلي بالمرونة لمواجهة التطورات، وايجاد طرق مبتكرة من اجل خلق القيمة للمنظمة من خلال اعتمادها خفة الحركة الاستراتيجية ، فيما اوضح (Najrani,2016:1) مدى اهمية خفة الحركة الاستراتيجية عندما اشار الى بعض المنظمات التي كانت تتميز بالنجاح وكانوا منافسين في مجال عملهم مثل منظمة (circuit City) التي اختفت بعد ان كانت رائدة في مجال الالكترونيات ومنظمات اخرى مثل (Kodak, Ericsson) كونها منظمات ليست خفيفة ، واشار (Santala, 2009: 35) بأنها تؤكد على التفكير الاستراتيجي والرؤية الواضحة ، وتبرز اهمية خفة الحركة الاستراتيجية من خلال السرعة التي تمارسها المنظمات في انشطتها من خلال ردة الفعل المناسب تجاه اي تطور في المنتوج التي يقدمها المنافسون الاخرون،فضلا عن تنوع المنتوجات المقدمة للزبون ، والتوسع في التسويق (Tallon,2008:23) ، في حين اشار (varley,2012:4) الى اهميتها من خلال قدرتها على مساعدة المنظمات في العمل بشكل اسرع واكثر فاعلية وخلق مزيد من الانفتاح في المجتمع وتعزيز حركة الناس بالمعرفة .

ثالثاً : ابعاد خفة الحركة الاستراتيجية

لم يكن هناك تباين كبير في في اراء الكتاب والباحثين حول ابعاد خفة الحركة الاستراتيجية ، وان وجدت فانها محاولة لتشخيص الحالة التي ستمكن المنظمة من ان تواكب التغيرات والتطورات الحاصلة في البيئة ، واخيراً فقد تم اختيار الابعاد التالية بناءً على الباحثين المذكورين وهي :

1. **الحساسية الاستراتيجية** : هي قدرة المنظمة على تحديد التغيرات في البيئة وفهمها من خلال تحديد وفهم الفرص المؤاتية بشكل اسرع من المنافسين( ) Kettunen, 2010:11، اي بمعنى اخر تمثل حدة الادراك والوعي المبكر للاتجاهات البيئية وفي الوقت المناسب (Doz&Kosonen, 2008:96) ، فيما اعتبرها (Ofoeghu & AKanbi) البصيرة **Insight** وتعني الانفتاح على اكبر

قدر ممكن من المعلومات والاستخبارات والابتكارات الممكنة عن طريق خلق علاقات مع مجموعة معينة من الافراد والمنظمات (Ofoeghu & AKanbi,2010:155) .

2. **الاستجابة الاستراتيجية** : تمثل ردة فعل المنظمات اتجاه بيئة الاعمال عبر التعاون مع شركائها بسرعة وسهولة (Mavengere, 2013: 11) ، وقد تكون الاستجابة نحو تغيير بيئة المنظمة وقد يفرض تغيير في تركيب وهيكلة المنظمة والذي يمكن ان يحدد فشلها اونجاحها كونها تمثل قدرة داخلية لاعادة القدرات المنظمية واعادة استخدام الموارد بصورة سريعة Doz & (Kosonen,2008:96) ، ويمكن القول بأن المنظمات الخفيفة استراتيجياً بأمكانها اتخاذ قرارت اكثر بشأن سيولة الموارد وبصوة افضل ببما تجعل اعمالها اكثر مرونة (Kettunen2010:11)**القدرات التعاونية** : هي قدرة المنظمة من الاستفادة من تكامل جميع مواردها مثل (المعلومات والموظفين والشركاء والبنية التحتية) لتحقيق اهدافها المنشودة :Mavengere, 2013 (11)، وتتمثل القدرات التعاونية بالممارسات التالية :(اولاً: الاعتمادية المتابدلة من خلال العمل التعاوني ومنع الفئوية ، وتعاون الفريق العلوي بالاشتراك مع الزملاء ، ثانياً اسلوب قيادة المدير التنفيذي والذي يمكن المنظمة من تعظيم نتائج فريق اداري منسجم) (Pesonen,2010:16) .

رابعاً: مفوم جودة الخدمة المدركة

تعرف بأنها جودة الخدمة كما يدركها الزبون وتأتي من خلال المقارنة بين توقعاته مع ادراكه (Singh et al, 2010:3298) ، وتتكون تلك التوقعات من خلال الخبرات السابقة بالمنتج والاعلانات والدعايات (Kotler,2000:438) ، واشار (نور الدين ، 2010 :70) بأنها حكم الزبون بدرجة التميز والتفوق المنسوبة الى الخدمة ، كما عرفت الجودة الخدمة المدركة من قبل (LI Darsono & CM Junaedi ,2006:325) بأنها المقياس الذي يقييم الخدمة من قبل الزبائن ، كما عرف (Zeithaml, 1988:3) حودة الخدمة المدركة من وجهة نظر المستهلكين بهي الجودة التي يفسرها الاخرون بدلاً من الجودة الحقيقية ، في حين يرى كل من (Sumaedi, et al, 2012:167) بأن

الجودة المدركة تقتصر على تقييم مستو اداء الخدمة المقدمة من قبل المنظمة بأستبعاد تقييم السعر والصورة او السمعة للمنظمة ، وفي ذات الاتجاه يرى (Myers & Shocker, 1981) بأن الجودة المدركة هي التقييم الشامل لتفوق المنتجات او الخدمات وفقاً لمستخدميه (Li &Author ,2017:99)، ووفقاً (Grönroos ,1984:37) فأن جودة الخدمة المدركة "هي نتيجة عملية التقييم حيث يقارن الزبائن توقعاتهم بالخدمة التي يستخدمونها .

خامساً: معايير قياس جودة الخدمة المدركة

ويمثل مستوى جودة الخدمة الفجوة بين الخدمة المدركة والخدمة المتوقعة، من خلال خمسة أبعاد لجودة الخدمة وهي :

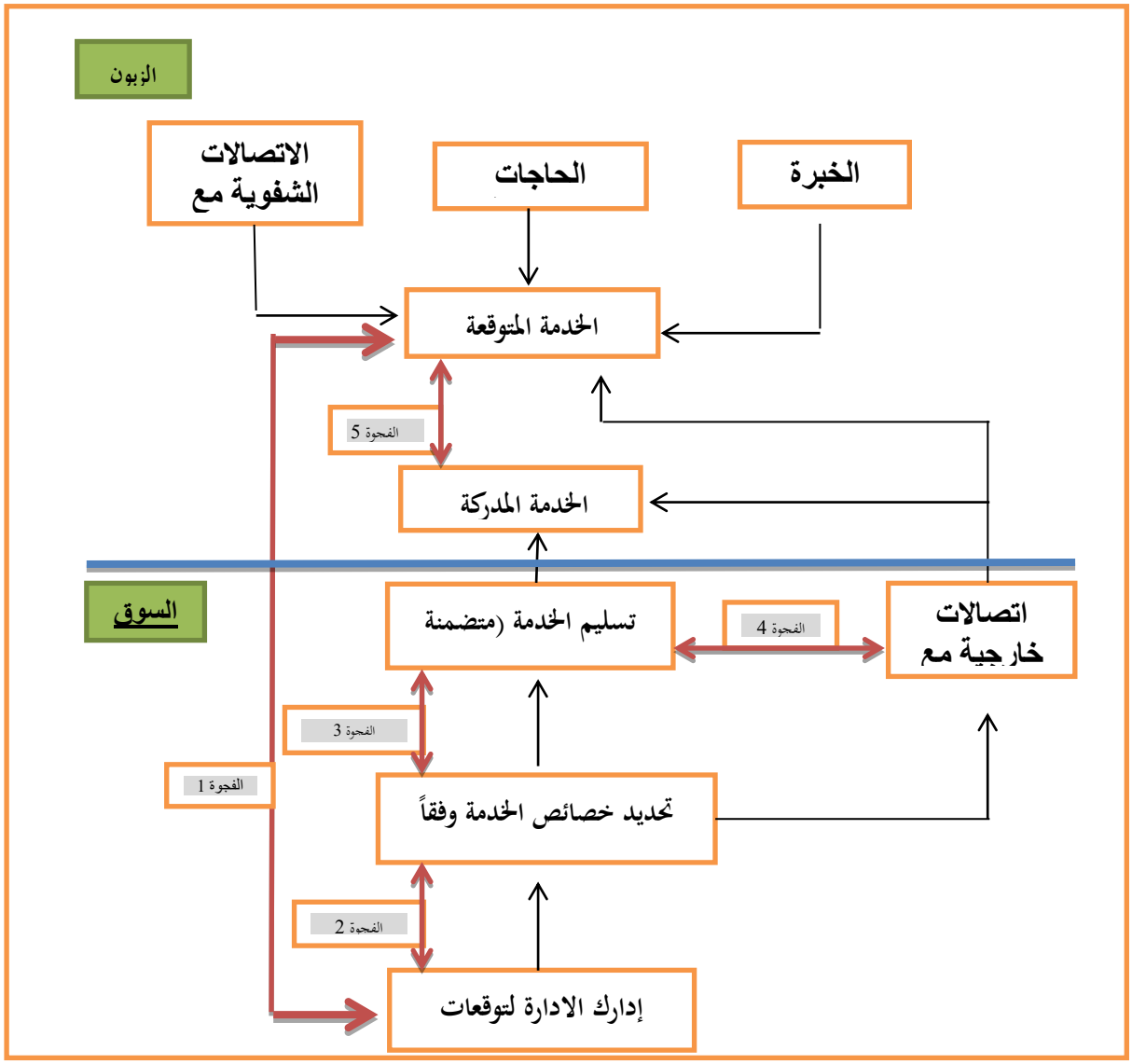
(Kotler (S markovic´& S Raspor,2010:197) , (Silva and Yapa, 2009:3) &Keller, 2012:374),

1. الملموسية: هي المنشآت المادية ، والمعدات ، الموظفين.
2. الموثوقية : هي القدرة على أداء الخدمة بشكل موثوق وبدقة .
3. الاستجابة : هي الاستعداد لمساعدة الزبائن وتقديم خدمة سريعة.
4. الاعتمادية : هي معرفة الموظفين ولطفهم وقدرتهم على اكتساب الثقة.
5. التعاطف : هي توفير الاهتمام الخاص للزبائن.

وقد طور (Parasuraman et al ,1985) نموذجاً يسمى نموذج الفجوة (Servqual) لتقييم جودة الخدمة وتحديد مدى التطابق بين الخدمة المتوقعة والخدمة المدركة حيث حدد خمس فجوات هي : (Singh et al, 2010:3298) كما موضحة في الشكل(2) :ـ

- **<u>الفجوة بين توقعات الزبون وإدارك الادارة</u>** : قد لاتدرك الادارة بدقة رغبات الزبائن بسبب ضعف الاتصالات او قلة المعلومات عن السوق.
- **<u>الفجوة بين ادارك الادارة وخصائص الخدمة</u>** : تشير الى عدم تطابق المواصفات الخاصة بالخدمة مع ادارك الادارة لتوقعات الزبائن ، اي ان الادارة غير قادرة على ترجمة توقعات الزبائن .
- **<u>الفجوة بين خصائص الخدمة وتسليم الخدمة</u>** : هي الفجوة بين خصائص الخدمة والاداء الفعلي لها لعدم وجود تدريب كافين للعاملين .

- **الفجوة بين الخدمة المروجة والخدمة المقدمة** : هي عدم تتطابق الخدمة المروجة مع الخدمة المقدمة لضعف التنسيق بين الانشطة داخل المنظمة .
- **الفجوة بين توقعات الزبون وادراكاته للخدمة المستلمة** : او تسمى ايضا بالفجوة الحقيقية وتتعلق بالفجوة بين الخدمة المتوقعة والخدمة المقدمة فعلاً وعلى اساسها يتم الحكم على جودة الخدمة المقدمة من قبل المنظمة .



Source: Parasuraman ,A., Zeithaml ,v.A.,& Berry, L,L,(1985),"A conceptual model of service quality and its implications for future research ", Journal of marketing ,vol.49 ,No.3,pp41-50.

المبحث الثالث: التحليل الاحصائي للجانب العملي للبحث

اعتمد الباحثان على معامل ثبات (Cronbach's Alpha) لعرض مدى موثوقية البيانات المحصلة من عينة البحث، أما لبرهنة صدق فقرات الاستبانة في تمثل (دور خفة الحركة الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة) خير تمثيل فقد استعمل الباحثان الصدق البنائي بوساطة التحليل العاملي التوكيدي (Confirmatory Factor Analysis)، يليه تحليل وصفي لإجابات افراد العينة من خلال الاوساط الحسابية المرجحة (Weighted Mean) والانحرافات المعيارية (Standard deviation) والاهمية النسبية (The relative importance) لكل فقرة من فقرات الاستبانة. ثم انتقل الباحث لاستعمال تحليل الانحدار الخطي المتعدد لبيان تأثير خفة الحركة الاستراتيجية بأبعادها الثلاث في تعزيز جودة الخدمة المدركة. إذ استعان الباحثان ببرنامجي Amos v25 و SPSS v25 وكانت النتائج على النحو الاتي:

اختبارات الثبات والصدق (Tests Of Reliability and Validity) لأداة القياس الاستبانة

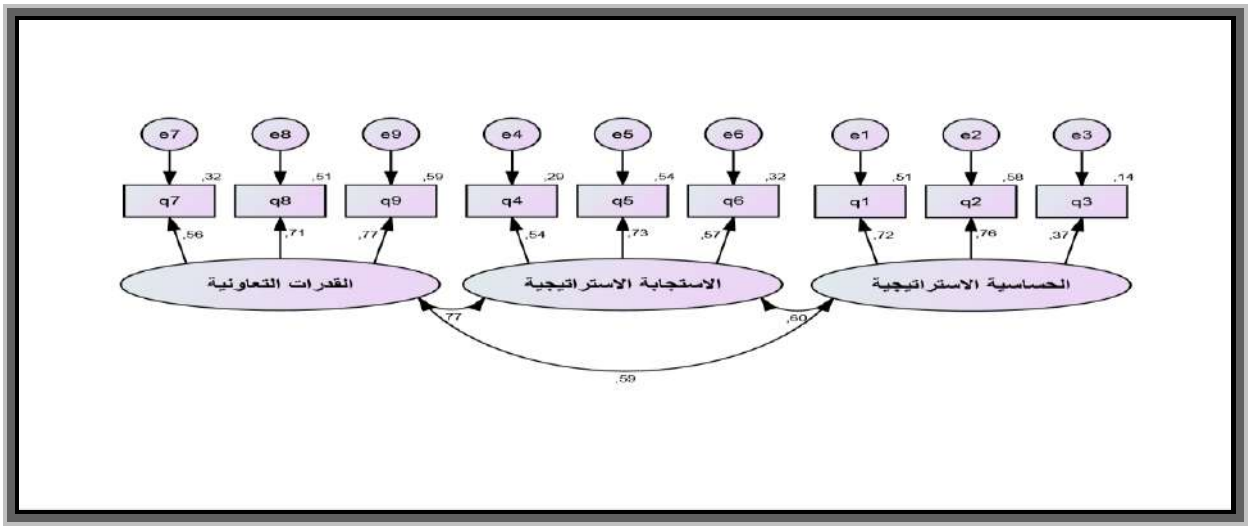
أكد جدول (3) ان قيمة معامل ثبات (Cronbach's Alpha) لمجمل فقرات الاستبانة تساوي (0.739) وهي أكثر من (0.700) بما يؤكد تخطي فقرات الاستبانة لاختبار الثبات بنجاح، ليرجح بذلك وجود ثبات عالي في فقرات الاستبانة ولكل متغير من متغيري البحث.

جدول (3) نتائج اختبار الثبات Reliability

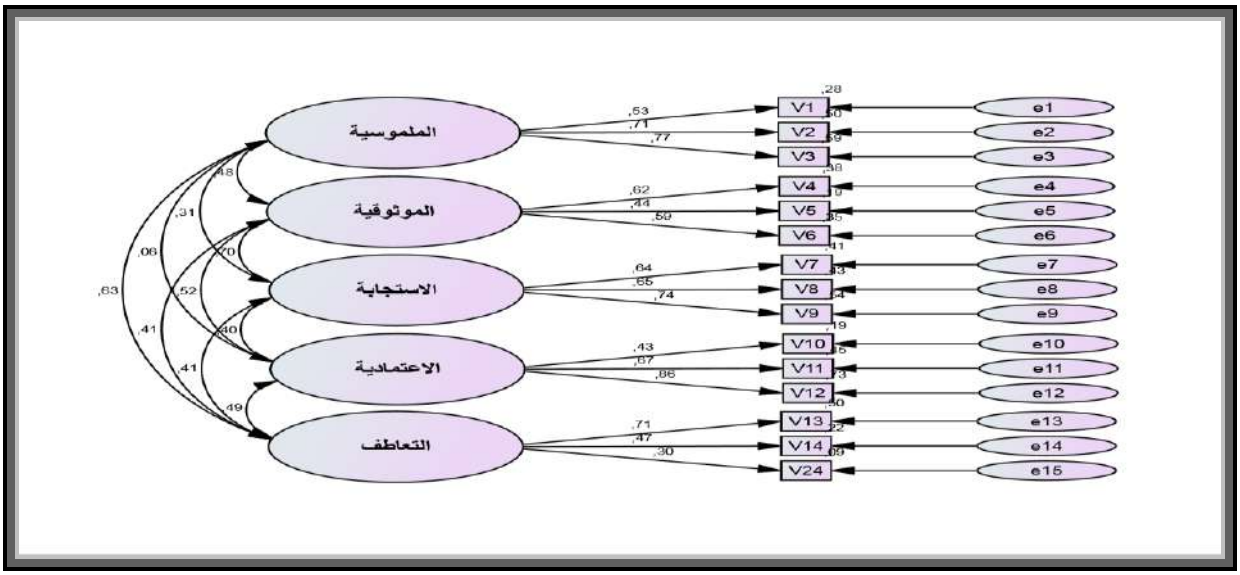
المتغيرات		قيمة معامل الثبات Cronbach's Alpha	تعليق الباحث Comment of the researcher
المستقل Independent Variable	خفة الحركة الاستراتيجية	0.732	وجود ثبات عالي في فقرات خفة الحركة الاستراتيجية

التابع Dependent Variable	جودة الخدمة المدركة	0.701	وجود ثبات عالي في فقرات جودة الخدمة المدركة
مجمل فقرات الاستبانة		0.828	وجود ثبات عالي في فقرات الاستبانة

وأكد التحليل العاملي التوكيدي في جدول (4) وشكل (3) ان الفقرات التسع ضمن المتغير المستقل تمثل خفة الحركة الاستراتيجية خير تمثيل، بما رسخ ان (الحساسية الاستراتيجية والاستجابة الاستراتيجية والقدرات التعاونية) تمثل خفة الحركة الاستراتيجية بأفضل صورة ، كما وثق جدول (4) وشكل (4) صدق تمثيل الفقرات الخمس عشرة الموجودة ضمن المتغير التابع لجودة الخدمة المدركة خير تمثيل بما يؤكد ان (الملموسية والموثوقية والاستجابة والاعتمادية والتعاطف) تؤشر جودة الخدمة المدركة بأفضل صورة.



شكل (3) مخطط التحليل العاملي التوكيدي (على وفق معطيات برنامج AMOS) لمتغير خفة الحركة الاستراتيجية



شكل (4) مخطط التحليل العاملي التوكيدي (على وفق معطيات برنامج AMOS)
لمتغير جودة الخدمة المدركة

جدول (4) نتائج التحليل العاملي التوكيدي

مؤشرات التطابق	معيار القبول	قيمة المؤشر		تعليق الباحثتان
		خفة الحركة الاستراتيجية	جودة الخدمة المدركة	
The Relative Chi-Square	أقل من 5	1.639	1.874	جميع نتائج التحليل العاملي التوكيدي كانت معنوي وبالتالي تأكد صدق تمثيل الفقرات الاربع والعشرين الموجودة في الاستبانة تمثل متغيري البحث خير تمثيل
Good of Fit Index (GFI)	كلما كانت قيمة هذا المؤشر أكبر من 0.9 دل ذلك على جودة النموذج	0.901	0.903	
Root Mean Square Error Of Approximation (RMSEA)	أذا كانت قيمة المؤشر أقل أو تساوي 0.05 دل ذلك على ان النموذج يطابق تماما البيانات أما اذا كانت قيمة المؤشر محصورة بين 0.05 و 0.08 يدل على ان النموذج يطابق بدرجة كبيرة بيانات العينة في خلاف ذلك يرفض النموذج	0.067	0.075	
Normed Fit Index (NFI)	قيمة المؤشر محصور بين صفر وواحد كلما اقتربت من الواحد كان التطابق بدرجة عالية	0.740	0.781	
Comparative Fit Index (CFI)	قيمة المؤشر محصور بين صفر وواحد كلما اقتربت من الواحد كان التطابق بدرجة عالية	0.867	0.882	
Incremental Fit Index (IFI)	قيمة المؤشر محصور بين صفر وواحد كلما اقتربت من الواحد كان التطابق بدرجة عالية	0.879	0.901	
Tucker-Lewis Index (TLI)	قيمة المؤشر محصور بين صفر وواحد كلما اقتربت من الواحد كان التطابق بدرجة عالية	0.800	0.815	

تحليل وصفي لخفة الحركة الاستراتيجية ولجودة الخدمة المدركة

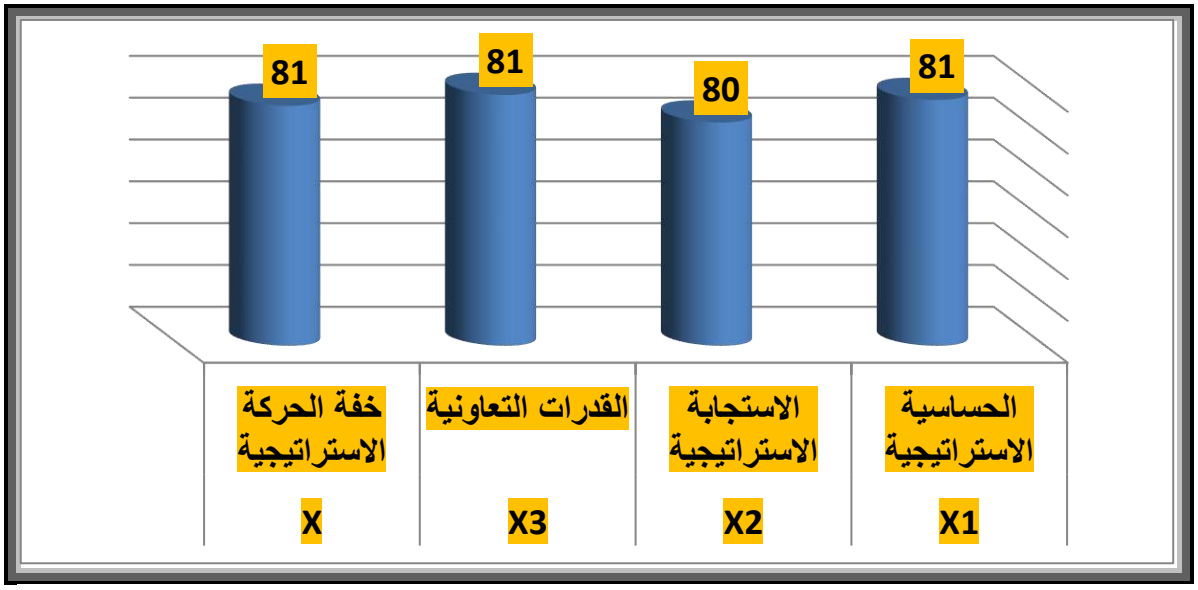
يعين الباحثان في هذه المرحلة من التحليل مستوى استجابة المستجيب على فقرات استبانة البحث انطلاقاً من مصفوفة قوة الاستجابة وكما في جدول (5) على النحو الاتي:

جدول (5) مصفوفة قوة الاستجابة على فقرات الاستبانة

قيمة الوسط الحسابي المرجح (Weighted Mean) محصورة ضمن الفترة	قوة الاستجابة على فقرات الاستبانة The strength of response to the resolution paragraphs	مستوى الاستجابة Response level
من 1 إلى أقل من 1.8	عدم الاتفاق بشدة	منخفض
من 1.8 إلى أقل من 2.6	عدم الاتفاق	
من 2.6 إلى أقل من 3.4	الحياد	معتدل
من 3.4 إلى أقل من 4.2	الاتفاق	مرتفع
من 4.2 إلى 5	الاتفاق بشدة	

أكد جدول (6) ان قيمة الوسط الحسابي المرجح (Weighted Mean) لخفة الحركة الاستراتيجية (4.0640) وهي يوكد ان مستوى أهمية اجابات العينة على فقرات المتغير المستقل قد اتجهت نحو الاتفاق وبمستوى استجابة مرتفع ولاسيما أنها جاءت ضمن الفئة (من 3.4 إلى أقل من 4.2) في مصفوفة قوة الاستجابة، وبانحراف معياري (Standard deviation) بلغت قيمته (0.4157)، والذي يؤشر وجود تناغم في اجابات العينة بخصوص فقرات خفة الحركة الاستراتيجية، بينما كانت الأهمية النسبية قد بلغت (81.28%)، وهذه النتائج توضح اتفاق معظم افراد عينة الدراسة على فقرات المتغير المستقل.

وقد توزعت أبعاد المتغير المستقل بين أعلى مستوى اجابه كانت لبعد القدرات التعاونية بوسط حسابي مرجح بلغ (4.0900) وبانحراف معياري بلغ (0.5720)، وأهمية نسبية كانت (81.80%) ، بينما أشار جدول (6) إلى أن الاستجابة الاستراتيجية حققت ادنى مستوى اجابة بين أبعاد المتغير المستقل إذ بلغت قيمة الوسط الحسابي المرجح لها (4.0238) وكان الانحراف المعياري لها (0.4965)، وأهمية نسبية بلغت (80.48%) وكما مؤشر في شكل (5).



شكل (5) توزيع أبعاد خفة الحركة الاستراتيجية على وفق الأهمية النسبية

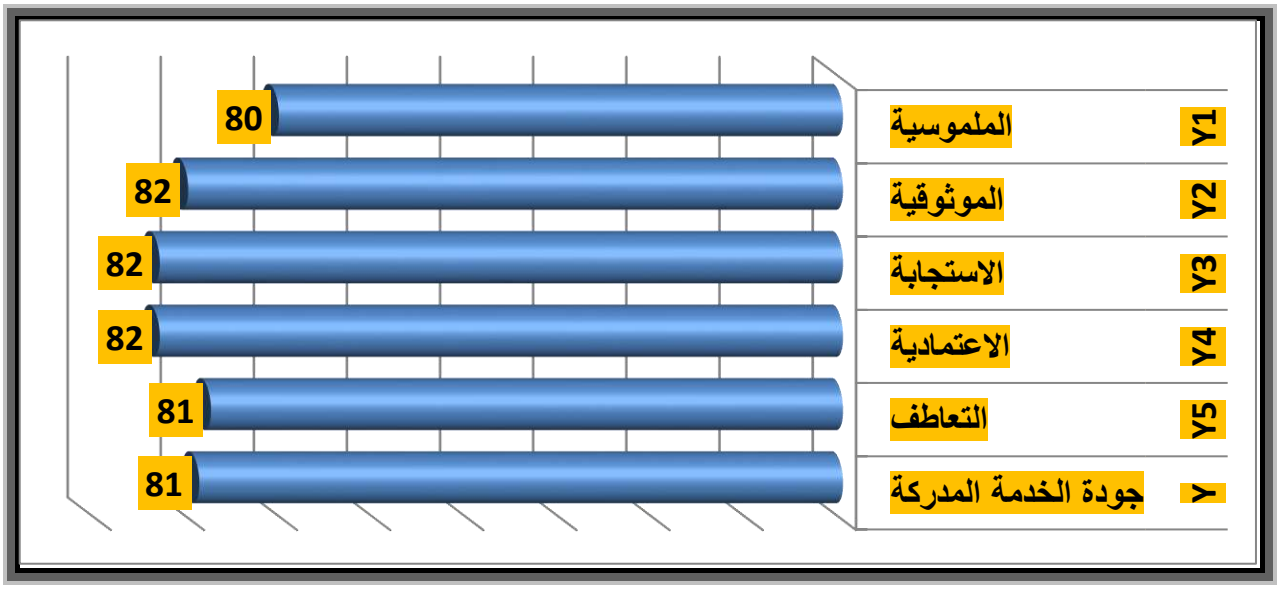
جدول (6) مستوى اهمية خفة الحركة الاستراتيجية و جودة الخدمة المدركة

Response level	The relative importance	Std. Deviation	Weighted Mean	المتغيرات وأبعادها	الرمز
مرتفع	81,56 %	0.4755	4.0782	الحساسية الاستراتيجية	X1
مرتفع	80,48 %	0.4965	4.0238	الاستجابة الاستراتيجية	X2
مرتفع	81,8 %	0.5720	4.0900	القدرات التعاونية	X3
مرتفع	81,28 %	0.4167	4.0640	خفة الحركة الاستراتيجية	X
مرتفع	80,11 %	0.5344	4.0056	الملموسية	Y1
مرتفع	82,06 %	0.4581	4.1031	الموثوقية	Y2
مرتفع	82,67 %	0.5471	4.1336	الاستجابة	Y3
مرتفع	82,67 %	0.4428	4.1333	الاعتمادية	Y4
مرتفع	81,57 %	0.3954	4.0787	التعاطف	Y5
مرتفع	81,82 %	0.3210	4.0909	جودة الخدمة المدركة	Y

نستشف من جدول (6) ان قيمة الوسط الحسابي المرجح لجودة الخدمة المدركة قد سجلت (4.0909) وهي يؤكد ان مستوى أهمية اجابات العينة على فقرات المتغير التابع قد اتجهت نحو

الاتفاق وبمستوى استجابة مرتفع ولاسيما أنها جاءت ضمن الفئة (من 3.4 إلى أقل من 4.2) في مصفوفة قوة الاستجابة، وبانحراف معياري بلغت قيمته (0.3210)، والذي يؤشر وجود تناغم في اجابات العينة بخصوص فقرات جودة الخدمة المدركة، بينما كانت الأهمية النسبية قد بلغت (81.82%)، وهذه النتائج توضح اتفاق معظم افراد عينة الدراسة على فقرات المتغير التابع الخمس عشرة.

وقد توزعت أبعاد المتغير التابع بين أعلى مستوى اجابه كانت لبعد الاستجابة بوسط حسابي مرجح بلغ (4.1336) وبانحراف معياري بلغ (0.5471)، وأهمية نسبية كانت (82.67%) ، بينما أشار جدول (6) إلى أن الملموسية حققت ادنى مستوى اجابة بين أبعاد المتغير التابع الخمسة إذ بلغت قيمة الوسط الحسابي المرجح لها (4.0056) وكان الانحراف المعياري لها (0.5344)،وأهمية نسبية بلغت (80.11%) وكما مؤشر في شكل (6).



شكل (6) توزيع أبعاد جودة الخدمة المدركة على وفق الأهمية النسبية

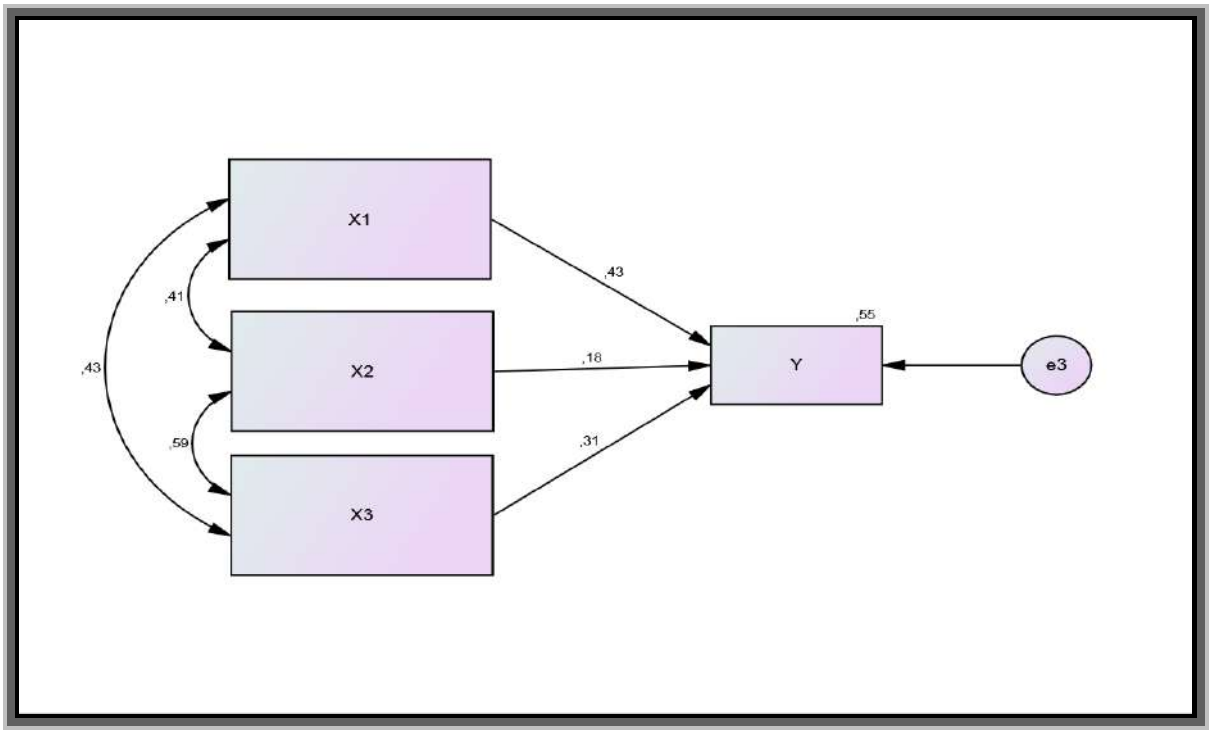
اختبار تأثير خفة الحركة الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة

لجأ الباحثان إلى تحليل الانحدار الخطي المتعدد (Multiple linear regression analysis) لبيان تأثير خفة الحركة الاستراتيجية بأبعادها الثلاثة في تعزيز جودة الخدمة المدركة ، وكانت نتائج تحليل الانحدار الخطي المتعدد على النحو التالي:

نستخلص من جدول (7) قبول الفرضيات الثانوية الأولى والثانية والثالثة وبنسبة ثقة (95 %)، إذ بلغت قيمة F المحتسبة لكل منها (36.169 ، 21.454 ، 29.642) وهي جميعها معنوية، بسبب كونها أكبر من قيمة F الجدولية البالغة (4.0012) عند مستوى معنوية (0.05)، ولا سيما ان مستوى الدلالة (القيمة الاحتمالية) Probability Value المناظر لقيم F المحتسبة كانت (0.000) وهي

أصغر من مستوى معنوية (0.05)، بما يرسخ وجود يوجد تأثير ملحوظ للحساسية الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة. وكذلك وجود تأثير ملحوظ للاستجابة الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة وأكد جدول (7) وجود تأثير ملحوظ للقدرات التعاونية في تعزيز جودة الخدمة المدركة

يستشف من جدول (8) قبول الفرضية الرئيسة وبنسبة ثقة (95 %)، إذ ان قيمة F المحتسبة بلغت (21.129) وهي معنوية، بسبب كونها أكبر من قيمة F الجدولية البالغة (2.8387) عند مستوى معنوية the level of significance (0.05)، ولا سيما ان مستوى الدلالة (القيمة الاحتمالية) Probability Value المناظر لقيمة F المحتسبة كانت (0.000) وهي أصغر من مستوى معنوية (0.05)، بما يرسخ وجود يوجد تأثير ملحوظ لأبعاد خفة الحركة الاستراتيجية مجتمعة في تعزيز جودة الخدمة المدركة ، بينما بلغت قيمة معامل التحديد% R^2 Coefficient Of Determination (55.4 %) مؤشرة بذلك نسبة تفسير أبعاد خفة الحركة الاستراتيجية مجتمعة في تعزيز جودة الخدمة المدركة. كما في شكل (7).



شكل (7) مخطط يؤشر تأثير خفة الحركة الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة
(على وفق معطيات برنامج AMOS)

جدول (7) اختبار تأثير خفة الحركة الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة

الفرضية	المتغيرات		الحد الثابت	معامل	معامل التحديد	F - Test		تعليق الباحثان
الفرضية (Hypothesis)	المستقل independent variable	المعتمد Dependent Variable	الحد الثابت ألفا α Constant	الانحدار بيتا β Regression Coefficient	R^2 % نسبة التفسير Coefficient Of Determination	F value calculated	Probability Value	تعليق الباحثان Comment of the researchers
الثانوية الأولى	الحساسية الاستراتيجية	جودة الخدمة المدركة	2.337	0.430	40.6%	36.169	0.000	يوجد تأثير للحساسية الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة
الثانوية الثانية	الاستجابة الاستراتيجية	جودة الخدمة المدركة	2.694	0.347	28.8%	21.454	0.000	يوجد تأثير للحساسية الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة
الثانوية الثالثة	القدرات التعاونية	جودة الخدمة المدركة	2.716	0.336	35.9%	29.642	0.000	يوجد تأثير للحساسية الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة
قيمة F الجدولية (THE VALUE OF THE F-TABULAR) عند مستوى ثقة The level of confidence 95 % تساوي (4.0012)								

جدول (8) اختبار تأثير خفة الحركة الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة

Comment of the researchers	Probability Value	قيمة F المحتسبة F value calculated	R^2 % نسبة التفسير Coefficient Of Determination	الانحدار بيتا β Regression Coefficient	ألفا α Constant	المعتمد Dependent Variable	المستقل independent variable	(Hypothesis)
يوجد تأثير لخفة الحركة الاستراتيجية في تعزيز جودة الخدمة المدركة	0.000	21.129	55.4 %	0.290	1.734	جودة الخدمة المدركة	الحساسية الاستراتيجية	الرئيسة
				0.117			الاستجابة الاستراتيجية	
				0.172			القدرات التعاونية	
قيمة F الجدولية (THE VALUE OF THE F-TABULAR) عند مستوى ثقة The level of confidence 95 % تساوي (2.8387)								

المبحث الرابع / الاستنتاجات والتوصيات

اولاً: الاستنتاجات

1. اهتمام مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية بنسبة عالية فيما يتعلق بالحساسية الاستراتيجية ، مما يدل على توجه المركز نحو مراقبة التطورات الحاصلة في البيئة .
2. اهتمام مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية بنسبة عالية فيما يتعلق بالاستجابة الاستراتيجية ، مما يدل على قدرة المركز مواجهة التغيرات في البيئة ومواكبتها .
3. اهتمام مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية بنسبة عالية فيما يتعلق بالقدرات التعاونية ، مما يدل على تكامل جميع موارد المركز (المالية والمادية والبشرية والمعلوماتية) نحو تحقيق الاهداف المخطط لها .
4. اوضحت نتائج التحليل الاحصائي بأهتمام مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية في تقديم خدمات ذات جودة ممتازة لجميع ابعادها (الملموسية ، الموثوقية ، والاستجابة ، والاعتمادية ، التعاطف) .
5. اوضحت نتائج التحليل الاحصائي بوجود تأثير قوي لإبعاد خفة الحركة الاستراتيجية في جودة الخدمة المدركة وهذا يدل بأن خفة الحركة الاستراتيجية تسهم في تعزيز جودة الخدمة المدركة.

ثانياً : التوصيات

1. ضرورة توفير بنية تحتية تكنولوجية تواكب التطورات الحاصلة في البيئة وتحديثها بأستمرار لتقديم خدمات تمتاز بالجودة .
2. ضرورة ادراك مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية ان تحقيق جودة الخدمة المدركة لايعني بالضرورة مواكبة التطورات التكنولوجية بدون تحقيق التوزان بين هذه التطورات وبما يحتاجه المركز بشكل فعلي .
3. ضرورة تعاون مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية والاستفادة من تجارب المراكز العالمية والعربية الرائدة في هذا المجال لتحقيق جود الخدمة المدركة .
4. ضرورة توجه مركز التعليم المستمر في الجامعة المستنصرية نحو بالتوقعات المدركة من قبل المستفيدين من خلال تحشيد الجهود في تحسين جودة الخدمات المقدمة .
5. العمل على تطوير معايير خاصة لمتابعة الاداء التعليمي وتقيمه ومن ضمن هذه المعايير قياس رضا المستفيدين .

المصادر:

1. راضي ، جواد محسن وعباس ، بشرى عبد الحمزة ،(2012) ، "**ضمان الجودة في التعليم العالي وأثره في جودة الخدمة المدركة**" / دراسة اختبارية على عينة من طلبة كلية الادارة والاقتصاد /جامعة القادسية ،مجلة القادسية للعلوم الادارية والاقتصادية ،المجلد 14 العدد 4 .
2. نور الدين ، بو عنان ،(2010)، **"جودة الخدمات واثرها على رضا الزبائن"** ،رسالة ماجستير في ادارة التسويق ،جامعة محمد بو ضيعان ، الجزائر.
3. KUMKALE, İlknur (2016)"**Organization's Tool For Creating Competitive Advantage: Strategic Agility**, Balkan and Near Eastern Journal of Social Sciences, 02 (03).
4. Al-Romeedy, Bassam Samir,(2019),"Strategic **Agility as a Competitive Advantage in Airlines - Case Study: Egypt Air"**, Journal of the Faculty of Tourism and Hotels-University of Sadat City, Vol. 3, Issue 1, June.
5. Kwon, Sang Jib & Ryu, Doojin,and Park, E,(2018), **THE INFLUENCE OF ENTREPRENEURS' STRATEGIC AGILITY AND DYNAMIC CAPABILITY ON THE OPPORTUNITY PURSUIT PROCESS OF NEW VENTURES: EVIDENCE FROM SOUTH KOREA**, Academy of Strategic Management Journal Volume 17, Issue 1.
6. Narasimhan, R., Swink, M., & Kim, S. (2006), **"Disentangling leanness and agility: An empirical investigation"**, Journal of Operations Management, Vol. 24, Issue (5).
7. Santala, M., (2009), "**Strategic Agility in a Small Knowledge Intensive Business Services Company: Case Swot Consulting**", Organization and Management Master's thesis Helsinki School of Economics, Aalto University, Finland.
8. Audran, R., (2010) ," **Strategic Agility: A Winning Phenotype in Turbulent Environments**", Master of Science in Management, Economics and Industrial Engineering, POLITECNICO DI MILANO, School of systems engineering, Italia.
9. Becker, Bob, (2007), " **Strategic Agility The Ultimate Competitive_Advantage**", www.sa-advantage.com.
10. Oyedijo, Ade, (2012), " **Strategic Agility and Competitive Performance in the Nigerian Telecommunication Industry: An Empirical Investigation**", American International Journal of Contemporary Research,Vol. 2 No. 3.
11. Doz, Yves &Kosonen, Mikko, (2008), "**The Dynamics of Strategic Agility: Nokia's Rollercoaster Experience** ", California Management Review, Vol.50, No.3, PP.95-118.

12. Najrani, Majed (2016)," **The Effect of Change Capability, Learning Capability and Shared Leadership on Organizational Agility**", Doctor Dissertation of Education in Organizational Leadership (Unpublished), Pepperdine University.
13. Swafford, P.M, Ghosh, S. and Murthy, N. (2008). "**Achieving supply chain agility through IT integration and flexibility**", International Journal Production Economics, Vol.116No.2, pp. 288–297.
14. Tallon,P.P,(2008)," **Inside the adaptive enterprise :An Information Technology Capabilies Perspective on Business Process Aglity**",Springer Science Business Media. Volume 9, Issue 1, pp 21–36.
15. Varley, C. (2012) " **International Workshop "Strategic Agility for Strong Societies and Economies**" Summary and issues for further debate, 10 November , OECD Conference Centre, Paris , pp. 1-28.
16. Kettunen, O., (2010), "**Agility Product Development and Strategic Agility in Technology Firms**", Thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Science (Technology), Helsinki University of Technology.
17. Ofoeghu, O .E. &Akanbi, P.A., (2012),"**the influence of strategic Agility on the Perceived Performance of Manufacturing Firms in Nigeria**", international Business &Economics Research Journal , VOL.(11),NO.(2).
18. Mavengere, Nicholas Blessing,(2013) ,"**Information technology role in supply chain's strategic agility**", Int. J. Agile Systems and Management, Vol. 6, No.1.
19. Pesonen, Julius, (2010),"**Strategy Agility in Production Networks**", Master Thesis in Science(Unpublished) ,Tampere university of Technology.
20. Singh, R. et al., (2010), "**Serviqual and model of service quality gap**", International Journal of Engineering science and technology, vol.2 (70), 3297-3304.
21. Kotler, Philip, (2000), **Marketing management**, prentice hell international, Inc, the millennium ed , New jersey ,USA .
22. LI Darsono, CM Junaedi (2006), "**An examination of perceived quality, satisfaction, and loyalty relationship: Applicability of comparative and noncomparative evaluation**",Gadjah Mada International Journal of Business September-December, Vol. 8, No. 3, pp. 323–342.
23. Zeithaml, V. A., (1988), "Consumer perceptions of price, quality, and value: A means-end model and synthesis of evidence", Journal of Marketing, 52(3), 2-22.

24. Sumaedi, S., Mahatma Yuda Bakti, G., & Metasari, N. (2012), "**An empirical study of state university students' perceived service quality**", Quality Assurance in Education, 20(2), 164-183.
25. Li, Cheng-Ping & Author, Corresponding,(2017),"**Effects of Brand Image, Perceived Price, Perceived Quality, and Perceived Value on the Purchase Intention towards Sports and Tourism Products of the 2016 Taichung International Travel Fair**", The Journal of International Management Studies, Volume 12 Number 2, August ,97-107.
26. Grönroos, C.(1984),"**AService Quality Model and its Marketing Implications**". European Journal of Marketing, Vol. 18(4), 36-44.
27. S markovic´& S Raspor, (2010), "M**easuring Perceived Service Quality Using SERVQUAL: A Case Study of the Croatian Hotel Industry**", management 5 (3): 195–209 .
28. Kotler, P. and Keller, K. L. (2012), "**Marketing Management**", 14th edition, New Jersey: Pearson Prentice Hall.
29. Silva, K. A. and Yapa, S. T. (2009), "**Customer Retention: With Special Reference to Telecommunication Industry in Srilanka**", International Conference on Business and Information, Kuala Lumpur, Malaysia, PP: 1-15.
30. Parasuraman, A., Zeithaml, V.A. and Berry, L.L. (1985), "A **conceptual model of service quality and its implications for future research"**, Journal of Marketing, Vol. 49 No. 3, pp. 41-50.

حدود المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب العراقي في ضوء الحصانة النيابية

Borders Criminal liability to a Member of the Iraqi Council of Representatives in the light of parliamentary Immunity

د.أميل جبار عاشور (*)
كلية الحقوق- جامعة ميسان - العراق
ameelashour@uomisan.edu.iq.

تاريخ الاستلام: 2019/05/25 تاريخ القبول للنشر: 2019/11/05

****

ملخص:

مما لا شك فيه أن حدود المسؤولية الجزائية للأعضاء المجالس النواب العراقي من الموضوعات المهمة في القانون الجنائي ؛ وعليه توشك غالبية التشريعات الدستورية على منح أعضاء مجالس النواب نوعاً من الحصانة التي تمكن العضو النيابي من القيام بكافة أوجه مظاهر العمل النيابي بحرية تامة دون أن تلحقه أي نوع من المسؤولية, وبما أن تلك المسؤولية ومنها المسؤولية الجزائية تعد إستثناء من القاعدة العامة التي توجب المساواة إلتامة بين المواطنين، فإنه يجب وضع الحدود القانونية للإطار الذي يجب أن تمارس فيه اطاره تلك الحرية, فلكي يتمكن أعضاء المجالس النواب العراقي من القيام بمهام عمله النيابي فلا بد من منحه الحصانة بشقيها الموضوعي والاجرائي التي تجنبه المسائلة عن أقوالة أثناء مناقشتة واقرار مشاريع القوانين داخل قبة البرلمانية، علاوة على ذلك قيامه بواجبة الرقابة على السلطة التفيذية من خلال طرح الأسئلة والاستجوابية, كما أن من أهم إثار الحصانة هي ايقاف جميع الإجراءات الجنائية ولو بصورة موقتاً لحين أخذ إذن البرلمان، فضلاً عن ذلك تحول دون الإتهامات الكيدية ضد اعضاء البرلمان والتي تحول دون حضور النائب جلسات المجلس التي قد يمارسها النائب والتي تعد من مستلزمات الرقابة على إعمال السلطة التنفيذية.

الكلمات المفتاحية : المسؤولية الجزائية, الحصانة, عضو مجلس النواب, العقوبات

*د.أميل جبار عاشور:.ameelashour@uomison.edu.iq

Abstract:

here is no doubt that the limits of the criminal responsibility of members of the Iraqi Council of Representatives are important issues in the criminal law; Consequently, most constitutional legislations are close to granting members of the Council of Representatives a kind of immunity that enables the member of parliament to carry out all aspects of the parliamentary work freely without inflicting any kind of responsibility on him, and since that responsibility, including criminal responsibility, is an exception from the general rule that requires complete equality Among citizens, the legal boundaries of the framework within which its framework must exercise that freedom must be established. In order for members of the Iraqi Council of Representatives to carry out the tasks of its Parliamentary work, it must be granted immunity, both substantive and procedural, that avoids accountability for statements during the discussion and approval of bills within the Parliamentary Dome Moreover, he has an obligation to monitor the executive authority by asking questions and interrogating, and one of the most important effects of immunity is the cessation of all criminal procedures, even temporarily until the permission of Parliament is taken, in addition to that prevent the malicious accusations against members of Parliament that prevent the presence of the deputy Council sessions that the deputy may practice, which are considered requirements for monitoring the implementation of the executive authority.

key words: Criminal responsibility, immunity, member of the House of Representatives, penalties.

مقدّمة:

اولاً: أهمية البحث.

أولا: تكمن أهمية الموضوع في دارسة نطاق المسؤولية الجزائية وحدودها الزمانية والمكانية في ضوء الحصانة الدستورية للأعضاء مجلس النواب, وآثار تطبيقها من الناحية الموضوعية والاجرائية على اعملهم التشريعية والرقابية.

ثانياً: معرفة حدود المسؤولية الجزائية للاعضاء المجلس النواب، والحالات التي يمكن معها اعمال قواعد المسائلة، ومدى الاختلاف بين النظام الدستوري المقارنة في هذا المجال.

ثانياً: اشكالية البحث.

يسعى الباحث من خلال هذا البحث الى التعرف على الوقوف على حدود المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب العراقي وذلك في ضوء الحصانة الدستورية, من خلال الاجابة عن بعض التساؤلات الاساسية في هذا البحث والمتمثلة في معرفة ماهي المسؤولية الجزائية التي يرتكبها عضو مجلس النواب العراق وما شروط تحقها؟ هل يمكن جراء التعقيبات الجنائية بحق عضو مجلس

النواب في حالة ارتكابه جرماً جنائياً وخالف المحضورات التي أوجب المشرع الدستوري بعدم اتيانها خلال فترة العضوية, وهل الحصانة البرلمانية المقررة للأعضاء المجالس النيابية متسقة مع مبررات اقرارها دستوريا .

ثالثاً:منهج البحث.

سنعتمد في هذا البحث المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، اذ سنتناول بالوصف والتحليل اجراءات فرض المسؤولية الجزائية على أعضاء مجلس النواب العراقي وحسب ما جاء في دستور 2005 ، ولعل استخدام هذا المنهج يسهم في التعرف والوقوف على مواطن القوة والقصور والتناقض في الأحكام الدستورية والقانونية الجنائية المتعلقة بفرض المسائلة الجزائية على جرائم عضو مجلس النواب المعمول بها في العراق في ضوء الحصانة الدستورية، وهو ما يمكّن من اقتراح أنسب الحلول لمعالجة القصور وإزالة التناقض، مع تعظيم الاستفادة من مواطن القوة.

وما من شك في أن الدراسة المقارنة للأنظمة القانونية في البلاد المختلفة تغدو ضرورة ملحة ، ومطلباً جوهرياً ولازماً للنظر في النظام القائم ابتغاء تمحيصه وتقييمه على ضوء تجارب الآخرين وخبراتهم ، ومن ثم كان من الطبيعي أن تتجه دراستنا نحو المنهج المقارن ايضاً ، اذ ستتم المقارنة بموقف بعض القوانين العربية كالقانون المصري وبعض القوانين الاخرى .

رابعاً: هيكلية البحث.

وبناء على ما تقدم سنقسم الدراسة على ثلاثة مباحث خصصنا المبحث الاول توضيح مفهوم العضوية البرلمانية وشروطها , بينما كان المبحث الثاني لبيان المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب واركانها وجعلنا المبحث الثالث والاخير الى الاحكام الجزائية الصادرة بحق عضو المجلس النواب.

المبحث الأول: مفهوم العضوية البرلمانية وشروطها

لبيان مفهوم العضوية البرلمان العراقي والدورالذي يلعبة عضو مجلس النواب من خلال دوره الرقابي والتشريعي والتي تمنحه هذه الوظيفة الحصانة الدستورية والقانونية بعيداً عن المسائلة الجزائية , كون هذه العضوية من أهم واخطر الوظائف في الدولة لما تتضمنه من مهام متعلقة بالتشريع والرقابة, والتي تتصل بعمل السلطات الاخرى في الدولة بل يقوم عليها كيان الدولة والمجتمع . وعليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول بيان وتعريف العضوية بينما يكون المطلب الثاني شروط الترشح لعضوية مجلس النواب العراقي، وعلى النحو الاتي :

المطلب الأول: مفهوم العضوية البرلمانية

من أجل الوقوف على تعريف لعضوية البرلمانية بشكل دقيق , سوف نتطرق لتعريفها من

الناحيتين اللغوية والاصطلاحية تباعاً, وهذا ما سيتم في الفرع الاول, أما الفرع الثاني سيكون لبيان أنواع العضوية البرلمانية.

الفرع الاول: تعريف عضو مجلس النواب لغة واصطلاحاً

تعريف العضوية لغة :- العضو في اللغة العربية يدل على الجزء اي تجزئة الشي من ذلك العضو, والعضة هي القطعة من ذلك الشي وعضيت الشي وزعته.[1] ايضا العضو يعني الشخص المشترك في جماعة او حزب او شركة او الشخص الذي يحترف التحدث الى اعضاء الكونغرس لدعم موقف معين او لائحة تشريعية معينة.[2]

عضى تعضية الشي: فرقه ووزعه, عضى القوم فرقهم, عضى الشاة جزاها والعضو كل جزء من مجموع الجسد كاليد للملس والاذن للسمع الخ ...[3]

كما يقال للعضو كل عظم واخر من الجسم بلحمه وهو الفرد من جماعة او جمعية او مؤسسة او نادي معين.[4] اذن العضوية تعني الجزء او الفرد او العضو الواحد في جماعة او هي الصيغة التي تطلق على كل من يكون جزء من كل, فالنائب هو جزء من المجلس والعضوية هي صفة الصيغة به كونه يمثل ذلك الجزء.

اما كلمة برلمان:- هي هيئة تشريعية عليا في الحكم الديمقراطي تتكون من عدد من النواب الممثلين عن الشعب, ويعرف كذلك باسم مجلس النواب ومجلس النواب او مجلس الامة واعضاوءه ينتخبون من قبل الشعب ويمثلون السلطة التشريعية.[5]

اما العضوية البرلمانية اصطلاحا:- ونلاحظ انه لم يرد تعريف دقيق لعضو البرلمان او للعضوية البرلمانية في قانون الانتخابات رقم 16 لسنة 2005 المعدل , النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لعام 2005 وكذلك قانون المفوضية العليا للانتخابات رقم 11 لسنة 2007 والانظمة الصادرة منها.

ولكننا نستطيع القول انها مرتبطة بالنائب ارتباطاً مباشراً حيث ان وظيفة النائب هي تمثيل الشعب في داخل البرلمان ومنها تظهر صلاحياته المتعددة في المساهمة في حقل التشريع وفي سياسة الحكومة وان عضو البرلمان يمثل الامة باكملها وليس فقط تمثيل دائرته الانتحابية, اذ يستطيع النائب ان يعبر عن رأيه بحرية كاملة من دون التقييد باي تعليمات من الناخبين لانه يعمل من اجل الصالح العام الذي يلبي رغبات الامة وليس تحقيق مصالحه الشحصية.[6]

الفرع الثاني :أنواع العضوية البرلمانية

هناك نوعان من العضوية البرلمانية، الأولى العضوية المباشرة أو الأصلية والتي يحصل عليها النائب عن طريق صناديق الاقتراع والفوز بالأصوات اللازمة لشغل المقعد النيابي بعد الإعلان النهائي لنتائج الانتخابات والمصادقة عليها من قبل الجهة المختصة، أما النوع الثاني فهي العضوية غير

المباشرة أو البديلة أو اللاحقة أو المكتسبة وذلك بحلول أحد المرشحين محل الآخر لوجود أحد الأسباب التي حددها القانون كالوفاة أو الاستقالة أو الإقالة أو المرض أو العجز عن أداء المهام أو فقدان أحد شروط العضوية أو الإستيزار..... الخ.[7]

فهذا النوع من العضوية لم يحصل عليها المرشح من خلال صناديق الاقتراع بالحصول على العدد المطلوب من أصوات الناخبين كما في العضوية الأصلية أو المباشرة بل جاءت لاحقة لإعلان النتائج النهائية للانتخابات وعن طريق قانون استبدال الأعضاء. وعليه سنتناول كلا النوعين في فقرتين مستقلتين. [8]

أولا: العضوية المباشرة.

يعد فوز المرشح بالانتخابات النيابية ومصادقة الجهة المختصة على النتائج الانتخابية النهائية يجعل منه عضواً أصيلا ومباشراً في السلطة التشريعية فيكتسب صفة العضوية الأصلية أو المباشرة بعد أن أستحق المقعد النيابي من خلال أصوات الناخبين وصناديق الاقتراع التي أهلته أن يكون عضوا في البرلمان إبتداءا. [9]

كما أن اكتساب المرشح لهذا النوع من العضوية وشغل المقعد النيابي يتم من خلال النظام الانتخابي الذي نجده في النصوص الدستورية ونصوص قانون الانتخابات، ويختلف هذا النظام من دولة إلى أخرى، فهناك من الدول تتبنى النظام الفردي، ومنها من يأخذ بنظام القائمة سواء كانت مفتوحة أو مغلقة أو مزدوجة، فحصول المرشح على الأصوات اللازمة الشغل المقعد النيابي يجعل من وصوله إلى البرلمان واكتسابه صفة العضوية فيه ديمقراطية في أعلى صور الديمقراطية وبشكل لا يدع مجال للشك أو الطعن .[10] ويمكننا أن نسمي هذا النوع من العضوية (بالعضوية الانتخابية أو العضوية بالانتخاب).

ثانياً: العضوية الغير المباشرة.

في بعض الأحيان لا يكون مجيء النائب عن طريق صناديق الاقتراع مباشرة وإنما إستنادا لنصوص قانونية خاصة تقضي بإمكانية استبدال الأعضاء الأصلاء، فالمقعد النيابي الذي شغر لا يمكن إبقاءه شاغرة وإنما يتم شغله من قبل مرشح بديل وفقا لشروط محددة فإذا حصلت مثل هكذا حالة (وجود المقعد الشاغر) ولأي سبب كان سواء بعد إجراء الانتخابات بفترة قصيرة أو طويلة يتم اللجوء إلى قانون استبدال الأعضاء لسد النقص الحاصل في عدد أعضاء المجلس المحدد قانونا.[11]

إن هذا النوع من العضوية يتم اكتسابها دون اللجوء إلى صناديق الاقتراع مباشرة كما هو الحال في العضوية الأصلية والتي كانت ثمرة نتائج **الانتخابات للحاجة الماسة لإكمال العدد المطلوب**

الأعضاء المجلس والذي يتأثر لا محالة إذا شغر أحد المقاعد النيابية، وهذا ما نص عليه قانون استبدال الأعضاء رقم (6) لسنة 2006 ، ويمكننا أن نسمي هذا النوع من العضوية (بالعضوية بالتعيين).[12]

المطلب الثاني: شروط العضوية في مجلس النواب العراق

غالبا ما ينص الدستور والقوانين ذات العلاقة على حق الترشح والشروط الواجب توفرها في المرشح لكي يكون عضوا في مجلس النواب، إذ نص دستور العراق في المادة (49) لسنة ٢٠٠5 منه على شرطين هما الجنسية والأهلية، واحال بقية الشروط إلى قانون انتخابات مجلس النواب العراقي، وكان الاجدر بالمشرع العراقي النص على شروط العضوية كلها في الدستور لأهميتها وأهمية دور العضو في العملية التشريعية, إذ جاءت الفقرة (٢) من المادة (49) من دستور العراق لسنة ٢٠٠5 بشرطين هما الجنسية والاهلية [13]، واحالة بقيت الشروط إلى قانون انتخابات مجلس النواب[14]، وبالرجوع إلى قانون انتخابات مجلس النواب العراقي الذي نص على شروط المرشح لعضوية مجلس النواب في المادة (٨) التي جاء فيها (يشترط في المرشح لعضوية مجلس النواب اضافة للشروط الواجب توفرها في الناخب ما يأتي: (أن لا يقل عمره عن (٣٠) ثلاثين سنة عند الترشيح وان لا يكون مشمولا بقانون هيئة المساءلة والعدالة أو أي قانون أخر يحل محله وان يكون حسن السيرة والسلوك وغير محكوم بجريمة مخلة بالشرف وان يكون حاصلا على شهادة الإعدادية كحد ادني أو ما يعادلها وان لا يكون قد اثري بشكل غير مشروع على حساب الوطن أو المال العام وان لا يكون من افراد القوات المسلحة أو المؤسسات الأمنية عند ترشيحه). ومن خلال ما تم ذكره سوف نبين هذه الشروط في فرعين نتاول في الفرع الاول شروط العضوية الواردة في نصوص الدستور العراقي , بينما نتاول في الفرع الثاني الشروط الورادة في قانون الانتخابات العراقي.

الفرع الأول: شروط العضوية الواردة في نصوص الدستور العراقي

أشار المشرع الدستوري لشرطين أساسيين للترشيح لعضوية مجلس النواب العراقي وهما شرط الجنسية العراقية وشرط الأهلية، وقد جاء النص على هذين الشرطين بشكل عام ومطلق دون ذكر التفاصيل، وهذا هو شان النصوص الدستورية في معظم دول العالم تنظم المسائل تنظيما عاما، تاركة التفاصيل للمشرع العادي الذي يتولى توضيح الأحكام التفصيلية وهذا ما أكدته الفقرة (ثالثا) من المادة (49) بقولها: ((تنظم بقانون، شروط المرشح والناخب وكل ما يتعلق بالانتخابات)).[15]

أولاً: شرط شرط الجنسية العراقية:

لعل الحقوق السياسية بصفة عامة من الحقوق التي لا يتاح للاجانب التمتع بها في أراضي الدول التي يتواجدون فيها، فهي حقوق ذات صفة وطنية تمنح فقط للمواطنين وتتمثل بحق الانتخاب وحق

الترشح وحق المشاركة في الاستفتاء العام، لذا يمنع الأجنبي من المشاركة في الانتخابات بالترشيح، وذلك أن حق الترشيح هو من أكثر الحقوق السياسية خصوصية بالنسبة للأفراد، والذي يجب أن يبقى محصورة بالمواطنين فقط حاملي جنسية الدولة وذلك لارتباطه الوثيق بممارسة سيادة الدولة، والتي لا يترك أمر تقرير مصيرها للاجانب، فالمواطن هنا هو من تربطه رابطة الجنسية والتي هي عبارة عن رابطة قانونية وسياسية تقوم بين الشخص والدولة على النحو المنصوص عليه في القانون وتتضمن الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها من الحقوق وكذلك مسؤوليات كل من الفرد والدولة.[16]

ويتبين من التعريف المذكور أن رابطة الجنسية هي المانحة للفرد حق الترشيح، حيث أن المرشح هو الذي يمكن أن يكون هدفه تحقيق المصلحة العامة واداء وظائف الدول باسم ولمصلحة الشعب، وهذا لا يتوفر في الأجنبي الذي لا تكون له رؤية ومناسبة لواقع المجتمع، كما وان تدخل الأجنبي وتمتعه بحق الترشيح يخشى منه من حيث تدخل دولته في الشؤون الوطنية)، وذلك لعدم توفر صفة المواطنة فيه).[17]

ويمكن أن نسأل هنا، هل يستوي في ذلك - أي في الترشيح - ان تكون الجنسية أصلية، أم كانت مكتسبة ؟ لو دققنا في الأمر على مستوى حق الانتخاب، سوف لم نجد أي تمييز فيه بين الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة، الا أن الأمر يكون مختلف في أحكامه بالنسبة لحق الترشيح، فما ساوى فيه قانون الانتخاب رقم (45) لسنة ٢٠١٣، لا نجد له صدي عند مراجعة قانون الجنسية رقم (26) لسنة ٢٠٠6، فقد نصت المادة (٩/ثانية) منه على عدم الترشيح بالنسبة لحامل الجنسية المكتسبة للانتخابات البرلمانية قبل مرور عشر سنوات على اكتسابه الجنسية العراقية، ويستثنى من هذا الحكم، من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضاً، وكان مقيمة بصورة معتدلة عند ولادة ولده وعلى هذا الأساس قدم طلباً لأكتساب الجنسية العراقية، وذلك وفق المادة الخامسة من قانون الجنسية العراقية المذكور اعلاه.[18]

وإذا كان هذا هو حكم حامل الجنسية المكتسبة، يبقى لنا هنا مناقشة حكم الأشخاص متعددي الجنسية، والذي يقصد به أن يكون الشخص في وضع قانوني يؤدي الى حملة أكثر من جنسية واحده، فيكون في ذات الوقت هو من رعايا أكثر من دولة، فمع أن قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠6، وكذلك قانون الانتخاب رقم (45) لسنة ٢٠١٣, لم ينص بشكل واضح وصريح على منع متعددي الجنسية من الترشيح لانتخابات مجلس النواب، الا اننا نجد من المنطق هنا اعمال نص المادة (١٨/رابعة) من دستور العراق لسنة 2005, والتي تمنع متعددي الجنسية من تولي المناصب السيادية، ذلك كوننا نجد أن عضو مجلس النواب من المناصب السيادية، أو على الأقل يمكن

المتعدد الجنسية الترشيح للانتخابات مع اجباره على التخلي عن الجنسيات الأخرى غير العراقية في حالة فوزه وحصوله على مقعد في مجلس النواب، ذلك أن السلطة التشريعية تشترط في اعضاءها الولاء الخالص للدولة التي يكونون جزءاً من هيئتها التشريعية لكي يمارس دوره التشريعي والرقابي بكل حيادية وبعيدا عن أي تأثيرات تتعلق بالولاء لأي دولة أخرى.[19]

ثانياً: شرط الأهلية:

تعرف اهلية الاداء بأنها ((القدرة والصلاحية لثبوت الحقوق للمرشح ووجوب الالتزامات عليه))، والأهلية التي يشترطها القانون في المرشح لعضوية مجلس النواب العراقي نوعان، أهلية عقلية واهلية أدبية، أي لا يكون مجنونة أو معتوهة أو محجورة عليه، وأن يكون متمتعة بالأهلية الأدبية، أي أن تكون سيرته فوق الشبهات، وأن يكون حسن السيرة والسمعة والأخلاق، وأن لا يكون محكوم عليه بالإفلاس أو بالسجن مدة تزيد على سنة بجريمة غير سياسية ولم يشمله عفو عام.[20]

الفرع الثاني:الشروط الورادة في قانون الانتخابات العراقي

اوضح قانون الانتخابات العراقي رقم (16) لسنة 2005, المعدل على مجموعة من الشروط لم يشر لها الدستور العراقي بنصوصه التي يجب توافرها في الشخص ليكون مرشحين لعضوية مجلس النواب العراقي منها ما يتعلق بالسن، ومنها ما يتعلق بالمؤهل العلمي، ومنها ما يشترط عدم الشمول بقانون المساءلة والعدالة، وعدم الإثراء على حساب الوطن والمال العام بطريقة غير مشروعة، ومنها ما يتعلق بعدم انتسابه للقوات المسلحة عند الترشيح، وسوف نتطرق لهذه الشروط وعلى نحو التالي:

اولاً: شرط السن القانوني

ان فوز المرشح في الانتخابات البرلمانية سيؤهله بكل تأكيد ليكون جزء من السلطة التشريعية في الدولة، ولا يمكن هنا نكران ما لهذه السلطة من أهمية في حياة المجتمع، وعلى هذا الأساس يفترض في المرشح أن يكون مكتمل الارادة من جهة، وصاحب خبرة في مجالات الحياة المختلفة، ولهذا يلعب السن المطلوب دوراً في تحديد ملامح تلك الخبرة والمعرفة، وعلى هذا الأساس، وضع المشرع العراقي في قانون الانتخاب رقم (65) لسنة ٢٠١٣ شرط السن القانوني للمرشح، بأن لا يقل عمره عن (٣٠) سنة وذلك بموجب المادة الثامنة من القانون المذكور، وهذا كان قد ورد سلفا في القسم الثالث بفقرته الأولى في البند (أ) منه، والمنظم لعمل المفوضية العليا المشكلة للانتخابات، والمتعلق بشروط المرشحين، حيث نص على وجب اكمال المرشح ثلاثون عاماً. ونجد أن اعتماد عبارة اكمال الثلاثين هي أدق من عبارة ((على أن لا يقل عن ثلاثين))، وذلك أن العبارة الأولى هي التي اعتمدها المشرع العراقي

في القانون المدني رقم (49) لسنة 1951، والتي تتعلق بكمال الأهلية وهي اتمام الثامنة عشرة من العمر، وذلك لغرض توحيد المصطلحات القانونية المعتمدة في التشريع العراقي.[21]

ثانياً: شرط عدم الشمول بقانون المساءلة والعدالة.

نصت المادة (8) من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي على أن لا يكون مشمولا بقانون المساءلة والعدالة رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨, ويلاحظ أن هذا القانون قد حلة محله قانون اجتثاث البعث، إذ وضع هذا القانون على المرشح لعضوية مجلس النواب العراقي قيدا وهو عدم الشمول بأحكام هذا القانون، حيث يتم رفض طلب الترشح المقدم من المرشح المشمول بأحكام هذا القانون من قبل المفوضية العليا المستقلة للانتخابات.[22]

ثالثا: الكفاءة العلمية.

المجالس النيابية تكون ممثلة لجميع أفراد الشعب على اختلاف وعيهم الثقافي ودرجاته العلمية والاجتماعية، الا ان هذا لا يعني بالمقابل أن يكون هناك قبول لأشخاص لا يجيدون القراءة والكتابة على أنهم ممثلين الفئة الأميين داخل الدولة، فمجلس النواب يمارس دورة تشريعية وأخر رقابية، فهو هيئة على درجة كبيرة من الأهمية، ولهذا العرض يفترض في المرشح الحد الأدنى من الكفاءة العلمية والتي حددها قانون انتخابات مجلس النواب العراقي بشهادة الاعدادية أو ما يعادلها على أقل تقدير، وذلك مسلك محمود من جانب المشرع العراقي. حيث أن هذه الشهادة تمكنه من الوصول إلى المعرفة والفهم والدراية بمجريات الأمور في السلطة التشريعية، وتفهم الالتزامات الملقاة على عاتق هذه السلطة. كما وبين المرشح مؤهله العلمي من خلال وثيقة تقدم الى المفوضية العليا المستقلة للانتخابات تكون صادرة أما من وزراة التربية، أو وزراة التعليم العالي والبحث العلمي ، باعتبارهما الجهات المسؤولة عن منح الشهادات في العراق.[23]

رابعاً: شرط عدم الانتماء للقوات المسلحة.

قيد قانون الانتخابات مجلس النواب العراقي المرشح للعضوية بأن لا يكون عضو في القوات المسلحة أو القوات الأمنية، وذلك بسبب طبيعة تلك الوظيفة وحساسيتها تجاه الوظيفة النيابية، وبذلك لا يسمح لأي عضو في القوات المسلحة أو القوات الأمنية الترشح لعضوية مجلس النواب العراقي، إلا إذا قدم استقالته قبل الترشح بشكل رسمي وامام الجهة المختصة.[24]

خامساً : شرط السيرة الحسنة.

أن عضو مجلس النواب يكون ممثلاً وواجهة تبين شكل الهيئة التشريعية في العراق، لذلك لابد من أن يكون المرشح لهذا الدور متمتعاً بحسن السيرة والسمعة في الأوساط الاجتماعية، ويتم الاعتماد في ذلك على أن لا يكون هذا المرشح قد صدر بحقه أحكام قضائية تويد سوء سيرته الاجتماعية،

وبالتالي سيكون قدوه سيئة للعراق، ويتم الاعتماد هنا من جانب المفوضية المستقلة للانتخابات على أية أدلة مادية تقتنع من خلالها بسوء سمعة المرشح، وعلى هذا الأساس يتم حرمان مرتكب الجرائم المخلة بالشرف من الترشيح، ويترتب على صدور أحكام قضائية جنائية باته بهذا الصدد هو حرمان المرشح بشكل نهائي من الترشح، وتشمل هذه الجرائم ما نص عليه قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة 1969 المعدل، والتي تشمل جرائم السرقة والاختلاس والتزوير وخيانة الأمانة والاحتيال والرشوة وهتك العرض وجرائم الإرهاب.[25]

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية والحصانة النيابية

إن المشرع العراقي لم يتطرق للإحكام الخاصة بالمسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب العراقي بإعطائها الخصوصية اللازمة لأهمية وخطورة الدور الذي يقوم به، واقتصرت تلك الأحكام على النصوص الدستورية وبالتحديد نص المادة (63) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، تاركة التفاصيل والجزئيات المفترض معالجتها للمشرع الجنائي العراقي الذي لم يقم لحد الآن بسن قانون يبين الإحكام الخاصة بمساءلة عضو مجلس النواب جزائية، فأصبح اللجوء إلى الإحكام العامة الواردة في قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل, أمراً واجباً علينا لوضع الإطار النظري لها، والأمر نفسه بالنسبة للإجراءات التي استطبق ويخضع لها عضو مجلس النواب إذ اتهم بارتكاب جريمة جنائية, لذلك اصبح لزاماً علينا اللجوء إلى الإحكام الواردة في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل، ومن أجل تسليط الضوء على الأحكام القانونية الخاصة بمساءلة عضو مجلس النواب جزائيا سوف نقتصر في هذا الفصل على الإحكام الموضوعية للمسؤولية الجزائية، والتي تقتضي دراستها إن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في الأول ماهية المسؤولية الجزائية من حيث تعريفها وبيان خصائصها، ونتناول في المطلب الثاني الطبيعة القانونية لحصانة أعضاء مجلس النواب .

المطلب الأول: ماهية المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب العراقي

إن القاعدة القانونية التي لا تواجه وقائع الحياة الاجتماعية هي حبر على ورق ضاع جهد المشرع سدى في سنها , وليس معنى هذا أنه يشترط في قواعد القانون أن تكون مجرد صدى أو انعكاس لواقع الحياة الاجتماعية فمهمة القانون لا تقف عند هذا الحد , فالقانون يتألف من مجموعة قواعد (تقديرية) لا (تقريرية) ومن هنا كان على المشرع أن يرصد وقائع الحياة ويفهمها فهما صحيحاً واضحاً ثم يتولى بعد ذلك وزنها أو تقييمها , فيقر الصالح منها ويطرح ما هو فاسد ضار.[26]

فمسائلة كل إنسان عن أفعاله احساس غريزي في النفس بمقدار احساسها بوجود قوانين خلقية ينبغي على كل إنسان أن يتسق معها اتساقاً صحيحاً على قدر طاقته , وأقوى صور المسألة التي عرفتها البشرية منذ القدم هي المسؤولية الجزائية التي تطورت كثيراً واتخذت صور متباينة بتباين المجتمعات والحضارات , لكن الاعتقاد فيها بأن كل جريمة ينبغي أن تقابلها عقوبة ظل راسخاً بوصفه تعبيراً عن طبيعة عادلة لازمة لنجاة البشرية واستقرارها في حياة آمنة مطمئنة.[27]

وفي اطار المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب العراقي لا نبحث في حرية الادراك أو التمييز من حيث السن كون الشروط التي جاء بها قانون الانتخابات قد قطعت الطريق إمامنا للبحث في هذه المسألة، فأشترط القانون العراقي بلوغ المرشح لعضوية مجلس النواب (الثلاثين من العمر، يعني انه اجتاز مرحلة التمييز. فالتركيز يتم على الحرية والاختيار، فمتى كانت إرادة النائب حرة مختارة بعيدة عن الضغوط والإكراه المعدم للإرادة قامت مسؤوليته الجزائية، أما أذا اعترى تلك الإرادة مانع من موانع المسؤولية وقت ارتكاب الفعل فلا يمكن إثارة مسؤوليته عما ارتكبه من أفعال لصريح نص القانون.[28] ومن أجل الوقوف على الأحكام القانونية لمسؤولية عضو مجلس النواب من الناحية الموضوعية بشكل أكثر دقة وتفصيل، سوف نتطرق في هذا المطلب والذي سنقسمه الى فرعيين ، نخصص الأول تعريف المسؤولية الجزائية ونتناول في الثاني خصائص المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب.

الفرع الأول: تعريف المسؤولية الجزائية

المسؤولية الجزائية لغة تعني المطلوب الوفاء به ومن ذلك قوله تعالى ((وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا))[29] ,أي مطلوبا الوفاء به, وتعني أيضا المحاسبة عنه ومنه قوله تعالى ((إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسولا))[30] ,أي مسؤولا عنه صاحبه ومحاسبة عليه, والمسؤولية عند النحاة أسم مفعول منسوب اليه مأخوذ من سأل يسأل سؤالا واسم الفاعل من سال سائل وهم سائلون واسم المفعول مسئول هم مسئولون. [31]

إن المعنى اللغوي ليس بعيدا عن جوهر المسؤولية بل هو يؤكد الصلة بين افكار ثلاثة هي الالتزام والمسؤولية والجزاء والواقع أن هذه الافكار الثلاثة يأخذ بعضها بحجز بعض ولا تقبل الانفصام , فإذا ما وجدت الأولى تتابعت الأخريات على أثرها , وإذا اختفت ذهبنا على الفور في اعقابها, فالألزام بلا مسؤولية يعني القول بوجود الزام فرد ملزم ,وليس بأقل استحالة من ذلك أن تفترض كائنا ملزم ومسؤولا بدون أن تجد هذه الصفات ترجمتها وتحققها في جزاء مناسب, فأن معناه تعرية الكلمات من معانيها.[32]

اما المسؤولية اصطلاحا:- هي تحمل الشخص نتيجة التزاماته وقراراته واختياراته العلمية من الناحية الايجابية والسلبية امام الله في الدرجة الاولى وامام ضميره في الدرجة الثانية وامام المجتمع في الدرجة الثالثة. كذلك هي حالة ان يكون فيها الانسان صالخا للمؤاخذة على اعماله وملزما بتبعاته المختلفة. [33]

المسؤولية في معناها الدقيق هي ((مسؤولية الانسان أمام الإنسان)) [34] ,والمسؤولية بصورة عامة تعني التزام شخص بما تعهد القيام به, أو الأمتناع عنه حتى إذا أخل بتعهده تعرض للمسائلة عن نكوثه , فيلزم عندها بتحمل نتائج هذا التكوث, وقد يتسع هذا التعريف ليشمل التزام شخص بتحمل نتائج فعل أتاه بنفسه أم بواسطة غيره أكان مفوضاً منه أم عام بأسمه, كما يتسع ليشمل التزام الشخص يتحمل نتائج فعل شخص تابع له أو موضوع تحت رقابته أو ادارته أو ولايته أو وصايته, كما يشمل نتائج فعل الأشياء والحيوانات الموضوعة بحراسته , وأخيراً يتسع التعريف ليشمل التزام الشخص بأحترام ما فرضه عليه القانون من موجبات وسلوك تحت طائلة تحمل عواقب الإخلال بهذا الالتزام.[35]

والمسؤولية الجزائية هي مجموعة الشروط التي تنشئ من ارتكاب الجريمة لوما شخصية موجها ضد الفاعل للفعل الذي يشكل خرقا للقواعد والأحكام التي قررتها التشريعات ولابد من وجود الاسناد المادي الذي يقوم على ثبوت ارتكابه للجريمة ووجود الاسناد المعنوي الذي يقوم على أهلية الفاعل, فيقال أن الشخص مسؤول , أي أنه اهل لتحمل المسؤولية الجنائية إذا كان مميزا حرا في اختيار عمله فيقال انه غير اهل لتحمل المسؤولية إذا كان فاقد الادراك أو فاقد الاختيار في عمله. [36]

والمسؤولية الجزائية بشكل عام مفهومان ,فهي أما مسؤولية بالقوة ,أو مسؤولية بالفعل , ويراد بالمفهوم الأول صلاحية الشخص لأن يتحمل تبعة سلوكه. والمسؤولية بهذا المعنى صفة في الشخص أو حالة تلازمه سواء وقع منه ما يقتضي المسائلة أم لم يقع منه شيء بعد, ويراد بالمفهوم الثاني تحميل الشخص تبعة سلوك صدر منه حقيقة, والمسؤولية بهذا المعنى ليست مجرد صفة أو حالة قائمة بالشخص فحسب, بل هي (جزاء) أيضا, وهذا يعني أن المفهوم الثاني يستغرق الأول, أو يفترضه, بحكم اللزوم العقلي لأنه لا يتصور تحميل شخص تبعة سلوك أتاه إلا إذا كان أهلا لتحمل هذه التبعية. [37]

ومما تقدم يمكننا القول إن المسؤولية الجزائية لعضو المجلس النيابي تعني (ألترام يتحمل بموجبه عضو المجلس النيابي النتائج المترتبة عن فعله المجرم قانونا) أو هي (التزام عضو مجلس النيابي بتحمل التبعات القانونية الناشئة عن فعله غير المشروع جزائيا). وباختصار يمكننا تعريفها (بتحمل عضو مجلس النواب لتبعات فعله جزائية).

الفرع الثاني: خصائص المسؤولية الجزائية

أن المسؤولية الجزائية تحكمها مبادئ معينة تمثل في نفس الوقت خصائص مميزة لها، فلا يمكن أثارتها بحق عضو مجلس النواب مالم يكن الفعل المنسوب إليه مجرم قانوناً، وهذا التجريم لا يتم إلا من خلال صدور حكم قضائي من جهة قضائية مختصة، وبالشكل الذي يقتصر أثره على النائب المخالف شخصية دون أن تتعداه للغير مهما كانت صلته به، كما يتطلب وجود تناسب بين الفعل المرتكب والعقوبة المقررة عند قيام المسؤولية، وتقوم تلك المسؤولية على مبدأ المساواة بين النائب وغيره من الأفراد طالما ارتكب فعلا مخالفة للقانون وقامت مسؤوليته فسيتحقق العقاب دون تمييز.[38] ومن اجل تسليط الضوء على تلك الخصائص التي تعد في الوقت نفسه مبادئ تحكم المسؤولية الجزائية لعضو المجلس النيابي سوف نتناولها تباعاً.

اولاً: مبدأ شرعية المسؤولية.

لا يمكن تقرير مسؤولية عضو مجلس النواب مالم تكن الأفعال المنسوبة إليه تشكل جريمة (ايجابية كانت الافعال أم سلبية) , وبنصوص صريحة وواضحة تطبيقاً لمبدأ الشرعية الذي ينص (لا جريمة ولا عقوبة الا بناءا على قانون) هو مبدأ عام يحكم القانون الجنائي بأكمله وليس المسؤولية الجزائية فحسب، وغني عن البيان أنه مبدأ دستوري تقرره معظم الدساتير والقوانين المعاصرة، وقد نص عليه دستور جمهورية العراق لعام 2005 في مادته(2/19) والتي نصت على (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة), وهذا المبدأ هو ثمرة كفاح الانسان ضد الاستبداد والظلم عندما كان تقرير المسؤولية الجزائية يخضع الهوى وتقدير الحكام وبعض القضاة وقد ترتب على هذا المبدأ نتائج هامة تمثلت بمبدأ عدم مرجعية القانون العقابي على الماضي وعدم جواز القياس على النصوص التي تحدد المسؤولية والجرائم والعقوبات، ومبدأ تفسير النصوص الجزائية لمصلحة المتهم والحكم ببراءته عند الشك في ثبوت التهمة المسندة اليه.[39]

وقد أقر المشرع العراقي هذا المبدأ في المادة (1) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل, حيث جاء فيها (لاعقاب على فعل أو امتناع الا بناءا على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون).

ونستنتج من هذا النص بأن مبدأ الشرعية ينطوي على شقي التجريم والجزاء وبما أن المسؤولية لا تنهض الا بوجود خطا بمعناه العام يتمثل في الجريمة، فهذا يعني أن المسؤولية بدورها تخضع لمبدأ الشرعية لأنها تتقرر وفقاً لمتطلبات التجريم منصوص عليها في القانون هذا من جانب ومن جانب آخر أن هو الأخر خاضع لمبدأ الشرعية، مما يعني أن هذه العقوبات لا يمكن فرضها مالم تكن

مستندة إلى اثبات المسؤولية بحق الجاني وفقا للقانون، لأن المسؤولية مفتاح الجزاء الجنائي، بهذا فان شرعية الجزاء مرتبطة بشرعية المسؤولية.[40]

ثانياً: مبدأ شخصية المسؤولية .

المسؤولية الجزائية تثار بحق عضو مجلس النواب مرتكب الفعل ألجرمي ولا تسري بحق الغير ما لم يكن مساهمة أو شريكاً في ارتكاب تلك الجريمة فمن يصدر منه خطأ جنائياً عليه أن يتحمل تبعات خطئه، ولا يمكن تحميل تبعات فعله للغير مهما كانت صلته وعلاقته به , ويترتب على مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب سقوطها بوفاته وبالتالي انتهاء الدعوى الجزائية وسقوطها في أية مرحلة من امراحلها، فلا تنتقل تلك المسؤولية لورثته، وهذا الأمر مرده مبدأ شخصية العقوبة في القانون الجنائي.[41]

ثالثاً: مبدأ قضائية المسؤولية.

وفق هذا المبدأ أن تقرير المسؤولية الجزائية يجب أن يتم من قبل القضاء، أي يجب أن يصدر بها حكم من المحكمة الجزائية أو أي جهة أخرى منحها القانون سلطة القضاء بها بموجب هذا المبدأ ,فلا يمكن مساءلة عضو مجلس النواب مالم يكن هناك قرار صادر من جهة قضائية مختصة وفقاً للقانون, ومراعاة لخصوصية المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب استنادا الى لأحكام الدستور العراقي الذي بين الالية القانونية في تحريك الدعوى الجزائية بحقه وكيفية إثارة مسؤوليته ومطاقها.[42]

وفق لهذا المبدأ أن المسؤولية الجزائية يجب أن تتقرر بموجب حكم قضائي لعضو مجلس النواب صادر من قبل جهة مختصة بأصداره، وبناءا على ذلك فان اعتراف النائب بالجريمة المنسوبة اليه لا يخول الادعاء العام أو الشرطة أو محكمة التحقيق تقرير مسؤوليته والحكم عليه، بل لا بد من اجراء محاكمته أمام المحكمة المختصة وتقرير مسؤوليته بموجب حكم قضائي.[43]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحصانة أعضاء مجلس النواب

لكي يتحقق استقلال البرلمان ويستطيع ممارسة اختصاصاته بالفعالية المطلوبة تحرص معظم الدساتير الدول على أن توفر لا عضاء البرلمان، على وجه الخصوص الضمانات التي تكفل لهم الحرية والطمأنينة عند مباشرتهم الوظائفهم النيابية دون وصاية من جانب الأفراد أو السلطات العامة ولعل من أهم الضمانات الدستورية التي تجسد الاستقرار والاستقلالية هي الحصانة البرلمانية بنوعيها الموضوعي والإجرائي التي نصت عليها معظم الدساتير . إن هذه الحصانة تمثل استثناء من القانون العام اقتضته ضرورة جعل السلطة التشريعية بمنأى عن اعتداء السلطات الأخرى ألا أن عدم المساواة هنا لم يقرر لمصلحة النائب بل لمصلحة الشعب ولحفظ كيان التمثيل النيابي وصيانته

ضد أي اعتداء، لكن ليس معنى ذلك أن يصبح أعضاء البرلمان فوق القانون لا حسيب عليهم ولا رقيب فالحصانة ليست طليقة من قيد أو شرط فهي عندما تقررت أنما كان ذلك بهدف محدد وواضح لا يجوز تجاوزه أو الخروج عليه وألا تعرض عضو البرلمان إلى المسؤولية كاملة.[44]

وانطلاقا من ذلك أرتأينا تقسيم هذا مطلب إلى فرعيين خصصنا الفرع الأول عن مفهوم الحصانة البرلمانية ، أما الفرع الثاني تناولنا به نطاق الحصانة البرلمانية وطبيعتها القانونية.

الفرع الأول: مفهوم الحصانة البرلمانية

حاول الفقه بصفة عامة، والفقه الدستوري بصفة خاصة إعطاء مفهوم الحصانة البرلمانية، بيد أنه لم يوفق في اقتراح مفهوم موحد للحصانة البرلمانية فتعددت المصطلحات الدالة على الحصانة البرلمانية وتعددت المفاهيم المحيطة بها، حيث يذهب غالبية الفقه الدستوري إلى وجوب اطلاق مصطلح الحصانة البرلمانية للدلالة على ضمانتي عدم مسؤولية أعضاء البرلمان عما يبدونه من أراء وأفكار عند ممارستهم الوظيفتهم البرلمانية، وعدم جواز اتخاذ إجراءات جنائية ضدهم إلا بأذن من المجلس التابعين لهم.[45]

فالصحانة هي مظاهر من مظاهر الاستقلال ان يتمتع بها اعضاء المجلس النواب وتمتعهم بالاستقلال من أجل اداء دورهم التشريعي, بضمانة عما يبديه من راي وقول في أداء أعماله في المجلس أو في لجانه وعليه فهي احدى الضمانات التي قررها الدستور لعضو مجلس النواب وهي ذاتها تكفل لعضو المجلس الحرية الكاملة في صياغة أفكاره والتعبير عن آرائه، لذلك فأن هذه الحصانة تحمي عضو البرلمان في اطار عمله البرلماني بصفته ممثلا للشعب لمجموع ناخبيه, و إن أغلب الفقهاء اختلفوا في التسمية الخاصة بالحصانة بصفة عامة،[46] فالبعض يسميها بالحصانة الموضوعية،[47] والبعض الأخر يسميها بالمناعة البرلمانية بعدم المسؤولية،[48] والبعض الأخر يسميها بالحصانة ضد المسؤولية البرلمانية، ورغم هذا الاختلاف في المسميات ففي النهاية توجد حصانة تمنح لعضو البرلمان لكي يباشر عمله النيابي بحرية تامة. فهي تعني عدم مسؤولية عضو المجلس النيابي جنائيا ومدنياً، عما يبديه من أراء وأفكار أثناء عمله في المجلس أو لجانه، مهما تضمنت هذه الأفكار أو الاراء، فهذه الضمانة قاعدة موضوعية تنفي صفة الجريمة عن الأقوال أو الأفكار أثناء وبسبب قيامه بوظيفته النيابية في المجلس أو لجانه.[49]

إن الحكمة من تقرير هذه الحصانة للنائب عند أدائه لعمله في المجلس أو في لجانه مرده في الواقع إلى تمتعه بحصانة شخصية تجعل أرائه وأفكاره بمأمن من المسؤولية الجنائية أو المدنية على حد سواء، ولهذا السبب فإن هذه الحصانة تتميز بعدة أمور منها حصانة دائمة ومستمرة طوال مدة نيابة العضو وبعدها فلا يؤاخذ العضو بعد زوال العضوية عنه عن قول أو رأي أبداه حينما كان

عضوا في المجلس، وكذلك أنها محدودة إذ تقتصر على جرائم الرأي التي تقع من النائب بالقول أو الكتابة بحكم عمله سواء في خطبه أو أسئلته أو تقاريره أو مداولاته وسواء في المجلس أو في احدى لجانه، ويترتب على ذلك أن الحصانة لا تمتد إلى ما يبديه العضو من أفكار وأراء خارج المجلس ولجانه اذا كانت تكون جريمة، وكذلك لا تمتد الى ما يقع من العضو في المجلس من أفعال يجرمها القانون، كما لو اعتدى بالضرب على أحد زملائه.[50]

الفرع الثاني: نطاق الحصانة البرلمانية وطبيعتها القانونية

يختلف نطاق الحصانة البرلمانية بنوعيها الموضوعية، الإجرائية وذلك تبعا لاختلاف نوعي الحصانة، فالحصانة الموضوعية (عدم المسؤولية اعضاء مجلس النواب) تتعلق بمباشرة عضو مجلس النواب بوظيفته البرلمانية بينما تنحصر الحصانة الإجرائية في عدم جواز أتخاذ الإجراءات الجنائية إلا بعد موافقة المجلس التابع له باستثناء حالة التلبس في الجريمة، وقد اوضح الدستوري العراقي لسنة ٢٠٠5النافذ الحصانة البرلمانية بقسميها، فقد قرر الحصانة الموضوعية لأعضاء مجلس النواب في المادة (63/ثانية/ أ)، بينما نص على الحصانة الإجرائية في المادة (63/ثانياً/ ب، ج)، ولبيان ذلك سوف نتناول بيان طبيعة القانونية للحصانة الموضوعية والاجرائية للاعضاء مجلس النواب وعلى نحو التالي.[51]

اولاً: نطاق الحصانة الموضوعية.

أن الحصانة الموضوعية والتي يطلق عليها كما ذكرت بالحصانة ضد المسؤولية البرلمانية، فهي تعد امتيازاً دستورية، وحقاً قانونيا مقرراً لأعضاء مجلس النواب بصفاتهم لا بأشخاصهم سواء أكانوا معينين ام منتخبين، فذلك يتيح للأعضاء أثناء أو بمناسبة قيامهم بأعمالهم وواجباتهم البرلمانية حرية الرأي والتعبير)، عن أرادة الشعب، دون مسؤولية جنائية أو مدنية، فتعتبر هذه من اهم الضمانات البرلمانية التي يتمتع بها أعضاء مجلس النواب، فهي تمنحهم الحماية حتى يتمكنوا من حرية أبداء الآراء والأفكار والأقوال والمناقشات وحق مراقبة أعمال السلطة التنفيذية .[52]

فقد نص الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ نصاً للحصانة الموضوعية والذي نص على ما يأتي (يتمتع عضو مجلس النواب بالحصانة عما يدلي به من آراء في أثناء دورة الانعقاد، ولا يتعرض للمقاضاة أمام المحاكم بشأن ذلك)، وكذلك نص النظام الداخلي المجلس النواب على (أن عضو مجلس النواب لا يسأل عما يبديه من آراء أو ما يورده من وقائع أثناء ممارسة عمله في المجلس), ويلاحظ من هذه النصوص أن هذه الحصانة غير مجزأة عن الآراء التي يبديها العضو سواء أكانت هذه الآراء سياسية أم قانونية أم اجتماعية حتى ولو كانت هذه الأراء تحمل معنى القذف أو السباب والشتم في طياتها، فهو حر في أبداء آرائه وأقواله، ويلاحظ على حكم الدستور العراقي لسنة ٢٠٠5,

[53] أنه كان أكثر حماية للنائب من الدستور المصري لعام 2014 , الذي يمنح الحماية للآراء والأفكار الصادرة أثناء أداء الأعمال أو في لجانه، في حين أن الدستور العراقي لم يشترط هذا القيد المكاني، لآراء النائب في المجلس وخارجه، وعليه فإن المرشح المنتخب يعد عضوا في المجلس ويتمتع بجميع حقوق العضوية ابتداء من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات ويباشر مهامه بعد أداء اليمين الدستوري، أضافة إلى أن هذه الحصانة لا تتعلق بالجرائم الخارجة عن نطاق عمله النيابي، ولو ظهر فيها بوصفه نائبا، فالرشوة أو استغلال النفوذ تعد من الأفعال التي يسأل النائب عنه, أما في مصر فإن الدستوري لعام ٢٠١٤ كذلك أشار إلى الحصانة الموضوعية أذ نص على (لا يسأل العضو عما يبديه من آراء تتعلق بأداء أعماله في المجلس أو في لجانه), ويلاحظ من هذا النص إنه لا يجوز الاحتماء بالحصانة الموضوعية بالنسبة للسب والقذف الذي يصدر من العضو في ممرات المجلس أو الاستراحات المخصصة للأعضاء داخله، أو ما شابه ذلك من أماكن لا يباشر فيها النائب مهام العضوية.[54]

ترتيبا على ما سبق أن العضو وأن كان حرأ فيما يبديه من أفكار وأراء في المجلس النيابي إلا أنه يصبح شخصأ عاديا ويسأل مساءلة جنائية ومدنية اذا تمت هذه الأفكار أو الأراء خارج اطار عمله البرلماني، حتى وان ابدأها داخل المجلس النيابي نفسه, وعليه فإن هذه الحصانة لا تغطي فقط جميع أعضاء البرلمان الحاليين، وأنما تغطي كذلك الأعضاء السابقين بهذا البرلمان كافة، بمعنى أنها تغطي كل ما صدر من قول أو رأي عن عضو البرلمان الذي انتهت مدة عضويته في المجلس أو مدة نيابته للشعب، وأيا كان سبب هذا الانتهاء مادام أنه عند إيداءه لهذا القول أو ذاك الرأي كان عضوا في البرلمان، وبمناسبة أداء عمله النيابي، كما تغطي أيضأ كل ما يصدر عن أعضاء البرلمان الحاليين عند مباشرتهم لعملهم البرلماني.[55]

ومن ثم فإن سريان الحصانة الموضوعية وتمتع العضو بها مقيد في الدستور بضرورة أن تكون هذا الرأي والفكر التي يبديه متعلقة بوظيفته النيابية، وفي داخل المجلس أو احد لجانه، وبناء على ذلك، فإن هذه الحصانة لا تسري على الأقوال والاراء والأفكار التي يبديها العضو خارج المجلس النيابي، حتى وان حدث ذلك أثناء أدوار الانعقاد، فهو يخضع للقانون فيما يبديه من هذه الأراء والأفكار في الاجتماعات أو الندوات أو المؤتمرات العامة أو في البرامج الإذاعية أو التليفزيونية وفيما ينشره في الصحف والمجلات، وكذلك فيما يقوله في التجمعات أو المؤتمرات الحزبية، اذا ما تضمنت جرائم تقع تحت طائلة قانون العقوبات كالقذف أو السب، ولا يستطيع التنصل من المسؤولية بالقول بأنه قد سبق له ان ابدى هذا الراي أو الفكر أو شيئا منه في المجلس أو لجانه، وان كان يظل متمتعا بالحصانة الإجرائية وإذا تمادى العضو في سلوكه وصدرت عنه أقوال تضمنت عبارات غير

لائقة أو تخل بمقتضيات آداب الحديث، أو صدرت عنه أفعال مادية كالضرب مثلا، فان ذلك يخرج عن حدود الحصانة الموضوعية، ويتم اتخاذ الإجراءات الجنائية بحقه طبقا لشروط معينه .[56]

اولاً: نطاق الحصانة الاجرائية.

أن هذه الحصانة هي حصانة شكلية أو إجرائية فهي تحمي تصرفات عضو مجلس النواب في الحياة العادية، من أتخاذ الإجراءات الجنائية في حال ارتكاب جريمة، إلا أن هذه الحصانة تعتبر حماية معطلة في حالة التلبس بالجريمة، وذلك لأن حالة التلبس بالجريمة تتعارض تماماً مع الحكمة التي قامت من أجلها هذه الحصانة, ففي العراق فإن الدستور العراقي لعام 2005 النافذ أقر حماية لا عضاء مجلس النواب من أتخاذ الإجراءات الجنائية بحقهم، أذ وردت الإشارة إلى الحصانة الإجرائية خلال مدة الفصل التشريعي اذ نصت المادة (63/ثانياً/ب) على أنه (لا يجوز إلقاء القبض على العضوخلال مدة الفصل التشريعي إلا إذا كان متهم بجناية، وبموافقة الأعضاء بالأغلبية المطلقة على رفع الحصانة عنه، أو إذا ضبط متلبسأبالجرم المشهود في جناية)، وكذلك نصت المادة (٢٠/ثانية) من النظام الداخلي لمجلس النواب على (لا يجوز القاء القبض على العضوخلال مدة الفصل التشريعي إلا اذا كان متهما بجناية، وبموافقة الأعضاء بالأغلبية المطلقة على رفع الحصانة عنه، أو اذا ضبط متلبسا بالجرم المشهود في جناية).[57]

وكذلك أقر الدستور العراقي لعام 2005 النافذ حماية خارج مدة الفصل التشريعي اذ نصت المادة (63/ثانياً/ج) على ما يأتي (لا يجوز إلقاء القبض على العضوخارج مدة الفصل التشريعي إلا إذا كان متهم بجناية، وبموافقة رئيس مجلس النواب على رفع الحصانة عنه، أو إذا ضبط متلبسا بالجرم المشهود في جناية)، وكذلك المادة (٢٠/ثالثاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب على (لا يجوز الفاء القبض على العضوخارج مدة الفصل التشريعي إلا اذا كان متهم بجناية، وبموافقة رئيس مجلس النواب على رفع الحصانة عنه، أو اذا ضبط متلبسة بالجرم المشهود في جناية), يلاحظ من تلك النصوص أن المؤسس الدستوري عندنا سلك مسلكاً بعيداً عن الدساتير العربية وحتى الدساتير العراقية السابقة بمنح النائب حصانة مطلقة عند ارتكابه جنحة وليس المجلس النواب أن يرفع عنه الحصانة عند ارتكابه أية جنحة بل حتى لو عاد إلى ارتكابها أكثر من مرة وهو ما يوضح استهانة المشرع الدستوري عندنا بالجنحة وعدم إدراكه خطورتها في بعض الأحيان اذ تعد من الجنح كافة الجرائم المخلة بسير العدالة كشهادة الزور والإخبار الكاذب وانتحال الوظائف والصفات وكذلك جرائم التحريض على الفسق والفجور أو الفعل المخل بالحياء أو جريمة خيانة الأمانة والاحتيال وغير ذلك، فضلاً عن انه زاد من تلك الحصانة باشتراطه تحقق الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب الكلي على رفع الحصانة الا انه سلب تلك الصلاحية من المجلس خارج مدة الفصل التشريعي وأناطها

برئيس مجلس النواب مما يفقدها الكثير من قوتها باعتبارها معلقة على موافقة شخص وكان حري بالمشرع آن يلزم رئيس مجلس النواب بعرض الموضوع على المجلس عند انعقاد الفصل التشريعي ليكون اله القرار النهائي بذلك.[58]

أن هذه الحصانة تتميز بصفة الدوام والاستمرار أي أنه إذا حدث تجديد للبرلمان، من خلال إجراء انتخاب مجلس النواب الجديد قبل (45) يوماً من تاريخ انتهاء الدورة الانتخابية السابقة، فإن أعضاء المجلس القديم يتمتعون بالحصانة الإجرائية لحين انتهاء مدة نيابتهم ولا يتمتع بها أعضاء المجلس الجديد إلآ من يوم انعقاده، لأنه لا يمكن أن يكون للدائرة الانتخابية الواحدة نائبان يتمتعان بهذه الحصانة في وقت واحد أما العضو المرشح الذي يتبوأ مقعدا في مجلس النواب في حالة خلوه، فإنه يتمتع بهذه الحصانة بمجرد إعلان شغله المقعد الشاغر من القائمة نفسها التي شغر المقعد المخصص لها في مجلس النواب , وأما في مصر فأن الدستور المصري لعام 2014, منع أتخاذ أية إجراءات جنائية ضد عضو مجلس النواب في غير حالة التلبس في الجريمة ما دام العضو يتمتع بصفة العضوية النيابية ولم تزل عنه لأي سب من الأسباب، هذا ما نصت عليه المادة (١١٣) منه على (لا يجوز، في غير حالة التلبس بالجريمة، اتخاذ أي إجراء جنائي ضد عضو مجلس النواب في مواد الجنايات والجنح إلا بإذن سابق من المجلس. وفي غير دور الانعقاد، يتعين أخذ إذن مكتب المجلس، ويخطر المجلس عند أول انعقاد بما اتخذ من إجراء), اذ يجب اخطار المجلس بما يكون قد اتخذ ضد عضو مجلس النواب من اجراءات جنائية خلال مدة أدوار الانعقاد، سواء أكان هناك أذن من رئيس المجلس برفع الحصانة عنه ام لم يكن هناك مثل هذا الأذن، كما لو تمت تلك الإجراءات على اثر تحقق حالة من حالات التلبس بالجريمة على ان يتم هذا الأخطار في أول انعقاد للمجلس أو اجتماع للمجلس وهو الاجتماع الذي يتلو مباشرة ارتكاب الجريمة، وكذلك تسري كذلك خارج أدوار انعقاد المجلس.[59]

يلاحظ مما تقدم أن هذه الحصانة حصانة شخصية ترتبط بالأشخاص الذين يتمتعون بعضوية مجلس النواب سواء أكان الأعضاء بالبرلمان منتخبين أو معينين كما هو الشأن في حال الحصانة الموضوعية، ألا أنها تفترق عنها في أن الذين يستفادون منها هم فقط أعضاء البرلمان الحاليين دون الاعضاء السابقين، ذلك أنها تقف فقط عند مجرد التأكد من جدية الإجراءات التي يراد اتخاذها ضد عضو البرلمان، أي أنها تقتصر على حماية هذا العضو في حدود معينة،[60] من أن تتخذ ضده إجراءات جنائية كيدية أو غير كيدية، في حين أن الحصانة ضد المسؤولية البرلمانية تجنب عضو البرلمان من المساءلة الجنائية عن كافة الجرائم التي يكون قد اقترفها بمناسبة مباشرته العمل النيابي

مدى الحياة، لذلك فهي حصانة شخصية تقتصر على الشخص الذي توافرت فيه صفة النائب، ولا تمتد إلى غيره، مهما كانت صلتهم به كأفراد أسرته.

المبحث الثالث: الأحكام الجزائية الصادرة بحق عضو المجلس النواب

إن أتخاذ الإجراءات القانونية بحق عضو مجلس النواب المتهم بارتكاب جريمة ما، أو ضبطه متلبسة بها، يقتضي تحريك الدعوى الجزائية بحقه، بخصوص الفعل المتهم بارتكابه، وهذه الإجراءات التي يمكن اتخاذها بحق النائب المتهم مختلف عليها من حيث كونها تشكل مساس أو قيدة على حرية النائب أم لا؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى ارتباطها بمسألة تحريك الدعوى الجزائية بحق النائب واشتراط الحصول على الإذن من المجلس أو رئيسه من عدمه، كما أن الأمر يختلف إذا كانت الجريمة عادية أو متلبس بها (مشهودة) فهذه الأخيرة تجيز اتخاذ الإجراءات الجزائية بحق النائب مباشرة. ومن أجل الوقوف على الإجراءات الخاصة بالتحقيق مع عضو المجلس النيابي ومحاكمته، وما يعتري تلك الإجراءات في كلا المرحلتين من قيود، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين الاول يكون لقامة الدعوى الجزائية, بيما يكون الثاني لبيان اجراءات محاكمة النائب المتهم.

المطلب الاول: اجراءات اقامة الدعوى الجزائية بحق عضو مجلس النواب

ومن اجل الوقوف بدقة على كيفية تحريك الدعوى الجزائية بحق النائب والقيود التي ترد على اتخاذ بعض الإجراءات القانونية بحقه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول منهما اقامة الدعوى الجزائية، ونتطرق في الثاني لشروط إقامتها.

الفرع الاول: اقامة الدعوى الجزائية

يقصد بقامة الدعوى الجزائية طلب اتخاذ الإجراءات القانونية ضد مرتكبها أو هو البدء بتسييرها أو تحركها أو مباشرتها أمام الجهات المختصة ويعد تحريكاً للدعوى الجزائية إقامتها أمام المسؤول في مركز الشرطة, أو القاضي المختص, أو طلب الادعاء العام من قاضي التحقيق المختص إجراء التحقيق مع متهم ما, أو صدور أمر من قاضي التحقيق المختص لأحد أعضاء الضبط القضائي بالتحري وجمع المعلومات عن جريمة منسوبة إلى المتهم.[61]

وتتفق غالبية القوانين الإجرائية على أن الأصل في الدعوى الجزائية أنها تحرك دونما قيد يرد عليها فيحول دون ذلك بوصف ان الجريمة تمس حقوق المجتمع, ومع ذلك ترد على هذا الأصل بعض الاستثناءات يتعذر معها تحريك الدعوى الجزائية ازاء مرتكبي بعض الجرائم او في حالات معينة الا بأذن ومنها الجرائم المرتكبة من قبل اعضاء مجلس النواب الذين يعدون ممثليين عن الشعب.[62]

تذهب غالبية التشريعات على فرض قيود ترد على تحريك الدعوى الجزائية لعضاء مجلس النواب لمنحهم الحصانة الدستورية، ولا يقصد بذلك تمييزهم عن باقي افراد المجتمع بقدر ما يقصد به توفير الحماية الجنائية الوقائية لهم تيسيرا وتمكينا لهم على ممارسة اعمالهم واختصاصاتهم التي تقتضي هذه الحصانة، و يتمتعون بالحصانة خلال فترة الحصانة المؤقتة لاعضاء مجلس النواب بقدر الدورة الانتخابية وهي اربع سنوات اذ بالإمكان تنفيذ اوامر القبض واتخاذ الاجراءات القانونية بحق البرلمانيين حال اكمالهم مدة الاربع سنوات, وحتى في هذه الحال يجوز اتخاذ الإجراءات القانونية بحق النائب في اثناء الدورة التشريعية اذا تم رفع الحصانة عن النائب طبقا للمادة (٦٣) من الدستور العراقي لعام 2005النافذ, وكذلك قانون العقوبات العراقي النافذ رقم 111 لسنة 1969 المعدل قد تطرق لهذا الأمر بإشارته لذلك في المادة (11) حيث نصت صراحةً على ذلك (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الاشخاص المتمتعين بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية او القانون الدولي او القانون الداخلي) .[63]

الفرع الثاني: شروط اقامة الدعوى الجزائية

لإقامة الدعوى الجزائية وتحريكها بحق عضو المجلس النيابي تمهيداً لاتخاذ الإجراءات القانونية بحقه، يتطلب الأمر التفرقة بين نوعين من الجرائم، الأولى تتمثل بالجرائم غير المشهودة، والثانية الجرائم المشهودة أو المتلبس بها. وهو ما سوف نتاوله اتباعاً:

الأول: الجرائم غير المشهودة.

هناك أحوال معينة يجب لتحريك الدعوى الجزائية فيها وقبولها بحق عضو مجلس النواب ، الحصول على الإذن من الجهة التي تمتلك الحق في أعطاء ذلك الإذن وفقاً لأحكام القانون، والتي تختلف باختلاف الفترة الزمنية التي تقع خلالها هذه الجرائم، التي أشترط فيها الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ أن تكون من نوع الجنايات حصرة دون غيرها من الأنواع الأخرى الجنح والمخالفات، حيث أن المشرع العراقي لم يكن موفقة وذلك عندما حصر المساءلة الجزائية بحق عضو مجلس النواب بالجنايات فقط، فهناك من جرائم الجنح الخطيرة ما لا يقل خطورة وأهمية وجسامة من حيث الآثار المترتبة عن الجنايات, وتتمثل هذه الجهة حسب الدستور العراقي بالأغلبية المطلق لمجلس إذا قدم طلب رفع الحصانة في مدة الفصل التشريعي، ولرئيس مجلس النواب في حالة كون المجلس خرج مدة الفصل التشريعي.[64]

وتبدأ هذه الاجراءات باستصدار الاذن بالبداء بالتحقيق وقد عرف الإذن في اقامة الدعوى الجزائية بأنه ((إجراء يصدر من جهة معينة تعبر به عن عدم اعتراضها والسماح بالسير في إجراءات الدعوى الجنائيةالجزائية ضد شخص معين ينتمي إليها أو بصدد جريمة معينة ارتكبت ضدها)) [65]،

وعرفه جانب أخر من الفقه بأنه ((إفصاح الجهة التي ينتمي إليها المتهم عن أنه لا مانع لديها من اتخاذ الإجراءات الجنائية ضده، وهو ما يعني أنها تحققت من أن هذه الإجراءات لا تنطوي على كيد أو تعسف ضد الشخص الذي ينتمي إليه)) [66] ، وعرف أيضا بأنه ((إجراء تعبر بمقتضاه سلطة عامة عن عدم اعتراضها على تحريت الدعوى الجنائية أو رفعها ضد شخص ينتسب إليها، ومن هنا كان تحديد شخص المتهم جوهري في الإذن)). [67]

وفي العراق يتم الحصول على الإذن من خلال طلب رسمي يتقدم به الادعاء العام، أو مجموعة من أعضاء البرلمان أو أحد الأعضاء، أو جهة رسمية، أو صاحب الشكوى (المشتكي)، أو المتضرر من الجريمة، إلى محكمة التحقيق أو المحكمة المختصة يطلب فيه رفع الحصانة عن النائب ومنح الإذن لمباشرة الإجراءات التحقيقية بحقه، وتقوم هذه المحكمة بدورها بإحالة الطلب إلى المراجع المختصة قانونا بذلك، فيحال الطلب على محكمة الاستئناف الاتحادية والتي تعد المسؤولة عن ذلك، لتقوم بإرساله بدورها إلى مجلس القضاء الأعلى، والذي يطلب بدوره من مجلس النواب برفع الحصانة عن النائب المعني بالأمر أي المشكو منه، وعند ورود الطلب من مجلس القضاء الأعلى إلى رئاسة مجلس النواب يتم إحالته على اللجنة القانونية ولجنة شؤون الأعضاء، لإبداء الرأي فيه وتقديم تقرير مفصل بخصوص الموضوع المرفوع، قبولا أو رفض، ويرفع ذلك إلى هيئة الرئاسة في البرلمان ليتم إدراجه في جدول الأعمال ومن ثم التصويت عليه بالقبول أو الرفض، أو البت فيه من قبل رئيس المجلس إذا قدم خارج دورة الانعقاد، على أن يتم عرض القرار المتخذ من قبل رئيس المجلس على المجلس في أول جلسة انعقاد لإحاطة المجلس علما بذلك، وقد خلا النظام الداخلي للمجلس من الإشارة إلى مثل هكذا إجراءات، والتي نرى من الضروري النص عليها وتضمينها في النظام الداخلي وبشكل مفصل تجنبا للإشكاليات التي من المحتمل أن تحصل في مثل هكذا مسائل.[68]

ثانياً: الجرائم المشهودة.

الإجراءات التي تتخذ بحق عضو مجلس النواب في حالة الجريمة المشهودة تختلف عما هو الحال في الجرائم العادية، كما أن الصلاحيات والسلطات التي تمنح لبعض الجهات تعد استثناء على المبدأ أو الأصل العام، فيتمتع أعضاء الضبط القضائي من ضباط الشرطة ومأمورو المراكز ومفوضيها بصلاحيات واسعة في حالة الجريمة المشهودة، لا تمنح لهم في حالة الجريمة العادية أو غير المشهودة. وتعرف الجريمة المشهودة بأنها الجريمة التي تشاهد حال التلبس بها، أو هي الجريمة التي تكتشف عند ارتكابها، أو هي الجريمة التي تتوافر فيها أحدى حالات التلبس التي نص عليها القانون ، وقد ذكر قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971, في الفقرة (ب) من المادة (1) منه والتي تنص على ما يأتي ((إذا شوهدت حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة أو إذا تبع المجنى عليه

مرتكبها أثر وقوعها أو تبعه الجمهور مع الصياح أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملا ألآت أو أسلحة أو أمتعة أو أوراق أو أشياء أخرى يستدل منها على انه فاعل أو شريك فيها أو إذا وجدت به في ذلك الوقت آثار أو علامات تدل على ذلك)).[69]

وقد أعطى المشرع العراقي لعضو الضبط القضائي صلاحيات عديدة في حالة الجريمة المشهودة، فمن حقه عند حصول هذا النوع من الجرائم الانتقال إلى محل الحادث بعد إشعار قاضي التحقيق وعضو الادعاء العام، واتخاذ الإجراءات التي يراها ضرورية للمحافظة على سير التحقيق وإظهار الحقيقة كالاستماع لإفادة الشهود، والمتهم والاستعانة بالخبراء وأفراد الشرطة إذا استدعت الحاجة ذلك، والمحافظة على الأدلة في مسرح الجريمة فيمنع أي شخص من مغادرة محل الحادث أو الدخول إليه، والقبض على المتهم وسؤاله عن الجريمة المرتكبة.[70]

المطلب الثاني: اجراءات المحاكمة بحق عضو مجلس النواب

تتم إحالته عضو مجلس النواب المتهم الى المحكمة المختصة عند توافر الأدلة الكافية لمحاكمة ، و قد قصر القانون محاكمة عضو مجلس النواب المتهم عن الجناية فقط دون غيرها من أنواع الجرائم الأخرى (جنحة، مخالفة)، لذلك يكون الاختصاص هنا هو لمحكمة الجنايات والتي تجري محاكمته على وفق الأصول المحددة قانونا وبدعوى غير موجزة، وفي أطار الأحكام التي جاء بها قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 المعدل، وهو ما سنبينه في هذا المطلب، والذي سنقسمه على فرعيين نتاول في الاول منه صدور الاحكام القضائية بحق عضو مجلس النواب وفي الثاني نتاول صدور الطعن بالأحكام القضائية الصادرة بحق عضو مجلس النواب.

الفرع الاول: صدور الحكم القضائي بحق عضو مجلس النواب

أن الدعوى الجزائية الخاصة بعضو مجلس النواب المتهم تنظر من قبل محكمة الجنايات بصفتها الأصلية، حيث يجري يجري تحديد يوم معين للمحاكمة، ويشترط هنا تبليغ جميع أطراف الدعوى الجزائية، وكذلك الادعاء العام بالموعد المحدد للمحاكمة قبل ثمانية أيام على أقل تقدير، بخلاف ذلك تكون الإجراءات الخاصة بالتبليغ غير صحيحة، ويمكن أن تكون سببا لنقض الحكم، كون ذلك الأمر يعد من الإجراءات الجوهرية التي يجب الالتزام بها، إلا إذا حضر النائب من تلقاء نفسه ولم يبدي اعتراضه في الجلسة الأولى على العيب الذي أعتري التبليغ، فإذا حل اليوم المحدد لجلسة المحاكمة الأولى، يتم جلب عضو مجلس النواب المتهم في ذلك اليوم من قبل أفراد السلطة العامة إذا كان موقوفة، أو يحضر من تلقاء نفسه.[71]

وتتم اجراءات المحاكمة عضو مجلس النواب المتهم بصورة علنية حيث تعقد المحاكمة جلساتها في مكان يستطيع أي فرد من الجمهور أن يدخله، ويشهد المحاكمة من دون قيد إلا ما يستلزم ضبط

النظام، ومحدودية المكان وطاقته الاستيعابية. كما تشمل إمكانية نشر وقائع المحاكمة بوساطة طرق النشر والإعلام المختلفة (المسموعة والمرئية والمقروءة). كالإذاعة والتلفزيون والقنوات الفضائية والانترنت والصحف والمجلات، وغيرها ذلك من وسائل الإعلام.[72]

وبعد أن تستكمل المحكمة إجراءاتها القانونية بنظر الدعوى غير الموجزة، كون الجريمة المنسوبة للمتهم النائب من نوع الجنايات، سواء تم ذلك في جلسة أو أكثر، فهي تنظر بطريقة غير موجزة وتوجه فيها التهمة للنائب وفق المادة التي تراها المحكمة مناسبة وفقا لقناعتها القضائية التي كونتها من خلال الأدلة التي طرحت في جلسات المحاكمة من قبل أطراف الدعوى، أو توصلت إليها المحكمة بناء على قيامها بالإجراءات المطلوبة والتي أطلع عليها الجميع، ومنحه الفرصة المناسبة في الدفاع عن نفسه، تقرر بعد ذلك المحكمة بعد استكمال قناعتها باللادلة المقدمة والدفوع الى غلق باب المحاكمة أو المرافعة تمهيدا للمداولة القانونية بين القضاة من أجل استصدار الحكم النهائي المبني على قناعة المحكمة وتقديرها لجميع الوقائع المعروضة امامها, ويجب أن يكون هذا الحكم مشتملا الأسباب التي استندت إليها المحكمة في إصدار حكمها أو قرارها, وهذه الأحكام التي تصدر أما بالإدانة والعقوبة المناسبة ويجب أن تبين المحكمة وأسباب تخفيف العقوبة أو تشديدها وان يشتمل الحكم بالعقوبة على العقوبات الأصلية والفرعية التي فرضتها المحكمة ومقدار التعويض الذي حكمت به على المتهم، أو يكون حكمها بالبراءة من التهمة التي وجهت إليه، أو قرار عدم المسؤولية، وقرار الإفراج لعدم كفاية الأدلة.[73]

الفرع الاول: الطعن بالأحكام القضائية الصادرة بحق عضو مجلس النواب

بعد صدر الحكم الابتدائي من المحكمة الجنائية المختصة, يحق لعضو مجلس النواب المتضرر من هذا الحكم الطعن تمييزا لدى المحمكة العليا المختصة بالنظر في الطعون وفي العراق يكون من اختصاص (محكمة التمييز الاتحادية)، وذلك خلال فترة زمنية محددة هي (ثلاثون يوما) بدء من اليوم التالي الصدور الحكم، أما إذا كانت العقوبة المحكوم بها الإعدام أو السجن المؤبد، فيكون الطعن تلقائي، ويفهم بذلك الأمر المحكوم عليه، ويعلم بأن أوراق الدعوى سترسل تلقائية إلى محكمة التمييز الاتحادية لإجراء التدقيقات القانونية.[74]

وطرق الطعن التي نص عليها قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 النافذ ، وهي أربع طرق منها التمييز بنوعيه (الوجوبي، الاختياري)، تصحيح القرار التمييزي، الاعتراض على الحكم الغيابي، إعادة المحاكمة، ولكل نوع من الأنواع له مميزاته وخصائصه وإجراءاته الخاصة التي يمكن إتباعها، والتي لا تختلف بالنسبة للنائب عن غيره من الأفراد العاديين .

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب العراقي في دستور 2005، توصل البحث إلى العديد من النتائج والمقترحات التي نورد أهمها فيما يأتي :

أولا : النتائج:

1. لم يرد تعريف في القوانين العراقية لعضو مجلس النواب لكنها أشارت للشروط الواجب توفرها في المرشح .
2. ان الاحكام الخاصة بالمسؤولية الجزائية للأعضاء مجلس النواب لم تقنن بنصوص خاصة وهذا جعل الرجوع إلى القواعد العامة لتحديد هذه المسؤولية أمر لا مفر منه على الرغم مما فيها من قصور واضح بالأحكام ولا تلبي ما مطلوب في إقامة المسؤولية المدنية على الوجه الصحيح.
3. ان الحصانة الممنوحة لعضة مجلس النواب العراقي ضد الإجراءات الجزائية تعد استثناء من القانون العام الذي يفترض المساواة بين المواطنين الا ان هذا الاستثناء يجد مبرراته ومقتضياته في أمور عدة قد يكون أهمها جعل السلطة التشريعية بوصفها المعبر الحقيقي عن إرادة الشعب بمنأى عن اعتداءات السلطة التنفيذية في الدولة وتمكينه من قيام النائب بمهامه على وجه الأمثل .
4. ان الحصانة البرلمانية ضد المسؤولية الجزائية لاتعد امتيازاً شخصيا للنائب أو حقا له كما انها لم تقرر لمصلحته وإنما هي امتيازاً مقرراً للبرلمان بوصفه الممثل الحقيقي للشعب بما يضمن استقلاله في عمله وحماية لأعضائه من كيد الآخرين سواء أكانوا سلطات عامة أو أفراد ولذلك فان الأنظمة الداخلية للبرلمانات المقارنة تعده من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وإنها حصانة شخصية تشمل النائب فقط دون ان تمتد إلى أفراد عائلته .
5. ان اقرر المسؤولية الجزائية بحق التائب المتهم يتأتى من خلال رفع الحصانة التي لا ترفع من مجلس النواب من تلقاء نفسها وإنما يجب ان يسبق ذلك طلب من جهات محددة في القانون أو النظام الداخلي , وفي العراق فقد جرى تطبيق ازاء عدم وجود نص يعالج الموضوع إلى ان يقدم طلب رفع الحصانة من مجلس القضاء الأعلى.

ثانيا : التوصيات:

1. ضرورة تقنين الاحكام الخاصة بشروط ترشح عضو مجلس النواب المتناثرة في نصوص

2. الدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب في قانون واحد يجمعها ويلم شتاتها.
3. ضرورة النص في النظام الداخلي على آلية رفع الحصانة البرلمانية ضد مسؤولية الجنائية عن النائب وموقف مجلس النواب .
4. إعادة النظر بحكم المادة (63/ثانياً/ب) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠5 النافذ بما يؤمن إمكانية مساءلة النائب عند ارتكابه جنحة اذ ان المادة اعلاه تمنحه حاليا حصانة مطلقه عند ارتكابه إياها حتى ولو كانت مشهودة وبذلك سيعود المشرع الدستوري إلى جادة الصواب ولا يكون شاذاً في هذا الموضوع عن الدساتير العربية المقارنة أو حتى الدساتير العراقية السابقة.
5. أعادة النظر بنص المادة (٦٣/ ثانيا/ب، ج) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠5 النافذ الذي يفهم منها أنه أقر حصانة لعضو مجلس النواب من اتخاذ الإجراءات الجنائية بحقه اذا كان متهما بجناية واستثناء من ذلك حالة التلبس في الجريمة، وهذا يعني انه لا يجوز القاء القبض على العضو اذا كانت الجريمة المنسوبة اليه تمثل جنحة أو مخالفة وهذا ما يوضح الى استهانة المشرع الدستوري عندنا بالجنحة وعدم إدراكه لخطورتها.

الهوامش:

1) ابن منظور,لسان العرب, ج4, ط3, منشورات دار احياء التراث العربي, بيروت, 1985, ص264.
2) معجم المعاني الجامع, منشور على موقع شبكة التواصل الاجتماعي, http:// www.a/maany/ar/diet/far/, تاريخ الزيارة 2019/12/1 ,
3) ابن منظور, المصدر السابق, ص 265.
4) لوئيس معلوف, المنجد في اللغة, ط4, مطبعة الغدير, منشورات ذوي القربى , ايران, ص215.
5) معجم المعاني الوسيط, المصدر السابق, ص44.
6) لمى علي فرج, الديمقراطية شبه المباشره وتطبيق مظاهرها في بعض الدساتير المعاصرة, منشورات الحلبي الحقوقية, ط1, 2010, ص39.
7) د. علي خطار شطناوي, القانون الدستوري المقارن, مكتبة الرشد, عمان, 2014, ص 257-259.
8) د. نعمان أحمد الخطيب, البسيط في النظام الدستوري , مكتبة الرشد, عمان, 2017, ص 335.
9) د. داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006 ، ص 168.
10) د.جورجي شفيق ساري، دراسات والبحوث حول حق الترشيح لمجالس النيابية، دار النيضة العربية، القاهرة، 2001 ، ص 23.
11) د.ميثم حنظل، النتظيم الدستوري والقانوني لشورط الترشيح في انتخابات المجالس النيابية، مجلة القانون المقارن، بغداد، عدد 46 ، لسنة 2007، ص 129.
12) د .مجي شحاته ، المشاركة السياسية، دار المعرفة الجامعية، القاهرة،1996 ، ص 45.
13) نصت المادة (46) من دستور العراق لسنة 2005 على يشترط في المرشح لعضوية مجلس النواب ان يكون كامل الاهلية.
14) المادة (9) من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي

15) د. ضياء عبد الله الاسدي, المسؤولية الجزائية لعضو المجلس النيابي (دراسة مقارنة), منشورات زين الحقوقية, بيروت, 2013, ص 74.

16) د. حيدر أدهم الطائي، قراءة في نص المادة (18 /2) من الدستور العراقي ، بحث منشور في مجلة دارسات قانونية، منشوارت بيت الحكمة، العدد (20) لسنة 2007 ، ص 93.

17) د. داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية, المصدر السابق ، ص 168.

18) د. منذر الشاوي، الاقتراع العام، منشورات العدالة، بغداد، 2001 ، ص 2.

19) ثامر داود عبود، تعدد الجنسية وآثاره القانونية، رسالة ماجستير، كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠٠٧ ، ص ١٤٩ .

20) د. هاني علي الطهراوي, النظم السياسية والقانون الدستوري, ط1, دار الثقافة, عمان, 2007,ص 197.

21) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام ، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠٠٨، ص 63.

22) أسد عبدالله شناوه الحمداني، المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب العراقي، دراسة تطبيقية في ظل دستور العراق لسنة 2005، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الكوفة، 2013 ، ص 62.

23) المادة (8) من قانون الانتخابات مجلس النواب العراقي رقم (45) لسنة 2013.

24) د . مجي شحاته، المشاركة السياسية، المصدر السابق ، ص 45-46.

25) المادة (21/أ) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969, وكذلك المادة (1/6) من قانون مكافحة الارهاب (13) لسنة 2005.

26) د. مصطفى ألعوجي, القانون الجنائي العام, المسؤولية الجزائية, الجزء الثاني ,مؤسسة نوفل- بيروت, 1985 ,ص 12.

27) د. عمر سالم, المسؤولية الجنائية للاشخاص المعنوية, دار النهضة العربية, 1998, ص85.

28) د. ضياء عبد الله الاسدي, المسؤولية الجزائية لعضو المجلس النيابي, المصدر السابق, ص 92.

29) سورة الاسراء (آية 34).

30) سورة الاسراء (آية 36).

31) أين منظور , لسان العرب, المصدر السابق, ص 338.

32) د. محمد عبد الله دراز, دستور الأخلاق في القرآن مؤسسة الرسالة بيروت, بلا سنة نشر، ص ١٣٥.

33) د. جمال الحيدري, أحكام المسؤولية الجزائية, مكتبة السنهوري , بغداد, 2010, ص 24.

34) د .عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الاخطاء المهنية(الطبيب, المهندس المعماري , المقاول .المحامي)، ط1 ، الشركة العالمية للكتب، لبنان، 1987 ، ص 27.

35) د. أحمد فتحي بهنسي, المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي, دار القلم, القاهرة, 1961,ص 128.

36) د. جمال الحيدري, أحكام المسؤولية الجزائية, المصدر السابق, ص 32.

37) معتز ابو سويلم ، المسؤولية الجزائية عن جرائم الاحتمالية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الشرق الاوسط،٢٠١٤ ، ص ٤٤.

38) د. جمال الحيدري, أحكام المسؤولية الجزائية, المصدر السابق, ص 29.

39) د. أحمد فتحي بهنسي, المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي, المصدر السابق, 35.

40) د. عصام عفيفي, مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي الفقه الاسلامي, دار النهضة العربية, القاهرة, 2003, ص 9-12.

41) د. جمال الحيدري, أحكام المسؤولية الجزائية, المصدر السابق, ص 30.

42) د. نوفل عمي الصفو، تعريف المسؤولية الجنائية، محاضرة ألقيت على طلبة المرحمة الثانية في كلية الحقوق جامعة الموصل، منشورة على شبكة التواصل الاجتماعي، تاريخ الزيارة ٢٣/أ/٢٠١٩. الموقع https://www. rights.uomosul.edu.iq/files/files/files_ تاريخ الزيارة 4/4/ 2019.

43) ادوار غالي الذهبي, دراسات في قانون العقوبات المقارن, مكتبة الغريب, القاهرة, بدون سنة طبع, ص55.

44) د. حنان القيسي، الحصانة البرلمانية في العراق، بحث منشور في مجلة الملتقى تصدر عن مؤسسة آفاق للدارسات والابحاث العراقية، العدد 13، ٢٠09 ،ص 12-13.

45) عامر عياش عبد الجبوري, الحصانة البرلمانية, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون, جامعة بغداد, 1995، ص ٣-٤.

46) عامر عياش عبد الجبوري, الحصانة البرلمانية, المصدر السابق., ص52 -53.

47) عقل يوسف مقابلة, الحصانات القانونية في المسائل الجنائية, القاهرة, كلية الحقوق, جامعة عين شمس, 1987, ص 357 -359.

48) حسام الدين احمد, الحصانة البرلمانية الموضوعية والاجرائية من وجهة النظر الجنائية, دار النهضة العربية, القاهرة, 1995, ص73.

49) د. محمد كامل ليلة, القانون الدستوري, مكتبة القاهرة الحديثة, القاهرة ,1964, ص404.

50) د. علاء علي احمد عبد المتعال, الحصانة في ميزان المشروعية, دار النهضة العربية , القاهرة , 2004, ص68 .

51) د. حنان محمد القيسي، الحصانة البرلمانية في العراق, المصدر السابق, ص 11-12.

52) د. إبراهيم كامل الشوابكة، الحصانة البرلمانية - دراسة مقارنة بين الأردن وبريطانيا، بلا مطبعة بلا مكان،بلا سنة، ص٢٦.

53) د. حنان القيسي، الحصانة البرلمانية في العراق، المصدر السابق ،ص2-3.

54) يوسف مقابلة, الحصانات القانونية في المسائل الجزائية , القاهرة , كلية الحقوق , جامعة عين شمس , 1987 , ص 59.

55) حول مجلس النواب, الحصانة البرلمانية , منشورة على شبكة التواصل الاجتماعي, https://www.parliament.jo , تاريخ الزيارة 7/2/ 2019.

56) عقل يوسف مقابلة, الحصانات القانونية في المسائل الجنائية, المصدر السابق, ص355- 35.

57) د. حنان القيسي، الحصانة البرلمانية في العراق، المصدر السابق ،ص 11- 13.

58) شذى فلاح حسن، الحصانة البرلمانية في ظل دستور العراقي ٢٠٠٥(دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة الجامعة المستنصرية، العدد ٣١ ، ٢٠١٧ ، ص٤-٥.

59) محمد عبد جري، مسؤولية عضو البرلمان (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإنسانية الجامعة، العدد ٥ ، 2016، ص ٨٣-٨٧ .

60) محمد عبد جري، مسؤولية عضو البرلمان, المصدر السابق، ص ٨٣-٨٧ .

61) د. نجيب شكر محمود ، الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد ٥، ٢٠١٣، ص ٢٢٤ .

62) علي محمد الشيحي، حدود المسؤولية الجزائية والتأديبية لعضو المجلس النيابي في التشريع الأردني والاماراتي، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلّد ٤٣ ، ص١٣٢٢ -١٣٢٣ .

63) محمد عباس محسن ، رفع الحصانة البرلمانية الإجرائية دراسة تطبيقية في ضوء قرار المحكمة الإتحادية العليا رقم 34 لسنة 2008، بحث منشور في مجلة الاداب ، جامعة بغداد، ص 260-292.

64) د.منذر الشاوي,القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية, مطبعة شفيق, بغداد, 1966,ص 171.

65) د. نجيب شكر محمود ، الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية, المصدر السابق، ص ٢٢٤.

66) شذى فلاح حسن، الحصانة البرلمانية, المصدر السابق، ص7-8.

67) د. ضياء عبد الله الاسدي, المسؤلية الجزائية لعضو المجلس النيابي, المصدر السابق, ص 167-169.

68)محمد عبد جري، مسؤولية عضو البرلمان , المصدر السابق، ص ٨٣-٨٧ .

69)د. سليم ابراهيم حربة و عبد الامير العكيلي, شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية, ج1, العاتك لطباعة, بغداد, 2010, ص30.

70) المادة (44) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23لسنة 1971 نصت على (لعضو الضبط القضائي عند انتقاله الى محل الجريمة المشهودة ان يمنع الحاضرين من مبارحة المحل الواقعة او الابتعاد عنه حتى يتم تحرير المحضر. وله ان يحضر في الحال كل شخص يمكن الحصول منه على ايضاحات بشأنها واذا خالف احد هذا الامر فيدون ذلك في المحضر).

71)المادة (88) من قانون اصول المحاكمات الجزائية.

72) المادة (152) من قانون اصول المحاكمات الجزائية.

73)د. سليم ابراهيم حربة و عبد الامير العكيلي, شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية, ج2, المكتبة القانونية, بغداد, 2009, ص177.

74)د. ضياء عبد الله الاسدي, المسؤلية الجزائية لعضو المجلس النيابي, المصدر السابق, ص 239.

المصادر:

القران الكريم.

اولاً: الكتب.

1. إبراهيم كامل الشوابكة، الحصانة البرلمانية - دراسة مقارنة بين الأردن وبريطانيا، بلا مطبعة بلا مكان،بلا سنة.
2. ابن منظور,لسان العرب, ج4, ط3, منشورات دار احياء التراث العربي, بيروت, 1985.
3. أحمد فتحي بهنسي, المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي, دار القلم, القاهرة, 1961.
4. ادوار غالي الذهبي, دراسات في قانون العقوبات المقارن, مكتبة الغريب, القاهرة, بدون سنة طبع.
5. جمال الحيدري, أحكام المسؤولية الجزائية, مكتبة السنهوري , بغداد, 2010.
6. جورجي شفيق ساري، دراسات والبحوث حول حق الترشيح لمجالس النيابية، دار النيضة العربية، القاهرة، 2001.
7. حسام الدين احمد, الحصانة البرلمانية الموضوعية والاجرائية من وجهة النظر الجنائية, دار النهضة العربية, القاهرة, 1995.
8. حنان القيسي، الحصانة البرلمانية في العراق، بحث منشور في مجلة الملتقى تصدر عن مؤسسة آفاق للدارسات والابحاث العراقية، العدد 13، ٢٠09.
9. داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.
10. سليم ابراهيم حربة و عبد الامير العكيلي, شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية, ج1, العاتك لطباعة, بغداد, 2010.
11. .....,, شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية, ج2, المكتبة القانونية, بغداد, 2009.
12. ضياء عبد الله الاسدي, المسؤلية الجزائية لعضو المجلس النيابي (دراسة مقارنة), منشورات زين الحقوقية, بيروت, 2013.

13. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الاخطاء المهنية(الطبيب, المهندس المعماري , المقاول, المحامي)، ط1 ، الشركة العالمية للكتب، لبنان، 1987.
14. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام ، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠٠٨.
15. عصام عفيفي, مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي الفقه الاسلامي, دار النهضة العربية, القاهرة, 2003.
16. علاء علي احمد عبد المتعال, الحصانة في ميزان المشروعية, دار النهضة العربية , القاهرة , 2004.
17. علي خطار شطناوي, القانون الدستوري المقارن, مكتبة الرشد, عمان, 2014.
18. عمر سالم, المسؤولية الجنائية للاشخاص المعنوية, دار النهضة العربية, 1998.
19. لمى علي فرج, الديمقراطية شبه المباشره وتطبيق مظاهرها في بعض الدساتير المعاصرة, منشورات الحلبي الحقوقية, ط1, 2010.
20. لوئيس معلوف, المنجد في اللغة, ط4, مطبعة الغدير, منشورات ذوي القربى , ايران.
21. محمد عبد الله دراز, دستور الأخلاق في القرآن مؤسسة الرسالة بيروت, بلا سنة نشر.
22. محمد كامل ليلة, القانون الدستوري, مكتبة القاهرة الحديثة, القاهرة ,1964.
23. مجي شحاته ، المشاركة السياسية، دار المعرفة الجامعية، القاهرة،1996.
24. مصطفى ألعوجي, القانون الجنائي العام, المسؤولية الجزائية, الجزء الثاني ,مؤسسة نوفل- بيروت, 1985.
25. منذر الشاوي,القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية, مطبعة شفيق, بغداد, 1966.
26. .....، الاقتراع العام، منشورات العدالة، بغداد، 2001.
27. نعمان أحمد الخطيب, البسيط في النظام الدستوري , مكتبة الرشد, عمان, 2017.
28. هاني علي الطهراوي, النظم السياسية والقانون الدستوري, ط1, دار الثقافة, عمان, 2007.
29. يوسف مقابلة, الحصانات القانونية في المسائل الجزائية , القاهرة , كلية الحقوق , جامعة عين شمس , 1987.

ثانياً: الرسائل والاطاريح الجامعية.

1. أسد عبدالله شناوه الحمداني، المسؤولية الجزائية لعضو مجلس النواب العراقي، دراسة تطبيقية في ظل دستور العراق لسنة 2005، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الكوفة، 2013 .
2. ثامر داود عبود، تعدد الجنسية وآثاره القانونية، رسالة ماجستير، كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠٠٧ .
3. عامر عياش عبد الجبوري, الحصانة البرلمانية, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون, جامعة بغداد, 1995.
4. عقل يوسف مقابلة, الحصانات القانونية في المسائل الجنائية, رسالة ماجستر كلية الحقوق, جامعة عين شمس, القاهرة, 1987.

5. معتز ابو سويلم ، المسؤولية الجزائية عن جرائم الاحتمالية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الشرق الاوسط،٢٠١٤.

ثالثاً: الابحاث.

1. حيدر أدهم الطائي، قراءة في نص المادة (18 /2) من الدستور العراقي ، بحث منشور في مجلة دارسات قانونية، منشوارت بيت الحكمة، العدد (20) لسنة 2007.
2. شذى فلاح حسن، الحصانة البرلمانية في ظل دستور العراقي ٢٠٠٥(دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة الجامعة المستنصرية، العدد ٣١ ، ٢٠١٧ .
3. علي محمد الشيحي، حدود المسؤولية الجزائية والتأديبية لعضو المجلس النيابي في التشريع الأردني والاماراتي، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلّد ٤٣.
4. محمد عباس محسن ، رفع الحصانة البرلمانية الإجرائية دراسة تطبيقية في ضوء قرار المحكمة الإتحادية العليا رقم 34 لسنة 2008، بحث منشور في مجلة الاداب ، جامعة بغداد.
5. محمد عبد جري، مسؤولية عضو البرلمان (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإنسانية الجامعة، العدد ٥ ، 2016.
6. ميثم حنظل، التنظيم الدستوري والقانوني لشورط الترشيح في انتخابات المجالس النيابية، مجلة القانون المقارن، بغداد، عدد 46 ، لسنة 2007.
7. نجيب شكر محمود ، الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد ٥، ٢٠١٣.

رابعاً: الدساتير والقوانين.

1. الدستور العراقي لعام 2005.
2. الدستور المصري لعام 2014.
3. قانون الانتخابات العراقي رقم (16)لسنة 2005 المعدل.
4. النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لعام 2005.
5. قانون المفوضية العليا للانتخابات رقم (11) لسنة 2007.
6. قانون استبدال الأعضاء رقم (6) لسنة 2006.
7. قانون الانتخاب رقم (45) لسنة ٢٠١٣.
8. قانون الجنسية رقم (26) لسنة ٢٠٠6.
9. القانون المدني العراقي رقم (49) لسنة 1951.
10. قانون المساءلة والعدالة رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨.
11. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة 1969 المعدل.
12. قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل.
13. قانون مكافحة الارهاب (13) لسنة 2005.

خامساً: البحوث على شبكة الانترنت.

1. حول مجلس النواب, الحصانة البرلمانية , منشورة على شبكة التواصل الاجتماعي, https://www.parliament.jo.
2. معجم المعاني الجامع, منشور على موقع شبكة التواصل الاجتماعي, www.a/maany/ar/diet/far/. http://.
3. نوفل عمي الصفو، تعريف المسؤولية الجنائية، محاضرة ألقيت على طلبة المرحمة الثانية في كلية الحقوق جامعة الموصل، منشورة على شبكة التواصل الاجتماعي الموقع . https://www._____ rights.uomosul.edu.iq/files/files/files_.

جودة الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء الإداري في العراق

The quality of judgments issued by the administrative judiciary courts in Iraq

أ.د. حنان محمد القيسي(*)
أستاذ القانون العام/ الجامعة المستنصرية
مشرف قسم الدراسات القانونية/ بيت الحكمة

تاريخ الاستلام: 2020/05/19 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/22

****

ملخص:

إذا كانت جودة القضاء تنطلق من حاجة الإنسان إلى نظام قضائي متكامل ومستقل ونزيه، وإذا كانت الرقابة الفعالة ركن من أركان الدولة القانونية، فان تلك الرقابة لن تتحقق من دون استقلال القضاء وحياده، ونزاهة القضاة، وجودة الأحكام الصادرة عنه. وكل ما تقدم يرتبط بالضرورة بتحقيق الأمن القضائي. ولا بديل عن جودة القضاء لعدم إمكان تقديم الخدمة القضائية الا من هذا المرفق، وإلا اضطر الإفراد إلى اقتضاء حقوقهم بأنفسهم او بوسائل غير مشروعة، مما قد ينجم عنه فقدان الثقة بالنظام القانوني للدولة بأكمله.

وجودة القضاء تقاس بعدة مؤشرات منها رضا المتعاملين مع المحاكم عن أسلوب وطريقة الأداء فيها، وسهولة الإجراءات، وقرب المواعيد، وحسن تعامل الموظفين والقضاة معهم، وتكامل المرافق والأقسام التي تقدم الخدمة لهم داخل المحاكم، وتهيئة المباني المناسبة، وضمان حقوق المتقاضين في الدفاع عن أنفسهم وتقديم كل ما لديهم من دفوع وأدلة، وحفظ ضمانات العدالة، وتسبيب الأحكام القضائية بشكل جيد، وحماية حقوق المحامين وتوفير الوسائل المعينة لهم على القيام بدورهم إلى غير ذلك من جوانب تُعدّ من معايير الجودة في العمل القضائي.

الكلمات المفتاحية: الجودة/ حكم قضائي/ قضاء إداري/ مجلس دولة/ تسبيب الإحكام.

Abstract:

If the quality of the judiciary stems from the human need for an integrated, independent and impartial judicial system, and if effective oversight is an important element of the legal state, then such oversight will not achieved without the independence and impartiality of the judiciary, the integrity of the judges, and

* أ.دحنان محمد القيسي.

the quality of judgments issued by it. All of the above linked necessarily to achieving judicial security, because there is no substitute for the quality of the judiciary because the judicial service provided only by this facility, otherwise individuals are enforced to claim their rights by themselves or by unlawful means, which may result in loss of confidence in the entire legal system of the state.

Quality of judiciary is measured by several indicators, including the satisfaction of individuals who deal with the courts about their performance, the easiness of procedures, the proximity of appointments, the good treatment of employees and judges with them, the integration of facilities and departments that provide them with services, the preparation of appropriate buildings, and ensuring the rights of litigants, preserving justice guarantees, causation of judgments, protecting the rights of lawyers and providing them with the means to do their jobs, and other aspects that are considered quality standards in the judicial work.
Key words: Quality/ Judicial Ruling/ Administrative Judiciary/ State Council/ causation of judgments.

المقدمة:

تقوم الدولة القانونية على نوعين من الأركان، بعضها واقعي (حقيقي) كحقيقة وجود دستور وحقيقة وجود رقابة قضائية فعالة وحقيقة الاعتراف بالحقوق الفردية، وأركان أخرى نظرية، أي مبادئ تسعى الدولة إلى ضمان تحقيقها للقول بانها دولة قانونية، مثل مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ المشروعية ومبدأ تدرج القواعد القانونية.

ومن ثم تُعدّ الرقابة القضائية الفعالة ركناً جوهرياً من أركان الدولة القانونية، يُمكن التحقق من وجوده ببعض الأمارات والدلالات. فالرقابة القضائية الفعالة لن تتحقق من دون استقلال القضاء وحياده، ونزاهة القضاة، وجودة الأحكام الصادرة عنه، بل يُمكن القول إن جودة القضاء بالمطلق تنطلق من حاجة الإنسان إلى نظام قضائي متكامل، مستقل ونزيه. ولعل كل ما تقدم يرتبط بالضرورة بتحقيق الأمن القضائي، والذي يُعدّ بدوره أحد الضمانات الأساسية لتطبيق وسيادة الديمقراطية، وحماية حقوق الإنسان والحريات العامة.

ولجودة القضاء أهمية استراتيجية كبيرة على مستوى الأفراد، فإذا كان انخفاض مستوى جودة خدمة أي مرفق عام يؤدي إلى إحجامهم عن اللجوء إلى المرفق وطلب خدماته، وطلبها من القطاع الخاص على سبيل المثال، فإن الأمر أكثر خطورة في مرفق القضاء، إذ أن انعدام الثقة في مرفق القضاء وعدم قدرته على القيام بأعبائه قد يدفع الأفراد لاقتضاء حقوقهم بأنفسهم أو بوسائل غير مشروعة، وقد تتغلب اعتبارات أخرى على سيادة القانون كالقبلية والعشائرية، وربما فقدان الثقة بالنظام القانوني للدولة بأكمله.

كما أن للجودة أهمية لا تخفى على مستوى المرافق العامة على اختلاف أنشطتها، وعلى المستوى الوطني، فإذا كانت سمعة المرفق مرتبطة بجودة خدماته، فإن المنافسة العالمية اليوم أصبحت دافعاً للدول للسعي، من خلال مرافقها ومواطنيها، إلى تحقيق الجودة في جميع عمليات ومراحل تقديم الخدمات، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى اكتشاف الأخطاء والعمل على تلافيها، وكل ذلك بهدف التمكن من تحقيق المنافسة.

والمؤسسة القضائية - ممثلة في أجهزتها وإداراتها المختلفة – لم تكن في منأى من ضرورة المبادرة للوصول إلى جودة شاملة على كافة الأصعدة والمجالات القضائية والقانونية التي تُعنى بها. وهنالك عدة عوامل وأسباب تقود المؤسسة إلى الاهتمام بالجودة والسعي نحو تطبيقها، سواء أكانت ضرورات مالية أو تجارية أو تقنية، [1] ولا يخرج موضوع جودة القضاء عموماً عما تقدم، ونعتقد أن أهم عوامل جودة القضاء تتمثل في الضرورات القانونية أولاً، فجودة الخدمة القضائية تنطلق من حاجة الإنسان الضرورية والملحة إلى العدل والقضاء النزيه المستقل الذي يأمن معه على حقوقه، ويطمئن إلى أنه لا يُمكن المساس بها في ظل هذا القضاء، كما أن هنالك ضرورات اقتصادية، فمن شأن تحقيق الجودة في القضاء إصلاح اقتصاد الدولة والمساهمة الفاعلة في ازدهاره ونموه عبر تشجيع وجلب الاستثمارات الوطنية والأجنبية جميعاً والتي لا يُمكن أن تزدهر في ظل نظام قضائي متعثر أو بطيء أو غامض، وأخيراً رضا جمهور المستفيدين، إذ من المهم التأكيد على أن تقييم عمل المحاكم والتحقق من سلامة أدائها لا يُمكن أن يقاسا دون معرفة واستطلاع آراء المتعاملين معها والمراجعين لها، وليس المقصود رضا الناس عن نتائج الأحكام القضائية - التي لا يُمكن أن يرضى بها طرفا الخصومة جميعاً، بل لابد من سخط أو رفض أحد الطرفين لها - إنما المقصود هو رضا المتعاملين مع المحاكم عن أسلوب وطريقة الأداء فيها، مثل سهولة الإجراءات، وقرب المواعيد، وحسن تعامل الموظفين والقضاة معهم، وتكامل المرافق والأقسام التي تقدم الخدمة لهم داخل المحاكم، وتهيئة المباني المناسبة، وضمان حقوق المتقاضين في الدفاع عن أنفسهم وتقديم كل ما لديهم من دفوع وأدلة، وحفظ ضمانات العدالة، وتسبيب الأحكام القضائية بشكل جيد، وحماية حقوق المحامين وتوفير الوسائل المعينة لهم على القيام بدورهم إلى غير ذلك من جوانب تُعدّ من معايير الجودة في العمل القضائي.

وقد بادرنا للكتابة في هذا الموضوع رغبة في تسليط الضوء على مدى جودة الأحكام الصادرة من القضاء الإداري في العراق، مع كم التحديات التي تواجه هذا القضاء الفتيّ التي يقف في مقدمتها قلة عدد المحاكم - نتيجة قلة عدد أعضاء المجلس - وتراكم القضايا الواردة إلى المحكمة، في حين أن

جودة الأحكام تقتضي توافر عناصر سابقة على صدور الحكم وأخرى تتعلق به أو تكون لاحقة عليه، كل ذلك يستدعي منا البحث والتحليل وعلى وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: في جودة الأحكام القضائية

لبيان المقصود بجودة الأحكام القضائية يقتضي التطرق إلى أمرين:

أولاً: تعريف جودة الأحكام:إن تعريف مصطلح "جودة الأحكام"، يدفعنا إلى بيان كل من المفردتين، فإذا ما بدأنا بالجودة فنلاحظ أنه وعلى الرغم من الاهتمام المتزايد بها إلا أن هنالك اختلافات بيّنة في تعريفها، نتيجة لاختلاف وجهات النظر المتعلقة بالموضوع،إلا أنه بكل الأحوال أقل صعوبة من ذي قبل.

فمن الناحية التاريخية ارتبطت الجودة بالسلع والمنتجات وكان تحديد معنى جودة المنتج أو الخدمة المناسب عملية صعبة، استخدمت فيها طرق عديدة، منها النهج الشخصي القائم على المستخدم ونوع الخصائص التي يأخذها بنظر الاعتبار، والنهج القائم على القيمة، إذ يربط المستهلكين بين الجودة والسعر ويقومون باستنتاجات عامة للجودة بناءً على مثل هذه العلاقة. [2]

وعلى أي حال يُعرّف البعض الجودة بأنها مجموع الصفات والخصائص للسلعة أو الخدمة التي تؤدي إلى قدرتها على تحقيق رغبات معلنة أو مفترضة. [3] ويعرفها غيره بأنها تفادي الخسارة التي يُسببها المنتج للمجتمع بعد إرسالها للمستعمل، ويتضمن ذلك الخسائر الناتجة عن الفشل في تلبية خصائص الأداء والتأثيرات الجانبية الناجمة عن المنتج كالتلوث والضجيج وغيرها. [4] ويرى آخر بأن الجودة هي أداء العمل بطريقة صحيحة بما يُمكّن العميل من حصوله على متطلباته. [5]

وتُعرّف الجودة أيضاً بأنها "انتاج المنظمة لسلعة أو تقديم خدمة بمستوى عالٍ من الجودة المتميزة، تكون قادرة من خلالها على الوفاء باحتياجات ورغبات عملائها بالشكل الذي يتفق مع توقعاتهم وتحقق الرضا والسعادة لديهم". [6]

وقد أدلت بعض المنظمات – الدولية والإقليمية – بدلوها في مجال التعريف، إذ يُعرفها المعهد الوطني الأمريكي للمعايير[7] بأنها "جملة من السمات والخصائص للسلعة أو الخدمة والتي تجعلها قادرة على الوفاء باحتياجات معينة". [8] وتُعرّف المنظمة الدولية للمواصفات (ISO)[9] الجودة بأنها "مجموعة الصفات والخصائص التي تؤثر على مقدرة سلعة أو خدمة على تلبية حاجة معينة". [10]

فالجودة ببساطة هي قياس شيء مقابل أشياء أخرى من نفس النوع، أي معرفة مدى أو درجة التميز في شيء ما قياساً بأشياء أخرى تُماثله. ويُركز مصطلح الجودة في مفهومه العام على جانبين

اثنين وهما، الجانب الإنتاجي والجانب الخدمي. ويكون ضابط مقياسهما هو مدى رضا المستهلك أو متلقي الخدمة من حيث التوقعات وما يتحقق له من سعادة. (11)

أما الحُكم القضائي فهو النهاية الطبيعية التي تُختم بها الخصومة القضائية، وهو الوثيقة القضائية المهمة التي تُقرر حقوق الخصوم وتضع حداً للنزاع القائم بينهم، ويُعرّف الحُكم بأنه "فض المنازعات"، فالنزاع هو العنصر الجوهري في العمل القضائي، ولولا النزاع لا يُعتبر العمل قضائياً. (12)

وعرّفه غيرهم بأنه "عمل إرادي قانوني يرمي إلى حسم نزاع أو مركز خلافي بين أطراف متعارضة المصالح بوساطة هيئة من الغير في نطاق إجراءات خاصة تكفل للأفراد ضمانات معينة وينتهي إلى تقرير الحقوق والالتزامات المتبادلة لأطراف النزاع". (13)

وقد أطلق قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969مصطلح (الحُكم) على القرار الذي تنتهي به الدعوى والذي يصدر عن جميع المحاكم - ومنها ما يصدر عن المحاكم الإدارية -، أما مصطلح (القرار) فأطلقه على الإجراء الذي تتخذه المحكمة قبل الفصل في النزاع، فقد أجاز القانون للمحكمة أن تُصدر قبل الفصل في النزاع ما تقتضيه الدعوى من قرارات، ولها أن تعدل عن هذه القرارات أو أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تُبين أسباب ذلك في محضر الجلسة.(14) وذلك في ما يُطلق عليه القضاء المستعجل، أما مصطلح (أمر) فيتخذه القاضي في القضاء ألولائي، فالقاضي في القانون العراقي (يحكم ويقرر ويأمر).

من جماع ما تقدم يُمكن القول إنه إذ كانت الجودة هي نظام تفعيل العمل القضائي لتحسين مستوى أدائه ورفع نسبة الثقة فيه، فالجودة في مجال الأداء القضائي تعني: محاكمة عادلة، عدالة أقل تكلفة، حياد تام للقاضي، سهولة الوصول إلى المعلومة القضائية، وأيضاً التقييم الذاتي للعدالة لوضع المخططات والمشاريع المستقبلية. (15)

والجودة في الحكم القضائي هي مجموعة السمات والخصائص التي يتصف بها الحكم ليكون قادراً على تلبية حاجة الأفراد من اللجوء إلى القضاء. ويُفترض في الأحكام أن تصدر دائماً صحيحة من ناحية الشكل ومُطابقة للحقيقة من حيث الموضوع، فمتى صدر الحُكم امتنع على القاضي الذي أصدره أن يُعدله أو يرجع عنه، ولا يجوز لأية محكمة أُخرى من نفس الدرجة أن تُعيد النظر فيه، فقد أحاط القانون الأحكام بعناية خاصة ضماناً لحقوق الخصوم، وقد جعل سبيل إلغاء الأحكام عن طريق الطعن فيها بطرق خاصة وعلى وفق شروط معينة وذلك ضماناً لحقوق الخصوم أيضاً.

ثانياً: جودة الأحكام وعلاقتها بالأمن القانوني: تُعدّ جودة الأحكام القضائية ركناً من أركان المحاكمة العادلة وهذه الأخيرة هي أساس الأمن القضائي وأهم عوامل وجوده، فاذا كانت الدول تهتم بضمان أمنها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، فإنها باتت تهتم وبالقدر نفسه بضمان أمنها القضائي. (16)

ولضمان الأمن القضائي لابد من توافر نوعين من العوامل: ذاتية (تكوينية) وموضوعية، [17] وتُعدّ جودة الأحكام من بين العوامل الذاتية (التكوينية)، إذ بالرغم من تعدد كليات الحقوق وارتفاع مستوى التكوين الحقوقي والشروط العلمية المفروضة، فإن مستوى الأحكام من حيث الجودة والسرعة لا يعكس الاهتمام الرئيس ورغبة المجتمع في استصدار أحكام جيدة وفي آجال معقولة. [18]

ويُعدّ مفهوم الأمن القضائي من المفاهيم الحديثة التي تحرص الدول من خلالها على خلق مناخ ملائم لعمل السلطة القضائية، وإن لم يحظ بالقدر نفسه من الاهتمام الذي حظي به الأمن القانوني. وهو يُعرّف بأنه ذلك الشعور الذي يسكن كل شخص طبيعياً كان أم معنوياً والذي يُكسبه الثقة في المؤسسة القضائية، لأنها تجعل سيادة القانون فوق كل اعتبار. [19]

وللأمن القضائي مفهومان، أولهما ضيق يرتبط بوظيفة المحاكم العليا، المتمثلة بصفة أساسية في السهر على توحيد الاجتهاد القضائي وخلق وحدة قضائية، وبصفة أخرى يُمكن القول إن الأمن القضائي في هذا المستوى يعمل على تامين أمرين أساسيين هما، تأمين الانسجام القانوني والقضائي وتأمين الجودة. [20]

وثانيهما مفهوم واسع يرى بأن الأمن القضائي هو الذي يعكس الثقة في المؤسسة القضائية، من خلال دعم استقلال القضاء كمؤسسة والقضاة كأفراد تحقيقاً لمبدأ الشرعية الدستورية والقانونية، التي نصت على مبدأ استقلال القضاء كأهم المرتكزات التي تقوم عليها دولة القانون، وكأحد الشروط الأساسية لتحقيق السلم الاجتماعي، من خلال ضمان استقرار المعاملات، وطمأنة المستثمرين بوجود قضاء عادل ومستقل يحفظ حقوقهم متى ما تعرضت للخطر. [21]

وإذا كان الأمن القانوني ينحدر من الحق الطبيعي للإنسان في الأمان والطمأنينة، أي أن لكل شخص الحق في استقرار القاعدة القانونية، وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يُمكنها أن تؤثر على الاستقرار، فيكون الأمن بذلك هو الوجه المضيء للقانون، وعليه فإن أي ضمان لتطبيق الأمن القانوني يُعدّ المدخل الأساسي والمركزي لتأمين الأمن القضائي الذي يُعدّ حاجزاً وقائياً لفائدة الأشخاص ضد تجاوزات بعضهم البعض من جهة، وحائلاً من دون تجاوز الإدارة ضد هؤلاء من جهة ثانية، وذلك عن طريق تطبيق مبادئ الأمن القانوني، وبالتالي يُمكن القول أن الأمن القضائي مرتبط بالأمن القانوني بشكل أو بآخر. [22]

بل ويُعرّف البعض الأمن القضائي بانه فرع من مبدأ الأمن القانوني الذي يجد مصدره في القانون الطبيعي، ويختلط مفهومه مع مفهوم أوسع هو الأمن القانوني مع وجود فارق في ارتباط الأمن القضائي بالنشاط القضائي حصراً. [23] فالأمن القانوني يستغرق الأمن القضائي ويحتويه، وما الأخير إلا إحدى آليات حماية الأمن القانوني، فالأمن القانوني يُعدّ مقدمة لابد منها لتحقيق الأمن القضائي،

بعبارة أخرى إن هنالك ارتباطاً بين المفهومين، وغالباً ما يُضاف الأمن القضائي للأمن القانوني، من أجل الدلالة على أمرين اثنين، أولهما اقتران مبدأ الأمن القانوني بالأمن القضائي، وثانيهما إبراز الطابع الحمائي للقضاء في سهره على تطبيق القانون وحماية الحقوق، هو الجانب الطاغي في النظرة للأمن القضائي. [24]

وهذا الأمر يقتضي علاقة تكاملية ما بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية لتحقيق الأمن القانوني والقضائي من جهة، ومن جهة أخرى لا تختص بالأمن القضائي جهة قضائية معينة، وإنما يختص به القضاء بمختلف أنواعه سواء أكان قضاء عادياً أم متخصصاً، كما أنه لا ينحصر فقط في المؤسسة القضائية، وإنما يتعدى إلى كل من له صلة بالقضاء من متقاضين وشرطة قضائية وكتاب ضبط وقضاة، فهي مسؤولية الجميع.لذا لابد أن تحرص السلطة القضائية من جانبها على ضمان توحيد واستقرار الاجتهاد القضائي، وبالشكل الذي يجعل المتقاضين على بصيرة من أمرهم، من دون أن يكونوا رهن الاجتهادات المختلفة التي قد تصل حدّ التناقض في بعض الأحيان. وعلى ضمان جودة الأحكام وسرعة الفصل في النزاعات المعروضة عليها، وسهولة التقاضي بأسرع وقت وأقل تكلفة. [25]

المبحث الثاني: مدى انطباق معايير الجودة على المرافعة السابقة لصدور الحكم

قبل الخوض في معايير جودة المرافعات أمام القضاء الإداري في العراق لابد من الإشارة إلى خصوصية المنازعة الإدارية عن المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، بسبب اختلاف المراكز القانونية للأطراف، ولا جدال أن هذا الاختلاف يجعل اللجوء إلى الإجراءات التي تنطبق على المنازعات العادية، التي تفترض ابتداءً تساوي الخصوم، أمراً محل نظر بل وقد يؤدي إلى صعوبة تحقيق الجودة في الأحكام الصادرة عن القضاء الاداري، فقد أسلفنا أن الجودة في العمل القضائي تعني تفعيل العمل القضائي لتحسين مستوى أدائه والعمل على رفع ثقة الأفراد به.

وما تقدم دعا الكثير من الفقه[26]إلى الدعوة إلى ضرورة تقنين إجراءات خاصة بالمنازعات الإدارية، تختلف عن تلك التي تُطبّق على المنازعات العادية، وتتلمس طبيعة المنازعة الإدارية وخصوصيتها، وتكون متسقة مع طبيعة النشاط الإداري وتؤدي إلى جودة الأحكام الصادرة بعيدة عن التعقيد والروتين.

ونعتقد أن الحديث عن جودة الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري لا يمنع الأخير من الاستعانة بقواعد الإجراءات المنصوص عليها في قوانين المرافعات المدنية، بل هو ملزم بذلك،إذ نصت المادة (7/حادي عشر) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم 71 لسنة 2017 على "تسري أحكام قانون

المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وقانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 وقانون الرسوم العدلية رقم (114) لسنة 1981 في شأن الإجراءات التي تتبعها المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون".

فليس للقاضي الإداري في العراق التملص من تطبيق القواعد الواردة في قانون المرافعات المدنية أو أن يقوم بمؤامتها، فهو قضاء تطبيقي بحت، ومن ثم فهو ملزم بتطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية بشأن الإجراءات فيما لم يرد به نص خاص في قانون المجلس، وهو أمر يطعن في جودة الأحكام الصادرة عنه ابتداءً بسبب أن تلك الإجراءات لا تتلاءم مع طبيعة المنازعة الإدارية وضرورة الفصل فيها بسرعة.

وعلى أي حال هنالك جملة من المعايير لضمان جودة الحكم القضائي في مرحلة المرافعة، سوف نتولى بيانها والبحث في مدى توافرها في أحكام القضاء الإداري العراقي، وعلى النحو الآتي:

أولاً: علانية الجلسات: وهي من شروط المحاكمة العادلة، إذ يجب أن تكون جلسات القضاء مفتوحة أمام الجميع، وتؤدي علانية الجلسات إلى إضفاء شفافية ووضوح أكبر على العمل القضائي، إذ تشكل العلانية نوعاً من الرقابة الشعبية على حُسن سير إجراءات التقاضي، كما ينتج عنها زرع الثقة في القضاء، وتحقيق الأمن القضائي من جهة أخرى، ولا ريب أن جودة الأحكام الصادرة عنه ستكون مفتاح ذلك الأمن القضائي. وهذا ما من شأنه أن يؤدي إلى الاطمئنان للقضاء، والتوجه له بغية تحقيق العدل والإنصاف، عوض إتباع طرق أخرى لحل النزاعات، غالباً ما تتم خارج مقتضيات القانون.[27]

والحقيقة إن للإجراءات الإدارية في العراق من الخصوصية ما يجعلنا نصنفها أنها إجراءات شبه سرية، فهي بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 سرية فيما يتعلق بالطعون في العقوبات الانضباطية، [28]بمعنى أن إجراءات المرافعة منذ انطلاق الدعوى (تقديم العريضة) إلى غاية انتهاء المداولة في القضية تكون سرية، أي بين أطراف الخصومة أو محاميهم وتحت نظر هيئة المحكمة من دون غيرهم، غير أن النطق بالأحكام ينبغي أن يكون في جلسة علنية.

في حين ان المرافعات التي تتم امام محكمة قضاء الموظفين فيما يتعلق بحقوق الخدمة، والمرافعات التي تتم امام محكمة القضاء الإداري تكون علنية وفقا لقانون المرافعات المدنية. [29]

ثانياً: سهولة الإجراءات وسرعة الفصل في الدعوى: أي أن تبدأ الإجراءات القضائية وتنتهي في غضون مدة معقولة، وضرورة مراعاة التوازن بين حق المدعي في مساحة زمنية وتسهيلات كافية

لإعداد دفاعه، وضرورة البدء في نظر الدعوى وإصدار الحكم دون أي تأخير لا مبرر له. إذ أن سرعة الفصل في الدعوى أيضاً من بين أهم مقومات المحاكمة العادلة. فالبطء في إجراء المحاكمة والنطق بالحكم قد يُشكل مساساً بحقوق الخصوم ونوعاً من الظلم. ويدخل في هذا الإطارأن تكون مدد تأجيل المرافعات قصيرة نسبياً كي تُحسم الدعاوى الإدارية بسرعة، كي نضمن استقرار المراكز القانونية من جهة والحفاظ على حقوق الأفراد من جهة أخرى.

والحق أن اعتماد الإجراءات الإدارية على توجيه القاضي من جهة، وطبيعة الوظيفة الإدارية ودقة المواضيع التي تُعالجها من جهة أخرى، تتطلب أن تكون الإجراءات أمام القضاء الإداري سهلة وسريعة الحسم، ولا ريب في أن الصيغة غير المقننة للإجراءات الإدارية ساعدت على أن تتسم هذه الإجراءات بالبساطة والسرعة والمرونة والتطور لمواكبة التطورات المستمرة في مجال القانون الإداري.[30]

ويُلزم هذا الحق محاكم القضاء الإداري في العراق بضمان الانتهاء من جميع الإجراءات، بدءاً من المراحل السابقة للمحاكمة حتى صدور الحكم ومن ثم الطعن فيه إلى أن يُصبح الحكم نهائياً في غضون فترة زمنية معقولة. لكن وبالعودة إلى تلك الإجراءات أمام القضاء الإداري في العراق فأننا نعتقد أن طغيان الإجراءات المدنية التي لا تتلاءم مع طبيعة المنازعات الإدارية من جهة، وعدد القضايا الكبير الذي لا يتلاءم البتة مع عدد المحاكم من جهة أخرى، ألقى بظلاله على إجراءات المرافعة أمام القضاء الإداري في العراق لتتسم من ثم بالتأخير والتعقيد الذي يُفقد الأحكام جودتها بطبيعة الحال، خاصة إذا ما علمنا أن زخم القضايا يرغم محاكم القضاء الإداري على وضع مدد تأجيل طويلة نسبياً، فأن المحاكمة العادلة تفقد أحد أركانها المهمة، وهذا بدوره يطيح بمبدأ الأمن القانوني من جهة، ويؤثر على جودة الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في العراق. لذا ندعو إلى وضع إجراءات خاصة بالمرافعة الإدارية تتسم بالسهولة والسرعة لضمان أن تكون الأحكام الصادرة عنها أكثر جودة، فضلاً عن الإسراع بإكمال تشكيلات القضاء الإداري في العراق.

ثالثاً: وضمان حقوق المتقاضين في الدفاع عن أنفسهم وتقديم كل ما لديهم من دفوع وأدلة:

قبل أن يفصل القاضي الإداري في القضية يجب أن يكون كل طرف قد قدم مذكراته ودفوعه من خلال تبادل المذكرات والردود. أي أن القاضي الإداري لا يستطيع الفصل في الدعوى على أساس مستند لم يتيسر لأحد الطرفين فرصة الاطلاع عليه ومناقشته وتقديم الملاحظات بشأنه.

إذ أن من أهم ضمانات المحاكمة العادلة ومقومات الأمن القضائي، تمكين جميع الأشخاص - في حال توجيه تهمة معينة لهم - من الدفاع عن أنفسهم بشكل شخصي إن أمكنهم ذلك، وحقهم في الاستعانة بمحام من اختيارهم للدفاع عنهم إذا كانت لهم القدرة المالية لتسديد أتعاب المحامي، كما

يمكّنهم في حالة العوز المادي أن يتقدموا للمحكمة بطلب الاستفادة من المساعدة القضائية وفي هذه الحالة تتولى المحكمة تعيين محام يتولى الدفاع عنهم مجاناً ومن غير مقابل، حيث يتم اعفاءهم من دفع أتعاب المحامي. (31)

وفيما يتعلق بحق الفرد في الاستعانة بمحام للدفاع عن حقوقه، اشترط المشرع المصري في كل طلب يرفع إلى القضاء الإداري أن يُقدم إلى الجهة المختصة بعريضة موقعة من محامٍ مقيد بجدول المحامين، وهذا الشرط وضع في مصر عند بداية تقرير القضاء الإداري هناك، طبقاً لنص المادة 23 من قانون مجلس الدولة المصري المرقم 55 لسنة 1959 الملغي، وكان بسبب حداثة هذا القضاء ولعدم دراية الخصوم بإجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، مما أدى إلى ضرورة رفع الدعوى عن طريق أحد المحامين. وفي فرنسا تستثنى دعوى الإلغاء من هذا الشرط تشجيعاً لرفع هذه الدعوى الموضوعية التي تهدف إلى حماية المشروعية. (32)

أما في العراق فلا يشترط قانون مجلس الدولة رقم 71 لسنة 2017 الاستعانة بمحام لغرض إقامة الدعوى أمام القضاء الإداري، واحترم حرية اختيار المحامي، وتيسير الاتصال به تخفيفاً عن كاهل الأفراد، مع تمكيّنهم من حق الدفاع في كل المراحل سواء أثناء المرافعة أو بعدها، وكل ذلك بهدف زرع ثقة المتقاضين في القضاء الاداري ومنظومة العدالة في العراق بشكل عام، وضمان عدالة المحاكمة، وجودة الأحكام الصادرة عنه، مما يصب في تحقيق الأمن القضائي.

المبحث الثالث: مدى انطباق معايير الجودة على هندسة الأحكام القضائية وضماناتها

أسلفنا أن جودة الأحكام تُعدّ مظهراً من مظاهر ارتقاء الدول وتقدمها وتعبيراً عن سيادة الدولة الديمقراطية التي يُصطلح عليها بدولة الحق والقانون، ومن هذا المنطلق حدد القانون البيانات الواجب توفرها في الأحكام القضائية، ورتب على عدم ذكر إحدى البيانات بطلان الحكم أو القرار، والتي نعتقد أنها من مظاهر جودة الأحكام في نفس الوقت، وأهم هذه البيانات تعليل وتسبيب الأحكام، صياغة الأحكام والطعن فيها، وسوف نحاول بيانها تباعاً وكما سيأتي:

أولاً: تعليل (تسبيب) الأحكام: يُعدّ تعليل الأحكام من بين أهم الشروط الأساسية لتحقيق الجودة في الأحكام القضائية وضمان إجراء محاكمة عادلة، بما يترتب عنهما من تحقيق للأمن القضائي، وهو يُشكل الميزة الأساسية للقضاء، الذي عليه، خلافاً لمجمل السلطات العامة، أن يستمع إلى الحجج والمطالب المدلى بها أمامه وأن يصوغ أجوبته عليها على أساس المبادئ والأحكام القانونية، وأن يخضع من خلال ذلك أعماله لرقابة الرأي العام.

ومن هذا المنطلق حدد القانون البيانات الواجب توفرها في الأحكام القضائية، ورتب على عدم ذكر إحدى البيانات بطلان الحكم أو القرار وأهم هذه البيانات: التعليل الذي يعني الإفصاح كتابة في صلب الحكم عن الأسباب الواقعية والقانونية الداعية إلى إصداره.[33] فهو سرد واستعراض جميع الوقائع والحيثيات والنصوص القانونية والاجتهادات القضائية، التي اعتمدت عليها المحكمة في تكوين قناعتها وصدور أحكامها.

وأشارت العديد من الوثائق الدولية إلى حق الشخص في سماع دعواه بشكل عادل، وهذا ما نصت عليه المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،[34] والمادة (1/14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية،[35] وكذا المادة (1/6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950.[36] وقد فسرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هذه الفقرة في قرارها لها بقولها إن "الحق بمحاكمة عادلة... لا يمكن أن يكون فعّالاً إلا إذا كانت الملاحظات "مسموعة" فعلياً أي إذا حظيت بدراسة فعلية من قبل المحكمة التي تنظر في الدعوى".[37]

كما أشارت له أكثر قوانين المرافعات المدنية، ومنها نص المادة (159) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ التي جاء فيها "1. يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بُنيت عليها وأن تستند إلى أحدأسباب الحكم المبينة في القانون. 2. على المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفوع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت اليها".

وقد لاحظت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان "... أنه على الرغم من أن للمحكمة المحلية هامش تقديري معين عند اختيار الحجج في قضية معينة وقبول الأدلة الداعمة لطلبات الأطراف، فإن السلطة ملزمة بتبرير أنشطتها بإعطاء أسباب لقراراتها".[38]وجاء في حكم آخر "من الضروري أن تستند القرارات المحلية إلى تقييم شامل للأدلة المقدمة وأن تحتوي على أسباب كافية".[39]

وتتعدد الأهداف المرجوة من وراء تعليل الأحكام القضائية، إذ يرى البعض أن تعليل الحكم أو بنيان أسبابه هو أمر جوهري، ويهدف إلى تحقيق غرضين: عدالة فضلى ورقابة فعالة من قبل المحاكم العليا.[40] ويرى آخر أن لتعليل الأحكام وظائف عديدة يتصل بعضها مباشرة بحق التقاضي، وأخرى تتصل بتطوير أداء المؤسسة القضائية أو بتطوير الدور الاجتماعي للقضاء أو أيضاً بتعزيز الشفافية والمساءلة والرقابة العامتين.[41] وعلى أي حال يُمكن القول أنأهم وظائف تعليل الأحكام ما يأتي:

أ. حماية القاضي، حيث أن في تعليل الأحكام حماية للقاضي أو هيئة الحكم التي صدر الحكم عنها، فالتعليل يرفع الشبهات عن القضاة، ويؤكد شفافية ونزاهة الأحكام، فهو الضمانة الأساسية لحياد القاضي وعدم انحيازه إلى أي من الأطراف، فقد جاء في حكم للمحكمة الأوروبية لحقوق

الانسان"..إن المحكمة كانت غير مدركة لـ "حقيقتين" تستند اليهما المحكمة الأوروبية في قراراتها، أولهما أن السيد (فان ديوال) كان رئيس محكمة اسييز حتى الأول من تشرين الأول من عام 1977، ورئيساً لقسم النيابة العامة في بروكسل المسؤول عن محاكمة المدعي (Piersack)، وثانيهما أنه قد مارس بصفته هذه في الواقع دوراً معيناً في الإجراءات"،[42] مما يقدح في الحياد الواجب.

ب. حماية المتقاضين، وهو الوسيلة الفعالة لتلافي الظلم وتحقيق العدالة والإنصاف، وتقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية. إذ أن التعليل يؤدي لإقناع أطراف الدعوى بأهميةالحل الذي تضمنه الحكم القضائي، ويجعلهم مقتنعين بعدالة المحكمة، ويؤدي لزرع الثقة في القضاء كسلطة والقضاة كأشخاص. وكل هذه النتائج يترتب عنها بطبيعة الحال تحقيق الأمن القضائي.

وقد شدد بعض الفقهاء الفرنسيين[43] على أهمية هذه الوظيفة، إذ أن الحق باللجوء إلى المحكمة ومعه حق الدفاع يكونان بمثابة "صدفة فارغة" و"ضمانة وهمية محضة" ما لم تدرس المحكمة فعلياً لوائح الخصوم ولم ترد على ادعاءاتهم. وهذا ما يحصل حكماً إذا سمحنا للمحكمة بأن لا ترد على الإدلاءات المقدمة من المتقاضين.

ج. تمكين جهة القضاء العليا من ممارسة حقها في الرقابة، إذ أن إلزامالقضاة بتسبيب الأحكام، يترتب عنه تيسير وتسهيل مهمة المحاكم الأعلى درجة في الرقابة على أحكام المحاكم الأقل درجة، وتصحيحها والرقابة عليها. فكل حكم لا يتضمن التعليل، أو كان ناقصاً، أو كانت أجزاؤه متناقضة مصيره النقض. ومن ثم إذا كان التعليل واضحاً فان تقدير مدى صحة وسلامة الحكم القضائي الذي تضمنه من قبل المحكمة الاعلى يكون أيسر، ومن شأن هذا العامل أن يزيد من تعميق الثقة في منظومة العدالة بالشكل الذي من شأنه تحقيق الأمن القضائي.

وقد جاء في حكم للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التأكيد على أنه "... ينبغي لقرارات المحاكم والهيئات القضائية أن توضح بشكل كاف الأسباب التي تستند إليها. وقد يختلف مدى تطبيق واجب إبداء الأسباب تبعاً لطبيعة القرار ويجب تحديده في ضوء ظروف القضية. على الرغم من أن المادة (1/6) تُلزم المحاكم بتقديم أسباب لقراراتها، إلا أنه لا يمكن فهمها على أنها تتطلب إجابة مفصلة لكل حجة. وهكذا، عند رفض الاستئناف، يجوز لمحكمة الاستئناف، من حيث المبدأ، أن تؤيد ببساطة أسباب قرار المحكمة الابتدائية، والأخيرة تلتزهم بدورها بتقديم أسباب تمكين الأطراف من الاستخدام الفعّال لأي حق قائم في الاستئناف".[44]

د. توحيد الأحكام القضائية، إذ ما يزيد من أهمية التعليل ما يقوم به من وظيفة في الأحكام الفاصلة في الدعوى، فهو الوسيلة التي تساعد على توحيد الأحكام القضائية، إذ على الرغم من اختلاف القضايا وتباين وقائعها، نجد أن هنالك ترابطاً منطقياً وتسلسلاً واحداً في الأحكام، إذ يشير القاضي

إلى وقائع القضية قبل تكييفها وإضفاء الوصف القانوني المناسب لها واستنتاج النتائج القانونية التي تؤدي إلى منطوق حكم متناسب مع الأجزاء السابقة.

هـ. تعزيز الدور الاجتماعي للقضاة، يعمل التعليل على تعزيز ثقة الرأي العام بعدالة وموضوعية وشفافية الأحكام القضائية، ومن ثم تعزيز الثقة بالسلطة القضائية، وترى المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان أنالتعليل يلعب دوراً ضامناً ضد التعسف، وهو من هذه الزاوية يُعدّ مرتكزاً أساسياً لترسيخ ثقة الرأي العام بعدالة موضوعية وشفافية القضاء، مما يُشكل حكماً أحد أركان المجتمع الديمقراطي، فقد جاء في حكم لها "أن الاتفاقية لا تشترط على المحلفين إعطاء أسباب لقرارهم وأن المادة (6) لا تحول دون محاكمة المدعى عليه من قبل هيئة محلفين عادية حتى في حالة عدم تقديم أسباب للحكم. ومع ذلك، ولكي يتم تلبية متطلبات المحاكمة العادلة، يجب أن يكون المتهم، والجمهور بالفعل، قادرين على فهم الحكم الذي صدر؛ وهذا ضمان حيوي ضد التعسف. كما لاحظت المحكمة في كثير من الأحيان، فإن سيادة القانون وتجنب السلطة التعسفية مبدأين أساسيين للاتفاقية، وفي المجال القضائي، تعمل هذه المبادئ على تعزيز ثقة الجمهور في نظام قضائي موضوعي وشفاف، وهو أحد أسس المجتمع الديمقراطي".[45]

وبتطبيق ما تقدم على الأحكام الصادرة من القضاء الإداري في العراق، فأننا نجد أنها تحوي على أسبابها وعللها، إلا أن فيها مشكلة واضحة في الصياغة، وهذا ما سوف نبينه في الفقرة الآتية.

ثانياً: صياغة الأحكام: فضلاً أهمية المقومات الموضوعية للحكم وبياناته، فأن هنالك أسلوباً خاصاً لصياغة الأحكام القضائية وقواعد معينة تحكم هذه الصياغة، إذ تعتمد هذه الصياغة على الحس السليم والثقافة القانونية واللغوية لكل قاضٍ. بعبارة أخرى "فاللغة القضائية ترتهن بشخص القاضي وتتأثر بجوانب شخصيته وتكوينه العلمي القضائي والثقافي".[46]

والحكم القضائي باعتباره تعبيراً عن فكر القاضي يقتضي أن يكون واضحاً في الفاظه، جلياً في معانيه، حاسماً في مبانيه. وكل ذلك يعتمد بلا ريب على لغة القضاء، التي تُعدّ الدقة والبساطة والوضوح من أهم خصائصها، ولغة القضاء لغة اصطلاحية خاصة، تُعبّر عن حقائق قانونية أو حقائق طبيعية واجتماعية، كما أنها تُعبّر أيضاً عن الأفعال المحظورة والجزاءات المترتبة على ارتكابها، وتتسع كذلك لتعبر عن أدق العمليات الذهنية التي تؤدي إلى نتيجة معينة. [47]

على ما تقدم هنالك قواعد خاصة يقتضي احترامها عند صياغة الحكم القضائي، يمكننا تلخيصها بما يأتي:[48]

أ. الوضوح واختيار العبارات المناسبة لإيضاح الفكرة، من خلال توخي الدقة في المفردات المستعملة. فدور القضاء هو نقل النص التشريعي أو أي قاعدة قانونية تتصف بالعمومية، من العمومية إلى

التخصيص، ومن التجريد إلى التطبيق، وذلك بحكم قضائي ذا لغة واضحة محددة، لا تفتح مجالاً للتأويل أو الاحتمال.[49]

ب. تجنب الألفاظ والمصطلحات المهجورة أو المبتكرة والفضفاضة وكذلك العبارات المعقدة بحجة الفصاحة وإبراز المعرفة باللغة. فالمسألة في صياغة الأحكام ليست مسألة آداب لغوية وإنما هي مسألة صياغة قانونية وايصال الفكرة بلغة علمية باستخدام المصطلحات المطلوبة باللغة التي يُكتب فيها الحكم.

ج. عدم استخدام عبارات تسمح بالاستنتاج والتأويل. فالغموض والابهام في لغة الأحكام من عيوب الصياغة فضلاً عن أنهما يُعدان من أسباب إلغاء الحكم عند الطعن فيه. والوضوح في أسباب الحكم أحد الاعتبارات المهمة لبث الطمأنينة في نفوس الخصوم، والوضوح في عبارات الأسباب هو الذي يُيسر سبل الوقوف على عقيدة المحكمة وما انتهت اليه من قضاء، وهي السبيل إلىإعمال محكمة التمييز رقابتها عليها.[50]

د. الإجمال والتعميم: يُعدّ الإجمال والتعميم من قبيل عدم الوضوح الذي قد يؤدي إلى المساس بصحة أسباب الحكم، فالإيجازأو الإجمال أو التعميم أو التجهيل يعيب صياغة الحكم ويفضي به إلى القصور.[51]إذ على القاضي ألا يخرج عن موضوع القضية والمسائل القانونية المثارة، فالحكم القضائي ليس بحثاً قانونياً أو عرضاً للمواقف الفقهية والقضائية على اختلافها وأنواعها من تلك المسائل، وإنما هو فصل في نزاع والإجابة على المطالب وفق القواعد القانونية التي تنطبق عليه.

وعلى أي حال نرى أهمية العمل على ترصين صياغة الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في العراق، فهو أمر يقتضي التركيز عليه باعتباره من شروط جودة الأحكام القضائية، واضعين في الاعتبار كما أن الدعوى قد تُردّ في الشكل، فأن الحكم القضائي يُردّ في علم القانون والأحكام القضائية أيضاً للعيوب في الصياغة التي قد تُصيبه دون سبب.

ثالثاً:الطعن في الحكم الصادر (التقاضي على درجتين):

يُعدّ الحق في الطعن بالأحكام، من أهم شروط وضمانات المحاكمة العادلة، التي تهدف لتحقيق الجودة في الأحكام القضائية من خلال تصحيحها ومراجعتها من قبل الجهات القضائية العليا، ومدخل لازم لضمان الأمن القضائي. فحتى يكون القضاء ناجزاً وعادلاً يجب أن تتوفر للمتقاضي جملة من الضمانات أهمها حق التقاضي على درجتين. ويجد هذا المبدأ أساسه في نص المادة (5/14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، التي تنص على "لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء، وفقا للقانون، إلى محكمة أعلى كيما تُعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه".

والتقاضي على درجتين يعني إتاحة الفرصة للخصم الذي صدر ضده حكم من محكمة درجة أولى يمسّ بحقوقه وحرياته أو يضر بها، أن يُعيد طرح موضوعه بكافة عناصره الواقعية والقانونية مرة ثانية أمام محكمة الدرجة الثانية، لتفصل فيها من جديد، إما بإقراره وتأييده وإما بنقضه وإبطاله، على أن تكون المحكمة الثانية أعلى من الأولى. وإعادة طرح موضوع الدعوى يهدف إلى مراجعته وفحصه مرّة ثانية، إذ أن قضاة الدرجة الثانية هم أكثر عدداً وأوسع خبرة، مما سيمكنهم من تعديل حكم قضاة الدرجة الأولى وتصحيح أخطائه ونقائصه.

وتبرز أهمية مبدأ ازدواج درجة التقاضي، في كونه يُشكل ضماناً أساسياً لمصالح المتقاضين، إذ يُمكّن الخصم الذي لم يستطع الدفاع عن نفسه أو لم يستكمل أوجه دفاعه أمام محكمة الدرجة الاولى من إعادة عرض النزاع أمام محكمة أخرى أعلى درجة تتشكل من قضاة أكثر عدداً وأكثر خبرة فتطمئن نفسه إلى عدالة الحكم الذي سيصدر.

كما أنه يُشكل ضماناً للمصلحة العليا للعدالة (حسن سير العدالة)، وذلك من خلال إعادة محكمة الدرجة الثانية تكييف الوقائع، واعتماد تفسير جديد للنصوص القانونية المطبقة في القضية المعروضة على أنظار المحكمة، والبحث في مدى سلامة ونزاهة الأحكام والقرارات القضائية. من جهة أخرى إن للتقاضي على درجتين جانب وقائي على اعتبار أن قضاة الدرجة الأولى سيُقبلون والحالة تلك على مضاعفة الجهود والعناية بأحكامهم والتأني في إصدارها خشية إلغائها أو تعديلها من محاكم الدرجة الثانية.

وإعمالاً لهذا المبدأ تنقسم المحاكم في هرم القضاء الإداري في العراق إلى محاكم درجة أولى تنظر في النزاع لأول مرة، وهي كل من محكمة (محاكم) القضاء الإداري ومحكمة (محاكم) قضاء الموظفين، ومحكمة درجة ثانية تنظر في النزاع للمرة الثانية، وهي المحكمة الإدارية العليا.

والتقاضي على درجتين في العراق هو حق، ولا يُقبل الطعن في الأحكام إلا ممن خسر الدعوى ولا يُقبل ممن أسقط حقه اسقاطاً صريحاًأمام المحكمة أو بورقة مصدقة من الكاتب العدل،[52] وهو ما يُشكل ضماناً من ضمانات حق التقاضي، ولقد أقر المشرع في هذا الإطار ولمزيد التأكيد على الأخذ به، والتأكيد على أهميته بأن المدة المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدة القانونية.[53] كما أكد المشرع على أن القرارات التي تصدر أثناء سير المرافعة ولا تنتهي بها الدعوى لا يجوز الطعن فيها إلا بعد صدور الحكم الحاسم للدعوى كلها عدا القرارات التي أُبيح تمييزها استقلالاً بمقتضى القانون.[54]

ولا جدال في أن إنشاء المحكمة الإدارية العليا في العراق بموجب قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم 17 لسنة 2013 كان بداية اكتمال القضاء الإداري في العراق من حيث المؤسسات، إذ نصت المادة (2/رابعاً-أ) من القانون على "تُشكل المحكمة الإدارية العليا في بغداد وتنعقد برئاسة رئيس المجلس أو من يخوله من المستشارين وعضوية (6) ستة مستشارين و (4) أربعة مستشارين مساعدين يسميهم رئيس المجلس".

وتُمارس المحكمة الإدارية العليا الاختصاصات التي تُمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين.[55] وتختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين.[56]

مع الإشارة إلى أن أحكام القضاء الإداري كانت تنظر منذ بداية إنشاء القضاء الإداري في العراق على مرحلتين، فقد كانت الأحكام الصادرة عنه، سواء من محكمة القضاء الإداري أم من محكمة قضاء الموظفين (مجلس الانضباط العام)، تُميز أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة منذ عام 1989.

في عام 2005 تم إنشاء المحكمة الاتحادية العليا بموجب قانونها رقم 30 لسنة 2005، وكان من بين الاختصاصات التي نص عليها القانون المذكور اختصاص النظر تمييزاً في أحكام محكمة القضاء الإداري، في حين استمرت الهيئة العامة في المجلس بنظر الطعون في أحكام مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين) ولغاية صدور قانون التعديل الخامس سابق الذكر.

الخاتمة:

إن جودة القضاء من بين الموضوعات المهمة اليوم، والتي لا مناص من البحث فيها، خاصة وأنها تتداخل مع موضوعات أخرى مهمة، كالأمن القانوني/القضائي، ولا ضامن لجودة القضاء أكثر من إتاحة الولوج إلى العدالة، ولا جدال في أن إتاحة الولج إلى العدالة لا يكفي لوحده لضمان جودة القضاء بل يجب كذلك حصول القضاء على مستوى مقبول من ثقة المواطنين في نظام العدالة.

والثقة في النظام القضائي هو ما يعكس المستوى العالي من الجودة في النظام القضائي، وهو أمر في غاية الأهمية، إذ أن مرفق القضاء هو المرفق الوحيد المختص بتقديم العدالة من دون أي بديل، ومن دون إمكانية ولوج القطاع الخاص له، فإذا كان يُمكن للأفراد الاستغناء عن خدمات بعض المرافق التي لا تنال على ثقتهم، مثل مرافق الصحة والتعليم والنقل، والتي بات القطاع الخاص

اليوم قادراً على تقديمها وربما بجودة أكبر، فإن مرفق القضاء حتمي، وليس للأفراد بديل عنه، بل ويُمكن القول أن انعدام الثقة فيه ذا عواقب كارثية تطعن في سيادة القانون في الدولة.

ومن ثم فأن الجودة العمل القضائي يُراد بها تحسين مستوى أدائه ورفع نسبة الثقة فيه، أي محاكمة عادلة، بأقل تكلفة، وبحياد تام للقاضي، مع سهولة الوصول إلى المعلومة القضائية، أما الجودة في الحكم القضائي فهي مجموعة السمات والخصائص التي يتصف بها الحكم ليكون قادراً على تلبية حاجة الأفراد من اللجوء إلى القضاء، أي استصدار أحكام جيدة وفي آجال معقولة.

ومن جماع ما تقدم توصلنا إلى جملة من المقترحات:

1. الدعوة إلى ضرورة قانون خاص للمرافعات الإدارية، تتلمس طبيعة وخصوصية المنازعة الادارية، تختلف عن قوانين المرافعات التي تطبق على المنازعات العادية، لضمان جودة الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري بعيدة عن التعقيد والروتين، مع إمكان الاستعانة بقواعد الإجراءات المنصوص عليها في قوانين المرافعات المدنية عند الضرورة.
2. إكمال تشكيلات القضاء الإداري في العراق، على وفق ما أشار له قانون المجلس، وإنشاء المحاكم التي نص عليها القانون لرفع العبء عن المحكمتين الموجودتين حالياً، خاصة وأن تكامل المرفق من بين أهم مؤشرات جودته، ومن ثم جودة الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في العراق.
3. تقليص آجال المرافعات أمام القضاء الإداري لضمان سرعة الفصل في المنازعة،والعمل على صدور الأحكام في غضون فترة زمنية معقولة. مما يقتضي زيادة عدد المحاكم من جهة، ووضع قانون خاص بالمرافعات الإدارية من جهة أخرى.
4. ضرورة احتواء جميع الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء الإداري على أسبابها، أي تعليل الأحكام والإفصاح كتابة في صلب الحكم عن الأسباب الواقعية والقانونية الداعية إلى إصداره، لتحقيق الجودة في الأحكام القضائية وضمان إجراء محاكمة عادلة.
5. العمل على ترصين صياغة الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في العراق، من خلال إدخال قضاة المحكمة في دورات تطويرية في فن الصياغة، إذ أن الصياغة الرصينة والدقيقة للأحكام يُعدّ من بين شروط جودة الأحكام القضائية.
6. إن جودة الأحكام القضائية لا تنفصل عن جودة مرفق القضاء نفسه، ومن ثم يجب السعي إلى تحسين جودة القضاء الإداري من حيث تهيئة المباني المناسبة، وحسن تعامل القضاة والعاملين في المرفق مع المواطنين، وحماية حقوق المحامين وتسهيل ممارستهم لعملهم وغير ذلك من جوانب تُعدّ من معايير الجودة في العمل القضائي.

الهوامش:

[1]- الضرورة المالية تنطلق من إن أخطاء الجودة تعبر عن تبذير يؤدي إلى ارتفاع سعر التكلفة وانخفاض الأرباح والمنافسة للمؤسسة، اما الضرورة التجارية فمؤداها ان الجودة تعتبر أساس قدرة المؤسسة التنافسية، وأخيراً الضرورة التقنية ومؤداها ان الجودة تساهم في التحكم الجيد في التقنيات وذلك بتوحيد طرق التصنيع وتحسين الأساليب وإجراءات المراقبة. للمزيد راجع: نسرين محمد عبد المحمود، العلاقة بين إدارة الجودة الشاملة ومجالات إدارة الموارد البشرية وأثرها على الأداء (دراسة ميدانية في قطاعي البنوك والتأمين في الأردن، رسالة ماجستير في تخصص إدارة أعمال، جامعة اليرموك، 2004، ص 19-18.

[2] - Garvin, D.A. (15 October 1984). "What Does "Product Quality" Really Mean?". MIT Sloan Management Review, Massachusetts Institute of Technology. Retrieved 29 November 2017.

[3]- علي السلمي، إدارة الجودة الشاملة ومتطلبات التأهيل للأيزو، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ص 18.

[4]- محمود حسين الوادي، حسين محمد سمحان عبد الله إبراهيم نزال، إدارة الجودة الشاملة في الخدمات المصرفية، ط1، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص20.

[5]- مدحت أبو النصر، أساسيات إدارة الجودة الشاملة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص63

[6]- د. عمر وصفي، مدخل إلى المنهجية المتكاملة لإدارة الجودة – وجهة نظر، ط2، دار وائل للنشر، 2009، ص17.

[7]- المعهد الوطني للمعايير والتقنية (NIST) المعروف بين عام 1901 وعام 1988 بالمكتب الوطني للمعايير، وهو مختبر معايير القياس وهي وكالة غير اعتيادية لإدارة التجارة في الولايات المتحدة. ومهمة المعهد الرسمية تتمثل في تشجيع الابتكار بالولايات المتحدة والقدرة التنافسية الصناعية من خلال تطوير علم القياس والمعايير والتقنيات في السبل التي تعزز الأمن الاقتصادي وتحسين نوعية الحياة. متاح على الموقع الالكتروني: https://ar.wikipedia.org

[8] - National Institute of Standards and Technology, NIST Quality Manual for Measurement Services, NIST-QM-I, p5, available at:
https://www.nist.gov/sites/default/files/documents/2019/04/09/nist_qm-i-v11_controlled_and_signed.pdf

[9]- هي المنظمة الدولية للتوحيد القياسي، وهي منظمة دولية غير حكومية مستقلة تضم في عضويتها (164) هيئة معايير وطنية، امانتها العامة في جنيف. وهي تقوم -من خلال أعضائها -بتبادل المعرفة وتطوير المعايير الدولية الطوعية القائمة على التوافق في السوق والتي تدعم الابتكار وتوفر حلولًا للتحديات العالمية. وموقعها الرسمي هو: https://www.iso.org/about-us.html

[10]- فتحي أحمد يحيا العالم، نظام إدارة الجودة الشاملة والمواصفات العالمية، دار اليازوري للنشر والتوزيع، عمان الأردن،2010، ص27.

[11]- د. ثاني بن سالم مبارك العامري، دور التفتيش القضائي في تحقيق الجودة في عمل القضاء، ورقة عمل مقدمة إلى الاجتماع الثالث والعشرين لرؤساء إدارات وأجهزة التفتيش القضائي في الدول العربية، نيسان 2019، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت – لبنان، ص3.

[12] - د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشاة المعارف، الاسكندرية، ص64.

[13] - د. محمود سعد عبد المجيد، اصول المسؤولية عن الأعمال القضائية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الاسكندرية، ص59.

[14]- المادة (155) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ.

[15]- بشرى النية وسعيد الأخضر، تقرير حول ندوة "جودة الخدمات وتقييم عمل المحاكم"، المعهد الوطني للدراسات القضائية، 12 و13 آيار 2003، متاح على الموقع الالكتروني:http://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t59-topic

[16]- بعض الدول تستعمل مصطلح الامن القضائي للدلالة على قوة خاصة للأمن القضائي تابعة لوزارة العدل في فيتنام مكلفة بتنفيذ الأحكام القضائية، ويعني الامن القضائي في كندا نظاما مبتكرا للمساعدة القضائية، وقد يقصد بالأمن القضائي في دول أخرى

المجموعات المكلفة بحراسة المحاكم. عبد المجيد غميجة، مبدا الامن القانوني وضرورة الامن القضائي، ورقة مقدمة للمؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 28 اذار 2008، ص17.

[17]- تشمل العوامل الذاتية كلاً العوامل التكوينية والوازع الأخلاقي المتمثل في أن الشرط الأخلاقي في القضاء هو روح اعمل القضائي، من اما العوامل الموضوعية فتشمل ضعف الإمكانيات المادية ونقص وسائل العمل من جهة، وتفشي ظاهرة الاستهانة بالقانون وبروز دواعي الشك في الحصول على الحق، او الوصول إلى الغاية، وعدم وجود الثقة في الجهاز القضائي. للمزيد راجع: د. عبد المجيد لخذاري وفطيمة بن جدو، نفس المرجع، ص 396 وما بعدها.

[18]- د. عبد المجيد لخذاري وفطيمة بن جدو، مرجع سابق، ص397.

[19]- جمعية العدالة: الأمن القضائي في جودة الأحكام، دار القلم، المغرب، 2006، ص7.

[20]- محمد الخضراوي، الأمن القضائي من خلال المجلس الأعلى، العدد 19، دفاتر محكمة النقض، المغرب، 2011، ص77.

[21]- عامر حسن شنتة، الأمن القضائي، متاح على الموقع الالكتروني: https://www.hjc.iq/view.3646/

[22]- د. عبد المجيد لخذاري وفطيمة بن جدو، الأمن القانوني والأمن القضائي – علاقة تكامل، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية/ جامعة الوادي، مجلد 4، عدد2، حزيران 2018، ص395.

[23]- محمد المجدوبي الادريسي، تحولات الاجتهاد ومتطلبات ضمان الأمن القضائي، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، دفاتر محكمة النقض، العدد 19،18،17 سبتمبر 2011، ص 58.

[24]- عبد المجيد غميجة، مرجع سابق، ص16.

[25] - عامر حسن شنتة، الأمن القضائي، مرجع سابق.

[26] - للمزيد ينظر: د. رمضان بطيخ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ط1، 1994، ص 509 وما بعدها، حمدي ياسين عكاشة، المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص449.

[27]- الشراكة من أجل التغيير، الأمن القضائي وجودة الأحكام، دار القلم بالرباط، 2013، ص19.

[28]- تنص المادة (15/خامساً) من القانون على "يراعي مجلس الانضباط العام عند النظر في الطعن أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية وبما يتلاءم وأحكام هذا القانون وتكون جلساته سرية".

[29]- اذ تنص المادة (1/61) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ على "تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام او مراعاة للآداب ولحرمة النساء".

[30] - د. أحمد كمال الدين موسى، طبيعة المرافعات الإدارية ومصادرها، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، السنة 9، (حزيران) 1977، ص9.

[31]الشراكة من أجل التغيير، مرجع سابق، ص 22.

[32]- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1985، ص253.

[33]- د. أحمد النويضي، مراقبة أداء المحاكم ونشر الأحكام القضائية، متاح على الموقع الالكتروني:

https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t1067-topic

[34]- تنص المادة (10) من الإعلان على " لكلِّ إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحقُّ في أن تَنظر قضيتَه محكمةٌ مستقلَّةٌ ومحايدةٌ، نظرًا مُنصفًا وعلنيًّا، للفصل في حقوقه والتزاماته وفى أيَّة تهمة جزائية تُوجَّه إليه".

[35]- تنص المادة (1/14) من العهد على "الناس جميعا سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون".

[36]- تنص المادة (1/6) على "لكل شخص الحق في سماع محكمة مستقلة ونزيهة قضيته، بشكل عادل وعلني وضمن مهلة معقولة، للفصل في حقوقه والتزاماته، ومسوغات التهمة الجزائية الموجهة إليه.".

[37]- European court of human rights، case of Diplurans v. France،(Application no. 34553/97), STRASBOURG, 21 mars 2000 para 26.
[38] - European court of human rights, case of SUOMINEN v. FINLAND, (Application no. 37801/97), STRASBOURG, 1 July 2003, para 36.
[39] - European court of human rights, case of CARMEL SALIBA v. MALTA, (Application no. 24221/13), STRASBOURG, 29 November 2016, para 73.
[40]- د. إدوار عيد، موسوعة اصول المحاكمات المدنية والاثبات والتنفيذ، الجزء الرابع، رقم 88.
[41]- بيرل الشويري، هذه هي الوظائف المنسية لتعليل الأحكام، مجلة المفكرة القانونية، العدد 19، تموز 2014، ص7.
[42] - European court of human rights, case of QUADRELLI v. ITALIE, (Application no. 28168/95), STRASBOURG,11 jankier 2000, para 6.
[43]-Laurent Berthier et Anne-Blanding Cairo, "LA motivation des decisions de justice et la Convention euro penne des droits de home », Revue franchise de droit administrative (RFDA), no 4, juillet-août 2009, p. 677
[44] - European court of human rights, case of HIRVISAARI v. FINLAND, (Application no. 49684/99), STRASBOURG, 27 September 2001, para 30.
[45] - European court of human rights, case of TAXQUET v. BELGIUM, (Application no. 926/05), STRASBOURG, 16 November 2010, para 90.
[46]- مصطفى احمد بلخيرية، رسالة القاضي، ط2، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله للنشر والتوزيع، تونس، الكتاب بدون تاريخ، ص 66.
[47]- أشرف توفيق شمس الدين، أصول اللغة القضائية، ص 18، متاح على الموقع الالكتروني:

https://profashrfshms.com.

[48]- لمزيد من التفاصيل ينظر: د. سامي منصور، العيوب في صياغة الحكم القضائي - دراسة تحليلية في الأحكام القضائية اللبنانية، منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.legallaw.ul.edu.lb/ViewResearchPage.aspx?id=46&language=ar

[49]- أشرف توفيق شمس الدين، أصول اللغة القضائية، مرجع سابق، ص18.
[50]- د. رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص506.
[51]- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في النقض في المواد الجنائية وطلب إعادة النظر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، رقم 131، ص199.
[52]- المادة (169) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.
[53]- المادة (171) من نفس القانون.
[54]- المادة (170) من نفس القانون.
[55]- المادة (2/رابعا-ب) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة.
[56]- المادة (2/رابعا-ج-1) من نفس القانون.

قائمة المصادر:

أولاً: الكتب باللغة العربية:

1. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية.
2. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في النقض في المواد الجنائية وطلب إعادة النظر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
3. د. إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية والإثبات والتنفيذ، الجزء الرابع.

4. الشراكة من أجل التغيير، الأمن القضائي وجودة الأحكام، دار القلم بالرباط، 2013.
5. جمعية العدالة: الأمن القضائي في جودة الأحكام، دار القلم، المغرب، 2006.
6. حمدي ياسين عكاشة، المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1997.
7. د. رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
8. د. رمضان بطيخ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ط1، 1994.
9. علي السلمي، إدارة الجودة الشاملة ومتطلبات التأهيل للأيزو، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة.
10. د. عمر وصفي، مدخل إلى المنهجية المتكاملة لإدارة الجودة – وجهة نظر، ط2، دار وائل للنشر، 2009.
11. فتحي أحمد يحيا العالم، نظام إدارة الجودة الشاملة والمواصفات العالمية، دار اليازوري للنشر والتوزيع، عمان الأردن،2010.
12. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1985.
13. محمود حسين الوادي، حسين محمد سمحان عبد الله إبراهيم نزال، إدارة الجودة الشاملة في الخدمات المصرفية، ط1، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
14. د. محمود سعد عبد المجيد، اصول المسؤولية عن الأعمال القضائية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية.
15. مدحت أبو النصر، أساسيات إدارة الجودة الشاملة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2008.
16. مصطفى أحمد بلخيرية، رسالة القاضي، ط2، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله للنشر والتوزيع، تونس، الكتاب بدون تاريخ.

ثانياً: الدراسات والأبحاث:

1. د. أحمد كمال الدين موسى، طبيعة المرافعات الإدارية ومصادرها، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، السنة 9، (حزيران) 1977.
2. بيرل الشويري، هذه هي الوظائف المنسية لتعليل الأحكام، مجلة المفكرة القانونية، العدد 19، تموز 2014.
3. د. ثاني بن سالم مبارك العامري، دور التفتيش القضائي في تحقيق الجودة في عمل القضاء، ورقة عمل مقدمة إلى الاجتماع الثالث والعشرين لرؤساء إدارات وأجهزة التفتيش القضائي في الدول العربية، نيسان 2019، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت – لبنان.
4. د. عبد المجيد لخذاري وفطيمة بن جدو، الأمن القانوني والأمن القضائي – علاقة تكامل، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية/ جامعة الوادي، مجلد 4، عدد2، حزيران 2018.
5. عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، ورقة مقدمة للمؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 28 اذار 2008.

6. محمد الخضراوي، الأمن القضائي من خلال المجلس الأعلى، العدد 19، دفاتر محكمة النقض، المغرب، 2011.
7. محمد المجدوبي الادريسي، تحولات الاجتهاد ومتطلبات ضمان الأمن القضائي، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، دفاتر محكمة النقض، العدد 19،18،17 سبتمبر 2011.
8. نسرين محمد عبد المحمود، العلاقة بين إدارة الجودة الشاملة ومجالات إدارة الموارد البشرية وأثرها على الأداء (دراسة ميدانية في قطاعي البنوك والتأمين في الأردن)، رسالة ماجستير في تخصص إدارة أعمال، جامعة اليرموك، 2004.

ثالثاً: المواثيق الدولية والدساتير والقوانين:

1. الإعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948.
2. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان لعام 1950.
3. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1969.
4. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.
5. قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991.
6. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.
7. دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
8. قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم 17 لسنة 2013.
9. قانون مجلس الدولة العراقي رقم 71 لسنة 2017.

رابعاً: المصادر باللغات الأجنبية:

أ: الكتب:

1. Garvin, D.A. (15 October 1984). "What Does "Product Quality" Really Mean?". MIT Sloan Management Review, Massachusetts Institute of Technology. Retrieved 29 November 2017.
2. Laurent Berthier et Anne-Blanding Cairo, “LA motivation des decisions de justice et la Convention euro penne des droits de home », Revue franchise de droit administrative (RFDA), no 4, juillet-août 2009.

ب: الأحكام القضائية:

1. European court of human rights، case of Diplurans v. France،(Application no. 34553/97), STRASBOURG, 21 mars 2000.
2. European court of human rights, case of SUOMINEN v. FINLAND, (Application no. 37801/97), STRASBOURG, 1 July 2003.
3. European court of human rights, case of CARMEL SALIBA v. MALTA, (Application no. 24221/13), STRASBOURG, 29 November 2016.
4. European court of human rights, case of QUADRELLI v. ITALIE, (Application no. 28168/95), STRASBOURG,11 jankier 2000.
5. European court of human rights, case of HIRVISAARI v. FINLAND, (Application no. 49684/99), STRASBOURG, 27 September 2001.

6. European court of human rights, case of TAXQUET v. BELGIUM, (Application no. 926/05), STRASBOURG, 16 November 2010.

خامساً: المواقع الالكترونية:

1. https://ar.wikipedia.org/wiki/ موقع ويكبيديا باللغة العربية:
2. الموقع الرسمي لمنظمة الايزو: https://www.iso.org/about-us.html
3. بشرى النية وسعيد الأخضر، تقرير حول ندوة "جودة الخدمات وتقييم عمل المحاكم"، المعهد الوطني للدراسات القضائية، 12 و13 آيار 2003، متاح على الموقع الالكتروني:

http://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t59-topic

4. عامر حسن شنتة، الأمن القضائي، متاح على الموقع الالكتروني:

https://www.hjc.iq/view.3646/

5. د. أحمد النويضي، مراقبة أداء المحاكم ونشر الأحكام القضائية، متاح على الموقع الالكتروني:

https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t1067-topic

6. أشرف توفيق شمس الدين، أصول اللغة القضائية، متاح على الموقع الالكتروني:

https://profashrfshms.com

7. د. سامي منصور، العيوب في صياغة الحكم القضائي - دراسة تحليلية في الأحكام القضائية اللبنانية، منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.legallaw.ul.edu.lb/ViewResearchPage.aspx?id=46&language=ar

8. National Institute of Standards and Technology, NIST Quality Manual for Measurement Services, NIST-QM-I, p5, available at:

https://www.nist.gov/sites/default/files/documents/2019/04/09/nist_qm-i-v11_controlled_and_signed.pdf

تقييم البرلمان للسياسات العمومية:
دلالاته وآلياته وإشكالياته في التطبيق المغربي

Parliament's evaluation of public policies:
Its implications, mechanisms and problems in Moroccan application

رشيد المدور (*)
دكتور في الحقوق
أستاذ القانون الدستوري والعلوم السياسية
جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء/المغرب.
rachid.medouar@univh2c.ma

تاريخ الاستلام: 2020/05/13 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/19

****

ملخص:

من مستجدات الدستور المغربي لسنة 2011 إسناد صلاحية "تقييم السياسات العمومية" للبرلمان، وهو إسناد يتغيى التخفيف من الطابع الرئاسي للملكية والاتجاه بها نحو طابع برلماني، من خلال إشراك البرلمان، باعتباره سلطة تشريعية، في رسم السياسات العمومية. وبهذا المعنى، يعتبر آلية لتحقيق مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة. ويأتي لتكريس المفهوم المرن لفصل السلط القائم على توازنها وتعاونها، ويأتي أيضا، لتجسيد لمفهومي الديمقراطية المواطنة والتشاركية، كما يعتبر مقوما للحكامة الجيدة. وقد وضع المشرع الدستوري جملة من الآليات لتفعيله، منها: الجلسة السنوية لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها، وعرض رئيس الحكومة أمام البرلمان الحصيلة المرحلية، والجلسة الشهرية المخصصة للأسئلة المتعلقة بالسياسة العامة، ومناقشة البرلمان لتقارير عدد من المؤسسات الدستورية، ودسترة وجوب عرض قوانين تصفية الميزانية على البرلمان في السنة الثانية التي تلي تنفيذها، كما أن عددا من المؤسسات الدستورية تكون رهن طلب البرلمان لمساعدته في تقييم السياسات العمومية. وكان من الإشكالات التي أنتجتها الممارسة البرلمانية، إشكالية مناقشة أعضاء البرلمان لعرض رئيس الحكومة ورد هذا الأخير على تلك المناقشة، هل تتم في جلستين مشتركتين لمجلسي البرلمان أم في جلستين خاصتين بكل منهما؟ وقد تبين أن ممارسة ذلك في جلسات مشتركة مخالف للدستور.

* د . رشيد المدور: rachid.medouar@univh2c.ma

الكلمات المفتاحية: البرلمان; تقييم السياسات العمومية; السلطة التشريعية

Abstract*:*

Morocco's 2011 constitution reaffirms the power to 'evaluate public policies' of parliament, a mandate that changes the presidential nature of ownership and its tendency towards a parliamentary character, by involving parliament, as a legislative authority, in public policy-making. In this sense, it is a mechanism for achieving the principle of linking responsibility to accountability. It comes to enshrine the flexible concept of separation of power based on its balance and cooperation, and also to embody the concepts of citizenship and participatory democracy, as well as the embodiment of good governance. The constitutional legislator has put in place a number of mechanisms to activate it, including: the annual session to discuss and evaluate public policies, the prime minister's presentation to Parliament of the interim outcome, the monthly session devoted to policy questions, the parliamentary debate on the reports of a number of constitutional institutions, and the need for budget liquidation laws to be presented to parliament in the second year following its implementation, and a number of constitutional institutions are subject to parliament's request to assist him in assessing public policies. One of the problems produced by parliamentary practice was that of members of Parliament discussing the Prime Minister's presentation and the latter's response to that debate, whether it took place in two joint sessions of the Houses of Parliament or in their own sessions? The practice of doing so in joint meetings has proved unconstitutional.

key words: Parliament; Public Policies Evaluation; legislature

مقدّمة:

جاءت دسترة صلاحية البرلمان في تقييم السياسات العمومية باعتباره اختصاصا جديدا له في سياق المراجعة الشاملة للدستور المغربي سنة 2011، والتي تميزت بثلاث سمات رئيسة :

فمن جهة أولى، تميزت بكونها جاءت إثر الحراك الشعبي المعروف بحركة "20 فبراير"، الذي كان الانتقال إلى "ملكية برلمانية" ووضع دستور جديد على أسس ديمقراطية أهم مطالبه .

ومن جهة ثانية، كان الخطاب الملكي للتاسع من مارس 2011 بمثابة خارطة طريق للإصلاح الدستوري المنشود؛ لأن الملك أعلن فيه عن المرتكزات السبعة لهذا الإصلاح، ويهمنا هنا أن نشير إلى المرتكز الرابع الذي نص بنده الأول على توطيد مبدأ فصل السلط وتوازنها، وتعميق دمقرطة وتحديث المؤسسات وعقلنتها، من خلال إقامة برلمان نابع من انتخابات حرة ونزيهة، يتبوأ فيه مجلس

النواب مكانة الصدارة، مع توسيع مجال القانون، وتخويل البرلمان اختصاصات جديدة، كفيلة بنهوضه بمهامه التمثيلية والتشريعية والرقابية .

ومن جهة أخيرة، تميزت تلك المراجعة الدستورية بالمنهجية التشاركية في إعدادها؛ حين قرر الملك محمد السادس تكوين لجنة استشارية خاصة لمراجعة الدستور، هي الأولى من نوعها في تاريخ المراجعات الدستورية المغربية، ودعاها "إلى الإصغاء والتشاور مع المنظمات الحزبية والنقابية، ومع الفعاليات الشبابية، والجمعوية والفكرية والعلمية المؤهلة، وتلقي تصوراتها في هذا الشأن". وفي هذا الصدد، تلقت هذه اللجنة الاستشارية أكثر من 200 مذكرة، حرص عدد من الأحزاب السياسية والمركزيات النقابية وجمعيات المجتمع المدني على تضمينها مطلب إسناد وظيفة جديدة إلى البرلمان هي تقييم السياسيات العمومية، وهو ما استجاب له المشرع الدستوري بشكل جلي، بدليل أن موضوع "السياسات العمومية" أصبح حاضرا بقوة، على نحو غير معهود في الدساتير السابقة؛ إذ تم تناوله في سبعة فصول من دستور 2011، لدرجة أن بعض الباحثين اعتبره "دستورا للسياسات العمومية". وتجدر الإشارة إلى أن هذا الدستور أتى بمستجدات أساسية بصفة خاصة، على مستوى العلاقة بين المؤسسة التشريعية والسياسات العمومية .

وفي ضوء هذه السمات المميزة، تقوَّت القناعة بأن "تقييم السياسات العمومية" لم يكن مجرد وظيفة تقنية محايدة تنضاف إلى وظائف البرلمان، وإنما هو صلاحية تنطوي على أبعاد دستورية كبرى وعلى دلالات سياسية عميقة؛ ولأجل ذلك، فإن الاجتهاد في هذه المقالة يتوخى سبر أغوار هذا الإسناد؛ لإبراز تلك الأبعاد والدلالات، وبيان الآليات الدستورية التي وضعها المشرع لتفعيل هذا الاختصاص الجديد، إما بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ثم إلقاء الضوء على بعض الإشكاليات الدستورية المتعلقة بتقييم السياسات العمومية؛ من أجل ممارسة برلمانية أفضل.

المبحث الأول: دلالات دسترة اختصاص البرلمان بتقييم السياسات العمومية

لقد كان لافتا المنهج الذي سلكه المشرع الدستوري عندما اختار، خلافا لسنّته التي درج عليها في الدساتير السابقة، أنْ يجمع اختصاصات البرلمان وصلاحياته في فصل واحد، والأكثر إثارة من المنهج في هذا الفصل، أنه نصّ على اختصاص جديد للبرلمان، إضافة إلى الاختصاصين التقليديين المتمثلين في التصويت على القوانين ومراقبة عمل الحكومة، هو اختصاص تقييم السياسات العمومية، وهكذا نص الفصل 70 من الدستور على أنّ البرلمان يصَوّت على القوانين، ويراقب عمل الحكومة، ويقَيّم السياسات العمومية.

المطلب الأول: تقييم السياسات العمومية ودعم الاتجاه نحو الطابع البرلماني للملكية المغربية

يتعَيّن الانتباه إلى أن إسناد تقييم السياسات العمومية للبرلمان ليس مجرد اختصاص جديد، وإنما هو آلية دستورية تندرج في صلب الإصلاح الدستوري الشامل الرامي إلى التخفيف من الطابع الرئاسي للملكية في النظام السياسي المغربي والاتجاه بها تدريجيا نحو طابع برلماني، ولعل أبرز إقرار دستوري لهذا التوجه هو إضافة سمة "**البرلمانية**" باعتبارها بُعدا جديدا في توصيف نظام الحكم في المغرب. وتعتبر هذه الإضافة حدثا دستوريا تاريخيا بامتياز؛ إذ هي المرة الأولى التي عمد فيها المشرع الدستوري، منذ دستور 1962[1]، إلى تعديل الفصل الأول من الدستور الذي كان يكتفي في وصف نظام الحكم في المغرب بأنه نظام ملكية دستورية ديمقراطية واجتماعية، فأضاف في هذه المراجعة الدستورية إلى هذا التوصيف بُعدًا جديدا، يمثل بشكل ما استجابة لمطلب "الملكية البرلمانية" الذي رفعه وطالب به الحراك الاجتماعي لـ "20 فبراير"، وهكذا أصبح الفصل الأول من الدستور ينص على أن "نظام الحكم بالمغرب نظام ملكية دستورية، ديمقراطية **برلمانية** واجتماعية"، وهو ما ترجمته المراجعة الدستورية الشاملة ذاتها في فصول أخرى من الدستور، القاسم المشترك والخيط الناظم لمقتضياتها هو، كما سبقت الإشارة، التخفيف من الطابع الرئاسي للملكية في النظام السياسي المغربي والاتجاه بها تدريجيا نحو طابع برلماني، وذلك من خلال الإعلاء من مكانة البرلمان وتقوية سلطاته في النظام السياسي المغربي؛ لتجاوز مكانته "المتواضعة" في الدساتير السابقة مقارنة مع الحضور المهيمن للملكية، وكذا لإعادة بعض التوازن المفقود في علاقة البرلمان بالحكومة الناتج عن "الإفراط" في استعمال تقنيات "العقلنة البرلمانية".

ومن الآثار الشاهدة على هذا التحول، انتقال نظرة المشرع الدستوري للبرلمان من اعتباره مجرد مؤسسة، كما كان عليه وضعه في الدساتير السابقة، إلى اعتباره "سلطة تشريعية" مستقلة ترتكز على مقومات المشاركة في السلطة وتمتلك آليات ممارستها.

وفي هذا السياق، يأتي إسناد اختصاص تقييم السياسات العمومية للبرلمان، باعتباره اختصاصا جديدا، توسعة لصلاحيات البرلمان المحدودة. فالبرلمان المغربي نشأ في ظل تبني المشرع الدستوري لفلسفة "العقلنة البرلمانية" من حيث هي "مجموعة من الآليات الدستورية الرامية إلى الحد من سيادة البرلمان في ممارسة التشريع والرقابة، وإخضاع أعماله للرقابة الدستورية؛ لمنع هيمنته على السلطة التنفيذية، وضمان استقرارها"[2]؛ ولأجل ذلك، فإن صلاحياته، إن على مستوى التشريع أو الرقابة على أعمال الحكومة محدودة في الوسائل والأدوات التي حددها له المشرع الدستوري على سبيل الحصر ولا يمكنه التوسع فيها.

وتبعا لذلك، فإن إسناد صلاحية جديدة للبرلمان يندرج بالأساس في إطار التوجه الجديد للمشرع الدستوري، الرامي إلى التخفيف من قيود "العقلنة البرلمانية" التي تحد من سلطات البرلمان.

ولبيان أهمية إدراج هذا الاختصاص والنص عليه صراحة في الدستور من ضمن صلاحيات البرلمان الأصيلة، ينبغي الإشارة إلى أنه قبل هذا الدستور، كانت الفرصة الدستورية، وتكاد تكون الوحيدة، المتاحة صراحة أمام البرلمان لمناقشة السياسات العمومية هي أثناء مناقشة البرنامج الحكومي، المتضمن للخطوط الرئيسية للعمل الذي تنوي الحكومة القيام به في ميادين السياسة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية والخارجية[3]. وأما بالنسبة لتقييم السياسات العمومية، فإن الفرصة الدستورية النادرة الحدوث التي كانت تتاح أمام البرلمان هي عند مناقشة ملتمس الرقابة،[4] الخاص بمجلس النواب، أو ملتمس المساءلة الخاص بمجلس المستشارين، من حيث كونهما فرصة لإغناء النقاش العمومي. وعدا ذلك، فإن البرلمان كان يتحَيّن فرصة مناقشة مشاريع قوانين المالية ليستغلها في مناقشة السياسات العمومية وتقييمها[5]، لا سيما عندما يتعلق الأمر بمشاريع قوانين التصفية المتعلقة بتنفيذ قوانين المالية، لكن بسبب التماطل في عرض هذه الأخيرة على البرلمان -كما سيأتي بيانه- لم تكن تلقى ما ينبغي من اهتمام البرلمانيين.

ومما سبق، يظهر كيف أن البرلمان كان تواقا بشدة ويتحين كل الفرص المتاحة أمامه ليجعل من تلك المناسبات مدخلا لمناقشة السياسيات العمومية وتقييمها، إلا أن ذلك كله لم يمكنه من ممارسة هذه المناقشة والتقييم على نحو ما يجري به العمل البرلماني في الأنظمة الديمقراطية، وهو الأمر الذي يفسر كيف كان مطلب إضافة صلاحية تقييم السياسات العمومية، باعتبارها صلاحية أصيلة للبرلمان، حاضرا بقوة في جل المذكرات التي رفعتها الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية والجمعيات إلى اللجنة الاستشارية لمراجعة الدستور[6].

وعلى سبيل المثال لا الحصر، يمكن الإشارة إلى أن توجهات مذكرة حزب العدالة والتنمية حول الإصلاحات الدستورية كانت واضحة في تطلعها إلى إقرار ديمقراطية قائمة على برلمان ذي مصداقية بصلاحيات واسعة؛ ولأجل ذلك، طالبت المذكرة بتوسيع الاختصاصات التشريعية والرقابية للبرلمان ورفع فعاليته، وذلك بالتنصيص الدستوري على إسناد صلاحية "تقييم السياسات العمومية للبرلمان"[7]. وكذلك بالنسبة لمذكرة حزب الاتحاد الاشتراكي بشأن مراجعة الدستور، التي كانت بدورها صريحة في اقتراح أن يقوم البرلمان، إضافة إلى التشريع ومراقبة الأداء العمومي للحكومة، بتقييم السياسات العمومية[8].

وهكذا، وبالإضافة إلى أن دستور 2011 قوّى سلطة البرلمان على مستوى منح الثقة للحكومة، عندما نقل تصويت مجلس النواب على البرنامج الحكومي من تصويت سلبي، كان يكفي فيه عدم

تصويت الأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم مجلس النواب ضد البرنامج الحكومي لتنال الحكومة الثقة البرلمانية،[9] إلى تصويت إيجابي يفرض أن لا تحصل الحكومة على تلك الثقة البرلمانية إلا بتصويت الأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم مجلس النواب لصالح البرنامج الحكومي[10]، أعقب المشرع الدستوري ذلك ودعمه بإسناد هذا الاختصاص الجديد إلى البرلمان، وبالتالي جعل تلك الثقة البرلمانية، إعمالا للمبدأ الدستوري "ربط المسؤولية بالمحاسبة"[11]، متبوعة بالضرورة ووجوبا بلحظة تقييم جماعي مشترك للبرنامج الحكومي بين البرلمان مانح الثقة وبين الحكومة المستفيدة منها؛ إذ، وطبقا للفصل 101 من الدستور، من جهة، يجب على رئيس الحكومة أن يعرض أمام البرلمان الحصيلة المرحلية لعمل الحكومة، إما بمبادرة منه، أو بطلب من ثلث أعضاء مجلس النواب، أو من أغلبية أعضاء مجلس المستشارين، ومن جهة أخرى، يجب على البرلمان أن يخصص جلسة سنوية لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها.

المطلب الثاني: تقييم السياسات العمومية كأفق للتعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

يأتي إسناد هذا الاختصاص الجديد أيضا، تجسيدا لمفهوم المشرع الدستوري المرن لمبدأ فصل السلط القائم على توازن تلك السلط وتعاونها، مما يقتضي أن ممارسة البرلمان لهذه الصلاحية ينبغي أن تظل في هذا الإطار وهذا المفهوم المرن.

إن اختصاص تقييم السياسات العمومية وإن جاء تعزيزا لدور البرلمان في مجال مراقبة الحكومة، ودعما له[12]، مما يجعله يبدو وكأنه اختصاص مشتق من الوظيفة الرقابية للبرلمان على أعمال الحكومة، فإن المشرع الدستوري حرص على إظهار استقلالية هذا الاختصاص عن الوظيفة الرقابية، واختلافه عنها من حيث الأهداف والغايات، وقد توخى المشرع الدستوري من ذلك التأكيد على المفهوم الجديد لموقع البرلمان في بنية النظام السياسي وممارسة السلطة فيه، وعلى كون البرلمان لم يعد، بعد أن تحوَّل إلى سلطة، مجرد مؤسسة تقوم بالتشريع والرقابة، وإنما أضحى شريكا مسؤولا إلى جانب السلطة التنفيذية على إنجاح السياسات العمومية، في إطار مقومات النظام الدستوري للملكية المغربية القائمة على أساس فصل السلط، وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة، وربط المسؤولية بالمحاسبة.

وهذا المعنى التعاوني بين البرلمان والحكومة عند ممارسة البرلمان لصلاحيته في تقييم السياسات العمومية، هو ما حرصت المحكمة الدستورية على تأكيده حين بتها في دستورية المادة 290 من النظام الداخلي لمجلس النواب 8 أغسطس 2017 التي نصت على أنْ "يحسم مكتب مجلس النواب

في اختيار موضوع التقييم بناء على دراسة قابلية المواضيع المقترحة للتقييم وفق المعايير السياسية والتقنية والسياقية. يعد مكتب المجلس انتدابا لتقييم السياسة أو البرنامج العمومي المقترح، يحدد من خلاله رهانات التقييم وأسبابه وغاياته ومحيطه وكذلك نوعيته والأسئلة التقييمية الجوهرية التي تؤطره. يدعو مكتب المجلس إلى تشكيل مجموعة العمل الموضوعاتية التي يوكل إليها تتبع إنجاز التقييم في الموضوع الذي حدده ووفق الانتداب الذي أعده"؛ إذ أكدت المحكمة الدستورية على ضرورة إخبار البرلمان المبكر للحكومة بكل ما يتعلق باختيار السياسة العمومية التي ستكون موضوع التقييم البرلماني، ورهانات هذا التقييم وأسبابه وغاياته ومحيطه وكذلك نوعيته والأسئلة التقييمية الجوهرية التي تؤطره. ولتحقيق هذا الغرض، استعملت المحكمة الدستورية تقنية التحفظ التأويلي أو الموافقة المشروطة بتفسير بناء، فصرحت بأن هذه المادة "ليس فيه ما يخالف الدستور، مع مراعاة إخبار الحكومة بموضوع التقييم؛ لتمكينها من التحضير للجلسة السنوية المخصصة لمناقشة السياسات العمومية"[13].

ولعل التعبير الصريح عن هذه الشراكة المسؤولة بين السلطة التشريعية والتنفيذية هو ما جاء في الفصل 77 من الدستور، عندما نص صراحة على أن البرلمان أضحى -كما الحكومة- يسهر على الحفاظ على توازن مالية الدولة، أي أنه لم يعد يمارس مهمة دراسة الميزانية السنوية ومناقشتها وإدخال ما يراه من تعديلات مناسبة عليها ثم يصوت عليها بمنطق الاجتهاد في كسب التأييد الشعبي دون الأخذ بالاعتبار الإمكانات الحقيقية للدولة، بل أصبح يمارس كل ما سبق ذكره، بمنطق الممكن والمتاح، أي: أنه يوازن بين التطلعات وإمكانات الواقع، ولا يطالب بالمستحيل وبما لا تقدر أي حكومة على تحقيقه، في ظل الظروف نفسها، لو قدر على سحب الثقة من الحكومة الحالية، وأعطاها لحكومة جديدة من اختياره، وهنا، وفي هذه الحالة، يمكننا أن نتحدث عن مفهوم "البرلمان المواطن".

وهكذا، فإن الممارسة المسؤولة لصلاحية البرلمان في تقييم السياسات العمومية تجعلها بعيدة عن الأجواء المشحونة والمتوترة التي تمارس فيها عادة الآليات الرقابية، خاصة تلك التي تترتب عنها إثارة المسؤولية السياسية الحكومية، حيث تكون "الرغبة في الانتصار" أو "الخوف من الهزيمة" هي السمة الغالبة أثناء الممارسة. وفي مقابل ذلك، فإن الأجواء التي يفترض أن تمر فيها ممارسة تقييم السياسات العمومية -كونها لا تثير المسؤولية السياسية للحكومة- ينبغي أن تكون إيجابية وهادئة مطبوعة بطابع التعاون بعيدة عن منطق الربح والخسارة بمعناهما الحزبي السياسي الضيق؛ لأن النجاح في هذا التقييم الجماعي المشترك بين البرلمان والحكومة، من حيث هو تمرين ديمقراطي، سيكون نجاحا للوطن أولا وأخيرا.

وأكثر من ذلك، فإن موضوع تقييم السياسات العمومية من القضايا التي تستوجب التعاون ليس فقط بين المجلس البرلماني المعني بتقييم سياسات عمومية ما والحكومة وإنما أيضا التنسيق والتكامل بين مجلسي البرلمان معا. وهذا الذي جعل المجلس الدستوري يصرح في قرار له بأن انفراد مجلس النواب بتحديد القطاعات التي يشملها سنويا تقييمه لسياساتها العمومية، كما جاء في المادة 151 من نظامه الداخلي، يعد مخالفا للدستور الذي يستفاد مما تنص عليه الفقرة الثانية من فصله 101 من أنه "تخصص جلسة سنوية من قبل البرلمان لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها"، أن هذه الجلسة تحدد بتنسيق وتكامل بين مجلسي البرلمان وليس بإرادة منفردة من أحد المجلسين[14].

ثالثا- تقييم السياسات العمومية من مقومات الحكامة الجيدة

ومن الدلالات أيضا، أن إسناد وظيفة تقييم السياسيات العمومية للبرلمان يصبح آلية دستورية أخرى لتحقيق "مبادئ الحكامة الجيدة" التي تعتبر، طبقا للفصل الأول من الدستور، من الأسس التي يقوم عليها النظام الدستوري للمملكة المغربية؛ إذ لا يخفى أن عملية تقييم للسياسات العمومية ستفضي لا محالة إلى استنتاجات وتقديم توصيات إلى الحكومة تكون مفيدة لها لتدارك النقائص، وإصلاح الأعطاب، وتجاوز الاختلالات التي أظهرتها الممارسة. وهذا المعنى هو ما أشار إليه الملك محمد السادس في خطابه بمناسبة افتتاح الدورة التشريعية، عندما قال: بإن اختصاص البرلمان بتقييم السياسات العمومية سيفتح "آفاقا واعدة أمام إمكانية إدخال التعديلات الملائمة والضرورية على البرامج، في الوقت المناسب، وذلك من أجل ضمان حسن سيرها وإنجاحها"[15]. وهو المعنى ذاته الذي استحضره مجلس النواب عندما أراد أن يحدد غايات المجلس من ممارسة لهذه الصلاحية؛ إذ نصت المادة 288 من نظامه الداخلي على أن تقييم السياسات العمومية يهدف إلى "إنجاز أبحاث وتحاليل دقيقة، بهدف التعرف على نتائج السياسات والبرامج العمومية، وقياس آثارها على الفئات المعنية وعلى المجتمع، كما يهدف إلى معرفة مستوى الإنجاز الذي تم تحقيقه، قياسا بالأهداف المرسومة، وتحديد العوامل التي مكنت من بلوغ تلك الأهداف. وذلك بغاية إصدار توصيات وتقديم اقتراحات بشأن التحسينات التي يمكن إدخالها على السياسة العمومية موضوع التقييم".

إن ما تمت الإشارة إليه آنفا من أن المشرع الدستوري حرص على إظهار استقلالية وظيفة تقييم السياسات العمومية وتمييزها عن الوظيفتين التشريعية والرقابية للبرلمان، لا يعني ذلك الاستقلال

الحاد المؤدي إلى القطيعة بينها، بل على العكس من ذلك، حرص على إبراز علاقة التلازم والتكامل بين كل هذه الوظائف؛ إذ لا ريب أن إضافة اختصاص تقييم السياسات العمومية للبرلمان سيكون داعما لوظيفتيه في الرقابة والتشريع، ذلك أن النتائج المتحصلة من تقييم أي سياسية عمومية يمكن الإفادة منها وتوظيفها في الرقابة على عمل السلطة التنفيذية، كما أنها يمكن أن تؤدي إلى مراجعة التشريعات المعنية بالسياسة العمومية موضوع التقييم إما بالتغيير أو الإتمام أو الإلغاء.

المبحث الثاني: آليات ممارسة البرلمان لاختصاص تقييم السياسات العمومية

لم يكتف المشرع الدستوري بإقرار هذا الاختصاص الجديد المتعلق بتقييم السياسات العمومية، وإنما عمل، من أجل تفعيله، على وضع وتحديد عدد من الآليات الدستورية المتنوعة والجديدة المساعدة على ممارسته إما بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة منها:

المطلب الأول: الجلسة السنوية لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها

لعل أبرز آلية وضعها المشرع الدستوري لممارسة البرلمان لصلاحيته في تقييم السياسات العمومية ومناقشتها: الجلسة البرلمانية السنوية المخصصة لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها، وذلك عندما نص في الفقرة الأخيرة من الفصل 101 من الدستور على وجوب أن "تُخصص جلسة سنوية من قبل البرلمان لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها".

وتفعيلا لهذا المقتضى الدستوري، نص مجلس النواب في المادة 287 من نظامه الداخلي[16] على أنه سيخصص لممارسة صلاحيته في تقييم السياسات العمومية جلسة سنوية لمناقشة السياسات العمومية التي قام بتقييمها. ونظير ذلك نجده أيضا عند مجلس المستشارين بموجب المادة 308 من نظامه الداخلي (2020). وهذا التصريح من النظامين الداخليين بالالتزام بتخصيص كل من مجلسي البرلمان لجلسة سنوية لتقييم السياسات العمومية يتطابق مع دلالة النص الدستوري التي تفيد الوجوب.

أما بالنسبة للفترة الزمنية التي ستعقد فيها هذه الجلسات السنوية المخصصة لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها، فلئن كان النظام الداخلي لمجلس النواب لفاتح أغسطس 2013 قد حددها، بموجب المادة 211 منه، في "النصف الأول من دورة أبريل"، وهي الفترة ذاتها التي قررها مجلس المستشارين، بموجب المادة 264 من نظامه الداخلي[17]، إلا أن مجلس النواب أغفل هذا التحديد الزمني كما يظهر من المادة 287 من نظامه الداخلي لسنة 2017، وهو ما تبعه فيه أيضا مجلس المستشارين، كما تدل على ذلك المادة 315 من نظامه الداخلي لسنة 2019[18].

ولما أراد مجلس النواب وضع إجراءات تفعيل أحكام الفقرة الثانية من الفصل 101 من الدستور، نص في المادة 48 من نظامه الداخلي لـ 12 يناير 2012 على أنه يمكن للجان الدائمة بمجلس النواب أن تخصص اجتماعات لتقييم السياسات العمومية للقطاعات التي تدخل ضمن اختصاصاتها. لكن المجلس الدستوري، حين فحصه للمادة 48 المذكورة، صرح بأن ما تتضمنه هذه المادة من إمكان تقييم السياسات العمومية في إطار اللجان الدائمة مخالف للدستور؛ لأن الذي يستفاد من الفقرة الثانية من الفصل 101 من الدستور، التي تنص على تخصيص جلسة سنوية من قبل البرلمان لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها، أن مناقشة السياسات العمومية وتقييمها يتم من قبل مجلسي البرلمان في جلسات عمومية تعقد في نفس الفترة وليس في نطاق اللجان البرلمانية الدائمة، مما يكون معه ما تتضمنه هذه المادة من إمكان تقييم السياسات العمومية في إطار اللجان الدائمة مخالفا للدستور[19].

وقد اعتبر حسن طارق، في تعليقه على هذا القرار، أن قراءة المجلس الدستوري للفصل 101 "توضح بشكل جلي حدود الانتقال من منظومة برلمانية رقابية تقليدية إلى منظومة برلمانية تقييمية وحديثة"، وذلك على اعتبار أن مجلس النواب، من خلال المادة 48 من نظامه الداخلي، "وسَّع من تأويل هذا الاختصاص المتعلق بالتقييم"، بجعله من صلاحية اللجان الدائمة لمجلس النواب، أن تخصص اجتماعات لتقييم السياسات العمومية للقطاعات التي تدخل ضمن اختصاصاتها. لكن قراءة المجلس الدستوري للفصل 101 حالت دون ذاك الانتقال المشار إليه؛ لأنه اعتبر أن الصلاحية الممنوحة للجان مخالفة للدستور.[20] وتابعه في ذلك، أمين السّعيد حين اعتبر أن توجه المجلس الدستوري في قراره المذكور يندرج في "عوائق التحول البرلماني في تقييم السياسات العمومية"؛ لأنه "تشدد في مقاربته النصية والمعيارية"، وتعامل "بشكل حذر، حيث تشبث في اجتهاده بمنطق نصي معياري ضيق، وحرص أن لا يخرج عن الحدود الدستورية دون أن يجتهد في البحث عن مقاصد روح دستور 2011".[21] وذهب طه لحميداني، أبعد من ذلك، فوصف تعليل المجلس الدستوري، بأنه "تبرير لم يراع لا روح الدستور، ولا التجارب الدستورية المقارنة".[22]

وأعتقد أن الأمر خلاف ذلك تماما؛ لأنه بموجب منطوق الفقرتين الأولى والثالثة من الفصل 68 من الدستور، فإن الأصل في اجتماعات اللجان البرلمانية أن تكون في جلسات سرية، ولا يعدل عن هذا الأصل لتصير علنية إلا في الحالات والضوابط التي يحددها النظام الداخلي لكل من مجلسي البرلمان، وتبعا لذلك، لا تنشر المحاضر التفصيلية لاجتماعات اللجان في الجريدة الرسمية. أما جلسات مجلسي البرلمان فعمومية، وينشر محضر مناقشات الجلسات العامة برمته في الجريدة

الرسمية للبرلمان. وما من شك، أن تقييم السياسات العمومية الذي يجري على مستوى الجلسات العامة للبرلمان يكون أكثر قوة وتأثير من الذي يمكن أن يكون في اجتماعات اللجان البرلمانية السرية.

وتأسيسا عليه، فإن مجلس النواب حين رخص للجانه الدائمة تخصيص بعض اجتماعاتها لتقييم السياسات العمومية لم يوسع من تأويل هذا الاختصاص، بل العكس من ذلك، يكون قد ضَيّق واسعا، وأضعف من قوة هذه الآلية التقييمية؛ لأن المشرع الدستوري لما نص على أنْ "تُخصص جلسة سنوية من قبل البرلمان لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها" يكون قد وسع من ممارسة هذا الاختصاص؛ إذ المناقشة في عرف استعماله تكون على مستوى الجلسات العامة العمومية التي ينشر محضرها برمته في الجريدة الرسمية للبرلمان، الأمر الذي يكون معه المشرع الدستوري هو من وسع صلاحية البرلمان في ممارسة صلاحية تقييم السياسات العمومية؛ لأن جعل هذا التقييم والمناقشة يكون على مستوى اجتماعات اللجان السرية يشكل قيدا آخر من قيود العقلنة البرلمانية، وانتصارا صريحا للمنظومة البرلمانية بشكلها التقليدي. أما من عمل على جعل تقييم السياسات العمومية يجري على مستوى الجلسات العامة، فهو الحريص على الانتقال إلى منظومة برلمانية تقييمية حديثة. وتبعا لذلك، يكون "تشدد" المجلس الدستوري في التمسك بمنطوق الفصل 101 تشددا في اتجاه تقوية مكانة البرلمان في النظام السياسي المغربي، والتخفيف من قيود العقلنة البرلمانية، وهما سمتان معا من السمات الأساسية لدستور 2011.

أما على مستوى الممارسة البرلمانية، فتتعين الإشارة إلى أن البرلمان المغربي مارس هذا الاختصاص منذ إقراره بموجب دستور 29 يوليو 2011 إلى حدود تاريخه ست مرات فقط، ثلاثة لمجلس النواب وثلاثة لمجلس المستشارين كما يلي:

بالنسبة لمجلس النواب[23]، فإنه لم يتمكن من القيام بأول تمرين عملي لممارسة صلاحية التقييم إلا في نهاية الفترة التشريعية الأولى التي تلت صدور الأمر بتنفيذ الدستور، وكان ذلك في الدورة الربيعية (دورة أبريل 2016) من السنة التشريعية الخامسة (2011-2016)؛ حيث اختار أن تكون أول عملية تقييم على السياسات العمومية المنجزة في مجال التنمية القروية، وأحدث لهذا الغرض، بموجب المادة 290 من نظامه الداخلي، لجنة موضوعاتية خاصة، اختارت بدورها أن تجرب عملية التقييم وتحصرها في برنامجين للتجهيز بشبكات الكهرباء والماء الصالح للشرب اللذين ينفذهما المكتب الوطني للماء الصالح للشرب والكهرباء (ONEE)، وهما: البرنامج الوطني لتزويد العالم القروي بالماء الصالح للشرب (PAGER)؛ وبرنامج الكهربة القروية الشمولي (PERG).

وهكذا، وبعد أن قامت مجموعة العمل الموضوعاتية المسؤولة عن تقييم البرنامجين المذكورين بصياغة الأسئلة التقييمية، وتحديد المعايير المستخدمة في كل منهما لتقييم النجاحات أو صعوبات

التنفيذ، مما أسفر عن عدد من الخلاصات والتوصيات المعزَّزة بتحليل المعاينات النوعية والكمية، تم عرض التقريرين المتعلقين بتقييم البرنامجين ومناقشتهما، بمشاركة من الحكومة، في جلسة عمومية لمجلس النواب بتاريخ 3 أغسطس 2016[24].

أما المرة الثالثة التي مارس فيها مجلس النواب صلاحية تقييم السياسيات العمومية فكانت في دورة أكتوبر 2017-2018 وقد تعلقت بتقييم: مساهمة البرنامج الوطني للطرق القروية الثاني في فك العزلة عن المناطق الجبلية. وعقد مجلس النواب لأجل تقديم التقرير المتعلق بهذا التقييم جلسة عمومية بتاريخ 24 أبريل 2018[25].

ومن الخلاصات التي توصل إليها مكتب مجلس النواب بعد هذه التمارين الثلاثة الأولى في تقييم مجلس النواب للسياسات العمومية المذكورة، باعتباره شريكا محوريا في تدبير هذا التقييم، أن الحاجة صارت ماسة إلى ملائمة هيكلة إدارة المجلس مع هذه الصلاحية الجديدة، ولأجل ذلك، قرر مكتب مجلس النواب إدخال تعديلا على المادة 6 من قراره بشأن تنظيم واختصاصات إدارة مجلس النواب، بإضافة "التقييم" إلى مديرية المراقبة، وتصبح مديرية للمراقبة والتقييم، تضم خاصا بتقييم السياسات العمومية والعلاقات مع المؤسسات الدستورية وهيئات الحكامة[26].

أما بالنسبة لمجلس المستشارين، وكما سبقت الإشارة إلى ذلك، فقد تمكن بدوره من إنجاز ثلاثة تقييمات للسياسات العمومية، ويستعد، خلال السنة التشريعية الجارية، لخوض تجربته الرابعة في ممارسة هذه الصلاحية، وقد اختار أن يكون موضوعها هو تقييم الاستراتيجية الوطنية للماء، وشكل لأجل ذلك لجنة موضوعاتية مؤقتة[27].

بالنسبة للجلسة السنوية الأولى، المنعقدة خلال السنة التشريعية 2014- 2015 بتاريخ 23 يوليو 2015، التي خصصها مجلس المستشارين لتقييم السياسات العمومية، فكان موضوعها يتعلق بالحكامة الترابية ومتطلبات التنمية الجهوية. وكان موضوع الجلسة السنوية الثانية المخصصة لتقييم السياسات العمومية، المنعقدة خلال السنة التشريعية 2015-2016 بتاريخ 08 أغسطس 2016، يتعلق بالسياسات العمومية المرتبطة بإنتاج الثروة. وأما موضوع الجلسة السنوية الثالثة، المنعقدة خلال السنة التشريعية 2018 - 2019 من دورة أكتوبر 2018 بتاريخ 11 فبراير 2019، فكان يتعلق بالسياسة العمومية المرتبطة بالمرفق العمومي[28].

المطلب الثاني: عرض الحصيلة المرحلية لعمل الحكومة أمام البرلمان

من الآليات التي وضعها المشرع الدستوري لممارسة البرلمان لصلاحيته في تقييم السياسات العمومية ومناقشتها: عرض رئيس الحكومة أمام البرلمان الحصيلة المرحلية لعمل الحكومة؛ ولأجل

ذلك، نص في الفصل 101 من الدستور على أنْ "يعرض رئيس الحكومة أمام البرلمان الحصيلة المرحلية لعمل الحكومة، إما بمبادرة منه، أو بطلب من ثلث أعضاء مجلس النواب، أو من أغلبية أعضاء مجلس المستشارين".

وهذا الإجراء، كما سبقت الإشارة إلى ذلك آنفا، هو من مستلزمات الثقة التي تحصل عليها الحكومة من مجلس النواب على إثر مناقشة برنامجها، المتضمن للخطوط الرئيسية للعمل الذي تنوي الحكومة القيام به، في مختلف مجالات النشاط الوطني، وبالأخص في ميادين السياسة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية والخارجية؛ إذ بموجب التصويت الإيجابي، بالأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم مجلس النواب، لصالح البرنامج الحكومي تعتبر الحكومة منصبة، طبقا للفصل 88 من الدستور.

أما على مستوى الممارسة، فقد تم تفعيل هذه الصلاحية، إلى حدود تاريخه، مرتين، كانتا معا بمبادرة من رئيس الحكومة:

الأولى، في الولاية التشريعية التي تلت صدور الأمر بتنفيذ الدستور، أي: الولاية التشريعية: 2011-2016، حيث عقد البرلمان، في دورة أبريل من السنة التشريعية: 2013-2014 بتاريخ الاثنين 8 يوليو 2014، جلسة عمومية مشتركة بين مجلس النواب ومجلس المستشارين خصصت لعرض رئيس الحكومة السيد عبد الإله بن كيران للحصيلة المرحلية لعمل الحكومة. ثم بتاريخ 20 يوليو 2014، عقد البرلمان جلسة عمومية ثانية مشتركة لغرفتيه، خصصت لمناقشة عرض رئيس الحكومة للحصيلة المرحلية للحكومة. وبعد ذلك، عقد البرلمان جلسة عمومية ثالثة مشتركة بتاريخ 23 يوليو 2014 خصصت للاستماع لرد رئيس الحكومة على مداخلات الفرق والمجموعات البرلمانية حول الحصيلة المرحلية لعمل الحكومة[29].

أما الثانية، فكانت في الولاية التشريعية الجارية: 2016-2021، حين عقد البرلمان، في دورة أبريل 2019 من السنة التشريعية الثالثة بتاريخ الاثنين 13 مايو 2019، جلسة عمومية مشتركة بين مجلس النواب ومجلس المستشارين خصصت لعرض رئيس الحكومة السيد سعد الدين العثماني للحصيلة المرحلية لعمل الحكومة. ثم بتاريخ 22 مايو 2019، عقد مجلس النواب بمفرده خصصت لمناقشة عرض رئيس الحكومة للحصيلة المرحلية للحكومة. وبعد ذلك، عقد مجلس النواب جلسة عمومية أخرى بمفرده بتاريخ 27 مايو 2019 خصصت للاستماع لرد رئيس الحكومة على مداخلات الفرق والمجموعات النيابية حول الحصيلة المرحلية لعمل الحكومة[30].

أما مجلس المستشارين، فقد عقد جلسته الخاصة بالمناقشة العامة للفرق والمجموعات البرلمانية بتاريخ الاثنين 3 يونيو 2019، ثم عقد، بعد ذلك، جلسة خاصة للاستماع إلى رد رئيس الحكومة السيد سعد الدين العثماني على تلك المناقشة العامة بتاريخ الأربعاء 26 يونيو 2019[31].

المطلب الثالث: الجلسة الشهرية المخصصة للأسئلة المتعلقة بالسياسة العامة

بموازاة مع ما سبق ذكره، فإن ما نص عليه المشرع الدستوري في الفصل 100 من أنْ تُخصص جلسة واحدة كل شهر في كل من مجلس النواب ومجلس المستشارين يجيب فيها رئيس الحكومة شخصيا عن أسئلة أعضاء البرلمان المتعلقة بالسياسة العامة يندرج بدوره في نطاق الوسائل والأدوات التي وضعها المشرع الدستوري رهن إشارة البرلمانيين لممارسة اختصاص تقييم السياسات العمومية وإن بطريقة غير مباشرة.

ولأجل أن تبقى لهذه الجلسة خصوصيتها من حيث كونها لا تدرج فيها إلا الأسئلة المتعلقة بالسياسة العامة؛ فإن المجلس الدستوري إلى حد التصريح بعدم المطابقة للدستور لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 203 من النظام الداخلي لمجلس النواب لفاتح أغسطس 2013 من "أن مجلس النواب يخصص كل سنة أربع جلسات شهرية للأسئلة المتعلقة بالسياسة العامة"، وذلك بعلة أن هذا التحديد العددي قد يؤول إلى عقد جلسات شهرية من دون أن تكون لدى المجلس البرلماني المعني "أسئلة تتعلق، في طبيعتها ومداها، بالسياسة العامة التي لا يمكن أن يجيب عنها إلا رئيس الحكومة"؛ ولأجل ذلك، على مكتب كل مجلس من مجلسي البرلمان، قبل الإعلان عن عقد تلك الجلسات الشهرية، أن يتحقق مسبقا بكون الأسئلة الموجهة إلى رئيس الحكومة تكتسي بالفعل صبغة سياسة عامة.[32]

المطلب الرابع: مناقشة البرلمان لتقارير عدد من المؤسسات الدستورية

من مظاهر تحول البرلمان من مجرد مؤسسة إلى سلطة تشريعية، وتخويله آليات ممارستها إلزام المشرع الدستوري عددا من المؤسسات والهيئات الدستورية بتقديم عروض سنويا عن أعمالها أمام البرلمان وتكون تلك العروض موضوع مناقشة من قبل مجلسي البرلمان. ومما لا شك فيه، أن هذا الأمر سيقوي الفرص التي أصبحت متاحة أمام البرلمان لمناقشة السياسات العمومية ويزيدها كثرة.

وفي مقدمة هذه المؤسسات الدستورية يأتي المجلس الأعلى للحسابات الذي يوجه تقريرا سنويا، يتضمن بيانا عن جميع أعماله، إلى رئيسي مجلسي البرلمان، وذلك، بعد أن يرفعه إلى الملك، ويوجهه أيضا إلى رئيس الحكومة، ثم ينشر بالجريدة الرسمية للمملكة. وإضافة إلى ذلك، يُقدم الرئيس الأول

للمجلس الأعلى للحسابات عرضا عن أعمال هذا المجلس أمام البرلمان، ويكون هذا العرض متبوعا بمناقشة، طبقا للفصل 148 من الدستور.

وأما سائر المؤسسات الدستورية وهيئات الحكامة الجيدة المشار إليها في الفصول من 161 إلى 170 من الدستور، والتي بموجب فصله 160 تكون ملزمة بتقديم تقرير عن أعمالها، مرة واحدة في السنة على الأقل، ويكون هذا التقرير موضوع مناقشة من قبل مجلسي البرلمان فهي: المجلس الوطني لحقوق الإنسان (الفصل 161)؛ مؤسسة الوسيط (الفصل 162)؛ مجلس الجالية المغربية بالخارج (الفصل 163)؛ الهيأة المكلفة بالمناصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز (الفصل 164)؛ الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري (الفصل 165)؛ مجلس المنافسة (الفصل 166)؛ الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها (الفصل 167)؛ المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي (الفصل 168)؛ المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة (الفصل 169)؛ المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعوي (الفصل 170).

المطلب الخامس: دسترة طلب استماع اللجان البرلمانية إلى مسؤولي الإدارات

من الأدوات التي وضعت رهن إشارة البرلمانيين للمساعدة في ممارسة اختصاص تقييم السياسات العمومية بفعالية، النص في صلب الدستور على حق اللجان البرلمانية المعنية في كلا المجلسين في أن تطلب الاستماع إلى مسؤولي الإدارات والمؤسسات والمقاولات العمومية، بحضور الوزراء المعنيين، وتحت مسؤوليتهم، بموجب الفصل 102 من الدستور.

وأهمية الإقرار بهذا الحق في صلب الوثيقة الدستورية تأتي من أنه على الرغم من أن مجلس النواب نص عليه صراحة في نظامه الداخلي منذ سنة 2004[33] وصرح المجلس الدستوري بمطابقته للدستور[34]، فقد ظل مثار خلاف في التطبيق والممارسة بين البرلمان وبعض مسؤولي المؤسسات العمومية الذين كانوا يمانعون في الحضور إلى البرلمان[35].

المطلب السادس: دسترة الأجل الذي يجب عرض قوانين تصفية الميزانية فيه على البرلمان

تعتبر مناقشة مشاريع قوانين التصفية المتعلقة بتنفيذ قوانين المالية من أهم المناسبات التي تُمَكِّن البرلمان من ممارسة الاختصاص المتعلق بتقييم السياسات العمومية للحكومة؛ لأنها القوانين التي يثبت ويحصر فيها المبلغ النهائي للمداخيل المقبوضة والنفقات المتعلقة بنفس السنة المالية والمؤشر على الأمر بصرفها ويحصر حساب نتيجة السنة. كما تثبت، إن اقتضى الحال، التجاوزات في الاعتمادات المفتوحة.. وكانت المادة 47 من القانون التنظيمي السابق لقانون المالية[36] توجب أن يودع مشروع قانون التصفية لدى البرلمان في نهاية السنة الثانية الموالية لسنة تنفيذ قانون المالية على أبعد تقدير، وإضافة إلى ذلك، تلزم أن يرفق مشروع القانون المذكور بتقرير يعده المجلس الأعلى

للحسابات حول تنفيذ قانون المالية وبالتصريح العام بمطابقة حسابات المحاسبين الفردية للحساب العام للمملكة.

لكن، وبسبب أن الحكومة لم تكن تلتزم بأي أجل لعرض مشاريع قوانين التصفية على البرلمان لمناقشتها، وتبعا لذلك، كانت الحكومات المتعاقبة تتلكأ في إعدادها، وتتماطل في عرضها على البرلمان للمناقشة[37]، ولا تعزم على ذلك إلا بالنسبة لقوانين التصفية المتعلقة بتنفيذ قوانين المالية التي أعدتها الحكومات السابقة؛ إذ لم تعد أي جدوى في مناقشتها من لدن برلمان لم يصادق على قوانين المالية المتعلقة بها.

ومن أجل تجاوز هذا الاختلال ومعالجته، عمل المشرع الدستوري على دسترة الأجل الذي يجب على الحكومة فيه تقديم هذا النوع من القوانين إلى البرلمان، وضبطه على نحو يسمح للبرلمان بمناقشة كل مشروع قانون تصفية خلال السنة الثانية التي تلي سنة تنفيذ قانون المالية المتعلق به، وهكذا نص الفصل 67 من الدستور على أن "تعرض الحكومة سنويا على البرلمان، قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية، خلال السنة الثانية التي تلي سنة تنفيذ هذا القانون. ويتضمن قانون التصفية حصيلة ميزانيات التجهيز التي انتهت مدة نفادها"، وزادت المادة 65 من القانون التنظيمي لقانون المالية توضيحا فنصت على أنْ "يودع مشروع قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية سنويا بالأسبقية بمكتب مجلس النواب في أجل أقصاه نهاية الربع الأول من السنة الثانية التي تلي سنة تنفيذ قانون المالية المعني"[38].

وفي سياق دعم البرلمان في مناقشة قوانين التصفية، نصت المادة 66 من القانون التنظيمي لقانون المالية نفسه، أن يتم إرفاق مشروع قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية ليس فقط بتقرير المجلس الأعلى للحسابات حول تنفيذ قانون المالية والتصريح العام للمطابقة بين الحسابات الفردية للمحاسبين والحساب العام للمملكة، وإنما أيضا بالحساب العام للدولة مدعما بالحصيلة المحاسبية والبيانات المالية الأخرى وبتقييم للالتزامات الخارجة عن الحصيلة المحاسبية؛ وملحق يتعلق بالاعتمادات الإضافية المفتوحة مرفقا بكل الإثباتات الضرورية عند الاقتضاء؛ والتقرير السنوي حول نجاعة الأداء المعد من طرف الوزارة المكلفة بالمالية، الذي يقوم بتلخيص وتجميع تقارير نجاعة الأداء المعدة من طرف القطاعات الوزارية أو المؤسسات؛ وتقرير حول الموارد المرصدة للجماعات الترابية؛ ثم تقرير افتحاص نجاعة الأداء.

ومما يعزز هذا الدور الذي لقانون التصفية في تقييم السياسات العمومية، أن القانون التنظيمي الجديد لقانون المالية غير مقاربة تدبير المالية العمومية من تدبير يرتكز على الوسائل إلى

تدبير ميزانياتي يرتكز على النتائج، استنادا إلى برمجة ميزانياتية متعددة السنوات تحَيّن في كل سنة؛ لدعم استدامة السياسات العمومية؛ ولأجل ذلك، عدل التبويب التقليدي للميزانية القائم على النفقات إلى تبويب جديد وهيكلة جديدة للميزانية قائمة على برامج ومشاريع وعمليات ... [39].

وفي ضوء هذه المستجدات الدستورية، يمكننا القول بأن قانون التصفية يشكل آلية من الآليات البرلمانية الأساسية لتقييم السياسات العمومية من خلال القانون المالي؛ لكونه يقدم جردا مفصلا بما تم إنجازه على ضوء الأهداف والسياسات المسطرة، والتي نال على أساسها مشروع القانون المالي ترخيص البرلمان[40].

المطلب السابع: مؤسسات دستورية لدعم البرلمان ومساعدته في تقييم السياسات العمومية

لدعم البرلمان ومساعدته في ممارسة الوسائل والأدوات آنفة الذكر، وضع المشرع الدستوري عددا من المؤسسات والهيئات الدستورية رهن إشارة البرلمان لتقديم المساعدة إليه في مجال تقييم السياسات العمومية، ونخص بالذكر: المجلس الأعلى للحسابات، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، والمجلس الأعلى للسلطة القضائية، وسائر هيئات الحكامة الجيدة والمؤسسات الدستورية المنصوص عليها في الفصول من 161 إلى 170 من الدستور، والتي بموجب الفصل 160 من الدستور ملزمة بتقديم تقرير عن أعمالها، مرة واحدة في السنة على الأقل، يكون موضوع مناقشة من قبل البرلمان. وبصفة خاصة منها تلك التي خولها المشرع الدستوري صلاحية إبداء الرأي حول توجهات السياسات العمومية التي تندرج في اختصاصها.

ولبيان هذه الصلة والعلاقة بين البرلمان والمؤسسات المشار إليها ونوع المساعدة والدعم التي تقدمها للبرلمان في مجال تقييم السياسات العمومية، يمكن استحضار أحكام ومقتضيات الدستور ذات العلاقة. فبالنسبة للمجلس الأعلى للحسابات، نصت الفقرة الأولى من الفصل 148من الدستور على أنْ "يقدم المجلس الأعلى للحسابات مساعدته للبرلمان في المجالات المتعلقة بمراقبة المالية العامة، ويجيب عن الأسئلة والاستشارات المرتبطة بوظائف البرلمان في التشريع والمراقبة **والتقييم** المتعلقة بالمالية العامة". وبالنسبة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، نص الفصل 152 من الدستور على أنه إضافة إلى الحكومة، لمجلس النواب ولمجلس المستشارين أن يستشيروا هذا المجلس في جميع القضايا، التي لها طابع اقتصادي واجتماعي وبيئي. كما يدلي هذا المجلس أيضا برأيه في التوجهات العامة للاقتصاد الوطني والتنمية المستدامة. أما بالنسبة للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، فالفقرة الأخير من الفصل 113 من الدستور تنص على أن يُصدر هذا، بطلب من الملك أو الحكومة أو البرلمان، آراء مفصلة حول كل مسألة تتعلق بالعدالة مع مراعاة مبدإ فصل السلط.

وأما بالنسبة لسائر هيئات الحكامة الجيدة والمؤسسات الدستورية الملزمة بتقديم تقرير عن أعمالها، مرة واحدة في السنة على الأقل، يكون موضوع مناقشة من قبل البرلمان. وبصفة خاصة منها تلك التي خولها المشرع الدستوري صلاحية إبداء الرأي حول توجهات السياسات العمومية التي تندرج في اختصاصها نذكر منها على الخصوص:

• المجلس الوطني لحقوق الإنسان، وكما ينص على ذلك الفصل 161 من الدستور، فهو مؤسسة تتولى النظر في جميع القضايا المتعلقة بالدفاع عن حقوق الإنسان والحريات وحمايتها، وبضمان ممارستها الكاملة، والنهوض بها وبصيانة كرامة وحقوق وحريات المواطنات والمواطنين، أفرادا وجماعات، وذلك في نطاق الحرص التام على احترام المرجعيات الوطنية والكونية في هذا المجال؛

• مجلس الجالية المغربية بالخارج الذي يتولى، بموجب الفصل 163 من الدستور، إبداء آرائه حول توجهات السياسات العمومية التي تمكن المغاربة المقيمين بالخارج من تأمين الحفاظ على علاقات متينة مع هويتهم المغربية، وضمان حقوقهم وصيانة مصالحهم، وكذا المساهمة في التنمية البشرية والمستدامة في وطنهم المغرب وتقدمه؛

• مجلس المنافسة، المكلف، بموجب الفصل 166 من الدستور، بتحليل وضبط وضعية المنافسة في الأسواق، ومراقبة الممارسات المنافية لها والممارسات التجارية غير المشروعة وعمليات التركيز الاقتصادي والاحتكار؛

• الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها التي تتولى، بموجب الفصل 167 من الدستور، مهام المبادرة والتنسيق والإشراف وضمان تتبع تنفيذ سياسات محاربة الفساد، وتلقي ونشر المعلومات في هذا المجال، والمساهمة في تخليق الحياة العامة، وترسيخ مبادئ الحكامة الجيدة، وثقافة المرفق العام، وقيم المواطنة المسؤولة؛

• المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي الذي، بموجب الفصل 168 من الدستور، يساهم في تقييم السياسات والبرامج العمومية التي تهم التربية والتكوين والبحث العلمي، ويبدي، من حيث هو هيئة استشارية، الآراء حول كل السياسات العمومية، والقضايا الوطنية، وكذا حول أهداف المرافق العمومية المكلفة بهذه الميادين وسيرها؛

• المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة الذي يتولى، بموجب الفصل 169 من الدستور، مهمة تأمين تتبع وضعية الأسرة والطفولة، وإبداء آراء حول المخططات الوطنية المتعلقة بهذه الميادين، وتنشيط النقاش العمومي حول السياسة العمومية في مجال الأسرة ...؛

• المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعوي الذي يعتبر، بموجب الفصل 170 من الدستور، هيئة استشارية في ميادين حماية الشباب والنهوض بتطوير الحياة الجمعوية، وهو مكلف بدراسة وتتبع المسائل التي تهم هذه الميادين، وتقديم اقتراحات حول كل موضوع اقتصادي

واجتماعي وثقافي، يهم مباشرة النهوض بأوضاع الشباب والعمل الجمعوي، وتنمية طاقاتهم الإبداعية، وتحفيزهم على الانخراط في الحياة الوطنية، بروح المواطنة المسؤولة.

وتأكيدا لأحكام هذه الفصول المذكورة من الدستور، نص كل من مجلس النواب في المادة 292 من نظامه الداخلي لسنة 2017 ومجلس المستشارين في المادة 266 من نظامه الداخلي لسنة 2014، على أنه يمكن لرئيس المجلس أن يوجه بشكل تلقائي، أو بطلب من مجموعة العمل المكلفة بالتقييم، طلبا إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي أو إحدى هيئات الحكامة والمؤسسات الدستورية، بحسب الحاجة، لإبداء الرأي أو إعداد دراسة أو بحث حول البرنامج العمومي موضوع التقييم، ونص مجلس المستشارين، إضافة إلى ما ذكر، على للمجلس الأعلى للسلطة القضائية.

المبحث الثالث: دسترة الجلسات البرلمانية المشتركة بين الاستماع والمناقشة في ضوء مبدأ استقلالية مجلسي البرلمان

في ثنايا هذه المقالة، تمت مناقشة عدد من الإشكالات الدستورية المتعلقة بوظيفة تقييم السياسات العمومية المسندة للبرلمان بموجب الفصل 70 من الدستور، وتم بحث كل واحدة في موضعها ومكانها المناسبين. وقد آثرنا أن نخصص واحدة أخرى من أهم الإشكالات المثارة بهذا الخصوص؛ نظرا لأهميتها والحاجة إلى بسط القول فيها، بالبحث والمدارسة في مبحث خاص بها.

المطلب الأول: إشكالية الاجتماعات المشتركة بين مجلسي البرلمان لتقييم السياسات العمومية

عند الحديث عن وجوب عرض الحصيلة المرحلية لعمل الحكومة أمام البرلمان، باعتباره آلية من الآليات التي وضعها المشرع الدستوري لممارسة البرلمان لصلاحيته في تقييم السياسات العمومية ومناقشتها، ذكرنا أنه على مستوى الممارسة تم تفعيل هذه الصلاحية، إلى حدود تاريخه، مرتين، أنتجتا لنا ممارستين مختلفتين على مستوى مناقشة أعضاء البرلمان لعرض رئيس الحكومة ورد هذا الأخير على تلك المناقشة؛ إذا تمت في الأولى التي كانت في الولاية التشريعية: 2011-2016، **في جلستين مشتركتين لمجلسي البرلمان**، في حين، أن المناقشة والاستماع لرد رئيس الحكومة على تلك المناقشة في الثانية التي جرت في الولاية التشريعية: 2016-2021، كانت **في جلستين خاصتين بكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين**.

الأمر الذي يجعلنا أمام إشكالية دستورية على قدر من الأهمية، تستوجب بحثها ودراستها، ويمكننا صياغتها في السؤال التالي: هل الكيفيتان معا مقبولتان دستوريا، أم أن إحداهما هي فقط المقبولة دستوريا، وبالتالي، تكون الثانية مخالفة للدستور؟ وإذا كان الأمر كذلك، فما هي الأسس والاعتبارات المعتمدة في هذا الحكم عليهما، إيجابا أو سلبا؟

المطلب الثاني: الجلسات البرلمانية المشتركة في ضوء الدستور واجتهادات القضاء الدستوري والفقه

من المبادئ التي يقوم عليها نظام الثنائية البرلمانية، مبدأ استقلال المجلسين بعضهما عن بعض. وتأسيسا عليه، فالأصل أن مجلسي البرلمان لا يمكنهما أنْ يمارسا بصفة مشتركة الاختصاصات المخولة لهما دستوريا، ولا يمكن الخروج عن هذا الأصل إلا في الحالات المذكورة صراحة في الدستور. ومعنى ذلك، أن كل مجلس من مجلسي البرلمان يمارس الاختصاصات الأصيلة المخولة له دستوريا بصفة منفردة عن المجلس الآخر؛ ولأجل ذلك، لم يكن يسمح البرلمان، قبل دستور 29 يوليو 2011، أن يعقد جلسات مشتركة بين مجلسيه إلا في مناسبتين اثنتين فقط: الأولى منهما بموجب الدستور، وهي مناسبة الاستماع إلى الخطب الملكية الموجهة للبرلمان[41]. أما الثانية فكانت عُرفا دستوريا، وهي مناسبة الاستماع إلى رؤساء الدول والحكومات الأجنبية بطلب من الملك.

والملاحظ، هو أن هذه الجلسات المشتركة بين مجلس النواب ومجلس المستشارين تكون مخصصة فقط لمجرد الاستماع المشترك إما للخطب الملكية وإما لكلمات رؤساء الدول والحكومات الأجنبية في البرلمان بإذن من الملك، ولم تكن تجرى خلالها أية مناقشة.

وقد كان سوء تدبير الزمن من الاختلالات التي أظهرتها الممارسة في ظل الثنائية البرلمانية، بعد العودة إليها بموجب دستور 1996، إذ كان الوزير الأول، بموجب الفصل 60 من هذا الدستور ملزما بأن يتقدم أمام كل من مجلسي البرلمان، بعد تعيين الملك لأعضاء الحكومة، ويعرض البرنامج الذي يعتزم تطبيقه. وتبعا لذلك، كانت جميع التصريحات التي يدلي بها الوزير أمام البرلمان كانت تتم، وفقا للنظامين الداخليين لمجلسي البرلمان، بالطريقة والشكل نفسه، أي: أمام مجلس النواب منفردا وبعد ذلك أمام مجلس المستشارين منفردا. كما أن عرض وزير المالية لمشروع القانون المالي السنوي كان، بدوره، يتم أمام كل مجلس من مجلسي البرلمان على حدة، بموجب النظام الداخلي لكل من مجلس النواب[42]. ومجلس المستشارين.

ومعالجة لهذا الاختلال، المتمثل في سوء تدبير الزمن والتكرار، عمل المشرع الدستوري لسنة 2011 على توسيع دائرة الجلسات والاجتماعات المشتركة بين مجلسي البرلمان المخصصة فقط للاستماع، وذلك بغرض ترشيد الزمن البرلماني والحكومي معا. وهكذا، أصبح البرلمان ملزما، طبقا للفقرة الرابعة من الفصل 68 من الدستور، بأنْ يعقد جلسات مشتركة بمجلسيه، وعلى وجه الخصوص، في الحالات المتعلقة بافتتاح الملك للدورة التشريعية في الجمعة الثانية من شهر أكتوبر، والاستماع إلى الخطب الملكية الموجهة للبرلمان، والمصادقة على مراجعة الدستور وفق أحكام الفصل

174، والاستماع إلى التصريحات، التي يقدمها رئيس الحكومة، وعرض مشروع قانون المالية السنوي، والاستماع إلى رؤساء الدول والحكومات الأجنبية. كما نص أيضا، على أنه "يمكن لرئيس الحكومة أن يطلب من رئيسي مجلسي النواب والمستشارين عقد اجتماعات مشتركة للبرلمان، للاستماع إلى بيانات تتعلق بقضايا تكتسي طابعا وطنيا هاما". ونص كذلك، على أنه، علاوة على ما سبق ذكره، يمكن للجان الدائمة للبرلمان، أن تعقد اجتماعات مشتركة للاستماع إلى بيانات تتعلق بقضايا تكتسي طابعا وطنيا هاما.[43]

وهكذا يمكن ملاحظة، كيف أن القاسم المشترك، المبرر لتلك الجلسات والاجتماعات المشتركة بين مجلسي البرلمان، في الحالات المذكورة هو الاستماع المشترك، وأن الاستثناء الوحيد من ذلك، هو الاختصاص المتعلق بمصادقة البرلمان، المنعقد، بدعوة من الملك، في اجتماع مشترك لمجلسيه، على مشروع على مراجعة بعض مقتضيات الدستور، وفقا لأحكام فصله 174[44].

وفي غير هذه الحالة المقررة صراحة في الدستور، فإن مبدأ استقلال المجلسين بعضهما عن بعض يفرض أن يمارس كل مجلس اختصاصاته بشكل منفرد، وهذه القاعدة قررها المشرع الدستوري وأكد عليها بمناسبة بيان أحكام عرض البرنامج الحكومي ومناقشته أمام البرلمان؛ لتكون أصلا يقاس عليه. وهكذا، ميز بين حالتي العرض والمناقشة، فبالنسبة لعرض البرنامج الحكومي، الذي هو عبارة عن مجرد استماع، قرر أن يكون "أمام مجلسي البرلمان مجتمعين"، أما بالنسبة لمناقشة هذا البرنامج، فقرر أن تكون "أمام كلا المجلسين"، وإليكم النص الكامل للفقرتين الأولى والثانية من الفصل 88 من الدستور: "بعد تعيين الملك لأعضاء الحكومة، يتقدم رئيس الحكومة أمام مجلسي البرلمان مجتمعين، ويعرض البرنامج الذي يعتزم تطبيقه. ويجب أن يتضمن هذا البرنامج الخطوط الرئيسية للعمل الذي تنوي الحكومة القيام به، في مختلف مجالات النشاط الوطني، وبالأخص في ميادين السياسة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية والخارجية. يكون البرنامج المشار إليه أعلاه، موضوع مناقشة أمام كلا المجلسين، يعقبها تصويت في مجلس النواب".

غير أن مجلس النواب لم ينتبه إلى هذا التمييز الدقيق، الذي يفرق بين ما يجوز أن يكون موضوع الجلسات المشتركة وما لا يجوز، وهكذا عندما أراد أن يضع في نظامه الداخلي المقتضيات المتعلقة بالإجراءات الخاصة بما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 101 من الدستور من أنه "تُخصص جلسة سنوية من قبل البرلمان لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها"، ذهب في اتجاه أن هذه الجلسة المخصصة للمناقشة ستكون مشتركة بين مجلسي البرلمان.

وتأسيسا عليه، فإن المجلس الدستوري لما أحيل إليه النظام الداخلي لمجلس النواب، الذي أقره هذا المجلس في فاتح أغسطس 2013، في إطار إحالة وجوبية للبت في مطابقته للدستور، طبقا

للفقرة الثانية من الفصل 132 من الدستور، صرح بأن "ما تضمنته المواد من 211 إلى 217 من مقتضيات تتعلق بعقد البرلمان لجلسة مشتركة سنويا لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها، غير مطابق للدستور". وفي تعليله لهذا الحكم ذكر في الحيثيات بأنه "إذا كان للبرلمان أن يعقد جلسات مشتركة بمجلسيه، إما في الحالات الواردة صراحة في الفقرة الرابعة من الفصل 68 من الدستور أو في تلك التي يمكن استخلاصها ضمنا من بعض أحكامه، فإن البرلمان لا يمكنه أنْ يمارس بصفة مشتركة الاختصاصات المخولة له دستوريا، إلا في الحالة المذكورة صراحة في الدستور المتمثلة في المصادقة على مشروع مراجعة بعض مقتضيات الدستور التي لجلالة الملك أن يعرضه عليه بظهير، وفق أحكام الفصل 174 من الدستور"[45].

وقد عاد المجلس الدستوري في قراره المذكور إلى التأكيد على قاعدة أن العرض، مقصود منه مجرد الاستماع، ويكون أمام البرلمان بمجلسيه، أما المناقشة، فتكون داخل كل مجلس من مجلسي البرلمان على حدة. وكان ذلك، عندما عمل مجلس النواب على أجرأة أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 148 من الدستور التي تنص على أن "يقدم الرئيس الأول للمجلس عرضا عن أعمال المجلس الأعلى للحسابات أمام البرلمان، ويكون متبوعا بمناقشة."، نص في المقطع الأول من المادة 225 من النظام الداخلي لمجلس النواب على أن العرض الذي يقدمه الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات عن أعماله يكون أمام مجلس النواب، مما يعني أن الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات سيكون ملزما بتقديم عرض آخر أمام مجلس المستشارين.

وحيث إن هذا التوجه يتناقض مع القاعدة التي قعد لها المشرع الدستوري بدسترة الجلسات والاجتماعات المشتركة، صرح المجلس الدستوري بأن ما نص عليه المقطع الأول من المادة 225 من النظام الداخلي من "كون الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات يقدم عرضا عن أعمال هذا الأخير أمام مجلس النواب، غير مطابق لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 148 من الدستور التي يستفاد منها أن هذا العرض يقدم أمام البرلمان في جلسة مشتركة بمجلسيه"[46].

ثم بعد ذلك، نبه المجلس الدستوري إلى أن الاختصاصات المخولة للبرلمان دستوريا لا يمكن أن تمارس بصفة مشتركة بين مجلس النواب ومجلس المستشارين، فصرح أن "ما نصت عليه نفس المادة من أن هذا العرض يكون متبوعا بمناقشة فمطابق للدستور، مع مراعاة أن هذه المناقشة تجري داخل كل مجلس على حدة بين أعضائه وبين الحكومة[47].

وهذا الذي قرره المجلس الدستوري، بالنسبة للتقرير الذي يقدمه المجلس الأعلى للحسابات ومناقشته أمام البرلمان، منْ أنّ العرض يكون في جلسة مشتركة بين مجلسي البرلمان، وأن المناقشة

تجري داخل كل مجلس على حدة، ينسحب كذلك على جميع المؤسسات الدستورية التي تقدم تقاريرها أمام البرلمان وتكون موضوع مناقشة من قبل البرلمان، طبقا للفصل 160 من الدستور الذي ينص أنه "على المؤسسات والهيئات المشار إليها في الفصول 161 إلى 170 من هذا الدستور تقديم تقرير عن أعمالها، مرة واحدة في السنة على الأقل، الذي يكون موضوع مناقشة من قبل البرلمان.".

وتأسيسا على ما سبق بيانه، نخلص إلى أن الممارسة التي أنتجتها التجربة الأولى لعرض الحصيلة المرحلية لعمل الحكومة ومناقشتها أمام البرلمان في الولاية التشريعية: 2011-2016، حين تمت المناقشة العامة لتك الحصيلة والرد على تلك المناقشة في جلسات مشتركة بين مجلس النواب ومجلس المستشارين، تعتبر ممارسة خاطئة ومخالفة للدستور؛ لأنها مست بمبدأ دستوري هو استقلالية مجلسي البرلمان بعضهما عن بعض، وإضافة إلى ذلك، تنطوي على إهدار للحجية التي تكتسيها قرارات المحكمة الدستورية، والتي بصريح منطوق الدستور لا تقبل أي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية، وخاصة وأن قرار المجلس الدستوري الذي تم التصريح فيه بأن البرلمان لا يمكنه أنْ يمارس بصفة مشتركة الاختصاصات المخولة له دستوريا، إلا في الحالة المذكورة صراحة في الفصل 174 من الدستور[48]، كان قرارا سابقا على تلك الممارسة، وقد تم تبليغه إلى كل من مجلسي البرلمان بتاريخ 22 أغسطس 2013، في حين أن المناقشة المشتركة بين المجلسين كانت في جلستين، على التوالي، بتاريخ 20 و23 يوليو 2014.

وتبعا لذلك، فإن الممارسة الثانية التي جرت في الولاية التشريعية الجارية: 2016-2021، والتي جعلت تقديم عرض الحصيلة المرحلية لعمل لحكومة يجري في جلسة مشتركة بين مجلسي البرلمان، في حين جعلت كل من المناقشة والرد على المناقشة يجريان في **جلستين خاصتين بكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين**، تكون ممارسة مطابقة للدستور.

خاتمة:

حاصل القول، مما سبق، أن إسناد المشرع الدستوري اختصاص تقييم السياسات العمومية، باعتباره اختصاصا جديدا يتم إقراره لأول مرة لصالح البرلمان، ليس مجرد إسناد لاختصاص تقني جديد، بل هو إسناد يتغيى بالأساس دعم التخفيف من الطابع الرئاسي للملكية والاتجاه بها نحو طابع برلماني، وذلك من خلال إعطاء للبرلمان، باعتباره سلطة تشريعية قائمة وليس مجرد مؤسسة، دورا حقيقيا أكبر من السابق في رسم السياسات العمومية، التي كانت الحكومات تنفرد في وضعها، وبهذا المعنى، يعتبر آلية من آليات تحقيق مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة. ويأتي هذا الإسناد الدستوري أيضا، من جهة، لتكريس المفهوم المرن لفصل السلط في النظام الدستوري للملكية

المغربية القائم على توازن السلط وتعاونها، حيث يغدو تقييم البرلمان للسياسات العمومية، والحالة هذه، أفقا متميزا لتعاون السلطتين التشريعية والتنفيذية. ومن جهة أخرى، لتجسيد المفهوم الجديد لممارسة السلطة القائم على الديمقراطية المواطنة والتشاركية. وإضافة إلى كل ذلك، وتكاملا معه، فإن صلاحية تقييم السياسات العمومية تعتبر مقوما لا غنى عنه من مقومات الحكامة الجيدة.

وقد تبين من خلال البحث، أن المشرع الدستوري لم يكتف بإقرار هذا الاختصاص الجديد للبرلمان، وإنما عمل، من أجل تفعيله، على وضع وتحديد عدد من الآليات الدستورية المتنوعة والجديدة المساعدة على ممارسته إما بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة منها: الجلسة السنوية لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها، وعرض الحصيلة المرحلية لعمل الحكومة أمام البرلمان، والجلسة الشهرية المخصصة للأسئلة المتعلقة بالسياسة العامة التي يختص بالإجابة عليها رئيس الحكومة شخصيا، ودسترة طلب استماع اللجان البرلمانية إلى مسؤولي الإدارات، ودسترة الأجل الذي يجب عرض قوانين تصفية الميزانية فيه على البرلمان، ومناقشة البرلمان لتقارير عدد من المؤسسات الدستورية، وأكثر من ذلك، أن المشرع الدستوري وضع عددا من تلك المؤسسات رهن إشارة البرلمان لدعمه ومساعدته في تقييم السياسات العمومية.

لائحة المصادر والمراجع:

المؤلفات والمقالات:

1- بنمنصور، أبوبكر؛ بريول العلوي، عبد الله. **انبعاث أمة** - الجزء 56 (القسم الأول)، منشورات القصر الملكي، الرباط 2011.
2- بنمنصور، أبوبكر؛ بريول العلوي، عبد الله. **انبعاث أمة** - الجزء 57 (القسم الثاني)، منشورات القصر الملكي، الرباط 2012.
3- الخدي، نجيب. "**تقييم السياسات العمومية من طرف البرلمانات: حالة مجلس النواب بالمملكة المغربية**". اجتماع جمعية الأمناء العامين للبرلمانات الوطنية. بنجلاديش، مارس 2017.
4- السعيد، أمين. **التوازن بين السلطات في النظام الدستوري المغربي بين الوثيقة الدستورية لسنة 2011 والممارسة السياسية**. الطبعة الأولى، مطبعة شمس برانت، الرباط 2019.
5- طارق، حسن؛ كاير، عثمان. **مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية**. سلسلة شباب من أجل الديمقراطية، الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان، الرباط 2014.
6- لحميداني، طه. "**البرلمان المغربي واجتراح تقييم السياسات العمومية**". المجلة المغربية للتدقيق والتنمية = REMA، العدد 33، الرباط 2012. الصفحات 75-67.
7- المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. **الدستور الجديد للمملكة المغربية 2011**. سلسلة "نصوص ووثائق"، العدد 246، REMALD، الرباط2011 .
8- مجلس النواب. **الإطار المرجعي لتقييم السياسات العمومية**. منشورات مجلس النواب، العدد الأول، الرباط 2016.

9- المدور، رشيد. **إشكالية النظام الداخلي للبرلمان في ضوء الدستور**. سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 111، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية = REMALD، الطبعة الأولى، 744 صفحة، الرباط: 2016.
10- المدور، رشيد. **البرلمان في ضوء مستجدات الدستور**. سلسلة دفاتر في القانون البرلماني المغربي، العدد الأول، الرباط 2019.
11- المدور، رشيد. **العمل البرلماني في المغرب قضايا وإشكالات**. الطبعة الأولى. مطبعة طوب بريس، الرباط 2006.
12- المسيوي، عبد العزيز. **ملتمس الرقابة**. الطبعة الأولى، مطبعة إمبريال، الرباط 2000.

الوثائق:

13- **دستور المملكة المغربية**، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى ظهير شريف في يوم 17 رجب 1382 (14 ديسمبر 1962). الجريدة الرسمية: عدد 2616 مكرر، 19 ديسمبر 1962، ص2993.
14- **دستور المملكة المغربية**، الصادر الأمر بتنفيذه بالظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011). الجريدة الرسمية: عدد 5964 مكرر في 30 يوليو 2011، ص3600.
15- **دستور المملكة المغربية**، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 157. 1.96 بتاريخ 23 من جمادى الأولى 1417 (7 أكتوبر 1996)، الجريدة الرسمية: عدد 4420 بتاريخ 10 أكتوبر 1996، ص2281.
16- **القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية**، الصادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 بتاريخ 14 من شعبان 1436 (2 يونيو 2015). الجريدة الرسمية عدد: 6370 - 18 يونيو 2015، ص5810.
17- **القانون التنظيمي رقم 7.98 لقانون المالية**، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.98.138 في 26 نوفمبر 1998، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4644 - 03 ديسمبر 1998، ص3297.
18- **النظام الداخلي لمجلس النواب 2004.**
19- **النظام الداخلي لمجلس النواب 2017.**
20- **النظام الداخلي لمجلس المستشارين 2014.**
21- **النظام الداخلي لمجلس المستشارين 2019.**
22- **قرار المجلس الدستوري رقم: 04/561**، الصادر بتاريخ 8 مارس 2004، بشأن النظام الداخلي لمجلس النواب المراجع في سنة 2004. الجريدة الرسمية: عدد 5201 بتاريخ 5 أبريل 2004، ص1607.
23- **قرار المجلس الدستوري رقم: 12/829**، الصادر بتاريخ 4 فبراير 2012، بشأن النظام الداخلي لمجلس النواب 12 يناير 2012، الجريدة الرسمية: عدد 6021، بتاريخ 13 فبراير 2012: الصفحة: 655.
24- **قرار المجلس الدستوري رقم: 13/924**، الصادر بتاريخ 14 من شوال 1434 (22 أغسطس 2013)، بشأن النظام الداخلي لمجلس النواب لفاتح أغسطس2013، الجريدة الرسمية: عدد 6185 بتاريخ 9 سبتمبر 2013، ص6030.
25- **قرار المحكمة الدستورية رقم: 17/37**، الصادر بتاريخ 11 سبتمبر2017، بشأن النظام الداخلي لمجلس النواب لـ 8 أغسطس 2017. الجريدة الرسمية: عدد 6604 بتاريخ 25 سبتمبر 2017، ص5344.
26- **قرار مكتب مجلس النواب رقم 19.06**، الصادر في 26 من رجب 1440 (2 أبريل 2019) المتمم لقرار مكتب مجلس النواب رقم 18.04 بتاريخ 22 من ذي الحجة 1439 (3سبتمبر 2018) بشأن تنظيم واختصاصات إدارة مجلس النواب. الجريدة الرسمية، عدد 6807 - 24 ذو الحجة 1440 (26 أغسطس 2019)، ص5926.
27- **الجريدة الرسمية للبرلمان:**
- نشرة مداولات مجلس النواب، العدد 27، الصادر بتاريخ 15 أغسطس 2016، ص2437
- نشرة مداولات مجلس النواب، العدد 59، الصادر بتاريخ 28 أبريل 2018، ص3429.
- نشرة مداولات مجلس النواب، العدد 88، الصادر بتاريخ 14 مايو 2019.
- نشرة مداولات مجلس النواب، العدد 89، الصادر بتاريخ 29 مايو 2019.
- نشرة مداولات مجلس المستشارين (دورة أكتوبر 2018)، عدد 11 فبراير 2019.

— نشرة مداولات مجلس المستشارين- دورة أبريل 2019.

28- **مذكرة تصور واقتراحات الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية بشأن مراجعة الدستور** [وثيقة]، مؤرخة في يوم الاثنين 28 مارس 2011، 13 صفحة.

29- **مذكرة حزب العدالة والتنمية حول الإصلاحات الدستورية**[وثيقة]، مؤرخة في يوم الثلاثاء 29 مارس 2011، 14 صفحة.

الهوامش:

[1]- **الدستور المملكة المغربية**، الصادر الأمر بتنفيذه يوم 17 رجب 1382 (14 ديسمبر 1962). الجريدة الرسمية: عدد 2616 مكرر، 19 ديسمبر 1962، ص2993.

[2]- **البرلمان في ضوء مستجدات الدستور**، رشيد المدور، دفاتر في القانون البرلماني المغربي، العدد الأول، الرباط 2019، ص37.

[3]- بموجب الفصل 65 من الدستور الأول 1962، والفصل 59 من دستوري 1970 و1972، غير أنه، وابتداء من دستور 1992 وبموجب فصله 59، أصبح البرنامج الحكومي، إضافة إلى المناقشة، يصوت عليه، وهو ما كرسه بعد ذلك دستور 1996 بموجب فصله 60، وكرسه أيضا الدستور الحالي بموجب الفصل 88 منه.

[4]- على الرغم من أن "ملتمس الرقابة" نصت عليه جميع الدساتير المغربية، إلا أنه لم يفعل في تاريخ الحياة البرلمانية إلا مرتين اثنتين: الأولى بتاريخ 15 يونيو 1964 ضد حكومة أحمد باحنيني في نطاق دستور 1962، والثانية بتاريخ 14 مايو 1990 ضد حكومة عز الدين العراقي في نطاق دستور 1972. تنظر الوثائق الكاملة المتعلقة بملتمسي الرقابة المذكورين في: **ملتمس الرقابة**، عبد العزيز المسِّيوي، مطبعة إمبريال، الرباط 2000.

[5]- لتثبيت هذا التوجه الذي يجعل من مناقشة مشروع قانون المالية السنوي مناسبة لمناقشة السياسات العمومية للحكومة، دأب مجلس النواب على النص في نظامه الداخلي على أن مناقشة مشروع قانون المالية داخل اللجان الدائمة تبتدئ بالاستماع إلى وزير المالية الذي يقدم بيانات إضافية حول المشروع، ثم يشرع في مناقشة عامة للميزانية وللسياسة الحكومية. [تنظر مثلا المادة 175 من النظام الداخلي لمجلس النواب لفاتح أغسطس 2013].

[6]- تنظر نصوص مذكرات الأحزاب السياسية والمركزيات النقابية (35 مذكرة) بخصوص الإصلاح الدستوري في: **الدستور الجديد للمملكة المغربية** 2011، سلسلة "نصوص ووثائق"، عدد 246، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط 2011. ص 38-394.

[7]- مذكرة حزب العدالة والتنمية حول الإصلاحات الدستورية مؤرخة في 29 مارس 2011 (وثيقة)، البند رقم 3 من الفقرة رقم 2، من رابعا من III- التوجهات التفصيلية، 10 صفحات.

[8]- مذكرة تصور واقتراحات الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية بشأن مراجعة الدستور (وثيقة)، البند السابع والأخير من المطالب العامة المتعلقة بالبرلمان، 8 صفحات.

[9]- كان الفصل 60 من دستور 1996 ينص على أن يتقدم الوزير الأول أمام كل من مجلسي البرلمان بعد تعيين الملك لأعضاء الحكومة ويعرض البرنامج الذي يعتزم تطبيقه، وعلى أن يكون البرنامج المشار إليه أعلاه موضوع مناقشة أمام كلا المجلسين ويتلو مناقشته في مجلس النواب تصويت يجب أن يقع وفق الشروط المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 75 ويترتب عليه الأثر المشار إليه في الفقرة الأخيرة منه. وكانت الفقرة الثانية من الفصل 75 تنص على أنه "لا يمكن سحب الثقة من الحكومة أو رفض النص إلا بالأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم مجلس النواب". والمعنى أن الحكومة كان يكفيها لتنال ثقة مجلس النواب أن لا يصوت ضد البرنامج تلك الأغلبية الموصوفة.

[10]- ينص الفصل 88 من دستور 2011 ينص أن الحكومة تعتبر منصبة بعد حصولها على ثقة مجلس النواب، المعبر عنها بتصويت الأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم، لصالح البرنامج الحكومي.

[11]- تنص الفقرة الثانية من الفصل الأول من الدستور على أن النظام الدستوري للمملكة المغربية يقوم على أساس فصل السلط، وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة، **وربط المسؤولية بالمحاسبة**.

[12]- "وتعميقا لدور البرلمان في مجال مراقبة الحكومة، فقد تم تدعيمه دستوريا، ليتولى مهمة تقويم السياسات العمومية". من خطاب الملك بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثانية من الولاية التشريعية التاسعة بتاريخ الجمعة 12 أكتوبر 2012. **انبعاث أمة**، الجزء 57 (القسم الثاني)، منشورات القصر الملكي، الرباط 2012، ص255.

[13] - قرار المحكمة الدستورية رقم: 17/37 بشأن النظام الداخلي لمجلس النواب لـ 8 أغسطس 2017، الصادر بتاريخ 11 سبتمبر2017.

[14]- قرار المجلس الدستوري رقم: 12/829 بشأن النظام الداخلي لمجلس النواب لـ 12 يناير 2012، الصادر بتاريخ 04 فبراير 2012.

[15]- الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثانية من الولاية التشريعية التاسعة بتاريخ الجمعة 12 أكتوبر 2012. **انبعاث أمة**، الجزء 57 (القسم الثاني)، منشورات القصر الملكي، الرباط 2012، ص255.

[16]- النظام الداخلي لمجلس النواب لـ 8 أغسطس 2017، كما تم تعديله بتاريخ 16 أكتوبر 2017.

[17]- النظام الداخلي لمجلس المستشارين يوليو 2014.

[18]- النظام الداخلي لمجلس المستشارين يونيو 2019.

[19] - قرار المجلس الدستوري رقم: 12/829 بشأن النظام الداخلي لمجلس النواب 12 يناير 2012، الصادر بتاريخ 4 فبراير 2012. الجريدة الرسمية: عدد 6021، بتاريخ 13 فبراير 2012: الصفحة: 655.

[20]- **السياسات العمومية: مفاهيم وتطبيقات**، حسن طارق، (مرجع سابق)، ص31.

[21]- **التوازن بين السلطات في النظام الدستوري المغربي بين الوثيقة الدستورية لسنة 2011 والممارسة السياسية**، أمين السعيد، الطبعة الأولى، مطبعة شمس برانت، الرباط 2019، ص309-310.

[22]- "**البرلمان المغربي واجتراح تقييم السياسات العمومية**"، طه لحميداني، المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، العدد 33 الرباط 2012، ص73.

[23]- لمزيد من التفاصيل حول وظيفة التقييم وكيفية وطرق ممارستها على مستوى البرلمان، ينصح بالرجوع إلى: **الإطار المرجعي لتقييم السياسات العمومية**، منشورات مجلس النواب عدد 1، يمكن تحميله على موقع مجلس النواب: www.chambredesrepresentants.ma.

[24]- يمكن الاطلاع على المحضر الكامل لهذه الجلسة في الجريدة الرسمية للبرلمان: نشرة مداولات مجلس النواب، العدد 27، الصادر بتاريخ 15 أغسطس 2016، ص2437. كما يمكن الاطلاع على التقريرين الذين على أساسهما كانت المناقشة العامة المخصصة لتقييم البرنامج المندمج لتزويد العالم القروي بالماء الصالح للشرب (PAGER)، وتقييم برنامج الكهربة القروية الشمولي (PERG)، على الموقع الإلكتروني لمجلس النواب.

[25]- يمكن الاطلاع على المحضر الكامل لهذه الجلسة في الجريدة الرسمية للبرلمان: نشرة مداولات مجلس النواب، العدد 59، الصادر بتاريخ 28 أبريل 2018، ص3429. كما يمكن الاطلاع على التقرير الذي على أساسه كانت المناقشة العامة المخصصة لتقييم مساهمة البرنامج الوطني للطرق القروية الثاني في فك العزلة عن المناطق الجبلية على الموقع الإلكتروني لمجلس النواب.

[26]- بموجب قرار مكتب مجلس النواب رقم 19.06 الصادر في 26 من رجب 1440 (2 أبريل 2019) المتمم لقرار مكتب مجلس النواب رقم 18.04 بتاريخ 22 من ذي الحجة 1439 (3سبتمبر 2018) بشأن تنظيم واختصاصات إدارة مجلس النواب. الجريدة الرسمية، عدد 6807 - 24 ذو الحجة 1440 (26 أغسطس 2019)، ص5926.

[27]- أعلن عن ذلك رئيس مجلس المستشارين في كلمة افتتاح الورشة التكوينية حول تقييم السياسات العمومية المنعقدة بمجلس المستشارين يومي 1 و2 أكتوبر 2019. البوابة الوطنية www.maroc.ma بتاريخ الثلاثاء فاتح أكتوبر 2019.

[28]- ينظر المحضر الكامل للجلسة رقم: 206 في الجريدة الرسمية للبرلمان: نشرة مداولات مجلس المستشارين (دورة أكتوبر 2018)، عدد 11 فبراير 2019.

[29]- ينظر المحضر الكامل لهذه الجلسات ذات الأرقام بالتتابع 182، و189، و193 في محاضر مداولات مجلس النواب لدورة أبريل 2014 المنشورة على الموقع الإلكتروني للبرلمان.

[30] - ينظر المحضر الكامل لهذه الجلسات ذات الأرقام بالتتابع 157، و159، و161 في محاضر مداولات مجلس النواب لدورة أبريل 2019 المنشورة في الجريدة الرسمية للبرلمان -نشرة مداولات مجلس النواب، العددان 88 و89، الصادران على التوالي بتاريخ 14 و29 مايو 2019.

[31]- ينظر المحضر الكامل للجلستين رقم 225 و232 المذكورتين في نشرة مداولات مجلس المستشارين- دورة أبريل 2019.

[32]- النص الكامل لتلك الحيثية كما وردت في قرار المجلس الدستوري هو: "في شأن المادة 203 (الفقرة الأولى): حيث إنه، لئن كان رئيس الحكومة، عملا بأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 100 من الدستور، يتعين عليه مبدئيا تقديم الأجوبة عن الأسئلة المتعلقة بالسياسة العامة في جلسة واحدة كل شهر أمام المجلس الذي يعنيه الأمر، فإن ذلك يترتب عنه حضور رئيس الحكومة مرة واحدة أمام كل من مجلسي البرلمان، طالما أن المجلس المعني لديه أسئلة تتعلق، في طبيعتها ومداها، بالسياسة العامة التي لا يمكن أن يجيب عنها إلا رئيس الحكومة، ويعود لمكتب كل مجلس من مجلسي البرلمان، بهذا الشأن، التحقق مسبقا بكون الأسئلة الموجهة إلى رئيس الحكومة تكتسي بالفعل صبغة سياسة عامة؛ وحيث إنه، بناء على ذلك، يكون ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 203 من أن مجلس النواب يخصص كل سنة أربع جلسات شهرية للأسئلة المتعلقة بالسياسة العامة غير مطابق للدستور". قرار المجلس الدستوري رقم: 13/924 بشأن النظام الداخلي لمجلس النواب لفاتح أغسطس2013، الصادر في 22 أغسطس 2013.

[33]- نصت الفقرة الثالثة من المادة 41 من النظام الداخلي لمجلس النواب 2004 على أن "للكل لجنة الحق في أن تطلب بواسطة رئيس المجلس في كل مسألة تعنيها الاستماع إلى عضو من أعضاء الحكومة، أو ممثل عن مجلس من المجالس العليا أو مندوب سامي أو مدير مؤسسة عمومية أو شبه عمومية أو شركة الدولة بحضور عضو الحكومة الوصي على القطاع".

[34]- المجلس الدستوري، القرار رقم 04/561، الصادر بتاريخ 8 مارس 2004.

[35]- تنظر تفاصيل أخرى حول هذا الإشكال في كتابنا: **العمل البرلماني في المغرب: قضايا وإشكالات**، الرباط 2006، ص91-93. إشارة: يمكن تحميل هذا الكتاب من على الرابط التالي: https://kutub.me/LgFrd0

[36] - القانون التنظيمي رقم 7.98 لقانون المالية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.98.138 في 26 نوفمبر 1998، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4644 بتاريخ 1998/12/03 الصفحة 3297.

[37]- بلغت مدة التأخير في حالة قانون تصفية ميزانية السنة المالية 1984 مدة ثمان (8) سنوات؛ إذ لم يتم إيداع مشروعه لدى مجلس النواب إلا في سنة 1993.

38- المادة 65 من القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، الصادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 بتاريخ 14 من شعبان 1436 (2 يونيو 2015). الجريدة الرسمية عدد: 6370، 18 يونيو 2015، ص5810.

39- لمزيد من التفاصيل ينظر: "ركائز القانون التنظيمي لقانون المالية" في موقع وزارة المالية: http://lof.finances.gov.ma

[40] - ينظر: **تقييم السياسات العمومية من خلال قانون المالية**، عثمان كاير ضمن: مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية (مرجع سابق)، ص70.

[41]- سواء الخطب التي تكون مباشرة عند رئاسة الملك لافتتاح الدورة الأولى من كل سنة تشريعية للبرلمان، أو تلك التي يقرر فيها الملك أن يخاطب البرلمان مباشرة أو بصفة غير مباشرة عندما يأمر بتلاوة خطابه أمام كلا المجلسين.

[42]- كانت المادة 125 من النظام الداخلي لمجلس النواب 2004 تنص على أن يعقد المجلس جلسة عمومية خاصة تقدم فيها الحكومة مشروع قانون المالية.

[43]- قبل دسترة إمكانية عقد اجتماعات مشتركة بين اللجان الدائمة بمجلسي البرلمان، كان النظام الداخلي لمجلس النواب 2004 في مادته 143 ينص على أنه "يمكن اجتماع لجنتين مختلطتين أو أكثر من أعضاء المجلسين إما بطلب من الحكومة أو بعد اتفاق رئيسي المجلسين"، تخصص للاستماع للعروض والبيانات السياسية التي يقدمها الوزراء في بعض القضايا الخاصة. وقد اعتبرت هذه المادة حين وضعها من التعديلات النوعية التي أبدعها مجلس النواب، من حيث إنها الأولى التي فتحت باب التنسيق بين مجلسي البرلمان.

[44]- تنص الفقرتان الثانية والثالثة من الفصل 174 من الدستور على أن "للملك، بعد استشارة رئيس المحكمة الدستورية، أن يعرض بظهير، على البرلمان، مشروع مراجعة بعض مقتضيات الدستور. ويصادق البرلمان، المنعقد، بدعوة من الملك، في اجتماع مشترك لمجلسيه، على مشروع هذه المراجعة، بأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم.".

[45]- قرار المجلس الدستوري رقم: 13/924 بشأن النظام الداخلي لمجلس النواب لفاتح أغسطس2013، الصادر في 22 أغسطس 2013.

[46]- قرار المجلس الدستوري رقم: 13/924 (المرجع السابق).

[47]- قرار المجلس الدستوري رقم: 13/924 (المرجع السابق).

[48]- قرار المجلس الدستوري رقم: 13/924 (المرجع السابق).

تقييم أداء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر

Evaluation of the performance of small and medium enterprises in Algeria

مكاوي الحبيب، باحث (*)
المدرسة العليا للاقتصاد وهران
elhabibmekkaoui31@gmail.com

بابا حامد كريمة، باحثة
جامعة وهران 2، الجزائر
bm.karima@hotmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/05/08 تاريخ القبول للنشر: 2019/11/01

****

ملخص:

إن دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الاقتصاديات القومية أصبح من أولويات الدول لاستكمال مشاريع التنمية وتحقيق النمو الاقتصادي والاجتماعي ويمثل هذا النوع من المؤسسات ركيزة وقاعدة هامة ومرحلة لا يمكن الاستغناء عنها في تطبيق الإصلاحات الاقتصادية ووضع استراتيجية مؤطرة لاكتساب مزايا نسبية جديدة، وتهدف الدراسة إلى تبيان أهمية هذا النوع من المؤسسات بمساهمتها في تطوير مختلف المؤشرات الاقتصادية الكلية للاقتصاد الجزائري خلال الفترة 2016/2009 وذلك بالاعتماد على النشرات الإحصائية المكلفة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

الكلمات المفتاحية: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الاقتصاد الجزائري، المؤشرات الاقتصادية الكلية.

Abstract:

The role of SMEs in national economies has become a priority for countries to complete development projects and to achieve economic growth and social and represents this type of pillar institutions and an important base and the stage can not be dispensed with in the implementation of economic reforms and the development of a strategy framed to acquire new comparative advantages , The study aims to demonstrate the importance of this type of institutional contribution

* مكاوي الحبيب: elhabibmekkaoui31@gmail.com

to the various macro-economic indicators of the Algerian economy development during the period 2009/2016, based on statistical bulletins in charge of SMEs.
Key words*:* Small and medium enterprises, the Algerian economy, macro-economic indicators.

مقدّمة:

إن قرارات التنمية الاقتصادية التي اتبعتها الجزائر مباشرة بعد الاستقلال أهملت الدور الفعال للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الاقتصاد الوطني واقتصرت على بناء وتشييد المجمعات الصناعية الكبرى في حين أن تجارب الدول المتقدمة أثبتت نجاعة المشاريع الصغيرة والمتوسطة في تحقيق التنمية.

ولقد بادرت الدولة إلى مباشرة جملة من الإصلاحات الاقتصادية لاسيما التجارية منها بغرض ترقية وتأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وزيادة فعاليتها وذلك لخلق اندماج فعال في عجلة النمو ونظرا لأهميتها البالغة أنشئت الجزائر وزارة خاصة لهذه الفئة من المؤسسات ليبقى قطاعها قطاعا مستقلا يحظى بمزايا التقدم والازدهار.

إشكالية الدراسة:

محاولة منا أن تساهم هذه الدراسة بإبراز مكانة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الاقتصاد الوطني، نطرح الاشكالية الرئيسية التالية:

ما هي مكانة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الاقتصاد الجزائري وما مدى مساهمتها في دفع عجلة التنمية؟

أهمية الدراسة:

إن المكانة التي تحظى بها فئة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في اقتصاديات الدول السائرة في طريق النمو تعكس مدى إرادة هذه الدول على تطوير نشاطها التجاري والصناعي والخروج من تبعيات الموارد الريعية وتنويع مصادر الدخل، وبالتالي فحماية هذه المؤسسات ودعمها في بلادنا هي من ضروريات وأولويات الاقتصاد كما يساعدها على المساهمة بشكل كبير في تحسين المؤشرات الاقتصادية الكبرى ودفع عجلة التنمية.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تبيان النتائج المحققة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة نتيجة الإصلاحات المتعاقبة وتوضيح إلى أي مدى يمكن أن تساهم هذه المؤسسات مستقبلا في الاقتصاد الوطني.

فرضيات الدراسة:

للإحاطة بجوانب الدراسة نقترح الفرضيات التالية:

- تعتبر المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ركيزة وقاعدة هامة للاقتصاد الوطني.
- تساهم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بشكل فعال ومتزايد على مختلف مؤشرات الاقتصاد الوطني.

نموذج الدراسة:

اعتمدنا في هذا البحث على الدراسة التحليلية الإحصائية من خلال مجموعة من النشرات الإحصائية المكلفة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة خلال الفترة محل الدراسة.

خطة البحث:

لتغطية جواني الدراسة بأسلوب منهجي علمي تم تقسيمه الى المحاور التالية:

المحور الأول: الإطار العام للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر.

المحور الثاني: مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مختلف المؤشرات الاقتصادية الكبرى في الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 2009-2016.

المبحث الأول : الإطار العام للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر

ينبغي الإشارة إلى وجود صعوبة في تحديد مفهوم موحد للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وذلك لاختلاف الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، والمعايير التي يستند إليها كرأس المال وعدد العمال ومستوى التقدم التقني وبعض العوامل الأخرى كمراحل النمو المخطط وندرة عوامل الإنتاج، لكن سنشير في هذا المبحث إلى أهم التعاريف لبعض المنظمات الدولية والجهات الرسمية.

المطلب الأول: المعايير المحددة لمفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

تتعدد المعايير المستخدمة لوضع إطار محدد لمفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وتختلف من دولة إلى أخرى وحسب كل منظمة دولية وتتمثل هذه المعايير فيما يلي:

الفرع الأول: المعايير الكمية

أ- **معيار العمالة**[1]: وهو من أكثر المعايير الكمية استخداما في تحديد حجم المشروعات الصغيرة نظرا لإمكانية حصر بيانات العمالة المتوافرة في معظم المشروعات المسجلة رسميا في مختلف الدول ويتم استخدام معيار العمال للمقارنة الدقيقة بين المشروعات النظيرة التي تقوم على نفس الفن الإنتاجي، ولكن نظرا لاختلاف معامل رأس المال / العمل، فقد لا

يصلح استخدام هذا المقياس بمفرده غالبا كما أنه لا يصلح أيضا في حالات تباين الفنون الإنتاجية الممكن استخدامها.

ب- **معيار رأس المال**: هو مقياس مالي ويعبر عن رأس المال العامل والثابت الذي يقيس حجم الطاقة الإنتاجية. وتتصف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بمحدودية رأس المال المستثمر فيها فضلا عن اختلاف حجمه من دولة إلى أخرى حسب الوضع الاقتصادي السائد فيها ونشاط المؤسسة[2]

ج- **المعايير المركبة**: ويطلق كذلك عليها المعايير الترجيحية وهي تستخدم أكثر من متغير في التمييز نذكر منها قيمة الإنتاج والقيمة المضافة والطاقة الإنتاجية وحجم الاستهلاك السنوي من المواد والجدول التالي يبين عدد الدول المرجحة لمفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حسب كل معيار من مجموع 54 دولة متقدمة ونامية.

الجدول 01: المعايير المعتمدة من طرف الدول النامية والمتقدمة في تحديد مفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

	عدد العمال	أصول عاملة	حجم المبيعات	العمالة والمبيعات	العمالة والأصول	المبيعات والأصول	الإجمالي
عدد الدول المتقدمة	9	1	-	2	3	-	15
عدد الدول دول نامية	6	10	1	5	16	1	39
الإجمالي	15	11	1	7	19	1	54

المصدر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية: " تطوير إدارة المشروعات الصغيرة في الوطن العربي، سبتمبر 2006، ص10.

د -**المعايير الوظيفية**: وتستعمل هذه المعايير عند استحالة الترجيح بالمعايير الكمية أو المركبة للتفرقة بين المشرعات الصغيرة والكبيرة منها:

- يتولى مالك المشروع غالبا إدارة وتسيير نشاطه مع بساطة الخبرة الإدارية.
- انخفاض وتيرة الاتصال بالعملاء والموردين.
- صعوبة الاستفادة من الأسواق المالية والحصول على القروض والائتمان.

هـ-المعايير الكلية: وتستمد هذه المعايير عناصرها من الظروف الاقتصادية الكلية التي تميز كل بلد من بينها:

- ✓ **اختلاف النشاط الاقتصادي:** من الصعب أمام تنوع النشاط الاقتصادي الوصول إلى مفهوم موحد للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وذلك أنه بينما تحتاج المؤسسة الصناعية إلى استثمارات كبيرة في شكل مباني ومعدات فان المؤسسة التجارية تحتاج فقط إلى بعض العناصر المتداولة كالمخزونات، البضائع والحقوق لأن نشاطها يرتكز على دورة الاستغلال بالإضافة إلى أن المؤسسة الصناعية تحتاج إلى عدد كبير من العمال مقارنة بالمؤسسة التجارية[3].

ولقد اختلف الاقتصاديون في التفرقة بين المشروعات الصغيرة والكبيرة بحيث أن الاعتبار القائم على التفرقة على أساس حجم العمال خاطئ فمثلا مطبعة تشغل 10 عمال تعتبر كبيرة أما المصنع الذي يشغل 100 عامل فهو صغير لذلك يتم التمييز على أساس معايير أخرى كحجم الإنتاج.

- ✓ **اختلاف فروع النشاط الاقتصادي:** ويختلف فرع النشاط من حيث حجم الاستثمار وحجم اليد العاملة فالمؤسسة الصغيرة والمتوسطة في صناعة الأغذية أو الملابس تختلف عن نظيراتها في الصناعات الثقيلة كالحديد والصلب.
- ✓ **اختلاف درجة التطور بين الدول:** وتعتبر مقاييس التكنولوجيا المستخدمة أهم المعايير المرجحة لحجم ومكانة المؤسسة وهذا يختلف من دولة إلى أخرى.

الجدول 02: معايير التمييز بين حجم المؤسسات في الجزائر.

المعايير الصنف	عدد العمال	رقم الأعمال السنوي	الحصيلة السنوية (مليون دينار)
مؤسسة مصغرة	من 1 إلى 9	أقل من 20 مليون دينار	أقل من 10
مؤسسة صغيرة	من 10 إلى 49	أقل من 200 مليون دينار	أقل من 100
مؤسسة متوسطة	من 50 إلى 250	من 200 مليون إلى 2 مليار دينار	من 100 إلى 500

المصدر: القانون التوجيهي رقم 01-18 لترقية المؤسسات ص م، الجريدة الرسمية العدد77، تاريخ 2001/12/15 5.

الفرع الثاني: مفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة:

إن كثرة التعاريف المستخدمة جعل مفهوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة غامض ويثير الكثير من الجدل في الأوساط الدولية فبعض الدول تعتمد على عدد العمال والبعض الآخر على رقم الأعمال والدليل على ذلك فقد أحصت بعض الدراسات أكثر من 50 تعريف في 75 دولة ومن جهة

أخرى ترى لجنة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية انه لا يوجد تعريف دولي شامل متفق عليه وفيما يلي عرض لبعض أهم هذه التعاريف:

أ- **تعريف البنك الدولي:** تعرف المنشآت الصغيرة على أنها منشآت توظف من 10 إلى 50 عامل وتصنف المشروعات التي يعمل بها أقل من 10 عمال كمشروعات متناهية الصغر وما بين 50 إلى 100 عامل بالمشروعات المتوسطة وهذا على أساس معيار عدد العمال والذي يعتبر معيار مبدئي.

ب- **تعريف الاتحاد الأوروبي:** لقد اعتمد الاتحاد الأوروبي في تعريفه للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة سنة 1996على معيار مركب من رقم الأعمال، عدد العمال، مجموع الميزانية ودرجة استقلالية المؤسسة فهو يعرفها على أنها: «كل مؤسسة تضم أقل من 250 أجير ورقم أعمالها أقل من 40 مليون وحدة نقدية أوروبية أو مجموع الميزانية لا يتجاوز 27 مليون وحدة نقدية أوروبية والتي لا تكون بحد ذاتها ممتلكة بنسبة 25 % من قبل مؤسسة أخرى لا تنطبق على هذه المعايير".

ت- **منظمة العمل الدولية:** هي الصناعات التي يعمل بها 50 عامل، وتحدد مبلغا لا يزيد عن 1000 دولار لكل عامل تصل إلى 5000 دولار في بعض الصناعات على ألا يزيد رأس مال المنشاة عن 100 ألف دولار[4].

ث- **تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية:** هي تلك المشروعات التي يديرها مالك واحد ويتكفل بكامل المسؤولية بأبعادها الطويلة والقصيرة الأجل والتي يعمل بها أكثر من 10 وأقل من 50 عامل

ج- **تعاريف لبعض الدول:** وهذه بعض التعاريف الرسمية المعتمدة في دول مختارة حسب الجدول.

الجدول 03: يبين اختلاف التعاريف حسب المعايير المتبعة في كل دولة:

الدولة	التعريف
كندا	المشروع الصغير هو الذي يقل عدد العاملين فيه عن 500 عامل في المنشأة الصناعية ويقل عن 50 عاملا في المنشأة الخدماتية ولا يزيد الناتج أو الربح السنوي عن 5 ملايين دولار.
الولايات المتحدة	يحدد ميثاق المنشآت الصغيرة الناتج عن الحكومة الفدرالية تعريف للمنشأة الصغيرة على أنها كيان له ملكية مستقلة ولا يملك قدرة السيطرة على المجال الذي يعمل فيه وتوظف ما بين 250 إلى 1500 عامل في بعض الصناعات ولا تزيد قيمة المبيعات عن 5 ملايين دولار
تايلاند	هي المشروعات التي توظف أقل من 200 عامل
الهند	هي الوحدات التي توظف من 50 عامل إلى 100 عامل ولا يتجاوز رأس مالها 500 ألف روبية.

المصدر: من إعداد الباحثين استنادا على المصدر الآتي: المنظمة العربية للتنمية الإدارية: تطوير إدارة المشروعات الصغيرة في الوطن العربي، سبتمبر 2006، ص58-59-68.

د. تعريف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة في التشريع الجزائري:

في ظل التحديات التي تواجهها الجزائر وفي مستقبل الانضمام إلى التكتلات الإقليمية و الانفتاح على التجارة العالمية أخد القانون الجزائري بالمعايير الدولية ، خاصة الأوروبية منها لوضع إطار يعرف المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ففي المادة الرابعة من القانون رقم 01-18 المؤرخ في ديسمبر 2001 و المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة عرف المشرع الجزائري هذه الفئة من المؤسسات بأنها مؤسسة سلع أو خدمات توظف إلى حد 250 عامل ، ولا يتجاوز رقم أعمالها السنوي 2 مليار دينار أو لا يتجاوز مجموع الميزانية السنوية 500 مليون دينار .

الفرع الثالث: خصائص ومميزات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والمعوقات التي تواجهها:

نظرا للأهمية الكبيرة والدور الفعال للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في تحقيق التنمية المستدامة أنشئت الجزائر في البداية وزارة منتدبة لهذا النوع من المؤسسات، ثم أصبحت وزارة مستقلة لتحظى بقطاعها الخاص وهذا ما يكسبها مجموعة من الخصائص والمميزات كما لا يخفى وجود بعض المعوقات والعراقيل التي تواجه قيام وتوسع المنشآت الصغيرة والمتوسطة.

❖ **الخصائص والمميزات:**

أ- **الملكية والإدارة:** فانه لا يوجد انفصال بين الملكية والإدارة داخل المنشآت الصغيرة

ب- والمتوسطة بحيث يلعب مالك المشروع دور المسير والقائم على الأعمال الإدارية والانفراد

بإصدار القرارات.

ت- **عناصر الإنتاج المستعملة:** تقوم هذه المؤسسات غالبا في فروع النشاطات ذات كثافة في عنصر العمل وهذا يتناسب مع ظروف الإنتاج البسيطة في الدول التي تفتقر إلى رؤوس الأموال.

ث- **مناخ الأعمال: تختص** المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بوجود مرونة كبيرة في تغيير مجال النشاط كما تتميز بعلاقات مباشرة مع العملاء والموردين مع الفاعلية في الاتصال مع الحاجة إلى التحكم في مجال الأعمال.

ج- **الأسواق ودرجة المخاطرة:** تختار المؤسسات الصغيرة والمتوسطة عادة الأسواق المحدودة البعيدة عن اهتمام المؤسسات الكبيرة، كما تتميز درجة المخاطرة بنسبة أقل من نظيراتها الكبيرة نظرا لحجم الأموال المستثمرة ولكن يمكن أن تكون درجة المخاطرة كبيرة إذا تم وضع الرهان على مشاريع رائجة بكثرة أو نقص الخبرة والمعرفة بدراسة السوق.

ح- **دعم ورفع الكفاءة الإنتاجية: من** المتعارف عليه فان غالبية المنشآت الصغيرة والمتوسطة تستعمل يد عاملة تفتقر إلى الخبرة المهنية، لكن سرعان ما تنتقل هذه العمالة إلى المنشآت الكبرى بعد مرور الوقت واكتسابها للخبرة وهذا ما يساعد على توفر الكفاءة اللازمة.

خ- **مستويات التنظيم:** حتى وإن كان هو بحد ذاته نقطة ضعف من وجهة نظر تحليل أخر سيأتي ذكرها فيما بعد إلا أن بساطة هيكلها التنظيمي يمكن اعتبارها في جانب أخر، نقطة إيجابية في اكتساب الموقع التنافسي فهي لا تعتمد على كثافة التنظيم المتسم بالنمط البيروقراطي الذي يتطلب مستويات تنظيمية متعددة مثلما نجده في المؤسسات الكبيرة.

د- **دعم وتشجيع الحكومة:** وهذا مبدأ سائد في كل الدول إما عن طريق الحماية التجارية أو الدعم المالي أو التسهيلات الإدارية والتنظيمية وكذلك المساعدة في توفير بيئة ملائمة لمزاولة النشاط وهذا قل ما تستفيد منه المشروعات الكبرى.

ذ- **حجم الإنتاج: ويتميز** بالمحدودية الأمر الذي يقلل من تكاليف وأعباء التخزين لكن هذا لا يساعد على الاستفادة من وفورات الحجم.

❖ **العراقيل والمعوقات التي تواجه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة:**

بالرغم من وجود خطاب سياسي لترقيتها وتطبيق الكثير من الإجراءات التحفيزية و المساهمة في رفع قدرتها الإنتاجية و التنافسية ، و التأقلم مع تحديات السوق لا يزال قطاع المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر قطاعا هشا يعاني الكثير من المعوقات التي تحول بينه وبين استكمال التنمية، فحسب ما جاء في تقرير المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي لسنة 1997 فيما يتعلق بهذه

المؤسسات وكيفية تطويرها, فإن العائق الأساسي يكمن في ارتفاع معدلات الفائدة على القروض المقدمة من طرف البنوك والموجهة لتمويل هذه المؤسسات ويمكننا تقسيم هذه المعوقات إلى نوعين:

أ- معوقات داخلية:

- نقص الخبرة والكفاءة المهنية عند العمال.
- القصور في الإدارة ونقص المعرفة في التسيير وهذا ما يؤدي إلى انكماش الإنتاج وزيادة نسبة المخاطرة فضلا عن بساطة التنظيم.
- عدم كفاية الجهود التسويقية والخبرات المتخصصة في هذا المجال رغم الاتصال المباشر والشخصي بين المالك والعملاء والموردين وتتضمن عدة مظاهر من بينها محدودية قنوات وشبكات التوزيع.

ب- معوقات خارجية:

- انعدام أو نقص الحماية الحكومية وخاصة في ظل الانفتاح التجاري ومبدأ الحرية التجارية وفي مواجهة التدفق العشوائي للسلع المستوردة بالأساليب المختلفة كسياسة الإغراق.
- غياب جهاز معلومات فعال يحدد أنواع المنتجات المحلية الشيء الذي من شأنه وضع خريطة اقتصادية لتوطين المؤسسات والمنتجات ومن ثم وضع ما يلزم من سياسات الحماية.
- المشاكل التمويلية فان سبل حصول المنشآت متناهية الصغر والصغيرة والمتوسطة على رأس المال والخدمات التمويلية محدودة للغاية ولا تتناسب على الإطلاق مع احتياجاتها مع رأس المال الثابت والعامل.
- تنافسية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ظل العولمة وتتمثل القدرة التنافسية للمؤسسة في مدى قدرتها على الصمود في السوق في ظل اقتصاد معولم. وترتبط تنافسية المؤسسة بمستوى تنافسية الاقتصاد على المستوى الكلي، فالمؤسسة ليست نظاما معزولا أو مغلقا.

الفرع الرابع: ظروف ومراحل تطور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر:

تميزت وتيرة التطور للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بصورة بطيئة نتيجة لتهميشها في فترة ما بعد الاستقلال، وعموما يمكن حصر المراحل التي مرت بها هذه المؤسسات إلى ثلاث مراحل حسب التسلسل الزمني وخصائص كل مرحلة:

- **خلال المرحلة من 1963 إلى غاية 1980:** إن اعتماد الجزائر غداة الاستقلال النظام الاشتراكي الذي يقوم على تحكم الدولة في القوى الاقتصادية للتنمية وإعطاء الأولوية للقطاع العام على الخاص أدى إلى تهميش دور قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وبقي تطور القطاع الخاص

محدودا على هامش المخططات الوطنية. وكان قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة يتشكل في معظمه من مؤسسات موروثة عن فترة الاستعمار، بحيث كانت تشكل حوالي 98 % من منظومة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

ففي المادة 23 من القانون 277/63 الصادر في جويلية 1963 المتضمن إجراءات الاستثمار، اشارت الى تدخل المال الوطني مرتبطا براس المال الاجنبي كما يلي: " تتدخل الدولة بالاستثمارات العمومية في إنشاء مؤسسات وشركات وطنية او شركات مختلطة بمساهمة راس المال الأجنبي أو الوطني بفرض تحقيق الشروط الضرورية لبناء الاقتصاد[5].

وقد توقفت هذه المؤسسات عن العمل نتيجة لرحيل أصحابها من المعمرين الفرنسيين الأمر الذي جعل الدولة تصدر عدة مراسيم مثل المرسوم رقم 02-62 والمرسوم رقم 02-38 الصادرين في أكتوبر ونوفمبر 1962 على التوالي، الخاص بلجان التسيير في المؤسسات الزراعية والصناعية الشاغرة، ثم قامت الدولة بإصدار القانون الخاص بالاستثمارات ابتداء من 1963 الرامي إلى تشجيع الاستثمار في ظل التنمية الاقتصادية.

- **خلال المرحلة من 1980 إلى غاية 1994:** في هذه المرحلة بدأت ملامح الاهتمام بضرورة ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وقد اتسمت بما يلي:

- إصدار المرسوم 80-242 المؤرخ في4 أكتوبر 1980 المتعلق بإعادة الهيكلة العضوية والمالية للمؤسسات الاقتصادية.
- بعث تنظيم جديد للاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني من خلال القانون 82-11 الصادر في 21 فيفري 1982.
- إنشاء ديوان للتنسيق والمتابعة والتوجيه للاستثمارات الخاصة OSCIP وذلك سنة 1983.
- فتح الغرفة الوطنية للتجارة للمستثمرين الخواص سنة 1987.
- إصدار المرسوم88-192المؤرخ في4أكتوبر1988 المتعلق باستقلالية المؤسسات الاقتصادية.
- بداية الإصلاحات الاقتصادية واعتماد اقتصاد السوق وإصدار قانون النقد والقرض 14-04-1990.
- تحرير التجارة الخارجية بموجب المرسوم 91-37 الصادر في 19-02-1991.
- إصدار المرسوم التشريعي 93-12الصادر في 5أكتوبر 1993 الهادف إلى فتح المجال لتطوير الاستثمار.

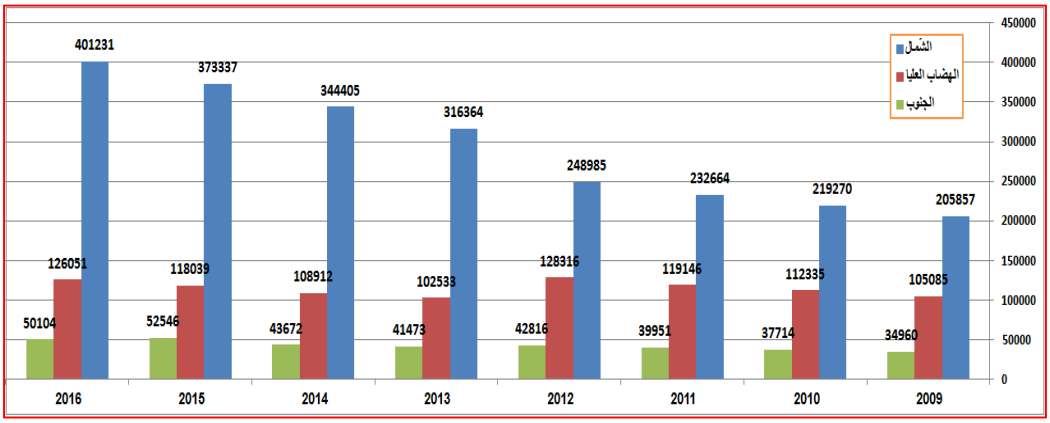
- **خلال المرحلة من1994 إلى غاية 2009:** تم إنشاء وزارة مكلفة بقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر سنة 1994 تتكفل بتوفير البيئة الملائمة لهذه المؤسسات، وقد ألحقت الدولة الصناعات التقليدية بهذا القطاع وبدأ العمل منذ ذلك الحين على اعتماد برامج لتأهيلها وذلك بعد إنشاء صندوق لضمان القروض البنكية الموجهة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2002-373 المؤرخ في 11 نوفمبر 2002 ثم أعقبها إنشاء نظام للإعلام الاقتصادي خاص بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في 27فيفري 2003.

أما في 2004 تم إحصاء أكثر من 400 عملية تأهيل وتشخيص وتكوين في إطار الدعم المباشر ثم أنشئت الوكالة الوطنية لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة سنة 2005، وقد خصصت مبالغ مالية معتبرة في الفترة 2005-2009 تقدر ب 4مليار دينار موجهة لدعم الصناعات التقليدية في الوسط الريفي وانجاز المشاتل والصناعات الحرفية.

الفرع الخامس: حركية وتوزيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر:

لعل تنوع الأقاليم الجغرافية للجزائر وتنوعها يساهم في تذبذب حركية وتوزيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

الشكل 01: التوزيع الجغرافي وأعداد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حسب كل منطقة 2009-2016:

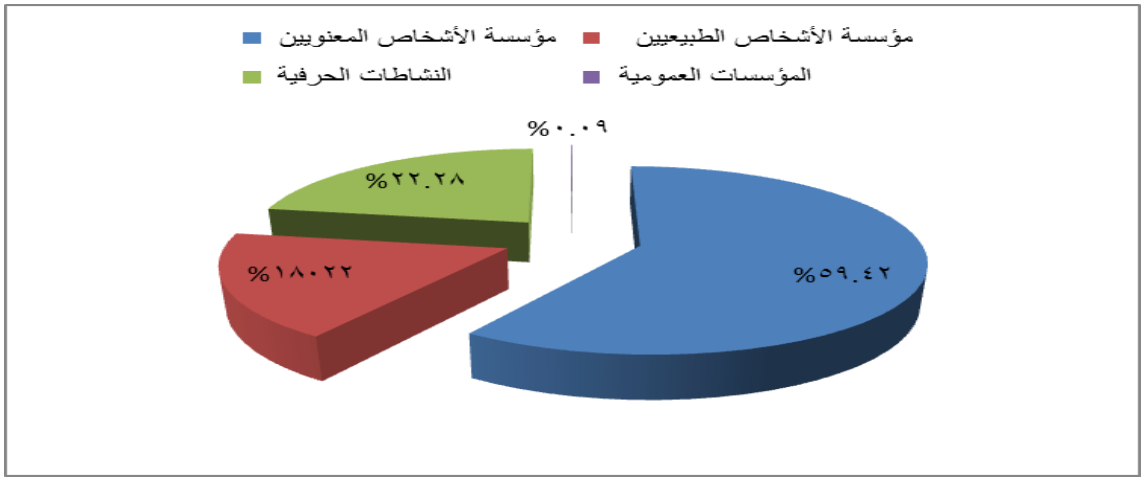


المصدر: من إعداد الباحث اعتمادا على النشرات الإحصائية لوزارة الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة 2016

وصل تعداد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في المنطقة الشمالية أكثر من 400 ألف مؤسسة سنة 2016 مقابل200 ألف مؤسسة سنة 2009 بزيادة تقدر بـ 95 %. كما أحصينا حوالي 126 ألف مؤسسة متمركزة في منطقة الهضاب العليا سنة 2016 مقابل أكثر من 105 ألف مؤسسة سنة 2009، أما بخصوص الولايات الصحراوية وبالرغم من أنها تبقى نسبها متواضعة إلا أنها عرفت زيادة

ملحوظة خلال الفترة المدروسة حيث وخلال سنة 2016 بلغ تعدادها ما يقارب 51 ألف مؤسسة مقابل 35 ألف مؤسسة سنة 2009 بزيادة قدرها 44 %، يمكن إرجاع هذا التذبذب في التوزيع إلى تنوع الأقاليم بالإضافة الى صعوبة تأقلم بعض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مع المناطق الصحراوية.

الشكل 02: توزيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بين المؤسسات الخاصة والعمومية 2016:

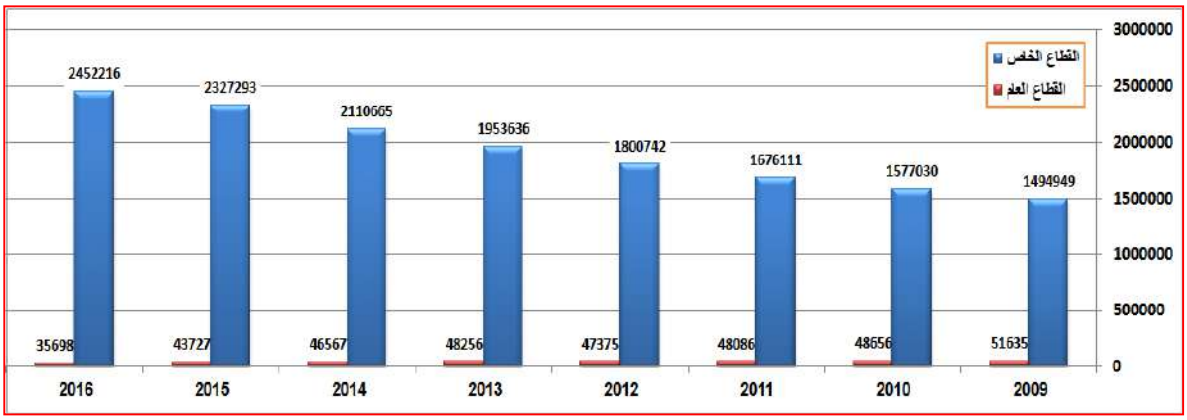


المصدر: من إعداد الباحثين اعتمادا على:

Source : Ministère de l'industrie de la PME et la promotion de l'investissement ; op.cit. 2016

النسب الموجودة في الشكل هي من مجموع 659309 مؤسسة بين خاصة وعامة ونلاحظ أن المؤسسات الخاصة والتي تنقسم إلى مؤسسة الأشخاص المعنويين والطبيعيين والنشاطات الحرفية، تأخذ حصة كبيرة مقارنة بالعمومية بنسبة 99.9%.

الشكل 03: تعداد مناصب الشغل في القطاعي الخاص والعمومي للمؤسسات ص. م خلال الفترة 2009-2016.



المصدر: من إعداد الباحثين اعتمادا على النشرات الإحصائية لوزارة الصناعة والمؤسسات الصغيرة 2016

من خلال الشكل يتّضح لنا تطور مناصب الشّغل في قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة خلال الفترة الممتدّة من سنة 2009 إلى سنة 2016، أين تطوّر عدد مناصب الشّغل بنسبة 61 %.

كان هذا التّطور في عدد مناصب الشغل، بنسبة كبيرة في القطاع الخاص والذي عرف تزايد من سنة إلى أخرى وتبقى مساهمة القطاع الخاص تتراوح بين 97 % و98 % من إجمالي مناصب الشّغل في قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

المبحث الثاني :مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في المؤشرات الاقتصادية الكلية للاقتصاد الجزائري

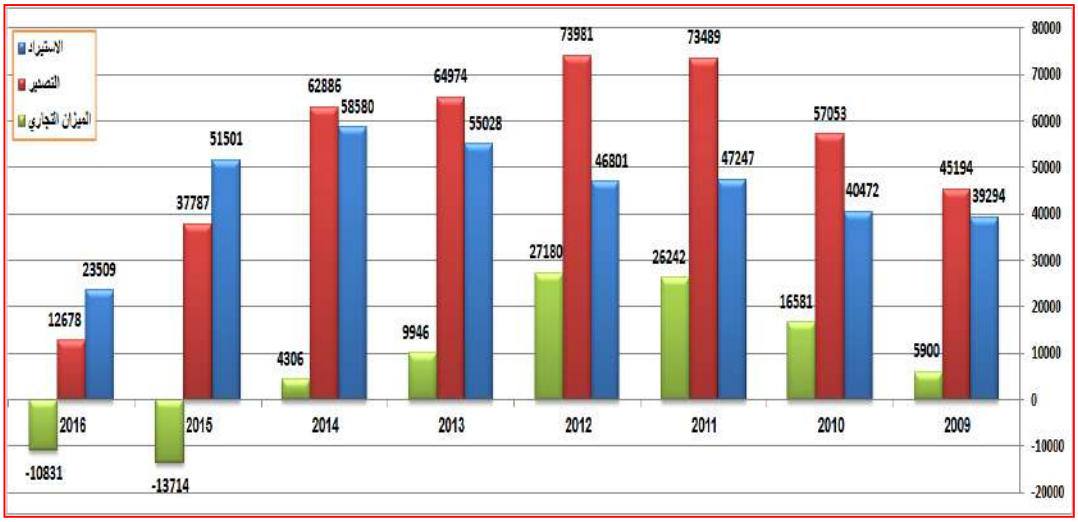
بعد بتحليل تعداد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتوزيعها حسب المناطق الجغرافية للوطن وكذا مساهمتها في توفير مناصب الشغل، سنحاول الوقوف على المعطيات المتعلقة بالوزن الاقتصادي لهذه المؤسسات في النّشاط الاقتصادي والاجتماعي، ومساهمة هذه المؤسسات في التجارة الخارجية والدخل القومي ونشاط التصدير والاستيراد والقيمة المضافة وغيرها.

المطلب الأول: الطريقة والإجراءات

من أجل تبيان وتوضيح دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الاقتصاد الجزائري ومدى مساهمتها في مؤشرات الاقتصاد الكلية، قمنا بجمع العديد من النشرات الاحصائية الرسمية من سنة 2009 إلى غاية 2016 والتي تصدر عن وزارة الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وبعض الاحصائيات الأخرى من الديوان الوطني للإحصائيات، وقمنا بتكييفها وتنسيقها مع كل مؤشر اقتصادي على حدى، كما قمنا أيضا بترجمتها الى أشكال بيانية واضحة لتسهيل عملية التحليل.

الفرع الأول: المساهمة في نشاط التجارة الخارجية: من خلال وضعية الميزان التجاري الجزائري خلال الفترة **(2009-2016)** سنحاول توضيح إلى أي مدى تساهم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في تطوير المبادلات التجارية.

الشكل 04: مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الميزان التجاري 2009-2016 (الوحدة مليون دولار).



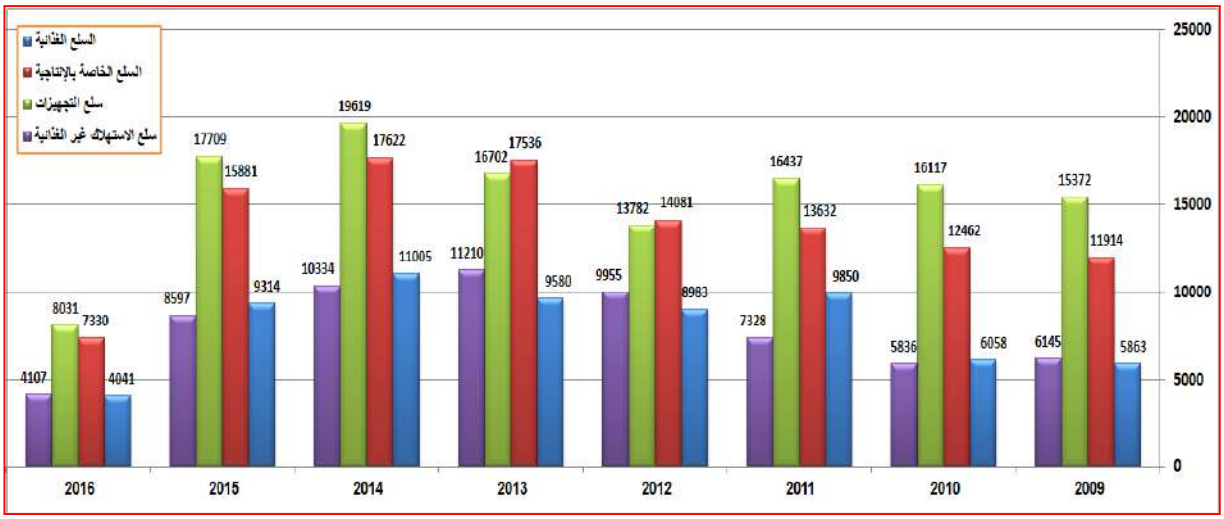
المصدر: من إعداد الباحثين اعتمادا على النشرات الإحصائية لوزارة الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة 2016.

عرف الميزان التجاري خلال هذه الفترة مرحلتين وهما مرحلة الفائض التجاري و التي تميزت بين سنتي 2009 و بداية 2013 حيث قدر ما يقارب 27 مليار دولار أمريكي سنة 2012 مقارنة مع 6 مليار دولار أمريكي سنة 2009 ، وذلك راجع إلى الزيادة في عائدات البترول بنسبة 63.70 % خلال نفس الفترة، و المرحلة الثّانية هي مرحلة التراجع حيث بلغ 10 مليار دولار أمريكي في بداية سنة 2013 لواصل الميزان التجاري تراجعه بشكل كبير ليصل إلى عجر يقدر ب 11 مليار دولار سنة 2016 ، وهذا راجع لتداعيات الأزمة الاقتصادية لسنة 2008 مما أدى إلى تراجع أسعار المحروقات وبالتالي تراجع مداخيل المحروقات.

الفرع الثاني: تطور واردات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بحسب أنواع السلع (2009-2016):

من خلال الشكل التالي يمكننا إعطاء نظرة شاملة عن تطور واردات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حسب أنواع السّلع خلال الفترة المدروسة تتمثل هذه السلع في الغالب من المواد الغذائية والمنتجات الخاصة.

الشكل 05: تطور واردات مختلف السلع للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة خلال الفترة 2009-2016 (الوحدة مليون دولار).



المصدر: من إعداد الباحثين اعتمادا على النشرات الإحصائية للديوان الوطني للإحصائيات 2016.

من خلال الشكل البياني نلاحظ ان سلع التجهيزات تأخذ حيزا كبيرا من واردات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حيث بلغت 20 مليار دولار سنة 2014 مقارنة بسنة 2009 حيث بلغت 15.37 مليار وهذا راجع الى سياسة الحماية التجارية والتسهيلات التي انتهجتها الدولة لدعم هذه الفئة من المؤسسات، تليها السلع الخاصة بالإنتاجية ثم السلع الغذائية.

الفرع الثالث: مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الصادرات خارج قطاع المحروقات (2009-2016):

تحتوي مصادر الدخل القومي الجزائري على نسبة 97 %عائدات النفط، في حين تبقى مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ضئيلة في القيمة الكلية للصادرات.

الجدول 04: صادرات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة خارج قطاع المحروقات للفترة 2009-2016 الوحدة بمليون دولار

السنوات	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
حجم الصادرات	805.45	1 223	1 771	1 922	1 772	2 623	1 916	739.6

Source : Ministère de l'industrie de la PME et la promotion de l'investissement ; op.cit., 2009/ 2016.

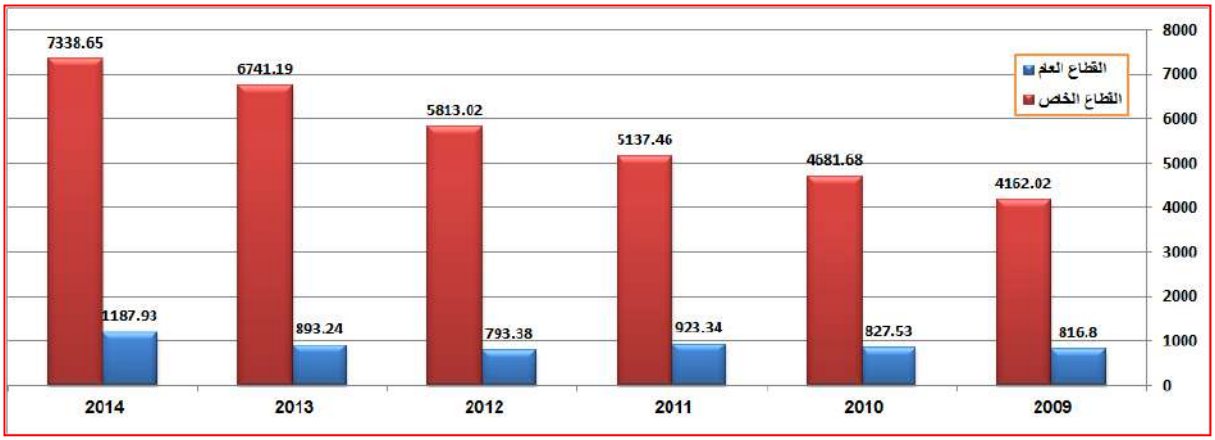
من خلال القيم المتحصل عليها نلحظ مساهمة غير كافية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في إجمالي الصادرات الكلية، وعليه يجب على الدولة إيجاد حلول مستعجلة لدفع مساهمتها في مختلف قطاعات خارج المحروقات.

الفرع الرابع: مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الناتج الداخلي الخام (2009-2014):

في ظل المعطيات الجديدة للاقتصاد الجزائري تساهم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بشكل كبير في دعم الناتج الداخلي الخام خارج المحروقات لكن تبقى هذه النتائج محتشمة إذا ما قورنت بالنسب المحققة في الدول المتقدمة. وقد بينت تجارب الدول المتقدمة في قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الصناعية أن هذه المؤسسات تساهم بحوالي 70 % من الناتج الداخلي الخام، مثال ذلك اسبانيا ب 64% وفرنسا ب 61.8 %، واليابان ب 57%.

الشكل 06: مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الناتج الداخلي الخام 2009-2014

الوحدة بمليون دولار



Source : Ministère de l'industrie de la PME et la promotion de l'investissement ; op.cit., 2009/2016

تطور الناتج الداخلي الخام خارج قطاع المحروقات حيث سجل ارتفاعا مستمرا خلال الفترة 2009-2014، حيث بلغ 8526.58 مليون دولار أمريكي سنة 2014 مقابل 4978.82 مليون دولار أمريكي سنة 2009.

وعرف مساهمة القطاع الخاص هو الآخر ارتفاعا في الناتج الإجمالي الخام خلال هذه الفترة، بقيمة 7338.65 مليون دولار أمريكي سنة 2014 مقابل 4162.02 مليون دولار أمريكي سنة 2009، ويرمز على الارتفاع إلى أهمية القطاع الخاص والانفتاح التجاري للجزائر على العالم الخارجي.

الفرع الخامس: مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في التوطين الصناعي والبحث والتطوير:

المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ظل المخطط الوطني للتوطين الصناعي أداة للامركزية والتنمية الجهوية تعمل على تنمية الموارد على المستوى المحلي، وتمارس المؤسسات الاقتصادية الحديثة خاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة نوعين أو شكلين أساسيين للبحث والتطوير أولها داخلي ينفذ داخل المؤسسة، وثانيها خارجي ينجز من قبل المؤسسات المتعاقد معها في إطار عملية المقاولة[6].

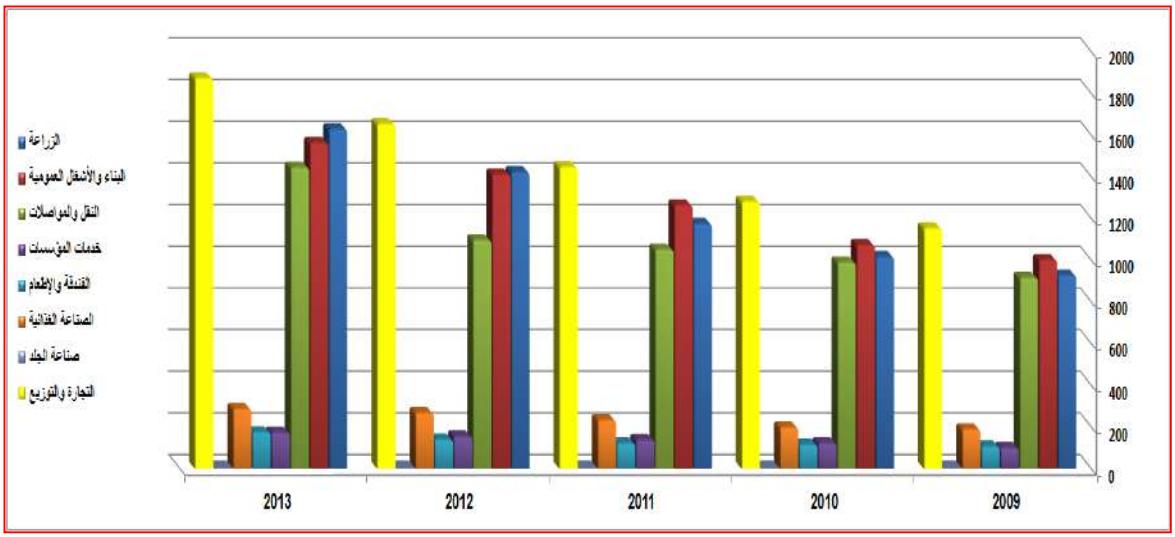
الفرع السادس: مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في تلبية الطلب الاستهلاكي:

تلعب المؤسسات الصغيرة والمتوسطة دورا هاما في تحسين العلاقة بين العرض والطلب وتعويض العجز في بعض الأنواع من السلع والخدمات على المستوى المحلي.

الفرع السابع: مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في القيمة المضافة:

على غرار المساهمة الايجابية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في تخفيض نسبة البطالة فان مساهمتها في القيمة المضافة يعد هو الآخر ايجابيا والشكل التالي يبين مساهمة القطاع الخاص في تطور القيمة المضافة والمعطيات التالية تظهر لنا جليا ارتفاع في القيمة المضافة من سنة 2009 إلى 2013.

الشكل 7: مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في القيمة المضافة 2009-2013(الوحدة مليار دينار جزائري).



المصدر: من إعداد الباحثين اعتمادا على النشرات الإحصائية للديوان الوطني للإحصائيات 2016.

من خلال الشكل نلاحظ أن قطاع التجارة والتّوزيع يحتل المرتبة الأولى، بمساهمة 26.25 % سنة 2009 أي بقيمة قدرها 1151.63 مليار دينار جزائري، لكنها سجلت تراجعا طفيفا في نسبة مساهمتها لتصل إلى 26.21 % سنة 2015.

أما في المرتبة الثانية، فكان لقطاع البناء والأشغال العمومية، حيث بلغت نسبة مساهمتها 22.80 % سنة 2009 بقيمة قدرها 1000.05 مليار دينار جزائري لكنها عرفت انخفاض طفيف لتصل إلى 21.88% سنة 2013.

الخاتمة:

إن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر اكتسبت أهمية كبيرة في البلدات الرائدة وذهبت أبعد من ذلك حين قامت بإنشاء عناقيد صناعية وترقية هذه المؤسسات الصغيرة إلى مؤسسات كبرى بعد عقود من الزمن، نذكر كمثال على ذلك الشركة التكنولوجية " ميكروسوفت " والتي أنشأها طالبان جامعيان رفقة أستاذهما بوسائل بسيطة جدا، أصبحت أكبر شركة رائدة في العالم في مجال البرمجيات الالكترونية و رغم الاصلاحات المتواترة والدعم الذي تحظى به المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر إلا أن مساهمتها في الاقتصاد الوطني تبقى محتشمة وضئيلة ، كما تؤثر السياسة التجارية للدولة بمختلف وسائلها الحمائية على فعالية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة واندماجها في الاقتصاد العالمي.

ووفقا لاستنتاجات البحث نوصي بما يلي:

- ✓ ضرورة تطبيق سياسة تجارية حمائية لدعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في السوق المحلية امام المؤسسات الأجنبية.
- ✓ تشجيع الاستثمار في مناطق الجنوب بإقامة عناقيد صناعية مصغرة خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وفتح المجال للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الناشطة محليا للدخول الى السوق العالمية عبر منح امتيازات جمركية واعانات مالية واعفاءات ضريبية.

الهوامش:

[1] المنظمة العربية للتنمية الإدارية، سبتمبر 2006، **تطوير إدارة المشروعات الصغيرة في الوطن العربي**"، ندوة تطوير إدارة المشروعات الصغيرة والمتوسطة في الوطن العربي، القاهرة، ص9.

[2] هلال إدريس مجيد، معن ثابت عارف، يومي 17-18 أفريل 2006، **دور الحاضنات الإنتاجية في تنمية المؤسسات الصغيرة**، الملتقى الدولي حول متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، ص1.

[3]عبد الحفيظ مازري، سنة 2007، **أثر عدم تناظر المعلومات على تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة دواسة حالة وكالة بنك التنمية المحلية بشار**، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع تحليل اقتصادي، المركز الجامعي بشار، ص3،4

[4] قارة ابتسام، 2012، **دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في تطوير القطاع السياحي في الجزائر**، دراسة حالة ولاية مستغانم، مذكرة ماجستير، تسويق دولي، جامعة تلمسان، ص20.

[5] عثمان بوزيان، 2000، **قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر متطلبات التكيف واليات التأهيل**، مداخلة الملتقى الدولي جامعة الشلف، ص23.

[6] سعدية السعيدي، سنة 2003، واقع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر وآفاق تنميتها " مذكرة ماجستير في علوم التسيير، جامعة ورقلة، ص 29.

تفعيل إجراءات حماية المستهلك في زمن الندرة بسبب الأزمات
-دراسة مقارنة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري-

Activating consumer protection measures in times of scarcity due to crises
-A comparative study in the light of the provisions of Islamic law and Algerian legislation-

سنوسي علي، أستاذ محاضر (*)
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت،الجزائر
Ali.snouci@univ-tiaret.dz

تاريخ الاستلام: 2020/04/23 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/19

****

الملخص:

يشهد العالم اليوم ثورة في مختلف المجالات رغبة منه في تحسين مستوى معيشة الفرد، وتحقيق مجتمع الرفاهية، حيث أصبحت السلع والخدمات متوفرة وتلبي كل ما يحتاجه الفرد في حياته، وبقدر ما تحققه هذه الوفرة من جوانب ايجابية فان لها سلبياتها الخطيرة على المستهلك، فهو مهدد بالعديد من المخاطر مما استلزم تدخل المشرع بوضع ترسانة من التشريعات لحمايته، فأصبح بحاجة أكثر من أي وقت مضى إلى حماية قانونية من الغش في السلع والخدمات في مختلف مراحلها، ومنع التعدي عليه وتقرير عقوبات لمن يمارس الاعتداء عليه، كما تحدد الشريعة الإسلامية منهج الاستهلاك وفقا لضوابط وقواعد تدعوا إلى التوسط في الاستهلاك هذا ما سنحاول بيانه في هذا البحث ، حيث نتطرق إلى تفعيل حماية المستهلك زمن الندرة بسبب الأزمات ، دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري.

الكلمات المفتاحية: حماية المستهلك، زمن الندرة، الأزمات، السلع، الخدمات.

Abstract:

Today, the world is witnessing a revolution in various fields, desiring to improve the standard of living of the individual, and achieve a welfare society, where goods and services have become available and meet all the needs of the individual in his life. It is one of the dangers that necessitated the legislator's intervention to put an arsenal of legislations in order to protect him, so he became more than ever required to have legal protection from fraud in goods and services

* د.سنوسي علي: Ali.snouci@univ-tiaret.dz

in all its stages, and to prevent encroachment on him and to establish penalties for those who practice assault on him. T AWA to mediate in consumption this is what we will try his statement in this research, where we address the activation of consumer protection time of scarcity because of the crisis, a comparative study between the provisions of Islamic Sharia and the Algerian legislation
keywords*:* Consumer protection, times of scarcity, crises, commodities, consumer services

مقدمة :

يعتبر المستهلك العنصر الرئيسي الذي تقوم عليه التجارة في وقتنا الحالي، فبدونه لا يكون للتجارة أي أهمية وتتنوع الأساليب المختلفة في الطريقة والكيفية التي يحاول بها التاجر الدعاية لتجارته واضعا في الحسبان أولا واخيرا تحقيق ربح مادي من وراء تجارته، لذلك كان لابد من تسليط الضوء على هذا الموضوع- حماية المستهلك- الهام والذي ازدادت أهميته في هذه الأيام، الذي انتشر فيه هذا الوباء العالمي، واجتاح كل الدول، وهدد إقتصادياتها وعرض الأمن الغذائي للأفراد إلى خطير محقق، ضف له ما يميز هذا الزمن الانفتاح التجاري العالمي من أجل العمل على توفير قدر معقول من الحماية للمستهلك تكفل له الطمأنينة تجاه ما يشتريه من سلع بصورة مستمرة وهذا حق كفله القانون الوضعي من جهة والشريعة الإسلامية من جهة أخرى، ولكن قبل هذا وبالرجوع إلى النصوص، ومختلف الدراسات التاريخية عن الحضارات القديمة ، يمكننا القول بأنه إذا كان المشرع في العصور الحديثة لم ينتبه لفكرة حماية المستهلك إلا في فترة الحربين العالميتين أثناء الأزمة الاقتصادية الطاحنة التي اجتاحت العالم، نتيجة زيادة مطالب الناس وعجز الإنتاج عن الوفاء بهذه المطالب الأمر الذي أدى إلى ارتفاع الأسعار و فرض قيود اقتصادية للحد من ارتفاع أسعارها، فإن هذه الحماية ترجع إلى عقود قديمة تفاوتت فيها مدى تدخل المشرع تبعا للتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية والسياسية في كل عصر من هذه العصور، فكان اهتمام هذه المجتمعات القديمة بإرساء قواعد هامة، تنظم سلوك الأفراد فيما بينهم، ومنع سيطرة القوي على الضعيف، وكان من بين تلك القواعد ما يتعلق بحماية "المستهلك "بالمفهوم الحديث التي تنشده القوانين الوضعية، غير أننا نجد أن الإسلام باعتباره هو الرسالة الخاتمة، فقد جاء صالحا شاملا لكل زمان ومكان، ومن عموم الإسلام وشموله أنه نظم أمور الدِّين والدنيا جميعا، فجاء نظامه المالي منتظما وعادلا؛ فهو يُقرُّ الملكية الفردية مادامت وسائل تملُّكها مشروعة ويُقرُّ حرِّية التصرّف في الأموال مادام ذلك التصرّف متماشيا مع روح الشريعة، ومادامت مصلحة الفرد لا تطغى على مصلحة الجماعة، ويُقرُّ استهلاك

السلع والخدمات مادام ذلك الاستهلاك مقيَّدًا بضوابط الشريعة الإسلامية، بعيدا عن المحرّمات، وبعيدا عن كل ما من شأنه الإضرار بصحة ومال المستهلك.

لذا يمكننا عرض الإشكالية الأساسية، لهذا البحث من خلال السؤال الآتي:

إلى أي مدى يتكّفل القانون ا لوضعي والفقه الإسلامي بحماية المستهلك في زمن الندرة بسبب الأزمات؟ ويتفرّع منها الأسئلة الآتية:

-فيم تتمثل أهم مرتكزات هذه الحماية التي يوّفرها القانون الوضعي والفقه الإسلامي للمستهلك؟

-ما مدى نجاعة وفعالية هذه الوسائل في توفير الحماية للمستهلك؟

وحيث تظهرأهمية هذا الموضوع من كون اعتبار حماية المستهلك من القضايا الهامّة، خاصة في عصرنا الحالي؛ حيث قلَّ الوازع الدّيني لدى الأفراد، كما أن ما شهده العالم من نقلة نوعية، سواء بالنسبة للنواحي الاجتماعية أو الاقتصادية، أدّى إلى تغيير في إنتاج السلع والخدمات، وبالتالي تغيير في السلوكات الاستهلاكية لدى المستهلك، هذا الأخير الذي هو في حاجة دائمة للحماية، مهما كان النظام الاقتصادي الذي تطبقه الدولة، وبناء على ذلك تظهر أهمية هذا الموضوع؛ في إبراز المعالم الأساسية التي يعتمد عليها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، في توفير الحماية اللازمة للمستهلك في زمن الجوائح والضوائق الإجتماعية والإقتصادية، مثل هاته الأيام التي تمر على كل دول العالم بسبب وباء فيروس كورونا(كوفيد 19)، الذي أحدث زلزالا في كل المقاييس .

كما نهدف من خلال هذا البحث اعتبار أن موضوع حماية المستهلك، يعد من أهمّ المواضيع التي تشغل بال الدول، وكذا المنظومات القانونية الوضعية، التي يقع على عاتقها واجب توفير هذه الحماية بكل ما تملكه من وسائل، رغم أن هذه الأخيرة تشوبها بعض النقائص، خاصة في مجال التطبيق، لذا فإن أهمّ هدف هو العمل على بيان أهمية التشريع الإسلامي، وأنّه الرائد، من خلال ما يفرضه من رقابة شرعية، سواء ذاتية أو عن طريق جهاز الحسبة، وإلى جانب هذا الهدف الرئيس، فإنه توجد مجموعة من الأهداف الجزئية التي قصدنا تحقيقها ومن جملتها:

1-إبراز الجوانب المميزة للتشريع الإسلامي؛ باعتباره يستمد أصوله من الكتاب والسنة النبوية الشريفة.

2-تحديد وسائل حماية المستهلك في الفقه الإسلامي؛ والتي تتعّلق بحمايته من نفسه ومن المنتج ومن التاجر. و الوصول إلى التدليل على تفوّق النظام الإسلامي في مجال حماية المستهلك.

المبحث الأول :ماهية حماية المستهلك.

يعتبر المستهلك العنصر الرئيسي الذي تقوم عليه التجارة في وقتنا الحالي فبدونه لا يكون للتجارة أي أهمية لذلك كان لابد من تسليط الضوء على هذا الموضوع – حماية المستهلك- وهذا من خلال تعريفه وتحديد نطاقه.

المطلب الأول : الإطار المفاهيمي لحماية المستهلك ونطاقه.

يعد مفهوم المستهلك من المفاهيم التي أحدثت ثورة على المستوى الفقهي، كما طرحت إشكالات هذا مفهوم من خلال الممارسة القضائية، وأربك حسابات بعض المشرعين على مستوى نطاق هذا المفهوم ، فتباينت الاتجاهات بين التضييق والتوسع في تحديد مفهوم المستهلك خاصة عند القانونيين لأنه عند باقي الفقهاء لا يطرح الكثير من الاختلاف كما هو الحال عند الاقتصاديين، حيث تتعدد التعريفات وتختلف بشأن تحديد" من هو المستهلك"وهذا باختلاف المجال الذي يراد لهذا الأخير لما يترتب عليه من آثار، فنجد الاقتصاديين والقانونيين ورجال الدين يعرفه كل حسب الزاوية التي ينظر للمستهلك من خلالها، أيضا ساهم التطور التاريخي عبر العصور في وضع تعريفات مختلفة للمستهلك - .فكيف تعامل الفقه والاجتهاد القضائي مع مفهوم المستهلك؟ - . وكيف حدد المشرع الجزائري مفهوم المستهلك؟

الفرع الأول : تعريف حماية المستهلك.

لقد اختلفت التعريفات وتضاربت في تحديد مفهوم المستهلك لذا سوف نتطرق إلى تعريفه في اللغة والاصطلاح وفي الفقه الإسلامي والقضاء.

أولا :التعريف اللغوي والاصطلاحي.

01- تعريف المستهلك لغة : المستهلك اسم فاعل من استهلك بضم الميم وكسر اللام[1]، و المستهلك في اللغة" مأخوذة من مادة (هـ، ل ، ك)، و أستهلك المال"أنفقه و أنفذه"[2]

02- مفهوم المستهلك في الاصطلاح :المستهلك اصطلاحا هو":من يقوم باستعمال السلع و الخدمات لإشباع حاجياته الشخصية، وحاجيات من يعولهم، و ليس بهدف إعادة بيعها، أو تحويلها أو استخدامها في نطاق نشاطه المهني"[3].

ثانيا : تعريف المستهلك في الفقه الإسلامي.

المستهلك في الاصطلاح الشرعي هو"من يقوم ينتفع بالسلع والخدمات لسد حاجياته الشخصية' أو من تلزمه نفقتهم ، في ما لا يخالف الشرع، ولا يعيد بيعها، او تحويل أصلها إلى غير ما صنعت له"[4]

غير أن استعمال المستهلك للسلع والخدمات في الاقتصاد الإسلامي'ينبغي أن يكون مقيدا بضوابط الشريعة الإسلامية.

ثالثا :تعريف الفقه القضائي للمستهلك .

يتنازع التعريف الفقهي للمستهلك مفهومان : مفهوم واسع ومفهوم ضيق فأما الواسع : فيقصد به كل من يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام المال أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو المهنية.

أما الضيق وهو الراجح، فيعرف المستهلك بأنه الشخص الذي يسعى للحصول على حاجته من مختلف السلع والخدمات ونستخلص من هذا التعريف ما يلي[5] :

1- المستهلك قد يكون شخص طبيعي أو معنوي، المستهلك هو الذي يسعى للحصول على السلع والخدمات لاستعماله الشخصي أي ينتفع بها دون أن تكون له نية مسبقة للمضاربة أو نية البيع أو غير ذلك .

2- المستهلك لا يتمتع بالقدرة الفنية للحكم على ما يسعى لاقتنائه والحصول عليه.

3- المستهلك هو ذلك الشخص الذي يحصل على سلع أو خدمات بهدف غير مهني، وهذه المنتوجات تقدم له من طرف شخص آخر غالبا ما يكون محترفا، والعقد المبرم بين المستهلك والمحترف يسمى عقد الاستهلاك.

لكن ليس الأمر كذلك كون أن منتوج محل شراء من طرف شخص ما يمكن مثلا استعماله من قبل أفراد آخرين كعائلته الذين هم بالنسبة لعقد البيع من الغير، هذا الغير هو المستهلك في نفس الوقت لكنه يكون على الهامش من جهة حق مرتبط بمفهوم العقد، إما أن يحصل أو يستعمل، فالمستهلك يعتبر دائما شخصا والهدف غير المهني يقتضي وجود احتياجات خاصة التي هي أساسا احتياجات الأشخاص الطبيعيين.

لكن نعترف لبعض الأشخاص المعنوية بصفة المستهلك متى كان نشاطها غير مهني ولا يهدف إلى تحقيق الربح من ذلك ونذكر على سبيل المثال الجمعيات الثقافية والرياضية والدينية التي تسعى إلى تأطير الشباب وتحسين السلوكات في المجتمع فمثلا هؤلاء يمكنهم التمتع بالحماية المقررة في قانون الاستهلاك أثناء إبرامها للعقود مع غيرها[6].

الفرع الثاني :نطاق تطبيق حماية المستهلك.

تكتسي مسألة تحديد نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 من حيث الأشخاص أهمية كبيرة من خلال تحديد الدائن والمدين بالحماية المقررة قانونا لصالح المستهلك، هذا الأخير هو الدائن باعتباره الطرف الجدير والمستفيد من هذه الحماية لما تضمنه من حقوق، في مواجهة المتدخل فهو المدين بهذا الإلتزام الذي ألقاه على عاتقه قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

أولا :نطاق حماية المستهلك من حيث الأشخاص.

01- المستهلك :اقر قانون حماية المستهلك وقمع الغش أن الدائن بالحماية التي تتضمنها أحكامه هو المستهلك، وهنا تكمن ضرورة تعريف المستهلك لتحديد الأشخاص المعنيين بهذه الحماية، فلقد عرف القانون 09-03 المستهلك في المادة 03 منه :" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من اجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص أخر أو حيوان متكفل به"[7]

نستخلص من هذا التعريف أن المشرع جعل معيار تحديد صفة المستهلك هو الغرض من الاقتناء، إذ أن ثبوت صفة المستهلك يقتضي أن يكون الغرض من اقتناء السلعة أو الخدمة هو سد حاجة شخصية أو حاجة شخص أخر أو حيوان يتكفل به، أي أن يكون الغرض غير مهني، ما يعني بمفهوم المخالفة نفي صفة المستهلك عمن يقتني سلعة أو خدمة لغرض مهني أو استثماري.

يؤكد ذلك أن المشرع نص في هذا التعريف على أن تكون السلعة أو الخدمة المقتناة موجهة للاستعمال النهائي أي للاستهلاك، ما يعني نفي صفة المستهلك عمن يقتني سلعا أو خدمات موجهة للاستعمال الوسيط كونها بهذا الوصف تستخدم لأغراض مهنية كإعادة التصنيع و الإنتاج و الاستثمار و ليس للاستهلاك.

حيث استخدم قانون حماية المستهلك وقمع الغش للدلالة على شراء المنتوج نفس اللفظ الوارد 02،من المرسوم 90-39، و هو لفظ" يقتني"، وبالتالي فقد أسقط الاستعمالين من دائرة المستهلكين، فالمستهلك الذي يقتني هو غالبا من يستعمل المنتوج أو الخدمة، ولكن كثيرا ما يتم استعمالها من طرف الغير كأفراد أسرة المقتني، وهو أمر يجب تداركه في هذا التعريف، نفس الشئ يقال عن اقتناء المنتوج بمقابل أو مجانا فإن لفظ" يقتني" في غير محله تماما، لأن الاقتناء يكون دائما بمقابل، وعلى الأرجح فإن المشرع قصد بذلك المستعمل الذي لا يشتري السلعة وإنما يستهلكها فقط، أو أنه أراد أن يلتزم المتدخل بحماية المستهلك حتى ولم يبعه المنتوج كهدية أو هبة، وفي هذه الحالة كان على المشرع استخدام لفظ أوسع من" يقتني"، و هو لفظ" يتحصل[8]"

كما يعتبر مستهلكا أيضا من يقتني سلعة أو خدمة لسد حاجة حيوان يتكفل به، كأن يشتري له علفا أو يتعاقد مع مدرب لتدريبه أو مع بيطري لمداواته، و هذا يعكس الأهمية التي صار يحظى بها الحيوان سيما حيوان الصحبة، نظرا لمنافعه الاقتصادية و البيئية و ارتباطه بمصالح الأفراد، وتنامي نفوذ منظمات حماية البيئة و الحيوان و يرى البعض أن المشرع بهذه الوجهة قد خرج عن نظرته السابقة للحيوان باعتباره شيئا من أشياء القانون المدني و اعتباره شخصا "جنينيا "من أشخاص القانون، تمهيدا لقانون داخلي للحيوان بعد إعلان منظمة اليونسكو لحقوق الحيوان

لعام 1987 [9]، وهنا يطرح لفظ" يتكفل"، الذي استخدمه المشرع تساؤلا حول المقصود بالكفالة هل يقصد بها الكفالة تلك الموجودة في القانون المدني أم في قانون الأسرة؟ ، و ما هي وضعية الأشخاص الذين يقطنون مع المستهلك و لكنه لا يتكفل بهم؟ لعل المشرع يقصد بلفظ" يتكفل "كل من هم تحت مسؤولية المستهلك، فكل هذه التساؤلات أوجدها التعبير غير الدقيق للمفاهيم باعتماد ألفاظ غامضة و تحتمل عدة تأويلات، و هو يجعل من التطبيق السليم لقانون حماية المستهلك أمرا بالغ الصعوبة"[10].

إذا كان الأصل أن يكون المستهلك شخصا طبيعيا كون تلبية الحاجة الشخصية أمر يناسب الشخص الطبيعي، إلا أن المشرع صرح بإمكانية خلع صفة المستهلك على الشخص المعنوي، و هو موقف عام استقر عليه المشرع، إذ تبناه أيضا في تعريفه للمستهلك في القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (المعدل والمتمم)[11].

لقد أقر المشرع في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90- 39(معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315 هذا الأخير توسع في نظام حماية المستهلك): بأن المستهلك هو كل" شخص" أي أنه لم يحدد ما إذا كان المستهلك شخصا طبيعيا أو معنويا، ولتجنب الغموض، و حسم طبيعة المستهلك حين أدخل طائفة الأشخاص - تدارك الأمر في القانون رقم 01-315 المعنوية ضمن دائرة المستهلكين.[12]

من تعريف المستهلك من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش يفهم أن المستهلك المشمول بالحماية هو المستهلك العادي غير المهني ويستدل على ذلك بعبارة " الاستعمال النهائي" الواردة في تعريف المستهلك، ومفاده الاقتناء من أجل الاستهلاك الفوري أو خلال مدة من الزمن، على أن يكون استهلاك السلعة أو الخدمة على شكلها النهائي الموجودة عليه دون إخضاعها إلى تغييرات و تحويلات، و بذلك يخرج من دائرة مفهوم المستهلك من يقتني السلع و .يغير منها، لأنه بذلك يكون قد أنتج منتوجا مغاير للأول و بالتالي القواعد الحمائية لا تشمله.[13]

يبقى في الأخير أن نشير إلى أن مهمة وضع تعريف دقيق جامع و شامل" للمستهلك"، هو عمل تقني و فني و هو اختصاص أصيل للفقه و إقحام المشرع نفسه في وضع هذا التعريف و غيره سوف يثير تعارضا و إشكالات من الناحيتين النظرية و التطبيقية و يفرغ القانون من روحه و نبتعد عن الهدف المرجو من التطبيق السليم لنصوص هذه القوانين بسبب هذا الغموض في التعاريف و المفاهيم.

02- المتدخل :يعد وصف" المتدخل "الوصف المقابل للمستهلك في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، فلقد كان المشرع الجزائري يعبر عن المدين في مواجهة المستهلك دائنا بلفظ" المحترف" كما

هو الشأن في المرسوم التنفيذي رقم90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات (الملغى بالمرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 29/09/2013)، وغيرها من المراسيم[14] حتى جاء القانون رقم09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 هذا الأخير الذي توسع في الحماية الجزائية للمستهلك كما أضاف حق العدول لصالح المستهلك .حيث أعتمد المشرع على مصطلح" المتدخل"، وهو مصطلح أستحدثه المشرع لم يكن من قبل.

فإذا كان "المستهلك" هو المستفيد من قواعد حماية المستهلك وقمع الغش فإن"المتدخل " هو الملتزم بتطبيق هذه القواعد طوال عملية وضع المنتوج للاستهلاك.

-لقد عرفت المادة 03 من القانون رقم09 : المتدخل بأنه :" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"، ثم عرفت نفس المادة عملية وضع المنتوج للاستهلاك بأنها: "مجموع مراحل الإنتاج و والإستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة"، وعرفت نفس المادة في الفقرة 08 و 09 الإنتاج بأنه: " العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركيب وتوضيب المنتوج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول."

ومن ثم فان مصطلح المتدخل يشمل المنتج للسلعة أو الخدمة والمستورد والمخزن والناقل والموزع لها بالجملة أو بالتجزئة، فكل ممتهن لأحد هاته الأنشطة يعتبر متدخلا بغض النظر عن طبيعة نشاطه.

وبالنتيجة فان تعريف المشرع للمتدخل لا يكاد يختلف عن تعريفه للمحترف(المهني) في المرسوم التنفيذي90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، بأنه ":كل منتج أو صانع أو - وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك".

إن أهم ما يميز المتدخل هو وجوده في مركز قوة مقارنة بالمستهلك بالنظر لما يملكه من قدرات فنية واقتصادية تجعله يهيمن على واقع العلاقة الاستهلاكية، ما برر تدخل المشرع من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش ليحفظ لهذه العلاقة قد را من التوازن من خلال إثقال كاهل كل متدخل في عملية وضع المنتوج للاستهلاك بالتزامنات تستهدف حماية المستهلك من خطر الاستغلال السيئ من طرف المتدخل[15]، الملاحظ أنه فيما عدا استبدال المشرع لمصطلح المحترف بمصطلح جديد هو المتدخل فإن القانون لم يأت بجديد سوى حذف تعداد المتدخلين في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك وهو ما كان عليه تبيانه لتحديد المتدخلين الذين ألزمهم بحماية المستهلك وبالتالي سهولة تطبيق القانون على المخالفين منهم فقد يكون المتدخل (منتج، وسيط، حرفي، مستورد، موزع)،

كذلك قد يكون المتدخل شخصا طبيعيا كالتاجر أو شخصا معنويا كالشركة مدينا للحماية للمستهلك باعتباره دائنا[16].

إن مختلف التعريفات التي جاء بها المشرع الجزائري تتشابه في ما بينها في إعتبار المهني محترفا في المجال الذي يباشر فيه نشاطه كما أن المشرع لم يفرق بين المنتج والموزع والوسيط واعتبرهم متدخلين في عملية عرض المنتوج للاستهلاك، الأمر الذي يجعل مصطلح "المتدخل" الواردة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجديد مصطلحا عاما يدخل تحت غطائه كل من قام بدور في العلاقة الإنتاجية من مرحلتها الأولى إلى غاية وضع المنتوج للاستهلاك[17].

ثانيا :نطاق حماية المستهلك من حيث المحل.

01 -**السلعة كمحل للاستهلاك :**تختلف التعاريف وتتباين في ضبط مفهوم موحد " للمنتوج[18]"، فالمشرع الجزائري لم يضع تعريف موحد، حيث وفي بعض نصوصه قصر المنتوج على السلعة المادية فقط وفي بعض النصوص القانونية الأخرى أضاف الخدمة للسلعة المادية وأطلق عليهما مصطلح "المنتوج"، وبالرجوع لقانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم09-03 نجد أن المشرع وضع كل من السلعة والخدمة في مصطلح واحد حيث نصت الفقرة 10 من المادة" 03 المنتوج : "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا " ، و عرف السلعة في نفس المادة في الفقرة 17 السلعة :كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا."

بذلك فإن مفهوم الاستهلاك لا يقتصر على الأشياء التي تستهلك بأول استعمال لها كالأغذية، بل يشمل الأشياء ذات الاستعمال المتكرر كالملابس والآلات.

هذا وقد قصر المشرع مفهوم السلعة على الأشياء المادية، ما يعني استثناء الأموال المعنوية أن تكون محلا للاستهلاك كبراءات الإختراع والعلامات والرسوم والنماذج الصناعية، ولعل العلة في ذلك ترجع لطبيعة هذه الأموال كونها ذات طبيعة معنوية غير محسوسة ما يجعلها غير ملائمة لأساليب الرقابة والمطابقة والتفتيش التي تتطلب وجودا ماديا لتطبيقها، بالإضافة لاقترانها بعالم الأعمال، إذ لا يتصور مثلا أن يقوم شخص بشراء براءة اختراع أو محل تجاري أو علامة تجارية لغرض غير مهني، وإن كان ثمة من لا يرى مانعا من أن تكون بعض الأموال المعنوية كمنتوج ذهني محلا للاستهلاك[19].

يلاحظ أن المشرع في القانون رقم 09-03 لم يشترط أن تكون السلعة محلا لاستهلاك شيئا منقولا ، بخلاف ما كان عليه الأمر في المرسوم التنفيذي رقم90-39 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش الذي عرف السلعة " بأنها كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات مادية."

وهو ما يمكن تفسيره أن لا مانع في نظر المشرع من أن يكون العقار أو المسكن محلا للاستهلاك ويخضع بالتالي للحماية الخاصة التي يقررها قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وهو ما دعا له البعض[20]، بالنظر إلى الأهمية التي يحتلها المسكن في حياة الناس اليوم وبالنظر إلى أن العمليات الواردة على العقار من بيع وإيجار أصبح يشرف عليها محترفون متخصصون، ما يبرر حماية المستهلك في هذه المجالات، كما أن المشرع لم يشترط عنصر الجدية في السلعة محل الاستهلاك، ومن ثم فهي مشمولة بأحكام القانون رقم09-03. ويعتبرمستهلكا من يقتني أشياء مستعملة لاستعمالها لشخصي، وهو موقف وجيه في ظل الإقبال الواسع عليها في السوق الجزائرية اليوم[21].

مثال ذلك بيع السيارات المستعملة، حيث يلتزم العون الاقتصادي بإعلام المستهلك بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بأوصاف السيارة المستعملة المباعة، بما ييسر على المستهلك الوقوف على قيمة السيارة وصلاحيتها، و ملاءمتها للغرض من الشراء، ومن أهم البيانات والمعلومات التي تهم المستهلك معرفتها بهذا الخصوص، سنة الصنع، وطرازها أو نوعها، وسعة محركها، والعدد الحقيقي والصحيح للكيلومترات التي قطعتها، والاستعمال السابق لها، والغرض الذي كانت مخصصة للاستعمال فيه، وأصل ومصدر الأجزاء الجوهرية لها، والحوادث السابقة التي تعرضت لها السيارة، ومدى جسامة الحادث، ونوع الإصلاحات التي أجريت عليها وكافة المعلومات الخاصة بالحالة العامة للسيارة ...[22]

02- الخدمة كمحل للاستهلاك : إلى جانب السلع نجد الخدمات والتي هي منتوج يخضع لقانون حماية المستهلك ويقصد بها الأنشطة الاقتصادية غير المجسدة في صورة سلعة مادية، وإنما تقدم في صورة خدمة أو نشاط مفيد لمن يطلبه مثل الخدمات المالية من بنوك وشركات تأمين وأسواق المال وخدمات النقل البري والبحري والجوي، وكذلك خدمات شركات الاتصالات والخدمات السمعية والبصرية والمعلومات بما فيها الحاسب الآلي والصناعات المرتبطة به ونشاط شركات السياحة وقطاع الإنشاءات والتعمير ومكاتب الاستشارات الطبية والقانونية والهندسية والخبراء والمستشارين الأجانب[23] وقد عرفت المادة 03 من القانون رقم09-03 الخدمة بأنها" كل عمل يقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة".

قد استثنى المشرع صراحة الإلتزام بتسليم السلعة من مفهوم الخدمة، وأبقى عليه التزاما مستقلا يقع على عاتق أحد المتعاقدين وهو البائع المحترف في عقد البيع بموجب المادة 364 من القانون المدني، تحقيقا للتناسق بين التشريعات[24].

وبخصوص مدى خضوع المرفق العام لقواعد حماية المستهلك وقمع الغش يصدق على الخدمات التي تقدمها هذه المرافق، حيث يمكن بسط تطبيق أحكام القانون رقم 09-03 على خدمات المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي، وكذا الخدمات التي تقدمها المرافق العامة الإدارية بمقابل دون خدماتها المجانية حسب ما يقرره جانب من الفقه، وإن كان القانون رقم09-03 نص صراحة بدخول كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجانا تحت نطاق تطبيقه، ما يزيد من احتمال إمكانية دخول الخدمات المجانية للمرفق العام العمومي في نطاقه متى انطبق عليها مفهوم الخدمة في هذا القانون[25]

المطلب الثاني :مجالات وأهمية حماية المستهلك.

الأصل أنه يجوز لكل شخص أن يمارس المهنة التي يختارها، إلا أن هناك العديد من المهن والحرف وضع لها المشرع نظاما خاصا بها، والهدف من ذلك هو تحقيق نوع من الإشراف والمراقبة على هذه النشاطات الخاصة إما من أجل تحديد نطاقها، وإما من أجل ضمان مراقبة صارمة لبعض النشاطات التي يكون دورها الاقتصادي حاسما، وإما أيضا من أجل ضمان حماية كافية للمستهلكين.

الفرع الأول: مجالات حماية المستهلك .

يعترف القضاء بحقيقة أن البائع في كثير من الحالات ليس هو صانع الشئ، وإنما هو فقط معيد للبيع، وقام هو الأخر بشراء المبيع من الصانع أو المنتج أو الموزع، لكن الصانع أو المنتج أو الموزع أو البائع أو مؤدي خدمات مصنفون كمحترفين، وإن هذا المركز أو الوصف يخولهم بأن يعطوا أهمية قصوى لحماية المستهلك من جميع النواحي وفي شتى المجالات من مرحلة الإنتاج والتسويق إلى مرحلة الترويج والتوزيع ثم مرحلة التسعير،هذا ما يفسر دور الشريعة الإسلامية في حماية المستهلك ورغبة المشرع في توفير اكبر قدر من الحماية لأضعف طرفي العلاقة التعاقدية وهو المستهلك في مواجهة الأقوى وهو المحترف، بعد أن ثبت أن هناك اختلال في التوازن العقدي بينهما، وثبت كذلك أن التوازن المنشود لن يتحقق بطريقة آلية، وأنه أمر لا يتحقق إلا بسن قاعد آمرة.

أولا : حماية المستهلك في مرحلة الإ نتاج التسويق.

إن حرية دخول المنتجات والخدمات في السوق تأتي على عاتق المنتج، وهو بدوره يتحمل مغبة ما قد يترتب عن نشاطه من جزاءات عقابية ومدنية، لذلك نرى أنه قد يتدخل المشرع أحيانا لمنع إنتاج وتسويق مادة معينة، دافعه في ذلك حفظ صحة وسلامة الأشخاص عموما، والمستهلكين على وجه الخصوص.

لقد قرر المشرع مبدأ مسؤولية المكلف عن أول وضع للمنتوج أو الخدمة في السوق بموجب المادة الأولى من قانون89 -02 الملغى وتشمل المسؤولية عن عملية عرض المنتوج أو الخدمة للمستهلك بجميع المراحل بدءا من طور الإنشاء الأولى إلى الإنتاج والإستيراد وانتهاء بالغرض النهائي أي التسوق والبيع بالتجزئة، والذي حل محله 09-03 ، قيام المسؤولية المدنية للمنتج.

رغم نجاعة هذا النظام، إلا أن مجال هذه المراقبة يبقى محدودا، نظرا لاستحالة تعميمه ليشمل كل ما يعرض في السوق، ونظرا كذلك لتكلفته، لذلك تلجأ الإدارة عادة إلى إخضاع دخول بعض المنتجات والخدمات إلى السوق بإذن خاص منها وفي بعضها الأخر تتطلب مجرد تسريح مسبق من المنتج أو المستورد لعرضها في السوق وبالتالي تسويقها[26].

ثانيا :حماية المستهلك في مرحلة الترويج والتوزيع والأسعار

01 –التر ويج :أحد وسائل الترويج الإعلان لذا لابد من مبادئ يجب على المهني مرعاتها

أ- أن لا يستغل نقص الخبرة والإعلام لدى المستهلك.

ب- جوب عدم استغلال مشاعر الخوف لدى الجمهور.

ج- تجنب كل ما من شأنه يؤدي إلى الغموض أو تضليل أو خداع المستهلكين في الخصائص الجوهرية للمنتوج، وقيمته وأثره وثمنه وشروط البيع و كيفيات التسليم والرد والإصلاح وشروط الضمان[27].

02 - التوزيع :إن الاتصال بين المحترف و المستهلك يحدث غالبا في المكان العادي لمزاولة التجارة وهو المحل أو المتجر وفي أحيان أخرى قد يحدث في غير المكان السابق، أي في مكان خاص وهو غالبا مسكن المستهلك نفسه ، وسواء تم هذا الاتصال بين الطرفين في المحل المعد لذلك أم في غيره فإن المشرع لم يغفل عن تنظيم طرق وتوزيع المنتجات، سواء وقعت في محل معين أو تمت عن طريق السعي التجاري، أو حصلت عن طريق البيع عن بعد أو بطريق مباشر كما هو الحال في البيوع المباشرة[28] من الواضح أن المشرع قد حرص على تنظيم طرق توزيع المنتجات والخدمات بطريقة ملائمة لحماية المستهلك سواء تعلق الأمر بمزاولة التجارة في المكان العادي أو المحل أو المتجر أو في أي مكان آخر خاص بهذا النشاط.

ج -**الأسعار** :إن فتح باب التنافس للمتعاملين الاقتصاديين وتزايد ظاهرة الاستهلاك أدى إلى اتساع الأسواق الجزائرية التي تتزاحم فيها منتجات محلية وأجنبية مستوردة، والملاحظ أن أسعار تلك المنتجات غير ثابتة ترتفع بصورة مفرطة خاصة في المناسبات كشهر رمضان و الأعياد و الأزمات والكوارث، كما أن بعض المتدخلين يفرطون في رفع الأسعار بصورة تعسفية خاصة في المناطق النائية.

وطبقا لأحكام القانون رقم 04-02(المعدل والمتمم) والقانون 09-03 (معدل ومتمم بالقانون رقم 18-09) وأحكام قانون المنافسة رقم 03-03 من خلال المتابعة المستمرة للأسواق لملاحظة مدى الالتزام بمتطلبات حماية المستهلك فى ما يخص الأسعار، وكذا دراسة الشكاوى المقدمة من طرف المستهلكين والتحقيق فيها وإيجاد الحلول المناسبة لها وإحالتها على الجهات القضائية إن لزم الأمر.

ثالثا :حماية المستهلك من نفسه في مرحلة الاستهلاك.

" إن عملية الاستهلاك لا تكتمل إلا بمشاركة ثلاثة أطراف أساسية :مُنتَج ومُنتِج ومستهلك، هذا الأخير الذي يعتبر الطرف الأضعف والأقوى والحاسم في عملية الاستهلاك؛ فهو الأضعف إذا احتاج، والأقوى إذا سيطر ونظم رغبته في الشراء وكان مدركا لأبعاد الحرب الدعائية التي تستهدفه، وهو الحاسم سلبا أو إيجابا باستسلامه أو بامتلاكه للوعي".[29]

لذلك فإن الحماية في هذه المرحلة تقع على عاتق المستهلك من خلال:

01- الوعي و التوعية :إن زيادة الوعي الثقافي للمستهلك سيحصِّنه من الخلل الفكري، والمفاهيم الخاصّة بالنشاط التسويقي والاستهلاكي، ويساهم في إرشاده إلى كافة التجاوزات، التي يقوم بها البعض من ذوي النفوس الضعيفة.[30]

02- إتباع الرشد و العقلا نية" :لذا لابدّ أن يَعِي المستهلكون خطورة هذا الوضع، وأن يتّبعوا في طريقة استهلاكهم الإقتصاد والاعتدال، بالحصول على احتياجاتهم المثلى، من السلع والخدمات دون زيادة أو نقصان، على أن يكون ذلك في حدود مواردهم المالية.[31]

إن المسؤولية الكبيرة تقع على عاتق المستهلك في عدم مطالبته بحقوقه والتمسّك بها، كما أن عدم تبليغه عن حالات الغش يشجِّع على وقوع الظلم عليه، لذا يجب عليه [32]:

-عدم قبول السلع غير المطابقة للمواصفات.

-التبيلغ عن حالات رفع الأسعار الضارّة.

-عدم مسايرة الباعة والموزّعين بالتصرّفات المضِرّة بمصالحه.

-الإمتناع عن استخدام المنتجات الممنوعة قانونا، أو المحرَّم استعمالها.

-الإمتناع عن استهلاك المنتجات التي تسبب خطرا على الصّحة مثل :التدخين، الخمور،...

الفرع الثاني :أهمية حماية المستهلك.

لقد أولت الشريعة الإسلامية أهمية بالغة في حماية المستهلك من خلال تحريم مختلف التصرفات التي تضر بصحة وسلامة المستهلك وكذا المشرع الجزائري في سنه للتشريعات و القوانين.

أولا :أهمية حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية.

لقد تضمنت الشريعة الإسلامية الغراء مجموعة من القواعد و المبادئ والضوابط التي لو طبقت تطبيقا شاملاً حققت الخير للمنتج وللمستهلك، وللفرد والمجتمع، ويضيق المقام لتناولها تفصيلا، ولكن نعطي منها بعض النماذج العملية.

01- الشريعة تحمي المستهلك من نفسه :يتسم المستهلك المسلم الصالح الورع الملتزم بشرع الله، بسلوك سوى في اختيار ما يشتريه ومن الضوابط الشرعية في هذا المقام الالتزام بقاعدة الأولويات الإسلامية حيث يبدأ بالإنفاق على الضروريات ثم الحاجيات ثم الكماليات، ولا يسرف ولا يبذر الشراء، و لا يقلد الغير تقليدا أعمى، كما أنه يتجنب شراء المحرمات والخبائث، ملتزماً بقول الله عز وجل : ﴿ **وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الخَبَائِثَ** ﴾[33]، وقوله تبارك وتعالي : ﴿ **وَكُلُوا وَ اشْرَبُوا وَ لاَ تُسْرِفُوا إِنَّهُ لاَ يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ**﴾[34].

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم :﴿**كل ما شئت والبس ما شئت دون إسراف أو مخيلة**﴾[35]

ولا يمكن أن يوجد هذا المستهلك المنضبط بشرع الله إلا عن طريق التنشئة الصالحة على المنهج الإسلامي، و منهج تربوي اقتصادي إسلامي[36].

02 - الشريعة الإسلامية تحمي المستهلك من غش المنتج :لقد أمر الإسلام المنتج بتجنب إنتاج المحرمات والخبائث ، كما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإتقان الصنع في الحديث :﴿**إن الله يحب من أحدكم إذا عمل عملاً أن يتقنه** ﴾[37] كما أمر الإسلام بعدم الغش فقال صلى الله عليه وسلم ﴿**من غشنا فليس منا**﴾[38]، وعليه وجب ترشيد النفقات حتى تكون الأسعار في متناول المستهلك العادي، ولا يبخس العمل أجره، كما إن االتزام المنتج بهذه الضوابط الشرعية فيه حماية المستهلك من المحرمات والخبائث، كما يحميه من السلعة السيئة الرديئة، وكذلك من المنتجات المغشوشة ومن الأسعار العالية، وهذا يحقق لكلاهما الخير والبركة ، والربح والوفرة في النفقات، فهل يستطيع رجال الإنتاج في هذا الزمن أن يلتزموا بالقيم الإيمانية والأخلاقية كما التزم بذلك السلف الصالح؟ إذا تحقق ذلك فقيه حماية للمنتج وحماية للمستهلك سواء بسواء.

03 -الشريعة الإسلامية تحمي المستهلك من جشع التجار :لقد تضمنت الشريعة الإسلامية مجموعة من الضوابط التي تحكم المعاملات مع التجار، فقد أمر الإسلام بحرية المعاملات في الأسواق وأن تكون خالية من الغش والتدليس والمقامرة والجهالة والغرر والمعاملات الربوية، وكل صيغ أكل أموال الناس بالباطل فعلي سبيل المثال : حرمت الشريعة الإسلامية الغش لأنه صور من صور ضياع الأموال، وحرمت الرشوة لأنها من نماذج ابتزاز أموال المستهلك، وحرمت الاحتكار لأنه يؤدى إلى غلاء الأسعار وظلم المستهلك[39].

وصدق الرسول صلى الله عليه وسلم إذ قال : ﴿**من أدخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقاً على الله أن يقعده من النار يوم القيامة** ﴾[40] وعندما حرم الإسلام بيع العينة و النجش وبيع التلجئة، وبيع الغرر وغير ذلك، كل هذا لحماية المستهلك.

ثانيا :أهمية حماية المستهلك في القانون الوضعي

منذ تخلي الجزائر عن انتهاج النظام الاشتراكي والتحول إلى نظام اقتصاد السوق، عملت على محاربة كل أشكال التخلف الاقتصادي والسعي إلى تحقيق تنمية اقتصادية شاملة باتخاذها العديد من المواقف كرست فيها اهتمامها بالمستهلك والسعي إلى حمايته، من خلال النصوص القانونية التي تبنتها قصد إضفاء هذه الحماية، كما جرمت كل الممارسات والأنشطة الاقتصادية التي من شأنها المساس و الإضرار بالمستهلك[41].

ثالثا :أهمية حماية المستهلك في الاقتصاد.

أهمية حماية المستهلك في الاقتصاد من خلال تمكينهم من الحصول على الفائدة المثلى من الموارد المالية، وحمايتهم من الممارسات التي تضر بمصالحهم الاقتصادية كالمخاطر التي تهدد صحتهم وسلامتهم، وحقهم في الإعلام...الخ ، ويعتبر المستهلك الركيزة الأساسية في التنمية الاقتصادية، فهو يساهم بقدر كبير في تدوير الحلقة الاقتصادية، إذ جل المؤسسات الاقتصادية تبني استراتيجياتها عليه[42].

هذا مع عدم إغفال الاشارة لمختلف التدابير التحفظية ومبدأ الاحتياط في مواجهة المنتوجات المستوردة التي تسوق داخل السوق الوطنية خلال فترات الأزمات . (المواد 53 و54 وبعدها من قانون حماية المستهلك[43] اللتان تنصان على:

المادة 53: " يتخذ الأعوان المذكورون في المادة 25 من هذا القانون، كافة التدابير التحفظية قصد حماية المستهلك وصحته وسلامته ومصالحه ،

وبهذه الصفة، يمكن الأعوان القيام برفض الدخول المؤقت أو النهائي للمنتوجات المستوردة عند الحدود والإيداع والحجز والسحب المؤقت أو النهائي للمنتوجات أو إتلافها والتوقيف المِقت للنشاطات طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون..."

المادة54: " يصرح بالرفض ا لمؤقت لدخول منتوج مستورد عند الحدود في حالة الشك في عدم مطابقة النتوج المعني وهذا لغرض إجراء تحريات مدققة أو لضبط مطابقته.

ويصرح بالرفض النهائي لدخول منتوج مستورد عند الحدود في حالة إثبات عدم مطابقته بالعاينة الباشرة أو بعد إجراء التحريات ا لمدققة

هذا كله مع الإشارة والتأكيد على المسؤولية الجنائية الناجمة عن انعدام السلامة في المنتوجات خاصة تلك التي يمكن أن تتسبب في الوفاة أو التسممات التي تكثر في فترات الأزمات والندرة نتيجة لترويج منتجات منتهية الصلاحية أو مقلدة.

الخاتمة :

ختاما لهذا البحث في موضوع حماية المستهلك في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري يمكن أن نستعرض أهمّ ما جاء فيه من نتائج:

1-إنّ المشرع الجزائري اهتمّ بالمستهلك اهتماما بالغا، و ذلك من خلال الإجراءات غير القضائيّة التي يمكن لهذا الأخير آتخاذها، أو من خلال اللّجوء إلى القضاء مباشرة.

2-إنّ المشرعّ الجزائري حمّل المهني مسؤولية كبيرة تجاه المستهلك، تجّلت هذه المسؤولية في مجموعة من الإلتزامات التي فرضت عليه قبل عر ض المنتوج، و عند عرضه في السّوق و عند تسليمه للمستهلك.

3-إنّ المشرع الجزائري يتبّنى المفهوم المضيّق للمستهلك ولم يتوسّع فيه، وذلك عندما عرّف المستهلك بأنه كل شخص يقتني منتوجا أو خدمة لأغراض غير مهنية.

4-إنّ المشرع أوكل إلى السّلطات الإداريّة مسؤولية الرقابة على أعمال المهني ودعّمها بترسانة من النصوص القانونيّة والمؤسّسات الاستشارية ومخابر الّتحاليل لكي تتمكن من أداء وظيفتها على أحسن وجه.

5-إنّ المشرع فتح المجال للمستهلكين للتكّتل في جمعيات غرضها حماية أنفسهم ووضع بين أيديهم الأدوات القانونيّة الضروريّة للوصول إلى أغراضهم النبيلة.

6-اتفاق كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، على ضرورة حماية المستهلك ،سواء من التاجر أومن المنتج، لأن حمايته تعتبر من واجبات الدولة، غير أن الفقه الإسلامي يستمد أصوله، من نصوص الكتاب والسنة، وكذا ما جاء من عمل الصحابة، فهذه المصادر الثلاث تشكل الإطار المرجعي له، لذا نلمس في الفقه الإسلامي الشمولية والمرونة، فهو قابل للتطبيق في كل مكان وزمان، وهو يسع المصالح الخاصة والعامة ويحقق التوازن بينهما بقاعدة لا ضرر ولا ضرار.

7-إن المستهلك في القانون الوضعي، هدفه الوحيد هو تحقيق أقصى إشباع ممكن، مهما كانت الوسيلة مشروعة أو غير مشروعة، بينما المستهلك في الفقه الإسلامي، يبغي من و راء استهلاكه إلى جانب إشباعه لحاجاته من السلع والخدمات وفق ضوابط الشرع ، الحصول على الثواب من الله عز وجل، إذا اقترن استهلاكه بنية الطاعة، وهذا ما يميز المستهلك المسلم عن غيره.

8-إنه وبالرجوع إلى أصل نشأة حماية المستهلك، نجد جذورها تعود إلى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وما قرره من أحكام، تمنع الغش والاحتكار وكل ما يضر بالمستهلك، من خلال القرآن والسنه.

9-من أهم الأهداف التي يصبو الفقه الإسلامي إلى تحقيقها من حماية المستهلك هو :المحافظة على صحة ومال المستهلك؛ من خلال إنتاج السلع والخدمات النافعة ومنع الضار منها، وكذا منعه من الإسراف والتقتير في الاستهلاك، مما يعمل على ترشيد سلوكه، فيصبح متسما بالعقلانية، هذه الأخيرة التي فشل القانون الوضعي في تحقيقها، كذلك يهدف الفقه الإسلامي، إلى كفالة تمتع جميع أفراد المجتمع بموارد الدولة، إذ أن المال مال الله، والإنسان مستخلف عليه، وهذا من شأنه أن يخلق مجتمعا سويا، ينشأ أفراده على التكافل ونبذ الذات، مما يساعد على منع ظهور العديد من المعاملات غير المشروعة كالربا والاحتكار.

10- إن نظرة الفقه الإسلامي للمال تختلف عنها في القانون الوضعي، فالمال في الفقه الإسلامي يعتبر وسيلة وليس غاية، وسيلة لتحقيق مصالح الدِّين والدنيا معا، وسيلة لإشباع حاجات الفرد وحاجات من يعول، بينما في القانون الوضعي فالمال هو غاية لتنمية الثروة بذاتها، مما يجعل الأفراد يتبعون كافة السبل لتضخيم هذه الثروة، ولو كانت هذه السبل غير مشروعة، وتتسبب في الإضرار بالغير.

11-تتمثل وسائل حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، بمجموعة من الضوابط الشرعية التى قررها الشارع الحكيم وهي:

-ضرورة التزام المستهلك المسلم في سلوكه الاستهلاكي بالضوابط الشرعية، سواء فيما يتعلق بمصدر إنفاقه عن طريق الكسب الحلال، أو بمحل استهلاكه عن طريق استهلاك السلع والخدمات الطيبة والمباحة، التي تحقق منفعة مشروعة، أو بكيفية استهلاكه بالتزام التوسط والاعتدال فى الاستهلاك، فلا إسراف ولا تقتير بل قواما بين ذلك.

-االتزام المنتج المسلم في إنتاجه بالضوابط الشرعية منها :ضابط الحلال والحرام؛ من خلال تخصيصه الموارد في إنتاج السلع والخدمات المشروعة، وبالتالي فلن يكون في المجتمع المسلم مكان لسلعة أو خدمة محرمة، وهذا أفضل سبيل لترشيد الاستهلاك الفردي وحماية المستهلك، أما الضابط الثاني فيتمثل في ضابط الأولويات؛ وهذا من شأنه ترشيد استخدام الموارد الطبيعية، فتستغل بشكل عقلاني دون هدر أو استنزاف.

12-نجاعة وفعالية وسائل حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، والسبب في ذلك يعود إلى جهاز الرقابة الذي يتميز به الفقه الإسلامي، حيث أن الفرد فيه سواء كان :مستهلكا، منتجا أوتاجرا يخضع لنوعين من الرقابة: رقابة ذاتية خاصة تنبع من ضمير المسلم، فهو يراقب الله تعالى في سلوكه ونشاطه الاقتصادي، فيأتمر بأوامره وينتهي بنواهيه. و رقابة عامة وأقصد بها الحسبة، التي تقوم

بوظيفة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، حيث وجدت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الذي كان يقوم بنفسه بالرقابة على الأسواق ومنع المنكرات، ثم جاء من بعده الخلفاء الراشدون الذين ساروا على الدرب، ومن هنا ظهرت وظيفة المحتسب، هذا الأخيرالذي يقوم برقابة النشاط الاقتصادي، بإنكار المنكر وتعزير المخالف ومعاقبته.

بينما في القانون الوضعي، فإن الوسيلة الوحيدة التي يستخدمها لحماية المستهلك، تتعلق أساسا بالقوانين الوضعية، والتي أثبتت عدم فعاليتها؛ لكون أن الأفراد يمكنهم مخالفتها، ماداموا بعيدين عن الرقابة.

الهوامش:

[1]: موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي،المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، د ط، د ت،ج8 ،ص 124.

[2]: ابن منظور، لسان العرب مادة هلك، ط الأولى، مج3 ، بيروت، دار صادر، بيروت،لبنان، 1420 هـ 1990 - م،ص320.

[3]: عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، ، دار الفكر الجامعي،ج 1 الإسكندرية، .،سنة 2002 م،ص138 .

[4]: المرجع نفسه، ص 140.

[5]: يوسف عشيرة خديجة، ضمان خدمة ما بعد البيع وقمع الغش في قانون المستهلك الجزائري، مذكرة الدراسات الجامعية التطبيقية،جامعة حسيبة بن بوعلي،الشلف 2010-2011، ص 09-10.

[6]: زوبير أرزقي،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة،مذكرة ماجستير في القانون جامعة مولود معمري،تيزي وزو، 2011 ،ص46

[7]: المادة 03 من القانون 09-03 لمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 25 /2009/02، ج ر عدد 15 الصادرة في 2009/03/08.

[8]: شعباني حنين نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012 م،ص32.

[9]: محمد بودالي"حماية المستهلك في الفانون المقارن- دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي- دارالكتاب الحديث،الجزائر، 2006 م،ص32.

[10]: شعباني نوال، المرجع السابق، ص 29.

[11]: القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد41، صادرة بتاريخ 09 جمادى الأولى 1425هـ، الموافق لـ 27 يونيو 2004م.

[12]: شعباني حنان، المرجع نفسه، ص 31. ، مع العلم أن : المرسوم التنفيذي رقم 90-39 معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315 (مؤرخ في 28 رجب عام 1422 الموافق 16 أكتوبر سنة 2001، يعدل ويتمم المرسوم

التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990 و المتعلق بمراقبة الجودة و قمع الغش (ج ر رقم 61—2001)،هذا الأخير توسع في نظام حماية المستهلك.

[13]: لحراري(شالح)ويزة"حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة"مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012 م،ص15

[14]: المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، المؤرخ في 1990/09/15، ج رعدد 40 بتاريخ 1990/10/19. الملغى بالمرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 29/09/2013.

[15]: محمد عماد الدين عياض، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني الخامس بكلية الحقوق بجامعة 20 أوت 1955 م، سكيكيدة

حول" حماية المستهلك في ظل القانون رقم 09-03 أيام 08-09 /2010/11، ص07.

[16]: شعباني حنان، المرجع السابق، ص 16.

[17]: أرزقي الزوبير، المرجع السابق، ص 48.

[18]: المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الصادر في 1990/01/30،ج ر عدد 05 المؤرخة في 1990/01/31 .

[19]: طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية :سنة 2007 م،ص 54.

[20]: محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص10.

[21]: محمد بودالي، المرجع السابق،ص 10.، و هنا هنا نهيب بالمشرع أن يشملها هي أيضا بالنص الصريح، لأن البيانات التي يجب العلم بها من طرف المستهلك الخاصة بالسلع المستعملة، ليست تلك التي تتعلق بالسلع الجديدة، وإن كانت تتشابه في بعضها.

[22]: ممدوح محمد مبروك"أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني

المصري والفرنسي والفقه الإسلامي وأحكام القضاء"المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 1999 م،ص164.

[23]: علي إبراهيم"منظمة التجارة العالمية-جولة أوروغواي وتقنين نهب العالم ، دار النهضة العربية،القاهرة، 1998 م،ص 193.

[24]: محمد بودالي، المرجع السابق، ص 30.

[25]: محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 11.

[26]: محمد بودالي، المرجع السابق، ص 8.

[27]: محمد بودالي، المرجع نفسه، ص 122.

[28]: محمد بودالي، المرجع نفسه، ص 535.

[29]: أحمد النجار،المجتمع الاستهلاكي ومستقبل التنمية،القاهرة،مطبعة العمرانية،دط، 2001 م.

[30]: فاطمة عبد الحميد الخاجة،ندوة حول حماية المستهلك لعام 2001 م،الإمارات العربية المتحدة

[31]: فاطمة عبد الحميد الخاجة، المرجع نفسه.

[32]: نزار عبد اليد البرواري وأحمد محمد فهمي البرزنجي،إستراتيجيات التسويق- المفاهيم-الأسس-الوظائف- ،عمان، دار وئل .للنشر، 2004 م،ص ص121-127.

[33]: سورة ألأعراف، الآية 157.

[34]: سورة الأعراف، الآية 31.

[35]: رواه الإمام احمد في المسند.

[36]: حسين حسين شحاتة،حرمة المال العام في ضوء الشريعة الإسلامية،مصر،دار النشر للجامعات، 1420 هـ - 1990م.

[37]: ناصر الدين الألباني:السلسلة الصحيحة،مج 03 ،مكتبة المعارف،الرياض،المملكة العربية السعودية، 1415 هـ / 1995 م،ص106.

[38]: أخرجه:مسلم،صحيح مسلم، كتاب الإيمان،باب قول النبي صلى لله عليه وسلم" من غشنا فليس منا"رقم 102، دار ابن

حزم،بيروت، لبنان، 1423 هـ 2002 -م،ص64.

[39]: حسين حسين شحاتة، المرجع نفسه،

[40]: حديث حسن، رواه ابن ماجه..

[41]: عمرعبدالباقي،الحمايةالعقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف،الإسكندرية، مصر، 2004 م، ص54 .

[42]: عمر عبد الباقي، المرجع السابق.ص 125.

[42]: قانون حماية المستهلك رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 هـ الموافق لـ 2009/02/25 الكتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.، ج ر عدد 12 ، الصادرة بتاريخ : 11 ربيع الأول 1430هـ، الموافق لـ 2009/03/08م

قائمة المصادروالمراجع:

القرآن الكريم.

كتب السنة وشرحها.

1) مسلم،صحيح مسلم، كتاب الإيمان، ، دار ابن حزم،بيروت، لبنان، 1423 / 2002 م.
2) الإمام احمد ، المسند.
3) ابن ماجه، السنن.
4) ناصر الدين الألباني:السلسلة الصحيحة،مج 03 ،مكتبة المعارف،الرياض،المملكة العربية السعودية، 1415 هـ-1995 م

المراسيم والقوانين :

1) المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، المؤرخ في 1990/09/15، ج رعدد 40 بتاريخ 1990/10/19.
2) المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الصادر في 1990/01/30،ج ر عدد 05 المؤرخة في 1990/01/31.
3) القانون 09-03 لمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 25 /2009/02، ج ر عدد 15 الصادرة في 2009/03/08.

- الكتب

1) ابن منظور، لسان العرب مادة ملك، ط الأولى، مج3 ، بيروت، دار صادر، بيروت،لبنان، 1420 هـ1990 -
2) أحمد النجار،المجتمع الاستهلاكي ومستقبل التنمية،القاهرة،مطبعة العمرانية،دط، 2001 م.
3) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي،،سنة2002 .
4) محمد بودالي حماية المستهلك في الفانون المقارن دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي- دارالكتاب الحديث،الجزائر، 2006 م
5) ممدوح محمد مبروك"أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني
6) المصري والفرنسي والفقه الإسلامي وأحكام القضاء"المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة،1999 .
7) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي،ج(1
8) .،سنة 2002 م.
9) نزار عبد اليد البرواري وأحمد محمد فهمي البرزنجي،إستراتيجيات التسويق- المفاهيم-الأسس-الوظائف- ،عمان، دار وئل .للنشر، 2004 م.
10) طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية :سنة2007
11) علي إبراهيم"منظمة التجارة العالمية-جولة أوروغواي وتقنين نهب العالم ، دار النهضة العربية،القاهرة، 1998م.
12) عمرعبدالباقي،الحمايةالعقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف،الإسكندرية، مصر، 2004م
13) حسين حسين شحاتة،حرمة المال العام في ضوء الشريعة الإسلامية،مصر،دار النشر للجامعات، 1420 هـ - 1990م.
14) موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي،المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، د ط، د ت.
15) : فاطمة عبد الحميد الخاجة،ندوة حول حماية المستهلك لعام 2001 م،الإمارات العربية المتحدة.(د س ط).

المذكلات والرسائل الجامعية :

1) لحراري(شالح)ويزة"حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة"مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012

2) شعباني حنين نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012 م.

3) المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الصادر في 1990/01/30،ج ر عدد 05 المؤرخة في 1990/01/31 .

4) زوبير أرزقي،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة،مذكرة ماجستير في القانون جامعة مولود معمري،تيزي وزو، 2011

5) يوسف عشيرة خديجة، ضمان خدمة ما بعد البيع وقمع الغش في قانون المستهلك الجزائري، مذكرة الدراسات الجامعية التطبيقية،جامعة حسيبة بن بوعلي،الشلف 2010-2011.

6) يوسف عشيرة خديجة، ضمان خدمة ما بعد البيع وقمع الغش في قانون المستهلك الجزائري، مذكرة الدراسات الجامعية التطبيقية،جامعة حسيبة بن بوعلي،الشلف 2010-2011،

7) زوبير أرزقي،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة،مذكرة ماجستير في القانون جامعة مولود معمري،تيزي وزو، 2011

المداخلات:

a. محمد عماد الدين عياض، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني الخامس بكلية الحقوق بجامعة 20 أوت 1955م، سكيكيدة

حول" حماية المستهلك في ظل القانون رقم 09-03 أيام 08-09 /2010/11موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، د ط، د ت،.

تطوير منظومة تقييم السياسات العمومية
Developing a system for evaluating public policies

لطفاوي محمد عبد الباسط، طالب دكتوراه (*)
جامعة تلمسان، الجزائر
mohamed.lmab@gmail.com

منصوري جواد، طالب دكتوراه،
جامعة تلمسان، الجزائر
mansouridjawad13@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/12/10 تاريخ القبول للنشر: 2019/12/15

****

ملخص:

تعتبر عملية صنع السياسة العامة من الوظائف الحكومية الهامة و المعقدة في آن واحد، لذلك اكتسبت السياسات أهمية متنامية لدى الدول، و ذلك للاعتقاد السائد بأن السياسات هي المحدد الرئيسي للنمو و التنمية، ضمن إطار أوسع و المتمثل في الهندسة السياسية عن طريق التأسيس لإدارة سياسية داعمة لإستراتيجيات رقمنة الهياكل الإدارية في الدولة و إدخال التغييرات الضرورية على أساليب العمل الإداري. و للتصدي لموضوع بحثنا هذا اعتمدنا المنهج الوصفي و التحليلي بغرض تبيان تأثير تغيير السياسات العمومية على عملية التنمية الشاملة، و قد توصلنا الى ضرورة اعتماد الدول سياسة التنمية كبديل من خلال عقد برامج تنموية ضخمة كبرامج الإنعاش الاقتصادي و دعم النمو.

الكلمات المفتاحية: السياسات العمومية، التنمية، الاستراتيجيات العمومية.

Abstract:

The policy-making process is considered an important and complicated government job at the same time. Therefore, policies have acquired a growing importance for countries. It is believed that they are the main determinant of growth and development within the broader framework of political engineering that establishes a supportive political administration strategies for digitizing administrative structures in the country and making the necessary changes to the methods of administrative work. To address this topic of our research, we have

* ط/د. لطفاوي محمد عبد الباسط: mohamed.imab@gmail.com

adopted the descriptive and analytical approach in order to show the effect of changing public policies on the overall development process.
Key words: public policies, development, public strategies.

المقدمة:

تعمل المنظمات الحكومية في ظل متغيرات بيئية داخلية وخارجية متنوعة وشديدة التعقيد، وهو ما يفرض عليها ضرورة التكيف مع متطلبات الحدث بكل أبعاده، للتحول من نظام تقليدي إلى نظام عصري وفق فلسفة سياسية وإدارية حديثة، وكذا صنع أدوات تقييم للسياسات العمومية جديدة لمواكبة التغيرات الحاصلة على شتى المستويات وفي كل المجالات. حيث حظيت دراسة السياسة العامة باهتمام بالغ و تداول واسع من لدن علماء السياسة في السنوات الأخيرة.

تعتبر عملية صنع السياسة العامة من الوظائف الحكومية الهامة والمعقدة في آن واحد ، لذلك اكتسبت السياسات أهمية متنامية لدى الدول ، وذلك للاعتقاد السائد بأن السياسات هي المحدد الرئيسي للنمو والتنمية. في إطار أوسع و المتمثل في الهندسة السياسية ,عن طريق التأسيس لإرادة سياسية داعمة لاستراتيجيات رقمنة الهياكل الإدارية في الدولة وإدخال التغييرات الضرورية على أساليب العمل الإداري .

ومن هذا المنطلق واستعراضا لطبيعة التحولات التي يشهدها العالم، يمكننا طرح الإشكالية التالية :

يعتبر تطوير منظومة تقييم السياسات العمومية آلية جوهرية من شأنها المساهمة في ترشيد السياسة العامة؟

وهذا ما نتصدى له في هذا المقال الذي قسمناه لمحورين بحيث نتناول في :

- المبحث الأول : المدلول العام للسياسات العمومية
- المبحث الثاني : الإطار العام لتقييم السياسات العمومية.

المبحث الأول : المدلول العام للسياسات العمومية

سيتم التطرق في هذا المبحث إلى ماهية تقييم السياسات العامة، من خلال مطلبين، المطلب الأول يتمحور حول المفهوم العام للسياسة العامة، أما المطلب الثاني يتحدث عن مقومات السياسات العمومية وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول : المفهوم العام للسياسات العمومية

سنتصدى لهذا المطلب من خلال فرعين ، نتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم السياسات العامة، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث مميزات السياسات العمومية وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول : مفهوم السياسات العمومية

أ- تعريف السياسة : لغة تعني ساس يسوس وتعني القيام على الشيء بما يصلحه أي طلب المصلحة وتدبير الأمر والتصرف فيه بما يصلحه ، أما اصطلاحا يقصد بها تدبير أمور الدولة[1] ، أو كما عرفها بريستوس على أنها " أسلوب أو طريقة للتصرف الذي يتم إختياره بواسطة الحكومة والمنظمات الجماعية أو الأفراد من بين العديد من البدائل في ضوء ظروف معينة لكي ترشد وتحدد القرارات الحالية والمستقبلية[2]".

ب- تعريف السياسة العامة : عرفها (جبرائيل ألموند) بأنها « تمثل محصلة عملية منظمة من تفاعل المدخلات (مطالب + دعم) مع المخرجات (قدرات وقرارات وسياسات،) للتعبير عن أداء النظام السياسي في قدرته (الاستخراجية، التنظيمية، التوزيعية، الرمزية، الاستجابية، الدولية) من خلال القرارات السياسية المتخذة[3]. وعرفها روبرت اوستون على أنها العلاقة بين الوحدة الحكومية وبيئتها[4]

ج- تعريف السياسات العمومية : إن صياغة وإعداد السياسات العمومية تعتمد على تركيز المجهودات الحكومية لمعالجة الإشكالات الموجودة والمتوقعة على عدة مستويات (اقتصادية، اجتماعية، ثقافية، بيئية،)... واختيار الآليات والبدائل لمعايير الملائمة لحلها من خلال منهجية المفاضلة بين هذه الآليات وفق أداة علمية وموضوعية[5]. حيث عرفها جيمس أندرسون بأنها « : برنامج عمل هادف يعقبه أداء فردي أو جماعي في التصدي لمشكلة أو لمواجهة قضية أو موضوع[6].

الفرع الثاني : مميزات السياسات العمومية

سنتطرق في هذا الفرع إلى أهم المميزات التي تخص السياسة العامة وسنبينها كما يلي :

- السياسة العامة باعتبارها مصدر توازن بين الجماعات: في هذه الحالة تعبر عن التوازن بين الجماعات المصلحية، و هذا ما يطلق عليه بالنفوذ النسبي للجماعات، مما سيؤثر حتما على السياسة العامة ، إذ تصبح أكثر تعبيرا عن إرادة الجماعات التي يتضاعف نفوذها و أقل تعبيرا عن الجماعات التي يتقلص نفوذها.

- السياسة العامة يمكن أن تقتصر على الأقوال والوعود و لا تنشئ بالضرورة عملا ماديا ملموسا: فمثلا تصريح الحكومة بأنها تساند قضية إنسانية تمس الحقوق الأساسية للإنسان ، يعبر عن سياسة حكومية، فهي تقتصر على وعود.

- السياسة عمل حكومي: ويعني هذا أن السياسة العمومية عمل من صميم إختصاص الحكومات و ممثليها وكل من يعبر عن إرادتها .[7]

- السياسة العامة إنجاز كفء للهدف: السياسة العامة يمكن أن تتسم بالرشد، و ذلك إذا وضعت على أساس تعظيم القيم المتحققة، أي بأن يكون المعدل بين ما تحققه من قيم و ما تضحي به موجبا

و أعلى مما هو بالنسبة لأية سياسة بديلة أخرى، فالقيم لا تقتصر على ما يعبر عنه برموز كمية، و إنما تشمل كل القيم الإجتماعية و السياسية و الإقتصادية[8].

- السياسة العامة كمخرج للنظام السياسي: في هذه الحالة تعد السياسة العامة بمثابة إستجابات و مخرجات للنظام السياسي للمدخلات المتمثلة في الضغوط و المؤثرات الصادرة إليه من البيئة سواء البيئة الداخلية أو البيئة الخارجية[9].

- السياسة العامة شاملة: تمتد إلى عموم المجتمع المقصود بها، فالحكومات الحديثة تمارس أنواعا متعددة من السياسات العامة في سبيل حماية المصلحة العامة، التي تشكل مضمون مصالح فئات المجتمع و شرائحه المختلفة[10].

- السياسة العامة ذات سلطة تشريعية: السياسة العامة لها أبعاد هامة من خلال ضوابط الإلتزامات التشريعية و القانونية، حيث بمجرد إقرار سياسة عامة معينة من قبل صانعيها، فإنه لا بد أن يصدر صددها مرسوم أو قانون يمنع أو يجيز تصرفا أو سلوكا معينا

- يعتمد تحديد السياسة العامة على الأساليب العلمية: بغرض صياغة أي سياسة عامة تستعين الحكومة بالخبرة و المشورة العلمية و خاصة في عصر التكنولوجيا الرقمية التي تعتمد على الحقائق و التخطيط السليم حتى تضمن فعالية السياسات الموضوعية [11].

- السياسة العامة استجابة واقعية و نتيجة فعلية: أي أن السياسة العامة تعبر عن الأمور و المسائل التي تشكل مطلبا ملموسا أو محسوسا، أي أن السياسة العامة ينبغي أن تكون عبارة عن نتائج و مخرجات يمكن معايشتها و إدراكها، و يجب أن تقوم الحكومة بعمل أو جهد حقيقي و فعلي.

المطلب الثاني: مقومات السياسات العمومية

سنتصدى لهذا المطلب من خلال فرعين ، نتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم وسائل حياة السياسات العمومية ، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث دورة حياة السياسات العمومية وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول: وسائل حياة السياسات العمومية

- الموارد البشرية : اذ يجب توفر العنصر البشري سواء من حيث الكمية او النوعية , ولكن ذلك متعلق بالقدرة على التوظيف و مستوى التكوين ...الخ.

- النصوص القانونية و التنظيمية : و تخص الاعوان العموميين فحتى يقوموا بدورهم المنوط بهم لا بد من توفر نصوص قانونية و تنظيمية تبين صلاحياتهم و تعطيهم قوة الاكراه الشرعي التي تتميز بها الدولة لتنفيذ السياسات العمومية[12] .

- توفر المعلومات : تعتبر المعرفة احد اسس القدرة على التدخل للأعوان العموميين لوضع و تنفيذ السياسات العمومية, و عادة ما تعتبر المعرفة نادرة و موزعة توزيعا غير متكافئ , و المقصود بالمعرفة هنا كل المعلومات و المعطيات التقنية و الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية المتعلقة بالمشكل المطروح .

- التنظيم : و هذه الوسيلة مرتبطة ارتباطا اساسيا بالموارد البشرية و المعرفة معا , فتوفر المعلومات لا بد ان يتناسب مع الكفاءات البشرية و مع ايجاد نسق معين لتدفق المعلومات من وحدة لأخرى , و كذلك توزيع للمهام و الصلاحيات بطريقة تسلسلية افقيا او عموديا , و هو ما يجعل القرارات المتخذة من طرف الاعوان العموميين تتجه في اطار تاركمي لحل المشكلة العمومية[13].

- الموارد المالية :لتنفيذ أي سياسة لا بد من توفر وسائل مالية لا تندرج فقط ضمن سياسة التوزيع و اعادة التوزيع, و لكن ايضا لوضع الحلول للمشكل المطروح.

- الهياكل القاعدية : و تتعلق بموارد تقنية (مثل الالات ،معدات ...) ,او هياكل مبنية (مثل البنايات والطرق ...) ,او موارد قاعدية (مثل الطاقة والماء ...) , وكلها تمثل سلع مادية في ايدي مستعمليها.

- تحديد المدة الزمنية اللازمة : لتطبيق أي سياسة معينة لا بد من ان يحدد لها مدة زمنية أي توقيت للبداية و اخر للنهاية , ولا بد ان تكون الفترة الفاصلة بينهما كافية لتنفيذ هذه السياسة ولا يجب ان تكون اكثر من اللازم حتى لا يكون هناك هدر للموارد .

- المورد السياسي (الإجماع السياسي): لوضع و تنفيذ أي سياسة عمومية لا بد من توفر إجماع سياسي حولها حيث يعتبر احد الموارد او الوسائل الواجب توفرها لنجاح أي سياسة عمومية , خاصة مع انتشار الدمقراطية

الفرع الثاني: دورة حياة السياسات العمومية

اختلفت الاطروحات المحاولة لرسم مخطط لدورة حياة السياسة العمومية و لكنهم اتفقوا على انها تبدأ من ظهور المشكلة و تنتهي بمرحلة التقويم , ولهذا سنحاول تعداد م ارحل دورتها كما يلي:

- ظهور مرحلة المشكلة: و تبدأ هذه المرحلة عند ما يسمى بالطبقات الاقتصادية و الاجتماعية او الثقافية حيث تعبر عن وضعية ينتج عنها حاجة جماعية محددة ومعرفة , و بدا الاهتمام بها يظهر علنا و بدات الحاجة لحل هذه المشكلة , اذا فهي عبارة عن تحديد لوضعية ما غير مرضية و البحث عن وضعية احسن.

- مرحلة الإدراج ضمن الرزنامة السياسية : وتبدا من تقديم الطلبات من الطبقات الاجتماعية ,الاقتصادية و الثقافية نحو النظام السياسي و الإداري مع إمكانية تقديمها من طرف

النظام السياسي نفسه بعدما يتم برمجتها ضمن جدول الأعمال ,و تعتبر هذه المرحلة كمرحلة تصفية للمشاكل من طرف النظام السياسي او بعبارة اخرى مرحلة لترتيب الأولويات[14] .

- مرحلة تشكيل السياسة العمومية : و تشمل عملية تحديد إطار المشكل و إعداد البرنامج للسياسة العمومية عن طريق تحديد الأهداف والوسائل و الإجراءات الواجب اتخاذها لحل هذا المشكل.

- مرحلة تنفيذ السياسة العمومية : و يتعلق الامر بتنفيذ البرنامج المحدد بالسياسة العمومية و محاولة تكييفه مع الواقع مما يجعل هذه المرحلة الاكثر تعقيدا بحيث يتم إجراء تعديلات في كل مرة يلزم ذلك.

- مرحلة التقييم : تعتبر اخر المراحل حيث يتم فيها تقييم الاثار الناتجة عن السياسة العمومية على سلوك الأفراد والجماعات المستهدفة و بالتالي درجة حل المشكلة وتحقيق الأهداف. حيث أنه يعتبر آخر مراحل عملية صنع السياسات العامة وذلك لأن السياسة العامة ما هي إلا محاولة لإحداث تغيير إيجابي في واقع معين[15].

المبحث الثاني : الإطار العام لتقييم السياسات العمومية

سيتم التطرق في هذا المبحث إلى الإطار العام لتقييم السياسات العمومية ، من خلال مطلبين، المطلب الأول يتمحور حول ماهية تقييم السياسات العمومية ، أما المطلب الثاني يتحدث عن ضوابط تقييم السياسات العمومية وقد تمت معالجته كما يلي:

المطلب الأول: ماهية تقييم السياسات العمومية

سنتصدى لهذا المطلب من خلال فرعين ، نتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم أهمية تقييم السياسات العمومية ، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث أنواع تقييم السياسات العمومية وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول : مفهوم تقييم السياسات العمومية

عرفها معجم المصطلحات الأساسية على أنها" تقدير منهجي موضوعي لمشروع أو برنامج أو سياسة (جارية أو مكتملة) بهدف تحديد ملاءمة الأهداف وتحققها" ، من هنا يعتبر التقييم عملية تبني معايير محددة لتقدير القيمة والأهمية ، ثم تحديد قيمة معينة لكل معيار تتبعها عملية تعريف وتوضيح وتطبيق لهذه المعايير من أجل التوصل إلى الأهمية أو القيمة النهائية لنتائر القرار أو السياسة[16].

ويعتبر التقييم بمثابة محاولة لتحديد فعالية إحدى هذه السياسات، عبر مقارنة نتائجها بالأهداف المسطرة لها وبالوسائل الموضوعة رهن إشارتها[17].

حيث يكتسي التقييم في مجال السياسات العمومية أهمية [18]كبيرة. تتجلى مظاهرها في الآتي:

- يتطلب تقييم السياسات العامة مبدئيا الوقوف على الآثار الفعلية الناجمة عن تطبيقها إذ أنه ينعكس عن كل سياسة أثناء التنفيذ أثار و ردود فعل تنجم عن البيئة المطبقة فيها ، فبفضل عملية التقييم يمكن لصانع السياسات العمومية مراجعة برنامجه أو مشروعه السياس بالنظر إلى ما حققه من عوائد أو آثار على المواطنين المستهدفين من طرف السياسات المعنية . فإن كانت وزارة التعليم العالي- على سبيل المثال تعتمد سياسات عمومية من أجل تخصيص اعتمادات مالية كبيرة لمخابر البحث العلي و النشاطات العلمية. وتوفر حاسوب لكل أستاذ جامي, فإن إجراء التقييم يؤدي إلى معرفة ما حجم العوائد العلمية المرتبة ودرجة تطور النشاطات العلمية مقارنة بما تم إنفاقه؟ و هل أن ما يتوصل إليه من درجة تطوير لمجال البحث العلي يتوافق و يستحق مثل هذا الإنفاق زيادة أو نقصانا؟ و من ثمة تصل الجهة القائمة على التقييم إلى نتائج تتعامل معا حسب أي حالة[19].

- يساعد التقييم في معرفة قيمة السياسات العمومية وجدواها الاقتصادي من خلال تبيان سلبياتها وإجابياتها حيث يمنح للجهة القائمة بالتقييم قدرة على التميز بين سياسات عمومية ايجابية ناجحة تستحق البقاء و الاستمرارية. و أخرى فاشلة كثرت سلبياتها و زادت فجواتها و قلت عائداتها المرجوة بالرغم من كثرة الأموال العامة المنفقة عليها مما يستدعي إنهاؤها و استبدالها بسياسة أخرى أكثر فعالية و نجاعة.

- بفضل التقييم يتسنى للجهة القائمة بالتقييم معرفة إلى أي حد استطاعت السياسات العمومية تحقيق أهدافها؟ و ماهي الفئة المستفيدة من عائداتها؟ و هل هي الفئة نفسها أثناء التصميم؟.

- يساعد التقييم في معرفة درجة التطابق القائم بين العائدات المحققة و حجم الأموال العمومية المنفقة لصالح مشروع السياسات العمومية فإن كان حجم الإنفاق العام أكرب من قيمة العائدات, فسر ذلك بأنه حالة من حالات التبذير للمال العام و خلل في مجال التسيير ينبغي تداركه بإعادة النظر في ترشيد الاعتمادات المالية المخصصة أو البحث في أسباب قلة العائدات و منافع السياسة العمومية[20].

الفرع الثاني: أنواع تقييم السياسات العمومية[21]

- التقييم السابق للتنفيذ: يعتبر تقييما أولياء يحدث في بداية تطبيق برنامج السياسات العمومية ء أين تبادر الجهة القائمة بالتقييم بإجراء دراسة مستقبلية استشرافية تسمح بالتنبؤ فيما يخص الآثار التي من المحتمل أن تنجم أثناء التطبيق, أخذا بعني الاعتبار جميع المعطيات البيئية والزمنية و الإمكانات المتوفرة .و عليه يركز هذا التقييم على دراسة جدوى السياسات العمومية نفسها وذلك قبل أن يتم تنفيذها للتأكد من مدى ملائمتها وانسجامها[22].

- التقييم الملازم: يواكب هذا النوع من التقييم عملية تنفيذ السياسات العمومية حيث أنه لا يرتبط بمرحلة بعينها من مراحل رسم السياسات العمومية و تنفيذها. إنما يظهر ملازما و متابعا لكل مراحل تصميمها و هو ما أكده الباحث جيمس أندرسون حين قال "إن تقييم السياسة يمكن بل يجب أن يتحقق من خلال عمليات الرسم و الصنع و الصياغة و التطبيق, وليس كنشاط لاحق و كمرحلة أخيرة".

- التقييم اللاحق للتنفيذ: يهدف هذا النوع من التقييم للتعرف على مدى نجاح السياسات المنفذة في تحقيق الأهداف المحددة لهاء حيث يسمح للجهة المشرفة على التقييم إلى دراسة مختلف الآثار التي تظهر جراء تنفيذ برنامج السياسات العمومية وتحديد المنافع و السلبيات المباشرة و غير المباشرة المترتبة على تنفيذها و يكون ذلك في الأجل المتوسط و الطويل, و لعل من ايجابيات هذا التقييم كونه يمنح للجهة التي تقوم بالتقييم صورة متكاملة عن الكيفية التي تمت بها عمليات تنفيذ السياسات العمومية.

- التقييم النهائي: هو ذلك التقييم الذي يهتم بالنتائج على المدى القصير و يكون مباشرة بعد الانتهاء من تنفيذ السياسات العمومية أو البرنامج العمومي ومحاولة تحليل التأثيرات المباشرة حيث يركز هذا النوع من التقييم على الفعالية و الكفاءة للعمل العمومي[23]."

المطلب الثاني: ضوابط تقييم السياسات العمومية

سنتصدى لهذا المطلب من خلال فرعين ، نتطرق في الفرع الأول إلى معايير التقييم ، أما الفرع الثاني نتطرق إلى بحث أدوات عملية التقييم وقد تمت معالجته كما يلي:

الفرع الأول : معايير التقييم[24]

تساعد هذه المعايير واضعي السياسات العمومية على تحسني الملائمة الفعالية والكفاءة و الانسجام ومحاولة أيضا جعل العملية موضوعية وذات مصداقية. حيث يرى " برنارد بيري "أن معايري تقييم السياسات العمومية هي المميزات الأساسية اليت يستخدمها المقيم لإعطاء حكم على مدى جودة السياسات العمومية" كما أكدت الدراسات المعاصرة في مجال تقييم السياسات العمومية على ضرورة تبين مبدأ التعددية في استخدام المعايير مما يجعلها- أي الدراسات -أكثر شمولية و اتساعا و إلماما بكل الجوانب التقييمية التي تساعد على بلوغ تقييما حقيقيا لعل تعدد هذه المعايير و كرتها راجع لارتباطها بمختلف أنواع التقييم التي يمكن بمقتضاها إحداث تقييما صحيحا و ناجحا مع مراعاة اختلاف الاقترابات و الأهداف والفوارق.

- معيار الملائمة: إن وجود سياسة عمومية يبرر بظهور حاجة أو مشكل اجتماعي تعمل السلطات العمومية على مواجهته ويقال أن سياسة ما ملائمة عم إذا كانت أهدافها المعلنة ونظرية عملها

متكيفة مع طبيعة المشكل المراد التكفل به ".الأمر الذي يشعر الحكومات بأنها ملزمة بمواجهة هذا المشكل بشكل عقلاني. كما تعرف الملائمة على أنها تقدير الاستراتيجية كاستجابة مناسبة لمعالجة مشكل تمت معاينته خلال التشخيص ومن خلالها نتحقق من التناسق المنطقي الاستراتيجي وإمكانية التوصل إلى الوضعية المرغوبة.

يعتبر مبدأ الملائمة معيارا مهما في تقييم السياسات العمومية. بحكم أنه يسمح بدراسة درجة التوافق التداخل القائم بين المشكل الاجتماعي المطروح و برنامج السياسة العمومية المعتمدة لحله[25] .إنها تمثل آلية لتقدير و قياس مدى التناسب و درجة التناسق بني متغيرات أربع

أ -الدوافع المبررة لوجود السياسات العمومية.

ب -الأدوات المستخدمة لتحقيقها:

ج -برنامج السياسة العمومية المعتمد

د -عائدات السياسة العمومية.

إن الحكم على سياسة عمومية بأنها ملائمة يعني تناسب الأهداف مع الرهانات التي تعمل على مواجهتها وتناسب الوسائل المحددة مع الأهداف أخذا بعني الاعتبار الحاجات والمشاكل المطروحة فغاية الملائمة تحليل العلاقة بني البيئة. المهام الرهانات والأهداف. من جهة أخرى البد أن يراعى من خلال هذا المعيار ملاءمة الظرف الزمني[26] الذي صدرت فيه السياسة العمومية و طبقت فكم من برامج سياسات ظهر عدم جدواها بسبب أن القائمين علها لم يولوا أهمية لعامل الوقت, بالرغم من التأثري الذي يلحق بالسياسة العمومية من ورائه كما يظهر معيار الملائمة على مستوى مدى تطابق و تجانس القيم الفكرية و الدينية التي يتبناها مشروع السياسة العمومية, و قيم المجتمع المراد تجسيدها فيه.

- معيار الكفاية : يقصد به في معناه البسيط و العام كفاءة الموارد المستهلكة لتحقيق سياسة عمومية مقارنة للنتائج المحققة فعليا، فالأمر يتعلق بمعرفة أن كانت النتائج المحققة فعليا مرضية ومعقولة. ونحاول أيضا الإجابة على السؤال التالي*:هل يمكن أن نفعل المزيد و بشكل أفضل بنفس الموارد . بالتالي يبحث على معرفة الحدود الممكنة التي تجعل المخرجات كافية لحل المشكلة العامة. فكلما بدت المخرجات المحققة أقل حال و احتواء للمشكلة العامة. كان ذلك دليلا لعدم كفايتها مما يشكل دافعا قويا لتقييم المخرجات و الآثار المترتبة جراء تطبيق السياسة العمومية الكفاية الشاملة، وتمثل العلاقة بين الوسائل المخصصة والنتائج المحققة.

وعليه يمكن القول بأن معيار الكفاية. يتم بتحليل العلاقة القائمة بني الموارد و الإمكانيات المخصصة للسياسة العمومية و الآثار و الانعكاسات المترتبة عن هذه الأخيرة. بالإضافة إلى دراسة

الأدوات المستخدمة أثناء رسم السياسات العمومية من خلال حجم تكلفها و الآثار المترتبة عن استعمالها.

- معيار الفاعلية : :قبل التطرق إلى معيار الفاعلية وجب التطرق إلى بعض المصطلحات التي لها علاقة وهي:

* النتائج :وهي المخرجات و الإنجازات المقصودة و الغير مقصودة سلبية أو ايجابية كما يمكن أن تكون كمية أو كيفية .و النتائج لها علاقة مباشرة مع الأهداف كما يمكن ان تظهر النتائج في المدى الطويل:

* الأثر: الآثار الأوسع الذي تمنحها السياسة أو المشروع سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة في المدى الطويل و المتوسط .

* التأثير :الأثر على المدى الطويل سواء كان إيجابي أم سلبي والناتج عن التدخل بشكل مباشر أو غير مباشر بصفة مقصودة أو غيريها إن تقييم الآثار المترتبة عن تنفيذ السياسات العمومية يسمح بالوقوف على الانعكاسات و الآثار السلبية و الإيجابية التي تحدثها عملية تنفيذ هذه السياسات علما أن هذه الانعكاسات و الآثار قد تكون أحيانا مقصودة مثل المساعدات التي تقدمها الدولة لبعض الفئات كالفئة المعوقين و المحتاجين و ذوي الدخل فمن الخطأ الحكم على عدم فعاليات السياسات العمومية بنظر أثارها على المدى القصير هذه الأثار التي يمكن اعتبارها جانبية بالتالي يمكن انتظار حتى على المدى المتوسط أو البعيد.

- معيار الانسجام: يركز هذا المعيار أثناء تقييم السياسات العمومية على حالات التناسق القائم و الترابط الموجود و البناء المنسجم بين العناصر المشكلة لبرنامج السياسة العمومية. لاسيما الأهداف المسطرة والإمكانيات المادية و البشرية المسخرة وحتى النصوص القانونية تتكيف و تتوافق مع الاهد اف المسطرة.

- معيار الفعالية[27]: إن تقييم فعالية السياسة يعني إلى أي مدى الآثار الخاصة للسياسة تتسق مع أهدافها نستعمل عبارة الآثار الخاصة للإشارة إلى الآثار الناجمة عن السياسة ذاتها وليس تأثير السياق أو العوامل الخارجية الأخرى-ونجد التعريف التالي كتعريف مناسب: الفعالية هو تقييم نتائج سياسة عمومية من خلال مقارنها بالأهداف الرسمية الوسيطة والنهائية وقياس تحقيق الأهداف لذلك يسلط الضوء على نتائج التقرير الخاصة بحل مشكلة جماعية أو محاولة الحد مهنا فمعيار الفعالية يجيب على أهم اهتمامات طالب التقييم. في تبيان فشل أو نجاح السياسة. وهو الأمر الذي تقدره مؤشرات قياس الفعالية و مهنا صراحة الأهداف ، بقياسها بالمؤشرات الكمية والكيفية حيث من الضروري امتلاك العديد من المؤشرات للإحاطة بالظاهرة المعقدة . فمثال تطور

نسبة البطالة هو مؤشر على وضعية سوق العمل وبالتالي مؤشر على نتائج سياسة الشغل. وإذا ما أردنا تكوين فكرة عن تطور الشغل لابد من تجميع واستغلال عدد معين من المؤشرات المتكاملة لتوضيح جوانب هذه الظاهرة.

- معيار الاستدامة: يحدد هذا المعيار ما إذا كانت الآثار الإيجابية مستديمة بعد الانتهاء من تطبيق سياسة معينة.

الفرع الثاني: أدوات عملية التقييم[28]

إن اللجوء لأداة في التقييم له فوائد متعددة. من ناحية ضمان النتائج المحصل عليها ومحتوى العملية التقييمية والتحكم في التكاليف وكذا إمكانية المقارنة بين النتائج المحصل عليها من تقييمات مختلفة. والتقييم الذي يكون على أساس تقنية معينة يكون من السهل وأكثر مصداقية لمستغل التقرير النهائي للتقرير.

- تحليل S.W.O.T : فهو عبارة عن أداة تم تطويرها منذ الخمسينات لمساعدة المؤسسات على تحديد استراتيجياتهم في بيئة تنافسية متقلبة و ملزمة وهذه الأداة المساعدة للقرار تجمع بين دراسة نقاط القوة والضعف[29] للمنظمة مع الفرص والتهديدات في بيئتها للمساعدة في تجديد استراتيجيتها .

وهي تعد جزءا من الأدوات الكلاسيكية للتحليل الاستراتيجي في القطاع العمومي ، غرض التحليل أن تأخذ في الاعتبار في إعداد الاستراتيجية العوامل الداخلية والخارجية على السواء تعظيم إمكانات القوة والفرص المحتملة وتقليل أثار نقاط الضعف والتهديدات, يمكن استخدام هذه الأداة في أنواع التقييم كما يلي:

* التحليل المسبق: لتعريف الخطوط الاستراتيجية أو الملائمة.

* التحليل المصاحب :الحكم على مدى ملائمة ومدى انسجام البرامج الجارية.

* التحليل اللاحق: للتحقق من مدى ملائمة و انسجام الاستراتيجية أو البرنامج.

- دراسة الحالة : في مجموعة من الطرق النوعية و الكيفية المعتمدة في التقييم و المعالجة فهي تعتبر تحليل معمق و مفصل لفاعلين في الميدان الاجتماعي انطلاقا من ملاحظة أو مجموعة محددة من الملاحظات والمعاينات .وتسمح هذه الدراسة بأخذ بعين الاعتبار و بطريقة فعلية و معمقة لواقع الأعمال و الجماهير والمؤسسات و المنظمات...، أو سير و تطور مثال كيفية بحث و إحياء نشاط البرامج الخاضعة للتقييم وهذه الدراسات تعتمد على المساهمات في الجماعات في مواعيد محددة أو حتى متابعة مجموعة الشواهد والملاحظين...الخ و يمكن استخدامها كتكملة لوسائل أخرى تستعمل في التقييم و المعالجة و ليس كممارسة لتحليل متكامل بدون نقائص.

- جمع الخرباء : يمكن تعريف هذه الأداة على أهنا مجموعة من المختصين المستقلين ومعترف لهم على الأقل في مجال الخاص بالبرنامج الذي يدخل ضمن السياسات العمومية المزمع إخضاعها للتقييم ..حيث يجتمعون لاصدار حكم جما عي و توا فقي على برنا مج ما ووفقا لترتيب يكون الحكم على التنفيذ أو الآثار أو جزء من البرنامج.

ويقوم جمع الخروء بالتقييم بناء على إجراءات معيارية و هذه الأداة تعتبر طريقة دقيقة و من أجل عقد الاجتماعات و إصدار الأحكام إما في منطقة معينة أو بلد بأكمله تحت ظروف معينة.

- التحليل متعدد المعايير : تستعمل هذه التقنية في إصدار أحكام مقارنة حول مشاريع متعاقبة وإجراءات غير متجانسة. وتسمح بالأخذ بعين الاعتبار عدة معايري تدخل في حالات متنوعة ومعقدة .وبهذا تساعد متخذي القرار [30]في إطار نظرة مستقبلية مبنية على مرجعية زمنية على اتخاذ قرارات تجمل رأي كل الفاعلين, والهدف من خلال هذه التقنية إلى هيكلة وتشكيل ملاحظات بغية المشاركة في عملية اتخاذ القرار. ومن ثم ينبغي أن نشير أننا نقصد بعملية القرار تلك العملية التي تتميز بتعدد فيها الخيارات كما تهدف التقنية إلى إبراز الآراء والقناعات الشخصية للفاعلين بالنظر إلى مسالة معينة .وبالتالي بلورة الآراء المطروحة من اجل ترتيب المعايير حسب الأهمية و الأولوية".

- أسلوب التكلفة / العائد : لا يكفي قياس أثر السياسة العمومية للحكم إذا كانت فعالة أم لا في الواقع أي سياسة لا يمكن أن تعتبر فعالة إلا إذا كان كل فوائدها تفوق التكاليف الإجمالية .وتحليل التكلفة-العائد هو تعيين القيمة النقدية لهذين العنصرين من أجل حساب القيمة الصافية الإجمالية للسياسة المعنية. وكثيرا ما يستخدم هذا النوع من التحليل كأداة لاتخاذ القرار قبل تنفيذ السياسة المعنية (. ولكن يمكن أيضا أن يكون بمثابة إطار للتحليل اللاحق بعد تنفيذ الإصلاح .

الخاتمة:

نستخلص أن عملية تقييم السياسات العمومية تعتبر كاستجابة للمعادلة الصعبة التي تواجه الحكومات من جراء تعدد وتعقد المطالب الاجتماعية ومحدودية الموارد لمواجتها. حيث توجد العديد من الأدوات والأساليب والمعايير لتقييم السياسات العمومية حيث تستخدم حسب طبيعة البرامج والسياسات العمومية وطبيعة البيئة التي توجد فيها هذه السياسة أو البرنامج كما أنه مسار أي عملية تقييمية تبدأ بطلب التقييم إلى حين استلام الجهة التي قدمت التقرير .

الهوامش:

[1] - مدوري عبد الرزاق – تحليل فعالية السياسات العمومية في ترقية الصادرات خارج المحروقات في الجزائر - – مذكرة ماجستير – جامعة وهران- كلية العلوم الاقتصادية – 2012/2011- ص 3.

[2] - أحمد طيب – دور المعلومات في رسم السياسات العامة في الجزائر (دراسة حالة المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي) - مذكرة ماجستير – جامعة بن يوسف بن خدة – كلية العلوم السياسية والإعلام– 2007/2006- ص 02.

[3] - النعمى السائح العالم - مفهوم صنع السياسة العامة ومراحلها - جامعة طرابلس ليبيا – مجلة الأستاذ – العدد 11- سنة 2016 – ص 156.

[4] - حسن طارق - السياسات العمومية بين السياسة والإدارة، ملاحظات حول الحالة المغربية - دفاتر السياسة والقانون - العدد 6 جانفي 2012 - ص 27.

[5] - مجلس النواب – تقييم السياسات العمومية (الإطار المرجعي لتقييم السياسات العمومية) – منشورات مجلس النواب – ص 38.

[6] - ابتسام قرقاح – دور الفواعل غير الرسمية في صنع السياسة العامة في الجزائر (2009/1989) – مذكرة ماجستير – جامعة الحاج لخضر باتنة – 2011/2010 – ص22.

[7]- عامر الكبيسي ، مترجما ، السياسة العامة ، ط1)عمان : دار المسيرة للنشر و التوزيع ،1999 ، ص25.

[8]- أحمد سليمان الحمداني قحطان ، الأساس في العلوم السياسية)عمان :دار المجدلاوي للنشر والتوزيع، 2004، ص 300.

[9] - نصر محمد مهنا ،علم السياسة)القاهرة : دار غريب للطباعة و النشر ، 1994 ، ص 110 وما يليها.

[10]- ثامر كامل محمد الخزرجي ، النظم السياسية الحديثة و السياسات العامة)عمان : دار مجدلاوي ، 2004،ص 12.

[11]- ثامر كامل محمد الخزرجي ، مرجع سابق ،ص 32.

[12] - جيمس أندرسون –ترجمة عامر الكبيسي – صنع السياسات العامة – دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ص05.

[13] - أنظر في ذلك - هشام زغاشو – صنع السياسة العامة من منظور توزيع السلطة وعلاقتها بالرأي العام في الأنظمة المفتوحة – مجلة البحوث والدراسات الإنسانية العدد 10- سنة 2015 – ص ومايليها78.

[14] - شليل عبد اللطيف – دور السياسات العمومية في تفعيل سياسة التشغيل في الجزائر – جامعة أبي بكر تلمسان – مقال غير منشور ص01.

[15] - أحمد مصطفى الحسين - مدخل إلى تحليل السياسات العامة – سلسلة الكتاب العربي الجامعي التدريسي في العلوم السياسية – جامعة الخرطوم – المركز العلمي للدراسات السياسية – الطبعة الأولى 2002 – ص 260.

[16] - رابح قاصد – تقييم السياسات العامة لإصلاح الدولة في الجزائر من منظور حقل السياسات العامة – مقال غير منشور ص - 92

[17] - الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان – مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية – أبريل 2014 – ص 15

[18] - رابح قاصد – مرجع سابق – ص 89.

[19] - تسابت عبد الرحمان – تقييم السياسات العمومية في الجزائر "مقاربة قطاعية " رسالة دكتوراه - جامعة مصطفى اسطنبولي معسكر - كلية العلوم الاقتصادية – 2016/2015- ص 75.

[20]- أنظر في هذا ،عبد المطلب غانم و آخرون ، تقويم السياسة العامة ، القاهرة : مركز الدراسات السياسية ، 1989، ص85 ومايليها.

[21] - تسابت عبد الرحمان – مرجع سابق- ص 76.

[22] - لأكثر توضيح أنظر عيسى محمد الغزالي – السياسات التنموية – المعهد العربي للتخطيط بالكويت – سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الدول العربية – العدد 21 – مارس – 2008 – ص 21 ومايليها.

[23]- لأكثر توضيح أنظر ،علي الدين هلال ،تحليل السياسات العامة : قضايا نظرية و منهجية)القاهرة : مركز البحوث و الدراسات السياسية ، 1988، ص 38 وما يليها.

[24] - تسابت عبد الرحمان – مرجع سابق- ص 90 ومايليها.

[25] - محمد السنوسي – الديمقراطية التشاركية وواقع الحوكمة المحلية في الجزائر " مدخل نضري " – مركز جيل البحث العلمي – مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية – العدد 15-فبراير 2018 ص15.

[26] - أنظر في ذلك (عائشة عباس - تطوير الأداء الحكومي كخيار استراتيجي لترشيد السياسة العامة- بحث في الآليات والأسس – المجلة الجزائرية للسياسات العامة – العدد8 – أكتوبر 2015- ص10.

[27] - النعمى السائح العالم - مرجع سابق – ص 165

[28] - تسابت عبد الرحمان – مرجع سابق - ص 95 وما يليها.

[29] - رابح قاصد – تقييم السياسات العامة لإصلاح الدولة في الجزائر من منظور حقل السياسات العامة – مقال غير منشور - ص95.

[30] - لأكثر توضيح أنظر - يتوجي سامية –*أطر رقمنة الإدارة العمومية في مشروع الجزائر الإلكترونية 2013- مجلة معاريف – السنة التاسعة – العدد 18 جوان -2015-* ص 212.

المراجع:

أولا: الكتب

01- ثامر كامل محمد الخزرجي – النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة – دراسة حديثة في استراتيجية إدارة السلطة – عمان الأردن – الطبعة الأولى – 2004.

02- الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان – مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية – أبريل 2014.

03- جيمس أندرسون –ترجمة عامر الكبيسي – صنع السياسات العامة – دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة

04- أحمد مصطفى الحسين - مدخل إلى تحليل السياسات العامة – سلسلة الكتاب العربي الجامعي التدريسي في العلوم السياسية – جامعة الخرطوم – المركز العلمي للدراسات السياسية – الطبعة الأولى 2002 .

05- عامر الكبيسي ، مترجما ، **السياسة العامة** ، ط1)عمان : دار المسيرة للنشر و التوزيع ،1999.

06- أحمد سليمان الحمداني قحطان ، الأساس في العلوم السياسية)عمان :دار المجدلاوي للنشر والتوزيع، 2004.

07- نصر محمد مهنا ،علم السياسة)القاهرة : دار غريب للطباعة و النشر ، 1994.

08- ثامر كامل محمد الخزرجي ، النظم السياسية الحديثة و السياسات العامة)عمان : دار مجدلاوي ، 2004.

09- علي الدين هلال ،تحليل السياسات العامة : قضايا نظرية و منهجية)القاهرة : مركز البحوث و الدراسات السياسية ، 1988.

10- عبد المطلب غانم و آخرون ، تقويم السياسة العامة ، القاهرة : مركز الدراسات السياسية ، 1989.

ثانيا: المقالات

01- عائشة عباس - تطوير الأداء الحكومي كخيار استراتيجي لترشيد السياسة العامة بحث في الآليات والأسس – المجلة الجزائرية للسياسات العامة – العدد8 – أكتوبر 2015-

02- عيسى محمد الغزالي – السياسات التنموية – المعهد العربي للتخطيط بالكويت – سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الدول العربية – العدد 21 – مارس - 2008

03- النعمى السائح العالم - مفهوم صنع السياسة العامة ومراحلها - جامعة طرابلس ليبيا – مجلة الأستاذ – العدد 11- سنة 2016.

04- يتوجي سامية –أطر رقمنة الإدارة العمومية في مشروع الجزائر الإلكترونية 2013- مجلة معاريف – السنة التاسعة – العدد 18 جوان -2015.

05- رابح قاصد – تقييم السياسات العامة لإصلاح الدولة في الجزائر من منظور حقل السياسات العامة – مقال غير منشور .

06- مجلس النواب – تقييم السياسات العمومية (الإطار المرجعي لتقييم السياسات العمومية) – منشورات مجلس النواب.

07- شليل عبد اللطيف – دور السياسات العمومية في تفعيل سياسة التشغيل في الجزائر – جامعة أبي بكر تلمسان – مقال غير منشور.

08- حسن طارق - السياسات العمومية بين السياسة والإدارة، ملاحظات حول الحالة المغربية - دفاتر السياسة والقانون - العدد 6 جانفي 2012

09- هشام زغاشو – صنع السياسة العامة من منظور توزيع السلطة وعلاقتها بالرأي العام في الأنظمة المفتوحة – مجلة البحوث والدراسات الإنسانية العدد – 10- سنة 2015 .

10- محمد السنوسي – الديمقراطية التشاركية وواقع الحوكمة المحلية في الجزائر " مدخل نضري " – مركز جيل البحث العلمي – مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية – العدد 15-فبراير 2018 .

ثالثا: الرسائل والمذكرات

01- ابتسام قرقاح – دور الفواعل غير الرسمية في صنع السياسة العامة في الجزائر (1989/2009) – مذكرة ماجستير – جامعة الحاج لخضر باتنة – كلية الحقوق والعلوم السياسية– 2011/2010.

02- مدوري عبد الرزاق – تحليل فعالية السياسات العمومية في ترقية الصادرات خارج المحروقات في الجزائر - – مذكرة ماجستير – جامعة وهران- كلية العلوم الاقتصادية – 2012/2011..

03- تسابت عبد الرحمان – تقييم السياسات العمومية في الجزائر "مقاربة قطاعية " رسالة دكتوراه - جامعة مصطفى اسطنبولي معسكر - كلية العلوم الاقتصادية – 2016/2015.

04- أحمد طيب – دور المعلومات في رسم السياسات العامة في الجزائر (دراسة حالة المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي) - مذكرة ماجستير – جامعة بن يوسف بن خدة – كلية العلوم السياسية والإعلام– 2007/2006.

تحقيق استقرار القوانين بالأمن القضائي
Achieve the stability of laws in the judicial security

سامية قلوشة، أستادة مساعدة قسم ب (*)
المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر
fleueamel13@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2020/04/14 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/15

****

ملخص:

استقرار القاعدة القانونية هو الأمن القضائي للحفاظ على الحقوق و الحرّيات فلم يعرّفه القانون ولا التّشريعات ولا الدّستور بل تمّ توضيح مبادئهما، من مساواة، و وضوح القاعدة القانونية ، عدم تناقض النّصوص فيما بينها ، استقرار العلاقات التّعاقدية ،... و لا يتأتّى ذلك إلاّ بأمن قانوني ، بمعنى عدم تضارب الأحكام إثر تكوين قضاة متخصّصين حرّاس للقانون juge gardien والذي ينعكس على الأمن القانوني، أهمية الموضوع تظهر في تحقيق استقرار القوانين عن طريق الأمن القضائي، والموضوع له أهداف من الناحية الاجتماعية والاقتصادية ،يعكس نوعية المجتمع والاقتصاد لهدا يجب على الدول الاجتهاد في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية:الأمن القضائي، الأمن القانوني،الاستقرار.

Abstract:

The stability of the legal base is the judicial security to preserve the rights and freedoms, so neither the law, nor the legislation, nor the constitution defined it, but their principles were explained, from equality, clarity of legal rule, non-contradictory texts between them, stability of contractual relations, ... and that does not follow Except by legal security, in the sense that there is no conflict of rulings after the formation of specialized judges guardians of the law, juge gardien, which is reflected on legal security, the importance of the matter appears in achieving stability of laws through judicial security, and the subject has goals in social and economic terms, reflecting the quality of society and the economy. Countries diligence in this area.

key words*:* judicial security, legal security, stability.

---

*أ.سامية قلوشة: flleuamel13@gmail.com

مقدمة:

القضاء هو الجهة الوحيدة لضمان تحقيق عناصر النظام العام في المجتمع أي تحقيق الأمن والسكينة والصحة من اجل استمرار الحياة في المجتمع،من خلال إيجاد سلطة قضائية مستقلة عن الجهات الأخرى المسنة والمنفذة للقانون، فيطبق القاضي القانون على كل من خرق قاعدة قانونية وفق احترام مبدأ المشروعية فهنا تتحقق سيادة القانون،وبالتالي يتحقق الأمن القضائي الذي يحقق العدالة من خلال تقه المواطنين فى القضاء ، يتم ذلك بتعميم الاجتهاد القضائي بنشره .

إن الأمن القضائي لا يتحقق إلا بالأمن القانوني أي تطبيق خصائص القاعدة القانونية فيتحقق الأمن القانوني الذي سينعكس على الأمن القضائي،من خلال إيجاد ثبات للعلاقات القانونية واستقرار الحقوق المكتسبة مما يؤدي إلى التنمية الاقتصادية.

إنّ الهدف من هذا الموضوع هو تعريف الأمن القانوني و القضائي على نطاق واسع لضمان الحقوق و الحريّات ، و تعزيز الثّقة في السّلطة القضائية لأنّها الوحيدة التي تضمن مناخا قضائيا يطمئن إليه المستثمرون؛ فالأمن القضائي كاشف لمدى ممارسة الفرد لحريّته من خلال إبرام الصّفقات العمومية مثلا ،أو ممارسة الصّحافة إلخ ... وفق وضوح القاعدة القانونية، أما العنصر الثّاني فهو ربط الأمن القضائي بوجود منظومة تشريعية متكاملة منسجمة مع التّشريعات الدّولية و متطابقة مع الدّستور.

و لذا ، سنتّبع منهجا تحليليا مقارنا بالدّول الأوروبية للاستدلال بمسيرتها في هذا المجال ، و من أجل بلوغ آفاق الموضوع ، يجب تحديد وظائف و خصائص الأمن القضائي و إبراز العلاقة بينه و بين الأنظمة القانونية ، و منها حفظ السّلام و النّظام داخل المجتمع و تطوير فعّالية القانون من خلال توحيد و ملاءمة القانون في كلّ دول العالم ؛ و إبلاغ أكبر قدر من المواطنين به ، و أنّ القرارات القضائية يجب أن يكون تأسيسها قانوني محض مع تفادي تضخّم القوانين و توسيع نطاق القاعدة القانونية الآمرة ، و الحدّ من تأويلات القضاة و التّقيّد بالقانون فقط .

فيتبيّن أنّ الأمن القانوني ينعكس على الأمن القضائي عند تطبيق القانون ؛ و هذا الأخير يؤثّر على الأمن القانوني ، عند تحقيق جودة القرارات القضائية ، و من أجل تأطير موضوع.

يستوجب طرح الإشكال الآتي: كيف نحقّق استقرار القوانين عن طريق الأمن القضائي ؟

من خلال معالجة مسألتين أساسيتين سنبين العلاقة بين الأمن القضائي والقانوني: (المبحث الأول) مفهوم الأمن القانوني و القضائي بتوضيح خصائصهما، ثم مدى تفاعل الأمن القانوني و القضائي فيما بينهما (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الأمن القانوني وخصائصه :

يرتبط الأمن القانوني بعدم تضخم القوانين أو تغيير القوانين عندما تتعلق بمجريات النظام العام الاقتصادي،أو عدم استقرار القاعدة القانونية عند ممارسة الرقابة القضائية على العقود، أو اعتماد اجتهاد قضائي غير الذي كان موجود وبالتالي التقيد به بأثر رجعى في الزمان ويحصل عادة في الجرائم الجنائية بفرض قيود على حرية الجاني في جرائم العود الجنسية أو في مجال المعاملات التكنولوجية المتغيرة والتي يتغير فيها القانون الاقتصادي [1]والتي لا يمكن للقانون إن يستقر فيها[2].
ومن خلال ذلك يظهر مفهوم الأمن القانوني (المطلب الأول)،

المطلب الأول: مفهوم الأمن القانوني:

وجد الأمن القانوني في ألمانيا منذ 1961 إذ أكدت المحكمة الفدرالية الدستورية دستورية المبدأ اعترف به دستوريا من محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في سنة 1962 وما يقاربه من مفهوم الثقة المشرعة [3] اي حماية القواعد القانونية ، إذ إن الأمن القانوني لا يمكن حصر مفهومه بل انه يظهر وفق مبادئ (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى دستورية الأمن القانوني من عدمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبادئ الأمن القانوني:

من أهم مبادئ الأمن القانوني هي أن :

- على القاضي واجب البث طبقا للقوانين يوم البث في القضية التي بين يديه،
- عدم رجعية القوانين،
- احترام الآثار الملزمة لاتفاق الأطراف ،
- التأويل في نطاق ضيق في القوانين الجزائية،
- احترام آجال الطعون والتقادم ،
- احترام الشيء المقضي به،
- حماية مبدأ الثقة المشروعة.

ان مبدأ الأمن القانوني يتجلى في تطبيق هذه المبادئ من دون ذكر مفهومه صراحة صراحة من قبل القاضي[4].

فلأمن القانون يعتبر وفق ما سبق ذكره كل ضمانة او نظام قانوني للحماية ،يهدف الى تحقيق الامن من خلال تطبيق القانون دون مفاجآت، ثم حسن تنفيذ الالتزامات ، و الحد من عدم الوثوق في القانون.[5] من هنا تتحقق جودة القانون من خلال تحقيق أهدافه فيؤمنه المواطنون ويثقون فيه

لتطبيقه مستقبلا فقانون بذلك توقعي التطبيق[6] لانه واضح القاعدة القانونية قابل للتطبيق في المستقبل لعدم تغييره حسب ذكر مجلس الدولة الفرنسي [7].

الفرع الثاني:دستورية الأمن القانوني:

في ألمانيا أعنبر مبدأ الأمن القانوني دستوريا ، أما في فرنسا فلقد اعتمد من خلال الدستور الألماني دون أن يقرره المجلس الدستوري الفرنسي، لكن استعمل في القضاء حماية للحقوق والحريات بإقرار من المجلس الدستوري في 1996 في قرار يحد من الطعون[8]، أما عن دستوريته فيمكن الإقرار بها فيما جاءت به المادة 2 من إعلان الحقوق العامة للإنسان و للمواطن [9].

إن الهدف من الأمن القانوني هو حماية المواطن من الآثار السلبية للقانون لتعقد القوانين والأنظمة،أو تعديلها المتكرر،اذ يجب الحفاظ على أمور أساسية تضمن حقوق وحماية المواطنين من بينها:

- الحرص على مساواة المواطنين،
- وضح القاعدة القانونية، لسهولة فهمها من المخاطبين بها،
- وجود قواعد معيارية في القواعد القانونية،
- عدم تناقض القواعد القانونية،
- استقرار القواعد القانونية،
- استقرار المعاملات القانونية،
- قابلية القانون للتوقع،
- سهولة الولوج الى القانون والمحكمة،
- المحاكمة العادلة،
- ضمان حقوق الدفاع،
- الشفافية في تطبيق القانون

الا أن القانون لا يمنع من تحول القاعدة القانونية مواكبة للعصر، لكن بالمقابل يجب مراعاة الشفافية فيه ونشر القواعد الجديدة، ولهذا يجب أيضا أنّ تكون القاعدة القانونية مرتبطة بحسن تطبيقها تحقيقا للمصلحة العامة على أنّ تكون المراسيم التنفيذية التي تبين كيفية تطبيقها تضمن فعالية لتطبيقها ولا تشل من تطبيقها.

المطلب الثاني:مفهوم الأمن القضائي:

الأمن القضائي يبرز من خلال مبادئ(الفرع الأول)، والتي يؤثر عليها الاجتهاد القضائي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: معنى الأمن القضائي:

يستغرق الامن القانوني الامن القضائي اذ أنّ القضاء يحمى الأمن القانوني عند تطبيق القاعدة القانونية وحماية الحقوق، لكن لا يتأتى ذلك الا وفق نمط خاص يعتمده القضاء لحسن سيره فيجب ابتداء أنّ :

- يكون القضاء مستقلا عن اية جهة اخرى،
- ضمان جودة الاحكام القضائية ،

فالامن القضائي يحقق مفهومين:

- فهو حاجز لتجاوزات الاشخاص فيما بينهم،وتجاوز الادارة لمصالحهم،
- حامى للاشخاص ضد التعسف،
- التصدي للدعاوى الكيدية وتعسفات المتقاضين.

ان تحقيق الغاية من الامن القضائي يضمن الثقة في المنظومة القضائية وبالتالي تحقيق استقرار في المعاملات التجارية، الامر الذي تزدهر به الاقتصاد، وهو هدف تسعى اليه كل دول العالم لهذا أصبحت المنظومة القضائية كأولوية.[10]

الفرع الثاني: علاقة الأمن القضائي بالاجتهاد القضائي:

إن الاجتهاد القضائي عنصر فعال في مواكبة التطورات المفاجئة و أن وجوده يضمن استمرار الهيئات القضائية في العمل اثر تحقيقه لملائمة القاعدة القانونية للمستجدات،الا إن الاجتهاد القضائي يحد أحيانا من قابلية القاعدة القانونية للتوقع اثر اجتهاد قضائي غير متوقع من قبل المتقاضين،مثل ظهور وقائع جديدة أو من خلال شهادة شهود أو حجج جديدة ،أو خبرة فنية أو من خلال السلطة التقديرية التي يمارسها القاضي،وسلطته في التأويل.

المبحث الثاني:علاقة الأمن القانوني بالقضائي:

إن الأمن القانوني الذي من بين عناصره الهامة استقرار القاعدة القانونية وضمان فعالية تطبيقها (المطلب الأول)، يؤثر مباشرة عل استيعابها من القضاء فتستقر الأوضاع القانونية وإلا اثر عليها الاجتهاد القضائي(المطلب الثاني).

المطلب الأول:علاقة الأمن القضائي بالاجتهاد القضائي:

إنّ مفهوم الاجتهاد القضائي له خصائص تميزه عما سواه من المفاهيم (الفرع الأول)،ثم نبين اثر الاجتهاد القضائي على الأمن القضائي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي:

إن المحكمة الأوروبية[11] أكدت أن الاجتهاد القضائي يجب أن يكون محددا بالقانون ،فانه يتبع إجراءات معينة كالأتي:

- الإعلان عن تغيير الاجتهاد القضائي،
- الحد من الأثر السلبي الرجعى للاجتهاد القضائي الجديد،
- الحد من تضارب الاجتهادات القضائية على مستوى محكمة النقض،
- مراقبة الأمن القانوني في الاجتهاد القضائي ،

***فتتجلي مظاهر الأمن القضائي:** ضمان قيام استقلال القضاء و استقلال القضاة، بما يؤكد توفر الشروط الدستورية و القانونية للاستقلال العضوي وللاستقلال الشخصي و الاستقلال المالي والإداري والمؤسساتي.

إن سيادة القانون هي أساس الحكم في الدولة، لأن الدولة يجب أن تخضع للقانون. ولا عقوبة إلا بناء على قانون. ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون.

إن أهم مظاهر الأمن القضائي و الأمن القانوني هو عدم التنصيص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء.

كما أن الأحكام القضائية يجب أن تنفذ، و كل تعطيل بتنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين هو جريمة يجب أن يعاقب عليها القانون. و للمحكوم له في هذه الحالة مثلا حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة.

إنه من المعلوم أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية و التنفيذية، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون.

الفرع الثاني: اثر الاجتهاد القضائي على الأمن القضائي:

اوضحت التجربة ان من مصلحة الافراد والجماعات ان تستند على الاجتهادات القضائية لانها تسد الغموض في القاعدة القانونية، الا انه يشكل من جهة اخرى اضطراب في استقرار المعاملات والمراكز القانونية المكتسبة في ضل اجتهادات سابقة، وقد اقرت محكمة النقض الفرنسية ان "

الامن القانوني يمكن من الاعتداد بحق مكتسب وفق اجتهاد ثابث لانه متروك للقاضي في تطبيق القانون ، ولقد رأت عدة محاكم فرنسية ان الاجتهاد غير مضر بالصالح العام وغير مضر بالامن القضائي ، فالقانون الحي تصنعه المحاكم ولهذا فالتوقع في المحاكم ليس بالأمر السهل"الا ان المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان جعلت من الاجتهاد القضائي محصورا مقيد بضوابط لعدة اسباب:

- إن الاجتهاد القانوني يخلق القاعدة القانونية و لهذا يؤثر على المعاملات لهذا يجب توحيده لاستقراره وتحقيق الأمن القضائي وبالتالي تحقيق الأمن القانوني. و من اجل تحقيق ذلك ينبغي نشره.
- إن خطر رجعية الاجتهاد القضائي على الأمن القضائي تنحصر في تطبيقه حالة صدوره دون مراعاة الوقائع التي حصلت أثناءه وهذا قد يؤثر بثقة المتقاضين في العدالة لتزعزع مراكزهم القانونية.

خاتمة:

إن الأمن القضائي يحقق دولة القانون والعدالة حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم التي لا تتحقق إلا باحترام مبادئ الأمن القانوني ، من وضوح القاعدة القانونية وعدم رجعيتها،لان القضاء يقضي وفقا لمبادئ القاعدة القانونية ويحقق الأمن القانوني الذي ينعكس على الأمن القضائي مباشرة من خلال نشر الاجتهادات القضائية التي لها صلة بالرأي العام لثقة المواطنين في العدالة ، وتوحيد الاجتهادات في كل الهيئات القضائية.

يتحقق الأمن القانوني بالدسترة عليه في الدستور كما فعل المشرع الألماني،كما أن القاعدة القانونية الجامدة لما فيها من مرونة ودقة العبارات توثر هي الأخرى على الأمن القضائي. يجب التوسيع من دائرة القواعد الآمرة لحماية الحقوق والحريات .

كما يجب التقيد بمبدأ اليقين في القضاء أي احترام المحاكم الابتدائية لاجتهادات المحكمة العليامن اجل عدم تضارب الأحكام فزعزعة ثقة المواطنين في القضاء.

الهوامش:

[1] . Anne PENNEAU - La sécurité juridique à travers le processus de normalisation - Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage? Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003. http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/penneau.pdf . Consultéle 18/03/2008..

[2]. عبد المجيد غميجة مدير الدراسات والتعاون والتحديث بوزارة العدل، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية لالتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 82 مارس 8002،ص.1.

[3] . Jean-François Boudet - La Caisse des dépôts et consignations-: histoire, statut, fonction. les Logiques Juridiques, 2006. p. p. 27 et 28.

[4] . Bertrand Mathieu – Le principe de sécurité juridique. Études réunies. http://www.conseilconstitutionnel.fr/cahiers . Consulté le 16/03/2008.

[5] . - Cathy Pomart - La magistrature familiale : Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille. Editions L'Harmattan , 2004. Collection Logiques Juridiques. p.197.

[6] . Eric Carpano - Etat de droit et droits européens. Collection Logiques Juridiques, 2005. p . 231.

[7] Le contenu du principe: "Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles".

[8] . Cathy Pomart - La magistrature familiale. Op.cit. p. 195.

[9] .. L'art. 2 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose:" Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression".

[10]. « La sécurité juridique et judiciaire constitue un élément fondamental pour les investisseurs, pour le développement économique, l'image et la compétitivité du Maroc et de ses entreprises », CGEM - L I V R E BLANC : P o u r r e n f o r c e r e t c o n s o l i d e r le dynamisme de l'économie marocaine. 2007. p. 34.

[11] . Guy Canivet - Incertitude et politique jurisprudentielle de sécurisation du droit Questions et évolutions majeures de la jurisprudence : une politique jurisprudentielle de sécurisation du droit http://www.courdecassation.fr//formation_br_4/2005_2033/jurisprudentielle_securisation_80.

قائمة المراجع:

الكتب بالعربية :

عبد المجيد غميجة مدير الدراسات والتعاون والتحديث بوزارة العدل، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 82 مارس 2008.

الكتب بالفرنسية:

1. Cathy Pomart - La magistrature familiale : Vers une consécration légale du nouveau visage de
2. l'office du juge de la famille. Editions L'Harmattan, 2004. Collection Logiques Juridiques.

3. Jean-François Boudet - La Caisse des dépôts et consignations-: histoire, statut, fonction. les Logiques Juridiques, 2006.
4. CGEM - L I V R E BLANC : P o u r r e n f o r c e r e t c o n s o l i d e r le dynamisme de l'économie marocaine. 2007.
5. L'art. 2 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 .

Conférence

1. Anne PENNEAU - La sécurité juridique à travers le processus de normalisation - Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage? Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003

. **Cite internet**

..Bertrand Mathieu – Le principe de sécurité juridique. Études réunies. http://www.conseilconstitutionnel.fr/cahiers . Consulté le 16/03/2008.

1. Guy Canivet - Incertitude et politique jurisprudentielle de sécurisation du droit Questions et évolutions majeures de la jurisprudence : une politique jurisprudentielle de sécurisation du droit http://www.courdecassation.fr//formation_br_4/2005_2033/jurisprudentielle_securisation_80

بدائل نقل المخاطر في شركات التأمين على الأشخاص
Alternatives to transferring risks in people insurance companies

د. منال بن شيخ (*)
جامعة فرحات عباس سطيف 1 –الجزائر-
manoula1988@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2020/01/09 تاريخ القبول للنشر: 2020/04/25

****

ملخص:

هدفت هذه الدراسة إلى إبراز آليات نقل المخاطر في شركات التأمين على الأشخاص؛ وذلك من خلال التعرف على أهم المخاطر التي تتعرض لها هذه الأخيرة وما هي البدائل المتاحة أمامها لنقل مخاطرها ؛ سواء كانت آليات تقليدية –إعادة التأمين- ؛ أو آليات حديثة –التوريق- وأيهما أفضل . وقد بينت الدراسة أن لكل آلية خصائصها ومميزاتها؛ فالتوريق يعتبر مخطط بديل لإعادة التأمين في حالة المخاطر الكارثية؛ وفي نفس الوقت يعتبر مكمل له في كثير من الحالات، وبتالي يجب على شركة التأمين اختيار البديل الأفضل حسب احتياجاتها وحسب المخاطر التي تواجهها.

الكلمات المفتاحية: شركات التأمين؛ تأمينات الأشخاص؛ إعادة التأمين ؛ التوريق.

Abstract*:*

The objective of this study is to highlight the risk transfer mechanisms in the insurance companies by identifying the most important risks to which they are exposed and what alternatives are available to them to transfer their risks, whether traditional mechanisms - reinsurance - or modern mechanisms - securitization - Best . Valuation is an alternative scheme for reinsurance in the event of catastrophic risks; at the same time it is complementary in many cases, and as a result the insurance company must choose the best alternative according to its needs and the risks it faces.

key words*:* Insurance companies; person insurance; reinsurance; securitization

* د. منال بن شيخ: manoula1988@yahoo.fr

مقدّمة:

تتعرض شركات التأمين على الأشخاص لمخاطر متعددة؛ وذلك باعتبارها مؤسسة مالية من جهة وبالتالي تتعرض لمختلف المخاطر التي تتعرض لها المؤسسات المالية؛ ومن جهة أخرى الطابع الخاص الذي يميزها عن غيرها من المؤسسات المالية؛ والذي يميزها أيضا عن غيرها من شركات التأمين. وعليه فهي تسعى لمواجهة هذه المخاطر لضمان الوفاء بالتزاماتها وتحقيق ربح مناسب يمكنها من الاستمرار والبقاء، دون التعرض للمشاكل. حيث توجد علاقة ترابط وتداخل بين مختلف المخاطر التي تتعرض لها شركات التأمين عل الأشخاص؛ حيث بمجرد التعرض لمخاطرة ما، يمكن أن يؤدي ذلك بالشركة إلى مخاطر أخرى أي تحقق مخاطرة ما، يكون في نفس الوقت سببا لتحقق مخاطرة أخرى.

ومن أهم الآليات التي تسمح لشركات التأمين بنقل المخاطر هي إعادة التأمين؛ فهذه الأخيرة كانت ولا زالت تمثل أهم بدائل نقل المخاطر؛ لكن مع التطورات السريعة وزيادة حجم المخاطر أصبحت هذه الآلية عاجزة أمام المخاطر الكارثية؛ فظهرت الحاجة إلى آلية جديدة أكثر حداثة وملائمة لهذه المخاطر. وهذا ما وفر الابتكار المالي والذي انجر عنه ظهور التوريق كآلية حديثة لنقل المخاطر من شركات التأمين إلى السوق المالي؛ والذي بدوره مكن شركات التأمين من مواجهة المخاطر بشكل أفضل.

إشكالية البحث : من خلال ما سبق تنبثق الإشكالية و المتمثلة في: **ما مدى فعالية التوريق في نقل المخاطر في شركات التامين على الأشخاص؟**

وتتفرع عنها التساؤلات التالية:

- ما هي أنواع المخاطر التي تتعرض لها شركات التأمين على الأشخاص؟
- ما هي البدائل المتاحة لنقل المخاطر في شركات التأمين على الأشخاص؟
- وهل يعتبر التوريق بديل لإعادة التأمين؟

فرضية البحث : للإجابة على التساؤلات المطروحة و لمعالجة الموضوع تم الاعتماد على:

الفرضية الرئيسية: تلجأ شركات التأمين على الأشخاص إلى مجموعة من الآليات التقليدية والحديثة لنقل مخاطرها وذلك حسب احتياجاتها وحسب المخاطر التي تواجهها.

الفرضيات الفرعية:

- تواجه شركات التأمين على الأشخاص مجموعة من المخاطر تختلف عن باقي المخاطر التي تواجهها المؤسسات الأخرى؛
- إعادة التأمين والتوريق أهم آليات نقل المخاطر في شريكة التأمين على الأشخاص؛

- يعتبر التوريق بديل فعال لإعادة التأمين وبتالي يمكن لشركات التأمين الاستغناء عن إعادة التأمين.

أهمية الدراسة: تكتسي هذه الدراسة أهميتها من اهتمام الباحثين المتزايد بالبحث عن مواكبة التطورات ومسايرة مختلف المستجدات في القطاع المالي؛ لا سيما في مجال نقل المخاطر وإيجاد آليات حديثة لمواجهتها؛ كما تتجسد أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على قطاع مهم وهو تأمينات الأشخاص والتعرف على البدائل المتاحة لتحويل المخاطر ومحاولة المقارنة بينها والتعرف على البديل الأفضل.

أهداف الدراسة: نطمح من خلال دراستنا هذه بالدرجة الأولى إلى إبراز أهم الآليات المتاحة لنقل المخاطر التي تواجه شركات التأمين على الأشخاص؛ وتسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

- التعرف على مفهوم شركات التأمين على الأشخاص؛ وتسليط الضوء على أهم المخاطر التي تواجهها؛
- تقييم مدى نجاح آليات نقل المخاطر الحديثة (التوريق) مقارنة بالآليات التقليدية (إعادة التأمين)؛
- لفت الانتباه إلى أهم المخاطر التي يمكن أن تنجر عن البدائل الحديثة.

المبحث الأول: المخاطر في شركات التأمين على الأشخاص

تتعرض شركات التأمين على الأشخاص لمخاطر متعددة؛ وذلك باعتبارها مؤسسة مالية من جهة وبالتالي تتعرض لمختلف المخاطر التي تتعرض لها المؤسسات المالية؛ ومن جهة أخرى الطابع الخاص الذي يميزها عن غيرها من المؤسسات المالية والذي يميزها أيضا عن غيرها من شركات التأمين. وعليه فهي تسعى لمواجهة هذه المخاطر لضمان الوفاء بالتزاماتها وتحقيق ربح مناسب يمكنها من الاستمرار والبقاء، دون التعرض للمشاكل.

المطلب الأول: مفهوم شركات التأمين على الأشخاص

تعتبر شركات التأمين على الأشخاص كنوع خاص من شركات التأمين لذا سنتعرف أولا على شركات التأمين ثم نتطرق إلى تأمينات الأشخاص.

الفرع الأول: تعريف شركات التأمين

لقد تعددت التعاريف المقدمة لشركات التأمين أهمها :

-"شركة التأمين منشأة تجارية تهدف لتحقيق الربح؛ حيث تقوم هذه الشركة أو المنشأة بتجميع الأقساط من المؤمن لهم؛ واستثمارها في أوجه استثمارية مضمونة؛ بغرض توفير الأموال اللازمة

لدفع التعويضات للمؤمن لهم أو المستفيدين عند تحقق الأخطار المؤمن ضدها، وتغطية نفقات مزاولة النشاط التأميني، وتحقيق ربح مناسب"[1].

-" هي نوع من المؤسسات المالية التي تمارس دورا مزدوجا؛ فهي شركة للتأمين تقدم الخدمة التأمينية لمن يطلبها، كما أنها تقوم بتحصيل الأموال من المؤمن لهم في شكل أقساط؛ لتعيد استثمارها بغرض تحقيق عوائد"[2]

وعليه فشركات التأمين هي مؤسسة مالية تقوم بدور مزدوج؛حيث تقدم خدمة التأمين لمن يطلبها مقابل تلقي أقساط من المؤمن لهم، إذن هي أداة تأمين، كما أنها تقوم باستثمار الأقساط المتحصل عليها من المؤمن لهم نيابة عنهم مقابل عائد؛ وهذا بغرض توفير الأموال اللازمة لدفع التعويضات للمؤمن لهم أو المستفيدين عند تحقق الخطر المؤمن ضده، وتغطية نفقات مزاولة النشاط التأميني وتحقيق ربح.

الفرع الثاني: مفهوم التأمين على الأشخاص

إن التأمين على الأشخاص يمثل جميع عمليات التأمين التي يكون لحياة الإنسان دخل فيها، أي أن الخطر المؤمن منه يكون متعلقا بحياة الإنسان، فهو يوفر حماية الإنسان ومن يساعدهم ماديا من الأخطار المختلفة التي تؤدي إلى تخفيض أو انعدام قدرة الإنسان على العمل والإنتاج.

1- نشأة وتطور التأمين على الأشخاص : يذكر المؤرخون أن أول صور التأمين على الأشخاص كانت على حياة الربان والملاحين، حيث كان أصحاب السفن يؤمنون على حياة ربان السفينة والملاحين خلال مدة الرحلة(سنة أو أقل). ويذكر أن أول وثيقة تأمين على الحياة كانت في انجلترا (لندن) عام 1583 أصدرها المؤمن ريتشارد مارتن على حياة المؤمن عليه وليم جيبونز. ويعتبر عام 1762 نقطة تحول في تاريخ التأمين على الحياة،حيث قامت جمعية التكافؤ للتأمين على الحياة بإنجلترا بتحصيل أقساط التأمين تبعا لعمر المؤمن على حياته بالاعتماد على جداول الحياة (Life Tables) كأساس لحساب الأسعار وتحديد القسط[3].

وبظهور الثورة الصناعية زاد الطلب على وثائق التأمين على الحياة بسبب ظهور الطبقة المتوسطة وزيادة عدد العمال؛ وبذلك ظهر التأمين على الحياة الصناعي(Industrial Life Assurance)، ولقد كانت أقساط التأمين تدفع طوال حياة الفرد (المؤمن له) ويدفع مبلغ التأمين عند وفاته. وتطور التأمين لمقابلة رغبات الأفراد ومطالبهم فظهر التأمين المختلط على أن تحدد مدة التأمين ويستحق مبلغ التأمين في نهاية المدة إذا ظل الفرد على قيد الحياة أو توفي خلال مدة التأمين، وعرف التأمين على الحياة في أمريكا قبل عام 1759.

2-تعريف التأمين على الأشخاص: قبل التطرق إلى تعريف التأمين على الأشخاص؛ سنتعرف أولا على تعريف التأمين من بعد ذلك نعرض أهم التعريفات التأمين على الأشخاص. فالتأمين أحد وسائل مواجهة الخطر، ولو لا وجود الخطر لم يوجد التأمين، وقد تعددت التعريفات التأمين نذكر منها التعريف التالي:

التأمين:"هو اتفاق يلتزم بمقتضاه الطرف الأول (المؤمن) Insurer أن يؤدي إلى الطرف الثاني (المؤمن له) insured أو المستفيدBeneficiary الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو مرتبا أو أي عوض مالي آخر (مبلغ التأمين) Sum Insured في حال وقوع الحادث أو تحقق الخطر Risk المبين بالعقد وذلك مقابل قسط Premium أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن[4].

بعد عرض التأمين سنحاول الآن تعريف التأمين على الأشخاص:

-" عقد يغطي الخسائر المالية التي تنتج عن تحقق أي من أخطار الحياة. فنجدها تغطي حوادث بلوغ أرذل العمر كما تغطي حوادث قصر العمر، كما تغطي تلك الحوادث التي تقع للأشخاص في مجال حياتهم مثل الزواج أو دخول الجامعة أو بلوغ عمر محدد أو الوفاة أو غيرها من حوادث الحياة"[5]

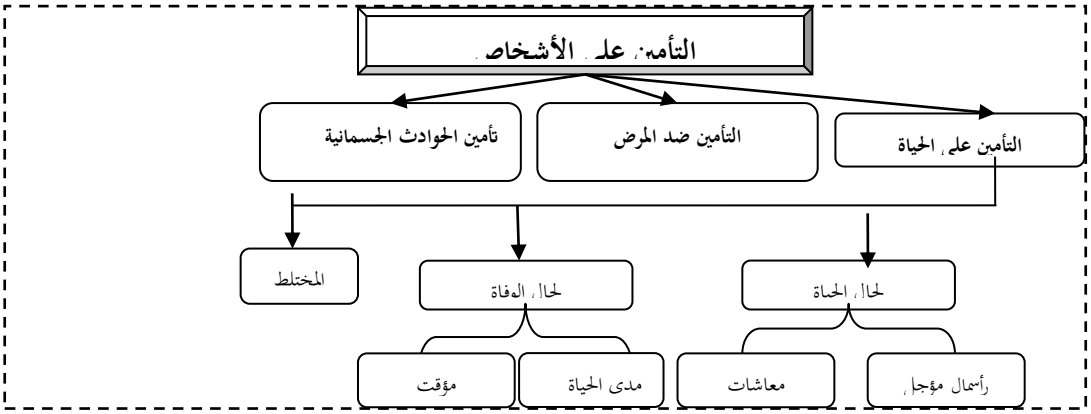
-" اتفاق بين طرفين يتعهد فيه الطرف الأول(المؤمن أو شركة التأمين) بأن يدفع للطرف الثاني(المؤمن له أو مؤمن عليه أو المستفيد) مبلغا من المال مرة واحدة أو يدفع بصفة دورية عند تحقق حادث معين يتعلق بحياة شخص أو عدة أشخاص معينين خلال مدة محددة في مقابل أن يدفع الطرف الثاني للطرف الأول قسطا(أقساط سنوية أو شهرية أو...) وتكون قيمة القسط أقل من مبلغ التأمين"[6].

أما المشرع الجزائري فقد عرف تأمينات الأشخاص على النحو التالي:"هي اتفاقية احتياط بين المؤمن له والمؤمن، ويلتزم بموجبه بأن يدفع للمكتتب أو المستفيد المعين مبلغا محددا، في حالة تحقق الحادث أو عند حلول الأجل المنصوص عليه في العقد، ويلتزم المكتتب بدفع الأقساط حسب جدول استحقاق متفق عليه"[7]

من خلال التعريفات السابقة نستنتج أن تأمين على الأشخاص يشمل التأمين ضد الأخطار التي يتعرض لها الأشخاص والتي تصيبهم مباشرة في حياتهم أو صحتهم، حيث يكون الشخص هو موضوع التأمين ويرتبط به مباشرة الخطر المؤمن ضده كالتأمين ضد المرض أو الحوادث الشخصية. وبتالي فهو عقد يكتتب بين المكتتب والمؤمن، يلتزم بواسطته المؤمن بدفع مبلغ محدد للمؤمن له أو المستفيد في حالة وقوع الحدث (موت المؤمن عليه؛ مرضه أو عدم كفاية الدخل أو خلال فترة التعاقد، في حين يلتزم المكتتب بدفع أقساط حسب جدول استحقاق متفق عليه.

3- أنوع التأمين على الأشخاص: يتناول التأمين على الأشخاص كل أنواع التأمين المتعلقة بشخص المؤمن له، وهناك أنواع عديدة تتمثل أهمها في التأمين على الحياة وهو الأكثر شيوعا؛ تأمين المرض و التأمين ضد الحوادث الجسمانية، حولنا تلخيصها في الشكل الموالي:

الشكل رقم 1 أنواع التأمين على الأشخاص



المصدر: من إعداد الباحثة

المطلب الثاني: المخاطر التي تتعرض لها شركات التامين على الأشخاص

تختلف المخاطر التي تتعرض لها شركات التأمين على الأشخاص باختلاف وجهة النظر فحسب الاكتواريين تنقسم إلى مخاطر التقنية وهي المخاطر المتعلقة بجانب الخصوم ومخاطر استثمارية والتي تخص الأصول أما المخاطر غير التقنية فهي تلك المخاطر التي لا يمكن تصنيفها كمخاطر تقنية أو استثمارية مثل المخاطر القانونية ومخاطر الإدارة والنشاط العام وغيرها. أما من وجهة نظر مالية فالمخاطر التي تواجه شركات التأمين محصورة في: المخاطر الاكتوارية؛ مخاطر القرض؛ مخاطر السيولة؛ المخاطر التشغيلية والمخاطر القانونية.

الفرع الأول: المخاطر الاكتوارية (ActuarialRisks)

تنشأ هذه المخاطر من ارتفاع تكاليف إصدار وثائق التأمين والالتزامات الأخرى، عندما تسدد الشركة التعويضات المستحقة عليها بقيم أكبر، وبمعنى آخر هي المخاطر التي تنجم عن استقبال الشركة مبالغ من الأموال أقل مقارنة بالأخطار التي توافق على تحملها. فإذا استثمرت الشركة أموالها في أوراق مالية مسوقة بكفاءة، ينبغي أن تتوقع الحصول على ربح مناسب. وإذا عوضت للمؤمن لهم بحد كبير مقارنة بتلك الأموال، فلا تستطيع أن تتوقع ربحا مرضيا على المدى الطويل.

وضمن هذه المخاطر وخلال أي فترة زمنية معطاة، فإن خسائر الاكتتاب ستتجاوز تصورها لها، وهذا قد يحدث لسببين؛ هما:

- توقعاتها قد تكون معتمدة على معرفة غير ملائمة لتوزيع الخسارة؛ الخسائر قد تتجاوز توقعاتها في السير الطبيعي لأعمالها، وبالتالي فإن الخسائر ستتقلب حول متوسطها، ودرجة الخسائر ستتعلق بالطبع بخصائص توزع الخسارة، والذي يتعلق بطبيعة الخطر المؤمن ضده[8] .

الفرع الثاني: المخاطر المنتظمة Systematic risk

ويقصد بها المخاطر الخارجية، وهي تنشأ من علاقة الاستثمار الخاص للمنشأة بالنشاط الاقتصادي ككل (السوق)،حيث يتأثر العائد صعودا و هبوطا بالتغيرات في العائد السوقي[9] .

وهي مخاطر تغيرات قيمة الخصوم والأصول المرتبطة بعوامل نظامية؛ قد يعود ذلك لمخاطر السوق مثلا، حيث يمكن أن تغطَّى لكن لا يمكن تنويعها بشكل كامل؛ وبالتالي فالمخاطر المنتظمة يمكن اعتبارها مخاطر غير قابلة للتنويع. وكل المستثمرين يقبلون هذا النوع من المخاطر أين تكون الأصول الممتلكة أو الحقوق المصدرة معرضة للتغير في القيمة كنتيجة لعوامل اقتصادية كثيرة[10]. وبالنسبة لقطاع التأمين قد تتمثل المخاطر المنتظمة في انخفاض سعر الفائدة للأصول المستثمر فيها، وقد يتعلق ذلك بتغير في المستوى العام لنسب الفائدة، أو بالتضخم، وخاصة بالنسبة لشركات التأمين على الممتلكات والمسؤوليات. لأن المؤمنين الذين يعتمدون هذه العوامل المنتظمة غالبيتهم يحاولون تقدير أثر هذه المخاطر المنتظمة الهامة على الأداء وتغطيتها، وبالتالي تحديد حساسية أدائها المالي للتغير في العوامل غير القابلة للتنويع.

الفرع الثالث: مخاطر الائتمان Credit risk

تعد مخاطر الائتمان من أهم المخاطر التي تواجهها المؤسسات المالية. وعليه سنحاول عرض مفهوم مخاطر الائتمان، وذلك من خلال تقديم التعريف التالي: "مخاطر الائتمان هي احتمال عدم وفاء أحد المقترضين أو الطرف المقابل بالتزاماته وفقا للشروط المتفق عليها"[11]. وعليه فمخاطر الائتمان هي مخاطر عدم أداء المقترض التزاماته وفق الشروط المتفق عليها، وقد تنشأ مخاطر الائتمان من عدم قدرة أو عدم رغبة المقترض في السداد وفقا للاتفاق الأولي المتعاقد عليه[12].وهذا قد يؤثر على المستثمرين، أو على مالك القرض.ويرتبط هذا الخطر بنوعية الموجودات واحتمال التخلف عن السداد، وبسبب هذا الخطر، هناك عدم تأكد من صافي الدخل والقيمة السوقية لحقوق الملكية الناشئة عن عدم الدفع وتأخر سداد أصل الدين والفائدة. والخطر الحقيقي من الائتمان هو الانحراف في أداء المحفظة عن قيمها المتوقعة. وبناء عليه، فإن مخاطر الائتمان قابلة للتنويع ولكن يصعب إلغاؤها تماما، لأن معدلات التخلف عن السداد نفسها تظهر الكثير من التذبذب. وهذا لأن

جزءا من مخاطر عدم سداد القرض قد ينجم، في الواقع، عن المخاطر المنتظمة. وبالإضافة لذلك، فإنه وعلى الرغم من الأثر المفيد للتنويع على عدم التأكد الكلي، لا تزال الخسائر تمثل مشكلة بالنسبة للدائنين.وهذا ينطبق بشكل خاص على شركات التأمين التي تعتمد بشكل كبير على الموجودات غير السائلة. وفي مثل هذه الحالات، لا يمكن نقل أو تحويل مخاطر الائتمان بسهولة ومن الصعب تقدير حجم الخسائر بدقة[13].

الفرع الرابع: مخاطر السيولة Liquidity risk

تنشأ من الفشل أو العجز عن الوفاء بالالتزامات المالية الحالية والمستقبلية من بسبب نقص في النقد أو ما يعادله من الأصول النقدية، وبالتالي تحدث مخاطر السيولة عند العجز عن الوفاء بالاحتياجات الفورية من السحب في الأجل القصير، أو في حالة قصور التدفقات النقدية الداخلة عن مقابلة التدفقات النقدية الخارجة، وعليه فمخاطر السيولة تتلخص في العجز عن تسييل أي أصل من الأصول، بسرعة وبدون أي خسائر. أما بالنسبة لشركات التأمين فيمكن وصف مخاطر السيولة على أنها مخاطر أزمات التوظيف (fundingcrisis)، ففي بعض الحالات يُنظر إليها بدقة أكبر كاحتمال لأزمات التوظيف. وفي حالات أخرى لا يمكن تجنبها لأنها مرتبطة بحدث غير متوقع مثل مطالبات التعويضات الكبيرة أو انخفاض قيمة الأصول أو الخسارة الناجمة عن أزمات الثقة أو الأزمات القانونية، لأن المؤمنين يتعاملون في الأسواق أين يمكن أن يتلقوا مطالبات مجمعة تعود لكوارث طبيعية، أو طلبات كبيرة لاسترداد أو التنازل عن وثائق التأمين على الحياة بصفة خاصة، والتي تعود لتغير نسب الفائدة[14].

الفرع الخامس: المخاطر التشغيلية Operational risks

تظهر هذه المخاطر نتيجة عدم الدقة في تنفيذ العمليات المختلفة أو ارتكاب الأخطاء،أو فشل أنظمة التشغيل في الاستجابة لتعليمات أو قوانين معينة أو نتيجة الخداع أو الاحتيال. وتعرف المخاطر التشغيلية كالتالي:"احتمال الخسارة التي قد تنشأ عن فشل أو عدم كفاية العمليات الداخلية، أو من الأشخاص، أو الأنظمة،أو بسبب أحداث خارجية"[15]

الفرع السادس: المخاطر القانونية Legal risks

ترتبط هذه المخاطر بعدم وضع العقود المالية موضع التنفيذ أي أنها ترتبط بالنظام الأساسي والتشريعات والأوامر الرقابية التي تحكم الالتزام بالعقود والصفقات. وربما تكون طبيعة هذه المخاطر خارجية مثل الضوابط الرقابية التي تؤثر في بعض أنواع الأنشطة التي تمارسها المؤسسة، كما يمكن أن تكون ذات طبيعة داخلية ذات صلة بالإدارة والموظفين مثل الاحتيال وعدم الالتزام بالضوابط والقوانين، وهي تعتبر جزء من المخاطر التشغيلية[16].

المبحث الثاني : إعادة التأمين كبديل تقليدي لنقل المخاطر

إن المخاطر في شركات التأمين على الأشخاص مرتبطة ببعضها البعض وحدوث مخاطرة ما قد يؤدي إلى حدوث مخاطر أخرى، وبتالي تلجأ الشركة لإدارة هذه المخاطر إلى عدة طرق وتقنيات أبرزها تحويل المخاطر إلى طرف آخر يقبل تحملها وهو معيد التأمين.

المطلب الأول: نشأة ومفهوم إعادة التأمين

تمهيد حول المطلب الأول والنقاط التي سوف تعالج فيه، تمهيد حول المطلب الأول والنقاط التي سوف تعالج فيه.

الفرع الأول: لمحة تاريخية عن إعادة التأمين

بدأت فكرة إعادة التأمين في القرن الرابع عشر مصاحبة للتأمين التجاري الذي ظهر في القرن نفسه، وأول وثيقة معروفة في إعادة التأمين يرجع عهدها إلى عام 1370 ولكنها لم تكن قائمة في ذلك الوقت على أسس فنية صحيحة بل كانت أقرب ما تكون إلى الرهان. وتمت أول اتفاقية لإعادة التأمين في أوروبا عام 1821 حيث كانت اتفاقية متبادلة لإعادة التأمين بين شركة بلجيكية وأخرى فرنسية؛ ولم تظهر شركات الإعادة المتخصصة إلا في عام 1846 عندما تأسست شركة كولونيا الألمانية Cologne Re [17]

وأما عن التأمين على الحياة فلم تتطور إعادة التأمين بها إلا في القرن التاسع عشر عند ارتفاع مبالغ التأمين وزيادة الطلب على وثائق تأمين بمبالغ كبيرة، ويرجع تاريخ أول اتفاقية إعادة من هذا الفرع إلى عام 1858 عن طريق الشركة السويسرية "سويسري"Swiss Re التي بدأت نشاطها عام 1865؛ أما إنجلترا فلم تستخدم اتفاقيات إعادة التأمين على الحياة إلا بعد الحرب العالمية الأولى[18].ثم توالى بعد ذلك إنشاء شركات إعادة التأمين التي سرعان ما انتشرت في معظم البلاد الصناعية، ومن المعروف أن أكبر الشركات العالمية للإعادة في الوقت الحاضر هي تلك الشركات التي أنشئت في تلك الفترة مثل Swiss Re حيث تتمتع بملاءة مالية ومركز مالي أقوى مما تتمتع به دول عديدة من العالم.

الفرع الثاني: تعريف إعادة التأمين

تلعب إعادة التأمين دورا مهما في صناعة التأمين ومن الناحية العملية نجد أن كافة فروع التأمين تحتاج لإعادة التأمين؛ الذي لولاه لاضطرت شركات التأمين إلى تحديد عملياتها ونشاطاتها التأمينية، فشركات إعادة التأمين تتقاسم المخاطر مع شركات التأمين. وعليه سنحاول تقديم بعض التعاريف الخاصة بإعادة التأمين:

- أن عملية إعادة التأمينReinsurance هي:"دفع شركة التأمين جزءاً يتفق عليه من أقساط التأمين التي تحصل عليها من المستأمنين إلى شركة إعادة التأمين، تضمن لها نظير أقساط إعادة التأمين هذه تحمل جزء من الخسائر في حال وقوع الخطر المؤمن ضده [19]

-كما يعرف بأنه: "اللفظ الذي يطلق على أنواع الحماية والتسهيلات-المناظرة للتأمين-التي تنظمها فيما يبنها شركات التأمين وشركات إعادة التأمين المتخصصة على هيئة عقود بغرض تنمية محفظة التأمين وإعادة التأمين[20]

-"إن عملية إعادة التأمين هي عملية مقاسمة المسؤولية عن الخطر المؤمن منه ونتائجه، بين شركة التأمين التي توصف بالشركة المسندة The ceding Companyوبين شركة متخصصة هي شركة إعادة التأمين والتي توصف بمعيد التأمين The re-insurerوتتم هذه العملية بموجب عقد تلتزم الشركة المسندة بموجبه بأن تأخذ على عاتقها مسؤولية تغطية جزء من قيمة تغطية الخطر – وتسند الجزء الباقي من هذه القيمة إلى معيد التأمين لكي يتولى المسؤولية عن تغطيته، مقابل جزء يتناظر معه من قيمة القسط. وتعرف عملية المقاسمة هذه بعملية الإسناد The cession.

كما يعرف الجزء الذي تحتفظ به شركة التأمين لحسابها من قيمة تأمين الخطر بالاحتفاظ The retention، ونتيجة ذلك يتحمل كل طرفي هذا العقد جزءا من الخسارة الناتجة عن وقوع الحوادث المرتبطة بالخطر المسند وبمقدار تحدده شروط العقد. وكما تتم عملية المقاسمة بإسناد جزء من قيمة تأمين الخطر لمعيد التأمين، فإنها قد تتم أيضا بإسناد جزء من الناتجة عن تحقق الحوادث المرتبطة به، وبصرف النظر عن قيمة تأمينه. فتحدد شركة التأمين مقدار الخسارة التي يمكنها تحملها؛ والتي تعرف بشريحة الخسارة الأولى أو الاحتفاظ الأساسي The Undelying Retention على أن يكون معيد التأمين مسؤولا عن الخسارة الزائدة عن هذا الاحتفاظ وضمن السقف المحدد في العقد"[21]

-يقصد بإعادة التأمين: "قيام شركة التأمين بقبول الأخطار ذات المبالغ الكبيرة ومن ثم توزيع هذا الخطر بإعادة تأمين جزء أو أجزاء منه لدى شركات تأمين أخرى تقوم بالمشاركة بالجزء المخصص لها في تحمل الأخطار بحدود الأجزاء التي تقبلها وذلك مقابل دفع عمولة متفق عليها للشركة الأولى، وبالجزء المعاد تأمينه.

وبناء عليه يمكننا تعريف إعادة التأمين بأنه : عقد بين شركة التأمين المباشرة وشركة إعادة التأمين تلتزم بمقتضاه شركة التأمين المباشرة بدفع حصة من أقساط التأمين المستحقة لها من المستأمنين لشركة إعادة التأمين مقابل التزام شركة إعادة التأمين بتحمل حصة من المخاطر التي تلتزم بها شركة التأمين المباشرة .

ومن خلال التعاريف السابقة يمكن تحديد العناصر الرئيسة في عقد إعادة التأمين وهي:

- **المؤمن المباشر Direct Insurance** وهي شركة التأمين الأصلية التي قبلت العملية التأمينية كبيرة الحجم، فاحتفظت بجزء لنفسها و تنازلت عن الجزء المتبقي لصالح شركات تأمين أخرى، و يطلق على المؤمن المباشر عدة تسميات (الشركة المتنازلة، الشركة المحولة، الشركة المسندة).

- **معيد التأمين Reinsure** هو الطرف الثاني في عملية إعادة التأمين، حيث يتمثل في إحدى شركات التأمين التي قبلت إعادة تأمين جزء من العملية لديها، و يطلق عليها عدة تسميات (شركة إعادة التأمين، الشركة المشترية، الشركة المتنازل لها، الشركة الضامنة).

- **المبلغ المعاد تأمينه ReinsureSum** يمثل المبلغ الذي تنازلت عنه شركة التأمين المسندة من عملية التأمين لصالح شركة إعادة التأمين .

- **المبلغ المحتفظ به Retention** يمثل المبلغ الذي احتفظت به الشركة المسندة حيث يقع تحت مسؤوليتها وتتسلم الأقساط عنه .

- **قسط إعادة التأمين Reinsurance Ration**قسط تدفعه الشركة المسندة لشركة إعادة التأمين و يؤلف جزء من التأمين الأصلي وهو يتناسب طرداء مع المبلغ المتنازل عنه لصالح شركة إعادة التأمين.

- **عمولة إعادة التأمين Reinsurance Commission**هو مبلغ مستحق للشركة المسندة من شركة إعادة التأمين نتيجة تنازل الشركة المسندة عن جزء من عملية التأمين لصالح شركة إعادة التأمين. يتمثل هذا المبلغ بنسبة معينة من القسط المستحق لشركة إعادة التأمين و تتفاوت النسب حسب نوع التأمين.

- **عقد إعادة التأمين Reinsurance Contract**هو وثيقة قانونية تنظم العلاقة بين الشركة المسندة وشركة إعادة التأمين، وعلى هذا الأساس لا يستطيع المؤمن له الأصلي أن يطالب شركة إعادة التأمين بأي مبلغ وبأية مطالبات نتيجة تحقق خطر حيث يستطيع فقط مطالبة الشركة المسندة سواء كانت شركة إعادة التأمين ستدفع نصيبها من الخسائر أم لا.

الفرع الثالث: طرق إعادة التأمين: يمكن إجراء عمليات إعادة التأمين بين المؤمن المباشر وشركة إعادة التأمين بأكثر من طريقة في الحياة العملية، وأبرزها ما يلي:[22]

1- الطريقة الاختيارية: وتعتبر هذه الطريقة من أقدم الطرق التي تم إتباعها في عمليات إعادة التأمين،وتعتمد هذه الطريقة على إعطاء الحرية المطلقة لكل من المؤمن المباشر وشركات إعادة التأمين، فالمؤمن المباشر يكون له الحق في الاحتفاظ بالعمليات التأمينية كلها أو جزء منها أو إعادة

تأمينها كلها أو جزء منها،بالإضافة إلى الحق في نسبة الجزء الذي يقوم بإعادة تأمينه واختيار معيد التأمين الذي يقوم بإعادة التأمين لديه.

ومن ناحية أخرى نجد أن لشركة إعادة التأمين الحرية الكاملة في أن تقبل أو ترفض كل أو جزء العمليات التي تعرض عليها.أما شروط إعادة التأمين لهذه لطريقة فإنها تخضع للمفاوضة بين المؤمن المباشر وشركة إعادة التأمين.

2- الطريقة الإجبارية: تنص بعض قوانين الإشراف والرقابة على أسواق التأمين المحلية في بعض الدول علي ضرورة التزام شركات التأمين العاملة في السوق المحلي بإعادة نسبة معينة من عملياتها التأمينية المقبولة لدى واحدة أو أكثر من شركات إعادة التأمين المتخصصة. وفي إطار هذا المفهوم السابق لإعادة التأمين الإجبارية يكون المؤمن المباشر مجبرا علي التنازل في كل العمليات المكتتب فيها، والمتفق عليها وفي المقابل يكون معيد التأمين ملزما بقبول إعادة التأمين لهذه العمليات.

3- طريقة الاتفاقية: بمقتضى هذه الطريقة يتم الاتفاق المسبق بين الطرفين على عدة بنود منها: - نوع العمليات التأمينية التي سوف يعاد تأمينها.

- النسب المقرر تأمينها من تلك العمليات المتفق عليها.
- شروط إعادة التأمين.

المطلب الثاني: إعادة التأمين على الحياة

تأمينات الحياة غالبا ما تكون طويلة الأجل وغالبا ما يعاد تأمينها على أساس اتفاقية فائض الحد أو الحصص ونادرا ما تستخدم الاتفاقيات غير النسبي. وتعتبر خسارة تأمينات الحياة خسارة كلية لأن مبلغ التأمين يدفع عند الوفاة أو البقاء على قيد الحياة.

الفرع الأول: أهداف إعادة التأمين على الحياة Life Reassurance

الهدف الرئيسي لإعادة التأمين على الحياة هو حماية الشركة المسندة من التقلبات في معدل الوفاة أو الإصابة المرضية المعاكسة، فتستطيع شركة التأمين على الحياة أن تحدد احتفاظها عند المستوى المعقول بناء على الخبرة والدراسة الإكتوارية، كما أن إعادة التأمين من أثر إجهاد الأعمال التأمينية الجديدة على الشركة المتنازلة والمقصود بأجهاد الأعمال الجديدة مثل عمولة السمسار والمصروفات الإدارية وبناء الاحتياطي اللازم على الوثيقة وقد يزيد مجموع هذه العوامل على أول قسط تتقاضاه شركة التأمين فيدفع المعيد نصيبه في العمولة المبدئية. وتساعد إعادة التأمين الاختياري في اكتتاب الأخطار الضخمة. كما أن معيد التأمين يكون خبيرا في الأخطار دون المستوى عندما تكون صحة المؤمن عليه دون المستوى فيساعد معيد التأمين في تسعير هذه الأخطار ووضع الشروط؛ وقد تتعرض شركات التأمين على الحياة لنتائج سيئة من حادث واحد مثل وفاة عدد من

المؤمن عليهم في حادث معين لذلك قد تشتري حماية الكوارث ضد وفاة عدد من الأشخاص في حادث واحد[23].

الفرع الثاني: أسس إعادة التأمين على الحياة

هناك طريقتان يتم على أساسها إعادة التأمين على الحياة؛ وهما طريقة الشروط الأصلية وطريقة القسط على خطر الوفاة

1 -الشروط الأصلية Original termsبموجب هذه الطريقة فإن الشركة المسندة تتنازل عن الأعمال التأمينية إلى معيد التأمين بنفس الشروط الأصلية كما وردت بوثيقة التأمين الأصلية.

وحقيقة الأمر أن هذه الطريقة تعتبر عملية مشاركة وهي غير شائعة في الوقت الحاضر لأن الشركة المسندة تريد الاحتفاظ بأكبر قدر ممكن من أقساط التأمين الأصلية بهدف الاستثمار وعلى سبيل المثال فإن معيد التأمين بتسليم نسبة من أقساط التأمين عن كل خطر يتحمل نفس النسبة عن كل خطر ويكون مسؤولا عن حصته من المطالبات في حالة الوفاة أو البقاء على قيد الحياة أو التصفية بالنسبة لوثيقة التأمين المختلط.

2- القسط على خطر الوفاة Risk Premium كما هو واضح من الاسم فإن الإعادة تكون على خطر الوفاة فقط وتمنح تغطية الإعادة على أساس المبلغ المعرض للخطر ويسمى أيضا إجهاد الوفاة Death strain ويعرف بأنه الفرق بين مبلغ التأمين بموجب وثيقة التأمين على الحياة والاحتياطات المتراكمة على هذه الوثيقة، فعند استلام شركة التأمين الأصلية-المسندة- لأول قسط تقوم باحتجاز جزء منه كاحتياطي على الوثيقة لمقابلة خسارة الوفاة ويكون المبلغ المعرض للخطر كبير عند بداية الوثيقة لأن القسط المبدئي للوثيقة تسدد منه عمولة المنتج والمصاريف الإدارية وقسط إعادة التأمين وعمل الاحتياطي اللازم للوثيقة. وبمرور السنين فإن المبلغ المعرض للخطر يتناقص نتيجة لبناء وعمل الاحتياطات على الوثيقة سنة تلو الأخرى من الأقساط المحصلة... ومن ثم فإن المبلغ المعاد تأمينه يقل بناء على تناقص المبلغ المعرض للخطر كنتيجة لزيادة الاحتياطي بمرور الزمن، كما أن سعر القسط يزداد بزيادة عمر المؤمن عليه وبهذه الطريقة فإن الشركة المسندة تدفع فقط للغطاء التأميني الذي تحتاجه على أساس سنة بسنة، ولكنها تحصل على تغطية كاملة ضد نتائج الوفاة المعاكسة تكون تكلفة قسط خطر الوفاة منخفضة بالنسبة للقسط الكلي الذي تحصل عليه الشركة المسندة.

المبحث الثالث: التوريق كبديل لنقل المخاطر

أدت التطورات الاقتصادية والمالية المختلفة إلى ظهور مجموعة من الآليات و الأدوات بغرض تحسين الإدارة المالية لشركات التأمين؛ ومن أبرز هذه الآليات توريق المخاطر التأمينية، وهي

ظاهرة جديدة نسبيا حيث استخدم التوريق بكثرة في البنوك لكنه جديد بالنسبة للتأمينات؛ أما بالنسبة للتأمينات الحياة فهو أحدث.

المطلب الأول: مفهوم توريق مخاطر التأمين

إن التوريق في التأمين يعتمد على تحويل المخاطر المتعلقة بنشاط التأمين نحو السوق المالية. ويتم تصنيفه حسب نوع المخاطر إلى توريق مخاطر الحياة وتوريق مخاطر غير الحياة؛ وكذلك المخاطر الكارثية و غير الكارثية.

الفرع الأول: تعريف توريق مخاطر التأمين

قدمت عدة تعاريف تلخص مضمون التوريق في مجال التأمين؛ نذكر منها ما يلي:

-"التوريق في مجال التأمين يسمح بتمويل مخلفات الكوارث عند وقوعها؛ لأن شركات التأمين غالبا ما تكون غير قادرة على تعويض جميع الضحايا في الآجال المحددة. وفي الواقع، فإن أموالها الخاصة، وكذلك أموال معيدي التأمين، غير كافية لتعويض جميع المؤمن عليهم. ونتيجة لذلك، تلجأ شركات التأمين إلى السوق المالية حيث هناك المستثمرين الذين يرغبون في المضاربة وشراء الأوراق المالية، وتمويل جزء من الضرر الذي تم تحويله إلى أوراق مالية للجزء المؤمن عليه"[24]

-"التوريق هو مخطط بديل يسمح بتقسيم خطر التأمين إلى مخاطر أخرى، لتوثيقه بدقة وتوزيعه بشكل منفصل، ويشمل هذا المخطط أدوات منظمة ووسائل مهيكلة، وعليه فالأوراق المالية المرتبطة بالتأمين (الأوراق المالية المشتقة في مجال التأمين) "ILS" (Insurance Linked Securities) تعطي المستثمر حق المساهمة المباشرة في محافظ مخاطر التأمين"[25].

-" تهدف عملية التوريق أساسا إلى نقل المخاطر الشديدة إلى الأسواق المالية. وهي توفر بدائل عن أنشطة إعادة التأمين التقليدية، وبالتالي فهي من بين أساليب إدارة المخاطر الجديدة المعروفة باسم بدائل نقل المخاطر. وهذا لا يعني استبدال عملية إعادة التأمين، ولكن الغرض منه توفير بدائل لتوفير حماية أفضل للمؤمنين[26]

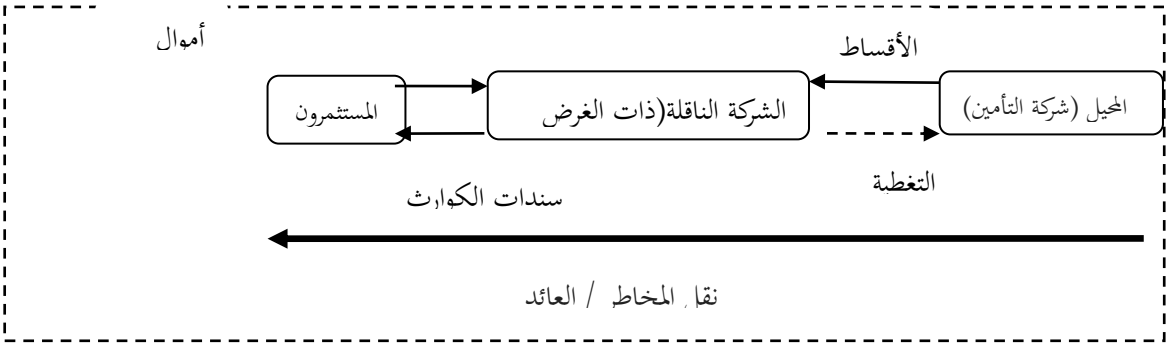
-" وتستخدم تقنيات التوريق على نطاق واسع في تأمينات الحياة وإعادة التأمين على غير الحياة. و تتمثل في اللجوء إلى الأسواق المالية لتغطية مخاطر التأمين، حيث تحول الأصول المالية إلى أوراق مالية قابلة للتداول في سوق رأس المال. وقد تطورت هذه العملية بفضل تطور التقنيات المالية وأسواق الأسهم. ولذلك فهي تستخدم أساسا في البلدان الأكثر تقدما حيث يتم تطوير النظام المالي بشكل خاص"[27]

الفرع الثاني: مبدأ التوريق على مخاطر التأمين

الورقة المالية المرتبطة بالتأمين ILS هي أداة مالية تعتمد قيمتها الاسمية بتحقق أو عدم تحقق مخاطر التأمين. معظم هذه الأوراق مهيكلة على شكل سندات بسعر فائدة متغير وتتعلق بالكوارث الطبيعية. هذا النوع الخاص يسمى سندات الكوارث cat bonds.

مخطط آلية التوريق: يوضح الشكل الموالي آلية عمل التوريق

الشكل رقم 2 مخطط آلية عمل التوريق



Source : Scherer Alexandre. La titrisation des risques d'assurance : le marché des "Insurance Linked Securities" (ILS) ; Revue d'économie financière ; n°59 ; Paris – France ;2000 ; p 136

يتم إصدار سندات الكوارث من قبل الشركة الناقلة المختصة ، أو ذات الغرض الخاص (SPV). كما تلتزم هذه الشركة الناقلة بنقل المخاطر ضمن عقد التحوط. يلزم هذا العقد SPV بتعويض المحول (شركة التأمين) ، مقابل دفع قسط التأمين ، بعد وقوع أحد أو جميع الكوارث الطبيعية المحددة مسبقًا. يتم التعويض بالرجوع إلى عقد التغطية ، و أمور أخرى : فترة الخطر ، طبيعة الأحداث الكارثية المغطاة وآلية التعويض. يتم الاحتفاظ بأموال إصدار سندات الكوارث من قبل الشركة الناقلة SPV وتشكل ضمانات لعقد التحوط. لتستثمر بطريقة سائلة وخالية من المخاطر المتعلقة بالثقة. ولضمان تنظيم هذا النوع من المعاملات يجب أن تكون SPV هيكل مستقل والغرض الوحيد منها هو نقل المخاطر من المحول (شركة التأمين) إلى المستثمرين.

في الأصل سندات الكوارث قابلة للاسترداد ؛ حيث يتم تخفيض المبلغ الرئيسي المسترد بمقدار المبلغ المدفوع من قبل SPV بموجب عقد التحوط. هذا التخفيض هو صفر إذا لم تحدث أي كارثة طبيعية أو إذا حدثت كارثة طبيعية لكن بمعدل كثافة غير كافي لتفعيل عقد التحوط. يكون التخفيض من أصل السداد جزئيا أو كليا وفقا لكثافة الحدث.

-التغطية بالاعتماد على سندات الكوارث أكبر مقارنة بإعادة التأمين التي يتم شراؤها من قبل شركات التأمين. هذا يعني أن سوق سندات الكوارث لا يمكن أن تتأثر بحدوث الكوارث؛ في حين سوق إعادة التأمين نفسها تتأثر بشكل كبير عند حدوث الكوارث الطبيعية.

- الخطر المحدق بهذه العملية (سندات الكوارث) هو موضوع النمذجة المفصلة،فهناك العديد من الشركات المتخصصة المعترف بها في هذا المجال- المخاطر الكارثية. هذه الشركات مستقلة عن شركات التأمين. نهجهم ينقسم بشكل تخطيطي إلى 3 مراحل.

تتمثل الخطوة الأولى في إنشاء مكتبة أحداث كارثية تقدم تمثيلًا لسيناريوهات مختلفة ممكنة من الواقع. كل حدث في المكتبة يتميز باحتمال حدوثه وبمعلمات فيزيائية. على سبيل المثال ، يتم وصف زلزال بواسطة المعلمات بما في ذلك خط طول مركزه وخطه وشدته واتجاهه. المكتبة تضم جميع "أحداث الكوارث" المعروفة في الماضي. كما تشمل الأحداث لم تلاحظ في الماضي ، ولكن من الممكن أن تحدث . يتم إنشاء هذه الأحداث الأخيرة وفقا لنماذج متسقة مع الحالة الراهنة لمعرفة أضرار الكوارث الطبيعية المعنية.

الخطوة الثانية هي تقييم الضرر المالي الذي يسببه كل حدث بالنسبة لمحفظة معينة من ممتلكات المؤمن. يتم وصف المحفظة المؤمنة بواسطة ملف يوفر معلومات حول نوع البضاعة وموقعها الجغرافي وقيمتها. يتم استخدام هذه المعلومات لتحديد درجة ضعف الأصول ومقدار الضرر الناجم عن كل من أحداث المكتبة.

الخطوة الثالثة والأخيرة هي تقييم الخسائر التي تكبدتها عقود التأمين وإعادة التأمين ، وفي النهاية سندات الكوارث. إذن يتعلق الأمر-إصدار سندات الكوارث- بالتطبيق الناجح لشروط هذه العقود و بالأضرار النقدية التي تم الحصول عليها في الخطوة الثانية.[28]

الفرع الثالث: سبب وجود الأوراق المالية المرتبطة بالتأمين

لعدة سنوات؛ كان هناك تناقض في عالم التأمين-يبدو أن الأوراق المالية المرتبطة بالتأمين هي الحل-، يتمثل هذا التناقض فيما يلي: من ناحية هناك أموال خاصة كبيرة على المستوى الاقتصادي في قطاع التأمين؛ نتيجة للمنافسة الكبيرة لبعض فروع التأمين وصعوبة خلق أرباح من تلك الأموال، من ناحية أخرى ، تفتقر شركات التأمين إلى الأموال الخاصة لتغطية بعض المخاطر الكبيرة والمتقلبة جدا مثل الكوارث الطبيعية؛ لأن القدرات المالية لكل من شركات التأمين وشركات إعادة التأمين معا لن تكون كافية؛ مثلا لا تكفي لتغطية الخسائر الناجمة عن كوارث كبيرة. وبالتالي يمكن أن تكون الأوراق المالية المرتبطة بالتأمين هي الحل لان الكوارث الطبيعية تمثل تهديدا لشركة التأمين.

بالإضافة إلى ذلك فهذه الكوارث تعد مصدر تقلب كبير لمحفظة المخاطر، ولتجنب هذا التقلب ، فإن شركة التأمين تعتمد من جهة على أمواله الخاصة ، ومن جهة أخرى ، على إعادة التأمين. حيث يهدف إعادة التأمين إلى:

1. الحفاظ على تقلب صافي نتائج إعادة التأمين عند مستوى واحد بما يتفق مع توقعات المساهم ،
2. تقليل احتمال الخسارة،
3. زيادة صافي الدخل من تكلفة إعادة التأمين. عمليا ، تستخدم شركات التأمين بشكل أولي إعادة التأمين كمتغير للتحكم في المخاطر. أما زيادة في رأس المال فلا تتم إلا في ظروف محددة على أساس خطة التطوير المتبعة متوسطة / طويلة الأجل.

إذن توفر شركات إعادة التأمين التغطية اللازمة لشركات التأمين ضد الكوارث الطبيعية حيث بمجرد وقوع الخسائر سوف يطلب الآلاف من المؤمن عليهم تعويضهم من قبل شركات التأمين الخاصة بهم و كل شركة تأمين بدورها ستطلب من شركات إعادة التأمين تعويضها، ومعيد التامين بدوره سيتلقى العديد من المطالبات والتي تكون أسبابها متطابقة-كوارث طبيعية-من قبل شركات التأمين المختلفة. باختصار ، فإن معيد التأمين هو أيضا يواجه مشكلة تنويع المخاطر.

إذن فالتوريق مخطط بديل ومكمل عندما تكون القدرة المالية ثابتة في إطار العمليات المهيكلة والمتعلقة بمحفظة الأخطار التأمينية المحددة والموثقة بشكل دقيق، زيادة على ذلك فإن الطلب على التغطية ضد مخاطر الكوارث الطبيعية كبير جدا في العديد من الاقتصاديات المتقدمة مثل الولايات المتحدة وأوروبا واليابان. وتوريق هذه المخاطر يقدم مستويات جذابة للغاية من التعويضات والأرباح، باستخدام النماذج المتقدمة بشكل مستقل من قبل الشركات المتخصصة من جهة ومن جهة أخرى مقارنة بالأسعار المطبقة لنفس المخاطر من قبل معيدي التأمين.

المبحث الرابع: المقارنة بين إعادة التأمين والتوريق

بعد التطرق إلى مفهوم كل من إعادة التأمين والتوريق سنحاول الآن التعرف على أهم الفروقات بينها وهل يعتبر التوريق بديل ام مكمل لإعادة التأمين في شركات التأمين على الأشخاص.

المطلب الأول: أوجه الاختلاف والتشابه بين إعادة التأمين والتوريق

يوفر كل من إعادة التأمين والتوريق آلية لنقل المخاطر من شركات التأمين على الأشخاص إلى طرف ثالث –معيد التأمين أو السوق المالي- مما يزيد من قدرتها على الوفاء بالتزاماتها اتجاه الغير ؛ وكل منهما فوائد ومخاطر في نفس الوقت.

الفرع الأول: أهم الفروقات بين إعادة التأمين والتوريق: وسنحاول التعرف على أهم الاختلافات بين هاتين العمليتين في الجدول الموالي:

الجدول رقم 1 الاختلاف بين إعادة التأمين والتوريق

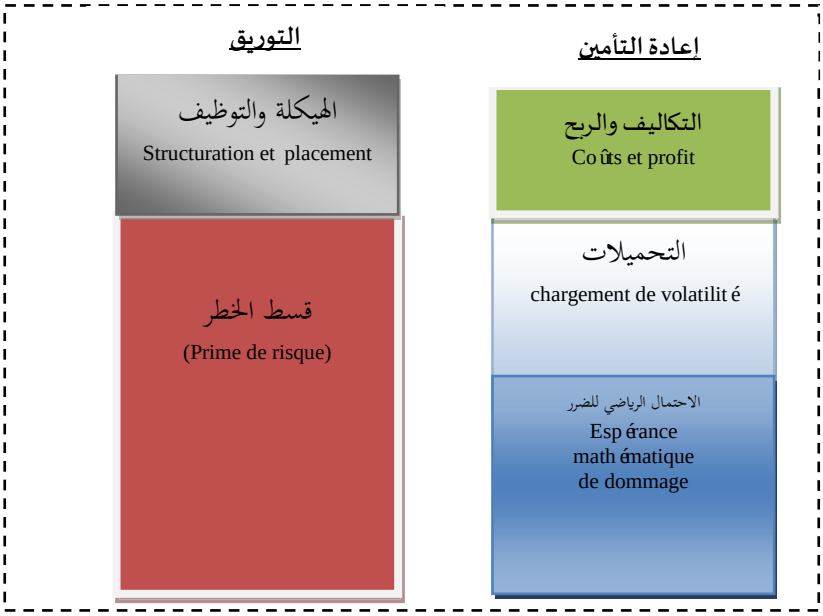
إعادة التأمين	التوريق
لدى معيد التأمين مسئولية (ديون) اتجاه شركة التأمين	لدى المستثمر رصيد (أصول)
تستخدم للمخاطر من الصعب تحديدها (صعبة الحساب)	تستخدم للمخاطر التي يمكن لشركة التأمين حسابها (قابلة للقياس الكمي)
معيد التأمين لا يعرف فقط مخاطر السوق ولكنه يعمل على معرفة خصائص محفظته	المستثمر في أغلب الأحيان غير مختص في مخاطر التأمين ؛ فهو يعتمد على نماذج وكالات التصنيف وسعر السوق
العلاقة بين شركة التأمين و معيد التأمين خاصة ،حيث أن الصعوبة تتمثل في كيفية التنازل؛ ومنح الخصوم.فالأهمية تتمثل في عنصر الثقة	العلاقة بين شركة التأمين والمستثمر مجهولة وغير معروفة، ويمكن للمستثمر بيع أصله؛ فالأهمية هنا هي السمعة.
متاح تقريبا لأي خطر	يتضمن بشكل رئيسي المخاطر الكارثية
دفع المطالبات وفقا لمطالبات الفعلية للشركة المتنازلة	دفع المطالبات وفقا للآثار المخاطر الأساسية: محدودة؛ مؤشر القطاع؛ مطالبات نموذجية.
إعادة بناء الضمانات ممكنة	إعادة البناء معقدة
السعر والقدرة غير مستقرة على مدى سنوات	الثبات في السعر والقدرة على مدى عدة سنوات
مخاطر الطرف المقابل تعتمد على تقييم معيد التأمين	مخاطر الطرف المقابل منخفضة وتقريبا معدومة
المخاطر القانونية والتشغيلية	مخاطر قانونية وتشغيلية أقل

المصدر: من إعداد الباحثة بالاعتماد على:

Emmanuel Dubreuil ; La titrisation des grands risques : Évolution ou Révolution ?; Aon Benfield Analytics ; p 26

الفرع الثالث: الاختلاف بين إعادة التأمين والتوريق من حيث التسعير: يمكن التلخيص أهم الاختلافات بين إعادة التأمين والتوريق في شركات التأمين على الأشخاص من حيث التسعير في الشكل التالي:

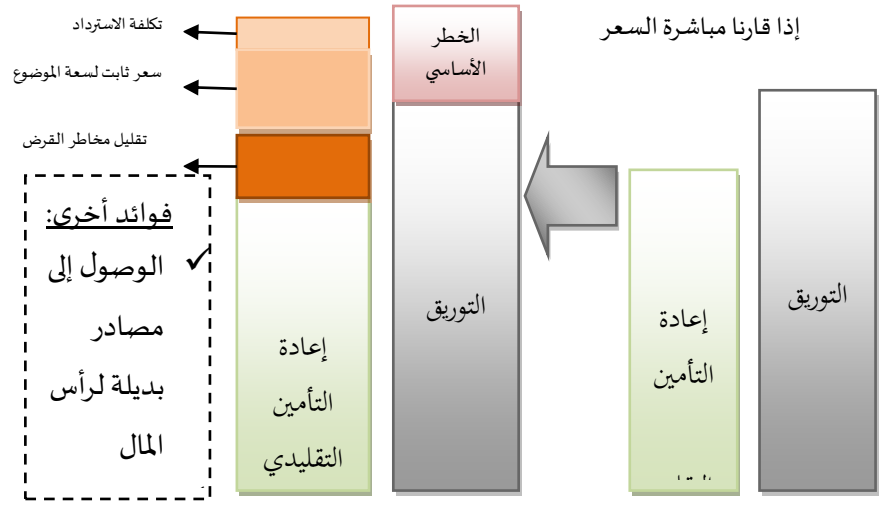
الشكل رقم(3) الاختلاف بين إعادة التأمين والتوريق من حيث التسعير



Source : Munich Re Group – Risk Trading Unit

يتضح من خلال الشكل أعلاه أن التسعير الخاص بإعادة التأمين يتضمن ثلاثة عناصر رئيسة هي: أولا الاحتمال الرياضي للضرر أي احتمال تحقق الخسارة ويتم تحديده من قبل الاكتواريين؛ ثانيا التحميلات وهي عبارة عن مختلف المصاريف الإضافية من أجل إتمام العملية؛ وثالثا تكليف هذه العملية مع تحيقيق ربح مناسب. أما التوريق فيتحكم فيه عنصرين رئيسين هما: قسط الخطر أي قيمة الخطر المورق بالإضافة إلى هيكل عملية التوريق والذي يكون حسب نماذج التوريق والتي تم التطرق إليها سابقا. أما إذا قارنا السعر مباشرة فإننا نحصل على الشكل الموالي:

الشكل رقم (4) مقارنة السعر مباشرة بين إعادة التأمين والتوريق



Source : Swiss Re Capital Markets

المطلب الثاني: التوريق بديل أم مكمل لإعادة التأمين في شركات التأمين على الأشخاص

لقد رأينا أن سوق إعادة التأمين لديه قدرة كبيرة على التنويع على مستوى المخاطر المستقلة الصغيرة. هذا هو السبب الرئيسي لنجاحه المطول ولعدم زواله وبقائه إلى يومنا هذا . بالإضافة إلى ذلك ، فإن إعادة التأمين له ميزة تجميع الكثير من المعلومات التي تسمح له بأن يكون أكثر فعالية في إدارة المخاطر ، وبالتالي تقليل تكاليفها. في بداية ظهور التوريق، يمكن القول أن تكاليف المعاملة كانت منخفضة نسبيًا بإعادة التأمين. من ناحية أخرى، فإن الزيادة في التعامل بالأوراق المالية المتعلقة بالمنتجات السندات المرتبطة بالتأمين (ILS) يجعل من الممكن تمديد رسوم التوريق وجعلها ثابتة التكلفة بعدة طرق، مما يجعل ILS أكثر جاذبية من ذي قبل. على هذا المستوى ، إعادة التأمين و التوريق هي بدائل.

يتغير الوضع عندما نكون في مواجهة مخاطر مهمة ومترابطة. في هذا الوقت ، إعادة التأمين لديها عدم الكفاءة بالمقارنة مع التوريق وبالتالي تصبح العمليتين –إعادة التأمين والتوريق – مكملتين لبعضهما البعض. من ناحية أخرى ، من الضروري الإشارة إلى أن العلاقة لم يتم حسابها قبل الوقوع في أزمة تقييم وإدراج الأوراق المالية المدعومة بالرهن العقاري مثلا. ونتيجة لذلك ، أظهرت لنا الأزمة كيف أن ارتباطات الأسواق المالية أثرت أيضا على فعالية التوريق. باختصار ، وبالنظر إلى الكفاءة التي تؤديها عملية إعادة التأمين حيث تدير كمية كبيرة من المخاطر المستقلة الصغيرة-مقارنة

التوريق- ، فمن غير المرجح أن نرى هذا السوق يختفي لصالح عملية التوريق والتي تركز على المخاطر الأكثر أهمية والمترابطة بينها.[29]

التوريق هو حاليا الطريقة الأكثر فعالية وهو بذلك منافس مباشر لسوق إعادة التأمين. ومع ذلك فإن سوق التوريق ليست بعد سوق ناضجة وتحمل معها العديد من المخاطر.

خاتمة:

من خلال ما جاء في هذه الدراسة يتبن لنا أن شركات التأمين على الأشخاص تتعرض لمجموعة من المخاطر؛ بعض من هذه المخاطر تمس كافة المؤسسات والشركات مثل مخاطر السوق وسعر الفائدة والمخاطر التشغيلية؛ والبعض الآخر منها يمس شركات التأمين بشكل خاص مثل المخاطر التأمينية وهذا ينفي صحة **الفرضية الأولى** والتي مفادها أن "شركات التأمين على الأشخاص تواجه مجموعة من المخاطر تختلف عن باقي المخاطر التي تواجهها المؤسسات المالية الأخرى؛ أما **الفرضية الثانية** " إعادة التأمين والتوريق أهم بدائل نقل المخاطر في شريكة التأمين على الأشخاص "؛ فهي صحيحة حيث لاحظنا أن شركات التأمين تلجأ إلى طرف ثالث سواء كان معيد التأمين أو السوق المالي (التوريق) يكون هو المسؤول عن تعويض المستأمنين في حالة وقوع الضرر .كما أثبتنا **عدم صحة الفرضية الثالثة** " يعتبر التوريق بديل فعال لإعادة التأمين وبتالي يمكن لشركات التأمين الاستغناء عن إعادة التأمين." وتضح هذا جيدا من خلال المكانة التي يحتلها إعادة التأمين والدور الفعال الذي يلعبه في تحمل المخاطر التي تعجز شركة التأمين وحدها تغطيتها، فرغم ظهور آليات وبدائل حديثة لنقل المخاطر وأهمها التوريق الذي يسمح بتحويل المخاطر إلى السوق المالي والذي يعتبر أكبر من سوق إعادة التأمين؛ إلا أن شركات التأمين لا زالت تعتمد على معيد التأمين بشكل كبير؛ وهذا يدل على أن التوريق مكمل لإعادة التأمين وليس بديل له وهما عمليتان متكاملتان هدفهما واحد وهو تحمل المخاطر .

النتائج: ويمكن توضيح أهم النتائج المتوصل إليها في النقاط التالية:

- تتبع شركات التأمين على الأشخاص مجموعة من الطرق والأساليب لمواجهة المخاطر وذلك بإتباع إستراتيجية منظمة لتغطية هذه المخاطر حيث يتم تكييفها وفقا لأنواع المنتجات والمخاطر ذات الصلة.و يتم تغطية المخاطر عن طريق تحويلها إلى أطراف أخرى، إتباع إستراتيجية مناسبة ، تهدف إلى ضمان الوفاء بالتزامات اتجاه حاملي الوثائق في جميع الأوقات.

- تعتمد شركات التأمين على الأشخاص على مجموعة من البدائل لنقل مخاطرها وتحويلها إلى أطراف أخرى؛ منها ما هو تقليدي وظهر وتطور مع تطور شركات التأمين وهو إعادة التأمين؛ والبعض الآخر حديث وظهر بظهور الابتكارات المالية وهو التوريق. وبتالي أصبحت شركات التأمين ملزمة باختيار البديل الأفضل حسب المخاطر التي تواجهها وحسب الأهداف المسطرة.

الهوامش:

[1] أحمد نور؛ أحمد بسيوني شحاتة؛ محاسبة المنشآت المالية؛ دار النهظة العربية؛ بيروت؛ 1996؛ ص 86

[2]منير إبراهيم هنيدي؛ إدارة الأسواق و المنشآت المالية؛ منشأة المعارف؛ الاسكندرية؛ 1997؛ ص 397

[3]نظر: عيد أحمد أبو بكر؛ وليد إسماعيل السيفو؛"إدارة الخطر والتأمين"؛ دار اليازوري؛ عمان –الأردن؛ 2009؛ ص 166-167

[4]أسامة عزي سلام؛شتيري نوري مرسي؛ إدارة الخطر والتأمين؛ دار الحامد؛ ط1؛ الأردن؛ 2007؛ ص 87

[5]محمد توفيق البلقيني؛ جمال عبد الباقي واصف؛ مرجع سابق؛ ص 417

[6]عيد أحمد أبو بكر؛وليد اسماعيل السيفو؛ مرجع سابق؛ ص 165

[7] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية؛ العدد 13؛ الصادر بتاريخ 1995/03/08؛ الأمر رقم 07/95؛ المؤرخ في 1995/01/25؛ المتعلق بالتأمينات؛ص 12

[8] David F. Babbel and Anthony M. Santomero; (1997); Risk Management by Insurers: An Analysis of The Process ; The Journal of Risk and Insurance, Vol. 64, No 2,The Wharton School; University of Pennsylvania; p05

[9]عيد أحمد أبو بكر؛ مرجع سابق؛ ص 176

[10] David F. Babbel and Anthony M. Santomero ; Op.cit;p239

[11] Naser Abdelkarim, Maisa Burbar ; How Banks in Palestine Manage Financial Risk?; Paper presented in Al-Zaytoonah University, Jordan; 2007;p10

[12] David F. Babbel and Anthony M. Santomero ; Op.cit;p 240

[13] Ibid ; p 240

[14] Ibid ; p 240

[15] CHRISTIAN JIMENEZ et autre, risque opérationnels, revue banque édition ,France, 2008, p19

طارق الله خان؛حبيب أحمد؛"إدارة المخاطر: تحليل قضايا في الصناعة المالية الاسلامية"؛ البنك الإسلامي للتنمية: المعهد الاسلامي

[16]للبحوث والتدريب، جدة - السعودية؛ 2003؛ ص 31

[17]ابراهيم علي ابراهيم عبد ربه ؛ مرجع سابق؛ ص392.

[18]علي محمود بدوي؛ مرجع سابق؛ 163-164

[19] حربي محمد عريقات ؛ سعيد جمعة عقل؛ مرجع سابق؛ص188.

[20]علي محمود بدوي؛ مرجع سابق؛ 163-164

[21]بهاء بهيج شكري؛ إعادة التأمين بين النظرية والتطبيق؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع؛ ط1؛ عمان-الأردن؛ 2008؛ ص 21

[22]بدوي؛ مرجع سابق؛ ص ص 173-180

[23]المرجع نفسه؛ ص 221

[24] Mélissa Bendrane ; (2013) ; La titrisation en assurance : le marché des cat bonds, son fonctionnement et ses perspectives de développement ; Université du Sud Toulon-Var ; France

[25] Scherer Alexandre. (2000) ; La titrisation des risques d'assurance : le marché des "Insurance Linked Securities" (ILS) ; Revue d'économie financière ; n °59 ; Paris – France

[26] A.-L. Caillat Et d'autres ;(2008) ; Titrisations des Risques d'Assurance ; Rapport rédigé en LATEX

[27] Atlas magazine ; La réassurance alternative : http://www.atlas-mag.net/article/la-reassurance-alternative (05/01/2018)

[28] Scherer ; op cit.

[29] Jean-Philip Dumont ; (2011) ; Gestion des risques des compagnies d'assurance : une revue de la littérature récente ; Assurances et gestion des risques, vol. 79(1-2)

الوفاء بأسهم شركة المساهمة والجمعية العمومية التأسيسية حالة التأسيس المفتوح

Fulfilling the shares of the joint stock company and the constituent general assembly, open incorporation case

حمرالعين عبدالقادر، أستاذ محاضر أ (*)
جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر
hameur.aek@hotmail.fr

تاريخ الاستلام: 2020/04/29 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/08

****

ملخص:

إنّ شركات المساهمة التي تتبنى التأسيس المفتوح، تلجأ في جمع رأس مالها إلى تحصيله عن طريق طرح الأسهم على الجمهور ليقوم بشرائها، وكون هذا النوع من الشركات يقوم على الإعتبار المالي، وتنشأ عنه شخصية معنوية، فإنّ تقديم الحصص الممثلة بأسهم نقدية وعينية والوفاء بها، وكذا انعقاد الجمعية العمومية التأسيسية وما يصاحبها من تقدير للحصص العينية، وتعيين لممثلي ادارة هذا الكيان القانوني، تُعد محورا رئيسيا ينبني عليه نجاح مشروع الشركة، فإذا ما تمّ الوفاء بأسهم الشركة، وايداعها قانونا، فضلا عن تعيين القائمين بإدارتها، كان للشركة أن تبدأ نشاطها، وتمارس أعمالها تماشيا وأهليتها في ذلك.

الكلمات المفتاحية: شركة المساهمة، الوفاء بالأسهم، الجمعية التأسيسية.

Abstract:

The shareholding companies that adopt open incorporation resort to collecting their capital by collecting shares by offering them to the public to buy them, and because this type of company is based on financial consideration and creates a moral personality, then providing the shares represented by cash and in-kind shares and fulfilling them, as well as The convening of the founding general assembly and the accompanying assessment of the in-kind shares, and the appointment of representatives of the management of this legal entity, which is considered a major axis upon which the company's project’s success is based, and

* د.حمر العين عبد القادر:hameur.aek@hotmail.fr

if the company's shares are fulfilled, and it is legally deposited, in addition to appointing those who manage it, the company has to start its activity and practice Businesses It is in line with its eligibility.

key words*:* Joint Stock Company, Fulfillment of Shares, Constituent Assembly**.**

مقدّمة:

إنّ إنشاء شركة المساهمة يتطلب الكثير من الإجراءات الطويلة والمعقدة، ولعلّ السبب في هذا التعقيد والتطويل راجع إلى الأهمية الإقتصادية الكبيرة التي يضطلع بها هذا النوع من الشركات، فهي تتطلب تجميع رؤوس أموال طائلة كفيلة بتحقيق أهدافها، فضلا عن قدرتها في اجتذاب رؤوس الأموال من كبار المساهمين، أو من المدخرين الصغار الذين يستجبون لنشرة الإكتتاب طامعين في استثمار طيب لأموالهم.

وتُعرّف شركة المساهمة بأنها الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلّا بقدر حصتهم[1]، فتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها، ولا يسأل عن ديون الشركة إلّا في حدود ما اكتتب فيه من أسهم.

كما أن تكوين شركات المساهمة قد يكون بلجوئها إلى الإدخار العلني، وهو ما يسمى بالتأسيس المفتوح أو المتعاقب، كما قد يكون تأسيسا بدون اللجوء إلى الإدخار العلني وهو ما يسمى بالتأسيس المغلق أو الفوري، والذي يقتصر فيه الإكتتاب[2] في كامل رأس المال على المؤسسين وحدهم دون اللجوء إلى الجمهور.

ويُقصد بالتأسيس المفتوح طرح أسهم الشركة إلى الجمهور للإكتتاب فيها، ومن ثمّ الوفاء بها حالة نجاح المشروع، وقد تدخل المشرع بقواعد قانونية آمرة إذا ما لجأت شركات المساهمة إلى الإدخار العلني، فأخضع تكوينها لجملة قواعد وإجراءات تهدف إلى التأكد من جديتها وصحة تكوينها، وهذا حماية للأشخاص المساهمين، وبغية تفادي العبث بأموال المدخرين، وتحصر هذه الإجراءات في تحرير مشروع نظام الشركة، والإكتتاب في رأس مالها، والوفاء بمبالغ الإكتتاب وإيداعها، وكذا دعوى الجمعية التأسيسية للإنعقاد.

وبإعتبار شركات المساهمة تقوم على الإعتبار المالي، وتنشأ عنها شخصية معنوية، فإن تقديم الحصص المُمثلة بأسهم نقدية وعينية والوفاء بها، وكذا انعقاد الجمعية العمومية التأسيسية وما يصاحبه من تقدير للحصص العينية، وتعيين لممثلي إدارة وتسيير هذا الكيان القانوني تعد أهم محور يرتكز عليه نجاح مشروع الشركة، فإذا ما تمّ الوفاء برأس مال الشركة المُمثل في أسهم نقدية وأخرى عينية وايداعها قانونا، فضلا عن تعيين القائمين بادارتها، كان للشركة أن تبدأ نشاطها وتمارس أعمالها تماشيا وأهليتها في ذلك، ومنه فالبحث يهدف إلى تبيان قواعد تجميع رأس مال شركة

المساهمة حالة إنشائها كونها محرك الإقتصاد الوطني، وآداة لتنميته وتطويره، فضلا عن أحكام دستورها المصادق علية في الجمعية العمومية التأسيسية، ومن ذلك لنا أن نتساءل عن أحكام الوفاء بأسهم الشركة وإيداعها، وكذا قواعد انعقاد الجمعية العمومية التأسيسة واختصاصاتها ؟ وتبعا لهذا فقد اعتمدنا المنهج التحليلي الوصفي وذلك بإستقراء النصوص القانونية وتحليلها تماشيا والآراء الفقهية الواردة في هذا الشأن، وعليه فقد تمّ تقسيم هاته الورقة البحثية إلى النقاط التالية:

المبحث الأول : الوفاء بأسهم الشركة وإيداعها

المبحث الثاني: الجمعية العمومية التأسيسية

المبحث الأول : الوفاء بأسهم الشركة وإيداعها

الشركة التي تتبنى التأسيس المفتوح تلجأ في جمع رأس مالها إلى ما يسمى بالإكتتاب المفتوح، بمعنى أن رأس مالها يتم تحصيله عن طريق طرح الأسهم على الجمهور ليقوم بشرائها، فالذي يطرح على الإكتتاب هو الرأس المال النقدي والأسهم النقدية التي تمثله، أما الأسهم التي تمثل الحصص العينية والمسماة بالأسهم العينية فينبغي تقديمها مباشرة عند تأسيس الشركة، وإذا ما تمّ ذلك فإنها تُقوّم بالنقود، ويمنح أصحابها أسهما بقدر قيمتها[3].

والأصل أن يدفع الشريك المساهم القيمة الإسمية للسهم بكاملها بمجرد حصول الإكتتاب، غير أنه يجوز للمؤسس النص في نظام الشركة على الوفاء بجزء من هذه القيمة عند الإكتتاب، ولكن حرية المؤسسين في تحديد القدر الواجب الوفاء به من قيمة السهم عند الإكتتاب ليس مطلقا، بل قيدها المشرع بقيمة معينة يجب دفعها.

وعليه سنبين تعجيل مبلغ الربع في الأسهم النقدية وكيفية الوفاء في المطلب الأول، في حين نتناول في المطلب الثاني إثبات المبالغ المدفوعة من المساهمين وإيداعها، وتقدير الحصص العينية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعجيل مبلغ الربع على الأقل للأسهم النقدية وكيفية الوفاء

وفيه سنتكلم عن الحد الأدنى الذي يجب الوفاء به نقدا، وكذا مسالة أحكام هذا الوفاء الحاصل من قبل المكتتبين أو المساهمين في الشركة.

الفرع الأول: تعجيل مبلغ الربع على الأقل للأسهم النقدية

نصت المادة 596 من القانون التجاري على أنه "يجب أن يكتتب رأس المال بكامله، وتكون الأسهم المالية مدفوعة عند الإكتتاب بنسبة الربع على الأقل من قيمتها الإسمية"[4].

إذن فالمشرع اشترط أداء ربع قيمة الأسهم النقدية المكتتب بها، وهذا بغرض الحيلولة دون الإكتتاب الصوري من جهة، وضمان حصول الشركة منذ إنشاءها على قدر معين من السيولة النقدية لمباشرة نشاطها من جهة أخرى، وكذا تفاديا للمساوئ التي قد تنجم عن دفع كامل القيمة المكتتب بها، والتي غالبا ما لا تحتاج إليها الشركة عند بدء عملها وما يترتب على ذلك من تعطيل أموال المكتتبين.

ونسبة الربع الواردة في القانون والواجب دفعها عند الإكتتاب تعد حدا أدنى يتعلق بالنظام العام، إذ لا يجوز للمكتتبين تجاوزه ولا الإتفاق مع المؤسسين[5] على مخالفته، ولكن ذلك لا يمنع من إدراج بند في النظام القانوني للشركة يستوجب الوفاء بقيمة أكبر من الربع، كالنصف أو الثلث مثلا لدى الإكتتاب، أو حتى دفع قيمة الأسهم المكتتب بها بكاملها.

ويجمع الفقه والقضاء أن الوفاء بربع قيمة الأسهم المكتتب بها يجب أن يتناول كل سهم بمفرده حيث يجب دفع ربع قيمة كل سهم سهما، سهما[6]، بمعنى أنه لا يكفي أن يكون مجموع المبالغ المدفوعة من بعض المكتتبين والتي تتجاوز ربع قيمة ما اكتتبوا به، ولا يعتدّ بها لتغطية النقص الحاصل في ما دفعه الآخرون.

كما أن الربع الواجب دفعه على الأقل عند الاكتتاب يكون في الأسهم النقدية فقط، بينما الأسهم العينية فيجب تقديمها كاملة عند تأسيس الشركة وهو ما سنبينه لاحقا.

الفرع الثاني: كيفية الوفاء

الأصل أن يحصل الوفاء بالنقود، ويجوز للمكتتب أن يفي بالطرق المصرفية، بأن يسحب شيكا على مصرفه، لكن الوفاء لا يعدّ حاصلا إلاّ إذا قام المصرف المسحوب عليه بالوفاء فعلا، ذلك أن الوفاء بالشيك هو وفاء معلق على شرط التحصيل، ويكون الوفاء جائزا أيضا عن طريق التحويل المصرفي "Virement" شرط أن يكون فعليا، أي أن يتم تحويله من حساب المكتتب إلى الحساب المفتوح باسم الشركة[7].

وعلى العكس من ذلك لا يكفي تعهد المكتتب بالوفاء عن طريق سحب سفتجة على مدين له، أو بواسطة حوالة حق له في ذمة الغير، أو فتح اعتماد له لدى مصرف ونحوه، لأن هذه الطرق وما شابهها لا تجعل الوفاء ناجزا، وقد يتراخى قبض الحق الثابث في الصك لما بعد تكوين الشركة، في حين يشترط القانون الوفاء عند الإكتتاب، وكذلك لا يصح الوفاء بغير المتفق عليه، فإن كانت الأسهم المكتتب فيها نقدية، لا يجوز للمكتتب أن يقدم أوراقا مالية أو شيئا آخر في مقابل الوفاء بالمبلغ المطلوب، إلّا أن يتفق مع المؤسسين على تقديم حصة عينية، وتخضع الحصة في هذه الحالة إلى النظام القانوني الخاص بالحصص العينية[8].

كما أنه لا يجوز كذلك الوفاء بطريقة المقاصة ذلك أن الشركة لم يتم تأسيسها، وليست لها الشخصية المعنوية اللّازمة للتقاضي، فلا يتصور أن تكون مدينة للمكتتب، وهذا بعكس ما هو الحال عليه في حالة زيادة رأس المال أثناء حياة الشركة، حيث يجوز للمكتتب في الزيادة أن يوفي عن طريق المقاصة، ذلك أن الشركة مؤسسة ولها شخصية كاملة ينجرّ عنها ذمة مالية مستقلة لها[9].

هذا وجدير بالذكر بصدد الوفاء بربع القيمة الإسمية للأسهم أن المشرع وبصيغة الأمر أوجب في نص المادة 596 من القانون التجاري أن يتم وفاء الزيادة المتبقية عن الربع المدفوع من قيمة الأسهم مرة واحدة أو عدة مرات، وهذا بناءا على قرار من الهيئة الإدارية، ويكون هذا الوفاء في أجل لا يمكن أن يتجاوز خمس سنوات ابتداء من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري، وطالما أن المساهم لم يوف كامل القيمة فلا تسلم إليه أسهم للحامل، بل أسهم اسمية حتى الوفاء بكامل القيمة[10]، والمبتغى من هذا أن يظل المساهم المعني معروفا للشركة، فتستطيع مطالبته مباشرة في الوقت المناسب بدفع القيمة الباقية من أسهمه، ولكن ذلك لا يعني أنه لا يحق للمساهم التصرف بأسهمه قبل تحرير قيمتها بشكل كامل، بل يكون له حق التصرف فيها وبيعها، على أن يجري نقل قيدها عندئذ إلى المشتري في دفاتر الشركة مع وجوب بقائها اسمية، فينتقل إلى المشتري التزام الوفاء بالقيمة الباقية[11]، ومع ذلك أعطى المشرع الشركة ضمانا خاصا إذ جعل بائع الأسهم والمشتري منه مسؤولين بالتضامن عن وفاء القيمة الباقية خلال مدة سنتين من تاريخ إثبات التنازل[12].

المطلب الثاني: إثبات المبالغ المدفوعة من المكتتبين وإيداعها

جاء في المادة 599 من القانون التجاري ما مفاده أن الإكتتابات والمبالغ المدفوعة تكون مثبتة في تصريح المؤسسين بواسطة عقد موثق، ويؤكد الموثق بناءا على تقديم بطاقات الإكتتاب في مضمون العقد الذي يحرره أن مبلغ الدفعات المصرح بها من المؤسسين يطابق مقدار المبالغ المودعة إما بين يديه أو لدى المؤسسات المالية المؤهلة قانونا.

ويتضح من النص أن الرسمية المطلوبة غرضها حماية المكتتبين الصغار، وكذلك حماية لرأس مال الشركة المكون من المبالغ المدفوعة من قبل المكتتبين، والمشكل للضمان العام لدائني الشركة، وتجسيدا لهذه الحماية أيضا ألزم القانون الموثق أن يؤكد في مضمون العقد الذي يحرره أن المبلغ المصرح به من قبل المؤسسين يطابق المبلغ المودع إما بين يديه أو لدى المؤسسات المالية المؤهلة قانونا، ويستند الموثق في التأكد من هذه المطابقة على بطاقات الاكتتاب [13].

وفيما يخص إيداع هذه الأموال فقد بينت المادة 598 من القانون التجاري أنه "الأموال الناتجة عن الإكتتابات النقدية وقائمة المكتتبين وذكر المبالغ الذي يدفعها كل مكتتب تودع لدى موثق أو لدى مؤسسة مالية مؤهلة قانونا"، وجاء المرسوم التنفيذي رقم 438/95 المؤرخ في 23 ديسمبر

1995 والمتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات موضحا لكيفية هذا الإيداع، فتناولت المادة 5 منه هذا بقولها "يتولى إيداع الأموال الناتجة عن الإكتتاب نقدا لحساب الشركة، الأشخاص الذين تسلموا هذه الأموال مع القائمة المتضمنة اللقب والإسم المستعمل وموطن المكتتبين، مع ذكر المبالغ الذي دفعها كل واحد منهم، ويكون هذا إما عند موثق أو في بنك أو لدى مؤسسة مالية أخرى مؤهلة قانونا حسب البيانات المذكورة في الإعلان، ويتم هذا الإيداع في أجل 8 أيام ابتداء من تاريخ تسلم الأموال إلا إذا تسلمتها بنوك أو مؤسسات مالية أخرى مؤهلة قانونا.

ويتعين على المودعة لديه الأموال أن يبلغ حتى سحبها القائمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى السابقة إلى كل مكتتب يبرر إكتتابه، ويمكن الطالب الإطلاع عليها والحصول على نسخة منها على حسابه".

وبمقتضى هذا النص نجد أن الأشخاص الذين تلقوا الأموال الناتجة عن الإكتتابات النقدية، وغالبا ما يكون المؤسسون ملزمون بإيداعها لدى موثق أو بنك أو مؤسسة مالية مؤهلة قانونا، وفي هذا الصدد نشير الى أنه من الخطأ أن تودع أموال طائلة بحجم أموال مشروع كبير يهم اقتصاد الوطن لدى الموثق، والذي وإن كان ضابطا عموميا وله قواعد صارمة تحكمه، إلا أنه يبقى إنسان ضعيف ضعف عامة البشر، ومعلوم أن المال يغري صاحبه خاصة إذا علمنا أن الوازع الديني قد قلّ، لذا نرى ضرورة حصر إيداع هذه الأموال لدى بنك أو مؤسسة مالية مؤهلة قانونا.

أما عن مدة الإيداع فقد حددت بأجل ثماني أيام تحتسب ابتداءا من تاريخ تسلم الأموال ممن هو مفوض بهذا التسليم، ولا أثر لهذا الأجل إذا كان المستلم بنكا أو مؤسسة مالية أخرى مؤهلة قانونيا، كذلك على المودع لديه الأموال أن يبلغ القائمة المتضمنة اللقب والإسم المستعمل، وموطن المكتتبين، مع ذكر المبالغ التي دفعها كل واحد منهم إلى كل مكتتب، وعلى هذا الأخير أن يبرر إكتتابه، كما له أن يطّلع على هذه القائمة، مع إمكانية الحصول على نسخة منها على نفقته الخاصة.

هذا والغاية من كل هذه الإجراءات هو الحيلولة دون التصرف بالأموال المحصلة من الإكتتاب وتجميدها لحساب الشركة ، حتى اكتمال تأسيسها والتثبت من دفع المكتتبين الحد الأدنى المطلوب دفعه عند إكتتابهم.

كما أنه وعملا بنص المادة 604 من القانون التجاري، فإنه لا يجوز لوكيل الشركة سحب الأموال الناتجة عن الإكتتاب والمودعة في الجهات المؤهلة قانونا قبل تسجيل الشركة في السجل التجاري، غير أنه إذا لم تؤسس الشركة في أجل 6 أشهر تحتسب ابتداءا من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري، فإنه يجوز لكل مكتتب أن يطالب أمام الجهات القضائية

بتعيين وكيل يكلف بسحب الأموال لإعادتها للمكتتبين، ويكفي تقديم طلب الإسترداد من مكتتب واحد أيا كان عدد الأسهم التي اكتتب فيها، وبالتالي يستفيد كل المكتتبين من الطلب المقدم من أحدهم، ولا يمكن القول بأنه يجب تقديم الطلب من كل المكتتبين أو من جماعة المكتتبين الذين قد لا يعرف بعضهم بعضا وليس لهم جمعية عمومية أو ما شابه ذلك[14]، ويخصم من هذه المبالغ المرجعة مصاريف التوزيع ، والتي قد تشمل نفقات تعيين الوكيل المكلف بالسحب وبدل أتعابه، ولكن يمكن للمكتتبين الرجوع بهذه النفقات على المؤسسين على أساس المسؤولية التقصيرية الناتجة عن خطأ أو إهمال منهم تسبب في عدم اكتمال التأسيس.

المطلب الثالث: تقدير الحصص العينية

تقتضي الحصص العينية حماية المشرع أكثر مما تقتضيه الحصص النقدية، ولعل أكبر المخاطر التي تترتب عن هذه الحصص هي السهولة التي يتم بها تقويمها بأكثر من قيمتها الحقيقية، بأن يتخلى بعض المؤسسين عن أموال من أي نوع كانت في نظير تلقيهم أسهما تزيد قيمتها على قيمة هذه الحصص، ويكفي بعد ذلك أن تُباع هذه الأسهم لكي يحصل أربابها على ربح تمّ على حساب الشركة، وقد يكون مقدم الحصة حسن النية ومع ذلك فهو يعمد إلى تقويمها بأكثر من قيمتها، إذ الإنسان مجبول بطبيعته على الزيادة في تقويم ما يملك، لكن الغالب أن يكون المقدم سيء النية، فيقدم مصنعا عتيقا أو أرضا سبخة على زعم أنها خصبة رغبة في التخلص منها لأنها لا تعطي غلة[15]، لذا تعتبر الحصص العينية مصدرا خصبا لشتى المخاطر من عدة زوايا، فبالنسبة للشركة يشوب رأس مالها منذ تأسيسها عيب التضخم حيث لا يعبر رأس مالها عن مركزها المالي الحقيقي الذي يعول عليه في ضمان تواجدها ككائن قانوني، وكذا الأمر بالنسبة لدائنيها لإعتمادهم على ضمان مخالف للحقيقة، فضلا عن الإضرار بأصحاب الأسهم النقدية الذين يزاحمهم أصحاب الحصص العينية المقدرة تقديرا مبالغا فيه بالقدر الزائد عن حقيقته.

لهذه الأسباب ومن أجلها كان تقويم الحصص العينية محل اعتبار واهتمام كبير لكل القوانين الحديثة المتعلقة بشركات المساهمة، وذلك بتنظيمها وإخراجها من حظيرة الإرادة وإخضاعها لقواعد آمرة تتصل بالنظام العام.

وتتركب الحصص العينية من كل ما يعدّ مالا متقوما عدا النقود والعمل، كالمحلات التجارية والعقارات والمنشآت والآلات...إلخ، ولقد ساير المشرع الجزائري التشريعات الحديثة، وأولى من خلال نصوصه اهتماما لهذه الحصص إذا ما كانت محل تقديم كمساهمة في الشركة وذلك من خلال :

الفرع الأول: إجراءات التقدير

نصت المادة 1/601 من القانون التجاري على أنه "يعين في حالة ما إذا كانت الحصص المقدمة عينية، ما عدا في حالة وجود أحكام تشريعية خاصة مندوب واحد للحصص أو أكثر بقرار قضائي بناء على طلب المؤسسين أو أحدهم، ويخضع هؤلاء لأحكام التنافي المنصوص عليها في المادة 715 مكرر 6 من نفس القانون".

ومن خلال هذا يتضح أنه لتقدير هذه الحصص يتعين أن يقدم المؤسسون أو أحد منهم بطلب إلى رئيس المحكمة المختصة في المنطقة التابع لها مركز الشركة الرئيسي بتعيين مندوب للحصص أو أكثر، ويصدر في ذلك القاضي أمرا بناءا على هذا الطلب بتعيين خبير لهاته الحصص على أن يراعي في هذا التعيين أحكام المادة 715 مكرر 6 والتي تشير إلى أحوال عدم الأهلية لتولي هذه الخبرة كالقرابة أو المصاهرة إلى الدرجة الرابعة بين المؤسسين ومن قدموا الحصص والخبير، وعلاقة التبعية أو العمل بأجر لديهم، وكذا من امتهنوا وظائف في الشركة في آجال معينة... إلى غيرها من الحالات التي نصت عليها المادة 715 مكرر 6 من القانون التجاري، والتي تهدف إلى الحد من مواطن الشبهات والتواطؤ للمبالغة في تقدير هذه الحصص[16].

وتنص المادة 2/601 على انه "يقع تقدير الحصص العينية على مسؤولية مندوبي الحصص، ويوضع التقرير لدى المركز الوطني للسجل التجاري مع القانون الأساسي تحت تصرف المكتتبين بمقر الشركة"، إذن فمسؤولية المندوب أو المندوبين في حالة التعدد تقع عن تقدير قيمة هذه الحصص، ويوضع هذا التقرير الذي تمّ إيداعه لدى المركز الوطني للسجل التجاري مع القانون الأساسي قيد إطلاع المكتتبين إذ يكون في متناولهم في مقر الشركة.

الفرع الثاني: الوفاء بالحصص أو الأسهم العينية عند تأسيس الشركة

نصت المادة 596 من القانون التجاري على أنه "...وتكون الأسهم العينية مسددة القيمة بكاملها حين إصدارها"، وعليه لا يجوز إصدار أسهم عينية وتسليمها إلى أصحابها إلا مقابل وفاء كامل الحصص التي تمثل هذه الأسهم، وفي ذلك بيان الفرق بين الأسهم النقدية التي قد لا يدفع إلاّ ربع قيمتها عند التأسيس.

وتحمل الأسهم العينية بيانا عن قيمتها الإسمية، ويسلم مقدموا الحصص العينية عددا من الأسهم كافيا لتمثيل قيمة الحصة[17]، والغاية من تسليم الحصص العينية كاملة عند التأسيس من شأنه أن يسهل على الخبراء مندوبي الحصص تقويمها، لاسيّما أن كل حصة عينية تكون خاضعة لإجراء تقويمي خاص بها، فإذا قدم المكتتب لحصص عينية جزءا منها، واستبقى الجزء الآخر على أن

يدفعه فيما بعد، فقد يقدم نوعا لا يتصف بالجودة والمزايا المتفق عليها، ممّا يعني أن ثمنها يكون أقل، ورأس المال بالتالي غير مستكمل.

وزيادة عن هذا فإن مشروع الشركة في غالب الأمر يحتاج عند بدءه إلى حصص عينية تكون منطلقا لبدء أعمال التأسيس، فالغالب أن يحتاج المشروع إلى عقارات ومصانع ومنشآت تكون قاعدة للمشروع، بالإضافة إلى نوع من السيولة النقدية ضمنها المشرع بحد أدنى يتمثل في الوفاء بربع قيمة الأسهم النقدية، وما يمكن الإشارة إليه أن وفاء الحصص العينية عند التأسيس أمر مرتبط بالنظام العام، فلا يجوز للمؤسسين ولا للجمعية التأسيسية أو سواها إعفاء مقدم الحصة العينية من وفاء قيمتها عند الإكتتاب أو عند تأسيس الشركة[18].

المبحث الثاني: الجمعية العمومية التأسيسية

متى تمّ الإكتتاب في رأس مال الشركة بالكامل، تأتي بعد ذلك مرحلة دعوة الجمعية التأسيسية للإنعقاد، وهذه الجمعية تضم قانونا كافة المكتتبين في الأسهم التي تمّ طرحها بالإضافة إلى المؤسسين، وهي تجتمع للمرة الأولى والأخيرة في حياة الشركة بهدف المصادقة على ما تمّ من إجراءات التأسيس، ويكون بذلك تأسيس الشركة موقوفا على موافقة الجمعية التأسيسية، وهذه الموافقة تعطى بالأغلبية.

وطالما أن موافقة الأكثرية هي التي تقرر مسألة انعقاد الشركة على وجه نهائي رغم معارضة الأقلية، فذلك يعني تغليب فكرة النظام القانوني في شركة المساهمة على فكرة التعاقد خلافا لما هو عليه في شركات الأشخاص. وعليه سنتطرق الى دعوى الجمعية التاسيسية للإنعقاد وشروط صحتها في المطلب الأول، في حين نبين اختصاصات الجمعية التأسيسية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: دعوة الجمعية التأسيسية للإنعقاد وشروط صحتها

وفيه سنتكلم عن قواعد توجيه الدعوة للمساهمين في الشركة، من خلال مصدر هاته الدعوة ومدتها، وكذا شروط صحتها.

الفرع الأول: دعوة الجمعية التأسيسية للإنعقاد

بالرجوع إلى نص المادة 1/600 من القانون التجاري نجد أنها تنص على أنه "يقوم المؤسسون بعد التصريح بالإكتتاب والدفعات بإستدعاء المكتتبين إلى جمعية عامة تأسيسية حسب الأشكال والآجال المنصوص عليها عن طريق التنظيم".

إذن فالمرجع الصالح لدعوة الجمعية التأسيسية للإنعقاد هم المؤسسون، ويتم هذا الإستدعاء في آجال وشكليات أتى بها المرسوم التنفيذي 438/95 السابق بيانه، والذي جاء في المادة 1/6 منه أنه

"تستدعى الجمعية العامة التأسيسية المنصوص عليها في المادة 600 من القانون التجاري إلى المكان المشار إليه في الإعلان المذكور في المادة 2 من نفس المرسوم".

وبالرجوع إلى المادة 2 منه، نجد أن إعلان الإكتتاب يتضمن كيفيات استدعاء الجمعية التأسيسية ومكان الإجتماع، وبالتالي فالمؤسسون هم الذين يحددون كيفيات الإستدعاء ومكانه ، وما على المكتتبين إلاّ التقيد بذلك بإعتبارهم سبق لهم الموافقة من خلال قبول الإكتتاب.

وتوجه الدعوة إلى جميع المكتتبين بأسهم الشركة سواء اكتتبوا بأسهم نقدية أو عينية، وأيا كان عدد أسهم كل منهم، وكل شرط ينطوي على التمييز بين المكتتبين، ويعلق دعوتهم ودخولهم إلى الجمعية التأسيسية على حيازة حد أدنى من الأسهم يكون باطلا[19].

أما عن المدة التي تتم الدعوة خلالها فلم يحددها المشرع الجزائري على خلاف بعض التشريعات[20]، غير أننا وعلى ضوء نصوص القانون التجاري، لاسّيما المادتين 600 و604 السابق الإشارة اليهما، يمكن القول أن مشرعنا أوجب الإستدعاء إلى الجمعية التأسيسية بعد التصريح بالإكتتاب والدفعات والمثبتة في عقد موثق[21].

وجاء بالمادة 604 على أنه إذا لم تؤسس الشركة في أجل 6 أشهر ابتداء من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري، يحق لكل مكتتب الرجوع في اكتتابه برد المبلغ المدفوع، ولمّا كان انعقاد الجمعية التأسيسية كمرحلة لتأسيس الشركة ولا تتم إلا بها، فنرى أن انعقاد الجمعية يكون في خلال 6 أشهر، تبدأ من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري.

أما ما تتضمّنه الدعوة أو الإستدعاء فقد بينت المادة 2/6 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر على أنه " ويذكر الإستدعاء اسم الشركة، وشكلها، وعنوان مقرها ومبلغ رأسمالها، ويوم الجمعية، وساعتها، ومكانها، وجدول أعمالها".

والحكمة من هذا إعلام جمهور المكتتبين بتفاصيل سير الجمعية والمسائل التي ستناقش، وزمان انعقادها، ومكانه، تفاديا للخطأ والغموض وتجسيدا للشفافية وإيضاح الأمور لهم.

كما بينت نفس المادة في الفقرة الثالثة منها والأخيرة أنه " ويدرج هذا الإستدعاء في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مؤهلة لإستلام الإعلانات القانونية في ولاية مقر الشركة قبل ثمانية أيام على الأقل من تاريخ انعقاد الجمعية".

ومنه يتضح ضرورة نشر الإستدعاء في جريدتين إحدهما النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وأخرى جريدة مؤهلة لإستلام الإعلانات القانونية في الولاية التي يتواجد بها مقر الشركة، وهذا النشر يتم قبل ثمانية أيام على الأقل من تاريخ انعقاد الجمعية، وذلك لكي يمنح الوقت الكافي لإعلام

المكتتبين ويسمح لهم بتمحيص جدول الأعمال الذي سيناقش في الجمعية التأسيسية، سدّا لذريعة الجهل وعدم العلم بهاته الأمور.

الفرع الثاني : شروط صحة اجتماع الجمعية التأسيسية

نصت المادة 2/602 من القانون التجاري على أنه " تتداول الجمعية التأسيسية حسب شروط اكتمال النصاب والأغلبية المقررة إلى الجمعيات غير العادية "، وبالرجوع إلى أحكام التداول في الجمعية غير العادية، لاسيّما المادة 2/674 من القانون التجاري نجد أنها تشترط لصحة اجتماع الجمعية التأسيسية حضور عدد من المكتتبين يملكون النصف على الأقل من الأسهم المكتتب بها، فإن لم يتوافر في الإجتماع هذا النصاب وجب توجيه الدعوة إلى اجتماع ثاني مع تخفيض النصاب إلى ربع الأسهم، وإن لم يكتمل النصاب للمرة الثانية فإنه يمكن تأجيل اجتماع الجمعية إلى شهرين على الأكثر، وذلك من يوم استدعائها للإجتماع مع بقاء النصاب المطلوب هو الربع، ولعلّ سبب تخفيض النصاب من النصف إلى الربع تبدو في معاقبة المكتتبين المهملين لمصالحهم، وللمشاركة الفعلية في تأسيس الشركة واتخاذ القرارات بشأنها، ومن ثمّ حماية للإقتصاد الوطني.

هذا وفعليا فإنه قلّما يتخلف المؤسسون عن حضور الجمعية التأسيسية، وعادة ما يملكون نصف الأسهم المكتتب بها، ولهذا غالبا ما يصح الاجتماع بهم ولو لم يحضر سواهم من المكتتبين[22].

كما أنه ولما تضمنته المادة 1/603 من القانون التجاري يكون لكل مكتتب عدد من الأصوات يعادل الأسهم التي اكتتب بها، شرط أن لا يتجاوز ذلك نسبة 5 % من العدد الإجمالي للأسهم سواء كان المكتتب حاضرا بنفسه أو ممثلا بغيره، فالأمر سواء[23].

المطلب الثاني: اختصاصات الجمعية التأسيسية

تختص الجمعية العامة التأسيسية باتخاذ القرارات التي من شأنها إنشاء شركة المساهمة ذات الإكتتاب المفتوح الموجه للجمهور، وتتمثل هذه الاختصاصات في:

الفرع الأول : تقويم الحصص العينية

يعدّ تقويم الحصص العينية من أهم وظائف الجمعية التأسيسية التي يناط لها بهذا الإختصاص، وبذلك تكون الحصة العينية قد مرت بمرحلتين للتقويم، أولاها تجري بناءا على طلب المؤسسين كما سبق بيانه، وثانيها تكون أمام الجمعية العمومية التأسيسية، وهذا ضمانا للمغالاة في التقويم الذي من شأنه إلحاق الضرر بالشركة وبدائنيها، وبحملة الأسهم النقدية.

ودفعا لكل هذه الأضرار جاءت نصوص القانون بإجراءات يجب إتباعها، فقد نصت المادة 3/601 من القانون التجاري على أنه " يجب على الجمعية العامة التأسيسية، أن تفصل في تقدير الحصص العينية، ولا يجوز لها أن تخفض هذا التقدير إلاّ بإجماع المكتتبين"

ومن النص يتضح حصول مناقشة الجمعية التأسيسية للحصص العينية على أساس قيمتها المقدرة في نظام الشركة، وتستدّل الجمعية بالتقدير الوارد في تقرير مندوب الحصص الذي قدم إليها ، ووضع تحت تصرف المكتتبين بمقر الشركة.

وما يمكن الإشارة إليه أنه في حالة انعقاد الجمعية بتوافر النصاب صحيحا، فيكون التصويت على القرارات وما يعرض للنقاش بأغلبية ثلثي الأصوات المعبرة عنها[24]، على أنه في حالة الفصل في أمر عن طريق الاقتراع (الإنتخاب) فإن الأوراق البيضاء لا تحتسب[25].

أما عن كيفية وشروط الاقتراع، فبالرجوع إلى نص المادة 2/602 من القانون التجاري يتضح أنه لمكتتبي الأسهم سواء كانت نقدية أو عينية حق التصويت على قرارات الجمعية سواء بأنفسهم، أو بتوكيل أحد الأشخاص، فالقانون لا يشترط حضور المساهم للإجتماع بنفسه، بل يصح له أن ينيب غيره سواء كان من المساهمين، أو غيرهم لحضور هذا الإجتماع، ذلك أن المساهم قد لا يتمكن من الحضور شخصيا لسبب مشروع ، كمرض أو سفر،أو ارتباط بالتزامات أخرى أكثر أهمية، ويودّ في الوقت نفسه الإدلاء بآراءه في الإجتماع والتصويت على القرارات المنوي اتخاذها، فلا يكون له عندئذ من وسيلة إلاّ إنابة غيره ممن يثق بهم في حضور اجتماع الجمعية والتصويت على قراراتها، وبذلك يكون قد أبدى رأيه بطريقة غير مباشرة، هذا ولا يشترط في الوكالة أي شكلية ما، فيكفي الوكالة العامة دون اشتراط وكالة خاصة باعتبار القانون لم يتضمن ذلك.

بعد المداولة والمناقشة تفصل الجمعية بقرار إمّا بالموافقة على تقرير الحصص العينية، وإما بعدم الموافقة، أو بتخفيض قيمة الحصة إن اقتضى الأمر.

أولا ـ حالة الموافقة على التقدير:

يصبح هذا التقرير نهائيا ويكون لموافقتها صفة الإلزامية، كما أن تداول الجمعية حول الموافقة على الحصة العينية لا يؤخذ في حساب الأغلبية أسهم مقدم الحصة، وليس له صوت في المداولة لا بنفسه ولا بصفته وكيلا عن غيره من المكتتبين[26]، والحكمة من ذلك أن الأمر المعروض يتعلق بالفصل في شأن من شؤونهم، فلا يتأتّى أن يعوّل على رأيهم فيه، وبالمثل لا يكون لرأيهم اعتبار لو أنهم كانوا قد اكتتبوا في نفس الوقت في بعض الأسهم النقدية حتى لا يكون ذلك مدّعاة لإشتراكهم في تقدير الحصص العينية التي قدموا، فيتدخلون تدخلا يُضر بمصالح الشركة وسائر الشركاء[27].

هذا وتجدر الإشارة أن المنع من التصويت الوارد في نص المادة 2/603 من القانون التجاري يقتصر على أصحاب الحصص العينية فيما يتعلق بالقرارات الخاصة بحصصهم فقط، أي مقدم الحصة لا يحرم من التصويت في تقويم الحصص العينية الأخرى.

ثانيا ـ حالة رفض الموافقة على تقدير الحصص العينية:

إذا لم توافق الجمعية التأسيسية على تقدير الحصص العينية فإن الإكتتاب بكامل رأس المال لم يتحقق، وبالتالي يفقد عنصر جوهري في التأسيس، ويفشل المشروع، ويحق للمكتتبين استرداد أموالهم[28].

ويكون المؤسسين مسؤولين مسؤولية تضامنية ومن غير تحديد في أموالهم عن الأعمال التي قاموا بها والتعهدات التي أبرموها أثناء التأسيس[29]، على أنه إذا أصرّ المؤسسون على تأسيس الشركة بالرغم من عدم الموافقة على تقدير الحصص، يمكنهم أن يعاودوا إجراءات التأسيس بدون حاجة إلى وضع نظام جديد للشركة، بشرط إيداع الأموال من جديد لدى المؤسسات المالية المؤهلة قانونا وإفراغ الإكتتابات والمبالغ المدفوعة في قالب رسمي لدى الموثق[30].

ثالثا ـ حالة تخفيض الحصص العينية:

يرى جانب من الفقه أن تخفيض قيمة الحصص العينية أمر يهز بقاعدة جوهرية في شركات المساهمة وهي ضرورة الإكتتاب بكامل رأس المال، وما على صاحب الحصة العينية إلا أن يقدم الفرق نقدا، أو بصورة حصة عينية إضافية، فإذا ما رفض هذا فلا مناص من القول بفشل المشروع[31].

غير أن الرأي الراجح فقها وقضاء، يذهب إلى أن رأس المال الحقيقي للشركة سيعلن بعد التخفيض، ويكون مكتتبا به بالكامل، ولا يمكن الدفع بأن الجمعية غير العادية هي وحدها التي لها القول في تخفيض رأس المال، فالأغلبية المطلوبة في تغيير رأس المال تكون مطلوبة في اجتماع الجمعية التأسيسية وستكون بالإجماع[32]، وهو نفس المسلك الذي انتهجه مشرعنا في نص المادة 3/601 من القانون التجاري، حيث قرر إمكانية التخفيض بشرط إجماع جميع المكتتبين، واشترط لسريان التخفيض موافقه مقدمي الحصص، وفي حالة عدم الموافقة الصريحة من هؤلاء فإن الشركة لا تعدّ مؤسسة[33].

الفرع الثاني : التثّبت من صحة الإجراءات المباشرة في سبيل التأسيس

تقوم الجمعية التأسيسية بالتثبّت من صحة الإجراءات وكافة العمليات التي باشرها المؤسسين في سبيل تأسيس الشركة، فتتأكد من شخصية الشركاء، ومن وجود الأموال، كما تتثبت من أنّ الاكتتاب كان في كامل رأس المال طبقا لنص المادة 596 من القانون التجاري، وأن مبلغ الأسهم مستحق الدفع، وما إذا كان هناك مخالفة للنظام العام، والآداب بمخالفة قواعد آمرة نص عليها القانون كوجوب توافر الحد الأدنى لمبلغ رأس المال (خمسة مليون دينار على الأقل)، ولعدد الشركاء (سبعة شركاء على الأقل)[34]، وتستعين الجمعية في ذلك بوثائق إعلان الإكتتاب، وبتقارير مندوب الحصص، والعقود الرسمية الأخرى.

كما أنه وعلى ضوء ما ذكر، فالجمعية لها أن تصادق أو ترفض كل العقود التي أبرمها الشركاء المؤسسين قبل القيد في السجل التجاري، وتبدي رأيها في المصادقة على القانون الأساسي الذي وضع من قبل المؤسسين ووافق عليه المكتتبين بأكتتابهم في أسهم الشركة، فيعتبر القانون الأساسي الذي يعده المؤسسون بمثابة دستورا للشركة، فهو يحدد بيان غرضها، ومدة بقاءها، وكيفية إدارتها، وما للمساهمين من حقوق، وما عليهم من التزامات، وعلى الجمعية إبداء الرأي في الموافقة أو المصادقة على هذا الدستور.

غير أن تعديل أحكامه لا يقبل إلّا بإجماع جميع آراء المكتتبين[35]، والأغلبية المطلوبة هنا بالإجماع جاءت لحماية صغار المدخرين، والذين قبلوا الإنضمام إلى الشركة على أساس القانون الأساسي الأول، ومنه التعديل لا يكون في صالحهم إن لم يكن بالإجماع.

الفرع الثالث: تعيين القائمين بالإدارة الأولين أو أعضاء مجلس المراقبة :

وهذا ما جاءت به المادة 2/600 من القانون التجاري، إذ تقوم الجمعية التأسيسية بتعيين الهيئة الإدارية اللاّزمة للشركة سواء كانوا القائمين بالإدارة الأولين، أو أعضاء مجلس المراقبة، كما أنه بالإضافة إلى تعيين أحد الهيئتين سواء كان أعضاء الإدارة الأولين أو أعضاء مجلس المراقبة، فإنه كذلك يعن واحد او أكثر من مندوب الحسابات.

ولا يكون تعيين هؤلاء نهائيا إلا بقبولهم وظائفهم[36]، ولا يشترط القانون صيغة معينة لهذا القبول، فقد يكون صريحا أو ضمنيا كالكتابة الخطية بالموافقة أو التوقيع على محضر الإجتماع أو الجلسة[37].

وجدير بالبيان أن اجتماع الجمعية التأسيسية يتوج في الأخير بمحضر يسمى المحضر التأسيسي، يتضمن اختتام إجراءات التأسيس، وإعلان تأسيس الشركة وتحديد تاريخ انطلاقها، وإن لم يتضمن القانون الجزائري نصا صريحا بشأن محضر الجمعية التأسيسية، وكيفية تدوينه ولكن المحضر هو من بديهيات الأمور في الجمعيات العمومية من الناحية العملية[38].

خاتمة:

كخاتمة لما تمّ ذكره ، نقول أن شركات المساهمة تهدف لتجميع الأموال قصد القيام بمشروعات صناعية، أو تجارية، ولإشباع حاجيات يتطلبها المجتمع، لاسيّما تشغيل أكبر عدد ممكن من العمال، فضلا عن التنافسية في تقديم أفضل السلع وأرقى الخدمات، فهي بذلك أداة للتطور الإقتصادي، والروح المحركة للإقتصاد الوطني.

وقد أحاط المشرع الجزائري إجراءات تكوينها بقواعد قانونية إتسمت بالنظامية، إذ لا يجوز الإتفاق على خلافها، وهذا بُغية إضفاء الجدية على مشروع الشركة ونشاطها، ووصولا إلى تحقيق مصلحة الشركاء والمتعاملين مع الشركة، وعلى الرغم من كون الوفاء بأسهم الشركة المطروحة على جمهور المكتتبين يُعد الأساس الذي ينطوي على مدى نجاح مشروع الشركة، والذي يختتم بعقد جمعية عمومية تأسيسية تصادق على دستور الشركة من خلال المراقبة القبلية لإجراءات التأسيس، إلّا أن المشرع الجزائري لم يكن صريحا ودقيقا في الإفصاح عن بعض الأحكام التي من شأنها أن تحدث مجالا للبس، لاسيّما فيما يتعلق بتعجيل ربع الأسهم النقدية، وتخفيض قيمة الحصص العينية، ومدة عقد الجمعية التأسيسية، ونصابها القانوني وغيرها من الأحكام التي تمّ تناولها، وعلى ذلك فإن النتائج المتوصل عليها والتوصيات المقترحة في هذا الشأن تتمثل فيما يلي :

1 ـ إستنادا إلى أحكام المادة 600 من القانون التجاري، يمكن القول أن مشرعنا أوجب الإستدعاء إلى الجمعية العمومية التأسيسية بعد التصريح بالإكتتاب والدفعات المثبتة في العقد الموثق، وبالموزاة مع ذلك فإن المادة 604 من نفس القانون تضمنت ما مفاده أنه إذا لم تؤسس الشركة في أجل 6 أشهر ابتداء من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري، يحق لكل مكتتب الرجوع في إكتتابه برد المبلغ المدفوع، ولمّا كان انعقاد الجمعية التأسيسية كمرحلة لتأسيس الشركة ولا تتم إلاّ بها، فنعتقد أن إنعقاد الجمعية يكون في خلال 6 أشهر، تبدأ من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري، وفي ذلك نرى ضرورة تحديد المدة التي تتم الدعوة خلالها بنص قانوني صريح منعا لإختلاف التأويلات والتفسيرات في هذا الشأن، لاسّيما والأمر يتعلق بنجاح مشروع شركة تجارية بحجم شركات المساهمة.

2 ـ فيما يتعلق بإيداع مبالغ إكتتاب الجمهور لدى الموثق، فنعتقد أنه من الخطأ أن تودع أموال طائلة بحجم أموال مشروع كبير يهم اقتصاد الوطن لدى الموثق، والذي وإن كان ضابطا عموميا، وله قواعد صارمة تحكمه، إلّا أنه يبقى إنسان يمكن للمال أن يغريه، سيّما والوازع الديني قد قلّ في واقعنا المعاش، ومادام القاعدة القانونية تتغير بتغير الواقع ، فإننا نرى ضرورة حصر إيداع هذه الأموال لدى بنك أو مؤسسة مالية مؤهلة قانونا، دون إمكانية الإيداع لدى الموثق، وهو ما يحقق أكثر أمانا وحماية لكل الأطراف سواء كانوا مؤسسين أو مكتتبين في الشركة.

3 ـ فيما يخص النصاب الذي تستوجبه الجمعية العمومية التأسيسية فإن حضور مؤسسي الشركة يغني عن حضور المكتتبين من الشركاء المساهمين، إذ الغالب أن يملك هؤلاء المؤسسين نصف الأسهم المكتتب بها، ولهذا فيصح الإجتماع بهم ولو لم يحضر سواهم من المكتتبين.

ومن هنا فإنه على غيرهم من الشركاء المكتتبين أن لا يتقاعسوا في حضور الإجتماع، وإنما الواجب الحضور كي يكونوا على بينه من أمر الشركة، وما يُتخذ في اجتماعها الأول من قرارات، وبالتالي المحافظة على مصالحهم في مراقبة تأسيس الشركة وتحقيق لتعاون إيجابي في خلق هذا الكيان القانوني.

الهوامش:

[1] - المادة 592 من القانون التجاري الجزائري.

[2] ـ الإكتتاب هو انصراف إرادة المكتتب نحو شراء الأسهم المطروحة في السوق، بدفع قيمتها الإسمية وهذا بالتقيد بنظامها الأساسي، ويترتب على هذا أن يصبح فيما بعد مساهما في شركة المساهمة.

[3] - نادية فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 ، ص 167.

[4] - من خلال النص نقول أن الأسهم المقصودة هنا هي الأسهم النقدية لا المالية، إذ الأسهم المالية هي التي تقوم بالمال وتضم الأسهم النقدية والعينية.

[5] . يُعرف المشرع المصري المؤسس بأنه من يشترك اشتراكا فعليا في تأسيس الشركة، ولديه النية في تحمل المسؤولية الناجمة عن عملية التأسيس، وأعتبر بالخصوص مؤسسا من وقع على العقد الابتدائي أو طلب الترخيص لتأسيس الشركة أو قدم حصة عينية.(المادة 7 من القانون المصري رقم 159 لسنة 1981 المؤرخ في 09/17 /1981 المتعلق بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة).

أما المشرع الجزائري فلم يعرف المؤسس؟ ولكن بإستقراء نصوص القانون التجاري، ولاسّيما الأحكام الخاصة بالتأسيس، نقول أن مشرعنا قد اعتبر الشخص الذي يشرف على تنظيم إجراءات التأسيس مؤسسا من خلال التوقيع على العقد التأسيسي والقيام بإجراءات التوثيق، والقيد، والإيداع، والنشر، وكذا استدعاء المكتتبين إلى جمعية تأسيسية، غير أنه وما دام المشرع لم يعرف المؤسس تعريفا جامعا مانعا لا يجوز التوسع فيه، فإن تحديد صفة المؤسس أمر متروك للقضاء.

[6] - محمد صالح بك، شركات المساهمة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، الطبعة الأولى، 1949، ص 68.

[7] - إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، بدون ناشر، 2000، ص 288.

[8]- G.Ripert et R.Roblot, traite de droit commercial, 17eme édition, Tome1, L.G.D.J, Paris, 1998.

[9] - المادة 2/706 من القانون التجاري الجزائري تنص على أنه : "ويتم إثبات وفاء الأسهم بالمقاصة كديون نقدية ومستحقة الأداء على الشركة بواسطة تصريح موثق صادر إما عن مجلس الإدارة أو مجلس المديرين...".

[10] - المادة 715 مكرر 52 من نفس القانون تنص على أنه : "يكون السهم النقدي إسميا إلى أن يسدد كاملا".

[11] - فليح العبيدي عباس مرزوك، الإكتتاب في رأس مال شركة المساهمة، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998، ص 300.

[12] - المادة 715 مكرر 48 من القانون التجاري الجزائري تنص على أنه : "يعد المساهم المتخلف والمحال لهم المتتابعون والمكتتبون ملزمين بالتضامن بمبلغ السهم غير المسدد، ويمكن للشخص الذي يسدد ما للشركة من دين المطالبة بالكل ضد أصحاب أسهم المتتابعين، ويبقى العبئ النهائي للدين على عاتق الأخير منهم.

كل مكتتب أو مساهم أحال سنده لا يبقى ملزما عن سداد الأقساط التي لا زالت لم تطلب بعد سنتين من إثبات التنازل".

[13] . يقصد ببطاقة أو شهادة الإكتتاب أن طرح الأسهم للإكتتاب من قبل مؤسسي الشركة يكون بموجب وثيقة تسمى بطاقة الاكتتاب، وهذه البطاقة يتم بها إثبات الاكتتاب بالأسهم النقدية ، ومنه فالإكتتاب في الأسهم النقدية يفرغ في محرر عبارة عن بطاقة تشمل على

شروط تضمنتها المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 438/95 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 والمتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، والذي جاء فيه "تؤرخ وتمضى بطاقة الإكتتاب المنصوص عليها في المادة 597 من القانون التجاري من المكتتب، أو موكله، الذي يذكر بالأحرف الكاملة عدد السندات المكتتبة وتسلم له نسخة منها على ورقة عادية "

[14] - غطاشة أحمد عبد اللطيف، الشركات التجارية، دار الصفاء،عمان، 1999، ص 284.

[15] - محمد صالح بك، المرجع السابق، ص 74.

[16] - المادة 715 مكرر 6 من القانون التجاري الجزائري تنص على أنه : " لا يجوز أن يعين مندوبا للحسابات في شركة المساهمة

- الأقرباء والأصهار لغاية الدرجة الرابعة بما في ذلك القائمين بالإدارة وأعضاء مجلس المديرين ومجلس مراقبة الشركة.
- القائمون بالإدارة وأعضاء مجلس المديرين، أو مجلس المراقبة وأزواج القائمين بالإدارة وأعضاء مجلس المديرين أو مجلس المراقبة للشركات التي تملك عشر (10/1) رأس مال الشركة، أو إذا كانت هذه الشركة نفسها تملك عشر (10/1) رأس مال هذه الشركات.
- أزواج الأشخاص الذين يتحصلون بحكم نشاط دائم غير نشاط مندوب الحسابات أجرا أو مرتبا، إما من القائمين بالإدارة أو أعضاء مجلس المديرين أو مجلس المراقبة.
- الأشخاص الذين منحتهم الشركة أجرة بحكم وظائف غير وظائف مندوب الحسابات في أجل خمسة سنوات ابتداءا من إنهاء وظائفهم.
- الأشخاص الذين كانوا قائمين بالإدارة أو أعضاء في مجلس المراقبة أو مجلس المديرين في أجل خمسة سنوات ابتداءا من تاريخ إنهاء وظائفهم".

[17] - محمد صالح بك، المرجع السابق، ص 78.

[18] - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 328.

[19] - إلياس ناصيف،المرجع السابق، ص 349.

[20] - حدد القانون التجاري اللبناني في المادة 9 منه المدة بشهر تبدأ من تاريخ إيداع تقرير الخبراء، وهي كذلك شهر في القانون المصري تبتدء من قفل باب الإكتتاب، أو انتهاء الموعد المحدد للمشاركة، أو تقديم تقرير بتقويم الحصص العينية أيهما أقرب (المادة 2/26 منالقانون المصري).

[21]- المادة 600 من القانون التجاري الجزائري.

[22] - Jacque Mestre , Droit commercial, 24eme édition, L.G.D.J, Paris, 2000, p 736.

[23] - فمثلا إذا كان العدد الإجمالي للأسهم 1000 سهم، وما دام أنه لكل سهم صوت، فإنه لا يمكن لكل مكتتب في كل الأحوال أن يتجاوز 50 صوتا ولو كان عدد أسهمه أكثر من 50 سهما، إذ لا يمكن تجاوز نسبة 5 % من العدد الإجمالي للأسهم.

[24]- قد يتطلب القانون أغلبية خاصة في بعض الأمور كما هو الحال بالنسبة للموافقة على تقويم الحصص العينية كما سنرى لاحقا.

[25]- المادة 3/674 من القانون التجاري الجزائري.

[26]- المادة 3،2/603 من القانون التجاري الجزائري.

[27]- علي حسن يونس، النظام القانوني للقطاع الخاص والقطاع العام، دار الفكر العربي، بدون تاريخ، ص45.

[28]- المادة 604 من القانون التجاري.

[29]- المادة 549 من القانون التجاري الجزائري.

[30]- المادة 3/604 من القانون التجاري الجزائري.

[31]- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987،ص 82.

[32]- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص373

[33]- المادة 4/601 من القانون التجاري الجزائري.

[34]- المادة 1/594 و592 من القانون التجاري الجزائري.

[35]- المادة 2/600 من القانون التجاري الجزائري.

[36]- المادة 2/600 من القانون التجاري الجزائري.

[37] -G.Ripert, R. Roblot , op.cit , p1093

[38]- أما القانون المصري رقم 159 لسنة 1981 السابق الذكر فقد نص صراحة في المادة 34 من اللائحة التنفيذية، على أن الجمعية التأسيسية تختار أمينا للسر، وجامعي أصوات، ويحرر أمين السر محضرا يتضمن نصاب الحضور، وخلاصة للمناقشات، وما يحدث أثناء الإجتماع، وما يتخذ من قرارات، وعدد الأصوات الموافقة وغير الموافقة بالنسبة إلى كل قرار على حدى، وكذلك كل ما يطلب الحاضرون إثباته في المحضر، كما تسجل أسماء الحضور من المكتتبين، وأصحاب الحصص في سجل خاص والسجل المشار إليهما لكل من رئيس الجلسة، وأمين السر، وجامعي الأصوات.

قائمة المراجع :

فئة الكتب:

1 ـ أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.

2 ـ إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، بدون ناشر، 2000.

3 ـ محمد صالح بك، شركات المساهمة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، الطبعة الأولى، 1949.

4 ـ نادية فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

5 ـ علي حسن يونس، النظام القانوني للقطاع الخاص والقطاع العام، دار الفكر العربي، بدون تاريخ.

6 ـ غطاشة أحمد عبد اللطيف، الشركات التجارية، دار الصفاء،عمان، 1999.

7 ـ فليح العبيدي عباس مرزوك، الإكتتاب في رأس مال شركة المساهمة، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998.

8 ـ Jacque Mestre , Droit commercial, 24eme édition, L.G.D.J, Paris, 2000.

9 ـG.Ripert et R.Roblot, traite de droit commercial, 17eme édition, Tome1, L.G.D.J,Paris, 1998.

النصوص القانونية:

1 ـ الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون 05/ 02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 ،ج.ر العدد 11 الصادرة في 09 فبراير 2005، الجزائر.

2 ـ المرسوم التنفيذي رقم 438/95 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 والمتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات.

3 ـ القانون المصري رقم 159 لسنة 1981 المؤرخ في 09/17 /1981 المتعلق بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة.

العنف الأسري في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية
Family violence in international instruments and Islamic law

نعيمة مايدي، طالبة دكتوراه (*)
جامعة الأغواط، الجزائر
maidi009@gmail.comnaima

مراد قريبيز، أستاذ محاضر أ
جامعة الأغواط، الجزائر
grebiz.mourad@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/09/12 تاريخ القبول للنشر: 2020/01/01

****

ملخص:

شكلت الأسرة اهتماما دوليا ملحوظا خصوصا في ظل تزايد مختلف المؤثرات التي تزعزع استقرارها باعتبارها اللبنة الأساسية في تكوين المجتمعات الدولية ولذا دأبت هذه الأخيرة على انتهاج السبل الكفيلة بمجابهة المشاكل و العقبات التي تضرب كيان الأسرة ،ولعل أبرز هذه المشاكل نمو ظاهرة العنف الأسري و ما انجر عنها من عواقب طالت الأسرة و المجتمع معا، نتيجة لما يتولد عنه من انحرافا سلوكية و إجرامية لدى الأفراد مما سيتسبب في تفكك النسيج الاجتماعي وبالتالي يجعل المجتمع عرضة للخلل الاجتماعي.

إذ يعتبر العنف الأسري نمط من أنماط السلوك العدواني الذي يظهر فيه القوي سلطته وقوته على الضعيف لتسخيره في تحقيق أهدافه و أغراضه الخاصة مستعملا وسائل العنف وبالتالي يصدر من قبل الأقوى في الأسرة ضد أحد أفرادها أو الأفراد الآخرين.

ولذا سنحاول في بحثنا هذا تسليط الضوء على الجهود الدولية للتصدي لهذه الظاهرة وبيان إسهامات الشريعة الإسلامية في الحد من العنف الأسري.

الكلمات المفتاحية : الأسرة-العنف-الاتفاقيات الدولية-الشريعة الإسلامية.

Abstract:

The family formed a remarkable international interest, especially in light of the

* ط/د. نعيمة مايدي: maidi009@gmail.comnaima

increasing various effects that destabilize it, as it is the basic building block in the formation of international societies. Therefore, the latter has consistently taken ways to confront the problems and obstacles hitting the family entity. One of the consequences for the family and society together, as a result of the behavioral and criminal deviations it generates among individuals, which will cause the disintegration of the social fabric and thus make society vulnerable to social imbalance.

As domestic violence is considered a type of aggressive behavior in which the strong man shows his authority and power over the weak to harness him in achieving his own goals and purposes using the means of violence and thus issued by the strongest in the family against one of its members or other individuals. Therefore, in our research, we will try to shed light on international efforts to address this phenomenon and explain the contributions of Islamic law to reducing domestic violence..

key words*:* Family - Violence - International Agreements - Islamic Sharia.

مقدّمة:

يتسبب العنف الأسري في زعزعة استقرار المجتمع لما يتكبده من آثار وخيمة في وسط الأسرة باعتبارها اللبنة الأولى في تكوين المجتمع حيث يؤدي إلى تفكك الأسرة و يعدم الثقة بين أفرادها لما يوقعه من إيذاء جسدي ونفسي على الضحية ،وتعود أسباب العنف الأسري إلى دوافع عدة لعل أبرزها غياب ثقافة الحوار بين الزوج و الزوجة و الأبناء،وقد تعود إلى الظروف الاجتماعية و الاقتصادية ،كما أن غياب الوازع الديني قد يؤثر في العلاقات الأسرية مما يؤدي إلى تفشي الظاهرة.

ويعرف العنف الأسري حسب منظمة الصحة العالمية عام 2002 بأنه:" كل سلوك يصدر في إطار علاقة حميمية ويسبب أضرارا أو آلاما جسمية أو نفسية أو جنسية لأطراف تلك العلاقة ويشمل عنف الزوج تجاه زوجته وعنف الزوجة تجاه زوجها وعنف الوالدين تجاه الأولاد و بالعكس."[1]

وتتعدد أشكال العنف الأسري من أشدها و المتمثل في العنف الجسدي ومن صوره: الضرب،شد الشعر، الصفع،المسك بعنف،اللكم، الحرق،الخنق...إلى العنف النفسي و المتمثل في السب و الشتم والعبارات النابية كالاتهام و التخويف الإهمال عدم تقدير الذات.إلى العنف الجنسي وهو الاستدراج بقوة والتهديد إما لتحقيق اتصال جنسي أو استخدام المجال الجنسي في الإيذاء كالتحرش و الهجر من قبل الزوج،استخدام العبارات الجنسية أو الملامسة بقصد الإشباع الجنسي.[2]

ونظرا لاستفحال هذه الظاهرة وما انجر عنها من عواقب طالت الأسرة و المجتمع معا كان لزاما إيجاد ضوابط وحلول للحد من الظاهرة وهو الأمر الذي حذا بالمجتمع الدولي إلى محاولة تطويق العنف الأسري بعقد العديد من المؤتمرات.

والشريعة الإسلامية تناولت هي الأخرى ظاهرة العنف الأسري وأوجدت لها حلولا أقل ما يقال عنها أنها كانت وقائية قبل أن تكون علاجية وهو ما تجلى في العديد من الآيات و الأحاديث النبوية التي تنبذ العنف وتدعو إلى الرحمة والرفق.

ولعل ذلك ما شجعنا لتناول موضوع العنف الأسري من وجهة نظر المواثيق الدولية و الشريعة الإسلامية لانتمائنا العقائدي لها .متبعين في ذلك المنهج الوصفي في تناول مختلف جوانب العنف الأسري في تلك المواثيق و المنظور الإسلامي للعنف المنزلي ،و المنهج التحليلي فيالتعقيب على وجهة نظر كل منهما في تناولهما لهذه الظاهرة

و السؤال المطروح هنا: **هل عالجت المواثيق و الاتفاقيات الدولية ظاهرة العنف الأسري بطريقة كفيلة للحد منها؟ وما مدى تطابقها و النظرة الإسلامية للعنف الأسري؟**

للإجابة على هذه الإشكاليةارتأينا تناولها في خطة البحث التالية:

المبحث الأول: **محدودية الجهود الدولية للحد من العنف الأسري**

المطلب الأول: المعالجة الضيقة للعنف الأسري في المواثيق الدولية

المطلب الثاني:حصر المواثيق الدولية للعنف الأسري في فئات محددة في الأسرة

المبحث الثاني : **النظرة الشمولية للشريعة الإسلامية للعنف الأسري**

المطلب الأول: نبذ الشريعة الإسلامية للعنف الأسري لدى جميع أفراد الأسرة

المطلب الثاني : تعارض الشريعة الإسلامية مع المواثيق الدولية في مفهوم العنف الأسري.

المبحث الأول:محدودية الجهود الدولية للحد من العنف الأسري

تتذرع المواثيق الدولية بأن أكثر المتضررين من العنف الأسري هم فئة الأطفال و النساء ولذا خصتهما بعناية خاصة وتعددت المواثيق العامة التي تعنى بهما أوردت جملة من الحقوق إضافة إلى المواثيق الدولية الخاصة وهو ما نتناوله في المطلبين المواليين.

المطلب الأول: المعالجة الضيقة للعنف الأسري في المواثيق الدولية العامة

تناولت المواثيق الدولية بشقيها العالمية والإقليمية مشكلة العنف الأسري بصفة محتشمة حيث حصرته في فئات دون أخرى .

الفرع الأول: العنف الأسري في المواثيق العالمية

أولا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948[3]:يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من أولى المواثيق الحائزة على تأييد شبه جماعي من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة /حيث تضمن نصوصا عامة شملت جميع الدول فأصبح من القواعد العامة في القانون الدولي حيث حاز على الصفة العالمية لحقوق الإنسان بمصادقة جميع دول العالم عليه وقد جاءت مواده عامة دون إشارة صريحة إلى العنف الأسري وكل ما تضمنته النص على المساواة في الكرامة و الحقوق بين الناس وأن يعاملوا بعضهم بروح الإخاء.[4]

وهو ما يشير ضمنا إلى نبذ العنف بجميع أشكاله بما فيه العنف الأسري كما أكدت المادة الثانية منه على حق التمتع بجميع الحقوق و الحريات دون أي تمييز يعود سببه إلى العنصر اللون أو الجنس ،ولما كانت المعاملة القاسية و التعذيب من ضروب العنف الأسري فقد حظرت المادة الخامسة منه إخضاع أي أحد لمثل هذه المعاملة.[5]

و يعتبر الاستعباد الجنسي والحمل و الإجهاض القسري[6] أحد ضروب العنف التي حظرتها المادة الرابعة من ذات الميثاق بنصها على أن :" لايجوز استرقاق أحد أو استعباده،ويحظر الرق و الاتجار بالرقيق بجميع صورهما"

وباستقراء مواد هذا الميثاق نجد أنها رغم عموميتها وشموليتها لغالبية حقوق الفرد إلا أنها غضت الطرف عن حماية الأسرة باعتبارها عماد المجتمع وكل ما احتوته مجرد عموميات تولي عناية بالإنسان بصفته فردا في الأسرة.[7]

ثانيا العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية :تعتبر هذه الاتفاقية المصدر الرسمي و القانوني للحقوق،اعتمدته الجمعية العامة في 1966/12/16 بحيث تم إقراره بأغلبية 106 عضو دون معارضة.

وقد خصت هذه الاتفاقية للأسرة مادة وحيدة تضمنت واجب المجتمع و الدولة في حماية الأسرة،كما أقرت الحق للرجل و المرأة في تكوين أسرة برضا الطرفين دون أي إكراه ،مع كفالة الدول الأطراف في الاتفاقية اتخاذ التدابير المناسبة لضمان مساواة الزوجين في الحقوق و الواجبات وكذا حماية الأولاد[8]. ولكل ولد دون أي تمييز حق على أسرته و على المجتمع وعلى الدولة اتخاذ تدابير الحماية التي يقتضيها كونه قاصرا وتسجيله فور ولادته وإعطائه اسما وهو ما تضمنته المادة 24 من الاتفاقية سالفة الذكر.

ثالثا العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية[9]: اعتمدته الجمعية العامة في 1966/12/16 نص هذا العهد في مادته العاشرة على وجوب منح الأسرة أكبر قدر ممكن من الحماية و المساعدة ،بحيث تقوم على الرضا المتبادل بين الأطراف المعنية دون أي قسر أو إكراه .وتجعل

الاتفاقية تثقيف الأطفال القاصرين حقا أساسيا من حقوق الأسرة،وتوجب الفقرة الثانية من ذات المادة وجوب توفير حماية خاصة للأمهات خلال فترة معقولة قبل الوضع وبعده ،أما الفقرة الثالثة فقد نصت على وجوب اتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لجميع الأطفال من جرائم الأحداث والاستغلال الاقتصادي و الاجتماعي.[10]

رابعا مؤتمر السكان و التنمية في القاهرة 1994 حرص هذا المؤتمر في وثيقته الختامية على إدانة العنف الموجه ضد المرأة وبشكل خاص الاغتصاب تجارة الأطفال من أجل الدعارة العنف الجنسي بكل أنواعه

الفرع الثاني:العنف الأسري في المواثيق الإقليمية

هذا بالنسبة للمواثيق العالمية ،وما يمكن قوله في هذا الصدد أنه حتى المواثيق الإقليمية تناولت العنف الأسري ولو ضمنيا ولعل أبرزها:

أولا: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية: المبرمة في نوفمبر 1950 و الملحقة بخمس بروتوكولات من بين ما تضمنته تحريم التعذيب وكل المعاملات وكل العقوبات غير الإنسانية أو المهنية ،حق الزواج وتكوين أسرة...

ثانيا: الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المبرمة سنة 1969: والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1978/07/18 من جملة ما تضمنت حق الفرد في المعاملة الإنسانية الكريمة و الحق في الخصوصية وحرية الاعتقاد و الديانة.

ثالثا: الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب : المبرم سنة 1980[11] والذي دخل حيز النفاذ في أكتوبر 1986 ،فإضافة إلى ماتضمنه هذا الميثاق من حق الفرد في احترام كرامته وحظر أشكال امتهانه واستبعاده خاصة الاسترقاق و التعذيب بكافة أنواعه و المعاملة الوحشية أو اللاإنسانية أو المذلة [12]

فقد أشار الميثاق في مادته 18 على إلزام الدول بمساعد الأسرة في أداء رسالتها لحماية الأخلاقيات و القيم التقليدية في المجتمع وكذا القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة وكفالة حقوقها وحقوق الطفل،وما يلاحظ على نص المادة أنه تناول فئة أخر من الأسرة وهي فئة المسنين والمعوقين والتي كانت مغيبة في المواثيق سالفة الذكر[13] .

رابعا: إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام :صدر عن الدول الأعضاء تضمن مبادئ تحرم العنف ضد الإنسان وتدعو المجتمع إلى حماية هذه الحقوق الأساسية ذات الصلة بمحاربة العنف ضد المرأة*

وتنص المادة 20 على تحريم تعريض أي إنسان للعنف البدني و النفسي و أي نوع من المعاملات القاسية أو المنافية للكرامة الإنسانية.

خامسا: الميثاق العربي لحقوق الإنسان 2004: و الذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 2008/03/15 يعد هذا الميثاق وثيقة هامة لحماية المرأة العربية من جميع أشكال العنف حيث نص على المساواة الفعلية مع الرجل وحظر أشكال العنف ضدها وحث الدول على اتخاذ التدابير لضمان حمايتها*.

ما يمكن قوله هنا أن هذه المواثيق وإن أشارت في بعض موادها على حظر التمييز والعنف ولو بصفة محتشمة إلا أنها لم تؤكد صراحة على مفهوم العنف و بالخصوص العنف الأسري وسبل الوقاية و الحماية منه.

المطلب الثاني:حصر المواثيق الدولية للعنف الأسري في فئات محددة في الأسرة

تزايد الاهتمام الدولي بظاهرة العنف بمختلف أشكالها نظرا لتفاقمها واستفحالها خصوصا تجاه الفئات الضعيفة في الأسرة ولذا فإن أغلب الاتفاقيات الدولية جاءت مشحونة بمبادئ ومواد تحمي فئتين اعتبرتهما أكثر عرضة للعنف الأسري تمثلت في كل من الأطفال والنساء على أساس أنهما الفردين الأضعف في الأسرة.بالنظر للإحصائيات المخيفة و التي تنبئ عن تفاقم ظاهرة العنف الأسري [14]،ولذا تعالت النداءات لإيجاد آليات للتصدي للعنف الأسري ،وهو ما حذا بالمجتمع الدولي إلى عقد العديد من المؤتمرات و الاتفاقيات الدولية نستعرض أهمها في الآتي:

الفرع الأول:بالنسبة للطفل:

يرجع الاهتمام بحقوق الطفل بشكل عام إلى سنة 1923 أين تم إصدار مبادئ أساسية تضمنت بعض النصوص المتعلقة بحقوق الطفل ،ومما تضمن في ديباجته أن البشرية مدينة بأفضل ما عندها للأطفال دون أي تمييز قائم على أساس العرف الدين العقيدة أو المذهب أو الجنسية كما نص المبدأ الرابع منه على ضرورة حماية الطفل من جميع أشكال سوء الاستغلال و المعاملة السيئة.إلا أنه وباندلاع الحرب العالمية الثانية فقد هذا الإعلان قيمته و أصبح من دون مضمون ،إلا أنه مهد لظهور إعلان الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام 1959

لتلي هذه المبادئ اعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة حقوق الطفولة عام 1955 و التي لم يكن لها هي الأخرى أي أثر قانوني إلى أن أقرت اللجنة الاجتماعية و الإنسانية و التعاونية للجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الطفل بتاريخ 1959/11/20[15] ،وقد نص هذا الإعلان في ديباجته على ضرورة توفير الحماية للطفل و العناية الخاصة به و الاعتراف بحقوقه سواء من قبل والديه أو من الغير،وكذا على السلطات المحلية و الحكومات القومية باتخاذ تدابير تشريعية [16]

ورغم عدم تصريح الإعلان بضرورة حماية الطفل من العنف الأسري إلا أن مبادئه العشرة تضمنت وجوب تمتعه بجميع حقوقه دون تمييز كما حث على ضرورة منحه الحب و التفهم في جو يسوده الحنان و الأمن المعنوي و المادي وكذا حمايته من جميع صور القسوة و الإهمال و الاستغلال وكذا الاتجار به[17].

وما يلاحظ على هذا الإعلان أنه قدوسع من نطاق الحماية إذ كانت في السابق يعترف بها منذ ولادة الإنسان إلا أن هذا الإعلان تعداها إلى مرحلة ما قبل الولادة.

وتتويجا للجهود الدولية في مجال حقوق الطفل عموما تم التصديق على اتفاقية حقوق الطفل في 1989/11/20 و التي دخلت حيز النفاذ في الثاني من سبتمبر 1990[18] وفقا للمادة 49 ،وتتكون هذه الاتفاقية من 54 مادة تضمنت في مجملها معظم الحقوق الأساسية للطفل ،فقد أشارت في ديباجتها على إيلاء الاهتمام بالأسرة باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنمو و رفاه جميع الأفراد وبخاصة الأطفال وبمنحها المساعدة و الحماية اللازمتين للنهوض بمسؤوليتها داخل المجتمع ونظرا للدور البارز للأسرة فقد أكدت الديباجة على ما جاء في المادة العاشرة من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و التي سبق تناولها[19].كما أقرت بضرورة توفير السعادة و المحبة و التفاهم للطفل حتى تترعرع شخصيته ترعرعا كاملا ومتناسقا وذلك لا يتأتى إلا في ظل أسرة خالية من أشكال العنف و المعاملة اللاإنسانية .وأوجبت المادة التاسعة عدم فصل الطفل عن والديه إلا في حالة المصالح الفضلى له، كحالة إساءة الوالدين له أو إهمالهما له.[20]

ونجد إشارة صريحة لضرورة حماية الطفل من أشكال العنف الأسري في المادة 19 من ذات الاتفاقية و إن لم يرد اللفظ صريحا ،إلا أن المادة قد عددت مختلف أنماط العنف الأسري التي قد يتعرض لها الطفل في كنف والديه من الإساءة البدنية أو العقلية أو الإهمال ،المعاملة المنطوية على إهمال ،أو إساءة المعاملة أو الاستغلال ،الإساءة الجنسية ،وذلك بحث الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير التشريعية و الإدارية و الاجتماعية و التعليمية المناسبة التي تكفل للطفل الحماية من العنف الأسري[21].

ونظرا لتزايد نسبة عمالة الأطفال و التي أثبتها الواقع المعاش من تشغيل القصر خصوصا في الأعمال الشاقة ولعل مرد ذلك إلى أسباب منها ما يتعلق بالأسرة منها:المستوى الثقافي المتدني للأسرة والتي قد تعتبر التعليم لا جدوى منه،ارتفاع الفقر في العديد من الأسر مما يضطر الطفل للخروج للحياة العملية لمساعدة أهله ،أو قد يرجع إلى إجبار ذويه على العمل لإعالتهم،التفكك الأسري الناتج عن الطلاق مما يدفع الطفل للعمل لتوفير حاجياته الأساسية في حال التخلي عنه،زيادة عدد أفراد الأسرة الأمر الذي يزيد معه الأعباء المادية و التي تضطر الطفل للالتحاق بسوق العمل [22]

لذلك فقد اعترفت الدول الأطراف بحق الطفل بحمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء الأعمال الخطيرة و الضارة بصحته أو بنموه البدني ،العقلي، الروحي،المعنوي،الاجتماعي،ولذا فقد ألزمت الدول باتخاذ التدابير الكفيلة بهذه الحماية كتحديد العمر الأدنى للالتحاق بالعمل ووضع نظام مناسب لساعات العمل وظروفه،وكذا فرض عقوبات أو جزاءات مناسبة لضمان تنفيذ الاتفاقية بفعالية[23].

ومن مظاهر سوء معاملة الطفل والتي قد تنطوي على أعمال عنف الاعتداء و الاستغلال الجنسي الذي قد يتعرض له الطفل داخل محيطه الأسري من طرف الأب،الأم،الإخوة،الأعمام،الأخوال...[24]

وتشير الإحصائياتإلى أن 82 من الاعتداءات الجنسية التي حصلت في أماكن كان يفترض أن تكون آمنة.و77 من المتعدين أشخاص من المفترض أن يكونوا في موضع ثقة الطفل و80 من الفارين من منازلهم يشيرون إلى أن الاستغلال الجنسي هو العامل الأساسي بل في هروبهم ،كما تشير أغلب الدراسات في الدول العربية إلى تفشي الاستغلال في الوسط الأسري بحيث أظهرت أن عددا كبيرا من الأطفال قد اعتدي عليهم من قبل أقربائهم [25].

وبالنظر لهذه النسب الكبيرة فقد كان لزاما على الدول إيلاء اهتمام كبير لمحاربة هذه المشكلةسواء في الوسط الأسري أو غيره وهو ما ظهر في اتفاقية حقوق الطفل التي أوجبت على الدول اتخاذ الإجراءات اللازمة الوطنية و الثنائية و المتعددة الأطراف لمنع جميع أشكال الاستغلال الجنسي[26].

وقد لقي هذا الموضوع اهتمام الأسرة الدولية وذلك بإرفاق اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 ببروتوكول إضافي يتعلق ببيع الأطفال و استغلال الأطفال في البغاء و المواد الإباحية ،وإن لم ينص على الاستغلال الجنسي في الأسرة إلا أنه يفهم من ذلك أي أعمال استغلال جنسي سواء في الأسرة أوفي غيرها من الأوساط كالمدرسة والشارع[27].

الفرع الثاني بالنسبة للمرأة:

رغم التقدم الكبير الذي أحرزته الأمم المتحدة في مجال الحقوق و الحريات ،إلا أن ظاهرة العنف بقيت منتشرة ولعل التظاهرات المنظمةمن قبل الجمعيات النسوية و المنددة باغتيال الناشطات السياسيات **الأخوات ميرابال** في 1960/11/25 في جمهورية الدومينيكان على يد الديكتاتور **رافاييل تروخيلو** مطالبة بجعل هذا اليوم يوما عالميا للتنديد بالعنف ضد المرأة [28].

ومن بين الإعلانات التي عنيت بالمرأة :

1- **إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1967** :صدر بالتعاون بين اللجنة الخاصة بوضع المرأة واللجنة الفرعية الثالثة التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة ،وافقت عليه

هذه الأخيرة بالإجماع بتاريخ 1967/11/07 ،وتتكون من 11 مادة تضمن المساواة بين الجنسين(الرجل و المرأة) في جميع الحقوق دون تمييز[29].

ومن ضمن هذه الحقوق:حق المرأة في اختيار زوجها بملء إرادتها،وعدم تزويج برضاها الحر التام،التساوي مع الرجل في الحقوق أثناء قيام الزواج وعند حله،اعتبار زواج الصغار وخطوبة الفتيات غير البالغات من ضروب العنف الأسري وهو ما حظره الإعلان[30].

وحثت المادة 8 منه على ضرورة اتخاذ التدابير المناسبة لمكافحة جميع أنواع الاتجار بالمرأة وبغائها،غير أن ذات المادة لم تنص على الاتجار الوارد من الوسط الأسري وإنما ورد بصفة عامة مما يفهم منه شموله أيضا بهذه المادة واعتباره من أشكال العنف الأسري.

2- **اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979**[31]:المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/34 المؤرخ في 1979/12/17 أكدت هذه الاتفاقية على ما جاء في المواثيق الدولية السابقة و المتعلقة بحقوق الإنسان،من تأكيد على المساواة بين الرجل و المرأة في الحقوق دون تمييز[32].

والمتصفح لمواد الاتفاقية يلاحظ أنها لم تتطرق لمسالة العنف بصورة صريحة وواضحة إلا أن اللجنة المعنية بالتقيد بهاته الاتفاقية أوضحت في توصيتها رقم 19 لسنة 1992 أن العنف ضد المرأة :"يشمل الاتجاهات التقليدية التي تضع المرأة في مرتبة أدنى من الرجل وتحددها بالأدوار النمطية التي ترسخ الممارسات المنتشرة التي تستخدم العنف و الإكراه.ومن ذلك العنف الأسريوالإساءات الأسرية و الزواج القسري،والقتل المتعلق بالبائنة،أي المهر والعنف باستعمال الأسيد،وختان البنات"[33].وكانت سابقا قد أصدرت التوصية رقم 12 عام 1989 بشأن العنف ضد المرأة أوصت فيها الأطراف أن تدرج في تقاريرها معلومات تخص تشريعاتها النافذة والمتعلقة بحماية المرأة من كافة أشكال العنف اليومي بما في ذلك العنف الجنسي داخل الأسرة والتحرش الجنسي في العمل،وكذا التدابير الأخرى المتخذة لاستئصال هذا العنف،وجود خدمات مساندة للنساء اللاتي يقعن ضحايا الاعتداء و الإيذاء، بيانات إحصائية عن كافة أنواع العنف الممارس و النساء ضحايا العنف[34].

3- **الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة**:والمعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 48/104 المؤرخ في 1993/12/20.أكد هذا الإعلان في ديباجته على دور اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في القضاء على العنف ضد المرأة و الذي يشكل عقبة أمام تحقيق المساواة والسلم كما يشكل انتهاكا لحقوق المرأة الأساسية لما يفرضه من تبعيتها للرجل،وقد جاء في الديباجة أيضا أن العنف ضد المرأة سواء في الأسرةأو المجتمع ظاهرة منتشرة تتخطى حدود

الدخل و الطبقة والثقافة ويجب أن يقابل بخطوات عاجلة وفعالة تمنع حدوثه وهذا بناء على الفقرة 23 من مرفق قرار المجلس الاقتصادي و الاجتماعي 1990/15 المؤرخ في 1990/05/24.

ومن ضمن ما جاء في الديباجة الإشارة إلى قرار المجلس الاقتصادي و الاجتماعي 1991/18 المؤرخ في 1991/05/30 والذي يوصي بوضع إطار لصك دولي يتناول صراحة قضية العنف ضد المرأة.[35]

ونتيجة لذلك فقد جاء الإعلان لإعطاء تعريف للعنف ضد المرأة والذي تناولته المادة الأولى منه بأنه :"أي فعل عنيف تدفع به عصبية الجنس وتترتب عليه ،أويرجح أن يترتب عليه أذى أومعاناة للمرأة سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر أو الحرمان التعسفي من الحرية، سواء حدث ذلك في الحياة العامة أوالخاصة" وفي العبارة الأخيرة إشارة إلى الأسرة.

بينما عددت المادة الثانية في فقرتها الأولى أشكال العنف الأسري و التي جاءت على سبيل المثال كالعنف البدني والجنسي و الضرب والتعدي الجنسي على أطفال الأسرة الإناث ،العنف المتصل بالمهر،اغتصاب الزوجة ،ختان الإناث وغيره من الممارسات التقليدية المؤذية للمرأة ،والعنف غير الزوجي والعنف المرتبط بالاستغلال.

ولحماية المرأة من أشكال العنف الأسري فقد حثت الاتفاقية الأطراف على ضرورة إيجاد نهج وقائية وتدابير قانونية وسياسية وإدارية وثقافية تفي بهذا الغرض من ضمنها وضع جزاءات جنائية مدنية أو جزاءات عمل إدارية بحق من يصيبون من النساء بأضرار بإيقاع العنف ،إضافة إلى إجراء الأبحاث والإحصائيات خصوصا فيما يتعلق بالعنف الأسري،وفيما يخص النساء المعرضات للعنف فقد نوهت الاتفاقيةإلى تقديم المساعدة لهن كتأهيلهن،تقديم المساعدة الصحية وإعالتهن....[36]

وبذلك يشكل هذا الإعلان مرجعية مشتركة في محاربة العنف ضد المرأة زيادة على كونه يشكل التزاما معنويا للبلدان الموقعة عليه[37].

وفي 1980 عقد المؤتمر الثاني للمرأة في كوبنهاجن الذي اعتمد قرارا بشأن العنف الأسري ،ودعا المؤتمر إلى وضع برامج للقضاء على العنف ضد النساء و الأطفال .

ليلي بعد ذلك عقد العديد من المؤتمرات التي تعنى بالعنف ضد المرأة من ضمنها المؤتمر العالمي الرابع الخاص بالمرأة في بكين تضمن دعوة الدول لإدانة العنف ضد المرأة و الامتناع عن التذرع بأي عرف ،أوتقليد أو اعتبار ديني للتحلل من التزاماتها.الملاحظ على هذه الدعوة إشارة صريحة للتحلل من القيم الدينية و العقائدية و الأعراف التي سارت عليها الشعوب منذ الأزل .

وفي 1999/12/17 صدر قرار هيئة الأمم المتحدة تحت رقم 134/54 قررت فيه جعل يوم 25 نوفمبر من كل سنة اليوم الدولي للقضاء على العنف ضد المرأة[38].

وفي 2008/06/15 عقد مؤتمر لتقويم التقدم المنجز في تطبيق مؤتمر المرأة الثالث في نيروبي لسنة1985 فقد جاء هذا المؤتمر للتعرف على الاستراتيجيات المحققة ومناهج عمل بيجن بعد مرور 5 سنوات و الذي التزمت بموجبه الدول الأطراف بإعداد استراتيجيات وطنية وفقا لمحاور بيجن وما تم تحقيقه منها تحت شعار المرأة عام 2000 المساواة بين الجنسين و التنمية والسلام في القرن الحادي و العشرين[39].

وفي إفريقيا عقد بروتوكول حقوق المرأة لعام 2003 الذي أكد على تعزيز المساواة بين الجنسين للقضاء على العنف و تعديل الأدوار الاجتماعية النمطية للتقليل من الممارسات التقليدية الضارة بالمرأة و الملفت للانتباه أن هذا البروتوكول قد وسع التعريف الوارد في الإعلان المتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة بإضافة العنف الاقتصادي[40].

أما عربيا فقد نالت قضايا العنف ضد المرأة اهتمام العديد من المواثيق والإعلانات العربية الخاصة بحماية حقوق الإنسان كمساهمة للجهود البشرية في حماية حقوق الإنسان،حيث تضمن عدة مبادئ تحرم العنف ضد

الإنسان وتلزم الدولة والمجتمع بحماية هذه الحقوق ،هذا بالإضافة إلى الميثاق العربي لحقوق الإنسان والذي دعا إلى المساواة بين الجنسين في الحقوق و الواجبات والكرامة[41].

ما يمكن ملاحظته هنا رغم هذا الزخم من المواثيق و الإعلانات إلا أن ظاهرة العنف الأسري لاتزال متفشية خصوصا لدى المجتمعات الغربية التي دعت للمساواة التامة بين الرجل و المرأة دون مراعاة للفوارق بينهما و الأخطر من ذلك دعوة هذه المواثيق للتحلل من القيم و العادات و العقائد للتذرع بحماية المرأة و الطفل من العنف ،ناهيك عن تغاضيها عن بقية الفئات التي تتكون منها الأسرة ككبار السن ،الخدم وتركيزها على فئة الأطفال و النساء فقط،ولايمكننا أن نغفل أن كل من هاتين الفئتين قد تمارس هي الأخرى العنف ضد بقية الأفراد وليس شرطا أن يماس ضدها ،فهل سارت الشريعة بنفس هذا المنحى أم كان لها موقف آخر؟

المبحث الثاني:النظرة الشمولية للشريعة الإسلامية للعنف الأسري

عني الإسلام بالأسرة ودعا إلى الحفاظ عليها وحماية أفرادها وشرع لهم حقوقا وواجبات لضمان سلامتها من المشكلات الداخلية والتي يعتبر العنف الأسري أكبر ما يؤرقها ولدا اتصفت أحكامه بالشمولية رغم تعارضها مع المواثيق الدولية السابق ذكرها.

المطلب الأول:نبذ الشريعة الإسلامية للعنف الأسري لدى جميع أفراد الأسرة

نبذ الدين الإسلامي العنف بكافة أنواعه بما فيه العنف الأسري إذ حث على التسامح والرحمة والرفق و التحلي بالأخلاق الحسنة مصداقا لقوله تعالى:" وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل" البقرة الآية 237،وقد حرصت الشريعة الإسلامية على التأكيد على نبذ العنف والاعتداء مهما كان شكله ومن ذاك قوله تعالى :"قول معروف ومغفرة خير من صدقة يتبعها أذى و الله غني حليم" البقرة الآية 263 وقوله في خصال الرسول صلى الله عليه و سلم:" ولو كنت فضا غليظ القلب لانفضوا من حولك"آل عمران الآية 159 .

ولضمان استمرارية الأسرة فقد فرضت الشريعة الإسلامية على أفرادها حقوقا وواجبات يتوجب القيام بها منها ما يتعلق بالزوجين لقوله تعالى :"ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم"البقرة الآية 288 ،فعلى الزوجة طاعة زوجها طاعةغير عمياء لقوله صلى الله عليه وسلم :"لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"،كما يتعين عليها صيانة عرضه في غيابه لقوله تعالى :"قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله"النساء الآية 34،وعدم الإذن بالدخول لبيتها لمن يكره الزوج ،لقوله صلى الله عليه وسلم :"لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه،ولا تأذن في بيته إلا بإذنه"،ويتوجب عليها كذلك استئذانه قبل الخروج من البيت وإلا لعنتها الملائكة لحديثه صلى الله عليه وسلم :"من حق الزوج على الزوجة أن لا تخرج من بيتها إلا بإذنه ،فإن فعلت لعنتها ملائكة السماء وملائكة الرحمة وملائكة العذاب حتى ترجع"[42].

ويتوجب عليها رعاية شؤون الأسرة أيضا وفي المقابل شرعت لها حقوقا بدء من المهر والمفروض على الزوج مقابل استمتاعه بها لقوله تعالى :"وأتوا النساء صدقاتهن نحلة" النساء الآية 4 ،والنفقة من مأكل وملبس وخدمات صحية ولو كانت ميسورة[43] الحال لقوله تعالى :"أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن"الطلاق الآية 6،ويتعين على الزوج أن يحسن معاملة زوجته يقول تعالى :"وعاشروهن بالمعروف" ،ومن جوانب المعاملة الحسنة العدل بين الزوجات في حال تعددهن يقول صلى الله عليه وسلم :" من كانت له امرأتان فمال مع أحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط".

وهناك حقوق مشتركة تتمثل في استمتاع كل منهما بالآخر ،الإنجاب ،وفي حال الوفاةيرث أحدهما الآخر،المعاشرة بالمعروف،حفظ الأسرار وستر العيوب،الصبر على الزلات[44] .

ولما كانت الأسرة تتكون من الأطفال أيضا ،فقد حرص الإسلام على رعايتهم وضمان جملة من الحقوق منها:حق الطفل أن يختار له الأم الصالحة ،وأن يوفر له أسباب عيش كريمة،وأن يعدل بين الأطفال سواء كانوا إناثا أم ذكورا وفي تنشئتهم تنشئة إسلامية تقوم على طاعة الله عز وجل...[45]

فئة أخرى لا تقل عن الفئات السابقة والمتمثلة في فئة المسنين والتي لها حقوق مثل بقية الفئات من واجب الطاعة تجاههم النفقة عليهم احترامهم وبرهم،وقد صفهم الله عز وجل بالطاعة وجعلهم في مرتبة عليا لا يعلوها سواه.

وقد تتعرض هذه الفئات للعنف الأسري من جهة فرد أو أفراد آخرين في الأسرة للعنف الأسري فكيف عالجت الشريعة الإسلامية مشكلة العنف الأسري؟

الفرع الأول: العنف لدى الزوجين آثرنا هذا التقسيم باعتبار الأسرة تنطلق من الرابطة الزوجية لتتفرع عنها بقية الروابط ،فبالنسبة للزجة فقد حرص الإسلام على كرامتها وتجلى ذلك في:

- جعل الزوجة الصالحة من أسباب السعادة في الدين،لقوله صلى الله عليه وسلم :"ثلاثة من السعادة و ثلاثة من الشقاء ،فمن السعادة المرأة الصالحة تراها فتعجبك وتغيب عنها فتأمنها على نفسها ومالك"؛
- الحرص على ترك الحرية للمرأة في اختيار شريك حياتها الذي تحبه وترغب فيه لقوله صلى الله عليه وسلم :"لاتنكح الثيب حتى تستأ مر،ولاتنكح البكر حتى تستأذن،وإذنها الصموت"رواه الترميذي؛
- الوصية بحسن معاملة الزوجة وفقا لعلاقة تسودها المودة و الرحمة لا استبداد ولا ظلم فيها لقوله صلى الله عليه وسلم :"خيركم خيركم لأهله و أنا خيركم لأهلي" رواه الترميذي،فيراعى عند الخلافات الزوجية خصوصا عند نشوز الزوجة تجنب الشتم والسب و التحقير؛
- الالتزام بالمنهج الشرعي المعتمد في علاج نشوز الزوجة بدء من الوعظ ثم الهجر وانتهاء بالضرب غير المبرح الذي يكاد يكون أقرب للتلويح به دون فعله؛
- اللجوء إلى الحكمين عند استفحال الخلاف؛
- اللجوء للطلاق كحل أخير وفق درجاته (رجعي،بائن بينونة صغرى أو كبرى...)؛[46]

ولا يحق للزوج إتيان زوجته رغما عنها فهذا التعامل يعتبر من قبيل العنف ضدها ،وفي المقابل لا يحق لها أن تمتنع عنه إلا في حال وجود عذر شرعي كالحيض و النفاس أو الإرهاق أو التعب؛

ولا يحق له إهانة زوجته بالقول و الشتم و التنقيص من شأنها فذلك مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ كرامة الإنسان ،يقول تعالى :"ولقد كرمنا بني آدم" الإسراء الآية 70.

كما أن الإسلام حرم القتل و الجرح بداعي الحفاظ على الشرف في حال اكتشاف خيانة أحدهما للآخر وهذا بخلاف بعض القوانين التي تحل ذلك وأخرى تجعله من قبيل الأعذار المخففة .

وفي مقابل هذا كله يحظر على المرأة ممارسة العنف ضد زوجها أيا كان نوعه بل يتوجب عليها طاعته و احترامه لا أن تقوم بإيذائه أو تشويه سمعنه أو تأليب أولاده عليه أو معايرته ،فعن عبد الرحمان بن عوفأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :"إدا صلت المرأة خمسها،وصامت شهرها،وحفظت فرجها،وأطاعت زوجها،قيل لها أدخلي الجنة من أي الأبواب شئت"[47].

الفرع الثاني: العنف لدى بقية الفئات

1- العنف ضد الأطفال

تتعدد أشكال العنف ضد الأطفال من حرمانهم من اللعب و العطف و الحنان الاعتداء الجنسي عليهم...والدين الإسلامي حث على الرحمة بالأطفال وحسن معاملتهم لحديثه صلى الله عليه وسلم:"علموا ولا تعنفوا فإن المعلم خير من المعنف"[48]،ولقوله صلى الله عليه وسلم :"من عال ثلاث بنات فأدبهن وزوجهن وأحسن إليهن فله الجنة" رواه أبو داوود، ويقول أيضا :"من ولد له ولد فليحسن أدبه واسمه "،فالتأديب مسألة ضرورية بالنسبة للأبناء لتجنب تمردهم على أوليائهم وعصيانهم لهم، والتأديب لا يعني استعمال العنف ضدهم بل يتجنب الضرب المبرح وتجنب الوجه ...وغيرها من الأساليب المؤذية ولا يلجأ إليه إلا في حال استنفاذ الطرق الأخرى.

كما حث الإسلام على الرفق في وعظ الأبناء و استعمال الخطاب الدال على المحبة و اللين لقوله صلى الله عليه وسلم :" إن الله رفيق يحب الرفق ،ويعطي على الرفق ما لا يعطي على العنف و ما لا يعطي على ما سواه" رواه مسلم.

و الشريعة الإسلامية نبذت العنف على الطفل حتى قبل ولادته فحرم إجهاضه بعكس المواثيق السابقة و التي أجازتإتاحة سبل الإجهاض ،و أولى الإسلام اهتماما كبيرا بمسألة الاعتداء الجنسي التي كثيرا ما يقع الأطفال ضحيتها فحرمها وجعل لها حدودا تطبق على مرتكبيها.

2- العنف ضد المسنين قد يعرض المسنون داخل الوسط الأسري إلى أشكال عدة من العنف من سوء المعاملة كالحرمان من المأكل والملبس الإهانة و الشتم التصرف في أمواله دون موافقته التحرش الجنسي الإكراه على ممارسة الجنس ...[49] ولذا جاءت الشريعة الإسلامية بمبادئ لصون كرامة المسن فقد نهى عن مجرد التأفف على الوالدين لقوله تعالى :" وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه و بالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما و قل لهما قولا كريما " الإسراء الآية 23 ،وقوله صلى الله عليه وسلم :"ليس منا من لم يرحم صغيرنا

ويوقر كبيرنا"،ولا يمكن بأي حال إرسال المسن أو العاجز إلى دور العجزة إلا إذا لم يكن لهم أهل أو أقرباء بل يتوجب أن نحسن معاملتهم ورعايتهم.

3- العنف ضد الخدم كثيرا ما تحدث جرائم ضدالخدم تكون في شكل إهانات لفظية وجسدية تصل إلى حد الإيذاء بالضرب ،أو الاغتصاب أو الحرمان من الراتب...فغلى أفراد الأسرة أن يتقوا الله في الخدم وتجنب ظلمهم وتعنيفهم و التحلي بروح التسامح معهم،و الاقتداء بسيرة خيرة خلق الله سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام و الذي لم يشهد له قط أنه أنب خادما فقد قال لجاريته بعد أن أغضبته :"لولا خشية القود لأوجعتك بهذا السواك"،و روى أنس خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم :" خدمت رسول الله صلى الله عليه وسلم تسع سنين ،فما أعلمه قال لي قط :لم فعلت كذا وكذا؟ ولا عاب علي شيء قط "

من هذا المنطلق نجد أن الشريعة الإسلامية كانت نظرتها شمولية في معالجة العنف الأسري بل و الوقاية منه أيضا ،وكذا بيان سبل مواجهته تجاه مختلف فئاته وليس تضييقه وحصره في النساء و الأطفال فقط كما كان الشأن في المواثيق الدولية.

المطلب الثاني:تعارض الشريعة الإسلامية مع المواثيق الدولية في مفهوم العنف الأسري

كما سبقت الإشارة فإن المواثيق الدولية أولت عناية خاصة بفئة الأطفال و النساء من خلال عقد العديد من المؤتمرات الفئوية ،مهملة في ذلك بقية الفئات التي قد تتكون منها الأسرة من أولياء وخدم،وهو الأمر الذي احتوته الشريعة الإسلامية وكانت سباقة فيه

و المتصفح لمجالات العنف الأسري في المواثيق الدولية يجد تعارضا واضحا بينها وبين الشريعة ففي الوقت الذي كانت هذه الاتفاقيات تعتبر أنواعا من التصرفات عنفا أسريا وخصوصا ضد المرأة كان للشريعة الإسلامية موقف آخر،فمن أوجه التعارض نورد ما يلي:

الفرع الأول : منظور المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية للعنف بين الزوجين

1-اعتبار الاتفاقيات الدولية تعدد الزوجات عنفا ضد المرأة بينما تبيح الشريعة ذلك ولا تعتبرها من قبيل العنف الأسري ذلك أن الزوجة الأولى تستأذن أي برضاها فمن حقها رفض ذلك وبإمكانها اشتراط عدم الزواج عليها في العقد ،وباشتراط الإسلام العدل بين الزوجات ينتفي العنف هنا؛[50]

2- مهر العروس تعتبره المواثيق الدولية ثمنا يحط من قيمة المرأة و يعطي للزوج الحق في تملكها و معاشرتها ولذا طالبت بإلغائه في حين تعتبره الشريعة الإسلامية تكريما لها؛

3- تعد المواثيق الدولية المعاشرة الزوجية بدون رضا الزوجة اغتصابا زوجيا حتى في حال النشوز و التي أباح الإسلام ضربها ضربا غير مبرح شريطة استنفاذ جميع السبل الأخرى،و الإسلام لم يجبر

الرجل على إتيان زوجته رغما عنها وإنما قصد بالناشز المرأة التي تمتنع عن زوجها من دون عذر شرعي كما سبق و أسلفنا.

4- الأدوار الفطرية لكل من الرجل و المرأة داخل الأسرة :فلكل من الرجل و المرأة دور في الأسرة ،فالمرأة ترعى الأبناء وبيت الزوجية بينما يتمثل دور الرجل في العمل لتوفير المأكل و الملبس لهذه الأسرة هذه الأدوار التي سعت الاتفاقيات الدولية للقضاء عليها واعتبارها تمييزا ضد المرأة ،وتصطلح على قوامة الرجل بالهياكل الطبقية في إدارة البيت و التي تمنح الحقوق والقوة للرجل أكثر من المرأة وتجعلها دليلة تابعة للرجل ،كما أن إنفاق الرجل على الأسرة والذي تطلق عليه المواثيق الدولية بالاعتماد الاقتصادي للمرأة على الرجل تعتبره الاتفاقيات السبب الرئيسي في العنف ضد المرأة.

5- الطلاق ضمن ضوابطه الشرعية المحددة لا تعتبره الشريعة الإسلامية عنفا ضد المرأة؛[51]بينما يشكل عنفا بالنسبة للاتفاقيات الدولية خصوصا التطليق بالإرادة المنفردة للزوج،التطليق الغيابي،الخلع(إلزام الزوجة برد المهر)،وكذا اقتسام الممتلكات بعد الطلاق وعدم احتفاظ الأم بأبنائها في حال زواجها بآخر بعد الطلاق؛[52]

الفرع الثاني: العنف ضد بقية الفئات في المواثيق الدولية الشريعة الإسلامية

عرفت الشريعة الإسلامية تمايزا واضحا بينها وبين المواثيق والمعاهدات الدولية حول أشكال التصرفات التي تعد من قبيل العنف أو تخرج من نطاقه خصوصا فيما يتعلق بالأفراد غير المتزوجين حيث تمثلت الخلافات الجوهرية بينهما في الآتي

1- تحظر الشريعة الإسلامية صور الاقتران غير الشرعي، وتدعو إلى الالتزام بأحكام الشريعة بينما لا تحظر المواثيق الدولية ذلك بل تبيح العلاقات خارج نطاق الزواج؛

2- عدم إتاحة وسائل منع الحمل لغير المتزوجين الشرعيين لا يعتبر عنفا من المنظور الإسلامي بينما العكس في المواثيق الدولية؛

3- منع الإجهاض إلا في الحالات الطبية الاستثنائية لا يعتبر عنفا أو تمييزا في الشريعة الإسلامية وهذا ما أكده قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 180 (19/6) المنعقد في دورته التاسعة عشر ،وهذا خلافا للمواثيق الدولية التي أباحت الإجهاض؛

4- الاتفاقيات الدولية حظرت الزواج المبكر و طالبت من الأطراف تحديد سن قانوني للزواج بعكس الشريعة الإسلامية التي حددته بالبلوغ وهي بذلك تحمي الشباب من الوقوع في المحرمات ،وبذلك فإن هذه الاتفاقيات تشجع على العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج؛[53]

وفي الوقت الذي تحارب فيه هذه الاتفاقيات الزواج المبكر فهي تدعو إلى الزنا المبكر وتطالب بتسهيل حصول المراهقين على وسائل منع الحمل ففي الفقرة التي جرمت الزواج المبكر تلتها مباشرة النص على ضمان حصول المراهقين على خدمات وبرامج لمنع الحمل المبكر و الأمراض المنقولة عن طريق الاتصال الجنسي،وهو الأمر الذي أكدته كل من الوثيقة الختامية الصادرة عن مؤتمر القاهرة للسكان عام 1994 و إعلان بكين و كذا وثيقة عام جدير بالأطفال (2002) و التي اعتبرت الزواج المبكر من الممارسات الضارة [54].

5- تصف وثائق الأمم المتحدة التمسك بعذرية الفتاة بالعنف و الكبت الجنسي وتعتبرها عنفا ضد المرأة كما يعد الإصرار على تزويجها من ذكر عنفا ضدها حيث أجازت هذه الاتفاقيات للفتاة حرية اختيار جنسها و جنس شريكها الأمر الذي يتنافى و مقاصد الشريعة الإسلامية التي تحرم العلاقات المثلية؛[55]

6- عمل الفتاة في بيت أهلها :تحاول لجنة المرأة الضغط على منظمة العمل الدولية كي تدرج عمل الفتاة في بيت أهلها ضمن عمالة الأطفال وهو الأمر الذي لا تعتبره الشريعة الإسلامية كذلك[56].

7- يقر مجمع الفقه الإسلامي في قراره السابق أن ما قررته الشريعة الإسلامية من أنصبة الميراث و الوصايا لا يعتبر من قبيل العنف ضد المرأة،فهذه الأخيرة و ترث أقل من الرجل باعتبار القوامة تعود له كما أنه يتحمل الأعباء المالية عنها كالمصاريف و النفقة.بينما تخالف المواثيق الدولية ذلك فتعده من قبيل التمييز ضد المرأة ،ولذا فإن الأمم المتحدة تدفع بالمنظمات النسوية في البلاد المختلفة ،لتمهيد الطريق أمام الحكومات لتطبيق مساواة المرأة و الرجل في الميراث.

8-ولاية الولي على البنت البكر في الزواج لا تعد عنفا أو تمييزا من المنظور الإسلامي ،في حين تعتبر لجنة مركز المرأة الدولية أن اختصاص الفتاة بمبدأ الولاية في الزواج تمييزا ضدها يتوجب القضاء عليه لتحقيق المساواة التامة بين الرجل و المرأة[57].

9- المواثيق الدولية لطالما طالبت بالحرية الجنسية و تشريع الزنا بتوفير برامج الصحةالإنجابية و الجنسية و وسائل الحماية من الحمل غير المرغوب فيه ،واعتبار ما يخالف ذلك نوع من العنف ضد المرأة وهو ما تحرمه الشريعة الإسلامية بتكريمها لجسد المرأة وتذهب الاتفاقيات الدولية إلى أبعد من ذلك باعتبار السماح للمراهقات الحوامل بالاندماج في التعليم النظامي عنفا ضدهم.

13- تأديب الأبناء: تنكر الوثائق الدولية حق الآباء تأديب أبنائهم وتعتبر أي نوع من أنواع الإيذاء النفسي أو البدني عنفا ضد الطفل ،وبالتالي السماح لهذا الأخير الاشتكاء على والده الذي ضربه أو نهره أو منعه من شيء يرغب فيه بعكس الشريعة الإسلامية التي تجيز تأديب الأبناء لمصلحتهم فلو

ترك الأطفال دون تأديب لكان ذلك منفذا لهم لفعل ما يرغبون فيه دون رقيب على أفعالهم و لحديثه صلى الله عليه وسلم :"مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر" [58].

ما يلاحظ على المواثيق الدولية أنها تحاول إلغاء الأدوار النمطية في الأسرة و التي حددت لكل من الجنسين كل حسب طبيعة تكوينه فالمرأة بحكم تكوينها المبني على العاطفة و الحنان أوكل إليها مهمة رعاية الأبناء و باتصاف الرجل بقوة التحمل منحت له القوامة في النفقة و المصاريف وغيرها،ناهيك عن اهتمامها بكل من المرأة و الطفل مع إهمال بقية الشرائح و التي لم تغفلها الشريعة الإسلامية التي تدعو لحماية الأسرة من أشكال العنف التي حاولت المواثيق الدولية توسعتها بالدعوة لتجاوز الأديان في هذا المجال.

خاتمة:

ما يمكننا قوله في الأخير أن العنف الأسري من أبرز المشاكل التي تعكر صفو الأسرة التي تشكل دعامة المجتمع و نواته الأولى،غير أن هذا المصطلح كان الأداة التي حاولت المواثيق الدولية تجاوز القيم الدينية والفطرة،بالمساواة التامة بين الرجل و المرأة دون مراعاة لطبيعة كل منهما و الدعوة لاستباحة ما نبذته العقائد منذ القدم ،وإلا فما المغزى من دعوة هذه المواثيق تبني هذه المساواة وتعديل قوانينها بما يتماشى مع هاته المواثيق التي لطالما كانت العقائد مصدرا وملهما لها ،ورغم حرص الشريعة الإسلامية على حفظ الجسد وحماية كرامته إلا أن الاتفاقيات الدولية ما فتأت تدعو للتحرر و الانفتاح لتمكينها من رسم سياساتها بادرت بدعوة الدول إلى إيفاد تقارير عن تنفيذ الاتفاقيات المناهضة للتمييز ضد المرأة و الطفل إلى اللجان الخاصة بها،إن تسليط الضوء على هذه الفئة دون غيرها و الادعاء بممارسة العنف الأسري ضدها دون غيرها من الشرائح إنما هو ذريعة لإلغاء التشريعات السماوية واستبدالها بغيرها فما الهدف من ادعاء ممارسة العنف و التمييز ضدها دون غيرها من الفئات و التي خصتها الشريعة الإسلامية لالحماية من أشكال العنف الأسريضدها متجاوزة بذلك قصور المواثيق الدولية التي أغفلت بقية الفئات ،ومن المؤسف أن نجد نحن المسلمون ننساق وراء هذه المواثيق و الدليل على ذلك قيام عديد الدول العربية بتعديل قوانين الأحوال الشخصية بما يتماشى وهاته الاتفاقيات و انحرافها عن قيمنا السمحاء التي تدعو للرحمة و الرفق ونبذ العنف بكل أشكاله.

توصيات:

وللحد من ظاهرة العنف الأسري نورد بعض التوصيات

1- الأخذ بالجانب الايجابي من الاتفاقيات الدولية والذي يتماشى وقيمنا وعقائدنا.

2- عرض الاتفاقيات الدولية المناهضة للعنف على أهل الاختصاص من علماء الشريعة والقانون قبل التوقيع عليها لضبطها بميزان الشرع ،ورفض ما يتعارض منها مع الشريعة الإسلامية.

3- إعطاء مزيد من العناية لمختلف فئات الأسرة لتفادي تزايد أعمال العنف فيها.

4- المساواة في المعاملة بين أفراد الأسرة والتخلي عن النظرة الدونية للمرأة باعتبارها فرد هام في الأسرة.

05- تشجيع الفرد المتضرر على تقديم الشكوى لدى المصالح المعنية،ليتعظ المعتدي ويتجنب تكرار الاعتداء.

06- إعداد برامج توعية في أوساط المجتمع تهدف لإبراز خطورة العنف على الفرد والأسرة والمجتمع على السواء.

07- تضمين القوانين الداخلية لعقوبات صارمة على القائمين بالاعتداء على أي من أفراد أسرهم.

الهوامش:

[1]- نهى عدنان القاطرجي،العنف الأسري بين الإعلانات الدولية والشريعة الإسلامية ،المنتدى العربي للعلوم الاجتماعية والإنسانية (لبنان) ،مقال متاح على الموقع :awqafshj.Govتاريخ الاطلاع: 2018/10/12 على الساعة 09:24.

[2]- زياد الزيادي، أنواع العنف الأسري ، مقال متاح على الموقع الالكتروني : dribhyoo7.com تاريخ الاطلاع: 2018/10/12 على الساعة 10:12.

[3] - صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 3 من دستور سنة 1963 ،الجريدة الرسمية رقم 64،المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.

[4] - أنظر نص المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

[5] - تنص المادة الخامسة من الإعلان العالمي على أن :" لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب و لا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة " .

[6]- محمود حجازي محمود، العنف الجنسي في أوقات النزاعات المسلحة،دار النهضة العربية للنشر،القاهرة ،2007،ص ص 49-50.

[7] - أمحمدي بوزينة أمنة، الآليات الدولية والوطنية لتفعيل حماية المرأة من العنف الأسري بالجزائر ، مقال منشور في مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 28 ،الجزائر،2014،ص 51 متاح على الرابط jilrc.com،تاريخ الاطلاع 2018/09/22.

[8] - أنظر نص المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ،الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د- 21) ، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.

[9]- صادقت الجزائر على العهدين معا بتاريخ 16 ماي 1989 ،بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-67 ،المؤرخ في 16 ماي 1989،الجريدة الرسمية العدد 20،المؤرخة في 17 ماي 1989.

[10]- للاطلاع أنظر نص المادة العاشرة من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د- 21) ، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.

[11] صادقت عليه الجزائر في 03 فيفري 1987،بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-31،الجريدة الرسمية العدد 6 ،الصادرة بتاريخ 04 فيفري 1987.

[12] - النظم الإقليمية لحقوق الإنسان على الموقع :ahlamontada.net. sciences juridiques

[13] - تنص المادة 18 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي تم إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة في دورته العادية

رقم 18 بنيروبي ، في يونيو 1981 ،على أن :" 1- الأسرة هي الوحدة الطبيعية وأساس المجتمع ،وعلى الدولة حمايتها والسهر على صحتها وسلامة أخلاقياتها.

2- يتعين على الدولة القضاء على كل تمييز ضد المرأة وكفالة حقوقها وحقوق الطفل ...

3- للمسنين أو المعوقين الحق أيضا في تدابير حماية خاصة تلاءم حالتهم البدنية أو المعنوية ".

[14] - ففي إحصائية أجريت في أمريكا و بلدان أوروبا وجد أن في أمريكا لوحدها يوجد مليوني طفل يعانون من أشكال متعددة من العنف والاضطهاد من قبل الكبار . بحث كامل عن العنف الأسري والمدرسي ضد الأطفال على الموقع :

وتشير التقديرات إلى تعرض مابين 5 مليون و1.5 بليون طفل للعنف سنويا ويقدر عدد الأطفال الذين يشهدون العنف الأسري في كل عنف بما يصل إلى 275 مليون طفل في العالم : حماية الطفل من العنف والاستغلال والإيذاء ،مقال منشور على الموقع : https://www.unicef.org ،كما تشير نتائج البحوث الغربية إلى انتشار العنف في الأسرة بأشكاله ومستوياته لدرجة اعتبار هذه الأخيرة من أكثر مؤسسات العنف في المجتمع ففي أستراليا وحدها تشير أن 42% من جرائم القتل المرتكبة بين سنتي 1968 و1981 ،كان منفذوها من أفراد الأسرة : عنف أسري ،وكيبيديا الموسوعة الحرة ،على الموقع : https://ar.m.wikipedia.org .وفي حملة الأمين العام بان كي مون "اتحدوا لانهاء العنف ضد المرأة " أن : العنف البدني الذي يلحقه العشير بالمرأة هوأكثر أشكال العنف شيوعا في العالم ، وتتعرض امرأة واحدة من بين ثلاث نساء في المتوسط للضرب أو ممارسة الجنس قسرا أو للإيذاء من قبل العشير خلال فترة حياتها . تزايد تعرض النساء اللاتي تتراوح أعمارهن بين 15 و 44 سنة للاغتصاب والعنف الأسري عن بقية الأخطار التي تتعرض لها .

وتشير دراسات استقصائية عالمية أن نصف النساء اللائي يتوفين جراء القتل إنما يتم قتلهن من قبل أزواجهن أو عشائرهن حيث تراوحت نسبة النساء اللائي قتلن على أيدي عشائرهن في كل من أستراليا كندا ،وم أ إفريقيا مابين 40 إلى 70 %من بين ضحايا القتل ،وفي كولومبيا تتعرض امرأة واحدة للقتل كل ستة أيام على يد عشيرها الحالي أو السابق .

كما يقدر ما يزيد عن 130 مليون امرأة وفتاة ممن لازالت على قيد الحياة تعرضن لتشويه الأعضاء التناسلية أو ما يعرف بختان البنات ،وذلك بصفة رئيسية في إفريقيا وبعض بلاد الشرق الأوسط ،وأن مليوني فتاة معرضات لهذا النمط من العنف كل سنة. أنظر عبد الرزاق مقري ،العنف ضد المرأة في ميزان الإسلام متاح على الموقع : https//m.facebook.com/HMS.Ourme/1112/2013

[15]- بهاء الدين أبو شقة ،مبادئ عامة حول حقوق الطفل في الاتفاقيات الدولية ، مقال متاح على الموقع .https://m.alwafd.news

[16] - أنظر ديباجة إعلان حقوق الطفل المعتمد والمنشور بموجب قرار الجمعية العامة 1386 (د.14) ،المؤرخ في 20 نوفمبر 1959.

[17] - نفس المرجع .

[18]- صادقت عليها الجزائر في 19 ديسمبر 1992،بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461،المؤرخ في 19 ديسمبر 1992،الجريدة الرسمية العدد 91،المؤرخة في 23 ديسمبر 1992.

[19] - أنظر اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ،المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 ،المؤرخ في 20 نوفمبر 1989،النافذة بتاريخ 02نوفمبر 1990.

[20] - تنص الفقرة الأولى من المادة 9 على أن " 1- تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه عن كره منهما ،إلا عندما تقرر السلطات المختصة رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية ،وفقا للقوانين و الإجراءات المعمول بها ،أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل ،وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له أو عندما يعيش الوالدين منفصلين ،ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل .

[21] - أنظر نص المادة 19 من اتفاقية حقوق الطفل .

[22] - علاجيات ظاهرة عمالة الأطفال على الموقع https:// mawdooe.com

[23] - أنظر نص المادة 32 من اتفاقية حقوق الطفل .

[24]- يتضمن الاستغلال الجنسي تشكيلة واسعة من السلوك الجنسي الذي يحدث بين طفل وشخص أكبر منه لإرضاء رغباته الجنسية مستخدما القوة والسيطرة ،دون اعتبار لرد فعل الطفل واختياراته ودون اعتبار لتأثيرات السلوك على الطفل ويتضمن هذا السلوك في الغالب : التقبيل الجنسي، لمس وملاطفة الأعضاء التناسلية ،عرض الأفلام الاباحية ،الاغتصاب ... أنظر :لارا محمد شويش و فخر عدنان عبد الحي ،الاستغلال الجنسي للأطفال ،مشروع مقدم لنيل الإجازة في الإرشاد النفسي ،جامعة دمشق ، 2006-2007 ، ص 31

[25] - المرجع نفسه ،ص 37 .

[26] - أنظر نص المادة 34 من اتفاقية حقوق الطفل .

[27] - أنظر البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء على قرارها رقم 236 /54 المؤرخ في 25ماي 2000 والذي بدأ سريانه في 18 جانفي 2002.

[28] - عبد الرزاق مقري ، مرجع سابق.

[29]- أمحمدي بوزينة أمنة ، مرجع سابق.

[30] - أنظر نص المادة السادسة من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة ،المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 2263 (د-22) ،المؤرخ في 07 نوفمبر 1967 .

[31]- صادقت عليها الجزائر في 22 حانفي 1996،بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51،المؤرخ في 22 جانفي 1996،الجريدة الرسمية العدد 6،المؤرخة في 24 جانفي 1996.

[32] - أنظر ديباجة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979:المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/34 المؤرخ في 1979/12/17،والتي بدأ نفاذها بتاريخ 03 سبتمبر 1981.

[33] - نهى عدنان القاطرجي ، مرجع سابق.

[34] - أمحمدي بوزينة أمنة ، مرجع سابق،ص 51.

[35] - الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة،والمعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 48/104، المؤرخ في 1993/12/20.

[36] - أنظر المادة الرابعة من الاتفاقية.

[37]- ياسر صلاح ، الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة لعام 1993 – مسؤوليات السلطة الوطنية الفلسطينية ،على الموقع https://hogog.wordpress.com.

[38]- عبد الرزاق مقري ، مرجع سابق.

[39]- نهى عدنان القاطرجي ، مرجع سابق.

[40] - يقصد بالعنف الاقتصادي الاحتفاظ بالنقود أو الاحتكار أو مطالبة الزوجة بأخذ راتبها أو منعها من امتلاك شيء.

[41] - هيفاء أبو غزالة ،الإستراتيجية العربية لمناهضة العنف ضد المرأة 2011 2020 "حق المرأة العربية في حياة خالية من العنف ،منظمة المرأة العربية ،القاهرة،ط 1 ،2011 ،ص 12-13 .

[42] - نهى عدنان القاطرجي، مرجع سابق،ص10.

[43] - عبد الفتاح أحمد الخطيب ،الحياة الزوجية في القرآن الكريم،اليمامة للطباعة والنشر،دمشق- بيروت،ط 1، 2004،ص 117.

[44] - الحقوق المتبادلة والمشتركة بين الزوجين ، مقال منشور على الموقع islsmweb.net:

[45] - ماهي حقوق الأطفال على الوالدين ،مقال منشور على الموقع www.ashams.com:

[46] - أنظر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 180 (19/6) بشأن العنف في نطاق الأسرة ،الدورة التاسعة عشر،بالإمارات المتحدة ،المنعقد من 1 إلى 5 جمادى الأولى 1430 هـ الموافق لـ 26 أفريل 2009.

[47] - محمد بن محمد حسين وآخرون، مرجع سابق.

[48] - نهى عدنان القاطرجي ، مرجع سابق.

[49]- نفس المرجع.

[50] - نفس المرجع.

[51]- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 180 (19/6) بشأن العنف في نطاق الأسرة ،الدورة التاسعة عشر،بالإمارات المتحدة ،المنعقد من 1 إلى 5 جمادى الأولى 1430 هـ الموافق لـ 26 أفريل 2009.

[52]- كاميليا حلمي ،مرجع سابق

[53]- تنص المادة 16 من اتفاقية سيداو على أن:" لايكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما فيها التشريع لتحديد سن أدنى للزواج"

[54]- كاميليا حلمي محمد،مصطلح العنف الأسري في المواثيق الدولية ،بحث مقدم في المؤتمر الإسلامي الرابع للشريعة والقانون بلبنان،بتاريخ 8 شعبان 1432 هـ الموافق لـ 9 جويلية 2011.

[55]- كاميليا حلمي ،الأمم المتحدة والتعريف الفاسد للعنف الأسري ،مقال منشور على الموقع :.https: //www.aldhiaa.com

[56] - كاميليا حلمي ،نفس المرجع.

[57]- أنظر البند و من المادة 16 من اتفاقية سيداو.

[58]- كاميليا حلمي ،مرجع سابق.

قائمة المصادرو المراجع :

القرآن الكريم.

01-محمود حجازي محمود،العنف الجنسي في أوقات النزاعات المسلحة،دار النهضة العربية للنشر،القاهرة،2007

02-عبد الفتاح أحمد الخطيب،الحياة الزوجية في القرآن الكريم،اليمامة للطباعةوالنشر،دمشق،بيروت،ط2004،1

03-هيفاء أبو غزالة ،الإستراتيجية العربية لمناهضة العنف ضد المرأة 2011 2020 "حق المرأة العربية في حياة خالية من العنف ، ط 1 ،منظمة المرأة العربية ،القاهرة، 2011

04- لارا محمد شويش و فخر عدنان عبد الحي،الاستغلال الجنسي للأطفال ،مشروع مقدم لنيل الإجازة في الإرشاد النفسي ،جامعة دمشق ، 2006-2007.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3) ،المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

05- إعلان حقوق الطفل المعتمد والمنشور بموجب قرار الجمعية العامة 1386 (د.14) ،المؤرخ في 20 نوفمبر 1959.

06- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د- 21) ، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.

07- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د- 21) ، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.

08- إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة ،المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 2263 (د-22) ،المؤرخ في 07 نوفمبر 1967 .

09- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/34 المؤرخ في 1979/12/17.

10- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي تم إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة في دورته العادية رقم 18 بنيروبي ، في يونيو 1981.

11- اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ،المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 ،المؤرخ في 20 نوفمبر 1989.

12- الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة،و المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 48/104، المؤرخ في 1993/12/20.

13- البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء على قرارها رقم 236 /54 المؤرخ في 25ماي 2000.

14- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 180 (19/6) بشأن العنف في نطاق الأسرة ،الدورة التاسعة عشر،بالإمارات المتحدة ،المنعقد من 1 إلى 5 جمادى الأولى 1430 هـ الموافق لـ 26 أفريل 2009.

15- أمحمدي بوزينة أمنة ، الآليات الدولية والوطنية لتفعيل حماية المرأة من العنف الأسري بالجزائر ، مقال منشور في مجلة جيل حقوق الإنسان ،العدد 28 ،ص 51 ، على الموقع : jilrs.com

16- بهاء الدين أبو شقة ،مبادئ عامة حول حقوق الطفل في الاتفاقيات الدولية ، مقال متاح على الموقع https://m.alwafd.news.

17- زياد الزيادي، أنواع العنف الأسري ، مقال متاح على الموقع الالكتروني : dribhyoo7.com

18- عبد الرزاق مقري ،العنف ضد المرأة في ميزان الإسلام متاح على الموقع : https//m.facebook.com/HMS.Ourme/1112/2013

19- كاميليا حلمي محمد،مصطلح العنف الأسري في المواثيق الدولية ،بحث مقدم في المؤتمر الإسلامي الرابع للشريعة والقانون بلبنان،بتاريخ 8 شعبان 1432 هـ الموافق لـ 9 جويلية 2011.

20- كاميليا حلمي ،الأمم المتحدة والتعريف الفاسد للعنف الأسري ،مقال منشور على الموقع :.https: //www.aldhiaa.com

21- نهى عدنان القاطرجي،العنف الأسري بين الإعلانات الدولية والشريعة الإسلامية ،المنتدى العربي للعلوم الاجتماعية والإنسانية (لبنان) ،مقال متاح على الموقع :awqafshj. gov

22- ياسر صلاح ، الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة لعام 1993 – مسؤوليات السلطة الوطنية الفلسطينية ،على الموقع .https://hogog.wordpress.com

23- الحقوق المتبادلة والمشتركة بين الزوجين ، مقال منشور على الموقع :islsmweb.net.

24- حماية الطفل من العنف والاستغلال والإيذاء ،مقال منشور على الموقع : https://www.unicef.org

25- علاجيات ظاهرة عمالة الأطفال على الموقع https:// mawdooe.com

13- عنف أسري ،ويكيبيديا الموسوعة الحرة ،على الموقع : https://ar.m.wikipedia.org

26- ماهي حقوق الأطفال على الوالدين ،مقال منشور على الموقع :www.ashams.com

27- النظم الإقليمية لحقوق الإنسان على الموقع :ahlamontada.net. sciences juridiques

الموازنة بين اثرالحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة

-دراسة تحليلية مقارنة-

The balance between the impact of unconstitutionality and acquired rights Comparative analytical study

شورش حسن عمر، أستاذ (*)
جامعة السليمانية، العراق

لطيف مصطفى أمين، أستاذ معيد
جامعة السليمانية، العراق

تاريخ الاستلام: 2020/04/12 تاريخ القبول للنشر: 2020/06/01

****

ملخص:

تتبلور فكرة الحقوق المكتسبة في مجال القانون الدستوري من خلال عدم إمكانية المساس ببعض المراكز القانونية المشروعة، نتيجة لترتب اثر الحكم بعدم الدستورية من حيث الزمان لدى هذا القضاء لدى غالبية الدول، لكون هذا القضاء يختلف في تقرير الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور، فيما اذا كان هذا الاثر رجعيا ام مباشرا، وما لذلك من التأثير على الحقوق التي اكتسبها الافراد في فترة نفاذ النص المحكوم بعدم الدستورية.عليه فمن الضروري حماية هذه الحقوق من أثر هذا الحكم، تحقيقا لاشاعة الأمن القانوني في المجتمع، وذلك من خلال مساهمة القضاء الدستوري في ايجاد المواءمة بين اثر حكمها بعدم الدستورية وتلك الحقوق المكتسبة.

ويتجلى مشكلة هذا البحث في ان القضاء الدستوري لايسلك اتجاها معينا لتحديد أثر الحكم بعدم دستورية النص التشريعي وتاثير ذلك على حماية الحقوق المكتسبة، ومن هنا تاتي اهمية هذا البحث في محاولته الكشف عن دور القضاء الدستوري في ايجاد موازنة بين احكامها بعدم الدستورية مع الحقوق المكتسبة.ولدراسة موضوعاتبعنا المنهج التحليلي والمقارن لمقارنة نظم القضاء الدستوري في كل من الولايات المتحدة الامريكية ، ومصر، والعراق. وذلك من خلال خطة

---

*شورش حسن عمر

مبنية على مبحثين، تناولنا في الاول التعريف بالحقوق المكتسبة ومبدأ عدم رجعية القوانين، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة العلاقة بين احكام القضاء الدستوري والحقوق المكتسبة.

وفي هذه الدراسة تبين لنا بان القضاء الدستوري في احكامها الصادرة بصدد القانون المطعون بدستوريته، سيما حكمها بعدم دستورية النص التشريعي، من حيث الاخذ بالأثرالرجعي او المباشر لهذا الحكم، لم تأخذ باتجاه واحد على اطلاقه،بل تردد بين الاتجاهين مع التقيد، وذلك لتحقيق الموازنة بين الاعتبارين أساسيين، وهما، الشرعية الدستورية والامن القانوني، للأحتفاظ بالحقوق المكتسبة للاشخاص بمقتضى النص التشريعي قبل الغاءه ، وهذا ما لاحظناه في قرارات القضاء الدستوري المقارن محل هذه الدراسة، وهم كل من،أمريكا، مصر، والعراق.

الكلمات المفتاحية : الموازنة ، الحكم بعدم دستورية ، الحقوق المكتسبة.

Abstract:

The idea of acquired rights in the field of constitutional law is crystallized by the inability to prejudice some legitimate legal centers, as a result of the order of the effect of the ruling unconstitutional in terms of time with this judiciary in the majority of countries, because this judiciary differs in determining the impact of the ruling on unconstitutionality on the law that violates the constitution, With regard to whether this effect is retroactive or direct, and what effect this has on the rights that individuals acquired in the period when the text governing unconstitutionality takes effect. Accordingly, it is necessary to protect these rights from the impact of this ruling, in order to achieve the spread of legal security in society, through the contribution of the constitutional judiciary in finding a harmony between the effect of its ruling of unconstitutionality and those acquired rights.

The problem of this research is evident in the fact that the constitutional judiciary does not follow a certain direction to determine the effect of the ruling on the unconstitutionality of the legislative text and the impact of this on protecting the acquired rights, hence the importance of this research in its attempt to reveal the role of the constitutional judiciary in finding a balance between its provisions of unconstitutionality with the acquired rights. To study a topic, we followed the analytical and comparative approach to comparing the systems of constitutional judiciary in the United States of America, Egypt, and Iraq. And that through a plan based on two topics, we dealt in the first with the definition of acquired rights and the principle of non-retroactivity of laws, while the second topic was devoted to studying the relationship between the provisions of the constitutional judiciary and acquired rights.

In this study, it became clear to us that the constitutional judiciary in its rulings issued regarding the law challenging its constitutionality, especially its ruling of

the unconstitutionality of the legislative text, in terms of taking a direct or retroactive effect of this ruling, did not take one direction to launch it, but rather hesitated between the two directions with compliance, in order to achieve a balance between The two considerations are essential, namely, Constitutional legitimacy and legal security, in order to retain the acquired rights of people under the legislative text before its abolition, and this is what we noted in the comparative constitutional judiciary decisions under consideration of this study, and they are all from, America, Egypt, and Iraq.
key words*:* budget, unconstitutional judgment, acquired rights.

مقدّمة:

ان مصطلح الحق المكتسب من المصطلحات المتداولة كثيراً في مجال الدراسات القانونية، كما يتم يتناوله في القانون الدولي وفي فروع القانون الداخلي العام منها والخاص. بحيث اصبح فكرة الحقوق المكتسبة مبدأ دستوريا يتفاعل ويترابط مع بعض المباديء الدستورية الاخرى كمبدأ استقرار المراكز القانونية ومبدأ احترام التوقعات المشروعة للافراد ومبدأ عدم رجعية القانون، والذي يتحقق من خلالهما الامن القانوني للمجتمع.

وإن فكرة الحق المكتسب تفرض نفسها في مجال القانون الدستوري من خلال العلاقة الجدلية بينها وبينسريان التشريع و الحكم بعدم دستورية النص التشريعي من حيث الزمان، والذي يفرض اكتساب قاعدة ما في لحظة ما قيمة تشريعية عليا او انتزاع هذه القيمة منها. وبذلك تتبلور فكرة الحق المكتسب في مجال القانون الدستوري من خلال عدم إمكانية المساس ببعض المراكز القانونية المشروعة، ومن ثم تحقيق الثبات النسبي لها.

وبما ان الرقابة على دستورية القوانين من اختصاص القضاء الدستوري، غير انه ليس هناك سبيلا وحيداً لترتيب اثر الحكم بعدم الدستورية من حيث الزمان لدى هذا القضاء المتبع من قبل غالبية الدول، بمعنى ان هذا القضاء يختلف في تقرير الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور، فيما اذا كان هذا الاثر رجعيا ام مباشرا، وما لذلك من التأثير على الحقوق التي اكتسبها الافراد في فترة نفاذ النص المحكوم بعدم الدستورية.عليه فمن الضروري حماية هذه الحقوق من أثر هذا الحكم، تحقيقا لاشاعة الأمن القانوني في المجتمع، وذلك من خلال مساهمة القضاء الدستوري في ايجاد المواءمة بين اثر حكمها بعدم الدستورية وتلك الحقوق المكتسبة.

اهمية البحث:

إن حماية الحقوق المكتسبة لها أهمية كبيرة في الوقت الحاضر لتحقيق الأمن القانوني، وان سريان اثر الحكم بعدم الدستورية من حيث الزمان قد يترتب عليها المساس بهذه الحقوق ، سيما في حالة تقرير الاثر الرجعي للحكم بشكل مطلق دون تقييده، وحتى في حالة اعمال اثر المباشر بشكل مطلق في قرارات القضاء الدستوري فانه قد يؤدي إلى المساس بتلك الحقوق، لذلك تاتي اهمية هذا البحث في محاولته الكشف عن دور القضاء الدستوري في ايجاد موازنة بين احكامها بعدم الدستورية مع الحقوق المكتسبة، بحيث يتمكن من خلالها حماية هذ الحقوق من التجاوزعليها.

مشكلة البحث:

يتجلى مشكلة البحث في ان القضاء الدستوري لايسلك اتجاها معينا لتحديد أثر الحكم بعدم دستورية النص التشريعي فيما اذا كان هذا الاثر رجعيا ام مباشرا، مطلقا ام مقيدا عند الاخذ باي من الحالتين، ويرجع ذلك الى موقف التشريعات المنظمة لذلك، عليه فان القضاء الدستوري في تقرير اثر الحكم بعدم الدستورية يعتمد على اجتهاداته في تفسير ما مقرر بهذا الخصوص في تلك التشريعات، في حالة النص عليه من عدمه، منطلقا في كل ذلك نحو تحقيق الاستقرار القانوني و حماية الحقوق المكتسبة.

منهج البحث:

لدراسة موضوع (الموازنة بين اثرالحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة) اتبعنا المنهج التحليلي والمقارن وذلك من خلال مقارنة موقف القضاء الدستوري لدول محل المقارنة وهم كل من(الولايات المتحدة الامريكية ، ومصر، والعراق)، ومن ثم تحليل النصوصالقانونية والاحكام القضائية الخاصة فيما يتعلق بالاثر الحكم بعدم الدستورية واثره على حماية الحقوق المكتسبة لدى المحاكم الدستورية لتلك الدول.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة الموضوع وضع خطة مبنية على مبحثين، خصص المبحث الاوللدراسة التعريف بالحقوق المكتسبة ومبدأ عدم رجعية القوانين،نتناول في المطلب الاول ماهية الحق المكتسب، وافرد المطلب الثاني لدراسة مبدأ عدم رجعية القوانين وعلاقته بالحقوق المكتسبة،أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة العلاقة بين احكام القضاء الدستوري والحقوق المكتسبة، فنبحثه من خلال مطلبين ايضا، نتطرق في الاول الى موقف الفقه والقانون من اثر الحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة، وفي المطلب الثاني نتكلم عن بياناثر الحكم بعدم الدستورية على الحقوق

المكتسبة في القضاء الدستوري. وينتهي البحث بخاتمة تتضمن اهم الاستنتاجات والمقترحات التي نتوصل اليها .

المبحث الأول: التعريف بالحقوق المكتسبة ومبدأ عدم رجعية القوانين

ان فكرة الحق المكتسب تفرض نفسها من خلال السير الديالكتيكي للتشريع عبر الزمان، والذي يفرض اكتساب قاعدة ما في لحظة ما قيمة تشريعية عليا، وبذلك تتبلور فكرة الحق الدستوري المكتسب من خلال عدم إمكانية المساس ببعض المراكز القانونية التي قننها الدستور، ومن ثم الثبات عليه نتناول في هذا المبحث ماهية الحق المكتسب ومبدأ عدم رجعية القوانين ومن ثم .النسبي لها العلاقة بينهما من خلال مطلبين. وكالاتي:

المطلب الاول: ماهية الحق المكتسب

المطلب الثاني: مبدأ عدم رجعية القوانين وعلاقته بالحقوق المكتسب

المطلب الأول: ماهية الحق المكتسب

ترجع نظرية الحق المكتسب الى(Laurent) وهو احد الفقهاء الذين اشتركوا في وضع تقنين نابليون، وبرز مفهوم الحق المكتسب في نطاق القانون بمناسبة الحديث عن النظرية التقليدية التي كانت سائدة في فرنسا طوال القرن التاسع عشر في الفقه والقضاء، اذ تبحث هذه النظرية في الاساس القانوني لمبدأ عدم رجعية القانون على الماضي ، وتذهب هذه النظرية ايضا الى ان القانون الجديد يكون ذا أثر رجعي، الا انه يمتنع تطبيقه اذا مس حقا مكتسبا، ففي هذه الحالة لايسري هو، وانما يسري القانون القديم حتى لايكون للقانون الجديد أثر رجعي، ويعتبرهذا المبدأ احدى المباديء ذات القيمة الدستورية. لذلك سوف نبيّن مفهوم الحق المكتسب واساسه ومدى ارتباطة بالمراكز القانونية من خلال فرعين مستقلين وكالآتي :

الفرع الاول: تعريف الحق المكتسب واساسه

الفرع الثاني: ارتباطالمراكز القانونية بالحقوق المكتسبة

الفرع الأول: تعريف الحق المكتسب واساسه

اولا: تعريف الحق المكتسب:

يقصد بهذا المبدأ انه لايجوز لأي من سلطات الدولة سلب أو انتهاك حقوق استمدها الافراد بطريق مشروع وبموجب القانون والقرارات النافذة متى ما كانت هذه الحقوق تتعلق بممارسة احدى الحريات العامة أو الحقوق الاساسية التي ينص عليها الدستور،ومن الناحية اللغوية نجد ان الحق المكتسب مصطلح مكون من مفردتين، هما، الحق والمكتسب،ومعنى الحق هو ضد الباطل [1]، وقد يأتي بمعنى العدل، والمال والملك[2].أما كلمة مكتسب يعني طلب الرزق، وأصله الجمع[3]. وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم في الكثيرمن الآيات، فقال تعالى:(**إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِّنكُمْ لَا تَحْسَبُوهُ شَرًّا لَّكُم بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ لِكُلِّ امْرِئٍ مِّنْهُم مَّا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ**)[4].

اما اصطلاحا فهناك تعاريف فقهية عديدة للحق المكتسب، وهذه التعريفات تدور في معظمها حول معنى متقارب، فيعرف (Zachariae) الحق المكتسب بانه الحق غير قابل للالغاء، ويعرفه (Demolombe) بانه الحق الخاص بنا الذي لايستطيع الغيران يجردنا منه [5]. أوهو كل فائدة يحميها القانون لشخص معين عن طريق دعوى او دفع [6]، كما عرِف بأنه مصلحة مالية تدخل في ذمة الشخص ويمكن الدفاع عنه بدعوى او بدفع [7]، كما عرفه آخرون بأنه الحق الذي يدخل في الذمة[8].

وهناك من عرف الحق المكتسب بانه وضع قانوني تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جزاء قانون أو قرار إداري[9].فقد عرِفه بعض الفقه الفرنسي على انه يعني المحافظة على القرار الاداري الذي كان سببا لنشوء هذا الحق او المركز القانوني، واتجه قسم آخر من هذه الفقه الى القول بان الحق المكتسب هو المانع من سحب والغاء القرار الاداري لكونه يتعلق بالحفاظ على المركز الذي اوجده القرار الاداري والاثر الذي احدثه القرار الاداري وبالخصوص القرار الاداري الفردي المشروع وهو بلا شك يمثل مانعا ومسدا منيعا بوجه السلطة التنفيذية بان لاتمس بالقرار المولد للحقوق المكتسبة [10].ويعرف احد الباحثين الحق المكتسب بانه وضع شرعي بموجبه تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قانون او قرار اداري من الالغاء او التعديل [11].

وعلى ضوء التعاريف اعلاه يمكن لنا تعريف الحق المكتسب بأنه، هو الحق الذي ينبغي احترامه من المساس به عند الغاء او تعديلتشريع او قرار اداري معين، كونه حقا اكتسب وفق القانون.

ثانيا: الأساس القانوني للحق المكتسب:

هناك عدة أسس تستند عليها الحقوق المكتسبة لتبرير اساسها القانوني، وإنّ من أهم هذه أسس هي :

1-مباديء العدالة: تتطلب مبادئ العدالة بعدم حرمان الشخص من حق اكتسبه في الزمان الماضي[12].

2-الاعتبارات القانونية والمنطقية: تعد الاعتبارات القانونية اساسا تستند عليه مؤسسات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية، في الاخذ بفكرة الحقوق المكتسبة، اذ لايعقل ان تكون التصرفات التي تمت وفق قانونها عديم الفائدة، ولايمكن اغفال حجم الاضرار المترتبة على اهدار تلك التصرفات، اما الاعتبارات المنطقية فيقضي المنطق السليم بان لاتلغى التصرفات التي يقوم بها الاشخاص والتي رتبت حقوقا اعترف بها القانون [13].

3-مبدأ استقرار المراكز القانونيّة: يقضي هذا المبدأ بضرورة عدم بقاء المراكز القانونيّة مهددة إلى ما لا نهاية[14] .

4--الدساتير والقوانين : إنّ الأثر الرجعيّ للقوانين إذا امتد إلى إلغاء الحقوق المكتسبة، فإنّ هذا الأثر يتحول إلى أداة لإهدار قوة القانون السابقة. لذلك فان الاصل هو عدم رجعية القوانين والاستثناء هو رجعية اثر القوانين على الماضي في حدود ضيقة ولاعتبارات حماية المصلحة العامة.

هكذا يتبين ان الاساس القانوني لقاعدة الحق المكتسب يتاكد في هذه المباديء الدستورية التي قررت مبدأً عاماً ينص على عدم جواز رجعية القانون [15]، لان القول بغير ذلك يعني المساس بالحقوق المكتسبة التي حصل عليها اصحابها في ظل القوانين السابقة. وقد يؤكد على هذا المبدأ العام ايضا في القانون العادي، وذلك باقرار القانون العادي بعدم المساس بالحقوق المكتسبة [16].الذي يقرر بصورة صريحة على عدم جواز رجعية القانون على الماضي.

لذلك فأن الدور الأساسي للقضاء، هو الفصل في المنازعات القائمة ، من خلال تطبيق القاعدة القانونية ، ان كانت واضحة وسهلة ، وأن لم تكن كذلك فهو، أي القضاء ملزم بالبحث عن الحل بأية طريقة قانونية متاحة ، فالقاضي لايسكت بذريعة عدم وجود نص ، والا اعتبر منكر للعدالة . فالقاضي الإداري له الدور الفعال في حماية الحقوق المكتسبة للافراد وله دور أساسي في مواجهة الإدارة بالزامها بتنفيذ المقررات القضائية بكافة الطرق القانونية ، كما يلزمها بإلغاء القرارات الإدارية المعيبة [17]، كما عدّ القضاء الفرنسيّ من مفهوم احترام الحقوق المكتسبة مبدأً قانونيًا يحدّ به من تصرف الإدارة إذا ما صدر عن هوى[18]، فقاعدة عدم الرجعية قاعدة أساسيّة تهدف إلى حماية حقوق الأفراد وحرياتهم ضد تعسف السلطة، حتى لا تصدر تشريعًا يطبق بأثر رجعي على تصرفات الأفراد التي كانت مباحة ، وقت فعلها ويعاقب عليها [19].

هكذا يتبين لنا من مفهوم تاك النصوص القانونية بان الاصل هو عدم جواز رجعية القانون على الماضي، لذلك فالاصل هو عدم جواز الرجعية كونه فيه المساس بالحقوق المكتسبة التي اكتسبت في ظل القانون القديم، غير ان هذا الاصل ليست مطلقة بل يرد عليه بعض الاستثناءات، اذ تقيدها الدساتير بوجوب موافقة اغلبية معينة لتمرير مثل هذه النصوص القانونية، وهذا يدل على رغبة

المشرع في المحافظة على الاستقرار والحقوق المكتسبة سواء على مستوى النص القانوني ام ما يعكسه تطبيق هذا النص من استقرار في العلاقات القانونية بين الاشخاص ومدى احترام وحماية الحقوق المكتسبة. لذلك فإنّ قاعدة عدم سريان القانون على الماضي ضرورة لازمة لتحقيق العدالة بين الناس وضمان حرياتهم واطمئنانهم على حقوقهم ومراكزهم القانونيّة .

الفرع الثاني: ارتباط المراكز القانونية بالحقوق المكتسبة

يقصد بالمركز القانوني مجموعة من الحقوق والالتزامات التي يتمتع او يتحمل بها شخص معين، والمراكز القانونية على نوعين ، المراكز القانونية الموضوعية او التنظيمية، وتتميز بان مضمونها واحد ومتجانس لجميع الاشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية لاكتسابها، ويحدد هذا المضمون بالقوانين والانظمة والتعليمات، والمراكز القانونية الفردية او الشخصية، الذي مضمونها واحد ومختلف من شخص لأخر[20].

ويختلف الاثر المترتب على النوعين من المراكز، فالمراكز القانونية الموضوعية يجوز تعديل مضمونها، لأن تستمد وجودها من القوانين والانظمة والتعليمات التي تقرر مضمونها، فقد تؤدي تلك التشريعات الى تعديل مضمون هذه المراكز، وعندئذ يسري هذا التعديل على جميع الاشخاص من شاغلي تلك المراكز، وليس لهم اي حق باحتجاج ازاء هذا التعديل بفكرة الحقوق المكتسبة. في حين تكون المراكز الشخصية محصنة من من تعديل او الغاء الذي يجري على تلك التشريعات، كون مضمون تلك المراكز محدد باجراءات قانونية فردية، لذلك فانها غير قابلة للمساس بها، على العكس من المراكز الموضوعية التي تحدد مضمونها باجراءات قانونية عامة ومعرضة للمساس بها نتجية تعديل او الغاء التشريعات المنظمة لها [21].

ان اصطلاح المركز القانوني هو اصطلاح عام في فقه النظرية الحديثة، الذي يفضل اصطلاح الحق المكتسب، كونه الاصطلاح الاخير لا ينطبق على بعض المراكز القانونية كمركز القاصر او المحجورعليه وغيرها، فضلا عن ان المراكز القانونية غير قابل للحصر بسبب تنوع فروع القانون التي تعرف هذه المراكز وفقا لقوانينها الخاصة [22]. ومن خلال انواع المراكز القانونية يتبين لنا ان فكرة الحقوق تنشأعن المراكزالقانونية،لان المراكز القانونية هي مجموعة من الحقوق والالتزامات، سواء كانت مراكز موضوعية ام فردية فالحق المكتسب قد ينشأ من القرارات التنظيمية او من القرارات الفردية [23]. وان ما يمكن الاعتداد به في نظر القانون هو المراكز القانونية الفردية التي رتبت حقوقا مكتسبة، وهذه الحقوق لايجوز التعرض لها باي شكل ، لانها حقوق ثابتة، وقد دخل في ذمة الشخص نهائيا، بحيث لايمكن نزعه منه الا برضاه، كونها تتمتع بالحماية التي يسبغها عليها القانون.

يلاحظ من هذا العرض ان كل التشريعات تهدف الى تنظيم عدد من المراكز القانونية، لمصلحة أو ضد مصلحة بعض الاشخاص، وفي انطباق التشريعات على هذه المراكز القانونية، الماضي منها أو الحاضر أو المستقبل، يتحدد نطاق تطبيقها من حيث الزمان. عليه ان الحق المكتسب يجد اساسه في الدستور والقانون، فاذا نص الدستور على هذا الحق اصبح حقا دستوريا ملزما للمشرع والقاضي، وان بعض القوانين تنص عليه صراحة وهذا يؤكد اهمية هذا الحق وعدم جواز الاعتداء عليه، وينص على هذا المبدأ لتحقيق غاية القانون المتمثلة باستقرار المراكز القانونية في المجتمع، التي تترتب عليها حقوقا والتزامات على الاشخاص القانونية العامة والخاصة. هكذا يتبين لنا بوجود ارتباط وعلاقة اساسية بين فكرة الحقوق المكتسبة بالمراكز القانونية، سيما المراكز القانونية الفردية التي تترتب عليها حقوقا شخصية وذاتية، والتي تعرف بالحقوق المكتسبة الناشئة عن تلك المراكز، والتي لايمكن المساس بها باي شكل نتيجة الغاء او تعديل أي قانون او قرار اداري.

المطلب الثاني:مبدأ عدم رجعية القوانين وعلاقته بالحقوق المكتسبة

يقوم تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان على مبدأين اساسيين، الاول هو ان القانون يسري على الوقائع التي تحدث من يوم نفاذه الى يوم الغاءه، وهذا هو الاثر الفوري للقانون، والثاني هو ان القانون لايسري على الوقائع التي تحث قبل نفاذه، وهذا هو مبدأ عدم رجعية القانون على الماضي، الذي يعد من المباديء الاساسية التي تساعد في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، لغرض المحافظة على استقرار الاوضاع والمراكز القانونية وحماية الحقوق المكتسبة، علية في هذا المطلب نتناول مبدأ مفهوم عدم رجعية القانون وعلاقته بالحقوق المكتسبة، وذلك في فرعين مستقلين وكالاتي:

الفرع الاول :مفهوم مبدأ عدم رجعية القوانين

الفرع الثاني: العلاقة بين مبدأ عدم رجعية القوانين والحقوق المكتسبة

الفرع الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية القوانين

من القواعد المستقرة التي رفعتها بعض النظم الى مرتبة المباديء الاساسية التي نص عليها الدساتير عادة قاعدة عدم رجعية القوانين، ووفق هذا المبدأ أن الاصل في القانون انه يسري على الحوادث المستقبلة التي تقع بعد صدوره [24]. بمعنى ان القانون الجديد ا لا يسري بأحكامه على الماضي، سواء بشأن القوانين العامة، أو الخاصة، أو أن القضية تخص الوقائع، أو المراكز القانونية؛ فالقانون الجديد لا يسري إلا على الأحداث الواقعة في المستقبل بعد اتخاذه، ولا يوجد له أَثر رجعي؛ فنفاذه يعتبر الحد الفاصل بين نهاية سريان القانون القديم، وبداية سريان القانون الجديد. ويجمع الفقه والقضاء على أن الرجعية في اثر القانون أمر خطير، يسمح بدخول الإرباك، وعدم الاستقرار في

الأوضاع والتصرفات القانونية السابقة، أي عدم انسحاب أثر القواعد القانونية على الماضي، واقتصارها على حكم الوقائع التي تقع ابتداءً من يوم نفاذها.

إن مبدأ عدم رجعية القوانين من المبادئ التي حرص عليها المشرع الدستوري والعادي على تأكيدها واحترامها فلاقت تأييدا من الفقه والقضاء واستحسانا من السلطات العامة في الدولة . لذلك نجد ان معظم الدساتير قررت هذا المبدأ بشكل صريح، ومنها دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ، الذي أقر بأنه، ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم [25]، وبان القانون الجزائي لايسري باثر رجعي الا اذا كان اصلح للمتهم [26]. وليست الساتير وحدها هي التي تنص على عدم رجعية القوانين بل ان كثيرا من القوانين المدنية قد نصت صراحة على ذلك، من ذلك قانون نابليون سنة 1804 نصت المادة الثانية منه على ان(التشريع لايسري الا بالنسبة للمستقبل، فليس له مطلقا اثر رجعي)، وكذلك القانون المدني العراقي [27]، وقانون العقوبات العراقي [28]. ويتضح من مضمون هذه النصوص على الأقرار الصريح فيهما بمبدأ عدم رجعية القانون، فالاصل او المبدأ العام هو عدم جواز الرجعية ، لأن في الرجعية مساس بالحقوق المكتسبة التي اكتسبت في ظل القانون السابق، علاوة على ان مبدأ الأمن القانوني يقتضي بان يكون كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية، وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها أن تؤثر على ذلك الاستقرار، فيكون الأمن بذلك هو الوجه المضيء للقانون [29].

وان تبرير اعتماد مبدأ عدم رجعية القوانينيرجع الى بعض الاسس و الأعتبارات، منها، العدالة، فالافراد يتصرفون على اساس القانون القائم،وهو القانون الذي يعرفونه او يستطيعون معرفته ، اذ ليس من العدل ان يعاقب المشرع على اعمال كانت مباحة من قبل ثم جاء تشريع جديد فرض لها عقوبة. وكذلك فان اعتبار النظام يعتبر هذا المبدأ ضمانا لاغنى عنه للاستقرار في المجتمع وحفاظا على المصلحة العامة، لأن سريان القانون على الماضي يضعف اثر القانون في نفوس الافراد، ويجعلهم لاينظرون اليه نظرهم الى الحقائق النهائية الثابتة. كما تتطلب قواعد المنطق عدم سريان القانون على الماضي،لأن من شروط نفاذ القانون نشره واطلاع الكافة على احكامه، ولايتأتى ذلك اذا اجزنا ان يسري على الحوادث السابقة، بالاضافة الى انه طبيعة القانون نفسها تقتضي العمل بمبدأ عدم رجعية القانون، لأن من يدقق في طبيعة القانون، يقر بداهة بان القانون لايمكن ان يكون ذا اثر رجعي، والا خلق فوضى عميقة [30].

عليه فإن سريان القانون او القرار بأثر رجعي يعد انتهاكا لمبدأ الأمن القانوني أو الاستقرار القانوني، لأن هدف الأمن القانوني هو تحقيق النظام في الحياة الاجتماعية وفي العلاقات الاجتماعية

، بمعنى أنه يحقق بين الأفراد الأمن والمساواة القانونية ، فبوجوده المسبق يستطيع الأفراد، بكل أمانة أن يتصرفوا وفقا له وبمعرفة تامة لما يريده القانون الذي ينظم هذه التصرفات [31]. لذلك عبر البعض [32]،عن الحقوق التي يحميها مبدأ عدم الرجعية تحت مسميات شتى، فذهب البعض إلى أنه يحمي مبدأ المساواة أمام القانون، للحيلولة دون تحكم وقسوة القانون الرجعي في مواجهة بعض المواطنين ممن طبق عليهم هذا القانون، ويحمي مبدأ الفصل بين السلطات، ويحمي مبدأ الحقوق المكتسبة ، فإن الحكمة من تقرير قاعدة عدم الرجعية عموما سواء تعلق الأمر بقوانين أم بقرارات إدارية هي واحدة، وإن مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية لم يأت من فراغ، وإنما دعت الحاجة إليه باعتباره ضمانة أكيدة لحماية حقوق الأفراد، وإرضاء للمنطق القانوني السليم وتحقيق العدالة والاستقرار في المعاملات [33].

ان سريان القانون من حيث الزمان محكوم كالأصل بمبدأ عدم الرجعية، غير انه يرد على هذا الاصل بعض الاستثناءات وهي ليست مطلقة، ومناقشة هذه الاستثناءات المقررة لرجعية القانون، هي مناقشة علمية ومنطقية وفلسفية في سبب وجود هذه الاستثناءات، التي تشمل حالتين رئيسيتين، وهما، أولا في حالة النص الصريح على الرجعية، وذلك في القوانينغير الجزائية،فيمكن للمشرع ان يخرج على مبدأ الرجعية، اذ ينص صراحة على ان يكون للقانون اثر رجعي، اذ ان مصلحة الجماعة تقتضي ذلك، فالخروج رخصة استثنائية لايستخدمها المشرع الا اذا اقتضتها المصلحة العامة. فيجوز للمشرع تطبيق القوانين غير الجزائية باثر رجعي، وذلك بالنظر إلى مقتضيات المصلحة العامة، ويتم تطبيق هذه القوانين بأَثر رجعي بموافقة أغلبية معينة على ذلك، ولا يعد ذلك مساسا بالحق المكتسب او استقرار المعاملات، لأنه يحقق بذلك غاية من غايات القانون المتمثلة بتحقيق استقرار المعاملات والعدالة بين الاشخاص المخاطبين باحكامها. وثانيا، في حالة القوانين الأصلح للمتهم والقوانين التفسيرية، فاذا صدر قانون أصلح للمتهم، بان كانت تمحو الجريمة او تخفف العقوبة، بعد أن يقع الفعل وقبل الحكم بشأن القضية بشكل نهائي، فان هذا القانون الصادر حديثا هو الذي يطبق دونغيره، كون الفعل لم يعد مضرا بمصلحة الجماعة، اولم يعد من الخطورة بالدرجة التي يستحق فيها عقوبة شديدة. والقوانين التفسيرية تطبق من تاريخ تطبيق القوانين السابقة، لأنها لاتأتي باحكام جديدة وانما توضح فقط مضمون القواعد السابقة على صدوره [34].

هكذا نجد في النهاية بان استقرار الاوضاع والمراكز القانونية في المجتمع يتطلب إعمال القواعد القانونية الجديدة بأثر مباشر حتى يتمكن المخاطبين من الاشخاص باحكامها من معرفتها، وتكييف سلوكهم وفقا لمقتضياتها، بما يضمن حقوقهم وحرياتهم، وذلك استجابة لطبيعة القانون نفسها ولأعتبارات العدل ، لأن تطبيق القواعد القانونية بأثر رجعي على الوقائع السابقة على صدورها، مثل

تجريم ما أتاه الأفراد من أفعال مباحة أو إبطال تصرفاتهم التي تمت بمقتضى القانون، سوف يؤدي الى انعدام الثقة لدى الأفراد ازاء القانون ويجعلهم لاينظرون اليه كالحقائق النهائية الثابتة، وبالتالي يحل الفوضى والاظطراب القانوني بدلا من الاستقرار والامن القانوني في المجتمع.

الفرع الثاني: العلاقة بين مبدأ عدم رجعية القوانين والحقوق المكتسبة

ان مبدأ عدم رجعية القوانين مع استثناءاته المقررة للمصلحة العامة، يهدف إلى حماية الأفراد من الآثار السلبية للقانون وبالتالي تحقيق الأستقرار القانوني في المجتمع. والحق المكتسب يعني الحفاظ على المراكز القانونية الذي نجم عن تصرف قانوني معين. فاذا اكتسب الأفراد حقاً في ظل نظام قانوني معين، فانه لايجوز المساس بهذا المركز إلا بنص خاص ويسري التغيير أو التعديل في هذا المركز بأثر حال و مباشر من تأريخ العمل به وليس بأثر رجعي[35]. فالقاعدة المقررة بالنسبة للقوانين انه يجب احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها من غير ضرورة أو من غير تعويض، لذلك حرصت الدساتير على تأكيد هذه القاعدة، فجعلت الأصل ألا تسري القوانين على الماضي حتى لاتمس الحقوق المكتسبة، واحترام الحقوق المكتسبة قاعدة تمتد جذورها إلى اعماق القانون الطبيعي والمباديء الأساسية للعدالة،فيجب العمل بهذه القاعدة حتى ولو لم يتم النص عليها في الدساتير [36].

لذلك نجد ان حتى الدساتير التي تأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية من القضاء الدستوري، استثنت من سريان تلك الاحكام الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد استقرت عند صدور هذه الأحكام، وعلة ذلك ان الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لايمكن وفقاً للقواعد العامة ان تنتقص من حقوق مكتسبة طبقاً لقانون لم يحكم بعدم دستوريته، ويتمتع اصحابها بمراكز قانونية لاينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الأمر المقضي[37]. علاوة على ذلك نجد ان الحق المكتسب يقوم اساسا على مبدأ الأمن القانوني، ويعد مبدأ الحق المكتسب الأرضية الفلسفية لمبدأ سريان القوانين من دون رجعية ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ومن ثم فانه يرمي إلى حماية المراكز القانونية التي تولدت في الماضي، وهذا ينتج من حقيقة مهمة هي أن الحق المكتسب في القانون العام له دور حامٍ، لأنه يؤدي دورا في الرقابة على القوانين و القرارات الادارية التنظيمية والفردية.

ومن الملاحظ أن الحق المكتسب في القانون العام يطرح على أساس عدم المساس بالتصرف الذي أنتجه، ولاسيما على مستوى القرارات الإدارية الفردية، فضرورة حماية مراكز قانونية معينة تفرض عدم المساس بالأعمال المنتجة للمراكز القانونية المذكورة، ولا بد من ملاحظة أن ظاهرة عدم المساس بالمراكز القانونية، غير ناجمة عن قوتها الذاتية، لكنها تعد أثراً واضحاً لعدم المساس بالمراكز

القانونية التي تشكلت على مر الزمن. في حين كون القاعدة الدستورية تتعلق بتأسيس النظام القانوني بوجه عام، وتتعلق بحماية الحقوق والحريات، ومن ثم فإن تعديلها وإلغاءها من شأنه أن يسبب تحولاً أساسياً على المستوى القانوني، فالقاعدة الدستورية تخضع لتسلسل قواعد النظام القانوني في الدولة، ومن ثم فإن تعديلها سوف يترافق مادياً مع ممارسة سياسية ناجمة عن حراك على مستوى قوى الدولة، وهذا يعني في النهاية أن مشكلة الحقوق المكتسبة تطرح على أساس الحدود بين النظام القانوني والنظام السياسي [38].

اذن في النهاية نصل الى ان هناك علاقة اساسية بين الحق المكتسب ومبدأ عدم رجعية القوانين على الماضي، بل ان الحق المكتسب تعد اثرا لمبدأ عدم رجعية القوانين، اذ ان تطبيق القانون الجديد على مركز قانوني اكتمل في ظل القانون السابق يمثل حقا مكتسبا، يعد سريانا على الماضي، فيخضع هذا المركز للقانون القديم، وحكمة ذلك لضمان الحقوق المكتسبة التي ترتبت على الوقائع الماضية في مأمن من الغائها او ضياعها ليكون الاشخاص على الثقة بالحقوق القانونية واطمئنانا الى القوانين وبالتالي يعتبر الحق المكتسب اثر لقاعدة عدم رجعية القوانين. وعلى هذا الاساس يكون الحق المكتسب في مجال القوانين بشكل عام، قد تكون عرضة للمساس او الاهدار بسبب سريان القانون من حيث الزمان، ان لم يتم عند التطبيق الالتزام بالمباديء الدستورية المقررة لمبدأ عدم رجعية القوانين والاستثناءات الواردة عليها، تحقيقا للمصلحة العامة واستقرار المعاملات في المجتمع، وهذه الحالة قد يبرز بشكل اكثر فعالية في مجال القضاء الدستوري ، الذي يقرر بعدم دستورية القانون المخالف للدستور، ومن ثم مدى تاثير تحديد تاريخ الغاء هذا القانون على الحقوق المكتسبة للاشخاص.

المبحث الثاني: العلاقة بين أحكام القضاء الدستوري والحقوق المكتسبة

ان مشكلة التردد في تقرير الأثر الرجعي للاحكام الصادرة في دستورية القوانين، تثار عادة بالنسبة للاحكام التي تصدر بعدم الدستورية، مثل الأحكام الصادرة كاشفة عن العوار الذي اعترى التشريع منذ صدوره، أما الاحكام الاخرى التي تصدر بشأن الدستورية، مثل الأحكام الصادرة بعدم القبول أو الرفض الدعوى، فانها لاتمس القانون المطعون فيه بعدم الدستورية و لاتؤثر على تطبيقه، ومن ثم لاتثار أية تساؤلات حول مدى تنفيذها زمنياً. عليه نركز في هذا المطلب عن بيان اثر الحكم بعدم الدستورية الصادرة عن القضاء الدستوري ومن ثم مدى تاثير تلك الاحكام على الحقوق المكتسبة، وذلك من خلال عرضنا للاحكام القضائية المتضمنة هذا الجانب، وكذلك من خلال المحاولات الفقهية والقضائية لايجاد التوازن بين تاثير كل من الاثر الرجعي والمباشر للاحكام الدستورية على الحقوق

المكتسبة وبالتالي على تحقيق مبدأ الامن القانوني في المجتمع، وكل ذلك من خلال مطلبين مستقلين وكالاتي:

المطلب الاول: موقف الفقه والقانون من اثر الحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

المطلب الثاني:موقف القضاء الدستوري من اثر الحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

المطلب الأول: موقف الفقه والقانون من اثر الحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

يختلف موقف الفقه الدستوري ازاء سريان الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي، فيما اذا كان يكون لهذا الحكم اثرا رجعيا ام فوريا بصورة مطلقة اومدى امكانية تقييد اي من الاثرين في حالة الاخذ بها، وهذا بدوره قد شكل موضوعا شائكا حتى عند التصدي لها بالتنظيم في القوانين المتعلقة بالقضاء الدستوري في معظم الدول التي اخذت بهذا القضاء كوسيلة لضمان علوية الدستور، عليه سوف نتناول موقف الفقه الدستوري وكذلك القوانين المنظمة للقضاء الدستوري في النظم المقارنة ، وذلك من خلال فرعين مستقلين وكالاتي:

الفرع الاول: موقف الفقه الدستوري من آثرالحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

الفرع الثاني: التنظيم القانوني لأثرالحكم بعدم الدستوريةعلى الحقوق المكتسيبة

الفرع الاول: موقف الفقه الدستوري من أثرالحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

ذهب الفقه الدستوري في تحديد الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية نحو اتجاهين، اتجاه يقر بالأثرالكاشف والاخر يقر بالاثر المنشيء للحكم، فيذهب الاتجاه الأول الى ان الحكم بعدم الدستورية له أثر كاشف بإلغاء النص التشريعي المطعون عليه، اذ ان القاعدة العامة بالنسبة للأحكام القضائية بصفة عامة انها كاشفة وليست منشئة، فهي لا تنشئ الحق وانما تكشف عن وجوده ، وعلى ذلك ، فإن المحكمة حين تقضي بعدم دستورية تشريع معين مع ما يترتب على ذلك من إلغاءه وبطلانه، فإنها لا تنشئ هذا البطلان، وإنما تقرر شيئاً قائماً بالفعل بحكم الدستورالقائم، فالتشريع الباطل لمخالفته للدستور، باطل منذ وجوده لأنه ولد مخالفا للدستور، والنص التشريعي لا ينشأ صحيحا إلا باتفاقه مع الدستور[39]. ومن هنا، فإن المنطق القانوني المجرد يحتم أن يكون للحكم الذي يصدر مقرراً عدم الدستورية أثر رجعي يمتد إلى تأريخ صدور النص التشريعي غير الدستوري، وليس تاريخ صدور الحكم بعدم دستوريته، الامر الذي يعني عدم جواز تطبيق هذا النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما ايضاً بالنسبة للعلاقات والأوضاع السابقة على صدوره ، بما مفاده بطلان هذه العلاقات والأوضاع التي تمت في الماضي استناداً إلى هذا النص المقضي بعدم دستوريته[40].

ويعتمد الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على أساس أن عيب مخالفة القاعدة القانونية للشرعية الدستورية يولد مع القاعدة ذاتها. كما انه بدون تقرير هذا الأثر تنتفي الفائدة العملية من الحكم بعدم الدستورية، اذ لاتستطيع المحكمة التي اوقفت الدعوى الدستورية ان تطبق الحكم الصادر فيها بعدم الدستورية على النزاع المطروح امامها، ويؤكد ذلك أيضا الطبيعة القانونية للاحكام باعتبارها كاشفة للحقوق وليست منشئة لها، إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكز قانونية لم تكن موجودة من قبل، بل انها تكشف عن حكم الدستور وهو مقرر سلفاً منذ تم العمل به [41]. ومن الدول التي اعتنقت قاعدة الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية كل من الولايات المتحدة الأمريكية، ايطاليا ، المانيا ، البرتغال والكويت [42].

ويستند مبدأ الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على مبدأ المساواة أمام القانون، فلايجوز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل هذا الحكم واخرى تكونت بعده، كما ان هذا الأثر الرجعي يضمن فعالية الرقابة على دستورية القوانين وتأكيد لسيادة القانون، وبالتالي تعلو الحقوق والحريات، ولاتنتقص قيمتها مهما تعرضت للانتكاس في فترة مؤقتة، لان الأثر الكاشف بعدم الدستورية ضمان هام لازالة كل ما أصابها من انتكاس في الماضي، هذا هو منطق دولة القانون التي لاتترك الحقوق والحريات التي يحميها الدستورعرضة للمساس بها، وانما تكفل حمايتها من خلال هيئة تعتبر جزءاً من نظام الدولة، وهي المحكمة الدستورية، ومع ذلك فانه اذا كان الأثر الكاشف في حد ذاته يعكس قيمة دستورية معينة إلا ان إقرار هذه القيمة لايجوز أن يكون على حساب قيم دستورية اخرى، وفقاً لنظام حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة [43] .

اما الاتجاه الثاني يقرر بأن الحكم بعدم الدستورية له أثر منشئ بإلغاء النص التشريعي المطعون عليه. ومؤدى هذا الاتجاه ان الحكم بعدم الدستورية يعني إلغاء النص التشريعي المطعون عليه اعتباراً من تأريخ نشر الحكم بعدم دستوريته، و سريان هذا الحكم بأثر حال منذ صدوره وبالنسبة للمستقبل، ومن ثم، لا يكون لهذا الحكم أثر رجعي، وبالتالي فان القانون غير الدستوري يمحى من الوجود اعتباراً من تأريخ صدور الحكم بعدم الدستورية و دخوله حيز النفاذ، أما المرحلة السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية فيكون فيها القانون غير الدستوري معترف به ومرتباً لآثاره [44]. ومن الدول التي أعتنقت قاعدة الأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية أسبانيا، اليونان ،تركيا، رومانيا، سلوفاكيا، والتشيك كما أخذت بهذا الاتجاه النمسا في دستور عام 1920 [45].

وهذا التصور لطبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية من حسناته أن يحافظ على فكرة الأمن القانونيأي يحقق قدرمن الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة مما يساعد على اشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية

عامة وخاصة [46]. وبالتالي حماية حقوقهم المكتسبة، غير أن القول بأن الحكم له أثر منشئ يؤدي بنا الىالتمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل الحكم بعدم الدستورية واخرى تكونت بعده، فالمراكز الأولى لا يمسها الحكم بعدم الدستورية، بينما الثانية يمسها الحكم، الامر الذي ينافي مباديء العدالة .

هكذا نجد ان الفرق بين الأثر الرجعي والأثر الفوري للحكم، هو ان الأثر الرجعي يجعل القانون غير الدستوري كأن لم يكن منذ صدوره، ويزول من الوجود بالنسبة للماضي والمستقبل، وبالتالي يحافظ على مبدأ المشروعية وذلك باعدام القانون غير الدستوري منذ صدوره، أما الأثر الفوري المباشر فيجعل القانون المحكوم بعدم دستوريته كأن لم يكن منذ صدور الحكم بعدم الدستورية وبالنسبة للمستقبل، بمعنى انه يحافظ على اعتبارات مبدأ الأمن القانوني واحترام الحقوق المكتسبة. ونرى بانه في حالة الاخذ بالاثر الرجعي على اطلاقه، يكون لهذا الحكم الصادر بعدم دستورية النص التشريعي تاثير على الحقوق التي اكتسبها الافراد اثناء سريان هذا القانون المطعون بدستوريته، لذلك نجد ان رأي الفقه الدستوري بشكل عام يتجه نحو حماية تلك الحقوق، وذلك من خلال اعمال التقييد لأثر الحكم في حالة الأخذ بالاثر الرجعي.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني لأثرالحكم بعدم الدستوريةعلى الحقوق المكتسبة

سوف نتناول في هذا الفرع التنظيم القانوني لأثرالحكم بعدم الدستوريةعلى الحقوق المكتسبة لدى القضاء الدستوري المقارن في هذه الدراسة، وهم كل من المحكمة الاتحادية العليا في امريكا و المحكمة الدستورية العليا في مصر و المحكمة الاتحادية العليا في العراق.

ان الدستور الامريكي لم ينظم الرقابة على دستورية القوانين ولم يتحدث عن تلك الرقابة في نص من نصوصه، لكن الفقرة الثانية من المادة السادسة من الدستور الامريكي تقول(هذا الدستور وقوانين الولايات الصادرة وفقا له وكل المعاهدات المعقودة او التي ستعقد في ظل سلطة الولايات المتحدة ستكون هي القانون الاساسي للبلاد، والقضاة في كل البلاد سيتقيدون بذلك بصرف النظر عن اي حكم مخالف في دستور الولاية او قوانينها)، ان هذا النص مع نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستورالتي تتحدث عن الاختصاص القضائي، وان كانا لاينظمان وسيلة معينة لمراقبة دستورية القوانين، الا انهما بغير شك يفتحان الباب عن طريق التفسير امام المحاكم للنظر في مدى اتفاق القوانين الصادرة في ظل الدستور مع ذلك الدستور، وهذا هو مافعله القضاء الامريكي[47]. ان هذا الوضع جعل من الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية ان تسمى برقابة الامتناع، لان المحكمة اذا تبينت لها بان القانون المخالف للدستور تمتنع عن تطبيقه، وهو ما حرص هذا القضاء على تأكيده منذ بدأ ممارسته للرقابة. وحيث أن القضاء الأمريكي يأخذ بنظام السوابق

القضائية، فإن الحكم الذي يصدرمن المحكمة الاتحادية العليا- باعتبارها اعلى جهاز قضائي وصاحب القول الفصل في دستورية القوانين- بعدم دستورية قانون معين والامتناع عن تطبيقه يكون ملزماً عملاً وقانوناً للمحاكم الأخرى الادنى منها، الأمر الذي من شأنه ان يجعل الامتناع عن تطبيق القانون من الناحية العملية وكأنه بمثابة إلغاء له [48].

هكذا اذن لايوجد تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية بصورة دقيقة، ومن ثم تقوم بالرقابة على دستورية القوانين جميع المحاكم في الولايات،بالاضافة للمحكمة الاتحادية العليا، وامام غياب النص القانوني الذي يحدد الجهة المسئولة عن رقابة الدستورية ويحدد آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية، فان الاثر لم يكن واضحا،وكان في اغلب الاحوال يقتصر على عدم تطبيق القانون المخالف للدستورمع بقائه موجودا، لدرجة انه يمكن ان تعاد له الحياة من جديد، اذا غيرت المحكمة الاتحادية العليا من حكمها.

اما في مصر فنجد ان المادة (178) من دستور سنة 1971 قد خول المشرع العادي بتنظيم مايترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار، وهذا الموقف قد تم تاكيده ايضا في المادة (195) من دستورسنة 2014 التي نصت بان(.... و ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار) وبهذا فإن الدستور المصري قد احال امرتنظيم اثرالحكم للقانون، وعلى اثر ذلك جاء قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 ليحدد هذا الأثر في المادة (49) منه، والتي نصت في الفقرة الثالثة منها على ان (يترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم)، وهذا يعني ان مقتضى الحكم الذي يصدر بعدم دستورية نص تشريعي يلغي قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة [49]. دون ان يؤدي الحكم الى الغاء هذا النص وانما يوقف نفاذه او يفقده قوته الإلزامية.

أما فيما يتعلق باثرالزمني للحكم بعدم الدستورية ، فالمادة (49) المذكورة قبل تعديلها نصت بان (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم. فاذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الاحكام التي صدرت بالإدانة استناداً الى ذلك النص كأن لم تكن)، وظاهر هذا النص انه فيما عدا النصوص الجنائية يترتب على الحكم بعدم الدستورية اثراً مباشراً، ويرجع السبب في اعطاء الحكم هذا الاثر هو رغبة المشرع بضمان الاستقرارالتشريعي و ضمان الحقوق المكتسبة من جراء النص المطعون به. لكن اتجاه فقهي ذهبوا الى عكس ذلك، بالاستناد الى المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا التي اكدت على ان المقصود من نص المادة (49) هو تقرير الاثر الرجعي للحكم بعدم دستورية النص، على ان يستثنى من هذا الاثر الرجعي الحقوق و المراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره، فضلاً عن ان

الرجوع الى القواعد العامة التي تقرر الاثر الكاشف للأحكام القضائية وطبيعة الرقابة القضائية المقررة في مصرهي رقابة الغاء، مما يؤيد كل ذلك ترتب الاثرالرجعي للحكم بعدم دستورية النص[50].

ولغرض انهاء هذا الجدل الفقهي حول الاثر الزمني للحكم بعدم دستورية نص تشريعي، وعلاجا للمشكلات الناجمة عن الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة في غير المسائل الجنائية في مجال التطبيق، وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية وحماية الحقوق المكتسبة في المجتمع، فقد تم تعديل الفقرة الثالثة من المادة(49) المذكورة بموجب القرارالرئاسي بقانون رقم 168 لسنة 1998، فاصبحت نصها كالآتي:(ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، على ان الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الاحوال الا اثر مباشر، و ذلك دون اخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص)، فبموجب هذا النص والمذكرة الايضاحية للقرار الرئاسي [51]، ان الرجعية لم تعد القاعدة المطلقة بالنسة لأثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، وذلك فيما عدا النصوص الجنائية، فالرجعية في هذه الحالة مطلقة ولايجوز للمحكمة ان تقيد منها،وتتمثل القيود التي ترد على رجعية الحكم الصادلا بعدم اتلدستورية في الاستثناء الخاص بالاحكام الصادرة بعدم دستورية نص ضريبي، حيث جعل القانون لهذه الاحكام أثرا مباشرا في جميع الاحوال، مع عدم الاخلال باستفادة المدعي من هذا الحكم، كما تتمثل هذه القيود على الاثر الرجعي لحكمها، في غير المسائل الضريبية، في الرخصة التي اعطاها المشرع للمحكمة الدستورية لتحديد تاريخ آخر لعدم جواز تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته، ولذلك فان التعديل الذي ورد على الفقرة الثالثة لايغيرمن القيود التي كانت ترد على الاثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية، اذ النص الجديد لم يلغ هذه القيود وانما اضاف اليها قيودا جديدة [52].

ورغم ماطرح من قبل الفقه حول مسألة عدم دستورية هذا التعديل من الناحيتين الشكلية والموضوعية[53]، الا انه حاول ان يحسم النزاع الثائر حول الاثر الناتج على الحكم بعدم الدستورية بأن يرتب الاثر الفوري للحكم، الا انه اعطى للمحكمة حق النص على الاثر الرجعي في قرار الحكم بعدم الدستورية اذا رأت مقتضى لذلك. لكن هذا التعديل لم ينه الجدل حول اثر الحكم بالدعوى الدستورية بل على العكس فإنه أدى الى اختلاف اكبر بين من يرى ان الحكم بعدم الدستورية له اثر فوري و مباشر فقط، و اتجاه آخر يرى ان الاثر الفوري المباشر هو الاصل وان الاثر الرجعي لا يكون الا استثناءً وبناء على قرار المحكمة فضلاً عن وجود اتجاه ثالث يرى التفريق بين النصوص الضريبية و غير الضريبية على التفصيل الذي ورد في التعديل [54].

اما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد تم تشكيلها بموجب المادة(44) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 الملغي، والتي صدر امر تشكيلها بقانون رقم(30) لسنة 2005 استنادا اليها، الذي يعد نافذا لحد الان استنادا للمادة(130)من الدستور، التي تقرر بقاء التشريعات النافذة معمولا بها ما لم تلغ او تعدل وفقا لاحكام الدستور[55]. لكن دستور 2005 قرر تكوين المحكمة الاتحادية بشكل مختلف عن موقف قانون ادارة الدولة لسنة 2004. فبالنسبة لقانون إدارة الدولة قرر حكم الإلغاء على التشريع المخالف للدستور في المادة (44/ج) منه بنصها:(إذا قررت المحكمة الاتحادية العليا أن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات أو إجراء جرى الطعن به أنه غيرمتفق مع هذا القانون يعد ملغياً)، لكنه دون ان يشيرالى الأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية من المحكمة الاتحادية العليا، ونرى بان ذلك يشكل نقصا دستوريا في بناء هذه المؤسسة الدستورية المهمة سيما في الدول الفدرالية، فكان الاحسن للدستور ان ينظم كل ذلك بين احكامه دون احالة تنظيمه الى القانون العادي .

وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 الصادراستناداً الى المادة (44) المذكورة منقانون إدارة الدولة، جاء خاليا ايضا من تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية نص تشريعي. ويرى البعض انه في مثل هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بان حكم المحكمة بعدم الدستورية هو حكم كاشف للمخالفة الدستورية وليس منشئاً لها، وعليه لا بد ان يسري حكم الإلغاء بأثر رجعي، مع وجوب مراعاة الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة، وذلك من خلال استثنائها من هذا الأثر الرجعي على وفق ضوابط معينة وهي ان تكون تلك الحقوق والمراكز قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم عليها، على ان يتم النص على هذه الحدود والضوابط للأثر الرجعي بنص قانوني ولا يتركها لتقدير المحكمة [56]. وذلك بهدف تحقيق التوازن بين احترام الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع وبالتالي حماية الحقوق المكتسبة.

أما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد حدد الاثر المترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية في المادة(13/ثانيا) منه التي نصت على ان (لايجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلا كل نص قانوني آخر يتعارض معه)، وبذلك فان النص قد حدد بصراحة البطلان كأثر للتشريع المخالف للدستورعندما تقرر المحكمة الاتحادية ذلك، مما يعني ان التشريع المحكوم بعدم دستوريته يعد كأن لم يكن من تاريخ صدوره، أي ان القاعدة العامة تتمثل بسريان الحكم بعدم الدستورية باثر رجعي وليس فوري [57]، لكن المادة (94) من الدستور التي قررت بأن قرارات هذه المحكمة باتة وملزمة للسلطات كافة، لم ترتب حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة المخالفة

للدستور، فكان موقف قانون إدارة الدولة اكثر وضوحا في تحديد اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، اذ فضلا عن اشارته في المادة(3/ب) منه بان اي نص قانوني يخالف هذا الدستور يعد باطلا، فانه أضاف الى ذلك في المادة(44/ج) منه بانه إذا قررت المحكمة الاتحادية العليا أن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات أو إجراء جرى الطعن به أنه غير متفق مع هذا القانون يعد ملغياً .هكذا نجد ان دستور سنة 2005 لم يحدد الأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية، هل يكون بأثر رجعي أم بأثر مباشر في المادة (94) منه، غير ان حكم الإلغاء للقوانين والأنظمة المخالفة للدستور، ثابت بحكم المادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 . ورغم ان المادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة رتبت حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة المخالفة للدستور الا انها لم تحدد النطاق الزمني لتنفيذ حكم المحكمة الاتحادية العليا، وهل يكون بأثر رجعي ام يكون بأثرمباشر. ونعتقد أن تطبيق القواعد العامة في مثل هذه الحالة يقضي أن يكون حكم الإلغاء كاشفاً وليس منشئاً، وعليه لا بد ان يسري بأثر رجعي يرتد الى تاريخ صدور القانون أوالنظام المحكوم بعدم دستوريته ، مع مراعاة المراكز القانونية المستقرة والحقوق المكتسبةعند صدور الحكم بعدم الدستورية.

يتبين لنا في نهاية هذا المطلب اختلاف موقف الفقه والتشريعات المنظمة للقضاءالدستوري ازاء مسألة اثر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، من حيث تاثيره على مصير النص المطعون فيه، ففي امريكا يترتب على هذا الحكم امتناع تطبيق النص المخالف للدستور، وفي مصر يؤدي الى الغاء قوة نفاذه ، بينما في العراق يؤدي الى الغاءه. اما من ناحية سريان اثر الحكم ، ففي امريكا لم يتم تحديد ذلك بالقانون وترك لأجتهادات المحكمة الاتحادية العليا كما سنوضحه في المطلب القادم، أما في مصر فالأصل يؤخذ بالاثر المباشر واستثناءً بالاثر الرجعي فيما عدا الحكم المتعلق بالنصوص الضريبية التي يكون سريانه باثر مباشر، والنصوص الجنائية وفق الاثر الرجعي باستثناء احكام البراءة. اما في العراق فيكون للحكم بعدم الدستورية اثرا رجعيا مع امكانية تقييد هذا الاثر وفق متطلبات او الحالات التي تستوجب المحافظة على المراكز القانونية والحقوق المكتسبة.

المطلب الثاني: أثر الحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة في القضاء الدستوري

اختلفت انظمة القضاء الدستوري في شأن أثر الحكم بعدم الدستورية على بنيان القاعدة القانونية سواء من حيث صحتها ابتداء من تاريخ مولدها، أو من حيث العمل بها انتهاء من تاريخ انهاء العمل بها، ومن ثم مدى تعلق او تاثير ذلك على الحقوق التي اكتسبت من قبل الافراد في ظل نفاذ القاعدة القانونية المطعون بدستوريته،عليه سوف نحاول في هذا المطلب ان نتناول موقف القضاء الدستوري المقارن من سريان احكامه من حيث الزمن وتاثير ذلك على الحقوق المكتسبة للاشخاص، وذلك من خلال فرعين مستقلين، في الاول نتناول موقف القضاء الدستوري المقارن نحو اثرالحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة، وفي الفرع الثاني نتطرق الى التبريرات والضوابط التي تحكم المواءمة بين الحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة، وذلك لحماية استقرار المراكز القانونية وتحقيقا لمبدأ الامن القانوني في المجتمع الذي يعد ركنا من اركان الدولة القانونية ، وكالاتي:

الفرع الاول: تطبيقات القضاء الدستوري في اثرالحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

الفرع الثاني: المبررات وضوابط المواءمة بين الحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة

الفرع الأول: تطبيقات القضاء الدستوري في اثرالحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

نتكلم في هذا الفرع عن موقف القضاء الدستوري المقارن ازاء اثرالمترتب على الحكم بعدم دستورية النص التشريعي ومدى تاثير ذلك على الحقوق المكتسبة من حيث حمايته او اهداره. وفي هذا الاطار نجد ان احكام المحكمة الاتحادية العليا الاميركية واجهت مشكلة تتعلق بالاطار الزمني لسريان الحكم فهل يسري باثر فوري ام يسري باثر رجعي، وقد ترددت المحكمة العليا بين الاتجاهين مع اعطاء الغلبة للاثرالرجعي كقاعدة عامة، وقد عبرت المحكمة العليا عن هذه القاعدة في حكم لها صادرعام 1886في قضية (نورتون ضدمقاطعة شلبى) فقالت :(ان التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانونا على الاطلاق فهو لاينشأ حقوقا،ولايرتب واجبات، ولا يمنح حماية، ولا ينشئ وظيفة، وهومن الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً وكأنه لم يصدر أصلاً)[58]. كما قررت في قضية اخرى بعدم دستورية قانون الحد الادنى للاجور في عام 1923،حيث اعتبرت القانون كأن لم يكن. وعلى الرغم من ذلك فأن المحكمة الاتحادية العليا من جانب أخر قيدت هذا الاثرالرجعي، وذلك بأعترافها بضرورة مراعاة الوجود المادي او الفعلي للقانون المحكوم بعدم دستوريته، خاصة اذا كانت عدم الدستورية قد اثيرت بعد سنوات طويلة من دخوله حيز النفاذ، بحيث رتب الافراد امورهم و معاملاتهم على اساسه [59].

لذلك فان االمحكمة العليا عدلت في قضايا عديدة عن الاثر الرجعي الى الاثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية بحيث رتبت عليه اثراً مباشراً، ومثال على ذلك في عام 1937 اذ قررت المحكمة بانه ليس لاحكامها أي قوة لألغاء التشريع فرغم الحكم بعدم دستورية القانون يظل هذا

القانون نافذا [60]. وقد اكدت المحكمة هذا الاتجاه في حكم لها صادرعام 1940 حين قررت: (إن الوجود المادي للقانون قبل أن يقضى بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها، فليس من الممكن في كثير من الأحوال أن يسدل حكم المحكمة على الماضي ستاراً من النسيان، ولذلك يجب أن يعاد النظر في أثر القضاء بعدم دستورية القانون على كثير من الأوضاع والعلاقات التي نشأت في ظله) [61].

يلاحظ على تلك الأحكام للمحكمة الاتحادية العليا الاميركية، بان المحكمة ترددت في اعمال بين الاثر الرجعي والمباشر للحكم الصادر لديها بعدم دستورية القانون، وان هذا التردد يعود الى موقف المحكمة باعتبارها اعلى هيئة قضائية في الولايات المتحدة نحو تحقيق التوازن بين سيادة الدستور من جهة والمصلحة العامة التي تتمثل بتحقيق الاستقرار القانوني باحترام التوقعات المشروعة وحماية الحقوق المكتسبة للافراد.

وفي مصراستقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على تقرير الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية استناداً لطبيعته الكاشفة ، مع استثناء المراكز والحقوق التي استقرت عند صدور هذا الحكم بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم من هذا الأثر الرجعي، على أن يسري الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً إلى نص جنائي غير دستوري ، بحيث تعتبر هذه الأحكام كأن لم تكن ، حتى ولو كانت أحكاماً باتة. من ذلك حكمها الصادر في 30 نوفمبر 1996 ، الذي جاء بحيثياته: (وحيث أن ما نصت عليه المادة 49 من قانون هذه المحكمة من أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها، لا يجوز تطبيقها اعتباراً من نشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية، لايعني أن لهذه الأحكام أثراً مباشراً لا تتعداه، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقة عليها ، ذلك أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة 49 المشار اليها، لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضي بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التي صاحبتها عند إقرارها أو إصدارها، لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها، فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها)[62]. الامر الذي يستتبع ان يكون للحكم بعدم الدستورية اثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة. وبذلك استقر الفقه و القضاء على ان نص المادة (49) هوعدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب و انما بالنسبة الى الوقائع و العلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على ان يستثنى من هذا الاثر الرجعي الحقوق و المراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الامر المقضي او بانقضاء مدة التقادم [63].

وبالنسبة الى مفهوم الاحكام القضائية المكتسبة لحجية الشيء المقضي فيه التي تستثنى من الاثر الرجعي فقد وضحته المحكمة الدستورية العليا في حكمها المرقم 22 في 1996/12/12 بذكرها في اسباب الحكم بانه اذا كان النص المقضي ببطلانه غير جنائي فان الاثر الرجعي يظل جاريا وينسحب على الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثرا فيها حتى ما كان منها سابقا على نشره في الجريدة الرسمية ما لم تكن تلك الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر امرها بناء على حكما قضائيا باتا وصادرا قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحمولا على النصوص القانونية عينها التي قضي ببطلانها [64]. هكذا فان رجعية الحكم بعدم دستورية النص التشريعي في غير المسائل الجنائية تكون مقيدة وليست مطلقة أما رجعية الاحكام الصادرة بعدم الدستورية المتعلقة بالنصوص الجنائية فأن لها اثرا رجعيا كاملا بدون قيود وهذا ما اكدته المحكمة الدستورية العليا في نفس الحكم المذكور باشارتها الى (ان المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا جعل للاحكام الصادرة بابطال نصوص عقابية أثرا رجعيا كاملا بالنسبة لاحكام الادانة الصادرة استنادا اليها وتعتبر كافة الاحكام في هذا الشأن كأن لم تكن ولو كان الحكم باتا)[65]، وبذلك فان احكام الادانة وليس احكام البراءة هي التي ينطبق عليها الأثر الرجعي الكامل للحكم بعدم الدستورية .

اما بالنسبة لموقف المحكمة الدستورية العليا بصدد تحديد سياستها بين هذه الاتجاهات، فيما يتعلق بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (49)من قانون المحكمة الدستورية العليا المذكور آنفا، فانها لم توضح صراحة موقفها من مضمون هذا التعديل، وحقيقة تفسيرها له ومدى تمسكها بقاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية أو تحولها عنها إلى قاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم. ومع ذلك فانه يمكن الأستنتاج من أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة بعد هذا التعديل استمرار هذه المحكمة في تبني تفسيرها السابق للمادة (49) قبل تعديلها على انها تقرر الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة [66]. ففي حكمها الصادر في 8 يوليو 2000 والذي انتهت فيه إلى عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة 24 من القانون رقم 72 لسنة 1956 بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية فيما تضمنه من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية، نجدها تقرر صراحة في مضمون حكمها بان: (الأصل على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن إجراء انتخابات مجلس الشعب بناء على نص تشريعي قضي بعدم دستوريته، يؤدي إلى بطلان تكوينه منذ انتخابه)[67].ومن ذلك ايضاً حكمها الصادر في 5 فبراير 2000 حيث ذهبت إلى انه (وحيث أن إبطال النصين المطعون فيهما والذين حجبا عن الطالب حقوق

الانتفاع بالخدمات الصحية والاجتماعية بما في ذلك المبلغ الشهري الإضافي يعني انعدام وجودهما منذ مولدهما، مما يستتبع أحقية الطالب في دعواه الموضوعية)[68].

وقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا المصرية حكماً، بتأريخ 2012/6/14، وحكمت فيه بعدم دستورية عدد من نصوص القانون رقم 120 لسنة 2011، والمرسوم بقانون الرقم 108 لسنة 2011 والمرسوم بقانون رقم 123 لسنة 2011، والتي تضمنت تعديلات على القانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب، وهي النصوص التي تشكل مجلس الشعب على أساسها، في كانون الثاني 2012 ، بأعتبار ان تلك النصوص المطعون بدستوريتها، فيها اخلت بمبدأ المساواة وتكافوء الفرص، وأقامت تمييزاً بين مرشحي الاحزاب السياسية الذين خصص لهم ثلثي المقاعد، والمرشحين المستقلين غير المنتمين إلى احزاب سياسية الذين خصص لهم ثلث المقاعد، من دون أساس موضوعي يبرر ذلك [69].

فنجد ان المحكمة الدستورية في هذا الحكم قررت بان عدم دستورية القانون المنظم للانتخابات التشريعية يترتب عليه أثر حتمي هو بطلان تشكيل مجلس الشعب الذي انتخب على أساس هذا القانون بطلاناً مطلقاً وبأثر رجعي، باعتبار ذلك نتيجة حتمية للحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم الصادر بعدم دستورية القانون المنظم للانتخابات والترشيح، ولكن المحكمة قررت في الوقت ذاته ان هذا البطلان لايمتد إلى القوانين والأعمال التي أصدرها مجلس الشعب، في الفترة الماضية، اخذاً بفكرة الظاهر ومراعاة لمبدأ الأمن القانوني واستقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة. أن الحكم الصادر بعدم الدستورية كاشفت عن حقيقة القانون المعروض على المحكمة، والنتيجة الحتمية لهذا التقرير هو القول بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، ويتضح من هذا الاتجاه أن مبدأ الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية لا يسري في جميع الأحوال، فإنه قد يصطدم باعتبارات الواقع، كما أنه قد يؤدي تطبيقه في بعض الأحيان إلى نتائج غير مقبولة أو غير عادلة مما يقتضي التغاضي عنه او تقييد الاثر الرجعي تفادياً لتلك النتائج، إذ إن تطبيق المبدأ بكل أبعاده يمكن أن يخلق أوضاعاً غير مرضية أو تؤثر تأثيراً سيئاً على الأوضاع القانونية المستقرة، الامر الذي يترتب عليه التاثير السلبي على الحقوق المكتسبة و المراكز القانونية.

اما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد اخذت بالاثر الرجعي دون تقييدها في بعض أحكامها، منها حكمها التي قضت فيها بعدم دستورية القرار رقم (67) المؤرخ (2001/7/31) الصادر من رئيس النظام السابق وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه لقطعة الأرض موضوع الدعوىقبل إصدار القرار أعلاه، وهذا الحكم قد تضمن تطبيق لمبدأ أن الحكم كاشف عن بطلان القانون المطعون فيه ويعد باطلاً كل تصرف تم بموجبه [70]، وان حكم المحكمة بالغاء القرار رقم (67) باثر رجعي جاء لحماية

الحقوق المكتسبة للمدعي التي تجاوزعليها بسبب القرار المذكور. وفي حكم آخر لها قضت المحكمة بعدم دستورية المادة (25) من قانون هيأة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010، التي تنص بان ((يحق للذين وقع عليهم غبن نتيجة تطبيق القانون رقم (2) لسنة 2006 بما يخص التعويض وقت إقامة الدعوى ولهم الحق بإقامة الدعوى بموجب القانون الجديد بأثر رجعي لرفع الحيف عنهم))، وحيث أن المبدأ الوارد في المادة (25) المذكورة يتعارض مع مبدأ المساواة المقررة في المادتين (14 و 19/سادسا) من الدستور، والتي بموجبهما يتكن المواطنين في حماية حقوقهم وذلك بالحصول على التعويض عن العقارات التي انتزعت منهم، لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستوريتها، وتعطيل حكمها هو بيان بمنزلة إعلان عن عدم وجودها منذ تاريخ صدورها، ونشر قانون دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010 في جريدة الوقائع العراقية بتاريخ 2010/3/9، والمراكز التي نشأت في فترة نفاذها تكون ملزمة بالمقدار الذي لا يتعارض مع الدستورإذا كانت تتعلق بترتيب حقوق ثابتة ومستقرة لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات))[71]. اذن هذا القرار يتضمن بحكمها حماية الحقوق المكتسبة للمواطنين وذلك بالغاء النص الدستوري الذي كان يقرر التمييز بينهم في الحصول على التعويض عن العقارات التي انتزعت منهم، كما في جانب آخر قررت عدم المساس بالمراكز القانونية التي نشأت في فترة نفاذ النص المحكوم بعدم الدستورية، حماية للحقوق التي اكتسبت من قبل بعض الافراد في تلك الفترة.

وفي قرارين آخرين ذهبت المحكمة الاتحادية العليا الى تقييد الاثر الرجعي المقرر لسريانهما، الذين اقتصرا حكمهما على المستقبل ولايسري على ما اتخذ من اجراء سابق لصدورهما، والذي قررت فيهما بعدم دستورية الفقرة (ج) من (البند/ ثالثا) من المادة (الاولى) من القانون رقم (26 لسنة 2009) قانون تعديل قانون الانتخابات رقم (16 لسنة 2005) لتعارضها مع المادة (14)و(20)من دستورجمهورية العراق لسنة2005، كون القانون قد اخل بمبدأ المساواة بين العراقيين المنصوص عليه في المادة(14) من الدستورلآن اقتصار حق التصويت للمكون الصابئي على محافظة بغداد يضر بالمرشح كما أنه يحرم أفراد بعض الطوائف من ممارسة حقهم في التمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشح المنصوص عليه في المادة (20) من الدستور، ومن ثم قررت المحكمة بعدم دستورية الفقرة(ج)من البند(ثالثا)من المادة(الاولى) من القانون رقم (26 لسنة 2009) قانون تعديل قانون الانتخابات رقم (16 لسنة 2005) واشعار السلطة التشريعية بتشريع نص جديد يكون موافقا لاحكام المادتين (14)و(20)من الدستور، على ان لايمس ذلك الاجراءات المتخذة لانتخاب اعضاء مجلس النواب لعام 2010 [72]. وبنفس الاتجاه قررت في حكمها بعدم دستورية المادة (15/ثانيا) من قانون الانتخابات رقم 16 لسنة 2005 لتعارضها مع احكام المادة(49/اولا) من الدستورعلى ان لايمس

الاجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية [73].

وفي قرار اخر تطرقت المحكمة الاتحادية العليا في مضمونها الى مفهوم الحقوق المكتسبة، عندما قررت بعدم دستورية المادة (35/ رابعاً/ ب) من قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 الخاصة بتقاعد القضاة واعضاء الادعاء العام المحالين على التقاعد قبل نفاذه، كون قانون التقاعد الموحد المذكور قد شرعت من مجلس النواب بشكل مغاير تماما عن مشروعها المرسل من مجلس الوزراء شكلا ومضمونا ودون الرجوع اليه خلافا لأحكام المواد (60/اولا) و(78) و(80/ثانيا) من الدستور. وقد كان من ضمن السندات المقدمة من قبل المديين في هذه الدعوى هو(الحق المكتسب) في الراتب التقاعدي الذي كانوا يتقاضونه قبل نفاذ القانون التقاعد الموحد المشار اليه وعدم جواز المساس به باعتباره(حق مكتسب)، رغم ان المحكمة لم تستند في قرارها عليه، لكنها تصدت لبيان مدلولها القانوني بأنه:((...فوجدت المحكمة الاتحادية العليا ان التعريف الفقهي للحق المكتسب كما ورد في احد شروح القانون بانه (وضع قانوني تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قانون أو قرار إداري)، وذهبت المحكمة الاتحادية العليا الى ان الراتب التقاعدي في حقيقته حق مكتسب للموظف عند توفر شروط منحه من الدولة ولايجوز حجبه عن الموظف إلا في الأحوال التي ينص القانون عليها، إلا ان نصابه من حيث الزيادة أو النقصان لايعتبرحقاً مكتسباً لان هذا النصاب محكوم بالوضع المالي للدولة وبالحالة الاجتماعية للمتقاعدين))[74].

يتبين لنا من الأحكام المذكورة للقضاء الدستوري المقارن، بان هذه المحاكم ، كانت تحاول دائما ان تكون الاثر المترتب على نفاذ قراراتها من حيث الزمان وسيلة هادفة الى تحقيق المصلحة العامة والامن القانوني من خلال المحافظة على الاوضاع والمراكزالقانونية المستقرة و الحقوق المكتسبة للافراد وتوقعاتهم المشروعة تجاه البناء القانوني السائد في الدولة. لذلك لاحظنا عدم ثبات قراراتهم على اتجاه معين من ناحية الآثر الزمني المترتب على سريان تلك القرارات، بل هناك تعديلا نسبيا في هذا المجال، بين الاخذ بالاثر الرجعي او بالاثر المباشر مع امكانية تقييد ذلك الاثر في الحالتين.

الفرع الثاني: المبررات وضوابط المواءمة بين الحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة

ان لاحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي واعتباره كأن لم يكن، وذلك بعد مرور فترة زمنية على صدور هذا النص، يمكن ان يمس الحقوق المكتسبة للاشخاص الذين طبق عليهم هذا النص خلال فترة سريانه حيث انهم رتبوا اوضاعهم طوال هذه الفترة وفقا لهذا النص، اذ قد تترتب للافراد حقوق ومراكز وآثار قانونية في ظل القواعد القانونية المعمول بها، ولايجوز عدلا ان يكون تعديل هذه

القواعد أو الغائها بقواعد قانونية جديدة أو نتجة الحكم عليها بعدم الدستورية فرصة للمساس بهذه الحقوق والمراكز، اوالانتقاص من تلك الآثار التي ترتبت صحيحة في ظل القواعد القانونية القديمة.

لذلك نجد ان معظم الدساتير التي تأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، يقرر ايجاد نوع من الموازنة بين رجعية أثر الحكم وفكرة الأمن القانوني، والتي تعني المواءمة والمصالحة بين قابلية الحياة القانونية للتطور والتغيير من ناحية، وحق الأفراد في ضمان الثبات والاستقرارالنسبي لمراكزهم القانونية وما ينشأ لهم من حقوق في ظلها من ناحية اخرى، أي المصالحة بين مبدأين متزاحمين هما مبدأ المشروعية باعتباره تطبيقاً لسيادة القانون و مبدأ الأمن القانوني الذي تفرضه المصلحة العامة في أحيان عدة، أي انها مواءمة بين متطلبات المشروعية من جهة واعتبارات ضمان حقوق الأفراد و حماية مراكزهم القانونية من انهيارات مفاجئة لم يكن لهم يد في انشائها من جهة ثانية [75].

وكذلك عندما تقضي المحكمة الدستورية بعدم دستورية القانون، في الدول التي ترتب دساتيرها الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية ، يجب أن توازن بين قيم دستورية مختلفة. ومن هذه القيم المصلحة العامة المتمثلة في الاستقرار القانوني وقدرة الدولة على الاستمرار في اداء مهامها الدستورية وحماية الحقوق المكتسبة، فممارسة الحقوق والحريات لا بد أن تتقيد باعتبارات المصلحة العامة [76]. لأن الطبيعة الكاشفة للحكم الصادر بعدم الدستورية على الرغم من اهميته، قد تصطدم باعتبارات النظام العام و مايفرضه من ضرورة حماية الحقوق المكتسبة والامن القانوني في الدولة. وقد ظهرت فكرة الامن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصرعند تنفيذها للاثر الرجعي لبعض النصوص التشريعية في غير المجال الجنائي، حيث قدرت المحكمة بأن تطبيقها باثر رجعي من شأنه المساس بالمراكز القانونية بشكل يتجاوز الحدود التي تسمح بها المباديء الدستورية هذا من ناحية،ومن ناحية اخرى اتضحت فكرة الامن القانوني في تطبيق المحكمة الدستورية لنظرية الاوضاع الظاهرة من اجل تقييد اثر الرجعي لبعض احكام صادرة عنها بعدم الدستورية نصوص تشريعية حيث قدرت المحكمة أن سقوطها باثر رجعي سوف ينتج عنه مساس خطير بالمراكز القانونية التي اكتسبتها الافراد في ظل القانون المقضي بعدم دستوريته [77].

عليه فان اهتمام القضاء الدستوري بتطبيقات الحقوق المكتسبة، منطلقا من جوانب حماية الحقوق والحريات الفردية، ورابطاً بشكل كبير بين هذه التطبيقات و مبدأ الأمن القانوني من جانب وبين المباديء والقواعد الأساسية في اعمال عدم الرجعية من جانب أخر، على اساس إن المنظورالزمني للأمن القانوني إنما يقوم معايير الاستقرار والثبات، التي تتناقض-على الأقل ظاهرياً-

مع اعمال الرجعية بمقتضى النصوص التشريعية، وإستناداً إلى ذلك، كرس القضاء الدستوري الحماية الضرورية للحقوق المكتسبة والعلاقات التعاقدية، فضلاً عن تقييد الأثر الرجعي بشكل عام نتيجة الحكم بعدم دستورية نص تشريعي. وقد اختلفت انظمة القضاء الدستوري في شأن أثر الحكم بعدم الدستورية على بنيان القاعدة القانونية سواء من حيث صحتها ابتداء من تاريخ مولدها، أو من حيث العمل بها انتهاء من تاريخ انهاء العمل بها.

ويتحقق هذه المواءمة من خلال مجموعة الحدود والضوابط التي تحكم الأثر الكاشف للحكم الصادر بعدم الدستورية، ومنها، اولا عدم المساس بالمراكز القانونية المستقرة قبل الحكم، الذي يتمتع أصحابها بمراكز قانونية لا ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الامر المقضي، لأن الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن وفقاً للقواعد العامة أن تنتقص من حقوق مكتسبة طبقاً لقانون لم يحكم بعدم دستوريته [78]. وثانيا احترام شرعية الجرائم والعقوبات التي تمثل أحدى ملامح الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، فالحكم الصادر بالإدانة بالمخالفة لهذه الشرعية لا ينال أية حجية ولو حاز قوة الأمر المقضي، وذلك لتغلب اعتبارات الشرعية الدستورية على اعتبارات قوة الأمر المقضي، ويجد ذلك تبريره بأن الأحكام الجنائية تمس بطريق مباشر الحرية الشخصية للمواطن ، وهي أعز ما يحرص عليه، فإذا اتضح ان النص الذي طبق عليه كان غير دستوري، فالعدالة تقتضي أن تغلب جانب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية، وفي هذا إعمال كامل لمبدأ المشروعية، فاذا صدر حكم بعدم دستورية قانون، فالأحكام الجنائية الباتة التي صدرت استناداً إلى هذا النص الذي حكم بعدم دستوريته، تعد كأن لم تكن[79]. وثالثاً واخيرا وهو مراعاة الأمن القانوني الذي يعد من أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها لبناء دولة القانون، وذلك بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة، لاشاعة الطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة، دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار[80].

وكذلك يلاحظ ان دساتير الدول التي أخذت بالأثر الفوري (المنشيء) للحكم بعدم الدستورية، تلجأ إلى الحد من السلبيات الناتجة عن تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري ، من خلال بعض الحلول المنطقية، منها، سريان الحكم بعدم الدستورية في الحالة المعروضة على محكمة الموضوع والتي اثير بشأنها الدفع بعدم الدستورية الذي احيل إلى المحكمة الدستورية، و وفقا للاحكام الحديثة للمحكمة الدستورية الالمانية، انه يسري اثر البطلان على كل الحالات الاخرى التي كانت

منظورة امام المحكمة قبل قفل باب المرافعة في حالة التي صـــدر فيها الحكم، او كما يجوز للمحكمة الدستورية ان تحدد تأريخاً آخر لنفاذ حكمها غير الأثر المباشر، بان تشمل حكمها وفي حدود سلطتها التقديرية –بالأثر الرجعي- وفي هذه الحالة، فان النص المحكوم بعدم دســتوريته لاينتج أثره و تزول قوته القانونية منذ مولده [81].

عليه نجد ان النظم الرقابة الدســتورية اختلفت من حيث الاثر الرجعي لأحكامها وارتداده الى علاقات قانونية استقرت وفقا للنصوص قبل الحكم بعدم دستوريتها،لهذا اتجهت بعض القوانين الى الاكتفاء بالاثر المباشــر لهذه الاحكام،مثل قانون المحكمة الدســتورية النمســاوية، بينما اتجهت بعض القوانين الاخرى الى تغليب جانب السلامة الدستورية في النصوص على جانب الامن القانوني، مثاله قانون المحكمة الدســتورية في المانيا وايطاليا ومصــر) فقررت الاثر الكاشــف للحكم بعدم الدســتورية. الا ان ذلك لم يحل دون واجب التوفيق بين القيمة الدســتورية التي خالفها التشــريع المحكوم بعدم دستوريته والقيمة الدستورية للامن القانوني، فاتجهت المحكمة الدستورية في المانيا واســبانيا في بعض الاحوال الى الاكتفاء بالاثر المباشــر للحكم باعلان عدم الدســتورية دون ابطال النصــوص التشــريعية باثر رجعي. وقد اوضحت المذكرة الايضــاحية [82]. وان المحكمة الدســتورية الايطالية لايقتصــر دورها على مجرد القضــاء بعدم دســتورية القانون الذي تتعارض احكامه مع الدســتور، وانما تهتم بحماية الامن القانوني، ولهذا فانه من المقرر ان اعلان عدم الدســتورية لدى المحكمة لايمس العلاقات المنتهية، او المراكز القانونية المكتملة، الامر الذي يســمح بتجنب المســاس باحكام حازت قوة الامر المقضي او مراكز قانونية مستقرة بصفة نهائية [83].

وان مقتضــى النص الحالي للفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدســتورية العليا في مصر، منع الاثر الرجعي في كل الاحكام المتعلقة بعدم دستورية النصوص الضريبية، و فيما يتعلق بالاحكام الجنائية ملزمة باعتماد قاعدة حظر الاثرالرجعي بصــورة مطلقة دون قيد كما، منح المحكمة الدستورية سلطة تقرير الاثر المباشر فيما تراه مناسبا بحسب الظروف المحيطة بها، علاوة على ان الاثر الرجعي هو الآخر مقيد بعدم المساس بالمراكز القانونية التي استقرت باحكام حازت قوة المقضــي به او نتيجة التقادم [84].ولايقتصــر مصــدر المراكز القانونية بناء على قانون لم يحكم بعدم دســتوريته على هذين المثالين، فالموظف الفعلي الذي يمارس عمله بناء على قرار اداري صــحيح من حيث الظاهر يكتســب مركزا قانونيا لايجوز الانتقاص من مركزه أو المســاس بالقرارات التي أصــدرها بناء على الحكم بعدم دستورية القانون الذي بني عليه قرار تعيينه [85].

وان الاساس القانوني لهذه الاستثناءات هو الحرص على مبدأ الامن القانوني الذي رجحه المشرع في هذا الصدد على مبدأ ضرورة أرساء دعائم المشروعية الدستورية، لأن الاحكام الصادرة عن المحكمة

الدستورية بعدم دستورية نص تشريعي تم تطبيقه خلال فترة معينة ورتب الافراد اوضاعهم بناء عليه، ينبغي ان تكون له ضوابط وحدود بحيث لايطغي هدف أرساء دعائم المشروعية الدستورية على ضرورة ضمان الاستقرار القانوني للمراكز القانونية واحترام الحقوق المكتسبة للافراد وهو ما يعرف بمبدأ الامن القانوني [86].

من هذا العرض يتبين لنا بان القضاء الدستوري يجب ان يتفق اتجاهاته مع مقتضيات الحفاظ على الامن القانوني، والذي تعد الحقوق المكتسبة من عناصرها الاساسية، فعلى الرغم بان هذا القضاء من خلال الرقابة على دستورية القوانين وموضوعية النزاع الدستوري يهدف اساسا الى الدفاع عن الدستور، لكنه لايجوز تصوير هذا القضاء وكأنه منفصل عن العالم. وذلك لآن الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري تواجهها مشكلة خطيرة هي كيفية المحافظة على الامن القانوني، وانه من اجل التغلب على هذه المشكلة من الضروري تحديد الآثار التي يجب ان تبقى من القانون المقضي بعدم دستوريته وتلك التي يجب الغائها، واضعا في اعتباره ظروف كل حالة على حدة، ومقتضيات اليقين القانوني[87]. وهذا ما لاحظناه في تطبيقات ومواقف القضاء الدستوري المقارن في هذا المطلب ، لدى كل من القضاء الدستوري في امريكا، مصر، والعراق، علاوة على اتجاهات بعض المحاكم الدستورية في اوروبا كالمحكمة الدستورية النمساوية، الالمانية، والايطالية. لذلك نجد ان القضاء الدستوري تبذل جهودا رامية الى تحقيق التوازن بين سريان اثر الحكم بعدم دستورية القانون مع الحقوق المكتسبة للافراد تحقيقا للمصلحة العامة والامن القانوني في المجتمع، وذلك لتجسيد اليقين القانوني والثبات النسبي للعلاقات القانونية و استقرار المراكز القانونية المختلفة، مما يساعد على ايجاد الطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية وبالتالي حماية الحقوق المكتسبة للأشخاص القانونية العامة والخاصة. ولا شك ان اعمال هذه الضوابط والتبريرات ضرورية في بعض الاحوال للحد من فكرة الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، وليس الهدف من وراء ذلك تعطيل آثار الحكم كلية بحجة احترام احقوق المكتسبة، اذ يجب في نفس الوقت احترام مبدأ الشرعية الدستورية وموازنتها مع مبدأ الامن القانوني، وذلك لغرض الوصول الى هدف اسمى وهو تحقيق الموازنة بين الحقوق والحريات فيما بينها من جهة وبينها وبين المصلحة العامة من جهة اخرى.

المبحث الثالث: العلاقة بين احكام القضاء الدستوري والحقوق المكتسبة

ان مشكلة التردد في تقرير الأثر الرجعي للاحكام الصادرة في دستورية القوانين، تثار عادة بالنسبة للاحكام التي تصدر بعدم الدستورية، مثل الأحكام الصادرة كاشفة عن العوار الذي اعترى التشريع منذ صدوره، أما الاحكام الاخرى التي تصدر بشأن الدستورية، مثل الأحكام الصادرة بعدم القبول أو الرفض الدعوى، فانها لاتمس القانون المطعون فيه بعدم الدستورية و لاتؤثر على تطبيقه، ومن ثم لاتثار أية تساؤلات حول مدى تنفيذها زمنياً. عليه نركز في هذا المطلب عن بيان اثر الحكم بعدم الدستورية الصادرة عن القضاء الدستوري ومن ثم مدى تاثير تلك الاحكام على الحقوق المكتسبة، وذلك من خلال عرضنا للاحكام القضائية المتضمنة هذا الجانب، وكذلك من خلال المحاولات الفقهية والقضائية لايجاد التوازن بين تاثير كل من الاثر الرجعي والمباشر للاحكام الدستورية على الحقوق المكتسبة وبالتالي على تحقيق مبدأ الامن القانوني في المجتمع، وكل ذلك من خلال مطلبين مستقلين وكالاتي:

المطلب الاول: موقف الفقه والقانون من اثر الحكم بعدم الدستوريةعلى الحقوق المكتسبة

المطلب الثاني:موقف القضاء الدستوري من اثر الحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

المطلب الأول: موقف الفقه والقانون من اثر الحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

يختلف موقف الفقه الدستوري ازاء سريان الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي، فيما اذا كان يكون لهذا الحكم اثرا رجعيا ام فوريا بصورة مطلقة اومدى امكانية تقييد اي من الاثرين في حالة الاخذ بها، وهذا بدوره قد شكل موضوعا شائكا حتى عند التصدي لها بالتنظيم في القوانين المتعلقةبالقضاء الدستوري في معظم الدول التي اخذت بهذا القضاء كوسيلة لضمان علوية الدستور، عليه سوف نتناول موقف الفقه الدستوري وكذلك القوانين المنظمة للقضاء الدستوري في النظم المقارنة ، وذلك من خلال فرعين مستقلين وكالاتي:

الفرع الاول: موقف الفقه الدستوري من آثرالحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

الفرع الثاني: التنظيم القانوني لأثرالحكم بعدم الدستوريةعلى الحقوق المكتسيبة

الفرع الأول: موقف الفقه الدستوري من أثرالحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

ذهب الفقه الدستوري في تحديد الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية نحو اتجاهين، اتجاه يقر بالأثرالكاشف والاخر يقر بالاثر المنشيء للحكم، فيذهب الاتجاه الأول الى ان الحكم بعدم الدستورية له أثر كاشف بإلغاء النص التشريعي المطعون عليه، اذ ان القاعدة العامة بالنسبة للأحكام القضائية بصفة عامة انها كاشفة وليست منشئة، فهي لا تنشئ الحق وانما تكشف عن وجوده ، وعلى ذلك ، فإن المحكمة حين تقضي بعدم دستورية تشريع معين مع ما يترتب على ذلك من إلغاءه وبطلانه، فإنها لا تنشئ هذا البطلان، وإنما تقرر شيئاً قائماً بالفعل بحكم الدستورالقائم، فالتشريع الباطل

لمخالفته للدستور، باطل منذ وجوده لأنه ولد مخالفا للدستور، والنص التشريعي لا ينشأ صحيحا إلا باتفاقه مع الدستور[88]. ومن هنا، فإن المنطق القانوني المجرد يحتم أن يكون للحكم الذي يصدر مقرراً عدم الدستورية أثر رجعي يمتد إلى تأريخ صدور النص التشريعي غير الدستوري، وليس تاريخ صدور الحكم بعدم دستوريته، الامر الذي يعني عدم جواز تطبيق هذا النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما ايضاً بالنسبة للعلاقات والأوضاع السابقة على صدوره ، بما مفاده بطلان هذه العلاقات والأوضاع التي تمت في الماضي استناداً إلى هذا النص المقضي بعدم دستوريته[89].

ويعتمد الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على أساس أن عيب مخالفة القاعدة القانونية للشرعية الدستورية يولد مع القاعدة ذاتها. كما انه بدون تقرير هذا الأثر تنتفي الفائدة العملية من الحكم بعدم الدستورية، اذ لاتستطيع المحكمة التي اوقفت الدعوى الدستورية ان تطبق الحكم الصادر فيها بعدم الدستورية على النزاع المطروح امامها،ويؤكد ذلك أيضا الطبيعة القانونية للاحكام باعتبارها كاشفة للحقوق وليست منشئة لها، إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكز قانونية لم تكن موجودة من قبل، بل انها تكشف عن حكم الدستور وهو مقرر سلفاً منذ تم العمل به[90]. ومن الدول التي اعتنقت قاعدة الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية كل من الولايات المتحدة الأمريكية، ايطاليا ، المانيا ، البرتغال والكويت [91].

ويستند مبدأ الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على مبدأ المساواة أمام القانون، فلايجوز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل هذا الحكم واخرى تكونت بعده، كما ان هذا الأثر الرجعي يضمن فعالية الرقابة على دستورية القوانين وتأكيد لسيادة القانون، وبالتالي تعلو الحقوق والحريات، ولاتنتقص قيمتها مهما تعرضت للانتكاس في فترة مؤقتة، لان الأثر الكاشف بعدم الدستورية ضمان هام لازالة كل ما أصابها من انتكاس في الماضي، هذا هو منطق دولة القانون التي لاتترك الحقوق والحريات التي يحميها الدستورعرضة للمساس بها، وانما تكفل حمايتها من خلال هيئة تعتبر جزءاً من نظام الدولة، وهي المحكمة الدستورية، ومع ذلك فانه اذا كان الأثر الكاشف في حد ذاته يعكس قيمة دستورية معينة إلا ان إقرار هذه القيمة لايجوز أن يكون على حساب قيم دستورية اخرى، وفقاً لنظام حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة [92] .

اما الاتجاه الثاني يقرر بأن الحكم بعدم الدستورية له أثر منشئ بإلغاء النص التشريعي المطعون عليه. ومؤدى هذا الاتجاه ان الحكم بعدم الدستورية يعني إلغاء النص التشريعي المطعون عليه اعتباراً من تأريخ نشر الحكم بعدم دستوريته، و سريان هذا الحكم بأثر حال منذ صدوره وبالنسبة للمستقبل، ومن ثم، لا يكون لهذا الحكم أثر رجعي، وبالتالي فان القانون غير الدستوري يمحى من

الوجود اعتباراً من تأريخ صدور الحكم بعدم الدستورية و دخوله حيز النفاذ، أما المرحلة السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية فيكون فيها القانون غير الدستوري معترف به ومرتباً لآثاره [93]. ومن الدول التي أعتنقت قاعدة الأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية أسبانيا، اليونان ،تركيا، رومانيا، سلوفاكيا، والتشيك كما أخذت بهذا الاتجاه النمسا في دستور عام 1920 [94].

وهذا التصور لطبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية من حسناته أن يحافظ على فكرة الأمن القانونيأي يحقق قدرمن الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة مما يساعد على اشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة [95]. وبالتالي حماية حقوقهم المكتسبة، غير أن القول بأن الحكم له أثر منشئ يؤدي بنا الىالتمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل الحكم بعدم الدستورية واخرى تكونت بعده، فالمراكز الأولى لا يمسها الحكم بعدم الدستورية، بينما الثانية يمسها الحكم، الامر الذي ينافي مباديء العدالة .

هكذا نجد ان الفرق بين الأثر الرجعي والأثر الفوري للحكم، هو ان الأثر الرجعي يجعل القانون غير الدستوري كأن لم يكن منذ صدوره، ويزول من الوجود بالنسبة للماضي والمستقبل، وبالتالي يحافظ على مبدأ المشروعية وذلك باعدام القانون غير الدستوري منذ صدوره،أما الأثر الفوري المباشر فيجعل القانون المحكوم بعدم دستوريته كأن لم يكن منذ صدور الحكم بعدم الدستورية وبالنسبة للمستقبل، بمعنى انه يحافظ على اعتبارات مبدأ الأمن القانوني واحترام الحقوق المكتسبة. ونرى بانه في حالة الاخذ بالاثر الرجعي على اطلاقه، يكون لهذا الحكم الصادر بعدم دستورية النص التشريعي تاثير على الحقوق التي اكتسبها الافراد اثناء سريان هذا القانون المطعون بدستوريته، لذلك نجد ان رأي الفقه الدستوري بشكل عام يتجه نحو حماية تلك الحقوق، وذلك من خلال اعمال التقييد لأثر الحكم في حالة الأخذ بالاثر الرجعي.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني لأثرالحكم بعدم الدستوريةعلى الحقوق المكتسبة

سوف نتناول في هذا الفرع التنظيم القانوني لأثرالحكم بعدم الدستوريةعلى الحقوق المكتسبة لدى القضاء الدستوري المقارن في هذه الدراسة، وهم كل من المحكمة الاتحادية العليا في امريكا و المحكمة الدستورية العليا في مصر و المحكمة الاتحادية العليا في العراق.

ان الدستور الامريكي لم ينظم الرقابة على دستورية القوانين ولم يتحدث عن تلك الرقابة في نص من نصوصه، لكن الفقرة الثانية من المادة السادسة من الدستور الامريكي تقول(هذا الدستور وقوانين الولايات الصادرة وفقا له وكل المعاهدات المعقودة او التي ستعقد في ظل سلطة الولايات المتحدة ستكون هي القانون الاساسي للبلاد، والقضاة في كل البلاد سيتقيدون بذلك بصرف النظر عن اي حكم مخالف في دستور الولاية او قوانينها)، ان هذا النص مع نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة

من الدستورالتي تتحدث عن الاختصاص القضائي، وان كانا لاينظمان وسيلة معينة لمراقبة دستورية القوانين، الا انهما بغير شك يفتحان الباب عن طريق التفسير امام المحاكم للنظر في مدى اتفاق القوانين الصادرة في ظل الدستور مع ذلك الدستور، وهذا هو مافعله القضاء الامريكي[96]. ان هذا الوضع جعل من الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية ان تسمى برقابة الامتناع، لان المحكمة اذا تبينت لها بان القانون المخالف للدستور تمتنع عن تطبيقه، وهو ما حرص هذا القضاء على تأكيده منذ بدأ ممارسته للرقابة. وحيث أن القضاء الأمريكي يأخذ بنظام السوابق القضائية، فإن الحكم الذي يصدرمن المحكمة الاتحادية العليا- باعتبارها اعلى جهاز قضائي وصاحب القول الفصل في دستورية القوانين- بعدم دستورية قانون معين والامتناع عن تطبيقه يكون ملزماً عملاً وقانوناً للمحاكم الأخرى الادنى منها، الأمر الذي من شأنه ان يجعل الامتناع عن تطبيق القانون من الناحية العملية وكأنه بمثابة إلغاء له[97].

هكذا اذن لايوجد تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية بصورة دقيقة، ومن ثم تقوم بالرقابة على دستورية القوانين جميع المحاكم في الولايات،بالاضافة للمحكمة الاتحادية العليا، وامام غياب النص القانوني الذي يحدد الجهة المسئولة عن رقابة الدستورية ويحدد آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية، فان الاثر لم يكن واضحا،وكان في اغلب الاحوال يقتصر على عدم تطبيق القانون المخالف للدستورمع بقائه موجودا، لدرجة انه يمكن ان تعاد له الحياة من جديد،اذا غيرت المحكمة الاتحادية العليا من حكمها.

اما في مصر فنجد ان المادة (178) من دستور سنة 1971 قد خول المشرع العادي بتنظيم مايترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار، وهذا الموقف قد تم تاكيده ايضا في المادة (195) من دستورسنة 2014 التي نصت بان(.... و ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار) وبهذا فإن الدستور المصري قد احال امرتنظيم اثرالحكم للقانون،وعلى اثر ذلك جاء قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 ليحدد هذا الأثر في المادة (49) منه، والتي نصت في الفقرة الثالثة منها على ان (يترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم)، وهذا يعني ان مقتضى الحكم الذي يصدر بعدم دستورية نص تشريعي يلغي قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة [98]. دون ان يؤدي الحكم الى الغاء هذا النص وانما يوقف نفاذه او يفقده قوته الإلزامية.

أما فيما يتعلق باثرالزمني للحكم بعدم الدستورية ، فالمادة (49) المذكورة قبل تعديلها نصت بان (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر

الحكم. فاذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الاحكام التي صدرت بالإدانة استناداً الى ذلك النص كأن لم تكن)، وظاهر هذا النص انه فيما عدا النصوص الجنائية يترتب على الحكم بعدم الدستورية اثراً مباشراً، ويرجع السبب في اعطاء الحكم هذا الاثر هو رغبة المشرع بضمان الاستقرارالتشريعي و ضمان الحقوق المكتسبة من جراء النص المطعون به. لكن اتجاه فقهي ذهبوا الى عكس ذلك، بالاستناد الى المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا التي اكدت على ان المقصود من نص المادة (49) هو تقرير الاثر الرجعي للحكم بعدم دستورية النص، على ان يستثنى من هذا الاثر الرجعي الحقوق و المراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره، فضلاً عن ان الرجوع الى القواعد العامة التي تقرر الاثر الكاشف للأحكام القضائية وطبيعة الرقابة القضائية المقررة في مصرهي رقابة الغاء، مما يؤيد كل ذلك ترتب الاثرالرجعي للحكم بعدم دستورية النص[99].

ولغرض انهاء هذا الجدل الفقهي حول الاثر الزمني للحكم بعدم دستورية نص تشريعي، وعلاجا للمشكلات الناجمة عن الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة في غير المسائل الجنائية في مجال التطبيق، وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية وحماية الحقوق المكتسبة في المجتمع، فقد تم تعديل الفقرة الثالثة من المادة(49) المذكورة بموجب القرارالرئاسي بقانون رقم 168 لسنة 1998، فاصبحت نصها كالآتي:(ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، على ان الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الاحوال الا اثر مباشر، و ذلك دون اخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص)، فبموجب هذا النص والمذكرة الايضاحية للقرار الرئاسي[100]، ان الرجعية لم تعد القاعدة المطلقة بالنسة لأثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، وذلك فيما عدا النصوص الجنائية، فالرجعية في هذه الحالة مطلقة ولايجوز للمحكمة ان تقيد منها،وتتمثل القيود التي ترد على رجعية الحكم الصادلا بعدم اتلدستورية في الاستثناء الخاص بالاحكام الصادرة بعدم دستورية نص ضريبي، حيث جعل القانون لهذه الاحكام أثرا مباشرا في جميع الاحوال، مع عدم الاخلال باستفادة المدعي من هذا الحكم، كما تتمثل هذه القيود على الاثر الرجعي لحكمها، في غير المسائل الضريبية، في الرخصة التي اعطاها المشرع للمحكمة الدستورية لتحديد تاريخ آخر لعدم جواز تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته، ولذلك فان التعديل الذي ورد على الفقرة الثالثة لايغيرمن القيود التي كانت ترد على الاثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية، اذ النص الجديد لم يلغ هذه القيود وانما اضاف اليها قيودا جديدة [101].

ورغم ماطرح من قبل الفقه حول مسألة عدم دستورية هذا التعديل من الناحيتين الشكلية والموضوعية[102]، الا انه حاول ان يحسم النزاع الثائر حول الاثر الناتج على الحكم بعدم الدستورية

بأن يرتب الاثر الفوري للحكم، الا انه اعطى للمحكمة حق النص على الاثر الرجعي في قرار الحكم بعدم الدستورية اذا رأت مقتضى لذلك. لكن هذا التعديل لم ينه الجدل حول اثر الحكم بالدعوى الدستورية بل على العكس فإنه أدى الى اختلاف اكبر بين من يرى ان الحكم بعدم الدستورية له اثر فوري و مباشر فقط، و اتجاه آخر يرى ان الاثر الفوري المباشر هو الاصل وان الاثر الرجعي لا يكون الا استثناءً وبناء على قرار المحكمة فضلاً عن وجود اتجاه ثالث يرى التفريق بين النصوص الضريبية و غير الضريبية على التفصيل الذي ورد في التعديل [103].

اما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد تم تشكيلها بموجب المادة(44) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 الملغي، والتي صدر امر تشكيلها بقانون رقم(30) لسنة 2005 استنادا اليها، الذي يعد نافذا لحد الان استنادا للمادة(130)من الدستور، التي تقرر بقاء التشريعات النافذة معمولا بها ما لم تلغ او تعدل وفقا لاحكام الدستور[104]. لكن دستور 2005 قرر تكوين المحكمة الاتحادية بشكل مختلف عن موقف قانون ادارة الدولة لسنة 2004. فبالنسبة لقانون إدارة الدولة قرر حكم الإلغاء على التشريع المخالف للدستور في المادة (44/ج) منه بنصها:(إذا قررت المحكمة الاتحادية العليا أن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات أو إجراء جرى الطعن به أنه غيرمتفق مع هذا القانون يعد ملغياً)، لكنه دون ان يشيرالى الأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية من المحكمة الاتحادية العليا، ونرى بان ذلك يشكل نقصا دستوريا في بناء هذه المؤسسة الدستورية المهمة سيما في الدول الفدرالية، فكان الاحسن للدستور ان ينظم كل ذلك بين احكامه دون احالة تنظيمه الى القانون العادي .

وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 الصادراستناداً الى المادة (44) المذكورة منقانون إدارة الدولة، جاء خاليا ايضا من تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية نص تشريعي. ويرى البعض انه في مثل هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بان حكم المحكمة بعدم الدستورية هو حكم كاشف للمخالفة الدستورية وليس منشئاً لها، وعليه لا بد ان يسري حكم الإلغاء بأثر رجعي، مع وجوب مراعاة الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة، وذلك من خلال استثنائها من هذا الأثر الرجعي على وفق ضوابط معينة وهي ان تكون تلك الحقوق والمراكز قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم عليها، على ان يتم النص على هذه الحدود والضوابط للأثر الرجعي بنص قانوني ولا يتركها لتقدير المحكمة[105]. وذلك بهدف تحقيق التوازن بين احترام الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع وبالتالي حماية الحقوق المكتسبة.

أما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد حدد الاثر المترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية في المادة(13/ثانيا) منه التي نصت على ان (لايجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلا كل نص قانوني آخر يتعارض معه)، وبذلك فان النص قد حدد بصراحة البطلان كأثر للتشريع المخالف للدستورعندما تقرر المحكمة الاتحادية ذلك، مما يعني ان التشريع المحكوم بعدم دستوريته يعد كأن لم يكن من تاريخ صدوره، أي ان القاعدة العامة تتمثل بسريان الحكم بعدم الدستورية باثر رجعي وليس فوري [106]، لكن المادة (94) من الدستور التي قررت بأن قرارات هذه المحكمة باتة وملزمة للسلطات كافة، لم ترتب حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة المخالفة للدستور، فكان موقف قانون إدارة الدولة اكثر وضوحا في تحديد اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، اذ فضلا عن اشارته في المادة(3/ب) منه بان اي نص قانوني يخالف هذا الدستور يعد باطلا، فانه أضاف الى ذلك في المادة(44/ج) منه بانه إذا قررت المحكمة الاتحادية العليا أن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات أو إجراء جرى الطعن به أنه غير متفق مع هذا القانون يعد ملغياً .هكذا نجد ان دستور سنة 2005 لم يحدد الأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية، هل يكون بأثر رجعي أم بأثر مباشر في المادة (94) منه، غير ان حكم الإلغاء للقوانين والأنظمة المخالفة للدستور، ثابت بحكم المادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 . ورغم ان المادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة رتبت حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة المخالفة للدستور الا انها لم تحدد النطاق الزمني لتنفيذ حكم المحكمة الاتحادية العليا، وهل يكون بأثر رجعي ام يكون بأثرمباشر. ونعتقد أن تطبيق القواعد العامة في مثل هذه الحالة يقضي أن يكون حكم الإلغاء كاشفاً وليس منشئاً، وعليه لا بد ان يسري بأثر رجعي يرتد الى تاريخ صدور القانون أوالنظام المحكوم بعدم دستوريته ، مع مراعاة المراكز القانونية المستقرة والحقوق المكتسبةعند صدور الحكم بعدم الدستورية.

يتبين لنا في نهاية هذا المطلب اختلاف موقف الفقه والتشريعات المنظمة للقضاءالدستوري ازاء مسألة اثر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، من حيث تاثيره على مصير النص المطعون فيه، ففي امريكا يترتب على هذا الحكم امتناع تطبيق النص المخالف للدستور، وفي مصر يؤدي الى الغاء قوة نفاذه، بينما في العراق يؤدي الى الغاءه. اما من ناحية سريان اثر الحكم ، ففي امريكا لم يتم تحديد ذلك بالقانون وترك لأجتهادات المحكمة الاتحادية العليا كما سنوضحه في المطلب القادم، أما في مصر فالأصل يؤخذ بالاثر المباشر واستثناءً بالاثر الرجعي فيما عدا الحكم المتعلق بالنصوص الضريبية التي يكون سريانه باثر مباشر، والنصوص الجنائية وفق الاثر الرجعي باستثناء احكام البراءة. اما في العراق فيكون للحكم بعدم الدستورية اثرا رجعيا مع امكانية تقييد

هذا الاثر وفق متطلبات او الحالات التي تستوجب المحافظة على المراكز القانونية والحقوق المكتسبة.

المطلب الثاني: أثر الحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة في القضاء الدستوري

اختلفت انظمة القضاء الدستوري في شأن أثر الحكم بعدم الدستورية على بنيان القاعدة القانونية سواء من حيث صحتها ابتداء من تاريخ مولدها، أو من حيث العمل بها انتهاء من تاريخ انهاء العمل بها، ومن ثم مدى تعلق او تاثير ذلك على الحقوق التي اكتسبت من قبل الافراد في ظل نفاذ القاعدة القانونية المطعون بدستوريته،عليه سوف نحاول في هذا المطلب ان نتناول موقف القضاء الدستوري المقارن من سريان احكامه من حيث الزمن وتاثير ذلك على الحقوق المكتسبة للاشخاص، وذلك من خلال فرعين مستقلين، في الاول نتناول موقف القضاء الدستوري المقارن نحو اثرالحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة، وفي الفرع الثاني نتطرق الى التبريرات والضوابط التي تحكم المواءمة بين الحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة، وذلك لحماية استقرار المراكز القانونية وتحقيقا لمبدأ الامن القانوني في المجتمع الذي يعد ركنا من اركان الدولة القانونية ، وكالاتي:

الفرع الاول: تطبيقات القضاء الدستوري في اثرالحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

الفرع الثاني: المبررات وضوابط المواءمة بين الحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة

الفرع الاول: تطبيقات القضاء الدستوري في اثرالحكم بعدم الدستورية على الحقوق المكتسبة

نتكلم في هذا الفرع عن موقف القضاء الدستوري المقارن ازاء اثرالمترتب على الحكم بعدم دستورية النص التشريعي ومدى تاثير ذلك على الحقوق المكتسبة من حيث حمايته او اهداره. وفي هذا الاطار نجد ان احكام المحكمة الاتحادية العليا الاميركية واجهت مشكلة تتعلق بالاطار الزمني لسريان الحكم فهل يسري باثر فوري ام يسري باثر رجعي، وقد ترددت المحكمة العليا بين الاتجاهين مع اعطاء الغلبة للاثرالرجعي كقاعدة عامة، وقد عبرت المحكمة العليا عن هذه القاعدة في حكم لها صادرعام 1886في قضية (نورتون ضدمقاطعة شلبى) فقالت :(ان التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانونا على الاطلاق فهو لاينشأ حقوقا،ولايرتب واجبات، ولا يمنح حماية، ولا ينشئ وظيفة، وهومن الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً وكأنه لم يصدر أصلاً)[107]. كما قررت في قضية اخرى بعدم دستورية قانون الحد الادنى للاجور في عام 1923،حيث اعتبرت القانون كأن لم يكن. وعلى الرغم من ذلك فأن المحكمة الاتحادية العليا من جانب أخر قيدت هذا الاثرالرجعي، وذلك بأعترافها بضرورة مراعاة الوجود المادي او الفعلي للقانون المحكوم بعدم دستوريته، خاصة اذا كانت عدم الدستورية

قد اثيرت بعد سنوات طويلة من دخوله حيز النفاذ، بحيث رتب الافراد امورهم و معاملاتهم على اساسه [108].

لذلك فان االمحكمة العليا عدلت في قضايا عديدة عن الاثر الرجعي الى الاثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية بحيث رتبت عليه اثراً مباشراً، ومثال على ذلك في عام 1937 اذ قررت المحكمة بانه ليس لاحكامها أي قوة لألغاء التشريع فرغم الحكم بعدم دستورية القانون يظل هذا القانون نافذا [109]. وقد اكدت المحكمة هذا الاتجاه في حكم لها صادرعام 1940 حين قررت: (إن الوجود المادي للقانون قبل أن يقضى بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها، فليس من الممكن في كثير من الأحوال أن يسدل حكم المحكمة على الماضي ستاراً من النسيان، ولذلك يجب أن يعاد النظر في أثر القضاء بعدم دستورية القانون على كثير من الأوضاع والعلاقات التي نشأت في ظله) [110].

يلاحظ على تلك الأحكام للمحكمة الاتحادية العليا الاميركية، بان المحكمة ترددت في اعمال بين الاثر الرجعي والمباشر للحكم الصادر لديها بعدم دستورية القانون، وان هذا التردد يعود الى موقف المحكمة باعتبارها اعلى هيئة قضائية في الولايات المتحدة نحو تحقيق التوازن بين سيادة الدستور من جهة والمصلحة العامة التي تتمثل بتحقيق الاستقرار القانوني باحترام التوقعات المشروعة وحماية الحقوق المكتسبة للافراد.

وفي مصراستقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على تقرير الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية استناداً لطبيعته الكاشفة ، مع استثناء المراكز والحقوق التي استقرت عند صدور هذا الحكم بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم من هذا الأثر الرجعي، على أن يسري الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً إلى نص جنائي غير دستوري ، بحيث تعتبر هذه الأحكام كأن لم تكن ، حتى ولو كانت أحكاماً باتة. من ذلك حكمها الصادر في 30 نوفمبر 1996 ، الذي جاء بحيثياته: (وحيث أن ما نصت عليه المادة 49 من قانون هذه المحكمة من أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها، لا يجوز تطبيقها اعتباراً من نشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية، لايعني أن لهذه الأحكام أثراً مباشراً لا تتعداه، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقة عليها ، ذلك أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة 49 المشار اليها، لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضي بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التي صاحبتها عند إقرارها أو إصدارها، لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها، فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها)[111]. الامر الذي يستتبع ان يكون للحكم بعدم الدستورية اثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة. وبذلك استقر الفقه و القضاء على

ان نص المادة (49) هوعدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب و انما بالنسبة الى الوقائع و العلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على ان يستثنى من هذا الاثر الرجعي الحقوق و المراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الامر المقضي او بانقضاء مدة التقادم [112].

وبالنسبة الى مفهوم الاحكام القضائية المكتسبة لحجية الشيء المقضي فيه التي تستثنى من الاثر الرجعي فقد وضحته المحكمة الدستورية العليا في حكمها المرقم 22 في 1996/12/12 بذكرها في اسباب الحكم بانه اذا كان النص المقضي ببطلانه غير جنائي فان الاثر الرجعي يظل جاريا وينسحب على الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثرا فيها حتى ما كان منها سابقا على نشره في الجريدة الرسمية ما لم تكن تلك الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر امرها بناء على حكما قضائيا باتا وصادرا قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحمولا على النصوص القانونية عينها التي قضي ببطلانها [113]. هكذا فان رجعية الحكم بعدم دستورية النص التشريعي في غير المسائل الجنائية تكون مقيدة وليست مطلقة أما رجعية الاحكام الصادرة بعدم الدستورية المتعلقة بالنصوص الجنائية فأن لها اثرا رجعيا كاملا بدون قيود وهذا ما اكدته المحكمة الدستورية العليا في نفس الحكم المذكور باشارتها الى (ان المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا جعل للاحكام الصادرة بابطال نصوص عقابية أثرا رجعيا كاملا بالنسبة لاحكام الادانة الصادرة استنادا اليها وتعتبر كافة الاحكام في هذا الشأن كأن لم تكن ولو كان الحكم باتا)[114]، وبذلك فان احكام الادانة وليس احكام البراءة هي التي ينطبق عليها الأثر الرجعي الكامل للحكم بعدم الدستورية .

اما بالنسبة لموقف المحكمة الدستورية العليا بصدد تحديد سياستها بين هذه الاتجاهات، فيما يتعلق بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (49)من قانون المحكمة الدستورية العليا المذكور آنفا، فانها لم توضح صراحة موقفها من مضمون هذا التعديل، وحقيقة تفسيرها له ومدى تمسكها بقاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية أو تحولها عنها إلى قاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم. ومع ذلك فانه يمكن الأستنتاج من أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة بعد هذا التعديل استمرار هذه المحكمة في تبني تفسيرها السابق للمادة (49) قبل تعديلها على انها تقرر الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة [115]. ففي حكمها الصادر في 8 يوليو 2000 والذي انتهت فيه إلى عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة 24 من القانون رقم 72 لسنة 1956 بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية فيما تضمنه من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء

الهيئات القضائية، نجدها تقرر صراحة في مضمون حكمها بان: (الأصل على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن إجراء انتخابات مجلس الشعب بناء على نص تشريعي قضي بعدم دستوريته، يؤدي إلى بطلان تكوينه منذ انتخابه)[116].ومن ذلك ايضاً حكمها الصادر في 5 فبراير 2000 حيث ذهبت إلى انه (وحيث أن إبطال النصين المطعون فيهما والذين حجبا عن الطالب حقوق الانتفاع بالخدمات الصحية والاجتماعية بما في ذلك المبلغ الشهري الإضافي يعني انعدام وجودهما منذ مولدهما، مما يستتبع أحقية الطالب في دعواه الموضوعية)[117].

وقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا المصرية حكماً، بتأريخ 2012/6/14، وحكمت فيه بعدم دستورية عدد من نصوص القانون رقم 120 لسنة 2011، والمرسوم بقانون الرقم 108 لسنة 2011 والمرسوم بقانون رقم 123 لسنة 2011، والتي تضمنت تعديلات على القانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب، وهي النصوص التي تشكل مجلس الشعب على أساسها، في كانون الثاني 2012 ، بأعتبار ان تلك النصوص المطعون بدستوريتها، فيها اخلت بمبدأ المساواة وتكافوء الفرص، وأقامت تمييزاً بين مرشحي الاحزاب السياسية الذين خصص لهم ثلثي المقاعد، والمرشحين المستقلين غير المنتمين إلى احزاب سياسية الذين خصص لهم ثلث المقاعد، من دون أساس موضوعي يبرر ذلك [118].

فنجد ان المحكمة الدستورية في هذا الحكم قررت بان عدم دستورية القانون المنظم للانتخابات التشريعية يترتب عليه أثر حتمي هو بطلان تشكيل مجلس الشعب الذي انتخب على أساس هذا القانون بطلاناً مطلقاً وبأثر رجعي، باعتبار ذلك نتيجة حتمية للحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم الصادر بعدم دستورية القانون المنظم للانتخابات والترشيح، ولكن المحكمة قررت في الوقت ذاته ان هذا البطلان لايمتد إلى القوانين والأعمال التي أصدرها مجلس الشعب، في الفترة الماضية، اخذاً بفكرة الظاهر ومراعاة لمبدأ الأمن القانوني واستقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة.أن الحكم الصادر بعدم الدستورية كاشفت عن حقيقة القانون المعروض على المحكمة، والنتيجة الحتمية لهذا التقرير هو القول بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، ويتضح من هذا الاتجاه أن مبدأ الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية لا يسري في جميع الأحوال، فإنه قد يصطدم باعتبارات الواقع، كما أنه قد يؤدي تطبيقه في بعض الأحيان إلى نتائج غير مقبولة أو غير عادلة مما يقتضي التغاضي عنه او تقييد الاثر الرجعي تفادياً لتلك النتائج، إذ إن تطبيق المبدأ بكل أبعاده يمكن أن يخلق أوضاعاً غير مرضية أو تؤثر تأثيراً سيئاً على الأوضاع القانونية المستقرة، الامر الذي يترتب عليه التاثير السلبي على الحقوق المكتسبة و المراكز القانونية.

اما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد اخذت بالاثر الرجعي دون تقييدها في بعض أحكامها، منها حكمها التي قضت فيها بعدم دستورية القرار رقم (67) المؤرخ (2001/7/31) الصادر

من رئيس النظام السابق وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه لقطعة الأرض موضوع الدعوىقبل إصدار القرار أعلاه، وهذا الحكم قد تضمن تطبيق لمبدأ أن الحكم كاشف عن بطلان القانون المطعون فيه ويعد باطلاً كل تصرف تم بموجبه [119]، وان حكم المحكمة بالغاء القرار رقم (67) باثر رجعي جاء لحماية الحقوق المكتسبة للمدعي التي تجاوزعليها بسبب القرار المذكور. وفي حكم آخر لها قضت المحكمة بعدم دستورية المادة (25) من قانون هيأة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010، التي تنص بان ((يحق للذين وقع عليهم غبن نتيجة تطبيق القانون رقم (2) لسنة 2006 بما يخص التعويض وقت إقامة الدعوى ولهم الحق بإقامة الدعوى بموجب القانون الجديد بأثر رجعي لرفع الحيف عنهم))، وحيث أن المبدأ الوارد في المادة (25) المذكورة يتعارض مع مبدأ المساواة المقررة في المادتين (14 و 19/سادسا) من الدستور، والتي بموجبهما يتكن المواطنين في حماية حقوقهم وذلك بالحصول على التعويض عن العقارات التي انتزعت منهم، لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستوريتها، وتعطيل حكمها هو بيان بمنزلة إعلان عن عدم وجودها منذ تاريخ صدورها، ونشر قانون دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010 في جريدة الوقائع العراقية بتاريخ 2010/3/9، والمراكز التي نشأت في فترة نفاذها تكون ملزمة بالمقدار الذي لا يتعارض مع الدستورإذا كانت تتعلق بترتيب حقوق ثابتة ومستقرة لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات))[120]. اذن هذا القرار يتضمن بحكمها حماية الحقوق المكتسبة للمواطنين وذلك بالغاء النص الدستوري الذي كان يقرر التمييز بينهم في الحصول على التعويض عن العقارات التي انتزعت منهم، كما في جانب آخر قررت عدم المساس بالمراكز القانونية التي نشأت في فترة نفاذ النص المحكوم بعدم الدستورية، حماية للحقوق التي اكتسبت من قبل بعض الافراد في تلك الفترة.

وفي قرارين آخرين ذهبت المحكمة الاتحادية العليا الى تقييد الاثر الرجعي المقرر لسريانهما، الذين اقتصرا حكمهما على المستقبل ولايسري على ما اتخذ من اجراء سابق لصدورهما، والذي قررت فيهما بعدم دستورية الفقرة (ج) من (البند/ ثالثا) من المادة (الاولى) من القانون رقم (26 لسنة 2009) قانون تعديل قانون الانتخابات رقم (16 لسنة 2005) لتعارضها مع المادة (14)و(20)من دستورجمهورية العراق لسنة2005، كون القانون قد اخل بمبدأ المساواة بين العراقيين المنصوص عليه في المادة(14) من الدستورلآن اقتصار حق التصويت للمكون الصابئي على محافظة بغداد يضر بالمرشح كما أنه يحرم أفراد بعض الطوائف من ممارسة حقهم في التمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشح المنصوص عليه في المادة (20) من الدستور، ومن ثم قررت المحكمة بعدم دستورية الفقرة(ج)من البند(ثالثا)من المادة(الاولى) من القانون رقم (26 لسنة 2009) قانون تعديل

قانون الانتخابات رقم (16 لسنة 2005) واشعار السلطة التشريعية بتشريع نص جديد يكون موافقا لاحكام المادتين (14)و(20)من الدستور، على ان لايمس ذلك الاجراءات المتخذة لانتخاب اعضاء مجلس النواب لعام 2010 [121]. وبنفس الاتجاه قررت في حكمها بعدم دستورية المادة (15/ثانيا) من قانون الانتخابات رقم 16 لسنة 2005 لتعارضها مع احكام المادة(49/اولا) من الدستورعلى ان لايمس الاجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية [122].

وفي قرار اخرتطرقت المحكمة الاتحادية العليا في مضمونها الى مفهوم الحقوق المكتسبة، عندما قررت بعدم دستورية المادة (35/ رابعاً/ ب) من قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 الخاصة بتقاعد القضاة واعضاء الادعاء العام المحالين على التقاعد قبل نفاذه، كون قانون التقاعد الموحد المذكور قد شرعت من مجلس النواب بشكل مغاير تماما عن مشروعها المرسل من مجلس الوزراء شكلا ومضمونا ودون الرجوع اليه خلافا لأحكام المواد (60/اولا) و(78) و(80/ثانيا) من الدستور. وقد كان من ضمن السندات المقدمة من قبل المديين في هذه الدعوى هو(الحق المكتسب) في الراتب التقاعدي الذي كانوا يتقاضونه قبل نفاذ القانون التقاعد الموحد المشار اليه وعدم جواز المساس به باعتباره(حق مكتسب)، رغم ان المحكمة لم تستند في قرارها عليه، لكنها تصدت لبيان مدلولها القانوني بأنه:((...فوجدت المحكمة الاتحادية العليا ان التعريف الفقهي للحق المكتسب كما ورد في احد شروح القانون بانه (وضع قانوني تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قانون أو قرار إداري)، وذهبت المحكمة الاتحادية العليا الى ان الراتب التقاعدي في حقيقته حق مكتسب للموظف عند توفر شروط منحه من الدولة ولايجوز حجبه عن الموظف إلا في الأحوال التي ينص القانون عليها، إلا ان نصابه من حيث الزيادة أو النقصان لايعتبرحقاً مكتسباً لان هذا النصاب محكوم بالوضع المالي للدولة وبالحالة الاجتماعية للمتقاعدين))[123].

يتبين لنا من الأحكام المذكورة للقضاء الدستوري المقارن، بان هذه المحاكم ، كانت تحاول دائما ان تكون الاثر المترتب على نفاذ قراراتها من حيث الزمان وسيلة هادفة الى تحقيق المصلحة العامة والامن القانوني من خلال المحافظة على الاوضاع والمراكزالقانونية المستقرة و الحقوق المكتسبة للافراد وتوقعاتهم المشروعة تجاه البناء القانوني السائد في الدولة. لذلك لاحظنا عدم ثبات قراراتهم على اتجاه معين من ناحية الآثر الزمني المترتب على سريان تلك القرارات، بل هناك تعديلا نسبيا في هذا المجال، بين الاخذ بالاثر الرجعي او بالاثر المباشر مع امكانية تقييد ذلك الاثر في الحالتين.

الفرع الثاني: المبررات وضوابط المواءمة بين الحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة

ان لاحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي واعتباره كأن لم يكن، وذلك بعد مرور فترة زمنية على صدور هذا النص، يمكن ان يمس الحقوق المكتسبة للاشخاص الذين طبق عليهم هذا النص خلال فترة سريانه حيث انهم رتبوا اوضاعهم طوال هذه الفترة وفقا لهذا النص، اذ قد تترتب للافراد حقوق ومراكز وآثار قانونية في ظل القواعد القانونية المعمول بها، ولايجوز عدلا ان يكون تعديل هذه القواعد أو الغائها بقواعد قانونية جديدة أو نتجة الحكم عليها بعدم الدستورية فرصة للمساس بهذه الحقوق والمراكز، اوالانتقاص من تلك الآثار التي ترتبت صحيحة في ظل القواعد القانونية القديمة.

لذلك نجد ان معظم الدساتير التي تأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، يقرر ايجاد نوع من الموازنة بين رجعية أثر الحكم وفكرة الأمن القانوني، والتي تعني المواءمة والمصالحة بين قابلية الحياة القانونية للتطور والتغيير من ناحية، وحق الأفراد في ضمان الثبات والاستقرارالنسبي لمراكزهم القانونية وما ينشأ لهم من حقوق في ظلها من ناحية اخرى،أي المصالحة بين مبدأين متزاحمين هما مبدأ المشروعية باعتباره تطبيقاً لسيادة القانون و مبدأ الأمن القانوني الذي تفرضه المصلحة العامة في أحيان عدة، أي انها مواءمة بين متطلبات المشروعية من جهة واعتبارات ضمان حقوق الأفراد و حماية مراكزهم القانونية من انهيارات مفاجئة لم يكن لهم يد في انشائها من جهة ثانية [124].

وكذلك عندما تقضي المحكمة الدستورية بعدم دستورية القانون، في الدول التي ترتب دساتيرها الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية ، يجب أن توازن بين قيم دستورية مختلفة. ومن هذه القيم المصلحة العامة المتمثلة في الاستقرار القانوني وقدرة الدولة على الاستمرار في اداء مهامها الدستورية وحماية الحقوق المكتسبة، فممارسة الحقوق والحريات لا بد أن تتقيد باعتبارات المصلحة العامة[125].
لأن الطبيعة الكاشفة للحكم الصادر بعدم الدستورية على الرغم من اهميته، قد تصطدم باعتبارات النظام العام و مايفرضه من ضرورة حماية الحقوق المكتسبة والامن القانوني في الدولة.
وقد ظهرت فكرة الامن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصرعند تنفيذها للاثر الرجعي لبعض النصوص التشريعية في غير المجال الجنائي، حيث قدرت المحكمة بأن تطبيقها باثر رجعي من شأنه المساس بالمراكز القانونية بشكل يتجاوز الحدود التي تسمح بها المباديء الدستورية هذا من ناحية،ومن ناحية اخرى اتضحت فكرة الامن القانوني في تطبيق المحكمة الدستورية لنظرية الاوضاع الظاهرة من اجل تقييد اثر الرجعي لبعض احكام صادرة عنها بعدم الدستورية نصوص

تشـــريعية حيث قدرت المحكمة أن ســـقوطها باثر رجعي ســـوف ينتج عنه مســـاس خطير بالمراكز القانونية التي اكتسبتها الافراد في ظل القانون المقضي بعدم دستوريته [126].

عليه فان اهتمام القضـــاء الدســـتوري بتطبيقات الحقوق المكتســـبة، منطلقا من جوانب حماية الحقوق والحريات الفردية، ورابطاً بشـــكل كبير بين هذه التطبيقات و مبدأ الأمن القانوني من جانب وبين المبـاديء والقواعـد الأســـاســـيـة في اعمـال عـدم الرجعيـة من جـانـب أخر، على اســـاس إن المنظورالزمني للأمن القانوني إنما يقوم معايير الاســـتقرار والثبات، التي تتناقض-على الأقل ظاهرياً- مع اعمال الرجعية بمقتضـى النصـوص التشـريعية، وإسـتناداً إلى ذلك، كرس القضـاء الدسـتوري الحماية الضرورية للحقوق المكتسبة والعلاقات التعاقدية، فضلاً عن تقييد الأثر الرجعي بشكل عام نتيجة الحكم بعدم دســـتورية نص تشـــريعي. وقد اختلفت انظمة القضـــاء الدســـتوري في شـــأن أثر الحكم بعدم الدســـتورية على بنيان القاعدة القانونية ســـواء من حيث صـــحتها ابتداء من تاريخ مولدها، أو من حيث العمل بها انتهاء من تاريخ انهاء العمل بها.

ويتحقق هذه المواءمة من خلال مجموعة الحدود والضوابط التي تحكم الأثر الكاشف للحكم الصادر بعدم الدستورية، ومنها، اولا عدم المساس بالمراكز القانونية المستقرة قبل الحكم، الذي يتمتع أصحابها بمراكز قانونية لا ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الامر المقضي، لأن الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن وفقاً للقواعد العامة أن تنتقص من حقوق مكتسبة طبقاً لقانون لم يحكم بعدم دستوريته [127]. وثانيا احترام شرعية الجرائم والعقوبات التي تمثل أحدى ملامح الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، فالحكم الصادر بالإدانة بالمخالفة لهذه الشرعية لا ينال أية حجية ولو حاز قوة الأمر المقضي، وذلك لتغلب اعتبارات الشرعية الدستورية على اعتبارات قوة الأمر المقضي، ويجد ذلك تبريره بأن الأحكام الجنائية تمس بطريق مباشر الحرية الشخصية للمواطن ، وهي أعز ما يحرص عليه، فإذا اتضح ان النص الذي طبق عليه كان غير دستوري، فالعدالة تقتضي أن تغلب جانب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية، وفي هذا إعمال كامل لمبدأ المشروعية، فاذا صدر حكم بعدم دستورية قانون، فالأحكام الجنائية الباتة التي صدرت استناداً إلى هذا النص الذي حكم بعدم دستوريته،تعد كأن لم تكن[128]. وثالثاً واخيرا وهو مراعاة الأمن القانوني الذي يعد من أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها لبناء دولة القانون، وذلك بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة، لاشاعة الطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة، دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار[129].

وكذلك يلاحظ ان دساتير الدول التي أخذت بالأثر الفوري (المنشيء) للحكم بعدم الدستورية، تلجأ إلى الحد من السلبيات الناتجة عن تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري ، من خلال بعض الحلول المنطقية، منها، سريان الحكم بعدم الدستورية في الحالة المعروضة على محكمة الموضوع والتي اثير بشأنها الدفع بعدم الدستورية الذي احيل إلى المحكمة الدستورية، و وفقا للاحكام الحديثة للمحكمة الدستورية الالمانية، انه يسري اثر البطلان على كل الحالات الاخرى التي كانت منظورة امام المحكمة قبل قفل باب المرافعة في حالة التي صدر فيها الحكم، او كما يجوز للمحكمة الدستورية ان تحدد تأريخاً آخر لنفاذ حكمها غير الأثر المباشر، بان تشمل حكمها وفي حدود سلطتها التقديرية –بالأثر الرجعي- وفي هذه الحالة، فان النص المحكوم بعدم دستوريته لاينتج أثره و تزول قوته القانونية منذ مولده [130].

عليه نجد ان النظم الرقابة الدستورية اختلفت من حيث الاثر الرجعي لأحكامها وارتداده الى علاقات قانونية استقرت وفقا للنصوص قبل الحكم بعدم دستوريتها،لهذا اتجهت بعض القوانين الى الاكتفاء بالاثر المباشر لهذه الاحكام،مثل قانون المحكمة الدستورية النمساوية، بينما اتجهت بعض القوانين الاخرى الى تغليب جانب السلامة الدستورية في النصوص على جانب الامن القانوني، مثاله قانون المحكمة الدستورية في المانيا وايطاليا ومصر) فقررت الاثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية. الا ان ذلك لم يحل دون واجب التوفيق بين القيمة الدستورية التي خالفها التشريع المحكوم بعدم دستوريته والقيمة الدستورية للامن القانوني، فاتجهت المحكمة الدستورية في المانيا واسبانيا في بعض الاحوال الى الاكتفاء بالاثر المباشر للحكم باعلان عدم الدستورية دون ابطال النصوص التشريعية باثر رجعي. وقد اوضحت المذكرة الايضاحية [131]. وان المحكمة الدستورية الايطالية لايقتصر دورها على مجرد القضاء بعدم دستورية القانون الذي تتعارض احكامه مع الدستور، وانما تهتم بحماية الامن القانوني، ولهذا فانه من المقرر ان اعلان عدم الدستورية لدى المحكمة لايمس العلاقات المنتهية، او المراكز القانونية المكتملة، الامر الذي يسمح بتجنب المساس باحكام حازت قوة الامر المقضي او مراكز قانونية مستقرة بصفة نهائية [132].

وان مقتضى النص الحالي للفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر، منع الاثر الرجعي في كل الاحكام المتعلقة بعدم دستورية النصوص الضريبية، و فيما يتعلق بالاحكام الجنائية ملزمة باعتماد قاعدة حظر الاثرالرجعي بصورة مطلقة دون قيد كما، منح المحكمة الدستورية سلطة تقرير الاثر المباشر فيما تراه مناسبا بحسب الظروف المحيطة بها، علاوة على ان الاثر الرجعي هو الآخر مقيد بعدم المساس بالمراكز القانونية التي استقرت باحكام حازت قوة

المقضـي به او نتيجة التقادم [133].ولايقتصـر مصـدر المراكز القانونية بناء على قانون لم يحكم بعدم دسـتوريته على هذين المثالين، فالموظف الفعلي الذي يمارس عمله بناء على قرار اداري صـحيح من حيث الظاهر يكتسـب مركزا قانونيا لايجوز الانتقاص من مركزه أو المسـاس بالقرارات التي أصـدرها بناء على الحكم بعدم دستورية القانون الذي بني عليه قرار تعيينه [134].

وان الاساس القانوني لهذه الاستثناءات هو الحرص على مبدأ الامن القانوني الذي رجحه المشرع في هذا الصدد على مبدأ ضرورة أرساء دعائم المشروعية الدستورية، لأن الاحكام الصادرة عن المحكمة الدسـتورية بعدم دسـتورية نص تشـريعي تم تطبيقه خلال فترة معينة ورتب الافراد اوضـاعهم بناء عليه، ينبغي ان تكون له ضـوابط وحدود بحيث لايطغي هدف أرسـاء دعائم المشـروعية الدسـتورية على ضـرورة ضـمان الاسـتقرار القانوني للمراكز القانونية واحترام الحقوق المكتسـبة للافراد وهو ما يعرف بمبدأ الامن القانوني [135].

من هذا العرض يتبين لنا بان القضـاء الدسـتوري يجب ان يتفق اتجاهاته مع مقتضـيات الحفاظ على الامن القانوني، والذي تعد الحقوق المكتسـبة من عناصـرها الاسـاسـية، فعلى الرغم بان هذا القضـاء من خلال الرقابة على دسـتورية القوانين وموضـوعية النزاع الدسـتوري يهدف اسـاسـا الى الدفاع عن الدسـتور، لكنه لايجوز تصـوير هذا القضـاء وكأنه منفصـل عن العالم. وذلك لآن الرقابة التي يمارسـها القاضـي الدسـتوري تواجهها مشـكلة خطيرة هي كيفية المحافظة على الامن القانوني، وانه من اجل التغلب على هذه المشـكلة من الضـروري تحديد الآثار التي يجب ان تبقى من القانون المقضـي بعدم دسـتوريته وتلك التي يجب الغائها، واضـعا في اعتباره ظروف كل حالة على حدة، ومقتضيات اليقين القانوني[136]. وهذا ما لاحظناه في تطبيقات ومواقف القضاء الدستوري المقارن في هذا المطلب ، لدى كل من القضـاء الدسـتوري في امريكا، مصـر، والعراق، علاوة على اتجاهات بعض المحاكم الدسـتورية في اوروبا كالمحكمة الدسـتورية النمسـاوية، الالمانية، والايطالية. لذلك نجد ان القضـاء الدسـتوري تبذل جهودا رامية الى تحقيق التوازن بين سـريان اثر الحكم بعدم دسـتورية القانون مع الحقوق المكتسـبة للافراد تحقيقا للمصـلحة العامة والامن القانوني في المجتمع، وذلك لتجسـيد اليقين القانوني والثبات النسـبي للعلاقات القانونية و اسـتقرار المراكز القانونية المختلفة، مما يسـاعد على ايجاد الطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية وبالتالي حماية الحقوق المكتسـبة للأشـخاص القانونية العامة والخاصـة. ولا شـك ان اعمال هذه الضـوابط والتبريرات ضـرورية في بعض الاحوال للحد من فكرة الاثر الرجعي للحكم بعدم الدسـتورية، وليس الهدف من وراء ذلك تعطيل آثار الحكم كلية بحجة احترام احقوق المكتسـبة، اذ يجب في نفس الوقت احترام مبدأ

الشـرعية الدسـتورية وموازنتها مع مبدأ الامن القانوني، وذلك لغرض الوصـول الى هدف اسـمى وهو تحقيق الموازنة بين الحقوق والحريات فيما بينها من جهة وبينها وبين المصلحة العامة من جهة اخرى.

الخاتمة:

أولاً: الاستنتاجات:

1- ان الحق المكتسب هو الحق الذي ينبغي احترامه ومن المساس به عند الغاء او تعديل قانون او قرار اداري معين، وذلك استنادا الى مباديء العدالة و استقرار المراكز القانونية والقوانين.

2- الاصل هو عدم جواز رجعيةالقانون على الماضي،كونه فيه المساس بالحقوق التي اكتسبت في ظلال قانون القديم،ويرد على هذا الاصل بعض الاستثناءات التي تقيدها الدساتير للمحافظةعلى العلاقات القانونيةوالحقوق المكتسبة القائمة.

3- ان فكرة الحقوق تنشأ عن المراكز القانونية الموضوعية والفردية، المتولدة عن القرارات التنظيمية والفردية . ويعتد بالمراكز القانونية الفردية دون الموضوعية التي ترتب حقوقا مكتسبة ،تلك التي قد يدخل في ذمة الشخص نهائيا،بحيث لا يمكن نزعه منه الا برضاه،كونها تتمتع بالحمايةالتي يسبغها عليها القانون، فلايمكنالمساسبهابايشكل نتيجةالغاءاوتعدي لأي قانونا وقرار اداري.

4- توجدعلاقةاساسيةبين الحق المكتسبومبدأعدمرجعيةالقوانين بلانها تعد اثرالهذا المبدأ،لذلك قد تكون الحق المكتسب عرضةللمساس بسبب سريان القانون من حيث الزمان،ان لميتم الالتزام بمبدأ عدمرجعيةالقوانين والاستثناءات الواردة عليها للمصلحةالعامة،وقديبرز هذهالحالةفي مجال القضاءالدستوري عند الحكم بعدم دستوريةالقانون،ومن ثم مدى تاثيرتحديدتاريخ الغاءهذا القانون على الحقوق المكتسبةللاشخاص.

5- قد يترتب على الحكم بعدم دستورية القانون الأثر الرجعي أو الأثر الفوري،والأثر الرجعي يجعلال قانون غير الدستوري كأنلميكن منذصدوره،بالتالي يحافظ على مبدأالمشروعية الدستورية.أما الأثر الفوري فيجعل القانون كأن لميكن منذصدور الحكم بعدم الدستوريةوبالنسبةللمستقبل فقط،بمعنى انهيحافظعلىاعتبارات مبدأالأمن القانوني وبالتالي احترام الحقوقالمكتسبة. وللتوازن بين مبدأ المشروعية الدستورية والامن القانوني

يتجه الفقهوالقضاء الدستورينحو الاخذ الأخذبالاثرالرجعي مع التقييد لحمايةالحقوق المكتسبة.

6- يختلف موقف الفقه والتشريعات المنظمة للقضاءالدستوري نحواثرالحكم بعدم دستوريةنص تشريعي،من ناحيةتاثيره على مصير هذا النص،ففي امريكا يترتب عليه امتناع عن تطبيق النص بالاعتماد على القواعد العامة المتبعة في ذلك لدى القضاء الامريكي.وفي مصريؤديالىالغاءقوة نفاذه بالاستناد الى المادة(49) من قانون المحكمة الدستورية العليا دون تقرير ذلك في كل من دستور 1971 و2014. بينمافيالعراقيؤديالىالغاءه وفق المادة(44/ج) من قانون ادراة الدولة لسنة 2004 والمادة(4) من قانون المحكمة الاتحادية، لكن دستور سنة 2005 لم يقرر ذلك صراحة في المادة(94) منه.

7- من ناحية اثرالزمني للحكم بعدمدستوريةنصتشريعي فان موقف القضاء الدستوري المقارن غير منضبط،ففي امريكا لميتم تحديد ذلك بالقانون وترك لأجتهادات المحكمة الاتحاديةالعليا التي الاخذ بالاثر الفوري والاثر الرجعي المطلق والمقيد،أما في مصر فالأصل يؤخذ بالاثر المباشر واستثناءً بالاثر الرجعي ،والنصوص الجنائيةوفق الاثرالرجعي باستثناء احكام البراءة، كما مقرر في المادة(49) من قانون المحكمة الدستورية ودون تقرير ذلك في كل من دستور 1971 و2014 . امافيالعراقفان قانون ادارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية ودستور سنة 2005 لم يحددا ذلك، وهذا يعد نقصا اساسيا يجب تلافيه عند تعديل الدستور او وضع قانون جديد للمحكمة، لكن في هذه الحالة نتبع القواعد العامة فيكون للحكم بعدم الدستورية اثرار جعيا مع امكانيةتقييدها.

8- انالقضاءالدستوري المقارنفي دفاعه عن المشروعية الدستورية يجب ان يتفق اتجاهاته مع مقتضيات الحفاظ على الامن القانوني،والذيتعدالحقوقالمكتسبةمن عناصرها الاساسية، لذلك كانتتسعى جاهدا ان تتحقق من خلال احكامها الصادرة بعدمالدستوريةالتوازن بين هذه المشروعية الدستورية والامن القانوني، لذلك كانت تتردد بين الاخذبالاثرالمباشر أوبالاثرالرجعيمعامكانيةتقييدذلكالاثربالاعتماد على بعض الضوابط والتبريرات الضروية لتحقيق المصلحةالعامةوحماية الحقوقالمكتسبةللافراد.لان مبدأ رجعية اثر الحكم ليس مجرد خيار تلجا اليه المحمكة الدستورية متى شاءت بل هو ضرورةتبررها اعتبارات عدة تجعل من الصعب الاعراض عنه الا لأعتبارات تفوقه بالاهمية كما هو الحال في تطبيقاتفكرة الأمن القانوني.

ثانياً: المقترحات:

نقترح عند اجراء التعديل على دستور جمهورية العراق لسنة 2005، او عند وضع قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا على ضوء نصوص هذ الدستور، ان يتم تقرير المسائل التالية فيهما بشكل واضح و دقيق :

1- بيان مصير النص المحكوم بعدم دستوريته، وذلك بتقريرحكم الالغاء على بشكل صريح .

2- تحديد الاثر الزمني لسريان هذا الالغاء للنص المكحوم بعدم دستوريته، بشكل يضمن من خلالها الحقوق المكتسبة للافراد، وذلك باقرار الاثر الرجعي مع اختصاص المحكمة بتقييد هذا الاثر لمقتضيات المصلحة العامة وضمان الحقوق المكتسبة، تحقيقا للتوازن بين مبدأ المشروعية الدستورية ومبدأ الامن القانوني، كما هو الحال القضاء الدستوري لدى كثير من الدول ومنها مصر.

3- ان يتضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا المزمع وضعه نصا يقرر فيه حق التعويض للمتضرر من قبل الدولة باعتبارها مسؤولة عن اعمال السلطات العامة، عندما يلحق بهم من اضراربعد الغاء القانون المخالف للدستور والآثار المترتبة على الحكم بعدم دستوريته، ضمانا للحقوق التي اكتسبها الافراد عند نفاذ هذا القانون المحكوم بعدم دستوريته.

4- ان يتضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا نصا يقرر نشر احكامها الصادرة بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية للحفاظ على استقرارالاوضاع القانونية و المعاملات و الاحكام القضائية، كما هو الحال لدى المحكمة الدستورية العليا في مصر، لأن تلك الاحكام لها حجية مطلقة و يسري اثرها على الكافة من السلطات العامة والافراد.

الهوامش:

[1] أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة ، دار الفكر ، القاهرة ، 1979.

[2] - المنجد في اللغة والإعلام ، دار المشرق ، بيروت ، 2000.

[3] -محمد محيي الدينومحمد عبد اللطيف السبكي، المختار من صحاح اللغة،مطبعة الاستقامة ، القاهرة ، دون سنة نشر.

[4] - سورة النور ، الآية :11 .

[5] - نقلا عن : د.سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1999،ص660.

[6] -د.سمير عبدالسيد تناغو، مصدر سابق، ص661.

[7] -د. عبدالرحمن البزاز،اصول القانون،ط2، مطبعة العاني، بغداد، 1958، ص 236.

[8] -د.مصطفىكامل ياسين، تنازع القوانين في الزمان،بحث منشور في مجلة الأحكام القضائية،العدد 5، 1953، ص184.

[9] - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة ، 1952، ص4.

-نقلا عن: -د.علاء ابراهيم محمود عبدالله، حماية الحقوق المكتسبة الناشئة عن القرار الاداري، الدار الجامعية للنشر، الاسكندرية،2018 ،ص 21.[10]

- د. زياد خالد المفرجي، الحق المكتسب في القانون الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق-كلية الحقوق-الجامعة المستنصرية، [11] العدد 16-17، السنة 6 المجلد 4 - 2011 ،ص249.

- د.علي مجيد العكيلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي ، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019، [12] ص 45 .

[13]- د. مصطفى محمد مصطفى الباز، الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في مواد تنازع الاختصاص التشريعي الوطني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون تصدرها كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، عدد خاص ملحق بالعدد 31، الجزء الاول، القاهرة- مصر، 2006، ص551-552.

[14] - د.علاء عبد المتعال، مدى جواز الرجعية وحدودها في القرارات الإداريّة، مطبعة كلية العلوم ، جامعة بني سويف ، 2004، ص17.

[15] - ينظر: المادة (19/تاسعا) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، التي نصت على ان: (ليس للقوانين اثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك، ولايشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم).

[16] - ينظر: المادة (10) للقانون المدني العراقي والتي نصت على:(لايعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب). وبنفس المعنى ينظر: المادة(44) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي لسنة 1988المعدل، والتي نصت على: (لاتسري احكام هذا القانون على الحقوق التي اكتسبها اصحابها قبل صدوره ويحتفظون جميعا بمراتبهم العلمية ومناصبهم الادارية ومرتباتهم وبجميع حقوقهم في الترقية والترفيع اثناء خدمتهم وذلك وفقا للقواعد القانونية والادارية التي كانت سارية قبل نفاذ القانون)، وينظر: المادة(30/اول/أ) من قانون التقاعد الموحد المعدل رقم (69) لسنة 2007 والتي نصت على: (تعدل رواتب المتقاعدين قب نفاذ القانون..... دون المساس بحقوقهم المكتسبة).

[17] - اوراك حورية ، مدى مساهمة القضاء الإداري في تحقيق الامن القانوني ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد 11، الجزائر 2017، ص 255.

[18] - د. عبد القادر خليل ، نظرية سحب القرارات الإداريّة ، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، 1964، ص314.

[19]-نعيم عليوي خلف، مبدأ عدم الرجعية في القرارات الادارية،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2016.، ص88.

[20]-د.سليمان محمد الطماوي،مباديء القانون الاداري،ط5، دار الفكر العربي،1963، ص807.

[21] - د. مصطفى ابو زيد فهمي،الوسيط في القانون الاداري،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،دون سنة النشر، ص810.

[22] - د. د.سمير عبدالسيد تناغو، مصدر سابق، ص671و672.

[23] - د.سليمان محمد الطماوي،مباديء مصدر سابق، ص808.

[24]- د. عبدالرحمن البزاز، مصدر سابق، ص232.

[25] - المادة (19/ تاسعا)دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

[26] - المادة (19/ عاشرا)دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

[27]- تنص المادة(10) من قانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 المعدل بان: (لايعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب).

[28]- تنص المادة(2) من قانون العقوبات العراقي المرقم(111) لسنة 1969 المعدل بان:(يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة الى الوقت الذي تمت فيه افعال تنفيذها دون النظر الى وقت تحقيق نتيجتها.)

[29] - د.عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي ، مجلة الحقوق المغربية، العدد السابع ، 2009، ص7.

[30] - ينظر: بصدد تبريرات هذا المبدأ في: د. منذر الشاوي، فلسفة القانون،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن-عمان،2009، ص243-245. و د.سمير عبدالسيد تناغو، مصدر سابق، 655-657. ود.عبدالرحمن البزاز، مصدر سابق، ص232.

[31] - د. منذر الشاوي، دولة القانون ، مكتبة الذاكرة ، بغداد، 2013، ص51.

[32] - د.أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق ، القاهرة ، 2002 ، ص108.

[33] - د. رفعت عيد سيد ، مبدأ الأمن القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص61.

[34] - ينظربصدد هذه الاستثناءات في: د. منذر الشاوي، فلسفة القانون،مصدر سابق، ص246-248. و د.سمير عبدالسيد تناغو، مصدر سابق، 677-687 ود.عبدالرحمن البزاز، مصدر سابق، ص238-239.

[35]- د. احمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي، دور القاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني.دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2017،، ص 253.

[36]- د.عبدالرزاق احمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور،منشور في كتاب (الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته-دراسة تطبيقية في مصر- الجزء الاول) للدكتور محمد ماهر ابو العينين، دار ابو المجد للطباعة، مصر، 2006،ص 234.

[37] -د.مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد، 2009، ص 186.

[38]- مهند نوح،الحقوق المكتسبة في القانون العام، بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي: تاريخ الزيارة 2020/3/25 http//arab-ency.com.syllawldetail

[39]- د. احمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي، مصدر سابق، ص897.

[40]- د.محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الاثر الرجعي والاثر المباشر،دار النهضة العربية،القاهرة،2002،ص 9.

[41]- د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات،ط1، دار الشروق، القاهرة،، ص 307.

[42]- د.صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية،القاهرة،2000،ص 94.

[43]- د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ،مصدر سابق، ص 308.

[44]- د. احمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي، دور القاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني. دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2017، ص933.

[45]- د. احمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مصدر سابق، ص 312.

[46] - د.مها بهجت يونس الصالحي، مصدر سابق، ص184.

[47]- د.يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، 2011، ص80 و81.

[48] - مها بهجت يونس ، مصدر سابق، ص 50.

[49]- د.محمد صلاح عبدالبديع السيد، المصدر السابق، ص 389.

[50] -د.عزيزة شريف، القضاء الدستوري المصري،دار النهضة العربية،القاهرة، 1990 ،ص112-114.

[51] - ينظر بصدد هذا القرار ومذكرته الايضاحية: د.اكرامي بسيوني عبدالحي خطاب، القضاء الدستوري-دراسة تحليلية نقدية مقارنة،ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 369-374.

[52]- د.هشام محمد البدري، الاثر الرجعي والامن القانوني،ط1،دارالنهضة العربية،القاهرة،2015،، ص188 و189.

[53]- ينظر بهذا الصدد:د.اكرامي بسيوني عبدالحي خطاب، مصدر سابق، ص 380-420.

[54] -د.محمود احمد ذكي،الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص 587-596. ود. صبري محمد السنوسي، مصدر سابق، ص134.

[55]- قررت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم 27/ت/2010 في 2010/4/14، بانها تعتبر محكمة دستورية مؤسسة بموجب القانون رقم (30) لسنة 2005 الذي تضمن اختصاصاتها وان المهام التي وردت في المادة(93) من الدستور من ضمن اختصاصاتها وتبقى قائمة كذلك لحين الغاء قانونها او تعديله استنادا لنص المادة(130) من الدستور.

- د.مها بهجت يونس الصالحي، مصدر سابق، ص221.[56]

[57]- د.عصام سعيد عبد احمد ، الرقابة على دستورية القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، 2013 ، ص509.

[58]- د.احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري،مكتبة النهضة العربية،القاهرة،1960، ص223.

- د.عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق ، ص 497.[59]

- د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 306.[60]

- د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص 224 .[61]

- نقلا عن: د.مها بهجت يونس الصالحي، المصدر السابق، ص 202 و203.[62]

- د.عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق،ص 499.[63]

-د.عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق،ص 502.[64]

[65]- د.عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق،ص 503.

[66] - د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، مصدر سابق ، ص454. نقلا .

[67] - القضية رقم 11 لسنة 13 قضائية "دستورية" ، جلسة 8 يوليو 2000. نقلا عن: د.مها بهجت يونس الصالحي، المصدر السابق، ص 211 .

[68] - القضية رقم 1 لسنة 19 قضائية "طلبات أعضاء " ، 5 فبراير 2000. نقلا عن: د.مها بهجت يونس الصالحي، المصدر السابق، ص 212 .

[69]- ينظر نص القرار على موقع المحكمة الدستورية العليا المصرية، على الموقع الالكتروني الاتي: sccourt.gov.eg
تاريخ الزيارة: 2020/3/26

[70]- قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم 60/اتحادية/2009 في 2010/7/12.

[71]-قرارالمحكمة الاتحادية العليا،رقم 114/ت/2013. في 2013/12/4.

[72]-قرارالمحكمة الاتحادية العليا،رقم 6/اتحادية/2010، وقرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم 7 /اتحادية /2010، الصادران في 2010/3/3.

[73]- قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم 15/ت/2006 في 2007/4/26.

[74]-قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (42 وموحدتها 48و49و51و52و54و55و56و71و75/اتحادية/ 2014) بتأريخ 2015/2/24.

- د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 318.[75]

-المصدر نفسه، ص 321.[76]

- د. يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للامن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية، مقال منشور في مجلة المحكمة [77] الدستورية، العدد الثالث، السنة الاولى، يوليو، 2002، ص52-53.

[78] - د.مها بهجت يونس الصالحي، مصدر سابق، ص 186.

[79] - د. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق ، ص 115.

[80] -د.يسري محمد العصار، مصدر سابق ص51.

[81] - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 313.

[82]- د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري، ط4،دار الشروق، القاهرة،2006،ص 86.

[83] - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 323.

[84] - د. عصام سعيد عبد أحمد، مصدر سابق، ص504 و 505.

[85]-د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص318.

[86] - هشام محمد البدري، مصدر سابق،ص189.

[87] - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 322.

[88]- د. احمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي، مصدر سابق، ص897.

[89]- د.محمد صلاح عبد البديع السيد، مصدر سابق،ص 9.

[90]- د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، مصدر سابق ، ص 307.

[91]- د.صبري محمد السنوسي محمد،مصدر سابق، ص 94.

[92]- د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، مصدر سابق، ص 308.

[93]- د. احمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي، مصدر سابق، ص933.

[94]- د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ،مصدر سابق، ص 312.

[95] - د.مها بهجت يونس الصالحي، مصدر سابق، ص184.

[96]- د.يحيى الجمل، مصدر سابق، ص80 و81.

[97] - مها بهجت يونس ، مصدر سابق، ص 50.

[98] - د.محمد صلاح عبدالبديع السيد، المصدر السابق، ص 389.

[99] -د.عزيزة شريف، مصدر سابق ،ص112-114.

[100] - ينظر بصدد هذا القرار ومذكرته الايضاحية: د.اكرامي بسيوني عبدالحي خطاب، مصدر سابق، ص 369-374.

[101]- د.هشام محمد البدري، مصدر سابق، ص188 و189.

[102]- ينظر بهذا الصدد:د.اكرامي بسيوني عبدالحي خطاب، مصدر سابق، ص 380-420.

[103] -د.محمود احمد ذكي،مصدر سابق،ص 587-596. ود. صبري محمد السنوسي، مصدر سابق، ص134.

[104]- قررت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم 27/ت/2010 في 2010/4/14، بانها تعتبر محكمة دستورية مؤسسة بموجب القانون رقم (30) لسنة 2005 الذي تضمن اختصاصاتها وان المهام التي وردت في المادة(93) من الدستور من ضمن اختصاصاتها وتبقى قائمة كذلك لحين الغاء قانونها او تعديله استنادا لنص المادة(130) من الدستور.

[105]- د.مها بهجت يونس الصالحي، مصدر سابق، ص221.

[106]-د.عصام سعيد عبداحمد، مصدر سابق، ص509.

[107] - د.احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص223.

[108] - د.عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق ، ص 497.

[109] - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 306.

[110] - د. احمد كمال ابو المجد ، المصدر السابق ، ص 224 .

[111]- نقلا عن: د.مها بهجت يونس الصالحي، المصدر السابق، ص 202 و203.

[112] - د.عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق،ص 499.

[113]-د.عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق،ص 502.

[114]-د.عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق،ص 503.

[115] - د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، مصدر سابق ، ص454.

[116]-القضية رقم 11 لسنة 13 قضائية "دستورية" ، جلسة 8 يوليو 2000. نقلا عن:د.مها بهجت يونس الصالحي، المصدر السابق، ص 211 .

[117]-القضية رقم 1 لسنة 19 قضائية "طلبات أعضاء " ، 5 فبراير 2000. نقلا عن:د.مها بهجت يونس الصالحي، المصدر السابق، ص 212 .

[118]-ينظر نص القرار على موقع المحكمة الدستورية العليا المصرية، على الموقع الالكتروني الاتي:sccourt.gov.eg
تاريخ الزيارة: 2020/3/26

[119]- قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم 60/اتحادية/2009 في 2010/7/12.

[120]-قرارالمحكمة الاتحادية العليا،رقم 114/ت/2013. في 2013/12/4.

[121]-قرارالمحكمة الاتحادية العليا،رقم 6/اتحادية/2010، وقرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم 7 /اتحادية /2010، الصادران في 2010/3/3.

[122]- قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم 15/ت/2006 في 2007/4/26.

[123]-قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (42 وموحدتها 48و49و51و52و54و55و56و71و75/اتحادية/ 2014) بتأريخ 2015/2/24.

[124] - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 318.

[125] -د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 321.

[126] - د. يسري محمد العصار، مصدر سابق، ص52-53.

[127] - د.مها بهجت يونس الصالحي، مصدر سابق، ص 186.

[128] - د. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق ، ص 115.

[129] -د.يسري العصار، مصدر سابق ص51.

[130] - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 313.

[131]- د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري،مصدر سابق،ص 86.

[132] - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 323.

[133] - د. عصام سعيد عبد أحمد، مصدر سابق، ص504 و 505.

[134]-د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص318.

[135] - هشام محمد البدري، مصدر سابق،ص189.

[136] - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مصدر سابق ، ص 322.

المصادر:

- **أولاً:القران الكريم:**
- **ثانياً: معاجم اللغة :**

1. المنجد في اللغة والإعلام ، دار المشرق ، بيروت ، 2000.
2. أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة ، دار الفكر ، القاهرة ، 1979.
3. محمد محيي الدين ومحمد عبد اللطيف السبكي، المختار من صحاح اللغة،مطبعة الاستقامة ، القاهرة ، دون سنة نشر.

- **ثالثاً: الكتب القانونية:**

1. د.أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق ، القاهرة ، 2002 .
2. د.أحمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات،ط1، دار الشروق، القاهرة،1999.
3. د. احمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي، دور القاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني. دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2017.

4. د.احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري،مكتبة النهضة العربية،القاهرة،1960.
5. د.اكرامي بسيوني عبدالحي خطاب، القضاء الدستوري-دراسة تحليلية نقدية مقارنة،ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.
6. د.هشام محمد البدري، الاثر الرجعي والامن القانوني،ط1،دارالنهضة العربية،القاهرة،2015.
7. د.يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر،دار النهضة العربية، 2011.
8. د.محمود احمد ذكي،الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته،دار النهضة العربية،القاهرة،2004.
9. د. مصطفى ابو زيد فهمي،الوسيط في القانون الاداري،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،دون سنة النشر.
10. د. منذر الشاوي، فلسفة القانون،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن-عمان،2009.
11. د. منذر الشاوي، دولة القانون ، مكتبة الذاكرة ، بغداد، 2013.
12. د.محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الاثر الرجعي والاثر المباشر،دار النهضة العربية،القاهرة،2002.
13. د.مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد، 2009.
14. نعيم عليوي خلف، مبدأ عدم الرجعية في القرارات الادارية،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2016.
15. د.سليمان محمد الطماوي،مباديء القانون الاداري،ط5، دار الفكر العربي،1963.
16. د.سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1999.
17. د.عصام سعيد عبد احمد ، الرقابة على دستورية القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، 2013.
18. د.علاء ابراهيم محمود عبدالله، حماية الحقوق المكتسبة الناشئة عن القرار الاداري، الدار الجامعية للنشر، الاسكندرية،2018 .
19. د. عبدالرحمن البزاز،اصول القانون،ط2، مطبعة العاني، بغداد، 1958.
20. د. عبد القادر خليل ، نظرية سحب القرارات الإداريّة ، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، 1964.
21. د.علاء عبد المتعال، مدى جواز الرجعية وحدودها في القرارات الإداريّة، مطبعة كلية العلوم ، جامعة بني سويف ، 2004.
22. د. علي مجيد العكيلي ، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي ، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية ، القاهرة ، 2019.
23. د.عزيزة شريف، القضاء الدستوري المصري،دار النهضة العربية،القاهرة، 1990.
24. د.صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية،القاهرة،2000.

❖ **رابعا: البحوث والرسائل العلمية:**

1. اوراك حورية ، مدى مساهمة القضاء الإداري في تحقيق الامن القانوني ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد 11، الجزائر 2017.
2. د. زياد خالد المفرجي، الحق المكتسب في القانون الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق-كلية الحقوق-الجامعة المستنصرية،، العدد 16-17، السنة 6 المجلد 4 – 2011.
3. د. يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للامن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية، مقال منشور في مجلة المحكمة الدستورية، العدد الثالث، السنة الاولى، يوليو، 2002.
4. د.عبدالرزاق احمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور،منشور في كتاب (الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته-دراسة تطبيقية في مصر- الجزء الاول) للدكتور محمد ماهر ابو العينين، دار ابو المجد للطباعة، مصر، 2006د. رفعت عيد سيد ، مبدأ الأمن القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر.
5. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة ، 1952.
6. د.عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي ، مجلة الحقوق المغربية، العدد السابع ، 2009.
7. د. مصطفى محمد مصطفى الباز، الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في مواد تنازع الاختصاص التشريعي الوطني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون تصدرها كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، عدد خاص ملحق بالعدد 31، الجزء الاول، القاهرة- مصر، 2006.
8. د.مصطفى كامل ياسين، تنازع القوانين في الزمان،بحث منشور في مجلة الأحكام القضائية،العدد 5، 1953.

❖ **خامساً: الدساتيروالقوانين:**

1. دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة 1789.
2. الدستور المصري لسنة 1971.
3. دستور المصري لسنة 2014.
4. قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004.
5. دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
6. قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979.
7. قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (30) لسنة 2005.

❖ **سادساً: المصادر الالكترونية:**

1. مهند نوح،الحقوق المكتسبة في القانون العام، بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي:

تاريخ الزيارة 2020/3/25

http//arab-ency.com.syllawldetail

المصارف الإسلامية في الجزائر بين الواقع والقانون

The Islamic banks in Algeria between reality and the law

د. سمية شاكري أستاذة محاضرة (*)
جامعة محمد لمين دباغين سطيف2، الجزائر
Soumayachakri@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2020/03/13 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/15

****

ملخص:

تأثرت الدولة الجزائرية بالنظام المصرفي الفرنسي بعد خروجها من الاحتلال ثم حذت حذو الدول الغربية متناسية خصوصية المجتمع الجزائري المسلم الذي يعتقد أنه يجب أن يوافق كل سلوكاته مع ما يوجبه دينه مما أدى إلى إحجام الجزائري عن وضع أمواله في غير البنوك الإسلامية وفي حالة وضعها فإنه لا يأخذ فائدتها، في حين تتجه الدول الغربية حاليا لتطبيق مبادئ الشريعة بهدف استقطاب رؤوس أموال المنظومة المصرفية .

يبحث المقال حول مدى إمكانية وجود مصارف إسلامية في الجزائر يمكن اللجوء إليها ويدرس مختلف التعديلات التي أدخلت على المنظومة المصرفية الجزائرية بهدف استقطاب رؤوس أموال المجتمع الجزائري.

الكلمات المفتاحية : المصارف الإسلامية- المنظومة المصرفية- القانون الجزائري- الصيرفة الإسلامية- الصيرفة التشاركية.

Abstract*:*

Algeria was affected by the French banking system after its independence and then it has followed the path of Western countries, taking for granted the privacy of the Algerian Muslim society. This latter policy states that all the country's behavior must conform to what is required by its religion. This led to Algerians' reluctance to put its money in other than Islamic banks without taking advantage. On the other hand, Western countries are currently applying the principles of Islamic law in order to increase the capital of the banking system.

* د.سامية شاكر: soumayachakri@gmail.com

The paper discusses the possibility of the presence of Islamic banks in Algeria that people can resort to and examines the various amendments introduced to the Algerian banking system, especially the privacy of the doctrine of Algerian society in order to attract capital in mind
key words*:* The Islamic banks- Algeria - the banking system - practice.

مقدّمة:

ازداد أخذ الدول الغربية بالمصارف الإسلامية خاصة بعد حدوث الأزمة المالية العالمية الحالية، حيث تقوم المصارف الإسلامية بعمليات مختلفة ومتنوعة تهدف كلها لتحقيق التنمية المستدامة من خلال تجميع الأموال وتوظيفها في نطاق الشريعة الإسلامية لتحقيق التنمية بكل أبعادها الاجتماعية والاقتصادية والبيئية والعمرانية مما يؤدي إلى إحداث توازن بين مختلف العوامل والاتجاهات.

ورغم أن أغلبية مجتمع الدولة الجزائرية يدين بالإسلام وينبذ التعاملات المالية الخارجة عن الشريعة الإسلامية إلا أنها طبقت بعد استقلالها النظام المصرفي الفرنسي، متجاهلة خصوصية المجتمع الجزائري المسلم الذي يعتقد أنه يجب أن توافق كل سلوكاته مع ما يوجبه دينه. مما أدى إلى إحجام الجزائري عن وضع أمواله في غير البنوك الإسلامية وفي حالة وضعها فإنه لا يأخذ فائدتها. في حين اتجهت الدول الغربية لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية بهدف استقطاب رؤوس أموال المنظومة المصرفية.

أدخل المشرع الجزائري عدة تعديلات على قوانين النقد والقرض، لتواكب التطورات الحاصلة **فهل أخذت مختلف التعديلات التي أدخلت على المنظومة المصرفية الجزائرية خصوصية عقيدة المجتمع الجزائري بهدف استقطاب رؤوس أمواله بعين الاعتبار، من خلال وضع قوانين للمصارف الإسلامية قابلة للتطبيق؟ أم هي مجرد قوانين غير مطابقة للواقع؟**

للإجابة على هذه الإشكالية كان من الأهمية بمكان فهم المقصود بالمصارف الإسلامية وبعدها جراسة المنظومة المصرفية ومعرفة مطابقتها للقانون. من خلال اتباع الخطة التالية:

المبحث الأول :مفهوم المصارف الإسلامية

المطلب الأول: تعريف المصارف الإسلامية

المطلب الثاني: نشأة المصارف الإسلامية

المطلب الثالث: خصائص المصارف الإسلامية

المطلب الرابع: أهداف المصارف الإسلامية

المبحث الثاني: مدى أخذ الجهاز المصرفي الجزائري بالمصارف الإسلامية

المطلب الأول: مدى وجود المصارف الاسلامية في الجزائر منذ الإستقلال إلى 1991

المطلب الثاني: مدى أخذ الجهاز المصرفي الجزائري بالمصارف الإسلامية من 1991 إلى 2003

المطلب الثالث: مدى أخذ الجهاز المصرفي الجزائري بالمصارف الإسلامية من إصلاحات 2003 إلى2018.

المطلب الرابع: مدى أخذ الجهاز المصرفي الجزائري بالمصارف الإسلامية بموجب **النظام القانوني رقم 02/18.**

المبحث الأول:مفهوم المصارف الإسلامية

يرتبط عمل الصرافة من الناحية التاريخية بظهور العمل المصرفي الذي يرجع إلى الحضارات القديمة، كالحضارات السومرية،الإغريقية والرومانية. حيث كان الصرافيون يجلسون إلى موائد يضعون عليها العملات التي يقومون بصرفها وانتقلت العادة إلى الإيطاليين حيث يسمى الصيرفي بلقب Banker والمشتقة من كلمة « Banco » .[1]

و ازدهر بعدها النظام المصرفي في الحضارة الإسلامية باتساع حركتها بين بلاد العالم الإسلامي من جهة و العالم الإسلامي و أهل الذمة والعالم الإسلامي من جهة أخرى.

كما كان الصيارفة يساعدون الدولة بتسييرها من الناحية المالية من خلال توكيل الدولة لهم أحيانا صرف رواتب عمالها وموظفي، كما كان للصيارفة مركز ثقة واستشارة الخلافات والسلاطين مما أدى إلى تطور تقديم الخدمات المصرفية إلى تحويل النقود بين المتعاملين في مراكز التجارة دون نقل حقيقي للنقود من خلال تشجيع التعامل بالأدوات التجارية: السفتجة، الشيك ورقاع الصارفة (حاليا السند لأمر)، وهذا توفيرا للنفقات واتقاء لأخطار الطرق كما شمل تقديم الخدمات المصرفية من قبول للودائع لحفظها ونقل للالتزامات المالية بين المتعاملين. ولفهم أكثر سيتم عرض مفهوم المصارف الإسلامية من خلال تعريفها في المطلب الأول ثم نشأتها في المطلب الثاني وعرض خصائصها في المطلب الثالث، وأهدافها في المطلب الرابع.

المطلب الأول: تعريف المصارف الإسلامية

تنطلق المصارف الإسلامية من منظور أن ملكية المال لله، وما البشر إلا مستخلفون في الأرض لتسيير مال الله فيما يرضيه وما يرتضيه.

ويقال لغة المصرف: بكسر الراء، عرفه الجرجاني من الحنفية : " الصرف لغة هو الدفع و الرد وفي الشريعة الإسلامية بيع الأثمان بعضها ببعض."ولفهم تعريف المصارف الاسلامية نعرض التعريف الفقهي ثم القانوني.

الفرع الأول: التعريف الفقهي

عرف العدوي من المالكية الصرف أنه بيع الذهب بالفضة و أخذهما بالنقد" وعرفه النووي من الشافعية :" إذا بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة سميت مراطلة، وإذا بيعت الفضة بذهب سميت صرفا"، بينما وعرفه ابن قدامة من الحنابلة :"بيع الأثمان بعضها ببعض".

وجاء في الموسوعة العربية الميسرة : مصرف أو بنك تطلق بصفة عامة على المؤسسات التي تختص في إقراض واقتراض النقود عصب النظام الائتماني لأن النسبة الساحقة التي تختص في إقراض واقتراض النقود عصب النظام الائتماني لأن النسبة الساحقة من الاقتراض و الإقراض لا تتم مباشرة بين صاحب النقود ومن يرغب في استخدامها عن طريق المصرف".

عرفه الجرجاني من الحنفية : " الصرف لغة هو الدفع و الرد و في الشريعة الإسلامية بيع الأثمان بعضها ببعض." كما عرفه العدوي من المالكية :" الصرف بيع الذهب بالفضة وأخذهما بالنقد." و عرفه النووي من الشافعية :" إذا بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة سميت مراطلة ، و إذا بيعت الفضة بذهب سميت صرفا". و عرفه ابن قدامة من الحنابلة :"بيع الأثمان بعضها ببعض".[2]

وعليه يقصد بالبنوك الإسلامية :" المؤسسات التي تباشر الأعمال البنكية مع التزامها باجتناب التعامل بالفوائد الربوية أخذا و عطاء بوصفه تعاملا محرما شرعا ويجنبها أي عمل مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ، أساس المحافظة على القيم والأخلاق الإسلامية في الوقت الذي يضمن لها تحقيق معدل عائد اقتصادي وحياة كريمة للمجتمع الذي تتواجد فيه".[3]

كما يعرف بأنه"مؤسسة مصرفية تلتزم في جميع معاملاتها و نشاطاتها الاستثمارية و إدارتها لجميع أعمالها بالشريعة الإسلامية و مقاصدها كذلك بأهداف المجتمع الإسلامي داخليا و خارجيا".[4]

مما سبق نستنتج أن المصرف الإسلامي هو كل مؤسسة مالية تتعامل بالشريعة الإسلامية في عملياتها المالية.

الفرع الثاني : التعريف القانوني للمصارف الإسلامية

لم ينص المشرع الجزائري على تعريف المصارف الإسلامية غير أنه توجد العديد من القوانين الدولية والوطنية التي عرفت الصيرفة الإسلامية منها تعريف اتفاقية إنشاء الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية سنة 1977 في مادته الأولى الفقرة الخامسة :" يقصد بالبنوك الإسلامية في هذا النظام،

تلك البنوك أو المؤسسات التي ينص قانون انشائها ونظامها الأساسي صراحة على الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية وعلى عدم التعامل بالفائدة أخذا وعطاء".

وعرفه قانون الاتحادي الإماراتي:" هي تلك التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الأساسية التزاما بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتباشر نشاطها وفقا لهذه الأحكام".[5]

كما عرفها القانون اليمني :" أ- تنشأ مصارف إسلامية في الجمهورية اليمنية بموجب أحكام هذا القانون وتمارس أعمالها وفقا للدستور وأحكام الشريعة الإسلامية".[6]

أما القانون العراقي :" المصرف الإسلامي هو أي شخص معنوي يحمل تصريحا أو ترخيصا بمقتضى هذه التعليمات للقيام بأعمال الصيرفة الإسلامية على وفق الشريعة الإسلامية، ولا يتعامل بالفائدة أخذا وعطاء".[7]

و عرفه القانون الفلسطيني رقم 6 لسنة 2003 بأنه : " أي شركة مساهمة عامة تهدف إلى تجميع المخدرات من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من أجل استخدامها في أوجه التمويل والاستثمار لصالح الفرد والجماعة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

فيما عرفه القانون السوري:" هو المصرف الذي يتضمن عقد تأسيسه و نظامه الأساسي التزاما بممارسة الأعمال الصيرفية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية سواء في مجال قبول الودائع و تقديم الخدمات المصرفية الأخرى أم في مجال التمويل و الاستثمار".[8]

كما توجد عدة تعاريف قانونية لا يتسع المجال لشرحها على غرار القانون الأردني رقم 28 لسنة 2000، القانون اللبناني في قانون إنشاء المصارف الإسلامية رقم 575 لسنة 2004.

المطلب الثاني: نشأة المصارف الإسلامية

وجدت بعض الأعمال والعمليات المصرفية الإسلامية لكنها لم تكن ترقى إلى درجة التنظيم المصرفي إلى غاية نشأة الدولة الإسلامية و الأمثلة كثيرة على مثل هذه العمليات المالية، منها ما كان يقوم به عبد الله بن الزبير حيث كان يأخذ بمكة دراهم - وهي من فضة- ثم يكتب لمصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه، وكان يطلق عليها قديما "السُفتجة "وهي أن يعطي آخر مال وللآخر مال في بلد المعطي فيوفونه إياها هناك، ليستفيد من أمن الطريق.[9] وفي مجال الإيداع وجد الناس أن بعض أفراد المجتمع آنذاك يتمتعون بمزايا خلقية تجعلهم أهلا للأمانة وفي مقدمتهم الرسول محمد صلى الله عليه و سلم حتى هاجر إلى المدينة و وكل بها ابن عنه علي رضي الله عنه ليتولى ردها إلى أصحابها، كما كان الزبير من المستأمنين الذين يحولون الوديعة إلى قرض، إذ كان ذو خبرة في هذا المجال من التعاملات محققا حق التصرف في المال المستودع باعتباره فرض لا أمانة و كذلك معطيا ضمانا

مؤكدا لصاحب المال، وعليه فقد كان الزبير يقوم بالعمليات المصرفية بشكل مبسط خدمة للدولة الإسلامية.[10]

شهد العالم الإسلامي صحوة إسلامية وعودة لتطبيق الشريعة الإسلامية في جميع جوانب الحياة بما فيها الاقتصادية لتتماشى وعقيدتهم و مبادئهم الإسلامية فكانت أول تجربة للبنوك الإسلامية في الباكستان في أواخر الخمسينيات ثم انتشرت في باقي العالم الإنتمائي، ثم في مدينة غمر بمصر سنة 1963 ثم تم إنشاء بنك الادخار المحلي الذي يعمل الشريعة الإسلامية، ثم تم تأسيس بنك ناصر الاجتماعي عام 1971 الذي أكد على مبادئ و أهداف الشريعة الإسلامية في نظامه القانوني، وفي عام 1975 ظهر بنك التنمية الإسلامية و مقره مدينة "جدة".[11]

وفي عام 1977 تأسست ثلاث مصارف إسلامية هي بنك فيصل الإسلامي السوداني، بنك فيصل الإسلامي المصري و بيت التمويل الكويتي، وتكون الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية الذي يهدف إلى دعم الروابط بين المصارف الإسلامية وتوثيق أواصر التعاون بينها وبين أنشطتها، كما يرتكز على المبادئ والأهداف الإسلامية، كما أنشيء المصرف الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار سنة 1978، لينشأ بعدها بنك البحرين الإسلامي سنة 1979، ثم بنك ماليزيا الإسلامي ليقابله بنك البركة الإسلامي في موريتانيا وبنك قطر الإسلامي الدولي سنة 1990.

أنشئت عدت بنوك إسلامية في دول غير عربية كإيران التي تحولت كل بنوكها إلى بنوك إسلامية بموجب الفصل 43 من قانون 1983 الإيراني.

وبعد النجاح الذي حققته البنوك الإسلامية في الدول العربية ثم الإسلامية أنشأت المصارف الإسلامية في الدول غير العربية و غير الإسلامية منها دار المال الإسلامي بسويسرا في 1981/07/27، والتي بدأت نشاطها الفعلي في 1982/01/1، كما أنشئ المصرف الإسلامي الدولي بالدانمارك في 1983/02/17، ومجموعة البركة ببريطانيا في 1981 وبنك كبريس الإسلامي بقبرص سنة 1982.[12]

المطلب الثالث: خصائص المصارف الإسلامية

يتميز المصرف الإسلامي من حيث مبادئه ومحتواه ومضمونه عن غيره من المصارف و من أهم هذه الخصائص:

الفرع الأول:الطابع العقائدي. تتحرى المصارف الإسلامية الشريعة في جميع أعمالها فالدين الإسلامي جاء منظما لجميع حياة البشر الروحية و الخلقية و الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية، فالمصارف الإسلامية تخضع للمبادئ و القيم الإسلامية التي تقوم على أن المال هو مال الله و ما الإنسان إلا مستخلف فيه،[13] و عليه تخضع المصارف الإسلامية للرقابة الشرعية إضافة إلى الرقابات المالية والإدارية و المصرفية ، و هذه لرقابة تنفرد بها المصارف الإسلامية و تميزها عن غيرها.

الفرع الثاني: ربط التنمية الاقتصادية بالتنمية الاجتماعية. فالإسلام كل لا يتجزأ و وحدة متكاملة ، فالاقتصاد مرتبط بالناحية الاجتماعية ، فالمصرف الإسلامي يجمع الزكاة و هو من يتكفل بمهمة توزيعها و إيصالها إلى مستحقيها و ذلك من خلال إقامة صناديق خاصة لجمع الزكاة يتولى المصرف إدارتها و إيصالها إلى مصارفها المحددة شرعا ، فالمصرف الإسلامي لا يهتم فقط بالحصول على العوائد بل يتعدى ذلك إلى اهتمامه بالعائد الاجتماعي كما تحرص على التعامل مع أصحاب المهن الصغيرة و الحرف الفردية ، و صغار التجار بنفس الحرص على التعامل مع كبار التجار ، فالمصارف الإسلامية تؤدي رسالة و تفتح المجال للمواطن في تنمية موارده المحلية و زيادة دخل الفرد.[14]

الفرع الثالث:التنمية بطريق الاستثمار الحلال

تعتبر المصارف الإسلامية هي تنموية بالدرجة الأولى و لما كان طابعها العقائدي كما ذكر أعلاه فهي مبنية على ما أحله الله لخدمة الخير و التدبر و التفكر في المشاريع التي تفيد البلاد والعباد مما يؤدي إلى:[15] أ* توجيه الاستثمار و تركيزه في دائرة إنتاج السلع و الخدمات التي تشبع الحاجات السوية للإنسان المسلم.

ب* تحري أن يقع المنتج في الحلال و أن تكون كل مراحله العملية الإنتاجية ضمن الحلال و أن تكون كل أسباب الإنتاج (أجور ، نظام عمل...) منسجمة مع الحلال .

ج* تحكيم مبدأ احتياجات المجتمع و مصلحة الجماعة قبل النظر إلى العائد الذي يعود على الفرد.

و يعتبر أسلوب التنمية بطريق الاستثمار كحل لعدم قيام البنك بعمليات القرض بفائدة و هذا من خلال المشاركة في رأس مال المشروعات المنتجة و بالتالي الشراكة في ملكية المشروع الإستثماري ونتائجه من خسائر وأرباح حيث يتسم هذا الأسلوب بالعدالة من خلال المشاركة في الربح والخسارة، كما يحفز البنك لدراسة جودة و صلاحية المشاريع، كما يراعي الظروف الاجتماعية لكل دولة و احتياجات أفرادها.

بالإضافة إلى الدور الكبير للمصارف الإسلامية في التنمية من خلال إدارة نظام الزكاة بجمعها وتوجيهها إلى مصارفها الشرعية و سد حاجات الفقراء و المحتاجين.[16]

الفرع الرابع: التركيز على الإنتاجية مقارنة بالتركيز على الملاءة المالية للمقترض

لا يهتم المصرف الإسلامي باسترجاع قروضه مع الفوائد في الوقت المحدد بل يطبق على المقترض مدى قدرته على الوفاء بالدين من خلال نظام تقاسم الربح و الخسارة حيث يتلقى العائد فقط في حال نجاح المشروع و تحقيقه أرباح حيث يكون المصرف مهتما بصحة و سلامة المشروع و

بالاقتصاد الحقيقي المنتج للثروات.[17] حيث يخضع المصرف الإسلامي في معاملاته لقاعدة الغنم بالغنم و التي تعتبر أساسا لتطبيق مبدأ المشاركة في الربح و الخسارة كبديل لسعر الفائدة .[18]

الفرع الخامس: إسقاط الفائدة الربوية من كل عملياته من أخذ وعطاء

الرّبا في اللغة: ربا الشّيء يربو ربواً و رباء: زاد ونما، و هو الزيادة و هنا هو الزيادة على رأس المال . أربى فلان على فلان أي زاد عليه، رَبا الشيءُ أي زاد على ما كان عليه، الربوة المكان المرتفع، أربى فلانٌ ماله صيره زائداً كثيراً،و عرف الدكتور راتب النابلسي الربا لغة عملا بما ورد في القرآن الكريم و السنة المطهرة أن الربا هو الزيادة. و ربا الشيء يربو أي زاد، وأرباه الله تعالى أي ضاعفه أضعافاً كثيرة، المعاجم كلها تؤكد أن الربا هو الزيادة.[19]

" بالنسبة للربا في الإقتصاد الرّأسمالي، فكلمة فائدة هي المستخدمة، وتعني: ما يحصل عليه المقرض من المقترض مقابل استخدام المال. أو هي ما يحصل عليه المقرض من المقترض مقابل المخاطرة في إقراض ماله، أو مقابل الجهد المبذول في الإقراض."[20]

والربا محرم في جميع الشرائع السماوية فهو محظور في اليهودية والمسيحية و الإسلام.[21] فبالإضافة إلى المخاطر النفسية والأخلاقية والاجتماعية للربا، هناك مخاطر إقتصادية تتمثل في الأزمات الاقتصادية، الغلاء والانحرافات المالية، كما أن تركز المال عند المرابي يحرم النشاط الاقتصادي من هذا المال ومن دخوله فيه، مما يؤدي إلى الركود والتأخر الاقتصادي، إضافة إلى تأثير الربا على إنشاء الصناعات الجديدة، وتوسع الصناعات القائمة.[22]

ومما سبق لا يمكن لإنسان أن يعيش في الربا لأنه يؤدي إلى مجتمع مدمر منهك مفلس.

المطلب الرابع: أهداف المصارف الإسلامية

للمصارف الإسلامية عدة أهداف أهمها إحياء المنهج الإسلامي في المعاملات المالية و المصرفية وإدراج التصور الإسلامي في النظام المصرفي العالمي.

الفرع الأول: إحياء المنهج الإسلامي في المعاملات المالية و المصرفية

تقوم المصارف الإسلامية بإحياء المنهج الإسلامي في المعاملات من خلال:الالتزام بالقواعد والمبادئ الإسلامية في المعاملات المالية و المصرفية، تقديم البديل الإسلامي للمعاملات البنكية الربوية لرفع الحرج عن المسلمين، فضلا عن الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية في المعاملات المصرفية و المالية و جذب الأفراد بإتباع السلوك الإسلامي في توظيف و استثمار أموالهم.[23]

كما ينمي المصرف الإسلامي القيم العقائدية و المبادئ السلوكية الإسلامية لدى العاملين والمتعاملين مع المصرف الإسلامي، وذلك لتطهير هذا النشاط الاقتصادي الحيوي من الفساد.[24]

عملا بقوله تعالى :" أفمن أسس بنيانه على تقوى من الله و رضوان خير أم من أسس بنيانه على شفا جرف هار فانهار به في نار جهنم و الله لا يهدي القوم الظالمين".[25]

كما يهدف المصرف الإسلامي إلى إيجاد التنسيق و التعاون و التكامل بين الوحدات الاقتصادية داخل المجتمع : وذلك من خلال المساعدة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية لشعوب الأمة الإسلامية بكل السبل المشروعة ودعم التعاون الإسلامي وتحقيق التضامن الاقتصادي والتكافل الاجتماعي . [26]

الفرع الثاني: إدراج التصور الإسلامي في النظام المصرفي العالمي

حيث يهدف المصرف الإسلامي إلى تحقيق الأرباح وتحقيق نمو الموارد الذاتية للبنك المتمثلة في رأس ماله والأرباح المحتجزة والاحتياجات وزيادة حجم الودائع والاستثمارات، كما يهدف المصرف الإسلامي إلى التصرف في المال وجمع الفوائد المالية وتعبئة الموارد المتاحة في الوطن الإسلامي وتنمية الوعي الإدخاري لدى الأفراد و تشجيع الاستثمار وعدم الاكتناز ، وذلك بإيجاد فرص و صيغ للإستثمار تتناسب مع الأفراد و المؤسسات المختلفة.[27] بالإضافة إلى توفير سيولة نقدية دائمة في مواجهة احتمالات سحب ودائع العملاء ، خاصة الودائع تحت الطلب.[28]كما يهدف إلى توفير التمويل اللازم للمستثمرين.

المبحث الثاني: مدى أخذ الجهاز المصرفي الجزائري بالبنوك الإسلامية

مر الجهاز المصرفي الجزائري بمجموعة من المراحل يمكن تقسيمها كما يلي:

المطلب الأول: مدى وجود المصارف الاسلامية في الجزائر منذ الإستقلال إلى 1991

كان هدف الاستعمار الفرنسي في الجزائر هو تدمير البنى التحتية للجزائر ومن بينها المؤسسات المالية والاقتصادية واستبدالها بأخرى تابعة لفرنسا، ففي سنة 1849 سحبت فرنسا العملة الوطنية آنذاك وأنشأت بنك الجزائر في 1851/04/04، كما أنشأت المجلس الجزائري للقرض في 1947/01/16 وكانت هاتين الهيئتين تنفيذيتين لفرنسا، ثم تطور النظام المصرفي الفرنسي وأصبح يضم شبكة تتكون من 450 وكالة تابعة إلى 140 هيئة بنكية منها: بنك الجزائر كمؤسسة إصدار والمجلس الجزائري للقرض إضافة إلى بنوك تجارية كالصندوق الجزائري للقرض الصناعي والتجاري، وبنوك أعمال منها بنك باريس ودول أوروبا الوسطى، البنك الصناعي للجزائر ودول البحر الأبيض المتوسط، كما يضم مؤسسات متخصصة منها البنك الشعبي التجاري والصناعي الجزائري، الصندوق الوطني لصفقات الدولة وصندوق التجهيز والتنمية الجزائري.

و في أواخر الستينات من القرن العشرين لم يبق من هذه البنوك و المؤسسات المالية إلا القليل وكانت كلها خاضعة إلى السيطرة الاقتصادية الفرنسية أن و كان لزاما على الدولة الجزائرية بعد الاستقلال السياسي أن تؤسس لبناء اقتصاد وطني لا يخضع لأي ضغوطات.[29]

في هذه المرحلة لم يكن هناك وجود للمصارف الإسلامية لا بالمفهوم الضيق و لا بالمفهوم الواسع.

المطلب الثاني: مدى أخذ الجهاز المصرفي الجزائري بالمصارف الإسلامية من 1991 إلى 2003

اتسمت هذه المرحلة بالإصلاحات،[30] والتي يمكن تقسيمها إلى عدة مراحل هي مرحلة تكوين نظام مصرفي وطني من 1962 إلى 1965، ثم مرحلة تأميم البنوك الأجنبية من1966 إلى غاية 1967، ثم مرحلة الإصلاح المالي والمصرفي سنة 1971 ثم قانون القرض والبنك سنة 1986 ثم قانون استقلالية البنوك سنة 1988.

الفرع الأول: مرحلة تكوين نظام مصرفي وطني من 1962 إلى 1965.

عملت الجزائر بعد الاستقلال على إضفاء السيادة على المؤسسات المالية الكبرى : الخزينة في أوت 1962، البنك المركزي الجزائري بدل بنك الجزائر في 1 جانفي 1963 وفقا لقانون 149/62، كما تم إنشاء الصندوق الجزائري للتنمية في 7 ماي 1963 بموجب القانون 165/63، ثم الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط في 10أوت 1964 بموجب القانون 277/64.

الفرع الثاني: مرحلة تأميم البنوك الأجبية سنة 1966

نتج عن هذه المرحلة ثلاث بنوك تجارية تعود ملكية رأس مالها كليا إلى الدولة و هي :

- البنك الوطني الجزائري في 13 جوان 1966 بموجب المرسوم 178/66 .
- القرض الشعبي الجزائري في 11 ماي 1967.
- بنك الجزائر الخارجي بموجب الأمر 67-204 في 11 أكتوبر 1967.

لم يشر المشرع الجزائري للمصارف الإسلامية في هذه المرحلة إطلاقا.

الفرع الثالث: الإصلاح المالي و المصرفي سنة 1971

أمام عجز المصارف الوطنية عن تمويل الاستثمارات المختلفة، هدف الإصلاح إلى تخفيف الضغط على الخزينة العمومية في تمويلها للاستثمارات وتم إنشاء مجلس القرض و اللجنة التقنية للمؤسسات المصرفية في 30جوان 1971.

الفرع الرابع: قانون القرض والبنك

صدر قانون القرض والبنك سنة 1986 بموجب الأمر 12/86 المؤرخ في 19 أوت 1986و الذي استعاد فيه البنك المركزي دوره كبنك للبنوك و قلص دور الخزينة في نظام التمويل و تم تأسيس

بنكك الفلاحة والتنمية الريفية في 13 مارس 1982 بمقتضى المرسوم 206/82 وبنك التنمية المحلية بموجب المرسوم 85/85 المؤرخ في 30 أفريل 1985.

كما صدر قانون استقلالية البنوك سنة 1988:منح القانون 01/88 قانون استقلالية البنوك الصادر في 1988/1/12 منح البنك شخصية معنوية تجارية تخضع لمبدأ الاستقلالية المالية و التوازن المحاسبي.

في هذه المرحلة منذ الاستقلال إلى غاية سنة 1988 كان غياب تام للمصارف الإسلامية.

المطلب الثالث: مدى أخذ الجهاز المصرفي الجزائري بالمصارف الإسلامية من إصلاحات 2003 إلى 2018

تسمى هذه المرحلة بمرحلة خصخصة البنوك الجزائرية، فمع التوجه الجديد للاقتصاد الجزائري نحو اقتصاد السوق والتخلي بالمقابل عن نمط الاقتصاد المسير صدر القانون 10/90 والمتعلق بالنقد والقرض، والذي جاء متزامنا مع صدور الإتفاقية الأولى للجنة بازل سنة 1988، حيث فتح سوق الصريفية أمام المستثمرين المقيمين وغير المقيمين أيا كانت جنسيتهم وتسارعت نتيجة ذلك وتيرة إنشاء البنوك والتي تميزت بخاصيتين هما : استقلالية البنك المركزي وانفراده بالسياسة النقدية، اعتماد البنوك الخاصة دون تحديد واضح لطريقة اعتمادها، وطريقة نشاطها والرقابة عليها مما هدد استقرار النظام المصرفي في مواجهة إفلاسات متتالية للقطاع الخاص.[31]

بعد 1998 أصبح القطاع المصرفي الجزائري يتكون من 26 بنك ومؤسسة مالية عمومية خاصة ومختلطة، معتمدة على مجلس النقد و القرض وبنك الجزائر والخزينة العمومية والمصالح المالية للبريد والمواصلات.[32] ومن بين المؤسسات المالية ما يلي :

أ* البنوك الخاصة الجزائرية :

- بنك الخليفة المعتمد من مجلس النقد و القرض في 1998/07/27 .
- البنك التجاري والصناعي الجزائري .**(B.C.I.A)** و الذي اعتمد في 1998/09/24.
- المجمع الجزائري البنكي **(C.A.B)** و تم إعتماده في 1999/10/28.
- البنك العام للبحر الأبيض المتوسط **(B.G.M)** واعتمد في 2000/04/30.

ب* البنوك الخاصة الأجنبية :

- بنك البركة المختلط رأسماله حيث تمثل البنوك العمومية الجزائرية 51 بالمئة والسعودية 49 بالمئة.و الذي اعتمد في 1990.
- سيتي بنك **Cité Bank** و تم اعتماده في 1998/05/18.

- البنك العربي التعاوني **(A.B.C)** في 1998/09/24.
- ناتيكسي أمانة بنك **(N.A.B)** و الذي اعتمد في 1999/10/27.
- الشركة العامة ' **Société Générale**'و اعتمدت في 1999/11/04.
- بنك الريان الجزائري و اعتمد في 2000/10/08.
- البنك العربي اعتمد في 2001/10/15.
- البنك الوطني لباريس **(B.N.P)**و الذي اعتمد في 2002/05/31

ج- المؤسسات العمومية المعتمدة من مجلس النقد و القرض :

- البنك الإتحادي **(Union Bank)** و الذي اعتمد في 1995/05/07.
- بنك فينالاب **(Finalep)** و الذي اعتمد في 1998/04/06.
- مونا بنك و الذي اعتمد في 1998/08/08.
- البنك الدولي الجزائري و الذي اعتمد في 2000/02/21.

رغم استحداث كم كبير من البنوك إلا أنه لا يوجد أي بنك إسلامي في هذه الفترة.

المطلب الرابع: مرحلة تعديلات قانون االنقد و القرض (2001-2003-2009).

تعتبر هذه المرحلة مرحلة محاولة وضع مصارف إسلامية حيث صدر القانون 01/01 بتاريخ 27 فيفري 2001 و النظام 03/02 في 28 أكتوبر 2002، ثم الأمر 11/03 بتاريخ 26 أوت 2003 كقانون جديد للنقد والقرض، ليلهما القانون 51/06 الصادر في 20 فيفري 2006، وكل هذه القوانين لم توجد قانون مصرفي خاص بالبنوك الإسلامية أي لا يوجد تنظيم خاص بالبنوك الإسلامية في القانون الجزائري لكن ظهرت بعض المصارف يعتقد أنها بنوك إسلامية على غرار بنك البركة و بنك السلام.

أما بنك البركة فقد أنشئ برأس مال مختلط عام وخاص في 20ماي 1991 ، ساهم فيه بنك الفلاحة والتنمية الريفية وشركة دلة البركة السعودي، ويظهر من مبادئها وقيمها اعتمادها على خصائص المصارف الإسلامية، و من خلال رسالتها المتمثلة في احترام مبادئ الشريعة الإسلامية الكفيلة بضمان الممارسات الأخلاقية والعفة المالية.[33]

كما يلاحظ اعتماد بنك البركة الجزائري على التمويل قصير الأجل بصيغة المرابحة، إضافة إلى تمويله الكبير لقطاع التجارة وإهماله لقطاعات حيوية أخرى، مما أدى إلى تقليل دوره التنموي المميز للبنوك الإسلامية.

لم يتحرر بنك البركة الجزائري من نظرية القروض التجارية التي تأثرت بالتقاليد الأنجلو سكسونية، كما يلاحظ عدم الاهتمام الكافي بالجانب البشري وتأطيره، و ذلك يرجع لعدم إلمام إطارات البنك بالمعلومات الكافية حول النظام المصرفي الإسلامي و معاملاته.[34]

و ما يبعد بنك البركة أن يكون إسلاميا هو صعوبته في التعامل مع البنك المركزي و الغياب التام لهيئة الرقابة الشرعية على أعماله الشرعية.

أما مصرف السلام الجزائري فهو عبارة عن بنك شمولي يعمل طبقا للقوانين الجزائرية و وفقا لأصالة الشعب الجزائري في كافة تعاملاته وهو ثمرة للتعاون الجزائري الإماراتي ، أسس في 2006/06/08 و تم اعتماده من طرف بنك الجزائر في 2008/09/10 ليزاول نشاطه في 2008/10/20.[35]

كان تأسيس مصرف السلام الجزائري في إطار عملية تأسيس مجموعة من مصارف السلام في البلدان العربية المسلمة منها خاصة اختيرت الجزائر لتحتضن أحد مقراته لما تتمتع به من محيط إستثماري خصيب .[36]

إن مصرف السلام يسعى إلى تمثيل الصيرفة الإسلامية أحسن تمثيل، وترسيخ قواعده وتحقيق أهدافه لذا تنقسم أساليب التمويل بحسب العقود المستخدمة فيها حيث توجد عقود معاوضات وعقود مشاركات.

أما عقود المعاوضات فتتمثل في عقد السلم ، عقد المرابحة للأمر بالشراء ، عقود الإستصناع ، عقود الإيجار المنتهية بالتمليك.

عقود المشاركات و تتمثل في عقود المضاربة، المشاركة الدائمة والمشاركة المتناقصة، المزارعة، الصكوك الإسلامية.

يبقى الإشكال قائما رغم تبني مبادئ الشريعة الإسلامية في هذه البنوك التي تظهر أنها إسلامية، في عدم وجود نظام قانوني إسلامي يحكم هذه المصارف الإسلامية، فقانون القرض والنقد في هذه المرحلة لا يتسع لاحتضان المؤسسات المالية الإسلامية، ولهذا قام المجلس الإسلامي الأعلى بإعداد مشروع تعديل لقانون البنوك لينشيء المصارف الاسلامية سنة 2018.

المطلب الرابع: مدى أخذ الجهاز المصرفي الجزائري بالمصارف الإسلامية بموجب النظام القانوني رقم 02/18

تم إطلاق "الصيرفة الاسلامية" تحت مسمى "الصيرفة التشاركية" ضمن الخدمات المالية التي توفرها البنوك الجزائرية، حيث يهدف هذا النظام إلى تحديد القواعد المطبقة على المنتجات المسماة

التشاركية والتي لا ترتب أي تحصيل أو فوائد، كما يهدف إلى تحديد شروط الترخيص المسبق من طرف بنك الجزائر للمصارف والمؤسسات المالية المعتمدة والتي تقوم بعمليات الصيرفة التشاركية.[37]

وتعتبر العمليات المصرفية التشاركية كل العمليات التي تقوم بها المصارف أو المؤسسات المالية والتي تندرج ضمن عمليات تلقي الأموال و عمليات توظيف الأموال والاستثمار والتي لا يترتب عنها تحصيل الفوائد لاسيما: المرابحة، المشاركة ، المضاربة، الإجارة، الاستصناع، السلم وكذلك الودائع في حسابات الاستثمار.[38]

خصص المشرع الجزائري دائرة ضمن المصرف المعتمد أو المؤسسة المالية المعتمدة شباك يطلق عليه "شباك بالمالية التشاركية"، يكون مستقلا ماليا عن الدوائر والفروع الأخرى للمصرف أو المؤسسة المالية.

وعليه تعتبر المرحلة الأخيرة هي أول مرحلة تطبق فيها الصيرفة الإسلامية في الجزائر.

خاتمة:

تم التوصل في هذا البحث إلى مجموعة من النتائج و الاقتراحات تتمثل في :

النتائج:

- المصارف الإسلامية تتميز بخصوصيات تميزها عن غيرها و لكن من بين هذه الخصوصية ما يعرقل تطورها في النظام المصرفي التقليدي.
- المصارف الإسلامية صالحة لكل زمان و مكان و هي الحل البديل للنظام المصرفي التقليدي و يمكنها استيعاب رؤوس الأموال في الدول الإسلامية و غيرها.
- عدم وجود نظام مصرفي بالمعنى الضيق رغم عدم منع المعاملات المصرفية الإسلامية في الجهاز المصرفي الجزائري.
- إن تجربة البنوك الإسلامية في الجزائر متمثلة في بنك البركة الجزائري، ومصرف السلام الجزائري لكن لا يمكن اعتبارهما بنوك إسلامية وإنما مصارف تطبق في بعض مبادئها الشريعة الإسلامية لغياب العديد من الخصائص والأهداف الخاصة بالمصارف الإسلامية في النظام القانوني لهذه المصارف.
- بدأت الدولة الجزائرية في تطبيق الصيرفة الإسلامية منذ سنة 2018 بموجب النظام رقم 02/18 تحت إسم " الصيرفة التشاركية".
- عدم إلمام إطارات المصارف المفترض فيها أن تكون إسلامية بالمعلومات الكافية حول النظام المصرفي الجزائري.

الاقتراحات:

- عقد ندوات ومؤتمرات دولية بصفة دورية للاستفادة من تجارب المصارف الإسلامية في الدول المسلمة وغير مسلمة، والاستفادة من خبراتها خاصة تلك التي تجاوزت العقد الثالث و الرابع .
- إعداد دورات تكوينية للإطارات في البنوك الإسلامية للإلمام بالجانب النظري على الأقل للنظام المصرفي الإسلامي و المعاملات المالية الإسلامية .
- توزيع اختصاص المعاملات حسب التخصص للمختصين و الأكفاء.
- البدأ في تطبيق النظام 02/18 من أجل تجسيد المصارف الإسلامية على الواقع.

الهوامش:

- محمد أحمد سراج ، **النظام المصرفي الإسلامي** ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1989، ص (17-19). [1]

- عبد الرزاق الهيتي ، **المصارف الإسلامية بين النظرية و التطبيق**، دار أسامة للنشر و التوزيع، 2010، ص 13، 14. [2]

[3]- محمد فهد بشير ، **محددات اختيار البنوك الإسلامية من وجهة نظر المتعاملين الأفراد مع البنوك الإسلامية في دولة الكويت:دراسة ميدانية** ، ماجستير محاسبة ، جامعة الشرق الأوسط ،2013.، ص. 4

[4]- أحمد عبد العفو مصطفى العليات ، **الرقابة الشرعية على أعمال المصارف الإسلامية** ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، ماجستير في الفقه و التشريع ، نابلس ، فلسطين ، 2006 ، ص. 9

- المادة الأولى من القانون الإتحادي الإماراتي الخاص بالمصارف والمؤسسات و الشركات الاستشارية الإسلامية. [5]

[6]- المادة الثالثة من قانون (21) لسنة 1996 المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2009 المتعلق بشأن المصارف الإسلامية اليمنية.

[7] - الفقرة الأولى من المادة الأولى من تعليمات الصيرفة الإسلامية رقم لسنة2011 الخاصة بتأسيس المصارف الإسلامية في التنظم العراقي .

[8]- المادة الأولى من المرسوم التشريعي السوري رقم 35 لسنة 2005 [8]

[9]- أحمد عبد العفو مصطفى العليات ، الرقابة الشرعية على أعمال المصارف الإسلامية ،جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، ماجستير في الفقه و التشريع، نابلس، فلسطين، 2006، ص 11.

- عبد الرزاق الهيتي ، المرجع السابق ، ص ص (24-29). [10]

[11]- أيمن فتحي و فضل الخالدي ، قياس مستوى جودة خدمات المصارف الإسلامية العاملة في فلسطين ،رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة ، كلية التجارة ، قسم إدارة الأعمال ، 2006 ، ص 20.

[12]- نصر سلمان، " البنوك الإسلامية " ، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي حول أزمة النظام المالي و المصرفي الدولي وبديل البنوك الإسلامية ، ص (2-4).

[13] - عبد الحميد بوشرمة و سليمان ناصر، **"متطلبات الصيرفة الإسلامية في الجزائر"**، مجلة الباحث، العدد 7، (2009-2010)، ص 305.

[14]- أحمد عبد العفو مصطفى العليات ، الرقابة الشرعية على أعمال المصارف الإسلامية ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، ماجستير فقه و تشريع ، 2006، ص 16.

[15]- طلبة إبراهيم سعد علي ، أحكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية من منظور الفقه الإسلامي و الاقتصاد المعاصر ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2012 ، ص 42.

[16] - هشام خالد ، البنوك الإسلامية الدولية وعقودها ، دار الفكر الجامعي ، 2005، ص (18-24)

[17]- عبد الحميد بوشرمة وسليمان ناصر، المرجع السابق، ص 307.

[18] - سليمان نصر ، **" البنوك الإسلامية "** ، مداخلة في الملتقى الدولي حول :" أزمة النظام المالي و المصرفي الدولي وبديل البنوك الإسلامية "، ص4.

[19]- "ورد في القرآن الكريم قال تعالى: ﴿ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ﴾ سورة البقرة الآية 276.، أي أن المال الذي تصدقت منه يربّيه الله عز وجل، يزيده ويضاعفه أضعافاً كثيرة، وقال تعالى: ﴿ وَمَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللَّهِ وَتَثْبِيتًا مِنْ أَنْفُسِهِمْ كَمَثَلِ جَنَّةٍ بِرَبْوَةٍ أَصَابَهَا وَابِلٌ فَآَتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ فَإِنْ لَمْ يُصِبْهَا وَابِلٌ فَطَلٌّ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ [سورة البقرة : 265] الربوة هي الموضع المرتفع قال تعالى: ﴿ أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَسَالَتْ أَوْدِيَةٌ بِقَدَرِهَا فَاحْتَمَلَ السَّيْلُ زَبَدًا رَابِيًا وَمِمَّا يُوقِدُونَ عَلَيْهِ فِي النَّارِ ابْتِغَاءَ حِلْيَةٍ أَوْ مَتَاعٍ زَبَدٌ مِثْلُهُ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْحَقَّ وَالْبَاطِلَ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ ﴾.[سورة الرعد: 17] زبداً رابياً أي عالياً، قال تعالى: ﴿ وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ ﴾[سورة الحج: 5] أي: انتفخت، هذا في القرآن الكريم، الربا الزيادة. وأما في السنة المطهرة فكما ورد عن النبي عليه الصلاة والسلام: ((مَا تَصَدَّقَ أَحَدٌ بِصَدَقَةٍ مِنْ طَيِّبٍ وَلَا يَقْبَلُ اللَّهُ إِلا الطَّيِّبَ إِلا أَخَذَهَا الرَّحْمَنُ بِيَمِينِهِ وَإِنْ كَانَتْ تَمْرَةً فَتَرْبُو فِي كَفِّ الرَّحْمَنِ حَتَّى تَكُونَ أَعْظَمَ مِنَ الْجَبَلِ كَمَا يُرَبِّي أَحَدُكُمْ فَلُوَّهُ أَوْ فَصِيلَهُ))[متفق عليه عَنْ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا هُرَيْرَةَ] نقلا عن : راتب النابلسي ، " الربا"،موسوعة النابلسي للعلوم الاسلامية، موجود على الموقع الإلكتروني :
http://www.nabulsi.com/blue/ar/art.php?art=4671&id=142&sid=1177&ssid=1187&sssid=1192

[20]- رغداء محمّد أديب زيدان ، **الرّبا وبدائله في الإسلام** ، دون ذكر دار النشر ، 2000، ص 9.

[21] - جاء في العهد القديم :" إذا أقرضت مالا لأحد من أبناء شعبي ، فلا تقف منه موقف الدائن و لا تطلب منه ربحا لمالك " الأية 25 من الفصل 22 من سفر الخروج . ". وجاء أيضاً في سفر التّثنية الإصحاح الثّالث والعشرين : " لا تقرض أخاك بربا, ربا فضّة, أو ربا طعام, أو ربا شيء مما يقرض بالرّبا" إلا أن اليهود يأخذون الربا من غير اليهودي كما جاء في الآية 20 فصل 23 ، و في كتاب العهد الجديد :" إذا أقرضتم لمن تنتظرون منه المكافأة فأي فضل يعرف لكم؟ و لكن إفعلوا الخيرات و أقرضوا غير منظرين عائدتها ، و إذن يكون ثوابكم جزيلا" الآية 24 ، 25 من الفصل 6 من إنجيل لوقا . كما اتفق رجال الكنيسة على تحريمه عملا بهذه النصوص و أن من يحل الربا يعد ملحداخارجا عن الدين ليس أهلا للتكفين بعد موته .

أنظر السيد سابق ، **فقه السنة** ، المجلد 3، الجزء (12-13-14)،جزء المعاملات، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، 1983.

- كما حرمت الشريعة الإسلامية الربا في القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة.أما في القرآن الكريم فذكر التحريم في العديد من الآيات منها قوله تعالى : " يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ "الأية 276 من سورة البقرة.و قوله تعالى: "ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ". و قوله تعالى: " فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا* وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا" الآية 160 من سورة النساء.أمّا في الحديث النّبويّ الشّريف، فهناك أحاديث كثيرة تحذّر من الرّبا، وتبيّن حرمته في الإسلام، فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: إنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: " لعن الله آكل الرّبا وموكله وشاهديه وكاتبه".

[22] - رغداء محمّد أديب زيدان، المرجع السابق ، ص ص (13-16).

[23]- عبد الحميد بوشرمة و سليمان ناصر ، المرجع السابق ، ص 307.

[24]- أحمد عبد العفو مصطفى العليات ، المرجع السابق ، ص (16-17).

[25] - الآية 109 من سورة التوبة.

[26]- أحمد عبد العفو مصطفى العليات ، المرجع السابق ، ص 18.

[27]- المرجع نفسه.

[28]- عبد الرحيم محمد المقدومي ، المرجع السابق ، ص (14-15).

[29]- تركي لحسن و مخلوفي عبد السلام،" **معوقات تطوير النظام البنكي في الجزائر**"، الملتقى الوطني حول المنظومة البنكية في ظل التحولات القانونية والاقتصادية، مركز جامعة بشار،ص (1-2).

[30]- صوفان العيد، **دور الجهاز المصرفي في تدعيم وتنشيط برامج الخصخصة**، ماجستير علوم التسيير ، كلية العلوم الإقتصادية و علوم التسيير، فرع إدارة مالية ، 2011، ص (3-10)

[31]- حبار عبد الرزاق، " تطور مؤشرات الأداء و مسار الإصلاحات في القطاع المصرفي الجزائري ، أبحاث اقتصادية وإدارية ، العدد 10 ، ديسمبر 2011،ص ص (38-40).

[32]- بطاهر علي ، إصلاحات النظام لمصرفي الجزائري و أثرها على تعبئة المدخرات و تمويل التزامه ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الإقتصادية و علوم التسيير ، دكتوراه في العلوم الإقتصادية ، فرع تحليل إقتصادي ، 2006 ، ص

[33]- www.albaraka-bank.com

[34]- سليمان ناصر ، " **العمل المصرفي الإسلامي في الجزائر الواقع و الآفاق** "، ورقة بحث مقدمة إلى ملتقى النظام المصرفي الجزائري واقع و آفاق ، جامعة قالمة ، من 5 إلى 6 نوفمبر 2001، ص ص (13-15).

[35]- www.asalamalgeria.com

[36]- محمد هشام القاسمي الحسيني ، عرض تجربة مصرف السلام الجزائري في التمويل الإسلامي ، ورقة بحث مقدمة إلى ملتقى النظام المصرفي الجزائري واقع و آفاق، جامعة قالمة، من 5 إلى 6 نوفمبر 2001.

[37]- المادة 1 من النظام رقم 02/18 المؤرخ في 26 صفر 1440، الموافق لـ 4 نوفمبر 2018 المتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية.

[38]- المادة 2 من النظام رقم 18-02.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

أ-القرآن الكريم

ب - القوانين:

1. القانون 01/01 المؤرخ في 4 ذي الحجة 1421، الموافق لـ 27فبراير 2001، المعدل والمتمم للقانون رقم 10/90 المؤرخ في 14 أبريل 1990،
2. الأمر رقم 03-11 مؤرخ 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد و القرض
3. الأمر رقم 10-04 مؤرخ 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يعدل و يتمم الأمر رقم 03-11 مؤرخ 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003، والمتعلق بالنقد و القرض
4. النظام رقم 02/18 المؤرخ في 26 صفر 1440، الموافق لـ 4 نوفمبر 2018 المتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية.
5. القانون الإتحادي الإماراتي الخاص بالمصارف و المؤسسات و الشركات الاستشارية الإسلامية.
6. قانون (21) لسنة 1996 المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2009 المتعلق بشأن المصارف الإسلامية اليمنية.

7. تعليمات الصيرفة الإسلامية رقم لسنة2011 الخاصة بتأسيس المصارف الإسلامية في التنظم العراقي.
8. المرسوم التشريعي السوري رقم 35 لسنة 2005.

ثانيا :قائمة المراجع

أ-الكتب:

1. السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد 3، الجزء (12-13-14)،جزء المعاملات، (دار الكتاب العربي: بيروت ، لبنان ، 1983.
2. رغداء محمّد أديب زيدان ، الرّبا وبدائله في الإسلام ، (دون ذكر دار النشر ، 2000).
3. طلبة إبراهيم سعد علي، أحكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية من منظور الفقه الإسلامي والاقتصاد المعاصر ،(دار الكتب القانونية : مصر ، 2012).
4. عبد الرزاق الهيتي ، المصارف الإسلامية بين النظرية و التطبيق، (دار أسامة للنشر و التوزيع: 2010).
5. محمد أحمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي ،(الأردن :دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1989).
6. هشام خالد ، البنوك الإسلامية الدولية و عقودها ، دار الفكر الجامعي ، 2005.

ب- الرسائل الجامعية:

1. أحمد عبد العفو مصطفى العليات ، الرقابة الشرعية على أعمال المصارف الإسلامية، ماجستير في الفقه و التشريع ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، نابلس ، فلسطين ، 2006 .
2. أيمن فتحي و فضل الخالدي ، قياس مستوى جودة خدمات المصارف الإسلامية العاملة في فلسطين،رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة ، كلية التجارة ، قسم إدارة الأعمال ، 2006.
3. أحمد عبد العفو مصطفى العليات، الرقابة الشرعية على أعمال المصارف الإسلامية، ماجستير فقه و تشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، 2006.
4. بطاهر علي، إصلاحات النظام لمصرفي الجزائري و أثرها على تعبئة المدخرات وتمويل التزامه، دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير،فرع تحليل اقتصادي، 2006.
5. محمد فهد بشير ، محددات اختيار البنوك الإسلامية من وجهة نظر المتعاملين الأفراد مع البنوك الإسلامية في دولة الكويت:دراسة ميدانية ، ماجستير محاسبة ، جامعة الشرق الأوسط ،2013.
6. صوفان العيد، دور الجهاز المصرفي في تدعيم و تنشيط برامج الخصخصة ، ماجستير علوم التسيير ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، فرع إدارة مالية ، 2011.

ج- المقالات في المجلات:

1. حبار عبد الرزاق ، " تطور مؤشرات الأداء و مسار الإصلاحات في القطاع المصرفي الجزائري" ، أبحاث اقتصادية و إدارية ، العدد 10 ، ديسمبر 2011.
2. عبد الحميد بوشرمة و سليمان ناصر ، " متطلبات الصيرفة الإسلامية في الجزائر "، مجلة الباحث ، العدد 7 ، (2009-2010).

3. مصطفى عبد اللطيف ، " دور البنوك و فعاليتها في تمويل النشاط الاقتصادي " ، مجلة الباحث ، العدد 4، 2006 .

د- المقالات في الملتقيات والندوات:

1- تركي لحسن و مخلوفي عبد السلام ،" معوقات تطوير النظام البنكي في الجزائر" ، الملتقى الوطني حول المنظومة البنكية في ظل التحولات القانونية والاقتصادية، مركز جامعة بشار.

2- سليمان ناصر ، " العمل المصرفي الإسلامي في الجزائر الواقع و الآفاق "، ورقة بحث مقدمة إلى ملتقى النظام المصرفي الجزائري واقع و آفاق ، من 5 إلى 6 نوفمبر 2001، جامعة قالمة.

3- محمد هشام القاسمي الحسيني ، "عرض تجربة مصرف السلام الجزائري في التمويل الإسلامي"، ورقة بحث مقدمة إلى الملتقى الوطني النظام المصرفي الجزائري واقع و آفاق ، جامعة قالمة ، من 5 إلى 6 نوفمبر 2001.

4- نصر سلمان ، " البنوك الإسلامية " ، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي حول أزمة النظام المالي و المصرفي الدولي و بديل البنوك الإسلامية، 5 و6 نوفمبر2013، قسنطينة، الجزائر

هـ- المقالات على مواقع الانترنت:

1. -راتب النابلسي،" الربا"،موسوعة النابلسي للعلوم الاسلامية، موجود على الموقع الإلكتروني :
http://www.nabulsi.com/blue/ar/art.php?art=4671&id=142&sid=1177&ssid=1187&sssid=1192

2.الموقع الرسمي لمصرف البركة : www.albaraka-bank.com

المشاكل التي يثيرها حادث طريق العمل في القانون الأردني
" دراسة مقارنة "

Problems raised by a road accident in Jordanian law
"A comparative study"

د. محمد حفيظ المناصير، أستاذ القانون المدني المساعد بكلية الحقوق (*)
جامعة ظفار، العراق
mmanasier@live.com

تاريخ الاستلام: 2019/12/08 تاريخ القبول للنشر: 2019/12/16

******

ملخص:

تناولنا هذا البحث أبرز وأهم المشاكل التي يثيرها حادث طريق العمل في قانون الضمان الاجتماعي الأردني ومقارنتها بالقانون الفرنسي والمصري، واتضح لنا كيف أن قوة العمل أصبحت بلغة علم الاقتصاد سلعة هامة تخضع لقانون العرض والطلب، وهذا ما دعا إلى الحاجة لتحقيق نظام يكفل للعمال الأمان ضد المخاطر التي تسببت بتخلف نسبة عجز بدرجات مختلفة من العجز الجسماني، ونقص في القدرة على العمل، بسبب الإصابة التي لحقت بهم على طريق العمل، لذلك ظهرت الأنظمة والتي اهتمت من خلالها الدولة الحديثة لمد نطاق الحماية التأمينية، لتشمل الجزء الأغلب من المخاطر التي يتعرض لها العمال عند تحققها .فأظهرت دراسة هذا البحث دواعي حماية العامل ضد أخطار حادث طريق العمل والأساس القانوني لحماية العمال ضد هذه الحوادث، كما أظهرت هذه الدراسة مدى توسع المشرع الأردني في مد نطاق الحماية على حوادث الطريق متفوقًا على كلا التشريعيين الفرنسي والمصري، وبالرغم من هذا التوسع لم يقم المشرع الأردني بتحديد الجهة المقابلة لمكان العمل في القانون الأردني، وإن كان من الضروري تحديدها على سبيل المثال والاعتداد بموطن العامل، وفقًا لمفهومه الواقعي من خلال تحديد نقطتين لبداية ونهاية طريق العمل، وهو المسلك الأفضل لأعمال فكرة التوقف والتخلف والانحراف على الطريق الطبيعي للعمل (عوارض الطريق) .

وتوصلنا بأنه لا بد من معالجة خلو القانون الأردني ساري المفعول من النص على عوارض الطريق خوفًا من النزاعات، والتي من الممكن أن تثار عند التطبيق العملي لأحكام القانون، كما

*د.محمد حفيظ المناصير: mmanasier@live.com

توصلنا من خلال هذه الدراسة بوجوب أخذ المشرع الأردني بالباعث، الذي يملي على المؤمن عليه إتيان أيًا من عوارض الطريق، واتضح لنا في نهاية هذه الدراسة بأنه لا بد لنا من الأخذ بالمعيار الشخصي والموضوعي في تحديد الطريق الطبيعي؛ بحيث يتم النظر لظروف كل عامل على حده كالاعتداد بطبيعة الشخص، من حيث القدرة على تحمل الظروف المرافقة لقطع الطريق الطبيعي الجغرافية . .

الكلمات المفتاحية: حادث الطريق؛ االإصابة؛ التعويض؛ تحديد حادث العمل.

Abstract:

This research dealt with the most prominent and important problems that the road of work accident raises in the social security law of Jordon and comparing it to the French and the Egyptian law and it was indicated for us that the power of work in terms of economy science is an important good that is subject to the law of supply and demand , that is what called for the need of achieving a system that enables the workers to be safe against the hazards that existed due to varying degrees of physical disability and shortage of ability to work because of the injury that was because of their work. So occurred the systems which through it the country paid attention to extending the insurance protection to include the most part of the dangers that the workers face when they exist

The study showed the causes of protecting the worker against the hazards of work road accident and the legal base of protecting workers against the accidents of work road, also it indicated the extent of the Jordanian project in extending the scope of protection to include the accidents of the road exceeding each of the French and the Egyptian legislations ,despite this extension the Jordanian legislator did not identify the corresponding entity for the place of work in the Jordanian law although it must be identified for example and considering the home of the worker according to its realistic concept through defining two points for the start and the end of the work road which is the better attitude to activate the idea of stopping and remaining and deviation off the natural road of the work (road events).

Also we concluded through this study that the Jordanian legislator must consider the incentive that enforces the insured to deal with any of road events. And it was indicated eventually that we must consider the personal and objective standard in determining natural road where each worker's circumstances is regarded individually such as considering the character of the person in terms of the ability to bear the circumstances in accordance with natural road geographical cut off.

key words: road accident, injury, compensation, work accident identification.

مقدّمة:

إذا كان الإنسان بقدر ما يدرك ضرورة العمل وأهميته يدرك كذلك ما يهدد استمراره من مخاطر، مما يجعله في قلق من المستقبل المجهول، وتعتبر حوادث الطريق من أهم مصادر هذا القلق، ويمكن القول بأن حقيقة اليوم تكمن في الانتقال المتزايد للعمال ساعة بساعة يومًا بعد يوم، شهرًا بعد شهر، وهذا أدى لظهور خطر جديد تجاوز الإصابة عن حادث العمل بالمعنى الضيق " الحادث أثناء العمل أو بسببه "، أطلق عليه إصابة طريق العمل .

وإذا ما أخذنا بالاعتبار أن العمال يشكلون جانبًا لا يستهان به من ضحايا هذه الحوادث المؤلمة التي باتت تهدد كل عامل، خاصة في ظل اتساع المدن وانتشارها وتباعد المسافات بين مواقع العمل والجهة التي ينطلق منها العامل أو الموظف خصوصًا، إذا ما علمنا بأن أغلب المصانع والشركات أصبح يتم تشيدها في الأماكن البعيدة عن المناطق المأهولة بالسكان، إضافة لترحيل هذه المصانع القديمة عن تلك المناطق، حفاظًا على سلامة السكان من خطر الإصابة بالأمراض المهنية، جراء استنشاق الغازات السامة من استخدام المواد التي تدخل في تصنيع منتجات هذه المصانع .

فالعامل يقطع الطريق مضطرًا من بيته إلى مكان العمل أو العكس، ربما مرتين في اليوم الواحد على الأقل أن لم يكن أكثر من ذلك على مدار السنة ولمدة سنوات طويلة، وهذه الأخطار التي يتعرض لها العمال أثناء رحلة الذهاب من مكان سكنه إلى عمله ليست بالأمر البسيط الذي يستهان به على الإطلاق؛ بحيث تضيف نوعًا جديدًا من المخاطر خاصة بعد تطور وسائل المواصلات بكافة أنواعها، وانتشارها بشكل لم يكن معهودًا من قبل، مما أدى لعدم القدرة للحد من آثارها، فالتطور التكنولوجي انعكست آثاره على مظهر تحقق الأخطار وليس على وجودها .

وانعكست هذه التطورات على الجوانب الأخلاقية والإنسانية في علاقات العمل؛ بحيث أصبحت الفجوة التي تفصل اجتماعيًا واقتصاديًا بين صاحب العمل والعاملين لديه أكثر عمقًا من ذي قبل، مما جعل المشرع في أغلب الدول إلى التدخل لكي يفرض نظامًا قانونيًا يحقق الحماية في مواجهة هذا النوع من الأخطار، وهذا ما سيتضح لنا من خلال هذا البحث، فالعمال عندما يتوجهون إلى أماكن عملهم يكونوا محملين نفسيًا بعبء مهام هذا العمل، كما أن حرصهم على الوصول إلى مكان العمل في المواعيد المحددة لذلك، قد يؤدي إلى تشتيت ذهن العامل أثناء قطع الطريق أو يدفع به للاستعجال الذي قد يفضي إلى حادثة، سواءً كان سائق المركبة الخاصة به، أو كان أحد المارة وتسبب بوقوع هذا الحادث، مما يؤثر على مستقبله، كما أن العامل أثناء العودة من العمل يكون مثقلاً بأعباء العمل من آثار العمل الذي بذل فيه وقت وجهدٍ كبير، وقد استجابت كثيرًا

من الدول لتوصية مكتب العمل الدولي بتغطية الإصابات الناشئة عن حوادث الطريق في نصوص قوانينها .

أهمية البحث :

تعتبر حوادث الطرق من الأوبئة الحديثة في القرن العشرين؛ فقد كانت جميع الأوبئة حتى هذا القرن تتمثل بعدوى الإنسان من فيروسات وبكتيريا، وغير ذلك من الأمراض الطبيعية سريعة الانتشار، أما الحوادث فهي من فعل الإنسان ؟.

لقد أدى التقدم الصناعي الهائل إلى ظهور الوسائل الحديثة للنقل التي لعبت دوراً هاماً في التطور الاقتصادي والاجتماعي، مما سهل انتقال الأشخاص، سواءً داخل المملكة أو على الصعيد الدولي وأدى إلى زيادة عدد وسائل النقل من المركبات ذات المحرك(السيارات وغيرها) بشكل كبير حتى أصبحت من الضرورات الأساسية في حياة الإنسان، وبالرغم من الميزات التي قدمتها هذه الوسائل، إلا أن هناك جانباً سلبياً يتوازى مع إيجابيات هذه النقلة الحضارية التي أفرزتها الثورة الصناعية، ويتمثل هذا الجانب السلبي في ظهور خطر الحوادث الجسدية، والتي زاد عددها بشكل كبير حتى أصبحت ظاهرة اجتماعية، دفعنا ثمنها أرواحاً غالية بسبب الانتقال بكثرة بسبب العمل في ظل اتساع المدن وانتشارها وتباعد المسافات بين مواقع العمل والمكان الذي ينطلق منه العامل أو الموظف، بالإضافة لسهولة الانتقال والتحسينات الكبيرة التي لحقت الطرق ووسائل المواصلات .

مما يجعل العامل عرضة لمخاطر الطريق بعواملها المتعددة، سواءً كانت فنية تتعلق بالبنية التحتية للطرق والمركبات التي تسير عليها، وكذلك الإضاءة وإشارات المرور والحالة الميكانيكية للمركبات، أو كانت طبيعية كالضباب والظلام والثلوج، أو عوامل بشرية، والتي تتصل بالسائقين وحالتهم النفسية،

مشكلة الدراسة:

ما يثير تساؤلنا ما هو الأساس القانوني لامتداد الحماية التأمينية لحوادث الطريق ؟ وهل يوجد ثمة فروق فعلية بين الإصابة نتيجة حادث عمل وإصابة الطريق في القانون الأردني وقوانين الدول الأخرى .

- لم يتم تعريف حادث الطريق في القانون الأردني أو قوانين الدول محل المقارنة، مما خلف نوعًا من الاختلاف في وجهات النظر بين الفقه والقضاء، وهو بحاجة لتوضيح مفصل .

- ما هو المعيار المفضل إتباعه في تحديد طريق العمل في ظل وجود العديد من العوارض المانعة من التعويض على طريق العمل ؟

وإزاء هذه الأهمية والمشاكل التي تم عرضها لا بد لنا من التعرف كيف عالج المشرع الأردني حادث طريق العمل في ظل أحكام قانون الضمان الاجتماعي الأردني، ومدى التطور الذي وصل له القانون الأردني في مد نطاق الحماية التأمينية على حوادث الطريق، هل سبق قوانين الدول محل الدراسة أم مازال متخلفًا عنها بمراحل كثيرة، أم أنه مساوي لها ؟

منهجية البحث :

اتبعنا المنهج المقارن بين قانون الضمان الاجتماعي الأردني وبعض قوانين التأمينات الاجتماعية مع التركيز على قانون التأمين الاجتماعي المصري والقانون الفرنسي، إذ يعد القانون الفرنسي من أكثر القوانين الأوروبية تطورًا في مجال التأمينات الاجتماعية، ومثله القانون المصري مقارنه بقوانين التأمينات الاجتماعية العربية، واتبعنا في دراسة النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث المنهج الاستقرائي القائم على استقراء الاتجاهات التي تبنتها تلك النصوص في معالجتها لهذه المسائل التي تتألف منها مفردات هذا البحث، وبما أن عملية المقارنة ستنطلق من القانون الأردني، فإن هذا القانون سيكون القاعدة في عملية المقارنة مع ما انتهجته القوانين الأخرى، بالإضافة إلى نقد ما يستلزم النقد من نصوص القانون الأردني في حال شابها أي قصور عن مواكبة تطور نظام الحماية التأمينية لحادث الطريق .

لذلك تم الاستعانة بالمنهج التحليلي النقدي، لما كان النقد عقيمًا ما لم تخلفه اقتراحات تصحح وتصويب أو عرض آراء، نرى أن تشارك في تطوير النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث لنتجنب بذلك الوقوع في أسلوب السرد النظري .

خطة البحث :

لما كان الهدف المرجو من البحث التعرف على المشكلات التي يثيرها حادث طريق العمل في القانون الأردني أثناء ذهاب المؤمن عليه إلى العمل أو عودته منه، لهذا فإن خطتنا في معالجة موضوع البحث تتركز في مبحثين :

المبحث الأول : ماهية وطبيعة حادث طريق العمل .

المبحث الثاني : العوارض المناعة من التعويض في إصابة العمل .

المبحث الأول: ماهية وطبيعة حادث طريق العمل

لقد استجابت كثير من الدول لتوصية مكتب العمل الدولي بتغطية الإصابات الناشئة عن حوادث الطريق في قوانينها، ففي فرنسا لم تتم تغطية هذه الإصابات، إلا في عام 1946،أما في مصر فلم يتدخل المشرع لمد نطاق الحماية لتغطية الإصابات الناشئة عن حوادث العمل، إلا في عام

1958، ثم تناولته التشريعات اللاحقة بعد ذلك إلى أن استقر الوضع على قانون التأمين الاجتماعي الحالي رقم 79 لسنة 1975 وتعديلاته .

وقد تبنى المشرع الأردني إصابة الطريق وبسط حمايته على هذه الحوادث مع صدور أول قانون مؤقت للضمان الاجتماعي رقم 30 لسنة 1978، واستمر المشرع الأردني في مد نطاق الحماية في القانون رقم 19 لسنة 2001، والقانون رقم (7) لسنة 2010 ساري المفعول، فنصت المادة الثانية من القانون الأخير"يعتبر في حكم ذلك كل حادث يقع للمؤمن عليه خلال فترة ذهابه لمباشرة عمله أو عودته منه شريطة أن يكون الذهاب والإياب إلى مكان العمل ومنه وبالشكل المعتاد"، وتولت التعليمات التنفيذية التأمينية لإصابات العمل رقم (7) لسنة 2010 في المادة (2/ج)، توضيح العبارة السابقة واشترطت لاعتبار حادث الطريق إصابة عمل أن يقع الحادث خلال فترة ذهاب المؤمن عليه من مكان سكنه لمباشرة عمله، أو عودته شريطة أن يكون الذهاب والإياب منه بالشكل المعتاد [1].

كما أن القانون الأردني شبه حادث الطريق بالحادث الذي يقع للمؤمن عليه أثناء تأدية العمل أو بسببه، واعتبر هذه الحالات إصابة عمل، ووفقاً للتعريف الوارد في المادة (2) منه، والتي جاء فيها : " الإصابة بأحد أمراض المهنة المبينة في الجدول (1)، أو الإصابة الناجمة عن حادث وقع للمؤمن عليه أثناء تأديته لعمله أو بسببه بما في ذلك كل حادث يقع له خلال ذهابه لعمله أو عودته منه، شريطة أن يكون الذهاب إلى مكان العمل والإياب منه بالشكل المعتاد "، لذلك سوف نتناول الأساس القانوني لحادث الطريق (كمطلب أول)، ومعايير تحديد الطريق (كمطلب ثاني)، وإثبات إصابة الطريق (كمطلب ثالث) .

المطلب الأول: الأساس القانوني لحادث الطريق

قبل البحث عن الأساس القانوني لحادث طريق العمل، لا بد لنا التعرف على المقصود بمفهوم حادث الطريق، وهل يوجد فرق بينه وبين حادث العمل ؟ .

الفرع الأول: مفهوم حادث الطريق

(الطريق مؤنث والجمع أطرقه وطرق في اللغة الخط في الشيء أو كل أُحدورةٍ من الأرض [2]، والطريق هي المسافة التي تقطع ما بين نقطتين محددتين، وهي أيضاً المسافة التي تقطع من مكان لآخر، إذا كان الطريق لغة هو المسافة التي تصل ما بين نقطتين أو مكانيين؛ فإن لكل طريق نقطة أو مكان يبدأ منه، ونقطة أخرى أو مكان آخر ينتهي إليه، ومما لا شك فيه أن طريق العمل مثله مثل أي طريق آخر له نقطتين أو مكانين للبدء والانتهاء . والعامل كأي شخص آخر يسلك في حياته اليومية العديد من الطرق، منها ما يتصل بالحياة اليومية كزيارة الأقارب أو شراء المستلزمات اليومية للبيت أو الذهاب للتنزه وغير ذلك، ومنها ما هو متصل بالحياة العملية، كالذهاب من منزله إلى عمله ومن

عمله إلى منزله، إلا أن قانون الضمان الاجتماعي لا يحمي أياً من الطرق المختلفة التي يسلكها العامل إلا طريق واحد وهو طريق العمل [3].

من الملاحظ أنه يشترط في طريق العمل أن تكون إحدى نقطتي البدء والانتهاء على الأقل مكان العمل في ظل القانون الفرنسي بينما حددها المشرع في القانون المصري والأردني بنقطة واحدة، فالعامل حينما يتوجه لتأدية عمله يقصد مكان العمل، وكذلك الحال عند الانتهاء من أداء العمل يتوجه للمكان الذي يقصده من مكان العمل، إذا ففي كلا الحالتين نجد أن مكان العمل يشكل مكاناً لا غنىً عنه في تحديد نقطتي بداية ونهاية طريق العمل، ولكن يجب أن لا نغفل المكان الآخر، وهو الذي ينطلق منه العامل أثناء رحلة الذهاب للعمل، وهو الذي يقصده أثناء رحلة العودة من العمل، وهي الجهة المقابلة لمكان العمل، والتي تختلف القوانين محل الدراسة المقارنة على تحديدها على نحو ما سوف نقوم بتفصيله لاحقاً

أما فيما يتعلق باصطلاح الحادث الذي يقع أثناء تأدية العمل، بأنه ما يصيب جسم الإنسان فجأة بفعل عنيف وسبب خارجي، فلو أمعنا النظر في هذا التعريف؛ فنجده صالحاً ليطبق على حادثة الطريق على اعتبار أن المؤمن عليه يتعرض له فجأة، وبفعل خارجي هو طريق العمل ويؤدي لوقوع أضرار بجسم المؤمن عليه، ولا بد من توافر العلاقة السببية بينهما، وبالتالي يستبعد من معنى الحادث الأضرار المالية أو الأدبية؛ فكل ما يصيب العامل من خسائر كتعرض سيارته الخاصة للتلف أو الأضرار المعنوية، وكذلك الوفاة الطبيعية لا يدخل في معنى الحادث، بالإضافة لذلك لا بد من توافر شروط معينة لاعتباره كذلك، وهي وقوع الحادث خلال فترة ذهاب المؤمن عليه من مكان سكنه لمباشرة عمله أو عودته منه دون تخلف أو توقف أو انحراف عن الطريق الطبيعي المعتاد، وذلك بموجب نص المادة الثانية من قانون الضمان الاجتماعي الأردني، والفقرة (د) من نص المادة الثانية من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل وأمراض المهنة، وهذه الشروط أخذ بها القانون المصري في الفقرة (هـ) من المادة الخامسة، أما اصطلاح الطريق الطبيعي؛ فكما يعرفه البعض " هو الطريق المألوف الذي يسلكه الإنسان العادي لو وجد في ظروف مشابهة لتلك التي حدثت فيها الإصابة، وغالباً ما يكون هو الطريق الأسهل والأقصر بين محل إقامة العامل ومحل عمله " [4]، وحادث الطريق مشمول بالنظام القانوني لتأمين إصابات العمل أياً كان سببه، سواءً كان قوة قاهره أو خطأ الغير أو خطأ العامل نفسه، ما لم يكن خطأ العامل متعمد أو ناتج تعاطي المشروبات الروحية أو المخدرات ...، أو إذا تمت مخالفة التعليمات الخاصة بالعلاج أو السلامة والصحة المهنية والواجب إتباعها

من الملاحظ بأنه لم يرد ضمن نصوص النظام القانوني لتأمين إصابات العمل تعريفاً جامعاً مانعاً لإصابة الطريق، ولم تحدد الطريق تحديداً مفصلاً، ولكنها وضعت معايير عامة تاركة للقضاء والفقه حرية الاجتهاد في وضع الضوابط لهذه المعايير ، كما يلاحظ بأن المشرع تبني حماية إصابة الطريق بعد حماية حادث العمل في قوانين الدول محل الدراسة خلافاً للمشرع الأردني، الذي تبني حماية طريق العمل مع صدور أول قانون للضمان الاجتماعي .

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يوجد أهمية عملية للتفرقة بينها ؟

الأهمية العملية للتفرقة بين الإصابة نتيجة حادث عمل وإصابة الطريق :

إن نظام تأمين إصابات العمل في كل من الأردن ومصر وفرنسا يغطي كل الإصابات التي تلحق بالعامل بصرف النظر عن مصدرها، أي سواءً كانت نتيجة حادث عمل، أو حادث طريق، أو مرض مهني .

من الملاحظ بأنه لا يوجد أي أهمية عملية للتفرقة، سواءً من حيث قيمة الاشتراكات التي يؤديها صاحب العمل، أو من حيث مقدار التعويضات التي تدفع في حال تحقق الخطر في إحدى صوره في القانون الأردني والمصري، فالمادة (24) من القانون الأردني، والمادة (46) من القانون المصري أوجبت اشتراك واحد مقابل التعويض عن الأخطار التي يتعرض لها المؤمن عليهم بسبب إصابة العمل مهما كان مصدرها، ولكن الاختلاف يكمن من الناحية النظرية إن صح التعبير، من حيث الشروط الموضوعية لكل منهما، وظروفهما المكانية والزمانية، وتحديد التكييف الصحيح للحادث الذي أصاب المؤمن عليه (العامل)، ولا يعني ذلك أنه لا يوجد أهمية لوصف الحادث وتكييفه .

فهذه الأهمية مقصورة على التشريع الفرنسي دون التشريع الأردني والمصري؛ فقد رتب القانون الفرنسي آثاراً هامة على هذه التفرقة لا تتصل في العلاقة بين المصاب والمؤسسة التأمينية؛ لأن التعويضات والبدلات واحدة في الحالتين، ولكن تبرز أهمية التفرقة على حساب قيمة الاشتراكات التي يلزم صاحب العمل بأدائها لكل من حوادث العمل وحوادث الطريق، بحيث تزيد قيمة هذه الاشتراكات، كلما زاد عدد حوادث العمل، والعكس فإنها لا تتأثر مهما كان عدد حوادث الطريق [5]، وتحديد قيمة الاشتراكات يتم بالنظر لما تكشف عنه الجداول الإحصائية من نتائج خلال السنوات السابقة على سنة التقدير وتتوقف قيمة الاشتراك أيضاً على أهمية الأخطار التي تتولد عن الأنشطة الخاصة بالمؤسسة، ويرى البعض [6]، أن لهذا الاختلاف ما يبرره من أسباب، إذ إن صاحب العمل يملك سلطة الأمر واتخاذ الإجراءات التي تكفل السلامة والصحة المهنية في نطاق حوادث العمل، لذلك يعتبر الربط بين قيمة الاشتراك وتكلفة الأخطار، والتي تتحقق في نطاق النشاط المهني الذي يمارسه من الحوافز التي تدفعه لاتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تحقق الأخطار، بينما لا يكون الأمر

كذلك في نطاق حوادث الطريق؛ لأن صاحب العمل ليس له دور في إثارتها أو منع تحققها، ولعل ذلك يعود إلى أن الحادث الذي يقع خارج نطاق الشركة في وقت لا يكون فيه العامل تحت سلطة صاحب العمل، وبذلك فإن الربط بطريقه فردية بين قيمة الاشتراك وأهمية تلك الأخطار يكون نوعاً من الجزاء تستهجنه العدالة .

إلا أننا نذهب لعكس ما ذهب إليه الفقيه، كون أصحاب العمل دائماً ما يتحايلون على القانون ويحاولون الادّعاء بأن الحادث حادث طريق، وليس حادث عمل للتخفيف عليهم من عبء قيمة الاشتراكات التي تتزايد في ظل تزايد حوادث العمل، وبذلك فإنهم سوف يمارسون سلطتهم بالضغط على العمال للادعاء بأن الإصابة التي تعرضوا لها هي بمثابة إصابة طريق وليس حادث عمل، خصوصاً إذا كانت تكاليف علاج الإصابة مرتفعة جداً؛ فيقبل العامل بذلك خوفاً من بطش صاحب العمل من إنهاء خدماته في العمل، مما يؤدي لتناقض الأقوال وضياع الحقوق المترتبة للعمال في الحصول على التعويض في حال عدم اعتبار الإصابة التي تعرض لها المؤمن عليه إصابة عمل، فلو أن قيمة الاشتراك تم تقديرها، كما هو الحال في حوادث العمل لاستوجب على أصحاب العمل أن يفكروا بالحلول من أجل تحقيق الوقاية للعمال من مخاطر الطريق بتوفير المساكن القريبة من أماكن العمل للتقليل من الأخطار التي يتعرض لها العمال أثناء الذهاب والإياب لمكان العمل خصوصاً العمال الذين يسكنون في مناطق تبعد مسافات طويلة عن مكان العمل، كون فرصة تعرضهم لهذه المخاطر تكون أعلى؛ لذلك فإن قيمة الاشتراك بنسبة مئوية جزافية من الأجور لن تحفز أصحاب العمل على الاهتمام بإيجاد الحلول اللازمة للمحافظة على سلامة العمال من مخاطر الطريق أولاً، ومحاولة الادعاء بأن أي إصابة تلحق بالعامل هي إصابة طريق كونه لا يتحمل أي عبءٍ زائد في قيمة الاشتراك إذا كانت الإصابة التي تعرض لها المؤمن عليه إصابة طريق .

وإذا كان مسلك القانون الأردني في شأن قاعدة التقدير الموحد لقيمة الاشتراك هي موضع انتقاد لدينا، كما هو الحال في القانون المصري، ويمكن في تقديرنا أن نعمل قاعدة مؤداها " كلما زادت إصابات العمل، اتضح لنا عدم الاهتمام بالسلامة والصحة المهنية، مما يؤدي إلى زيادة قيمة الاشتراكات التي يؤديها رب العمل، وكلما قلت إصابات العمل، اتضح لنا الاهتمام بالوقاية والسلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل، وكذلك الحفاظ على العمال من مخاطر الطريق، مما يؤدي إلى انخفاض قيمة الاشتراكات التي يؤديها صاحب العمل "

ولا بد من الإشارة إلى أهمية تكييف الحادث، للتفرقة بين ما يعتبر من حوادث الطريق؛ فيخضع لقانون الضمان الاجتماعي، وبين ما يعتبر من الحوادث العادية التي قد يتعرض لها العامل في حياته اليومية؛ فيخضع للقواعد العامة في المسئولية المدنية [7]، فإذا كانت إصابة المؤمن عليه ناتجة عن

حادث طريق تسبب فيه صاحب العمل أو أحد تابعيه؛ فللمؤمن عليه الحق في الرجوع على رب العمل أو تابعيه، وفقاً للقواعد العامة في المسئولية المدنية للحصول على تعويض عن عناصر الضرر الأخرى التي لم تغطها قيمة التعويض الجزافي .

ويرى البعض [8]، بأن الجمع بين التعويض الجزافي والتكميلي، يؤدي إلى وضع المضرور في حادث الطريق في مركز قانوني أفضل من المضرور في حادث عمل أو حادث عادي؛ لأن المضرور من حادث عمل لا يمكنه الرجوع على أي شخص، وفقاً لقواعد المسئولية المدنية، إلا في حالة خطأ صاحب العمل الجسيم، كما أن المضرور في حادث يخضع لقواعد المسئولية المدنية لا يمكنه الاستفادة من مزايا النظام القانوني لتأمين إصابات العمل وأمراض المهنة ، ويرى البعض الاخر [9]، بأن المضرور في حادث طريق يمكنه أن يستفيد من الجهتين؛ بحيث يستفيد من مزايا النظام القانوني لتأمين إصابات العمل، ومزايا القواعد العامة في نفس الوقت ، ونظراً لأهمية هذه الفروق في تكييف الواقعة التي أحدثت الإصابة لتحديد مقدار الاشتراكات، والتعويضات في القانون الفرنسي ومدى وجوب ضمانها في القانون الأردني والمصري، وفيما يتعلق بمعيار التفرقة بين حوادث العمل وحوادث الطريق؛ فإن الفكرة السائدة هي فكرة الخضوع لسيطرة رب العمل وإشرافه، لذلك لا بد لنا أن نطرح السؤال التالي : ما الأساس القانوني الذي استند إليه المشرع لامتداد حماية العامل ضد حوادث الطريق ؟

الفرع الثاني: الأساس القانوني لامتداد الحماية إلى حوادث الطريق

بالرغم من الجدل الواسع الذي أثير حول الأساس القانوني، الذي يبرر حماية العامل ضد حوادث طريق العمل؛ فقد اتجه الفقه منذ البداية إلى فكرة التبعية، أو السلطة لإضفاء الصفة المهنية على إصابة الطريق .

كون الحادث الذي يتعرض له العامل لا يمكن اعتباره حادث عمل، إلا إذا كان العامل " تابعاً لرب العمل "؛ فالمشرع عندما حمى حوادث الطريق يكون قد مد سلطة صاحب العمل حتى في طريق العمل [10]، واعتبر أساس هذه التبعية اقتصادية وليس قانونية [11]، كما أن هذه الفكرة وجدت لها صدى في بعض أحكام القضاء [12]. إلا أن هذه الفكرة واجهت العديد من الانتقادات، لأن العامل أثناء ذهابه وإيابه إلى مكان العمل لا يخضع لرقابة أو سلطة صاحب العمل؛ فلا يتمكن صاحب العمل من ممارسة حق الرقابة، وسلطة الإشراف على العامل عندما يستقل سيارته الخاصة، أو سيارة الأجرة أو الحافلة التي تنقله من مكان لآخر، كما يرى البعض بأن وجود العامل في حالة خضوع قانوني لسلطة رب العمل أثناء تعرضه لمخاطر الطريق لا يقوم إلا على الافتراض، كون إصابة الطريق تحدث عندما يكون العامل متمتعاً بحريته واستقلاله اتجاه صاحب العمل، ولا يكون هناك أدنى

خضوع أو تبعية. ورفض البعض فكرة التبعية بقولهم أن المشرع لو كان يرى في حادث الطريق حادث عمل حقيقي يقوم في فكرته على وجود علاقة تبعية حتى ولو كان التسليم بوجودها يقوم على الافتراض، فإن إيراد نص خاص يقرر الحماية في مواجهة أخطار الطريق، ويبين أحكامها يصبح أمر غير لازم وغير مفيد.

ويرى البعض الآخر بأن حادث الطريق يعتبر حادث عمل بموجب الإرادة الصريحة للمشرع [13]، كون التعويض عنه لم يتقرر بمقتضى الامتداد الافتراضي لعلاقة العمل أثناء الطريق ومسئولية صاحب العمل بموجب هذا الامتداد، ولكن تقرر إيماناً من المشرع بأن يمتد نطاق الحماية التأمينية ليشمل هذا الخطر؛ فمن خلال الضمان الاجتماعي يمكن أن نقسم عبء الأخطار على عاتق الجماعة؛ فليس من العدالة أن يتحملها صاحب العمل لوحده. فالمشرع لا ينظر إلى المركز القانوني للعامل أثناء الطريق، ولكن ينظر للطريق ذاته موضوعه وارتباطه بالعمل، إذاً فالحماية في مواجهة أخطار الطريق تهتم بالحفاظ على قدرة العمل وصحة العاملين كضرورة اجتماعية، وهو الأساس الذي تقوم عليه الحماية التأمينية ، والوظيفة الأساسية التي يعمل المجتمع على تحقيقها من خلاله .

ويرى البعض[14] أن أساس حماية إصابات الطريق يرجع إلى كون العامل في حالة ذهابه إلى العمل يكون قائماً بتنفيذ مهمة من مهام العمل المسند إليه؛ فيكون الدافع الحقيقي لقطعه الطريق أمر ذو طابع مهني، مما يستوجب حمايته، ويذهب صاحب هذا الرأي للقول بأن السبب الذي من أجله نص المشرع على حماية إصابات الطريق انطلق من فكرة بسيطة مضمونها أن قطع الطريق من أو إلى العمل هو أحد الشروط الجوهرية لتنفيذ عقد العمل، من أجل القيام بالعمل الموكول له، مما يستلزم إضفاء الحماية المقررة على الإصابات التي تحدث له على الطريق

ويمكننا القول إن البحث عن أساس قانوني لحماية إصابات الطريق لا يوجد له ضرورة منطقية؛ لأن أنظمة الضمان الاجتماعي كفلت هذه الحماية، وجعلت مثل هذا البحث والاجتهاد لا جدوى منه، بما أن الحماية أصبحت وظيفة اجتماعية؛ فإن أياً من الاعتبارات التي يتحدد النظر إليها ضمن نطاق الحماية تتسم بالوحدة، وبذلك فإن أي محاولة تهدف إلى التمييز بين أكثر من أساس قانوني للحماية بالنظر للمظاهر المختلفة للإصابة، وأسبابها تصبح ضرباً من العبث ، ولكن في نفس الوقت لا يمكننا استبعاد الضرورات المهنية بشكل نهائي؛ لأنه لولا الوظيفة أو العمل لما حدثت الإصابة، وهو ما يميز إصابة الطريق في ظل قوانين التأمينات الاجتماعية عن حوادث المرور العادية، والتي تخضع للقواعد العامة في المسئولية المدنية .

لم يحدد المشرع الأردني وكذلك المصري، كما لاحظنا سابقاً طريق العمل بنقطتين، بل حدد بنقطة واحده، وهي العمل وبصياغة أدق لم يحدد المشرعان نقطة الانطلاق، ويبدو هذا واضحاً من

خلال استعمال عبارة خلال فترة ذهابه لمباشرة عمله، مما يدل على ترك الحرية للمؤمن عليه باختيار نقطة الانطلاق، سواءً من منزله الذي يقيم فيه عادة أو منزل الزوجة الثانية أو أحد الأصدقاء، أو من مزرعته مما يعني أن يكون هدفه الانطلاق نحو مكان العمل من أجل مباشرة العمل .

يلاحظ بأن المشرع الأردني أخذ بمعيار زماني في تحديده لحادث الطريق، يتم بموجبه الاعتراف بالحادث الذي يقع (خلال فترة ذهاب المؤمن عليه لمباشرة عمله أو عودته منه)، وكذلك بمعيار مكاني وهو المكان الذي ينطلق منه المؤمن عليه لمباشرة عمله، والمكان الذي يعود إليه منطلقاً من مكان العمل، بشرط أن لا يكون هناك تخلف أو توقف، أو انحراف عن الطريق الطبيعي المعتاد، ويمكن أن نستدل على أخذ المشرع الأردني بالمعيار المكاني بما ذهبت إليه نص الفقرة (د) من المادة (3) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل في القانون الأردني رقم 2 لسنة 2002 ، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المؤسسة التأمينية باشتراط العنصر المكاني في حادث الطريق لاعتباره إصابة عمل، بالرغم من مخالفة ذلك لنص المادة الثانية من القانون، والتي لم تأخذ بالعنصر المكاني؛ فيشترط بالحادث أن يقع على طريق العمل، وطريق العمل حسب اجتهاد المؤسسة التأمينية هو الطريق الذي يقع بين نقطتين، وهما مكان العمل ومكان سكن العامل، بموجب نص الفقرة (د) من المادة (3) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل رقم 2 لسنة 2002، ونتيجة لهذا الاختلاف؛ فإن إصابة الطريق تتطلب منا تحديد الطريق مكانياً وزمانياً، وهذا ما سنبحثه في المطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الثاني: معايير تحديد طريق العمل الذي يحميها القانون

لقد حددت المادة (2) من القانون الأردني إصابة الطريق بأنها الإصابة التي تلحق بالشخص (.... خلال ذهابه لعمله أو عودته منه شريطة أن يكون الذهاب إلى مكان العمل والإياب منه بالشكل المعتاد)

واشترطت المادة (4/د) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل لاعتبار حادث الطريق إصابة عمل أن يقع الحادث خلال فترة ذهاب المؤمن عليه من مكان سكنه لمباشرة عمله، أو عودته منه دون تخلف أو توقف أو انحراف عن " الطريق الطبيعي المعتاد "، فمكان العمل إذاً هو أحد نقطتي الطريق؛ فهو نقطة نهاية الطريق في الذهاب ونقطة البداية في العودة، كما أن إصابة الطريق لا بد أن تقع خلال فترة الذهاب والإياب؛ فوقت العمل يشكل معياراً لمعرفة زمن وقوع الإصابة أثناء الذهاب والإياب، وعليه لا بد لنا من البحث في النطاق المكاني والزماني للطريق، وسوف نقوم بتخصيص فرع مستقل لكل واحد منهما.

الفرع الأول: النطاق المكاني لطريق العمل

الحماية ضد مخاطر الطريق تتطلب تحديداً جغرافياً لنطاقها، ويتم هذا التحديد بالنظر إلى العلاقة المرتبطة بين الانتقال والضرورات المهنية، وبعبارة أكثر دقة بالنظر إلى العلاقة بين الانتقال وتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد العمل [15]، والواقع أن الحماية من حيث نطاقها الجغرافي أو (المكاني)، تنحصر بين نقطتين أو مكانين، ويلاحظ بأن مكان العمل كنقطة أولى للطريق، الذي تمتد إليه الحماية لا يثير أدنى مشكلة قانونية؛ لأن هذه النقطة من الأمور التي تفرضها طبيعة الأشياء، وعلى الرغم من أن عبارة مكان العمل لم ترد مثلاً في القانون الفرنسي دون القانونين المصري والأردني، ولكن تحديد النقطة المقابلة لمكان العمل هو ما يثير الكثير من المشاكل في تحديد الطريق المحمي، وهذه النقطة التي يقصدها العامل أثناء الذهاب إلى العمل، ويقصدها أثناء الإياب من العمل، وهي ما يطلق عليها الجهة المقابلة لمكان العمل، والتي تختلف القوانين محل الدراسة في تحديدها، وبالرغم من ورود لفظ (مكان العمل) في القانون الأردني، إلا أنه لم يحدد النقطة المقابلة لمكان العمل، أما القانون المصري لم يشر بوضوح إلى لفظ (مكان العمل) كنقطة بداية أو نهاية للطريق، وبناءً على ذلك؛ فإن تحديد النطاق المكاني لطريق العمل يقتضي منا دراسة نقطتي أو طرفي الطريق، وهما مكان العمل والجهة المقابلة له، وهذا يتطلب تقسيم هذا الفرع إلى بندين:

البند الأول : مكان العمل .

يعتبر مكان العمل النقطة الرئيسية، الذي ينتهي إليه طريق العمل ويبدأ منه في جميع قوانين الدول محل الدراسة، ويقصد به المكان الذي يحدده صاحب العمل، لكي ينفذ فيه العامل ما أوكل إليه بناءً على تعليمات صاحب العمل، وقد يكون هذا المكان ثابتاً [16]، كما لو كان مصنعاً للملابس، وقد يكون متغيراً حسب طبيعة النشاط المهني [17]، الذي يمارسه العامل مثل عمال شركات الصيانة ومندوبي المبيعات، وغالباً ما يتوجه العمال في هذه الشركات إلى المكان الذي تقتضيه مصلحة صاحب العمل، وهو على الأغلب مكان تواجد عملائه وزبائنه أو إلى الأماكن التي يوجد فيها الأعطال مباشرة، كالفنيين الذين يعملون في شركات الكهرباء والاتصالات " أعطال الهاتف "، لإجراء أعمال الصيانة.

وينطبق هذا الأمر كذلك على الأخصائيين، الذين يعملون على إصلاح وصيانة الأدوات الكهربائية في الشركات التي تنتج هذه الأدوات .

مما يعني بأنه لا يشترط أن يكون مكان العمل وزارة أو دائرة حكومية، ويرى البعض بأنه لا يشترط كذلك أن يعرف العامل مكان العمل، الذي يتم إرساله إليه من قبل جهة العمل، طالما سيتعرف عليه لاحقاً [18]، وقد اشترط القانون الأردني أن تكون الإصابة أثناء الذهاب والإياب من وإلى

مكان العمل، مما يستنتج بأن المشرع لم يقصد بمكان العمل منطقة جغرافية محددة، كمقر المؤسسة أو الشركة أو المصنع، بل هو كل مكان يمارس فيه العامل عمله، وفقاً لأوامر صاحب العمل [19]، أما المشرع المصري فاعتبر بحكم إصابة العمل الإصابة الناجمة عن الحادث الذي يتعرض له المؤمن عليه خلال فترة " ذهابه لمباشرة عمله أو عودته منه "، ومن الملاحظ بأن المشرع المصري لم يشر صراحة إلى " مكان العمل "، باعتبار أحد طرفي الطريق الذي تمتد إليه الحماية بعكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي [20].

ويرى البعض من الفقه أن المشرع المصري استخدم عبارة تتسم بالمرونة في إشارته إلى مكان العمل [21]، وقد أظهر القضاء الفرنسي مرونة في تحديد مكان العمل [22]، كما أورد في صياغة النص التشريعي مفهوماً قانونياً يتسم بالاتساع؛ فلم يحصر مكان العمل في حدود ثابتة لا تقبل التعديل؛ فاعتبر مكان العمل كل مكان يتم تنفيذ المؤمن عليه لالتزاماته المهنية ؛ حيث يكون خاضعاً لسلطة صاحب العمل في التوجيه والرقابة والإشراف [23].

واعتبر الحادث الذي تعرض له أفراد الفرقة الموسيقية أثناء عودتها من المسرح الذي أدت فيه حفلتها حادث طريق، واعتبر المسرح هو مكان العمل، كما اعتبر المعرض الذي كلفت الشركة ثلاثة من عمالها بالذهاب إليه مكاناً للعمل في مجال تطبيق حادث الطريق [24].

ويرى البعض من الفقه الفرنسي بأن مكان تنفيذ المهمة التي كلف بها العامل له حكم مكان العمل الأصلي، ومن ثم فالحادث الذي يقع أثناء الانتقال إلى مكان تنفيذ المهمة يعتبر حادث طريق [25].

واعتبر القضاء الاجتماع النقابي الذي عقد بعد انتهاء الدوام مكاناً للعمل، وبذلك اعتبر الحادث الذي وقع في طريق العودة منه حادث طريق [26]، ولا بد أن يكون الانتقال إلى مكان العمل من أجل تنفيذ الالتزامات المهنية، وليس تحقيقاً لمصالح شخصية للاستفادة من أحكام الحماية التأمينية في مواجهة أخطار الطريق [27]، فلا يعتبر حادث طريق عمل، كما لو كان المؤمن عليه متوجهاً لمقابلة صديق، أو من أجل الحصول على متعلقات شخصية موجودة في مكتبه، أو لحضور احتفال تقيمه المنشأة التي يعمل بها، وغير ذلك من الأمور الخاصة الغير متعلقة بالعمل، أما فيما يتعلق بتحديد مكان العمل لفئة العاملين على السفن وأرصفة الشحن والتفريغ، وبالرغم من الاختلاف الفقهي لتحديد مكان العمل، فاعتبر البحث عن العمل في حكم مكان العمل للعاملين المهنيين، أما بالنسبة للعاملين العرضيين فلا تسري بحقهم أحكام الحماية في مواجهة أخطار الطريق، إلا أثناء الانتقال بين مكان البحث عن العمل؛ حيث يتلقى العامل عرض الاستخدام ومكان العمل، كما اعتبر في حكم مكان العمل عيادة أخصائي أمراض جراحة العيون، كون الحادث الذي تعرض له المؤمن عليه كان

أثناء عودته من مراجعة أخصائي العيون لمعالجة عينه موضوع إصابة العمل الأولى؛ فاعتبرت الإصابة الثانية إصابة عمل بالمعنى المقصود بالمادة الثانية من قانون الضمان الاجتماعي الأردني، واعتبار عيادة الاختصاص بمثابة مكان العمل، الذي توجه منه المؤمن عليه إلى محل إقامته بعد الانتهاء من العلاج [28].

وعليه يمكننا اعتبار مكان العمل في القانون الأردني كل موقع بإمكان المؤمن عليه أن يقوم بممارسة وظيفته أو حرفته فيه، ويدخل في ذلك أي وزارة أو دائرة حكومية أو هيئة أو مؤسسة رسمية أو عامة، أو أي شركة أو مؤسسة أو جمعية أو مصنع، أو أي شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر من الأشخاص الخاضعين لأحكام هذا القانون، وكذلك أي شخص طبيعي يعمل لحسابه الخاص، كما يدخل في مفهوم ذلك الأماكن التي يمكن أن يكلف المؤمن عليه بالذهاب إليها، وفقاً لمتطلبات الوظيفة، كما يعد مكاناً للعمل مقر اجتماع مجالس الإدارة للشركات والمؤسسات، أو أي مكان تحدده جهات العمل لعقد الاجتماعات الخاصة بأعمالها، والخلاصة مما سبق أن محل العمل قد يكون ثابتاً، وقد يكون متغيراً؛ فليس ضرورياً أن يتصف بالثبات، ومن ثم لا بد أن يكون الذهاب لمكان العمل أو العودة منه أمر يتعلق بالعمل، وبدون ذلك لا يعتبر حدوث الإصابة على طريق العمل كافياً لاعتبار الإصابة تستحق الحماية، فلا بد لنا من النظر إلى العلاقة بين الانتقال وتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد العمل وتحقق المخاطر المهنية .

فإذا اعتبرنا مكان العمل بالتحديد السابق أحد نقطتي طريق العمل؛ فإن السؤال الذي يطرح نفسه ما هي النقطة الأخرى لطريق العمل ؟ وهذا ما سوف نتناوله في البند الثاني من هذا الفرع .

البند الثاني : الجهة المقابلة .

سبق وأن عرفنا طريق العمل بأنه الطريق الذي يصل بين نقطتين الأولى مكان العمل، وهو المكان الذي يقصده العامل لتأدية العمل، ولكن هذا الطريق كغيره من الطرق له نقطتان؛ فما هي النقطة المقابلة لمكان العمل، والتي ينتهي عندها الطريق الطبيعي أو يبدأ تبعاً للاتجاه الذي يسلكه العامل المصاب ؟ وهل تعتبر الحوادث التي تقع للمؤمن عليه على هذه الطرق حوادث طريق مشمولة بالحماية المقررة وفقًا للنظام القانوني لتأمين إصابات العمل محل الدراسة أم لا ؟

تصعب الإجابة على هذا التساؤل، بل وتختلف في قوانين الدول محل الدراسة؛ بينما نجد المشرع الفرنسي قد حدد الجهة المقابلة لمكان العمل فحصره في المسكن الأصلي والثانوي، وأي مكان يقصده العامل بشكل اعتيادي لأسباب عائلية، وكذلك المكان أو المطعم الذي يتناول فيه العامل طعامه بشكل اعتيادي [29]، نجد بأن المشرع الأردني والمصري قد أغفلاً الجهة المقابلة لمكان العمل .

فلم يتم تحديد الجهة المقابلة لمكان العمل في جميع التشريعات المتلاحقة في قانون الضمان الاجتماعي الأردني، بالرغم من اشتراطه وقوع الإصابة خلال الذهاب والإياب إلى مكان العمل [30]، أما التعليمات التنفيذية لإصابات العمل؛ فاعتبرت مكان السكن هو الجهة المقابلة لمكان العمل [31].

كما أن اجتهاد المؤسسة التأمينية كان يعتبر بأن مقر الإقامة الأصلي للمؤمن عليه، هو بمثابة الجهة المقابلة لمكان العمل، ولكن بصدور قرار محكمة العدل العليا، والذي ذهب للقول : " إن الإصابة التي يتعرض لها المؤمن عليه (المستدعي)، أثناء توجهه إلى مركز عمله في الشركة بالمعنى المقصود بالمادة (2) من قانون الضمان الاجتماعي الأردني، التي لا توجب أن يكون الانطلاق إلى مكان العمل من محل إقامة المؤمن عليه " [32]، ويستفاد من ذلك تأكيد المبدأ الذي قصده المشرع في المادة الثانية من القانون، وهو عدم تحديد الجهة المقابلة لمكان العمل بالتحديد في القانون الأردني ليفسح المجال لاجتهاد المؤسسة التأمينية والاجتهاد القضائي، وبذلك يكون المشرع قد وسع نطاق الحماية للجهة المقابلة لمكان العمل التي تقررها نصوص القانون، والتي من الممكن أن ينطلق منها المؤمن عليه باتجاه مكان العمل كمكان إقامته الرئيسي أو الثانوي أو منزل صديق له أو فندق، أو حضوره لعرس لأحد الأقارب والمبيت عندهم، والانطلاق إلى مكان العمل من هذا المكان، مما يعني بأن لكل حالة ظروفها خاصة .

وهذا ما أخذت به محكمة العدل العليا في قراراتها اللاحقة؛ فقد تطرقت للجهة المقابلة لمكان العمل؛ فقضت : " يبدأ طريق العمل بمجرد مغادرة العامل باب منزله، أو أي مكان آخر يتواجد فيه متوجهاً إلى العمل في حين يبدأ الطريق من العمل بمجرد مغادرة العامل مكان العمل، بمعنى أنه لا يشترط أن تكون العودة مباشرة إلى مكان السكن " الدائم أو الثانوي " [33].

فمحكمة العدل العليا لم تستلزم أن تكون الجهة المقابلة منزل العامل أو مقر سكنه الدائم؛ فقد يكون أي مكان يقصده العامل للسياحة أو قضاء إجازة، وينطلق منه إلى العمل، مما يعني بأن محكمة العدل العليا الأردنية أخذت بالتعريف الموسع للجهة المقابلة لمكان العمل، مما يحقق الحماية للعامل وهو ما يؤيده الباحث؛ لأنه من غير المتصور بأن يقضي العامل طيلة عمره في التنقل من منزله إلى مكان العمل والعكس

أما المشرع المصري فهو كالمشرع الأردني لم يحدد الجهة المقابلة لمكان العمل؛ فاعتبر الحادث حادث طريق بمجرد وقوعه للعامل في حال ذهابه أو عودته من العمل دون أي اهتمام بالجهة التي سيقصدها بعد انتهاء العمل أي عند خروجه منه [34]، إلا أن الأمر لا يبدو بهذه السهولة، أو على نحو من الإطلاق الذي جاء به المشرع المصري في القوانين المتلاحقة للتأمينات الاجتماعية ابتداءً من القانون رقم 202 لسنة 1958، وانتهاء بالقانون رقم 79 لسنة 1975 ساري المفعول عندما نص في

المادة (5) فقرة (هـ) من القانون الأخير على أن حادث الطريق هو الذي يقع للمؤمن عليه خلال فترة ذهابه لمباشرة عمله أو عودته منه، وذلك دون تحديد الجهة أو الجهات المقابلة لمكان العمل .

وانقسم الفقه إزاء ذلك؛ فأظهر البعض [35]، ميولاً لاعتبار الجهة المقابلة لمكان العمل هي منزل العامل؛ لأنه من الطبيعي أن يبدأ العامل طريقة إلى العمل من منزله، كما أن طريقه من العمل ينتهي بالوصول للمنزل؛ حيث يستطيع الحصول على الراحة والاستقرار .

وذهب رأي آخر للقول بأن الجهة المقابلة لمكان العمل هي محل الإقامة الدائم أو المؤقت، خاصة وأن المشرع لم يحدد الجهة المقابلة، بل جاء النص مطلقاً [36]، إلا أن هذا الاتجاه الذي توصل إليه مجموعة الفقهاء، ورغم اعتداده بمحل الإقامة المؤقت لا يرى البعض أنه يتماشى من نص المادة (5/هـ) من القانون، والذي جاء مطلقاً؛ لأن هذا الإطلاق كما يرى أصحاب هذا الرأي يسمح باعتبار الإصابة ناشئة عن حادث طريق أياً كان المكان القادم منه العامل أو المتوجه إليه فلا يقتصر على محل إقامته المؤقت أو الدائم القادم منه أو متوجهاً إليه [37]، ويدخل في مفهوم الجهة المقابلة بحسب رأي الفقه مكان الفرح الذي توجه إليه المؤمن عليه؛ فقضي ليلته هناك وتوجه مباشرة من مكان الفرح إلى محل عمله في اليوم التالي؛ فأصيب على الطريق الطبيعي الواصل بين النقطتين [38]، كما اعتبر المطار الجهة المقابلة لمكان العمل، كما لو أن أحد العمال قد قضى ليله في المطار بانتظار أحد أقاربه وغادر المطار إلى مكان العمل مباشرة، وتعرض لإصابة خلال ذهابه لمقر العمل؛ فيعتبر الحادث الذي تعرض له حادث عمل .

ويرى البعض بأن المشرع المصري اتبع أسلوباً مرناً بعدم تحديده للجهة المقابلة لمكان العمل كونه يرمي إلى توسيع نطاق الحماية للعامل [39]، بحيث يغطي جميع حوادث الطريق التي تقع، أياً كان المكان الذي توجه منه العامل لمباشرة عمله، وأياً كان المكان الذي توجه إليه بعد انتهائه من العمل، وبالرغم من سيادة الاتجاه الحديث الذي توسع في تحديد الجهة المقابلة لمكان العمل ولفترة طويلة، إلا أن ظهور رأي جديد يساند أصحاب الاتجاه التقليدي " المفهوم الضيق للجهة المقابلة لمكان العمل " لا يؤيد ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الحديث؛ لأنه يرى بأن عدم تحديد الجهة المقابلة لمكان العمل يتعارض وفحوى عبارة النص؛ لأن عبارة النص في ظاهر لفظها وفحواها توجب قانوناً تحديد الجهة المقابلة تحديداً يقوم على عنصر الاعتياد وما يقتضيه من ثبات واستقرار [40]، وقد وجد هذا الرأي من يدافع عنه بقوة [41]، وذهب صاحب هذا الرأي إلى القول بأن الحل المناسب في تحديد الجهة المقابلة هو أن تكون موطن العامل ومحل إقامته؛ لأن أمر تحديدها يساعد على إعمال وفهم النصوص القانونية؛ لأنه بغير ذلك سوف تثير الكثير من الصعوبات ليس من السهولة معالجتها، ولعل أبرزها تحديد مفاهيم الأفكار الرئيسية لفكرة حوادث الطريق كتحديد مفهوم الطريق

الطبيعي والزمن الطبيعي، بالإضافة إلى أن عدم تحديد الجهة المقابلة سيؤدي إلى عدم الأخذ " بالتوقف والتخلف والانحراف " كعوارض من عوارض الطريق، مما يؤدي إلى فقدان العمال للحماية القانونية في بعض الأحوال، ويرى الفقيه أنه بإتباع هذا الرأي سيؤدي إلى التوسع في حماية العمال توسعاً معتدلاً من ناحية كونه يؤدي إلى إطالة الطريق المحمي بموجب زيادة نقاط التوقف والتخلف والانحراف، وغير مسرف من ناحية أخرى؛ لأنه سيؤدي لتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً؛ بحيث لا تمتد الحماية إلى العمال إلا خلال طريق العمل فقط دون الطرقات التي يقطعونها لقضاء مصالحهم الشخصية

وإزاء ذلك ظهر اتجاه حديث وسط بين الاتجاهين السابقين، والذي مؤداه أن الجهة المقابلة لمكان العمل هي عادةً مسكن المؤمن عليه الدائم أو المؤقت، إلا أنها ليست قاصرة دائماً على موطن ومسكن المؤمن عليه بشرط أن لا يتجاوز بعد هذه الجهة عن مكان العمل المسافة المعقولة والطبيعية .

وخلاصة ما توصل إليه صاحب هذا الرأي هو أن ليس كل جهة يقصدها المؤمن عليه بالغة ما بلغت هي الجهة المقابلة لمكان العمل، كما يذهب لذلك أنصار المفهوم الموسع في هذا الصدد بالمقابل فإن هذه الجهة لن تكون قاصرة دائماً وحكراً على مسكن المؤمن عليه الدائم أو المؤقت، كما ذهب لذلك أنصار المفهوم الضيق، ولكن هي كل جهة يقصدها المؤمن عليه شريطة أن تكون على مسافة معقولة لا تبعد كثيراً عن المسافة بين مسكن المؤمن عليه ومقر عمله؛ فإذا كانت المسافة إلى المكان الذي قصده المؤمن عليه تبلغ ضعف المسافة بين مقر العمل والسكن لم تكن الجهة المقابلة على الوجه السابق هي الجهة المعقولة والطبيعية لنهاية طريق العودة أو بداية طريق الذهاب إلى مكان العمل، وهي مسألة تقديرية يترك أمر تقديرها لمحكمة الموضوع تنظر في كل حالة على حده [42].

وأخيراً فإننا نلاحظ بأنه إذا أخذنا بآراء الفقه، والذي قام بتحديد الجهة المقابلة بنقطة ثابتة خلال ذهاب وإياب المؤمن عليه لمكان العمل؛ فإن نصوص القانون في التشريعيين الأردني والمصري تقف عائقاً دون الأخذ بهذه الآراء؛ فكلا النصين جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه، إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالةً، وهذا ما ذهب إليه أغلب الفقهاء، ولو أننا أخذنا بالآراء المتفرقة وتجاهلنا نصوص القانون سيترتب على ذلك التضييق من نطاق الحماية المقررة في حين أن النص الحالي يسمح بامتداد الحماية إلى العامل أياً كان المكان الذي يقصده في عودته من العمل، كما لو كان متوجهاً إلى مسرح أو صديق أو عيادة طبيب ..... إلخ، وهذا ما أيدته محكمة العدل العليا في أغلب قراراتها، وإزاء ذلك فإنه في تقدير الباحث لا يمكن الأخذ بهذه الأمور إلا بمعيار شخصي، أي تبعاً لظروف كل حالة ويترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع .

وأتمنى على المشرعين الأردني والمصري أن يشرعا بتعديل نص المادة الثانية من قانون الضمان الاجتماعي الأردني، وكذلك المادة (5/هـ) من القانون المصري للنص بوضوح على الجهة المقابلة لمكان العمل على سبيل المثال لا الحصر مع النص على ضوابط معينة بشأن تحديدها من أجل إنهاء الجدل الفقهي في ذلك وحسم نقاط الخلاف حولها، ولتمتد حماية القانون إلى العمال بموجب نص تشريعي لا باجتهاد العاملين في المؤسسة التأمينية في كلاً من الأردن ومصر أو الاجتهاد الفقهي، الذي قد يصيب أو يخطئ .

كما أنه يترك الباب مفتوحاً لاجتهادات القضاء من أجل الوصول، وبشكل نهائي لتحديد معيار مكاني نهائي لطريق العمل المحمي تأمينياً والموجب للتعويض، وفقاً لمقاصد المشرع في هذا الشأن .

فإذا كان النطاق المكاني للطريق يتحدد بنقطتين أو طرفي الطرق، وهي مكان العمل والجهة المقابلة، وهذا لا يكفي لتحديد الطريق؛ لأن الإصابة تكون خلال الذهاب والإياب إلى مكان العمل، أي لا بد أن يكون هناك وقت للذهاب ووقت للإياب من مكان العمل، وهو ما يتعلق بالنطاق الزماني للطريق وهو موضوع الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني: النطاق الزماني لطريق العمل

عرضنا في دراستنا بالفرع الأول النقاط التي تعتبر أماكن لبداية ونهاية طريق العمل محل الحماية التأمينية في الدول محل الدراسة، وتحدثنا بأن هناك اتفاق شبه مجمع عليه في هذه الدول على أن مكان العمل يمثل النقطة الأساسية؛ بحيث لا يمكننا الاستغناء عنها في الطريق المحمي تأمينياً ذهاباً وإياباً .

كما تعرضنا للجهة المقابلة لمكان العمل، ورأينا اختلاف الدول محل الدراسة فيما بينها؛ فرأينا بأن المشرع الفرنسي حدد هذه الجهة حصرا، واختلف الفقهاء في الأردن ومصر في تحديد الجهة المقابلة لمكان العمل عندما سكت كلا من المشرعين عن تحديدها .

ففي الأردن اختلفت الآراء بالمعيار الذي أخذ به المشرع الأردني؛ فذهب البعض [43]، للقول بأن المشرع أخذ بالمعيار الزماني، ودليلهم على ذلك أن المشرع لم يحدد إلا نقطة واحدة لطريق العمل، وهي مكان العمل، كما اشترطت وقوع الحادث خلال فترة الذهاب لمباشرة العمل أو العودة منه، وذهب البعض الآخر [44]، للقول بأن المشرع الأردني أخذ بكلا المعياريين في تحديده لحادث الطريق؛ فهو أخذ بمعيار زماني يستوجب اعتبار الحادث الذي يقع خلال فترة ذهاب المؤمن عليه لمباشرته العمل أو عودته منه حادث طريق، وكذلك معيار مكاني؛ حيث أخذ بعين الاعتبار المكان الذي ينطلق منه المؤمن عليه لمباشرة عمله، والمكان الذي يعود إليه إياباً من مكان العمل، أما بالنسبة للاجتهاد القضائي الأردني؛ فمن الملاحظ من خلال القرارات بأنه أخذ أيضاً بالمعيار الزمني؛ لأنه لم يحدد

نقطتين لطريق العمل؛ فلم يحدد نقطة محددة تقابل مكان العمل؛ فاعتبر أي جهة ينطلق منها العامل باتجاه مكان العمل هي بداية طريق العمل المحمي تأمينياً [45].

أما في القانون المصري؛ فقد ذهب أغلب الفقهاء [46]، للقول بأن المشرع المصري لم يحدد نطاقاً مكانياً للطريق، كما ذهب المشرع الفرنسي، بل اكتفى بالتحديد الزمني للطريق؛ فقرر اعتبار الحادث حادث طريق إذا وقع خلال فترة الذهاب إلى العمل أو العودة منه، ولم يضع المشرع أي قيد يتعلق بالمكان الذي يذهب إليه العامل بعد مغادرة عمله أو يأتي منه في طريقه للعمل، كما فعل المشرع الفرنسي .

وذهب البعض [47]، لمخالفة الرأي الراجح بقولهم، بالرغم من أن المشرع المصري يتحدث عن الإصابة التي تقع للمؤمن عليه خلال فترة ذهابه لمباشرة العمل أو العودة منه؛ فليس معنى ذلك أن يغفل أهمية التحديد المكاني للطريق؛ فالطريق كما يقول أصحاب هذا الرأي " هو فكره مكانية لا زمانية أو على الأقل؛ فإن الفكرة المكانية هي العنصر الأساسي له؛ حيث نص المشرع على ضرورة العنصر المكاني كشرط لإعمال أحكام الحماية، كما يتساءل الفقيه كيف سنهتدي إلى الانحراف عن الطريق الطبيعي، إذا قصرنا مفهوم الطريق على المعيار الزمني، ومن ثم كيف يمكننا تفسير كلمة " الطريق الطبيعي " الواردة في نص القانون إذا لم تحمل على مفهوم مكاني لهذا الطريق [48]، ففكرة الطريق الطبيعي تقوم على المعيار المكاني قبل كل شيء، بالرغم من عدم ورود نص على ذلك؛ لأنه أمر مفترض بدونه يكون النص على التخلف أو الانحراف ضرباً من العبث، وهو ما يجب أن يتنزه عنه الشارع [49].

ويرى البعض [50]، بأن المشرع الفرنسي، وإن كان قد حدد تحديداً تشريعياً طرفي الطريق الذي تمتد إليه الحماية، إلا أن الصيغة التي عبر عنها تتصف بالإطلاق لا بالتقييد؛ حيث أردف النص على محل الإقامة كطرف مقابل لمكان العمل أو أي مكان يتوجه إليه العامل بطريقة معتادة لبواعث عائلة، وكذلك الحال بالنسبة للمطعم؛ فيلاحظ بأن المشرع الفرنسي قد حدد الطرف الآخر على سبيل التمثيل وليس الحصر، تاركاً المجال مفتوحة لاجتهاد القضاء وسلطته التقديرية، وبهذا التحديد المرن يقترب القانون الفرنسي من القانون المصري.

ويتبين لنا من موقف المشرعين المصري والأردني نتيجة لاعتناق المعيار الزمني أنهما لم يحددا بداية أو نهاية الطريق إلا من طرف واحد، وهو مكان العمل أما الطرف الآخر؛ فقد تركاه من دون تحديد، وإنما اعتمدا على الزمن الذي يقطع خلاله العامل الطريق إلى مكان العمل، وقد أدى هذا الموقف من قبل المشرعين في عدم تحديد الجانب الآخر لطريق العمل، لظهور الاختلاف في وجهات النظر بين الفقهاء كما لاحظنا .

وإذا كان الطريق الذي يربط بين نقاط بدايته ونهايته وصفة المشرع المصري بأنه " الطريق الطبيعي "، نلاحظ بأن المشرع الفرنسي والأردني لم يصفاه بأي وصف، إلا أن التعليمات التنفيذية لتأمين إصابات العمل في القانون الأردني قد تطرقت له في المادة (3/د) ، قد استقرا الفقه [51]، والقضاء الأردني [52]، على لزوم اتصاف طريق العمل بهذه الصفة، وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي في الفرنسي [53]، وهو الأمر الذي يتطلب منا أن نتعرض له في بند أول في هذا الفرع، ولكن ليس بمجرد حصول الإصابة على الطريق بين النقطتين من النقاط المحددة كأماكن لبدايته ونهايته تعتبر إصابة طريق واجبة التعويض، وإنما واجب أن يكون وقوع هذه الإصابة في وقت يتناسب مع بداية العمل أو نهايته، وخلال الفترة العادية المطلوبة لقطعه، وهو الأمر الذي يتطلب منا أن نتعرض له في البند الثاني .

وبناءً على ذلك؛ فإن دراستنا لهذا الفرع تستوجب منا التعرض للطريق الطبيعي للعمل، والوقت المناسب لقطع طريق العمل الطبيعي ذهاباً وإياباً، وذلك في بندين مستقلين على النحو التالي :

البند الأول : الطريق الطبيعي للعمل .

لم يعرف القانون الأردني ولا قوانين الدول محل الدراسة الطريق الطبيعي تعريفاً محدداً لصعوبة وضع مثل هذا التعريف؛ لأن الطريق الطبيعي ليس واحداً أو ثابتاً، ولكنه متعدد قابل للتغير، كما أنه يختلف من عامل لآخر، ويختلف بصدد ذات العامل، وفقاً لظروف الحالة، وما أحاط بها من ملابسات يوم وقوع الحادث بالذات .

وإزاء هذا السكوت فقد حاول البعض من الفقه الاجتهاد للوصول إلى تعريف محدد لهذا الطريق؛ فعرفه البعض بأنه الطريق الطبيعي أو المعقول الذي يسلكه الرجل العادي أي الطريق القصير السهل الرخيص [54]، وعرفه البعض بأنه الطريق المعتاد أو المألوف للإنسان العادي، وهو الطريق الأسهل والأقصر[55]، ويرى البعض بأن الطريق الطبيعي هو الطريق الذي يسلكه الرجل العادي، إذا ما أراد الذهاب إلى عمله، ويكون هذا الطريق أقل الطرق طولاً [56]، وعرفه البعض بأنه الطريق الذي يسلكه الرجل المعتاد ولو وجد في نفس الظروف التي وجد بها العامل المصاب، أي الطريق الأقرب والأكثر سرعة وسهوله والأقل خطراً [57]، يتضح لنا بأن الطريق الذي يحميه القانون تأمينياً هو ذلك الطريق الذي يقطعه المؤمن عليه بين نقطتين أو أكثر من النقاط التي حددتها القوانين التي تأخذ بالمعيار المكاني، أو الطريق الذي يقطعه العامل " المؤمن عليه" في الزمن المناسب بالنسبة لقوانين الدول التي أخذت بالمعيار الزماني .

فتحديد طرفي الطريق وإن كان أمراً ضرورياً، إلا أنه غير كافٍ في ذاته لاستحقاق الحماية التأمينية؛ فسواءً اتصف وجود كل من مكان العمل والجهة المقابلة له بالوحدة أم بالتعدد، يجب أن

يتصف الطريق بينهما بخصائص محددة أجملها المشرع المصري بالتعبير عنها بفكرة الطريق الطبيعي، وأولى لها الفقه والقضاء الفرنسي عناية خاصة بها، ولم يخالف الفقه والقضاء الأردني هذا النهج، وإنما واكبه وانتهى إليه .

فالصعوبة لا تثور في تحديد الطريق الطبيعي، إذا لم يكن هناك سوى طريق واحد إلى مكان العمل والعودة منه؛ لأنه يجب على العامل سلوك هذا الطريق في حال الذهاب والعودة، مهما كان طوله أو مهما كانت المخاطر الملازمة لهذا الطريق، ولكن المسألة تدق في حالة وجود عدة طرق تؤدي إلى مكان العمل والعودة منه تختلف فيما بينها طولاً وقصراً وسهولة وصعوبة وأمناً وخطورة؛ فمن بين هذه الطرق نحدد الطريق الطبيعي الذي يجب على العامل أن يسلكه حتى يعتبر الحادث الذي تعرض له حادث طريق [58]، وهذا ما يؤدي بنا أن نطرح التساؤل التالي، ما هو المعيار الذي يؤخذ به لتحديد هذا الطريق الطبيعي ؟

ذهب البعض من الفقه الفرنسي [59]، بالقول أن الطريق الطبيعي هو الطريق الأقل طولاً أو الأكثر قصراً أو الأكثر اختصارًا، كما أطلق عليه البعض من أنصار نفس الرأي مصطلح الطريق الأكثر مباشرة باعتبار الخطر المباشر هو أقصر الطرق بين نقطتين، ويستند أنصار هذا الرأي بذلك إلى القول بأن الطريق الأقل مسافة هو الطريق الأكثر سهولة ويسراً؛ فيكون هو الطريق الطبيعي بنظرهم [60].

وإزاء عدم تحقيق المعيار السابق كمعيار مميز لتحديد الطريق الطبيعي، ذهب بعض الفقه الفرنسي [61]، لتبني معيارٍ مركبٍ للطريق الطبيعي يتحدد وفقاً لهذا المعيار الطريق بأنه الأقل خطورة والأكثر راحة، وهو ما استقر عليه القضاء باعتباره الأكثر توافقاً مع فكرة التأمين من المخاطر؛ لأن التأمين حتى ولو كان اجتماعياً يهدف إلى حماية المؤمن عليه ضد خطر ما وهو خطر الطريق، لذلك فإن قانون التأمين الاجتماعي لن يقبل إلا بحماية الطريق الأقل خطورة، والطريق السابق وحده هو الطريق الطبيعي المشمول بالحماية التأمينية [62].

وفي الأردن [63]، ومصر [64]، ذهب رأي وسايره فيه أغلب الفقهاء إلى أن معيار تحديد الطريق الطبيعي هو معيار موضوعي لا شخصي؛ بحيث يمكننا القول بأن الطريق الطبيعي هو الطريق المألوف الذي يجب على الإنسان العادي أن يسلكه خلال فترة الذهاب لمباشرة عمله والعودة منه، والطريق الطبيعي في هذا المعنى هو أسهل الطرق وأقربها وأقلها خطراً، فإذا كانت الطرق طبيعية بحسب هذا المعيار؛ فإن للعامل الحرية في اختيار أي طريق منها، ويعتبر سلوكه لهذا الطريق سلوكاً للطريق الطبيعي وللعامل أن يغير هذا الطريق ويستبدله بطريق آخر في أي وقت، ولا يكون لهذا الاستبدال أي تأثير على الصفة الطبيعية للطريق الذي اختاره، طالما أن هذا الطريق الجديد يعتبر

طريقاً طبيعياً [65]، فإذا اعتاد العامل سلوك طريق معين للذهاب لمباشرة عمله والعودة منه؛ فلا يمكن اعتبار هذا الطريق طبيعياً لمجرد الاعتياد؛ فسلوك العامل لطريق آخر لم يسلكه من قبل لا يعتبر انحرافاً عن الطريق الطبيعي، طالما هنالك عدة طرق للذهاب والعودة وكلها تعتبر طبيعية

وكذلك فلا عبرة في تحديد الطريق الطبيعي بواسطة النقل، أو وسيلة الموصلات للذهاب إلى العمل أو العودة منه، وبالتالي فالعامل مخير باستعمال الوسيلة التي تناسبه كما يشاء، سيارته الخاصة أو أي نوع من أنواع المواصلات (الباص، التاكسي، دراجة نارية أو هوائية، مترو الأنفاق، توك توك، الترام .... إلخ) ، بشرط أن لا يكون العامل قد استخدم وسيلة غير مألوفة، كما لو لجأ لاستخدام قطار بضاعة ممنوع أن يستعمله في الركوب من أجل الوصول إلى مكان عمله، أو اجتياز نهر أو ممر مائي؛ فيعمد العامل إلى عبوره سباحةً بدلاً من السير على جسر المشاة أو ركوب (معدية) لاجتيازه [66]، كما لا يمكننا القول بأن هناك طريق نموذجي واحد يعتبر " الطريق الطبيعي "، بحيث لو سلك العامل طريقاً غيره؛ فإنه يخرج عن نطاق الحماية المقررة قانوناً [67].

وقد أظهر البعض تشدداً في تعريف الطريق الطبيعي؛ فذهب بالقول بما أن الطريق الطبيعي هو الطريق المألوف عادة للكافة، وفي خصوص الذهاب للعمل والعودة منه يكون بين مسكن العامل ومكان العمل؛ فهذا هو الطريق الطبيعي بالنسبة للعامل

ويذهب رأي [68]، آخر وسايره البعض من الفقهاء إلى القول بوجوب الأخذ بالمعياريين الشخصي والموضوعي، وهو الرأي الذي نؤيده؛ بحيث ينظر إلى ظروف كل عامل على حده؛ فلا يجب الاكتفاء بالبحث عن مسلك الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس ظروف الشخص، بل لا بد من الاعتداد بطبع الشخص، من حيث تحمله الانتظار في ازدحام المرور، أو الخشية أن يطرق سبلاً غير مطروقة؛ فالطريق الطبيعي يتوجب أن يكون مناسباً في ظل الظروف الموضوعية والشخصية معاً؛ فلا يجب إهمال الظروف الشخصية للعامل، كما يحدث عند تحديد معيار الرجل المعتاد؛ فمن يسلك طريقاً به أشجار وحدائق وزهور تريح أعصابه، أو أقل ازدحاماً ولا يسلك طريقاً صحراوياً أقصر طولاً من الأول يجب أن يعتبر على الطريق الطبيعي .

وذهب جانب من الفقه إلى انتقاد معيار الرجل المعتاد لتحديد الطريق الطبيعي؛ لأنه تجاوز على المطلوب؛ لأن مسلك الرجل المعتاد ليس هو الذي يحدد الطريق الطبيعي، ولكن هذا الأخير هو الذي يحدد مسلك الرجل المعتاد؛ لأن تحديد الطريق الطبيعي هو أمر سابق على سلوك الرجل المعتاد، وسلوك العامل لهذا الطريق هو الذي يجعل مسلكه موافقاً لمسلك الرجل المعتاد، وليس هو الذي يضفي على الطريق صفة الطبيعية؛ لأن هذه الصفة ثابتة بالفرض قبل أن يقطع الطريق، بل هي من

دعته إلى اختياره، وما كان وصف مسلكه بأنه موافق لمسلك الرجل المعتاد إلا لاختياره قطع هذا الطريق الطبيعي [69].

والطريق الذي يحميه القانون لا يقتصر على الشوارع العامة، بل يشمل الطرقات الجانبية والممرات والأنفاق، طالما كانت ضرورية ومكمله للطريق [70]، والطريق الطبيعي هو طريق العمل؛ فلا يكفي أن يسلك العامل الطريق الواقع بين مكان العمل والمكان الذي يقيم فيه، بل يجب أن يسلك هذا الطريق من أجل أداء عمله؛ فإذا كان تواجده من أجل المصالح الشخصية بكافة أحوالها كزيارة صديق أو قريب .... إلخ؛ فلا يمكن أن يعتبر الحادث في مثل هذه الحالات السابقة حادث طريق عمل؛ لأن الحماية للطريق الطبيعي ليست مجردة لذاتها، ولكن بقصد الذهاب للعمل والإياب منه .

من الملاحظ بأن الفقه والقضاء الفرنسيين قد استقرا عند تحديدهما للطريق الطبيعي على عدة ضوابط، وأخذ بها الفقه والقضاء في كل من مصر والأردن ولا نجد ثمة اختلافٍ في هذا الشأن، ومن بين هذه الضوابط ما يلي [71]:

البند الثاني : الزمن المناسب لقطع طريق العمل الطبيعي .

لا يكفي أن تقع الإصابة في الطريق الطبيعي للذهاب والعودة، بل يقتضي أن تقع خلال الوقت الطبيعي للطريق، أي خلال الوقت الذي يفترض أن العامل يذهب أثناءه إلى عمله ويعود منه؛ بحيث يتناسب مع الزمن المحدد لبداية ونهاية العمل مع مراعاة المدة اللازمة لقطعه، وتقدير الزمن المناسب لقطع الطريق تختص به الجهة التي تنظر بإصابة عمل، حسب ظروف كل حالة على حدة، كما أنها تخضع لرقابة قاضي الموضوع، ومن الملاحظ بأن المشرعين الأردني والمصري لم ينصا صراحة على اشتراط وقوع الحادث في وقت معين حتى يكون مشمولاً بالحماية التأمينية، بالرغم من أنهما أخذا بالمعيار الزمني وحده كمعيار لحادث الطريق، وهو وقوع الإصابة خلال الذهاب المباشر أو العودة المباشرة [72]، وعلى هذا الأساس فإن كل إصابة تقع للعامل خلال الفترة التي يذهب فيها العامل إلى عمله أو يعود فيها من عمله تعتبر إصابة طريق، وهذه الفترة تسمى الوقت الطبيعي للطريق ، أو الوقت المعتاد أي الوقت العادي للطريقأو الوقت المعقول ، أو الوقت المناسب الذي يسبق ابتداء العمل أو الذي يلي انتهاءه، وهو الأمر الذي ينسحب على القانون الفرنسي كذلك وبناءً على ذلك فإذا وقع الحادث للعامل قبل بدء العمل بوقت طويل لا يحتاجه الشخص عادةً للوصول إلى مكان العمل أو وقع له الحادث بعد الانتهاء من العمل بوقت طويل يزيد عن الوقت المعتاد، فإن الحادث لا يعتبر إصابة طريق [73]؛ لأنه يكون قد وقع في وقت غير الوقت الطبيعي للطريق، كما هو الحال بالنسبة للعامل الذي يخرج من منزله في الساعة الثامنة صباحاً لقضاء بعض الأشغال الخاصة والذهاب بعد ذلك لحضور مباراة، وبعد ذلك يذهب إلى عمله الذي يبدأ في الساعة الثالثة

من بعد الظهر؛ فلا تعتبر إصابة طريق الإصابة التي تحدث له، وتعتبر مواعيد بدء العمل وانتهائه هي العنصر الأساسي لتحديد الوقت الطبيعي، الذي يستغرقه الانتقال إلى مكان العمل والعودة منه [74]، ويتم تحديد مواعيد بداية العمل ونهاية العمل في الوزارة أو المؤسسة أو الشركة، بموجب نظام داخلي أو تعليمات تصدر عن الجهة المختصة، وفقاً لأحكام القانون حتى يمكننا معرفة الوقت المناسب، الذي يجب على العامل أن يجتاز فيه الطريق ذهاباً أو إياباً من مكان العمل أو إليه، طالما لم يحدد كلا المشرعين الأردني والمصري الجهة المقابلة لمكان العمل، كما مر معنا سابقاً .

والمقصود بمواعيد العمل هي المواعيد الخاصة به يوم وقوع الحادث بالذات ويرى البعض [75]، أن تحديد الوقت الطبيعي لطريق العمل يتوقف على مواعيد العمل الخاصة بكل عامل على حده؛ فالبعض يبدأ العمل في الصباح، والبعض الآخر في الظهر أو المساء .... وهكذا، كما قد تكون مواعيد العمل غير محدده بطريقة ثابتة، كما هو الحال بالنسبة لرؤساء العمال أو المديرين، والذين لهم بمقتضي وظائفهم حق مراقبة ومفاجئة العمال في كافة الأوقات، أو التوجه إلى أي مكان من أماكن العمل المختلفة؛ لذلك فإن مواعيد العمل ليست بالعنصر الأساسي لتحديد وقت ابتداءً الطريق، لأنه يوجد العديد من الظروف الداخلية الخاصة بالعامل، وكذلك الظروف الخارجية المحيطة بالطريق تؤثر على الزمن المطلوب لقطع الطريق، كما تؤثر على وقت ابتداء الطريق؛ لذلك فإن الطريق الواحد يمكن أن يقطع في أوقات مختلفة حسب العوامل الإنسانية للشخص؛ حيث أثبتت الدراسات أن العامل الإنساني يسبب حوالي (90%) من الحوادث من حيث السن والقدرة الجسدية وغيرها

لذلك فإن البعض يرى بأن تحديد وقت ابتداء الطريق مسألة واقع، على القاضي أن يدخل في نطاق التقدير كل عناصر الواقع الموضوعية الخاصة بالطريق، والشخصية المرتبطة بقدرات العامل [76]، وكذلك المقدرة المالية، والتي تتحكم بوسيلة المواصلات المستعملة في نقل العامل، ولا يكفي وقوع حادث الطريق خلال زمن يتناسب مع موعد بدء العمل أو الانتهاء منه، وضمن الزمن الاعتيادي لاجتياز الطريق الطبيعي، وإنما ينبغي على العامل أن يقوم باجتياز هذا الطريق بقصد القيام بالعمل، مما يتطلب منا توضيح المقصود بفترة ذهاب المؤمن عليه لمباشرة العمل، وبداية فترة الإياب من مكان العمل إلى محل الإقامة، بقي علينا أن نحدد فترة ذهاب المؤمن عليه لمباشرة العمل، وبداية فترة العودة من مكان العمل إلى محل إقامته .

أولاً : فترة ذهاب المؤمن عليه لمكان العمل .

نلاحظ بأن فترة ذهاب المؤمن عليه لمباشرة العمل تبدأ من اللحظة التي يغادر فيها باب مسكنه،

إذا اعتبر المسكن هو نقطة الانطلاق لمكان العمل، وتطبيقاً لذلك يعتبر الحادث الذي يتعرض إليه المؤمن عليه على درج المنزل بعد مغادرته باب المنزل متجهاً لمباشرة العمل حادث طريق .

وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية في إحدى قراراتها [77]، أما إذا كان العامل يسكن في شقة من بنايه، فطريق العمل الطبيعي يبدأ بعد اجتياز باب الشقة التي يسكنها؛ بحيث إذا أصيب أثناء استخدامه للمصعد أو على سلم العمارة اعتبر حادث، ويعتبر كذلك الحادث الذي يصيبه في حديقة الفيلا أثناء خروجه بحكم إصابة طريق عمل، إذا كان يسكن في فيلا مستقلة [78]، فإذا وقع الحادث في نفس المكان المتواجد فيه العامل، وقبل أن يغادره فلا يعتبر ذلك حادث طريق، وإنما حادثاً عادياً يخضع للقواعد العامة في المسئولية المدنية [79].

كما يعتبر الحادث الذي يتعرض له المؤمن عليه جراء الأعمال التحضيرية للانتقال لمكان العمل بمثابة إصابة عمل، كما لو ذهب المؤمن عليه إلى كراج منزله لأخذ سيارته، وقام بتشغيل السيارة لغاية الانتقال لمكان العمل، وخلال البحث عن عطل في سيارته أصيبت أصابع اليد من مروحة المحرك فبترت؛ فيعتبر هذا الحادث إصابة عمل؛ لأن المؤمن عليه لولا العمل لما قام بهذه الأعمال التحضيرية [80].

والسؤال الذي يطرح نفسه ماذا لو أن أحد السائقين، والذي يعمل على إحدى الحافلات لنقل العمال قد تعطلت الحافلة التي يقودها، وقام بمحاولة إصلاح العطل الذي تعرضت له الحافلة لإيصال العمال في الموعد المحدد للعمل، وأثناء قيامه بإصلاح العطل تعرض لإصابة، هل تعتبر مثل هذه الإصابة إصابة عمل موجبة للضمان ؟

كما تعتبر إصابة طريق عمل، الإصابة التي يتعرض لها العامل في حال تم تكليفه بالعمل من قبل صاحب العمل خارج أوقات الدوام الرسمي؛ فاعتبر حادث طريق الإصابة التي تعرض لها المؤمن عليه أثناء توجهه إلى موقع العمل بعد الدوام الرسمي؛ حيث إنه عضو في اللجنة المشكلة لمتابعة حل مشكلة عام 2000 على المعدات والأجهزة الالكترونية الصناعية

كما أننا من الممكن أن نلحق بمكان إقامة المؤمن عليه الذي يعتبر من النقاط التي ينطلق منها المؤمن عليه لمباشرة العمل مكان إقامته الثانوي؛ فإذا كان المؤمن عليه يسكن مدينة العقبة سكناً دائماً مع عائلته، ويعمل لدى صاحب العمل داخل حدود هذه المدينة، ولكنه يذهب في نهاية الأسبوع لقضاء عطلته مع والديه في مدينة السلط؛ فإذا تعرض لحادث طريق، وهو في طريق ذهابه إلى مدينة السلط من مدينة العقبة أو العكس عند عودته من مدينة السلط قاصداً مكان عمله؛ فيعتبر الحادث إصابة عمل، وفقاً لأحكام قانون الضمان الاجتماعي، ما دام مكان إقامته الثانوي مع والديه في مدينة السلط يكتسب صفه ثابتة بالنسبة للمؤمن عليه

فطريق العمل يبدأ باجتياز باب المنزل، وينتهي باجتياز الحد الخاص بحزام الشركة، وليس الحد الخاص بمكان العمل أو المكتب أو ورشة العمل، فكل إصابة يتعرض لها العامل في حزام الشركة، على سبيل المثال في المكان المخصص لوقوف السيارات أو المقصف الذي تديره لجنة الشركة، فهذه الحالات ينطبق عليها وصف إصابة العمل، وذلك بحكم سلطة رب العمل على الشركة وملحقاتها [81]، هذا بالنسبة لفترة ذهاب المؤمن عليه للعمل، - كما أشرنا سابقاً – بأن وقت ابتداء الطريق يرتبط أساساً بمواعيد العمل، سواءً عند الحضور أو المغادرة أي وقت ابتداء وانتهاء العمل؛ فيجب أن يقع الحادث في حدود الوقت المعقول لمواعيد العمل، ولكن ذلك لا يعني أن يبدأ الطريق قبل الوقت الذي يستغرق قطعه بالتحديد.

من المقبول أن يعطي العامل لنفسه هامشاً للأمان في الطريق، أي أن ينطلق لمكان العمل في وقت مناسب لكي يصل لمكان العمل في الوقت المحدد؛ فإذا خرج العامل من منزله مبكراً عن الموعد المحدد لبدء العمل، بسبب سوء حالة سيارته القديمة التي يستعملها في الذهاب إلى عمله؛ فقد ذهب الغالب من الفقه وهو ما نؤيده إلى اعتبار الحادث التي يتعرض له على طريق العمل إصابة طريق موجبه للتعويض [82]، وقد يكون ذهاب المؤمن عليه للعمل مبكراً يعود لأسباب أخرى، كتفادي الازدحام الذي يكون في ساعات الصباح كون الجميع يتوجه للعمل في نفس الوقت، وقد يكون هذا العامل لا توجد عنده سيارة خاصة، ويضطر لاستعمال وسيلة نقل عمومية للوصول بالوقت المحدد/ أو صعوبة الأحوال الجوية في ذلك اليوم، كما لا يمنع اعتبار الحادث حادث طريق عمل، إذا بدأ العامل الطريق في وقت متأخر عن وقت بدء العمل، إذا كان قد حصل على إذن صاحب العملأو بدون إذن صاحب العمل أو الرئيس المباشر، إذا كان النظام الداخلي يسمح له بهذا التأخير ، إذاً فأي تأخير لا بد وأن يكون مبرراً؛ فالتأخير الفعلي للعامل لا يحرمه من الحماية التأمينية، طالما أشارت الظروف على توجه العامل فعلاً لأداء عمله وقت وقوع الحادث له، فوقوع الحادث قبل موعد بدء العمل بزمن طويل على الوقت المعتاد يعد قرينة قانونية على أن الحادث لم يقع أثناء ذهاب العامل لمكان العمل، إلا أنها قرينة بسيطة للمؤمن عليه المصاب إثبات عكسها بتبرير سبب ذهابه إلى مكان العمل مبكراً، ويمكننا القول أن تأخر العامل عن ميعاد بدء العمل لا يعدو إلا مخالفة تستحق عقوبة تأديبية فقط، ولا يستقيم الأمر إذا اعتبرنا التأخير يستحق الحرمان من الحماية التأمينية .

أما بالنسبة لطريق العودة؛ فهي تبدأ من اللحظة التي يخرج فيها المؤمن عليه من الباب الخارجي لمكان العمل [83]، وتنتهي بمجرد وصوله إلى المكان الذي يقصده العامل، أي لا يشترط أن تكون العودة مباشرة إلى مكان السكن [84]، بشرط أن يقع الحادث خلال المدة المعقولة زمنياً بعد مغادرة مكان العمل، أي أن يكون وقوع الحادث في وقت قريب من نهاية ساعات العمل [85].

كما يقتضي أن يكون حساب وقت العودة بقدر كاف من المرونة حتى يتطابق مع الظروف الواقعية، ولا يصبح مقياساً نظرياً يضر بمصلحة العامل .

لذلك فقد تفهم القضاء الفرنسي مثل هذه الظروف تماماً، وسمح للعامل أحياناً بالتأخير لوقت يطول وقد يقصر في ابتداء رحلة العودة، وبرر ذلك بأن التأخير في مثل هذه الحالات ليس سوى (توقف) على طريق العمل، رغم أن الطريق لم يبدأ بعد، وهو توقف مبرر أحياناً بأسباب تتعلق بالعمل، ومبرر أحياناً أخرى بالضرورات الأساسية للحياة، كأن يتأخر العامل في رحلة العودة كي يستجمع نشاطه بعد مجهود يوم بذله في العمل خصوصاً، إذا كانت طبيعة عمله تتطلب مجهود بدني كبير، وكذلك الحال إذا كانت طبيعة العمل تتسبب في اتساخ جسد العامل كالأخصائيين في المصانع، أخصائي مكانيك، وكهربائي الآليات الثقيلة، أو الذي يعمل بمهنة دهان وغير ذلك من الأعمال التي تتطلب من العامل بعد إنجاز العمل أن يستحم لكي يتخلص من الأوساخ التي علقت به أو بملابسه، أو أنه يتأخر بالعودة لمكان السكن لظروف تتعلق بإنجاز بعض الأمور المتعلقة بالعمل، فيعتبر الحادث الذي تعرض له إصابة عمل موجبه للتعويض، وهو ما أكدت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الدعوى التي عرضت عليها

ويجوز أن يبدأ العامل طريق العودة مبكراً بناءً على إذن صاحب العمل، وتعتبر الإصابة التي يتعرض لها إصابة طريق بإجماع من الفقه [86]، وإذا لم يحصل على إذن صاحب العمل ذهب البعض لعدم اعتبار الإصابة التي تقع قبل انتهاء العمل حادث طريق؛ لأن الوقت العادي للطريق لا يبدأ إلا من لحظة نهاية العمل [87]، وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي الفرنسي والأردني بعدم اعتبار الحادث الذي يتعرض له المؤمن عليه حادث طريق، ولا حادث عمل إذا ترك العمل قبل نهاية العمل الرسمي، وبدون الحصول على إذن رب العمل

مما سبق نستنتج بأنه لا بد من الأخذ بعين الاعتبار زمن وقوع الحادث، وزمن بدء وانتهاء العمل لكل حالة على حِدّها، فإذا ما توفر ذلك قامت قرينة لمصلحة المؤمن عليه على أن الحادث وقع في الوقت الطبيعي للطريق، وعلى العكس من ذلك إذا وقع الحادث قبل بدء العمل بساعات طويلة، أو بعد الانتهاء من العمل بوقت طويل لا يحتاجه الشخص لاجتياز الطريق دلت القرينة بأن الحادث وقع في غير الوقت المعتاد، مما يمكن العامل من استرداد حريته ويزول حقه في الحماية المقررة قانونياً، مما يقع على العامل المصاب أو ورثته في حالة الوفاة عبء الإثبات بأن الوقت المستغرق كان له مبرر، وترجع لظروف خارجية عن إرادته ولا تعود لأسباب شخصية، كما أن القضاء يتوسع في قبول هذه المبررات رغبة منه في إضفاء مزيد من الحماية التأمينية على العامل، طالما استطاع الملقى على عاتقه عبء الإثبات " العامل أو ورثته أن يثبت حسن نية العامل "وإزاء ذلك لا بد لنا أن نطرح

التساؤل التالي : هل بإمكاننا اعتبار أي إصابة تقع على طريق العمل تستحق التعويض عنها بموجب أحكام قوانين التأمينات الاجتماعية، أم أن هناك حالات تخرج من نطاق الحماية، إذا وقعت الإصابة خلالها، وهذا ما سيؤدي بنا للبحث في موانع الطريق الموجبة للتعويض في المبحث الثاني .

المبحث الثاني: العوارض المانعة من التعويض في إصابات الطريق

رأينا فيما تقدم الشروط المطلوبة لاعتبار حادث ما " حادث طريق عمل "، والذي يجعله خاضعاً للحماية الخاصة الواردة في قوانين التشريعات الاجتماعية المنظمة لهذه الحماية في قوانين الدول محل الدراسة .

ولكن توافر هذه الشروط السابقة وحدها لا يؤدي لاعتبار الحادث حادث طريق، بل لا بد من توافر شرط آخر وهو ما تعارف الفقه على تسميته بعوارض الطريق [88]، أو موانع الطريق [89]، وهو ما نصت عليه صراحة نصوص مواد كل من القانونين الفرنسي والمصري وقد خلت نصوص قانون الضمان الاجتماعي الأردني ساري المفعول من الإشارة لهذه العوارض، وتم التطرق لذلك بموجب المادة (3/د) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل رقم (2) لسنة 2002، فاشترط لاعتبار حادث الطريق إصابة عمل أن يقع الحادث خلال فترة ذهاب المؤمن عليه من سكنه لمباشرة عمله أو عودته من دون تخلف أو توقف، أو انحراف عن الطريق الطبيعي المعتاد .

وبذلك يكون المشرع الأردني سلك مسلك المشرع المصري، والذي يشترط في المادة (5/هـ) " أن يكون الذهاب والإياب دون توقف أو تخلف أو انحراف عن الطريق الطبيعي "، أما مسلك المشرع الفرنسي؛ فهو مختلف عن كلا المشرعين المصري والأردني في أمرين :

الأمر الأول : منع التعويض في حال تحقق أي من العارضين التاليين؛ وهما التوقف والانحراف، **والأمر الآخر** : النص على الحالات الموجبة للتعويض في حال التوقف والانحراف، بحيث يكون المصاب محمي تأمينياً بموجب أحكام القانون، طالما كان سبب التوقف والانحراف بسبب أحد الأمور التالية :

- قضاء حاجة الضرورات الأساسية للحياة الجارية .
- قضاء أمر يتعلق بالعمل اضطر معه إلى التوقف والانحراف .

وبموجب ذلك يكون توقف المصاب أو انحرافه مبرراً، ويعتبر تصرفه مشروعاً ويتمتع بالحماية التي أقرها القانون .

وبالمقارنة بين القانون الأردني وقوانين الدول محل الدراسة، يلاحظ تشابه الحالات التي نص عليها كلٌّ من المشرعين الأردني والمصري، إذا وقعت الإصابة أثناءها، ومن ثم لا يمكن اعتبارها إصابة

طريق وهي " التوقف والتخلف والانحراف "، أما المشرع الفرنسي فلم ينص إلا على حالتين، وهما " التوقف والانحراف "

يلاحظ بأن النص على هذا الشرط جاء مطلقاً في ظل أحكام القانونين الأردني والمصري؛ فأي توقف أو تخلف أو انحراف يؤدي إلى استبعاد تطبيق أحكام النظام القانوني لتأمين إصابات العمل على الحادث، مما يحرم العامل من التعويض المستحق له وحرمانه من الاستفادة من أية مزايا أخرى، أياً كان المبرر الذي أدى إلى التوقف أو التخلف أو الانحراف، ومهما كانت ظروف الطريق، ولكن الراجح في الفقه يذهب إلى وجوب البحث عن الدافع الذي أدى لوجود العارض، بحيث إذا تبين أن موقف العامل يتفق ومسلك الرجل المعتاد؛ فلا يجب حرمانه من مزايا هذا التأمين، وهناك فرق آخر، وهو انفراد نص القانونين الأردني والمصري بعارض التخلف، ولا يوجد ما يقابله في القانون الفرنسي، ولذلك سوف نتناول في هذا المبحث، المقصود بعوارض الطريق **كمطلب أول**، والحالات التي يبرر فيها القانون والقضاء هذه العوارض **كمطلب ثاني**، وإثبات ما يبرر عوارض الطريق **كمطلب ثالث** .

المطلب الأول: المقصود بعوارض الطريق

لقد أشرنا في السابق بأن كلاً من المشرعين الأردني والمصري نصا على ثلاثة عوارض من عوارض الطريق، وهي الانحراف والتوقف والتخلف، بعكس المشرع الفرنسي الذي لم ينص إلا على عارضين فقط، وهما الانحراف والتوقف وبالرغم من ذلك فلم يتطرق أيٌّ من المشرعين الفرنسي والمصري للمقصود بمعنى هذه العوارض، وتركا أمر تعريفها للفقه واجتهاد القضاء، وعلى العكس من ذلك فقد عرف المشرع الأردني المقصود بكل عارض من هذه العوارض في المادة (3/د) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل وأمراض المهنة، وعليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نخصص فرعاً للحديث عن كل عارضٍ منها، وسنبدأ بالعارضين محل الاتفاق بين هذه الدول، وهما الانحراف والتوقف، ثم نتناول العارض الأخير وهو التخلف، والذي تناوله كلٌّ من المشرعين الأردني والمصري، ونبين أبرز ما تناوله الفقه والقضاء في تعريف هذه العوارض في الدول التي سكت المشرع عن تعريفها ضمن نصوص القانون

الفرع الأول: الانحراف

بالرغم من أهمية هذا العارض في حجب التعويض عن العامل المصاب، إذا ثبت وأن انحرف عن الطريق الطبيعي المعتاد، إلا أن نصوص قوانين الدول محل الدراسة لم تتعرض للتعريف بهذا العارض، كذلك لا يوجد في القضاء، أي تحديد لهذا المصطلح .

إلا أن المشرع الأردني تفادى هذا النقص التشريعي، وعرف الانحراف في التعليمات التنفيذية لإصابات العمل .

وقبل أن نشرع بتعريف الانحراف قانوناً في ظل التعليمات التنفيذية لإصابات العمل في قانون الضمان الاجتماعي الأردني، سنحاول التعرف على مفهومه اللغوي، وما توصل إليه الفقه في تحديد مفهوم الانحراف، لنرى بعد ذلك مدى كفاية وملائمة التعريف الذي توصل إليه المشرع الأردني في المحافظة على حقوق المؤمن عليه، وهل يصلح بأن يقتدي به كلٌّ من المشرعين المصري والفرنسي ؟

ورد في لسان العرب : حَرَف عن الشيء، يحرفُ حَرْفًا، وانْحَرَفَ وتَحرّفَ واحروْوَفَ : عدل وإذا مال الإنسانُ عن شيء يقال تحرف وانحرف واحرورف، وتحريف الكلم عن موضعه، تغييره وفي القرآن الكريم(**يُحَرِّفُونَ الكَلِمَ عَن مَّوَاضِعِهِ**)، وفي الحديث الشريف " آمنت بمُحرَّف القلوب أي مميلُها ... " [90].

وفي القاموس المحيط : التّحريف : التَّغيُر، واحَرورَّف : مال وعدل كانْحرفَ وتَحَرَّف [91]، وفي موسوعة "Larousse"، عرفت الانحراف بأنه : " انتهاج لطريق يبعد عن الطريق المباشر [92]، وعرفه قاموس "Littre" بأنه تغيير الاتجاه [93].

وبإمكاننا الاستنتاج بأن الانحراف هو العدول عن السير في الطريق الطبيعي المباشر، لأي طريق آخر يكون أكثر طولاً أو قصراً، وهذا يعني بأن هناك تغير في الاتجاه

أما الانحراف في مفهومه القانوني يعرفه البعض بأنه : " سلوك العامل طريق يختلف عن الطريق الطبيعي للعمل، ولو كان هذا الطريق يؤدي كذلك إلى مكان العمل [94]، أو كما يعرفه البعض الآخر بأنه : " تعديل أو تغيير العامل المسار الذي يتبعه بطريقة معتادة في ذهابه وإيابه بين مكان العمل ومحل الإقامة " أو هو " تعديل مكاني للطريق الطبيعي، أي عدم اتخاذ الطريق الطبيعي ما بين مكان العمل ونقطة الوصول، أو نقطة الانطلاق "ويعرف البعض الانحراف بأنه : " أن يترك العامل الطريق الطبيعي إلى آخر خطر أو غير مطروق "

وعرفته المادة (3/د) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل من قانون الضمان الاجتماعي الأردني بأنه : " سلوك المؤمن عليه طريق آخر غير الطريق المعتاد؛ فيما بين مكان سكنه ومكان عمله، بحيث لا يكون هناك مبرر أو سبب جوهري معقول لهذا الانحراف " .

ويرى البعض من الفقه الفرنسي بأن وصف الانحراف عن مسار طريق العمل يتحقق عندما يشذ العامل عن المسار الطبيعي لطريق العمل [95].

والخلاصة في ضوء التعريفات السابقة، سواءً اللغوية أو الفقهية؛ فإننا نتوصل لما يلي :

- يعد الانحراف عارضاً مكانياً للطريق الطبيعي لما فيه من تعديلاً مكانياً .

- أن فكرة الطريق الطبيعي المعتاد هي أبرز فكرة لتحديد ما إذا وقع انحراف أو لم يقع، وهذا يتضح من التعريفات السابقة، والتي اشترطت جميعها أن لا يقع انحراف عن " الطريق الطبيعي المعتاد " .

- إذا كان الطريق الطبيعي هو أقل الطرق خطورة بين نقطتين محددتين؛ فإن الطريق المنحرف هو كل طريق يتفق مع الطريق الطبيعي في نقطتي البداية والنهاية، وإن كان أطول منه من حيث المسار ولا يهم ما إذا كان هذا الطريق موافق له أو يخالفه في الاتجاه، سواءً كلياً أو جزئياً [96].

- أن الطريق المختلف هو الطريق الذي تكون إحدى نقطتي البداية أو النهاية فيه فقط المتفقه مع الطريق الطبيعي دون النقطة الأخرى، والتي تختلف عنه سواء في الاتجاه أو المسار .

- أن سلوك العامل أي طرق أخرى مختلفة غير الطريق الطبيعي لا يشكل عارضاً أصلاً لكونه يصبح خارج النطاق المكاني المعتاد لطريق العمل، وهذا يؤدي إلى إعفاء القاضي من البحث إذا كان الانحراف مبرراً من عدمه؛ لأن الطريق عندئذ يصبح دائماً غير محمي وخارج نطاق التغطية التأمينية، وبهذا الصدد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه "، حينما لا يكون هناك مجرد انحراف للعامل ما بين مكان عمله ومنزله، ولكنه سلك الطريق في اتجاه مختلف تماماً عن ذلك الذي كان ينبغي عليه سلوكه، فإن الحادث الذي يقع على هذا الطريق لا يشكل حادث طريق، وفقاً للمادة (1/415) من القانون الفرنسي " [97].

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الرأي القائل بشأن تفرقة القضاء الفرنسي ما بين الطريق المنحرف والطريق المختلف، بأنه لا يوجد على الطريق الطبيعي للعمل ما يسمى أصلاً بالطريق المختلف، ولكن يوجد انحراف عن هذا الطريق، وهو قد يكون مبرراً أو غير مبرر، ونجد سندنا في ذلك في التعريف الذي ذهبت إليه المادة (3/د) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل للانحراف (..... بحيث لا يكون هناك مبرر أو سبب جوهري معقول لهذا الانحراف "، مما يعني بأنه قد يكون لدى العامل ضرورة تجيز له الانحراف، ولكنه يحدث انحرافاً لا يتناسب والضرورة المطلوبة؛ لذلك فقد توصل صاحب هذا الرأي لتعريف الانحراف بأنه : " تخلي العامل عن الطريق الطبيعي لأسباب خارجة عن هذا الطريق لانتهاج طريق آخر أطول أو أقصر، وسواء أكان في نفس اتجاه الطريق الطبيعي، أو باتجاه مختلف عنه جزئياً لا يتجاوز نهاية الطريق الطبيعي مع اتحاده معه في نقطتي البداية والنهاية،

وذلك لقضاء أمر يقع مبرراً، طبقاً للقانون " [98]، إذا كان تعريف مفهوم الانحراف في اللغة والاجتهاد الفقهي على الشكل السابق لا بد لنا من معرفة كيف عالج القضاء فكرة الانحراف عن الطريق الطبيعي المعتاد ؟

لقد أيدت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها ما ذهبت إليه لجنة شئون الضمان بعدم اعتبار الحادث، الذي تعرض له المؤمن عليه في تمام الساعة الواحدة والنصف ظهراً، ونتج عنه إصابات بالغة للمؤمن عليه كون المؤمن عليه كان قد غادر مكان العمل في تمام الساعة الحادية عشر قبل الظهر، وجاء قرار المحكمة " ..... بأن المؤمن عليه لم يسلك الطريق المعتاد من مكان عمله إلى مكان سكنه، بل إنه ذهب من مكان عمله إلى مدينة إربد، ومنها توجه إلى مكان سكناه، مما يعني أنه انحرف عن طريقة المعتاد، كما أنه تأخر بالعودة إلى مكان سكنه عن الوقت المعقول لقطع الطريق، مما يعني أن القرار المطعون فيه جاء موافقاً لأحكام المادة الثانية من قانون الضمان الاجتماعي، وإن إصابة المستدعي لا تعتبر إصابة عمل [99]، وجاء حكم محكمة النقض الفرنسية مناقضاً لما ذهبت إليه محكمة العدل العليا الأردنية؛ حيث أيدت محكمة الاستئناف والتي اعتبرت الحادث إصابة طريق؛ لأنها مارست سلطتها المطلقة في ضوء ظروف القضية التي عالجتها .

وتتلخص وقائع القضية بأن العامل انحرف عن الطريق المباشر بين مسكنه ومكان عمله حال اعتياده توصيل صديقه إلى مكان عمله، وأثناء هذا الانحراف وقع الحادث، فلم تعتبر المحكمة هذا الانحراف مانعاً لاعتبار الإصابة ناشئة عن حادث طريق باعتبار أن المصاب اعتمد على هذا الانحراف [100].

وكنت أتمنى على القضاء الأردني أن يأخذ بالدافع المبرر للانحراف بدلاً من تطبيقه حرفية نصوص القانون والتعليمات التنفيذية دون الأخذ بالأسباب المبررة للانحراف .

والخلاصة فإن أي انحراف غير مبرر عن الطريق الطبيعي يمنع العامل من الاستمتاع بمزايا حوادث الطريق التي قررها له القانون، وإذا كان الانحراف هو العارض المكاني الوحيد، إلا أنه يوجد عوارض زمانية أخرى سنتطرق إليها في الفرع الثاني، وهي التوقف .

الفرع الثاني: التوقف

يعتبر التوقف العارض الثاني، الذي نص عليه القانون الفرنسي والقانون المصري والتعليمات التنفيذية لإصابات العمل في القانون الأردني، وأبرز الآثار المترتبة عليه هو عدم اعتبار الإصابة التي تحدث خلال هذا التوقف إصابة طريق، هذا ما يؤدي بنا لمحاولة معرفة المقصود بالتوقف ؟ .

فالتوقف كالانحراف له معنى لغوي قبل أن يكون مصطلحاً قانونياً، لذلك يجب توضيح هذا المعنى، والذي قد يساعدنا على تحديد المفهوم القانوني له .

" يقال وقفت الدابةُّ : تقف وقوفًا، ووقَّف الدابة : جعلها تقف، والموقف الموضع الذي تقف فيه حيث كان، وما أوقفك ههنا، أي، أي شيء حيَّرك إلى الوقف " [101]، ووَقَفَ يَقفُ وقُوفًا : دائم قائمًا، وقَفتُه أنا وقْفًا : فَعَلْتُ به ما وقَفَ والمَوْقِفُ : مَحَلّ الَوقوف

لقد أجمع الفقه على تعريف التوقف بأنه : " الكف عن السير لفترة من الوقت مع بقاء العامل على الطريق الطبيعي وعرفه البعض بأنه الكف عن السير لأسباب أجنبية عن هذا السير، والذي لا يرافقه تعديل مكاني للطريق [102]، وعرفه الفقه الفرنسي توقف سير العامل وهو يتوجه إلى عمله، أو من عمله لأي سبب شخصي أو أجنبي عن الضرورات الجوهرية للحياة الجارية [103]، وعرفته المادة (3/د) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل في القانون الأردني بالقول " .... يقصد به أن يسلك المؤمن عليه طريقه المعتاد إلى عمله، أو محل إقامته ثم يتوقف عن متابعة سيره بإرادته كأن يرتاد أحد المقاهي، أو يزور قريباً أو صديقاً أو يتوقف لقضاء حاجات معينة ..... إلخ

وفي تقديرنا فالتوقف يعني " كف العامل بإرادته عن السير لأسباب أجنبية عنه، ودون أي تعديل للطريق الطبيعي خلال فترة الذهاب والإياب لمكان العمل، مما يؤدي إلى زيادة في الوقت الطبيعي للرحلة أثناء حدوث الإصابة " .

كأن يتوقف العامل عند الموظف المسئول عن تحويل الرواتب في البنك، للتحدث معه عن يوم التحويل، أو أن يقابل صديقاً له بالصدفة والتوقف لارتياد أحد المقاهي، أو زيارة قريب أو صديق [104]، كما أن الفقه أعطى العديد من الأمثلة على حالات التوقف، مثال ذلك مقابلة مالك البناية فيقف ويتناقش معه كي يؤجر له سكناً بها أو مشاهدة حادث أو لإبرام صفقة أو أن يجد جمع من الناس ملتفين حول سيارة معطلة؛ فينظم إليهم ويتوقف عن متابعة طريقه [105]، أو التوقف لمشاهدة المعروضات في واجهات المحلات [106]، أو لشراء صحيفة ، والتوقف المقصود به هنا التوقف عن السير لا عن العمل؛ فإذا توقف أحد مدققي الحسابات عن العمل لأخذ قسط من الراحة أثناء زيارته لأحد الشركات؛ فحصل له حادث أثناء ذلك؛ فإن الحادث يعتبر حادث عمل، ولا يمنع من ذلك حصوله أثناء التوقف عن العمل

فلا يعتبر توقفاً يؤدي لاستبعاد أحكام تأمين إصابات العمل، إلا التوقف الذي يدوم فترة من الزمن، مما يجعل الرحلة تستغرق وقتاً غير عادي، أي أطول من المعتاد؛ فالتوقف العابر لمدة قصيرة، والذي لا يؤدي لتعديل محسوس لوقت الرحلة لا يحرم العامل من حماية تأمين إصابات العمل [107].

إذاً طول التوقف فترة محسوسة من الزمن يعد قرينة على انتهاء الطريق بالنسبة للعامل، ولا يستفيد العامل من الحماية القانونية المقررة ضد إصابات العمل والتوقف لا بد أن يسبقه توافر

طريق العمل؛ لأنه توقف عن الطريق؛ فإذا اتجه العامل إلى أحد أقاربه لزيارته، ثم بعد ذلك ذهب للعمل؛ فإن طريق العمل لا يبدأ إلا منذ انتهاء الزيارة، ولا تعتبر الزيارة توقفاً؛ لأنه لم يسبقها طريق عمل، وتثور العديد من الصعوبات في ظل أحكام القانونين الأردني والمصري في الحالة الأخيرة لعدم تحديدهما نقطتي طريق العمل، واكتفيا بتحديد نقطة واحدة؛ فقد يدعي العامل بأنه لم يكن في حالة توقف، وأن الطريق بدأ من حيث اعتقاده أنه توقف للاستفادة من الحماية المقررة، وهذه المسألة يترك أمر تقديرها للقاضي ليبحث عما إذا كان الطريق قد بدأ، ثم حدث توقف أم أنه لم يبدأ إلا بعد أن يعتقد أنه توقف إذاً بخلاف الانحراف الذي يشكل تعديل مكاني للطريق؛ فإن التوقف يرد على التحديد الزماني؛ فهو يتضمن تعديلاً في الزمن دون أن يصاحبه تعديل مكاني .

فتوقف العامل للصلاة أو لتوصيل ابنه للمدرسة، أو لشراء بعض الحاجات الضرورية، كالتوقف لشراء الخبز أو لدى السوبر ماركت، أو لتناول مشروب بارد من حر الصيف، أو توقف المؤمن عليها لأخذ أطفالها من الحضانة أو توصيلهم للحضانة لمتابعة سيرها للعمل، يعد أمراً طبيعياً لقضاء حاجات ضرورية أو اجتماعية، ويعتبر سلوكاً مألوفاً، وبالتالي فالإصابة التي تحدث له يمكن اعتبارها إصابة عمل؛ لأن ذلك يتفق وروح التشريعات الاجتماعية الحديثة التي تهدف إلى توسيع نطاق دائرة الحماية للعمال ضد خطر إصابات العمل، بشرط أن يكون هنالك تناسباً زمنياً بين وقت مغادرته مكان العمل، والوقت المقرر لوصول مكان سكناه أو العكس .

كما اعتبر التوقف من عوارض الطريق الزمنية؛ لأنه يعمل على تعديل الوقت الطبيعي الذي يستغرقه طريق العمل ذهاباً وإياباً [108]، ولا يترتب عليه أي تعديل مكاني أو جغرافي على الطريق؛ لأننا نكون بصدد انحراف لا توقف [109].

والخلاصة يجب أن تكون فترة التوقف فترة معقولة؛ فإذا تم تجاوزها عن الحدود الطبيعية؛ فإنه يكشف عن الرغبة في تحقيق مصالح شخصية بعيده عن الضرورات الأساسية للحياة الجارية، أو مستقلة عن ضرورات العمل، ويرى الفقه الفرنسي أن الإصابة التي تحدث أثناء التوقف على الطريق لا تعتبر إصابة طريق، ولكن الإصابة التي تحدث بعد انتهاء التوقف واستئناف السير على الطريق الطبيعي تدخل في مفهوم إصابة الطريق، ويبرر ذلك بأن إصابة الطريق تعد خطراً يتحقق أثناء الانتقال عبر الطرق [110].

وهذا ما أيدته اللجان المختصة في الضمان الاجتماعي الأردني بعدم اعتبار الحادث، الذي تعرض له المؤمن عليه إصابة عمل كون الحادث الذي تعرض له حصل أثناء التوقف، بالرغم من أنه على الطريق الطبيعي من مكان السكن إلى مكان العمل [111]، وقد أكدت محكمة العدل العليا على ما ذهبت إليه لجنة شئون الضمان الاجتماعي [112]، وإذا كان القانون الفرنسي نص على العارضين

السابقين؛ فإن القانون المصري والتعليمات التنفيذية في القانون الأردني نصا على عارض زماني آخر، وهو التخلف وهو ما سنتناوله في الفرع الثالث من هذا المطلب .

الفرع الثالث: التخلف

رأينا فيما سبق بأن القانون الفرنسي لم ينص إلا على عارضٍ زمانيٍ واحد من عوارض الطريق وهو التوقف، إلا أن المشرع المصري أضاف في نصوصه عارضاً زمانياً آخر وهو التخلف، وقد سايرت التعليمات التنفيذية في القانون الأردني ما ذهبت إليه نصوص القانون المصري بنصها على التخلف .

وبالرغم من هذا التجديد في القانون المصري، والذي لا نجد له نظير في القانون الفرنسي، وأغلب القوانين الأخرى لم يعرف المشرع المصري المقصود بالتخلف، خلافاً لما ذهبت إليه التعليمات التنفيذية في القانون الأردني، والتي عرفت المقصود بالتخلف، لذلك سنحاول التعرف على مفهوم التخلف وفقاً لرأي الفقه المصري للوصول لمصطلح قانوني للتخلف؛ فالتخلف لغةً : التأخير [113].

ولقد حاول الفقه المصري الوصول لمعنى معقول لمصطلح التخلف انطلاقاً من فكرة أن المشرع لا يستعمل اصطلاحاً عبثاً، ولا يورد عبارات بلا معنى أو تحمل نفس معنى عبارة سابقة [114]، فيقصد بالتخلف وفقاً للرأي الراجح في الفقه " انشغال العامل عن متابعة الطريق بأمر آخر ودخوله في مكان أو أمكنه تقع على الطريق الطبيعي للعمل " [115].

ويضرب أصحاب هذا الرأي الأمثلة على التخلف، كأن يدخل العامل مقهىً تلبيةً لدعوة صديق له، أو أن يمر على قريب له في مسكنه أو محل عمله، أو أن يدخل نادٍ أو سينما أو مطعم ..... إلخ [116].

ويرى جانب آخر من الفقه بأن التخلف " انصراف إرادة العامل إلى سلوك الطريق العادي إلى عمله أو إلى مقر إقامته، ثم يعمد إلى التخلف عن مواصلة السير مع زملائه ليسلك طريقاً آخر، كما لو خصصت المنشأة وسيلة خاصة لنقل العاملين بها في أوقات معينة، ثم يتخلف أحد العمال عن مصاحبتهم [117].

جانب آخر من الفقه [118]، أعطى للتخلف عن طريق العمل معنى آخر مختلف عن المعنى الذي رسمه أغلب الفقه المصري في شبه إجماع؛ حيث يرى هذا الفقيه بأن هذا المعنى يشمل الحالات التي يكون فيها العامل منحرفًا بالخروج عن المسار الطبيعي والمكاني لطريق العمل، ولا يكون متوقفاً بالسكون مطلقاً عن الحركة والسير، ولكن هو في حالة حركة وسير وعلى الطريق الطبيعي للعمل، إلا أن هذا السير لا يجعله يتقدم على الطريق، أو في حكم عدم تقدمه لتأخره على الطريق دون توقف أو انحراف حقيقي، وتتضمن هذه الحالات كما يرى ثلاثة فروض عملية

ويرى البعض [119]، بأنه يصعب تعريف التخلف على حدة، كونه خليط من التوقف والانحراف، أو أي منهما على حدة، وهذا ما يفسر حسب وجهة نظر الفقيه مسلك الفقه والقضاء الفرنسي، اقتصار الأمر على التوقف والانحراف، وذهب جانب من الفقه [120]، للقول بأن التخلف لا يمكن فهمه إلا في ضوء التفرقة بينه وبين التوقف، كون التوقف لا يحدث إلا على الطريق نفسه، مثل التوقف لمشاهدة موكب أو استعراض، أما التخلف يعني دخول مكان يوجد على الطريق الطبيعي، أما المشرع الأردني؛ فقد عرف التخلف بأنه : " اتجاه نية المؤمن عليه إلى عدم مواصلة السير مباشرة إلى العمل، أو العودة منه كأن يتخلف المؤمن عليه في مكان العمل دون تكليف رسمي مسبق من صاحب العمل "

وفي تقدير الباحث؛ فإن التعريف الذي توصل إليه المشرع الأردني يشوبه العيب؛ لأننا لا نستطيع معاقبة العامل بحرمانه التعويض بمجرد اتجاه النية، وكذلك لصعوبة الإثبات حول النوايا الداخلية في الإنسان؛ لأن النوايا لا يعلمها إلا " **رب العالمين** "؛ لذلك فإنه يمكننا أن نعرف التخلف بأنه " ظهور نية المؤمن عليه الباتة في عدم اجتياز الطريق الطبيعي للعمل ذهاباً وإياباً حتى ولو وقع الحادث على هذا الطريق بعد ذلك "، ومثال ذلك إذا كان المؤمن عليه قد بدأ المسير للعمل على الطريق الطبيعي، وقبل الوصول لمكان العمل أخبر زملائه عن رغبته في عدم الذهاب إلى العمل في ذلك اليوم وعاد لمكان الإقامة، أو أنه ذهب لقضاء مصالح خاصة، أو الاتصال بصاحب العمل أو المسئول هاتفياً وإخباره بعدم إمكانه الحضور للعمل واعتبار عدم حضوره يوم إجازة تخصم من أجازاته .

ونحن نؤيد الرأي [121]، القائل بعدم وجود أهمية من الناحية القانونية للتفرقة بين التوقف التخلف والانحراف؛ لأن النتيجة التي تترتب على أي عارض من هذه العوارض واحدة، وهي حرمان العامل من التعويض المقرر طبقاً لأحكام تأمين إصابات العمل على الحادث الذي يقع للمؤمن عليه بعد توقفه أو تخلفه أو انحرافه حتى ولو كان العامل قد استمر في طريقه الطبيعي وحدثت له الإصابة بعد ذلك؛ فاستبعاد التعويض لا يقتصر على الحادث الذي يقع أثناء التوقف أو التخلف أو الانحراف، بل ما يقع بعد ذلك أيضاً .

من العرض السابق فإنه يتضح لنا بأن عارض التوقف الذي أشار إليه المشرع الفرنسي يستوعب ما يقصده المشرعان المصري والأردني من عارض التخلف من خلال التطبيقات القضائية؛ لذا نجد أنه يتوجب الأخذ بالتوقف كعارض زماني، وهذا الأخير يستوعب التخلف، ومن الملاحظ كذلك بأن المشرع الأردني قد ساير، المشرع المصري في مسلكه، ونص في التعليمات التنفيذية على أن

الحوادث التي تقع على طريق العمل تعد إصابات طريق، وتأخذ حكم الإصابات الناشئة عن العمل ما لم يتخلل ذلك تخلف أو توقف أو انحراف عن الطريق الطبيعي المعتاد .

كما يلاحظ بأن المشرع الأردني نص على عوارض الطريق في التعليمات التنفيذية لإصابات العمل، وأهمل النص عليها في قانون الضمان الاجتماعي وهو المكان المناسب لها، إذا ما علمنا بأن الأمر يتعلق باستبعاد الحماية عن المؤمن عليه المصاب، وهذه المسألة لا يجوز تركها لنصوص التعليمات التنفيذية، والتي تملك الجهة التنفيذية المختصة إلغاءها وتعديلها، ومن هنا أوجه الدعوى إلى المشرع بإضافتها إلى نص المادة (2) من قانون الضمان الاجتماعي الأردني؛ لأنه وفي تقديرنا القانوني لا يمكن الأخذ بهذه العوارض كون المشرع الأردني لم يحدد بداية ونهاية طريق العمل، كما أوضحنا ذلك سابقاً؛ فكيف بالإمكان معرفة فيما إذا كان المؤمن عليه قد انحرف أو توقف أو تخلف عن الطريق الطبيعي

وبالرغم من إهمال كلا المشرعين الأردني والمصري للباعث أو المبرر للتوقف أو التخلف أو الانحراف، بعكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي؛ لذا فمن الأهمية بمكان أن نتطرق لدراسة مبررات عوارض الطريق وكيفية إثباتها، كما نص عليها القانون الفرنسي وما توصل له الفقه في القانون المصري، لعل ذلك يجد طريقه إلى المشرع الأردني والقائمين على ذلك في المؤسسة التأمينية، وكذلك محكمة العدل العليا الأردنية .

المطلب الثاني: مبررات عوارض طريق العمل

من خلال تعرضنا لموقف التشريعات محل الدراسة لعوارض الطريق، رأينا بأن القانون المصري، وكذلك الأردني لم يشيرا في نصوصهما الحالية صراحة أو ضمناً إلى الاعتداد بأسباب معينة يمكن أن تؤدي إلى تبرير عوارض الطريق، وبذلك خلت نصوص هذين القانونين من تبريرات قانونية لعوارض الطريق، وهو ما نراه فراغاً تشريعاً ندعو المشرعين إلى سده عن طريق النص في القانون على بعض المبررات، على سبيل المثال لتبريرها، وفي هذا الصدد يمكننا الاسترشاد بالمبررات التي اعتنقها القانون الفرنسي، محاولين إلقاء الضوء عليها بإيجاز حتى تكون تحت نظر المشرعين الأردني والمصري، إذا ما قرارا اعتناق مبرراتٍ لعوارض الطريق عند صياغة نصوص القانون أو تعديله، وكذلك حتى تكون تحت نظر رجال القضاء في البلدين عند الحاجة إليها .

فالمشرع الفرنسي قد اعتد بحالات معينة تمتد فيها الحماية التأمينية للعامل، على الرغم من إتيانه لأي عارض من عوارض الطريق المنصوص عليها في المادة (2/411) من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي النافذ؛ وهي التوقف والانحراف خلال طريق العمل ذهاباً وإياباً، وتتمثل هذه الحالات بالحاجات الأساسية للحياة الجارية، وكذلك الحاجات المتصلة بالوظيفة؛ فالتوقف

والانحراف لا يحرمان المصاب من الحماية التأمينية، إذا كان الدافع قضاء ضرورة أساسية من مقتضيات الحياة الجارية أو مقتضيات وظيفة المصاب، وقد اجمع الفقه المصري [122]، على القول بوجوب الاعتداد بالباعث أو السبب الذي أدى إلى التوقف والتخلف والانحراف عن الطريق الطبيعي، إذا كان مرتبطاً بالضرورات الأساسية للحياة أو بالعمل .

فعبارة القانون المصري جاءت مطلقة؛ فلم تصف التوقف والانحراف اللذان يحرمان العامل من المزايا التأمينية بأي وصف، ولم تشترط فيهما أي شرط؛ فالطريق الطبيعي هو الذي يسلكه الشخص المعتاد أثناء اجتيازه للطريق خلال الذهاب للعمل أو الإياب منه؛ لأنه لا يسلك أقصر الطرق وأسهلها وأقلها خطورة فقط، بل إنه يقطعها دفعه واحدة؛ فلا يتوقف أو ينحرف إلا لقوة قاهرة أو مبرر قوي؛ فالتوقف والانحراف لا يتنافيان مع مسلك الرجل المعتاد بصفة مطلقة في جميع الحالات، أما التوقف أو الانحراف الذي لا يستند إلى مبرر قوي؛ فهو مسلك لا يتخذه الرجل المعتاد، مما يصبح معه الطريق غير طبيعي

واستناداً لهذا الرأي يذهب الفقه بالقول " من شأن الأخذ بهذا التفسير التقريب إلى حد كبير بين كلٍّ من القانونين المصري والفرنسي [123]، وقد ذهب الفقه لأبعد من ذلك بالقول بأنه من المتصور أن يتسع نطاق الحماية في القانون المصري عنه في القانون الفرنسي؛ لأن معيار مسلك الرجل المعتاد معيار مرن من الممكن أن يشمل حالات لا تقتضيها الحاجات الأساسية للحياة الجارية، ولا يكون للعمل علاقة بها

وأضاف القضاء الفرنسي حالة أخرى، تتمثل في الظروف الاستثنائية والحالات الطارئة التي تدفع العامل إلى إتيان عارض الطريق، وهذا يتطلب دراسة هذه الحالات الثلاث كل واحدة في بند مستقل .

البند الأول : الضرورات الأساسية للحياة الجارية .

لقد نص القانون الفرنسي صراحة على أن التوقف أو الانحراف لسبب يتعلق بالضرورات الأساسية للحياة الجارية لا يؤدي إلى حرمان العامل من التعويض خلافاً لكلا المشرعين المصري والأردني اللذان لم يشيرا إلى ذلك في بنود نصوص القانون .

وبالرغم من ذلك لم يعرف القانون الفرنسي المقصود بالضرورات الأساسية للحياة الجارية، بحيث يعد إتيان إحداهما على الطريق مبرراً لا يحرم المؤمن عليه من التعويض .

إلا أن البعض من الفقه قد حاول ذلك؛ حينما ذهب إلى القول بأن هذا المصطلح يهدف إلى التفرقة داخل تصرفات الإنسان بين ما هو مفيد أو ما هو زائد، وكذلك بين ما هو معتاد أو ما هو شاذ [124]، ويرى الفقيه بأن التمييز بين هذه المسائل، وإن كان يمكن أن يكون سهلاً من الناحية

النظرية، إلا أن معطيات الحياة تقدم الكثير من الفروض التي يصعب معها، وبشكل كبير إجراء هذه التفرقة

وذهب رأي آخر إلى لقول بأن تحقيق الحماية المثلى للعمال مرهون بفهم التصور الخاص بالعمل المأجور على اعتبار أن التعريف القانوني لإصابة الطريق (أو بصورة أوسع الحادث الذي يقع بمناسبة توجه العامل إلى عمله)، يتم من خلال فكرة تنفيذ عقد العمل؛ لأنه وإن كان القانون يقتضي أن يكون الانقطاع أو الانحراف تابع للعمل المأجور، إلا أنه لم يفرض الإبقاء على رابطة التبعية ولا حتى على الطريق ذاته

وهو بذلك يحاول أن يفارق بين هذا المصطلح ومصطلح المصلحة الشخصية للعامل، المتمثلة بحالات الانتقال بالنسبة للعمال، الإجراءات غير المرتبطة بالعمل يتوجه العامل إلى رب العمل خلال فترة الأعذار، أو الوقف عن العمل أو التوجه للعمل خلال الإجازة المرضية ..... إلخ من الحالات .

ويرى البعض بأن هذا الباعث يقصد به كل فعل له صفة الإلحاح والحيوية، أو أي معنى مرادف لما يحقق مصلحة شخصية للمؤمن عليه، ويكون مجبراً عليه وليس مخيراً في الاستغناء عنه

وبالرغم من محاولة الفقه إيراد هذه التعريفات لفكرة الضرورات الأساسية للحياة الجارية؛ فإن البعض يرى بأن الفكرة لا يزال يشوبها الكثير من الغموض والإبهام، لذلك فإنه يرى بأن محاولة حصرها لا يمكن في البحث عن تعريف لها، ولكن يكمن في التعرف على الكيفية التي تفسر من خلالها، وهل تفسر تفسيراً ضيقاً واسعاً

وإزاء عدم وجود تعريف محدد لفكرة الضرورات الأساسية للحياة الجارية من ناحية، وليس هناك اتفاق على الكيفية التي ينبغي من خلالها فهم وتفسير هذه الفكرة تفسيراً ضيقاً أو واسعاً، من ناحية أخرى فإنه لا يكون أمامنا إلا التوجه إلى بعض الأحكام القضائية، والتي قد ترشدنا للوصول إلى غايتنا بالتعرف على المقصود بالضرورات الأساسية للحياة الجارية؛ فاعتبر القضاء الفرنسي أن توقف العامل أو انحرافه يعد ضرورة أساسية من ضرورات الحياة الجارية متى تعلق الأمر بشراء المواد الغذائية كالخبز من المخبز [125]، أو الذهاب لشراء دواء ضروري من الصيدلية [126]، أو زيارة معمل لتحاليل طبية [127]، وقد يكون الذهاب لإيداع إقرار مالي [128]، وقد عرف القضاء الفرنسي باعث جديد، وهو إيداع الأطفال في الحضانة في مدينة أخرى تم التوجه إلى مكان العمل [129]، ولم تعتبر محكمة النقض الفرنسية التوقف في الطريق لتناول العشاء مصلحة شخصية [130]، كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار الحادث الذي تعرض له المصاب أثناء انحرافه إلى المدرسة بهدف توصيل ابنه مبرراً بالضرورة الأساسية [131]، وقرر أيضاً وصف حادث طريق بالنسبة للانحراف عن الطريق الطبيعي ما دامت غايته شراء مواد غذائية لاستهلاكها خلال مدة توقف

قصيرة، قام بها بسبب طول الطريقنخلص مما سبق بأن عبارة الضرورات الأساسية للحياة الجارية كل فعل له صفة الضرورة والحيوية، أو أي معنى آخر مرادف لما يحقق مصلحة شخصية للمؤمن عليه، ويكون مجبراً على ذلك وليس مخيراً في الاستغناء عنه، أو كل ما يكون متسماً بنوع من الأهمية والسرعة في الإنجاز

مثال ذلك أن يجد المؤمن عليه نفسه مضطراً إلى اللجوء إلى دورة مياه متاحة على جانب الطريق لقضاء حاجة فسيولوجية، أو شراء دواء حان وقت تعاطيه، بناءً على وصفة الطبيب المعلاج، أو حان الوقت لأداء فريضة الصلاة أو التوقف الإجباري لإصلاح عطل لسيارته، والتي قد تشكل خطراً على حياته، إذا ما استمر بمواصلة السير فيها، وغيرها من الضرورات الأساسية للحياة الجارية؛ لذلك فإن عبارة الضرورة الأساسية يجب أن تقدر بصورة شخصية لا بصورة موضوعية وفقاً للظروف الشخصية لكل عامل راح ضحية لحادث طريق؛ لأن هذه الظروف قابلة للتغير وفقاً للقدرات الإنسانية بكافة أشكالها، جسدية، نفسية ..... إلخ

البند الثاني : الضرورات المتصلة بأداء الوظيفة .

وفي هذا المقام يجب أن نفرق ما بين إصابة العمل وحادث الطريق؛ ففي الحالة الأولى على العامل أن يكون تحت سلطة ورقابة رب العمل لكي تعتبر إصابة عمل، والأمر ليس كذلك في الحالة الثانية؛ فليس المقصود أن يكون العامل تحت سلطة ورقابة رب العمل على طريق العمل؛ لأن ذلك من شأنه التضييق من نطاق الحماية على طريق العمل نظراً لضيق فكرة التبعية لصاحب العمل، والتي تفترض بالضرورة أن يكون العامل تحت سلطة ورقابة رب العمل، وهو الأمر الذي لا يمكن تطلبه بشأن الحادث على طريق العمل

لذلك يرى البعض [132]، بأن المشرع الفرنسي استحدث مصطلح السبب المتعلق بالوظيفة، وليس السبب المتعلق بالعمل، رغبةً من المشرع الفرنسي في التوسع في فهم الأسباب التي تدفع العامل للتوقف أو الانحراف كون مصطلح الوظيفة أوسع من مصطلح العمل، والذي قد ينحصر في العلاقة التي ينظمها عقد العمل بين العامل وصاحب العمل .

وبموجب ذلك؛ فإنه يكفي أن تكون الحادثة التي وقعت على طريق العمل لها صلة بمقتضيات وظيفة العامل، ولو كان العامل وقتها بعيداً عن سلطة رب العمل وتبعيته؛ لأن القول بغير ذلك يضيق من نطاق الحماية للعامل على طريق العمل .

فالتوسع كما رأينا في مفهوم الوظيفة يشمل الحياة الوظيفية للعامل ككل، ويؤدي إلى حماية مصالح العمال، ولا يقابله ضرر يقع على صاحب العمل؛ فالأخذ بهذا المصطلح هو الأجدر وتأكيداً لهذا المبدأ ذهبت محكمة العدل العليا الأردنية باعتبار انحراف المؤمن عليه إلى مبنى المسافرين في

الدوار السابع بعد قيامه بتوصيل رئيس مجلس الإدارة للفندق، الذي يعمل به إلى المطار، ليلتقي أحد المسئولين الذي يعمل لدى أحد المكاتب السياحية بناءً على موعد مسبق لأمور تخص الفندق لاستيعاب قسم من السواح في الفندق، والذي يعمل به المؤمن عليه المستدعي مديراً تعرض لحادث صدم، مما أدى لإصابته بكسور خطيرة في القدمين وجروح متعددة في الوجه والذقن، فاعتبر الانحراف الذي قام به المؤمن عليه مرتبط بالوظيفة وبسببها، ومن ثم اعتبار الحادث إصابة طريق بسبب العمل [133].

ويرى جانب من الفقه المصري [134]، بأن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بالتراجع عن التفسير الواسع لمفهوم الباعث المتصل بالوظيفة، والمبرر لعارض طريق العمل؛ حيث قررت المحكمة رفض الاعتداد بالانحراف الذي قام به المؤمن عليه للبحث عن عمل، ولم تعتبر الإصابة التي تعرض لها المؤمن عليه حادثة طريق عمل؛ لأن انحرافه بدافع المصلحة الشخصية لا مصلحة الوظيفة .

واعتبر القضاء الفرنسي التوقف في الطريق الذي أملته طبيعة عمل العامل بوصفه مندوباً عن المنشأة التي يعمل بها توقفاً مبرراً، وكذلك انحراف العامل عن الطريق الطبيعي والتوجه إلى صندوق الضمان الاجتماعي، بناءً على طلب الأخير لمراجعة نفقات العلاج، ومصروفات الدواء، يعتبر انحرافاً مبرراً .

واعتبر الانحراف مبرراً من قبل العامل الأجير، الذي يعمل في قسم العلاقات العامة بالشركة بفرض استلام اللباس الذي سيرتديه في اليوم التالي بمناسبة المهمة التي كلف بها من قبل رب العمل، والتي تكمن في استقبال الشخصيات الأجنبية، وكذلك الانحراف عن طريق العمل لاستلام الشيك الخاص براتبه بعد حصوله على إذن صاحب العمل [135].

وعلى هذا النحو فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي يأخذ في الاعتبار مجموع عناصر النزاع المعروض عليه للفصل في التسبيب العميق للتوقف أو الانحراف عن خط السير على طريق العمل، والذي يغلب عليه في النهاية المصلحة الشخصية للتصرف المنفصل بصورة واضحة عن الالتزامات المستنبطة من العمل .

وعلى هذا النحو فإن التوقف لمدة طويلة في أحد المقاهي أو البحث عن مطعم أفضل من قبل العامل، أو الانحراف عن خط السير بغية شراء طوابع بريد وإرسال البريد الشخصي، أو انحراف العامل في سبيل زيارة والده المريض لا تبرر جميعها هذا التوقف والانحراف، استناداً إلى ضرورات الحياة الجارية [136].

وكذلك الحال حالة انتقاله؛ حيث توجه عقب عمله إلى صاحب عمله القديم للبحث عن شهادة طلبها منه مكتب التشغيل في سبيل استيفاء ملفه، وكذلك الحال عندما يتوجه العامل الأجير عقب

عمله إلى مدير الشركة، من أجل الحصول على عمله مجزي بدرجه أكبر مما هو عليه الحال بالنسبة لعمله الذي يؤديه، وفي نهاية اللقاء لم يعد إلى محل إقامته إلا بعد مرور أربع ساعات، وذلك عقب تناوله وجبه العشاء في أحد المطاعم [137]، فهذه الأمور تعتبر مصالح شخصية، ولا تبرر جميعها التوقف أو الانحراف، استناداً للضرورات المتصلة بالوظيفة .

والخلاصة، فإن الحادثة تعتبر حادث طريق عمل ولو لم تكن تلك الحادثة متولدة مباشرة وبالضرورة عن العمل، كأن يكون متوجهاً مباشرة لمكان العمل، أو عائداً من عمله مباشرة اتجاه منزله، ويكفي أن يكون العمل له صلة بمقتضيات الوظيفة، وإن اختلطت بمصلحة شخصية للعامل المصاب .

البند الثالث : الظروف الاستثنائية أو الحالات الطارئة .

تعتبر هذه الحالة من خلق القضاء الفرنسي، من أجل مراعاة مصلحة العامل، بما يتوافق وأهداف القانون الاجتماعي؛ فاعتبر القضاء الفرنسي الإصابة التي تحدث موجبه للتعويض، حتى ولو كانت في طريق منحرف عن الطريق الطبيعي أو بعد توقفه عنه، طالما ثبت بأن هذا الانحراف أو ذلك التوقف كان بسبب ظروف استثنائية، كحدوث قوة قاهرة أو حالة طارئة أو حالة وجود مظاهرات أو أعمال عنف [138]، أو وجود صيانة في الطريق الطبيعي المعتاد منعته من السير؛ فاضطر لسلوك طريق آخر .

وتعتبر الإصابة التي يتعرض لها العامل أثناء التوقف والاختباء في أي مكان لتجنب هذا العنف إصابة طريق عمل موجبه للتعويض بالرغم من توقفه؛ لأن هذا التوقف فرضه ظرف استثنائي .

وبالمثل إذا اضطر العامل بدلاً من التوقف أن يترك الطريق الطبيعي، ويسلك طريقاً آخر؛ فإن هذا الانحراف يعتبر مبرراً بظرف استثنائي [139].

ويعتبر من قبل الحالات الطارئ التي اعتد بها القضاء في تبرير إتيان العامل لعوارض الطريق هطول الأمطار الغزيرة أو طفح الخزان بالطريق أو شعور العامل بالآم شديدة بسبب انفجار في الزائدة الدودية، وصعوبة الحالة الجوية كتساقط الثلوج على الطريق الطبيعي، وتشكل الانجماد في ساعات الصباح الباكر، وتشكل الضباب الكثيف الذي يحيل بينه وبين متابعة سيره وما إلى ذلك [140]، وفي تقديرنا هناك ظروف يجب أن يعتد بها، بالرغم من أنها لا ترقى إلى درجة الظروف الاستثنائية، بل لأنها تدخل في نطاق الواجبات الإنسانية، كالتوقف لإنقاذ شخص أصيب نتيجة حادث سيارة أو الانحراف لأقرب مركز طبي لتقديم الإسعافات اللازمة له؛ لأن التوقف أو الانحراف، كما ذكرنا سابقاً يعد مبرراً والقول بغير ذلك يقتل روح التضامن والمروؤه التي تسود أي مجتمع صالح.

ويدعو إلى الأنانية وحب الذات؛ لذلك فإن إتيان العامل لعارض الطريق، إذا كان استجابة لظرف استثنائي أو حالة طارئة؛ فإنه يعد مبرراً ويظل العامل مشمولاً بالحماية التأمينية التي جاء بها المشرع تحقيقاً لمصلحته .

والأمر كذلك إذا وجد ظرف استثنائي على الطريق الطبيعي، كإغلاق الطرق المؤدية للعمل بسبب تساقط الثلوج؛ فعند اتصال العامل برب العمل وإبلاغه بالأمر، وأثناء العودة لمكان الإقامة تعرض لأضرار نتيجة الحادث، الذي وقع له، فإن الإصابة موجبه للتعويض بالرغم من تخلف العامل عن الطريق الطبيعي؛ لأن هذا التخلف يبرره الظرف الاستثنائي .

وقد ذهبت محكمة العدل العليا الأردنية لعكس ذلك، عندما رفضت اعتبار الإصابات التي تعرض لها جمع من العمال إصابات عمل، عندما ذهبوا للمساعدة في إطفاء الحريق الذي شب في الشركة المجاورة للشركة التي يعمل بها المؤمن عليهم المصابين [141].

وهذا في تقديرنا ما يتنافي وروح التضامن الاجتماعي، التي يجب أن تسود المجتمع، لأننا بذلك نساعد على العزلة والأنانية وحب الذات، ونقتل جميع أشكال التعاون والتفاني لإنقاذ أرواح البشر، والتي تعتبر أغلى ما نملك [142]، والعمل الذي قاموا به المؤمن عليهم ما هو إلا استجابة لظرف استثنائي وحالة طارئة كان الأولى بمحكمتنا الموقرة اعتباره مبرراً واعتبار توقف المؤمن عليهم عن متابعة السير بالعودة للمنزل للقيام بهذا العامل الإنساني مبرراً، وبالتالي استحقاقهم التعويض الموجب عن الإصابة .وأخيراً فإن تقدير الباعث الذي أتاه العامل على طريق العمل، وما إذا كان يستند لظرف استثنائي أو حالة طارئة من عدمه هو أمر متروك للقاضي الموضوع في ضوء الملابسات التي ألمت بالواقعة

المطلب الثالث: كيفية إثبات ما يبرر عوارض الطريق

طبقاً للقواعد العامة بالإثبات على المدعى إثبات ما يدعيه؛ فإذا أدعت المؤسسة التأمينية، أو أي جهة تقوم بإدارة وتنفيذ تأمين إصابات العمل بأن الإصابة التي وقعت على طريق العمل، ليست إصابة لوجود توقف أو تخلف أو انحراف، مما يحرم المؤمن عليه من حماية القانون له كونه قد جاء بهذا المانع، بقصد المصلحة الشخصية أو أنه خارج عن ضرورات الحياة الجارية، أو يتنافى مع مسلك الرجل المعتاد؛ فإن إثبات العكس يقع على المؤمن عليه المصاب أو ورثته، إذا كانت الإصابة أدت إلى وفاته ويحق لهم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات .

وتقدير ما إذا كان ما حدث من المؤمن عليه على الطريق يدخل تحت أحد صور عوارض الطريق (التوقف أو التخلف أو الانحراف)، مسألة قانونية تخضع فيها محاكم الموضوع لرقابة محكمة النقض، أما الوقائع المادية التي تتحرى عنها وتثبتها محكمة الموضوع من أجل التأكد من وجود

العارض ذاته؛ فتلك مسألة موضوعية تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض [143].

ولكن من واقع عملنا في التأمينات الاجتماعية في الأردن؛ فإنه تثور صعوبات عملية كثيرة، مما يؤدي إلى حرمان المؤمن عليهم المصابين، أو ورثتهم من حماية القانون خصوصًا ما تستلزمه المادة (27) من القانون الأردني؛ حيث تتطلب الإجراءات الواجب إتباعها في حالة حدوث إصابة عمل ما يصعب تحقيقه في إصابة طريق العمل خصوصاً في حالة إبلاغ الشرطة بموجب الواجبات المسندة إليها بموجب القوانين الخاصة بها؛ حيث ينجم عنها جرائم يحكمها قانون العقوبات كحوادث السير، والحوادث الجنائية، والحوادث التي تؤدي إلى الوفاة، كما أن البعض منها يستدعي استدعاء أجهزة الشرطة والدفاع المدني لغايات الإنقاذ والإسعاف الأولي، كما في حالات الحرائق والانفجارات، بالرغم من أن الإصابة لم تؤدي إلى إلحاق ضرر أو نسبة عجز بالمصاب؛ فمن الضرورة أن يتضمن هذا البلاغ أقوال الشهود خصوصاً في إصابات الطريق على الطرق العامة؛ حيث يتهرب الناس من الإدلاء بالشهادة أمام الشرطة حرصاً منهم على أوقاتهم أو الخوف أن يتم اتهامهم في الحوادث التي أدت لوفاة صاحبها بأنه هو المتسبب بذلك .

وقد أكدت محكمة العدل العليا الأردنية على ضرورة إبلاغ الشرطة في حوادث الطريق، عندما رفضت اعتبار الحادث الذي تعرضت له المؤمن عليها أثناء مغادرة موقع عملها نتيجة اصطدام سيارة أخرى بسيارتها من الخلف أدى إلى ألم في الرأس ودوخة وألم في الظهر إصابة عمل

في تقديرنا إن حق المؤمن عليه المصاب تجاه المؤسسة التأمينية غير مرهون بإبلاغ صاحب العمل للشرطة عن الإصابة، وفقاً لما حدده قانون الضمان الاجتماعي رقم 19 لسنة 2001 والتعليمات التنفيذية؛ لأن القانون لم يشر لسقوط حق المصاب من المؤسسة في حال تقصير صاحب العمل بإبلاغ الشرطة عن الإصابة التي تعرض لها، أضف إلى ذلك فإن القانون بموجب نص المادة (64) منه ألزمت المؤسسة بالحقوق المقررة للمؤمن عليه، وفقاً لأحكامه حتى ولو لم يقم صاحب العمل بالتأمين عليه؛ فكان من الأجدر أن تقرر التزام المؤسسة بأداء الحقوق المقررة للمؤمن عليه الذي يتعرض لإصابة عمل، وفقاً للشروط القانونية، وإن عدم الإبلاغ عنها وفقاً للمدد التي حددها المشرع لا يعني حرمان المؤمن عليه من الحقوق المترتبة له بناءً على ذلك؛ لذلك فإن أي مسئولية تنشأ عن التقصير في الإبلاغ تقع على صاحب العمل وحده، دون أن يلحق العامل أي ضرر؛ لأن العامل يكون في حالة لا يسمح له بالإبلاغ، وكذلك ذويه خصوصاً إذا أدى الحادث إلى الوفاة [144].

والسؤال الأخير الذي يطرح نفسه ما الحكم بالنسبة للحادث الذي يقع أثناء التوقف أو التخلف للمؤمن عليه ؟ .

كما لو دخل عامل إلى مطعم لتناول وجبة الغذاء، وفي هذه الأثناء حصلت مشاجرة وأصيب بأداة حادة من قبل أحد المتشاجرين على الافتراض بأن العامل كان متوجهاً لمكان إقامته؛ فهل يعتبر هذا الحادث حادث طريق يغطى تأمينياً أم أنه لا يعتبر كذلك ؟ .

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها القديم منها والحديث إلى عدم شمول الحماية التأمينية للحوادث التي تقع أثناء التوقف، حتى ولو كان ذلك مبرراً بالضرورات الأساسية للحياة الجارية

وقد أيد بعض الفقه [145]، المصري موقف محكمة النقض الفرنسية، ويرى ضرورة الأخذ به من باب أولى في القانون المصري على أساس أن المشرع المصري لا يأخذ بفكرة التوقف المشروع أو المبرر .

وخالف البعض الآخر من الفقه المصري [146]، لموقف محكمة النقض لمخالفتها لأبسط قواعد المنطق ومخالفتها لنص القانون وروحه، وهو الرأي الذي نميل إليه؛ لأن حادثة العمل نفسها تكون إصابة عمل ولو وقعت للعامل أثناء فترة الراحة التي تتخلل ساعات العمل اليومية عندما يتوقف العامل فعلياً عن أداء عمله؛ فيكون من باب العدل والمساواة استحقاق العامل المصاب أثناء توقفه على طريق العمل الحماية التأمينية الكاملة قياساً على حالة إصابته أثناء فترة الراحة ما بين ساعات العمل، سواءً كان في مكان العمل نفسه أو مكان قريب منه، كما أن العامل أثناء التوقف يكون أقل عرضه لخطر الطريق والإصابة؛ فكيف يستحق التعويض في حالة الحركة الدائمة على الطريق ولو كان منحرفاً عنه، بينما لا يستحق التعويض وهو في حالة سكون على الطريق أو بالقرب منه؛ فإذا كانت الحماية تشمل العامل أثناء فترة الراحة، وكذلك أثناء فترة الانحراف المشروع، كما ذهب لذلك أغلب الفقه المصري والقضاء الفرنسي؛ فالأجدر أن تشمله الحماية أثناء التوقف المشروع والمبرر .

الخاتمة:

تعرضنا من خلال هذا البحث لدراسة المشكلات التي يثيرها حادث طريق العمل في القانون الأردني، وذلك بالمقارنة مع القانون الفرنسي والمصري .

واتضح لنا كيف أن قوة العمل قد أصبحت بلغة علم الاقتصاد سلعة هامة تخضع لقانون العرض والطلب، لذلك فإنها ربما تفقد قيمتها كلما فقدت صلاحيتها، وبالتالي يفقد العامل الثمن المقابل وهو الأجر، كل ذلك أكد على ضرورة وجود نظام يكفل للعمال الأمان ضد المخاطر التي تؤدي إلى عدم قدرتهم على العمل، ولاسيما حوادث الطريق منها، وإزاء هذه الرغبة بتوفير الأمان ظهرت الأنظمة التي عنيت من خلالها الدولة بأفرادها؛ حيث مدت الحماية التأمينية لتشمل الجزء الغالب من المخاطر التي قد يتعرضون لها عند تحققها .

وأظهرت دراسة هذا البحث دواعي حماية العامل ضد أخطار حادث طريق العمل والأساس القانوني للحماية، وما إذا كان يكمن في رابطة التبعية أو يكمن بالرغبة الصريحة للمشرع في مد نطاق الحماية لهذا النوع من المخاطر، وإذا ما انتقلنا إلى تحديد طريق العمل محل الحماية التأمينية، فقد رأينا كيف اختلفت الدول محل الدراسة اختلافًا بينًا في تحديد هذا الطريق مكانيًا، من حيث نقطتي البداية والنهاية من جهة أولى، وفي تحديد هذا الطريق زمانيًا، من حيث الوقت اللازم لقطعة من ناحية أخرى .

ورأينا كذلك بأن التمتع بالحماية التأمينية لحادث طريق العمل لا يقف عند مجرد توافر كلاً من النطاق المكاني والزماني وفقًا لمقصود كل مشرع على حده، وما انتهى إليه الفقه والقضاء في دولته، بل لا بد من توافر شرط آخر للتمتع بهذه الحماية، وهو عدم إتيان العامل لأي عارض من عوارض الطريق .

فالقانون الأردني كما رأينا من خلال هذا البحث قد سبق قوانين الدول محل الدراسة، والبعض من القوانين المتطورة في مد نطاق الحماية التأمينية للمؤمن عليه على طريق العمل باستبعاده لعوارض الطريق في القانون ساري المفعول، ولم يأخذ المشرع الأردني لبعض الحالات التي أخذ بها المشرع الفرنسي، وهو تحديد الجهة المقابلة لمكان العمل من أجل تخفيف العبء المالي على المؤمن عليه المصاب، من اللجوء للقضاء في ظل النزاعات المتكررة بين المؤمن عليه ولجان فض المنازعات في المؤسسة في حوادث الطريق، وقد تساوى المشرع الأردني مع قوانين الدول محل الدراسة في البعض من الحالات .

وفي هذا الصدد فإننا نأمل من المشرع الأردني الانتباه لهذا التفاوت في الحالات ومعالجة الخلل لمواكبة ما وصلت إليه القوانين المتطورة في هذا المجال والوصول لأبعد من ذلك، ليصبح القانون الأردني نموذجًا يحتذى به بين كافة القوانين الاجتماعية من خلال تحقيق العدالة الاجتماعية بكافة الحالات، ولا يتم اقتصارها على البعض منها .

ولا يسعنا في نهاية هذا البحث أن نشير إلى أهم النتائج والتوصيات :

1 – أن البحث عن الأساس القانوني لحماية إصابة الطريق لا يوجد له أي ضرورة؛ لأن أنظمة الضمان الاجتماعي كفلت هذه الحماية، وجعلت مثل هذا البحث والاجتهاد لا جدوى منه؛ لأن الحماية أصبحت وظيفة اجتماعية؛ فأي من الاعتبارات التي يتحدد النظر إليها ضمن نطاق الحماية تتسم بالوحدة، وأي محاولة تهدف إلى التمييز بين أكثر من أساس قانوني للحماية بالنظر للمظاهر المختلفة للإصابة وأسبابها، يصبح ضربًا من العبث .

2 – لقد تأثر المشرع الأردني بمسلك المشرع الفرنسي، من حيث قيمة الاشتراكات؛ بحيث تزيد قيمة الاشتراكات المفروضة على صاحب العمل، كلما زاد عدد حوادث العمل والعكس فإنها لا تتأثر مهما كان عدد حوادث الطريق .

ويتم زيادة قيمة الاشتراكات بالنظر لمدى التزام المنشأة بتطبيق شروط ومعايير السلامة والصحة المهنية، مع الأخذ بعين الاعتبار نسبة إصابات العمل في القطاع أو النشاط، الذي تندرج ضمنه المنشأة، وتم نقد هذا الاتجاه في موضعه وتوصلنا لقاعدة مفادها .

" كلما زادت إصابات العمل كلما اتضح عدم الاهتمام بوسائل الوقاية وتأمين بيئة العمل، مما يؤدي لزيادة قيمة الاشتراكات التي يؤديها صاحب العمل، وكلما قلت إصابات العمل اتضح الاهتمام بوسائل الوقاية وتأمين بيئة العمل، مما يؤدي إلى بقاء نسبة الاشتراكات التي يؤديها صاحب العمل، كما فرضها القانون، أو تقل عن ذلك " .

3 – اشترط المشرع الفرنسي صراحة أن تكون نقطة البداية أو النهاية في طريق العمل هي مكان العمل، بينما لم يرد هذا الاشتراط الصريح في القانون الأردني والمصري؛ حيث تطرقا للتحدث عن ذهاب العامل لمباشرة عمله أو عودته منه، على الرغم من أنه وفقًا للمجرى العادي للأمور، فإن العامل حينما يتوجه لتأدية العمل، إنما يقصد من دون شك مكان العمل، ويبدو واضحًا بأن كلا المشرعين قد حرص على تفادي فكرة المكان، كما فعل المشرع الفرنسي وأشارا لوقوع الحادث في فترة الذهاب والإياب لمباشرة العمل، فصياغة نصوص المواد بكلا القانونين تتسم بالمرونة وتتسع؛ بحيث يشمل حالة توجه العامل إلى أي مكان يحدده صاحب العمل لتنفيذ الالتزامات المهنية الناشئة عن عقد العمل .

4 – لم يحدد أيًا من القانون الأردني والمصري الجهة المقابلة لمكان العمل، كما ذهب المشرع الفرنسي، وإن كنا نرى ضرورة تحديد الجهة المقابلة لمكان العمل والاعتداد بموطن العامل، وفقًا لمفهومه الواقعي على نحو ما أسلفنا ذلك بهذا البحث؛ بحيث تتحدد نقطتين لبداية ونهاية طريق العمل، وهو المسلك الأفضل لإعمال فكرة التوقف والتخلف والانحراف عن الطريق الطبيعي للعمل على أن لا يكون هذا التحديد حصرًا، وإنما على سبيل المثال مع النص على ضوابط بشأن هذا التحديد، مما يحقق أمران لا يخلوان من الأهمية :

الأول : يتجنب التحديد الحصري وما يثيره من صعوبات تبدأ بالظهور بعد التطبيق العملي، أما الأمر **الثاني :** يترك الباب مفتوحًا لاجتهادات الفقه والقضاء حتى نصل إلى تحديد مكاني نهائي لطريق العمل المحمي تأمينيًا، وفقًا للمقاصد المرجوة التي أرادها المشرع في هذا الشأن .

5 – من الملاحظ بأن القانون الفرنسي يضيق من أعمال الشرط المتعلق بعوارض الطريق، والتي تؤدي لحرمان العامل من الحماية التأمينية على الطريق من وإلى العمل بالنص على عارضين فقط، وهما التوقف والانحراف، بينما أضاف إليهما القانون المصري عارضًا ثالثًا وهو التخلف، في حين نجد بأن المشرع الأردني في القانون الجديد لا يجعل لعوارض الطريق، أي أثر على استحقاق العامل للحماية التأمينية، وهو الموقف المغاير لما كان عليه الوضع في ظل القانون القديم، وإن كان هدف المشرع من ذلك التوسع في مد نطاق الحماية التأمينية على طريق العمل، إلا أن ذلك سوف يثير العديد من النزاعات يكون مآله إلى القضاء، مما يعني زيادة الأعباء المالية على المؤمن عليه المصاب، ولا يمكننا أن نفسر هذا الاستبعاد للعوارض في القانون الأردني الجديد، إلا على أنه أجازه للانحراف عن الطريق أو التوقف والتخلف لأغراض شخصية؛ بحيث لا يؤثر إتيان أي عارض من هذه العوارض على اعتبار الإصابة إصابة عمل تستحق الحماية، لذلك فمن الضروري إعادة النص على هذه العوارض لنص المادة (2) من القانون الأردني باعتبار ذلك من المبادئ المسلم بها في شأن حوادث طريق العمل في جميع القوانين .

6 – رأينا بأن المشرع الفرنسي أعتد بالباعث، الذي أملى على المؤمن عليه إتيان أيًا من عوارض الطريق، فلم يرتب على عوارض الطريق ذاتها فقدان العامل لحماية القانون .

أما القانون المصري فقد نص على هذه العوارض دون أي تقيد، وهو الأمر الذي يمكن القول معه بأن أي توقف أو تخلف أو انحراف من شأنه أن يفقد المؤمن عليه الحماية التأمينية التي قررها القانون، مما يحرمه من التعويض، إلا أن الفقه والقضاء المصري اعتد بالبواعث على إتيان عوارض الطريق، بالرغم من الخلاف في طريقة المعالجة وأساليب التناول، كما وضحنا ذلك أثناء البحث .

7 – كما توصلنا لنتيجة مفادها لا بد من الأخذ بالمعيار الشخصي والموضوعي في تحديد الطريق الطبيعي؛ بحيث ينظر إلى ظروف كل عامل على حده، فلا يجب الاكتفاء بالبحث عن مسلك الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف لقطع هذا الطريق، بل لا بد من الاعتداد بطبيعة الشخص، من حيث القدرة على تحمل الظروف المرافقة لقطع الطريق الطبيعي الجغرافية.

الهوامش:

(1) اشترطت المادة (3/د) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل رقم 2 لسنة 2002، لاعتبار حادث الطريق إصابة عمل أن يقع الحادث خلال فترة ذهاب المؤمن عليه من مكان سكنه، لمباشرة عمله أو عودته منه، دون تخلف أو توقف أو انحراف على الطريق الطبيعي المعتاد .

(2) القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، نسخة منقحة راجعها واعتنى بها أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص 1002 .

(3) د. جلال إبراهيم، الوجيز في شرح قانون التأمينات الاجتماعية، مكتبة كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004/2003، ص 254 .

(4) د. برهام محمد عطا الله، أساسيات قانون التأمينات الاجتماعية، الإسكندرية، 2001/2000، ص 128 .

(5) Roland Kessous, Réflexions sur l'accident de trajet. op. cit, P. 1021.

(6) 1Rloland kessous, op. cit, P. 102.

(7) د. سمير عبد السيد تناغو، نظام التأمينات الاجتماعية، منشأة المعارف،الاسكندرية،1971، ص 239 .

(8) Georges. Dortion, "Accident du travail et maladies professionnelles, l'adaptation aux réalietes daujourd hui", Dr. soc, 1992, P. P. 128 – 135.

(9) Milet (L.), Les voies de la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles, Rev. Dr. soc, P. 844.2002, n 9/10

(10) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمل ضد حوادث طريق العمل، مرجع سابق، ص 46 .

(11) A. Plouast, les accidents de trajet et la loi du 23 Juillet 1957, Dr. Soc., 1957, P. 640 et s

(12) د. أحمد محمد محرز، الخطر في تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 237،

(13) Roland Kessous, sur l'arrét de la courde, op. cit, P. 1021.

(14) د. حسن عبد الرحمن قدوس، التعويض عن إصابات العمل، مرجع سابق، ص 237 .

(15) L. Milet, L, accident de trajet, risqué de. op. cit, 1996, P. 962.

(16) د. أحمد محمد محرز، الخطر في تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 256 .

(17) د. عامر سلمان عبد الملك، التأمينات الاجتماعية في الدول العربية دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، بيروت،1990، ص 346 .

(18) د. أمال جلال، مسئولية المؤاجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1977، ص 242

(19) نص المادة الثانية من القانون الأردني .

(20) المادة (2 – 411) من القانون الفرنسي بعد أن كانت (1/415) بمقتضي القانون رقم (2/2426)، الصادر في 1946/10/30؛ حيث تم تعديل رقمها دون تعديل على مضمونها بموجب المادة (27) من القانون رقم 624 لسنة 2001، والصادر بتاريخ 2001/7/17 . www.legifrance.gouv.fr/acffch cod.jsesionid.date.texte=20100103 .

(21) د. حسن عبد الرحمن قدوس، التعويض عن إصابات العمل، مرجع سابق، ص 268 .

(22) Doublet (J.), Sécurité sociale, P. U. F., 1991.p.183

(23) Crim, 3 Mars 1993, D. 1993, 15°, IR, P. 93. =

= فاعتبر الحادث الذي تعرض له العامل وهو في طريقه للعمل بأداء المهام المكلف بها من قبل رب العمل حادث عمل، واعتبر مكان تنفيذ المهمة مكانًا للعمل .

- Civ, 2e 16 Sept 2003; Bull. Civ. Iin 267.

(24) R. Kessous, "Réflexions sur l'accident de trajet, l'accident du travail et l'accident de mission", concl. Dr. Soc, N° 12. 1992, P. 1021.

(25) Accidentde mission et accident de trajet. Le journal de CRAM Aguitaine prév 306, févier, 2007. www.cramaquitaine.fr.

(26) Cass. Soc, 21 Mars 1996, RJS. 1996, n 603.

واعتبر المكان خارج الشركة الذي شارك فيه العامل بموافقة رب العمل في عملية تبرع الدم بمثابة مكان عمل، فالحادث الذي يتعرض له خلال مشاركته المنظمة اعتبر حادث عمل .

- Civ, 2em 3 Avr 2003, prec. Note 7.

(27) د. محمد سعيد عبد النبي، تأمين المسئولية من إصابات العمل، مرجع سابق، ص 140 .

(28) قرار عدل عليا رقم (2) بالدعوى 2001/80، تاريخ 2001/9/6. www.adaleh.info

(29) المادة (2 – L 411) من القانون الفرنسي .

(30) المادة (2) من القانون الأردني .

(31) المادة (3/د) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل رقم (2002/2)؛

(32) قرار رقم 13 بالدعوى رقم 94/29، تاريخ 1994/2/26 . www.adaleh.info

(33) قرار رقم 45 بالدعوى رقم 2000/159، تاريخ 2000/7/19 .

وانظر قرار محكمة العدل العليا بالدعوى رقم 2000/427، تاريخ 2001/1/31؛ حيث قضت (يبدأ الطريق الطبيعي إلى العمل بمجرد مغادرة العامل باب منزله، أو أي مكان يتواجد فيه متوجهًا إلى مكان العمل في حين يبدأ الطريق من العمل بمجرد مغادرة العامل مكان العمل) .انظر القرار رقم (18) بالدعوى رقم 2006/456، تاريخ 2006/12/14 . www.adaleh.info

(34) د. حمدي عبد الرحمن، ثروت فتحي إسماعيل، قانون التأمين الاجتماعي المصري وفقًا لأحدث التعديلات التشريعية، (د. ن)، 1999، ص 237 .

(35) د. علي العريف، شرح التأمينات الاجتماعية، مطبعة مخيمر، القاهرة، 1965، ص 152 – 155 . =

د. عبد الرحمن محمد داود، شرح قانون التأمينات الاجتماعية من الوجهتين النظرية والتطبيقية،مطابع مؤسسة الأهرام، 1968، ص 106 وما بعدها .د. محمد علي عمران، شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، دار النهضة العربية،1970، ص 628 .

(36) د. عبد العزيز الهلالي، تأمين إصابات العمل علماً وعملاً، مطبعة النهضة الجديدة، 1976، ص 31 .

(37). د. ثروت فتحي إسماعيل، قانون التأمين الاجتماعي المصري وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008، ص 185

(38) د. محمد لبيب شنب، مدى تغطية تأمين إصابات العمل لحوادث الطريق، مرجع السابق، ص 675 .

(39) د. محمد سعيد عبد النبي، تأمين المسئولية من إصابات العمل، مرجع سابق، ص 142 – 143 .

(40) د. حسن عبد الرحمن قدوس، التعويض عن إصابات العمل، مرجع سابق، ص 274 .

(41) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمل ضد حوادث الطريق، مرجع سابق، ص 168 وما بعدها .

(42) د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المشكلات التي يثيرها حادث طريق العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 212 وما بعدها .

(43) فداء أبو رمان، تأمين إصابات العمل وأمراض المهنة في قانون الضمان الاجتماعي الأردني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 1996، ص 69 .

(44) عوني عبيدات، شرح قانون الضمان الاجتماعي الأردني رقم 30 لسنة 1978، دار وائل للنشر، 1998، ص 136 .

(45) انظر للقرار رقم 18 بالدعوى رقم 2006/456، بتاريخ 2006/12/14 . www.adaleh.info

(46) د. أنور عبد الله، دروس في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 328 . جابر سالم عبد الغفار، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص 32 .محمد أحمد محمد عجيز، دور الخطأ في تأمين إصابات العمل (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2003، ص 333

(47) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمل ضد حوادث الطريق، مرجع سابق، ص 172 وما بعدها . د. حسن عبد الرحمن قدوس، التعويض عن إصابات العمل، مرجع سابق، ص 264 . د. أحمد محمد الرفاعي، أحكام قانون التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص 143 وما بعدها .

(48) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمل ضد حوادث الطريق، مرجع سابق، ص 179 وما بعدها .

(49) د. حسن عبد الرحمن قدوس، التعويض عن إصابات العمل، مرجع سابق، ص 265 .

(50) د. مي سالم على بن الشيخ أبو بكر، تعويض العامل عن إصابته في الشريعة الإسلامية وقانون العمل اليمني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001، ص 72 وما بعدها .

(51) عوني عبيدات، شرح قانون الضمان، مرجع سابق، ص 136 وما بعدها . فداء أبو رمان، تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 66 وما بعدها .

(52) قرار محكمة العدل العليا رقم 18 بالدعوى رقم 2006/456، بتاريخ 2006/12/14 . www.adaleh.info

(53) Y. Saint Jours, not sous. Cass. Soc 28 Juin 1989, D. 1990. 7°. Jurisp. P. 86.

(54) د. علي العريف، شرح التأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 153 .

(55) د. برهام محمد عطا لله، أساسيات قانون التأمينات، مرجع سابق، ص 228 .

(56) د. محمد على عمران، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص 329 .

(57) د. حسن عبد الرحمن قدوس، التعويض عن إصابات العمل، مرجع سابق، ص 283 – 284 .

(58) د. حمدي عبد الرحمن، د. ثروت فتحي إسماعيل، قانون التأمينات الاجتماعي المصري وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية،(د.ن) 1999، ص 239 وما بعدها .

(59) Y. Asint – Jours, Traite de la sécurite sociale. Tom, III. Les accidents du travail, P. 105. et 106, M. Benoit. et (M). edmee (F), Accidents de travail, liaisons sociales N°. spécial, paris, 1982, P. 57.

- X. Prétot, les grands du droit dela, op. cit, P. 199.

(60) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمال من حوادث طريق العمل، مرجع سابق، ص 218 وما بعدها .

(61) J. J. Dupeyroux, Droit de la sécurité sociale, N° 411, P. 524. 3 éd Dulloz 1998, paris.

(62) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمال ضد حوادث طريق العمل، مرجع سابق، ص 220.

(63) رامي صلاح، إصابات العمل وأثر الخطأ في التعويض، مرجع سابق، ص 32 .

كما أن القضاء الأردني أخذ بالمعيار الموضوعي لتحديد مفهوم الطريق الطبيعي؛ حيث جاء حكم محكمة العدل العليا بأن المقصود بالذهاب المباشر والعودة المباشرة لغايات المادة (2) من قانون الضمان الاجتماعي " أن يسلك العامل الطريق الطبيعي الذي يسلكه في الظروف الاعتيادية، ويتحدد مفهوم الطريق بمعيار موضوعي لا شخصي، وهو بهذا المعيار أسهل الطرق وأقربها وأقلها خطرًا " . قرار رقم 18 بالدعوى رقم 2006/456، بتاريخ 2006/12/14، www.adaleh.info .

(64) د.. مصطفى الجمال وحمدي عبد الرحمن، نظام التأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 167 . د. محمد على عمران، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص 628 . محب الدين محمد، د. عبد الرحمن داود، المرجع في أحكام التأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 266 . .

(65) د. السيد محمد السيد عمران، الموجز في أحكام التأمينات الاجتماعية، (د.ن)، 1993، ص 83 .

(66) د. محمد لبيب شنب، د. محمد أبو زيد، مبادئ قانون التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص 313 .

(67) عوني عبيدات، شرح قانون الضمان الاجتماعي، مرجع سابق، ص 144 . ليلي محمد الوزيري، تأمين إصابات العمل، محاضرات في التأمينات الاجتماعية، 2008/3، ص 14 .

(68) د. حسام الدين كامل الأهواني، أصول قانون التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص 270 وما بعدها .

على بن أحمد الخالد، حادث العمل في القانون السعودي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،

(69) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمال ضد حوادث طريق العمل، مرجع سابق، ص 229 وما بعدها .

(70) سمير الأودن، الموسوعة الشاملة لإصابات العمل والامن الصناعي،الفتح للطباعة والنشر(د.ت) ، ص 176.

(71) ضوابط تحديد الطريق الطبيعي : =

(72) نص المادة (2) من القانون الأردني، والمادة (5/هـ) من قانون التأمينات الاجتماعي المصري .

(73) أحمد شوقي المليجي، الوسيط في التشريعات الاجتماعية، قانون العمل – قانون نظام العاملين بالقطاع العام، قانون التأمين الاجتماعي، دراسة النصوص التشريعية في ضوء أحكام النقض ورأي الفقه – الكتاب الثالث، نادي القضاة، مجلة القضاء، 1980، ص 65 .

(74) محمد حسين منصور، قانون التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص 223 . سمير الأودن، الموسوعة الشاملة لإصابات العمل، مرجع سابق، ص 169 .

(75) د. سمير عبد السيد تناغو، نظام التأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 244 .

(76) = X. Pretot, les grands, arréts, op. cit, P. 200.

د. محمد لبيب شنب، مدى تغطية إصابات العمل لحوادث الطريق، بحث سابق، ص 686 وما بعدها .

وانظر حكم محكمة النقض الفرنسية في ذلك :

Y. Saint – Jours, note sous. Cass – soc. 28 Uin 1989, D. 1990. 7° Jurisp, P. 86.

(77) حيث ذهبت في قرار لها بالقول " يبدأ الطريق إلى العمل بمجرد مغادرة العامل باب منزله، أو أي مكان آخر يتواجد فيه متوجهًا إلى العمل ... "، في حين يبدأ الطريق من العمل بمجرد مغادرة العامل مكان العمل بمعنى أنه لا يشترط أن تكون العودة إلى مكان السكن .

قرار رقم 63 بالدعوى رقم 2003/20، تاريخ 2003/3/31 اعتبار الحادث الذي تعرض المؤمن عليه في حوالي الساعة الثانية من بعد الظهر أثناء الذهاب إلى مكان عمله إصابة طريق، وفقًا لأحكام المادة (2) من قانون الضمان الاجتماعي . www.adaleh.info

وعلى العكس من ذلك انظر القرار رقم 51 بالدعوى رقم 2009/102، تاريخ 2009/4/30 . www.adaleh.info

(78) د. محمد حسن قاسم، التأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 243 . د. برهام محمد عطا الله، أساسيات قانون التأمينات، مرجع سابق، ص 12 .

(79) د. سمير عبد السيد تناغو، نظام التأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 242 . د. عامر سليمان عبد الملك، التأمينات الاجتماعية في الدول العربية، مرجع سابق، ص 347 .

(80) عوني عبيدات، شرح قانون الضمان الاجتماعي الأردني، مرجع سابق، ص 145 .

(81) X. Prétot, les grands arréts du droit, op. cot, P. 200.

(82) د. أمال جلال، مسئولية المؤاجر عن حوادث الشغل، مرجع سابق، ص 262 . د. أحمد محمد محرز، الخطر في تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 286 . د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمال،

(83) قرار رقم (16) بالدعوى رقم 2009/174، تاريخ 2009/7/14 www.adaleh.info

(84) انظر قرار محكمة العدل العليا رقم (45) بالدعوى رقم 2000/159

(85) أحمد صبحي البيومي، تعويض إصابات العمل بين المسئولية المدينة والتأمينات الاجتماعية، المؤتمر العربي للتأمينات الاجتماعية، الإسكندرية، 1975، ص 35 .

J. J. dupeyroux, Droity de la sécrité sociale, oct. cit, N° 412, P. 526, 13e éd Dalloz, 1998.

(86) د. محمد لبيب شنب، مدى تغطية تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 286. د. أنور عبد الله، دروس في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 329 .

(87) د. أحمد عبد التواب بهجت، المشكلات التي يثيرها حادث الطريق، مرجع سابق، ص 185 . د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 272 . د. السيد عيد نايل، شرح قانون التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص 204 . د. ثروت فتحي إسماعيل، قانون التأمينات الاجتماعي، مرجع سابق، ص 190 . سمير الأودن، الموسوعة الشاملة لإصابات العمل، مرجع سابق، ص 170 .

(88) د. محمد لبيب شنب، مدى تغطية تأمين إصابة العمل، مرجع سابق، ص 688 . د. حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص 273

(89) د. أحمد محمد محرز، الخطر في تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 296 .

(90) ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر، بيروت، (د.ت)، ص 43 .

(91) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المجلد الأول، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص 351 .

(92) Grande Larousse encyclopedique, 1961, Tome 4. P. 25.

(93) قاموس ليتريه، مشار إليه في : د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمال ضد حوادث الطريق، ص 349، هامش (918) .

(94) حسن بن عطية الحربي، المفهوم القانوني لإصابة العمل (دراسة مقارنة) بين التشريعيين المصري والسعودي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010، ص 151 .

(95) X. Prétot, les grand arréts. op. cit, P. 202.

ويؤيد تعريفه بحكم محكمة النقض الفرنسية :

- Cass. Ass. Plént, 10 Oct 1975, n .54.

(96) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمل ضد حوادث الطريق، مرجع سابق، ص 353 .

(97) Soc. 7 Janv 1985. J. C. P. 1985, 27 Mars 1985. n. 13 Tableaux de jurisprudence. P. 107.

(98) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمل ضد حوادث الطريق، مرجع سابق، ص 368 وما بعدها

(99) قرار رقم 28 بالدعوى رقم 2006/178 . www.adaleh.info

(100) Cass. Soc. 16 Mars 1995. D. 1996. 5 em somm. P. 41.

(101) ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، ص 359 – 360 .

(102) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمل ضد حوادث الطريق، مرجع سابق، ص 380 .

(103) J. Doublet, sécurite social, op. cit, P. 191

(104) المادة (3/د) من التعليمات التنفيذية لإصابات العمل وأمراض المهنة، رقم 2 لسنة 2002 .

(105) د. محمد لبيب شنب، مدى تغطية تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 690 .

(106) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمال ضد حوادث طريق العمل، مرجع سابق، ص 380 .

(107) د. مي سالم علي أبو بكر، تعويض العامل عن إصابته في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 82 .

(108) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمل ضد حوادث الطريق، مرجع سابق، ص 378 وما بعدها

(109) د. حسن عبد الرحمن قدوس، التعويض عن إصابات العمل، مرجع سابق، ص 304 .

(110) Y. Saint – Jour, Les lacunes de la législation des accidents du travail, Dr. Soc. N° 9/10/1990, P. 695.

(111) قرار لجنة شئون الضمان رقم 2008/2، تاريخ 2008/4/13 .

(112) قرار رقم 34 بالدعوى رقم 2009/8، تاريخ 2009/3/17 .

(113) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 82 . وهو نفس المعنى عند صاحب القاموس المحيط، مجد الدين الفيروز أبادي، مرجع سابق، ص 494 .

(114) د. محمد لبيب شنب، مدى تغطية تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 690 .

(115) د. د. جلال محمد إبراهيم، د. عبد العزيز المرسي حمود، د. فاطمة الرزاز، شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، مكتبة الحقوق جامعة حلوان، 2003، ص 626.

(116) عدلي خليل، معوض عبد التواب، المرجع في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية،1980 ، ص 157 . د.

(117) محب الدين محمد سعد، عبد الرحمن محمد داود، المرجع في أحكام التأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 267 .

(118) د. أحمد عبد التواب بهجت، المشكلات التي يثيرها حادث الطريق، مرجع سابق، ص 35 .

(119) د. أحمد حسن البرعي، د. رامي أحمد البرعي، الوسيط في التشريعات الاجتماعية، جزء السادس، مرجع سابق، ص 1245 .

(120) د. محمد لبيب شنب، مدي تغطية تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 691

(121) د. د. بدر جاسم اليعقوب، حوادث الطريق ومدى اعتبارها إصابات عمل،مجلة الحقوق والشريعة،جامعة الكويت،العدد(4)السنة الخامسة،1981، ص 179

(122) د. عبد العزيز الهلالي، تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 32 .د. محمد لبيب شنب، مدى تغطية تأمين إصابة العمل، مرجع سابق، ص 695 . د. أحمد حسن البرعي، المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 999

(123) د. حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص 277 . د. أحمد حسن البرعي، المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 999 .

(124) X. Prétot, les grands arréts du. op. cit, P. 202.

ويرى الفقيه بأن القضاء الفرنسي أخذ بالتفسير الضيق لفكرة الانحراف عن مواصلة طريق العمل .

(125) Cass. Soc. 17 Nov 1977; Bull. Civ. V, n 632, J. C. P. 1978, IIn 19011, P. 202.

(126) Y. Saint – Jours not. Sous. Cass. Soc. 17 Nov 1977. J. C. P. 1978 – II.

(127) Cass. Soc. 28 Juin 1989, Précite.

(128) Cass. Soc. 18 Nov 1993, R. J. S. 2194, P. 180

(129) Y. Chauvy. Pour une Notion elargie des Accidents de Trajet lies a la vie Familiale, Dr. Soc. Janvier. 1995, P. 98.

(130) Cass. Soc. 17/11/1987. Dr. Nº 4. 1989. P. 362.

www.courdecassation.fr .

(131) Cass. Soc. 13 Oct 1994. D. 1994. 41º - IR. P. 255.

(132) د. عمر إبراهيم حسن، إصابات العمل في القانون الليبي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، 1998، ص 127 .

(133) قرار رقم 2 بالدعوى رقم 2001/80، تاريخ 2001/6/6 . www.adaleh.info

(134) د. جلال محمد إبراهيم، حماية العمل ضد حوادث الطريق، مرجع سابق، ص 429 وما بعدها

(135) L. Milet. L, accident de trajet, op. cit, P. 966.

(136) X. Prétot, op. cit, P. 203.

(137) L. Milet. L, accident de trajet, op. cit, P. 966.

(138) د. ثروت فتحي إسماعيل، قانون التأمينات الاجتماعي، مرجع سابق، ص 196 .

(139) د. محمد سعيد عبد النبي، تأمين المسئولية من إصابات العمل، مرجع سابق، ص 161 .

(140) د. أحمد محمد محرز، الخطر في تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 315، هامش رقم (70) .

(141) قرار رقم 73 بالدعوى رقم 2008/5، تاريخ 2008/3/31 .

(142) " الإنسان أغلى ما نملك "، من أقوال المغفور له الراحل الملك الحسين ابن عبد الله، طيب الله ثراه ملك المملكة الأردنية الهاشمية .

(143) د. أحمد محمد محرز، الخطر في تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 321 .

(144) قرار رقم (38)، الصادر في القضية رقم 1986/51، تاريخ 1986/2/4، (تميز) .

(145) د. حسام الدين كامل الأهواني، أصول قانون التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص 281 .

(146) د. أحمد محمد محرز، الخطر في تأمين إصابات العمل، مرجع سابق، ص 302 . د. محمد لبيب شنب، مدى تغطية تأمين إصابة العمل، مرجع سابق، ص 697 .

قائمة المراجع:

أولاً : باللغة العربية .

1 - **ابن منظور :** لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر، بيروت، (د.ت) .

2 - **أحمد حسن برعي، د. رامي أحمد البرعي :** الوسيط في التشريعات الاجتماعية، الجزء السادس، التأمينات الاجتماعية، دار النهضة العربية، 2009 .

3 - **أحمد شوقي المليجي :** الوسيط في التشريعات الاجتماعية، قانون العمل – قانون نظام العاملين بالقطاع العام، قانون التأمين الاجتماعي، دراسة النصوص التشريعية في ضوء أحكام النقض ورأي الفقه – الكتاب الثالث، نادي القضاة، مجلة القضاء، 1980 .

4 - **أحمد صبحي البيومي :** تعويض إصابات العمل بين المسئولية المدينة والتأمينات الاجتماعية، المؤتمر العربي للتأمينات الاجتماعية، الإسكندرية، 1975 .

5 - **د. أحمد عبد التواب محمد بهجت :** المشكلات التي يثيرها حادث طريق العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 .

6 - **د. أحمد محمد الرفاعي :** أحكام قانون التأمين الاجتماعي، دار النهضة العربية، 1998 .

7 - **د. أحمد محمد محرز :** الخطر في تأمين إصابات العمل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1976 .

8 - **د. أكرم نشأت إبراهيم :** علم النفس الجنائي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (د.ت) .

9 - **د. الجمال وحمدي عبد الرحمن :** نظام التأمينات الاجتماعية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1974 .

10 - **د. الجمال ومحمد نصر الدين منصور :** التأمينات الاجتماعية، دار الحقوق، جامعة عين شمس، (د.ت) .

11 - **د. السيد عيد نايل :** شرح قانون التأمين الاجتماعي، دار النهضة العربية، 2005 .

12 - **الفيروزآبادي :** القاموس المحيط، المجلد الأول، دار الحديث، القاهرة، 2008 .

13 - **د. أمال جلال :** مسئولية المؤاجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1977 .

14 - **د. أنور عبد الله :** دروس في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، مكتبة كلية حقوق، عين شمس، (د.ت) .

15 - **د. بدر جاسم اليعقوب :** حوادث الطريق ومدى اعتبارها إصابات عمل،مجلة الحقوق والشريعة،جامعة الكويت، العدد(4)، السنة الخامسة، 1981 .

16 - **د. برهام محمد عطا لله :** أساسيات قانون التأمينات الاجتماعية، الإسكندرية، 2001/2000 .

17 - **جابر سالم عبد الغفار:** تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001 .

18 - **د. جلال إبراهيم :** الوجيز في شرح قانون التأمينات الاجتماعية، مكتبة كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004/2003 .

19 - **د. جلال محمد إبراهيم :** حماية العمال ضد حوادث الطريق (دراسة مقارنة) بين القانون المصري والكويتي والفرنسي، مكتبة حقوق، جامعة حلوان، (د.ن) .

20 - **د. حسام الدين كامل الأهواني :** أصول قانون التأمين الاجتماعي، (د.ن)، 1999 – 2000 .

21 - **د. حسن عبد الرحمن قدوس :** التعويض عن إصابات العمل، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1981 .

22 - **د. حمدي عبد الرحمن، ثروت فتحي إسماعيل :** قانون التأمين الاجتماعي المصري وفقًا لأحدث التعديلات التشريعية، (د. ن)، 1999 .

23 - **خالد على محمد الزومط :** التأمين ضد إصابات العمل وأمراض المهنة في قانون الضمان الاجتماعي الأردني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2004 .

24 - **رامي نهيد، موسى صلاح :** إصابات العمل وأثر الخطأ في التعويض عنها في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2005 .

25 - **د. رضا محمود العبد :** مدى كفاية نظام تأمين المسئولية المدنية في مجال تعويض ضحايا حوادث المرور، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، العدد (24)، الجزء الأول، السنة (12)، أكتوبر 2003 .

26 - **د. رمضان جمال كامل :** موسوعة التأمينات الاجتماعية، الطبعة الثانية، مكتبة رجال القضاء، 2001 .

27 - **سمير الأودن :** الموسوعة الشاملة لإصابات العمل والأمن الصناعي، الفتح للطباعة والنشر(د.ت) .

28 - **د. سمير عبد السيد تناغو :** نظام التأمينات الاجتماعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971 .

29 - **د. عامر سلمان عبد الملك :** التأمينات الاجتماعية في الدول العربية دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، بيروت، 1990 .

30 - **د. عبد الباسط عبد المحسن :** الوجيز في قانون التأمين الاجتماعي، دار النصر للتوزيع والنشر، (د.ت) .

31 - **د. عبد الرحمن محمد داود :** شرح قانون التأمينات الاجتماعية من الوجهتين النظرية والتطبيقية، مطابع مؤسسة الأهرام، 1968 .

32 - **د. عبد العزيز الهلالي :** تأمين إصابات العمل علماً وعملاً، مطبعة النهضة الجديدة، 1976 .

33 - **د. عبد الودود يحي :** المرجع في التشريعات العمالية الموحدة، عقد العمل الفردي وتأمين إصابات العمل، الجزء الأول، مكتبة القاهرة الحديثة .

34 - **عدلي خليل ومعوض عبد التواب :** المرجع في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية، الطبعة الأولى، 1980

35 - **على بن أحمد الخالد :** حادث العمل في القانون السعودي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2007 .

36 - **د. علي العريف :** التأمينات الاجتماعية في مصر، مكتبة كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1978 .

37 - **ـــــــ :** شرح التأمينات الاجتماعية، مطبعة مخيمر، القاهرة، 1965.

38 - **د. عمر إبراهيم حسن :** إصابات العمل في القانون الليبي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، 1998 .

39 - **عوني عبيدات :** شرح قانون الضمان الاجتماعي الأردني رقم 30 لسنة 1978، دار وائل للنشر، 1998 .

40 - **فداء أبو رمان :** تأمين إصابات العمل وأمراض المهنة في قانون الضمان الاجتماعي الأردني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 1996 .

41 - **د. محمد أحمد إسماعيل :** دروس في أحكام قانون التأمينات الاجتماعية اليمني، مكتبة حقوق عين شمس، (د.ت) .

42 - **محمد أحمد محمد عجيز:** دور الخطأ في تأمين إصابات العمل (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2003 .

43 - **محمد إقبال محمود :** التحليل النفسي لإصابات العمل، الطبعة الأولى، مكتبة المجتمع العربي، للنشر والتوزيع، 1425هـ - 2005 .

44 - **د. محمد حسن قاسم :** التأمينات الاجتماعية والنظام الأساسي والنظم المكملة، دار الجامعة للنشر، 1995 .

45 - **د. محمد حسين منصور :** قانون التأمين الاجتماعي، 1997، (د.ن) .

46 - **د. محمد حلمي مراد :** التأمينات الاجتماعية في البلاد العربية، محاضرات ألقيت بقسم الدراسات القانونية، 1971 – 1972 .

47 - **د. محمد طه عبيد :** موسوعة التأمينات الاجتماعية في تشريعات إصابات العمل ،(د.ن)، (د.ت) .

48 - **د. محمد علي عمران :** شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، دار النهضة العربية،1970 .

49 - **د. محمد لبيب شنب :** مدى تغطية تأمين إصابات العمل لحوادث الطريق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الحادية عشر، 1969 .

50 - **ـــــــ :** الاتجاهات الحديثة في التفرقة بين حوادث العمل والأمراض المهنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، جامعة عين شمس، 1967 .

51 - **د. محمد محمد أبو زيد :** مبادئ قانون التأمين الاجتماعي، مكتبة كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1991 .

52 - **د. محمد نصر الدين منصور :** التأمينات الاجتماعية طبقا للقانون 79 لسنة 1975 وتعديلاته وأحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، 2007 .

53 - **د. محمود جمال الدين زكي :** ضمان أخطار المهنة في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد تصدر عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول والثاني، السنة 25، مارس ويونيو 1995 .

54 - **د. مصطفي أحمد أبو عمرو :** أثر عوارض الطريق على الحماية القانونية للعامل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008 .

55 - **د. مصطفي الجمال، د. حمدي عبد الرحمن :** دروس في التأمينات الاجتماعية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1974 .

56 - **د. مي سالم على بن الشيخ أبو بكر:** تعويض العامل عن إصابته في الشريعة الإسلامية وقانون العمل اليمني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001 .

57 - **يحي أبو رشيد :** دليل الحقوق والمزايا في قانون الضمان الاجتماعي الأردني رقم 19 لسنة 2001، دار النظم للنشر، الطبعة الثانية، 2002 .

ثانيًا : باللغة الفرنسية .

1 - **Angélique (N.):** La route, principale cause des accidents du travail. Journal du Figaro, 25-5-2007.

2 - **Buhl (M.) et Casteletta:** Accident du travail, Maladie profssionnelle, paris, 2004.

3 - **Caen (J- T):** Manuel de Droit social, 5e éd L. G. D. J., 1996.

4 - **Chauvy (Y.):** Pour une Notion elargie des Accidents de Trajet lies a la vie Familiale, Dr. Soc. Janvier. 1995.

5 - **Dortion (G.):** "Accident du travail et maladies professionnelles, l'adaptation aux réalietes aujourd hui", Dr. soc, 1992.

6 - **Doublet (J.):** Sécurité sociale, P. U. F., 1991.

7 - **Dupeyroux (J.-J.):** Droit de la sécurité sociale, précis Dalloz. 7e édition. 1977.

8 - **Fabry (Ch);** Les Accidents de trajet en Droit comparé Belge Allemand, L talien, Luxembouge et Neelandas, éd, L. G. D. J, paris, 1970.

9 - **Jours (Y.- S.):** Les lacunes de la législation des accidents du travail. Dr. Soc. N° 9 – 10, 1990.

10 - **Kessous (R.):** "Réflexions sur l'accident de trajet, l'accident du travail et l'accident de mission", concl. Dr. Soc, N° 12. 1992.

11 - **Kessous (R.):** "Réflexions sur l'accident de trajet, l'accident du travail et l'accident de mission", concl. Dr. Soc, N° 12. 1992, P. 1020.

12 - **Milei (L.):** L,accident de trajet risqué de l'emploi, Rev. Dr. Soc, 1996, N° 11.

13 - **Milet (L.):** Les voies de la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles, Rev. Dr. soc, 2002, n 9/10.

14 - **Pellet (R.):** L'entreprise at la fin du régime des accidents du travail et des maladies professinnelles Rev. Dr. Soc, 2006, N° 4.

15 - **Plouast (A.):** les accidents de trajet et la loi du 23 Juillet 1957, Dr. Soc., 1957.

16 - **Prétot (X.):** Les Grands arrets de droit de la Securité Sociale, 2 Edition, Paris, 1998, Dalloz.

17 - **Prétot (X.):** Les grands arrets du droit de la sécurite socuiale, préface JEAN Rlvero, sorey, paris, 1988.

18 - **Tabuteau (D.):** vers une réparation intégrale des accidents du travail et maladies professionnelle, Rev. Dr. Soc. 2001.

ثالثاً : مواقع الإنترنت .

www.adaleh.info
www.courdecassation.fr.
www.cramaquitaine.fr.
www.ilo.org.
www.legifrance.gouv.fr/acffch cod.jsesionid.date.texte=20100103.
www.ressource.solidaire.fr.

الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016

The Legislative Role of the Executive Branch in Light of the 2016 Constitutional Amendment

د. أونيسي ليندة، أستاذة محاضرة (*)
جامعة خنشلة، الجزائر
الإيميل ounissi_l@hotmail.fr

تاريخ الاستلام: 2020/02/09 تاريخ القبول للنشر: 2020/03/09

****

ملخص:

يهدف هذا المقال إلى إبراز الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في الجزائر، كأحد أهم التحولات التي طرأت على إيديولوجية التوزيع الوظيفي في النظام السياسي،مما جعل من رئيس الجمهورية المحرك الأول للعملية التشريعية لحضوره الفعال في قلب العمل التشريعي،في حين تراجع دور ومكانة البرلمان إلى حد بعيد،هذه التطورات واكبتها الدساتير الجزائرية إلى غاية التعديل الدستوري 2016،الذي أبقى على اختصاصات رئيس الجمهورية التشريعية التي يمارسها مع الحكومة بواسطة ما يمتلكانه من تقنيات دستورية،لنصل إلى نتيجة هامة أنه لا يمكننا أن نقر أبدا بوجود ديمقراطية حقيقية دون إصلاح هذا الخلل الدستوري عن طريق تعديل الدستور بإعطاء البرلمان سلطات حقيقية.

الكلمات المفتاحية: السلطة التنفيذية؛ الاختصاصات التشريعية؛رئيس الجمهورية؛ الحكومة.

Abstract:

This article aims to highlight the legislative role of the executive branch in Algeria, as one of the most important transformations that have occurred in the ideology of job distribution in the political system, which made the President of the Republic the first driver of the legislative process for his effective presence at the heart of the legislative work, while the role and status of Parliament have largely declined These developments were accompanied by the Algerian constitutions until the 2016 constitutional amendment, which kept the prerogatives of the president of the legislative republic that he exercised with the government, to reach an important result that we cannot acknowledge the existence of real

(*) د.أونيسي ليندة. ounissil@hotmail.fr

democracy without fixing this constitutional imbalance by amending the constitution.
key words : Executive branch ; Legislative Jurisdictions ;President of the Republic; Government.

مقدّمة:

إن من أدق القضايا في الأطر الدستورية والنظم السياسية هي العلاقات بين مؤسسات الدولة في إطار الفصل بين السلطات، الذي يعتبر أحد أهم الركائز الأساسية التي تقوم عليها فكرة الدولة القانونية وحجر الأساس في المذهب الديمقراطي الذي تستند عليه أنظمة دول الديمقراطيات المعاصرة،فعلى الرغم من قيام هذه النظم على أساس التعدد العضوي والتوازن الوظيفي بين مؤسساتها،فان توزيع السلطات بين هذه الهيئات لا يتم نظريا وواقعيا بصورة عادلة ومتوازنة،بل يحدث غالبا تمييز السلطة التنفيذية بقيادة الرئيس بمنحها اختصاصات واسعة ووظائف متعددة،على النحو الذي يجعل منها سلطة تسيطر وتهيمن على ما عداها من سلطات،وهو الوضع الذي افرز اتساع وطغيان السلطة التنفيذية على باقي السلطات .

هذا التعاظم نلمسه على وجه الخصوص في الدور التشريعي للسلطة التنفيذية كأحد أهم التحولات التي طرأت على إيديولوجية التوزيع الوظيفي في النظام السياسي،مما جعل من رئيس الدولة المحرك الأول للعملية التشريعية لحضوره الفعال في قلب العمل التشريعي،في حين تراجع دور ومكانة المؤسسة البرلمانية إلى حد بعيد إلى درجة اعتبارها هيئة استشارية ومؤسسة تابعة لما تمليه الحكومة .

واكبت الدساتير الجزائرية هذه التطورات إلى غاية التعديل الدستوري لسنة2016،التي منحت لرئيس الجمهورية اختصاصات تشريعية يمارسها مع الحكومة ،حيث نجد رئيس الجمهورية والحكومة يمارسان الوظيفة التشريعية نيابة عن البرلمان ويشاركان في نفس الوقت البرلمان في ممارسته لهذه الصلاحية بواسطة ما يمتلكانه من تقنيات دستورية،وعليه يمكن بلورة الإشكالية المطروحة في التساؤل المحوري التالي: **ما مدى تأثير التعديل الدستوري لسنة 2016 في الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في الجزائر؟**

إن الإجابة على هذا التساؤل يستلزم إتباع **المنهج التحليلي** من خلال تحليل نصوص التعديل الدستوري 2006والبحث في مدى تأثيرها في الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في الجزائر .

والهدف من طرح هذا الموضوع هو إبراز الدور التشريعي لكل من رئيس الجمهورية والحكومة معا، من خلال دراسة مسألة تشريع رئيس الجمهورية نيابة عن البرلمان،و اشتراك السلطة التنفيذية في العمل التشريعي للبرلمان .

المبحث الأول: تشريع رئيس الجمهورية نيابة عن البرلمان

أعطى المؤسس الدستوري الجزائري لرئيس الجمهورية صلاحيات واسعة تجعل منه في حالات معينة المشرع الوحيد في المجال المخصص للسلطة التشريعية في غياب البرلمان كحله أو بين دوراته أو بتغييبه في حالات معينة أيضا رغم وجوده ، لذلك سنناقش في هذا الصدد عنصرين هما كالآتي :

- التشريع في غياب البرلمان.
- التشريع بتغييب البرلمان.

المطلب الأول: التشريع في غياب البرلمان

إن هناك حالات يغيب فيها البرلمان فيتعذر عليه ممارسة سلطاته الدستورية، ونظرا لما قد يطرأ عند غيابه من ظروف تتطلب السرعة في مواجهتها، أعطى المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية حق إصدار أوامر لها قوة القانون خلال هذه الفترة،وقد أحاط هذه السلطة الاستثنائية بمجموعة من الضوابط والقيود التي تضمن في ظاهرها عدم تحويلها إلى سلطة تشريعية كاملة و مطلقة تنفرد بها السلطة التنفيذية، إلا أنها في الحقيقة تؤدي إلى العكس ، ويمكننا أن نبين ذلك كالآتي:

الفرع الأول: حالات التشريع خلال فترة غياب البرلمان

أولا: التشريع في حالة حل البرلمان

يعد حق الحل الذي يتمتع به رئيس الجمهورية تعطيل مؤقت للحياة البرلمانية،أي إنهاء نيابة المجلس الشعبي الوطني قبل مدته القانونية،ويترتب عليه وفقا لنص المادة 142 الفقرة الأولى من دستور 1996المعدل سنة 2016انتقال صلاحية التشريع بشكل مؤقت إليه،وهذا ما يشكل نوعا من الخطورة على الحياة الدستورية في الدولة[1].

وسبب حل المجلس الشعبي الوطني قد يعود إلى رفضه مخطط عمل الحكومة للمرة الثانية حسب نص المادة 96من تعديل 2016،والحل في هذه الحالة وجوبي ،كما قد يكون سبب هذا الحل تطبيق رئيس الجمهورية للمادة 147 من تعديل 2016والتي تنص على:" يمكن رئيس الجمهورية أن يقرر حل المجلس الشعبي الوطني أو إجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها...."، أو إذا رفض طلب التصويت بالثقة التي بادرت به الحكومة حسب نص المادة 98 فيمكن لرئيس الجمهورية قبول

استقالة الحكومة أو اللجوء إلى حل المجلس الشعبي الوطني حلا رئاسيا وبمجرد صدور قرار الحل يصبح المجلس الشعبي الوطني في حكم العدم ويفقد أعضاؤه صفة ممثلي الأمة فلا يمكنه أن يعقد اجتماعات أو يبادر أو يصادق على القوانين ، ويعتبر الحل إجراءا خطيرا جدا له تأثيرات قوية على السلطة التشريعية سواء على المستوى السياسي أو القانوني، خاصة و أنه يعطي نوعا من الراحة السياسية للحكومة لأنها تبقى بعيدة عن أي إزعاج أو مراقبة من طرف الجهـــاز المنحل [2].

و آلية الحل البرلماني تثير سؤالا مهما جدا يطرح على المؤسس الدستوري الجزائري، فعلى أي أساس يشرع رئيس الجمهورية في هذه الحالة مع وجود مجلس الأمة الغير منحل؟والذي منحه تعديل 2016 حق المبادرة باقتراح القوانين .

و إذا كان نواب المجلس الشعبي الوطني المنحل لا يستفيدون من أي امتياز مرتبط بمهمتهم بمجرد صدور قرار الحل، فإن أعضاء مجلس الأمة الغير منحل لا يسري عليهم هذا المنع، فيضلون في وضعية قانونية لا تختلف عن التي كانوا يتمتعون بها قبل صدور قرار الحل في الغرفة الأولى، فهم يتقاضون مرتباتهم ويستفيدون من كل الامتيازات بما فيها الحصانة البرلمانية [3].

إن نقل المؤسس الدستوري في هذه الحالة لاختصاص التشريع بهذا الشكل يعد غير منطقي لأن الأقرب إلى روح الديمقراطية و احترام الإرادة الشعبية أن يمارس سلطة التشريع المجلس الغير منحل.

ومن المسائل التي سكت عنها المؤسس الدستوري الجزائري لصالح السلطة التنفيذية وضعية مقترحات ومشاريع القوانين السابقة لإجراء الحل ، و التي بدأت إجراءاتها في البرلمان قبل قيام رئيس الجمهورية بإجراء الحل ، حيث تعتبر مشاريع ومقترحات القوانين المودعة لدى مجلس الأمة والتي يكون قد صادق المجلس الشعبي الوطني عليها في وضعية قانونية سليمة، ويمكن أن تعرف طريقها للإصدار في صيغتها التي تمت المصادقة عليها دون إجراء أي تعديل لها .

ثانيا:التشريع خلال العطلة البرلمانية

لقد عدلت هذه الحالة، لان دستور 1996 نص على التشريع بأوامر بين دورتي البرلمان ،باعتبار هذا الأخير كان يجتمع في دورتين عاديتين وبينهما يشرع رئيس الجمهورية ،أما في تعديل 2016 أصبح للبرلمان دورة واحدة كل سنة مدتها عشر أشهر على الأقل ، وبالتالي يشرع رئيس الجمهورية في مدة شهرين أو اقل عن طريق الأوامر باعتبار أن هذه الدورة يمكن أن تكون أكثر من عشرة أشهر وذلك في حالة تمديدها من الوزير الأول[4] ، ويمثل انعقاد الدورات الاستثنائية مجالا من مجالات تدخل السلطة التنفيذية ، فإلى جانب طلب انعقادها من طرف ثلثي 2/3 نواب المجلس الشعبي الوطني

يمكن أن تنعقد أيضا بمبادرة من رئيس الجمهورية أو باستدعاء من هذا الأخير و لكن بناءا على طلب من الوزير الأول[5] ، ويشكل هذا توجيها للعمل التشريعي وفقا لما تتطلبه السياسة الحكومية .

الفرع الثاني: شكلية شروط التشريع خلال فترة غياب البرلمان

إذا كان المؤسس الدستوري قد خول السلطة التنفيذية صلاحية إصدار أوامر لها قوة القانون لمواجهة حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير أثناء غياب البرلمان ، و ترك لها نوع من السلطة في تقدير ملائمة أو عدم ملائمة استعمال تلك الرخصة التشريعية الاستثنائية الممنوحة لها ، فإنه قد وضع مجموعة من الشروط و القيود التي تمنع استغلال استعمال تلك الرخصة التشريعية الاستثنائية الممنوحة لها بوضعه لمجموعة من الشروط والقيود التي تحول دون تحول تلك السلطة الاستثنائية إلى سلطة كاملة ومطلقة تهيمن بها على المجال المخصص للبرلمان [6]،ولكن تعديل 2016 أضاف شروط أخرى تتمثل في :

1-لقد نصت المادة 142 من التعديل الدستوري على أن رئيس الجمهورية يشرع بأوامر في مسائل عاجلة رغم أن هذا الشرط لم يكن منصوص عليه بطريقة صريحة ،ومفاده انه إذا كان تدخل رئيس الجمهورية في المجال مخصص للسلطة التشريعية بواسطة الأوامر ،فذلك يعد استثناء وليس قاعدة عامة تفرضه فكرة الضرورة أي الحاجة الملحة والمستعجلة التي تستدعي سرعة التدخل بأوامر لاتخاذ التدابير الضرورية لمواجهة الأوضاع غير الطبيعية وغير المتوقعة[7] ، والتي تقضي التعجيل في تحصيل نصوص تشريعية معينة لمواجهة الظروف ولا تحتمل التأخير إلى غاية عودة البرلمان من العطلة أو انتخاب مجلس شعبي جديد.

2-كما أضافت المادة 142 السابقة الذكر شرط آخر وهو أخذ رأي مجلس الدولة في التشريع عن طريق الأوامر، وهو شرط مأخوذ من المادة 38 من الدستور الفرنسي لسنة1958، ولكن يبقى هذا الشرط استشاري بالنسبة لرئيس الجمهورية ولكنه شرط إلزامي يتعين احترامه في كل مرة يلجأ فيها الرئيس إلى إصدار الأوامر.

3-لقد اشترط المؤسس الدستوري ضرورة اتخاذ الأوامر التشريعية في مجلس الوزراء ولقد نصت عليه كل الدساتير الجزائرية باستثناء دستور 1976، ولكنه في حقيقة الأمر لا يمثل قيد على رئيس الجمهورية ،لأنه هو رئيس مجلس الوزراء ،كما انه مجرد إجراء شكلي يوحي بمشاركة الوزراء في اتخاذ هذه الأوامر التي هي بمثابة ثمرة إجماع لكل الجهاز الحكومي وليس فقط ناتج عن إرادة الرئيس وحده[8] .

4- يجب أن تعرض الأوامر على البرلمان في أول دورة له ،الذي يصوت عليها بدون مناقشة حسب المادة 37من القانون العضوي رقم 16/ 12المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما

وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة[9] ،حيث انه لا يناقش التشريع الرئاسي ولا يعدله فالدستور قيد سلطة البرلمان من خلال إلزامه بالموافقة على تلك النصوص دون مناقشة في أول دورة له.

إن عدم فعالية القيود الدستورية الواردة على سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر خلال هاتين المرحلتين لا يدعم وحده تفوق السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية فقط بل عدم إدراج الأوامر الرئاسية ضمن المواضيع الخاضعة لرقابة المجلس الدستوري تدعم هذا التفوق أيضا .

المطلب الثاني: التشريع بتغييب البرلمان

إذا كان هناك من يرى بأن إصدار رئيس الجمهورية للأوامر لا يمكن انتقاده على أساس أنه اعتداء على الوظيفة التشريعية للبرلمان انطلاقا من أن ممارسته لهذه الصلاحية كان نتيجة غياب البرلمان و عليه لا يوجد ما يمنع من تدخل السلطة التنفيذية لتغطية هذه الحاجة التشريعية عن طريق الأوامر[10] ،فإن السلطة التنفيذية لا تمارس دائما الوظيفة التشريعية بسبب غياب البرلمان فقط و إنما تستطيع أن تمارسها و هو قائم و موجود ، و هذا عن طريق ثلاث وسائل منحها الدستور لرئيس الجمهورية تتمثل الأولى في التشريع أثناء الحالة الاستثنائية أما الثانية فتتمثل في التشريع الاستفتائي والمعاهدات بالإضافة إلى الأوامر المالية .

الفرع الأول: التشريع أثناء الحالة الاستثنائية

نصت المادة 107 في فقرتها الأولى من التعديل الدستوري2016 على أن يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها،رغم أن المؤسس الدستوري الجزائري قد اشترط على رئيس الجمهورية استشارة جهات معينة لتقييد سلطته التقديرية في إعلان هذه الحالة ممثلة في رئيسي غرفتي البرلمان ورئيس المجلس الدستوري كما اشترط أيضا الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن و مجلس الوزراء إلا أن هذه الاستشارة لا يمكن أن تتعدى كونها إجراء شكلي .

و يستأثر رئيس الدولة في إطار الحالة الاستثنائية طبقا للفقرة 03 من المادة 107 دائما بجميع السلطات أثناء مدة هذه الحالة انطلاقا من العبارة المذكورة في هذه الفقرة و المتمثلة في أن يتخذ رئيس الجمهورية كل الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة و المؤسسات الدستورية في الجمهورية .

أما الفقرة الرابعة من هذه المادة فقد جاءت لتمنع أي تأويل للمادة 107من نفس الدستور و تؤكد بشكل واضح و صريح سلطة رئيس الجمهورية في التشريع نيابة عن البرلمان ، و يعتبر هذا تغييبا

ظاهرا و مباشرا لمؤسسة البرلمان مع أن هذا الأخير يستطيع أن ينعقد أثناء هذه الحالة و بدون دعوة من رئيس الجمهورية مادامت الفقرة الرابعة من المادة 107 توجب انعقاده .

الفرع الثاني : التشريع الاستفتائي

يعتبر التشريع الاستفتائي من أهم الآليات الدستورية التي تشكل تدخلا سافرا للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية في المجال الوظيفي للسلطة التشريعية ، فقد نصت المادة 91 الفقرة 10 من التعديل الدستوري 2016على أنه يمكن لرئيس الجمهورية أن يستشير الشعب في كل قضية ذات أهمية وطنية عن طريق الاستفتاء و هو ما يبين سلطة هذا الأخير المطلقة في اللجوء إلى الاستفتاء التشريعي ، و عبارة **"القضايا ذات الأهمية الوطنية "** تتصف بالعمومية التي توحي بأن التشريع هو أحد أوجه هذه القضايا ، بالإضافة إلى عدم وجود حدود إجرائية و عدم وجود قائمة تحدد مواضيع الاستفتاء أيضا أدت إلى أن يستعمل رئيس الجمهورية هذه السلطة ليمارس بها كل أنواع الاستفتاء أما الاستفتاء الذي أجري في الجزائر حول قانون استعادة الوئام المدني فإن رئيس الجمهورية قد عرضه على الاستفتاء الشعبي بعد أن صادق عليه البرلمان .

إن نتائج الاستفتاء لا تعكس دائما الإرادة الحقيقية للشعب ، و لا تعبر في غالب الأحيان عن اتجاهات كل الأفراد في الدولة لأن هناك مواضيع اقتصادية و سياسية بالغة الخطورة و التعقيد لا يمكن للأفراد بإدراكهم البسيط مقارنة مع نواب البرلمان أن يحكموا عليها ، و لا يمكن أن نتصور بأن الهيئة الانتخابية تقبل دائما بأعداد كبيرة على هذا النوع من الاستفتاءات ، فقد تمتنع شرائح كبيرة من المشاركة فيها فلا تصبح هذه الاستشارة سوى تعبير عن أراء فئات محدودة من الشعب[11].

و نتيجة لهذه العيوب كان على المؤسس الدستوري الجزائري أن يحدد مجالات معينة يستبعدها من هذه السلطة التي يتمتع بها رئيس الجمهورية ، فلا يتم الالتجاء إليه إلا في حالات الضرورة القصوى و وفقا لإجراءات مشددة لكي لا تصادر الديمقراطية بواسطة التوظيف السيئ للتشريع الاستفتائي كوسيلة لإضفاء المشروعية الشعبية على الحكم الفردي[12] .

الفرع الثالث :التشريع عن طريق المعاهدات الدولية

أما بالنسبة للتشريع عن طريق المعاهدات الدولية، فقد أسند للرئيس باعتباره مقرر وضابط السياسة الخارجية للأمة والمختص كأصل عام بإبرام المعاهدات الدولية والمصادقة عليها، وهو ما يخوله اختصاصا تشريعيا له أهمية معتبرة؛ لأنه بمجرد إبرام المعاهدات الدولية والمصادقة عليها حسب الإجراءات المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون[13] وتستوجب اتخاذ كل التدابير الضرورية لتفعيلها داخليا، بما في ذلك سن قوانين جديدة وإلغاء القوانين التي تخالفها أو تعرقل تطبيقها،" وتخول كل مواطن التذرع بها أمام الجهات القضائية فلئن كان" التنازع بين الدستور

والاتفاقيات الدولية كان مجرد افتراض نظري، فإنه اليوم ونظرا لتنامي وتنوع نقاط الالتقاء والتقارب بين النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الدستوري تحول التنازع بين القانون الدولي والدساتير الوطنية من مسألة نظرية إلى موضوع كلاسيكي[14].

الفرع الرابع: إصدار قانون المالية بموجب أمر

تقيد الدساتير عادة البرلمان بالتصويت على مشروع قانون المالية المقدم من قبل الحكومة بمدة زمنية معينة و إذا لم يصادق عليه في هذه المدة توضع أحكام هذا المشروع موضع التنفيذ عن طريق أمر صادر عن رئيس الجمهورية و بهذه الطريقة ستنفرد السلطة التنفيذية بقانون المالية منذ تحضيره إلى غاية تنفيذيه رغم وجود مجلسي البرلمان و هو ما يعتبر تغييبا له رغم حضوره كمؤسسة دستورية قائمة و تمارس سلطاتها بشكل منتظم وفقا للدستور و القانون .

و قد نصت المادة 138 من التعديل الدستوري 2016 في فقرتيها 9 و 10 على أن ".....يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة و سبعون يوما (75) من تاريخ إيداعه، طبقا للفقرات السابقة.

و في حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر.....".

وباعتبار قانون المالية من القوانين العضوية فانه يشترط لإقراره الأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني ولأعضاء مجلس الآمة حسب نص المادة 141 من تعديل2016،رغم ذلك لم يشكل قيدا على رئيس الجمهورية بحكم سيطرته على الأغلبية البرلمانية ، كما تشترط الفقرة الثانية من المادة 141رقابة مطابقة قانون المالية مع الدستور وهي رقابة سابقة وإجبارية ،ورغم ذلك فالرئيس يتعدى كل هذه القيود بحكم مركزه المتفوق على البرلمان في النظام السياسي الجزائري .

المبحث الثاني:المجال التشريعي مابين السلطتين التشريعية والتنفيذية

حدد المؤسس الدستوري الجزائري مجالات لا يستطيع البرلمان أن يصدر قوانين خارج نطاقها وبالمقابل تمتد سلطة رئيس الجمهورية لتشمل بقية الميادين الغير محصورة عن طريق السلطة التنظيمية [15] ، و بذلك يتحول رئيس الجمهورية إلى مشرع أساسي أما البرلمان فيصبح مشرع استثنائي و لم يكتفي المؤسس الدستوري بحصر مجال القانون فقط بل أعطى للسلطة التنفيذية الفرصة لتمرير مشاريعها القانونية على حساب اقتراحات نواب الشعب و ساعدها على عرقلة إجراءات التشريع و تطويق البرلمان و محاصرته، لذلك سنناقش في هذا الإطار عنصرين يتمثل الأول في أن

رئيس الدولة طرف أساسي في العملية التشريعية للبرلمان أما العنصر الثاني فيتمثل في مشاركة الحكومة للبرلمان في العملية التشريعية.

المطلب الأول رئيس الدولة طرف أساسي في العملية التشريعية للبرلمان

سوف نحاول في هذا المطلب معالجة سلطة رئيس الجمهورية في إصدار القوانين والاعتراض عليها كما يلي:

الفرع الأول : إصدار القوانين

يعتبر الإصدار وسيلة من الوسائل التي يشارك من خلالها رئيس الجمهورية في ممارسة الوظيفة التشريعية ،فهو يشكل التقنية التي تكتمل بها العملية التشريعية و بدونه لا يمكن للقانون الذي صادق عليه البرلمان أن يخرج إلى حيز الوجود، و يعتبر رئيس الجمهورية هو صاحب سلطة إصدار القانون ،حيث نصت المادة 144 من الدستور في فقرتها الأولى على أن "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوما ، ابتداء من تاريخ تسلمه إياه ....." .

إن تقييد المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية بآجال الإصدار لا يعتبر ضمانة كافية لصالح الهيئة النيابية لأنه لم ينص على الآثار التي تترتب عن مضي مدة الإصدار ، فيمكن لرئيس الجمهورية أن يقطع هذه الآجال باستعماله لحقه في طلب القراءة الثانية أو حقه في إخطار المجلس الدستوري ، لكن الإشكال يثور عند انقضاء المدة دون استعمال هاذين الحقين ، هذا ما يجعل امتناع رئس الجمهورية عند إصدار القانون وفوات المدة المحددة أمرا واقعا وهذا ما يعرف بالامتناع المطلق [16] ، كما لم يقرر المؤسس الدستوري جزاء عدم الإصدار الرئاسي للقانون،مما يجعل مسألة الالتزام معلقة على إرادة الرئيس، لذلك كان على المؤسس الدستوري الجزائري أن يعيد للبرلمان اعتباره عن طريق النص على أحكام مماثلة لما جاءت به المادة 51 من دستور 1963 حيث نصت على أنه إذا لم يصدر رئيس الجمهورية القوانين في الأجل المنصوص عليه دستوريا فإن رئيس المجلس الوطني هو من يتولى إصدارها .

الفرع الثاني: حق طلب المداولة الثانية (حق الاعتراض الرئاسي)

يعتبر طلب المداولة الثانية سلطة تقليدية لرئيس الجمهورية، تم تكريسها في كل الدساتير الجزائرية كعمل يدخل ضمن صلاحياته في المجال التشريعي وهو يملك بمقتضى هذه السلطة إيقاف القانون الذي صادق عليه البرلمان،[17]وذلك بطلب من المجلس الشعبي الوطني مداولة ثانية له،مع افتراضية لأغلبية مشددة وهي 3/2أصوات النواب لإمكان التغلب على اعتراض الرئيس ، ونستدل بما نصت عليه المادة 145 من التعديل الدستوري 2016 على أنه " يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ إقراره.

و في هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي 2/3 أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة".

من خلال هذا النص نلاحظ أن المؤسس الدستوري ،لم يحصر تعامل رئيس الجمهورية في هذه المسألة مع نواب المجلس الشعبي الوطني بل أضاف أيضا في تعديل 2016 أعضاء مجلس الأمة وهو بمثابة تأكيد للغرفة الثانية وللغاية التي أنشأت لأجلها .

إن اشتراط المؤسس الدستوري لنسبة تصويت أعلى من نسبة تصويت المداولة الأولى (الأغلبية البسيطة)يعتبر قيد على أعضاء البرلمان يستحيل تحقيقه ، وهذا وحتى لو فرضنا تحقق النصاب ،فانه لا يوجد نص يلزم رئيس الجمهورية بإصدار النص الذي اقره المجلس الشعبي الوطني بعد المداولة الثانية ،مما يفيد أن طلب إجراء المداولة الثانية للقانون هو وسيلة تأثير في يد رئيس الجمهورية للضغط على البرلمان[18] ،كذلك لم ينص التعديل الدستوري 2016 إمكانية رفض المجلس الشعبي الوطني لطلب رئيس الجمهورية بإجراء مداولة ثانية ، ولا حتى إمكانية عدم الرفض ،وعلى هذا الأساس تتمتع السلطة التنفيذية برقابة مسبقة على التشريع البرلماني ،لان الهدف من طلب المداولة الثانية هو حمل المجلس الشعبي الوطني على إعادة النظر فيما اعترض عليه.

المطلب الثاني: مشاركة الحكومة للبرلمان في العملية التشريعية

أثبتت البرلمانات الحالية بأنها لم تعد قادرة على تأدية وظيفتها التشريعية على أحسن وجه نتيجة التطور الذي عرفته المجتمعات من تقدم علمي و تكنولوجي ، إضافة إلى اتساع العلاقات و تشعبها مما يتطلب دراية كافية لمعالجتها و سرعة كبيرة لتنظيم مختلف ميادينها و هو ما فتح المجال أمام الحكومة لتمارس الوظيفة التشريعية و ذلك بحكم قربها من الإدارات و الأفراد[19] ، و مشاركة الحكومة للبرلمان في ممارسة الوظيفة التشريعية هو تجسيد للعلاقة الوظيفية بين السلطتين التنفيذية و التشريعية و تأكيد أكثر للتدخل السافر للحكومة في عمل البرلمان، لذلك سنتعرض لعنصرين يتعلق الأول بمبادرة الوزير الأول بالتشريع أما العنصر الثاني فيتعلق بهيمنة الحكومة على الإجراءات التشريعية .

الفرع الأول : مبادرة الوزير الأول بالتشريع

إن حق المبادرة بالتشريع هو العمل الذي يضع الأسس الأولى للتشريع و يحدد موضوعه و مضمونه [20]، بمعنى المدخل الوحيد لأي إجراء يرمي إلى وضع نصوص قانونية وبدونها يتعذر وضع أو إضافة نصوص قانونية وقد أعطت كل الدساتير الجزائرية حق المبادرة لرئيس الجمهورية والنواب في دستور1963[21] وحق المبادرة بالقوانين لرئيس الجمهورية فقط في دستور 1976[22] و قد نص المشرع الدستوري الجزائري على اشتراك الوزير الأول مع البرلمان في عملية المبادرة بالتشريع حيث جاء في

نص المادة 119 الفقرة الأولى من الدستور المعدلة سنة 2008 بأنه " لكل من الوزير الأول و النواب حق المبادرة بالقوانين...." .،أما في ظل التعديل الدستوري الأخير فقد نصت المادة 136 منه على :"لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين ، تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة ،إذا قدمها عشرون (20) نائبا أو عشرون (20) عضوا في مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليه في المادة 137أدناه "، أما المادة 137 من التعديل الدستوري والمضافة حديث،فقد حددت المجالات التي يمكن ل(20)عضوا من مجلس الأمة أن يقدموا مبادرة باقتراح القوانين، التي لها علاقة مباشرة بالتنظيم المحلي ، نظرا للطابع المميز لتشكيلة مجلس الأمة الذي يتشكل ثلثي أعضائه من قبل المجالس المحلية المنتخبة على درجتين ،مما يؤهلها لأولوية النظر في هذه المسائل [23] .

ولعل سبب استبعاد رئيس الجمهورية من هذا الاختصاص هو حماية مركزه الدستوري واستبعاد مسؤوليته السياسية، لأن" إيداع مشروع قانون يحمل اسم رئيس الجمهورية من شأنه أن يعرض مركز هذا الأخير للنقد المباشر من قبل البرلمان، أثناء مناقشة مبادرته بالتشريع، ومثل هذا الافتراض كان غير وارد في نظام الحزب الواحد، لكن الوضع اختلف بسبب تبني نظام التعددية الحزبية[24]، إلا أن دور الرئيس في هذا المجال لا يمكن إنكاره أو إغفاله لأسباب عديدة أهمها :أن مشاريع القوانين تعرض على مجلس الوزراء ، الذي تعود رئاسته لرئيس الجمهورية وبالتالي فإن الضغط والتأثير الذي يمارسه الرئيس لا يستهان به وأن موافقته على مشاريع القوانين التي يتم عرضها في هذا المجلس تعد شرطا وجوبي لاستكمال بقية الإجراءات التشريعية، كما أن للرئيس سلطة تقديرية في الموافقة على مضمون مشروع القانون أو رفضه[25].

لقد استحوذت السلطة التنفيذية في الجزائر بقيادة الرئيس سلطة المبادرة بالقوانين ،كما أن تأثير الحكومة واسع في هذا المجال إلى درجة أن أغلبية التشريعات في الجزائر هي ذات مصدر حكومي[26].

الفرع الثاني: هيمنة الحكومة على الإجراءات التشريعية

أولا : التفوق الحكومي في إعداد وضبط جدول أعمال البرلمان

يعرف جدول الأعمال على انه ذلك العمل الحكومي البرلماني الذي يحدد النشاط الرسمي للبرلمان خلال الدورة التشريعية [27] ،كما يعرف أيضا أنه البرنامج الذي بموجبه تدار المناقشات في جلسة البرلمان العامة [28]،فهو يتضمن مجموعة من المواضيع المحددة في الزمان لمناقشتها بالتدرج في جلسة البرلمان العامة ، و قد أشرك المشرع الحكومة في إعداد جدول الأعمال من خلال المادة 15 من القانون العضوي رقم 12/16 التي جاء فيها بأن "يجتمع مكتبة الغرفتين وممثل الحكومة في مقر

المجلس الشعبي الوطني أو مقر مجلس الأمة، بالتداول، في بداية دورة البرلمان، لضبط جدول أعمال الدورة، تبعا لترتيب الأولوية الذي تحدده الحكومة".

فالمواضيع التي يجب مناقشتها والتصويت عليها برلمانيا تقررها الحكومة وليس البرلمان، بذلك يمكن استبعاد اقتراحات القوانين وتأجيل دراستها .بل إن المادة 16 من القانون العضوي رقم 12/16 مكنت الحكومة من استعجال دراسة مشاريع قوانين معينة .هذا إلى جانب مشاركة الحكومة في ضبط جدول أعمال جلسات المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة تطبيقا لأحكام المادة 17 من القانون العضوي رقم 16/ 12،وتجدر الإشارة إلى أن التعديل الدستوري لسنة 2016 قد خول للوزير الأول صلاحية طلب تمديد الدورة العادية لأيام معدودة لغرض الانتهاء من دراسة نقطة في جدول الأعمال .

و انطلاقا من هذه النصوص يمكننا أن نقول أن السلطة التنفيذية تتدخل إلى حد كبير في العمل البرلماني ،حيث تشارك في إعداد جدول الأعمال ولها الأولوية في ضبط البرامج وترتيب كل المسائل التي يحتويها ،كما يظهر تفوقها أيضا من خلال توجيها طلبات تسجيل المشاريع ،فان هذه الطلبات تحظى بامتياز الأولوية في جدول الأعمال ويكون لها السبق في التسجيل على كل المقترحات ذات المصدر البرلماني ،هذا الوضع يجعل من غرفتي البرلمان في موقف ضعيف وفي حالة خضوع شبه تام للحكومة التي يمكن لها إدراج أي مشروع قانون ترغب فيه[29] ، كما تنفرد السلطة التنفيذية بحق وضع وتحديد جدول أعمال الدورات غير العادية ،من خلال ما تقدم فان الامتياز الذي منحه المشرع الجزائري للحكومة في وضع جدول الأعمال هو وسيلة تستعمله الحكومة لإدارة العمل البرلماني في الإطار الذي يناسبها[30] ويظهر ذلك من خلال قدرتها على تضخيم جدول وعدم وضع موازنة بين العمل المراد انجازه ومدة الدورة يؤدي ذلك إلى التأجيل ،إن لم نقل استبعاد كل المقترحات البرلمانية التي تتنافى وسياستها وبرمجة فقط ما يتماشى مع مخطط عملها .

ثانيا:تحكم الحكومة في اللجنة المتساوية الأعضاء

يحق للحكومة حضور جلسات البرلمان المتعلقة بدراسة مشاريع و اقتراحات القوانين و التصويت عليها، لكن تحكم الحكومة يظهر أكثر قوة في مرحلة مهمة جدا قد تطرأ على العملية التشريعية للبرلمان و هي إمكانية حدوث خلاف بين الغرفتين حول القانون الذي هو معروض للمناقشة و المصادقة فتكون من صلاحيات الوزير الأول أن يطلب اجتماع لجنة متساوية الأعضاء[31] تتكون من أعضاء الغرفتين و هذا لاقتراح نص يتعلق بالأحكام التي هي محل خلاف[32]، و تقوم الحكومة بعرض هذا النص على كل غرفة للمصادقة عليه كما تظهر أكثر قدرة الحكومة على التحكم

في هذه الوضعية في نص الدستور عند عدم إمكانية إدخال أي تعديل على القانون موضوع الخلاف إلا بموافقة الحكومة وهذا وفقا لما نصت عليه الفقرة السادسة من المادة 138.

وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين يمكن الحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا ،وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء أو إذا تعذر ذلك بالنص الأخير الذي صوت عليه [33]، و إما أن تختار الحكومة السبيل الثاني لحل الخلاف المستمر بسحب النص فإن قررت انتهاج هذا السبيل يقع عليها التزام سلبي بسيط هو عدم إخطار المجلس الشعبي الوطني.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

1-شكلية القيود المفروضة على سلطة رئيس الجمهورية التشريعية سواء القيود المتعلقة بغياب البرلمان أو تلك المتعلقة بالحالة الاستثنائية ،أو تلك المتعلقة بالأخذ بالرأي الاستشاري لمجلس الدولة.

2-احتفظت السلطة التنفيذية بموجب التعديل الدستوري2016، بقيادة رئيس الجمهورية بمساهمته في التشريع عن طريق الوزير الأول، الذي منحت له أولوية المبادرة بالقوانين لضمان إشراكه في العملية التشريعية وتقاسمه لها مع البرلمان.

3-الإبقاء على سلطة رئيس الجمهورية في إدارة الإجراءات اللاحقة على المصادقة على القانون،فهو وحده من يحق له حق الاعتراض على القوانين وإعادة قراءتها مرة ثانية من طرف البرلمان بشروط أكثر صرامة،وله امتياز إدخال القانون حيز التنفيذ بإجرائي الإصدار والنشر.

4-تأكيد المؤسس الدستوري في تعديل 2016 ،حق رئيس الجمهورية في ممارسة الاختصاص التشريعي بشكل مباشر عن طريق التشريع بأوامر.

5-استحواذ السلطة التنفيذية عن طريق رئيس الجمهورية على حق إصدار قانون المالية بموجب أمر في حالة تخلف البرلمان عن إصداره خلال الآجال القانونية،مما يجسد أولوية السلطة التنفيذية في المجال المالي،إلى جانب هيمنتها على جدول أعمال البرلمان إعدادا وترتيبا وضبطا.

6-إن الدور التشريعي الممنوح للسلطة التنفيذية في الجزائر أدى إلى زيادة عدد مشروعات القوانين التي تعرض على البرلمان ذات المصدر الحكومي ،وبالتبعية قلت مشروعات القوانين المقدمة من أعضاء البرلمان وأصبحت السلطة التنفيذية الهيئة المختصة بالاقتراح والإعداد لكافة القوانين التي تصدر في الوقت الحالي أما عملية عرضها على البرلمان فهو مجرد إجراء لاستفاء متطلبات الدستور فقط وان كان ذلك لا يحصنها من رقابة القضاء الدستوري.

7- تزايد عدد مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة بالمقارنة بمشروعات القوانين المقدمة من أعضاء البرلمان ما هو إلا نتيجة طبيعية ومنطقية لهيمنة السلطة التنفيذية على الاختصاص التشريعي الذي يعد من صميم عمل البرلمان،بل ووضعه في مركز تبعي للحكومة الأمر الذي يعتبر إهدار للنظام النيابي القائم على اعتبار البرلمان هو الممثل للإرادة الشعبية وأيضا لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يهدف إلى خلق التوازن بين البرلمان والسلطة التنفيذية ،والاتجاه نحو نظام تركيز السلطة الجديد المعقلن في قبضة رئيس الجمهورية الذي احتل مركز الصدارة من بقية السلطات .

ومن خلال ما تقدم يمكن أن **نقترح:**

إن المؤسس الدستوري بموجب تعديل 2016عمل على تقوية السلطة التنفيذية ومنحها سلطات واسعة في مجال التشريع خصوصا رئيس الجمهورية ،وإضعاف البرلمان وتقليص دوره التشريعي ،ولهذا يجب إصلاح هذا الخلل الدستوري عن طريق تعديل الدستور بإعطاء البرلمان سلطات حقيقية باعتباره قناة من قنوات المشاركة الشعبية في تسيير السلطة،وتدعيم حظوظه في مجال المبادرة التشريعية والتقليل من هيمنة المشاريع الحكومية على حساب اقتراحات القوانين، لكي نقر بوجود ديمقراطية حقيقية في الجزائر .

الهوامش:

[1]- خالد عباس مسلم،حق الحل في النظام النيابي البرلماني|(دراسة مقارنة)،رسالة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،جامعة عين شمس،1997،ص210.

[2]- عبد الحميد الزوبع ، علاقة البرلمان بالحكومة في النظام الدستوري المغربي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في القانون العام ،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة محمد الخامس ، أكدال، المغرب، 2001 ،ص317.

[3]- عبد الحميد الزوبع ، نفس المرجع ، ص 223.

[4]-انظر:المادة 135 الفقرة الثانية من التعديل الدستوري 2016، الصادر في الجريدة الرسمية عدد14، المؤرخة في 2016/03/07.

[5]-انظر: المادة135 الفقرة الرابعة من التعديل الدستوري 2016

[6]- محسن خليل ، القانون الدستوري و الدساتير المصرية، دار الجامعة الجديدة ، 1996 ، ص 924.

[7]-أحسن رابحي ،مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،2005،ص362.

[8]- أحسن رابحي ، النشاط التشريعي للسلطة التنفيذية ،دار الكتاب الحديث ،مصر،2013،ص61

[9]-أنظر :نص المادة 37 من القانون العضوي رقم 12/16 ،الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة ،ج رعدد50،صادرة في 28أوت2016.

[10]- أحسن رابحي، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، مرجع سابق،ص314.

[11]- عبد الفتاح عمر ، الوجيز في القانون الدستوري ، مركز الدراسات و البحوث و النشر ، تونس ، سنة 1987 ،ص 470-471.

[12]- سيدي محمد ولد سيد آب ، الوظيفة التشريعية في دول المغرب العربي ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، الدار البيضاء الطبعة الأولى ،العدد 25 ، سنة 2001 ،ص200.

[13]- تنص المادة 150 من التعديل الدستوري 2016 على الآتي" :المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون."

[14]-حنان مفتاح ،المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية من منظور اختصاصاته الواسعة ،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة باتنة ،2016/2015،ص143-144.

[15]-تنص المادة 143 من التعديل الدستوري2016على :"يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون."

[16]-ليندة أونيسي ،الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية في الجزائر ،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة باتنة ،2015/2014،ص207

[17]-عمر حلمي فهمي ، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني ،دار الفكر العربي ،مصر،ص105.

[18]-وهي تعد الوسيلة الوحيدة في النظام الدستوري الأمريكي باعتبارها استثناء على مبدأ الفصل بين السلطات الذي اعتمده الدستور الأمريكي ، ويعتبر اعتراض الرئيس على قانون صادق عليه الكونغرس مصدر قوة كميزة له ، وقد يشترط الدستور في المداولة الثانية نفس النسبة التي اشترطها الدستور الجزائري وهي أغلبية 3/2أعضاء مجلس الكونغرس

انظر بالتفصيل :اندريه هوريو ،القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، ترجمة علي مقلد،شفيق حداد،عبد الحق سعد،الأهلية للنشر والتوزيع ،بيروت ،1977،ص421.

[19]- Jean Cotteret ; le pouvoir législatif en France, L G D J ,paris1962,p88.

[20]-عمر حلمي فهمي ،مرجع سابق،ص 10

[21]-تنص المادة 36 من دستور 1996على :"لرئيس الجمهورية وللنواب حق المبادرة باقتراح القانون "

[22]- تنص المادة 148 من دستور 1976 على :"المبادرة بالقوانين حق لرئيس الجمهورية "

[23]-خالد شبلي ،حق مجلس الأمة في التعديل (دراسة في ضوء اجتهاد المجلس الدستوري الجزائري والمراجعة الدستورية لعام2016)،مجلة المجلس الدستوري ، صادرة من المجلس الدستوري الجزائري ،العدد2016،06،ص81.

[24]-عبد الله بوقفة ،علاقة السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال تطور النظام الدستوري الجزائري ،رسالة دكتوراه،جامعة الجزائر ،2001،ص280.

[25]- أحمد وافي وبكرا إدريس، النظرية العامة للدولة والنظام السياسي الجزائري في ظل .دستور 1989 ، المؤسسة الجزائرية للطباعة، الجزائر ، ص92 .

[26]- في الفترة التشريعية السابعة (2017/2012)صادق المجلس الشعبي الوطني على 64 قانون ولا يوجد من بينها ولا قانون واحد ناتج عن مبادرات النواب

انظر بالتفصيل :حصيلة الفترة التشريعية السابعة (2017/2012)الصادرة عن وزارة العلاقات مع البرلمان على الموقع الالكتروني: http//www.mcrp.gov.dz

[27]-سعيد بوالشعير ،التشريع عن طريق الأوامر وأثره على استقلالية المجلس الشعبي الوطني ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،العدد الأول ،1988،ص351.

[28]-عادل الطبطبائي ،جدول أعمال البرلمان دراسة مقارنة ،مجلة الحقوق ،جامعة الكويت ،العدد03،السنة العاشرة ،سبتمبر 1986،ص37.

[29]-عقيلة خرباشي ، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان ،دار الخلدونية ،الجزائر ،2007،ص39.

[30]- Philippe Ardant ,institutions politiques et droit constitutionnel,14ed, LGDJ, paris,2002 p551.

[31]- تعد اللجنة المتساوية الأعضاء هيئة تقنية مشكلة من أعضاء غرفتي البرلمان، وظيفتها الأساسية هي اقتراح نص يتعلق بالحكم أو الأحكام محل اختلاف بين غرفتي البرلمان، مع الإشارة إلى أن هذه اللجنة تستطيع" حل الخلافات البسيطة فقط بينا لغرفتين .أما الخلافات الجوهرية والمعقدة فتتكفل الحكومة بحلها بآلية السحب

[32] -انظر: المادة 138 الفقرة الخامسة من التعديل الدستوري 2016

[33]-انظر المادة 138الفقرة السابعة من التعديل الدستوري 2016.

الجرائم الماسة بالنظم المعلوماتية في القانون المغربي
Crimes affecting information systems in Moroccan law

د/ مصطفى الفوركي ، أستاذ القانون الخاص (*)
أستاذ زائر بجامعة الحسن الأول بسطات، المغرب
mforki22@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/12/23 تاريخ القبول للنشر: 2019/12/23

****

ملخص:

نتيجة للتطورات في مجال المعلوماتية، تراجعت القدرة على المراقبة والتحكم ، وازدهرت عمليات التجسس على المعلومات التي تتم معالجتها بواسطة الآلة وسرقتها بشكل لافت للنظر ، حتى أصبحت تهديدًا خطيرًا للهيئات الأخرى التي تعتمد على عملها على الكمبيوتر والإنترنت ، زادت مخاطر استخدام الكمبيوتر، وتم إنشاء شروط القرصنة وتداول البرامج. بدون منتجها الأصلي، لإنتاج الفيروسات أو تمريرها عبر الشبكات أو توصيلها بالبرامج.

الكلمات المفتاحية: الجرائم المعلوماتية . النظم المعلوماتية-حقوق المؤلف-حماية برامج الحاسوب.

Abstract *:*

As a result of developments in the field of informatics, the ability to monitor and control has weakened, and spy operations have flourished over machine-processed information and stolen it strikingly, until it has become a serious threat to other bodies that depend on its work on the computer and the Internet, so the risks of using the computer have increased, and the conditions for piracy and circulation of programs have been created. Without its original product, to produce viruses, pass them through networks, or plug them into programs.

Keywords : Information crimes-Information systems-Copyright-Computer programs protection.

* د. مصطفى الفوركي: mforki22@gmail.com

نتيجة للتطورات الحاصلة في مجال المعلوماتية، ضعفت قدرة المراقبة والتحكم وازدهرت عمليات التجسس على المعلومات المعالجة آليا وسرقتها بشكل ملفت للنظر، حتى أصبحت تشكل تهديدا بالغا لسائر الهيئات التي تعتمد أعمالها على الحاسوب وشبكة الإنترنت، فارتفعت مخاطر استخدام الحاسوب، كما تهيأت الظروف المواتية لقرصنة البرامج وتداولها من غير منتجها الأصلي ولإنتاج الفيروسات وتمريرها من خلال الشبكات أو دسها في البرامج.

الشيء الذي أدى لظهور جرائم فنية سميت بالجرائم المعلوماتية[1]، فالجريمة هي إفراز للمجتمع ومظهر من مظاهره، تعكس ما تموج به المجتمعات من ظروف وأسباب[2]، ولما كانت الجرائم المعلوماتية[3] ظاهرة حديثة لارتباطها بتكنولوجيا الحاسوب، فقد بذل المهتمون بدراسة هذا النمط الجديد من الإجرام جهدا من أجل الوصول إلى تعريف مناسب يتلاءم مع طبيعتها، لكن بدون جدوى حتى قيل إن الجريمة المعلوماتية تقاوم التعريف[4]، لذا اختلفت التعاريف التي تناولت هذه الظاهرة من الإجرام، فمنها من تناولها بالتعريف على نحو ضيق، ومنها من عرفها على نحو واسع[5]، مع ذلك تبقى هذه التعاريف قاصرة عن الإحاطة بأوجه ظاهرة الإجرام المعلوماتي، هذا وقد تبنى مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاقبة المجرمين تعريفا جامعا للجرائم المعلوماتية بأنها كل جريمة يمكن ارتكابها بواسطة نظام حاسوبي أو شبكة حاسوبية أو داخل نظام حاسوب، وتشمل تلك الجريمة من الناحية المبدئية جميع الجرائم التي يمكن ارتكابها في بيئة إلكترونية[6]، ويعد هذا التعريف من أفضل التعريفات التي تناولت ظاهرة الإجرام المعلوماتي إذ تشمل الجانبين المادي والمعنوي للحاسوب ومنها شبكة الإنترنت، كما أنه لم يقتصر على كون الحاسوب وشبكاته محلا للاعتداء، بل أيضا بوصفه وسيلة للاعتداء وارتكاب الجرائم، فالجريمة المعلوماتية قوامها سببين إما أن تكون المعلوماتية وسيلة للغش والتحايل والاعتداء، أو تكون المعلوماتية نفسها محلا للاعتداء.

أمام الصعوبات التي يشكلها تطبيق النصوص التقليدية على الجرائم المعلوماتية المستحدثة، بسبب عدم تماشي القواعد العادية للحماية مع التطور المستمر لهذا النوع من الجرائم وتطور وسائل وطرق الاعتداءات، وسعيا من المشرع لتحقيق حماية أفضل لنظام المعلوميات من قواعد بيانات وبرامج حاسوب ومعطيات لجأ إلى تجريم الإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات (المطلب الأول)، وحماية قواعد البيانات وبرامج الحاسوب بمقتضى قوانين خاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقتضيات الزجرية للجرائم المعلوماتية في القانون الجنائي

إن وعي المشرع المغربي بخصوصية الإجرام المعلوماتي وانعكاساته على المجتمع بدأ مع صدور القانون المتعلق بالإرهاب الذي وردت فيه إمكانية ارتكاب أفعال إجرامية إرهابية عن طريق نظم المعالجة الآلية للمعطيات، علما أن القانون الجنائي المغربي لا يحتوي على نصوص تخص الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، مما حذا بالمشرع إلى تبني قانون خاص بهذه العينة من الجرائم وتم ذلك عبر قانون رقم 03-07 المتمم لمجموعة القانون الجنائي.

وهو ما سنح للقضاء بإعطاء تكييفات مناسبة للجرائم الماسة بنظم المعلوميات، ويمكن حصر هذه الجرائم في فئتين: الجرائم التي تستهدف المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات (الفقرة الأولى)، والجرائم التي تستهدف المعطيات ووثائق المعلوميات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الجرائم الماسة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات[7]

تتجلى صور الاعتداء على نظام المعالجة الآلية للمعطيات في الدخول أو البقاء غير المشروع في النظام، وعرقلة سير النظام أو إحداث خلل فيه، ثم الإعداد لارتكاب المس بالنظام.

فبالنسبة للدخول أو البقاء غير المشروع نص الفصل 3-607 "يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال.

ويعاقب بنفس العقوبة من بقي في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو جزء منه، كان قد دخله عن طريق الخطأ وهو غير مخول له حق دخوله.

تضاعف العقوبة إذا نتج عن ذلك حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو اضطراب في سيره".

انطلاقا من هذا النص يتضح أن جريمة الدخول أو البقاء في النظام لا تقوم إذا كان الولوج إليه متاحا للجمهور وإنما تفترض أن يتم ذلك عن طريق الاحتيال، وهو ما ذهب إليه القضاء المغربي إذ اعتبر أن جنحة الدخول إلى نظام المعالجة الآلية عن طريق الاحتيال ثابتة في حق المتهم الذي استطاع الدخول عبر شبكة الإنترنت إلى جهاز الشخص المراسل معه بواسطة ما يدعى بـ PRORAT الذي تمكن من قرصنته، وقام بنسخ جميع المعلومات التي تخصه، كما تمكن من الولوج إلى مواقع إلكترونية عبر شبكة الإنترنت عن طريق قرصنة الأقنان السرية الخاصة بأصحابها[8].

ويتكون الركن المادي لهذه الجريمة من فعل الدخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو جزء منه، وإما في فعل البقاء في هذا النظام أو في جزء منه، هذا ولم يحدد المشرع وسيلة الدخول أو الطريقة التي يتم بها الدخول إلى النظام فقد تقع بأي شكل من الأشكال (برنامج فيروس، قرصنة برامج أو رموز تشفير، تجاوز نظام الحماية)، ويكون الدخول غير مشروع إذا كان من له حق السيطرة على النظام قد وضع بعض القيود للدخول إليه ولم يحترمها الجاني.

كما تقع الجريمة سواء تم الدخول إلى النظام كله أو جزء منه فقط، كالدخول لبعض عناصر النظام أو عنصر واحد منه، أو في الحالة التي يسمح فيها للجاني بالدخول إلى جزء من النظام فينتهز الفرصة ويدخل إلى جزء آخر غير مسموح له الدخول إليه، شرط أن يكون العنصر الذي تم الولوج إليه يدخل في برنامج متكامل قابل للتشغيل[9].

أما فعل البقاء في النظام أو جزء منه فيقصد به التواجد داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات ضد إرادة من له الحق في السيطرة على هذا النظام، وقد يتحقق البقاء المعاقب عليه استقلالا حين يكون الدخول إلى النظام مشروعا، كمن يدخل إلى نظام بالصدفة أو عن طريق الخطأ أو السهو ولا ينسحب أو يبقى فيه بعد المدة المحددة له للبقاء داخله[10].

ونشير إلى أن جريمة الدخول أو البقاء جريمة عمدية بحيث يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي المتكون من علم وإرادة، وذلك بأن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الدخول أو إلى فعل البقاء، وأن يعلم الجاني أنه ليس له الحق في الدخول إلى النظام أو البقاء فيه.

وعليه لا يتوفر الركن المعنوي إذا كان دخول الجاني أو بقائه داخل النظام مسموح به، أو وقع في خطأ في الواقع كجهله وجود حظر للدخول أو البقاء أو يعتقد أنه مسموح له الدخول، فإذا توفر القصد الجرمي بعنصريه العلم والإرادة فلا عبرة بالباعث على الدخول أو البقاء بحيث يظل القصد الجرمي قائما ولو كان الباعث الفضول أو إثبات القدرة على الانتصار على النظام[11].

وبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 3-607 نجدها تنص على ظرف مشدد يتحقق عندما ينتج عن الدخول أو البقاء إما محو أو تعديل المعطيات التي يحتويها النظام أو إحداث اضطراب في سيره، ويكفي لتوفر هذا الظرف وجود علاقة سببية بين الدخول أو البقاء غير المشروعين والنتيجة الضارة وذلك بمحو أو تعديل المعطيات التي يحتويها النظام أو تعطيله، ويلاحظ هنا أن المشرع يحمي النظام من خلال حماية المعطيات التي يحتويها.

أما فيما يخص عرقلة سير النظام أو إحداث خلل فيه، فباستقراء الفصل 5-607 من القانون الجنائي[12]، يتبين أن الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في فعل التعطيل الذي يندرج ضمن إعاقة النظام أيا كانت الوسيلة المستخدمة في ذلك، فقد تكون بطريقة مادية كأعمال العنف على أجهزة الحاسوب وشبكة الإنترنت، وقد تكون بطريقة معنوية عندما تقع على الكيانات المنطقية للنظام مثل البرامج والمعطيات[13]، كما يتمثل أيضا في إحداث الخلل في النظام عن طريق العيب أو الإفساد[14]، أو كل فعل يجعل نظام المعالجة الآلية غير صالح للاستعمال، وإحداث خلل في نظام المعالجة الآلية للمعطيات يتم بعدة وسائل خاصة منها البرامج الخبيثة ذات الأثر التدميري والتي تصيب النظام بالشلل[15]، وهو ما سببه فيروس زوطوب الذي عدله المغربي (ف.ص) للنظم المعلوماتية الأمريكية إذ خلق لها العديد من المشاكل التقنية، مما شكل عرقلة لسير النظام أو إحداث خلل فيه كان على المحكمة أن تأخذه بعين الاعتبار إثر تكييفها للأفعال المنسوبة للمتهم بأن تناقشه في معرض تعليلها للتهم الموجهة إليه بدل الاقتصار على بيان العناصر المكونة لجريمة تكوين عصابة إجرامية وجريمة السرقة والإشارة إلى كون أنه والمتهم الثاني لم ينكرا ولوجهما أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات[16]، وذلك حتى يكون للقضاء هامشا كبيرا في تفعيل النصوص القانونية من خلال الوقائع المعروضة عليه.

وغني عن البيان أن جريمة إعاقة سير النظام أو إحداث خلل فيه هي جريمة عمدية تقوم بوجود القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة.

بقي أن نشير إلى الصورة الثالثة للاعتداء على نظام المعالجة الآلية للمعطيات وهي تلك المتعلقة بالإعداد لارتكاب المس بالنظم من خلال صنع تجهيزات أو أدوات أو أي معطيات تعتمد على ارتكاب جرائم عرقلة سير نظم المعالجة أو تملكها أو حيازتها أو التخلي عنها للغير، أو عرضها أو وضعها رهن إشارته.

الفقرة الثانية: الجرائم التي تستهدف المعطيات والوثائق المعلوماتية

عاقب المشرع بمقتضى الفصل 06-607 بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أدخل معطيات في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو أتلفها أو حذفها منه أو غير المعطيات المدرجة فيه أو غير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها عن طريق الاحتيال.

يتكون الركن المادي لهذه الجريمة من الأفعال التالية:

أولا: إدخال معطيات[17] في نظام المعالجة: ويعتبر هذا الفعل أكثر أساليب ارتكاب الاحتيال المعلوماتي بساطة وأمنا وأكثر أشكاله وقوعا، ومن ذلك قيام شخص بإدخال معطيات مصطنعة ببطاقة خاصة به على شبكة الإنترنت ودون بها معلومات متعلقة بشخصية سامية في البلاد أرفقها بصورة لهذه الشخصية واستعملها في موقع Facebook لربط علاقات مع المشاركين بهذا الموقع[18].

ثانيا: إتلاف وحذف المعطيات: يقصد به إزالة جزء من المعطيات الموجودة داخل النظام، ومن أبرز صوره حذف معطيات متعلقة بحسابات بنكية جديدة.

ثالثا: تغيير المعطيات: يتعلق الأمر إما بتغيير المعطيات في حد ذاتها واستبدالها بمعطيات أخرى أو تغيير الطريقة التي تعالج بها أو طريقة إرسالها، وتغيير طريقة المعالجة والإرسال هو في حد ذاته تلاعب بالبرنامج.

وقد اعتبرت ابتدائية الدار البيضاء في الواقعة المستدل بها أعلاه أن فعل المتهم يشكل جنحة إدخال معطيات في نظام المعالجة الآلية للمعطيات وتغييرها وتزييف وثائق المعلوميات وإعداد معطيات معلوماتية غير صحيحة وتملكها وعرضها معللة حكمها: "حيث إن النظام المعلوماتي يشكل بيانات ومعلومات تمت معالجتها بعد اتباع طرق وإجراءات إلكترونية معينة لتصير برنامجا تطبيقيا يشمل معلومات مخزنة يتم الرجوع إليها عند الحاجة...

وإن دخول الظنين غير المشروع لموقع فايس بوك عن طريق انتحال شخصية (...) باستعمال صورته وجميع المعلومات الشخصية الخاصة به يعتبر دخولا مزورا في الصفحة الإلكترونية التي استعملها الظنين في استقطاب مراسليه كما أن إقدام الظنين على نشر صورة (...) والمعلومات الخاصة به ونسبتها لنفسه يعد دخولا لنظام معلوماتي عن طريق تزوير إلكتروني رغم علمه بذلك خاصة وأنه مهندس دولة له تكوين في الميدان[19]".

وتعتبر جريمة التلاعب في المعطيات جريمة عمدية لذلك يلزم أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الإدخال أو المحو أو التعديل كما يجب أن يكون على علم أن ما يقوم به هو تلاعب بالمعطيات وأن لا حق له في القيام بذلك.

هذا وقد عاقب المشرع المغربي على تزوير أو تزييف وثائق المعلوميات أيا كان شكلها إذا كان من شأن التزوير أو التزييف إلحاق ضرر بالغير وكذا استعمال هذه الوثائق المعلوماتية مع العلم أنها مزورة أو مزيفة طبقا للفصل 7-607 من القانون الجنائي، غير أنه لم يضع تعريفا لوثائق المعلوميات[20].

أما التزوير فهو أي تغيير للحقيقة يرد على مخرجات الحاسب الآلي سواء تمثلت في مخرجات ورقية مكتوبة أو كانت مرسومة، كما قد يتم في مخرجات غير ورقية شرط أن تكون محفوظة على دعامة كبرنامج منسوخ على أسطوانة، كما يتحقق التزوير بتقليد الوثائق المعلوماتية أو التوقيع الإلكتروني، ويكتمل الركن المادي لهذه الجريمة بتوفر عنصر إلحاق الضرر بالغير، أما بالنسبة لاستعمال وثائق المعلوميات مع العلم أنها مزورة فمن ذلك استعمال توقيع إلكتروني مزور أو بطاقة وفاء مزورة.

وقد ذهبت بعض القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بالرباط إلى اعتبار قرصنة البطائق البنكية من قبل مجموعة من الأشخاص بمثابة تزوير في وثائق المعلوميات ومن هذه القرارات، قرار عدد 364 الذي جاء فيه: "بالنسبة للمتهم (ع.ص)، حيث اعترف المتهم بأنه كان يقوم بسحب المبالغ المالية من شبابيك إلكترونية بواسطة بطائق ائتمان مزيفة عن طريق قرصنة الحسابات البنكية لزبناء أبناك أجنبية...

وحيث إن المحكمة اقتنعت بثبوت الفعل المنسوب للمتهم ويشكل من حيث الوصف القانوني للتجريم جريمة تزوير وثائق المعلوميات واستعمالها طبقا للفصل 7-607 بعد إعادة التكييف لجريمة تزوير بطائق الائتمان واستعمالها مما يتعين معه التصريح بإدانته من أجل ذلك".

- "بالنسبة للمتهم ب ك:

حيث اعترف المتهم بأنه لقن كيفية قرصنة الحسابات البنكية عن طريق المتهم (ع.ص) وحدد الطريقة التي تتم بها قرصنة الحسابات البنكية...

وحيث إن الوقائع المعروضة تشكل من حيث الوصف القانوني للتجريم جريمة المشاركة في تزوير وثائق المعلوميات واستعمالها طبقا للفصلين 129 و7-607 بعد إعادة التكييف لجريمة تزوير بطائق الائتمان واستعمالها مما يتعين معه التصريح بمؤاخذته من أجلها"[21].

وفي قرار آخر تحت عدد 633 اعتبرت أن: "حيث ثبت للمحكمة أن المتهم كان يعلم أن البطائق البنكية التي تسلمها من المتهم (ح.ك) مزيفة وأنه ولج الشبابيك الأوتوماتيكية البنكية واستعملها في سحب المبالغ المالية لفائدته ولفائدة غيره دون وجه حق...

وحيث ثبت للمحكمة أن الأفعال المنسوبة إلى المتهم توصف بجريمة استعمال وثائق المعلوميات (بطاقة بنكية) وهو يعلم أنها مزيفة حسب الفقرة الثانية من الفصل 7-607"[22].

إن تعليل الهيئتين مصدرتي القرار تعليل منطقي وفيه انسجام مع النصوص المستحدثة التي سنها المشرع لزجر جرائم المعلوميات، وإعادة تكييف جريمة تزوير بطائق الائتمان واستعمالها لتزوير وثائق المعلوميات لهو تكييف قانوني سليم يتماشى مع ضرورة إعمال النصوص في مواضعها عوض إهمالها.

المطلب الثاني: القوانين الجنائية الخاصة المجرمة للجرائم المعلوماتية

عمل المشرع المغربي على حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات من الاعتداءات التي تكون عرضة لها، وذلك بمقتضى قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، لذلك سنعرض لنطاق مبدأ حماية برامج الحاسوب في ظل هذا القانون (الفقرة الأولى)، دون أن نغفل الحماية التي يكفلها لقواعد البيانات كذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حماية برامج الحاسوب طبقا لقانون حماية حقوق المؤلف

يتكون الحاسوب من جزئين رئيسيين: المكونات المادية التي يتكون منها، والمكونات اللامادية وهي البرامج، والبرنامج له أهمية كبرى في استخدام الحاسوب، لأنه هو القادر على تحقيق ما يطلب منه هذا الأخير وغيابه عن الحاسوب يجعله قطعة من البلاستيك لا قيمة لها، وتتسم البرامج بالتعدد والتنوع بحسب مجالات استعمالها وتطبيقها في الحياة العملية.

ويمكن تعريف برامج الحاسوب بأنها مجموعة من الأوامر والتعليمات مكتوبة بلغة ما لتنفيذ عمليات محددة للوصول إلى نتائج تتماثل مع إجراء نفس العمليات بالطرق اليدوية، ذلك أن البرامج هي تعليمات مكتوبة موجهة إلى جهاز تقني يسمى الحاسوب بغرض الوصول إلى نتيجة محددة، وهذا المفهوم الواسع يشمل التعليمات الموجهة إلى الحاسوب وملحقات البرنامج مما يجعل الحماية منصرفة إليهما معا، وهو ما أخذ به المشرع الذي عرف برامج الحاسوب في البند 23 من المادة الأولى من قانون حماية حقوق المؤلف، "بأنه كل مجموعة من التعليمات المعبر عنها بكلمات أو رموز أو برسم أو بأي طريقة أخرى تمكن حينما تدمج في دعامة قابلة لفك رموزها بواسطة آلة، أن تنجز أو تحقق مهمة محددة أو تحصل على نتيجة بواسطة حاسوب أو بأي طريقة إلكترونية قادرة على معالجة المعلومات"[23].

وقد نص هذا القانون صراحة في الفقرة الثانية من المادة الثالثة على استفادة برامج الحاسوب من الحماية المقررة للمصنفات الأدبية والفنية، وبذلك فحماية برامج الحاسوب في القانون المغربي أصبحت بمقتضى نص القانون حسما لمختلف التأويلات الفقهية والاجتهادات القضائية[24]، وليس

المقصود بالحماية برامج التشغيل والتي يطلق عليها عادة برامج الاستغلال التي تمكن الحاسوب من أداء وظيفته المحددة له والتي تعتبر بالتالي جزءا من هذا الجهاز، بل يتعلق الأمر ببرامج التطبيق التي تستهدف تحقيق نتيجة معينة[25]، وتبدأ حماية الحقوق التي تترتب عن هذا العمل المصنف بمجرد إنجاز البرنامج ولمدة 25 سنة والحقوق المترتبة عن هذا العمل أي إنجاز البرنامج تنقسم إلى حقوق معنوية وحقوق مادية، ومن ضمن الحقوق المعنوية للمؤلف المطالبة بانتساب العمل إليه، ومن الحقوق المادية نشره أو إعادة نشره أو بيعه أو إجارته أو إعادته إلا إذا كان برنامج الحاسوب ليس الموضوع الأساسي في التأجير أو الإعارة.

واستنساخ برنامج الحاسوب غير مسموح به إلا في حالات ضيقة، فلا يمكن للمالك الشرعي لنسخة من البرنامج إنجاز نسخة من هذا الأخير والاقتباس منه إلا بشرط أن يكون ذلك ضروريا وحصرا من أجل استعمال برنامج الحاسوب للأغراض التي تم اقتناؤه من أجلها ولأغراض توثيقية بأخذ الاحتياط لتعويض النسخة في حالة الضياع أو التلف[26].

لذلك فالحصول على برامج الحاسوب بطريقة غير شرعية واستنساخها أو الحصول على معلومات سرية حول طريقة إنشائها يعد عملا مجرما قانونا، وإن كان التطور التكنولوجي لأجهزة ومعدات النسخ أدى إلى ظهور صناعة نشطة متخصصة في استنساخ برامج الحاسوب، ناهيك عن أن الثورة الحاصلة في مجال المعلوميات أدت إلى تنامي إفشاء معلومات برامج الحاسوب والاعتداء عليها بالقرصنة أو الاستغلال غير المشروع، وهو ما يعد مساسا ليس فقط بحقوق مبتكريها الخاصة بل وأيضا مسا بالاقتصاد الوطني.

لذلك عمد المشرع إلى تشديد العقوبات فيما يخص الخروقات التي تطال المصنفات الأدبية والفنية (التقليد، القرصنة) بما فيها برامج الحاسوب، فبعد أن كانت العقوبات في هذه الجريمة عبارة عن غرامة تتراوح بين مائة وعشرين وعشرة آلاف درهم (الفصل 575 ق ج)، أصبحت حسب المادة 64 من قانون حماية حقوق المؤلف الجديد المعدل سنة 2006، عقوبات حبسية ومالية تتجلى في الحبس من شهرين إلى ستة أشهر وغرامة بين عشرة آلاف ومائة ألف درهم وذلك سعيا منه لتوفير حماية أكثر فعالية لها.

الفقرة الثانية: حماية القانون المتعلق بحقوق المؤلف لقواعد البيانات

إن قواعد البيانات باعتبارها من أنظمة المعالجة الآلية للبيانات، نتاج للتقدم العلمي في مجال أنظمة المعلومات ووسائل الاتصال، فهي مظهر من مظاهر ارتباط تكنولوجيا الحواسيب الآلية والمعلوماتية بتكنولوجيا الاتصال.

وقد عرفت المادة الأولى من قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في فقرتها الرابعة عشر قواعد البيانات بأنها: "مجموعة من الإنتاجات والمعطيات أو عناصر أخرى مستقلة مرتبطة بطريقة ممنهجة ومصنفة يسهل الوصول إليها ذاتيا بواسطة الوسائل الإلكترونية أو كل الوسائل الأخرى".

وقد نص المشرع المغربي صراحة ومباشرة على حماية قواعد البيانات وأعطاها صفة المصنف في المادة الخامسة من نفس القانون وتتمتع بنفس الحماية المنصوص عليها بالنسبة للمصنفات الأصلية الواردة في المادة الثالثة.

لذا ففي حالة خرق متعمد للحقوق المعنوية والمادية لمؤلف قاعدة بيانات بطريقة غير مشروعة وبأي وسيلة كانت بقصد الاستغلال التجاري، يعاقب المعتدي بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة تتراوح بين 10.000 و100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين حسب ما تنص عليها المادة 64 من قانون حماية حقوق المؤلف لسنة 2000 المعدل بمقتضى القانون رقم 05- 34 الصادر في 14 فبراير 2006، وقد عرفت نفس المادة "الخروقات المعتمدة بقصد الاستغلال التجاري" بكونها كل اعتداء متعمد على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة، ليس دافعه بصورة مباشرة أو غير مباشرة الربح المادي، أو كل اعتداء متعمد ارتكب من أجل الحصول على امتياز تجاري أو على كسب مالي خاص[27]، كما نصت نفس المادة على التدابير الوقائية والعقوبات الإضافية، إذا ما تم اقتران الجرائم الأخرى الملحقة بجرائم خرق حق من حقوق المؤلف، ويتعلق الأمر فيما يخص قواعد البيانات استيراد وتصدير نسخ من قبل شخص ذاتي لأغراض شخصية دون إذن المؤلف أو أي مالك آخر بحوزته حقوق المؤلف، وقد شددت المادة 64-2 العقوبات في حالة اقتراف فعل آخر يعد خرقا لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة داخل الخمس سنوات التي تلي صدور حكم أول صار نهائيا على إثر ارتكاب أحد الأفعال المشار إليها في المادة 64، حيث يعاقب المخالف بالحبس من سنة إلى أربع سنوات وبغرامة تتراوح بين 60.000 و600.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط[28].

هذا ويجوز للنيابة العامة طبقا للمادة 65-2 ودون تقديم أي شكاية من جهة خاصة أو من صاحب الحقوق أن تأمر تلقائيا بمتابعات ضد كل من مس بحقوق مؤلف قاعدة بيانات أصلية تخضع لحماية القانون المتعلق بحماية حقوق المؤلف.

والملاحظ أن المشرع المغربي من خلال قانون سنة 2000 المعدل سنة 2006 لم يحل فيما يخص عقوبات جريمة التقليد وجريمة القرصنة التي تخضع لها الخروقات التي تمس حقوق مؤلفي قواعد البيانات على فصول القانون الجنائي، بل نص لأول مرة ضمن نصوص قانون حماية حقوق المؤلف على عقوبات سالبة للحرية وجزاءات مالية وأخرى إضافية محددة (المواد 64 و64-1 و64-2 و64-

3)، وقد كانت المادة 56 من ظهير 1970 تحيل على فصول القانون الجنائي (الفصول من 575 إلى 579) فيما يخص جريمة التقليد، وكانت العقوبات عبارة عن غرامة محددة قانونا في حالة جريمة التقليد طبقا للمادة 56 من الظهير والفصل 575 و576 من القانون الجنائي، كما أن قانون 15 فبراير 2000 أحال على العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي دون التقيد بنصوص معينة في حالة خرق لحق محمي يتم اقترافه عن قصد أو نتيجة إهمال بهدف الربح مع ترك تحديد مبلغ الغرامة لتقدير المحكمة التي لها سلطة تحديد القدر بالنظر للأرباح التي حصل عليها المعتدي من الخرق.

وبذلك تتجسد إرادة المشرع في إعطاء مفهوم أوسع لجرائم خرق حقوق المؤلف أو القرصنة، مما يجعل العقوبات المنصوص عليها لهذه الجرائم خصوصا فيما يتعلق بقواعد البيانات الإلكترونية أكثر جدوى في توفير حماية فعالة لهذه المصنفات والحد من الخروقات التي تتعرض لها من طرف كل المتدخلين عبر شبكات الاتصال، كما أن إدراجه لقواعد البيانات ضمن المصنفات المحمية بقانون حماية حقوق المؤلف وإخضاعها لمقتضيات جريمة القرصنة في حالة مخالفة النصوص الحامية لها هو محاولة لتوفير الأمن للبيانات المعالجة آليا ولأنظمتها، بالنظر للتطور السريع للجريمة في مجال المعلوماتية والمصاحب لتطور مهم في وسائل ارتكاب هذه الأفعال الإجرامية.

خاتمة:

لا حاجة للتذكير بأن الجريمة المعلوماتية ظاهرة إجرامية مستجدة تحمل في طياتها العديد من المخاطر وتكلف ضحاياها خسائر جسيمة، إنما لابد من القول بأنها نتيجة حتمية للتطور العملي والتقني الذي شهده عصر المعلوميات، تستهدف المال والأشخاص وحتى القطاعات الحيوية داخل المجتمع، لذا فالتصدي لهذا النمط المستحدث من الإجرام لا يتحقق بتفسير النصوص التقليدية على اختلافها على نحو لا تحتمله، أو التوسع في تحديد مفهوم الأموال بإدخال المعلومات المعالجة آليا في نطاقها، بل على المشرع تطوير ترسانته القانونية وعدم الاقتصار على القوانين التي سنها لمواجهة بعض الصعوبات الطارئة والتي همت تجريم الأنشطة الماسة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات والاعتداءات الإرهابية التي تستخدم هذه الأنظمة، إلى جانب المساس بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المرتبطة ببرامج الحاسوب وقواعد المعطيات الآلية، وكذا تجريم توظيف وسائل الاتصال ومنها الإنترنت لتحريض القاصرين على الدعارة أو البغاء أو تشجيعهم عليها أو تسهيلها لهم أو في استغلال صورهم في مواد إباحية، لأنها مع ذلك تبقى قاصرة عن الإحاطة بمختلف مظاهر هذه الجريمة، وذلك من أجل ضمان حسن معالجة القضاء للقضايا المعروضة عليه وتكييفها قانونيا

التكييف الصحيح، بفتح المجال أمامه لتطبيق النصوص القانونية المناسبة لكل واقعة خاصة مع تنوع أشكال الجريمة، ولتوحيد الرؤى وتفادي تضارب العمل القضائي في إعطاء أوصاف قانونية مختلفة لنفس الفعل المجرم، بالنظر لدور القضاء في التصدي للجريمة المعلوماتية وزجر مرتكبيها الذين يعدون مجرمين متمرسين يلجأون دائما لتطهير المحيط الذي يعملون فيه، مما يصعب معه اكتشافهم أو تحديد هوياتهم، وهو ما يستدعي إيلاء الاهتمام بآليات البحث المعتمدة في رصد الجريمة التي تبقى محدودة لاحتواء مظاهر إساءة المعلومات، فالقدرة الفائقة التي تنتقل بها المعلومات والآثار المدمرة التي تخلفها الهجمات الواقعة على الأنظمة المعلوماتية والمواقع باستعمال الفيروسات وضلوع تقنيين وخبراء في ذلك، يحد من التدخلات الزجرية خاصة على شبكة الإنترنت مما يقتضي مراجعة قانون المسطرة الجنائية حتى يستجيب لمتطلبات البحث وتفتيش قواعد المعطيات الآلية باستعمال الشبكة، دون أن ننسى أهمية تأهيل وإعداد الشرطة التقنية وسلطات التحقيق في جمع الأدلة باستعمال التقنيات العلمية، حتى يتم استخلاص الدليل في إطار قانوني يضمن سلامة هذا الاستخلاص لأغراض قضائية، فالوسائل العلمية وإن كانت تفيد في مهمة الكشف عن الحقيقة إلا أنها قد تعصف أحيانا بحريات وحقوق الأفراد إذا لم يحسن استخدامها، مع وجوب التفكير في تطوير التعاون العربي والدولي من خلال عقد اتفاقيات مشتركة أو المصادقة على الاتفاقيات المنظمة لعمليات مكافحة جرائم المعلوميات.

الهوامش:

[1]- **عبد الرحيم زروق:** "حماية المعلوميات من الجرائم المرتكبة عبر الإنترنت"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2006-2007، ص: 6.

[2]- **أحمد خليفة الملط:** "الجرائم المعلوماتية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2005، ص: 5.

[3]- أي الجريمة المتعلقة بالمعالجة الآلية للمعلومة، لأن كلمة معلومة هي اختصار مزجي لكلمة معلومة Information وكلمة آلي Automatique؛

- انظر: **أحمد حسام طه تمام:** "الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي"، الحماية الجنائية للحاسب الآلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى: 2000، ص: 270.

[4]- **هشام محمد فريد رستم:** "قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات"، مكتبة الآلات الحديثة أسيوط، طبعة 1994، ص: 29.

[5]- من هذه التعريفات: كل فعل أو امتناع عمدي ينشأ عن الاستخدام غير المشروع لتقنية المعلوماتية ويهدف إلى الاعتداء على الأموال المادية أو المعنوية؛

يراجع: **عفيفي كامل عفيفي:** "جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون- دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2003، ص: 32.

- وذهب الفقيه Merlve إلى أن الجريمة المعلوماتية تتمثل في الفعل غير المشروع الذي يتورط في ارتكابه الحاسب الآلي"؛

انظر: **هلالي عبد الإله أحمد**: "التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية"، -دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2000، ص: 13.

- في حين ذهب جانب من الفقه إلى أنها: كل فعل أو امتناع عمدي ينشأ عن نشاط غير مشروع لنسخ أو تغيير أو حذف أو الوصول إلى المعلومات المخزنة في الحاسب أو التي تحول عن طريقه؛

راجع: **يونس عرب**: "موسوعة القانون وتقنية المعلومات"، دليل أمن المعلومات والخصوصية، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الجزء الأول، منشورات اتحاد المعارف العربية، الطبعة الأولى، ص: 213.

[6]- انظر بهذا الخصوص: **أحمد المناعسة**، "جرائم الحاسب الآلي والإنترنت"، - دراسة مقارنة- دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ص: 8.

[7]- اقترح مجلس الشيوخ الفرنسي تعريفا لنظام المعالجة الآلية للمعطيات بأنه: "كل مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة، والتي تتكون كل منها من الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج وأجهزة الربط والتي تربط بينها مجموعة من العلاقات التي عن طريقها يتم تحقيق نتيجة معينة وهي معالجة المعطيات، على أن يكون هذا المركب خاضعا لنظام المعالجة الفنية".

يراجع بهذا الخصوص: **عبد الفتاح بيومي حجازي**: مرجع سابق، ص: 21-22.

[8]- ملف جنحي تلبسي رقم 07/7794، حكم ابتدائي صادر بتاريخ 06-08-2006، تحت عدد 037، مشار إليه سابقا.

[9]- **نائلة عادل محمد فريد قورة:** مرجع سابق، صفحات متفرقة: 315-352.

[10]- المرجع السابق، ص: 395.

[11]- المرجع السابق، ص: 364.

[12]- ينص الفصل 5-607 على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عرقل عمدا سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو أحدث فيه خللا".

[13]- **هدى حامد قشقوش:** "جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1992، ص: 28.

[14]- كاستخدام القنبلة المعلوماتية التي يدخل عن طريقها معلومات تتكاثر داخل النظام فتجعله غير صالح للاستعمال، أو استخدام برنامج يحمل فيروس يقوم بتغيير غير محسوس في البرامج أو المعطيات.

[15]- **هشام محمد فريد رستم**: مرجع سابق، ص: 158.

[16]- قرار عدد 721 وتاريخ 12-09-2006، ملف عدد 600-06-22، مشار إليه سابقا.

[17]- تعني المعطيات أو ما يصطلح عليه بالبيانات شيء معطى أو مسلم به وبصحته كحقيقة وكواقعة، وهي عبارة عن الأرقام والكلمات أو الرموز أو الحقائق والإحصاءات الخام التي لم تخضع بعد لعملية تقسيم أو تجهيز للاستخدام وهي بشكل أوضح البيانات الأولية التي تتعلق بقطاع أو نشاط ما قبل أن يتم تنظيمها ومعالجتها بطريقة تسمح باستخلاص النتائج المتمثلة في المعلومات.

يراجع: **الحسين القمري**: "القيمة القانونية للوثائق الصادرة عن الحاسوب"، مجلة الدفاع عدد 4، 2003، ص: 59.

[18]- ملف جنحي تلبسي رقم 2008/1189 وتاريخ 08/02/22، صادر عن ابتدائية البيضاء، (غير منشور).

[19]- نفس الحكم: ص: 8-9-10.

[20]- هي كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعطيات وقد سجلت عليه معلومات معينة سواء أكان معدا للاستخدام بواسطة نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو يكون مشتقا عنها.

يراجع: **عبد الفتاح حجازي بيومي**، مرجع سابق، ص: 308.

[21]- ملف عدد 22/05/740، ص: 11-12، مشار إليه سابقا.

[22]- ملف عدد 08/09/461، ص: 11-12، مشار إليه سابقا.

[23]- **محمد بوشيبة:** "حماية برامج الحاسوب طبقا لقانون 00-2 المنظم لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة"، مجلة القضاء والقانون، العدد 150، ص: 85-86.

[24]- المرجع السابق، ص: 87.

[25]- **عبد الكريم غالي:** "إشكالية حماية البرامج المعلوماتية على ضوء القانون المتعلق بحقوق التأليف والحقوق المجاورة الصادر في 15 فبراير 2000"، مجلة كتابة الضبط العدد 9، الطبعة 2001، ص: 12-13.

[26]- المرجع السابق، ص: 13-14.

[27]- **تيسير الغمري**: "الإطار القانوني لقواعد البيانات الإكترونية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية 2007/2006، ص: 211.

[28]- المرجع السابق، ص: 212.

الاقتصاد السياسي للدولة الريعية النفطية في إفريقيا الاستوائية: دراسة حالة الغابون

The Political Economy of the Oil Rentier State of Equatorial Africa: A Case Study of Gabon

بلغيت عبد الله، باحث (*)
جامعة مستغانم، الجزائر
abdellah.belghit@univ-mosta.dz

تاريخ الاستلام: 2019/11/18 تاريخ القبول للنشر: 2019/12/15

****

ملخص:

تنتمي هذه الدراسة إلى جملة الأدبيات الآخرة التي تعالج الموضوع الاقتصادي في القارة الإفريقية التي تستمر الدراسات العالمية في وصفها من خلال الفقر والانعدام الأمن الغذائي والنزاعات والحروب الأهلية والأمية والدولة الفاشلة. إلا أن هذه الدراسة تختلف عنها في كونها تعالج موضوع توجهات الاقتصاد السياسي للحكومات في ظل الدولة الريعية النفطية في إفريقيا الاستوائية من خلال دراسة حالة الغابون التي تجمع العديد من خصائص الدولة الإفريقية الريعية المستعمرة سابقا، في محاولة لفهم التناقض ما بين وفرة الإمكانيات الإستراتيجية منها والثانوية الطبيعية وغير الطبيعية من جهة والفشل التنموي لحكومات تلك الدول من جهة أخرى على الصعيدين السياسي والاقتصادي.

الكلمات المفتاحية: الاقتصاد السياسي – الدولة الريعية - التنمية الاقتصادية – التحول الديمقراطي – الغابون.

Abstract:

This study belongs to a group of other studies dealing with the economic question on the African continent, which continues to be described by global studies on poverty, food insecurity, conflict, civil wars, illiteracy and the bankrupt state. However, this study differs from the fact that it addresses the issue of the political economy trends of governments under the African oil state through the study of Gabon, which combines many features of the former colonial African rentier state by France, in order to understand the contradiction between the availability of strategic capabilities and secondary natural resources. On the one

* بلغيث عبد الله:abdellah.belghit@univ-mosta.dz

hand, and the failure of government policies at the political and economic level, on the other hand.
key words: Political economy - rentier state - economic development - democratization - Gabon

مقدّمة:

تعالج هذه الورقة البحثية العلاقة بين الاقتصاد الريعي من جهة وضعف أو قوة القدرة التوزيعية للنظام السياسي من جهة أخرى، والتي تعتبر عاملا مهما في تحقيق التنمية الشاملة والقضاء على الفقر على مستوى القارة الإفريقية بعد نهاية الظاهرة الاستعمارية في غالبية الدول الإفريقية. تشير تلك الحالات إلى العجز الكبير الذي باتت تعاني منه الدولة الريعية النفطية الإفريقية في تحسين مستويات استجابتها للانتظارت التنموية الكبيرة والمتكررة للمواطنين، والتي على رأسها الفقر والأوبئة وغياب البنية التحتية وانتشار الأمية والنزاعات الداخلية وغياب العدالة الاجتماعية المرتبطة بالتوزيع، والذي يرجع أساسا إلى المسائل الهيكلية لاقتصاديات تلك الدول من جهة والطبيعة سوسيوديمغرافية لمجتمعاتها من جهة أخرى.

الإشكالية والتساؤلات:

تدرس هذه الورقة البحثية الموضوع من خلال دراسة حالة دولة الغابون على اعتبار أنها تجمع العديد من خصائص الدولة الإفريقية الريعية المستعمرة سابقا، وهذا من خلال الإجابة على التساؤل الرئيسي التالي: كيف يمكن فهم الدولة الريعية النفطية في إفريقيا؟ وكيف يؤثر الاقتصاد الريعي على القدرة التوزيعية للنظام السياسي فيها؟ وهل يساهم في تحقيق الأهداف المرجوة المتعلقة بالفقر والسلم الأهلي من جهة أخرى؟

الفرضيات العلمية:

تستند هذه الدراسة إلى فرضيتين رئيسيتين:

- الفرضية الأولى: كلما ارتفعت مداخيل النفط في الدولة الريعية الإفريقية كلما توجهت الحكومات نحو الرفع من قدراتها التوزيعية لصالح بقائها في السلطة
- الفرضية الثانية: تتوجه القدرة التوزيعية للدولة الريعية الإفريقية نحو توسيع الزبونية السياسية – الاجتماعية للسلطة السياسية وليس للقضاء على الفقر والهشاشة الاجتماعية.

المنهج المستخدم:

سيتم معالجة هذا الموضوع والإجابة على تساؤلاته الرئيسية من خلال الاعتماد علة منهج

دراسة الحالة الذي سيمكننا من جمع عدد كبير من المعطيات ذات الطابع السياسي والاقتصادي المتعلقة بحالة الغابون لاستغلالها في تفسير العلاقة بين المتغيرات المستقلة والتابعة المعتمدة في هذه الدراسة، خاصة ما تعلق بالاقتصاد الريعي من جهة والقدرة التوزيعية للنظام السياسي من جهة أخرى. كما سوف تعتمد الدراسة على المنهج التاريخي بغية تتبع تطور المسار السياسي والاقتصادي للحلة محل الدراسة دولة الغابون، ما سيمكننا من استخلاص الثابت والمتغير في حالة الغابون وحدود تأثيرات الاقتصاد الريعي النفطي على القدرة التوزيعية للنظام السياسي وعدالتها ونجاعتها في القضاء على الفقر والتهميش والإقصاء والهشاشة الاجتماعية.

عناصر الدراسة وتقسيماتها:

سوف يتم معالجة الموضوع من خلال النقاط التالية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للبحث

المطلب الأول: مفهوم الريع والاقتصاد الريعي

المطلب الثاني: مفهوم الدولة الريعية و الاقتصاد السياسي للدولة الريعية الإفريقية

المطلب الثالث: القدرة التوزيعية للنظام السياسي وعدالة التوزيع

المبحث الثاني: دراسة أنموذج دولة الغابون

المطلب الأول: المرحلة الأولى: 1967-1990

المطلب الثاني: المرحلة الثانية: 1990-2009

المطلب الثالث: المرحلة الثالثة: ما بعد 1990

خاتمة واستنتاجات

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للبحث

تعتمد هذه الورقة البحثية على مفهومين رئيسين لفهم الموضوع، هما **الدولة الريعية** (الاقتصاد الريعي) من جهة و**القدرة التوزيعية** للنظام السياسي من جهة أخرى. حيث سيؤدي توضيح العلاقة بينهما على مستوى الدولة الإفريقية الاستوائية إلى فهم عميق لطبيعة النظام الاقتصادي لتلك الدول بعد استقلالها، ومنه إلى فهم أسباب عجز تلك المنظمة الاقتصادية والسياسية في الاستجابة لانتظارات الساكنة الوطنية والمحلية.

المطلب الأول: الدولة الريعية:

تعتبر الوظيفة الاقتصادية احد ابرز وظائف الدولة (القومية) الحديثة في الفكر السياسي والاقتصادي، والتي تعني قيام الدولة بتنظيم الحياة الاقتصادية بجميع جوانبها المتعلقة أساسا بعمليات الإنتاج والتوزيع والاستهلاك، وتتضمن قيام الدولة بعملية التخصيص الأمثل والتوزيع

العادل ومراقبة الاستقرار الكلي والنهوض التنموي.[1] وفي هذا السياق اتخذ تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية أكثر من شكل على ضوء عدة عوامل ترتبط أساسا بتشكيل الدولة القومية في حد ذاتها من جهة وطبيعة النظام الرأسمالي المنتشر من جهة أخرى. حيث تباينت وظيفة الدولة في مراحل تطورها من التدخل الكبير إلى التدخل الجزئي.

لقد امتد تأثير الدولة الحديثة في أوروبا منذ نهاية القرن الخامس عشر والى غاية القرن الثامن عشر إلى حدود مرافقة الانتقال من النظم الاقتصادية الإقطاعية إلى النظم الاقتصادية الرأسمالية من خلال توحيد البلاد وخلق السوق الوطنية وخلق شروط التراكم الرأسمالي وتنظيم التبادلات التجارية الخارجية. إلا أن درجة تدخل الدولة في الشأن الاقتصادي مثلت موضوع لنقاشات حادة على مستوى الفكر الاقتصادي، حيث ارتبط ذلك ارتباطا وثيقا بمدى ودرجة الأزمة التي عاشها النظام الرأسمالي في كل مرحلة. فكلما كان المجموعة الرأسمالية في الدولة تعاني من حالة عدم الاستقرار دعي الفكر الاقتصادي الليبرالي إلى تدخل الدولة بشكل اكبر، وكلما تمتع النظام الرأسمالي بالاستقرار إلى المستوى النقدي والتجاري كلما رفض الفكر الاقتصادي الليبرالي تدخل الدولة. وفي هذا السياق تباين تدخل الدولة مابين الدولة غير الحارسة التي تعمل على تقليص الإنفاق العمومي وتحجيم دور القطاع العام، إلى دولة حارسة تعمل أساسا على تنظيم النقد وتوفير السيولة الكافية لحركة النشاط الاقتصادي.[2]

أما على مستوى الدول المتخلفة في إفريقيا فالأمر مختلف إلى حد كبير، حيث إن البناء الاقتصادي والاجتماعي ومنه السياسي كان مرتبطا بشكل كبير بالظاهرة الاستعمارية حيث حول المستعمر تلك الدول قبل استقلالها وبعده إلى مصدر يؤمن اقتصاده بالموارد الأولية والأيدي العاملة الرخيصة وتحويلها إلى سوق لمنتجاته في إطار علاقات تبادل تجارية ونقدية غير متكافئة. لقد نتج عن ذلك تدخل الدولة المستقلة حديثا إلى شكل الدولة المتدخلة بالشكل الكامل تقريبا بسبب هشاشة أسواقها وخلوها من تراكم لرأس المال وتمتعها بريوع ضخمة، ففضلت في اغلبها الحلول السريعة المعتمدة على الريع الخارجي للاستجابة على أسئلة التنمية التي تعددت وكثرت بعد نيل تلك الدول لاستقلالها السياسي في الخمسينيات والستينيات من القرن العشرين.[3]

أدت تلك الأسباب المذكورة آنفا بالسلطات العمومية للدولة الإفريقية المستقلة حديثا إلى الاستنجاد بالخبرات الإدارية والتقنية للدول الغربية الرأسمالية لاستخراج وتسويق وإدارة ريوعها. لقد ارتبط ذلك بقوة بعملية البترلة التي عرفتها النظم الاقتصادية للدول الإفريقية جنوب الصحراء بعد استقلالها وبعض الصناعات المنجمية الأخرى، وأصبح لذلك اثر كبير على طبيعة النظم السياسية في تلك الدول والتي أصبحت نظما شمولية أو سلطوية ترتبط بزبائنية داخلية تمارس

سلطتها وتحافظ عليها من خلال ضمان استمرار تدفق الريع الخارجي، وترتبط بالإطراف الخارجية التي تضمن لها تدفق الموارد الأولية الضرورية لاقتصادياتها من جهة أخرى بغض النظر عن الطبيعة الديمقراطية لتلك الدول من عدمها.

على ضوء هذه المقارنات والصيرورة التاريخية لتلك الأنظمة الاقتصادية بين الدول المتقدمة والأخرى المتخلفة والأسئلة المرتبطة بكل تلك التجارب توجهت الكتابات الاقتصادية والتقارير الدولية إلى تقديم تعريفات متعددة للدولة الريعية وطرحت مجموعة كبيرة من الأسئلة ضمن حقل ما يسمى نظرية الريع، والتي أبرزها: ما هو مفهوم الريع؟ هل للدولة الريعية والاقتصاد الريعي مفهوم واحد؟ هل كل دولة نفطية هي بالضرورة دولة ريعية؟ هل يمكن أن تتحول الدولة من الدولة الريعية إلى دولة اللاريعية؟ ما هو مفهوم الدولة شبه ريعية؟

يقصد بالريع الخارجي في الفكر الاقتصادي " الدخل الدوري الناتج عن مورد طبيعي (النفط، الغاز، المعادن..) أو موقع جغرافي أو استراتيجي (وفق المفهوم الأمني) بسبب خصائصه الفنية وهو غير ناتج عن العمل أو الدفعات المنتظمة"،[4] حيث يقصد بالعمل تصنيع أو تجارة أو تقديم خدمة. ومنه يكون الاقتصاد ريعيا عندما " يكون جزء كبير من الدخل والناتج المحلي الإجمالي مصدره ريع خارجي ناتج عن تصدير مورد طبيعي مقابل عائدات مالية معتبرة"، بحيث ينتج عن ذلك نظاما اقتصاديا رخوا يعتمد بشكل شبه كامل على المبادلات التجارية والاستيراد والذي يؤدي بدوره إلى إيجاد المجتمع الاستهلاكي. لقد تم تحديد خصائص الاقتصاد الريعي أساسا في النقاط التالية:

- وجود فرق كبير بين تكلفة استغلال الريع (المورد الطبيعي/ الاستراتيجي) وبين بيعه إلى الإطراف الخارجية
- أن تشكل المداخيل المترتبة على الريع الخارجي ما نسبته 40% فما فوق من الناتج المحلي.
- الاعتماد المفرط على مداخيل الريع الخارجي في تكوين الموازنة العامة للدولة
- الاعتماد على الاستيراد بشكل مفرط
- غياب الروابط الإنتاجية
- الانحياز المفرط للصناعات الثقيلة رأسمال المكثف
- عدم الاهتمام بالصناعات التحويلية والزراعية وإعطاء أفضلية للاستيراد على حساب الاستثمار الخاص والعمومي.
- هيمنة الدولة على عائدات الريع الخارجي والتصرف فيها.[5]

لقد أثيرت في مناسبات عديدة مسألة الفرق بين الاقتصاد الريعي والدولة الريعية Rentieral state؟ وهل كل اقتصاد ريعي يؤدي إلى دولة ريعية؟

ساهمت كتابات الباحث الإيراني حسين مهداوي كثيرا في الاقتراب من مفهوم الدولة الريعية وتحديده، حيث اعتبر أن الدولة الريعية هي حالة خاصة من الاقتصاد الريعي يشكل فيها الريع الخارجي نسبة كبيرة من الدخل وتشتغل نسبة قليلة من السكان في توليد ذلك الريع وتؤول عائداته للحكومة التي تعمل على توزيعه وإنفاقه على مكونات المجتمع وقطاعاته. ولقد قدم مهداوي واقتصاديون آخرون مؤشرات لفهم ظاهرة الدولة الريعية والتفريق بينها وبين مفهوم الاقتصاد الريعي نذكر منها ما يلي:

- ارتفاع معدلات الإنفاق الحكومي دون الحاجة إلى فرض الضرائب
- مساهمة عدد محدود من السكان في تحصيل الريع
- ضعف هياكل الإنتاج عامة والميل نحو الاستيراد
- سيطرت الحكومة على توزيع عائدات الريع الخارجي بالشكل التفاضلي في غالبية الأحيان.[6]

بالرغم من أن كتابات حسين مهداوي كانت تعبر عن اهتمامه بالحالة الإيرانية، إلا أن مفهوم الدولة الريعية – النفطية خاصة – انتشر المفهوم ليشمل دول الخليج العربي وبعض الدول الإفريقية الغنية بالنفط، حيث استطاع مفهوم الدولة الريعية النفطية تفسير المنظومة السياسية والاقتصادية في تلك الحالات، نظرا لتشابهها الشديد واشتراكها واحتوائها لتلك المؤشرات المذكورة آنفا.

المطلب الثاني: القدرة التوزيعية وعدالة التوزيع

تعتبر إسهامات غابريال الموند رائدة في فهم النظم السياسية المقارنة من خلال إشارته وتركيزه على قدرات ووظائف النظام السياسي. لقد عبر الموند عن أهمية تلك القدرات التي ينبغي أن يتمتع بها النظام السياسي لتحقيق استقراره وتطوره ويمكنه من الاستجابة لمدخلات وانتظارات المجتمع. يقصد الموند بالقدرة التوزيعية: " أنها عملية التخصيص السلطوي للقيم المادية وغير المادية التي يتولاها النظام السياسي الذي يعمل على توزيع المنافع والثروات والخدمات والوظائف والتعليم والصحة والأمن على كافة مكونات وإفراد المجتمع بشكل عادل". ولقد ربط ذلك بقدرات أخرى هي لقدرة الاستخراجية والتنظيمية والرمزية والاستجابية.[7]

اعتبر الموند أن القدرة التوزيعية التي تمكن للنظام السياسي استقراره وتطوره هي تلك التي تكون لها علاقة مباشرة بالحاجات المعبر عنها من طرف المجتمع بكل مكوناته، كما تقاس فعالية القدرة التوزيعية بمدى عدالة التوزيع والتي تعني: قدرة الوظيفة التوزيعية على الانتشار الجغرافي على كامل الإقليم الوطني وشمولها على كافة المكونات السوسيولوجية الديمغرافية والاقتصادية

للمجتمع، لأنه يتعين على النظام السياسي اتخاذ كافة التدابير والسياسات الاجتماعية التي من شأنها تحقيق النسبة العالية والضرورية من العدالة في التوزيع بما يمكنه من القضاء على العنف السياسي، الفقر وغيرها من المظاهر الاجتماعية السلبية. كما عالج الموند موضوعا هو في غاية الأهمية عند حديثه عن القدرة التوزيعية للنظام السياسي ويتعلق الأمر بعلاقتها بالمكونات العقائدية للمجتمع وتصوراته حول الأداء الحكومي وأهدافه.[8]

وفي هذا السياق اختلف المفكرون الاقتصاديون والباحثون في حقل الاقتصاد السياسي في نظرتهم لموضوع السياسات العامة الاجتماعية في الأنظمة السياسية المقارنة، خاصة بين الفكر الليبرالي الذي يولي الأهمية القصوى لمبدأي الحرية والتداول السلمي على السلطة ولو كان ذلك على حساب مبدأ العدالة الاجتماعية، وبين الفكر الماركسي الاشتراكي الذي يقدم مبدأ العدالة الاجتماعية وتداول الثروة بين جميع إفراد المجتمع ولو على حساب حرياتهم التي يمكن للحكومات أن تنتقص منها مقابل تحقيقها المساواة الاجتماعية وفق مفهوم العدالة. وقد انسحبت تلك النقاشات الفكرية التي سادت خاصة بعد الحرب العالمية الثانية إلى سياسات الدول وبرامجها الحكومية، والتي اختلفت تبعا للاختلاف في انتمائية الدولة إلى النموذج الليبرالي أو النموذج الاشتراكي الشيوعي. إلا انه وبداية من الثمانينات من القرن العشرين فرض البنك الدولي على الدول النامية خاصة، إصلاحات هيكلية بغية تحقيق معدلات عالية من النمو الاقتصادي بالاعتماد على آلية السوق الحر والخوصصة مركزا في ذلك على التوازنات المالية الكلية لموازنة الدولة دون النظر إلى ما يحدث في الأسر والإفراد. إلا انه ومنذ سنة 2006 قدم البنك الدولي نظرة مغايرة لقناعته الأولى في تقريره المعنون " الإنصاف والتنمية" والتي بدا فيها انه يدعوا الدول إلى التدخل أكثر في المجال الاقتصادي والتمكن من أداء دور الضابط لمخرجات السوق خاصة عند لحظة توزيع الدخول على إفراد المجتمع. مما جعل أغلبية الدول التي عرفت تحولا ديمقراطيا في بداية التسعينيات من القرن العشرين تتجه بحذر نحو الاقتصاد الليبرالي، بحيث احتفظت الدول على حقها في التدخل في الشأن الاقتصادي والاجتماعي من اجل ضبط المجالين، بما يحقق العدالة الاجتماعية وفق سياسات عمومية توزيعية أكثر عدالة، والتي اعتبرتها أغلبية الدول المتحولة من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق قيمة في غاية الأهمية لبقاء واستمرار الاستقرار الاجتماعي والسياسي.[9]

عند دراستهم للارتباطات بين المفهومين: الاقتصاد الريعي من جهة والقدرة التوزيعية للنظام السياسي من جهة أخرى، أشار الباحثون في حقل الاقتصاد السياسي إلى الانعكاسات السلبية للاقتصاد الريعي على مجمل أداء النظام السياسي ووظائفه خاصة ما تعلق بالوظيفة التوزيعية. تشير مجمل الدراسات في هذا السياق إلى صحة الفرضية القائلة أن الاقتصاد الريعي في إطار الدولة

الريعية النفطية لا يمكنه إلا أن يكون ضمن نظام سياسي مغلق (شمولي أو تسلطي) تتضخم فيه أجهزة الدولة المركزية و ارتفاع مستويات الفساد داخليا ويعاني من التبعية المفرطة للخارج، حيث غالبا ما لا تستمد الحكومات شرعيتها من خلال الانتخابات، فهي تصل إلى السلطة وتمارسها من خلال سيطرتها على عائدات الريع، التي تعمل على توزيعه على مكونات المجتمع وإفراده وفق معيار الولاء للحكومة وخياراتها.[10] خاصة وإنها لا تعتمد بشكل كبير على الضرائب التي يدفعها المواطنين. تشير تلك الدراسات كذلك إلى اعتماد الحكومات في ظل الدولة الريعية النفطية على النموذج الزبائني، وفيه تعمل الحكومة على بناء شبكة وطنية مترابطة من المصالح بين المجموعات السياسية والاجتماعية والاقتصادية الموالية للحكومة وخياراتها يحافظ فيها كل طرف على الأخر مما يثبت تلك الحكومات في السلطة دون ما حاجتها للانتخابات بالمفهوم الديمقراطي.[11] وعلى المستوى الاقتصادي فان اغلب حالات الدولة الريعية النفطية عرفت النظام الاشتراكي قبل سنوات التسعينيات ثم انتقلت إلى ما بات يعرف بنظام رأسمالية الدولة، حيث تسيطر الحكومات المركزية على المؤسسات العمومية الكبرى المنتجة للريع (مجال النفط والغاز) والمؤسسات العمومية المكلفة بتوزيعه وتسويقه. كما تسيطر على المؤسسات العمومية الكبرى المكلفة بالبنية التحتية على المستوى الوطني التي تتحصل على رؤوس أموالها من عائدات الريع مباشرة، في حين تكتفي بفتح المنافسة الاقتصادية للقطاع الخاص في مجالات اقتصادية تجارية وخدماتية أخرى جد محدودة.

المبحث الثاني: دراسة أنموذج دولة الغابون

يعود السبب الرئيسي في اختيار دولة الغابون في هذه الورقة المتعلقة بفهم أعمق حول الدولة الريعية النفطية في إفريقيا، إلى كونها عرفت صيرورة سياسية واقتصادية بعد الاستقلال تحمل فيها العديد من أوجه التشابه مع دول وسط إفريقيا وإفريقيا الاستوائية. خاصة وان عديد تلك الدول عرفت الظاهرة الاستعمارية الفرنسية في الفترة نفسها تقريبا من منتصف القرن التاسع عشر إلى غاية منتصف القرن العشرين. سيساهم ذلك حتما في فهم طبيعة الدولة الريعية النفطية في كل الحالات تقريبا في وسط إفريقيا وإفريقيا الاستوائية وهي على وجه الخصوص: الغابون - الكونغو برازافيل – غينيا - الكامرون – النيجر – تشاد ...).

أن تتبع التجربة الغابونية في هذا السياق يجعلنا نميز بين ثلاثة فترات رئيسية، ليس اختزالا للتاريخ الثري لدولة الغابون ولكن ذلك سيساعدنا كثيرا في فهم تلك التجربة. تتمثل المرحلة الأولى في فترة حكم الرئيس "عمر بونغو" (Omar Bongo) من 1967 إلى غاية 1990، ثم المرحلة الثانية دائما

في ظل حكم الرئيس "عمر بونغو" من 1990 إلى غاية 2009، ثم المرحلة الأخيرة وهي فترة حكم الرئيس "علي بونغو"من 2009 إلى غاية اليوم.

المطلب الأول: المرحلة الأولى : 1967 - 1990

قبل اكتشاف البترول في الغابون وبداية استغلاله سنة 1959 ، شكلت تجارة الخشب أهم نشاط اقتصادي في دولة كانت تضم عدد قليل جدا من السكان على مساحة قدرها 267000 كم^2 . يتوزعون على حوالي خمسون اثنيه أهمها أربعة اثنيات هي: "الفانغ " 30% من عدد السكان و "امبوغي" 15% "واومبابا" 14% و "امبيني " 12 %. خضعت الغابون مع بعض المناطق الإفريقية الأخرى للاستعمار الفرنسي منذ سنة 1839 وتحصلت على استقلالها الرسمي في أوت من سنة 1960 ، حيث وفي غضون السنة الموالية تم انتخاب " ليون امبا" أول رئيس للغابون المدعم بقوة من فرنسا، والذي ادخل البلاد بعد ذلك في حالة من عدم الاستقرار السياسي بعد تبنيه لتوجهات وسياسات ديكتاتورية كانت أهمها حله للجمعية الوطنية (البرلمان) في بداية سنة 1964، وهي السنة نفسها التي شهدت أول انقلاب عسكري في البلد أفشلته فرنسا للدفاع عن حليفها بتدخلها عسكريا مباشرة لإرجاع الرئيس امبا إلى سدة الحكم. وانتهت فترة حكم الرئيس "ليون امبا" بعد وفاته سنة 1967. تولى بعد ذلك نائب الرئيس "عمر بونغو" السلطة مباشرة في 02 ديسمبر 1967 والذي مكث فيها ثلاثة وأربعين سنة من الحكم حتى وفاته سنة 2009.[12]

من الناحية الاقتصادية تميزت المرحلة الأولى من حكم الرئيس عمر بونغو بثلاثة قضايا رئيسية شكلت في مجملها طبيعة المنظومة الاقتصادية لدولة الغابون بعد الاستقلال:

تتعلق القضية الأولى بالحالة التنموية الأولى التي باشرها الرئيس الجديد مستفيدا من الطفرة الاقتصادية الناتجة عن الارتفاع في مداخيل البترول الناتجة هي الأخرى عن زيادة محسوسة في مستويات الإنتاج، والتي تطورت من 177000 طن من احتياطي النفط سنة 1957 إلى مليون طن سنة 1965 ثم إلى 5 مليون طن سنة 1970 و11 مليون طن سنة 1975[13] وفي هذا السياق قرر رئيس الدولة ومؤسس الحزب الحاكم "الحزب الديمقراطي الغابوني" عمر بونغو الشروع في مجموعة كبيرة من المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية خاصة ما تعلق بتحديث العاصمة "ليبروفيل" وخط السكة الحديدية الرابط بين اكبر مدينتين في الدولة "ليبروفيل وفرانس فيل" على طول 650 كلم. إضافة إلى إستراتيجية صناعية كبرى منها ما تعلق بالخشب وبعض المعادن الأخرى على رأسها اليورانيوم والمغنيزيوم، ومن جهة أخرى بعض الصناعات التي سوف تحل محل الاستيراد الخاص بمجالات التغذية والصحة خاصة. وفق مقاربة توزيعية تراعي الجغرافيا الوطنية من جهة وادر ماج اكبر عدد من النخب الغابونية الجديدة من جميع الاثنيات في إطار من المركزية المتشددة.[14] مما جعل الغابون

تنتقل بشكل واضح إلى دولة ريعية نفطية وفق المفهوم الذي قدمه "ريكاردو سواراز دي ايليفيرا" الباحث في قضايا الدول النفطية في إفريقيا. كان ذلك كله على حساب الميزانية العمومية (دون تدخل للقطاع الخاص)، مما شكل ارتفاعا رهيبا للإنفاق العمومي سبب عجزا ماليا واضحا. أدى ذلك إلى تدخل الطرف الفرنسي بشكل مباشر لتسوية الوضعية المالية للغابون سنة 1977. إلا أن الطرف الفرنسي سوف لن يتمكن من ذلك بمناسبة الأزمة المالية الثانية سنة 1986-1987 والتي أعقبت الانخفاض الشديد في سعر برميل النفط من جهة و استمرار الارتفاع في الإنفاق العمومي والذي انتقل من 4 مليار فرنك فرنسي عشية الاستقلال إلى 700 مليار فرنك فرنسي سنة 1986 لتوسعة وتجسيد العديد من المشاريع ذات الطابع الاجتماعي والخدماتي خاصة في قطاعات التعليم والجامعات والصحة العمومية والموانئ والمطار والإعلام والاتصال، والذي تزامن مع موجة كبيرة من التوظيف في قطاع الوظيف العمومي، بالرغم من أن عدد السكان لم يكن يتعدى مليون ومائة ألف نسمة.[15]

تتعلق القضية الثانية بتوجه الغابون نحو الاستدانة الخارجية من صندوق النقد الدولي، هذا الأخير فرض سياسة للتعديل الهيكلي والمالي للاقتصاد الغابوني منذ ديسمبر 1986 الذي بات مجبرا على التكيف مع الشروط النيوليبرالية الجديدة للصندوق التي ستعوض بشكل شبه كلي السياسة الاقتصادية والاجتماعية الموجهة التي كان الغابون قد اعتمدها منذ الاستقلال. كان لتلك السياسات الجديدة الأثر السلبي جدا على الأوضاع الاجتماعية للسكان اللذين ورغم قلة عددهم مقارنة بالدول الإفريقية النفطية الأخرى، إلا أن الوظيفة التوزيعية والسياسات الاقتصادية للحكومات المتعاقبة لم تنجح في تحويل العائدات الريعية النفطية نحو بناء اقتصاد منتج قوي. وسينتظر الغابونيون مرة أخرى حتى اكتشاف الحقل النفطي الجديد بمنطقة "رابي قونغا" سنة 1987 وبداية استغلاله سنة 1989 من اجل تحسين الأوضاع الاجتماعية المتعلقة بالتعليم والغذاء والصحة نوعا ما. ولقد أكد ذلك مرة أخرى الطبيعة الريعية لدولة الغابون.[16]

وتتعلق القضية الثالثة ضمن القضايا التي تساعد على الفهم العميق لطبيعة الدولة الريعية النفطية في وسط إفريقيا عامة والغابون خاصة (تتعلق) بالتعارض الصريح بين الطبيعة الريعية للدولة من جهة ومستوى دمقرطة النظام السياسي عامة وفشل منظومة الفصل بين السلطات لصالح السلطة التنفيذية بشكل خاص. حيث وبعد وصوله مباشرة للسلطة سنة 1967 عمل "عمر بونغو" على تأسيس حزبه الجديد في 11 مارس 1968 الحزب الديمقراطي الغابوني وإعلانه في اليوم الموالي لذلك انه الحزب الوحيد في البلد مع حله لجميع الأحزاب السياسية الأخرى التي تشكل بالنسبة للرئيس الجديد أدوات لتنشيط التوجهات الاثنية في حين أن الحزب الواحد سيعمل على

تعزيز الوحدة الوطنية. بقي الحزب الديمقراطي الغابوني يسيطر على جميع مقاعد البرلمان باعتباره الحزب الوحيد إلى غاية نهاية سنة 1991 تاريخ إقرار التعددية الحزبية في الغابون، في ظل نظام دستوري يعطي الأولوية والصلاحيات الواسعة لمؤسسة الرئاسة مقارنة بالمؤسسات الدستورية الأخرى، وهو الدستور الذي خضع لعدة تعديلات دستورية كانت تهدف في كل مراحلها إلى تعزيز صلاحية رئيس الجمهورية شخصيا، والذي هو في الوقت نفسه السكرتير الأول للحزب الذي يعين الوزير الأول وجميع الوزراء من الحزب وهم مسؤولون إمامه، في ظل وجود معارضة ضعيفة جدا بحكم سيطرت الحزب الواحد ومؤسسة الرئاسة على كل الشأن السياسي. أن الاستقرار السياسي والاقتصادي النسبي الذي عرفه الغابون في هذه المرحلة ناتج بالأساس للدعم الفرنسي المباشر للسلطة في الغابون من جهة والى العائدات الكبيرة للريع النفطي مقابل العدد القليل من السكان من جهة أخرى، عرف هزات عديدة كانت أبرزها الإحداث التي أعقبت انتخاب فرونسوا ميتران في فرنسا سنة 1981، حيث بدأت تتشكل معارضة حقيقية لنظام الحكم في الغابون الذي تأثر كثيرا بتراجع أسعار النفط عالميا بداية من سنة 1986 مما أدى إلى تراجع واضح في الأداء التوزيعي والتنموي للحكومة المركزية.[17]

المطلب الثاني: المرحلة الثانية: 1990 – 2009

شكلت الإحداث والاضطرابات التي أعقبت سياسة التقشف المعلنة من طرف الحكومة بداية لازمة سياسية جديدة في الغابون في بداية سنة 1990 والتي أدت إلى التحول لأول مرة منذ الاستقلال من نظام الحزب الواحد إلى التعددية الحزبية من خلال السماح بتأسيس أحزابا سياسية جديدة. إلا أن مقتل "جوزاف رونجانبي" احد رموز المعارضة في الغابون شكل من جديد بداية لمظاهرات عنيفة جدا خاصة في مدينتي "ليبروفيل" و "بورت جونتيل" التي ينحدر منها، قبل أن تتدخل القوات الفرنسية عسكريا للحفاظ على الأمن العام ومساندة الرئيس "عمر بونغو".[18]

خلال السنوات اللاحقة لذلك حافظ الرئيس "بونغو" على السلطة بشكل صعب جدا في ظل نظام التعددية الحزبية الجديد، ففي أول انتخابات رئاسية تعددية سنة 1993 تحصل عمر بونغو على 51% من الأصوات وفاز بعهدة انتخابية من خمسة سنوات مقابل معارضة قادها المبشر المسيحي "بول امبا ابيسول". لم تؤدي الانتخابات الرئاسية إلى الاستقرار السياسي المفقود في الغابون، حيث وبداية من سنة 1994 وبغرض الاستجابة لبرنامج إعادة الهيكلة المفروض من طرف صندوق النقد الدولي، تم إجراء المراجعة الإجبارية للعملة الوطنية الغابونية CFA والتي نتج عنها تراجع كبير في القدرة الشرائية للمواطنين وزيادة رهيبة في معدلات البطالة، نشبت عدة مظاهرات عنيفة وإضرابات قادتها المعارضة أجبرت السلطة وبمساعدة فرنسية على التفاوض مع المعارضة

وإدماجها من خلال استفادتها من توزيع العائدات الريعية النفطية في إطار نظام سياسي هجين يضم المعارضة ولكن تسيطر فيه السلطة التنفيذية وعلى رأسها الرئيس "عمر بونغو".[19]

بالرغم من برنامج الخوصصة الذي اعتمدته دولة الغابون في السنوات اللاحقة (استجابة لبرنامج إعادة الهيكلة المفروض من طرف صندوق النقد الدولي) والذي شمل العديد من القطاعات أبرزها قطاعات الفلاحة والنقل والسكك الحديدية والاتصالات بالشراكة مع متعاملين خارجيين من فرنسا وبلجيكا والمغرب على وجه الخصوص، إلا أن الاقتصاد الغابوني لم يتحرر من تبعيته الكبيرة للنفط ولم تتغير الطبيعة الريعية للاقتصاد الغابوني. حيث بقي النفط يشكل ما بين 48% إلى 57% من الدخل الاجمالي العام و80% من إجمالي الصادرات، في حين تشكل قطاعات مهمة أخرى نسبا ضئيلة جدا مقارنة بالنفط، أهمها قطاع الزراعة وتربية المواشي والصيد الذي بقي يشكل نسبة 3.4% من إجمالي الدخل العام وقطاع المناجم الذي شكل 2.9% من إجمالي الدخل العام، هذا بالرغم ما تملك الغابون من مؤهلات فلاحية ومنجمية ضخمة أهمها المغنزيوم، الذي تشكل احتياطاته في الغابون ثالث احتياط عالمي بعد روسيا وجنوب إفريقيا. ويشكل الاقتصاد الغابي والخشب ما نسبته 1.5 % من إجمالي الدخل العام بالرغم من انه الاقتصاد الأصلي للغابون قبل اكتشاف النفط.[20]

المطلب الثالث: المرحلة الثالثة: ما بعد 2009 .. فترة حكم الرئيس "علي بونغو"

فاز " علي بونغو" ابن الرئيس السابق ووزير الدفاع منذ سنة 1999 ب 41 % من الأصوات في انتخابات رئاسية مسبقة من دور واحد نظمت في الغابون بعد وفاة الرئيس "عمر بونغو" في 8 جوان 2009. مثل ذلك بداية عهد جديد في الغابون على اعتبار أن الرئيس الجديد الذي ينتمي إلى النخبة المتعلمة الجديدة سرعان ما عبر عن توليه لمسار جديد على المستوى السياسي الدبلوماسي والاقتصادي. كان واضحا جدا أن الرئيس "علي بونغو" يريد تقليص النفوذ الفرنسي في البلاد من خلال تطويره لعلاقات دبلوماسية بديلة مع الصين ودول جنوب شرق آسيا أبرزها ماليزيا وسانغفورة وأوروبيا مع الطرف البريطاني. كما توجه نحو بناء علاقات إقليمية جديدة خاصة مع رواندا والكاميرون. أما على المستوى الداخلي فالأمر لم يكن كذلك، لقد شكلت الانتخابات الرئاسية لسنة 2009 بداية لانقسامات ذات طابع اثني وجغرافي تعمقت أكثر بمناسبة انتخاب الرئيس علي بونغو لولاية ثانية سنة 2016، حيث عرفت البلاد موجة من الاضطرابات والمظاهرات العنيفة بداية من شهر أوت 2016 كردة فعل على نتائج الانتخابات التي أظهرت تفوق الرئيس علي بونغو على منافسه "جون بانغ" بفارق 5000 صوت فقط، كما أظهرت النتائج أن المنافس "جون بانغ" فاز في العاصمة وفي ثلاثة أرباع الدوائر الانتخابية، وان الرئيس تركزت أصواته المهمة في معقل أسرته بمنطقة "هوت

اوقووي"، كما أن نتائج تلك الانتخابات تلقت انتقادات كبيرة جدا من طرف المراقبين خاصة منظمة الاتحاد الأوروبي ومنظمة الدول الفرانكفونية. تزامنت الانتخابات الرئاسية لسنة 2016 مع أزمة سياسية أخرى على مستوى الحزب الديمقراطي الغابوني بين الجناح التقدمي الذي يقوده الرئيس والجناح الرجعي الذي يمثله الحرس القديم في الحزب الذي أصبح يعبر صراحة عن استيائه من التوجهات الجديدة للرئيس علي بونغو، وأزمة أخرى على مستوى الجهة الاثنية والعائلية الداعمة للرئيس والتي أصبحت هي الأخرى منقسمة اتجاه مسألة مواصلة الدعم للرئيس علي بونغو. في هذا السياق كله تم تأجيل الانتخابات البرلمانية التي كان من المفروض أن تكون سنة 2016.[21]

اقترنت تلك الأزمات السياسية مع أزمة اقتصادية حادة سنة 2016 نتيجة انخفاض مهم في سعر النفط في الأسواق العالمية من جهة وتراجع مستويات إنتاج النفط في الغابون وتراجع مخزونه منه من جهة أخرى. حيث تراجعت مداخيل النفط من 1300 مليار (فرنك وسط إفريقي CFA) سنة 2014 إلى 420 مليار(فرنك وسط إفريقي CFA) سنة 2016. لقد أدى ذلك بالحكومة الغابونية إلى التوجه من جديد إلى الاستنجاد بالاستدانة الخارجية من خلال إبرام اتفاق جديد في جوان 2017 مع صندوق النقد الدولي الذي فرض شروطه المتعلقة بإعادة هيكلة الاقتصاد الغابوني. تزامن ذلك مع موجة كبيرة من الاضطرابات الاجتماعية والإضرابات التي عرفتها العديد من القطاعات أهمها قطاع الصناعات البترولية، مما أدى إلى انسحاب بعض الشركات المهمة العاملة خاصة في قطاع النفط وأهمها شركة "شال" SHELL الموجودة في الغابون منذ سنة 1964 مع عدم وجود شركة وطنية غابونية لاستخراج وتصدير النفط منذ 1987. كانت نتيجة ذلك انحصار الإنتاج النفطي في بعض الحقول الصغيرة. إضافة إلى الأزمة التي بات يعرفها قطاع الخشب بعد إجراءات التصدير الجديدة التي اعتمدتها الحكومة بعد سنة 2010.[22]

بالرغم من المجهودات التي تبذلها الحكومة الغابونية لتدارك تلك الوضعية الاقتصادية الهشة ومنها تعديل قانون المحروقات بهدف جلب بعض الشركات العالمية المعروفة للعمل في الغابون، ومنها كذلك التوجه نحو تأسيس "نادي ليبروفيل" بالشراكة مع نادي باريس لمعالجة مشكل الديون الداخلية موازاة مع متابعة سياسة التعديل الهيكلي المفروضة من طرف صندوق النقد الدولي، لم تتمكن الحكومة إلى حد ألان من هشاشة المنظومة الاقتصادية، التي وعلى ضوء العديد من التقارير المتخصصة في الشأن الاقتصادي للغابون يتطلب وبشكل مستعجل جدا معالجة بخمسة قضايا رئيسية باتت تعاني منها الغابون: تتعلق القضية الأولى بضرورة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالتخلص من التبعية المفرطة للنفط والذي بقي يشكل نصف الدخل الإجمالي العام و75% من صادرات البلد. وتتعلق القضية الثانية بضرورة التخلص من الديون وخدمات الديون الخارجية المرتفعة جدا والتي

أصبحت تشكل 29.2% من إجمالي الدخل العام مما أصبح يشكل عبئا حقيقيا على الاقتصاد الغابوني والوضعية الاجتماعية التي عرفت تدهورا ملحوظا منذ سنة 2016 بسبب انخفاض التحويلات الاجتماعية في الميزانية الوطنية. وتتعلق القضية الثالثة بالضرورة الملحة للتوجه نحو تجسيد الحكامة المالية من خلال ضبط النفقات العامة في الميزانية الوطنية خاصة في القطاعات غير المنتجة والعمل على القضاء على الفساد المرتبط بمجال تصدير النفط (البتر ودولار). أما القضية الرابعة فتتعلق بضرورة خفض الواردات الاستهلاكية خاصة (الغذاء والدواء) والتي بلغت نسبة 60% من حاجيات البلد سنة 2017، مما أصبح يؤثر بقوة على القدرة الشرائية للمواطنين في ما تعلق بالسلع الغذائية الأساسية والدواء وعلى ارتفاع معدلات الفقر في الغابون. حيث وبالرغم من أن عدد سكان الغابون قليل جدا مقارنة بالدول النفطية الإفريقية الأخرى (1 مليون و700.000 نسمة) وبالرغم من أن الحكومة أعلنت في برامجها أنها تجعل من القضاء على الفقر في الغابون أولوية قصوى من خلال خفض معدل الفقر إلى نسبة 13.5% سنة 2015، إلا أن تحقيق هذا الهدف بات صعب المنال. في هذا السياق يشير تقرير للبنك العالمي لسنة 2001 أن ثلاثة أرباع سكان المدينتين الكبيرتين في الغابون لا يتحصلون على الكهرباء والماء بشكل منتظم ودوري.

أما القضية الخامسة فهي تتعلق بضرورة تجسيد العدالة الاجتماعية والتوازن التنموي الجهوي في الغابون، الذي بات يعرف اللامساواة اجتماعية من خلال وظيفة توزيعية ضعيفة للنظام السياسي كانت دائما لصالح زبائنية المجموعة الحاكمة التي توسعت منذ الاستقلال حول شخص الرئيس عمر بونغو ثم ابنه علي بونغو. كما أن عدم التوازن الجهوي راجع بالأساس إلى أن النشاط الاقتصادي بات كله تقريبا متمركزا في بعض المدن الكبرى فقط، وان 1% فقط من الأراضي الزراعية مستغلة، في حين يستورد الغابون كل مواده الغذائية تقريبا الخارج (الطماطم من جنوب إفريقيا والبطاطا من فرنسا كأمثلة على ذلك).

خاتمة:

تعد الحالة الغابونية أنموذجا للدراسات الخاصة بفهم الدولة الريعية النفطية في إفريقيا عامة وإفريقيا الاستوائية خاصة، أنها تجمع العديد من خصائص الحالات الأخرى في إفريقيا لا سيما نيجيريا – غينيا الاستوائية – التشاد – الكامرون – الكونغو الديمقراطية وغيرها. هي كلها حالات تحولت إلى دول ريعية بعد اكتشاف النفط في إفريقيا وبداية استغلاله منذ بداية الخمسينيات من القرن الماضي. يمكننا في هذا السياق تقديم بعض الاستنتاجات التي تساعد على التقرب من مفهوم الدولة الريعية النفطية في إفريقيا والتقرب كذلك من طبيعة اقتصادها السياسي خاصة ما تعلق بنسق الوظيفة التوزيعية لعائدات الريع ودوره في القضاء على الفقر واللامساواة الاجتماعية

والنزاعات الأهلية.

الاستنتاج الأول: الأزمة الهيكلية

يتعلق الاستنتاج الأول بطبيعة الأزمة الاقتصادية في الدولة الريعية في حد ذاتها في الحالة الإفريقية، والتي يمكن وصفها بأنها أزمة هيكلية لا يمكن معالجتها وفق سياسات ظرفية، على اعتبار أن هذه الحالات وبالإضافة إلى ارتباطها الشديد باقتصاد البترول فهي لا تستطيع استخراجه ولا تسويقه ولا تتحكم حقيقة في أسعاره إلا من خلال المؤسسات العالمية في المجال. فما عدا نيجيريا لا تمتلك أغلبية الدول مؤسسات وطنية لاستخراج النفط وتسويقه بل هي تعتمد في ذلك كلية على المؤسسات المعروفة عالميا من خلال عقود الامتياز. هذا ما يجعلها رهينة الريع داخليا وخارجيا.

الاستنتاج الثاني: المرض الهولندي

الاستنتاج الثاني الذي يمكن أن نسوقه في هذا السياق هو أن كل تلك الحالات من الدول الريعية النفطية الإفريقية عرف ما اصطلح عليه في الأدبيات الاقتصادية بالمرض الهولندي، حيث يترتب عن اكتشاف وبداية استغلال مورد طبيعي أو استراتيجي ثمين في بلد ما في لحظة من لحظات تطوره انعكاسات سلبية على المنظومة الاقتصادية برمتها حيث يؤدي ذلك إلى تراجع وضعف النشاط الاقتصادي في المجالات الأخرى غير الريعية مثل الصناعة خاصة وضعف مساهماتها الحقيقية في إجمالي الدخل العام، وتراجع القيمة الحقيقية للعمل والمبادرة والابتكار، في الوقت الذي ترتفع فيه معدلات الاستهلاك والرفاه والإنفاق الحكومي المركزي (مع ارتفاع معدلات الفساد بالنسبة للدول غير الديمقراطية).

الاستنتاج الثالث: الزبائنية السياسية والاقتصادية

ويتعلق أساسا بسيطرة الحكومة على عائدات الريع النفطي وإعادة توزيعها وفق منطلقات سياسية غير تنموية لها علاقة بتعزيز بقائها في السلطة من خلال توسعة زبائنيتها في الداخل والخارج. مما أصبح يؤثر جدا على عدالة الوظيفة التوزيعية لتلك الأنظمة السياسية الإفريقية. لقد نتج عن ذلك ارتفاع معدلات الفقر والتهميش والنزاعات الداخلية لدى الفئات والجهات المهمشة. والابتعاد شيئا فشيئا عن تجسيد النموذج الديمقراطي المفتوح الكفيل بالمحافظة على حقوق الإنسان وترقيتها.

الاستنتاج الرابع: التبعية

إن ضعف المنظومة الاقتصادية للدولة الريعية النفطية في إفريقيا جعلها شديدة الارتباط بالأسواق والإطراف الخارجية (دولا ومنظمات وشركات كبرى)، مما افقدها حرية واستقلالية قرارها الاقتصادي والسياسي على حد سواء. حيث تستجيب نظمها السياسية لانتظارات المواطنين في

يتعلق خاصة بالمواد الغذائية والصحة والنقل والإسكان كلما ارتفع سعر النفط وارتفعت مستويات إنتاجها له، والعكس صحيح.

الهوامش:

[1] Jacques Chevallier, " **l'état régulateur**", Revue française d'administration publique, n° 111, 2004, pp. 478-480

[2] Grégory Kalflèche, " **Les interventions de la puissance publique en matière économique**", Droit administratif et administration, n °23, pp.133-134.

[3] Philippe Hugon, " **la politique économique de le France en Afrique : La fin des rentes coloniales ?**", Editions Karthala ",Politique africaine, 2007/1 N °105, pages 54 à 69

[4]سعد محمود الكواز، " **الدولة الريعية والاقتصاد الريعي: بين إشكالية المفهوم وتنوع الخصائص**"، المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، مجلد 7 العدد 2، افريل 2018، ص.61.

[5]**المرجع نفسه**، ص.64.

[6] Fatiha Talahite," **Le concept de rente appliqué aux économies de la région MENA. Pertinence et dérives**", HAL, 2007, pp.2-4.

[7] Tasneem Sikander, " **Dimensions of Political System", International Journal of Business and Social Science"**, Vol. 6, No. 4(1); April 2015, pp.90-92.

[8] Ibid, p.94.

[9] Geneviève Azam, " **économie social, Tiers Secteur, économie solidaire, quelle frontières** ?", Revue du MAUSS, no 21, 2003/1, pp.152-156.

[10] Yasuyuki Matsunaga, " **L'État rentier est-il réfractaire à la démocratie ?**", Critique internationale n °8 - juillet 2000, pp.50-53.

[11] **Ibid**, pp.50-53.

[12] Francois gaulme, " **le retour de l'ajustement la crise des payes pétroliers d'Afrique central le Gabon et le Congo Brazzaville**", IFRI, 07/2018, pp.9-11.

[13] Gwenaëlle Otando," **Institution, gouvernance et développent économique : problèmes , reformes et orientation de l'économie gabonaise**", Marché et organisations, N °14, 2011/2, pp.144-146.

[14] Francois gaulme, op, cit, pp.9-11.

[15] Ibid, pp.9-11.

[16] Gwenaëlle Otando, op, cit, pp.133-134.

[17] Thomas Atenga, " **Gabon : apprendre a vivre sans pétrole**", Politique africaine, N ° 92, 2003/4, pp.121-122.

[18] Frangois Gaulme, " **Le Gabon à la recherche d'un nouvel ethos politique et social**", politique africaine, N °43, 1991/10, pp.50-55.

[19] Ibid, pp.50-55.

[20] Thomas Atenga, op, cit, pp. 122-125.

[21] Christian Gambotti, " **Gabon, pays émergent Les ambitions du Plan stratégique Gabon émergent 2025**", Géoéconomie, n °68, 2014/1, pp.160-161.

[22] ---" **Evolution récente de l'économie gabonaise et perspectives 2017-18**", IN : www.bdeac.org

إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إزاء تدخلات أجنبية، دراسة تحليلية مقارنة

Rebalancing the financial balance of the administrative contract for foreign interventions Comparative analytical study

د . جهاد ضيف الله ذياب الجازي، أستاذ مساعد (*)
جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن، كلية الإدارة والأعمال، قسم الأنظمة، المملكة العربية السعودية
jaljazy@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2020/01/18 تاريخ القبول للنشر: 2020/03/28

****

ملخص:

إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إزاء تدخلات أجنبية، دراسة تحليلية مقارنة

تقوم الدعوى الإدارية، شأنها في ذلك شأن الدعاوى الأخرى، على وجود طرفين فيها، إلا أن ما يميز الدعوى الإدارية أن الإدارة تكون طرفاً فيها بكل ما تملكه من سلطات وامتيازات باعتبارها المسؤولة عن تحقيق الصالح العام وضمان سير المرافق العامة في الدولة بانتظام واطراد، وبالمقابل يكون الفرد وهو الطرف الثاني في الدعوى الطرف الضعيف في مواجهته للإدارة، الأمر الذي ينشأ عنه غالباً وجود علاقة قانونية غير متوازنة واختلاف واضح في المراكز القانونية لطرفي الدعوى.

وتناقش هذه الدراسة المتواضعة نظريتا الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة كصور لنظريات إعادة التوازن المالي بين طرفي الدعوى الإدارية في القانون الأردني والقضاء المقارن ، إذ تهدف هذه النظريات إلى تحقيق التوازن المالي وتعويض المتعاقد عن الأعباء التي تحملها نتيجة تدخلات أجنبية .

وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات لعل أهمها عدم قيام القضاء الإداري في الأردن بالدور المأمول منه في إعادة التوازن المالي بين طرفي الدعوى الإدارية في نطاق العقود الإدارية،حيث لا زال القضاء العادي في الأردن وليس القضاء الإداري هو المختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية، وهو الأمر الذي يعيق الأخذ بنظريتا الظروف الطارئة والصعوبات المادية

* د . جهاد ضيف الله ذياب الجازي: jaljazy@yahoo.com

غير المتوقعة في نطاق العقود الإدارية التي أخذ بها القضاء الإداري المقارن في فرنسا ومصر في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية : التوازن المالي، العقود الإدارية، القضاء المقارن، القانون الأردني

ABSTRACT:

Rebalancing the financial balance of the administrative contract for foreign interventions Comparative analytical study

Such as any lawsuit, an administrative lawsuit has two parties, however, what distinguishes the administrative proceedings is that the administration is a party with all its powers and privileges, due to it is responsible for the public interest and to ensure the functioning of public utilities regularly and steadily. In contrast, the individual, the second party in the suit is weak in facing the administration, which often result in an imbalance legal relationship and clear differences in the legal positions of the parties to the lawsuit.

This paper addresses the Theory Emergency Situations and unexpected materialistic difficulty theory on the Financial Rebalance of the Administrative Contracts between administrative suit under the Jordan law and comparison Judiciary. This theory aims to achieve the financial balance and compensate the contracting party of the burdens resulting as a result of foreign interventions.

The study concluded set of findings and recommendations perhaps the most important among them the failure of the Jordanian administrative judiciary to create a balance between the parties to the administrative suits in the scope of administrative contracts. Whereas, the regular courts still competent to held the disputes of administrative contracts and not the administrative courts which would be an obstacle to implement the Emergency Situations Theory and unexpected materialistic difficulty theory were created and adopted in France and Egypt.

Keywords: financial balance, administrative contracts, comparison judiciary, Jordan law.

المقدمة:

تعتبر الرقابة القضائية على أعمال الجهات الإدارية من أهم ضمانات مبدأ المشروعية، فالقضاء الإداري يدرك أن الإدارة تتمتع بالعديد من الامتيازات والسلطات باعتبارها المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة وهي المسؤولة عن ضمان سير المرافق العامة في البلاد بانتظام واطراد، ولكنه في الوقت ذاته يسهر على حماية حقوق وحريات الأفراد في مواجهة الإدارة صوناً لمبدأ المشروعية الذي يتمحور حول فكرة خضوع الجميع حكاماً ومحكومين للقانون.

وبالنظر إلى حجم الامتيازات التي تملكها الإدارة فإن القاضي الإداري يتوقع دوماً وجود خلل في العلاقة بينها وبين من يقف أمامها في الدعاوى الإدارية في العديد من المجالات ومن بينها مسألة التوازن المالي للعقود الإدارية، ولذا فإنه يسعى جاهداً لأن يلعب دوراً ايجابياً يعيد من خلاله التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية من خلال العديد من الوسائل من بينها نظريتا الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ،إذ تهدف هذه الدراسة إلى مناقشتهما والوقوف عندهما بالوصف والتحليل والمقارنة في هذا السياق بين القانون الأردني من جهة والقانون الفرنسي والمصري من جهة أخرى.

وفي مجال العقود الإدارية نجد أيضاً حالة من عدم التوازن بين الإدارة ومن يتعاقد معها، فالإدارة تمتلك امتيازات وسلطات لا يملكها الأفراد، فهي تملك سلطة الرقابة والتوجيه لضمان تنفيذ العقد الإداري، وكذلك سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، كما أن تنفيذ العقد من طرف المتعاقد مع الإدارة قد تعترضه عقبات نتيجة ظروف خارجية لا دخل للإدارة بها كما هو الحال في نظرية عمل الأمير، مما يخل بالنتيجة بالتوازن المالي للعقد الإداري ويوجب على القاضي الإداري مرة أخرى التدخل لمصلحة الطرف الأضعف وتطبيق هذه النظريات التي يمكن أن تساهم في إعادة التوازن المالي للعقد.

ومهمة القاضي الإداري لا تقتصر على تطبيق القواعد القانونية المقننة، بل أنه يسعى دوماً لتحقيق التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية، فيسعى لابتداع الحلول التي تتناسب مع الطبيعة الخاصة لعلاقات الإدارة مع الأفراد، لذا نشأت نظريات متعددة في القانون الإداري لا يوجد لبعضها مثيل في القانون الخاص لتحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الإداري حتى لو لم يكن للإدارة دوراً في اختلال ذلك التوازن، ومن أبرز تلك النظريات نظرية الظروف الطارئة ونظرية .الصعوبات المادية غير المتوقعة.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة الدراسة بوجود اختلال واضح في المراكز القانونية بين أطراف الدعوى الإدارية في نطاق العقود الإدارية، فالدعوى الإدارية بطبيعتها وبالنظر إلى مراكز أطرافها تقوم على علاقة غير متوازنة وغير متكافئة بين طرفيها، فتعتبر الإدارة الطرف الأقوى بما تملكه من امتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد وهم الطرف الآخر.

كما تكمن مشكلة الدراسة في أن القضاء الإداري في الأردن لا يمارس ذلك الدور المأمول منه في إعادة التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية كما هو حال القضاء الإداري المقارن وبخاصة في فرنسا، ففيما يتعلق بمسألة إعادة التوازن المالي في نطاق العقود الإدارية، لا زال القضاء العادي في الأردن

وليس القضاء الإداري هو المختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية، مما يعيق الأخذ بهذه النظريات التي أخذ بها القضاء الإداري المقارن.

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث من أهمية الموضوع ذاته، فموضوع التوازن المالي بين أطراف الدعوى الإدارية في نطاق العقود الإدارية تعد بلا شك من أهم الموضوعات التي ينظمها القانون الإداري، كما أنه من المهم الحديث عن الدور الايجابي للقاضي الإداري وضرورة استخدامه للعديد من الوسائل القانونية التي من شأنها إعادة التوازن المالي بين طرفي الدعوى الإدارية وعلى نحو يكفل تحقيق العدل والحد من سلطة الإدارة تجاه الأفراد.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة بيان وتحليل نظريتا الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة باعتبارهما من الوسائل المتاحة للقضاء الإداري من أجل إعادة التوازن المالي بين الطرفين في كل من القانون المقارن والقانون الأردني في هذا المجال .

منهج البحث:

سنتبع في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، من خلال استعراض نظريتا الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة باعتبارهما من وسائل إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية وذلك في كل من القانون الأردني والقانون المقارن ، مع ضرورة الإشارة هنا إلى أن نطاق المقارنة في هذه الدراسة سيكون مع القانون الفرنسي والقانون المصري لعمق تجربة القضاء الإداري الفرنسي ولقرب تجربة القضاء الإداري المصري من التجربة الأردنية.

محتويات الدراسة

في ضوء الهدف من الدراسة وفي ضوء المنهجية التي سيتبعها الباحث والتي أشرنا إليها للتو فإنه سيتم تقسيم موضوعات البحث .

المبحث الأول : نظرية الظروف الطارئة

المبحث الثاني : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المبحث الأول : نظرية الظروف الطارئة

إذا كانت نظرية عمل الأمير تعمل على ضمان التوازن المالي للعقد الإداري بسبب الإجراءات المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتي تؤثر بشكل مباشر على تنفيذ العقد الإداري، فإن نظرية الظروف الطارئة(La théorie de l'imprévision) تحقق التوازن المالي للعقد الإداري نتيجة

ظرف طارئ ليس من صنع الإدارة، ومع ذلك يسعى القضاء الإداري إلى إعادة التوازن المالي للعقد الإداري لكي يستطيع المتعاقد الاستمرار بتنفيذ العقد، وسنعالج فيما يلي وبإيجاز هذه النظرية

المطلب الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة

سوف يكون حديث الباحث في هذا المطلب عن مفهوم نظرية الظروف الطارئة، وأساسها القانوني، وشروط تطبيقها على النحو التالي :

الفرع الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة

عندما يختل التوازن المالي للعقد الإداري اختلالاً جسيماً بسبب ظهور أحداث استثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، يجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد ومع ذلك يطلب منه الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية، فليس من العدالة تركة يواجه هذه الظروف وحده دون تعويضه، وليس من مصلحة الإدارة أن يتعثر المتعاقد في تنفيذه للعقد لأن ذلك سيؤثر على تنفيذ العقد الذي يخدم المرفق العام، لذلك أبتدع القضاء الإداري نظرية الظروف الطارئة التي تعمل على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري على الرغم من عدم صدور هذا العمل من جانب الإدارة[1].

وقد عُرفت هذه النظرية من قبل جانب من الفقه بأنها" عبارة عن أحداث وظروف إدارية أو طبيعية أو اقتصادية تنشأ أثناء تنفيذ العقد ولم تكن في حسبان المتعاقدين وقت إبرام العقد ولا يملكون دفعها، ومن شأن هذه الأحداث وتلك الظروف أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد بحيث تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب "[2].

وعلى الصعيد القضائي قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن " مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية المتعاقدة أو من غيرها لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً..... "[3] .

وقد نشأت نظرية الظروف الطارئة في فرنسا في مجال عقود الامتياز[4] ثم اتسع مجال تطبيقها ليشمل جميع العقود الإدارية متى توافرت شروطها دون العقود المدنية، ثم انتقلت هذه النظرية إلى مصر والأردن، فعلى غرار نص المادة (47) من القانون المدني المصري نص المادة 205 من القانون المدني الأردني أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

الفرع الثاني : الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة

يؤسس الفقه التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة بسبب الظروف الطارئة إلى عدة أفكار أهمها فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، وفكرة النية المشتركة لأطراف العقد، وفكرة سير المرفق العام بانتظام واطراد.

فيرى جانب من الفقه أن أساس التعويض لنظرية الظروف الطارئة يرجع إلى فكرة التوازن المالي للعقد، فعند حدوث فعل طارئ يخرج عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع لهم لحظة إبرام العقد ويؤدي إلى خلق عدم توازن مالي للعقد الإداري، فإن المتعاقد يستحق تعويضاً من الجهات الإدارية ذات العلاقة لتحقيق التوازن المالي للعقد، لذا فهذه الفكرة تقوم على أساس توازن حسابي فقط[5] .

وتم انتقاد هذه النظرية بالقول أن فكرة التوازن المالي تتطلب التعويض الكامل للمتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي أصابته بسبب الظروف الطارئة، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع هذا الظرف، في حين أن التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة هو تعويضاً جزئياً تتحمل بموجبه الإدارة الجزء الأكبر من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد كما أن التعويض وفقاً لهذه الفكرة يجد أساسه في مصلحة المتعاقد فقط، بينما تعويض المتعاقد هو من أجل استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد وتقديم خدماته بشكل سليم، بالإضافة إلى أن التعويض وفقاً لفكرة التوازن المالي تكون سواء أكان قلب اقتصاديات العقد جسيماً أو بسيطاً، بينما التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة يرتبط بحدوث انقلاب في اقتصاديات العقد غير متوقع ويترتب على المتعاقد عبئاً جديداً لم يكن وارداً ضمن بنود العقد، بحيث يؤدي الاستمرار في تنفيذ العقد مرهقاً قد يلحق خسارة للمتعاقد[6] .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تأسيس فكرة تعويض المتعاقد على أن التوازن المالي ما هو إلا تعبير عن إرادة المتعاقدين، لأن الإرادة هي أساس أي عقد، والتعويض وفقاً لهذا الرأي يجب أن يتفق مع ما اتجهت إلية إرادة الطرفين الضمنية عند إبرام العقد[7] .

وتم انتقاد هذه الفكرة أيضاً حيث أنها لا تصلح لأن تكون أساساً للتعويض عن هذه النظرية، فالمساعدة التي تقدمها الإدارة للمتعاقد معها بسبب الظروف الطارئة غير المتوقعة والخارجة عن إرادة طرفي العقد لا تجد أساسها في تفسير نصوص العقد، إنما توجد في القواعد العامة التي تهدف إلى تحقق العدالة والمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واطراد[8] ، كما أن البحث في النية المشتركة للمتعاقدين مسألة دقيقة جداً، فالقاضي عليه العودة لوقت إبرام العقد لمعرفة نية أطراف العقد وهذا قد يكون من الصعب بمكان لأن وقت إبرامه قد يكون مضى عليه فترة زمنية طويلة[9] .

ويذهب جانب ثالث من الفقه إلى تأصيل فكرة التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة إلى دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد في تنفيذ العقد الإداري، فعند حدوث ظروف طارئة لم تكن

متوقعة عند إبرام العقد ترهق المتعاقد في تنفيذه للعقد، فعلى الإدارة مساعدته ليتمكن من تجاوز هذه الظروف والعمل على استمرار المرفق العام في تقديم خدماته دون انقطاع، فتعثر المتعاقد مع الإدارة وإلحاق خسائر فادحة به يؤدي إلى التأثير على سير المرفق العام[10].

وتعد هذه الفكرة منطقية كأساس للتعويض متى ما توافرت شروط تطبيق هذه النظرية، فالإدارة تعنى بضمان دوام استمرار المرفق العام تقديم خدماته بشكل منتظم، لذا عليها مساعدة المتعاقد معها عندما يصبح تنفيذ العقد مرهقاً له.

بالإضافة إلى هذا الأساس فإنه يمكن الأخذ بأساس آخر للتعويض يقوم على فكرة العدالة، فقواعد العدالة تشغل مكاناً هاماُ في تنفيذ العقد الإداري وهي التي تفسر مشاركة الإدارة في تحمل النتائج التي تترتب عند حدوث الظرف الطارئ، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الأساس المزدوج فقضت " فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعه التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضمانا لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد جهة الإدارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام "[11] .

الفرع الثالث : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق هذه النظرية وقوع حادث استثنائي عام، ويقصد بهذا الحادث الاستثنائي هو الحادث الذي يكون حصوله نادراً ولا يكون في وسع الشخص العادي توقعه، وهذا الحادث يجب أن يكون شاملاً لطائفة من الأشخاص دون الاعتداد بذواتهم لكي يعتبر عاماً، كأن يشمل منطقة واسعة أو اقليم، حيث اتسع نطاق هذه النظرية لتشمل أشكالاً متعددة من المخاطر[12] ، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا كان قلب اقتصاديات العقد ناجماً عن إجراءات إدارية عامة صادرة من السلطات العامة غير الإدارة المتعاقدة[13] ، أما المحكمة الإدارية العليا المصرية بينت أن هذه الظروف تتمثل بالظروف الطبيعية أو الاقتصادية وفي ذلك قضت "... نظرية الظروف الطارئة مقتضاها آن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث وظروف طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في الحسبان عند التعاقد...."[14].

ويجب أن يقع الظرف الطارئ خلال فترة تنفيذ العقد الإداري، فإذا وقع الظرف الطارئ قبل إبرام العقد فإنه من المفترض أن المتعاقد قد وضع في حساباته هذا الظرف وعندها إما يستمر في ابرام العقد أو ينسحب من قبل الأبرام، أما إذا وقع الظرف الطارئ بعد انقضاء العقد فلا يستطيع المتعاقد الرجوع على الإدارة لانتفاء الرابطة العقدية[15] .

كما يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الظرف الطارئ مفاجئاً لأطراف العقد الإداري، ولم يكن بإمكان أي منهم توقعه عند ابرام العقد لتجاوزه كافة التوقعات، وقد أكدت على هذا الشرط أحكام مجلس الدولة الفرنسي[16] ، والمحكمة الإدارية العليا المصرية[17] ، وقد ثار تساؤل حول محل عدم التوقع فهل هو الظرف الطارئ ذاته أم آثاره؟ وقد أجابت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ذلك بأنه إذا كان الظرف الطارئ نفسه متوقع وآثاره غير متوقعة فيكون بذلك توافر شرط عدم التوقع لتطبيق هذه النظرية فقضت " إن الارتفاع الباهض في أسعار الزئبق إن صح أنه كان متوقعاً بالنسبة للعقد الثاني فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد..."[18] ، سيما أن الحكمة من هذه النظرية هي تقديم المساعدة للمتعاقد عندما يكون تنفيذ العقد مرهقاً ليتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، لذا فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة ينبغي تطبيقه في كلا الحالتين وهو ما صار عليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر، وفي الأردن لا يوجد أي إشارة لذلك في الأحكام القضائية، فضلاً أن معيار التوقع أو عدم التوقع هو معيار موضوعي يستقل بتقديره قاضي الموضوع[19].

يشترط ك ذلك لتطبيق هذه النظرية أن يكون الظرف مستقلاً عن إرادة المتعاقدين، فيجب أن لا تدخل إرادة المتعاقد ولا إرادة الإدارة المتعاقدة في حدوثه، فإذا رجع الظرف الطارئ إلى فعل المتعاقد لخطأ صادر عنه فلا يستفيد المتعاقد من المطالبة عن الظرف الطارئ الذي تسبب في حدوثه، وإذا كان الفعل صادراً عن الجهات الإدارية المتعاقدة فنكون أمام تطبيق نظرية عمل الأمير[20].

وقد اتجهت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا كان الظرف الطارئ يعود للجهة الإدارية المتعاقدة ولا تتوافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير[21] ، إلا أنها عدلت عن هذا الاجتهاد وتطلبت مجدداً أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة طرفي العقد[22].

ونجد أنه من باب العدالة والانصاف وتحقيق التوازن المالي للعقد أن يتم تعويض المتعاقد في حال صدور الظرف الطارئ من الإدارة المتعاقدة، فقد يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة إجراءات عامة باعتبارها سلطة عامة وينتج عنها ضرر عام لكافة المخاطبين بهذه الإجراءات، فعندها يتخلف شرط من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير وهو حدوث ضرر خاص للمتعاقد، فليس من باب العدالة حرمانه من التعويض الكامل لتخلف شرط من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير، وكذلك حرمانه من التعويض الجزئي عن نظرية الظروف الطارئة، كما أن حصول المتعاقد عن التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة سيكون بعد أن قام المتعاقد ببذل جهوده لأثبات شروط نظرية عمل الأمير لأن التعويض الكامل وفقاً للنظرية الأخيرة أفضل من التعويض الجزئي لنظرية الظروف

الطارئة، فضلاً أنه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب حدوث إجراءات وظروف طارئة من غير المتعاقدين فأنه من باب أولى أن يتم التعويض بسبب الظرف الطارئ الصادر عن الجهة المتعاقدة ذاتها، بشرط أن يكون الضرر عاماً، وإلا كنا أمام تطبيق نظرية عمل الأمير.

وأخيراً فإنه يشترط ولكي يتم تعويض المتعاقد عن الضرر الذي لحق به بسبب الظرف الطارئ أن يؤدي هذا الظرف إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، ويكون الاستمرار في تنفيذ العقد مرهقاً يتجاوز حدود السعة للمتعاقد ويهدده بخسارة فادحة[23] ،وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا الشرط في العديد من أحكامه[24]، حيث قضى في قضية غاز بوردو أنه عند ارتفاع أسعار الفحم بسبب الاحتلال من قبل القوات النمساوية تضاعفت أسعار الفحم دون أن يتغير سعر المحاسبة على الإنارة مما ادى إلى قلب اقتصاديات العقد مما دفع الشركة إلى اللجوء للقضاء لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[25].

وفي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن" نظرية الظروف الطارئة مقتضاها أن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث وظروف طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في الحسبان عند التعاقد ولا يملك معها المتعاقد دفعاً ومن شأنها آن تنزل خسائر فادحة تخل باقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً..."[26] ، وفي الأردن وقريبا من ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه " يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة - بفرض ان قوانين المملكة تجيز الاخذ بها - ان يكون الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مرهقا "[27].

المطلب الثاني : آثار نظرية الظروف الطارئة

تختلف الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري عنها في القانون المدني، فيترتب على نظرية الظروف الطارئة في نطاق العقود الإدارية التزامات متبادلة بين طرفي العقد تقتضيها فكرة دوام سير المرفق العام وتتمثل في إلزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد، ومن جانب آخر تعويضه وتحمل الإدارة جزءً من خسارته طوال فترة الظرف الطارئ.

فمن ناحية أولى يتوجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية متى كان ذلك في استطاعته على الرغم من وجود ظرف طارئ جعل تنفيذ العقد شاقاً ومرهقاً ولكنه ليس مستحيلاً، فالعقد الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد، فالمتعاقد وإن كان يهدف من وراء هذا التعاقد تحقيق الربح إلا أنه يعد مساعداً للإدارة لتحقيق المصلحة العامة.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذه الفكرة عندما قضت أنه " ليس مؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها، أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد -

للمتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة - إذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء - يقتصر دور القاضي في هذه الحالة على إلزام الإدارة بالتعويض المناسب "[28]

وعند توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد الإداري بسبب وجود الظرف الطارئ رغم استطاعته على ذلك، فإنه لا يحق له المطالبة بالتعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة حتى لو توافرت شروطها، وهذا ما أكدت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري حيث أفتت "... ولما كانت الهيئة العامة للإنتاج الزراعي قد توقفت عن تنفيذ العقد المبرم بينها وبين وزارة الدفاع بعد أن نفذت الجانب الأكبر منه فإن دواعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة تختلف بالنسبة لها إذا كان يتعين عليها أن تستمر في التنفيذ حتى تحتفظ بحقها في المطالبة بتطبيق تلك النظرية أن توافرت شروط إعمالها, وذلك لأن ارتفاع أسعار الصفيح لم يكن ليبرر بذاته توقفها عن التنفيذ.."[29].

ويقابل التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري للاستفادة من نظرية الظروف الطارئة التزام آخر على الإدارة وهو تحملها جزء من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد بسبب الظرف الطارئ الذي ألحق الضرر به[30] ، والتزام الإدارة بتعويض المتعاقد يعتبر في ذات الوقت حق للمتعاقد في الحصول على معونة مالية لمواجهة الظروف التي طرأت أثناء تنفيذ العقد، فهدف هذه النظرية هو قيام فكرة العدالة للوصول إلى تحقيق المصلحة العامة وكفالة سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهو ما يتحقق بتعويض المتعاقد جزئياً، فالتعويض الذي يحصل عليه المتعاقد ليس كاملاً كما هو الحال في نظرية عمل الأمير، وفي الغالب يقضي القاضي الإداري بتحمل الإدارة الجزء الأكبر من الخسارة[31] ، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكم له حيث قضى " أن الزيادة في الأعباء المالية للمتعاقد الناتجة عن الظروف الخارجية الطارئة يبرر له طلب التعويض على أن يكون مغطياً بنسبة 90% إلى 95% من تلك الأعباء"[32].

ويظهر دور القضاء الإداري جلياً في نظرية الظروف الطارئة حيث يتدخل في إعادة التوازن المالي لتحقيق المصلحة العامة من جهة ومن جهة اخرى التوازن المالي للمتعاقد، فمؤدى تطبيق هذه النظرية هو إلزام الإدارة المتعاقدة للمشاركة في تحمل جزء من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد خلال فترة الظرف الطارئ، دون أن تتحمل الإدارة كامل الخسارة وذلك من اجل تنفيذ العقد وتحقيق اعتبارات العدالة[33].

ولا توجد قاعدة ثابتة لتقدير التعويض وفقاً لهذه النظرية وإنما يراعي القاضي الإداري فيها ظروف العقد وحالة المتعاقد وغيرها من العوامل بما يعمل على عدم توقف تنفيذ العقد، فيكون

التعويض في حدود معاونة الإدارة لغايات الوفاء بالتزاماته، فلا يجوز له طلب التعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت[34] ، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها حيث قضت ".. ولما كان التعويض الذي يُدفع طبقاً لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها، ولا يغطي سوى جزء من الأضرار التي تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة"[35].

وحتى يتم تعويض المتعاقد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة يجب تحديد بداية الظرف الطارئ، لأنه التاريخ الذي يبدأ منه حساب التعويض عن الخسارة التي لحقت بالمتعاقد، ومن السهل بمكان تحديد بداية هذا الظرف إذا كان كارثة طبيعية، فالبركان أو الفيضانات يمكن تحديد وقت حدوثها، إلا أن الوضع يكون أصعب إذا كان يتعلق بتزايد الأعباء بشكل تراكمي أو تدريجي فهذا يتطلب دقة لتحديد الحد الأقصى لزيادة المصاريف مثلاً، والتي كان يتوقعها المتعاقدان لحظة ابرام العقد، حيث يبدأ حساب التعويض من اللحظة التي أصبح يتجاوز فيها الأسعار والمصاريف الحد الأقصى الذي كان متوقعاً عند ابرام العقد، فيبحث القاضي ببنود العقد جميعها وينظر إلى واقع الحال لحظة ابرام العقد ويحدد الأسعار التعاقدية وقتها، وبعدها يحدد النقطة الفاصلة التي كان بإمكان المتعاقد توقع تغيير السعر، لذا يستطيع المتعاقد طلب التعويض على أن تؤدي الأسباب غير المتوقعة إلى إلحاق خسارة كبيره بالمتعاقد[36] ،وقضت محكمة التمييز الأردنية بهذا المعنى "وبناء على ذلك فإن العجز الاقتصادي والخلل المالي وتعويم سعر صرف الدينار مقابل العملات الأجنبية قد وقع قبل توقيع الاتفاقية مما لا يلزم الجامعة- جامعة اليرموك- بدفع الكلفة الزائدة الأمر الذي يمتنع معه تطبيق نظرية الحوادث الاستثنائية"[37] .

وتحدد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد ضمن معايير وضوابط، فعند تقدير التعويض يؤخذ بعين الاعتبار النشاط المتفرع عن النشاط الأصلي للعقد الإداري، ولا يدخل في الحساب تلك الخسارة التي لحقت بالمتعاقد قبل بداية الظرف الطارئ حيث يتحملها وحده، كما لا يدخل في الحساب تلك الخسائر المتوقعة والمحتملة توقعها في المستقبل[38].

المطلب الثالث : تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في القانون الأردني

لقد أخذ المشرع الأردني بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني، فقد نصت المادة 205 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والتي أشرنا إليها سابقاً على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف

وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الأردني قد أرجع أساس التعويض استناداً لهذه النظرية إلى مبدأ العدالة، على خلاف ما ذهب إليه غالبية الفقه والأحكام القضائية حيث أرجعا أساس التعويض كما رأينا سابقاً إلى مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد وكذلك مبدأ العدالة.

لم يطبق القضاء الأردني نظرية الظروف الطارئة ابتداءً لعدم وجود نص في مجلة الأحكام العدلية، ومع صدور القانون المدني الأردني طبقتها على وقائع إذا توافرت شروطها إلا أنها قصرتها على العقود المدنية فقط فالقضاء العادي لا يحكم إلا بوجود نصوص قانونية تنظم أي مسألة فقضت محكمة التمييز في حكم لها "ليس في مجلة الأحكام العدلية ما يمكن أن يستفاد منه أن واضع القانون قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة وأوجب تطبيقها وإنما استحدثت هذه النظرية لأول مرة في المملكة بالقانون المدني الجديد كما هو واضح من المادة 205 من هذا القانون، فإذا نص العقد الموقع بين فريقي الدعوى على أنه لا يحق للشركة المدعية المطالبة بأي زيادة أو فرق في الأسعار مهما كانت الأسباب فإن هذا يعني أن الفريقين كانا يتوقعان حين تنظيم العقد ارتفاع الأسعار، ومن المبادئ السائدة أنه لا يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كانت هذه الظروف لا يمكن توقعها، ومن المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء ان ارتفاع الأسعار بسبب الحرب أو الاضطراب العام لا تعتبر حالة قوة قاهرة إلا إذا جعلت الوفاء بالالتزام مستحيلاً استحالة تامة، أما إذا جعلت التنفيذ عسيراً أو محتاجاً إلى نفقات زائدة فلا تعتبر من الحوادث القهرية....."[39].

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز الأردنية قضت أنه " لا يستند إلى أساس القول بأن نظرية عمل الأمير لا تخرج عن كونها تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها في المادة 205 من القانون المدني، لأن نظرية الحوادث الطارئة هي نظرية مستقلة لا تدخل تحت مفهوم نظرية عمل الأمير لوجود اختلاف أساسي وجوهري بين النظريتين من حيث شروط تكوينهما"[40].

وقضت أيضاً بأنه " يستفاد من المادة 205 من القانون المدني الباحثة في الظروف الطارئة نجد أنها تشترط لتحقيق هذه الظروف الشروط التالية: 1. أن يكون الحادث استثنائياً عاماً كالفيضانات والزلازل.2. ألا يكون في الوسع توقع هذا الحادث. 3. أن يترتب على هذا الظرف ارهاق المدين وإن لم يصبح مستحيلاً. 4. أن يكون العقد متراخياً وليس من العقود التي تنفذ فوراً.....وحيث أن الاتفاقية المعقودة بين الطرفين تسمح للمدعية استغلال الشبك المحيط بإستاد عمان الدولي فوراً كما أن عمليات الصيانة وانعقاد مؤتمر القمة الاقتصادي لا يترتب عليه ارهاق الجهة المدعية في تنفيذ التزامها وعليه لا محل لإعمال نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ الالتزام وقد أصابت محكمة

الاستئناف إذ ذهبت إلى هذه النتيجة فيكون قرارها واقعاً في محله.... وحيث نجد الثابت بإقرار المدعي عليها أنها اغلقت ستاد عمان الدولي مدة ستة شهور وأنه قد لحق بالمدعية خسارة نتيجة لذلك وفق تقدير اللجنة الفنية التي شكلتها، وحيث أن اغلاق ستاد عمان الدولي بسبب مرض الأعشاب أو بسبب مؤتمر القمة الاقتصادي لا يشكل ظرفاً طارئاً أو قوة قاهرة تحول دون تنفيذ الجهة المدعى عليها لالتزامها ولا تعتبر بأي حال في حالة ضرورة تبرر لها الاخلال بالتزامها التعاقدي"[41].

ولم يجعل المشرع الأردني المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري حيث أن اختصاصات هذا القضاء وردت على سبيل الحصر في نص المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 وليس من بين هذه الاختصاصات المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية مما يعني أن المحاكم النظامية هي المختصة بنظر هذه المنازعات باعتبارها صاحب الولاية العامة، لذا فالقضاء النظامي هو المعني بتطبيق هذه النظرية.

ومن خلال تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية التي تطرقت إلى نظرية الظروف الطارئة، نجد أنها لم تطبقها قبل صدور القانون المدني الأردني، وإنما طبقتها على العقود المدنية وفقاً لنص المادة 205 من هذا القانون، ويلاحظ أن القضاء العادي يعامل العقود الإدارية ذات معاملة العقود المدنية مستنداً إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، علماً أن الأحكام تختلف من حيث تطبيقها على العقود المدنية عن تطبيقها على العقود الإدارية.

ونخلص إلى أن القضاء النظامي في الأردن ما يزال عاجزاً عن إعادة التوازن المالي لأطراف العقد الإداري، لأنه لا يراعي الخصوصية التي يتميز بها العقد الإداري لاستهدافه تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد وتقديم خدماته دون انقطاع، بل يتعامل معها باعتباره عقداً مدنياً تكون أطرافه متساوية ومتكافئة ويحكمها النصوص القانونية فقط، دون الأخذ بالمبادئ القضائية التي ارساها مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري المصري، ولعل السبب في ذلك يكمن في عدم تقنين نظرية الظروف الطارئة في التشريعات الإدارية التي تنظم العقود الإدارية، فضلاً أن القضاء الإداري غير مختص بتطبيق هذه النظرية لأنه ابتداءً غير مختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية.

المبحث الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (La théorie des sujétions imprévues) نظرية قضائية من حيث النشأة، فهي من ابتداع القضاء الإداري الفرنسي، فكان لهذا المجلس الدور الكبير في وضع أسس هذه النظرية، وبعد ذلك أخذ بهذه النظرية القضاء الإداري في العديد من دول العالم،

وتساهم هذه النظرية كما سنرى في إعادة التوازن المالي للمتعاقد مع الإدارة، وسوف نقوم باستعراض هذه النظرية على النحو التالي :

المطلب الاول: ماهية نظرية الصعوبات غير المتوقعة

سنقوم في هذا المطلب ببيان مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وأساسها القانوني، وشروط تطبيقها كما هو آت :

الفرع الاول : مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تم تعريف هذه النظرية من قبل الفقه بأنها" نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة تفترض صعوبات مادية لا يستطيع المتعاقدين توقعها ترمي بأعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المقاول، مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر"[42].

وعلى الصعيد القضائي عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذه النظرية بقولها "إن مقتضى هذه النظرية حسبما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أنه عند تنفيذ العقد الإداري وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد....وبالتالي يكون من الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده خارج نطاق العقد وأن تلك الصعوبات غير عادية ترجع إلى طبيعة الأرض وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بما يتعين معه تعويض المقاول بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الاعمال العادية المتوقعة"[43].

ونظراً للطبيعة المادية للصعوبات التي تواجهها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن مجال تطبيقها يكون اكثر شيوعاً في عقود الأشغال العامة، ففي هذه العقود قد يصادف المتعاقد صعوبات يترتب عليها زيادة التزامات المتعاقد كعدم استقرار التربة أو وجود صخور صلبة في موقع التنفيذ أو حدوث فيضانات تؤثر على موقع العمل أو غزارة المياه الجوفية وغيرها من الظروف الطبيعية الأخرى[44].

وإن كانت هذه النظرية تتعلق بشكل كبير في عقود الأشغال العامة إلا أنه من حيث الأصل لا يوجد ما يمنع تطبيقها في كافة العقود الإدارية إذا توافرت شروطها، وهذا ما أكدته احكام القضاء الإداري المصرية حيث قضت في كثير منها أن المجال الرحب لهذه النظرية هي عقود الأشغال العامة إلا أنها لم تقتصرها على هذه العقود دون غيرها [45].

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يتطلب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مواجهة المتعاقد أثناء تنفيذه العقد صعوبات مادية –غالباً- ما ترجع إلى الظواهر الطبيعية، كوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات مرهقة لسحبها أو تجفيفها، أو ظهور طبقات صخرية كبيرة، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي عدم ثبات التربة حدث غير متوقع ومن قبيل الصعوبات غير المتوقعة[46].

كما أشارت إلى هذا الشرط محكمة القضاء الإداري المصرية عندما قضت "إن المتعاقد على حفر احدى الآبار الارتوازية قد صادف طبقات صخرية لا يجدي في ثقبها ما بين يدي المقاول من أدوات وتحتاج إلى آلات حديثة لا يمكنه الحصول عليها"[47].

ولا ترجع الصعوبات المادية غير المتوقعة دائماً إلى الظواهر الطبيعية، فقد يكون مصدرها فعل الغير كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل لم تظهر في مواصفات العقد، أو ترميم المتعاقد لطريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجته الماسة إليه في الوصول إلى مكان محل العقد، ويجب أن لا تحدث الصعوبات المادية بفعل أحد المتعاقدين من جهة وأن تكون استثنائية وغير متوقعة من جهة أخرى، فإذا كانت هذه الصعوبات من عمل الإدارة فلابد من الرجوع إلى نظرية عمل الأمير للتعويض، وإذا كانت بفعل المتعاقد يتحمل وحده المسؤولية[48].

ويجب أن تكون الصعوبات غير المادية غير متوقعة من قبل المتعاقد عند ابرام العقد، أو لم يكن بوسعه توقعها بحيث تكون له مفاجئة لحظة البدء بالتنفيذ، أما إذا كانت هذه الصعوبات متوقعة أو كان بإمكان المتعاقد توقعها فلا يستحق التعويض ولا يكون هناك مجالاً لتطبيق هذه النظرية لتخلف أحد شروطها[49].

فالأصل على المتعاقد أن يبذل كل جهد ممكن للإحاطة بظروف العقد وطبيعة الأرض لمعرفة كافة الصعوبات المادية التي يمكن أن تواجهه أثناء تنفيذ العقد الإداري، فيتطلب منه إجراء الفحوصات والاختبارات وأن يتحرى عن كافة الأمور اللصيقة بمحل العقد[50].

فإذا قصر المتعاقد في البحث عن الصعوبات التي قد تواجهه في تنفيذ العقد، فإن القضاء الإداري في فرنسا ومصر يرفضان التعويض في هذه الحالة لأن المتعاقد أهمل في البحث على الرغم أنه كان في وسعه التوصل إليها[51].

ويجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي وغير عادي، بمعنى أنها غير مألوفة، في حين أنها لو كانت مألوفة فلا مجال لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ومسألة تحديد الصعوبات ذات الطابع الاستثنائي من عدمه تخضع لتقدير قاضي الموضوع يقدر كل حالة على حدى استناداً لما يقدمه المتعاقد من بينات لغايات الإثبات[52].

وقد أكد على هذا الشرط مجلس الدولة الفرنسي لغايات التعويض وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فيجب أن تكون المخاطر تتجاوز ما كان متوقعاً ومقدراً من المتعاقد[53]، وهو ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها "ومن حيث أن شرط الصعوبة غير العادية أو الاستثنائية يختلف تحققه باختلاف الحالات التي تعرض في مجال التطبيق، وهو في مجال خصوصية المنازعة الحالية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي (وهو يتولى تطهير ترعة) كانت ذات صلابة غير عادية، بل يجب أن تكون الطبقة امتداداً غير عادي أيضاً، بأن تكون لمساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموعة المنطقة محل العقد. وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غبر عادية أو استثنائية، لأنه يدل على طبيعة أصلية في التربة ذاتها..."[54].

ويجب أن لا تعود هذه الصعوبات إلى فعل أحد طرفي العقد فلو كانت كذلك فإنه هو من يتحمل آثار ذلك لوحده، ولو كانت نتيجة لعمل مشترك بينهما فتوزع الأعباء على الطرفين المتعاقدين كلاً بقدر مساهمته في إحداث هذه الصعوبات[55].

وأخيراً فإنه يجب أن يكون تنفيذ التزامات المتعاقد بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة مرهقاً له، بحيث تلقى على عاتقه أعباء مالية وتكلفة كبيرة، على أن لا تصل درجة الإرهاق لأن يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً وإلا طبقت نظرية القوة القاهرة، بل يكفي حدوث اختلال في التوازن المالي للعقد بأن يترتب على التنفيذ نفقات تتجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد[56].

ولا يشترط لتطبيق هذه النظرية قلب اقتصاديات العقد كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، بل يكفي أن تكون الصعوبات استثنائية وغير عادية وألحقت ضرراً بالمتعاقد في صورة ارتفاع تكاليف العمل إذ يكفي بتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات التي يواجها المتعاقد تجعل تنفيذ العقد مرهقاً بما يؤثر على التوازن المالي للعقد[57] .

الفرع الثالث: الأساس القانوني للتعويض لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

اختلف الفقه حول الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، حيث يمنح المتعاقد تعويضاً على الرغم من عدم توافر خطأ من جانب الإدارة إلى عدة اتجاهات.

فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أساس النظرية هي النية المشتركة للطرفين المتعاقدين وأن الأساس المتفق عليه في العقد إنما يقصد به مواجهة التنفيذ في الظروف العادية، أما الصعوبات غير المتوقعة والتي لم تخطر على بال الطرفين فتفترض أنها لم تكن محل تقديرهما وقت الاتفاق على السعر المحدد في العقد ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي Jéze [58]، وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي فكرة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين في بعض احكامه[59].

وتم انتقاد هذه الفكرة على أساس أن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تجاوزت توقع الاطراف لا تعني بالضرورة أن تكون هي النية المشتركة لهم ثم تعويض المتعاقد عن هذه الصعوبات وفقاً لها، لذا فإن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين لا تصلح أساساً للتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة.

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تأسيس هذه النظرية على فكرة المسؤولية التقصيرية للإدارة، حيث يرى وجود صلة بين الصعوبات المادية غير المتوقعة وعمل أو خطأ الإدارة[60].

وتم انتقاد هذه الفكرة فتأسيس التعويض على هذه الفكرة منتقد ولا يتفق مع واقع الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يجب أن تكون أجنبية عن إرادة الطرفين، كما أنه إذا كان مرجع هذه الصعوبات خطأ الإدارة، فإن الإدارة تسأل في هذه الحالة على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية وليس على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة[61].

وذهب جانب ثالث من الفقه إلى تأسيس التعويض على اعتبارات العدالة ومبدأ التعاون المتبادل بين الإدارة والمتعاقد، فالعقد الإداري هو وثيق الصلة بالمرفق العام، لذا فالمتعاقد يساعد الإدارة ويعاونها في تسيير المرفق العام، وهذا التعاون يستدعي استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته بصفة دائمة، ومن جانب آخر تساعده الإدارة بدفع قيمة كل الأعمال التي قام بها[62].

ورغم وجاهة هذه الفكرة إلا أنه تم انتقادها أيضاً باعتبار أن فكرة العدالة هي فكرة فضفاضة وغير محددة، فهي يمكن ان تفسر التعويض ولا يمكن أن تبرره، حيث انها أساس عام لتبرير حق المتعاقد أن يحصل على تعويض من جانب الإدارة عندما يوجهه صعوبات مادية غير متوقعة[63] .

أما الرأي الرابع فقد ذهب إلى فكرة العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، حيث تتطلب العقود الإدارية التعاون والتساند بين أطراف العقد، حيث أن هذا الرأي هو رأي الفقه الغالب، لأنه ليس من العدالة ترك المتعاقد وشأنه عندما تصادفه صعوبات مادية غير متوقعة، لا بل يستوجب مساندته ومعاونته لتسيير المرفق العام[64].

ونحن الرأي الثالث والرابع معاً حيث أن التعويض وفقاً لهذه النظرية يستند إلى فكرة العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وفكرة التعاون بين أطراف العقد، فالعقد الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وباعتبار المتعاقد يعتبر مساعد ومعاون للإدارة فإن من حقوقه إعادة التوازن المالي لكي يستطيع الاستمرار في إدارة المرفق العام، وليس من باب العدالة التزام الإدارة بحرفية العقد الإداري والأسعار المحددة في بنوده، فيجب وقوف الإدارة إلى جانب المتعاقد عندما يواجه صعوبات مادية لم تكن بالحسبان عند ابرام العقد، لذا نجد

أن الأساس هو أساس مزدوج يجمع ما بين الفكرتين باعتبارهما أساساً للتعويض عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الثاني : آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافرت شروط تطبيق هذه النظرية فإن المتعاقد يجب أن يستمر في تنفيذ العقد لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولكن في المقابل يستحق تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لقت به من جراء هذه الصعوبات.

من جانب أول يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية على الرغم من وجود صعوبات مادية تعترض تنفيذ العقد، فنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة شأنها شأن نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير فلا يتحلل المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية جرائها[65].

والمتعاقد مع الجهات الإدارية يهدف معاونتها لغايات تحقيق الصالح العام، فالعقد الإداري يهدف تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لضمان استمرار المرفق العام في تقديم خدماته للأفراد، لذا يتعين على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد ما دام في استطاعته ذلك، فلا يحق له التهرب من تنفيذ العقد، ويحق له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء هذه الصعوبات.

وقد يترتب على وجود الصعوبات المادية إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا تعدى المتعاقد الفترة الزمنية للعقد والمقررة للانتهاء من تنفيذ بنود العقد وذلك بقدر الفترة الزمنية التي واجه فيها المتعاقد تلك الصعوبات المادية[66].

وبالمقابل فإن تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعاقد مع الإدارة أثناء وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة يجعل التنفيذ شديد الإرهاق، وقد يؤدي إلى خسائر مالية كبيرة يتحملها المتعاقد وتتجاوز الخسائر العادية المتوقعة، مما يجعل حقه بالمطالبة بالتعويض أصبح مستحقاً وذلك لإعادة التوازن المالي بين طرفي العقد الإداري[67].

وقد أشارت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بقاعدة التعويض الكامل عند توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[68] ، ويتم حساب التعويض الكامل وفقاً للسعر المتفق عليه في العقد للاهتداء به في تقدير التعويض[69].

وفي مصر أخذت محكمة القضاء الإداري بمبدأ التعويض الكامل للمتعاقد مع الإدارة لمواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته حيث قضت أنه "..والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة

مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها"[70] .

وإذا كان القضاء قد استقر على أن التعويض الذي يستحقه المتعاقد عند تحقق شروط هذه النظرية هو تعويضاً كاملاً، إلا أنه يخصم من هذا التعويض الخسائر التي تسبب بها المتعاقد ذاته كإهماله في دراسة التربة والمكان الذي سينفذ عليه العقد بالرغم من قيام الإدارة بتزويده بكافة المعلومات، ويأخذ القاضي الإداري عند تقدير التعويض كافة الظروف والملابسات التي أحاطت بالعقد الإداري[71] .

المطلب الثالث : موقف القانون الأردني من نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لقد أشرنا فيما سبق إلى أن الاختصاص في منازعات العقود الإدارية في الأردن لا ينعقد للقضاء الإداري، إذ أن المادة (5) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 قد حددت بشكل صريح وحصري اختصاصاتها ولم يكن من بينها العقود الإدارية، ولذلك تبقى العقود الإدارية ومنازعاتها خاضعة للقضاء النظامي، دون الأخذ بخصوصية هذه العقود التي تؤدي إلى اختلاف في المراكز القانونية لطرفي العقد، وما يتخلف عن ذلك من ارتباط للعقد بأحد المرافق العامة، وما يرتبط بهذه العقود من نظريات إدارية – ابتكرها القضاء الإداري في الغالب- فإنها تختلف عن تلك العقود المدنية التي يختص بها القضاء العادي.

وفي حدود ما يعلم الباحث فإن التشريعات الأردنية لم تتطرق لهذه النظرية باستثناء عقد المقاولة الموحدة للمشاريع الانشائية حيث نصت في المادة 12/4 من الفصل الرابع الخاص بالمقاول (The contractor) على أنه "الاوضاع المادية غير المنظورة"Unforeseeable Physical Conditions", يقصد بمصطلح "الاوضاع المادية": الاوضاع المادية الطبيعية والعوائق الاصطناعية وغيرها من العوائق الطبيعية والملوثات التي قد يواجها المقاول في الموقع عند تنفيذ الاشغال، بما فيها الأوضاع تحت السطحية والهيدرولوجية، ولكنها لا تشمل الأحوال المناخية.

فاذا واجه المقاول اوضاعاً مادية معاكسة والتي يُعتبر انها كانت غير منظورة، فإنه يتعين عليه أن يشعر المهندس بها في اقرب فرصة ممكنة عملياً، وعلى أن يتضمن الاشعار وصفا لها وبيان الاسباب التي حدت به لاعتبارها كذلك، حتى يتمكن المهندس من معاينتها والتحقق من الاسباب التي يعزوها المقاول الى كونها غير منظورة.

كما يتعين على المقاول مواصلة تنفيذ الاشغال، متخذاً الاحتياطات المعقولة والمناسبة تجاه هذه " الاوضاع المادية "، وأن يتقيد بأية تعليمات قد يصدرها المهندس بخصوصها، اما اذا شكلّ أي من هذه التعليمات تغييراً (امراً تغييرياً)، فانه يتم حينئذ تطبيق احكام الفصل (الثالث عشر) بشأنها.

اذا واجه المقاول مثل هذه الاوضاع المادية غير المنظورة، والى المدى الذي يمكن اعتبارها كذلك وقام بإرسال إشعار بشأنها الى المهندس، وتكبد تأخراً في مدة الانجاز و/او كلفة ما بسببها، فانه يكون مستحقاً مع مراعاة احكام المادة (1/20)، لما يلي:-

أ- تمديد مدة الانجاز بسبب ذلك التأخر، اذا كان الانجاز قد تأخر او سوف يتأخر، وذلك بموجب احكام المادة (4/8)، و

ب- أي كلفة كهذه، لإضافتها الى قيمة العقد.

يقوم المهندس بعد استلامه الاشعار المشار اليه سابقاً بالمعاينة و/او التحري عن تلك " الاوضاع المادية "، ومن ثم يقوم عملاً بالمادة (5/3) بالاتفاق عليها او اعداد التقديرات لما يلي:

1- فيما اذا كانت تلك " الاوضاع المادية " غير منظورة، والى أي مدى يمكن اعتبارها كذلك، و

2- تقدير الامرين الموصوفين في البندين (أ، ب) اعلاه، وذلك بالنظر الى ذلك المدى.

ومع ذلك، فانه يمكن للمهندس قبل الاتفاق على التعويض المالي او تقديره كما هو منوه عنه في الفقرة (2) اعلاه، ان يتحرى فيما اذا كانت الأوضاع المادية الأخرى في أجزاء الأشغال المماثلة (ان وجدت) افضل مما كان منظوراً (بصورة معقولة) عند تقديم المقاول لعرض المناقصة، وانه اذا تم مواجهة مثل هذه الأوضاع المواتية، يجوز للمهندس باتباع أسلوب المادة (5/3) ان يقدر او يصل بالاتفاق على تخفيض الكلفة بسبب تلك الأوضاع المواتية، والتي يمكن اعتبارها خصميات من قيمة العقد وشهادات الدفع، الا ان محصلة التعديلات الناتجة عن البند "ب" أعلاه وهذه الخصميات، باعتبار كل الأوضاع المادية التي تمت مواجهتها في أجزاء مماثلة من الأشغال، يجب ان لا تؤدي الى تخفيض في قيمة العقد.

للمهندس ان يعتبر أي إثبات يقدمه المقاول عن تلك الاوضاع المادية، كما كان يتوقعها المقاول عند تقديم عرض المناقصة، الا ان المهندس لا يكون ملزماً بمثل هذا إثبات".

ونجد من خلال تحليل هذا النص أن المتعاقد مع الإدارة بموجب هذا العقد قد يعترضه صعوبات مادية غير متوقعة وهي ما أطلق عليها هذا النص "الاوضاع المادية غير المنظورة"، وذلك أثناء تنفيذ عقد المقاولة " عقد الأشغال العامة"، ودون أن يتمكن من معرفتها قبل ابرام العقد، على أن يستمر في تنفيذ العقد، فإنه يستحق تعويضاً عن هذه الصعوبات التي واجهته.

ومن خلال البحث في قرارات المحاكم الأردنية لم استطع العثور على أي حكم تحدث عن نظرية الصعوبات المادية غبر المتوقعة، ولعل السبب في ذلك يعود إلى تفهم الإدارة لمثل هذه الصعوبات التي قد تحدث، فتقوم على حل تلك الإشكاليات والحيلولة دون عرضها على القضاء، كما أن الإدارة قد تلجأ إلى وسائل أخرى لفض الخلافات المرتبطة بوجود صعوبات مادية غير متوقعة كتعيين مجلس

فض الخلافات أو بالتسوية الودية أو بالتحكيم، وتلك الوسائل تحول دون ظهور أحكام قضائية في هذا المجال، وقد توجد قضايا عرضت على المحاكم العادية بمختلف درجاتها ولكن لم يتم الطعن بقراراتها أمام محكمة التمييز

الخاتمة :

ناقشت هذه الدراسة والتي تكونت من مبحثين وعدة مطالب أهم وسائل إعادة التوازن المالي بين طرفي الدعوى الإدارية في هذا المجال في القانون المقارن وفي القانون الاردني، وقد خلص الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وعلى النحو التالي:

النتائج

1- أن تنفيذ العقد بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة قد تعترضه عقبات بسبب ظروف أو صعوبات طارئة مما يخل بالنتيجة بالتوازن المالي للعقد الإداري ويوجب على القاضي الإداري مرة أخرى التدخل لمصلحة الطرف الأضعف وتطبيق العديد من النظريات التي يمكن أن تساهم في إعادة التوازن المالي للعقد.

3- أخذ القضاء الإداري المقارن بالعديد من النظريات لإعادة التوازن المالي في العقود الإدارية وكان لها دورا كبيرا في إعادة التوازن للعلاقة القانونية بين المتقاضي والإدارة، كنظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية.

4- أن هذه النظريات لا توجد لها تطبيقات مقنعة وحقيقية في القانون الأردني لأن القضاء العادي في الاردن وليس القضاء الإداري هو الذي لا زال يختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية، مما يعيق الأخذ بالعديد من النظريات التي أخذ بها القضاء الإداري المقارن، ومما يعيق بالنتيجة مسألة إعادة التوازن بين المتقاضي والإدارة.

5- عدم قيام القضاء الإداري في الاردن بالدور المأمول منه في تحقيق التوازن بين الخصوم في نطاق العقود الادارية، حيث لا يزال القضاء العادي هو المختص بالنظر في منازعات العقود الادارية خلافاً لما هو موجود في القانون المقارن ممثلاً بالقضاء الاداري الفرنسي والمصري والذي يختص بالنظر في منازعات العقود الادارية.

التوصيات :

1- نوصي بأن يكون القضاء الإداري في الأردن وبعد أن أصبح على درجتين هو القضاء المختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية بدلا من القضاء العادي، لأنه باعتقادنا وكما دلت على ذلك

تجربتي القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر هو الأقدر على تطبيق النظريات التي يمكن أن تساهم في إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية وبالنتيجة إعادة التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية.

2- إعادة النظر في واقع تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من خلال تقنينها في التشريعات الإدارية التي تحكم نظام العقود الإدارية، لما لهذه النظريات القانونية من اهمية من ناحية اعادة التوازن المالي بين طرفي العقد الاداري .

3- تبعاً للتوصيات السابقة نجد ضرورة تبني القضاء الاداري الاردني لهذه النظريات حتى ومع عدم وجود نصوص قانونية تعالجها، لا سيما ان القضاء الاداري هو قضاء انشائي اجتهادي خلاف القضاء المدني الاسير للنصوص القانونية.

المراجع :-

أولاً : المراجع باللغة العربية

1- احمد سلامه بدر ،العقود الإدارية وعقد البوت، (ط2)،القاهرة: دار النهضة العربية،2010،

2- ابراهيم الشارف تفوقة ، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر، مصر.

3- بشار عبدالهادي، العقد الإداري الجوانب القانونية والإدارية والأدبية دراسة تحليلية وحلول مقترحة، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

4- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ،(ط2)، دار النهضة العربية،القاهرة،2005.

5- حمد الشلماني، ،امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،2007.

6- رأفت فودة، دروس في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة،1994.

7- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ،2007.

8- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة: دار الفكر العربي، 2011.

9- عبد العزيز خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الاسكندرية: المركز القومي للإصدارات القانونية،2008.

10- عبد العظيم عبد السلام، أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري، دون دار نشر، دون طبعة، 1999.

11- مارسو لونغ وآخرون، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،بيروت،2009.

12- هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2015.

ثانياً : الرسائل الجامعية والابحاث العلمية

1- علي عبدالمولى، الظروف التي تطرأ إثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهة،1991.

2- حسن محمد البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، ، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16(58)، 2013.

3- منصور العتوم، ، أثر نظرية الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة مؤتة لليحوث والدراسات، سلسلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 23 (4) ، 2008.

ثالثاً: المراجع باللغة الفرنسية

1- christophe Lajoye, Droit des marchés publics, 2e édition, Gualino éditeur, EJA, paris,2005.

2- Jean claude, Ricci, Droit administratif général, Hachette Supérieur ,2007

3- Martine Lombard et Gilles Dumont, et Sirinelli,Jean,Droit Administratif, 10e édition,Dalloz, 2013.

4- René Chapus, Droit administratif général,Tome1,15e, edi, Montchrestien, 2001.

5- christophe Lajoye, Droit des marchés publics, 2e édition, Gualino éditeur, EJA, paris,2005.

الهوامش : -

(1) حسن محمد البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، ، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16(58)، 2013، ص159.

Jamil Sayah, Droit Administratif, Sans maison d'édition, (2004),p65

(2) رأفت فودة، دروس في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة،1994، ص114.

(3) المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 3879 لسنة 46 ق.ع - جلسة 9 - 5 -2006؛ انظر في ذات المضمون طعنها رقم 5955 لسنة 43 ق.ع - جلسة 8 -5 -2001

(4) يعتبر الفقه الفرنسي قضية غاز بوردو لسنة 1916 هو أساس نشأة نظرية الظروف الطارئة، إلا أنه قد سبق هذا الحكم أحكام قضائية أخرى قضى بها مجلس الدولة الفرنسي، فحكم المجلس في 2 شباط 1846 بزيادة الأسعار بالنسبة لعقد تم ابرامه مع الإدارة بسبب الظروف الطارئة نتيجة قيام حالة الحرب، واشترط المجلس في حينه أن لا يكون بالإمكان توقع مثل هذه الظروف عند إبرام العقد، كما أصدر المجلس حكمًا آخر بتاريخ 13 آذار عام 1870، سمح بموجبه إجراء تعديل على شروط عقد بسبب تعرضه لاختلال في التوازن المالي نتيجة قيام الحرب الفرنسية الألمانية، للتوسع حول نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا ومصر انظر: منصور العتوم، ، أثر نظرية الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة مؤتة لليحوث والدراسات، سلسلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 23 (4) ، 2008،ص11-15؛ وللتوسع حول قضية الشركة العامة لإنارة بوردو انظر: مارسو لونغ وآخرون، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،بيروت،2009، ص198 -207 وكذلك christophe Lajoye, Droit des marchés publics, 2e édition, Gualino éditeur, EJA, paris2005 , P181.

(5) عبد العظيم عبد السلام، أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري، دون دار نشر، دون طبعة، 1999، ص92-93.

(6) منصور العتوم، أثر نظرية الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص16.

(7) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة: دار الفكر العربي، 2011. ص668.

(8) منصور العتوم، أثر نظرية الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص16.

(9) حسن محمد البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص193.

(10)علي عبدالمولى، الظروف التي تطرأ إثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، القاهة،1991، 510.

(11)المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 549 لسنة 35 ق.ع جلسة 4- 4- 1993.

(12) René Chapus, Droit administratif général,Tome1,15e, edi, Montchrestien, 2001 ,,p1212

(13) C.E. 5 nov 1982, société propetrol,Rec,p381.

مشار إليه لدى: René Chapus, Droit administratif général,op,cit,p1213.

(14)المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 5955 لسنة 43 ق.ع - جلسة 8 -5 -2001

(15)عبد العزيز خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الاسكندرية: المركز القومي للإصدارات القانونية،2008، ص227.

(16) C.E 20 jan 1978,société Routes et travaux publics,R,D,P,1978,P1485; C.E. 22 juillet 1977,Truchet et ansini,Rec,p 890.

(17)المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعنان رقما 843 و922 لسنة 26 ق.ع جلسة 20- 11- 1982؛ والطعنان رقما 1223 و1224 لسنة 27 ق.ع جلسة 18- 12- 1984؛ والطعن رقم 549 لسنة 35 ق.ع جلسة 4- 4- 1993.

(18)المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 2150، جلسة 1962/6/9.

(19)منصور العتوم، أثر نظرية الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص19.

(20)احمد سلامه بدر ،العقود الإدارية وعقد البوت، (ط2)،القاهرة: دار النهضة العربية،2010، ص231.

(21)المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 1223 لسنة 27 ق.ع. جلسة 1984/2/18.

(22)المحكمة الإدارية العليا المصرية،. طعن رقم 4669 و5087 لسنة 41 ق.ع جلسة 25-11-1997.

(23)ابراهيم الشارف تفوقة ، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر، مصر ، ص154.

(24) C.E 10 oct 1984 Ent cottin Jouneaux,R.D.P.1985,P223;C.E. 12 may 1982 Société des Travaux publics et batiments, R.D.P.1983,P237.

(25) C.E 30mars 1916,Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux,préc.

مشار إليه لدى

Martine Lombard et Gilles Dumont, et Sirinelli,Jean,Droit Administratif, 10e édition,Dalloz, 2013,p291.

(26)المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 5955 لسنة 43 ق.ع - جلسة 8 -5 -2001

(27)قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1974/344 (هيئة خماسية) تاريخ 1974/11/30، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

(28)المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 2541 لسنة 29 جلسة 30- 11- 1985.

(29)فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، " الفتوى رقم 211 - جلسة 6 - 2 - 1980 - تاريخ الفتوى 28 - 2 - 1980 - رقم الملف 702-2-32 ".

(30) Jean Claude, Ricci, Droit administratif général, Hachette Supérieur2007,p234.

(31)رأفت فوده، دروس في القانون الإداري، ، مرجع سابق،ص118.

(32) C.E. 19 Février 1992,S.A, Dragages et Travaux publics,Rec,p183

(33) C.E. 12 mars 1976,Département des Hautes- pyrénées,Rec,p155.

(34)جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ،(ط2)، دار النهضة العربية،القاهرة،2005. ، ص344.

(35)المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 5955 لسنة 43 ق.ع. جلسة 2003/5/8.

(36)منصور العتوم، أثر نظرية الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص22.

(37)تمييز حقوق أردنية، قرار رقم 3109 سنة 2002، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

(38)حسن محمد البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص199-201.

(39)تمييز حقوق أردنية، قرار رقم 357/ 1978 تاريخ 1978/11/28 منشورات مركز عدالة الالكتروني.

(40)تمييز حقوق أردنية، قرار رقم 117/ 1979 تاريخ 1979/4/10 منشورات مركز عدالة الالكتروني.

(41)تمييز حقوق أردنية، قرار رقم 3534/ 2005، منشورات مركز عدالة الالكتروني.

(42) christophe Lajoye, Droit des marchés publics, 2e édition, Gualino éditeur, EJA, paris,2005,p179.

(43)المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 567 لسنة39 ق.ع. جلسة تاريخ 1997/12/30.

(44)عبدالعزيز خليفة،، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص237.

(45)هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2015، ص156.

(46) C.E. 13 mai 1987,Société Citra france,Rec,p 821.

(47)محكمة القضاء الإداري المصرية، حكمها الصادر تاريخ 1957/12/23.

(48)سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 694.

(49)ابراهيم الشارف تفوقة، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 176.

(50)عبدالعزيز خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص243.

(51) C.E. 5 jan 1975,Office public d'habitation a loyer modéré de la region Parisienne,Rec,p223.
راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الدعوى رقم 1223 الصادر بتاريخ 1969/6/14

(52) christophe Lajoye, Droit des marchés publics, op.cit, P179.

(53) C.E. 12 mai 1982,Société, paris Rhin Rhone,Rec,p 201

(54)محكمة القضاء الإداري المصرية، حكمها الصادر تاريخ 1957/12/23، تمت الإشارة إليه سابقاً.

(55)رأفت فوده، ، دروس في القانون الإداري، مرجع سابق، ص123.

(56)حمد الشلماني، ،امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية الأسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،2007. ، ص338.

(57)هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص171.

(58)سليمان الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص688.

(59) C.E 5 juillet 1929,Yaher, Rec,p675.
مشار إليه لدى علي عبدالمولى، الظروف التي تطرأ إثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص522.

(60)احمد سلامه بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مرجع سابق، ص264.

(61)علي عبدالمولى، الظروف التي تطرأ إثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص525.

(62)سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، (2007)، ص544.

(63)علي عبدالمولى، الظروف التي تطرأ إثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص527

(64)سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص689؛ علي عبدالمولى، الظروف التي تطرأ إثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص527.

(65)هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص173.

(66) C.E. 9 juillet 1905,Commune de Dving, Rec,p 545

(67) بشار عبدالهادي، العقد الإداري الجوانب القانونية والإدارية والأدبية دراسة تحليلية وحلول مقترحة، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، 2015،، ص71

(68) C.E 2 decembre 1964,part autonome de Bordeaux,Rec, p936.

(69) C.E 2 1juillet 1937,Ville de Carcasonne,Rec,p754.

(70) محكمة القضاء الإداري المصرية، الدعوى رقم 7892 لسنة 8 ق، جلسة 1957/1/20 تمت الأشارة اليه سابقاً.

(71) احمد سلامه بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مرجع سابق،، ص266.

أسس الاقتصاد الإسلامي وأثرها على النشاط الاقتصادي

The foundations of Islamic economics and its impact on economic activity

أحمد فايز الهرش، أستاذ مساعد (*)
جامعة أنقرة للعلوم الاجتماعية، تركيا
Afayh0011@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2020/04/23 تاريخ القبول للنشر: 2020/06/01

****

ملخص:

للاقتصاد الإسلامي أسسه ومنطلقاته التي تميزه عن غيره من الاقتصادات، وقد تعدّدت مسميات هذه الأسس عند الكتاب والباحثين من قواعد أو مبادئ أو خصائص أو أسس أو أصول.

هدفت هذا الدراسة إلى تحديد أسس الاقتصاد الإسلامي وقواعده المشتقة من مبادئ الشريعة الإسلامية وضوابطها ومقاصدها، كما سعت إلى دراسة أثر هذه الأسس على النشاط الاقتصادي.

ولتحقيق أهداف الدراسة اتبع الباحث المنهج الاستقرائي بالاطلاع على عدد كبير من الدراسات والأبحاث والنصوص ذات العلاقة، ومن ثم اتبع الباحث المنهج التحليلي الاستنباطي لاستنتاج أصول الاقتصاد الإسلامي وأسسه، كذلك حاول الباحث دراسة أثر أسس الاقتصاد الإسلامي على النشاط الاقتصادي.

وخلصت الدراسة إلى تحديد عدد من الأسس المهمة للاقتصاد الإسلامي كذلك استنتجت عددا من آثارها على النشاط الاقتصادي.

الكلمات المفتاحية: الاقتصاد الإسلامي، الاقتصاد، المعاملات، الربا، النشاط الاقتصادي.

Abstract:

Islamic economics has its foundations and principles that distinguish it from other economies, and the names of these foundations have varied among writers and researchers from rules, principles, characteristics, foundations, or origins.

This study aimed to define the foundations of Islamic economics and its rules derived from the principles of Islamic Sharia. It also sought to study the impact of these foundations on economic activity.

* أحمد فايز الهرش: Afayh0011@yahoo.com

To achieve the goals of the study, the researcher followed the inductive approach by looking at a large amount of studies, research and related texts, and then the researcher followed the deductive analytical approach to deduce the origins and foundations of Islamic economics. The researcher also tried to study the effect of the foundations of Islamic economics on economic activity.

The study concluded that a number of important foundations of the Islamic economy were identified, and a number of effects on economic activity were also concluded.

Keywords: Islamic economics, economics, transactions, usury, economic activity.

المقدمة:

علم الاقتصاد من العلوم الاجتماعية التي تعنى بدراسة المشكلة الاقتصادية والظواهر الاقتصادية كما أنه يعنى بدراسة السلوك الاقتصادي والندرة والرفاهية والكفاءة والتوزيع والنمو والاستخدام الأمثل للموارد الاقتصاديّة المُتاحة وغير ذلك من موضوعات...

ولكل نظام اقتصادي منطلقاته المذهبية والفكرية وأحكامه التي تنطلق من قناعات المجتمع أو الطبقة القيادية الحاكمة فيه؛ بحسب الآراء الدينية أو الاعتقادية التي تحدد فيما بعد نظمه وسياساته ومنهجه في حل المشكلة الاقتصادية.

ولما كان الاقتصاد الإسلامي ينطلق من مبادئ وقواعد متوافقة مع الشريعة الإسلامية فإن ثمة أسس وأصول تميزه عن غيره من المذاهب الاقتصادية والقناعات الفلسفية التي تنطلق منها الاقتصادات.

تسعى هذه الدراسة إلى تحديد أسس الاقتصاد الإسلامي وقواعده المشتقة من مبادئ الشريعة الإسلامية وضوابطها ومقاصدها، كما سعت إلى دراسة أثر هذه الأسس على النشاط الاقتصادي.

أهداف الدراسة:

بيان أسس الاقتصاد الإسلامي وقواعده وأصوله.

دراسة أثر أسس الاقتصاد الإسلامي على النشاط الاقتصادي.

أسئلة الدراسة:

ما أهم أسس الاقتصاد الإسلامي وقواعده وأصوله؟

ما أثر أسس الاقتصاد الإسلامي على النشاط الاقتصادي؟

فرضيات الدراسة:

للاقتصاد الإسلامي أسس وقواعد تميزه عن غيره من الاقتصادات.

للاقتصاد الإسلامي أسس وقواعد ذات أثر إيجابي على النشاط الاقتصادي في المجتمع.

منهج الدراسة:

ولتحقيق أهداف الدراسة اتبع الباحث المنهج الاستقرائي بالاطلاع على كم كبير من الدراسات والأبحاث والنصوص ذات العلاقة، ومن ثم اتبع الباحث المنهج التحليلي الاستنباطي لاستنتاج أصول الاقتصاد الإسلامي وأسسه، كذلك حاول الباحث دراسة أثر أسس الاقتصاد الإسلامي على النشاط الاقتصادي.

المبحث الأول: مفهوم الاقتصاد الإسلامي:

في هذا المبحث تحدد الدراسة بعض المفاهيم الاقتصادية الأساسية ذات الصلة بالموضوع كمفهوم الفكر الاقتصادي والمذهب الاقتصادي والتحليل الاقتصادي والقوانين الاقتصادية ومن ثم مفهوم الاقتصاد الإسلامي.

المطلب الأول: مفاهيم اقتصادية:

الفكر الاقتصادي لأي نظام اقتصادي يتضمن عددا من العناصر أهمها المذهب الاقتصادي وهو يتعلق بتقديرات وأفكار ذات مرجعية دينية أو فكرية أو فلسفية لتوجيه الاقتصاد نحو مسار مرغوب، أما العنصر الثاني فهو التحليل الاقتصادي؛ الذي يتضمن تفسيرا للكشف عن الأسباب التي تكمن وراء الظواهر والسلوك بتقديم تعليل منطقي لها، والعنصر الثالث متعلق بالقوانين الاقتصادية التي توصف اتجاه السلوك الاقتصادي لتمثل تعميما وفق شروط لتحققه، أما العنصر الرابع فهو متعلق بالسياسة الاقتصادية من إجراءات تتخذها السلطات لتحقيق الأهداف المرغوبة.

فيما يأتي بيان لهذه العناصر التي يتشكل منها الفكر الاقتصادي: [1]

* المذهب الاقتصادي: حيث يقصد به مجموعة من التقديرات الحكمية التي تهدف إلى توجيه الحياة الاقتصادية للوجهة المرغوبة أو المرضية بحسب ترجيحات معينة تستند إلى عبارات دينية أو فلسفية أو أخلاقية؛ فكل نظام اقتصادي يتشكل من عدد من الأفكار والآراء التي تسعى لتوجيه النشاط الاقتصادي بحسب الفكر الذي يعتنقه النظام الاقتصادي.

* التحليل الاقتصادي: يتمثل بكل المحاولات التفسيرية للسلوك والظواهر الاقتصادية؛ فهو يسعى إلى الكشف عن الأسباب التي تكمن وراء الظواهر والسلوك، ويسعى إلى رصد العلاقات بين المتغيرات الاقتصادية؛ فالتعليل هو جوهر التحليل الاقتصادي.

ويعد التحليل الاقتصادي أحد الركائز المهمة التي يستند إليها الاقتصاديون لرصد العلاقات بين المتغيرات الاقتصادية ودراسة الظواهر الاقتصادية ومن ثم إبداء الرأي للتحليل وبين الأسباب.

* القوانين الاقتصادية: هي تعميمات مشروطة تصف الاتجاهات العامة للسلوك أو لردود الفعل مثل قانون الطلب.

فالقانون صياغة عامة وإطلاق حكم إلا أنه مشروط بتحقيق عوامل معينة، وهو يعطي توصيف لاتجاه السلوك لقضية اقتصادية ما، ويُعين هذا التوصيف الباحثين لبناء دراساتهم عليها ولتطوير نظرياتهم وأعمالهم الاقتصادية.

* أمّا السياسة الاقتصادية: فهي مجموعة من الإجراءات والوسائل التي تعتمدها السلطة الاقتصادية لتحقيق الأهداف المرغوبة، مثل: فرض ضرائب جمركية على الواردات لتشجيع المنتجات الوطنية.

وعادة ما تتجه الدول إلى سياسات اقتصادية اعتمادا على مذهبها الاقتصادي تارة وتبعا لقناعاتها الاقتصادية تارة أخرى، وتتبع الدول هذه السياسات والإجراءات لتحقيق أهدافها الاقتصادية المستقاة من تحليل الوضع القائم في الدولة.

المطلب الثاني: علم الاقتصاد الإسلامي:

يُعرّف الاقتصاد الإسلامي بأنّه علم يبحث في الأحكام الشرعية والحلول الإسلامية للموضوعات والمستجدات والمشكلات الاقتصادية من جهة، ومن جهة أخرى يدرس النظريات والقوانين الاقتصادية في ضوء التعاليم والقيم الإسلامية، ويعمل على توظيف ذلك كلّه من أجل استخدام الموارد بأعلى درجات الكفاءة، وتوزيع المنتجات بأعلى درجات العدالة، بما يؤدّي إلى تحقيق أعلى درجات التنمية والرفاهة، والأمن والاستقرار.[2]

والاقتصاد الإسلامي يُعنى بدراسة النشاط الاقتصادي (استهلاك، إنتاج، توزيع، تبادل)، وما ينشأ عن هذا النشاط من ظواهر وعلاقات، في ضوء أحكام المذهب الاقتصادي في الإسلام، ومنظومته القيمية.[3]

كما عرّف بأنّه ما يوجّه النشاط الاقتصادي وينظّمه؛ وفقًا لأصول الإسلام ومبادئه الاقتصادية.[4]

وللاقتصاد الإسلامي أصول ومبادئ تختلف عن الاقتصادات الأخرى، لاختلاف المرجعية المذهبية لكل منها؛ فالاقتصاد الإسلامي يستمد مبادئه وأصوله من الشريعة الإسلامية بما تتضمنه من القرآن الكريم والسنة النبوية ومقاصد وأحكام الشريعة، كذلك ما أثر من تطبيقات عملية في

عهد الخلفاء الراشدين وما اجتهد به علماء الأمة استمدادا مما فهموه من مبادئ الشريعة ومقاصدها وقواعدها الأصيلة.

بيد أن ثمة مشتركات بين الاقتصاد الإسلامي وبين غيره من الأنظمة الاقتصادية خاصة فيما يتعلق بالجوانب الفنية فقد يستخدما كلاهما نفس أدوات التحليل الاقتصادي واستخدام الاشتقاقات الرياضية والتحليلات الإحصائية والحسابات الرياضية والمنحنيات كما قد يستخدما المناهج العلمية المتعارف عليها من مناهج استقرائية وتحليلية واستنباطية وغيرها من المناهج.

وليس هناك ما يمنع من الاستفادة مما قرره كتّاب علم الاقتصاد من نظريات اقتصادية متعلقة بالاستهلاك والإنتاج والنمو والتوزيع وغيرها إلا أن ثمة تحفظات وأخرى إضافات أو تقييمات قد تستدرك من قبل الاقتصاد الإسلامي بما يتناسب مع أصوله ومبادئه، وقد يناقش الاقتصاديون الإسلاميون بعض الأفكار الفنية أو الأمور المذهبية استفادة من بعضها أو دراسة منطلقاتها أو نقدا لها .

وبالتأكيد فإن ثمة مقاربات أخرى متعلقة بالأهداف الاقتصادية؛ فأي اقتصاد مهما كان مذهبه وفكره يبغي تحقيق استقرار نقدي ومالي وتحقيق الرفاه الاجتماعي والاقتصادي لمجتمعه كذلك تحقيق الكفاءة الإنتاجية، والكفاءة التخصصية، والعدالة التوزيعية، والنمو الاقتصادي وغيرها من أهداف، وعلى الرغم من هذا التشابه المعلن بالأهداف إلا أن إفرازات المذاهب الاقتصادية والفكر الاقتصادي ستؤدي إلى اختلافات في السياسات الاقتصادية وسبل المعالجات لهذه النظم الاقتصادية.

المبحث الثاني: أصول وأسس الاقتصاد الإسلامي:

تكثر التقسيمات الأكاديمية عند الكُتّاب؛ لتوضيح أسس الاقتصاد الإسلامي وتشكيل بنائه بمسميات متعددة بالحديث عن خصائص أو مبادئ أو أسس أو أركان أو قواعد أو أصول أو هياكل، وقد يطلق بعضهم عليها أوصافًا متعددة منها: مذهبية أو نظم أو أصول أو سياسات أو أحكام ثابتة أو متغيرة أو مرنة، بيد أنّ الكاتب قام بجمعها في بوتقة واحدة هدفها توضيح الأسس العامة للاقتصاد الإسلامي وأصوله ومبادئه وخصائصه:

المطلب الاول: ربانية المصدر:

إنّ الله عزّ وجل هو المالك الحقيقي لهذا الكون مصداقًا لقوله تعالى: "لِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۚ إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْغَنِيُّ الْحَمِيدُ" (لقمان/26)، وملكية الإنسان للأشياء يد أمانة، وملكية غير حقيقية فالكون كلّه لِلَّهِ وهو المالك الحقيقي له.

وقد سخّر الله هذا الكون وما فيه لمنفعة النّاس، قال الله تعالى: "أَلَمْ تَرَ أَنَّ الله سَخَّرَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ وَالْفُلْكَ تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ وَيُمْسِكُ السَّمَاءَ أَن تَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ إِلَّا بِإِذْنِهِ إِنَّ الله بِالنَّاسِ لَرَءُوفٌ رَّحِيم". (الزخرف/ 65)

واذا كان الله عزّ وجلّ قد سخّر هذا الكون لمنفعة الإنسان فإنّه سبحانه قد أعطى له حق مزاولة النشاط الاقتصادي الذي يتناسب مع شخصيته وينسجم مع قناعاته، لكن ضمن قيود وشروط تنظم معيشة النّاس وتمنع تعارض المصالح.

وجعل الإسلام العمل وإعمار الأرض عبادة بحيث يأخذ المرء الأجر ما دام أنه قد قام بعمله بنية صالحة وبالكيفية التي شرعها الله.

والإسلام أقرّ التفاوت في الرزق بين الناس، يقول تعالى: "أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ"(الزخرف/ 32) .

فأصول الاقتصاد الإسلامي ومبادؤه مشتقة من التشريع الرباني؛ لذا فإنّ الأحكام المتعلقة بالمعاملات يجب أن تكون ضمن القواعد والضوابط الشرعية، ولما كان المسلم ليس المالك الحقيقي وهو مستخلف لما بين يديه من مال فإنه محاسب من الله ومراقب منه سبحانه سواء بطرق اكتسابه أو إنفاقه.

وبإيمان المرء بربانية المصدر ويقينه بذلك فإن ثمة تأثيرات إيجابية في سلوكه بيعا وشراء وإنتاجا واستهلاكا؛ حيث ستكون للتوجيهات والأحكام الشرعية الغلبة في كافة شأنه وأمره وهذا ما سيضبط النشاط الاقتصادي بقيود وضوابط ترفع الأداء وتدفع السوق إلى مثالية إيجابية في جميع نواحيه.

المطلب الثاني: الواقعية:

الاقتصاد الإسلامي واقعي في مبادئه ومنهجه وأحكامه: ينظر إلى الواقع العملي الذي يتفق مع طبائع الناس ويراعي دوافعهم وحاجاتهم ومشكلاتهم؛ لا يجنح إلى خيال وأوهام ولا ينزل إلى درك لا يتفق مع البشرية التي كرمها ربنا عزّ وجل، فهذا واقع الناس: اختلافهم في الرزق والجاه ليتخذ بعضهم أعوانا يُسخّرون في قضاء حوائجهم.[5]

وواقعيته تفرض إيجاد حلول لمشاكل الناس الاقتصادية في الوقت نفسه الذي تؤكد فيه على وجود التفاوت في الرزق، وحب الإنسان للمال، وطبيعته بحب التملك والاستئثار بالخير وتمنيه، وحبّ الشهوات، والميل نحو الراحة وغيرها من الطباع البشرية المرتبطة بالمال؛ بيد أنّ الاقتصاد الإسلامي يعترف بها ويحاول تهذيبها بمنظومة واقعية أخلاقية واقتصادية متكاملة.

وواقعية الاقتصاد الإسلامي تضبط إيقاع النشاط الاقتصادي بالاهتمام بالسلع والخدمات الأساسية وواقعيته كذلك تعني رفض البيوع الوهمية التي لا يرجى منها نفعا، كما أن واقعيته ترفض المضاربات والمقامرات بأسواق المال، كما أن واقعيته تعزز من أولويات المجتمع الاقتصادية وتشجع النشاط الاقتصادي الذي مؤداه إضافة اقتصادية في المجتمع

المطلب الثالث: استبعاد النشاط المحرم من النشاط الاقتصادي:

فقد حرم الإسلام عددًا من الممارسات العقدية منها الربا والقمار، كما أنّه حرم ما قد يتخلّل العقد أو ما قد يلحقه من أفعال مثل الغش والتدليس والغرر، كذلك حرّم الاتجار بيعا أو شراء بسلع معينة مثل الخمور والمال المنهوب أو المغصوب؛ وهذا يعني استبعاد كل ذلك من النشاط الاقتصادي والتفرغ للأعمال الاقتصادية والممارسات العقدية التي تحقّق نفعًا لصالح الطرفين دون مواربة أو خداع أو تجاوز حدود العلم بأحوال السلعة أو حقيقتها، كما أنه أكد على حرمة مال المسلم على المسلم عند التعامل الاقتصادي بين الناس، عن النبي صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قَالَ: "لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ أَنْ يَأْخُذَ مَالَ أَخِيهِ بِغَيْرِ حَقِّه"[6].

ولاستبعاد الممارسات العقدية المحرمة من النشاط الاقتصادي أثر إيجابي بسواد الثقة بين أفراد المجتمع مع وجود الضمانات القانونية إلى جانب الضمانات القيمية التربوية التي تزرعها المبادئ العقدية في النفس، كذلك فإن تحريم بيع السلع المستثناة من النشاط الاقتصادي يؤدي إلى تركيز السوق على السلع الأساسية التي تشكل إضافة للفرد والمجتمع.

وقد أكدت مبادئ الاقتصاد الإسلامي على منع البيوع الوهمية أو البيوع التي مؤداها أكل مال الناس بالباطل وأخذ مالهم بغير حق؛ لذا فقد حرمت عددًا من البيوع التي كانت شائعة في الجاهلية وبُنيت على الوهم وعدم اليقين مثل بيوع الغرر، وقد تعدّدت ألفاظ الفقهاء ومصطلحاتهم عند وصف الغرر بنعته بألفاظ متعددة منها الخداع والتغرير والمخاطرة والجهالة، والغرر في حقيقته يقوم على الشك والخفاء ولا تعرف عاقبته ولا مقداره؛ فمن بيوع الغرر المحرمة بيع ما لا يملكه وعن ربح ما لا يضمنه وهو أوجب في صدق التعاقدات وعدم بنائها على الوهم والسراب الذي قد يُسبّب الاحتيال وعدم القدرة على الوفاء، قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم: "ليس على رجل بيع فيما لا يملك"[7].

المطلب الرابع: التكافل الاجتماعي:

فالإسلام في تشريعاته عظّم معاني التكافل في المجتمع عبر شبكة من التشريعات والأنظمة والعقود مثل عقود التبرعات من زكاة ووقف وصدقات وهبات، ومن تشريعات النفقة ونظام العاقلة والتواصي بالجيران، وغيرها الكثير التي تعمل على تحقيق التكافل الاجتماعي وتزيد من أواصره

وتضمن ترابط أسري وانسجام مجتمعي بعيدًا عن التحاسد والتباغض الذي يفتُّ في عضد المجتمع ويشتّت أركانه.

وفي سواد قيم التكافل الاجتماعي يحرص الفرد على تخصيص أمثل لموارده وإمكانياته للقيام بواجباته تجاه من يعولهم وكذلك فإن النظم الإسلامية مثل الوقف والزكاة لهما دور تنموي في النشاط الاقتصادي فالزكاة تعمل على إعادة التوزيع للمال بتمليكها للفقراء عن طريق سحب جزء من أموال الأغنياء وتقديمها للفقراء وقد تسهم مؤسسة الزكاة بتمويل المشاريع الصغيرة التي تعمل على توفير دخل ثابت للفقراء بدلا من بقائهم يعتاشون على الصدقات والزكوات.

أما الوقف فإنه مؤسسة مستدامة تقوم بخدمة من وقف لأجلهم من فقراء أو طلاب أو مؤسسات تعليمية أو خدماتية وهو ما يخفف العبء عن مؤسسات الدولة كما أنه يوفر سيولة مالية وخدمية للجهات الموقوف عليها.

الحاصل من كل ذلك تعزيز قيم التكافل الاجتماعي واستدامتها تشريعيا وقانونيا وقيميا.

المطلب الخامس: الشمول:

إنّ النظام الاقتصادي في الإسلام شامل لجميع جوانب الحياة لتشكل جميعها لوحة متكاملة لنظام اقتصادي مجتمعي شامل.

فالاقتصاد في الإسلام يشمل مبادئ وأركان تثبّت دعائمه من جهة كما يشمل جوانب أخرى مرنة فنية يستطيع الاقتصاد فيها التعاطي مع المستجدات.

وفي سياق متصل فإنّ النظام الاقتصادي الإسلامي يرتبط بكافة الأنظمة في التشريعات الإسلامية من سياسة واجتماع وأخلاق وعلوم أخرى؛ فتشكل بمجموعها نظمًا حياتية متكاملة؛ فهي ليست بمعزل عن نظم الحياة وقواعده المختلفة.

وشمولية النظرة في الاقتصاد الإسلامي تعزز النشاط الاقتصادي فهي تعطيه المرونة لمعالجة القضايا الاقتصادية المستجدة بشكل شامل وعام بكل أبعاده الاقتصادية والإنسانية والاجتماعية، كما أن شمولية النظرة من جميع الجوانب تعطي المال وظيفة اجتماعية في النشاط الاقتصادي؛ فالمستثمر يعمل تنمية لماله وكذلك للإنفاق الاجتماعي من خلال الزكاة والصدقة والوقف وأي سبيل لدعم النشاط المجتمعي.

المطلب السادس: العالمية:

فقد خُصّت رسالة خاتم الأنبياء والمرسلين محمد -صلى الله عليه وسلم- بأنّها عالمية، فهي قد بعثت للنّاس كافّة؛ ولهذا جاءت صالحة لكل زمان ومكان، والجانب الاقتصادي جزء من هذا الدين الخاتم؛ ولهذا جاء بأحكام كلية ومبادئ عامة تتناسب مع كل مكان وزمان، وجمع بين الثبات

والمرونة والتطوّر والأصالة، وجعل أصل المعاملات الإباحة ما لم يوجد ما يعارض نصًا أو أصلا ثابتًا أو مقصدًا للتشريع الاسلامي.[8]

يقول الله تعالى: "وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ" (الأنبياء/107)؛ فالعالمية تعني إمكانية تطبيق مبادئها وأدواتها في أي بلد، وهي عالمية بإمكانية نشر فكرها للناس كافة، وهي عالمية كذلك لصلاحيتها الممتدة وإمكانية اشتقاق أدوات وصيغ من كلياتها ومقاصدها وأحكامها بما ينفع واقع الناس كافة.

ودلالة على عالميتها استطاعت المصرفية الإسلامية كأحد أنظمة الاقتصاد الإسلامي دخول النظام الاقتصادي العالمي واستطاعت الصيرفة الإسلامية تحقيق نموّ وتطوّر نتيجة لتطوّر أعمالها في عالم المال والأعمال ومنافستها للصيرفة التقليدية وانتشارها عالميًا، وأثبتت كذلك ديناميكية وديمومة فعّالة منذالأزمة المالية العالمية في عام 2008 نتيجة لوجود بذور الأزمات في النظام المالي العالمي القائم على الرأسمالية، وامتازت بالكفاءة، وكانت أقل عرضة للصدمات المالية وأكثر مرونة في إدارة المخاطر.[9]

المطلب السابع: إسقاط الربا من النشاط الاقتصادي:

حيث يعدّ هذا الأصل قاعدة رئيسة يقوم عليها الاقتصاد الإسلامي، فالله عزّ وجلّ حرّم الربا، يقول الله تعالى: "وَأَحَلَّ الله الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا" (البقرة/ 275).

فالربا له آثاره السلبية على النظام الاقتصادي ويخلّف أزمات اقتصادية واجتماعية متكررة؛ لذا فإنّ المعاملات في الاقتصاد الإسلامي يجب أن تخلو من الربا بشقيه ربا الديون أو ربا البيوع، على اختلاف أنواعه وتقسيماته.

والربا له كلفته على النشاط الاقتصادي فهو يعني تحميل أصحاب المشروع كلفًا إضافية، وكذلك فيه استغلال لحاجات الناس وظلمهم.

وبإسقاط الربا من النشاط الاقتصادي يكون الاقتصاد الإسلامي قد أسس لمبدأ المشاركة بين رأس المال وصاحب المشروع أو المستثمر الذي يحتاج إلى تمويل، وبذلك يكون قد قلل من كلفة رأس المال على المشروع فبدلا من أن تذهب سيولته لدفع أقساط الدّين وزيادتها الربوية يتحصل الممول على الأرباح بقدر مشاركته إن ربح المشروع وهو أدعى للعدالة.

وإذا كان هذا في شأن ربا الدّيون فإن ثمة انعكاس إيجابي آخر في تحريم الإسلام لربا البيوع المتعلق بتحريم الأصناف الربوية الستة حيث حرم الإسلام تبادلها بنفس جنسها إلا بقيود تتضمن المماثلة والفورية خشية أن تكون هذه الأصناف نفسها محلا للمضاربات والمقامرات فيصيب العنت والمشقّة الناس أو خشية الاحتكارات بين كبار التجار لسلع استراتيجية أساسية، وكذلك هناك بُعد اقتصادي بأن يكون التبادل من خلال النقد أو العملة المعتمدة وليست السلعة نفسها التي هي محل

للانتفاع وليست وسيلة أو معيارًا لتقييم الأثمان.

وقد حرّم الإسلام في سبيل كبح جماح الرّبا عددا من البيوع التي قد يتسلل من خلالها الربا مثل بيع العينة أو بيعتين في بيعة، وكذلك أكد على قيود صارمة في الصرف والتبادلات السلعية للأصناف الربوية وهذا كله يؤدي إلى تخصيص أمثل للموارد وتوجيه التبادلات التجارية بكلف أقل نحو حاجات المجتمع الحقيقية بحيث لا تكون مجالا لمحتكر أو عابث بسوق الناس.

المطلب الثامن: أخلاقيات اقتصادية:

أهم ما يُميّز الاقتصاد الإسلامي نظمه الأخلاقية التي تعلو على المادية الطاغية وبه يتمايز ويعلو في المجتمع ضمن أطر أخلاقية كريمة، وهو أخلاقي لأنه يقدّم القيم الأخلاقية ويُعلي من شأنها في جميع مراحل النشاط الاقتصادي.

فمن هذه الأخلاقيات إرساء قواعد العدل بالتعامل مع طرفي العقد، وعدم تغليب طرف على حساب طرف آخر، وبالتعامل الأخلاقي يكون التسامح والسماحة والرفق في التجارة، وقد دعت مبادئ الاقتصاد الإسلامي إلى التيسير على الناس حال عسرتهم المالية، يقول الله تعالى: "وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ، وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ، إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ". (البقرة/ 280).

وبالأخلاق يكون إعلام المستهلك بكافة عيوب السلعة، وعدم الإضرار بالبائع بكثرة تقليب سلعه أو فسخ عقد البيع دون مبرر، وبالأخلاق يتجنب الناس الظلم والحسد والكذب والتدليس والغرر لتمرير السلعة أو تسويقها.

وبسيادة أخلاقيات المسلم الاقتصادية وتجنب ما يعكر صفوها من غش وخيانة وإساءة أمانة فإنّ ذلك سينعكس على النشاط الاقتصادي إيجابا بحيث يغلب على السوق طابع المصداقية والثقة بين الناس، كما ستُعزز الأواصر الاجتماعية بين أفراد المجتمع ويؤسّس لعمل قائم على الثقة والأمانة والخلق الحسن.

كما أن أخلاقيات التعامل تقلل من الخصومات والقضايا والدعاوى في المحاكم والتنفيذ القضائي مما يوفر الوقت والجهد والمال على الأفراد والدولة وحتى المجتمع.

المطلب التاسع: التوازن بين مصلحة الفرد والمصلحة العامة.

وازنت مبادئ الاقتصاد الإسلامي بين مصلحة الفرد والمصلحة العامة، وأعطت للفرد حرية التملك وممارسة النشاط الاقتصادي بما لا يضرّ بالمصلحة العامة، وفي حال التعارض بينهما قدمت المصلحة العامة على الخاصة.

فالفرد له دوافعه ورغباته وما يراه محققًا لمصلحته الخاصة، وله حق الانتفاع بماله ما دام أن نشاطه الاقتصادي مباح، لكن ليس له حق استخدام ما يملك فيما يُسبّب الضرر للآخرين بذلًا أو

منعًا، تسويغًا يضرّ بمصلحة الجماعة، وليس له أن يستغل حاجة الناس؛ لذا فقد فرض عليه في هذه الحالة العمل بأجر المثل إن كان عاملًا أو صاحب حرفة، وإذا أصبح العمل فرض عين على أحد لمصلحة الجماعة فإنّه يتعين عليه ذلك ويأخذ أجر مثله دون زيادة أو نقصان.[10]

وقد يفرض على البائع بيع سلعته بسعر عادل يحقق العدالة له وللمستهلك، توازنًا بين مصلحتين ودفعًا لمضرة قد تلحق بالناس في حالات معينة.

وفي إقرار مبادئ الاقتصاد الإسلامي للموازنة بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة حفظ للحقوق وحماية للمجتمع من تغول مصالح أفراد على حقوقهم ومواردهم وخيراتهم، كما أن في ذلك حماية للأجيال ومواردها وثرواتها من أن ينفرد بها عدد من الأفراد ويستغلونها لمصلحتهم الخاصة.

ويجدر التأكيد على أن احترام المصلحة الخاصة بما لا تتعارض مع المصلحة العامة فيه تثبيت للحقوق وحماية للمشروع الخاص وتشجيع للمستثمر على بذل جهده لتحقيق منفعته بما تعود من إيرادات ووقيم مضافة على الاقتصاد والمجتمع.

المطلب العاشر: نظام الملكية الشامل:

فمبادئ الإسلام تمتاز بنظام ملكية فريد يحقق أهدافه ضمن جوانب ثلاث: فأولها: إقرار الملكية الخاصة واحترامها؛ فالملكية الخاصة مقدّرة ولها مكانتها واحترامها ما دام أنّها اكتسبت بطريق مشروع ويتصرّف بها صاحبها رشدًا دون أن يفقد أهليته العقدية بسفه أو جنون مصداقًا لقوله تعالى: "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا". (النساء/5)

وثمّة ملكيات يجب عدم المساس بها وتقدير منفعتها العامة وعدم التعدّي عليها أو احتكارها؛ نظرًا لمنفعتها التي تحقّقها لمجموع الأمّة، مثل الموارد الحيوية كالماء والطاقة والطرق وغيرها: كما جاء بحديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم: "المسلمونَ شُرَكاءُ في ثلاثٍ: في الماء، والكلأ، والنّار".[11]

وتسمى بالملكيات العامة وتديرها الدولة تبعًا لمنفعة الناس بما يحقق الخير والصلاح دون انتهاك حقّ الأمّة والأجيال بالتصرّف بها بغير مصلحة راجحة.

أما النوع الثالث من الملكيات: ملكية بيت المال التي يتصرّف بها الحاكم أو من ينوبه لتسيير أمور الناس اليومية ودفع رواتب الموظفين وإدارة ميزانية الدولة والتصرّف بها إيرادات ونفقات وفق أسس واضحة تحقق النفع العام للبلاد والعباد.

وعبر هذه الملكيات ذات الجوانب الثلاثة تتكامل المصالح المشروعة للأمة أفرادًا وجماعات، وتتحقق المنافع لأفراد المجتمع بمستوياتهم المختلفة.

كما أن هذا التنظيم للملكيات فيه تشجيع على عدالة التوزيع وضبط عملية نقل الأموال

والحيلولة دون انتفاع فئة في المجتمع من الموارد وحرمان أخرى منها، وهو يحدّ من تركز الثروات بيد فئة دون أخرى.

كما أن تشجيع الملكية الخاصة يعمل على تحفيز النشاط الاقتصادي؛ لأنه يقوي الدافع الشخصي للفرد للتنمية والاستثمار وبالتالي الربح والتملك وهذا ما تقره الفطرة، كما أن في اعتبار تملك الدولة فيه تكاملية الأدوار؛ فالدولة تتصرف وفق مصالح مجموع الناس كما أنها قد تسهم بمشروعات عامة ذات ربحية أقل من المشروع الخاص بسبب تعيّن قيامها به نظرا للحاجة الماسة له، كما أن الدولة قد يكون لها السبق في دفع عجلة النشاط الاقتصادي بالإسهام بمشروعات ذات أولوية بالتشارك مع المشروع الخاص تشجيعا أوتمويلا لما فيه نفع للبلاد والعباد.

المطلب الحادي عشر: التوازن بين المادية والروحية:

من المبادئ التي يرسّخها الإسلام الانطلاق نحو العمل والإنتاج وإعمار الدنيا والأخذ بكل الأسباب المادية المشروعة لذلك، إلا أنّه لم يغفل عن الجوانب الأخرى في حياة الناس بتعزيز الجوانب المعنوية والروحية من أداء حقّ المال من صدقات وزكوات وكذلك عدم جعل العمل والمال جلّ شأن الإنسان في الدنيا، يقول الله تعالى: "وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ الله الدَّارَ الْآخِرَةَ، وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا، وَأَحْسِن كَمَا أَحْسَنَ الله إِلَيْكَ، وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ، إِنَّ الله لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ". (القصص/77)

فالتوازن بين المادية والروحية في الاقتصاد الإسلامي يُؤصّل لشخصيات سوية متوازنة تُوائم بين الأسباب المادية في الحياة، وبين القيم الروحية الأخلاقية ممّا ينعكس إيجابا بتعزيز الروابط الاجتماعية بين أفراد المجتمع.

وقد أخذت الاعتبارات الروحية جانبا مهما في أسباب النشاط الاقتصادي في التاريخ الإسلامي فوجدت آلاف الأوقاف التي كان دافعها النفع العام والطمع بما عند الله من خير ومثوبة في الآخرة.

وإذا كانت النظرة المادية المجردة للقيام بالمشروع الخاص تتطلب الأخذ بعين الاعتبار الجدوى الاقتصادية وحجم المخاطرة والربحية وغيرها، فإن النظرة الروحية غير المادية قد تأخذ بعين الاعتبار الأجر بما عند الله أو تشغيل عدد كبير من الأفراد أو النفع العام لأبناء المجتمع المحلي وتنمية التجمعات السكانية البعيدة عن مراكز المدن أو عوامل أخرى قد تأخذ بعدا اجتماعيا بعيدا عن المادية الربحية البحتة.

المطلب الثاني عشر: الرقابة المزدوجة:

تمتاز مبادئ الاقتصاد الإسلامي أنّها جمعت بين الرقابة الدنيوية من تدقيق ومتابعة مالية وإدارية وأصول محاسبية من جهة، والرقابة الربانية الذاتية من جهة أخرى؛ ويقصد بالرقابة

الربانية تلك التي تنبع من الذات إيمانا وقناعة والتي تبغي عفو الله ورضوانه، يقول الله تعالى: "ما يَلْفِظُ مِن قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيد" (سورة ق/18)، ومن المؤمّل عند غرس القيم والسلوكيات الإيمانية في سوق المجتمع المسلم أن ينعكس ذلك على تعميق معاني الرقابة الربانية في السلوك الاقتصادي والابتعاد عن السلوكيات السلبية من فساد وغش وسرقة وغصب مال، وعدم إتقان العمل، وتجنب المماطلة في أداء الحقوق.

ولقد حضّت الآيات القرآنية النّاس على الخير ودعتهم إلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والأخذ على يد من يقوم بالمنكرات عموما ومنها أكل المال العام، يقول الله تعالى: "وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ، وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ" (آل عمران/104).

ولقد قام الصحابة رضوان الله عليهم بتفعيل نظام الحسبة للرقابة على الأسواق والسيطرة عليها وهو نظام وجهاز رقابي عام يهدف لمتابعة شؤون البلاد والعباد جلبًا للمصالح ودرءًا للمفاسد، وأكثر ما يبرز فيه نظام الحسبة الجانب الاقتصادي خاصة في الأسواق ابتداء من تنظيم شؤون الأسواق، ووضع القواعد المنظمة لعملها، وتعليمات العمل بها وتنظيم شؤون المهن ومراقبة مدى الالتزام بها.

ويترتب على تفعيل مبدأ الرقابة عدالة التصرّف بالمال العام ووجود قواعد وتعليمات وأنظمة دقيقة للتصرّف به لزيادة الضبط وتفعيل الرقابة، كما يترتب على ذلك الحفاظ على المناخ الإيجابي في الأسواق والسيطرة على أنظمتها وسير العمل بها.

وبتكامل نوعي الرقابة في الاقتصاد الإسلامي يتحقّق سموًا أخلاقيًّا ونجاحًا ماديًّا مُؤمّلًا في الأنشطة الاقتصادية.

المطلب الثالث عشر: عدالة في التوزيع:

تستهدف الاقتصادات حسن التوزيع للدخول والثروات كأحد أهم أهدافها الاقتصادية، ويتميز الاقتصاد الإسلامي بوجود عدّة مراحل توزيعية تؤدّي دورًا متميزًا في عملية التوزيع، الأولى من هذه المراحل: التوزيع التأسيسي أو الابتدائي المتعلق بنشأة التملك والقيود التي تحدّد ذلك مثل نقل الملكية بعقود معاوضات من خلال البيع أو عقود تبرعات كالهبة مثلًا، والمرحلة الثانية: التوزيع الوظيفي الذي يمثل توزيعًا للناتج المتحقّق من العملية الإنتاجية على المشاركين بها كلٌ بحسب إسهامه أو عمله من أجور أو ربح، ومن ثمّ المرحلة الثالثة: إعادة التوزيع التي تمثّل نقل الأموال والأملاك من فئة في المجتمع اكتسبتها بطرق وظيفية ومن ثمّ توزيعها إلى فئات أخرى في المجتمع على أسس غير وظيفية؛ ممّا يؤدّي إلى تفتيت الملكيات والأموال عبر وسائل مشروعة بعضها إجباري والأخرى منها طوعي، فمن أمثلة إعادة التوزيع الإجبارية: الميراث والزكاة، ومن الأنواع الطوعية:

الصدقات والوقف.

وتشكل هذه المراحل الثلاث إطارًا منسجمًا ومتكاملًا لنظام التوزيع في الاقتصاد الإسلامي لتحقيق الهدف الاقتصادي المتعلق بعدالة التوزيع.

ولا شك أنّ لهذه المراحل التوزيعية دورا مهما في تفعيل النشاط الاقتصادي وتحفيزه بما يحقق النفع العام للاقتصاد، فالتوزيع الابتدائي فيه تمليك لبعض الأصول على أساس العمل فهو يربط بين العمل والتمليك مثل إحياء الأرض الموات وهذا يؤدي إلى حسن توزيع للموارد دون حصرها بيد فئة، أما التوزيع الوظيفي فيتضمن تقسيما يراعي اشتراك رأس المال النقدي أو العيني مع العمل لتحقيق إضافة اقتصادية في البلاد، فيتم توزيع العوائد بناء على ما اتفق عليه، وهذا يشجع على التنمية والاستثمار ويزيد من الإنتاج وينشط الوضع الاقتصادي في البلاد بتشغيل العمالة وزيادة الصادرات والحدّ من تسرّب العملات الصعبة إلى خارج البلاد كما أنه يرفد موازنة الدولة بإيرادات الرسوم والضرائب المتحققة.

كما أن توزيع الناتج المتحقق من العملية الإنتاجية فيه تمليك لأرباح وأجور وعوائد لشرائح متعددة في المجتمع وهذا يؤدي إلى حسن توزيع للدخول والأرباح والثروات.

أما المرحلة الأخيرة والمهمة من التوزيع فهي إعادة التوزيع التي تتم على أسس غير وظيفية ويكون أساسها الحاجة فالزكاة والصدقات وحتى الكفارات توزع على أهل الاستحقاقات من مصارف مقررة أو مندوح لها من فقراء ومساكين وابن السبيل والغارمين وغيرها، وإعطاء الفقراء هذه الأموال إن تم على نطاق واسع معناه تنشيط الأسواق ودفع عجلة الإنتاج فهم يميلون إلى الطلب على السلع الأساسية أو الحاجيات الرئيسة وهو ما يحرك السوق مما يدفع المنتجين لعرض مزيد من إنتاجهم فتدور حركة المصانع وتتكامل الدورة الإنتاجية ويتحقق التوزيع بأحسن صوره.

المطلب الرابع عشر: سوق خالٍ من الاحتكاروالغش:

حرم الإسلام الغش لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ: أَنَّ رَسُولَ الله -صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قَالَ: "مَنْ حَمَلَ عَلَيْنَا السِّلَاحَ فَلَيْسَ مِنَّا، وَمَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا"[12]، وقد نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن النجش والتصرية..."[13] وهي الغش عند بيع الإبل أو الغنم؛ بجعلها تجمع اللبن في ضرعها لبيان خيرها وإيهام المشتري بأنّ هذا هو وضعها الطبيعي.

كما حرّم الإسلام الاحتكار بمختلف صوره وأشكاله؛ لما فيه من إضرار بالناس وإخلال بالتراضي وأكل أموال الناس بالباطل؛ والاحتكار بالمعناه الواسع حبس ما يحتاج الناس إليه بهدف رفع الأسعار بما يلحق بهم الضرر والأذى، عَنْ مَعْمَرِ بْنِ عَبْدِ الله، عَنْ رَسُولِ الله -صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: "لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ"،[14]

والاحتكار يؤدي إلى رفع أسعار السلع والخدمات وحرمان بعض الناس منها، فالسوق التي تسعى إليها مبادئ الاقتصاد الإسلامي غير متحيزة لفئة من أرباب مصالح أو مستفيدين من الإضرار بالناس، ولا تتعرض أركانه لعبث محتكر يسيطر على أقوات الناس وحاجاتهم الأساسية.

فالتشريعات الإسلامية تؤسس لنشاط اقتصادي بعيدٍ عن كل ما يمسّ استقراره من تصرفات تفقد المصداقية وتؤثر على التعامل بين الناس، وتسعى مبادئ الاقتصاد الإسلامي إلى الحفاظ على بنية السوق في منأى عن الإخلال بالحقوق التعاقديّة أو الانتقاص من مبدأ التراضي بين الناس أو شيوع الغش وعدم المصداقية في البيوع بما يحرف بوصلة المعاملات عن حقيقتها وبالتالي يؤدّي إلى فقدان الثقة بالسوق.

كما أنّ بنية السوق المأمولة في اقتصاد إسلامي مبنيّة على الوضوح والمعلومية وحرية دخول البضائع والمنتجات دون احتكار أو تحكّم من مجموعة تستأثر بالتعاقدات لتحقيق مكاسب ذاتية، أو احتكار مجموعة فنّيين للقطاع الخدمي بمجالات معينة تتعيّن فيها حاجات الناس من خلال رفع أجورهم أكثر من أجر المثل في السوق.

وفي التزام المتعاملين في السوق بالقيود التي وضعتها التشريعات فإن ذلك يؤدي إلى شيوع مناخ إيجابي في السوق وزيادة النشاط الاقتصادي فيه وتجنّب كل ما يمسّ استقراره أو الإخلال بمصداقيته أو يقلل من الاطمئنان عند التعامل فيه.

المطلب الخامس عشر: استهلاك معتدل بعيدًا عن السرف والمخيلة (وسطية الإنفاق):

تشدّد التشريعات الإسلامية على وسطية الاستهلاك واعتداله، وضرورة الإنفاق المرتبط بالحاجات الأساسية وتحقيق قدر من الرفاه دون سرف أو مخيلة أو كبر، يقول الله تعالى: "وَآتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا، إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا". (الإسراء/26-27)

فالاستهلاك الإيجابي الذي يشبع فيه المرء حاجته ويقدّم فيه حق الله بهذا المال: هو طاعة يتقرب بها إلى الله؛ فبهذا الاستهلاك يشبع ضروراته وحاجاته كما أنّ الإنفاق الخيري سواء الطوعي منه من صدقات أو الجبري منه كالزكاة هو إنفاق له أثره الإيجابي المحمود في نفوس أصحابه وفي قلوب متلقيه وفي بنية المجتمع وتماسكه.

والاستهلاك الإيجابي بعيدا عن السرف يُعين على حسن الادخار وبالتالي زيادة الاستثمار مما يؤدي إلى زيادة النشاط الاقتصادي وتنمية المال بما يحقق العمالة وتثمير المال مما ينعكس إيجابا على المجتمع.

وفي الإنفاق على الفقراء والمحتاجين من أموال وتمليكهم ما يقيتهم في الحياة أو تأمين فرص

عمل لهم من الأموال المتبرع بها فيه توجيه الإنفاق لطرقه الصحيحة بعيدا عن السرف والمخيلة، وتمليك المال للفئات ذات الميل الحدي الأعلى للاستهلاك من فقراء ومحتاجين، وهذا يؤدي إلى زيادة الاستهلاك مما ينشط الإنتاج والاستثمار الأمر الذي يؤدي إلى تحريك عجلة الاقتصادات الوطنية.

المطلب السادس عشر: الضمان الاجتماعي:

تتكفّل الدولة في اقتصاد إسلامي بوجود ضمان اجتماعي شامل للأفراد يكفل لهم عيشة كريمة خاصّة عند كبر سنّهم، فالرفاه في المجتمع المسلم يكون بتحقيق الأمان النفسي والاكتفاء المادي لكل فرد ابتداءً من تأمين عمل مناسب لمهاراته وقدراته ومؤهلاته وميوله وظروف العمل المناسبة، ثمّ تحقيق التأمين الصحي والمزايا الوظيفية التي توفر له حدّ الكفاية الذي يكفيه حاجاته ويُؤمّن له رفاهيته ضمن الحياة المعيشية بحيث لا يُصيبه عنت ولا مشقة، وكذلك توفير الإعانة للعاجز والفقير واليتيم، وتتجسّد معاني الضمان الاجتماعي في المجتمع بتحقيق حزمة من المعونات للفقراء والمساكين وتوفير راتب الإعالة المناسب للمتقاعدين والمرضى وذوي الاحتياجات الخاصة مع رعايتهم صحيًا ونفسيًا واجتماعيًا.

فالدولة ممثلة بالحاكم والمسؤولين، تقع عليهم المسؤولية بتوفير عيشة كريمة لرعاياهم وتحقيق حد الكفاية لهم: يقول النّبي -صلى الله عليه وسلم-: "ألا كلكم راع، وكلكم مسئول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راع، وهو مسئول عن رعيته، ...".[15]

وحين تتبني الدولة لفكرة الضمان الاجتماعي للمواطنين فإنّ لذلك انعكاسا إيجابيا على النشاط الاقتصادي من حيث تحريك عجلة الاقتصاد وسيادة الثقة والأمان النفسي في الأسواق.

كما أن إقرار مبدأ الضمان الاجتماعي من قبل الدولة لأفرادها يستوجب إدارة الشأن الاقتصادي بالتعاون مع القطاع الخاص وتوفير المناخ الإيجابي للاستثمار وحماية الصناعات الاستراتيجية وتشجيعها، كما أن إقرار مبدأ الضمان الاجتماعي يؤكد على دعم الأفراد في حال العجز أو الظروف الطارئة والقيام بقضاء مصالحهم وحاجاتهم، بل إن النبي صلى الله عليه وسلم قدم ضمانا للأفراد كان مثالا للبشرية بسداد الدولة دين المتوفى الذي استغرقت الديون أمواله فعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ الله -صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، كَانَ يُؤْتَى بِالرَّجُلِ الْمَيِّتِ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، فَيَسْأَلُ: "هَلْ تَرَكَ لِدَيْنِهِ مِنْ قَضَاءٍ؟" فَإِنْ حُدِّثَ أَنَّهُ تَرَكَ وَفَاءً، صَلَّى عَلَيْهِ، وَإِلَّا، قَالَ: "صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ"، فَلَمَّا فَتَحَ الله عَلَيْهِ الْفُتُوحَ، قَالَ: "أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، فَمَنْ تُوُفِّيَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ، وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ".[16]

المطلب السابع عشر: إدارة اقتصادية راشدة:

أحد أدوار الدولة المهمة في اقتصاد إسلامي تتمثل بالتخطيط الاقتصادي الاستراتيجي الذي

يفضي إلى تحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة بإدارة حصيفة شفافة تبتعد عن الفساد والمحاباة والمحسوبيات بوعي وإتقان، ومن أهم خصائص هذه الإدارة تمكين الكفؤ للقيام بدوره، وحسن إدارة الشأن العام برشد.

والإدارة المؤمنة واعية تسير في هدي مستقيم وفي طريق قويم تخطط لغدها كما تخطط ليومها لذا فهي تسير في خط مستقيم نحو رفعتها وعزها وأهدافها الدينية والدنيوية وهي تتمثل قوله تعالى: "أَفَمَن يَمْشِي مُكِبًّا عَلَىٰ وَجْهِهِ أَهْدَىٰ أَمَّن يَمْشِي سَوِيًّا عَلَىٰ صِرَاطٍ مُّسْتَقِيم". (الملك/22)

فالإدارة الواعية في اقتصاد إسلامي تعمل على شمولية مكونات النظم الإسلامية وتكامليتها المادية والمعنوية لتحقيق الأهداف الاقتصادية المستهدفة.

وإذا تمتعت الإدارة المستمدة من قيم ومبادئ الاقتصاد الإسلامي بالرشد والنظام والوعي والتخطيط فإن ذلك سينعكس على النشاط الاقتصادي تنظيما وأداء وإدارة لما فيه مصلحة البلاد والنفع العام لأفراد المجتمع.

والإدارة الاقتصادية الراشدة تعني تولية الصالحين والأقوياء في الشأن الاقتصادي ومتابعة الأداء والحزم بمحاسبة الفاسدين ومكافأة الناجحين ووضع التشريعات والقوانين والتعليمات الاقتصادية المرنة التي تحفز الاقتصاد لحسن الأداء، وهذا كله يؤدي إلى توفير أجواء إيجابية للنشاط الاقتصادي.

المطلب الثامن عشر: حرمة المال واحترامه:

أعطت مبادئ الاقتصاد الإسلامي للمال حرمته من أن يمسّه أحد بسوء أو يعبث به أحد، يقول الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ، إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا" (النساء/29)؛ فالمال له حرمته واحترامه دون أيّ غصب أو تسلط أو استغلال أو مصادرة من أي أحد ما دام أنه اكتسب بطريقة مشروعة وينفق بطريقة مشروعة.

وهذا أعطى للمواطن في المجتمع المسلم حق التملك والكسب، وحرّره من مخاوف التعدّي على ماله وحقه، وجعل له حرية التصرّف المالي ما دام أنه يعمل ضمن الضوابط الشرعية.

ولم يترك النبي صلى الله عليه وسلم مناسبة عظيمة تمر كالحج دون أن يذكر بخطبته الشهيرة بحرمة المال ومنع اغتصابه وحصانته من العبث، والتأكيد على حقوق التملك وحقوق الأخوة، مشيرًا إلى ذلك بتوجيه صارم: "فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا، فَلْيُبَلِّغِ الشَّاهِدُ الْغَائِبَ".[17]

ولقد حرّم الإسلام كل ما يؤدّي إلى الكسب غير المشروع بل إنه حرم كل نشاط اقتصادي قائم على اختراق التراضي ويؤدي إلى الظلم ويخل بالعدالة كأكل أموال الناس بالباطل و بيعه على بيع غيره، كما جاء بالحديث: "..وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَكُونُوا عِبَادَ الله إِخْوَانًا الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، لَا يَظْلِمُهُ وَلَا يَخْذُلُهُ.... كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، دَمُهُ، وَمَالُهُ، وَعِرْضُهُ".[18]

وبتأكيد مبادئ الاقتصاد الإسلامي لحرمة المال ومنع التعدي عليه فيه تثبيت للحقوق وتحصين لأموال الناس من التعدي عليها، مما يعطي للمرء راحة نفسية واطمئنان وحرية للانطلاق في ممارسة النشاط الاقتصادي الذي يناسبه ويحقق له تنمية لماله وأملاكه.

وإذا ما تمكن المرء من تنمية ماله فإنه سيرفد ميزانية الدولة بعائدات تعود عليها بالنفع العام كما أن وعاء الزكاة سيتسع فيعطي للفقير مما أعطاه الله زكاة وصدقة وأعمال خير وهذا كله يعود على المجتمع بكل خير.

وقد حرصت مبادئ الإسلام على الأمن الاقتصادي وهذا يفضي إلى حفظ الحقوق واستقرار العقود والمعاملات المؤدي للأمن الاجتماعي؛ لما فيه من إرساء معاني المحبة والإخاء والبعد عن الظلم والتحاسد والخلاف والنزاع والظلم.

المطلب التاسع عشر: حرية اقتصادية موزونة:

فالنظام الاقتصادي في الإسلام أعطى للإنسان حق اختيار عمله ومساره الوظيفي وطرق تعامله التجاري والاقتصادي ما دام أنه يعمل ضمن الإطار المشروع ولا يتعدى على حقوق الآخرين ولا يتعارض ما يقوم به مع مصلحة الأمّة وحقوقها، ودون استئثار بحقوق غيره أو بمورد عام أو بحق مرتبط بغيره.

فالاقتصاد الإسلامي ذو حرية مقيدة بالخير للمجتمع وشمول النفع وتحقيق مصلحة الفرد والجماعة، بل إنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- يقول: "لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ الله بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ"[19]، وفي ذلك حثّ على هدم الحواجز التي تحول بين المسلم وحريته الاقتصادية وعلمه بأحوال السوق، وفيه تخلية بينه وبين حقه بممارسة نشاطه الاقتصادي في السوق دون تحكم أو وساطات تعيق عمله.

وفي تقرير الإسلام للحرية المتوازنة دفعٌ للتاجر إلى الإبداع والعمل بعيدًا عن التحكم وأي ممارسات احتكارية تحدّ من حرية الآخرين أو تتعدى على مصالحهم.

وقد تميزت مبادئ الاقتصاد الإسلامي بالمواءمة بين الحرية المطلقة التي تمارسها أنظمة اقتصادية من جهة وتقييد مطلق مارستها أنظمة من جهة أخرى، وقد كانت المواءمة عبر إطلاق يد المستثمر بالنشاط الاقتصادي دون إضرار بالآخرين أو هضم حقوق الناس أو إفساد بالأرض أو

احتكار أو تعدي على حقوق غيره أو التحكم بسلع استراتيجية أو السيطرة على الموارد الأساسية.

وكذلك إعطاء المستثمرين حق اختيار القطاع الاستثماري الذي يناسبهم وطرق الاستثمار بما يشجع إبداعهم ويحفزهم على الإنتاج، وقد تقوم الدولة بتشجيعهم أو توجيههم لمجالات استثمارية يحتاجها المجتمع وتشبع حاجات الناس.

فالحرية التي ينادي بها الاقتصاد الإسلامي هي تلك الحرية التي تحقق مصلحة المستثمر والمستهلك والعامل دون أن تطغو فئة على أخرى بإعلاء مصلحة المجتمع وبما يشكل إضافة للاقتصاد الوطني.

المطلب العشرون: التراضي في المعاملات:

فقد أسس العقد في الاقتصاد الإسلامي على التراضي بعيدًا عن أيّ ممارسة تمسّ حرية المتعاقد وتؤدي إلى فقدانه أي حق من حقوقه، وقد أكدت التشريعات على منع أكل أموال الناس بالباطل، مشددة على أن انتقال ملكية المال تستوجب التراضي، يقول الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوالَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ..." (النساء/29)

كما أسّس النظام العقدي على التراضي والوضوح مع رفض أي ممارسة يشوبها الإكراه أو التهديد؛ لذا فإنّ من المبادئ العقدية المهمّة سلامة العقود من الإكراه المفضي إلى فقدان المتعاقد اختياره التعاقدي؛ مما يخلّ بالميزان العقدي فيبطله ويفقده أركانه.

أحد سبل التراضي في المعاملات الوضوح والصّدق في بيان حال السلعة من قبل البائع، وكذلك الصّدق من طرف المشتري بأداء العِوض، وبيان حاله إن كان نقدًا أو مقايضة سلعة مقابل سلعة، فهو أدعى للتراضي والبركة في البيع: عَنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ الله -صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَتَمَا وَكَذَبَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا".[20]

وعندما تقرر مبادئ الاقتصاد الإسلامي ضرورة التراضي ورفض الإكراه فإنها تؤكد على حماية المال الخاص واحترامه وصيانته من العبث، ومنع الاستيلاء عليه بغير حق وهذا ما يحقق استقرار العقود وسلامة الإجراءات، كما أن في إقرار التراضي ومنع الإكراه أثر كبير في تأصيل مبدأ عظيم في الاقتصاد الإسلامي ألا وهو استقرار الحقوق وتوازن العقود وحفظ الأموال ونقل الملكيات بالتراضي دون إكراه أو احتيال، ومنع التسلط على حقوق الناس غصبا بغير حق، وتحقيق قاعدة المعاوضات القائمة على التراضي بين طرفي العقد ومنع الإكراه وأخذ المال حياءً.

تقرير مبادئ الاقتصاد الإسلامي هذه القيم يؤدي إلى غرس الطمأنينة والثقة والأمانة في كافة مراحل النشاط الاقتصادي وهو ما يبعث على النماء والتطور بما يحقق مصلحة الاقتصادات

الوطنية.

المطلب الحادي والعشرون: الاهتمام بالحفاظ على الموارد:

من القواعد الأصيلة التي يتجه إليها التشريع الإسلامي الحفاظ على الموارد، خاصة تلك التي يشترك بها عموم الناس وتتعلق بها حاجاتهم ومصالحهم، وقد أكّدت النصوص النبوية على الاشتراك المجتمعي ببعض الموارد وحرمة احتكارها والعبث بها، يقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْمَاءِ وَالْكَلَأِ وَالنَّار"[21]، فلا يجوز لفئة أن تتعسّف في استعمال هذه الموارد بما يُحقّق مصالحها الشخصية فقط؛ فالحديث الشريف واضح في التأكيد على فكرة الاشتراك في هذه الموارد البيئية، لكن هذا في المباح العام، وليس فيما كان محرزًا أو ملكاً للغير كالملكيات الخاصة.

كما أكّدت التشريعات على أهمية الحفاظ على الموارد وعدم هدرها ووصول غاية الانتفاع منها: فقد مَرَّ النَّبِيُّ -صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- بِعَنْزٍ مَيِّتَةٍ، فَقَالَ: "مَا عَلَى أَهْلِهَا لَوِ انْتَفَعُوا بِإِهَابِها"[22]، فهنا يحضّ النبي -صلى الله عليه وسلم- على الانتفاع بجلد شاة على الرغم من كونها ميتة وحض على الإفادة منه وعدم إهماله، وهذا فيه دلالة على الانتفاع من المخلفات حتى لو كانت من المهملات، وقوله "هَلَّا اسْتَمْتَعْتُمْ بِإِهَابِهَا" تفيد لوم هؤلاء الصحابة؛ لأنّهم لم يقوموا بالاستفادة من شيء قد يُشكّل لهم منفعة مُضافة لمقتنياتهم.[23]

كما أكّدت مبادئ الاقتصاد الإسلامي على تنمية الموارد ومنع تعطيلها واستنزافها والعبث بها وهدرها؛ ممّا يتسبّب بفقدان منافع مرغوبة وتضييع لمصالح متوقعة.

إن تعميم هذه القيم والتأكيد عليها في ظل اقتصاد إسلامي يعني تشجيع عدد من الصناعات والمجالات الإنتاجية التي تعمل على الحفاظ على الموارد كصناعات تدوير المخلفات أو إعادة تصنيعها أو إعادة استخدامها أو التقليل ما أمكن من استخدام الموارد الخام.

وقد تتطور الصناعات داخل الدولة بخطة استراتيجية قائمة على الاقتصاد الدائري أو الاقتصاد الأخضر بما يشجع على المحافظة على البيئة ويقلل من التلوث ويجنب الموارد استنزافا غير مشروع.

كما أن دعوة مبادئ الاقتصاد الإسلامي للحفاظ على الموارد يعني امتداد الموارد الزمني وتجددها بما يكفل حفظها والتأكيد على حمايتها للأجيال المتعاقبة دون أثرة أو أنانية من الإدارات الحالية للدول، وهذا يرتب على المشرع وضع قوانين تربط التصرف بالموارد بقيود تمنع استنزافها أو استخدامها بشكل جائر وبما يحقق المصالح الراجحة للأمة ويؤكد على أن النشاط الاقتصادي المرتبط بها يجب أن يكون منوطا بهذه المصالح.

وتأكيدا على الحفاظ على الموارد فقد قيد التملك ببعض أنواعها بمدى عمارتها والانتفاع منها وتحقيق إضافة للمجتمع والفرد ولا يكون تملكها بغرض الاكتناز والاحتكار عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ الله عَنْهَا، عَنِ النَّبِيِّ -صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قَالَ: "مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ"، قَالَ عُرْوَةُ: "قَضَى بِهِ عُمَرُ رَضِيَ الله عَنْهُ فِي خِلاَفَتِهِ"[24]، "وَرَأَى ذَلِكَ عَلِيٌّ فِي أَرْضِ الخَرَابِ بِالكُوفَةِ مَوَاتٌ، وَقَالَ عُمَرُ: "مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ"، وَيُرْوَى عَنْ عَمْرِو بْنِ عَوْفٍ، عَنِ النَّبِيِّ -صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- وَقَالَ: "فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ فِيهِ حَقٌّ"[25].

فالمورد هو حق عام ما لم يخصص لمنفعة غير مقصود منها اكتناز أو تنفيع وبشرط أن يكون هناك نشاط اقتصادي يشكل إضافة للمجتمع، وإذا ما ثبت أن الأرض أخذت دون عمارتها ورعايتها فللحاكم استردادها.

الخاتمة:

خلصت الدراسة إلى تحديد عدد من الأسس الرئيسة للاقتصاد الإسلامي ودراسة أثرها على النشاط الاقتصادي، من هذه الأسس: **الواقعية:** فالاقتصاد الإسلامي تفرض واقعيته إيجاد حلول لمشاكل الناس الاقتصادية وهذا يجعله أكثر قربا من النشاط الاقتصادي الذي يحقق الفائدة للمجتمع، ومن أسسه أيضا: **استبعاد النشاط المحرم من النشاط الاقتصادي:** فقد حرم الإسلام عددًا من الممارسات التعاقدية كالربا والقمار، كما أنّه حرم ما قد يتخلّل العقد أو يلحقه من أفعال مثل الغش والتدليس والغرر، وهذا يعطي الثقة والمصداقية للنشاط الاقتصادي ويوجهه إلى مصالح المتعاقدين. ومن أسس الاقتصاد الإسلامي **التكافل الاجتماعي:** فالإسلام في تشريعاته عظّم معاني التكافل في المجتمع عبر شبكة من التشريعات والأنظمة والعقود مثل عقود التبرعات من زكاة ووقف وصدقات وهبات، كذلك التشريعات المتعلقة بالنفقة ونظام العاقلة والتواصي بالجيران. وهذا يؤكد على الترابط بين أفراد المجتمع والتعاون الإيجابي في النشاط الاقتصادي.

ومن أسس الاقتصاد الإسلامي طبيعته **العالمية:** ولهذا جاء بأحكام كلية ومبادئ عامة تتناسب مع كل مكان وزمان، وجمع بين الثبات والمرونة والتطوّر والأصالة، ومن أسسه أيضا: **إسقاط الربا من النشاط الاقتصادي:** وهو أمر في غاية الأهمية حيث رفضت الشريعة الربا بيوعا أو ديونا أو ما قد تحتويه العقود من معاملات ربوية أو غير ذلك؛ وبتحريم الربا وما يسبّبه للنشاط الاقتصادي من إشكالات، فإن الاقتصاد الإسلامي يكون قد وجّه المال لغاياته الحقيقية تعاملا وتداولا ومنع الاستغلال لحاجات الناس وحفز على التشاركية بالمخاطرة.

ومن أسس الاقتصاد الإسلامي أنه **أخلاقي** فهو يقدّم القيم الأخلاقية ويُعلي من شأنها في جميع مراحل النشاط الاقتصادي، ويمتاز الاقتصاد الإسلامي كذلك **بالتوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة:** لكنه يقدم مصلحة المجتمع عند التعارض، وهذا ينعكس إيجابا على النشاط الاقتصادي بحماية حقوق الأغلبية في المجتمع مع عدم تجاهل حقوق الأفراد، ومن الأسس أيضا **نظام الملكية الشامل**: فمبادئ الإسلام تمتاز بنظام ملكية فريد يحقق أهدافه ضمن جوانب ثلاث: فأولها: إقرار الملكية الخاصة واحترامها: واحترام الملكية العامة وملكية الدولة وكل التصرفات منوطة بتحقيق المصالح للأمة.

كما تمتاز أسس الاقتصاد الإسلامي بأنها توازن بين **المادية والروحية** وكذلك تحث على **وسطية الاستهلاك** واعتداله وضرورة الإنفاق المرتبط بالحاجات الأساسية وتحقيق قدر من الرفاه دون سرف أو مخيلة أو كبر، كما دعت أسس الاقتصاد الإسلامي إلى **الضمان الاجتماعي:** من قبل الدولة؛ بمعنى أن الدولة تتكفّل في اقتصاد إسلامي بوجود ضمان اجتماعي شامل للأفراد يكفل لهم عيشة كريمة خاصّة عند كبر سنّهم، فالرفاه في المجتمع المسلم يكون بتحقيق الأمان النفسي والمادي لكل فرد من تأمين عمل مناسب لمهاراته وقدراته ومؤهلاته وميوله وظروف العمل المناسبة.

كما أعطت أسس الاقتصاد الإسلامي **للمال الخاص حرمته من أن يمسّه أحد أو يعبث به أحد**؛ فالمال الخاص له احترامه ولا يسمح بأيّ اعتداء عليه أو سرقة أو مصادرة من أي جهة كانت ما دام أنه قد اكتسب بطريقة مشروعة وينفق بطريقة مشروعة، ومن الأسس كذلك اختيار الاقتصاد الإسلامي منهجا معتدلا بين المدارس الاقتصادية بتبنيه: **حرية اقتصادية موزونة:** فقد أعطى للإنسان حق اختيار عمله ومساره الوظيفي وطرق تعامله التجاري والاقتصادي ما دام أنه يعمل ضمن الإطار المشروع، ولا يتعدى على حقوق الآخرين ولا يتعارض ما يقوم به مع مصلحة الأمّة وحقوقها.

ومن الأسس الأصيلة التي يتجه إليها التشريع الإسلامي **الحفاظ على الموارد**، خاصة تلك التي يشترك بها عموم الناس وتتعلق بها حاجاتهم ومصالحهم، وقد أكّدت النصوص النبوية على

الاشتراك المجتمعي ببعض الموارد، وحرمة احتكارها والعبث بها.

كما أكدت أسس الاقتصاد الإسلامي على **التراضي في المعاملات**؛ فقد بُني العقد في الاقتصاد الإسلامي على التراضي بعيدًا عن أيّ ممارسة تمسّ بحرية المتعاقد وتؤدي إلى فقدانه أي حق من حقوقه، كما أكدت على **عدالة التوزيع للدخول والثروات** كأحد أهم أهدافها الاقتصادية، ويتميز الاقتصاد الإسلامي بوجود عدّة مراحل توزيعية تؤدّي دورًا متميزًا في عملية التوزيع.

وذكرت الدراسة كذلك عددا آخر من الأسس المتينة للاقتصاد الإسلامي مثل: **ربانية المصدر، والشمول:** حيث يشمل النظام الاقتصادي جميع جوانب الحياة لتشكل جميعها لوحة متكاملة لنظام اقتصادي مجتمعي شامل، وكذلك **الرقابة المزدوجة** من رقابة دنيوية ورقابة ربانية ذاتية، ومن الأسس أيضا **إدارة اقتصادية راشدة، وسوق خالٍ من الاحتكار والغش والغرر والإكراه.**

الهوامش:

[1] انظر بتوسع: السبهاني، عبدالجبار، الوجيز في الفكر الاقتصادي الوضعي والإسلامي، الأردن، دار وائل للنشر، 2000، ص 15 .

[2] حطاب، كمال، منهجية البحث في الاقتصاد الاسلامي وعلاقته بالنصوص الشرعية، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الاقتصاد الإسلامي، م16، ع 2، ص 3-40، 2003 ، ص 9.

[3] هذا تعريف اختاره الدكتور عبدالجبار السبهاني من مقال له: بعنوان: تعريف الاقتصاد الإسلامي نشر على موقعه الشخصي: https://www.al-sabhany.com/

[4] الفنجري، محمد شوقي، الوجيز في الاقتصاد الإسلامي، مصر، دار الشروق، الطبعة الأولى ، 1994، ص12.

[5] السالوس، علي، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة- قطر، مؤسسة الريان، لبنان، 1998، (36/1).

[6] رواه أحمد، مسند أحمد، أحاديث رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، حديث أبي حميد الساعدي، الحديث: 23605، (19/39)، صحّحه شعيب الأرنؤوط.

[7] رواه النسائي، كتاب البيوع، بيع ما ليس عند البائع، الحديث: 4612 ، (7/ 288) ، حكم الألباني: حسن صحيح.

[8] السالوس، علي، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة- قطر، مؤسسة الريان، لبنان، 1998، (43/1) .

[9] الهرش، نافذ، أثر دعائم نموذج التطوير خُماسي الأبعاد في التغلب على المعوقات الداخلية والخارجية للمصارف الإسلامية، مجلة بيت المشورة، مجلة دولية محكمة، قطر، اكتوبر 2019، العدد (11).

[10] السالوس، علي، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، الدوحة، دار الثقافة، مؤسسة الريان، 1998، ص 35 .

[11] رواه أبو داود، السجستاني، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب منع الماء، الحديث: 3477، (344/5) . وإسناده صحيح.

[12] رواه مسلم، كتاب الإيمان، بَابُ قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا"، الحديث: 101 ، (99/1) .

[13] رواه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، الحديث: 1515، (1155/3).

[14] رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، الحديث: 1605، (1228/3).

[15] رواه مسلم، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل، وعقوبة الجائر، والحث على الرفق بالرعية، والنهي عن إدخال المشقة عليهم، الحديث: 1829، (1459/3).

[16] رواه مسلم، كتاب الفرائض، بَابُ مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، الحديث 1619، (1237/3).

[17] رواه مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات بَابُ تَغْلِيظِ تَحْرِيمِ الدِّمَاءِ وَالْأَعْرَاضِ وَالْأَمْوَالِ، الحديث: 1679، (1306/3) .

[18] رواه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، بَابُ تَحْرِيمِ ظُلْمِ الْمُسْلِمِ، وَخَذْلِهِ، وَاحْتِقَارِهِ وَدَمِهِ، وَعِرْضِهِ وَمَالِهِ، الحديث: 2564، (4/ 1986).

[19] رواه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، الحديث: 1522، (1157/3) .

[20] رواه أبو داود، أبواب الإجارة، باب في خيار المتبايعين، الحديث: 3458 ، (273/3)، خرّجه الألباني: حسن صحيح.

[21] رواه أبو داود وإسناده صحيح، السجستاني، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق وتعليق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قرابيلي، دمشق، دار الرسالة العالمية، 2009، كتاب البيوع، باب منع الماء، الحديث: 3477، (344/5).

[22] رواه البخاري، كتاب الذبائح والصيد، بَابُ جُلُود المَيْتَة، الحديث: 5532 ، (96/7).

[23] النَّحَّاس، أبو جعفر، المرادي النحوي، عمدة الكتاب، المحقّق: بسام عبد الوهاب الجابي، الناشر: دار ابن حزم، الجفان والجابي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1425هـ- 2004م، (183/1). وفي معجم المعاني الجامع (الكتروني): فرق بين ورود "هلاّ" بعد فعل ماض أو فعل مضارع.

[24] رواه البخاري، واشتهر بلفظ: "مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فهي لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ"، رواه في كتاب المزارعة، باب مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا، الحديث: 2335 ، (106/3). كما رواه أبوداود في سُننه، كتاب الخراج، باب في إحياء الموات، الحديث: 3073، (680/4).

[25] (لعرق ظالم) أي: ليس لمن غرس في أرض غيره بدون إذنه حقّ في إبقاء ما غرس؛ لأنّه ظالم ومتعدّ في غرسه. (تعليق مصطفى البغا).

المراجع:

* البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، شرح وتعليق: مصطفى البغا، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.

* حطاب، كمال، منهجية البحث في الاقتصاد الاسلامي وعلاقته بالنصوص الشرعية، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الاقتصاد الإسلامي، م16، ع 2، ص 3-40، 2003 .

* حنبل، أبو عبد الله أحمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقّق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد وآخرون، إشراف: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ-2001م.

* السالوس، علي، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة- قطر، مؤسسة الريان، لبنان، 1998

* السهاني، عبدالجبار، الوجيز في الفكر الاقتصادي الوضعي والإسلامي، الأردن، دار وائل للنشر، 2000،

* السجستاني، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق وتعليق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قرابيلي، دمشق، دار الرسالة العالمية، 2009،

* الفنجري، محمد شوقي، الوجيز في الاقتصاد الإسلامي، مصر، دار الشروق، الطبعة الأولى ، 1994.

* مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1954.

* النَّحَّاس، أبو جعفر، المرادي النحوي، عمدة الكتاب، المحقّق: بسام عبد الوهاب الجابي، الناشر: دار ابن حزم، الجفان والجابي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1425هـ- 2004م،

* النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، المجتبى من السنن (السنن الصغرى)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، الطبعة الثانية، 1406هـ- 1986م.

* الهرش، نافذ، أثر دعائم نموذج التطوير خُماسي الأبعاد في التغلب على المعوقات الداخلية والخارجية للمصارف الإسلامية، مجلة بيت المشورة، مجلة دولية محكمة، قطر، اكتوبر 2019 .

* مواقع الانترنت: السبهاني، عبدالجبار، تعريف الاقتصاد الإسلامي ، تاريخ الاطلاع 20-4-2020 ، الرابط الالكتروني: https://www.al-sabhany.com/index.php/articles/islamic-economy-definition

journal of legal and economic research | Volume:03/ N°:01 (2020), p634-650

Protecting electronic money from money laundering in Algeria

حماية النقود الالكترونية من تبييض الأموال في الجزائر

* **Salima BOUAKAZ, Doctorate Student**
University of Larbi Tebessi- Tebessa, Algeria
salima.bouakaz@univ-tebessa.dz

Send Article Date: 27/02/2020 Date of acceptance of the article: 09/05/2020

****

Abstract:

Electronic money plays an important role in e-commerce, facilitating e-marketing operations without the need for mobility, thanks to the tremendous development of information and communication technology. However, despite these advantages, new challenges have emerged. Money laundering, which turned it from a tool to activate e-commerce into a tool to commit crime, all of which led to the need to devote the principle of protection of this method both in public texts or private as well as technical protection of financial systems.

Key words: Electronic Money - Electronic Commerce Law - Money Laundering - Protection.

ملخص:

تقوم النقود الالكترونية بدور مهم في مجال التجارة الالكترونية، حيث تسهل عمليات الوفاء لعمليات التسويق الالكتروني دون الحاجة للتنقل، وهذا بفضل التطور الهائل لتكنولوجيا المعلومات والاتصال، إلا انه وبالرغم من هذه المزايا التي توفرها، فقد أفرزت تحديات جديدة تتمثل في استخدامها بشكل غير مشروع لارتكاب جرائم تبييض الأموال، ما جعلها تتحول من وسلة لتفعيل التجارة الالكترونية إلى أداة لارتكاب الجريمة، كل ذلك دفع

* D/S.Salima bouakaz: salima.bouakaz@univ-tebessa.dz

إلى ضرورة تكريس مبدأ الحماية لهذه الوسيلة سواء في النصوص العامة أو الخاصة إلى جانب الحماية التقنية للأنظمة المالية.

الكلمات المفتاحية: النقود الالكترونية- قانون التجارة الالكترونية- تبييض الأموال- حماية.

Introduction :

The tremendous development of information and communication technology has produced several changes and new developments in all sectors, including the financial and banking sector, which in turn has produced new financial services, keeping pace with the nature of electronic commercial transactions that saved a lot of effort and time for those who are involved in such kind of activities, but this development was accompanied by new challenges consisting in the emergence of computer crimes as a new type of economic and financial crimes, such as money laundering, by exploiting these modern means to enter their suspicious money into the legitimate economy cycle, especially in the light of the characteristics that characterize this type of crimes, as it is difficult to prove given that they take place in a virtual environment and quickly without leaving traces behind them along with professional bands, performing them, what is imposed on the legislator is a new challenge consisting in the necessity of adopting mechanisms to protect electronic money and arranging the criminal penalty for what is contrary to it, which makes us present the following problem:

Is the protection established for electronic money within the framework of electronic commercial transactions sufficient to prevent its use in money laundering operations?

This is what will be shown in this research paper through the following tracks:

First: The relationship of electronic money to money laundering

Second: Electronic money protection against its use in money laundering.

SECTION I: The Relationship of Electronic Money to Money Laundering

In the light of the global changes that have taken place today and with the development of modern technological methods used in all areas of our life, the scope of electronic commerce has expanded and its methods have been developed, as money has evolved and has emerged in a new form that is completely appropriate for electronic commerce transactions and the traditional methods of payment are declining in front of the growth and spread of the electronic payment system[1], through which the value of goods and services provided by electronic commerce can be paid by transferring the money from the consumer to the provider or supplier.

However, despite the great advantages provided by electronic money and the increasing volume of dealing with it via the Internet, this has been accompanied by a steady growth in the accompanying crimes for its use, such as the crime of money laundering electronically.

Therefore, the concept of electronic money will be tackled, then how to use it in money laundering.

First Requirement: The Concept of Electronic Money:

The use of electronic cash began in 1994 through the efforts of the company E- cash in its successful pilot project in cooperation with banks, and then it was granted the right to issue electronic cash in addition to one hundred commercial companies[2].

Money has spread more recently in the payment of fixed-value and dues payment compared to previous years in which liquid money was the only acceptable method[3].

Paragraph 1: Definition of Electronic Money:

The term electronic money takes many forms and as this expression

applies to debit card as well as credit card and stored-value cards and smart cards[4] are used.

The European Central Bank defined electronic money as: “an electronic stock of cash value on a technical method commonly used to make payments to contractors other than its issuance, without the need for a bank account when the transaction is made and used as a prepaid portable tool.”[5]

Electronic money or digital money is intangible money that takes the form of electronic units or electromagnetic pulses bits and is stored in a safe location on the customer's computer hard disk known as the electronic wallet.[6]

And the person who wants to use electronic money has only to open an account at the banks that provide the service of exchanging ordinary money for electronic money, then the account holder withdraws the money from his bank account to put it in his account for electronic money, which is found on the hard disk of his private computer by a special program cyber wallet[7].

Paragraph 2: Characteristics of Electronic Money

The essence of the relationship between electronic money and money laundering operations lies in the set of characteristics that this money has, and distinguishes it from traditional money, which enabled money-launderers to use it as a tool to commit the crime of money laundering. The most important of these characteristics are[8]:

• Electronic money is a cash value stored electronically: it is a coded data that is placed on electronic messages in the form of plastic cards or on a computer's memory.

• It is two-dimensional as it is transferred from the consumer to the merchant without the need for a third party between them.

• It is not homogeneous, as each source issues different electronic money in terms of value or the number of goods and services that can be purchased with it.

• It is easy to use due to its small size and light weight.

• It is considered private money as it is issued by private credit companies or institutions.

• The presence of risks of human and technological errors, as this method remains vulnerable to the occurrence of many problems, especially in the absence of trained staff, having sufficient experience to be able to manage the risks resulting from such modern technologies[9].

Second Requirement: - Electronic money facilitates the commission of money laundering offences

Despite the advantages of electronic money to facilitate economic life, it is not immune to criminals who launder the money and use it in a wrong way, whether in terms of relying on it to facilitate money laundering crimes, or even expanding the crime of money laundering

Paragraph 1 : Electronic Money Facilitates Committing Money Laundering Crimes

Electronic money is an ideal way to store a monetary value for money obtained from an unlawful source in order to launder it, and here the negative side of this advanced means of payment is highlighted, so that it becomes a means of committing the crime given that its control is extremely difficult, as it is not a physical material that can monitor its movement, and the true identity of the dealers may not be recognized, and in this way the criminal can perform whatever he wants in relation to the financial operations to reach his real purpose in hiding the reality of his illicit funds[10], as there is a great possibility for money laundering, using digital cash through the deposit and merger stages, In the first stage, the holder of the money

to be laundered begins to circulate this money by depositing it in the financial institution, whether in the physical or virtual world by means of digital deposit, and thus avoids paper accounting restrictions, and in the merger stage, the holder conducts digital transfers to countries without money laundering operations, and then transfers it to other places and insert it into the global economic movement without the risk of revealing its true source[11].

Thus, we find that electronic money is one of the means produced by modern technology in order to settle commercial and financial transactions without the need for traditional liquid money. This money has a number of advantages that enable the owners of illicit money to use it as a means of committing a crime of money laundering, and here the danger of using this money illegally with the intent to commit this crime in contrary to the real purpose for it was found[12].

Paragraph 2: Electronic Money Expands the Crime of Money Laundering

The object of the crime of money laundering consists in the unlawful money, resulting from the committing crimes, and electronic money may help secure these illicit funds that need to be cleaned. For example, the use of this money leads to increased cases of tax evasion, as it is difficult for the agencies responsible for collecting taxes to monitor transactions that take place online using this money, and it is difficult to impose taxes on them. There is no doubt that the money that results from tax evasion is unlawful money that needs to be cleaned. On the other hand, private electronic money makes it difficult to verify its authenticity when concluding transactions, it may be discovered after completing the transaction that the electronic money with which this transaction was settled is fake. Consequently, the money, resulting from it is illegal money that needs to be cleaned, and in addition to that there is a real possibility to extract fake copies of electronic money by knowing the details of the original electronic money, and if this is achieved then this money is illegal money[13].

Also, this money is vulnerable to theft through unlawful access to personal account devices and systems saved on computers through what is known as unlawful decryption, and this theft is not different from the theft of traditional money and the result of the two thefts is considered illegal money[14].

SECTION II: Electronic Money Protection against its use in Money laundering

In order to protect this method against its use other than for the purpose for which it existed, it was necessary to think of resorting to a technique capable of securing electronic payment methods in general and making them more confidential and effective, as the Algerian legislator stipulated to protect them through special texts consisting mainly in Law N°. 18-05 dated on 05/10/2018, comprising the electronic commerce law[15], as well as the law 09-04 dated on 16/08/2009, comprising special rules for the prevention and fight against crimes related to information and communication technologies[16].

First Requirement: Aspects of Technical Protection:

The use of electronic money has been accompanied by the emergence and growth of attacks on it, as it has become a target of electronic criminal gangs which led the international financial institutions, banks and owners of electronic commercial sites to develop technical security means and systems to provide protection and create confidence in the consumer and the merchant to exchange goods and online services, and the Algerian legislator has stipulated within the electronic commerce law N°18-05 mentioned in article 11 thereof that it falls on the electronic supplier when submitting his electronic commercial offer to include sufficient information to ensure the proper functioning of electronic commercial transactions like the provisions related to the protection of personal data, where the same law stipulated that not including this term is considered a offence in pursuance of the article 39, and singled out for it a financial penalty ranging from 50,000 DZD to 500,000 DZD.

Among these means and technical systems to secure buying and selling we mention:

Paragraph 1: Safe Electronic Transactions System[17]

It is a protocol that uses software called electronic wallet software, in which the number of the electronic card holder and the digital certificate issued by an approved bank, whether conventional or electronic.

This protection is carried out by issuing digital certificates to the consumer and the merchant certifying their identity during the conduct of electronic commercial transactions, by a high trust body called the accreditation body, where it extracts these identities, after confirming the identity of the consumer and the true identity of the merchant, where they are stored in the electronic portfolio of each of them. Thus, the use of a secure electronic transaction system would provide technical protection for electronic payment methods in general and payment cards in particular, which are electronic money[18].

Paragraph 2: SSL System

This system is an electronic program that contains a protocol for exchanging data and information in an encrypted way between two computers over the internet, so that data and information are only read and accessed by the sender or the receiver, then it was developed in order to transfer Securely exchange data and information over the internet[19].

Paragraph 3: 3D Secure System

It is a technical protection system that was invented by Visa Card company in 2001, in order to secure electronic payments via the Internet when using electronic cards in this, as this system allows verification of the user's identity for electronic cards through the SSL encryption system[20].

Second Requirement: Legal Aspects of Protection

The use of electronic payment methods in general to meet the value of goods and services via the Internet has accompanied a steady growth in the attacks accompanying their use, which compelled various countries to issue penal legislation in order to provide them with legal protection.

Paragraph 1 : Through the Penal Code

The Algerian legislator has stipulated, within article 394 repeated of the Penal Code[21], that it punishes anyone who attempts to have access via cheating to every part of the automated data-processing system or attempts to do so. Through the text of the article, we note that every entry into the information system of a website or a part of it is considered a crime punishable by law.

Accordingly, unauthorized entry is achieved by simply initiating it or actually entering the information system regardless of the method used in that, whether entry into the whole system or part of it, and the result is not required to be achieved, as it is considered a crime of behavior[22], and this case represents an unlicensed crime of entry in its simple form, but if the act of entering or remaining leads to the deletion or alteration of data or sabotage of the information system of the website, this is considered data tampering which is stipulated by the Algerian legislator within the article 394 repeated 1 of the Algerian Penal Code which is considered a material crime that is not enough for its occurrence that it threatens the integrity of the data only, but there must be an actual damage concerning data consisting in the change of their state[23].

Punishments for the Crime of Tampering Data: article 394 repeated 1 of the Penal Code stipulated an original penalty for the offender, which is the imprisonment from 6 months to 3 years and a fine from 500,000 DZD to 2,000,000 DZD.

In addition, article 394 repeated 6 stipulates complementary penalties, which are the sources of hardware, software and means used with the closure of sites that are objects to the crime, as well as the closure of the shop or place of exploitation if the crime is committed with the knowledge of the owner.

The Algerian legislator also criminalized dealing in the data obtained from the crime[24], and this would protect the electronic consumer whose data were illegally obtained from disclosure or publication.

The Penalties Prescribed for the Crime of Dealing in the Data Obtained from the Crime: Article 394 repeated 2 of the Penal Code stipulates that the perpetrator of the crime shall be punished by imprisonment from two months to 3 years and a fine from 1,000,000 DZD to 5,000,000 DZD, in addition to that Article 394 repeated 6 stipulated complementary penalties represented by the sources of the hardware, software and means used with the closure of sites that are object of the crime, as well as the closure of the shop or place of exploitation if the crime was committed with the knowledge of the owner.

Paragraph 2: Through the Law 4/9, Comprising the Special Rules for Preventing and Combating Crimes Related to Information and Communication Technologies.

The worsening of information crimes, especially with weak technical protection, required explicit legislative intervention. The Algerian legislator has redeemed the legal void through Law 09-04, comprising special rules for the prevention and control of crimes related to information and communication technologies[25], through the establishment of a national body to prevent and combat crimes related information and communication technologies in pursuance of article 13 thereof, which assigned it tasks within the article 14 of the same law. They consist in the following:

- Activating and coordinating crime prevention and control operations related to information and communication technologies.

- Assisting the judicial authorities in their investigations regarding crimes related to information and communication technologies, including gathering information and completing judicial expertise's.

- Exchanging information with their counterparts abroad in order to collect all data useful in identifying the perpetrators of crimes related to information and communication technologies and determining the place of their existence.

The legislator also entrusted the body with other tasks that came in the text of article 4 of the presidential decree N°15-261.

In light of respecting the legislative provisions set out above, the authority is charged of the following:

- Proposing elements of a national strategies to prevent and combat crime related to information and communication technologies.

- Activating and coordinating crime prevention and control operations related to information and communication technologies.

- Assisting the judicial authorities and judicial police interests in combating crimes related to information and communication technologies, including through the collection and provision of information and through judicial expertise.

- Ensuring the preventive monitoring of electronic communications in order to detect crimes related to terrorist and subversive acts and prejudice to the security of the state, under the authority of the competent judge and excluding any other national bodies.

- Collecting, recording and archiving digital data and defining their source and path for use in judicial procedures.

- Ensuring the implementation of requests for assistance issued by foreign countries and the development of information exchange and cooperation at the international level in its field of their competence.

- Developing cooperation with national institutions and bodies involved in crime related to information and communication technologies.

- Contributing to training specialized investigators in the field of technical investigations related to information and communication technologies.

- Contributing to updating legal standards in their field of competence.

The body therefore, the authority has a preventive role to play, preceding the consumers' exposure to any electronic crime, such as piracy of payment cards or bank financial balances and the monitoring of electronic financial transfers around which there is a suspicion of money laundering[26].

In fact, the confidentiality of transactions concluded by electronic money must be preserved from the infringing of others, whether they are ordinary individuals or government agencies. In this case, a serious problem will arise, which is the contradiction between the necessity of maintaining the confidentiality of transactions on the one hand as a human right, and the right of the state to use all available means to eliminate crime. For example, the state may have to monitor various communication networks with the aim to prevent the occurrence of the crime of money laundering or tax evasion by using electronic money. In such cases, it will be difficult to reconcile maintaining the confidentiality and privacy of transactions of individuals on the one hand, and the need to tackle crime on the other hand.

Also, commercial transactions by electronic money, which may be the object of bleaching, are usually trans-boundaries, which

necessitated the creation of articles related to international cooperation and judicial assistance that will have a major role in detecting the perpetrators of these crimes, provided that the requests of states are not contrary to public order, or from this would affect national sovereignty, in addition to the requirement of maintaining the confidentiality of the information reported, and not to use it in anything other than what is indicated in the request, as stipulated in the relevant international agreements and bilateral agreements, and the principle of reciprocity[27].

Paragraph 3: Through Law 18-05 Related to Electronic Commerce

The Algerian legislator, within Law N°18-05 of 10/05/2018 related to electronic commerce, stipulates in article 11 of it that it is the responsibility of the electronic supplier when submitting his electronic commercial offer to include sufficient information to ensure the proper functioning of electronic commercial transactions along the lines of the provisions related to data protection of a personal nature where the same law stipulated that not including this item is considered an offence according to article 39 thereof and singled out for it a financial penalty ranging from 50,000 to 500,000 DZD, in addition to granting the possibility to the competent judicial authority to consider the case to suspend its access to all electronic payment platforms for a period of not less than six month.

Indeed, providing capabilities and methods to protect the personal data of the electronic consumer is in fact a protection for the electronic money that it contains from misuse by the hackers, whether by stealing it or using it in money laundering operations in the name of its owner and without his knowledge, which makes them immune from every judicial follow-up in case they are identified.

As for electronic payment, Law 18-05 stipulated that it should be done through the designated payment platforms that are created and operated exclusively by accredited banks by the Bank of Algeria, or

Algeria Post and connected to various types of electronic payment terminals.

It is worth noting that the Bank of Algeria plays an important role in protecting financial transactions in general, as it is a control body over banks, and it has the jurisdiction to set the system for internal control of banks and financial institutions, as we find it stipulated in System N° 11-08 in its article 29 on the need to place banks and financial institutions are organized, procedures and means that allow them to respect the applicable legal and regulatory provisions within the framework of the control of money laundering and terrorism and combating them, including ensuring the precise identification of the person in charge of the operation and the recipient of electronic transfers in addition to their addresses, whatever the method used, with the need to comply with the legal obligation to notify the suspicion within the framework of the legal forms stipulated.

Conclusion:

Through this research paper, we find that contemporary life imposed on man modern means to complete his financial transactions easily through electronic money in particular, and despite the importance of this modern technology and its advantages, it has not escaped from exploiting it for purposes other than those for which it was found, such as money laundering operations, despite the prescribed protection for electronic money that indicates that the Algerian legislator has made a significant effort, especially in the light of the modernity of the law regulating electronic commercial transactions and related laws, but it remains insufficient and requires the extra care required by information technology.

The most important findings are:

- Electronic money is electronic numbers stored to facilitate electronic payments without the need to move around and physical payment.

- Electronic money is a private money as it is issued by private credit companies or institutions.

- Electronic money is one of the most important modern technologies used in electronic commercial transactions, which was used as a tool to commit money laundering crime.

- The legislator has devoted electronic money to technical and legal protection from money laundering operations, however, with Algeria's formal adoption of a law regulating the conduct of electronic commercial transactions, it has become necessary for this virtual world to remain more careful and cautious to prevent this method of payment from being deviated from the field for which it was found.

Accordingly, the following recommendations were proposed:

- The need to frame electronic money transactions, especially with openness to electronic commercial transactions.[1]

- Engaging high-level staff of banks and them cooperate with banking program designers to reduce money laundering.

- There should be an exchange of experiences, legal and financial information between banks.

- Requiring all authorities that issue electronic money to submit periodic reports and on their responsibility for the money they issue to the competent regulatory authorities, such as the central bank and the financial inquiry processing cell.

Marginalization:

[1] Soumia DIMECHE, **E-commerce is inevitable and its reality in Algeria**, Master's Thesis, Faculty of Economics and Management Sciences, University of Constantine, 2010/2011, p. 70.

[2] Saleh Mohamed Hosni Mohamed EL HAMLAWI, **an analytical study of the role of electronic money**, e-banking conference between sharia and law, Volume

1. Faculty of Charia and Law and Dubai Chamber of Commerce and Industry, May 10-12, 2003, p. 221.

[3] Gania BATLI, **Electronic payment methods**, Edition 1, Homa, Algeria, 2018, p. 254.

[4] Saleh Mohamed Hosni Mohamed EL HAMLAWI, ibid, p 245.

[5] Gania BATLI, ibid, p 255.

[6] Nabil Salah Mahmood EL ARABI, **Electronic check and digital money,** comparative study**,** e-banking conference between sharia and law, Volume 1. Faculty of Chariaa and Law and Dubai Chamber of Commerce and Industry, May 10-12, 2003, p.70-71.

[7] Adnan Sarhan Ibrahim, **E-payment,** e-banking conference between sharia and law, Volume 1. Faculty of Chariaa and Law and Dubai Chamber of Commerce and Industry, May 10-12, 2003, p 285.

[8] Bassem Ahmed ZALAMI, **The Role of Electronic Money in Money Laundering**, Damascus University, Journal of Economic and Legal Sciences, Volume 26, First Issue, 2010, p. 547.

[9] Gania BATLI, ibid, p 259.

[10] Nader Abdelaziz Chafi, **Banks and Electronic Money**, Modern Book Foundation, Tripoli, Lebanon, 2007, p 83.

[11] Gania BATLI, ibid, p 260.

[12] Bassem Ahmed ZALAMI, ibid, p 552.

[13] Ibid, p 559.

[14] Nader Abdelaziz Chafi, ibid, p 89.

[15] Law No. 18-05 of 10/05/2018 relating to e-commerce, O.J 28 of May 16, 2018.

[16] Law 09-04 of 05 August 2009, which contains special rules for the prevention and control of crimes related to information and communication technologies, O.J 47 of August 16, 2009.

[17] Mohamed KHMIKHEM, **Consumer Criminal Protection in E-Commerce Contracts**, Ph.D. in Public Law, Aboubakar Belkaid University, Algeria, 2016/2017, p. 187

[18] Ibid, Sama page.

[19] Soumia DIMECHE, ibid, p 93.

[20] For more information see, Aude Plateaux and Other, Privacy in the 3 D Secure payment system, p: 03; The website, https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00958445/document, 19/02/2019 at 05:12.

[21] Order No. 66/156 of 08/06/1966, contained in the Penal Code, O.J. 49 of 11 June 1966.

[22] Saleh SHENINE, Criminal Protection of E-Commerce, PhD thesis in Private Law, Aboubakar Belkaid University, Algeria, 2012/2013, p. 75.

[23] Mohamed, KHALIFA, Criminal Protection of Computer Data, New University Pubishing house, Alexandria, 2007, p. 179...

[24] Ibid, p 195.

[25] Offences related to information and communication technologies in accordance with article 2, paragraph A, means offences of violating the automated processing systems of data specified in the Penal Code, any other crime is committed or facilitated through an information system or electronic communications system.
[26] Osama Ahmed Badr, **Consumer Protection in Electronic Contracting (Comparative Study)**, New University Publishing House, Egypt, 2005, p. 25.
[27] See Article 17 and 18 of Act 09-04, which contains special rules for the prevention and control of crimes related to information and communication technologies.

journal of legal and economic research | Volume: 03 / N°: 01 (2020), p 651-667

Methods and Types of Abortion

طرق وأنواع الإجهاض

Hadia MESSIBAH, Ph.D *
Algiers university 1, Algeria
messibahhadia64@gmail.com

Meriem LACHEB, Ph.D
Blida 2 university, Algeria
Lacheb.Meriem@gmail.com

Send Article Date: 02/10/2019 Date of acceptance of the article: 20/12/2019

****

Abstract:

The creation of man is the greatest verses that indicate the ability of Allah, and the fetus is the beginning of the formation of man, which is the physical configuration, where starts the formation of its organs that provide life and it includes two basics of periods, the first period is before the soul, And the second period is after the arrival of the soul, and between these whole periods of training stages, each of them has different legislation. And this creature, which is in the uterus of woman, is a result of fecundation between the sperm of man with the egg of female.

But sometimes it happens in life some social and hard conditions facing woman, make her decide to get rid of this fetus in the abdomen through abortion. But unfortunately abortion has lot of damage for society and woman because of this it defended and sanctioned by criminal law.

Key words: Abortion, Algerian Legislation, Criminal Penality.

الملخص:

إنّ خلق الإنسان من أعظم الآيات الدّالة على قدرة الله سبحانه و تعالى ؛ ويعد الجنين بداية تكوين الإنسان و الذي هو التهيئة الجسدية له ، حيث تتشكّل فيه أعضاؤه و أجهزته

* D.Hadia Messibah. messibahhadia64@gmail.com

التي توفر له الحياة ، و هي تشمل فترتين أساسيتين ؛ الأولى ، فترة تكون الأعضاء قبل ولوج الروح و الثانية، ما بعد ولوج الروح ، كما تمر دورة التّكوين بمراحل مختلفة لكل واحدة منها تشريعات مختلفة. هذا المخلوق الذي هو في طور التكوين يستقر في رحم المرأة بعد اِلتقاء الحيوان المنوي للرّجل ببويضة الأنثى. و يحدث في الحياة أن ظروفاً إجتماعية أو صحيّة تواجه المرأة، تجعلها تقرر أن تتخلص من هذا الجنين الذي في بطنها عن طريق الإجهاض. وخلاصة يمكن القول أنّ للإجهاض أنواع مختلفة ووسائل متعددة ؛ كما أنّ له أضراراً وخيمة، ما جعل الشّرع و القانون يحرمانه و يجرمانه.

الكلمات المفتاحية: اجهاض، تشريع جزائري، عقوبة جنائية.

Introduction:

Due to the sensitivity of the issue of abortion and its ramifications, especially at the present time, where globalization chronicled its effects on the Algerian and Arab society in general, which resulted in the destabilization of moral and religious values led to the emergence of the phenomenon of organized abortion, as a result of the aggravation of unwanted and illegal pregnancies.

On the other hand, there are those who consider abortion as an opportunity for profit and trade, and it does not care about the damage done to society. It is important for these groups to exploit this social crisis to obtain financial resources on an ongoing basis, In the eyes of the law.

The punishment has been intensified in the case of a doctor and the cause of this, lies in the ease of concealment of its features thanks to the possession of technical expertise and scientific and thus be in this case a secret crime by excellence.

The abortion performed by the doctor & medical specialists is usually difficult to prove, so the penalty is doubled for the doctor who performed the abortion and can be imprisoned to the maximum in accordance with Article 304 of the Penal Code.

The reason for this sanction because of the doctor & the staff who work in the corps of scientific and technical privileges make the crime difficult to prove and therefore must be provided deterrence to protect the human right to life.

And this right begins since it appeared as a fetus in the womb of his mother, who is the pillar of the family and the man of tomorrow and the basis of the human being in this way **ALLAH said, "we created man from an extract of clay, then we made him a seed, in secure repository, then we developed the seed into a clot, then we developed the clot into a lump. Then we developed the lump into bones. Then we clothed the bones with flesh. Then we produced it into another creation. Most blessed is Allah the Best of Creators."** (1)

Therefore, the following problem is posed:

What is abortion, what are the known types, methods and damage?

For this we made a Plan composed of two topics:

- **The first topic** we will see the definition and types of abortion;
- **The second topic** we will study ways and means of abortion & its damage.

The first topic: Definition of abortion and types

Abortion has many definitions in terms of language, terminology, jurisprudence and law as it has many types, some of which are traditional and modern, some of which are legally regulated and some of which are not yet regulated and not yet Punishable by law.

The first requirement: Definition of abortions

Section I: Definition of abortion Language

"The term abortion is a derivative of an abortion that aborts an abortion. It is said that the camel and the woman aborted her baby, so it is aborted." (2)

In a conversation with Muhammad ibn Masamah, he meant on Sunday a man who said that Abu Sufyan aborted me, meaning that he did not receive me and removed me.

Abortion is defined in the French dictionary as the abandonment of an organ such as the exclusion of embryonic parts (umbilical cord, placenta, etc.) before its formation, as meant by disappointment or lack of success.(3)

Section II: Definition of abortion in terminology

First-definition of abortion in medicine:

Forensic medicine defines abortion as "expelling the contents of the pregnant woman's womb before the fetus is fully developed. The fetus is considered fully developed after the end of the 37th week, considering the beginning of the count from the first day of the last normal menstruation".(4)

Some forensic scientists have also known abortions of uterine month, for any reason other than saving the life of the mother or fetus”. (5)

Second-definition of abortion in jurisprudence and law

The use of the word jurists does not depart from the linguistic meaning and is often expressed in terms such as projection, subtraction and stillbirth.(6)

Abortion in the terminology is the projection of a woman's fetus by her or by the help of another person, and this meaning is commonly mentioned by scientists, and that the Shafiya frequently use the term "abortion".

The mufti of Al-Azhar defined him as "taking down the embryo before its normal development in his mother's abdomen"(7)

English jurisprudence also defined it as "certified destruction of the fetus in the womb or premature birth with the intention of killing the fetus"(8)

The Egyptian Court of Cassation defined abortion as "premeditated termination of pregnancy."

It is noticeable on all the jurisprudential definitions mentioned that the same conditions must be met in order for the act to be considered an abortion and a criminal are:

- Separation of the fetus from the uterus and discharge.
- The separation of the fetus in the wrong time.
- That separation of the fetus drived to the loss of his soul.
- The separation of the fetus without necessity calls.

Legal Definition:

The Algerian legislator did not care about the definition of abortion, but in the Penal Code, means the persons authorized to carry it out are dealt with easily in Part II under the title "Criminalization" of the second book under the title "Felonies and Misdemeanors and their Penalties" in Part II under the title "Felonies". And misdemeanors against individuals "of Chapter II" felonies and misdemeanors against The family and public morals "of the first section under the title" abortion "in articles 304 to 313 and the staff has defined the crime of abortion and its penalties and the exception.

Article 304 of the Penal Code states: "Any person who has aborted a pregnant woman or is supposed to be pregnant by giving her food, drinks or medicine, using methods or acts of violence or by any other means, whether she agrees or disagrees or attempts to do so, shall be punished," One to five years imprisonment and a financial penalty of 500 to 10,000 AD.[(9)] If abortion leads to death, the penalty shall be temporary imprisonment from 10 to 20 years.

The legislator mentioned persons who are abusive and easy to perform abortions due to the field and specialization in which they are subject to Article 305 of the Penal Code and made them penalties referred to articles 304 and 305 of the same law and can reach a maximum prison term with complementary penalties such as arrest Practicing the medical profession or pharmacy.

Article 305 of the penal code reads as follows: "Doctors, midwives, dental surgeons, pharmacists, medical or dental students, pharmacy students, pharmacy users, drug makers, medical bandwidth manufacturers, surgical instruments dealers, nurses, and masseuses" Those who are guided, facilitated or performed abortion methods shall be subject to the penalties stipulated in articles 304 and 305, as the case may be, and the perpetrators may be sentenced to deprivation from practicing the profession provided for in article 23, as well as to being sentenced to prevent residence.

Second requirement: Types of abortions

The views of physicians and others interested in fetal studies differed in the classification of abortion and distinguished among the most common.

Section 1 self-abortion or natural

Abortion is done without the will of the mother, whether the cause is a mistake she has committed without being aware or departed, or physical condition suffered, or the incomplete elements of life for the fetus.

As is the case in mutilated embryos, doctors have determined that a large proportion of the aborted is automatically deformed.

This type of miscarriage can be caused by either miscarriage of the pregnancy itself, or pathological reasons such as maternal diseases such as syphilis, specific fevers or especially typhoid and typhoid reflux, as well as fetal diseases such as the infection of the parent's syphilis, placental diseases and membranes.

And spontaneous abortion is divided into different types such as:

1) Abortive or threatened abortion:

Some pregnant women suffer from vaginal bleeding during the first trimester of pregnancy and sometimes accompanied by abdominal cramps and this is known as prognostic abortion.

2) Inevitable abortion:

In the membranes rupture & expand the cervix, which ends in the inevitable exit of the fetus and is characterized by severe bleeding blood lasting for 3 weeks.

3) Incomplete abortion:

The bleeding is heavy and the remains of the placenta are present in the uterus and here the uterus expels part of the fetus before the 20th week of pregnancy.

4) Complete abortion:

The cervix is closed, and the blood is slightly and may stop, and is called abortion in full if the uterus can subtract all its contents (fetus, placenta, fetal cyst) and then usually stops the vaginal bleeding uterus. The patient usually does not need treatment but is given uterine tablets[10], and antibiotics for several days after the abortion.

5) Missed or hidden abortion:

It is in which the fetus is dead for two months or more and in this case gets bleeding in the uterus, and cut off the nutrition of the fetus die and remains a short or long period and then ejaculated by the uterus or removing out by doctor.

6) Repeated abortion:

Recurrent miscarriage is defined as the occurrence of three consecutive or more abortions before 20 weeks of gestation, a problem experienced by 3 percent of women and increases with age over 35 years old.[11]

Section II: Therapeutic abortion

This is what may be done under the supervision of medicine to preserve the mother's life and health against the risk of pregnancy or childbirth.

This type of abortion is not contrary to the law when some reasons are calling such as:

1. Cases of severe disease, which is dangerous if the mother continues to become pregnant;
2. The case of the doctor asserted that the fetus will be born deformed or deficient creation;

However, before performing a therapeutic abortion, the doctor must take certain measures to be legally protected:

- Consult a specialist in the disease suffered by the mother and takes the consent of the latter to conduct an abortion.
- Obtaining the written consent of the abortion by the woman and her husband
- Keep a full file on the health of the pregnant woman
- And therapeutic abortion is almost the subject of everyone's agreement on the necessity that surrounds him, because the rules of Islamic law and its purposes, separated treatment and medication It is a kind of treatment that the religion does not defend to carry out fetus to save the life of the mother in the necessary cases.(12)

Section III: Criminal abortion

Forensics defined criminal abortion as:

"Is removing the uterine proceeds from the pregnant woman, in any way, and for any reason other than saving the life of the mother, before the full months of pregnancy"(13)

It is noted that criminal jurisprudence defines criminal abortion as: "is the emptying of pregnancy from the uterus at the time of natural deliberate, unnecessary, and by any means whatsoever"(14)

Public and private laws have penalized the perpetrator of criminal abortion and some penal laws have tightened the penalty if the perpetrator is a doctor, a bio-staff or a massage specialist.

This is what the Algerian legislator did when he referred the persons specified in article 306 to articles 304 and 305, each depending on his case.

The second topic: Ways and means of abortions and the resulting damage

There are many ways and means of abortion according to the situation in which the mother intends to abortion such as time and place where they are done, but the consequences are the same and are severe damage to society, family and women.

The first requirement: Methods and means of abortion

The methods and means of abortion are several and different, including traditional and modern ones that appear with the development of medicine and biology, we will mention the most important known methods.

Section I: Methods of abortion

First, suction or absorption method:

This method is the most widespread and extends the cervix slightly under local anesthesia, and then absorbed the fetus through the tube and this method is characterized by a lack of seriousness and avoid death and varies the failure rate of aspiration to remain parts of the placenta inside the uterus, which forces the doctor to perform curettage to extract the remains.

Secondly extraction and curettage method:

This method has been applied for decades and is to extend the cervix by various means, and then a curettage which is the emptying of the uterine cavity by a metal machine in the vagina and emptied by

the metal machine. It is often carried out by the doctor through the cervical duct after its enlargement and the other parts of the contents of the fetus, because staying in the uterus will cause different uterine bleeding[15].

Third, Massage Method:

Massage is now so sophisticated with its modern techniques are being taught, and massage centers are increasing due to the widespread culture of agility and relaxation. There are several specialties of massage, including massage to provide relaxation , massage to lose weight and therapeutic massage to treat the nerves , muscles and cartilaginous spasms.

Some of them are done through the water bath and another by oils and various creams. Specialists in this field are constantly increasing and some of them have specialized courses abroad.

The legislator listed this category among the persons specified in Article 306 of the Penal Code, as these are who use their technical competence to deviate to carry out abortion.

Fourth, Abortion through Medicines:

Some doctors and health workers now use medications to terminate a pregnancy; these medications lead to contraction of the uterus and push the pregnancy abroad.

The different ways of using these drugs, some of which are placed in the vagina and some of which swallowed or injected and mention the most important:

1) **Progesterone antagonists**

Progesterone is a hormone necessary for the continuation of pregnancy, it prevents uterine contractions, and the removal of the yellow body from the ovary during the first two months, leads to its downfall.

In 1981, abortion appeared to be a good substance inhibiting receptors

Progesterone in the uterus, which leads to the break-up of his lining, dilate the neck, and the appearance of uterine contractions

Also, Mifégine, which was banned for causing pregnancy and because the success rate of abortion does not exceed 80%, has been added to the substance prostaglandin, which raised the rate to 95 percent, but it, is very dangerous.

It causes severe bleeding, so it is only used in the first six weeks of pregnancy

Complications such as bleeding, digestive disorders and some side effects on the heart usually occur in some women if pregnancy does not fall, it is often distorted.

This drug is only given in special programs in clinics and hospitals, where women can be monitored for complications and treatment, and within two days a second drug such as misoprostol is used, and this usually causes complete abortion.

2) Prostaglandin:

It is a mental substance found in most animal tissues, it has a dual role it works to reduce the uterine muscles on the one hand, and cause relaxation in the muscles of the cervix on the other.

This substance is synthetic and added to increase uterine contractions, and to extend the neck, which facilitates abortion and intravenous injections, or given in the form of vaginal clothing

Among the complications of prostaglandins, pain associated with uterine contractility, bleeding and some digestive and respiratory disorders.

Prostaglandins lead to sepsis in 2% of cases, and digestive disorders in 5%.

3) **Misoprostol:**

Misoprostol is a medicine for stomach ulcers and can be used in the first trimester of pregnancy and the best effect is around the 12th week, Pills are placed in the vagina and do not swallow.

3. **Methotrexate**

4) It is an anti-cancer drug used with misoprostol to induce abortion, if abortion fails, it may cause severe birth defects.[16]

Section II: means of abortion

Criminal abortion methods are divided into three sections:

1) **Violence against the body in general:**

This violence is the work of violent sports or climbing stairs or descending frequently, in addition to wear belts, or carrying weightlifting or massages the abdomen heavily or fall from the top or jump.

It is noticeable that this method comes at the beginning of pregnancy, as it occurs abortion in women who are very sensitive to normal uterus exclusively other women.

2) **Taking drugs harmful to pregnancy**

Women are taking drugs that have a direct effect on the uterus, such as guider or the use of severe irritants such as melon, cactus, kernel oil and fenugreek.

3) **Assault on female genital organs**

Women usually resort to this method after failing in the previous two methods and are through the introduction of machines in the uterus and these methods depend on the skill of the person in charge of the abortion.

There are other negative abortion methods, such as a woman's abstinence from food or a prescribed medication to stabilize pregnancy.

Second requirement: Damage caused by abortions

It is natural that after the abortion will have several negative effects in many respects, most notably on society and on woman herself.

Section I: Damage of abortion on the community

The danger of abortion on society is through the death of a sense of responsibility by seeking to achieve the longest period of illegal pleasure, which makes the proportion of spinsterhood on the rise and the proportion of marriage on the decline, due to the spread of sexual appeals and moral deviation and the death of conscience, so young people become interested only in their instincts And if the problem of pregnancy occurs with them they think about abortion and therefore will not consider marriage or to build a family.

It is also harmful to abortion, it represents an infringement on the right of the fetus to life, which makes offspring diminish and ruin.

It is assumed that even if this fetus is from an illegal relationship or as a result of rape, he has the right to life as long as the spirit has been inflated.

Allah said, "no burdened soul carries the burdens of another”[(17)], and said his majesty “There is no moving creature on earth but its sustenance depends on Allah. And he knows where it lives and where it rests. Everything is in a clear Book”[(18)].

And there are many illegal children have succeeded in social life and have achieved high degrees in society and therefore abortion is not the solution, but the solution lies in raising awareness and taking responsibility as a result of any mistake in this life.

Abortion also harms society and encourages the deviation and corruption of the noble profession of medicine. It is recognized that it is characteristic of the doctor excellence of wisdom and noble ethics, but in the case of medicine has become a crime and encourages abortion; there is no good aspiration in this society as theft of human organs and trafficking.

Finally, we say that abortion is an objection to the will of Allah and fortunately, the Islamic law proves to the fetus many rights, such as the right to inheritance or descent or commandment, how to prove these rights, and ignore the most important rights, namely, the right to life. This right must be preserved, because it is the author of all rights.

Section II: Psychological damage to abortion

The moment of miscarriage is the woman's only goal is to get rid of the fetus in any way, which represents for her a shame and a threat to her community and her family as well as the lack of possibilities to take responsibility on her own and thus think of getting rid of this creature tied to her guts. Unfortunately, after the miscarriage, the woman has serious consequences, which are health and psychological damage.

First: Health Damage

Obviously, the health damage that occurs to a woman after an abortion has complications resulting from the violence that takes place on her body in order to achieve that process, either through the use of severe means or through the use of drugs or medicines.

It is natural that this attack on the fetus, which is suspended by the guts of the mother and separated will lead to health damage to the mother, whether permanent or internal impairments, loss of the uterus and the destruction of the reproductive system and sometimes damage to the point of loss of life. Thus, women are an active element in society. If they cause themselves to perish, it will not be encouraging.

Second: The psychological damage

In the first before the abortion, the mirror is to avoid the scandal of getting rid of the fetus. The abortion process will show psychological crisis within hours of its occurrence and will intensify as time passes.

Among the cases that can occur to women after the abortion, a state of reprimand, a sense of felling a criminal, a state of depression and loneliness, a state of feelings of grudge from society, a state of severe remorse. Every woman is reacting to these psychological effects. And some women are tortured by conscience and remorse up to suicide, so abortion was a crime punishable by law because it is total devastation.

Conclusions:

Through the current study we have discussed the various definitions of abortion language and idiom according to which we have identified the types between natural self-abortion occurs automatically without being determined by the mother and therapeutic abortion determined by the doctor for the safety of the mother from a threat to her health or life or if the doctor asserts that the fetus will be born deformed.

Finally, criminal abortion, which is a criminal offense under the legislation and punishes the perpetrator, is carried out both by the doctor as a specialist in this area and here the penalty is severe.

The mother can also abort her fetus on her own or with the help of others by using means of suction and curettage or taking drugs and hormones stimulating to throw the fetus out of the womb.

And she can also abort herself by taking a negative attitude deliberately by refraining from following the recommendations of the doctor to stabilize the pregnancy or refusing to take a fixed medication for the fetus.

In any case, abortion has serious consequences for the society in general, which leads to tainting in the offspring, low marriage rate, high rate of celibacy, outrageousness, lack of motherhood and deviation of the medical profession to its noble purposes.

But it still damage to the woman in particular, including damage to health and psychological difficult to count.

Thus, the legislator made abortion a crime punishable under the provisions of the Penal Code.

References:

(1) The believers, Surratt al Mum' nun ;verse 12,13,14.
(2) Abd el Adim el shanawi, The lighter lump in Gharib big explanation of Rafi, Cairo, Egypt, 1977, p.113.
(3) La rousse dictionary, USUSEL,la rousse Library, Paris, France, 1980, p.80 (Abortion action).
(4) Youssef el Mesllway , essential obstetrics, el Anglo el Masria, 2000, p.35.
(5) Chahata Abd el Motaleb Hacen Ahmed , abortion between prohibition and legalization in Islamic jurisprudence, home of new university Egypt, p.13.
(6) See:www.anwar45.maktoobblog.com.
(7) See:www.jameataleman.org/ftawa/woman/wor/
(8) Amira Adli AissaK, the criminal protection of fetus in new laws ALEXANDIA, Egypt, 2005,p.296.
(9) Ordnance number 156-66 dated of 21 Mo' harem 1386 corresponding to 08 January 1966 includes penal law modified and completed.
(10) Djadwi Mohamed amine, the crime of abortion between religion and law, Magister in criminal science, university of law abi bakr bel kayed, Telemcen, year: 2009/2010, p.26.
(11) Oussama Ramadan el Amri, sexual crimes, pregnancy , abortion by the legal medicine optic Dar el jamiaa, Egypt, 2005.p82.
(12) El Zoubir El Zayn Yaakob, the opinion of Islamic religion of birth control, first edition, Dar El-jeel,bayrout,lebanon,1991, p.288.
(13) Ahmed Hoceini Taha, the explanation of penal law, private section, violence crimes on persons, El-Nour printing press, 2006, p.209.
(14) Mansour Omar El-Ayta, civil and penal responsibility of medical errors, first edition, Nayf university of security sciences, El-Ryad, the Arabic Saudi kingdom, 2004, p.93.
(15) Djadwi Mohamed amine, op.cit, p.34.
(16) ibid, p.34.
(17) Surat al-isra, verse 15.
(18) Surat Hud , verse 5.

References list

quran

Books and authors

Abd el Adim al Chanawi, the lighter lump in Gharib big explanation of rafai, Cairo, Egypt, 1977.
Ahmed Hoceiny Taha, the explanation of penal law, private Section,Violance crimes against persons , printing press,2006.
Amira adli aissa Khalid, the criminal protection of fetus in new laws Alexandria , Egypt, 2005.
Chahata Abd el Motalib Hacen Ahmed, abortion between prohibition and legalization in Islamic jurisprudence, home of now university, egypt,2006
youssef el Mesllway, essential obstetrics, elmasria,2000.
Mansour Omar el Ayta, civil and penal responsibility un medical errors, first Edition , Nayf university of security sciences, el Ryad, the Arabic Saudi kingdom, 2004.
Oussama Ramdane el Amri, sexual crimes, pregnancy, abortion by legal medical optic, Dar el Jamiia, Egypt, 2005.

Dictionary:

La rousse dictionary USUEL, la rousse Library, paris, France, 1980

Theses

Djadwi Mohamed Amine, the crime of abortion between religion and law, magister in criminal sciences, university Abi bakr Bel kayed, university of law, Telemcen, year 2009/2010.

Legal texts:

Ordnance number 156-66 dated the 21 moharem 1386 corresponding to 08 Jun 1966 includes penal law modified and completed.

Websites:

www.anwar45,maktoobblog.com
www.jameataleman,org/ftawha/woman/wor/

Ministre de l'inseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Centre Universitaire d'Aflou
Institut de Droit et de science Politique

Revue D'etudes Juridiques et économique

Revue Périodique internationale Arbitrée

Publié par L'institut de Droit et de Science Politique

Volume 03 Numéro 01
Juin 2020

ISSN: 2602-6287
إدمك: 6287-2602