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

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية

مجلة دولية دورية محكمة

تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بأفلو

المجلد 04 العدد 02
جوان 2021
ISSN: 2602-6287
ردمد: 2602-6287

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 04 Numéro 02
Juin 2021
ISSN: 2602-6287
ردمك: 2602-6287

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية

المجلد 04 العدد الثاني

جوان 2021

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:

دكتور زغودي عمر

هيئة التحرير:	
أ. د تغريد عبد الله	أ.د بوقرين عبد الحليم
د. المدور رشيد	**د.** الفوركي مصطفى
د. عثماني علي	د. تربح مخلوف
د. بن عمر الحاج عيسى	د. غفافلية ياسين
د. بدير يحي	د. قطاف عبد القادر
د. زروخي فيروز	د. بن بعلاش خليدة

مراجعة وتدقيق لغوي:

د/ عثماني بولرباح د/ بدير محمد

سكرتير المجلة:

د/ بدير محمد

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية

الإيداع القانوني: جانفي/2018

ردمد إلكتروني: 2661-7455

ردمد ورقي: 2602-6287

الناشر: معهد الحقوق والعلوم السياسية-المركز الجامعي أفلو

المدير المسؤول: د. زغودي عمر

الهاتف: 213698868682+

الفاكس: 21329161111+

العنوان والمراسلات: المركز الجامعي أفلو ص.ب 306

البريد الإلكتروني للمجلة: droit.eco86@gmail.com

البريد الإلكتروني لسكرتارية المجلة: revue.droit.eco@cu-aflou.edu.dz

إصدارات المجلة في موقع المركز الجامعي :

www.cu-aflou.dz

موقع المجلة على بوابة ASJP:

https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/512

الأراء والأفكار المعبر عنها في المقالات المنشورة في المجلة لا تلزم إلا أصحابها ولا تعبر عن رأي المجلة

اللجنة العلمية للمجلة:

من خارج الوطن			
- أ.د/ عبد الله تغريد	الجامعة المستنصرية	-د/ رشيد المدور	جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء
- 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/أحمد فايز الهرش	جامعة أنقرة، تركيا	- د/محمد فلة	جامعة غرب إيريفو، مدغشقر
-أ.د/طالبي سرور	مركز جيل البحث العلمي	- د/فيداء مصري	الجامعة اللبنانية
- 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/خير الله 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/ الزين أحمد محمد أحمد	جامعة ظفار سلطنة عمان	- د/ أحمد حسنية	جامعة ظفار، سلطنة عمان
-د/ زهري محمد	جامعة المنصورة	- د/ أعمرة المختار	جامعة محمد الخامس/ سلا/ الرباط
-قدري سليمان مصطفى الشكري	جامعة عجلون الوطنية	- د/ حمدي إبراهيم قشطه	جامعة الشرقية- سلطنة عمان
-د/ الصافي هشام عبد السيد-	جامعة حلوان مصر	-د/حمد المكيمي هيل	جامعة الكويت
من داخل الوطن			
-أ.د/ خضراوي الهادي	الجامعة الأغواط	-أ.د/ عبد الحليم بوقرين	جامعة الأغواط
- أ.د/برايك الطاهر	جامعة الأغواط	- أ.د/ عدالة العجال	جامعة مستغانم
- أ.د/ زازة لخضر	جامعة الأغواط	- أ.د/ زرارة الواسعة	جامعة باتنة
- أ.د/شهيدة قادة	جامعة تلمسان	- أ.د/بن زين محمد لمين	جامعة الجزائر 1
-أ.د/النحوي سليمان	جامعة الأغواط	- أ.د/مقني بن عمار	جامعة تيارت
- أ.د/ نوارة حسين	جامعة تيزي وزو	- أ.د/ مكي الخالدية	جامعة تيارت
-د/ ميلود بن عبد العزيز	جامعة باتنة 1	- د/ عائشة عمران	جامعة الأغواط
- د/ بوسالم أبو بكر	المركز الجامعي ميلة	- د/ هني عبد اللطيف	جامعة سعيدة
-.د/ بدير يحي	جامعة عين تموشنت	- .د/ قوق سفيان	جامعة الجزائر
-د/ديدوني بلقاسم	جامعة الأغواط	- د/ بوستة جمال	جامعة أم البواقي
-د/بليدي دلال	جامعة الطارف	-د/ عيسى جغيرن	المركز الجامعي أفلو
-د/ جخيوة طاهر	المركز الجامعي أفلو	-د/ بن بعلاش خاليدة	ملحقة السوقر
د/ قطاف عبد القادر	المركز الجامعي أفلو	- د/ محمد ميزاولي	جامعة بشار
-د/ بن عمر حاج عيسى	المركز الجامعي أفلو	- د/ عثماني عبد الرحمان	جامعة سعيدة
--د/ سهام صديق	جامعة عين تموشنت	- د/ نادية عمراني	جامعة بليدة 2
-د/ فيروز زروخي-	جامعة الشلف	-د/كربوش أحمد	المركز الجامعي أفلو

قواعد النشر في
"مجلة البحوث القانونية والاقتصادية"

" مجلة البحوث القانونية والاقتصادية "، مجلة دورية دولية 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 **Sakkal Majalla**) حجم : 16
  (الخط باللغة الأجنبية **Times New Roman**) حجم : 14
- لا يتجاوز المقال 25 صفحة ولا يقل عن 15.
- تكتب عناوين المباحث والمطالب والفروع بالخط الغليظ، بالإضافة إلى العناوين الكبرى والأخرى (مقدمة، خاتمة، هوامش، ملاحق، قائمة المراجع).
- فقرات مضبوطة ومنسقة / مسافة بادئة 1 سم،
- 1 سم مسافة بين الفقرات / مراجعة لغوية،
- الفاصلة والنقطة تلي الكلمة مباشرة / تباعد الأسطر مفرد،
- إعداد الصفحة (2 سم أعلى، 2 سم أسفل، 1.5 سم يسارا، 2.5 سم يمينا).
- تكتب المراجع في آخر المقال وفقا لأسلوب **(APA)** (الخط: **Sakkal Majalla** حجم: 14).

وذلك بذكر (صاحب المرجع، السنة، الصفحة) في قلب النص (أحمد، 2003، ص33) **(Ahmed, 2003, p44)** وبصفة آلية، على أن يُدون المرجع كاملا في قائمة المراجع. يرجى تحميل قالب الكتابة عبر موقع المجلة على **Asjp** واختيار أحد اللغات الثلاث.

11- الصفحة من الحجم **B5**

12-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.

13-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**

افتتاحية العدد

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

يصدر هذا العدد لمجلة البحوث القانونية والاقتصادية تزامنا مع ترقية المجلة إلى التصنيف الوطني "ج" وإذ يعتبر هذا الإنجاز نجاحا لها فإنه يشكل في الوقت نفسه حافزا للذهاب قدما من أجل نشر البحوث العلمية القيمة في مجالي القانون والاقتصاد.

وفي هذا السياق، تضمن العدد جملة من المقالات العلمية ذات الابعاد المتعددة والتي تعالج مواضيع مختلفة وفق ظروف مستجدة واخرى استقرت وما زال البخث في إطارها قليلا، ومهما يكن، إنه في مجال القانون فقد تم على سبيل المثال التطرق إلى التعديل الدستوري الأخير في الجزائر في شقه المتعلق بالظروف الاستثنائية بالإضافة إلى المحكمة الدستورية، كما تم التطرق إلى مسائل تتعلق بالفساد في الصفقات العمومية فضلا عن الرقابة التي يمارسها المراقب المالي في ضوء النصوص القانونية ، بالإضافة إلى معالجة موضوع المحكمة الإكترونية باعتبارها موضوعا مستجدا في الساحة القانونية على الأقل في الجزائر، ولم يخلوا العدد من الدراسات في القانون الدولي حيث تم دراسة موضوع الآليات الاقتصادية لمجابهة جريمة الإبادة الجماعية، والتجريم باعتباره آلية لحماية حقوق الإنسان.

أما في الشق الاقتصادي، تضمن العدد العديد من الدراسات من بينها تلك المتعلقة بالأمن الطاقوي في الجزائر، واخرى تتعلق بالتنمية المحلية في سياق تحسين جودة الخدمة التي تقدمها البلديات، فضلا عن التحول الاقتصادي الجديد وضبط المنافسة.

تلكم هي بعض االدرسات التي احتواها هذا العدد واخرى تجدونها في طياته.

مع خالص تحيات رئيس تحرير المجلة

فهرس المحتويات

أحمد هديلي الموازنة بين مبدأ الاثبات يقع على المدعي وخصوصية الخطأ الطبي في ضوء توجهات المسؤولية الطبية	01
نوارة حسين الحق في البريد الإلكتروني	25
سالمي موسى بن قسمية العربي تأثير التدابير الوقائية الناتجة عن كوفيد 19 على تنفيذ عقود الإيجار	46
داود منصور العقد الذكي ودوره في تكريس الثقة في العلاقات التعاقدية	66
زعزوعة نجاة بن قلة ليلى المحكمة الالكترونية بين المفهوم و التطبيق	95
مسعودي عبد الله مسعودي محمد لمين نجاعة الصلح القضائي في قضايا الطلاق: دراسة نقدية تحليلية مقارنة	110
رابحي نهائلي قيرة سعاد دور المنظمات الدولية في مكافحة الجريمة المنظمة (منظمة الأمم المتحدة، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية نموذجا)	126
قوق سفيان دور المنظمات غير الحكومية في حماية المناخ	141
قدودو جميلة ضمانات ممارسة الحريات السياسية خلال الظروف الإستثنائية في الجزائر-قراءة في التعديل الدستوري لسنة 2020-	161
بومقواس أحمد بن جلول مصطفى تنازع الاختصاص القضائي بين هيئات القضاء الإداري في الدول المغاربية (الجزائر – تونس – المغرب)	183
رقاب محمد الجهود الدولية للحد من التعسف في استعمال الشارة الدولية	198
مداني عبد القادر سالمي عبد السلام الاتجاه إلى الرقابة القضائية بواسطة المحكمة الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2020	221
شرفاوي مصطفى غزلان فليج دور التدخل الإنساني كآلية امية لحماية حقوق الانسان	235

عثماني علي بن بعلاش خاليدة الاستثمار في المجال السياحي كآلية لدعم و ترقية الاقتصاد الجزائري	255
عوية محمد الإطار المفاهيمي لمجلس المحاسبة ودوره في الرقابة المالية	266
عائشة بن النوي الأمن الطاقوي في الجزائر: رؤية تحليلية للبرنامج الوطني للطاقات المتجددة للفترة ما بين 2011-2030	283
شربالي مواز مقني بن عمار أحكام عقد الامتياز في العقار الصناعي-قراءة في أحكام الأمر 08-04	304
عبد السلام نور الدين دور الإعلان في تعزيز مبدأ شفافية الصفقات العمومية كآلية للوقاية من الفساد	320
عكاكة فاطمة الزهراء بلحاج سعد عقد الامتياز كآلية للاستغلال العقار الصناعي الموجه للاستثمار	339
جعيرن بشير ضبط المنافسة الحرة في الجزائر في ظل التحول الاقتصادي الجديد	357
سعداوي نذير بطيمي حسين شروط المحل التجاري باعتباره حصة مساهمة في تكوين عقد الشركة	375
خنان أنور شرع عبد الرزاق ضمانات سياسة التجريم كآلية لحماية حقوق الإنسان (دراسة مقارنة)	393
فاطمة الزهراء غريبي راضية عيمور يحي غريبي سياسة فرض العقوبات الاقتصادية الشاملة كممارسة لجريمة إبادة جماعية (العراق أنموذجا)	412
برايك محمد التمويل المالي وأثره على تدفق الاستثمار الأجنبي في الجزائر	439
بوعزة صبرين برابح محمد الرقابة المالية السابقة ودورها في ترشيد النفقات المحلية - دراسة حالة المراقبة المالية لولايةالمدية -	465
الأخضر رينوبة أم كلثوم هواري فاعلية الكشوف والتقارير المالية في ظل تطبيق النظام المحاسبي المالي	488
براهيمي أسية ليلي جمعي مدى تأثير عمل المرأة الحاضنة على مصلحة المحضون في الفقه الاسلامي والاجتهاد القضائي الجزائري	508

523	**زيد جابر عيساوي سهام** انعكاسات استخدام المشتقات المالية وإدارتها
548	**سارة رجيمي عبد الرؤوف بن الشهيب عدلان براهيمي** المقاربة الكلاسيكية للتنمية والمقاربة الحديثة لتحقيق تنمية محلية مستدامة - مدخل ابتكاري لتحسين جودة خدمات البلدية-
566	**جخيوة طاهر** التعليم الالكتروني بالجامعات الجزائرية بين طريقة لتخطى الازمة الصحية ووسيلة لتعزيز جودة التعليم العالي دراسة ميدانية –المركز الجامعي –افلو-
586	**MEHIDI Kahina** L'impact de la loi de finance 2015 sur l'industrie agroalimentaire en Algérie. Approche multivariée avec changement de structure
606	**Tamrentat Nassima** Africa and ICC: an Alliance or a Collision?
633	**Aissa Kadda Wazzani Mohamed** Challenges domestic tourism Post Covid 19
657	**Amel Guettaoui Ouafi Hadja** Women's participation in political life in the Arab States

الموازنة بين مبدأ الاثبات يقع على المدعي وخصوصية الخطأ الطبي في ضوء توجهات المسؤولية الطبية

Balancing the principle of proof falls on the plaintiff and the specificity of the medical fault in light of the Trends of medical responsibility

أحمد هديلي
كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس، الجزائر
hedavocat@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2021/04/29 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/21

****

ملخص:

يشكل إثبات الخطأ الطبي عبئا حقيقيا على عاتق المريض، بحيث يكون إقامة الدليل على خطأ الطبيب في الكثير من الحالات أمرا صعب المنال، خاصة وأن المركز القانوني للمريض كطرف ضعيف في العلاقة الطبية يستتبعه أن يكون طرفا أضعف في الخصومة القضائية حين إعمال قاعدة الإثبات على حرفيتها وإطلاقها، ومن دون تطويعها على نحو يخدم التوازن ولا يهدم معادلة الحق والدليل، وهو ما نبتغي تأصيله من خلال تسليط الضوء على الثوابت في قواعد الإثبات، وربط ذلك كله بخصوصية الخطأ الطبي وما يستوجبه من بيان لحدود التزامات الطبيب وانعكاساتها على قواعد الإثبات والمسؤولية في المجال الطبي، وبالأخص مع التوجهات المعاصرة في التعويض عن الأضرار الطبية، والتي كشفت عن ثوابت ومتغيرات تحمل دلالات وارتباطات بمفاهيم وقواعد الإثبات والمسؤولية.

الكلمات المفتاحية:(عبء الإثبات، توزيع عبء الإثبات، المدعي، التزامات الطبيب، الخطأ الطبي).

Abstract:

the proof of medical faultis a real burden on the patient, especially since the legal status of the patient as a weak party in the medical relationship entails be a weaker party In the judicial rivalry

when the rule of proof is applied to its professionalism and launched, without it being adapted to serve the balance and not to destroy the equation of the right and the evidence, which we need to establish by highlighting the principals of the rules of evidence, and linking all of this to the specificity of the medical fault, and particular to the contemporary trends in compensation for medical damages which revealed constants and variables bearing indications of concepts, rules of evidence and responsibility.

key words :burden of proof, distribution of burden of proof, plaintiff, doctor's obligations, medical fault.

مقدمة:

لما كانت الخصومة القضائية لا تكاد تخلو من ركون كلا الخصمين إلى الإثبات، ليؤيد المدعي دعواه بالأدلة المقنعة، وليفند المدعى عليه هذا الدليل بما لديه من وسائل، ويقيم حجته ويدحض حجة خصمه، فإن الإثبات بذلك وبتعبير آخر هو إقامة الدليل على حقيقة واقعة يؤكدها في الخصومة أحد طرفيها، وينكرها الطرف الآخر.

ومن هنا تبرز الأهمية العملية للإثبات، أين تتصارع المصالح وتتقارع المزاعم أمام القضاء، بحيث يرمي كل خصم في مواجهة الخصم الآخر إلى تأكيد وجود الحق المدعى به في صالحه، فالإثبات بهذه الأهمية يعتبر ملازما للحق ذاته، فلا حق حيث لا دليل عليه، ولا جدوى من دعوى حيث لا إثبات تستند إليه، فالدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع به، ومن ثم فإثبات الخصم لحقه مسألة ذات مصلحة عملية مهمة للغاية، فهو بحاجة إلى إثبات الواقعة لإقناع القاضي بوجود الحق.

والواقعة محل الإثبات في موضوعنا هي الخطأ المنسوب إلى الطبيب المدعى عليه (وبعيدا عن مفهوم الخطأ المرفقي في هذا المجال، بالنظر لما له من خصوصيات لها هي الأخرى انعكاسات على قواعد الإثبات والمسؤولية) هذا الخطأ المدعى به في مواجهة الطبيب يعتبر الواقعة، والتي يمكن إثباتها بكافة الطرق، وبالرغم من ذلك فإن محل هذا الإثبات يشكل عبئا حقيقيا على عاتق المريض، بحيث يكون إقامة الدليل على خطأ الطبيب في الكثير من الحالات أمرا صعب المنال، ذلك أن العلاقة بين الطبيب والمريض هي بذاتها علاقة تفتقد إلى التوازن، أين يعاني فيها طرفا من علة مرضية، وآخر يضع فيه الأول ثقته وآماله في

مساعدته على تخليصه من تلك الآلام، مثل هذه العلاقة والمبنية على الثقة تحول في الواقع دون استعداد المريض مسبقا أو أخذ احتياطه للحصول على دليل يمكنه الاستعانة به عند الحاجة لإثبات خطأ من وضع ثقته فيه.

ناهيك أن الأمر يتعلق بإثبات واقعة سلبية، فالتزام الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل العناية، ما يجعل إثبات إخلاله بهذا الالتزام على عاتق المريض، بأن يقدم دليلا على عدم إتيان الطبيب قدر العناية المطلوبة، وهذا ما يزيد من وطأة عبء الإثبات، أين يكون محل الإثبات أمرا لا مظهر خارجي له يمكن أن يفصح عنه.

وقد أبان الفقه والقضاء عن اهتمام كبير بموضوع إثبات الخطأ الطبي، وشكلت التوجهات الفقهية والقضائية إحدى المحطات المهمة في مسيرة المسؤولية الطبية، ومن هنا تبرز أهمية تسليط الضوء على هذه الجزئية من مواضيع المسؤولية الطبية في مجموعها، بالتركيز على الثوابت والمتغيرات في الموضوع محاولين البحث في إشكالية تتمحور حول مدى إمكانية تطويع قواعد الإثبات والمسؤولية بما يخدم الموازنة بين مبدأ الإثبات يقع على المدعي وخصوصية الخطأ الطبي.

وقد حرصنا على توجيه العملية البحثية توجيها منهجيا راعينا فيه انتقاء لب الأفكار مستخدمين منهجا وصفيا وآخر تحليليا، بهدف تحديد قاعدة الإثبات وهي في حالة حركة على أمل أن نستجلي غوامضها وتفاصيلها انطلاقا من إبراز المركز القانوني للمدعي في ضوء توزيع عبء الإثبات في مبحث أول، انتهاء إلى ربط الفكرة أكثر بمدى انعكاسات طبيعة التزامات الطبيب على إثبات الخطأ الطبي في مبحث ثاني.

المبحث الأول:تراوح المركز القانوني للمريض في ضوء توزيع عبء الاثبات

لا شك أن معرفة الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات لها أهمية خاصة من الناحية العملية، وبعبارة أخرى الوصول إلى تحديد الطرف الذي يُلزم قبل الآخر بتقديم الدليل على صحة ما يدعيه، وفي ذلك أهمية بالغة أيضا لما في تعيين الخصم الذي يقع عليه هذا العبء من أثر في سير الدعوى ونتيجتها، لأنه يلقى على هذا الخصم عبئا ثقيلا تتوقف عليه نتيجة الدعوى، بينما يكفي خصمه أن يتخذ موقفا سلبيا(فرج، 2003، صفحة 39).

وهكذا فإن قاعدة الإثبات على المدعي يمكن اعتبارها من أهم المبادئ الأساسية التي يظهر أثرها في المجال العملي للمحاكم، غير أن التعاطي مع القاعدة عمليا يحتاج مبدئيا تحديد المقصود بالمدعي، وفيما إذا كان دفاع ودفوعات المدعى عليه تعد بدورها ادعاءات تسري عليه القاعدة ذاتها، وهو مبتغانا من وراء تأصيل الموضوع ببحث قاعدة توزيع الإثبات، وصولا الى معرفة مدى انطباق هذه القاعدة وتطبيقاتها المختلفة في مجال إثبات الخطأ الطبي، ونهتدي إلى ذلك سبيلا من خلال إبراز أهمية تحديد المدعي في ضوء قواعد الإثبات والمسؤولية في مطلب أول، ثم تبيان توزيع عبء الإثبات وأثره في إحداث التوازن في الخصومة القضائية في مطلب ثاني.

المطلب الأول: أهمية تحديد مركز المدعي في ضوء قواعد الإثبات والمسؤولية

يعرف الإثبات على أنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على صحة واقعة قانونية يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها(رشدي، 1990، صفحة 38) ومن ثم كان المقصود بعبء الإثبات هو واجب الخصم في إقامة الدليل على صحة ما يدعيه، أي واجبه في إقناع القاضي بالوسائل التي يحددها القانون على صحة ما يدعيه وينازعه فيه خصمه.

والواقع أن القاضي لا يملك مبدئيا أن يعين الخصم الذي يكلف بالإثبات، كون ذلك لا يتماشى ومبدأ حياد القاضي في النزاع المطروح عليه، فكان ولا بد أن يتولى المشرع نفسه وضع قاعدة عامة تعين من يقع عليه العبء في كل الأحوال، وتعين القاضي في بناء حكمه عليها، انطلاقا من أنه المكلف بإثبات القانون لا الوقائع، التي تترك للخصوم كأصل عام.

والقاعدة القانونية في هذا الشأن هي أنه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، وهي قاعدة تدل من ناحية على أن الإثبات يقع على من يدعي، ومن جهة أخرى تدل على مدى توزيع هذا العبء بين الطرفين، والمستقرء لنص المادة 323 من القانون المدني الجزائري"على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"سوف يخلص إلى القول على أن من يطالب غيره بتنفيذ التزام ما، أن يأتي بالدليل الذي يثبته، ومن يدعي بأنه تخلص من التزام، عليه بدوره أن يثبت الوفاء أو السبب الذي أدى إلى انقضاء هذا الالتزام، وبالتالي فان حكم المادة 323 المذكورة يسري على إثبات الالتزام وعلى إثبات انقضائه، فالقاعدة أن عبء الإثبات يقع على المدعي في دعواه وعلى المدعى عليه في دفعه، فكلاهما مدع في دعواه.

والواقع أن الأمر ليس بهذه السهولة كما يبدو لأول وهلة، و إنما يتعين على القاضي لدى كل خصام أن يتعرف على المدعي ويحدد موقفه، ثم يسأل عن المدعي عليه و يتحرى وضعيته فإذا تبين له ذلك وتفهمه، فيكون قد وجد أول الطريق للسير في حل النزاع، لأنه وبالرغم مما يستفاد من النص القانوني أن عبء الإثبات يقع على المدعي، إلا أنه لم يكن كافيا لتحديد من هو هذا المدعي ومن هو خصمه، الأمر الذي يستلزم تحديد وبوجه الدقة المقصود من وراء لفظ المدعي.

فلا شك أن للخصوم وبالذات المدعي أهم دور في الإثبات، إذ يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، ومع أن الإجماع منعقد على أن عبء الإثبات يتحمله المدعي، إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة، إذ يصعب في كثير من الأحوال تمييز المدعي من المدعى عليه، وبالتالي تعيين من يكلف بإقامة الدليل، ومن ثم كان لزاما تحديد المقصود بالمدعي، فهل هو من يبادر بإجراءات رفع الدعوى، أم هو من يدلي بادعاء أمام القضاء بصرف النظر عما إذا كان مدعيا في الأصل أو انتقل من مركز المدعى عليه أصلا إلى مركز المدعي لقيامه بإبداء دفع معين، لدفع مزاعم خصمه.

وقد بدل الفقه جهدا جهيدا في سبيل إزالة مثل هذا اللبس والغموض الذي يكتنف التمييز بين طرفي الدعوى، خاصة في قانون المرافعات أو الإجراءات، أين ينصرف لفظ المدعي في اصطلاح قانون المرافعات إلى القائم بالدعوى أي الذي سجل الدعوى، وسوف يعلن عن البدء في الخصومة بتكليف خصمه للحضور أمام القضاء، فقانون المرافعات المصري يعول كثيرا في التمييز بين المدعي والمدعى عليه على من يلجأ بدءا إلى القضاء ليرفع دعواه، إذ يعتبره هو المدعي، في حين يعتبر الآخر مدعى عليه(النشاز، 2000، صفحة 105).

غير أن المعيار المأخوذ به في هذا القانون يبقي معيارا شكليا غير حاسم، ويحتاج إلى كثير من الضبط الموضوعي، إذ ليس من الضروري أن يقتصر وصف المدعي على من بادر برفع الدعوى فقط، ذلك أن المدعى عليه وإن كان دوره أو موقفه سلبيا، إلا أن ذلك سوف ينتهي إلي حد ما، فالمدعي إن هو تمكن من إثبات ما يدعيه، فإن مبدأ المجابهة بالأدلة سوف يفتح المجال أمام المدعي عليه هو بدوره لكي يرد عن ذلك، فإن هو سلم بادعاء خصمه حكم له بذلك، أما إن هو نازعه وحاول تفنيد ما أدل عليه، من منطلق حقه في إبداء دفاعه ودفوعاته، أصبح بدوره مدعيا في الدفع، وتحول خصمه من مدعي في الدعوى إلى مدعى عليه في الدفع، كأن يقدم المدعى عليه دليلا على أن ذمته قد برأت من الالتزام الملقى على عاتقه

والمدعى به، فقد جاء عن محكمة النقض المصرية في 1967/03/27 "من المقرر أن على صاحب الدفع إثبات دفعه"(شعلة، 1998، صفحة 50)،وفي قرار آخر بتاريخ 1989/12/12" صاحب الدفع أو الدفاع هو المكلف بإثباته"(شعلة، 1998، صفحة 50).

وبالتالي فإن وصف المدعي يمكن أن ينتقل بين طرفي الدعوى، و يقع على من ينطبق عليه هذا الوصف إثبات ما يدعيه، الأمر الذي يدعو إلى الحرص على التفرقة بين المدعي أصلا في الدعوى، والمدعي عرضا، فالعبرة إذا هي بمن ادعى شيئا في أية مرحلة من مراحل الدعوى لا بالمدعي الأصلي فيها(المزغني، 1985، صفحة 44)،فليس المقصود بالمدعي كما سبق القول رافع الدعوى وكما يتبادر إلى الدهن، ولا الدائن فقط كما يستفاد من نص المادة 323 من القانون المدني، وإنما ينصرف مصطلح المدعي إلى كل خصم يدعي على خصمه أمرا ما، فالمدعى عليه في الدعوى إذا ما أبدى دفعا معينا يصبح بدوره مدعيا به، ومن ثم يقع عليه عبء إثباته طبقا لقاعدة أن "صاحب الدفع مدّع"، و يبدو من هنا كيف يمكن أن ينتقل عبء الإثبات من خصم إلى خصم آخر، فتبدأ صعوبة تعيين من يقع عليه عبء الإثبات عمليا(سعد، 1995، صفحة 67).

لم تتوقف محاولات فقه القانون عن إيجاد معيار عام يمكن من خلاله تحديد المدعي الذي يقع عليه عبء الإثبات، وقد كان ثمرة اجتهادات فقهاء القانون في سبيل وضع معايير يهتدي بها القاضي وهو يميز بين المدعي و المدعى عليه، تقرير مبدأ عام مقتضاه أن البينة على من ادعى خلاف الظاهر، ثم فسروا الظاهر ثلاث أنواع، ظاهرا أصلا وظاهرا عرضا وظاهرا فرضا فالأول ما كان ظاهرا بحسب الأصل، أي بحسب طبيعة الأشياء، والثاني ما ظهر دليلا أقيم عليه خلافا للأصل، والثالث ما افترض المشرع ظهوره، أي ما يعتبر ظاهرا بناء على قرينة قانونية.

وهكذا يمكن تعريف المدعي بأنه من ادعي خلاف الظاهر أصلا أو عرضا أو فرضا وعليه تكون القاعدة أن البينة على من ادعى خلاف الظاهر أصلا أو عرضا أو فرضا، فالظاهر أصلا: هو ما يظهر للناس عامة بأنه يوافق الحقيقة ويتفق مع طبيعة الأشياء ويمثل العادي أو المألوف، ويطلق عليه الظاهر لأنه يعتمد عليه في المعاملات، والظاهر أصلا الذي يقع على من يدعي خلافه إثبات ما يدعيه، يختلف باختلاف المسائل المراد إثباتها(السنهوري، 1998، صفحة 70).ومن صوره الأصل في العقود الصحة، الأصل في الإنسان حسن النية، الأصل في الشخص عدم الإعسار، الأصل في الحقوق العينية هو الوضع الظاهر، الأصل هو ما يتفق مع المبادئ

العامة، الأصل في القانون هو الظاهر، الأصل أن الإنسان غير مسؤول عن أمر حصل منه ضررا للغير، الأصل ما كان عرفا أو عادة.

أما الظاهر عرضا: فمفاده أنه إذا كان عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الثابت أصلا على نحو ما تقدم تبيانه، فإن هذا العبء يقع أيضا على من يدعي خلاف الثابت عرضا أو فعلا على حد تعبير البعض(علي، 1996، صفحة 42).و هو ما يتحقق في حال ما إذا أقام الخصم الدليل على خلاف ما كان ثابتا أصلا، فإذا كان الأصل هو براءة الذمة من أي التزام، و لكن استطاع المدعي إثبات الالتزام الملقى على عاتق المدعي عليه بإثبات الواقعة أو العقد المنشأ له، فنكون وقتها بصدد وضع ثبت على خلاف الأصل و يسمى بالوضع الثابت فعلا أو عرضا، فإن هو أراد المدعى عليه إثبات العكس، وقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، كأن يثبت أن الالتزام قد انقضى لسبب من أسباب انقضائه أو أنه قد وفى به.

في حين الظاهر فرضا: يتجلى حين تتمحور قاعدة البينة على المدعي، لتصبح البينة على من يدعي خلاف الثابت فرضا، والثابت فرضا كالثابت أصلا أو عرضا، لا حاجة إلى إقامة الدليل عليه، فلا يقع عبء إثباته على من يتمسك به، و إنما يقع على من يدعي خلافه.

وتفريغا لما تقدم وعملا بالمبادئ المستقرة في هذا الصدد، يتبين جليا أن مؤدى المادة 323 من القانون المدني الجزائري تعد بمثابة قاعدة عامة في تحديد المكلف بعبء الإثبات والتي يستفاد منها بعد التحليل الفقهي والاستطلاع القضائي أن البينة على من ادعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا أو فرضا، وإذا ما حاولنا إسقاط تلك المفاهيم على حالة المسؤولية الطبية، فنأتي على نتيجة أن المريض المضرور بفعل الخطأ الطبي هو المدعي(منصور، 1999، صفحة 177)،ومن ثم يقع عليه عبء إثبات ذلك الخطأ من جانب الطبيب، وهذا ما يتفق من حيث المبدأ مع قاعدة الإثبات يقع على المدعي، وسواء كان ذلك الخطأ من قبيل الأخطاء المتصلة بالفن الطبي أو تلك المتعلقة بالإنسانية الطبية.

فالأخطاء المتصلة بالفن الطبيومن منطلق اعتبار العلاقة الطبية بين الطبيب والمريض علاقة عقدية وهو ما تكرس بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية(Arrêt mercier) في 1936/05/20،(VIALLA, 2010, p. 128)فإن خطؤه يوصف بأنه خطأ عقديا يتجسد في عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه الناشئ عن العقد، وعبء عدم التنفيذ يقع على من يدعيه، و هو المريض الدائن بالالتزام العقدي.

غير أنه يجب التمييز في مجال عبء الإثبات بين نوعين من الالتزامات التعاقدية، وهي الالتزام ببذل العناية والالتزام بتحقيق نتيجة(قاسم، 2003، صفحة 47)،ولما كان قرار مرسي قد أشار إلى مضمون التزام الطبيب تجاه مريضه بأنه التزاما ببذل العناية الصادقة واليقظة والمتفقة مع الأصول العلمية الطبية الثابتة، فالتزامه بذلك لا يكون التزاما بتحقيق نتيجة كأصل عام، الأمر الذي ينعكس على مسألة عبء إثبات الإخلال بهذا الالتزام، إذ لا يكفي فيه إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة، وإنما يتوجب عليه أن يثبت فوق ذلك أن عدم تحققها مرده عدم قيام الطبيب ببذل العناية التي يفرضها عليه العقد وما تمليه الأصول العلمية الطبية الثابتة، والطبيب بدوره وطبقا لمبدأ المجابهة بالأدلة، له أن يثبت أنه بذل في تنفيذ التزامه عناية الطبيب من نفس مستواه و وسطه الطبي، أو يثبت السبب الأجنبي الذي حال دون ذلك، وهو في ذلك كله مدع في دفعه.

فالتزام الطبيب بالعلاج هو التزام ببذل العناية، وما على المريض إلا إثبات أن الطبيب قد انحرف عن الأصول الطبية التي تفرضها عليه واجبات مهنته فإن هو استطاع ذلك، فإن الطبيب يستطيع دفع المسؤولية بما يراه مناسبا، وللقاضي السلطة في تقدير الأدلة، وهكذا فإن الشفاء وإن كان هو النتيجة المرتجاة من عمل الطبيب في الغالب، إلا أن الطبيب لا يلتزم بتحقيقها، وإنما يلتزم فقط ببذل العناية التي تفرضها أصول المهنة الطبية على من هم في مثل موقعه من التخصص، على نحو يتحتم فيه على المريض بغية إلقاء المسؤولية على الطبيب القيام بإثبات عدم بذل هذا الأخير قدر العناية المتوجبة، أو بمعنى آخر أن سلوكه لم يكن مطابقا لسلوك طبيب مماثل من نفس المستوى، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيط به(منصور، 1999، صفحة 178).

غير أن القول ليس على إطلاقه فقد يضع الطبيب على عاتقه التزاما بتحقيق نتيجة محددة بموجب عقد يبرمه مع المريض، كما هو الشأن في حالة الجراحات التجميلية، أو بموجب طبيعة العمل الطبي و هو شأن الالتزام بسلامة المريض -كما سنرى لاحقا- أين يكون الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة وتماشيا مع القواعد العامة في الإثبات يكفي على المريض أن يثبت وجود الالتزام و عدم تحقق النتيجة أو حدوث الضرر،لينتقل عبء إثبات تحقيقها إلى الطبيب أو أثبات السبب الأجنبي الذي حال دونها.

أما الأخطاء المتعلقة بالأخلاقيات الطبية، وبالنظر إلى أن العمل الطبي يعد بذاته مساسا بجسم الإنسان، و من ثم لا يصير مباحا إلا متى استوفى شروطا مجتمعة و أهمها

رضاء المريض، فالمريض يكتفي بإقامة الدليل على هذا المساس لتنعقد مسؤولية الطبيب، وهذا الأخير بالمقابل وفي سبيل درء هاته المسؤولية، لا يسعه إلا إقامة الدليل على حصوله مقدما على رضاء المريض بالعمل الذي قام به.

والسؤال الذي يطرح نفسه، هو أي الأمرين يعد من قبيل الأصل، فهل هو المساس أو عدم المساس بجسم المريض؟ ذلك أنه إذا كان الإثبات يقع على المدعي، وأن المدعي هو من يدعي خلاف الأصل كما سبق شرحه، فإن الأصل هنا هو عدم المساس بجسم الإنسان، وعلى من يدعي خلاف ذلك، أي يدعي أن هناك سبب إباحة يبرر المساس بهذا الجسم، أن يقيم الدليل على توافره بعناصره و منها الحصول على رضاء المريض، فإن هو تمكن، فيصبح ذلك بمثابة الثابت عرضا أو فعلا، لينتقل بعدها عبء الإثبات إلى المعني بهذا المساس ليدفع بدوره خلاف ذلك أو يسلم.

ووفقا لهذا التحليل يكون الأصل هو أيضا عدم الحصول على رضاء المريض، ومن يتمسك بهذا وهو المريض يكون في حل من أي إثبات، وإنما يقع عبء الإثبات على من يتمسك بخلافه وهو الطبيب الذي عليه أن يقيم الدليل على تحقق هذا الرضاء(قاسم، 2003، صفحة 50).ويذهب البعض في ذلك أنه حلا قضائيا عادلا يجعل الطبيب يحرص على احترام إرادة المريض، وهو الأصل ومن تمسك بالأصل لا يلتزم بشيء في ما يتعلق بالإثبات، وعدم احترام هذه الإرادة هو الاستثناء، ومن يدعي به عليه إقامة الدليل، فهو موقف يبدو متفقا مع ما تمليه قرينة البراءة و التي تمثل الأصل العام حتى في مجال تنفيذ الالتزامات(قاسم، 2003، صفحة 54).

المطلب الثاني: توزيع عبء الاثبات وأثره في إحداث التوازن في الخصومة القضائية

تبين مما تقدم، أنه خلال مسيرة الإثبات لا بد أن يتحدد مبدئيا أيا من الخصوم يقع عليه عبء الإثبات، غير أن إلقاء عبء الإثبات على أحد الخصوم لا يعني تحمله لهذا العبء إلى نهاية النزاع، فهذا العبء يمكن تنقله بين الخصوم بحسب قدرة كل منهم على إقناع القاضي بما يرجح ادعاءاته، و أيضا ما يتمتع به القاضي نفسه من سلطات تمكنه من تخفيف هذا العبء على صاحبه ونقله من خصم إلى آخر، من خلال إعمال القرائن القضائية.

وعليه يسعى المدعى عليه لإثبات عكس ادعاء المدعي من عدم تأسيس طلباته، ويصير بذلك مدعيا بحسب حكم المادة 323 من القانون المدني الجزائري، لأنه يحاول أن يدفع

بالتخلص من التزامه، عملا بما ورد في النص من أنه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، فكلاهما يثبت، حسب التفسير الحرفي للنص.

وقد جاءت هذه المادة بصيغة من الشمول، بحيث وضعت قاعدة عامة صالحة لجميع الحالات، توحي بأن المدعي ليس بالضرورة من يبادر إلى رفع الدعوى، وأن المدعى عليه ليس هو من يصل دائما متأخرا أمام عتبة المحكمة، وإنما المدعى عليه هو أيضا يصير مدعيا في حال ما إذا أقام دفعا في وجه خصمه، مما يجعله بحاجة إلى إقامة الدليل على صحة دفعه وبذلك يصبح مدعيا(بكوش، 1988، صفحة 61).

وهكذا فالقاعدة مستقرة على أن عبء الإثبات يقع على المدعى، ومع ذلك فإن المدعى عليه وفي حالات ولأسباب معينة يساهم في الإثبات، وهو ما يسمى بتوزيع عبء الإثبات بين الخصوم(المزغني، 1985، صفحة 41)،والذي يجد تبريره في أن عبء الإثبات ليس خاصا بالمدعي ويقع حمله عليه فقط، ولكنه أثناء سير الدعوى قد يتحمل كلا من المدعي والمدعى عليه عبء الإثبات، والذي يوزع بينهما حسب المسألة المطروحة على القاضي(بن ملحة، 2001، صفحة 27)،فيتبادلا ذلك حتى يعجز أحدهما عن إقامة الدليل على ما يدعيه، فيخسر دعواه ويحكم للآخر(مطر، د.س، صفحة 94).

ولذلك كانت قاعدة توزيع عبء الإثبات من أهم قواعد الإثبات، وتأسيسا على ذلك اهتمت التشريعات الحديثة بتوزيع عبء الإثبات، لما في ذلك من أثر كبير على مركز الخصوم في الدعوى، واتفقت غالبيتها على أن المبدأ الذي يحكم موضوع المكلف بالإثبات هو أن البينة على من ادعى، وتفسير ذلك كله أن تكليف المدعي بإثبات كافة عناصر الحق المدعى به وشروطه عبء ثقيل ينوء كاهله عن حمله، فهل من سبيل إلى التخفيف من ثقل هذه المهمة المكلف بها المدعي، وذلك بتكليف المدعى عليه بجزء مما كان مكلفا به المدعي أصلا.

ومن ثم كان الحل في اللجوء إلى توزيع عبء الإثبات بين الخصوم عن طريق تحليل الواقعة محل الإثبات إلى عناصر، يتكفل كلا من الخصمين بإثبات ما يخصه منها، وهذا التوزيع لا يعد خروجا عن القاعدة العامة، ولكنه في الواقع تطبيقا لها على نحو ما تعرضنا إليه سابقا في تحليلنا للأوضاع الأصلية والعرضية والفرضية، فقد بينا أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت أصلا أو عرضا أو فرضا، لأن وصف المدعي والمدعى عليه يتغير في الدعوى بحسب مراحل الإثبات، ويبقى أن عبء الإثبات يقع على المدعي سواء كان مدعيا في الدعوى الأصلية أو مدعيا في الدفع .

وهكذا يتم توزيع عبء الإثبات بين الخصوم بتحمل كل واحد منهم جانبا من هذا العبء، فمن يقع عليه هذا العبء لا يجب عليه حتما أن يثبت كافة عناصر الواقعة محل النزاع وإنما يكتفي فقط بإثبات ما يجعل الواقعة مرجحة، ليلقي بذلك على خصمه عبء دفع ما ترجح وجوده، فيتناوب الخصمان عبء الإثبات إلى أن يعجز أحدهما عن القيام بذلك فيخسر دعواه، وتفسير ذلك أن تكليف المدعي وحده بإثبات كافة عناصر وشروط توافر الحق المدعى به يعد تكليفا بما لا يستطاع، لذا يقبل منه أن يقتصر في إثباته على ما يجعل وجود هذا الحق مرجحا في جانبه(النشاز، 2000، صفحة 273).

فلو ادعى مريضا خطأ عقديا من جانب الطبيب، فإنه يكون مكلفا بإثبات العقد الطبي الذي يدعي وجوده، و قد نقول أنه يكلف بحسب الأصل أيضا إثبات أن العقد الطبي توافرت فيه كافة شروطه من تراض ومحل و سبب، وذلك بإثبات توافر الأهلية للمتعاقدين وخلو إرادتهما من العيوب كالغلط والإكراه والتدليس، وإثبات مشروعية المحل والسبب، ثم بعد ذلك إثبات أن الالتزام لم ينقض بعد، وأن العقد لم يلحقه أي تعديل يذكر بعد انعقاده، لكن لا شك أن تكليف المدعي ومن قبيله المريض بإثبات حقه على هذا النحو يعد إثقالا عليه، ومن ثم اقتضت الضرورة أن يكتفى منه إثبات ما يرجح وجود الحق في جانبه، كأن يكتفي بإثبات وجود العقد الطبي بموجب وصفة طبية مثلا أو شهادة الشهود فإذا استطاع ذلك افترض أنه خال من أسباب البطلان، وإذا أراد الطبيب أن يدفع خلاف ذلك فعليه هو يقع عبء الإثبات.

فالقانون لا يطالب بالمستحيل، وإنما يكفي ممن يتحمل عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمرا مرجحا الوقوع، بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلا وينفي القاضي ما بقي من شك يحوم حول الأمر بنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر، ليثبت أنه بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر، فإن هناك قرائنا أخرى تجعل الراجح مرجوحا، ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول، ليهدم هذه القرائن بقرائن غيرها تعيد للأمر كفة الرجحان، وهكذا إلى أن يعجز أحدهما عن ردها فيخسر دعواه.

لذلك يتجه الفقه إلى أن من يتحمل عبء الإثبات ليس مطالبا في الواقع بإثبات كامل قاطع لأنه كثيرا ما يتعذر عليه تقديم الدليل القاطع الذي يؤدي إلى نقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر، لذا يكفي أن يقدم للقاضي ما يكون مقنعا إياه بأن ما يدعيه مرجح الوقوع أو بمعنى آخر تقديم دليل يجعل دعواه قريبة التصديق(رايس، 2005، صفحة 53)،ويكون على الخصم

الآخر أن يدحض هذا الدليل بتقديم دليل مضاد ومن ثم يصل القاضي إلى تجزئة عبء الإثبات بين الخصوم.

وبهذا بدا جليا أن علاج قصور القاعدة المتقدمة من خلال ملاحقة المشاكل الواقعية غير المتناهية يكون من خلال النظر إلى أساس هذه القاعدة وتطبيقاتها، والتي مؤداها أن الأصل هو الشيء الأقرب إلى التصديق عقلا ومنطقا، ومن منطلق أن نظرية الإثبات تقوم على فكرة الاحتمال الراجح فكلما كان الاحتمال الراجح في جانب أحد الخصمين ، فإن الأصل يكون في جانبه أيضا، ولا يقع عليه عبء إثبات ما تمسك به، بل يكون على خصمه الذي يدعي عكس الراجح أن يثبت ما يدعيه، فإذا تمكن من إثبات ما يدحض الاحتمال كان لخصمه أن يثبت مرة أخرى أن الاحتمال الراجح في جانبه هو، وهكذا يتناوب عبء الإثبات طبقا لفكرة الاحتمال الراجح.

وبهذا يكون عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الراجح عقلا وهو المعبر عنه فنيا بأن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الأصل، وبالتالي ففكرة الاحتمال الراجح لم تكن غائبة عن الصيغ الأخرى، التي قبل بها لتحديد المكلف بعبء الإثبات، سواء كان من يدعى خلاف الثابت أصلا أو فرضا أو عرضا، فالأمر المتنازع فيه إذ كان مألوفا أو ظاهرا أو أصلا في جانب أحد الخصوم كان جانبه مرجحا، ويكون في مجال الإدعاء مدعيا عليه، ولا يكلف بشيء، وإنما على خصمه يقع عبء الإثبات.

بيد أنه يجب التمييز في ذلك بين ما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية، ففي النوع الأول يكفي أن يثبت المدعي وجود الالتزام حتى ينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه، ليثبت أنه نفذ هذا الالتزام أو أنه لم يفنده لسبب أجنبي لا يسأل عنه، أما إذا كان الالتزام ببذل العناية، على غرار التزام الطبيب ببذل العناية في علاج المريض، فإن عبء إثبات عدم بذل العناية يقع على المريض وهو المدعي، فإذا أثبت المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب انتقل عبء الإثبات إلى الطبيب(تناغو، 1997، صفحة 82).

وتفريغا لما تقدم شرحه، واستشهادا بالتطبيقات القضائية في المجال الطبي، جاء عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1969/06/26 " لئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب ببذل عناية وخاصة أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فان عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب، كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح، والذي نتج عنه تشويها ظاهرا بجسمه

لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة، فان المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه، أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال"(عبودي، 1999، صفحة 70).

المبحث الثاني:حدود التزامات الطبيب وأثرها على قواعد الإثبات والمسؤولية

لا شك أن للتقدم الطبي من حيث تعدد التخصصات وتحديث فنيات الجراحة وتطوير الآلات والأجهزة الطبية من جهة وكثرة الأمراض وتداخلها من جهة أخرى، كان له أن زاد في تنامي الإشكالات القانونية بخصوص علاقة الطبيب بالمريض، وكان منها ما استشكل على القاضي والمتقاضي حول مدى التزام الطبيب عن نشاطاته الفنية التي يمارسها على جسم المريض والتي لم تكن عند رجاء الأخير، الأمر الذي يتطلب العمل على إحداث توازن بين نقيضي حماية حياة وسلامة المريض من جهة وقيام المسؤولية الطبية إذا ما تبث تقصيره من جهة أخرى، فإلى أي مدى يمكن إلزام الطبيب لتحقيق توازن أكثر،وهو ما سنقف عليه من خلال الوقوف على حدود التزام الطبيب ببذل العناية في مطلب أول،انتهاء إلى بحث مدى اتساع نطاق التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة في ضوء توجهات المسؤولية الطبية، في مطلب ثاني.

المطلب الأول: حدود التزام الطبيب ببذل العناية

البحث عن طبيعة التزام الطبيب إنما يستهدف القول بالنتيجة فيما إذا كانت مسؤولية الطبيب تثور بمناسبة أنه لم يلتزم بتحقيق نتيجة محددة، أو تثار عن مدى إخلاله بالتزام بذل العناية كالتزام عام أو التزام بوسيلة كما يصطلح عليه في فقه القانون على اعتبار أن الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية هو تقسيمان رئيسيان للالتزامات من حيث مداها أو حدودها، وسار الفقه على نحو رأى فيه أن الطبيب يسأل عن إخلاله بالالتزام ببذل العناية اللازمة والجهود الصادقة(مرقس، 1998، صفحة 397)، والخطأ في حالة إخلال الطبيب بالتزام بذل العناية هو خطأ بحاجة إلى إثبات، إذ لا يكفي لاعتبار الطبيب مخلا بالتزامه أن يخيب العلاج، بل لابد أن يقيم المريض كمدعي دليلا على تقصير الطبيب في عنايته، ولا يتأتى ذلك كأصل عام

إلا متى لحق ضررا بالمريض(SAVATIER, 1979, p. 191) واستطاع إثبات ارتباطه بخطأ الطبيب ارتباط السبب بالمسبب عملا بقواعد المسؤولية الخطئية.

إذ يتوجب على المريض إثبات أن ما نجم عن فعل الطبيب لم يتوافق مع ما كان يجب بذله من عناية، فإخلال الطبيب بالتزامه في علاج المريض يستلزم من المريض إثبات أن الطبيب التزم بعلاج المريض ولكنه ثبت في النهاية أنه لم يبذل العناية اللازمة أثناء العلاج بانحرافه عن أصول الفن الطبي وأدبياته(Benchabane, 1995, p. 67).

وأكد القضاء الفرنسي بدوره أن التزام الطبيب هو التزام ببذل العناية بدءا بقرار لمحكمة النقض الفرنسية والشهير بقرار مرسي وما تبعها من أحكام وقرارات، إذ اعتبر أن العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الأول وإن لم يكن بطبيعة الحال بشفائه فعلى الأقل ببذل عناية، مقتضاها جهودا صادقة ويقظة ومتفقة مع الظروف التي يوجد فيها المريض وكذا مع الأصول العلمية الثابتة(DEVERS, 2000, p. 111).

ولعل مرد ترجيح التزام الطبيب بأنه التزام ببذل العناية هو الطبيعة الاحتمالية(عشوش، 2007، صفحة 93)التي تطغى على نتائج العمل الطبي فتجعله في حل من التزام محدد بشفاء المريض، لأن ذلك يتوقف على عدة اعتبارات وعوامل تخرج عن إرادة الطبيب كعامل مناعة الجسم وعامل الوراثة وحدود العلم الطبي(محتسب الله، 1984، صفحة 284)،لأن القول بأن الطبيب يعد المسؤول عن عدم نجاح العلاج رغم بذله العناية الواجبة يخرج بنا عن دائرة وحدود الإنسانية التي لا تزال عاجزة، فلا يزال الإنسان يضع رجله في فراغ مجهول ويبحث عن أجوبة وأدوية لأمراض شتى .

فمهما تخصص الطبيب وزادت معرفته فهو لا يقدر على الالتزام بأن يمنع المرض من التطور والتفاقم كما لا يضمن عدم استفحاله أو أن يلتزم بأن لا يتخلف عند المريض عاهة مستديمة أو ألا يموت، إذ كل ذلك يظل بعيدا عن سلطانه وفاقد الشيء لا يعطيه، وكل ما يمكن مساءلة الطبيب عنه، هو إخلاله بالتزامه في بذل العناية والجهدفي سبيل شفاء مريضه من علته باستخدام الوسائل المتاحة في زمنه وبيئته، بدءا من تشخيص المرض والبحث عن سببه وصولا إلى مداواته بما يتطلبه من علاج بالأدوية أو علاج كيميائي أو جراحة، وعموما حسبما تقتضيه الحالة و يقره الطب.

وفي سبيل إثبات خطأ الطبيب في التزامه ببذل العناية، يأخذ القاضي بعين الاعتبار عدة عوامل والتي التي بمقتضاها يتحدد مدى هذا الالتزام ومن ذلك:

- درجة المعرفة العلمية: حيث تقتضي أصول العمل الفني أن يكون القائم به عارفا بخباياه وقواعده ومقتضياته، بل أن معيار المعرفة الفنية يعول عليه في تقدير مسلك صاحبها وهي ليست بظرف شخصي وإنما تحسب على الظروف الخارجية، وتتحدد درجة المعرفة الفنية من مطلق التخصص بالاحتكام للمؤهلات العلمية التي حصل عليها وطول خبرته وتجاربه المهنية، فالحاصل على درجة من الشهادات أو الديبلومات الأكاديمية في الطب وفي تخصص معين يعلو مستواه وترتفع درجته مقارنة بطبيب حاصل على ديبلوم في نفس التخصص يقل درجة عن شهادته والطبيب الذي مارس هذا التخصص لمدة طويلة يكون أكثر تخصص من غيره الحاصل على نفس الشهادة وفي نفس التخصص فيساءل على نحو أشد منه(ثروت، 2007، صفحة 114).

- الظروف الخارجية: أين يؤخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية (OSSOUKINE, 2000, p. 195) التي أحاطت به وهو يعالج المريض من بيئة العمل والبيئة التي توجد فيها العيادة، وكذا من حيث الوسائل والإمكانات المتوفرة، فالمستشفى المزود بأحدث الآلات الطبية لا يتكافؤ مع قطاع صحي متواجد في منطقة نائية لا يتوافر على مثل تلك الإمكانيات التي تسهل أكثر العمل الطبي(عدلي، 2006، صفحة 197).

- الأصول العلمية الثابتة: ويعني الالتزام ببذل عناية بذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية فالإخلال بمثل هدا الالتزام بشكل بذاته خطأ يثير مسؤولية الطبيب(فريد، 2004، صفحة 321)، وهو مدعاة لأن يلتزم بمتابعة ومواكبة التطورات والحقائق العلمية المكتسبة (JOURDAIN, 1999, p. 05) وقد جاء في المادة 45 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن أخلاقيات مهنة الطب ما يفيد أن التشريع الطبي الجزائري قد ألزم الطبيب لمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم العلاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة.

ويؤكد القضاء الجزائري في عديد القضايا التي راجت أمامه على أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية على غرار ما قضى به في قرار بتاريخ 2008/01/23 صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا من أن الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب يعني بذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة(خضير، 2014، صفحة 25).

كما أن القاضي قد يكون مضطرا لانتداب خبير للقول فيما اذا كان الطبيب فعلا بذل العناية المطلوبة منه، وفي هذا قضت الغرفة الجزائية بالمحكمة العليا بموجب قرارها بتاريخ 2003/06/24 أن تسبيب القاضي المتمثل في استبعاد مسؤولية الطبيب على أساس بذل عناية وليس تحقيق نتيجة غير مقبول قانونا، وأن الاستعانة بالخبرة الفنية وجوبية(خضير، 2014، صفحة 47).

المطلب الثاني:مدى توسيع نطاق التزام الطبيب بتحقيق نتيجة في ضوء توجهات المسؤولية الطبية

تعد مهنة الطب من مهن المخاطر والتي نادرا وفي حالات خاصة ما يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة، فأغلب ما يلتزم به هو بذل العناية التي تتوافق وأصول الفن الطبي، وإن حصل وأن التزم بتحقيق نتيجة ما فيكون إخلاله بذلك إنما هو خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، بحيث يتحمل المدين عبء الإثبات ولا يفرض على الدائن سوى التدليل على وجود ذلك الالتزام وعدم تحقق النتيجة(SAVATIER, 1979, p. 189)، فتثار مسؤولية المدين ولا يتحلل منها إلا متى أثبت قيامه بتنفيذ ما التزم به تحديدا أو أن يدفع بأن عدم تنفيذ الالتزام إنما هو راجع لسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير وهو المعنى المقصود بالمادة 176 من القانون المدني الجزائري(بلحاج، 1995، صفحة 266).

وهكذا فان عبء إثبات الخطأ الطبي الناجم عن إخلال الطبيب في تحقيق نتيجة التزم بها إنما يقع على الطبيب نفسه، ولا يدرء المسؤولية عنه سوى إن هو أفلح في إثبات قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به العلاقة السببية، ذلك أن الخطأ الطبي مفترض هنا فيعفى المدعي من إثباته وليس مطلوب منه سوى إثبات وجود ذلك الالتزام الطبي بتحقيق نتيجة(عبد الله، 2008، صفحة 160).

وعلى اعتبار أن الالتزام بتحقيق نتيجة متصور في مجال العلاقة العقدية (JEROME PANSIER & SKORNICKI, 1998, p. 11)،فإن الإخلال به يشكل خطأ عقديا ومن ثم فالمدين هو الذي يتحمل عبء نفي الخطأ العقدي وما على الدائن سوى التدليل على عدم التنفيذ، وهو ما يستدل من قرار محكمة النقض المصرية المؤرخ في 1969/06/12 والذي جاء فيه " إذا كانت الالتزامات التي اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعن مخلا بها هي التزامات بتحقيق نتيجة إيجابية، فإن عبء إثبات تحقق هذه النتيجة يقع على عاتق المدين الطاعن، وما على الدائن إلا أن يثبت الالتزام، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه إذا اعتبر إخلال الطاعن بتلك

الالتزامات ثابتا بعدم تقديمه أي دليل على وفائه بها لم يخالف قواعد الإثبات"(شعلة، 1998، صفحة 26)

وقد يتأتى هذا الالتزام عن اتفاق نابع عن إرادة المتعاقدين كما قد يكون مستمدا من طبيعة الخدمة الطبية المقدمة أو من أحكام القانون(PANNEAU, 1996, p. 10).

- استنادا إلى إرادة المتعاقدين: قد يجعل الطبيب على عاتقه التزاما بتحقيق نتيجة في حالات ما وبصراحة في العقد(عشوش، 2007، صفحة 92)طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو ما نلمسه أكثر في مجال الجراحات التجميلية، حيث يلتزم الطبيب بنتيجة محددة بدقة اعتمادا على مخطط معد مسبقا ومتفق عليه(جميل، د.س، صفحة 78)، ويصطلح عليه كذلك بالنتيجة الجيوميتريةGéométrique.

- استنادا إلى طبيعة الخدمة الطبية المقدمة: أين ينصرف مفهوم الالتزام بتحقيق نتيجة إلى الالتزام بالسلامة أي سلامة المريض ولكن دون الالتزام بشفائه، بمعنى بألا يعرضه لأي أذى جراء ما يستعمله من أدوات وما يستخدمه من أجهزة وما يعطيه من أدوية وما ينقله من دم وما يجريه من تحاليل وتلقيحات، فهو ملزم بسلامة المريض من كل عدوى قد تنقل إليه مرضا آخرا أو من كل نقل لدم غير متوافق مع فصيلته.

ناهيك عن مثال أمثل لالتزام الطبيب جراح التجميل(البنية، 1993، صفحة 95) بسلامة مريضه أو زبونه خاصة وأن عمليات التجميل من حيث طبيعتها كخدمة ليست بالضرورة من أجل المداوة من علة مرضية عضوية وإن كان جانب من الفقه يرى بضرورة التمييز بين الجراحة التجميلية التي تخضع لنظام الالتزام بوسيلة وبين النتيجة التجميلية التي تترتب عليها، والتي تخضع لنظام الالتزام بنتيجة(سرحان، 2004، صفحة 133).

وترتيبا على ما تقدم يمكن القول أن إثارة مسؤولية الطبيب عن التزام محدد بالسلامة يمثل التزاما بتحقيق نتيجة، يكون أمر تحقيقها بعيدا عن الطبيعة الاحتمالية التي تقصد من وراء التزامه ببذل العناية تجاه المريض، وفي الواقع وبالنظر إلى التقدم العلمي المستمر والتطور التكنولوجي الباهر فإن الالتزام بتحقيق نتيجة لا يمكن أن يوضع له حدودا، بل أن مع توسعه وامتداده إلى مجالات أخرى سيؤدي إلى تحرير المريض من عبء الإثبات، الأمر الذي جعل الفقه ومن ورائه القضاء يبحث أكثر عن توسيع نطاق الالتزامات الطبية بتحقيق نتيجة في سبيل تحرير المريض من عبء الإثبات الذي أصبح يشكل عقبة في حصوله على تعويض يجبر ضرره.

ففي مجال الالتزامات المرتبطة بالأعمال الفنية تحديدا أصبح الالتزام في هذا المضمار يتجه أكثر نحو تحقيق نتيجة بعدما تطور الطب وتضاءلت معه نسب الاحتمال إلى حد كبير جدا، وهو ما يستشف من خلال أعمال طبية فنية كعمليات الحقن المختلفة والتطعيمات والتلقيحات المختلفة وكذاالتحاليل الطبية وإعطاء الأدوية،ناهيك عن الأدوات والأجهزة الطبية والتركيبات الصناعية وأيضا عمليات التجميل ونقل الأعضاء وحالة إصابة المريض بالعدوى(JOURDAIN, 1999, p. 06).

وقد زاد هذا الالتزام تطورا شدد من مسؤولية الطبيب أكثر، فمن خلال الأخذ بفكرة الالتزام بالسلامة يمكن للمريض المضرور الحصول على تعويض عن النتائج الضارة غير المتوقعة من العمل الطبي الذي يخضع له ومن دون حاجة إلى البحث عن خطأ من جانب الطبيب، فقد يحدث أن تسوء حالته الصحية أكثر بسبب تعرضه لمرض لاحق على العمل الطبي الأخير، فرغم تلقيه العناية الطبية اللازمة إلا أنه قد يظهر بعد العمل الطبي أمراضا أخرى أو أضرارا، فإذا كانت متوقعة يسأل عنها أما إذا كانت غير متوقعة فضلا عن عدم ارتباطها مباشرة بالعمل الطبي المتخذ، فهذا ما يحاول القضاء بوسيلة أو بأخرى تعويض المضرور عنه.

وتطبيقا لذلك صدرت عن جهات قضائية دنيا فرنسية بعض المحاولات، ومن ذلك ما جاء عن محكمة باريس الكلية بموجب حكمين لها بتاريخ 1997/05/05 و1997/10/20) (T.G.A , Paris , 10/10/1997. Dalloz, 1998أنه إذا كانت طبيعة العقد الذي ينعقد بين الجراح وعميله يضع على عاتق المهني من حيث المبدأ مجرد التزام ببذل عناية، فإنه رغم ذلك وبمقتضى التزام بتحقيق نتيجة يتحتم عليه إصلاح الضرر الذي لم يمكن معرفة سببه الحقيقي مرتبطا مباشرة بالتدخل الذي خضع له المريض ولم يكن له علاقة بحالته السابقة(قاسم، 2003، صفحة 124).

وهو الاتجاه الذي تأيد بموجب حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 1999/11/10 بالرغم من تقرير الخبراء الذي أكد أن إصابة المريض بالعمي أثناء خضوعه لعملية جراحية كان سببه خللا أصاب الأوعية الدموية ولا علاقة له بالحالة السابقة على العملية الجراحية للمريض ولم يكن متوقعا كتطور طبيعي للحالة التي كان يعاني منها المريض أصلا، إلا أنه أقر بمسؤولية القائم بهذه العملية.

وهكذا تكون هذه المحاولات القضائية قد ألقت على عاتق الطبيب التزاما بالسلامة يفرض عليه تعويض المريض المصاب عن الضرر الذي لحقه بمناسبة عمل جراحي ضروري لعلاجه حتى في حال غياب الخطأ من جانب الجراح، وذلك متى كان الضرر الذي أصاب المريض لا علاقة له بحالته السابقة على التدخل الجراحي أو بالتطور المتوقع لهذه الحالة، وأصبح الطبيب مطالبا وإن ليس بشفاء المريض فبتفادي تفاقم حالته المرضية التي قدم بها (قاسم، 2003، صفحة 126) من خلال إقحام أثر لفكرة الالتزام بالسلامة وتوسيع نطاقها، والتي رأى فيها وسيلة ناجعة يمكن من خلالها للمريض المضرور الحصول على تعويض عن النتائج الضارة غير المتوقعة من العمل الطبي الذي يخضع له، ومن دون حاجة إلى البحث عن خطأ من جانب الطبيب.

وبذلك تكون تلك الاجتهادات القضائية قد ألقت التزاما بالسلامة يفرض تعويض المريض المصاب عن الضرر الذي لحقه بمناسبة عمل جراحي ضروري لعلاجه حتى في حال غياب الخطأ من جانب الطبيب الجراح، وذلك متى كان الضرر الذي أصاب المريض لا علاقة له بحالته السابقة على التدخل الجراحي أو بالتطور المتوقع لهذه الحال، وهو ما أثار سخطا من قبل الوسط الطبي وشركات تامين بل وانتقد من قبل جانب من الفقه ، الأمر الذي جعل محكمة النقض الفرنسية تعدل عن هذا التوجه فرفضت إمكانية التعويض عن مخاطر العلاج بدون خطأ في العمل الجراحي، إذ قضت في قرار لها مؤرخ في 2000/11/08 (Cass, 1er civ, 8 novembre 2000, n° 99-11735) أن الالتزام بالتعويض عن مخاطر العلاج لا يندرج ضمن الالتزامات المتولد عن العلاقة العقدية التي ترتبط بين المريض و الطبيب، و هكذا يتبين مدى تردد القضاء في اعتماده لفكرة المسؤولية بدون خطأ.

وأمام هذا التردد، ألح الفقه بل وأصحاب مهنة الطب أنفسهم على ضرورة تدخل المشرع طريق سن نظام قانوني خاص بتعويض الأضرار المترتبة عن الحوادث الطبية، حتى لا يجد الطبيب نفسه مجبرا على دفع تعويض دون أن يثبت ارتكابه أي خطأ من جانبه، فليس من العدل أن يسألوا عن أخطاء لم يرتكبوها، وليس من المعقول بالمقابل أن يتكبد ضحايا الحوادث الطبية الأضرار دون تعويض، وانتهى الأمر بإقرار المشرع الفرنسي نظاما قانونيا خاصا بالتعويض عن الحوادث الطبية بموجب قانون 04 مارس 2002.

(Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002).

و لعل أهم ما يتميز به هو أنه أقر نظاما للتسوية الودية يتكفل به جهازا حكوميا على هو الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية، ومرد هذا التوجه التشريعي هو إقرار فكرة التضامن الوطني، بما يفيد أن المسؤولية يجب ان تبقى موضوعية ولكن على نحو يجعل المجتمع هو من يتكفل بضحايا الحوادث الطبية، ويبدو واضحا من خلال استقراء نصوصه أن المشرع ارتكن ضمنيا إلى فكرة مخاطر العلاج ولكن خارج القضاء هذه المرة عن طريق صندوق التعويض عن الحوادث الطبية وعلى أساس التضامن الوطني، بحيث تقوم فلسفة هذا القانون على تحمل الجماعة عبء هذا المخاطر.

ويكون بذلك المشرع الفرنسي قد خفف من حدة المسؤولية التي كانت قد تبنتها بعض الأحكام والقرارات القضائية المختلفة وبالأخص على ضوء فكرة الالتزام بالسلامة وفكرة مخاطر العلاج، ليعود ويؤكد على فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية، إلا إذا تعلق الأمر بالأضرار الناجمة عن المنتجات المعيبة أو بالأضرار الناجمة عن عدوى المستشفيات تحديدا والتي خص حكمها بحرفية النص.

فبحسب قانون 200/03/04 فانه في حال إصابة المريض بعدوى المستشفيات تكون المستشفى مسؤولة في مواجهة المدعي عن الأضرار التي لحقت المريض ولا يمكنها درء المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، أما في حال عدم إثارة مسؤوليتها فان الأضرار الناجمة عن عدوى المستشفيات أو الوفاة المترتبة عنها تفسح المجال أمام المريض المتضرر أو ذوي حقوق الضحية حسب الحالة بالحصول على تعويض استنادا إلى مبدأ التضامن الوطني طالما أن الأضرار أو الوفاة تعزى مباشرة إلى إعمال الوقاية والتشخيص والعلاج والتي رتبت للمريض نتائجا غير طبيعية بالنظر إلى حالته الصحية والتطور الطبيعي وكانت ذات طابع جسيم، ويتم تقييم ذلك في ضوء فقدان القدرة الوظيفية والنتائج المترتبة على الحياة الخاصة والمهنية مع الأخذ بعين الاعتبار معدل الإصابة الدائم في سلامته البدنية او النفسية ومدة التوقف عن النشاط المهني، ويتم تحديد ذلك وفق ما جاء لاحقا في القانون رقم 1577/2002 Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, JORF du 31 décembre 2002

بحيث تتحدد النسبة بالنص على أنها يجب أن تفوق 25 بالمائة، أو أن تكون هناك وفاة، وتجدر الإشارة انه لهذا الصندوق ان يرجع على المستشفى بما دفعه من تعويض في حال ثبت تقصيرها في اتخاذ الإجراءات والتدابير المعمول بها وفق التنظيم القانوني في اطار مكافحة عدوى المستشفيات.

وجدير ذكره أن التعويض على أساس التضامن الوطني لم يقتصر فقط على عدوى المستشفيات وإنما أكد على أنه في حال عدم إقامة مسؤولية الأطباء والمستشفيات والمنتج فإن أي حاث طبي أو مرض ذو منشأ علاجي accident médical ou une affection iatrogène يفسح المجال للتعويض عن الأضرار اللاحقة بالمريض او ذوي حقوق الضحية بذات الشروط والتقييم المشار إليه.

كما أن التعويض على أساس التضامن الوطني يشمل وبحسب النصوص القانونية المفرغة بقانون الصحة الفرنسي حالات ميلاد الطفل معاقا بشروط وفي حدود معينة، تعويض ضحايا التطعيم الإجباري، تعويض ضحايا عمليات تقل الدم الملوث بفيروس الإيدزVIH ، وفيروس الالتهاب الكبدي VHC الذي شمله التعويض بموجب القانون رقم 2008/1330 الصادر في2008/12/7 والالتهاب الكبدي VHB وفيروسTاللمفوي البشريVTLV، الذي شملهما التعويض بموجب القانون رقم2012/1404 الصادر في 2012/12/17، ناهيك عن تعويض الأضرار الناجمة عن التدخل في ظروف استثنائية لطبيب أو مستشفى خارج نطاق نشاطها في الوقاية والتشخيص والعلاج.

خاتمة:

ترتيبا على ما تقدم يتضح أن مواجهة الواقع ومن غير لبس يوجب الاعتراف بوجود التزامات يطالب فيها الطبيب بتحقيق نتيجة إلى جانب الالتزام الأول ببذل عناية، وهو أسلوب أمثل لتحقيق توازن بين الطبيب والمريض، فمثل هذا التوسيع يؤدي إلى التخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض في وهو في مركزه القانوني كمدعي، ومن قبل كطرف ضعيف في العلاقة الطبية، بوصفه جاهلا لخبايا الفن الطبي من جهة وبسبب المرض الذي يعانيه من جهة أخرى، بل وقد يكون فاقد الوعي لحظة وقوع الفعل أو الأفعال المكونة للخطأ المدعى به، كل ذلك من شأنه أن يزيد من مشقته في النهوض بالإثبات، ولم يكن من وراء توسيع دائرة الالتزامات الطبية بتحقيق نتيجة التشديد على الطبيب وجعله أكثر حرصا في عمله فحسب، وإنما استهدف به رفع الغبن على المريض الذي أصبح يتخبط في مسائل وأمور فنية يجهلها ويصعب عليه إثباتها إن هو ادعى بها ضد الطبيب.

ولا شك أن الظروف التي تحيط بالخطأ الطبي والتي كانت مدعاة للخصوصية وما يتبعها من مفاعيل، وحالة المعاناة التي يكون فيها المريض لحظة حدوثه ومن بعد مرحلة إثباته،

تبين إلى حد كبير مدى صعوبة إثبات الخطأ الطبي، بل وأحيانا كثيرا استحالته، وبالنتيجة تحمله مخاطر الإثبات بأن يخسر دعواه، فضلا عن تحمله المصاريف القضائية، بالنظر إلى أنه صاحب المبادءة بالنزاع، ومن هنا كانت محاولات الفقه والقضاء جادة ومستمرة في سبيل التخفيف من هذه الصعوبات، وهي محاولات تعد نقاط تحول حاسمة في مسيرة الإثبات وسببا من أسباب تطور المسؤولية الطبية عبر مراحلها المختلفة.

وقد أظهرت تلك المحاولات أن غاية الفقه والقضاء كانت دوما الوصول إلى تعويض المضرور بأي طريق كان، فبعد أن كانت المسؤولية تقوم على أساس الخطأ، أدركوا فيما بعد أن فكرة الخطأ مع التطور الحاصل أصبحت آخذة في الضعف شيئا فشيئا، واختفت تارة تحت ستار الخطأ المفترض والقابل لإثبات العكس، وتارة أخرى تحت ستار الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، إلى أن اختفت أخيرا وحلت محلها فكرة المخاطر، أين أصبحت المسؤولية موضوعية لا تقوم على أساس الخطأ، وإنما على أساس الضرر لتكتسح المجال الطبي فكره جديدة مؤداها الالتزام بالسلامة، وما له من أثر إيجابي على المريض في الإثبات.

كما أن الحلول التشريعية هي الأخرى لم تغب عن ساحة الإثبات في المجال الطبي، ولعل إقرار المشرع الفرنسي نظاما قانونيا خاصا بالتعويض عن الحوادث الطبية بموجب قانون 04مارس 2002، حقق كثيرا مما كان يدعو إليه الفقه وما كان قد تبناه القضاء وهو يحاول تطويع القواعد القانونية، ولهذا لا زال يحدونا الأمل أن يقف المشرع الجزائري على الاتجاهات التشريعية الحديثة في مجال التعويض عن الأضرار الطبية، ويعمل على إقرار نظام قانوني خاص بالتعويض عن الحوادث الطبية، بغية توفير حماية لكل من طرفي العلاقة الطبية في إطار توازن الحقوق والمصالح.

قائمة المراجع:

أولا: المراجع باللغة العربية

01-مؤلفات

سعد،إبراهيم نبيل، (1995)، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، لبنان.

بلحاج،العربي، (1995)، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني،العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

بن ملحة، الغوثي (2001)، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر.

محتسب، الله بسام، (1984)، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق،دار الإيمان، سوريا.

فرج، توفيق حسن، (2003)، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

عدلي، خليل، (2006)، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار الكتب القانونية،مصر.

المزغني، رضا، (1985). أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامة،دارة البحوث، السعودية.

شعلة، سعيد أحمد، (1998)، قضاء النقض في الإثبات، منشأة المعارف،مصر.

مرقس، سليمان، (1998)، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الأحكام العامة، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان.

تناغو، سمير، (1997)، النظرية العامة في الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، مصر.

علي، عادل حسن،(1996)،الإثبات في المواد المدنية،مكتبة زهراء الشرق،مصر.

عبودي، عباس، (1999)،شرح أحكام قانون الإثبات المدني،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.

ثروت، عبد الحميد، (2007)،تعويض الحوادث الطبية،دار الجامعة الجديدة، مصر.

السنهوري، عبد الرزاق، (1998)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي،لبنان.

خضير، عبد القادر، (2014)، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

عشوش، كريم (2007)،العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

البنية، محسن عبد الحميد إبراهيم، (1993)، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب لمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر.

رشدي، محمد السعيد، (1990)، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، النسر الذهبي للطباعة، مصر.

فريد، محمد بن محمد المختار بن أحمد، (2004)، أحكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عليها، الإمارات، مكتبة الصحابة.

قاسم، محمد حسن، (2003). إثبات الخطأ في المجال الطبي. دار الجامعة الجديدة للنشمصر: ر.

منصور، محمد حسين. (1999)، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر.

النشاز محمد فتح الله، (2000)، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات،دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر.

مطر، محمد يحي، (د.س)، مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان.

بكوش، يحيى، (1988)، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة،المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.

02- مقالات:

جميل، صالح، (د.س)، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، الصفحات 71-88.

سرحان، عدنان ابراهيم، (2004)، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين،المسؤولية الطبية، الجزء الأول(العدد الثاني)، الصفحات 119-254.

عبد الله، ليندة، (2008). طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، (العدد الأول)، الصفحات 151-168.

رايس، محمد. (2005). إثبات المسؤولية الطبية. مجلة الحجة، (العدد الأول)، الصفحات 49-65.

ثانيا: باللغة الأجنبية

01- OUVRAGES :

DEVERS, G, (2000), Pratique de la responsabilité médicale, ESKA, France.

OSSOUKINE, A, (2000),L'éthique Biomédical, Dar El Gharb, Algerie.

PANNEAU, J, (1996) La Responsabilité Du Médecin 1996,Dalloz, France.

SAVATIER, R, (1979), La Théorie DesObligations En Droit Privé Economique, Dalloz, France.

VIALLA, F, (2010), Les Grands Décisions Du Droit Médical, Alpha L.G.D.J, France.

02- ARTICLES:

Benchabane, H, (1995). Le Contrat Médical Met A la Charge du Médecin Une Obligation De Moyen ou de Résultat, revue Algérienne Des Science Juridique Et Economique Et Politique(Numéro 04), pp. 56-75.

JEROME PANSIER, F, & SKORNICKI, F, (1998), La faute et l' accident en matière de responsabilité médicale, Gazette du palais, pp. 10-25.

JOURDAIN, P, (1999), Nature De La Responsabilité Et Des Portés Des Obligations Du Médecin, Responsabilité Civile Et Assurances, pp. 04-46.

الحق في البريد الإلكتروني

The right to electronic mail

نوارة حسين
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو
nouarahocine@yaoo.fr

تاريخ الاستلام: 2021/02/20 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/07

****

ملخص:

برز ظهر البريد الإلكتروني وأصبح استخدامه كأهم تطبيق للأنترنت في الحياة اليومية للناس أي بين الأفراد والجماعات، يستخدم في شتى المجالات الحياتية، حيث نجد من أهم استخداماته في مجال المعاملات الإدارية وفي التجارة الإلكترونية التي تستغله لتسهيل المعاملات بين الأعوان الاقتصاديين في الفضاء الإلكتروني.

وقد ارتقى استعماله حاليا في الشركات والمؤسسات التجارية وفي الإدارات العمومية بحيث توسع التعامل به على مستوى عال بحكم أنه لا يختلف عن عنوان البريد العادي مُخصص للعمل به في نطاق الفضاء الإليكتروني لتسهيل التواصل مع الأفراد باختلاف فئاتهم.

الكلمات المفتاحية: البريد-الإلكتروني-المراسلات عبر الأنترنت-الحماية القانونية.

Abstract:

The At the beginning of the era of digital, electronic and informatics technology, electronic supports that were used appeared On the Internet, and with it the use of e-mail emerged as the most important especially as it is a mechanism used in the daily life of people, between individuals and groups and used in e-commerce to facilitate interaction Between remote economic agents. Its use to facilitate communication between them, and it has been dedicated to supporting commercial exchanges and facilitating transactions between economic agents in space electronic.

key words: E-mail-electronic-Online Correspondence-Legal protection.

مقدّمة:

في الواقع، تطورت مكانة حقوق الملكية الفكرية في ظل الدولة المعاصرة واختلفت النظرة إليها منذ تكييفها على أنها "رأس المال الفكري" (العجماوي، 2008، صفحة 52)، وذلك تدريجيا بظهور عصر التكنولوجيا الحديثة والثورة الرقمية، حيث عرفت نقلة بسبب ظهور الحاسب الآلي والتقنيات المتطورة (نوارة ح.، عناصر الملكية الفكرية الرقمية، 2019، صفحة 1)

لاسيما بانتشار شبكة الأنترنت العالمية (أحسن، 211، صفحة 24)، الأمر الذي دفع إلى تداولها في البيئة الرقمية بما يصطلح عليها بحقوق "الملكية الفكرية الرقمية"، وبالتالي توسعت حقوق الملكية الفكرية بظهور المواقع الإلكترونية والبريد الإلكتروني.

لقد كانت عناصر الملكية الفكرية الرقمية في البداية وليدة علوم الحوسبة مستقلة عن علوم الاتصال وتبادل المعطيات وشبكات المعلومات، لكن مع ظهور شبكات المعلوماتية ظهرت أنماط جديدة من المصنفات، تثير مسألة الحاجة إلى الحماية القانونية وهي أسماء النطاق**.Source spécifiée non valide**، أو الميادين أو المواقع على الشبكة وقواعد البيانات على الخط وعناوين البريد الإلكتروني، وتحديدا كل ما يتعلق بالدخول إليها واسترجاع البيانات منها والتبادل المتعلق بمحتواها الحاصل عبر الخط، وهو تطور لمفهوم قواعد البيانات السائدة قبل انتشار الشبكات والتي كانت مقتصرة من حيث المفهوم على معلومات مخزنة داخل النظام أو تنقل على واسطة مادية، وكذا محتوى موقع الأنترنت من نصوص ورسوم وأصوات ومؤثرات حركية (حيث يطلق على المؤثرات الصوتية والحركية لوسائط المتعددة-MultiMedia) **Source spécifiée non valide.**.

كل هذه التقنيات التكنولوجية والرقمية المتطورة تم استغلالها عالميا في مجالات متعددة لتخدم البشرية، لاسيما في الحياة اليومية ومجال التجارة الإلكترونية...وغيره، حيث تم استغلال المواقع الإلكترونية التي تتيح خدمة البريد الإلكتروني للأعوان الاقتصاديين والتجار لتبادل الرسائل ذات الطابع التجاري مثل الطلبيات والفواتير الإلكترونية ووصولات الدفع ...وغيرها في ظل بنية رقمية متكاملة، لإتمام عملية التعامل مع التجارة الإلكترونية في كل تفصيلاتها.

انطلاقا من هذه التفاصيل ارتأينا أن نتناول بالدراسة البريد الإلكتروني كأحد الخدمات المتاحة على شبكة الأنترنت، من خلال طرح إشكالية حول: **النظام القانوني للبريد الإلكتروني في الجزائر**؟.

كما يتضمن الموضوع توضيح العلاقة القائمة بين تنظيم المشرع الجزائري للفضاء الإلكتروني والحاجة إلى تأمين كل الوسائل التي تساهم في تسهيل المعاملات والمراسلات عبر الشبكة أي البريد الإلكتروني بمعنى أنّ اهتمام المشرع بتأمين المراسلات الإليكترونية هو إجراء تكملي لتنظيم الفضاء الإلكتروني.

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية تناولنا مفهومه في(المبحث الأول) ثم الطبيعة القانونية للبريد الإلكتروني وحمايته في(المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم البريد الإلكتروني

عند انطلاق عصر التكنولوجيا الرقمية والإلكترونية والمعلوماتية ظهرت الدعائم الإلكترونية أو "**المواقع الإلكترونية**"، تتخذها الحكومات، الجامعات، المعاهد العلمية، المكتبات الدولية، المراكز الطبية، وكذا الشركات التجارية العامة والخاصة كعناوين الكرتونية على شبكة الأنترنت، للوصول إلى العملاء والمتعاملين معها من مختلف أنحاء العالم، وتستغلها في الدعاية والترويج والتسويق والبيع وتبادل الرسائل في شكل بريد الكرتوني، لكن يتطلب استغلالها تسجيل الموقع من الشخص التاجر باسم معيّن. (نوارة ح.، القانون الواجب التطبيق على منازعات مواقع الانترنت العدد 18، 2014، صفحة 1)

المطلب الأول: تعريف البريد الإلكتروني

عندما ظهرت شبكة الأنترنت ظهر معها استخدام البريد الإلكتروني كأهم تطبيق للأنترنت وأكثرها استخداما، فقد فرض نفسه إلى جانب البريد التقليدي وانتشر حتى أصبح استخدامه يتجاوز البريد التقليدي، لاسيما وأنه آلية مستعملة في الحياة اليومية للناس أي بين الأفراد والجماعات ويستخدم في التجارة الإلكترونية لتسهيل التعامل بين الأعوان الاقتصاديين عن بعد لتسهيل التواصل بينها. فعندما تطورت أنماط الحياة والممارسات التجارية تطور معها استخدام الوسيط الإلكتروني سواء داخل الحدود السياسية لدولة ما أو خارجها بصرف النظر عن القانون الذي تخضع له، حيث تستخدم الرسائل الكرتونية لتقديم

طلبات الشراء، وتحديد مواعيد الشحن والتسليم, والفوترة وحتى الدفع إلكترونيا (حماية المستهلك في مجال التجارة الاليكترونية، العدد 02، 2011).

إن شبكة الأنترنت نافذة مفتوحة وواجهة للعرض والدعاية والتسويق، بل وقاعة عرض افتراضية للمنتجات والخدمات على أعلى مستوى. (د. خالد ممدوح إبراهيم، 2010، صفحة 113)، لذلك يحتاج المتعاملين بها استغلال كل الخدمات التي توفرها لاسيما التراسل الإلكتروني أي البريد الإلكتروني فما هو المقصود بها.

للتفصيل نتطرق للتعريف الاصطلاحي للبريد الإلكتروني في(الفرع الأول)ثم للتعريف الفقهي في(الفرع الثاني) ثم للتعريف القانوني في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للبريد الإلكتروني

البريد الإلكتروني هو بريد عادي مثل البريد التقليدي، يحتاجه الشخص لإرسال رسالة الكرتونية على عنوان بريد المرسل إليه، لأنّ العنوان هو التعيين الشخصي لهوية مستخدم البريد الإلكتروني، وهو انتقال لتقنية إرسال الرسائل من البريد التقليدي إلى الدعامة الإلكترونية أي البريد الإلكتروني في موقع معيّن على شبكة الأنترنت.

ومصطلح البريد الإلكتروني يتكوّن من مفردتين الأولى "البريد " والثانية "الإلكتروني"، وتسمية الإلكتروني كانت نسبة إلى الإلكترون وهي كلمة إنجليزية الأصل**"Electronic"** وتنتسب إلى الإلكترون كافة الأجهزة والوسائل التي وظائفها من خلال حركة الإلكترون وتحت تأثير مجال كهربائي أو مغناطيسي. أما المصطلح لغة لم يتفق اللّغويون في تحديد أصله، فقيل إنه غربي ومعناه "الرسول" واعتبره آخرون فارسيّ الأصل ومعرب، ومعناه بالفارسية "بريدة" بمعنى مقطوع الذنب، وقيل ما بين كل منزلين بريد، والبريد: الرسل على دواب البريد والجمع برُد، برداً أرسله. (حسن، 1965، صفحة 3)أما المعجم الوسيط عرف البريد الإلكتروني بأنه: "**دقيقة ذات شحنة سالبة شحنتها هي الجزء الذي لا يتجزأ من الكهربائية**". (آخرون، 1980، صفحة 62)

كما عرفته اللجنة العامة للمصطلحات في فرنسا على أنه: "**وثيقة معلوماتية يحررها أو يرسلها أو يطلع عليها المستخدم عن طريق الاتصال بشبكة المعلومات**". (العوضي، الجوانب القانونية للبريد الاليكتروني ، 2005، صفحة 12)

Le Robert défini le courier électronique, courriel, e-mail/mail, comme échange de messages par l’intermédiaire d’un réseau informatique , télématique, envoyés électroniquement via Internet dans

la boîte aux lettres électronique d'un destinataire choisi par l'émetteur .c-a-dire pour émettre et recevoir des messages par courrier électronique, il faut disposer d'une adresse électronique et d'un client de messagerie ou d'un web mail permettant l'accès aux messages via un navigateur Web. (pratique, 2013, p. 325)

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للبريد الإلكتروني

تعددت التعريفات الفقهية للبريد الإلكتروني وإن اتفقت جميعها من حيث المضمون، وقد عرّفه جانب من الفقه بأنه: **"طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات"**، والبعض الآخر يعرفه بأنه: **"مكنة التبادل غير المتزامن من الرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي"**، بينما يعرفه البعض الآخر بأنه: **"طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة معلومات".**(Frédéric2001, p. 9) وتم تعريفه على أنه: **"عبارة عن معلومات مخزنة يتم تبادلها بين اثنين من المستخدمين عبر وسيلة اتصالات، وبشكلٍ عام هو رسالة تحتوي على نصوص، أو ملفات، أو صور، أو مرفقات يتم إرسالها عبر شبكة الإنترنت من جهة معينة إلى شخص واحد أو مجموعة أشخاص"** (العقلة، 2018، صفحة 1)

بينما عرفه البعض بأنه: **"مكنة التبادل الإلكتروني غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي"**. (الهادي، 2005. ، صفحة 12)كما عرفه البعض الأخر بأنه: **"تلك المستندات التي يتم إرسالها أو استلامها بواسطة نظام اتصالات بريدي إلكتروني وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي، ويمكنه استصحاب مرفقات به مثل معالجة الكلمات وأية مستندات أخري يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها"**.

الفرع الثالث: التعريف القانوني للبريد الإلكتروني

لقد عرف القانون الأمريكي البريد الإلكتروني لأوّل مرة عند تنظيمه لخصوصية الاتصالات الإلكترونية الصادر في 1986 والمقنّن في موسوعة القوانين الفيدرالية الأمريكية (18UScode, Sec.2510-2711-U.S.C.C.A.N)بأنه: **"وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تليفونية عامة أو خاصة، وغالباً يتم كتابة الرسالة علي جهاز الكمبيوتر ثم يتم إرسالها إلكترونياً إلي كمبيوتر مورد الخدمة الذي يتولى تخزينها لديه حيث يتم إرسالها عبر نظام خطوط التليفون إلي كمبيوتر المرسل إليه"**. وعرفه القانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي للبريد الإلكتروني الصادر في 22 جوان 2004 بأنه:

"كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتيه أو مرفق بها صور أو أصوات ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة، وتخزن عند أحد خوادم تلك الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها".

Et selon l'article 1er alinéa 5, de la loi française n2004-575 du 21 juin 2004 concernant la confiance dans l'économie numérique «LCEN» le législateur donne une définition très large du courrier électronique, qui couvre aussi bien le SMS envoyé par téléphone que le courriel envoyé par ordinateur: «**On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère**». Elle n'en fixe cependant pas le régime. Or, le courrier électronique peut servir soit à des fins de correspondance privée, soit à des fins de communication publique, notamment, lorsqu'il est adressé à un ensemble de destinataires sur une liste de diffusion large. L'exemple de la publicité directe par voie électronique, ou «spamming», l'illustre. Si un courrier électronique constitue une correspondance privée, il bénéficie alors de la protection découlant de cette qualification.

بالنسبة للقوانين العربية نذكر على سبيل المثال القانون المصري رقم 15 لعام 2004 المتضمن قانون التوقيع الإلكتروني، والذي جاء خاليا من أي تعريف للبريد الإلكتروني إلا أنه أقر بحجية المحررات الإلكترونية المتبادلة عن طريق المراسلات الإلكترونية أو الرقمية أو الضوئية ومن ضمنها البريد الإلكتروني. وقد نصت المادة الأولى من القانون نفسه في الفقرة الأولى أنّ: "**المحرر الإلكتروني رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكرتونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة**".

أما في القانون الجزائري فلم يتم تعريف البريد الإلكتروني، ولا نجد أي مادة تتعلق به في قانون التجارة الإلكترونية، لكن بالرجوع إلى المرحلة ما قبل صدور قانون التجارة الإلكترونية، نجد أنه رغم الفراغ التشريعي الذي شهدته الجزائر في مجال تنظيم التعاملات التجارية الإلكترونية، إلا أن المشرع الجزائري عندما عدّل القانون المدني في 2005 كان على دراية بأنه في الجانب العملي وعلى أرض الواقع تبرم عقود كثيرة ومتنوعة إلكترونيا، وأن استخدام التكنولوجيا الرقمية والإلكترونية حتمية العصر ومن مستلزماتها، وأنّ التعاملات التجارية الإلكترونية سباقة عن تنظيمها القانوني، لذا قام بالاعتراف بالإثبات الإلكتروني، وإن لم يتم

ذلك من خلال التنظيم المفصل للعقد الإلكتروني في تعديل القانون المدني سنة 2005 (القانون المدني رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20،المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75ج رعدد44 لسنة 2005، 2005)، وطالما أن الإثبات الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني لا يتم التعامل بهما إلا في حالة التعاقد الإلكتروني فهذا يكفي للقول أنه اعترف ضمنيا بالوجود القانوني للعقد الإلكتروني، أيا كان محله أي مدنيا أو تجاريا بما فيها عقود البيع للمنتجات وهذا في المادة 323 مكرر التي تنص على أنّ الكتابة في الشكل الإلكتروني ذات التسلسل في الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة الإلكترونية المستعملة ومهما كانت طرق إرسالها بما في ذلك عبر البريد الإلكتروني، على اعتبار أنّ الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالكتابة على الورق يتشرط فقط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره. (نبيل، 2009، صفحة 1).

وبصدور القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين جسّد المشرع الجزائري استقباله لتقنية إبرام المحررات والعقود الإلكترونية بتنظيمه القانوني للتوقيع والتصديق الإلكتروني، حيث تنص المادة 06 منه على أنه: "**يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقّع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني**"، وتضيف المادة 08 أنه: "**يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي**". (- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06، مؤرخة 2015/02/10.) وكذا عرّف البريد الإلكتروني في المادة العاشرة التي تتعلق بالوسائل التقنية المستعملة في إرسال العقود والوثائق بطريق الإلكتروني كما يأتي:" **التعرف الموثوق على أطراف التراسل الإلكتروني، سلامة الوثائق المرسلة، أمن وسرية التراسل، حفظ المعطيات بما يسمح بتحديد تاريخ الإرسال والاستلام من الرسل إليه بصفة أكيدة. وبذلك تتمتع الوثيقة المرسلة إلكترونياً بصحة وفعالية الوثيقة الأصلية إذا أعدت وفق ما يقتضيه الإجراءات وتوفر الشروط المنصوص عليها في الفقرة السابعة**"، وعليه من خلال هذه المادة يعتبر البريد الإلكتروني عملية تبادل الأفكار والمعلومات حول خدمة معينة أو سلعة معينة مثلا وهذا يكون بين طرفين هما مرسل ومستقبل الرسالة أو الوثيقة بمعنى أخر إرسال عقود أو وثائق عن طريق الإنترنيت بشرط أن تضمن سلامته وأمن وسرية التراسل وفعالية الوثيقة الأصلية.

المطلب الثاني: خصائص البريد الإلكتروني

يحتاج مرسل البريد الإليكتروني لجهاز الحاسوب كآلة إلكترونية، تستخدم وفق نظام معيّن لمعالجة وإدارة البيانات الرقمية المدخلة فيه وفق أوامر وتعليمات يختارها المشغّل أو طالب الخدمة، تقوم بأداء العمليات الحسابية، واتخاذ القرارات المنطقية على البيانات الرقمية بوسائل إلكترونية، وذلك تحت تحكم البرامج المخزنة بها، غير أنها آلة تم تحميلها ببرنامج إلكتروني أو أكثر لتشغيلها. بحيث تعمل تلك البرامج بشكل آلي مع بعضها البعض أو بشكل منفرد، بناءاً على أوامر مدخلة بها لتحقيق وظيفة أرادها لها مصممها، أو صانعها أو مستخدمها. واستناداً إلى ذلك نتحقق من أن الحاسوب يشمل جميع تلك الآلات التي تؤدي وظيفتها التي صنعت من أجلها، اعتماداً على برامج مخزنة بداخلها بحيث تعمل حسب البرنامج الذي خصصت له. انطلاقا من ذلك نجد للبريد الإلكتروني مميزات إيجابية جعلت منه في الوقت الحالي الآلية الأكثر تداولا في التراسل لما يمنحه في مجال الحياة اليومية والتجارة الإلكترونية من إرتياحية وسرعة كخدمة في تبادل المعلومات والوثائق إلكترونياً(الفرع الأول)، لكن من حيث التطبيق تعترضه بعض السلبيات(الفرع الثاني).

الفرع الأول: إيجابيات البريد الإلكتروني

للبريد الإلكتروني إيجابيات كثيرة بحكم أنه وليد التطور السريع لاستغلال شبة الأنترنت ومنها نذكر:

أولا: السرعة والعمل بدون مقاطعة ولا انقطاع

يعتبر البريد الإلكتروني من أسرع الطرق المستخدمة عند إرسال رسالة إلى عميل، أو شريك أعمال، أو زبون يعيش في مناطق بعيدة، كما يتميز البريد الإلكتروني على الهاتف بسرعة اتصاله، حيث يُمكن إرسال مرفقات تحتوي على مستندات مهمة بسرعة قصوى وحتى الرسائل الإشهارية. ويمكن في مجال التجارة التي تتسم بالسرعة لمستخدمي الأنترنت والمتعاملين بالبريد الإلكتروني أن يقوموا بالدخول إلى البريد الإلكتروني في أي وقت ومن أي مكان وعلى أي جهاز، ويمكنهم الاطلاع على الرسائل وإنشاء المسودات بدون الاتصال بالإنترنت، وستكون جاهزة للإرسال عند الاتصال بالإنترنت مجددًا.

ثانيا: ترقية محادثات البريد الإلكتروني عبر المحادثة والفيديو

قد يحتاج التاجر إلى استخدام ميزات أخرى في البريد الإلكتروني، وهما يمكن كل مستخدم الانضمام إلى مكالمة فيديو أو المحادثة مع أحد الزبائن العمل مباشرةً من البريد الوارد.

ثالثا: البريد الإلكتروني يؤمن الرسائل ويحفظ الخصوصية:

إن خدمة تبادل البيانات والمعلومات عبر البريد الإلكتروني مؤمّن عليه، وحتى عملية تخزين الرسائل الإلكترونية المهمّة والبيانات يتم بأمان. ويمكن لمشرفي تكنولوجيا المعلومات إدارة الحسابات مركزيًا عبر المؤسسات التجارية وأجهزتها وهو من أهم التسهيلات الممنوحة حاليا في عالم التجارة .

رابعا: التوافر

يُمكن أرشفة آلاف الرسائل التي تصل إلى البريد الإلكتروني على مجلدات الحاسوب الخاص بالمستخدم، أو جهاز جوال محمول مثل الهاتف الخلوي، والرجوع إليها في أي وقت لأنها تبقى متوافرة.

خامسا: هو خدمة معدومة التكلفة

يُعتبر البريد الإلكتروني من الخدمات المجانية التي يتم تقديمها للأشخاص بصرف النظر عن تكلفة الاتصال بالإنترنت، حيث يستطيع الإنسان إرسال العديد من الرسائل، والملفات، والرسائل الإشهارية ومقاطع الفيديو، والمستندات، والعروض دون دفع أي مبلغ مادي.

سادسا: مرونة عالية وكفاءة جيدة في الإرسال

إنّ المرونة في الإرسال تمتد إلى إمكانية إرسال نفس الرسالة ومرفقتها إلى عشرات من المرسل إليهم في الوقت نفسه مع إمكان ترميز وتشفير الرسائل والمحافظة على سريّتها إذا تطلب الأمر ذلك، مع إمكانية الإجابة التلقائية على الرسائل والتخزين الإلكتروني في الملف المستقبل. (ابراهيم، 2003، صفحة 143)

الفرع الثاني: سلبيات البريد الإلكتروني

مثله مثل باقي الاختراعات والابتكارات التي تزامنت مع عصر التكنولوجيا والرقمية، فالبريد الإلكتروني يواجه كذلك بعض السلبيات والأضرار ومنها:

أولا: إمكانية الوصول إليها وخرقها

يستطيع بعض الأشخاص اعتراض البريد الإلكتروني، وفتح عناوين البريد الإلكتروني الخاصة بغيرهم، أي أنَّه يُمكن الوصول إلى معلومات ورسائل حساسة خاصة بالمستخدمين عن طريق رسائل الإيميل، وهذا ما يعرف بقرصنة الايميلات وهي جريمة اعتداء على

الخصوصية معاقب عليها بعقوبات صارمة. كخرق المراسلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسلة إلكترونيا.

ثانيا: عدم التعامل بالعاطفة

لا تحتوي الرسائل الإلكترونية التي يتم إرسالها عبر الإيميل على أي انعكاسات صوتية أو عاطفية بسبب اقتصاره على الرسائل النصية فقط.

ثالثا: كثرة البريد العشوائي

يُعاني البريد الإلكتروني من مشكلة كبيرة هي البريد غير المرغوب فيه الذي يُعرف باسم البريد العشوائي، حيث تتمثل المشكلة في إمكانية فقدان رسالة بريد إلكتروني جيدة بسبب وجود مئات الرسائل الإلكترونية غير المرغوب فيها في صندوق الوارد الخاص بالمستخدم، لهذا تمَّ إيجاد مرشحات متطورة تمر عبر رسائل البريد الإلكتروني، ثمَّ تصنِّف الرسائل غير المرغوبة بشكلٍ تلقائي، وللإبلاغ عن البريد العشوائي بأسلوب صحيح يجب القيام بما يلي:

- تحديد المصدر الحقيقي للرسالة .
- البحث عن ISP الذي يستخدمه المرسل بهدف إرسال الرسائل .
- تحديد الشخص الصحيح بهدف الاتصال فيISP

المبحث الثاني: طبيعة البريد الإلكتروني وحمايته القانونية

البريد الإلكتروني حسب ما سبق الإشارة إليه أعلاه عبارة عن عنوان فريد ومميّز، يتكوّن من عدد من الأحرف الأبجدية واللاتينية أو الأرقام التي يمكن بواسطتها الوصول من خلالها إلى الموقع على الأنترنت، لا يستطيع أي مستخدم الدخول إليه لإرسال البريد الإلكتروني إلا عن طريق هذا الاسم، والموقع الإلكتروني حسب دوره الوظيفي يعد هو عنوان إنترنت بديلا للعنوان البريدي الذي له صندوق مميز ورمز منطقة مميز، يحدد عنوان الشخص أو موقع الشركة على شبكة الأنترنت (نوارة، مرجع سابق، ص20، صفحة 9)، وللإنترنت أيضاً عنوان مميّز يستخدم لتبادل البيانات والمعلومات. (هاشم، 2000، صفحة 66). وهناك اختلاف في تحديد طبيعته القانونية.

للتفصيل نتطرق للطبيعة القانونية للبريد الإلكتروني في(المطلب الأول)ثم لحمايته القانونية في(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للبريد الإلكتروني

لقد أثار التكييف القانوني للبريد الإلكتروني ومسألة طبيعته القانونية جدلا فقهياً عميقاً في صفوف الفقهاء فحاول البعض تكييفه من خلال اعتبار البريد مصنفاً رقمياً(الفرع الأول)أو مجموعة بيانات شخصية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: البريد الإلكتروني مصنف رقمي

الأصل أن الرسائل التي ترسل عبر البريد الإلكتروني هي نفس الرسائل التقليدية، لكن الاختلاف الوحيد بينها يتمثل في كون الأولى ترسل عبر الدعامة الرقمية أي باستعمال الوسيط الإلكتروني وهذا ما يضفي عليها صفة الرسائل الإلكترونية ويميزها باعتبارها مصنف رقمي يتم حمايته حسب غرض البريد مثله مثل الموقع لأن غرض الحماية هي حماية مكوناته ذاتها، فإذا تم استغلاله مثلا من شركة تجارية ووضع له اسم علامة تجارية ثم تعرض مضمون الرسائل للقرصنة فيطبق القانون الذي يحمي العلامة نفسها.

كذلك امتد وصف المصنف الرقمي للبريد الإلكتروني من قاعدة البيانات باعتبارها مصنف رقمي، بحكم احتواء البريد على قاعدة بيانات ملك لصاحب البريد.

الفرع الثاني: البريد الإلكتروني مجموعة بيانات شخصية

يرى جزء من الفقه أنّ البريد الإلكتروني من العناصر المكونة لشخصية الشخص والمحددة لهويته وذلك لاعتبار البريد يتضمن عنوانا إلكترونيا متكون من اسم المستخدم ولقبه متبوعا بالرمز@ ثم اسم الخادم المضيف وهذا يجعله يحدد جزء من شخصية صاحبه خاصة وأن البريد يتطلب تقديم جملة من البيانات ذات الطابع الشخصي تساعد في تعيين المستخدم وحتى الوصول إليه، لاسيما إذا تعلق الأمر بالتاجر الذي يقدم مقر الشركة واسمها وطبيعة النشاط...وغيره.

لكن هذا الموقف قد تم نقده بمبرر أن أشخاص كثيرة تفتح مواقع وتملك بريد بأسماء مستعارة قد يصعب الوصول إلى أصحابها أو حتى يستحيل ذلك. (العوضي، النظرية العامة للحق، 2006، صفحة 187) ومع ذلك اعتمد الكثير هذا الوصف واعتبر أي اعتداء على البريد كاعتداء على الاسم الشخصي لأنهما يتفقان من حيث الوظيفة Fonction وأنّ العنوان الإلكتروني أيضا يفرد المستخدم ويميزه عن غيره لدى مورد خدمة الدخول إلى شبكة الأنترنت، وبالتالي يجوز حمايته بدعوى حماية الحق في الاسم والحق في العنوان.

المطلب الثاني: الحماية القانونية للبريد الإلكتروني

عند بداية انتشار شبكة الإنترنت لم يكن هناك قلق تجاه الجرائم التي يمكن أن تنتهك الحقوق على الشبكة وذلك نظراً لمحدودية استخدامها حيث كانت مقتصرة على أغراض البحث العلمي فقط، علاوة على كونها مقتصرة على فئة معينة من المستخدمين كالباحثين والعلماء وطلبة الجامعات. لكن مع بزوغ فجر الثورة المعلوماتية والرقمية، وبسبب توسع استخدام شبكة الإنترنت وبدء استخدامها في المعاملات التجارية ودخول جميع فئات المجتمع إلى قائمة المستخدمين بدأت تظهر جرائم على الشبكة ازدادت مع الوقت وتعددت صورها وأشكالها، وهذه الجرائم تطلق عليها الدول اسم "الجريمة الإلكترونية" أي تلك الأعمال غير المشروعة التي تتم عن طريق الإنترنت، وهي من أهم وأخطر التحديات التي تواجه المعاملات الإلكترونية. وهي جرائم الجيل الجديد، لارتباطها بالوسيط الإلكترونية وبنظم المعالجة الآلية للمعلومات. (الكشباطي، 2009، صفحة 2) أي ظاهرة إجرامية حديثة النشأة في عالم المعلوماتية الإلكترونية والرقمية لتعلقها بتكنولوجيا الحاسبات الآلية، ونظرا لحداثتها اكتنفها الغموض، بل ولم يستوعبها الكثيرين في بداية الأمر، حتى أن البعض اعتبروا الجريمة الإلكترونية افتراضية، ولا يوجد أي تهديد حقيقي منبعه الحاسبات الإلكترونية، وان كان هناك إشكال للسلوك غير المشروع الذي يرتبط بالحاسبات الإلكترونية يكيّف كجرائم عادية يمكن تطبيق النصوص الجزائية التقليدية بشأنها.

في البداية تم تطبيق النصوص التقليدية على هذه الأنماط المستحدثة من الجرائم لكن أسفر عن ذلك الكثير من المشكلات القانونية حيث اختلفت أراء الفقهاء بشأن تطبيق النصوص التقليدية عليها، وأكثر من ذلك تضاربت أحكام القضاء في البلد الواحد فصدرت أحكام تطبق النصوص التقليدية على أي سلوك يتعلق بالحاسبات أو بنظم معالجة المعلومات، في حين اعتبرته أحكام أخرى سلوكاً مباحاً لم يرد بشأنه نص يجرمه التزاما بمبدأ الشرعية الجزائية والذي يقضي بأنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وطالما لم يكن هناك النص في بدايات ظهور هذه التقنيات ليجرم أفعال الاعتداء عليها فلم يكن باستطاعة القضاء في تلك المرحلة التصدي للجرائم الإلكترونية، وبالخصوص جرائم المساس بالبريد الإلكترونية.

وأمام هذه الأهمية التي نيطت بالبريد الإلكتروني وبسبب حداثته يعمل المشرعين على تكريس كل الآليات القانونية والتقنية لحمايته ولحماية هوية المعاملات الإلكترونية التي تتم من خلاله المدنية والجنائية للتصدي لكل أشكال الاعتداءات التي يتعرض له البريد ومحتواه

من بيانات ومعلومات شخصية وسرية، وتلافي الضرر المحتمل وقوعه والذي يمس المتعاملين به، حيث تم تكريس الحماية التقنية للبريد الإلكتروني(فرع أول)والحماية القانونية(فرع ثاني).

الفرع الأول: الحماية التقنية للبريد الإلكتروني

بعد أن أصبح البريد الإلكتروني من الخدمات الرئيسية التي يكفلها الأنترنت لتسهيل معاملات التجارة الإلكترونية، انتشر استخدامه من التجار والأعوان الاقتصاديين وحتى زبائنهم على أساس أنه من الخدمات المؤمّنة على الشبكة. (دوجة، 2020، صفحة 223)، لأنه يخضع لتوثيق التصرفات القانونية الإلكترونية ويضمن تحديد هوية المرسل للبريد ومستقبله، ويتيح فرصة التأكد من صحّة البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها اليكترونياً. لكن في التطبيقات العملية لاستغلال البريد فان المستغلين يواجهون الكثير من الاعتداءات. ومن بين التقنيات التي استخدمت لحمايته تقنيا نذكر:

أولا: الحماية بتقنية التشفير

هي تقنية مبتكرة بغرض توفير أمن وسرية المعلومات والمعاملات والرسائل المتبادلة على شبكة الأنترنت، مواقع، بريد، صفحات ويب...الخ، وقد أثبتت نجاعتها في مجال حماية حقوق المؤلف على المصنفات المنشورة على الشبكة. وهذه التقنية تهدف إلى الرقابة على الدخول إلى المصنف من طرف أي شخص، وهي بالتالي آلية للتحكم في المحتوى، والمشرع الجزائري استعمل مصطلح الترميز للدلالة عليه في المادة 14 من المرسوم التنفيذي 98-257 المتعلق باستغلال خدمات الأنترنت، ثم ورد في القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين السالف الذكر، حيث عرف المفتاح الخاص في المادة 2 فقرة8 على أنه: "**سلسلة من الأعداد يحوزها الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي**". (القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين السالف الذكر)

ثانيا: الحماية بتقنية التوقيع الإلكترونية

رغم توافر تقنية التشفير المؤمنة لمحتوى البريد الإلكتروني لكن تم ظهور البصمة أو التوقيع الإلكتروني لدعم تأمين المراسلات والوثائق والبيانات المهمة وحماية المعاملات التي تتعلق بنشاطات تجارية وصفقات هامة، لما قد يتسبب اختراقها من خطر وضرر لأصحابها،

لذا يستعمل كوسيلة للتوثيق، وهنا نشير إلى ظهور التوقيع البيومتري الذي يضمن حماية نوعية عموما.

الفرع الثاني: الحماية القانونية للبريد الإلكتروني

تتم هذه الحماية من خلال تحديد الأطراف المسئولة عن الأفعال غير المشروعة الناتجة عن استخدام البريد الإلكتروني(أولا) ثم الدعاوى المقررة لحمايته(ثانيا).

أولا: المسئولية عن الجرائم التي تمس البريد الإلكتروني:

قد يعتقد البعض أن شبكة الأنترنت تملكها دولة معينة أو منظمة دولية تقوم بإدارتها، لكن في الواقع أن الشبكة لا يملكها أحد، ولا تخضع لهيمنة أي سلطة ولا لإدارة مركزية، وهي من حيث التشبيه تشبه شبكة الصيد البحري، لأنه لا توجد فيها نقطة مركزية، بل إنها ترابط بين كل من أجهزة الحاسوب الحكومية التي تملكها مختلف شعوب العالم. (الجيلالي، 2012، صفحة 96)، وأجهزة الحاسوب التي تدار من قبل مئات الجامعات والحكومات والمؤسسات التجارية الكبيرة مثل Microsoft، فلا يوجد من يسيطر على نشاط الأنترنت، فالإنترنت أول مؤسسة عالمية لا تملكها أي حكومة. أما عن الخدمات الرئيسية فهي ملك لمقدم خدمة الأنترنت، وبالمقابل يتحمل عن خدماته المسؤولية القانونية التعاقدية أو التقصيرية. أما عن تسيير الأنترنت وإدارتها فيتم عن طريق عدة هيئات، ففي المستوى الأعلى يوجد عدد من الهيئات التنظيمية مسئولة عن تكنولوجيا وهندسة وتصميم شبكة الأنترنت، مثل شركة الأنترنت المكلفة بتسجيل أسماء النطاق «ICANN»التي تتكون من فريق عمل خاص بتشغيل الشبكة، مهمتها تحديد نظام إدارة أسماء مُلاّك المواقع، والمشكل الأساسي المطروح في جرائم الأنترنت يتعلق بالوصول للمجرم المعلوماتي أو الإلكتروني المسئول عن أفعال الاعتداء، بحيث هذا يشكل عبء فني وتقني بالغ على القائمين بأعمال التتبع والتحليل لملابسات الوقائع الإجرامية المختلفة. ورغم تتعدد طرق الوصول إلى الأنترنت إلا إنه في كل الأحوال يجب وجود مقدم خدمة، لذا في حالة وقوع الجرائم الإلكترونية المسؤولية يتحملها الأطراف التالية:

1-مسؤولية مقدم الخدمة:

أثارت مسؤولية مقدم الخدمة باعتباره فاعل أصلي في الجريمة الكثير من الجدل، حيث يري اتجاه من الفقهاء عدم مسئوليته تأسيساً على أن عمله فني وليس في مقدوره مراقبة المحتوى المقدم ولا متابعة تصرفات مستخدم الأنترنت. ويري الاتجاه الثاني مسائلته تأسيساً على أسس المسئولية التوجيهية فإنه يتعين علي مقدم الخدمة منع نشر محتوى

صفحات الشبكة المتعارضة مع القوانين والنظم واللوائح أو المصلحة العامة. (نوارة، صفحة 16)ويذهب القضاء الفرنسي إلى أنّ مجرد قيام مستخدم الشبكة ببث رسالة غير مشروعة لا يكفي لقيام مسئولية مقدم خدمة الأنترنت وذلك أخذا في الاعتبار العدد اللانهائي للمشتركين وحجم الرسائل الرهيب المتداول يوميا.

2-مسئولية مقدم(متعهد)الإيواء:

إن مقدم خدمة الاستضافة هو الشركة التي تستضيف مواقع الأنترنت على خوادمها Servers، يكون مؤجر وصاحب الموقع مستأجر لمساحة معينة على الجهاز الخادم الخاص بالشركة، والمستخلص من أحكام القضاء والفقه المقارن قيام مسئولية متعهد أو مقدم خدمة الاستضافة إذا كان يعلم، أو كان عليه أن يعلم بالجريمة ولم يتخذ الإجراءات اللازمة لوقفها. (ربيعي، 2012، صفحة 227)

ثانيا: الدعاوى المقررة لحماية للبريد الإلكتروني

إن الحماية القانونية للبريد الإلكتروني لا تعدوا أن تكون سوى حماية مكوناته ذاتها، فقد رأينا أنه قد يحوي اسم المستخدم أو علامته التجارية، وفي مثل هذه الحالات من يعتدي على هذه المكونات يحرم صاحبها الشرعي من الاستفادة منها في تكوين عنوانه الإلكتروني. (BENSOUSSAN، 2000، صفحة 26)، ومع إعمال قاعدة أسبقية التسجيل المعروفة في تسجيل حقوق الملكية الفكرية والتي تمنع من تسجيل عنوان سبق للغير أن سجله، فلم يقرر المشرّع إجراءات خاصة للرقابة أو الفحص المسبق للمعلومات التي تقدم من المستخدم عند تسجيل عنوانه البريدي على الشبكة. لذلك فإنّ الحماية القانونية المقررة لذوي الحقوق لبريدهم الإلكتروني الذي يشمل عادة معلومات سرية وبيانات شخصية وحتى عنوان شخصي تتحقق من خلال الدعاوي القانونية التي قررها له المشرع، والتي يلجأ إليها عادة في حالة الاعتداء على اسمه المستخدم كعنوان للبريد الإلكتروني، أو على علامته التجارية المستغلة عنوانا تجارياً إلكترونياً، أو على سرية مراسلاته باختراقها إلكترونياً.

1-دعوى حماية الحق في الاسم:

يمنح الاسم لصاحبه حق احتكار استغلاله في كافة مظاهر نشاطه، بما في ذلك أن يكون له عنوان إلكتروني تحت هذا الاسم، ومرّد ذلك أن القانون يمنع اتخاذ كعنوان إلكتروني أي اسم لشخص آخر من المشاهير أو حتى من عامة الناس المحيطين به لمجرد أنهم السباقين في تسجيله تطبيقا لقاعدة أسبقية التسجيل، لأن القانون الفني للشبكة لا يسمح بأن يكون

نفس العنوان لأكثر من شخص واحد في ذات الوقت، وفي حالة عدم تطبيق هذا القانون يكون للمضرور الذي انتحل الغير اسمه، أن يلجأ إلى القضاء لحماية اسمه، وذلك عن طريق دعوى المنازعة في الاسم، لمطالبة المنتحل بالكف عن الاستعمال غير المشروع لاسمه. ويشترط لقبول هذه الدعوى، أن يستعمل الغير اسم شخص ما كاسم شخصي له أو اسم عائلي أو مستعار، يستوي أن يكون هذا الاستعمال عن علم أو بدون علم، كما يلزم أن يكون هذا الاستعمال غير مشروع، أي ليس له الحق في التسمية بهذا الاسم. فضلا عن ذلك يجب أن يكون للمدعي مصلحة في طلب وقف الاستعمال غير القانوني لاسمه، أي إذا كان من شأن استعمال الغير للاسم أن ينسب الجمهور إلى المدعي تصرفات لم تصدر عنه، ولكي توجد المصلحة لابد من وجود ضرر ناتج عن الاستعمال غير المشروع للاسم وانتشاره، ووجود خطر الخلط بين الأشخاص. ولا يمكن أن نتصور وجود انتحال للاسم إلا إذا كان الاسم يتسم بنوع من الندرة، أما إذا كان اسما دارجا ومنتشرا، فلا يعد حمل الغير له انتحالا.

وهذه الشروط متوافرة في حالة إنشاء عنوان بريد إلكتروني تحت اسم الغير، بل وقد أكد القضاء الفرنسي ذلك، ولكن في مجال أسماء الدومين Nom de domaine، حيث قضت محكمة Nante الفرنسية في حكم لها في 13 مارس2000 بمنع أحد الأشخاص من استعمال اسم دومين يتكون من اسم بطلة التنس الفرنسية MAURESMO Amelie، تأسيسا على احتمال قيام خطر الخلط في ذهن مستخدمي الأنترنت، إذ قد يعتقدون عند زيارتهم لهذا الموقع أنهم على الصفة الخاصة بهذه البطلة، ولكن الحقيقة على خلاف ذلك. ثم أكدت ذات المحكمة في حكم لها في29 يونيه 2000 على حظر استخدام اسم كعنوان إلكتروني خاص بسيدة الأعمال Bettencourt المشهورة بثرائها وحيازتها لمجموعة منتجات L'Oréal. وكانت هذه السيدة قد سجلت هذا الاسم كعلامة تجارية، واعتبرت المحكمة أن تسجيل اسم دومين تحت هذه التسمية يمثل تقليدا للعلامة واعتداء على الحق في الاسم، وقضت على الشركة المدعي عليها بنقل الاسم إلى سيدة الأعمال ودفع التعويض عن الضرر.

2-دعوى حماية العلامة والاسم التجاري:

وهي الدعوى التي ترفع في حالة تعلق النزاع بعنوان لبريد إلكتروني يحمل كاسم علامة تجارية مسجلة، فإن صاحبها له الحق في رفع دعوى تقليد العلامة، طالما أن تسجيل العلامة يعطي لصاحبها حق خاص ذو طبيعة عينية، يمنع من تقليد العلامة أو من وضعها على منتجات أو خدمات متماثلة أو متشابهة مع تلك التي سجلت العلامة لتمييزها. وقد أكد

القضاء الفرنسي على ذلك في مجال الاتصال عن بعد، حيث قضى بحظر استخدام علامة تجارية كرقم للدخول لخدمة المينيتل. (غنام، 2007، صفحة 40). وفي الغرض الذي يدخل ضمن مكونات العنوان الإلكتروني اسم تجاري لشركة مثلا، فإن هذه الشركة المضرورة تستطيع أن ترفع دعوى على حائز العنوان محل النزاع، ولكن يلزم لنجاح الدعوى، أن تثبت إمكانية إحداث اللبس لدى الجمهور بين اسمها التجاري والعنوان المقلد له.

3-الدعوى الجزائية:

بحكم أنّ البريد الإلكتروني يتضمن بيانات شخصية ومعلومات سرية فهي جزء من خصوصية صاحبها سواء تعلقت بالمراسلات العادية أو ذات طابع تجاري مرتبطة بالنشاط التجاري للمرسل، وهو في حد ذاته قاعدة بيانات شخصية لصاحب البريد لا يجوز اختراقها. (إبراهيم، 2008، صفحة 128)، يطبق عليها حكم المادة 303مكرر من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20. (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20/ يتضمن تعديل قانون العقوبات، ح رعدد84.)التي تنص على ما يلي "**يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى 3 سنوات كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأي تقنية كانت...**"ويطبق عليها المادة 394 مكرر القانون رقم 15/04 المتضمن تعديل قانون العقوبات التي تنص: "**يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 50000 إلى 100000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طرق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك**"، وتضاعف العقوبة إذا ترتب عن ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة "**تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50000 إلى 150000 دج**". (القانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10، متضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 71 .) وذلك مهما كانت قاعة المعلوماتية أو طبيعتها لذلك يمكن أن تندرج ضمن هذه الاعتداءات تلك التي تمس ببعض صور الحياة الخاصة. وتنص المادة 394 مكرر 2 على أنه: "**يعاقب...كل من يقوم عمدا وعن طريق الغش...تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الإتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مراسلة عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم...**" وتضيف المادة 394 مكرر6 أنه بالإضافة إلى العقوبات الأصلية أي الحبس والغرامة وبالاحتفاظ بحقوق الغير الحسن النية يحكم بالعقوبات التكميلية التالية: "**يحكم بمصادرة الأجهزة والبرامج والوسائل المستخدمة مع إغلاق المواقع التي تكون محلا**

لجريمة من الجرائم المعاقب عليها وفقا لهذا القسم، علاوة على إغلاق المحل أو مكان الاستغلال إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بعلم مالكها".

وتجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه نظرا للنتيجة الإجرامية فلا نميز بين تلك الجرائم المنتهكة" **بوسائل الاعتداء المادية التقليدية** "وتلك التي يتم انتهاكها" **بوسائل الاعتداء الإلكترونية**"، لان الاختلاف يمس صور الاعتداء لا الحق المعتدى عليه (سليم، 2011، صفحة 241)، لذلك معظم العقوبات المقررة على الجريمة المرتكبة بالوسيلة التقليدية تطبق على الجرائم الإلكترونية. (الخلايلة، 2009، صفحة 219)

خاتمة:

في الأخير يمكن أن نقول أن استغلال شبكات للإنترنت افرز ظهور إشكالات قانونية متنوعة ناتجة عن ظهور الجريمة الإلكترونية، وبالتالي الحاجة الماسة إلى الحلول القانونية على ضوء القوانين الخاصة والقواعد العامة للقانون، إضافة إلى أهمية توجيه نظر المشرع للتدخل لوضع قواعد خاصة بالاستغلال الأنترنت، لاسيما من خلال تكريس الحماية القانونية المدنية والجزائية للخدمات المتاحة عبرها لاسيما ما يتعلق منها باستغلال خدمة البريد الإلكتروني لتجنب مخاطرها التقنية ولتأمين المعلومات التي يتم تداولها عند القيام بالمبادلات في شتى المجالات بما فيها مجال التجارة الإلكترونية، على اعتبار أن المراسلات قد تتضمن بيانات شخصية أو معلومات مهنية سرية أو وثائق خاصة .كلها تشكل جزء هام من خصوصية المرسل.

لذا تجدر بنا الإشارة في الأخير إلى أنّ الجزائر بلد من البُلْدان التي ليس لديها قوانين مُتَخَصِّصة لمواجهة الجريمة الإلكترونيَّة، والمواد المتعلقة بها ما هي إلا مجرّد مواد وتعديلات لقانون العقوبات، لذا يجدر بها سَنَّ تشريعات لهذا النَّوع منَ الجرائم.

النتائج والاقتراحات:

ومن النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث هو أنّ المشرع الجزائري في مرحلة بداية تأمين النشاطات التي تتم عبر المواقع الإلكترونية لاسيما نشاطات التجارة الإلكترونية وهو غير جاهز لمثل هذه التطورات السريعة، لذا يجدر به التسريع في التكفل بتأمين وتنظيم كل الإجراءات والمعاملات الإليكترونية وسد كل الثغرات القانونية لحماية الفضاء الإلكتروني في شكله العام.

وعليه نقترح على السلطات المعنية ما يلي:

- إجراء دراسة عميقة للوضع الذي وصلت إليه الدول المتقدمة السباقة لتنظيم استخدامات الأنترنت عموما، التجارة الإلكترونية وتنظيم البيئة الرقمية والبريد الإلكتروني...والاستفادة الميدانية من تلك الخبرات.
- العمل على تكريس كل الأساليب التقنية المستحدثة الفعالة التي تناسب تأمين التعامل بالنت، مع تنظيم المعاملات الرقمية بشكل يتصدى للمجرم الإلكتروني المحترف.
- العمل على تكوين الخبراء والمختصين في المجال الرقمي التقني ومجال الجريمة الإلكترونية.
- سن قانون خاص لتنظيم كل جزئيات وتفصيلات الفضاء الرقمي ومحاربة الجريمة الإلكترونية مهما كانت طبيعتها.

قائمة المراجع

1-باللغة العربية

أولا: الكتب:

1. الجبوري سليم عبد الله، 2011،الحماية القانونية لمعلومات شبكة الأنترنت ،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
2. إبراهيم مصطفى و آخرون، 1980، معجم اللغة العربية، دار الدعوة، القاهرة.
3. خالد ممدوح إبراهيم، 2008، حجية البريد الإلكتروني، في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
4. أمن الجريمة الإلكترونية، 2010، الدار الجامعية، الإسكندرية.
5. قنديلجي عامر إبراهيم، المعجم، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان.
6. عبد الهادي فوزي العوضي، 2005، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة.
7. فوزي العوضي ، 2006، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية،
8. عايد رجا الخلايلة،2009، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، المسؤولية الناتجة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والأنترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان.

9. -عز محمد هاشم، 2008، الإطار القانوني للنشر الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر.
10. عجة الجيلالي، 2012، أزمات حقوق الملكية الفكرية، دار الخلدونية، الجزائر.
11. سليم سعداوي، 2008، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر.
12. شيرازي حسن، 1965، قصة البريد، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، القاهرة.
13. شريف محمد غنام، 2007، حماية العلامة التجارية عبر الأنترنت وعلاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
14. ممدوح محمد خيري هاشم, 2000، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنيت في القانون المدني: دراسة مقارنة, دار النهضة العربية, مصر.
15. نبيل صقر، نزيهة مكازي،2009، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر.

ثانيا: المقالات:

1. رابحي أحسن، مارس 2011، الجريمة الإلكترونية، النقطة المظلمة بالنسبة للتكنولوجية المعلوماتية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد1.
2. درماش بن عزوز، جوان 2011، حماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 02.
3. العربي بن حجار ميلود، سبتمبر 2011، تشريعات الملكية الفكرية في حقل حماية البرمجيات بالجزائر، مجلة Cybrarians Journal، عدد 26، تاريخ الاطلاع 2018/11/03، 12 صباحا، على الموقع: http://www.journal.cybrarians.info
4. نوارة حسين، 2014، القانون الواجب التطبيق على منازعات مواقع الأنترنت، مجلة الفقه والقانون، عدد18، منشور على الموقع: www.majalah-droit.ici.st
5. إحسان العقلة، أوت 2018، البريد الإلكتروني، مطلع عليه يوم 2019/05/20، 9صباحا، على الرابط: https://mawdoo

ثالثا: المداخلات

1. عمرو العجماوي، تأثير حقوق الملكية الفكرية عبر الانترنت على التطورات السياسية

والاقتصادية العالمية، ندوة ملقاة بالإسكندرية.

2. حسين نوارة، يومي 26-27جوان 2019، عناصر الملكية الفكرية الرقمية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني الموسوم: الملكية الفكرية في عصر الرقمنة واقع وتحديات، بجامعة لونيسي أعلي، البليدة.

رابعا: الرسائل الجامعية

1. باقدي دوجة، 2020، حماية حقوق الملكية الفكرية على الانترنت، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو.
2. ربيعي حسين، 2016، آليات البحث والتحقيق في الجرائم المعلوماتية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر ، باتنة.

خامسا: النصوص القانونية

1. -قانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10، متضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد71
2. قانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20،المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 يتضمن القانون المدني ،المؤرخ في 1975/01/26، ج ر عدد44 لسنة 2005
3. قانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20/ يتضمن تعديل قانون العقوبات، ح رعدد84.
4. قانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06، مؤرخة 2015/02/10.
5. القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، الذي يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج. عدد28.

2-المراجع باللغة الفرنسية:

1. Frédéric COLANTONIO, 2001/2002, La protection du secret des courriers électroniques en Belgique**,** aspects techniques, criminologie,.
2. E. HAAS et A. BENSOUSSAN ,2000, Adresses internet : entreprises à vos marques, Gazette du. Palais, Paris.
3. Le Robert pratique, 2013, dictionnaire d’apprentissage de la langue francaise, paris.
4. P.BREESE et G.KAUFMAN, guide juridique de l'Internet et du commerce électronique, Vuibert, paris.

تأثير التدابير الوقائية الناتجة عن كوفيد 19 على تنفيذ عقود الإيجار

The Impact of the covid 19 preventive measures on the execution of rent contracts

سالمي موسى (*)
جامعة عمار ثليجي، الأغواط ، الجزائر
salmimoussa02@gmail.com

بن قسمية العربي
جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر
larbibenguesmia@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2021/05/01 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/31

****

ملخص:

إن التدابير الوقائية المتخذة من قبل الدولة بسبب كوفيد 19 أثرت على المستأجر لالتزامه بدفع الأجرة نظرا لنقص الانتفاع بالعين المؤجرة أو انعدامه، بسبب تقييد حركة المواطنين ومنع الأنشطة التجارية.

ولأن العدالة العقدية تقتضي ألا يتحمل المستأجر وحده تبعة هذه التدابير، لاعتبارها سببا أجنبيا عن العقد تتغير طبيعته بحسب أثره على التزامات المستأجر.

فإن أدت هذه التدابير إلى استحالة دفع المستأجر للأجرة اعتبرت قوة قاهرة وترتب عليها انفساخ العقد وتحمل المستأجر تبعة الهلاك، وإن أدت إلى إرهاق المستأجر في دفع الأجرة فيمكنه المطالبة بإنقاص الأجرة أو الفسخ باعتبارها ظرفا طارئا.

الكلمات المفتاحية: كوفيد 19، التدابير الوقائية، الظرف الطارئ، القوة القاهرة،إنقاص الأجرة.

Abstract:

The measures taken by the state, in relation to Covid **19**, have generally influenced tenants. The latter are committed to pay their rents despite the fact that their benefits are notably insignificant if not absent

*المؤلف المرسل.

owing to the state's restrictions on both individuals' circulation and commercial activities.

Additionally, justice, mainly concerned with contracts, requires that tenants should not bear the repercussions of these measures alone. These measures are not part of the contract whose terms should be changed as far as its effect upon the tenants' commitments. Losses would be therefore handled by the tenant. If they caused damages to the tenant, it would be possible to ask for a decrease in renting or an annulment of the contract as it is an emergency.

Keywords: Covid 19**,** force majeure, an emergency. The measures taken**,** decrease in renting.

مقدّمة:

إن من مقتضيات العقود الملزمة لجانبين تنفيذ الالتزامات العقدية بين المتعاقدين وإلا اعتبر ذلك إخلالا بالالتزامات العقدية، يترتب عليه وفقا للقواعد العامة في القانون المدني الحق في طلب الفسخ والمسؤولية العقدية إذا ما تضرر الطرف الآخر.

ويعتبر عقد الإيجار أحد هذه العقود التي تخضع للقواعد العامة، حيث أن التزامات المؤجر تجاه المستأجر تقتضي تمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة وأن يضمن أي تعرض قانوني صادر من الغير، وفي مقابل ذلك يلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة وفقا لما هو متفق عليه في عقد الإيجار.

إلا أنه قد تطرأ أثناء فترة تنفيذ العقد، باعتبار أن الإيجار من العقود الزمنية، ما يؤثر على تنفيذ التزامات الطرفين وبخاصة المستأجر، لارتباط الأجرة بالانتفاع بالعين المؤجرة، فإذا حدث ما ينقص من الانتفاع بالعين المؤجرة أو يعدم هذا الانتفاع تأثرت التزامات المستأجر بين الإرهاق في تنفيذ الالتزام أو عدم القدرة على التنفيذ.

وبسبب الوضع الصحي غير المسبوق الذي تشهده الجزائر ومعظم بلدان العالم بسبب انتشار كوفيد 19 شلت الحركة التجارية وترتب عليه عدم تنفيذ العديد من الالتزامات التعاقدية منذ اتخاذ الدولة للتدابير الوقائية للحد من انتشار الوباء ومنها الحجر، مما نتج عنه إرهاق في تنفيذ الالتزامات التعاقدية من أحد طرفي الرابطة العقدية وبالأخص المستأجر أو استحالة تنفيذها.

فقد جاء في تقرير منظمة الصحة العالمية الصادر بتاريخ 2020/01/30 بأن وباء كوفيد 19 (كورونا) المستجد طارئ على الصحة العمومية العالمية وأنه غير عادي ويسبب قلقا دوليا(بيان المدير العام بشأن لجنة الطوارئ الخاصة بفيروس كورونا المستجد المشكّلة بموجب اللوائح الصحية الدولية بتاريخ 30 جانفي 2020. www.who.int)، فقد تم استحداث مجموعة من الإجراءات والإرشادات للحد من وباء كورونا شكلت قيودا على حركة السلع والمواطنين مما أدى بها إلى التأثير على تنفيذ الالتزامات العقدية، فقد استحال على بعض المستأجرين تنفيذ التزاماتهم العقدية، بينما أدت هذه الإجراءات أحيانا إلى صعوبة وإرهاق في تنفيذ بعض التزامات المستأجرين.

ونظرا لأن المؤجر يمكنه المطالبة بالأجرة وفقا للقواعد العامة وطلب الفسخ عند عدم قدرة المستأجر على دفع الأجرة المتفق عليها قبل الوضع الصحي الناتج عن كوفيد 19، ولاعتبار أن ما نتج عن الوضع الصحي والتدابير الوقائية التي اتخذتها الدولة لا يمكن أن يتحملها المستأجر وحده باعتبار أنها تجعل تنفيذ الالتزام قد يصبح مستحيلا مما يشكل قوة قاهرة لا يمكن أن يتحملها المستأجر وحده، أو قد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا مما يشكل ظرفا طارئا يتحتم بموجبه تطبيق أحكام التوازن العقدي، وهو ما يجعل مسألة البحث في تأثير كوفيد 19 والتدابير الوقائية المصاحبة له مسألة مهمة، وذلك لأن عقد الإيجار قد يستحيل تنفيذه أو قد يصبح مرهقا خاصة بالنسبة للمستأجر مما يستدعي تحديد الأحكام المطبقة على هذه العقود والآثار المترتبة على ذلك، إضافة إلى أن الفقه قد اختلف في تحديد المتسبب في استحالة التنفيذ أو الإرهاق فيه بين كوفيد 19 أو التدابير المتخذة من قبل الدولة بموجب الأعمال الإدارية التي صاحبت كوفيد 19.

وهذا ما يثير إشكالية تحديد السبب الأجنبي بين كوفيد 19 والتدابير الوقائية وتحديد الآثار المترتبة على ذلك بالنسبة لالتزامات المستأجر، وهل يحق للمستأجر أن يطلب إنهاء العقد الذي يربطه بالمؤجر أو على الأقل إنقاص التزاماته بسبب عدم تمكنه من الانتفاع بالعين المؤجرة انتفاعا كاملا؟ وهل له أن يحصل على تعويض عما أصابه من ضرر جراء خسارته وبالأخص إذا كانت العين المؤجرة مخصصة لنشاط تجاري أو حرفي.

وللإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد على المنهج الوصفي التحليلي وذلك بتحديد السبب الأجنبي بين كوفيد 19 والتدابير الوقائية المصاحبة له وتحديد الآثار المترتبة على عقود الإيجار وفقا للتشريع الجزائري معتمدين على الخطة الآتية:

المبحث الأول: السبب الأجنبي بين كوفيد 19 والتدابير الوقائية الناتجة عنه.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عل اعتبار التدابير الوقائية قوة قاهرة أو ظرفا طارئا على عقود الإيجار.

المبحث الأول: السبب الأجنبي بين كوفيد 19 والتدابير الوقائية الناتجة عنه.

لقد انتشر كوفيد 19 محليا وعالميا حتى أصبح جائحة أدت إلى قيام الحكومات بفرض الكثير من التدابير الوقائية قصد الحد من انتشاره، أثرت على تنفيذ عقود الإيجار مما يطرح إشكالية تحديد السبب الذي أدى إلى منع بعض الأنشطة الاقتصادية، بين المرض في حد ذاته وبين التدابير الوقائية التي فرضتها الحكومات، خاصة وأن المنع لم يكن كليا بل شمل بعض الأنشطة التجارية دون غيرها.

المطلب الأول: تمتع كوفيد 19 بخصائص القوة القاهرة والظرف الطارئ.

لكي يمكننا تحديد ما إذا كان كوفيد 19 يشكل قوة قاهرة أو ظرفا طارئا، فينبغي معرفة مدى انطباق شروط القوة القاهرة والظرف الطارئ عليه.

الفرع الأول: شروط اعتبار كوفيد 19 قوة قاهرة.

لاعتبار كوفيد 19 قوة قاهرة ينبغي أن يتضمن خصائص القوة القاهرة، فقد قضت محكمة استئناف كولمار cour d'appel de Colmar بأن عدوى فيروس كوفيد 19 يتضمن عدم التوقع وعدم الدفع مما يشكل قوة قاهرة(appel de Colmar'Cour d)، فما الذي يدعو اعتبار كوفيد 19 يختلف عن غيره من الفيروسات بوصفه قوة قاهرة دون سواه.

أولا: يشترط في فيروس كورونا كوفيد 19 أن يكون غير متوقع.

تشترك القوة القاهرة والظرف الطارئ في شرط عدم التوقع(Azaï)، ومعنى هذا الشرط

أنه متى علم به المتعاقدان لم يكن لأحدهما الاحتجاج بوجود هذا الوباء للتحلل من التزاماته أو من بعضها، فالعقود المبرمة بعد ظهور الوباء لا تسري عليها أحكام القوة القاهرة.

وهو ما اتجه إليه القضاء الفرنسي حيث اعتبر أن وباء شيكونغونيا **chikungunya** في جزيرة الاتحاد **l'île de la Réunion** بالنظر إلى ظهوره سنة 2006 لا يمكن الاحتجاج به لتوقيف عقد الإيجار في سنة 2016 إذ يفتقر هذا الوباء إلى خاصية عدم التوقع وبالتالي فإنه لا يشكل قوة قاهرة(Douai). ولكن متى لا يسري أثر كوفيد 19 على العقد ومن ثم اعتبار المستأجر مسؤولا عن تنفيذ التزاماته.

ثانيا: يشترط في كوفيد 19 أن لا يمكن دفعه.

ومعنى ذلك أن المدين يستحيل عليه مع وجود هذا الفيروس تنفيذ التزامه، وأن تكون هذه الاستحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل تكون الاستحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام،، صفحة 879)، وبالنسبة للظرف الطارئ فإنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا.

وقد تكون استحالة تنفيذ الالتزام ناتجة عن استحالة مادية أو استحالة قانونية كهلاك العين المؤجرة، والحال أن عدم تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة يعتبر هلاكا قانونيا وهو في حكم الهلاك المادي، فإن أمكن دفع الوباء لم نكن أمام قوة قاهرة فقد قضت محكمة استئناف **Besançon** في 2014/01/08 بأن فيروس أنفلونزا **H1N1** (أنفلونزا الخنازير) لا يعتبر قوة قاهرة لإمكان الاحتياط له باتباع ما فرضته الحكومة من الإجراءات الصحية. (La Cour d'appel de Besançon, 2e ch. com., 8 janv. 2014, pourvoi n° 12/02291.)

الفرع الثاني: شروط اعتبار كوفيد 19 ظرفا طارئا.

لاعتبار كوفيد 19 ظرفا طارئا كما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي في تعديل 2016، يستدعي بالضرورة أن تكون له خصائص وآثار الظرف الطارئ.

ويشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ في تنفيذ العقد حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية أو غيرها ولم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعا، وأنه يترتب عليها أن تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما وتؤدي هذه النظرية بعد توفر شروطها إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة مشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي لحقت به طول مدة قيام الظرف الطارئ.(ا المحكمة العليا الادارية، 1984)

أولا : أن يكون كوفيد 19 ظرفا استثنائيا غير متوقع.

يجب أن يكون الظرف الطارئ غير معتاد الوقوع بأن يكون نادر الوقوع بين الناس، فإن كان معتاد الوقوع فلا يعتبر ظرفا طارئا، أما إذا كان من الحوادث التي يمكن توقعها فلا تطبق نظرية الظرف الطارئ (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام،، صفحة 643).

وهذا ما يمكن تطبيقه على كوفيد19 باعتبارها وباء طارئا وغير متوقع ولم يعتد وقوعه بين الناس، كالأنفلونزا الموسمية التي يمكن توقعها ولذلك لا تعتبر ظرفا طارئا.

ثانيا: أن يكون كوفيد 19 مستحيل الدفع

ويشترط في الظرف الطارئ ألا يكون خاصا بالمدين بل يجب أن يكون عاما شاملا لطائفة من المجتمع، فإن كان ظرفا خاصا فلا يمكن تطبيق قواعد الظرف الطارئ ويتحمل المدين وحده تبعة الظرف الطارئ الخاص.

وبذلك يمكن التمييز بين الظرف الطارئ العام والظرف الطارئ الخاص، فالأول تطبق عليه نظرية الظروف الطارئة والثاني يتحمله المدين وحده، ولا يكفي أن يكون الظرف الطارئ عاما بل يشترط فيه أن يستحيل على المدين دفعه بعد وقوعه، لأن الحادث الذي يستطاع دفعه لا يعتبر ظرفا طارئا.

ثالثا: يجب أن يترتب على كوفيد 19 الإرهاق في تنفيذ المستأجر لالتزاماته

ويعتبر إرهاق المدين شرطا أساسيا لإعمال نظرية الظروف الطارئة بحيث يتحمل

المدين خسارة فادحة بعد وقوع الظرف الطارئ تختل معها التزامات الأطراف اختلالا واضحا يمس بمبدأ التوازن العقدي، أي أنه لولا وقوع الظرف الطارئ لما تحمل المدين هذه الخسارة الفادحة (عبد الوهاب، 2005، صفحة 70.) .

وذلك ما يسعى المدين لإثباته لتطبيق نظرية الظرف الطارئ على العقود لأجل إنقاص التزاماته أو الزيادة في التزامات الدائن أو فسخ العقد طبقا لأحكام المادة 107 من القانون المدني.

وهذا ما يميز الظرف الطارئ عن القوة القاهرة، فالحادث الأجنبي الذي يؤثر في تنفيذ الالتزام، إما يجعل التنفيذ مستحيلا فيشكل قوة قاهرة وإما يجعله مرهقا فيشكل ظرفا طارئا(Campagnola).

المطلب الثاني: كوفيد 19 لا يشكل قوة قاهرة أو ظرفا طارئا بذاته

وفقا لما سبق قد يتبادر لأي باحث أن كوفيد 19 يعتبر قوة قاهرة أو ظرفا طارئا في حد ذاته، فالملاحظ أن الكثير من الأوبئة لم تعتبر كذلك لأن التدابير الوقائية المصاحبة لكوفيد 19 هي من شكلت عائقا لتنفيذ العقود ومنها عقود الإيجار.

الفرع الأول: كوفيد 19 ليس السبب المباشر في إرهاق أو استحالة تنفيذ المدين لالتزامه.

يعتبر كوفيد 19 من فيروسات كورونا وهي فصيلة واسعة الانتشار معروفة بأنها تسبب أمراضا تتراوح من نزلات البرد الشائعة إلى الاعتلال الأشد وطأة مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية (MERS) ومتلازمة الالتهاب الرئوي الحاد الوخيم (السارس)، وكوفيد 19 هو المرض الناجم عن فيروس كورونا – سارس-2، ويتمثل فيروس كورونا الجديد في سلالة جديدة من فيروس كورونا لم تكشف إصابة البشر بها سابقا(www.who.int/ar/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19.).

وبهذا المفهوم يعتبر كوفيد 19 وباء جديدا، وبالتالي فإن مسألة إيجاد لقاح مضاد له وتصنيعه قد يستغرق سنوات قبل التوصل إليه.

وفي غياب علاج مسبق كاللقاح أو علاج لكوفيد 19 فإن هذا هو في الحقيقة ما يجعل من كوفيد 19 وباء غير قابل للدفع، ومتى وجد اللقاح أو العلاج فإن كوفيد 19 لا يبقى خطيرا ويفقد خاصية عدم الدفع.

لذلك يجب في السبب الذي يستند إليه المدين في إنهاء التزامه أو تعديله أن يكون خارجا عن إرادته، فلكي يشكل كوفيد 19 قوة قاهرة أو ظرفا طارئا يجب أن يكون السبب المباشر في استحالة تنفيذ المدين لالتزامه، أي أن عدم تنفيذ الالتزام خارج عن إرادة المدين(Campagnola)، وهذا ما يشترط في الظرف الطارئ أيضا، إذ أن الاختلاف بين القوة القاهرة والظرف الطارئ يختلفان من حيث التأثير فقط.

وقد ظهرت العديد من الفيروسات في مراحل سابقة على ظهور كوفيد 19 ولم تشكل قوة قاهرة، ففي العديد من الأحكام القضائية الفرنسية لم تعتبر هذه الفيروسات قوة قاهرة، ويتعلق الأمر بوباء شيكونغونيا الذي لم تعتبره محكمة الاستئناف الإدارية "دواي" قوة قاهرة، وكذا محكمة استئناف نانسي التي استبعدت كون وباء الضنك يشكل قوة قاهرة وغيرهما من الأحكام القضائية.

من خلال الأحكام السابقة يتبين أن القضاء لم يعتبر الفيروس أو الوباء قوة قاهرة بقوة القانون، وهذا تشدد بخصوص الأخذ بالقوة القاهرة لوقف تنفيذ العقد أو إنقاص الالتزامات المترتبة به، لأن ما يجعل كوفيد 19 مؤثرا ليس كونه خطيرا بقدر عدم وجود دواء أو علاج يحد من تأثيره وخطورته، إذن فالقوة القاهرة ليست الوباء وإنما عدم وجود علاج لهذا الوباء.

فإذا كان كوفيد 19 يتضمن خصائص القوة القاهرة والظرف الطارئ، فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن هذا الوباء يشكل سببا أجنبيا تقطع به رابطة السببية فيما يخص المسؤولية أو يمتنع معه المتعاقد عن تنفيذ التزاماته.

ولأننا أمام سببين تنسب لهما القوة القاهرة والظرف الطارئ وهما كوفيد 19 و التدابير الوقائية، لذلك فنحن في حالة تعدد الأسباب وفقا لأحكام المسؤولية المدنية.

والمعلوم أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية السبب المنتج عند تعدد الأسباب وفقا لنص المادة 182 من القانون المدني، فيكون لدينا هنا سببان وجود الوباء والسبب الثاني هو الإجراءات الوقائية المتخذة من قبل الدولة.

ونعني بالسبب المنتج السبب الذي رتب الأثر الطبيعي للضرر أما غيره فيعتبر سببا عرضيا بحيث لم يساهم بصفة مباشرة في حدوث الضرر.

فاستحالة تنفيذ الالتزامات أو الإرهاق في تنفيذها لا يرجع إلى الوباء في حد ذاته، إنما إلى الإجراءات الاستثنائية الوقائية التي اتخذتها الدولة منذ بداية ظهور كورونا التي تعتبر غير متوقعة عند إبرام العقد، هذه الإجراءات هي التي تعيق تنفيذ الكثير من العقود ومنها عقود الإيجار.

الفرع الثاني : اعتبار التدابير الوقائية الناتجة عن كوفيد 19 السبب المباشر في إرهاق أو استحالة تنفيذ المدين لالتزامه

لقد شكلت التدابير الوقائية عائقا لتنفيذ العقود بصفة عامة والعقود الزمنية بصفة خاصة ومنها عقود الإيجار، وان كانت لم تشمل جميع عقود الإيجار مما يجعلها السبب المباشر في استحالة تنفد هده العقود أو الإرهاق في تنفيذها.

أولا : اعتبار أعمال الإدارة الناتجة المتعلقة بالتدابير الوقائية الناتجة عن كوفيد 19 قوة قاهرة أو ظرفا طارئا.

إن ظهور وباء كوفيد 19 لم يكن السبب المباشر لمنع الأنشطة التجارية، فقد كانت الإجراءات الوقائية المتخذة من قبل الحكومة الجزائرية هي السبب المباشر في منع بعض الأنشطة دون غيرها، حيث أدت إلى استحالة تنفيذ التزامات المستأجرين أو الإرهاق في تنفيذها.

1- التدابير الوقائية المتخذة من قبل الدولة لمنع تفشي وباء كورونا.

بمجرد ظهور الحالات الأولى المصابة بوباء كوفيد 19 سارعت الحكومة الجزائرية لاتخاذ

العديد من التدابير للوقاية من تفشي الوباء، ومن بين هذه التدابير غلق المحال التجارية وتعليق الكثير من النشاطات الاقتصادية التي تشكل تجمعا بشريا.

فصدر المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا(الرسمية و العدد، مرسوم تنفيدي يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته.، 2020،)، إذ تم بموجب المادة الثالثة من هذا المرسوم تعليق نشاط وسائل نقل الأشخاص، كما نصت المادة الخامسة على أنه «تغلق في المدن الكبرى، خلال المدة المذكورة في المادة 2 أعلاه، محلات بيع المشروبات، ومؤسسات وفضاءات الترفيه والتسلية والعرض والمطاعم، باستثناء تلك التي تضمن خدمة التوصيل إلى المنازل.

يمكن أن يتم توسيع إجراء الغلق إلى أنشطة ومدن أخرى، بموجب قرار من الوالي المختص إقليميا.»

كما تضمن مرسوم تنفيذي رقم 20-70 المحدد لتدابير تكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا(الجريدة الرسمية ا.، 2020) الحجر المنزلي، فنصت المادة الثانية في فقرتها الأولى والثانية على أنه «يقام في الولايات و/أو البلديات المصرح بها من قبل السلطة الصحية الوطنية كبؤر لوباء فيروس كورونا (كوفيد-19) نظام الحجر المنزلي.

يخص الحجر المنزلي كل شخص متواجد في إقليم الولاية و/أو البلدية المعنية.»

ونصت المادة الثالثة على أنه «يمكن أن يكون الحجر المنزلي كليا أو جزئيا، ولفترات محددة، حسب الوضعية الوبائية للولاية و/أو البلدية المعنية.»، وأولى الولايات التي شملها الحجر الكلي ولاية البليدة طبقا للمادة التاسعة من نفس المرسوم.

وامتد الغلق إلى الكثير من الأنشطة التجارية، إذ نصت المادة على أن الغلق المنصوص عليه في المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 20-69 يمتد إلى جميع أنشطة التجارة بالتجزئة باستثناء تلك التي تضمن تموين السكان بالمواد الغذائية والصيانة والتنظيف والصيدلانية وشبه الصيدلانية وفي كامل التراب الوطني.

كما امتد تعليق نشاط نقل الأشخاص إلى سيارات الأجرة حسب المادة 14 من نفس المرسوم.

2- التدابير التي اتخذتها الحكومة شكلت السبب المباشر في إرهاق المستأجرين أو جعل التزاماتهم مستحيلة.

إن التدابير الاحترازية التي اتخذتها الدولة لم تؤثر على الأنشطة التجارية المستثناة من المنع كتجارة المواد الغذائية وتجارة الخضر والمخابز والصيدليات باعتبارها أنشطة أساسية داخل النسيج الاقتصادي، في حين أن الأنشطة التجارية التي شملها المنع تأثرت بشدة بهذه الإجراءات الوقائية مما يدعونا إلى القول أن كوفيد 19 ليس السبب المباشر لأنه لو كان كذلك لشمل المنع جميع الأنشطة التجارية وبالتالي فإن التدابير التي اتخذتها الدولة تشكل قوة قاهرة أو ظرفا طارئا (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس المجلد الأول العقود الواردة على الانتفاع بالشيء الإيجار والعارية،، بدون سنة نشر، صفحة 409).

والمشرع بوضعه لهذه التدابير الخاصة بمنع الكثير من النشاطات التجارية والحرفية من مزاولة نشاطها أثر على أن تنفيذ العقود المرتبطة بهذه النشاطات، في حين أن النشاطات كتجارة المواد الغذائية التي لم يشملها الحجر لم تتأثر بفيروس كورونا، مما يعني أن التدابير الاحترازية هي التي تشكل القوة القاهرة أو الظرف الطارئ باعتبارها السبب المباشر بينما كورونا كانت سببا غير مباشر فقط.

وما يستبعد تكييف كوفيد 19 بأنه قوة قاهرة أو ظرفا طارئا، خاصة وأن التشريعات المتلاحقة المتعلقة بالحد من انتشار الفيروس لم تنص على إنهاء العقود بقوة القانون ولا أي إجراء من شأنه إنقاص الالتزامات المرهقة لطرفي العقد، وبالأخص ما يتعلق بسداد بدلات الإيجار سواء تعلق الأمر بالإيجارات السكنية أو التجارية أو الحرفية بعدما تعطل الانتفاع بها.

وحتى لو اعتبرنا كوفيد 19 قوة قاهرة فهذا لا يعطي للمدين بالالتزام العقدي أن يتحلل من التزامه ويمتنع عن تنفيذه، لأن تنفيذ العقد يتوقف مؤقتا ليواصل مرة أخرى عندما ينتهي الوباء.

وبشأن التدابير المتخذة فإن منظمة الصحة العالمية ترى بأنه ليس هناك أي داع إلى اتخاذ تدابير تقيد حركة السفر والتجارة الدولية وبالتالي فإن المنظمة لا توصي وفقا للبيان المدير العام بشأن لجنة الطوارئ الخاصة بفيروس كورونا المستجد المشكّلة بموجب اللوائح

الصحية الدولية بتاريخ 30 جانفي 2020، وبالتالي فإن فيروس كورونا لا يشكل قوة قاهرة في ذاته تستحق إجراء تدابير وقائية كالحجر المنزلي وغلق المحال التجارية وتعليق وسائل النقل، إذن فالتدابير التي اتخذتها الحكومة هي التي أرهقت المتعاقدين أو جعلت التزاماتهم مستحيلة أو مرهقة وليس فيروس كورونا (كوفيد 19).

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عل اعتبار التدابير الوقائية قوة قاهرة أو ظرفا طارئا على عقود الإيجار

إذا اعتبرنا التدابير المتخذة لمكافحة فيروس كورونا (كوفيد 19) والحد منه قوة قاهرة فإن ذلك سينهي العقد، ذلك أن القوة القاهرة هي النظرية التي تؤثر تأثيرا جذريا على العقد من حيث أنها تؤدي إلى انفساخه، أما الظرف الطارئ يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي ليأخذ العقد الطابع التبرعي أو بدون عوض(Campagnola).

المطلب الأول : الآثار المترتبة على اعتبار التدابير الوقائية قوة قاهرة

إذا شكلت التدابير المتخذة من قبل الحكومة الجزائرية بسبب كوفيد 19 قوة قاهرة ينفسخ العقد بقوة القانون، وتحمل المدين تبعة الهلاك.

الفرع الأول: انفساخ عقد الإيجار

يعرف الانفساخ بأنه «حل الرابطة العقدية لاستحالة التنفيذ بسبب قهري لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة»(الخياري، 1994، صفحة 137)، فينفسخ العقد قانونا باستحالة التنفيذ، وتنقضي الالتزامات الناشئة عنه، واستحالة التنفيذ هي سبب من أسباب انقضاء الالتزام يكون في الحالة التي يصبح الوفاء بالالتزام حسب المادة 307 من القانون المدني مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فيشترط في استحالة التنفيذ التي ينفسخ معها العقد أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا بصورة دائمة وليس مؤقتا فإن كانت الاستحالة مؤقتة فلا ينقضي الالتزام وإنما يتوقف مؤقتا حتى تزول الاستحالة، وأن تكون الاستحالة راجعة لسبب أجنبي وليس مرده خطأ المدين(الفضل، ، 2006، صفحة 677).

وبانفساخ العقد لاستحالة التنفيذ تنقضي الالتزامات المقابلة فنصت المادة 121 من القانون المدني على أنه «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون» والانفساخ يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها المتعاقدان قبل إنشاء العقد وبذلك نصت المادة 122 «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض».

ولا داعي للإعذار لانفساخ العقد إذ لا جدوى منه فلا يكون الإعذار إلا حيث يكون تنفيذ الالتزام ممكنا، كما أنه لا يستلزم في الأصل أن يكون بحكم القاضي، إذ أن القاضي ليس له إلا أن يقضي به متى توافرت شروطه، فالحكم القضائي كاشف لا منشئ (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام،، صفحة 725).

الفرع الثاني : تحمل المستأجرين تبعة الهلاك

وإذا انفسخ العقد فإن المدين يتحمل التبعة لأن عقد الإيجار من العقود الملزمة للجانبين، وفي العقود الملزمة للجانبين يتحمل المدين تبعة الهلاك(السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث ، نظرية الالتزام بوجه عام، صفحة 991)، ويتحمل المدين تبعة الهلاك مع أن سبب الانفساخ لا ينسب إليه بل لسبب أجنبي، ذلك أنه لا يمكن للمدين أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزامات المقابلة، فالخسارة يتحملها المدين(السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث ، نظرية الالتزام بوجه عام، صفحة 725).

الفرع الثالث : إمكانية حصول المستأجرين على التعويض

بالرجوع إلى نص المادة 486 من القانون المدني التي تنص على أنه «إذا ترتب على عمل قامت به السلطة الإدارية بمقتضى القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص ثمنه وله أن يطالب بتعويضه إذا كان عمل السلطة الإدارية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولا عنه كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.»، فإنها تقضي بأن المؤجر يلتزم بالتعويض إذا كان عمل السلطة

الإدارية صادرا بسبب يكون المؤجر مسؤولا عنه، وأساس ذلك التزام المؤجر بالضمان إذ يلتزم المؤجر بضمان التعرض القانوني الصادر عن الغير، وتعرض السلطة الإدارية يعد تعرضا قانونيا صادرا عن الغير، لكن إذا لم يكن المؤجر مسؤولا عن تعرض السلطة الإدارية فإنه لا يلتزم بالتعويض، وإنما يقع ذلك على السلطة الإدارية لا على أساس الضمان وإنما على أساس الضرر الحاصل للمستأجر.

ويعتبر عمل الإدارة الذي يترتب عليه إنقاص الانتفاع بالعين المؤجرة أو زواله تعرضا، فإذا كان يستند إلى حق فإن هذا التعرض يعتبر تعرضا قانونيا، ومن ثم لا يحق للمستأجر الرجوع على الإدارة إلا بالطريق الذي يرسمه القانون (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس المجلد الأول العقود الواردة على الانتفاع بالشيء الإيجار والعارية،، بدون سنة نشر، صفحة 416)، وفي هذا الصدد فقد شرعت الحكومة الجزائرية في إقرار مكافآت وتعويضات عن الأضرار التي نتجت عن التدابير الوقائية إذ تضمن المرسوم التنفيذي رقم 20-79 تأسيس علاوة استثنائية لفائدة مستخدمي الهياكل والمؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة المجندين في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته (الجريدة الرسمية ا.، 2020) .

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على اعتبار التدابير الوقائية ظرفا طارئا.

يقصد بالأعمال الإدارية الأعمال المادية والقانونية التي تقوم بها الإدارة، وتظهر هنا في صورة القرارات الإدارية التي اتخذتها الدولة وتتعلق بمنع الأنشطة التجارية وتقييد حركة المواطنين.

وتختلف الآثار المترتبة على أعمال الإدارة الناتجة عن كوفيد 19 باعتبارها ظرفا طارئا بين الأحكام العامة لنظرية الظروف الطارئة وبين الأحكام الخاصة بعقد الإيجار.

الفرع الأول: طبقا لأحكام الواردة في المادة 107 في القانون المدني.

يملك المستأجر طبقا لأحكام المادة 107 من القانون المدني الحق في طلب مراجعة العقد من قبل القاضي، كما يمكنه المطالبة بالفسخ إذا رفض تنفيذ الالتزام بعد تعديله من القاضي.

أولا :حق المستأجر في المطالبة بمراجعة عقد الإيجار.

يحق للمستأجر أن يطلب من القاضي استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة مراجعة العقد وخاصة العقود الزمنية ومنها الإيجار لأن الالتزامات نشأت وفقا لمعطيات معينة وتأثرت هذه الالتزامات بتغير الظروف ووجود معطيات جديدة ومنها أعمال الإدارة أثناء فترة كوفيد 19.

وباعتبار أن أعمال الإدارة الناتجة عن كورونا هي مجرد تدابير وقتية، فإن القاضي يراعي في مراجعة العقد هذه الخاصية في هذا الظرف، وتقيد سلطة القاضي في التدخل بضوابط قانونية ومنها أن يكون هذا التدخل مما يقتضيه تطبيق مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية مع ضرورة الموازنة بين الطرفين بحيث يتوجب على القاضي عند تطبيق النظرية أن يراعي مصلحة الطرفين والموازنة بينها،حتى لا يكون هناك مساس بحقوق المؤجرين.

وبذلك يمكن للقاضي أن يحكم بإنقاص الأجرة طوال مدة التدابير الوقائية المتخذة من قبل الدولة، بعد التأكد من توفر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ثانيا: حق المستأجر في المطالبة بفسخ العقد.

إذا ما صدر حكم من القاضي بإنقاص الأجرة ورفض المؤجر تنفيذ هدا الحكم، فيعتبر شكلا من أشكال الإخلال بالالتزام العقدي الناتج عن سلطة القاضي في تعديل العقد ويمكن عندها للمستأجر المطالبة بفسخ العقد على أساس المادة 119 من القانون المدني كما يمكنه المطالبة بالتعويض إذا وجد ضررا على أساس أحكام المسؤولية العقدية.

الفرع الثاني: طبقا لأحكام الواردة في المادة 486 من القانون المدني.

تطبيقا للأحكام الخاصة في عقد الإيجار وفقا للمادة 486 من القانون المدني فيمكن للمستأجر المطالبة مباشرة بإنقاص الأجرة و الفسخ وكذلك يمكنه المطالبة بالتعويض.

أولا: حق المستأجر في طلب إنقاص الأجرة والفسخ.

تطبيقا لنص المادة 486 من القانون المدني فيجوز للمستأجر المطالبة بإنقاص الأجرة نتيجة للأعمال الإدارية الصادرة بسبب كوفيد 19، وهذا بعكس الأحكام العامة في المادة 107 سابقة الذكر والتي يقتصر حق المستأجر طبقا لها في المطالبة القاضي بمراجعة العقد، في

حين أنه في نص المادة 486 يمكن للمستأجر تبعا للظروف المطالبة بإنقاص الأجرة أو الفسخ بسبب تسبب أعمال الإدارة بنقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة.

وبالتالي يمكن للمستأجر أن يطالب المؤجر بإنقاص الأجرة بقدر يتناسب مع الإنقاص الحاصل في الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب أعمال الإدارة الناتجة عن كوفيد 19 كالمستأجرين للمحلات المغلقة وقتيا، ويمكنه كذلك أن يطالب بفسخ عقد الإيجار إذا كان النقص الحاصل في الانتفاع بالعين المؤجرة جسيما (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس المجلد الأول العقود الواردة على الانتفاع بالشيء الإيجار والعارية،، بدون سنة نشر، صفحة 411) كالمحلات التجارية التي أغلقت أنشطتها كليا ومنها الحمامات والمرشات العمومية.

فإذا ما وجد القاضي أن النقص في الانتفاع كان يسيرا فهنا لا يمكنه الحكم بإنقاص الأجرة ولا بالفسخ ويتحمله المستأجر وحده ذلك النقص.

ثانيا: ضرورة تعويض المستأجرين عن النقص في الانتفاع بالعين المؤجرة

للمستأجر الحق في مطالبة الدولة بالتعويض عن الإضرار المترتبة عن قراراتها باتخاذ التدابير الاحتياطية الناتجة عن كوفيد 19 شرط ألا يكون قد تسبب في نشوء هده القرارات.

1- عدم أحقية المستأجر في التعويض إذا تسبب في نشوء العمل الإداري.

قد يحدث أن يكون المستأجر قد تسبب في اتخاذ إجراءات إدارية في مواجهته بسبب مخالفته للقيود المفروضة في استقبال الزبائن أو توفير أدوات الوقائية كالكمامة وغيرها، فهنا لا يمكن اعتبار القرار الإداري الصادر من السلطة الإدارية ظرفا طارئا، يمكن معه المطالبة بإنقاص الأجرة أو الفسخ ولا يمكنه المطالبة بالتعويض.

ويتحمل المستأجر تبعة إغلاق محله ولا يستفيد من الحقوق المترتبة عن المادة 486 من القانون المدني ومنها التعويض.

2- ضرورة النص على تعويض المستأجرين عن النقص في الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب أعمالها الإدارة المصاحبة لكوفيد19.

يجوز للمستأجر الرجوع على الجهة الحكومية فيعتبر بالنسبة إليه في حكم التعرض المادي الصادر من الغير (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس المجلد الأول العقود الواردة على الانتفاع بالشيء الإيجار والعارية،، بدون سنة نشر، صفحة 415) وبما أن أعمال الإدارة بسبب جائحة كورونا تعتبر أعمالا صادرة في إطار القانون فلا يجوز له الرجوع على الحكومة إلا إذا وجد نص يمكن من خلاله الاستناد عليه في التعويض، والمشرع الجزائري قد نص على تعويض الدولة الأضرار التي نتجت عن التدابير الوقائية إذ تضمن المرسوم التنفيذي رقم 20-79 تأسيس علاوة استثنائية لفائدة مستخدمي الهياكل والمؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة المجندين في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19)، مما يعني أنه لا يمكن للمستأجر الحصول على تعويض إلا إذا وجد نص قانوني خاص يعطي للمستأجر الحق في التعويض وإن لم يوجد فيكتفي المستأجر بطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة.

خاتمة:

من أهم نتائج هذا البحث أن كوفيد 19 لا يعتبر قوة قاهرة أو ظرفا طارئا في حد ذاته لأن التدابير الوقائية المصاحبة لكوفيد 19 هي من شكل عائقا في تنفيذ بعض العقود، لأن كوفيد 19 لم يكن السبب المباشر في نقص الانتفاع بالعين المؤجرة، بل كانت التدابير الوقائية المصاحبة لكوفيد 19 هي السبب المباشر لمنع بعض الأنشطة التجارية وحظر حركة النقل وتحرك المواطنين، في حين أن الكثير من عقود المستأجرين لم تتأثر في أنشطة أخرى لأنها لم تشملها إجراءات الحجر مثل محلات المواد الغذائية وبيع الخضر، ولو كانت كوفيد 19 هو السبب الأجنبي لتأثرت جميع العقود باعتبار أنه يشكل جائحة عالمية.

أن العبرة في تحديد طبيعة التدابير الوقائية المصاحبة لكوفيد 19 هي تأثيرها على تفنيد العقد، فإن أدت إلى استحالة تنفيذ المستأجر لالتزاماته فتعتبر قوة قاهرة بالنسبة له، وإن أدت إلى إرهاق المستأجر في دفع الأجرة نظرا لنقص الانتفاع بالعين المؤجرة فتعتبر ظرفا طارئا.

فإذا أدت الإجراءات الوقائية إلى استحالة تنفيذ المستأجر التزامه بدفع الأجرة نظرا لانعدام الانتفاع بالعين المؤجرة، فتطبق أحكام القوة القاهرة وينفسخ العقد بقوة القانون

ويتحمل المستأجر تبعة الانفساخ، ما لم يختر المستأجر تحمل الخسارة لاعتبار أن الإجراءات الوقائية إجراءات وقتية.

وإن أدت هذه الإجراءات إلى الإرهاق في التنفيذ بحيث تهدده بخسارة فادحة لا يمكن تحملها فهنا تطبق عليه أحكام الظرف الطارئ.

فطبقا للقواعد العامة فيمكن للمستأجر أن يطلب من القاضي مراجعة العقد لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك بإنقاص الأجرة بما يتناسب مع نقص الانتفاع بالعين المؤجرة، ويمكنه المطالبة بفسخ العقد إذا رفض المؤجر هذا الإنقاص.

ويمكنه كذلك وفقا للقواعد الخاصة بعقد الإيجار وما نصت عليه المادة 486 من القانون المدني أن يطالب بإنقاص الأجرة مباشرة، أو يمكنه المطالبة بفسخ العقد كذلك إذا ما حدث نقص في الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب أعمال الإدارة، ومنها التدابير الوقائية المصاحبة لكوفيد 19.

وباعتبار أن التدابير الوقائية المصاحبة لكوفيد 19 هي أعمال صادرة من الإدارة بموجب القانون، فإن المستأجر لا يمكنه المطالبة بالتعويض إلا إذا نص القانون على وجوب التعويض على هده الأضرار، ولأن الدولة قد قامت بتعويض الكثير من القطاعات المتضررة منها قطاع النقل وقطاع الصحة، فكان عليها كذلك النص على تعويض المستأجرين نتيجة لمنع أنشطتهم التجارية ونتيجة لنقص الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب الحجر وما صاحبه من إجراءات أخرى، إلا إذا كان المستأجر هو المتسبب في تطبيق هده الإجراءات عليه لمخالفته البرتوكول الصحي المصاحب لكوفيد.

قائمة المراجع:

المؤلفات :

1. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

2. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام،دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .

3. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

4. منذر الفضل، 2006، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار ئاراس للطباعة والنشر، إربيل كردستان العراق.

الأطروحات:

1. عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، 2005، الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان.

2. محمد عبد الملك محسن المحبشي، 2006، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية دراسة مقارنة في القانونين المصري واليمني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر.

مواقع الانترنيت:

1. Xavier Azaïs, Juriste, Coronavirus (COVID-19) : Faut-il préférer l'imprévision à la force majeure? https://www.village-justice.com/articles/coronavairus-Faut-préfére-l'imprévision - force- majeure34184.htm

2. François Campagnola, Le fait et le temps: Force majeure et imprévision en droit descontrats.https://www.village-justice.com/articles/fait-temps-Force-majeure- imprévision-droit -des- contrats22597html

الاجتهاد القضائي :

1. المحكمة الإدارية العليا المصرية 1984/12/18

2. Cour d'appel de Besançon, 2e ch. com., 8 janv. 2014, pourvoi n° 12/02291 .
3. Cour d'appel de Colmar, 6e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098.
4. Cour administrative d'appel de Douai, 3ème CH., 28 Janvier 2016, N°15DA01345.
5. Cour administrative d'appel de Douai, 3ème CH., 28 Janvier 2016, N°15DA01345.

القوانين:

1. الأمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2. مرسوم تنفيذي رقم 20-69 مؤرخ في 26 رجب عام 1441 الموافق 21 مارس سنة 2020، يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته. ج ر العدد 15.

3. مرسوم تنفيذي رقم 20-70 مؤرخ في 29 رجب 1441 الموافق 24 مارس سنة 2020، يحدد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته. ج ر العدد 16.

4. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

العقد الذكي ودوره في تكريس الثقة في العلاقات التعاقدية

The smart contract and its role in establishing trust in contractual relationships

داود منصور
جامعة الجلفة، الجزائر
Mansourdaoud@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2021/04/30 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/24

****

ملخص:

لقد أدى صعود تقنية Blockchain إلى ظهور ما يسمى بالعقد الذكي، حيث سمح لهذه الأخيرة باستغلال إمكاناته الكاملة، فيمكن لأي طرف ما إنشاء معاملاته تلقائيًا وبرمجة النتائج والآثار المحتملة التي تنشأ أثناء العلاقة التعاقدية مسبقًا. كما يمكن أن يضمن العقد الذكي أن العقد القانوني سيتم تنفيذه بشكل صحيح وتلقائي أو أن الدفعة المقدمة سيتم استردادها - كليًا أو جزئيًا - في حالة عدم الأداء أو الأداء غير الكامل للعقد. ونتيجة لذلك، فهو يساهم بشكل إيجابي في استعادة مناخ الثقة بين أطراف العلاقة التعاقدية، خاصة في ظل عدم تدخل لأي وسيط بشري.

الكلمات المفتاحية: العقد الذكي، البلوك تشين، الأتمتة.

Abstract

The rise of Blockchain technology has given rise to the so-called smart contract, as it has allowed the latter to exploit its full potential. Any party can create its transactions automatically and pre-program the potential outcomes and impacts that arise during the contractual relationship. The smart contract can also guarantee that the legal contract will be executed correctly and automatically or that the down payment will be recovered - in whole or in part - in the event of non-performance or incomplete performance of the contract. As a result, it contributes positively to restoring the climate of trust between the parties to the contractual relationship, especially in light of the absence of any human intermediary interference.

Key words: Smart contract, Blockchain, Automation.

مقدّمة:

إن من أهم التقنيات التي ظهرت في ظل التكنولوجيا الحديثة تقنية Blockchain، التي وجدت في البداية كأساس تقني للعملة الافتراضية، ثم ظهرت كتقنية في حد ذاتها، و يُنظر إليها الآن على أنها تقدم رائد يمكنه تقليل تكاليف الاحتكاك في أنظمة المعاملات الحالية وتمكين نماذج جديدة غير قابلة للتطبيق في السابق للمشاركة الاجتماعية والتجارية.

Blockchain، كما يوحي الاسم، هو في أبسط مصطلحاته "سلسلة" من "كتل" المعاملات التي تم تحديدها مسبقًا والتي تشكل دفتر الأستاذ الرقمي غير القابل للتغيير والأساس الموزع والمرن لنقل القيمة.

فالميزة الحاسمة لـ Blockchain هي قدرة التكنولوجيا على تمكين المعاملات من الحدوث في بيئة لا يثق فيها الأطراف ببعضهم البعض ولا يريدون الاعتماد على وسيط. تعتبر Blockchain مثالية للتطبيقات التي تكون فيها المعاملات شفافة ولا يتحكم أي مستخدم في قواعد المعاملة، على النقيض من ذلك، تضع قاعدة البيانات السحابية المدارة مركزيًا كيانًا واحدًا يتحكم في قواعد النظام الأساسي، بينما تنشئ أيضًا مخزنًا مركزيًا للبيانات يمكن اختراقها أو إتلافها. على سبيل المثال، في الأماكن التي يتم فيها الاحتفاظ بسجلات الأراضي بشكل سيئ أو تغييرها بسبب الفساد ، فإن قاعدة البيانات السحابية التي تديرها حكومة مركزية لن توفر الثقة المطلوبة التي يوفرها نظام Blockchain غير القابل للتغيير.

إذا كان بإمكان Blockchain تمكين المعاملات عالية القيمة في البيئات منخفضة الثقة، فإن الخطوة المنطقية التالية هي استخدام Blockchain لأتمتة جوانب معينة من هذه المعاملات لا سيما في العقود الذكية.

في الواقع، تتيح لغة البرمجة النصية الحالية لـ Blockchain برمجة عبارات "if-then" من أجل أتمتة المعاملات على Blockchain. من خلال القيام بذلك، فالقيمة التي يتم تمثيلها رقميًا على Blockchain- غالبًا ما يُنظر إليها على أنها "رمز مميز" ، مثل العملة الرقمية - يمكن تحويلها بدلاً من ذلك إلى إنشاء مثيل لاتفاق بين الأطراف بأن معاملة ذات قيمة تتم تلقائيًا عند حدوثها.

لقد أتاحت التطورات التقنية الجديدة في تقنية Blockchain الانتقال من العقود التلقائية إلى العقود الذكية المستقلة حقًا، والقادرة على التنفيذ الذاتي والإنفاذ الذاتي، هذا الانتقال خلق بيئة بحثية مثيرة للاهتمام وهي إشكالية مفهوم العقود الذكية ودورها في تكريس الثقة في العلاقات التعاقدية من خلال كل ما سبق نطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى واكب العقد الذكي في ظل الواقع التكنولوجي الأطر القانونية التقليدية؟ وهل بيئتة التعاقدية تكرس الثقة بين أطرافه؟.

من أجل الإجابة على الإشكالية سنقسم دراستنا إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى تحديد مفهوم العقود الذكية ثم نتطرق في المبحث الثاني دور العقود الذكية في تكريس الثقة في العلاقات التعاقدية.

المبحث الأول: العقد الذكي عقد ذاتي التنفيذ

إن العقد الذكي ليس بالضرورة أن يكون مرتبطًا بـ Blockchain، فيمكن أن يعمل بشكل مستقل تمامًا عنه. في الواقع، يتمتع Blockchain بميزة القدرة على تخزين البيانات وتسيير آثار وتداعيات العقد، مما يحد من الاحتيال والأخطاء ويلزم كل طرف بالإجابة على التزاماته بموجب العقد.

إذ يتيح العقد الذكي برمجة الرموز التي سيتم تنفيذها تلقائيًا دون الحاجة إلى وسيط. على سبيل المثال، في سياق العقد الذكي الذي ينص على صفقة مع تسليم مبلغ من المال، يتم دمج الرمز في سلسلة الكتل في شكل كتلة معاملة جديدة، وبمجرد استيفاء الشروط، يتم تنفيذ العقد من تلقاء نفسه لإرسال مبلغ المال، وعليه سنتطرق إلى تعريف العقد الذكي وطبيعته القانونية (المطلب الأول)، ثمّ آلية ابرام العقد الذكي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف العقد الذكي وطبيعته القانونية

مثل العقد التقليدي، يتم التفاوض على العقد الذكي بين المتعاقدين المشاركين الذين يجب عليهم احترام التزاماتهم. تم تقديم مصطلح "العقد الذكي" بواسطة Nick Szabo في عام 1997 والذي يعرفه بأنه "بروتوكول المعاملات المحوسب الذي ينفذ شروط العقد" (RODRIGUEZ, 2017, p. 44). كما أنه يوفر آليات رقمية يمكن استخدامها لضمان وفاء الأطراف بالتزاماتهم (RODRIGUEZ, 2017).

الفرع الأول: تعريف العقد الذكي وخصائصه

أولا: تعريف العقد الذكي

في ظل غياب نصوص قانونية واضحة تعرف العقد الذكي، قد ظهرت العديد من التعريفات وإن كانت تتشابه من حيث آلية عمل العقد الذكي إلا أنها تختلف من حيث طبيعته، على هذا الأساس، ظهرت تعريفات معقدة للعقد الذكي ويأتي التعريف الأكثر تعقيدًا من مؤسس Ethereum، Butterin Vitalik الذي عرف العقد الذكي بأنه آلية تتضمن أصولًا رقمية وطرفين أو أكثر، حيث يقوم بعض أو كل الأطراف بوضع الأصول، ويتم إعادة توزيعها تلقائيًا بين هذه الأطراف، وفقًا لصيغة تستند إلى بيانات معينة غير معروفة، وقت إبرام العقد" (BAYLE, 2017, p. 39).

بالإضافة إلى ذلك، يضيف في منشور إضافي على موقع Ethereum أن العقد الذكي يمكنه: تعيين عدد ثابت أو قابل للتحديد من الأجزاء، وتحديد وقت تنفيذ محدد أو غير محدد، ويستهدف العلاقات مستهلكين-مهنيين.(BAYLE, 2017)

من الواضح أن هذا التعريف معقد نسبيًا، وغير مفهوم وغير محدد للمعالم الأساسية للعقد الذكي، وعلى هذا هناك تعريف آخر ارتكز على فكرة العقد المكمل، أو المساعد، فقد عرف P. De Filippi العقود الذكية على أنها برمجيات منفذة بطريقة لامركزية على Blockchain يتم تشغيل وظائفها من خلال استيفاء شروط محددة مسبقًا" (JEAN & DE FILIPPI, 2016, p. 40). ويضيف في جميع هذه الحالات، لا تحل العقود الذكية محل العقود، بل تعززها. على هذا النحو، فإن قبول العقد - سواء كان ضمنيًا أو صريحًا - هو شرط قانوني مسبق ضروري لتنفيذه ومن الضروري توفير عملية لا يمكن من خلالها التشكيك في الموافقة (العقد الذكي يعمل مع ذلك تلقائيًا، والعقوبة في حالة عدم الموافقة سيكون كلاسيكيًا وسيتضمن تعويضًا عن الضرر الذي لحق)، وعليه تعد العقود الذكية هي المكمل المثالي للعقد وتدعمه بمعنى أنها تمنحه قوة الرقمية والمجتمعية(JEAN & DE FILIPPI, 2016, p. 30). هذا التعريف والتحليل مبسط إلى حد ما وموجز ، ومع ذلك يؤكد على الطابع "المترجم" للعقود الذكية، وليس تنفيذها التعاقدي الكامل المحتمل.

من الواضح أن العقود الذكية، في معظم الحالات، تعتبر شبيهة فقط لمصطلح عقد، لأنها على الرغم من أنها تؤدي إلى آثار قانونية، فهي ليست عقودًا بالمعني القانوني للمصطلح بالنسبة للكثيرين، ولكن فقط فيما يتعلق بالتنفيذ الآلي لجميع أو جزء من بنود العقد.

إلى جانب التعريف السابق، هناك من منح العقد الذكي صفة "العقود"، وبنى تعريفه على أساسه، وهو يتوافق مع العديد من آراء المؤلفين وخبراء البلوك تشين، وهذا هو الحال بشكل خاص بالنسبة إلى Régis de Boisé، مؤسس شركة قائمة على Blockchain، عندما عرف العقود الذكية على أنها عقود رقمية تعتمد على تقنية Blockchain، والتي تجعل من الممكن التحكم في التزامات كل طرف بموجب العقد"(BAYLE, 2017, p. 40) .

ولكن التساؤل الذي أثاره التعريف هو ما المقصود بالعقد الرقمي؟ قد تكون هذه الفكرة محيرة في غياب القانون أو أي نص آخر. ولذلك يمكن التساؤل عما إذا كان يقصد هنا "العقد الإلكتروني" الذي توخاه المشرع ، لا سيما فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني.

ثانيا: خصائص العقود الذكية

من الضروري الآن تحديد مميزات العقود الذكية، والتي يمكن استخدامها لإيجاد مكانها في المفاهيم التعاقدية الحالية. بناءً على الفهم الحالي للعقود الذكية.

1/العقد الذكي : ذو طبيعة إلكترونية فقط

بداية يختلف العقد الإلكتروني عن العقد بشكل أساسي من حيث الدعم والتعبير عن الإرادة، فكل شيء يتم عبر الإنترنت. في هذه النقاط، لا تختلف العقود الذكية كثيرًا، فالوسيط عبارة عن شبكة ويمكن التعبير عن الإرادة، التي سيتم تخصيص نقطة معينة عليها، عن طريق "نقرة" أو عن طريق النقل إلى الطرف الآخر لمفتاحه العام (مع الحفاظ على سرية المفتاح الخاص لنفسه). ومع ذلك، فإن التشبيه بين الاثنين بعيد جدًا عن الواقع. فالعقود الذكية، في الوقت الحالي، هي بالتأكيد ليست عقودًا بالمعنى القانوني للمصطلح، لكنها لا تُلخص كعقود إلكترونية أيضًا، فهي تتميز بطرق تنفيذ وخصائص أكثر تعقيدًا مما هي عليه (BAYLE, 2017, p. 37).

لقد أدى تطور التجارة الإلكترونية إلى زيادة كبيرة في حجم الاتفاقات المبرمة في أشكال إلكترونية، ومع ذلك حتى في حالة عقود التجارة الإلكترونية، قد لا تزال هناك بعض الأعمال الورقية التقليدية المطلوبة، على سبيل المثال الفواتير أو الإيصالات أو شهادات التسليم، خاصةً عندما تغطي هذه العقود الإلكترونية شراء سلع أو خدمات غير متصلة بالإنترنت. في بعض الأحيان، تكون هذه المستندات هي الدليل أو المظهر الوحيد للعقد الموجود في شكل إلكتروني. على عكس ذلك، قد توجد العقود الذكية فقط في شكل إلكتروني، ولا

يمكن استخدام أي شكل آخر من أشكال العقد لهم (على سبيل المثال، نسخة ورقية شفوية أو مكتوبة). وهي مدفوعة أيضًا بتفاصيل موضوع العقود الذكية: قد تتعلق بأصول رقمية معينة (مثل العملة المشفرة) أو المظاهر الرقمية للأصول غير المتصلة بالإنترنت، والتي يتم تسجيل ملكيتها في Blockchain. يختلف هذا العقد الذكي عن معظم الأشكال الإلكترونية، ولكنها تفرض فقط بعض الالتزامات السلبية على المستخدم (على سبيل المثال، عدم أداء أنشطة معينة أثناء استخدام الخدمة أو عدم الاعتراض على أنشطة معينة تؤديها الخدمة - مزود).

يجب أيضًا ربط تنفيذ شروط العقد "الذكي" ببعض الأحداث/ البيانات الإلكترونية. بخلاف ذلك، لن يكون العقد "الذكي" إلزاميًا ذاتيًا. كل هذه الميزات محددة مسبقًا بشكل إلكتروني فقط للوجود المحتمل للعقد الذكي.

علاوة على ذلك، يتطلب العقد "الذكي" بطبيعته استخدام التوقيعات الرقمية الإلكترونية، القائمة على تقنية التشفير. وبموجب القوانين، فإن مثل هذه التوقيعات الناتجة عن وجود التشفير تعتبر "توقيعًا متقدمًا غير مؤهل" ويخضع استخدامها عمومًا لاتفاق الأطراف التي تستخدم مثل هذا التوقيع(Savelyev, 2016, p. 12) .

2/البرامج المنفذة:

الرمز هو قانون (Godoy, 2019, p. 87)، وفي العقود الذكية رمز الكمبيوتر هو أيضًا من الشروط التعاقدية. وبالتالي، تتجلى الشروط التعاقدية في رمز الكمبيوتر، وهو ما لا يُحظر بشكل عام على أساس مبدأ "حرية التعاقد". لذلك، من الممكن القول بأن كل عقد ذكي بطبيعته القانونية هو أيضًا برنامج كمبيوتر بمعنى قانون الملكية الفكرية.

وبالتالي، فإن العقد الذكي له طبيعة مزدوجة في القانون: فهو بمثابة "وثيقة" تحكم العلاقات التعاقدية بين الأطراف وهو أيضًا موضوع حقوق الملكية الفكرية، ويمثل الهدف القيّم للنشاط الفكري. لذلك، يمكن التعامل مع برمجة عقد ذكي معين بناءً على متطلبات العميل كعملية تطوير برمجيات، بينما يجب تنفيذ توزيع الحقوق اللاحقة للعقد "الذكي" ضمن إطار الترخيص/ التنازل عن حقوق الملكية الفكرية.

3/ زيادة اليقين

نظرًا لأن العقد الذكي يحتوي على كود برمجي في جوهره، يتم التعبير عن شروطه بإحدى لغات الكمبيوتر، وهي لغات رسمية إلى حد ما في جوهرها: مع دلالات ونَحْوٍ محددة

بدقة (Savelyev, 2016, p. 13). لا تسمح لغة الكمبيوتر بالتقدير في تفسيرها بواسطة الجهاز، و يتم تفسير شروط العقد الذكي بواسطة الآلة بناءً على المنطق البوليني، على عكس العقد الكلاسيكي، حيث يتم تفسير المصطلحات بواسطة العقل البشري بناءً على معايير ذاتية وطريقة تفكير مماثلة. وبالتالي، فإن دقة لغات البرمجة قادرة على التخفيف من المشكلات المحتملة المرتبطة بالتفسير غير المتوقع للشروط التعاقدية من قبل طرف العقد أو جهات الإنفاذ. على الرغم من أن الغموض قد يكون موجودًا في لغات البرمجة، إلا أن هذه الغموض أقل مما هي عليه في العالم الحقيقي لأنه يوجد ببساطة عدد أقل من المصطلحات التي يمكن لجهاز الكمبيوتر التعرف عليها مما يمكن للإنسان التعرف عليه. نتيجة للتفاصيل الموصوفة للعقد الذكي ، لا تنطبق عليه القواعد الحالية لتفسير العقد. ويُقصد بالعقود الذكية أن تكون اتفاقيات قائمة بذاتها - لا تخضع للتفسير من قبل الكيانات أو السلطات القضائية الخارجية. ومن المفترض أن تكون الشفرة نفسها الحكم النهائي "للصفقة" التي تمثلها.

4/الطبيعة الشرطية

في وقت سابق، قيل إن العقد الذكي تمت صياغته على إحدى لغات الكمبيوتر. العبارات الشرطية أساسية للحوسبة: يعتمد رمز الكمبيوتر على عبارات مثل if" ثم "Then" . يتوافق هذا النهج مع الشروط والأحكام التعاقدية. فإن تنفيذ العقد ليس أكثر من تشغيل ظرف من خلال بيان شرطي.

5/ الإنفاذ الذاتي

بمجرد إبرام العقد الذكي، لم يعد تنفيذه الإضافي يعتمد على إرادة أطرافه أو طرف ثالث، ولا يتطلب أي موافقات أو إجراءات إضافية من جانبهم. ويتحقق الكمبيوتر من جميع الشروط وينقل الأصول ويقوم بإدخالات في قاعدة بيانات Blockchain حول عمليات النقل هذه. وبالتالي، فإن العقد الذكي ملزم من الناحية الفنية لجميع الأطراف فيه، ولم يعودوا يعتمدون على وسيط بشري. وفيما يتعلق بالتغيير اللاحق للظروف أو في نية الطرف، فلا يوجد مجال لانتهاك العقد (Savelyev, 2016, p. 15).

6/الاكتفاء الذاتي

يرتبط الاكتفاء الذاتي ارتباطًا وثيقًا بالميزة السابقة للعقد الذكي. ومع ذلك، فإن للاكتفاء الذاتي ميزة مختلفة، فلا يحتاج العقد الذكي إلى وجود أي مؤسسات قانونية: لا هيئات إنفاذ، ولا مجموعة من القواعد القانونية، أو تلك الافتراضية أو الإلزامية لتكملة

العقد، كما هو الحال بالنسبة للعقود الكلاسيكية في حالة عدم اكتمالها، والاكتفاء الذاتي مهم بشكل خاص في المعاملات العابرة للحدود، لأنه لا يسمح بالاعتماد على الاختلافات في اللغات والقوانين الوطنية وتفسيرها (Savelyev, 2016, p. 16).

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الذكي

يثير العقد الذكي إشكالات قانونية حول طبيعته، فهناك كثيرون يوازنون بين العقد الذكي والذكاء الاصطناعي. لكن العقد الذكي هو أولاً وقبل كل شيء برنامج كمبيوتر، "برنامج نصي يمثل وعدًا من جانب واحد لأدائه بناءً على المعاملات التي يتم إرسالها إلى البرنامج النصي". من جهة أخرى تدور أفكار حول العقد الذكي ، مثل "رمز العقد الذكي" و "العقد القانوني الذكي"، يشير الأول إلى برنامج الكمبيوتر نفسه، بينما يشير الثاني إلى السياق القانوني الذي يعمل فيه.

أولا: عقد ذكي وذكاء اصطناعي

يتساءل العديد من المؤلفين عما إذا كان العقد الذكي حقًا "ذكيًا". يعرّف المركز الوطني للمصادر النصية والمعجمية الذكاء بأنه "يتمتع بالوظيفة العقلية لتنظيم الواقع في الأفكار (في البشر)، في الأفعال (في البشر والحيوانات)". ومع ذلك، من الصعب اليوم تخيل إمكانية منح العقد هذه الوظيفة العقلية لتنظيم الواقع في أفكار وأفعال، فالعقد الذكي هو برنامج قائم بذاته، بمجرد بدئه، لم يعد يتطلب تدخلاً بشريًا (Francès, 2019, p. 28).

على هذا النحو، يفضل بعض المؤلفين استخدام مصطلحات "التنفيذ الذاتي"، أو "التنفيذ التلقائي"، أو عقد "المشغلات الذكية" لأن هيكلها أكثر خوارزمية منه قانونيًا. في نهاية المطاف، يكمن ذكاء العقد الذكي فقط في قدرته على الوفاء بالالتزامات التعاقدية، لذلك يجب التمييز بين العقود الذكية والذكاء الاصطناعي كما تصورها على سبيل المثال آلان تورينج (Francès, 2019) ، أي تصور قدرة الآلات على التفكير (Francès, 2019).

قد يبدو أن كلمة "ذكي"، كما فهمت في الوقت الحاضر، تشير إلى مفهوم الذكاء الاصطناعي، الذي يُعرَّف بأنه "مجموعة من النظريات والتقنيات المطبقة لإنتاج آلات قادرة على محاكاة الذكاء البشري". في هذا الصدد، صرح Alexandre De Streel et Herve Jacquemin في عملهما بعنوان الذكاء الاصطناعي والقانون، أنه "لكي تصبح قادرًا على اكتشاف الارتباطات المفيدة (التنبؤية) في كتل البيانات، يجب أن تتعلم الخوارزميات" (Francès, 2019, p. 39). فوفقًا لهم، هناك نوعان من التعلم: التعلم "تحت الإشراف" من

قبل البشر والذي يزود الخوارزمية بالبيانات والنتائج المتوقعة من أجل تدريبها على التحول إلى الحل الصحيح المطلوب، التعلم "غير الخاضع للإشراف" والذي لا يوفر "حلًا جيدًا" للخوارزمية ولكنه يسمح لها بتحديد وتحليل الارتباطات بين البيانات المختلفة من أجل رؤية حلول غير متوقعة تظهر أو لا يدركها البشر (Francès, 2019, p. 39).

لذلك يبدو أن رمز الكمبيوتر يمكن أن يأتي تدريجيًا إلى هذا الشكل من "الذكاء"، ولا سيما مع مفهوم التعلم العميق الذي يتوافق مع تقنية التعلم الآلي المستوحاة من عمل الدماغ البشري للسماح للكمبيوتر بالتعلم من تلقاء نفسه على أساس الشبكات العصبية الاصطناعية (Francès, 2019, p. 40).

ومع ذلك، كما لوحظ أعلاه، فإن التعريف الأصلي من قبل Szabo للعقد الذكي ينص صراحة على أنه "لا يوجد استخدام للذكاء الاصطناعي" (De Caria, 2018, p. 736). وبالمثل، ذكر مؤلفون آخرون أنه "من المهم ملاحظة أن العقود الذكية ليست مجرد عقود رقمية (يعتمد الكثير منها على سلطة موثوق بها للتوصل إلى توافق في الآراء والتنفيذ)، كما أنها لا تنطوي على ذكاء اصطناعي (فهي بالأحرى آلية، على العكس) (De Caria, 2018)،وأن العقد الذكي لا «يفكر» عكس ما يفعل الموثق.

بدلاً من ذلك، تفرض العقود الذكية سطور كود الكمبيوتر، والتي تمت برمجتها من أجلها (De Caria, 2018). و "العقود الذكية لا تحتاج إلى ذكاء اصطناعي للعمل، بغض النظر عما قد يوحي به اسمها " (De Caria, 2018, p. 737) ، وبالتالي ينبغي النظر إلى العقد الذكي على أنه آلية مؤتمتة تؤدي وظائفها المحددة عند استيفاء بعض الشروط المسبقة. وبالتالي فإن المصطلح الراسخ "العقود الذكية" مخادع إلى حد ما " (Kristian, Juri , & Seppälä, 2017, p. 17).

وتجدر الإشارة إلى أن العقود الذكية تستند إلى منطق "إذا كان هذا ... ثم ذلك"، حيث يتم تحديد "هذا" و "ذلك" مسبقًا بواسطة مؤلف العقد الذكي.

في مثال العقد الذكي، لم يتمكن هذا الأخير بعد من إدارة الظروف القاهرة بشكل مستقل، نظرًا لأن تقنية Blockchain تعني أنه لا يمكن تغيير العقد الذكي أو التحايل عليه لأن هذا ضمان للأمان، فالعقد الذكي ينفذ فقط شروط العقد، وبالتالي، لا يمكن أن تدمج عناصر غير متوقعة مثل القوة القاهرة لأنها تطرح مشكلة البرمجة والتفسير في العقد الذكي. في الواقع ، يتطلب عدم القدرة على التنبؤ تحديد ما إذا كان يمكن توقع الحدث في ضوء المعرفة العامة وظروف القضية. لذلك فهو شرط ذاتي للغاية يعتمد بالكامل على تفسير

القاضي. كما هو الحال مع العقد الكلاسيكي، الذي من الممكن دائمًا الطعن في صحة العلاقة التعاقدية أمام المحكمة، والمطالبة بإبطالها على أساس توافر شروطها، وفي حالة بطلان العقد، فإنه وفقا للقواعد العامة يجد الأطراف أنفسهم في الوضع الذي كانوا فيه قبل إبرام العقد. وعليه يجب أن يتضمن العقد الذكي هذا النوع من الاحتمال في الكود الخاص به (Francès, 2019, p. 41)، في حين أن كود الكمبيوتر بمفرده غير قادر على ترجمة الأحداث غير المتوقعة. ومع ذلك، يشير بعض المؤلفين (De Caria, 2018, p. 737) إلى إمكانية تضمين الذكاء الاصطناعي في مفهوم العقود الذكية.

إنه من خلال تطبيق تقنية Blockchain على العقود الذكية، لن تكون فقط ذاتية التنفيذ، ودون الحاجة إلى وسطاء، لكن بالإضافة إلى ذلك، سيتم تسجيل كل معاملة تلقائيًا في قاعدة البيانات الموزعة. وبالتالي، يمكن الإشارة إلى العقود الذكية القائمة على Blockchain باسم "العقود الذكية اللامركزية" (De Caria, 2018, p. 733)، نظرًا لعدم وجود قاعدة بيانات/ سجل مركزي.

ثانيا: العقد الذكي: هل هو مجرد رمزوترجمة فقط أم أنه عقد كامل؟

في ظل عدم وجود أي تعريف للعقود الذكية، يبدو من الصعب مراعاة وجهات النظر التعاقدية التي تغطيها. للتغلب على هذه الصعوبة، من الضروري أولاً التساؤل عما إذا كان يمكن ، ببساطة ، أن يتم تصنيف العقد الذكي على أنه عقد بالمعنى المقصود في القانون، هذا السؤال الأول هو المحك لجميع القضايا الناشئة عن العقود الذكية بالنسبة لبعض المؤلفين، فإن العقود الذكية "مع ذلك تبدو مثل العقود ، ومن المسلم به أنها خاصة وغريبة جدًا" (BAYLE, 2017, p. 34)، أما بالنسبة لآخرين، فهي ليست كذلك. ومن من أجل محاولة تسوية هذا النقاش، هناك فرضيتان يمكن التمييز بينهما، الفرضية الأول هي الحالة التي يتدخل فيها العقد الذكي كـ "مترجم"، والفرضية الثانية هي الحالة الذي يتطور فيه العقد بأكمله على Blockchain فقط.

1/العقد الذكي "للترجمة":

تستند العقود ذاتية التنفيذ إلى العالم المادي، كونها عبارة عن الترجمة الحرفية لالتزامات الأطراف إلى لغة الكمبيوتر، نحن نتحدث عن "استخدام العقد الذكي كوسيلة لتنفيذ اتفاقية سابقة" (BAYLE, 2017).

هذه الترجمة، بالإضافة إلى كونها مسجلة على Blockchain وختم الوقت، فإنها تعمل كدليل وقابلة للتنفيذ، ويمكن أن تتمتع أيضًا بميزة التنفيذ التلقائي لـ بنود العقد، أو حتى العقد ككل، حسب طبيعته.

بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا التنفيذ الذاتي الجوهري للعقود الذكية من شأنه أيضًا أن يجعل من الممكن اعتماد رؤية جديدة لتنفيذ العقد، مما يضمن القدرة على تجنب التنازع التقليدي في منازعات التنفيذ.

ومع ذلك، على الرغم من جميع وجهات النظر التي قد توحي بها هذه "الترجمة التعاقدية التلقائية"، فمن الواضح أنه في هذه الحالة، لن يكون العقد الذكي عقدًا بالمعنى القانوني للمصطلح، بمعنى اتفاق ارادات واحترام شروط شكل العقد وصلاحيته، وعليه في حالة عدم وجود هذه الصفة، سيكون العقد الذكي عندئذ مجرد "نسخة" من العقد المحوسب، وبصورة أدق نسخة من البنود المدرجة في خوارزمية لتنفيذ العقد، ولكن لن يكون العقد نفسه، سيكون تكميليًا إليها.

ويرى آخرون أن "رمز العقد الذكي"، هو عقد مكون بالكامل من الخوارزميات، وهي تحدد البرامج المكتوبة بلغة برمجة (Francès, 2019, p. 43) وتعمل لصالح الأطراف للوفاء بالالتزامات أو ممارسة حقوق معينة. لذلك فهو ليس عقدًا كما نفهمه قانونيًا ، ولكنه عقد تم إنشاؤه بطريقة تكنولوجية بحتة.

وقد ذهب غالبية الفقه الفرنسي (معمر، 2019، صفحة 483)، ومن بينهم الأستاذان مصطفى مكي، وكريستوفر رودا، للتشكيك في طبيعة هذه العقود، معتبرين أنها لا ترقى إلى منزلة "العقد" وأنها عبارة عن تكنولوجيا تتجسد في برنامج معلوماتي يرافق العقد، هذا يعني أنه ثمة عقد سابق تم ابرامه في الشكل الكلاسيكي.

وتتوافق هذه الرؤية إلى حد كبير مع النظريات التي طرحتها Primavera De Filippi، المحامية والرائدة في موضوع Blockchain والعقود الذكية، والتي وفقًا لها لا تعادل العقود الذكية بالعقود: "العقود الذكية لا تحل محل العقود، ولكن تعززها " (JEAN & DE FILIPPI, 2016, p. 40).

هذا أيضًا هو الرأي الذي شاركه بنيامين جان (مؤسس Open Law "جمعية تنظم دورات تدريبية خاصة حول التقنيات الجديدة وبعدها أنشأت أكاديمية العقد الذكي" والأستاذ المحاضر في العلوم السياسية في فرنسا.) بقوله: "هذه هي الأدوات التي يمكن فرضها على العقد

مثل الاستنساخ الرقمي، مع ضمان التنفيذ فقط (...) " (BAYLE, 2017, p. 35)، باختصار، اعتبار العقد الذكي ملحقًا للعقد، ولكن ليس العقد نفسه.

في حين نجد أن بعض الفقه الأمريكي يعتبر أن العقد الذكي ليس بالعقد بمعناه القانوني، بمن فيهم مخترع هذا النظام نيك إسزابو، فعلى حد قول هذا الأخير فإن العقد الذكي هو عبارة عن دعامة معلوماتية تسعى إلى عصرنة المفهوم الكلاسيكي للعقد، فالأمر يتعلق بإدراج مشارطات عقدية، تم الاتفاق عليها آنفا، في هذا البرنامج أو الدعامة، وهذا يعني بعبارة أخرى أن العقد الذكي كتكنولوجيا معلوماتية، هو برنامج يرافق العقد الكلاسيكي، وبوجود حتمي لشروط عقدية وضعت مسبقا، فالعقد الذكي يعتمد على مقاربة شرطية قائمة على قاعدة "إذا تحقق هذا....ترتب إذا"، لذا وجب تأطير هذه القاعدة بشروط (حقيقية) تضع شروط إعمالها سلفا وتنص على الآثار القانونية الناجمة عليها (معمر، 2019، صفحة 484).

ومع ذلك، هناك رؤية أخرى كاملة وأكثر تعقيدًا وإنجازًا تقنيًا للعقود الذكية.

2/ عقد ذكي بالكامل على Blockchain:

في الفرضية الثانية ، تتمثل الفكرة في إنشاء عقد ذكي بالكامل على Blockchain، ولكن هذه المرة من الصفر. في هذه الحالة، لم يعد هناك عقد "دعم"، ويتغير العقد الذكي من طريقة تنفيذ إلى عقد كامل.

ونجد أن التشريع الأمريكي، ممثلا في قانون ولاية نيفادا، اعترف صراحة بأن العقود الذكية عبارة عن عقود حين أقر بأن : "العقود الذكية هي عبارة عن عقود مخزنة في قالب محرر إلكتروني، وفقا لما يقضي به القانون" (معمر، 2019).

في ظل تعدد التعريفات يمكن تقديم تعريف يتناسب والتطور الحالي للعقد الذكي، الذي لا محالة سيختلف مستقبلا في ظل وجود تكنولوجيات اخرى يمكن أن يستعين بها على غرار الذكاء الاصطناعي، يمكننا الآن اعتبار أن العقود الذكية (BAYLE, 2017, p. 41) هي: "طرق التنفيذ الآلي للعقد المترجمة إلى رمز كمبيوتر و على أساس تقنية Blockchain .

-العقود الذكية هي نتيجة التزام مسبق من قبل الطرفين وتخضع لاستيفاء شروط محددة بدقة بينهما.

-يمكن أن تكون هذه الشروط داخلية أو خارجية لتكنولوجيا Blockchain .

-يتم بدء التنفيذ الآلي بمجرد استيفاء الشروط المحددة بين الطرفين ، ويتم إدراج العقد الذكي تلقائيًا في السجل اللامركزي سواء كان عامًا أو مختلطًا أو خاصًا. "

المطلب الثاني: آلية ابرام العقد الذكي

يطرح العقد الذكي عدة أسئلة لم يتم حلها، خاصة على المستوى القانوني، عندما يتم تسجيله على Blockchain، فقد يكون من الصعب تحديد أطراف العقد لأن Blockchain يعتمد على مبدأ إخفاء الهوية، هذا من جهة ومن جهة أخرى يمر العقد الذكي بمجموعة من المراحل كما في القعود التقليدية إلا أنه يختلف معها في كثير من النقاط، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى المتدخلون في العقد الذكي (الفرع الأول)، مراحل ابرام العقود الذكية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المتدخلون في العقد الذكي

إن العقد الذكي ، كما يسمى بالبرمجيات "المستقلة" ، لا يتطلب تدخل بشري أثناء تنفيذه، إلا أنه بالمقابل يشارك فيه العديد من أصحاب المصلحة في صياغته وتطويره، وبالتالي، فإن الاختيارات التي تم إنشاؤها في بناء العقد الذكي من قبل الأطراف تشترط تدخل مختلف الأطراف والوسطاء في تشكيل العقد الذكي والذين يتحملون المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن تنفيذه.

أولا: الأطراف المتعاقدة

الطرف المتعاقد هو "من يدخل في عقد مع آخرين". يقوم مجتمعنا على إبرام العقود بشكل يومي ، وأحيانًا حتى بدون إدراك، إنه عبارة عن توافق إرادات مع التزام عدة أشخاص، يطلق عليهم الأطراف المتعاقدة، لتحقيق شيء ما لبعضهم البعض. مثل أي عقد تقليدي، فإن العقد الذكي هو أيضًا نتاج اتفاق إرادة بين طرفين أو أكثر، هؤلاء الأفراد الذين يقفون وراء تطوير العقد التقليدي، مثله مثل العقد الذكي، يمكن أن يكونوا أشخاصًا طبيعيين أو مجموعة من الأشخاص أو شخصًا اعتباريًا أو ممثلًا عنهم.

ثانيا: المهنيين القانونيين

يستمر القانون في طلب تدخل متخصص قانوني للتحقق من بعض الأعمال، هذا هو الحال بشكل خاص بالنسبة للموثقين (على سبيل المثال في حالة نقل الأسهم، أو صياغة النظام الأساسي لشركة، عقد الزواج، ... وما إلى ذلك). في الواقع ، حتى لو كان العقد الذكي و Blockchain لهما السمة الأساسية للتطور في عالم بدون وسطاء، يظل الموثق وكل من له صفة ذلك حق المشاركة في تطوير العقد الذكي، حيث يقومون بإبلاغ الأطراف رسميًا

ويشهدون على أنهم يعترفون بالنتائج القانونية لأفعالهم. وبالتالي فإن تدخلهم هو ضمان لجودة أفضل للأعمال الموقعة ويقين قانوني أكبر.

ثالثا: مبرمج ومبتكر Blockchain خاص

سواء كان العقد الذكي ناتجًا عن عقد تقليدي مترجم إلى رمز، أو تم وضعه مباشرة في شكل رمز، يجب على المبرمج ترجمة بعض بنود العقد إلى لغة برمجة وفقًا للمنطق "إذا ... ثم"، ستكون الأخيرة ذاتية التنفيذ عند استيفاء الشروط المحددة في العقد من قبل الطرفين. بعد ذلك ، في سياق Blockchain، سيتم تسجيل برنامج الكمبيوتر الخاص بالعقد الذكي هناك، وعلى سبيل المثال هناك برنامج "Ether Scripter" الذي يقدم أمثلة ترميز مختلفة لأنواع متعددة من العقود (عقد التصويت ، عقد الزواج ، عقد التأمين ، إلخ)، ففي مثال على عقد تسجيل التصويت (في الحالة المقترحة، يمكن للمستخدمين التصويت لصالح "COKE" أو "PEPSI").

هذا البرنامج يتيح إمكانية إنشاء عقود ذكية على Ethereum من النماذج المعروضة في شكل عينات، بعد اختيار لغة البرمجة ونوع العقد الذي تريده (تبادل الأصول، عقد بيع، رهان عبر الإنترنت، إلخ)، يظهر رمز مبسط على الشاشة، يمكن للمستخدم بعد ذلك النقر فوق المربعات من أجل تخصيص عقده الذكي، وقبل كل شيء يجب إدخال هوية الشخص "المسؤول" الذي يجب أن يستلم الأموال أثناء تنفيذ العقد، ثم محل العقد و شروط التصويت (تحديد موضوع التصويت، وتحقق من أن نفس الشخص لا يمكنه التصويت مرتين). بعد ذلك ، يسجل العقد تصويتًا عن طريق زيادة عدد الأصوات المرتبطة بالمدخلات المقدمة. كما يسجل عنوان المتصل ومن صوتوا له ليكون تصويتًا عامًا، ثم ينتهي العقد بتسليم الأموال إلى المسؤول.

رابعا: المدقق

من المفيد جدًا التحقق من أن العقد الذكي الذي تم ترميزه حديثًا يتوافق مع العقد التقليدي، وبشكل أكثر تحديدًا مع إرادة الأطراف: هذا هو دور المدقق. في الواقع من أجل ضمان البرمجة المناسبة للعقد الذكي وفقًا لإرادة الأطراف، يمكنهم اختيار تدقيق العقد الذكي بعد برمجته. قد يحتاج المدقق إلى تطوير مجال خبرته للانتقال نحو تكنولوجيا المعلومات ويجب أن يكون على وجه الخصوص قادرًا على التحقق من بنية ورمز Blockchain أو العقد الذكي (DESPLEBIN & LUX, 2020)، كما هو الحال مع العقد التقليدي ، من المهم أن تكون قادرًا

على ضمان السيطرة على المخاطر التي ينطوي عليها العقد الذكي. ويمكن أن يتضمن العقد الذكي إجراءً لرصد تطوره والتحقق منه، ويمكن تخيله بسهولة في Blockchain الخاص، ولكن هذا أكثر صعوبة في Blockchain العامة (Francès, 2019, p. 54).

خامسا: أوراكل

من أجل استخدام العقد الذكي في العالم المهني، كان من الضروري حل مشكلة التصديق على صحة المعلومات الواردة من خارج الشبكة (Francès, 2019, p. 55). يمكن بدء تنفيذ العقد الذكي على الفور (في حالة عقد الدفع الإلكتروني على سبيل المثال) ، أو تنفيذه بعد استيفاء شرط يمكن أن يكون داخليًا في العقد الذكي (بدء تنفيذ العقد بانتهاء تاريخ محدد مسبقًا من قبل الطرفين) ، أو خارج العقد الذكي (تعويض المسافر إذا تم إلغاء طائرته).

كان حل مشكلة التصديق على المعلومات في حالة ورودها من الخارج هو حل الأوراكل، ويتضمن ذلك وضع كيانات على الشبكة يكون دورها التحقق من المعلومات من الخارج والمصادقة عليها ، ثم يتم بعد ذلك دمج المعلومات في سلسلة الكتل.

المثال الأكثر شيوعًا والمستخدم لوصف كيفية عمل العقد الذكي وأوراكل هو عقد تأمين إلغاء الرحلة. يتم تكوين العقد الذكي على أساس عقد بوليصة التأمين بالشكل إذا ... ثم (على سبيل المثال: إذا تأخرت الرحلة لمدة ساعتين أو أكثر ، يتم تعويض العميل) يتم تسجيله في سلسلة من الكتل. انطلاقا من أوراكل ، يتم أيضًا دمج المعلومات المتعلقة بأوقات رحلات شركة الطيران في سلسلة الكتل (على سبيل المثال من موقع الويب الخاص بشركة الطيران المعنية). عندما يتم دمج معلومات الرحلة في Blockchain، يتحقق برنامج العقد الذكي مما إذا كان تأخير الرحلة أكبر من حد الساعتين المحدد في العقد، ويبدأ التأمين ودفع التعويض إذا تم التحقق من الحالة (SAPONA, 2020).

وبالتالي، سيتم إنشاء تنفيذ العقد بواسطة أوراكل الذي يمكن أن يتخذ شكلين متميزين حسب الحالة، يمكن أن يكون طرفًا ثالثًا معروفًا لكلا الطرفين ومحدّد في العقد مسبقًا ، أو قاعدة بيانات خارجية يتم اختيارها من قبل الأطراف والتي سيشير إليها العقد الذكي.

أولاً ، يمكن لـ Oracle إنشاء وكيل واحد أو أكثر ، معتمدًا من قبل المشاركين في Blockchain، والذين سيبحثون عن المعلومات في الوقت المناسب. هذا الأخير يراقب الخصائص الخارجية المصممة في العقد الذكي ويعطي التوجيهات أو موافقته على تنفيذ العقد

في حالة احترام المعايير (Cohn, West, & Parker, 2017, p. 32).وبعبارة أخرى، فإنه يربط بين سلسلة الكتل والعالم "الحقيقي" من أجل إثبات الأحداث الخارجية. سيتم استخدام هذا النوع من أوراكل على سبيل المثال في عقد ذكي مبرم لتنفيذ أعمال التجديد في المنزل. لا يمكن الحصول على هذه المعلومات من خلال خوارزمية وحدها وتتطلب تدخل وكيل في الموقع للتصديق على التقدم الجيد للعمل أم لا.

في حالات أخرى، لن يكون تدخل الوكيل ضروريًا لنقل المعلومات إلى العقد الذكي؛ ستكون خوارزمية واحدة فقط قادرة على تحقيق هذا التتابع، وهو ما يسعى وراءه مصممو العقد الذكي من أجل استخدامه. في الواقع، يمكن أن تأخذ Oracle أيضًا شكل قاعدة بيانات خارجية، يتم تحديدها واختيارها مسبقًا من قبل الأطراف، والتي سيراجعها العقد الذكي في الوقت المناسب ليتم تنفيذه لاحقًا.

توجد اليوم شركات تقدم خدمات لإنشاء أوراكل للتحقق من المعلومات الخارجية ذات الصلة بتنفيذ العقود الذكية، مثل بيانات الطقس وسعر السهم وسعر الفائدة من قبل البنوك ، إلخ.

الفرع الثاني: مراحل ابرام العقود الذكية

يمر إنشاء العقود الذكية من أربعة مراحل متتالية:

أولا: إنشاء العقود الذكية

يتفاوض العديد من الأطراف المعنية أولاً بشأن الالتزامات والحقوق في العقد. بعد جولات متعددة من المناقشات والمفاوضات، يمكن التوصل إلى اتفاق، وسيساعد الموثقون أو المحامون أو المستشارون الأطراف في صياغة اتفاقية تعاقدية أولية. يقوم مهندسو البرمجيات بعد ذلك بتحويل هذه الاتفاقية المكتوبة باللغات الطبيعية إلى عقد ذكي مكتوب بلغات الكمبيوتر بما في ذلك اللغات التعريفية ولغات القواعد المنطقية (Zheng, Xie, Dai, & Weili, 2020, p. 477). على غرار تطوير برامج الكمبيوتر، يتكون إجراء التحويل الذكي للعقد من التصميم والتنفيذ والتحقق (أي الاختبار). الجدير بالذكر أن إنشاء العقود الذكية هو عملية تكرارية تنطوي على جولات متعددة من المفاوضات والتكرار. وفي الوقت نفسه، يشارك فيه أطراف متعددة، مثل أصحاب المصلحة والموثقين ومهندسي البرمجيات.

ثانيا: نشر العقود الذكية

يمكن بعد ذلك نشر العقود الذكية التي تم التحقق من صحتها على الأنظمة الأساسية

أعلى البلوكشين. لا يمكن تعديل العقود المخزنة في سلاسل الكتل بسبب خاصية الثبات. يتطلب أي تعديل إنشاء عقد جديد. بمجرد نشر العقود الذكية على Blockchain، يمكن لجميع الأطراف الوصول إلى العقود من خلال Blockchain. علاوة على ذلك، يتم تأمين الأصول الرقمية لكلا الطرفين المعنيين في العقد الذكي عن طريق تجميد المحافظ الرقمية المقابلة (Zheng, Xie, Dai, & Weili, 2020, p. 478).

ثالثا: تنفيذ العقود الذكية

بعد نشر العقود الذكية، يتم مراقبة البنود التعاقدية وتقييمها. بمجرد أن تصل الشروط التعاقدية (على سبيل المثال ، استلام المنتج) ، سيتم تنفيذ الإجراءات (أو الوظائف) التعاقدية تلقائيًا. الجدير بالذكر أن العقد الذكي يتكون من عدد من العبارات التقريرية ذات الروابط المنطقية. عندما يتم تشغيل أحد الشروط ، سيتم تنفيذ البيان المقابل تلقائيًا، وبالتالي يتم تنفيذ المعاملة والتحقق من صحتها من قبل المعدنين في البلوكشين (Zheng, Xie, Dai, & Weili, 2020). ثم يتم تخزين المعاملات التي تم الالتزام بها والحالات المحدثة على البلوكشين بعد ذلك.

رابعا: استكمال العقود الذكية

بعد تنفيذ العقد الذكي، يتم تحديث الحالات الجديدة لجميع الأطراف المعنية. وفقًا لذلك، يتم تخزين المعاملات أثناء تنفيذ العقود الذكية وكذلك الحالات المحدثة في Blockchain. وفي الوقت نفسه، يتم نقل الأصول الرقمية من طرف إلى طرف آخر (على سبيل المثال، تحويل الأموال من المشتري إلى المورد). وبالتالي، يتم فتح الأصول الرقمية للأطراف المعنية. ثم يكمل العقد الذكي مراحل إنشائه بأكملها. من الجدير بالذكر أنه أثناء نشر وتنفيذ وإنجاز عقد ذكي، يتم تنفيذ سلسلة من المعاملات (كل منها يتوافق مع بيانات العقد الذكي) ويتم تخزينها في Blockchain. لذلك، تحتاج كل هذه المراحل الثلاث إلى كتابة البيانات إلى Blockchain.

المبحث الثاني: دور العقود الذكية في تكريس الثقة في العلاقات التعاقدية

إن من أهم المزايا التي تقدمها العقود الذكية من الناحية القانونية، والتي تساهم إلى حد بعيد في المنظومة العقدية التقليدية وتكريس الثقة، نظام سلسلة الكتل كداعم للثقة وعنصر

أساسي في العقود الذكية (المطلب الأول)، مظاهر تكريس الثقة في العقود الذكية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نظام سلسلة الكتل كداعم للثقة وعنصر أساسي في العقود الذكية

حتى اليوم، من الصعب مناقشة الوضع القانوني للعقود الذكية دون فهم الجوانب الفنية لإبرامها وتنفيذها. وفي نفس الاتجاه، فإن المنظور التاريخي يجعل من الممكن تحديد المسار الذي يسلكه التفكير القانوني بحيث يتم تنسيق القانون والابتكارات الحالية بشكل جيد، ففي عام 2008، بدءًا من مفهوم B-Money الذي عرضه Wei Dai في عام 1999 وBitGold الذي أعلنه Nick Szabo في عام 2005، تم تنفيذ أول سلسلة من الكتل (Blockchain). وهي عبارة عن سلسلة عملة البيتكوين المشفرة، صممها ساتوشيناكاموتو - الاسم المستعار لشخص أو مجموعة غير معروفة حتى الآن. لذلك، ظهرت تقنية Blockchain من خطة نشر هذه العملة المشفرة الأولى. وبناء على ما سبق ولتحديد المفاهيم أكثر سنتطرق إلى بناء سلسلة الكتل (الفرع الأول)، وإلى أنواع سلسلة الكتل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: بناء سلسلة من الكتل

يجمع Blockchain بطريقة أصلية بين تقنيتين: الأول تتألف من سجل لامركزي يحتوي على تاريخ جميع عمليات التبادل بين مستخدميها منذ إنشائها، والثاني هو تأمين كتل البيانات عن طريق التشفير المتتالي الذي يجعل من المستحيل التلاعب بأحد هذه الكتل، وكلها "مدمجة"، مع تواريخها، في سلسلة من الكتل الأخرى.

أولا: سلسلة الكتل، سجل لامركزي (نقل الثقة من الوسيط إلى الشبكة)

يعرّف معهد بلوكتشين في فرنسا Blockchain بأنه: "تقنية لتخزين ونقل المعلومات، شفافة، آمنة، وتعمل بدون هيئة تحكم مركزية". للوهلة الأولى، لا يبدو أن هذا التعريف يقدم الكثير من الجديد لما هو موجود بالفعل من حيث تخزين المعلومات ونقلها. لكن الجديد يكمن في القدرة على نقل المعلومات أو الأصول دون "هيئة رقابة مركزية"، وهو بذلك يتفوق على الأنظمة الأخرى باعتباره أحد التكنولوجيات المغيرة Disruptive technology (معمر، 2019، صفحة 478)، بخاصية الاستغناء عن الوساطة في التعامل وفكرة الغير المؤتمن Trustedthird-party (الموثق، الإدارة، البنك، ....) (معمر، 2019).

ففي النظام التقليدي يوجد الوسطاء التقليديين مثل الدولة والموثق والمحامين والبنوك وغيرهم في معاملاتنا اليومية، ومع ذلك فهم ليسوا جميعًا مُجمعين على الآليات والإجراءات

الواجب اتباعها، خاصة من حيث التكاليف. ففي الواقع، نحن في مجتمع يريد أن يكون أكثر فأكثر سريعًا، حيث تؤدي معالجة المعاملات وتكاليفها الباهظة أحيانًا إلى إبطاء العديد من المستخدمين، هذا هو التحدي الذي يواجه Blockchain والمتمثل في الاستمرار في إجراء هذه المعاملات، وبناء الثقة التي ينتجها الوسطاء اليوم، مع إزالة تدخلاتهم، حيث تسمح سلسلة الكتل بعد ذلك بتبادل القيمة من نظير إلى نظير دون وسيط، وغالبًا ما تُستخدم فكرة دفتر الأستاذ الموزع للمعاملة لوصف Blockchain، ولكن هذه في الواقع ليست سوى واحدة من خصائصها. وعليه تتوافق تقنية Blockchain مع نوع معين من السجلات الموزعة، فدفتر الأستاذ الموزع هو عبارة عن قاعدة بيانات لامركزية، يديرها العديد من المشاركين، ويسجل المعاملات على العقد بطريقة لامركزية.

وخلاصة القول، تستمد تقنية Blockchain تسميتها من نظام سيرها حيث يتم تجميع المعاملات التي ينفذها المستخدمون على الشبكة معًا في كتل بترتيب زمني. تحتوي الكتلة على عدة أجزاء من المعلومات والمعاملات مرتبطة ببعضها البعض، بفضل التوقيع الرقمي، ومعلومات المعاملة الأخيرة، ووقت إنشاء الكتلة (نتحدث عن طابع زمني)، والمفتاح العام للمستلم. ويتم التحقق من صحة كل كتلة بواسطة "عُقَد الشبكة" وفقًا لحل المشكلات الخوارزمية، ثم يتم إضافتها إلى سلسلة الكتل وتكون مرئية للجميع.

ثانيا: تأمين البيانات على Blockchain

السؤال المتكرر حول هذه التقنية هو كيفية تأمين المعلومات أو المعاملات دون وجود هيئة مركزية في سلسلة الكتل، تدخل المعاملة إلى النظام، وبدلاً من التحقق من صحتها من قبل هيئة مركزية، يجب التحقق من صحتها من خلال "عُقَد الشبكة" فيما يتعلق بالإدخالات السابقة الموجودة في سلسلة الكتل.

بمجرد اكتمال هذه الخطوة، يتم نسخ المعاملات الصالحة إلى كل جهاز كمبيوتر على الشبكة ليتم تسجيلها في كتل تشكل سلسلة الكتل، يسمى بناء هذه الكتل "التعدين Mining" (blockchain france, 2020). تحتوي كل كتلة على تاريخ إنشائها، والبيانات المراد تخزينها، وموضع الكتلة في السلسلة، ورمز الهاشاج Hashage (البصمة الرقمية)، التي تم إنشاؤه من البيانات الموجودة في الكتلة، بالإضافة إلى هاش hash الكتلة السابقة، الجزء الأكثر أهمية في الكتلة هو الهاشاج (البصمة الرقمية) لأنه يضمن سلامة الكتلة، وهو ما يضمن أن الكتل بالترتيب

الصحيح. يتم حساب الهاشاج من هاش hash الكتلة السابقة، وتحتفظ كل عُقدة في الشبكة بنسخة من السلسلة.

لا يؤدي إضافة أو سحب أو تعديل الكتلة إلى إبطالها فحسب، بل يؤدي أيضًا إلى إبطال جميع الكتل في السلسلة بأكملها (Yves , 2016, p. 1856)، مما يؤدي إلى تحسين أمان وسلامة المعلومات الموجودة في الكتل(Cecilia, 2021) .

ويتم تحديد طابع زمني لكل معاملة، أي يتم تسجيل وقت كل معاملة يتم إجراؤها على Blockchain. بالإضافة إلى المعاملات المالية، ويخضع تغيير الملكية أو أي معاملة مسجلة أخرى أيضًا لطابع زمني (MOUGAYAR, 2017, p. 66)، مما يمنح Blockchain وظيفة إثبات مهمة.

بمجرد إنشاء الكتلة، تتم إضافتها إلى Blockchain، والتي يجب بعد ذلك اعتمادها باستخدام آلية إجماع. يتم تنفيذ عمل التصديق من خلال عُقَد الشبكة التي توافق من خلال حل مشكلات التشفير على الصلاحية وعلى إضافة كتل جديدة إلى سجل المعاملات (CASEAU & SOUDOPLATOFF, 2016, p. 16)، وهذا دون وجود كيان مركزي يجب عليه تحديث التسجيل، وبدون ثقة بين عُقَد الشبكة. عمل التصديق من خلال عُقَد الشبكة يسمى "إثبات العمل"، وهو ضروري لضمان سلامة Blockchain، ففي حالة حدوث عطل أو قرصنة أو تعطل عُقَدة الشبكة، فإنه يضمن سلامة البيانات المخزنة حيث يمكن للعُقَد الأخرى للشبكة متابعة أعمال التحقق من الصحة. ومن أجل إضافة كتلة إلى Blockchain، يجب أن تظهر كل عقدة أنها قامت بقدر معين من العمل، حيث يقوم "المنقبون Miners"، الأشخاص الذين يعملون على التصديق على المعاملات، لحل مشكلة رياضية معقدة تتطلب قدرًا كبيرًا من القدرة الحاسوبية، و يمكن التحقق منها بسهولة بواسطة العقد الأخرى في الشبكة (دهان، 2015، صفحة 35) و أول عامل منجم ينجح في حل المسألة الرياضية يحصل على الحق في إضافة كتلته إلى السلسلة مقابل مكافأة عملة مشفرة.

الفرع الثاني: أنواع Blockchain

يوجد في الواقع العديد من النماذج المختلفة من Blockchain التي تختلف فيما بينها في درجة اللامركزية والوصول، وسرية المعاملات والبيانات، وهوية المشاركين، وآلية الإجماع، والسرعة، ومستوى الخصوصية، واستهلاك الطاقة، والرسوم وقابلية التوسع.

وعليه هناك Blockchain: عامة (تسمى "مفتوحة")، خاصة (تسمى "مغلقة") أو اتحاد. من المهم التمييز بين هذه الأنواع الثلاثة من سلاسل الكتل التي تختلف في نقاط معينة. فإذا

كانت سلسلة الكتل العامة تمثل حل ثقة لامركزي، فيمكن أن تكون سلسلة الكتل الخاصة مركزية بالكامل ولا تلبي نفس احتياجات سلسلة البلوكشين العامة.

وعليه فبمجرد تحديد الاحتياجات ونوع Blockchain، يتم تنفيذ المعاملات باستخدام تطبيق لامركزي ورموز مميزة، تشكل على التوالي الوسيط للمعاملة وعملة الصرف.

لفهم جميع الفرص التي توفرها تقنية Blockchain تمامًا، من الضروري التمييز بوضوح بين الأنواع الثلاثة المختلفة.

أولا: سلسلة الكتل العامة

في الواقع ، يمكن الوصول إلى سلسلة الكتل العامة للجميع، ولا يتطلب الوصول إليها سوى اتصال بالإنترنت بالإضافة إلى تنزيل بروتوكول الكمبيوتر الذي يحدد قواعد تشغيل الشبكة المعنية، ولا سيما آلية الإجماع والتعدين والأجور في العملة المشفرة. تُعد شبكة البيتكوين مثالًا جيدا على Blockchain العامة، بمعنى أنه يمكن لأي مستخدم عرض الشبكة والمشاركة فيها دون شروط قبول محددة. يعتبر هذا النوع من Blockchain "لامركزيًا تمامًا" نظرًا لأن الثقة تنبع من إجماع عُقَد الشبكة ولا يتطلب إكمال المعاملة وسيطًا من طرف ثالث. و تتطلب حوكمة Blockchain العامة موافقة جميع العُقَد في الشبكة للتحقق من صحة البيانات.

ثانيا: سلسلة الكتل الخاصة

لا تعمل Blockchain الخاصة بنفس دليل إثبات العمل ونظام التعدين، ولكن مع وكلاء محددين بوضوح ومعتمدين ومختارين مسبقًا للوصول إلى الشبكة. على عكس Blockchain العام، يمكن اتخاذ قرار التحقق من صحة البيانات من خلال عدد صغير من العقد. تستخدم بعض الشركات الخاصة والمؤسسات المصرفية سلسلة الكتل الخاصة لمشاركة قواعد البيانات داخليًا من أجل تحسين سرعة التنفيذ وتقليل تكلفة معاملاتها. ويتميز استخدام سلسلة الكتل الخاصة بكونها أكثر انسجامًا مع مسائل المسؤولية القانونية والحوكمة نظرًا لأنها تتم بطريقة "مركزية" وداخلية منظمة.

غالبًا ما تستخدم الشركات Blockchainالخاص لتحسين عملية موجودة بالفعل. وتهتم البنوك بشكل خاص بهذه التكنولوجيا من أجل تقليل تكاليف التشغيل المرتبطة بالتجارة الدولية أو لإنشاء خدمات جديدة. بالإضافة إلى القطاع المالي وشركات المواد الغذائية.

ثالثا: سلسلة من كتل الاتحاد

في النوع المختلط، المعروف أيضًا باسم كونسورتيوم، لا توجد مركزية فيما يتعلق بعملية الإجماع، كما في حالة البلوكشين الخاصة، ولا إمكانية لأي عقدة للمشاركة في التحقق من صحة المعاملات، كما هو الحال في البلوكشين العامة. في الواقع ، تشكل البلوكشين الهجينة خيارًا متوسط المدى حيث يتم اختيار عُقد معينة للعمل في عملية الإجماع. بمعنى آخر، "تختار سلطة مركزية أو اتحاد الأطراف المسموح لها بالاشتراك في شبكة قائمة على Blockchain وتفرض قيودًا على من يمكنه الوصول إلى المعلومات أو تسجيلها في قاعدة البيانات المشتركة (DE FILIPPI & WRIGHT, 2018, p. 31).

على الرغم من أن Blockchain العام هو البديل الأول والأكثر شهرة، فإن الأساليب الهجينة والخاصة لها مزايا معينة تجذب انتباه الشركات والمؤسسات المالية على وجه الخصوص، مثل "الحوكمة المبسطة ، والأطراف المعروفين، والتكاليف المنخفضة، والسرعة، والسرية" (Godoy, 2019, p. 21) .

يعتمد الاختيار بين هذه الأنواع الثلاثة من سلاسل الكتل على استخدام وأهداف منشئها: إذا كان يريد ألا يُعرف المشاركون في السلسلة علنًا، فمن الأفضل اختيار سلسلة عامة، بينما إذا كان يريد أن يعرف تعد هوية عقد الشبكة ضرورية، لذلك من الأفضل اختيار سلسلة خاصة أو سلسلة اتحاد اعتمادًا على مستوى الوصول إلى الجمهور المطلوب. أخيرًا، في حالة عدم شعور المستخدم بالحاجة إلى جعل معاملاته خاصة، أو استخدام وسيلة تحكم، فيمكنه التبديل إلى Blockchain العام. من ناحية أخرى، إذا تطلب الأمر وجود طرف ثالث موثوق به أو وسيلة للتحكم المركزي ويجب أن تظل المعاملات خاصة، فمن الأفضل الانتقال نحو Blockchain الخاص (BOURGUIGNON, 2018).

المطلب الثاني: مظاهر تكريس الثقة في العقود الذكية.

يوفر العقد الذكي إسهامات عديدة لتكريس الثقة في التعاملات التعاقدية وذلك من خلال أتمتة عملية الأداء التعاقدي لكلا الطرفين، وأتمتة عملية إبرام العقد وتحقيقه للأمن التعاقدي.

الفرع الأول: أتمتة عملية الأداء التعاقدي لكلا الطرفين

تعمل آلات البيع في المدارس القديمة على أتمتة أداء طرف واحد فقط ، مما يتطلب على الأقل بعض المشاركة الشخصية على الجانب الآخر (على سبيل المثال ، إدخال العملة أو

الدفع ببطاقة مصرفية). لكن عندما يمكن أتمتة أداء كلا الطرفين بشكل كامل ، فإنه يخلق جودة جديدة للعقد ، و يثير تساؤلا ، ما إذا كان لا يزال هناك عقد بالمعنى القانوني وليس نوعًا آخر من الظواهر، فمنصة Blockchain تؤدي دور الغير المؤتمن بغية إقرار أسلوب التنفيذ الذاتي للعقد تكريسا لمبدأ حتمية التنفيذ، ومن ثم يوفر العقد الذكي إسهامات عديدة بضمان تسهيل تنفيذ العقد، وسياسة عدم الرجوع وكذا تقوية الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ بنود العقد.

أولا: أتمتة إجراءات التنفيذ الفوري للعقد:

من خلال Blockchain يسعى العقد الذكي لتحويل الأموال المستحقة بعد ثبوت تسليم الوثائق أو اكتمال وقائع أو تصرفات، بحيث يتم توثيق تحقق هذه الشروط بواسطة هذه المنصة، ويقدم العقد الذكي وبواسطة Blockchain كذلك ميزة التنفيذ التدريجي أو التنفيذ بالأقساط لبعض العقود لا سيما بيع العقار على التصاميم، ففي إطار هذه البيوع يتم تسديد الثمن على أقساط حسب نسبة تقدم الأشغال، فالعقد الذكي هنا يتدخل ليثبت نسبة تقدم البناء بالاستعانة ببرنامج معلوماتي (Oracle)، ويقوم بالتحويل الآلي للمبالغ المستحقة بواسطة عملة مشفرة، أو عن طريق الدفع الآلي في رصيد بنك كلاسيكي (معمر، 2019، صفحة 488).

ثانيا: سياسة عدم التراجع

في حين أن العقود الذكية المدمجة في Blockchain قد تسهل تنفيذ الاتفاقيات المعقدة بمزيد من الوضوح ، فإنها تمثل أيضًا سلسلة من التحديات الجديدة، حيث أنها تطبق وبشكل افتراضي ، سياسة عدم التسامح حيث لا يكون للأطراف خيار سوى تنفيذ العقد. في الإطار القانوني الحالي ، يضع القانون سلسلة من القواعد التي يجب على الناس الالتزام بها، ومع ذلك ، فإن كل فرد حر في انتهاك هذه القواعد (في حالة تحمل المسؤولية عن الأضرار) لأن التنفيذ القانوني يحدث بأثر رجعي ، بعد الفعل. على عكس العقود التقليدية ، حيث يمكن للأطراف أن تقرر ما إذا كانت ستفي بالتزاماتها أم لا، لا يمكن خرق العقد الذكي، فبمجرد موافقة الأطراف المتعاقدة على الالتزام ببنود معينة ، فإن رمز العقد الذكي يلزمهم بشكل ثابت بهذا البند دون أن يترك لهم إمكانية خرقه (Wright & Primaverai, 2018, p. 26).

في نظام العقود الذكية ذاتية التنفيذ، هناك حاجة أقل للتنفيذ القضائي ، لأن الطريقة التي تم بها تحديد القواعد – الرمز - هي نفس الآلية التي يتم من خلالها إنفاذها. قد يتم دمج

القانون والرمز، بحيث تكون الطريقة الوحيدة أمام الناس لانتهاك القانون هي كسر الشفرة بشكل فعال.

ثالثا: تقوية الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ بنود العقد.

للعقد الذكي مستعينا ب Blockchain أن يقوم بمهمة السهر على تطبيق الجزاء في حال الإخلال ببنود العقد من أحد المتعاقدين، ونخص بالذكر الجزاءات التي يتم تنفيذها بالإرادة المنفردة للمتعاقد غير المخل، دون حاجة لتدخل المدين أو القاضي، كحالة الفسخ بالإرادة المنفردة بتبليغ المدين، حالة الدفع بعدم التنفيذ في حالة امتناع الطرف الآخر قطعا أو احتمالا، حالة طلب استرجاع المبالغ المقبوضة دون وجه حق، أو إنقاص الثمن بإرادة منفردة في حالة التنفيذ الجزئي. ودون أدنى شك، تمثل الجزاءات السابقة الإطار التشريعي لتقوية الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ بنود العقد، دون حاجة إلى تدخل سابق من القاضي، وتفاديا لأي تقاعس أو تعنت من طرف المدين (معمر، 2019، صفحة 489).

الفرع الثاني: أتمتة عملية إبرام العقد وتحقيقه للأمن التعاقدي

خصوصية أخرى للعقود القائمة على Blockchain هي أنها لا تسمح فقط بأتمتة تنفيذ العقد ، ولكن أيضًا عملية إبرامه.

أولا: التواصل الواضح والشفافية

عمليًا، تصبح شروط وأحكام العقد مرئية بوضوح للأطراف المختلفة على Blockchain المحدد لذلك، فبمجرد إبرام العقد، لا يمكن تنفيذ التغييرات بسهولة، وتتم مراقبة كل معاملة من قبل عدد كبير جدًا من المشاركين ، والتحكم فيها بواسطة عُقد الشبكة الأخرى في Blockchain. ونتيجة لذلك، يتم تعزيز الشفافية والقضاء على الاحتيال، ويجعل المعلومات غير قابلة للتعديل أو على الأقل صعبة.

ويتمتع العقد الذكي بميزة القدرة على الاحتفاظ بتاريخ إرادة الأطراف، نظرًا لأنه يمكن ربطه بدفتر الأستاذ الموزع، فالعقد الذكي سيمنع الطرف المقابل ذو النية السيئة من التراجع عن قراره وإنكار حقيقة أنه أعرب عن موافقته على العقد المذكور. وبالتالي، فإن دمج العقد الذكي في Blockchain سيضمن عدم تغيير شروط العقد وأنه سيتم الوفاء بها عند استيفاء الأطراف للشرط المحدد مسبقًا، مع التأكيد على أن شروط العقد والحقائق المتعلقة بتنفيذه لا يمكن إبطالها بواسطة عقدة فردية خاطئة أو ضارة (Raskin, 2017).

ثانيا: السرعة والكفاءة

بشكل أساسي ، لا تعتمد العقود الذكية على التدخل البشري ، ويتم توجيه تنفيذها والإشراف عليها بواسطة العُقد الأخرى في شبكة Blockchain. لذلك، بمجرد بدء العقد، يتم تنفيذ العقد المكتوب ذاتيًا.

وعلى عكس العقود التقليدية الأقل كفاءة والتي تتطلب شكلاً من أشكال التحقق البشري ، في العقود الذكية ، يتم تحديد التحقق مما إذا كان المبلغ الصحيح قد تم دفعه، وما إذا كان قد تم تحديد القسم الفرعي الصحيح والخدمة والجوانب المرتبطة بالرقم بواسطة العُقد في شبكة Blockchain. على هذا النحو ، لم يعد هناك اعتماد على النظام المطور للمؤسسة لتحديد العقود مع العملاء. لا تتمتع المنظمة أيضًا بسلطة سيادية على المعاملات وكذلك على الاتفاقية التعاقدية مع الشركاء. يُستهدف كل عقد ككيان منفصل، ويتم التحقق أولاً من صحة كل معاملة، بغض النظر عن أصلها، وينتج عن هذا طريقة سريعة ومرنة وقوية لتنفيذ العقد (Nzuva, 2019, p. 72).

ثالثا: الأمان

وجدت دراسة أجراها Marino and Juels أن العقود الذكية تتمتع بأعلى معايير الأمان. تستلزم العقود الذكية التي يتم تنفيذها من خلال تقنية Blockchain استخدام شبكة لامركزية تم إنشاؤها من قبل أطراف غير موثوقة. إن حقيقة عدم ثقة الأطراف في الشبكة تجعلهم يتفقدون بعضهم البعض لضمان تنفيذ كل معاملة بشكل فعال. مرة أخرى، يتم تنفيذ تقنية Blockchain من خلال تقنيات التشفير. هذه التكنولوجيا تستلزم تشفيرًا عاليًا للبيانات واستخدام كل من المفاتيح الخاصة والعامة لقراءة المعاملات في كل Blockchain، وكذلك تنفيذ أي معاملة. حقيقة أنه قبل أن تقوم أي عقدة بإجراء معاملة، فإن يجب أولاً التحقق من صحة المعاملة من خلال جميع الرموز عبر شبكة Blockchain التي تعزز أمان التكنولوجيا الذكية.

توضح دراسة أجرتها Seijas أن تشفير البيانات و استخدام تقنيات التشفير على وجه التحديد ، يمكن أن يؤدي إلى تعزيز أمان الاتصال وتبادل البيانات بشكل كبير. على هذا النحو ، فإن أي عقد يتم تنفيذه بطريقة مشفرة يعزز أمان المعاملة ويحبط أي أنشطة ضارة قد يتم نشرها لتغيير تسلسل التنفيذ أو تنفيذ معاملات غير صالحة (Nzuva, 2019, p. 71).

رابعا: تقليل التكاليف

يؤدي تنفيذ العقود الذكية من خلال تقنية Blockchain إلى تقليل الحاجة إلى وسيط ، مثل الموظفين القانونيين. وهذا بدوره يساعد في تقليل التكاليف التنظيمية الإجمالية وتعظيم هوامش الربح من قبل المنظمة. في حالة الشركات متعددة الجنسيات التي تتعامل مع عدد كبير من العقود على أساس يومي أو أسبوعي، يمكن أن يساعد تنفيذ العقود الذكية مع شركائها التجاريين والعملاء بشكل كبير في تقليل التكاليف المختلفة المتكبدة في الأشكال التقليدية للعقود، كما يمكن للعقود أن تعزز كفاءة المنظمة، وهو عنصر حاسم للنجاح التنظيمي وزيادة الأداء (Nzuva, 2019, p. 72).

الخاتمة:

مما سبق، فإنّ الاهتمام بدمج العقود الذكية في دفتر الأستاذ الموزع من نوع Blockchain يفسر من خلال الموثوقية العالية للبيانات الرقمية المسجلة على Blockchain، مما يجعل من ناحية سلامتها مضمونة، ومن ناحية أخرى، تسهل التنفيذ الآلي للالتزامات التعاقدية "المبرمجة مسبقًا".

ومن النتائج المتوصل إليها في دراستنا:

- تظهر العديد من الاعتبارات القانونية والفقهية أن مصطلح "العقد الذكي" لا يبدو مناسبًا، من جهة أنه ليس عقدًا بالمعنى القانوني للكلمة ، ولكنه برنامج كمبيوتر يستخدم لإبرام وتنفيذ عقد تقليدي حقيقي، ومن جهة أخرى لا يمكن القول أنه ذكي أيضًا ، لأنه ينفذ فقط البرنامج الذي أعدها له المطور.

- بالإضافة إلى مشكلة الطبيعة القانونية للعقد الذكي، رأينا أن العقود الذكية تطرح عدة صعوبات أخرى مثل تكامل البيانات المتغيرة مثل المعقولية أو حسن النية فكيف يمكن للعقد الذكي تحديد مدى معقولية السلوك في تطبيق نهج خوارزمي خطي؟ هذا السبب هو الذي يجعل العقد الذكي، في كثير من الحالات، مصحوبًا حتمًا بعقد "تقليدي" يسرد البنود غير القابلة للترجمة إلى خوارزمية.

-أن آلية "العقود الذكية" تحل محل الثقة التي يجب أن يضعها طرف في العقد في الطرف الآخر أو في الأطراف الثالثة (مصرفي ، كاتب عدل ، إلخ) لتنفيذ العقد.

-هناك صعوبة تتعلق بمسألة تعديل العقد الذكي، وهي خاصية مشتركة في العديد من الاتفاقيات التجارية، وما لا يزال مفقودًا هو وجود آلية تسمح للعقد الذكي بتجاوز الطبيعة الثابتة لـ Blockchain.

- يمكن للعقد الذكي التدخل بعد إبرام الاتفاق القانوني، كوسيلة للوفاء بالالتزامات الناشئة عن هذه الاتفاقية، وهذا هو الاستخدام الأكثر شيوعًا حاليًا، إلا أنه لا يزال تحويل اتفاق قانوني إلى عقد ذكي يمثل تحديًا حقيقيًا.

-فيما يتعلق بالمسؤولية، فإنه في العقود الذكية المدمجة في البلوك تشين، لا يمكن استهداف أي شخص شخصيًا باعتبار أولا نظام الحوكمة بالإجماع علاوة على أنها مجهولة الهوية ، مما يعقد مسألة المسؤولية في حالة حدوث ضرر.

-بالنسبة للعقد الذكي، يتم تحديد تنفيذه بشكل صحيح من خلال التنفيذ السليم للخوارزميات التي يتكون منها وليس من خلال حسن نية الأطراف.

-توفر العقود الذكية القائمة على Blockchain الأمان والمرونة ، وسجل معاملات غير قابل للتغيير، والقدرة على تمكين المدفوعات الصغيرة والمعاملات الصغيرة والأتمتة بطريقة فعالة ومربحة، وعليه يمكن أن تستفيد الصناعات بمختلف مجالاتها بشكل كبير من العقود الذكية القائمة على Blockchain، خاصة بالنسبة للعقود التي يمكن أتمتتها بسهولة أو تقسيمها إلى بيانات "if-then".

ولأن مفهوم العقود الذكية الكثير من المخاوف والتحديات عند محاولة تطبيق المفاهيم الكلاسيكية لقانون العقود، كون أن العقود الذكية تم إنشاؤها وتطويرها في عالم تقني "موازٍ" للمجال القانوني ، دون النظر إلى الاعتبارات القانونية ، **فإننا نقدم التوصيات:**

- يتطلب من تشريعاتنا العربية تنفيذ ما يسمى بالعقود الذكية على Blockchain، وتكييف الأطر القانونية المعمول بها لضمان اتساق القواعد، والاعتراف الرسمي بأصالة الاتفاقيات المبرمة على Blockchain بنفس طريقة عمل التوثيق أو الوثيقة الرسمية.

- يتعين على الشركات التي ستستخدم العقود الذكية المعقدة تجنيد فرق من المتخصصين في Blockchain لمراجعة الرموز الخاصة بهم قبل استخدامها، وتقديم شرح صارم وكامل لتأثيرات الكود، بلغة واضحة، حتى يفهم العميل العادي العقد الذي يبرمه.

قائمة المراجع:

المؤلفات:

CASEAU, Y., & SOUDOPLATOFF, S. (2016). La Blockchain, ou la confiance distribuée. Paris : Fondation pour l'innovation politique.

DE FILIPPI , P., & WRIGHT, A. (2018). Blockchain and the Law, The Rule of Code. Cambridge, USA: Harvard University Press.

Francès, C. (2019, 8). La responsabilité civile des acteurs du contrat intelligent (Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures). Montréal, Faculté de Droit, France: Université de Montréal.

MOUGAYAR, W. (2017). Business Blockchain, Pratiques et applications professionnelles. Paris: éditions Dicoland.

RODRIGUEZ, P. (2017). La Révolution Blockchain: Algorithmes ou institutions, à qui donnerez-vous votre confiance? France: Dunod.

Savelyev, A. (2016). CONTRACT LAW 2.0: SMART CONTRACTS AS THE BEGINNING OF THE END OF CLASSIC CONTRACT LAW. Russia: Research project implemented at the National Research University Higher School of Economics (HSE).

Wright, A., & Primaverai, D. (2018). Blockchain and the Law, The Rule of Code. Cambridge, USA: Harvard University Press.

Yves , M. (2016). Enjeux de la technologie de Blockchain. Paris: Recueil Dalloz.

Zheng, Z., Xie, S., Dai, H.-N., & Weili, C. (2020, 4). An Overview on Smart Contracts: Challenges, Advances and Platforms. Elsevier Science, Future Generation Computer Systems, 105.

الأطروحات:

محمد لؤي عبد الرزاق دهان. (2015). بناء نموذج عقدة باستخدام الشبكات العصبية لدعم عمليات التسويق الإلكتروني، (رسالة ماجستير). سوريا: جامعة حلب.

BAYLE, A. (2017). ANALYSE PROSPECTIVE DES SMART CONTRACTS EN DROIT FRANÇAIS, (Mémoire Master II Droit de la consommation et Droit de la concurrence). Montpellier, Faculté de Droit et de Science Politique, France: Université de Montpellier.

Godoy, M. (2019, 4). La reconnaissance juridique des contrats intelligents (Mémoire présenté en vue de l’obtention du grade de Maître en Droit (LLM),). Montréal, Faculté de Droit, France: Université de Montréal.

المقالات:

بن طرية معمر. (ماي, 2019). العقود الذكية المدمجمة في "البلوك تشين". مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 4(الجزء الأول)، 506-473

Cohn, A., West, T., & Parker, C. (2017). SMART AFTER ALL: BLOCKCHAIN, SMART CONTRACTS, PARAMETRIC INSURANCE, AND SMART ENERGY GRIDS. 1(2).

De Caria, R. (2018). The Legal Meaning of Smart Contracts. European Review of Private Law, 26(6), pp. 731-751.

JEAN , B., & DE FILIPPI, P. (2016, 9). Les smart contracts, les nouveaux contrats augmentés. LA REVUE Associations des Avocats Conseils d'Entreprises, 24(137).

Kristian, L., Juri , M., & Seppälä, T. (2017, 1 9). Smart Contracts – How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices? ETLA Reports(68).

Nzuva, S. (2019). Smart Contracts Implementation, Applications, Benefits, and Limitations. Journal of Information Engineering and Applications, 9(5), pp. 63-75.

Raskin, M. (2017). The Law and Legality of Smart Contracts. Georgetown Law Technology Review, 1(2), 305-341.

مواقع الانترنيت:

blockchain france. Le lexique de la blockchain. Récupéré sur blockchain france: https://blockchainfrance.net/le-lexique-de-la-blockchain/(consulté le 24/12/2020)

BOURGUIGNON, S. Blockchain privée ou publique, quelle différence ?, Part V . Récupéré sur https://solutions.lesechos.fr/tech/c/part-v-blockchain-privee-publique-difference-9229/ (consulté le 17/01/2018)

Cecilia, P. (2021, 1 20). Blockchain : définition, fonctionnement, et utilisations sur le marché. Récupéré sur https://www.welivesecurity.com/fr/2018/10/09/blockchain-definition-fonctionnement-utilisations/. (consulté le 20/01/2021)

DESPLEBIN, O., & LUX, G. The evolution of accounting, control, audit and their practices through the prism of the Blockchain: a prospective reflection, in Transitions numeriques et informationscomptables. Récupéré sur https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01907902 (consulté le 15/12/2020)

HANSEN, D. (2018). More Legal Aspects of Smart Contract Applications. https://www.perkinscoie.com/images/content/1/9/v3/199672/2018-More-Legal-Aspects-of-Smart-Contract-Applications-White-Pa.pdf (consulté le 20/01/2021)

SAPONA, I. (2020, 12 27). Que peut apporter l'industrie de la chaine de blocs a l'industrie de l'assurance ? Récupéré sur https://www.insuranceinstitute.ca/fr/cipsociety (consulté le 15/12/2020)

المحكمة الالكترونية بين المفهوم و التطبيق

Electronique court between concept and application

زعزوعة نجاة (*)
كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر
عضو بمخبر القانون المقارن بكلية الحقوق تلمسان
zaazouacuat@gmail.com

بن قلة ليلى
كلية الحقوق جامعة تلمسان ،الجزائر
maitrebenguella@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/04/30 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/24

****

ملخص:

يشهد العالم اليوم ثورة علمية تقنية فاقت التصورات كلها و خاصة في مجال الاتصالات ، ففي كل يوم يظهر لنا اختراع جديد في أجهزة الحاسوب المتطورة ، و تعتبر المحكمة الإلكترونية من أهم تطبيقات هذا التطور العلمي التقني ، و أبرزه في سلك القضاء ، حيث بدأ تطبيق المحكمة الإلكترونية في التحكيم الإلكتروني من خلال المنازعات التجارية ، وبعد النجاح الذي حققته قامت أغلب الدول بإنشاء محاكم إلكترونية لما تتميز به من سرعة الفض في المنازعات و تخفيف العبء على المتقاضين بالإضافة إلى تخفيف الضغط على مستوى المحاكم. و عليه سوف نتناول موضوع المحكمة الإلكترونية من خلال مفهومها و تطبيقها في النظام القضائية الأجنبية والعربية.

الكلمات المفتاحية : المحكمة الإلكترونية ، التحكيم الإلكتروني ، الحاسوب ،الاتصالات

Abstract:

En ce moment le monde assiste à une révolution scientifique et technique qui a dépassé les attentes notamment dans le domaine des communications.

Le tribunal électronique est considéré comme l’une des applications les plus importantes de ce développement scientifique et technique et la plus importante dans le système judicaire ou l’application du tribunal électronique a commencé dans l’arbitrage électronique dans les litiges

---

*المؤلف المرسل.

commerciaux. ET après son succès la plupart des pays ont mis en place des tribunaux électroniques en raison de leur rapidité à réduire la charge des justiciables en plus d'alléger la pression sur les tribunaux. Par conséquent nous étudierons le thème et le sujet du tribunal électronique à travers son concept et son application dans le système judiciaire étranger et arabe.

Mots-clés: tribunal électronique , l'arbitrage électronique, l'ordinateur; télécommunication .

مقدّمة:

شهد العالم في الآونة الأخيرة تطورا هائلا و سريعا في عالم تكنولوجيا المعلومات ، التي ساهمت بكثير في صناعة الحواسيب ، و ظهور شبكة الانترنت التي تعرف بشبكة المعلومات الدولية ، هذه الأخيرة التي أتاحت الاتصال و تبادل المعلومات الرقمية في إطار بروتوكول موحد بين الأجهزة الإلكترونية و الشبكات العالمية. و قد تولد عن ظهور الأنترنت العديد من التطبيقات كظهور التجارة الإلكترونية، الحكومة الإلكترونية، التعليم الإلكتروني والتقاضي الإلكتروني. (محمود كمال،2019،ص23)

وعلى الرغم من تبني الكثير من الدول مفهوم الحكومة الإلكترونية و التي تعني انتقال معظم التعاملات إلى بيئة إلكترونية ، فإن مرفق القضاء لا يزال يعتمد على أسلوب الكتابة التقليدية و تدوين الإجراءات في بعض الدول و هذا ما أدى إلى تأخر الفصل في القضايا.

اهداف البحث

- ظهرت الحاجة إلى حل المشاكل و تسهيل إجراءات التقاضي و الوصول إلى فكرة إنشاء محكمة إلكترونية ، التي تقوم بالأعمال الموكلة إليها قانونا بوسائل إلكترونية ، ويمكن وصفها بأنها انتقال من تقديم الخدمات و المعاملات المتعلقة بالتقاضي من الشكل التقليدي إلى الشكل الرقمي و بالتكامل بين كافة الأجهزة القضائية و المحامين و الخبراء و كتاب الضبط.

- ذكر اهم التطبيقات العربية و الدولية للمحكمة الالكترونية

الاشكالية :

فما هو مفهوم المحكمة الالكترونية؟ و كيف تعاملت الدول العربية و الاجنبية مع هذا النظام الجديد؟

المنهج المتبع :

كانت دراسة وصفية تحليلية و دلك من خلال تحليل لمفهوم المحكمة الالكترونية مع وصف حالات تطبيقها في الدول العربية و الغربية .

المبحث الأول: ماهية المحكمة الإلكترونية

إن مصطلح المحكمة الإلكترونية هو مصطلح حديث باستثناء الو.م.أ و بعض المراكز كالمركز القانوني لتكنولوجيا المحاكم الذي جهز قاعة المحكمة (الكورت روم 21) (صابر احمد،2012،ص270) و زارها العديد من القضاة و المحامين من مختلف الدول قائلين في ذلك أن البرامج التي تم استخدامها في تلك القاعة وفرت ($\frac{1}{3}$) ثلث الوقت الذي يستخدم في الإجراءات التقليدية و البعض الآخر علق أن ($\frac{1}{2}$) نصف الوقت تم توفيره عند استخدام تكنولوجيا قاعات المحاكم (صابر احمد،2012،ص268).

و تشير إحصائيات المركز القضائي الفدرالي الأمريكي أن حوالي 25 % من المحاكم في الو.م.أ تمتلك تكنولوجيا عالية، و يشرف عليها عضو يتم تعيينه من طرف الدولة ، و هذا العضو المعين مسؤول عن الإشراف و الصيانة و تسيير قاعة المحكمة من الناحية التقنية فقط، علما بانه بدأت ظهور بوادر المحكمة الالكترونية في مصر و المغرب و الجزائر .

بناءا على هذا نتناول في هذا المبحث مفهوم المحكمة الإلكترونية (المطلب الأول) ثم التطرق إلى مستلزمات المحكمة الإلكترونية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مفهوم المحكمة الإلكترونية

تقوم المحكمة الالكترونية بربط الأجهزة القضائية كلها ضمن دائرة إلكترونية واحدة، وبهذا يستلزم حوسبة عمل كل جهة قضائية على جهة ،وربطها معا لتؤدي عملها عبر الوسائل الإلكترونية ، و تقوم قواعد البيانات مقام الملفات الورقية. لذا سوف نتطرق إلى تعريف المحكمة الإلكترونية (الفرع الأول) ثم خصائصها (الفرع الثاني) و بعدها إلى الأنظمة المتشابهة لها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف المحكمة الإلكترونية

المحكمة الإلكترونية هي محكمة لا حضور فيها للخصوم أو ممثليهم، و إنما تقدم فيها جميع الأوراق و المستندات عبر شبكة الانترنت ، وتتم فيها المرافعة وكذا التحقيق يتم بالطريقة ذاتها، بالإضافة الى تبادل الوثائق و الاطلاع عليها وإصدار الحكم (هندي،2014،ص53).

و بالتالي فإن إجراءات التقاضي تتم عبر شبكة الانترنت بطريقة إلكترونية عبر شبكة دولية مفتوحة الاتصال عن بعد دون الحاجة إلى حضور أطراف النزاع و القضاة في نفس المكان.

و من هنا يمكن تعريف المحكمة الإلكترونية بأنها(حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود (شبكة الربط الدولية +مبنى المحكمة)، يسمح ببرمجة الدعوى الإلكترونية، بحيث يتيح الظهور المكاني الإلكتروني لوحدات قضائية و إدارية ، و يباشر من خلاله مجموعة من القضاة مهمة النظر في الدعوى والفصل

فيها بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية مع اعتماد آليات تقنية فائقة الحداثة لتدوين الإجراءات القضائية)، (صفاء،2012،ص170)

وعرفها البعض الآخر بأنها : (عبارة عن موقع إلكتروني يعمل بنظام إرسال و قبول المستندات الإلكترونية (E.D.A.R.S) و التي تعني Electronic documents Acceptance end Routing System و هذا النظام يسمح بفتح قنوات اتصال بين المتقاضين و المحكمة من خلال النافذة الإلكترونية و سداد الرسوم القضائية بطريقة إلكترونية ، و المسؤول عن النافذة الإلكترونية هو موظف مختص تابع للمحكمة) (ابراهيم،2008،ص31).

يستنتج من خلال ما سبق ذكره ان النافذة الإلكترونية الموجودة بالموقع الإلكتروني للمحكمة تؤدي الوظائف التي كانت تؤدى في نظام التقاضي التقليدي.

و يمكن أن نعرف المحكمة الإلكترونية بأنها (المحكمة التي تقوم بجميع الأعمال الموكلة إليها قانونا باستخدام شبكة الانترنت التي تحتوي على برامج خاصة بتطبيق إجراءات التقاضي لاختصار الوقت و الجهد و و إصدار الحكم بأسرع الطرق دون الحضور الشخصي للمتقاضين أو المحامين و القضاة للمحكمة (الكرعاوي،2017،ص126)

بعدما تطرقنا الى تعريفات المحكمة الالكترونية يتبين انها تتميز بمجموعة من الخصائص نوجزها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: مميزات المحكمة الإلكترونية.

تتميز المحكمة الإلكترونية عن باقي مواقع الحكومة الإلكترونية في دورها المتعلق في الفصل في النزاعات المطروحة أمامها إلكترونيا عن طريق موقع خاص بالمحكمة الإلكترونية و هذا الموقع يتميز بمجموعة من الخصائص نذكر منها:

1) استمرارية وجود الموقع على الشبكة و تقديم الخدمات خلال ساعات اليوم و طيلة أيام الأسبوع و هذا ما يتطلب قيام الموقع كوادر مهنية متخصصة في مجال التقنية ، ووجود مصادر بديلة للطاقة في حالة أي حالة طارئة يمكن أن تحدث.
2) سهولة الوصول إلى الموقع الخاص بالمحكمة و ذلك باستخدام المقاييس المتفق عليها عالميا ،كاختيار إسم النطاق(U R L) و يعني باللغة العربية عنوان الانترنت Uniform Resource Locatorو هذا الأخير يمثل العنوان الذي عن طريقه يمكن الوصول إلى الموقع، كما يسمى بالنسيج أو الحقل و هو عبارة عن ثلاث أجزاء البروتوكول ، إسم النطاق و نوع امتداد الموقع.

*البروتوكول : و هو بروتوكول الانترنت : //http و يكون بوابة الدخول (Port) .

* إسم النطاق: Domain Name و هو عنوان الصفحة أو الموقع .

*فرع امتداد الموقع: و هذه الامتدادات تختلف من موقع لآخر و أشهرها . , . gov , . edu) . org . info , .com ,. Net.) (عبد الهادي،2013،ص167)

و يكون استخدام هذه الصفحات أو المواقع باللغة المتعارف عليها و هي (HTML) Hyper Text Markup language. و من خلالها يمكن الإبحار في مختلف المواقع و سهولة الوصول إلى هذه المواقع بواسطة محركات البحث مثل , www.msn.com , (www. google.com www.yahoo.com)

3) توفير الحماية الأمنية اللازمة للموقع من الاختراق و التدمير ، و ذلك من أجل المحافظة على سرية و خصوصية الموقع و أخذ الاحتياطات الكافية للحفاظ على الوثائق و المعلومات التي تحفظ في الموقع (العمر،2016،ص73)

الفرع الثالث : تمييز المحكمة الإلكترونية عن المصطلحات المشابهة لها

عند الحديث عن مفهوم المحكمة الإلكترونية وجدت مصطلحات متقاربة مع مصطلح المحكمة الإلكترونية و هذه المصطلحات التقاضي الإلكتروني ، التحكيم الإلكتروني.

أ / التقاضي الإلكتروني :

يعرف أنه(نظام قضائي معلوماتي جديد يتم بموجبه تطبيق كافة إجراءات التقاضي عن طريق المحكمة الإلكترونية بواسطة أجهزة الحاسوب المرتبطة بشبكة الانترنت و عبر البريد الإلكتروني لغرض سرعة الفصل في الدعاوي و تسهيل إجراءاتها على المتقاضين و تنفيذ الأحكام إلكترونيا.) (الكعبي،الكرعاوي،2016،ص73)

فمن خلال هذا التعريف فإن المتقاضي أو المحامي عند رغبته في رفع دعوى إلكترونية يقوم بارسال العريضة الافتتاحية للدعوى عبر البريد الإلكتروني من خلال موقع إلكتروني مخصص لذلك ، و هذا الموقع متاح 24 ساعة على 24 ساعة ، و طيلة أيام الأسبوع.

ب/ التحكيم الإلكتروني :

يعرفه البعض على أنه " الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة ، و ذلك بحكم ملزم للخصوم شريطة أن يقدم المشرع هذا الاتفاق شرطا كان أو مشارطة ." (مطر،2009،ص39)

من خلال هذا التعريف الفكرة التي يقوم عليها التحكيم أن أطراف النزاع هم يختارون قضاءهم، فإرادة الخصوم هي التي تنشئ التحكيم ، و بدون هذه الإرادة لا يتصور أن يكون هناك تحكيم.

كما يعرف بأنه التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر الانترنت وفق قواعد خاصة ، وهو يكتسب الصفة الإلكترونية من الطريقة التي يتم بها ، حيث تتم بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية

مفتوحة للاتصال عن بعد، دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع و المحكمين في مكان معين" (ابو الهيجاء،2005،ص29)

فبالرغم من أن القضاء و التحكيم يتفقان كونهما جهة للفصل في المنازعات إلا أنهما يختلفان في أمور عدة فالتحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة فإرادة الخصوم إلزامية ، كما أن التحكيم ليس حق مقرر لكافة الناس و لا يشمل جميع الموضوعات فهناك قضايا لا يجوز فيها التحكيم عكس التقاضي هو حق مقرر لجميع الأفراد المجتمع، كما ان الأصل في التحكيم السرية في حين أن الأصل في القضاء العلنية

المطلب الثاني: مستلزمات المحكمة الإلكترونية .

بعدما توصلنا الى تعريف المحكمة الإلكترونية أنها حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود...إلخ فمن خلال هذا يتضح أن المحكمة الإلكترونية تقوم على ثلاثة مقومات مهمة و هي : المقومات الفنية (الفرع الأول) و المقومات البشرية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: المقومات الفنية :

1) **<u>الحاسب الآلي</u>** : هو جهاز إلكتروني يتعامل مع المعلومات و البيانات بتحليلها و برمجتها إظهارها و حفظها و إرسالها و تسليمها بواسطة برامج و أنظمة معلوماتية إلكترونية (اوتاني،2012،ص175) و بالتالي لا يمكن تسجيل دعوى قضائية و إيداعها أو تبادل الوثائق و المستندات بين الخصوم أو المحامين و هيئة المحكمة إلكترونيا دون وجود هذا الجهاز.

2) **<u>إنشاء شبكة داخلية</u>** : يتم إنشاء شبكة داخلية (الانترنت) من خلال ربط جميع الأقسام و الوحدات و قاعات المحكمة ببعضها البعض (الجياشي،2014،ص06). و هذه الشبكة مقيدة على خط الاتصال الذي يربطها ببعضها و يستطيع جميع المتعاملين في المحكمة الاتصال ببعضهم آليا و إرسال الملفات و الوثائق و المذكرات فيما بينهم دون الحضور الشخصي (الشرعة،2010،ص60) و الحواسيب الموزعة داخل قاعة المحكمة المخصصة جميعها ترتبط مع حاسوب القاضي الذي يتم بواسطتها عرض ملف الدعوى كاملا مع تدوين كافة الإجراءات بالتسجيل المرئي لها بحيث تعرض هذه الإجراءات على شاشة الحاسوب الرئيسي في القاعة و كذلك بالنسبة للحاضرين إلكترونيا من خارج مبنى المحكمة .

كما يوجد كاميرا داخل قاعة المحكمة تؤدي مهمة تصوير الجلسات مع تصوير الحاضرين و كل ما تحتويه القاعة و نقل هذه الوقائع للصفحة الرئيسية للموقع الإلكتروني على الأنترنت حيث يستطيع المتقاضين أو المحامين الدخول لقاعة المحكمة و حضور جلسات المحاكمة ضمن مفهوم علنية المحاكمة . و كل محكمة إلكترونية تقوم بإنشاء سجل إلكتروني يحتوي على قاعدة بيانات لكل دعوى ،

يستخرج من هذا السجل برنامج ملف الدعوى الإلكترونية ، كما يتم تدوين كافة الإجراءات المحاكمة في محاضر إلكترونية وفق آلية مباشرة للتدوين التقني.

3) **إنشاء موقع إلكتروني للمحكمة :** يستلزم إنشاء موقع على الأنترنت ، ويعتبر عنوانا إلكترونيا للمحكمة ، يكون ضمن البوابة الإلكترونية لوزارة العدل ، يستطيع من خلاله المتقاضي أو المحامي الحصول على المعلومات و الاستعلام عن الدعاوى و ذلك بالتصفح عبر الموقع أو الاتصال المباشر الإلكتروني مع الموظفين من خلال برنامج (vidéo conférence) كما يمكنه التسجيل و دفع الرسوم إلكترونيا ، و مباشرة إجراءات التقاضي دون الحاجة إلى الحضور الشخصي (ابراهيم،2008،ص83)

الفرع الثاني: المتطلبات البشرية :

و هي مجموعة من الفنيين و المتخصصين في المجال التقني الذين يقومون بالعمل على هذه الأجهزة ، كما يستلزم أن يكونوا على دراية كافية و خبرة بالأعمال و البرامج الحاسوبية .

1) **قضاة المحكمة :** وهم مجموعة متخصصة من القضاة النظاميين يباشرون المحاكمات عبر الموقع الالكتروني للمحكمة الإلكترونية ضمن نظام قضائي (الشرعة،2010،ص62) و هؤلاء يباشرون تطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني و تدوينها في ملف الدعوى الإلكترونية من خلال مجموعة من الإجراءات. ويصدر القاضي أمرا إلى مجموعة من الموظفين المتخصصين في الحاسوب و الذين يطلق عليهم كتبة المواقع الإلكترونية وهم في الاصل كتاب ضبط المحكمة للقيام بتحضير أطراف النزاع أو محاميهم و مباشرة المحاكمة و يتم تدوينها إلكترونيا بالصوت و الصورة ،حيث يستمع القاضي لتصريحاتهم و مرافعاتهم، و تصور هده العملية و تنقل الى جزء من موقع دائرة المعلوماتية و تمثل بذلك علنية المحاكمة الإلكترونية.

2) **كتاب المواقع الإلكترونية** : و هم مجموعة من الموظفين الحقوقيين التابعين للمحكمة و المتخصصين في تقنيات الحاسوب و تصميم و إدارة المواقع الإلكترونية يقومون بالمهام الآتية

- تسجيل الدعاوى و إرسالها مع ما تتضمنه من وثائق و أدلة إثبات ، و يمكن إرسالها عن طريق الماسح الضوئي و الاحتفاظ بالأصل لإرساله إلى المحكمة حالة طلبها له (الكرعاوي،2016،ص132)
- استفاء الرسوم إلكترونيا بإحدى و سائل الدفع الإلكتروني
- تجهيز جدول مواعيد الجلسات.
- الاتصال بأطراف الدعوى و تبليغهم بالحضور بمواعيد انعقاد الجلسات و التأكد من صفة كل منهم سواءا كانوا أطراف الدعاوى أو الشهود و ذلك قبل إدخالهم إلى موقع المحكمة (موقع القاضي).

3) **إدارة المواقع و المبرمجين:** تقوم هذه الفئة بمتابعة الإجراءات من أقسام مجاورة و خارج قاعة المحكمة من أجل معالجة كل عطل أو خطأ حال حدوثه ، و حماية النظام من الفيروسات ، كما يقومون بمساعدة كتاب المواقع الإلكترونية.

4) **المحامون:** يتوجب عليهم الحصول على دورات تكوينية في علم الحاسوب و تصميم البرامج و المواقع الإلكترونية ، كما يفترض تجهيز مكاتبهم بأحدث الأجهزة و المعدات الحاسوبية.

المبحث الثاني: تطبيقات المحكمة الإلكترونية في النظم القضائية.

بمرور الزمن تطورت وسائل الاتصال و ولادة الانترنت الذي أزاح الحدود و قرب المسافات و هذا ما أدى إلى التطور التقني العلمي في مجالات شتى. و الحاسوب كان من سمات التطور التكنولوجي الذي اقتحم كل الميادين بما فيها الإجراءات القضائية. وكانت و الو.م.أ كانت الرائدة في استعمال البرامج و نظم الحاسوب و ذلك من خلال حوسبة المحاكم و مشروعات ملفات المحاكم الإلكترونية و التي كانت بدايتها بمحاكم أوهايو و كاليفورنيا. و بعد الو.م.أ كانت سنغافورة التي سبقت الكثير من الدول باعتماد تلك التقنيات، أما أوروبا فلا تزال متأخرة في هذا المجال قياسا لما وصلت إليه الو.م.أ ،أما على المستوى العربي فكانت دولة الإمارات العربية المتحدة و خصوصا دولة إمارة دبي هي الرائدة في تطوير إجراءاتها ، أما باقي الدول فكانت البداية محتشمة و هي تخطوا خطوات خجولة في هذا المجال و يعود ذلك إما إلى خشية عواقب التقنيات الحديثة أو إلى عدم اقتناع المسؤولين عن مرفق العدالة بفعالية هذه الخدمات (الالفي،2007،ص20)

من خلال هذا سوف نتناول تطبيقات المحكمة الإلكترونية في الدول الأجنبية (المطلب الأول) و تطبيقاتها في الدول العربية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطبيقات المحكمة الإلكترونية في النظم القضائية الأجنبية.

نتناول من خلال هذا المطلب تطبيق المحكمة الالكترونية بالو م ا (الفرع الاول) ثم تجربة سنغافورة (الفرع الثاني) و بعدها الحاسوب القاضي بالصين (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: الو.م.أ .

ظهرت الصورة الأولى للمحكمة الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية ، و ذلك لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية عن طريق استخدام شبكة الانترنت (التحكيم الإلكتروني) ، و هو فكرة أمريكية تم إرساء دعائمها سنة 1996 من قبل أساتذة مركز القانون و أمن المعلومات ، و كان الهدف من وراء هذا إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت عن طريق وسيط معتمد من

المركز الوطني للبحوث المعلومات الأمريكي و تكون له خبرة قانونية بالتحكيم و قوانين الانترنت (اوتاني،2012،ص188)

و بعدها بدأت بعض المحاكم في أوهايو و كاليفورنيا بتطوير الإجراءات القضائية و إنشاء قواعد للبيانات لها و استحداث ملفات إلكترونية للمحاكم سنة 2000 (محاكم الملفات الإلكترونية و التقنية المعيارية) و مختصر هذه الالية أن لائحة الدعوى و بعض الوثائق تسلم من قبل المحاسب بطرق إلكترونية و لا يشترط تسليمها بالحضور الشخصي إلى المحاكم ، و إنما يستطيع المحامي و بواسطة موقع المحكمة الإلكتروني تسليم هذه الوثائق و المستندات بإرسالها عن طريق البريد الإلكتروني و يتم حفظها في ملفات إلكترونية (الكرعاوي،2016،ص251) و يتم رفع الدعوى إلكترونيا بالو م ا عبر موقع إلكتروني خاص تملكه شركة خاصة يقع مركزها الرئيسي بمدينة سانتا بربرا بولاية كاليفورنيا و بدأ تشغيل هذا الموقع سنة 1991، و يقدم هذا الموقع العديد من الخدمات الإلكترونية، كما يسمح للمتقاضين أو المحامين بتسجيل دعواهم و تقديم مستنداتهم إلكترونيا، و هذا ما يساهم في تقليل كلفة رسوم التقاضي و التخلص من الكميات الهائلة من الأوراق و الوثائق المرتبطة بالدعوى.

و بالتالي فخدمات المحاكم الإلكترونية بالوم ا أصبحت مفتوحة للجميع و في أي وقت يمكن للمواطن الأمريكي معرفة مآل دعواه المعروضة إلى المحاكم (الشرعة،2010،ص137) و في المسائل الجزائية فتوجد آليات للربط الإلكتروني بين المحاكم فدوائر الادعاء العام و المراكز الأمنية و السجون في ولايتي ميتشغان و لويزيانا(الموقع الإلكتروني: global.wwwcourts.com)

الفرع الثاني: تجربة سنغافورة.

أنشأت في سنغافورة أول محكمة إلكترونية في 2000/09/17، و هذه المحكمة متخصصة في تسوية الخلافات المتعلقة بالتجارة و الأعمال الإلكترونية على شبكة الإنترنت، و فيها يقدم المدعي عنوانه البريدي و عنوانه الحقيقي لمنزله أو شركته و يكون ذلك على موقع المحكمة (موقع المحكمة الإلكتروني لدولة سنغافورة هو: sg.org.adr-e.www).

و بعدما يقوم بتعبئة الاستمارة الخاصة بتقديم الشكوى و اقتراح ما يراه من حل، و يستلم على الفورقم قضيته، و بعدها تقوم المحكمة بتبليغ الطرف الثاني (المدعى عليه) و ذلك خلال 3 أيام من قيد الدعوى و تعلمه فيها بالحقائق المقدمة ضده، و يكون له حق القبول و المثول أمام المحكمة أو ملئ استمارة مماثلة لاستمارة المدعي، و الفترة المحددة للرد من أسبوع إلى 40 أسابيع، فإذا لم يرد المدعى عليه خلال هذه الفترة تلغى القضية. و في حالة الرد من المدعى عليه بالقبول، تختار المحكمة الجهة القانونية التي سوف تقوم بفض النزاع، و بعد إعلام الطرفين بالجهة تبدأ عملية التقاضي و

تضمن المحكمة الإلكترونية للطرفين سرية المعلومات المقدمة لها و تفاصيل القضية (ابراهيم،2008،ص191) في خلال هذه الإجراءات نلتمس الطابع التحكيمي لهذه المحكمة لذا سماها البعض من الفقهاء بالتحكيم السريع.

الفرع الثالث: الصين (الحاسوب القاضي في الصين)

أنشأت الصين محكمة إلكترونية على مستوى إقليم شاندونغ بجهورية الصين و بالضبط بمدينة زيبو، فأهم ميزة في هذه المحكمة خلوها من القاضي، فكانت أول محكمة في تاريخ التقاضي و المحاكم تخلو من أهم ركن فيها، حيث لا يوجد قاضي بشري يصدر الأحكام و إنما تم الاستعانة بجهاز حاسب ألي متطور يحتوي على قاعدة بيانات، و حفظ القوانين و السوابق القضائية. و هذه التجربة اقتصرت على المخالفات و الجنح البسيطة. و تبدا الدعوى أمام المحكمة الإلكترونية بإعداد كل من الدفاع و الادعاء لمعطياتهما، و مطالبهما على قرصين مدمجين(CD) يملكان السعة ذاتها ثم تدخل بيانات هذين القرصين الى البرنامج الحاسوبي لغرض الحكم في النزاع و القاضي الإلكتروني يمكنه أن يطلب رأي القاضي البشري بخصوص بعض التفاصيل، أو تلك المتعلقة بالنواحي الإنسانية قبل إصدار الحكم(هندي،2012،ص77) و يكون الحكم مقروءا أو مسموعا، و قابل للاستئناف أمام محاكم الطعن .

المطلب الثاني: تطبيقات المحكمة الإلكترونية في النظام القضائية العربية.

لا توجد في الدول العربية تجربة كاملة عن المحاكم الإلكترونية إذ أن بعض الدول العربية وفرت للمتقاضي خدمة الاستعلام عن بعد، و رغم ذلك ظهرت بعض المحاولات تهدف إلى وضع نظام آلي لإدارة الدعوى و منها تجربة المغرب و السعودية و الإمارات، أما عن الجزائر فهي من الدول التي سعت إلى إصلاح مرفق العدالة .

الفرع الأول: تجربة المغرب.

انطلقت أول تجربة بالمحاكم التجارية المغربية و بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء و محكمة الرباط الابتدائية للقيام بتتبع الملفات عبر شبكة الإنترنت حيث يكفي الإطلاع على مآل الملف بالدخول الى موقع وزارة العدل ثم إلى الخانة (Services .E) لاختيار الإجراء المراد القيام به. و قد أنشأت وزارة العدل المغربية موقع إلكتروني (justic.wwwe.gov.ma) يتضمن 03 بوابات:

<u>1- بوابة الخدمات الإلكترونية للمحاكم</u>: و من خلال هذه البوابة الولوج و التعرف على التنظيم القضائي المغربي، و الدخول إلى موقع أي محكمة مغربية كالرباط، الدار البيضاء، مراكش،... إلخ و التعرف إلى معلومات خاصة بها. كما يمكّننا الموقع من الحصول على خدمات قانونية إلكترونية كالاطلاع على مآل ملف معين، الاطلاع على جدول الجلسات حسب التاريخ المحدد، و بالتالي فإن

الموقع يوفر للمتقاضين أو المحامي الحصول على المعلومة المطلوبة في مدة وجيزة، و ذلك طيلة أيام الأسبوع و في أي مكان عبر العالم و ذلك عبر شبكة الإنترنت (حاجي،2020،ص30)

2- البوابة القانونية و القضائية: عند الدخول إلى هذه البوابة يستطيع المحامي أو القضاة أو الباحث القانوني الحصول على مجموعة النصوص الوطنية و العربية و المراجع بما فيها المؤلفات و الرسائل الجامعية و الدراسات و البحوث و حتى الاجتهادات القضائية.

3- مركز تتبع و تحليل الشكايات: **Centre de suivi et d'analyse des requêtés.** من خلال هذه البوابة يمكن للمتقاضي تقديم شكواه و تظلماته إلى وزارة العدل عبر الموقع الالكتروني: justic.wwwe.gov.ma/plaintes. دون الانتقال إليها. كما انه تم ادراج اللغتين العربية و الفرنسية على الموقع و يستطيع أي شخص تقديم شكواه الولوج إليه و ذلك بعد اختياره اللغة المعينة، فيجد نافذتين الأولى: مخصصة بتقديم الشكاية فيقوم بالنقر عليها و يقوم بتسجيل معلوماته الشخصية و معلومات حول موضوع الشكوى مع إمكانية إرفاقها بوثائق أو معلومات إضافية و بعد ذلك يضغط على خانة إرسال، أما النافذة الثانية التعرف على مآل الشكاية حيث يتم إشعار المشتكي عبر بريده الإلكتروني برسالة تتضمن رقم الشكوى و الرقم السري الخاص بها حتى يتسنى له معاينة الإجراءات المتخذة و المآل الشكوى.

الفرع الثاني: تجربة الإمارات العربية المتحدة.

تمثل البوابة الإلكترونية لمحاكم دبي (www.ae.dxbpp.gov) النموذج الأحدث بين محاكم الإمارات، وهي مدعمة باللغتين العربية و الإنجليزية، كما نجد بالموقع نشرات تعريفية لخدمات البوابة و دليل استخدام التقاضي الإلكتروني موضح بالكتابة و الصور بشكل دقيق، ما يسهل استخدام الموقع للتقاضي الإلكتروني (الغانم،2017،ص181) و في سنه 2006 تم وضع نظام إلكتروني للنيابة العامة، فالمتقاضي له أن يسجل شكواه من خلال موقع النيابة العامة على شبكة الإنترنت، و يتم اشعار مقدم الشكوى بطريقة إلكترونية بمحتوى الشكوى و الرقم السري الخاص بها. و تبقى لدبي الدور الريادي في تطوير الإجراءات و ليس فقط في الإمارات العربية المتحدة و إنما على المستوى العربي (عصماني،2016،ص222) فكانت دبي الأولى التي تنشئ موقع إلكتروني يمثل نوعا ما تقاضي إلكتروني متطور يقدم الخدمات القضائية للمواطن.

الفرع الثالث: تجربة الجزائر

الجزائر من الدول التي تسعى إلى عصرنة الجهاز القضائي و يتجلى ذلك من خلال برنامج "إصلاح العدالة" حيث يظهر أن الجزائر تسعى من خلال الإصلاحات إلى تبني مشروع المحاكم الإلكترونية و هذا من صرح به رئيس الجمهورية السابق السيد عبد العزيز بوتفليقة يوم افتتاح السنة القضائية

2007 – 2008 بتاريخ 29 أكتوبر 2007 و الذي جاء فيه: "إن إصلاح العدالة ليس هدفا في حد ذاته و إنما هو وسيلة مرحلية للارتقاء بالقضاء إلى مستوى التحديات التي تفرضها عملية التحولات الداخلية و الخارجية (عصماني،2016،ص223) كما أكد وزير العدل السابق الطيب بلعيز أن إصلاح العدالة يتطور بتطور العلم و المعرفة و بما يحصل من تقدم في المجالات التكنولوجية. و المحاكم الجزائرية في طريقها نحو تبني مشروع محاكم إلكترونية و لكن بخطى بطيئة فنجد على مستوى المحاكم الابتدائية و المجالس القضائية أصبح المحامي يطلع على مآل الملفات عبر شبكة اتصال داخلية دون الانتقال إلى مكاتب كتاب الضبط..

كما تم وضع شبكة اتصال داخلية تربط بين المحكمة العليا و مجالس الدولة و المجالس القضائية و أصبح المحامي بإمكانه الإطلاع إلكترونيا على منطوق قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة على مستوى المجلس القضائي و فكرة التقاضي الإلكتروني في الجزائر تجد أساسها القانوني في التشريع الدولي إضافة إلى التشريعات الداخلية فكانت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطن التي صادقت عليها الجزائر، حيث نجدها تطرقت لفكرة video conference من خلال البند 18 من المادة 18من المرسوم الرئاسي رقم 02-55 المتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطن المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الامم المتحدة يوم 15نوفمبر 2000 المؤرخ في 05 فيفري 2002 ،جريدة رسمية رقم 09 الصادرة بتاريخ 10 فيفري 2002 و جاء فيها: "..... بناء على طلب الدولة الأخرى، يعقد جلسة استماع عن طريق الفيديو، إذا لم يكن ممكنا أو مستعصيا مثول الشخص المعني بنفسه في إقليم الدولة الطرف الطالبة، و يجوز لدول الأطراف أن تتفق على أن تتولى إدارة جلسة الاستماع سلطة قضائية تابعة للدولة الطرف الطالبة و أن تحظرها سلطة قضائية تابعة للدولة الطرف متلقية الطلب".

أما التشريعات الداخلية التي تطرقت إلى فكرة عصرنة مرفق العدالة نجد القانون رقم 15 – 03 المتعلق بعصرنة العدالة المؤرخ في 01 نوفمبر 2015 ،جريدة رسمية رقم 06 ،الصادرة بتاريخ فيفري 2015 فبصدور هذا القانون خطت الجزائر خطوة خجولة مقارنة بالدول العربية الأخرى فالمادة الأولى منه نصت على مايلي :

- وضع منظومة معلوماتية مركزية لوزارة العدل.
- إرسال الوثائق و المحررات القضائية بطريقة إلكترونية.
- استخدام تقنية المحادثة المرئية عن بعد في الإجراءات القضائية.

أما المادة 09 فقد وضحت أن الجزائر اعتمدت فعليا على تقاضي إلكتروني من خلال التبليغ و إرسال المحررات القضائية بالطريق الإلكتروني. كما أضافت المادة 14 أنه يمكن سماع و استجواب الأطراف عن طريق المحادثة المرئية عن بعد.

في حين أن المادة 15 منه حددت نطاق استخدام هذه التقنية فلقاضي التحقيق أن يستعمل المحادثة المرئية عن بعد في استجواب أو سماع شخص و في إجراء مواجهات بين عدة أشخاص. كما يمكن لجهة الحكم استعمال المحادثة المرئية عن بعد لسماع الشهود و الأطراف المدنية و الخبراء.

بينما المادة 16 حددت مكان إجراء التقاضي الإلكتروني و هو مقر المحكمة الأقرب من مكان إقامة الشخص المطلوب تلقي تصريحات، أما إذا كان الشخص المسموع محبوسا تتم المحادثة المرئية عن بعد من المؤسسة العقابية التي يوجد بها المحبوس.

كما وردت تقنية التقاضي الإلكتروني في قانوني الإجراءات الجزائية الجزائري في الفصل السادس في حماية الشهود و الخبراء و الضحايا من الباب الثاني في التحقيقات بالكتاب الأول تحت عنوان "في مباشرة الدعوى العمومية و إجراء التحقيق"، و هذا ما نصت عليه المادة 65 مكرر 27:(يجوز لجهة الحكم تلقائيا أو بطلب من الأطراف، سماع شاهد مخفي الهوية عن طريق وضع وسائل تقنية تسمح بكتمان الهوية، كما في ذلك السماع عن طريق المحادثة المرئية عن بعد...".

كما جاء المشرع الجزائري في الكتاب الثاني مكرر من الباب الأول في استعمال وسائل الاتصال المسموعة و المرئية أثناء الإجراءات و ذلك من خلال المادتين 441 مكرر و 441 مكرر 1. و كذلك من خلال الباب الثاني و الثالث في استعمال المحادثات المرئية عن بعد في مرحلة التحقيق القضائي و مرحلة المحاكمة.

كما أنه مؤخرا في جوان 2020 تم إدخال نظام النيابة الإلكترونية على موقع وزارة العدل www.mjustice.dz ، حيث هذا النظام يسمح للمواطن أيا كان شخص طبيعي أو معنوي إيداع شكوى لدى النيابة الإلكترونية، و يتم هذا عبر خطوات أولها: الولوج إلى أرضية النيابة الإلكترونية e -nyaba.mjustice dz المخصصة لهذا الغرض و المتاحة عبر موقع وزارة العدل، بعد ذلك يتم النقر على خانة تسجيل الشكوى و ملء استمارة تسجيل شكوى و المعلومات الشخصية الخاصة و كذا تحديد نوع الشكوى و إدخال مضمونها، فيتم تحويل هذه الشكوى بصفة آلية إلى ممثل النيابة سواء كان وكيل الجمهورية أو النائب العام و ذلك لاتخاذ الإجراء المناسب. و بعد نظر ممثل النيابة في الشكوى تقوم النيابة العامة بإعلام المعني عن المآل و الإجراءات المتخذة إما برسالة نصية قصيرة SMS أو عن طريق البريد الإلكتروني.

و الجدير بالذكر أن أول صورة للتقاضي الإلكتروني كانت يوم 07 أكتوبر 2015 بمحكمة القليعة، قسم الجنح برئاسة القاضي بن بوزة عبد الرؤوف.

خاتمة:

من خلال دراستنا تبين لنا أن المحكمة الإلكترونية و تطبيقها ليس من الخيال و إنما حيز تقني معلوماتي هدفه إنجاز المعاملات القضائية بطريقة إلكترونية عن طريق شبكة الإنترنت و ذلك بغية الارتقاء و رفع مستوى مرفق العدالة و اختصار الجهد و الوقت. و بالتالي لإنجاح تطبيق التقاضي الإلكتروني و خلق المحاكم الإلكترونية ينبغي الاهتمام بالعنصر البشري و إدماجه في هذا المجال إذ بدونه لا يمكن للمحكمة الإلكترونية تحقيق أهدافها و هذا ما جاء في أحد تقارير الأمم المتحدة "حتى و لو أعتبر استخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصال مسألة مناسبة فمن العبث صرف الإمكانيات المالية المحدودة المتوفرة لشراء الحاسوب إلا إذا توافر العنصر البشري المكون الذي يمكن استخدامه بطريقة فعالة". كما أنه

وجب العمل على إجراء دورية في مجال التقاضي الإلكتروني لكل التابعين لسلك القضاء بما فيهم القضاة، المحامين، أمناء الضبط و المهندسين في الإعلام الآلي التابعين لهذا السلك، و هذا من أجل تحقيق حماية الدعاوى الإلكترونية من الاختراق و الحفاظ على سرية المعلومات و المعاملات القضائي.

اهم التوصيات :

- توسيع تطبيق مشروع الحكومة الالكترونية اد يؤدي بالضرورة الى تطبيق المحكمة الالكترونية.
- تنمية و تأهيل العنصر البشر و ادماجه في مجال تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات وذلك بالتكوين المستمر و فتح دورات تدريبية حتى تستطيع المحكمة الالكترونية تحقيق اهدافها .
- توفير الامن القانوني و المعلوماتي لمواقع المحكمة الالكترونية .

قائمة المصادرو المراجع :

1/ المؤلفات

1- الشرعة حازم محمد(2010) – التقاضي الإلكتروني و المحاكم الإلكترونية – ط 1 دار الثقافة للنشر و التوزيع ، المملكة الأردنية الهاشمية

2 - الكرعاوي نصيف حاسم محمد عباس(2017) – التقاضي عن بعد- دراسة مقارنة، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، سوريا

3- إبراهيم خالد ممدوح (2008) – التقاضي الإلكتروني – الدعوى الإلكترونية و إجراءاتها أمام المحاكم -ط1 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر .

4- أبو الهيجاء محمد إبراهيم(2005) ، التحكيم بواسطة الأنترنت ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن.

5- بن سعد الغانم عبد العزيز(2017) ، المحكمة الإلكترونية- دراسة تأصيلية مقارنة- دار جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.

6- عبد الهادي محمد فتحي(2013) ، مقدمة في علم المعلومات ،- نظرة جديدة -ط 1 ، الدار المصرية اللبنانية ، القاهرة ، مصر.

7- مطر عصام عبد الفتاح (2009)، التحكيم الإلكتروني- ماهيته إجراءاته و آليته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية و العلامات التجارية و حقوق الملكية الفكرية -، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية.

8- محمود الكمال زيد كمال،(2019) – خصوصية التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية – دراسة مقارنة- ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر.

9- هندي أحمد، (2014) ، التقاضي الإلكتروني – دراسة مقارنة –، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر.

2/ المقالات

1- الكعبي هادي حسين و محمد الكرعاوي نصيف جاسم(2016) ، مفهوم التقاضي عن بعد و مستلزماته ، مقال منشور بمجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية ،المجلد 8، (العدد 1) ، سوريا.

2- الجياشي أسعد فاضل منديل(2014) ،التقاضي عن بعد - دراسة قانونية – ،مقال منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد 2014،(العدد)21 ، العراق.

3- أوتاني صفاء،2012 ، المحكمة الإلكترونية –المفهوم و التطبيق – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 28 ، (العدد1) ، (208-165)، سوريا.

4- حاجي ميمون(2020) ، التقاضي عن بعد في المغرب، مقال منشور بمجلة القانون و الأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، (العدد 34)، المغرب.

5- ليلى عصماني(2016) ، نظام التقاضي الإلكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مقال منشور بمجلة المفكر،(العدد 13)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، بسكرة.

3/ الاطروحات

1- أحمد محمد صابر،(2012) ، دور الحاسب الآلي في تسيير إجراءات التقاضي ، أطروحة دكتوراه كلية القانون ، جامعة طنطا ، مصر.

2- بن صالح العمر طارق بن عبد الله(2016) ، أحكام التقاضي الإلكتروني ، رسالة دكتوراه الفقه المقارن ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، المملكة العربية السعودية.

4/ المداخلات

1- الألفي محمد محمد(12-09 ديسمبر2007) ، المحكمة الإلكترونية بين الواقع و المأمول ، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس " الإدارة العامة الجديدة و الحكومة الإلكترونية" دبي ، دولة الإمارات العربية المتحدة

5/ مواقع الانترنت

https://www.echoronkontine.com -1تاريخ الدخول 15-10-2019 الساعة 14:30سا .

نجاعة الصلح القضائي في قضايا الطلاق

دراسة نقدية تحليلية مقارنة

The efficacy of judicial reconciliation in divorce cases
A comparative analytical critical study

مسعودي عبد الله(*)
جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر
Messaoudiamine2@yahoo.fr

مسعودي محمد لمين
جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر
Messaoudiamine21@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2021/04/29 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/20

****

ملخص:

إن الأسرة هي النواة الأساسية لبناء المجتمع، وهي التي ينتج عنها المواطن الصالح الذي يعمر الأرض ويحقق النمو والرفاه لأمته ،وقد اهتم بها الشرع والقانون بالأسرة حتى لا تفشل وتنتهي بالطلاق، ولكن للأسف يوجد عدد معتبر جدا من الزيجات تنتهي بالطلاق، ولذلك سعى الشرع والقانون لمحاربة ظاهرة الطلاق بأساليب شتى انطلاقا من تكوين المقبلين على الزواج، إلى محاولة إيجاد صلح بين الزوجين في أروقة المحاكم كمحاولة أخيرة، قبل أن ينطق القاضي بالطلاق ليكون الزوجان بائنين عن بعضهما البعض، ولكن من خلال الأرقام المسجلة يظهر أن الصلح القضائي لم يحقق الثمرة المرجوة منه، ولذلك ذهبت كثير من الدول الإسلامية ألي تعديل آلية الصلح القضائي بإسناده إلى مختصين اجتماعيين ونفسيين

وذلك حتى يتمكنا من معرفة الأسباب الحقيقة التي تؤرق الزوجين وتدفعهم للطلاق، ومن ثمة اقتراح الحلول الملائمة، ومن أجل ذلك أنشأت أقسام خاصة ملحقة بمحاكم الأسرة تنظر في قضايا الطلاق قبل عرضها على القاضي.

الكلمات المفتاحية: قضايا الطلاق-الصلح القضائي

---

*المؤلف المرسل.

Abstract:

The family is the basic nucleus of building society, and it is the one that results in a good citizen, and the Sharia and the law have taken care of it so that it does not fail and end in divorce, but unfortunately there are a very significant number of marriages that end in divorce. Those who are about to marry are trying to find reconciliation between the spouses in the corridors of the courts as a last attempt, but the judicial reconciliation did not achieve the desired fruit, and therefore many Islamic countries went to amend the judicial reconciliation mechanism by assigning it to social and psychological specialists so that they could know the real reasons that Spouses are troubled and pushed for divorce, and from there, appropriate solutions are proposed

key words: Divorce cases- judicial reconciliation

مقدّمة:

حث المولى سبحانه وتعالى على الزواج وتكوين الأسرة لما فيه من فوائد ومنافع أهمها عمارة الأرض وحفظ الدين وصيانة للزوجين وتعارف بين الناس من خلال الأنساب، قال تعالى: (وهو الذي خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة) وقال كذلك(فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع)، وقال كذلك (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات)، كما جعل الزواج من سنن الأنبياء قال تعالى: (ولقد أرسلنا من قبلك رسلا وجعلنا لهم أزواجا وذرية)، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يرغب في الزواج، قال صلى الله عليه وسلم(النكاح سنتي، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني، وتزوجوا فاني مكاثر بكم الأمم)، وقال كذلك(يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج). وباعتبار الزواج عقدا دائما أبديا في أصله، فقد بين النبي صلى الله عليه وسلم كيفية الاختيار المناسب للشريك سواء كانت امرأة أو رجل، فبالنسبة للرجل قال صلى الله عليه وسلم(إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة وفساد عظيم)، وفي اختيار الزوجة قال المصطفى صلى الله عليه وسلم: (تنكح المرأة لأربع لمالها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك).

وباعتبار الزوجين من البشر يعتريهما النقص والقصور وترهقهما الدنيا والشيطان والنفس الأمارة بالسوء، فكثيرا ما تحدث بينهما خلافات تتراوح قوتها ما بين الخفة والقوة،

فتهز أركان الأسرة وأحيانا تحطمها وتفرقها، ولذلك وردت نصوص شرعية كثيرة أعطت كيفيات لحل هذه الخلافات الزوجية الكبيرة خصوصا والتي قد تؤدي إلى الطلاق، وأهم حل أعطاه الشارع الحكيم هو الصلح، فهو يحل الخلافات بطريقة رضائية، فتهدأ النفوس بطريقة تسمح باستئناف الحياة الزوجية وهذا ما قصده الشارع الحكيم بقوله(والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح)، ففي الحياة الزوجية لا مكان للإلزام ولا للقوة، لأن الأساس في هذه الحياة المودة والرحمة.

وباعتبار المشرع الجزائري قد أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري، فقد الزم القانون قاضي شؤون الأسرة الناظر في قضايا الطلاق أن يجري صلحا بين الزوجين، وهذا الصلح يستمر لمدة لا تزيد عن ثلاثة اشهر وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة التي جاء فيها: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة اشهر من تاريخ رفع الدعوى).

ولكن في الجزائر ووفقا للإحصائيات فان ما يقارب 20 بالمئة من الزيجات تنتهي بالطلاق (تزايد محسوس في حالات الطلاق وتراجع في عقود الزواج، 2018)، والطلاق لا يكون إلا بحكم، يعني أن قضية الطلاق عرضت على القضاء وأجريت فيها محاولات صلح، ومادام القضية انتهت بالطلاق، فهذا يعني أن محاولات الصلح التي قام بها القاضي فشلت، وبالتالي فالإشكالية التي تطرح نفسها: ماهي أسباب فشل الصلح القضائي؟، وهل وفق المشرع عندما اسند الصلح للقاضي؟، وما هي الحلول التي قدمتها دول أخرى لإنجاح هذا الصلح؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سنقسم البحث إلي مبحثين: الأول سنتطرق فيه إلى أسباب فشل الصلح القضائي في مادة الطلاق، وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى الحلول المشرعة في بعض البلدان العربية لإنجاح الصلح القضائي.

المبحث الأول:أسباب فشل الصلح القضائي

إن التطرق لهذه النقطة يقتضي منا أولا تحديد مفهوم الصلح(المطلب الأول)، ومن ثمة تحديد أهم أسباب فشل الصلح القضائي(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الصلح

رغب الشارع الحكيم في السعي لإجراء الصلح بين المتخاصمين عموما، والزوجين خصوصا، قال تعالى: (لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ

النَّاسِۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا)، وقال في أية أخرى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)، وقال الحق في أية أخرى :(وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌۗ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّۚ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا) صدق المولى العزيز الحكيم.

فالصلح سلوك محبب ومرغب فيه وهو من الأفعال التي يتقرب بها الإنسان إلى المولى عز وجل وفيه الاجر العظيم، فقد قال المولى تعالى في محكم تنزيله: (لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ ٱبْتِغَآءَ مَرْضَاتِ ٱللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا) صدق الله العظيم، والسؤال الذي يطرح كيف يكون هذا الصلح؟، ومن هو المؤهل للقيام به؟، هل هو متاح لكل شخص يريد فعل الخير أم هو للحكماء أم لأهل الزوجين، أم للقاضي فقط؟

بالنسبة لتعريف الصلح وبالرجوع إلى النصوص العامة الواردة في القانون المدني التي تناولت الصلح في المادة 459 منه والتي جاء فيها: (الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه)، والتعريف الوارد في نص المادة هو تعريف جامع شامل ينطبق على جميع حالات الصلح وفي جميع المواد سواء المدنية أو التجارية أو الشخصية، ولكن بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة التي تهمنا باعتبار إن الإجراء إجراء جوهري قبل الطلاق، فنجده منصوص عليه في المادة 49 من قانون الأسرة والتي أكدت على وجوبه، وأنه يقوم به القاضي، وحددت المادة مدته القصوى وهو ثلاثة اشهر وبعدها يجب على القاضي الحكم بالطلاق إذا لم تكلل جهوده بالصلح بين الزوجين.

وعلى الرغم من أن نص المادة 459 من القانون المدني أعطت تعريفا للصلح إلا أنه في ميدان الأحوال الشخصية يحتاج إلى تدقيق أكثر، لأن المسألة شائكة كونها تتعلق بمسائل شخصية وليست أموال أو بضاعة يسهل تحديد المخطأ وإعطاء الحل فيها، فالمشرع في قانون الأسرة زهد في تنظيم هذا الإجراء الذي هو جوهري وإلزامي يؤدي تخلفه إلى نقض وإلغاء الحكم القاضي بالطلاق.

وقد اجتهد الفقه القانوني في إعطاء تعريف لهذا الإجراء، فهناك من عرفه: (يقصد بمحاولة الصلح هو إن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع

عن طلبه للطلاق، لكون محاولة الصلح تعد من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي ،واذا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية، حكم بأبطال إجراءات الطلاق) (قانون الاسرة الجزائري طبقا لاحدث التعديلات، 2010، صفحة 268)، فعلا إن جلسة الصلح هي إجراء جوهري وجوبي يلتزم القاضي للقيام به طبقا للمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحضور طالب فك الرابطة الزوجية ضروري، واذا تخلف عن حضوره يقوم القاضي بتحرير محضر عن ذلك طبقا للمادة2/441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وليس كما ذكر التعريف بأن تبطل إجراءات الطلاق، لأن الإبطال وفقا للمادة 60 من قانون الإجراءات المدنية لا يكون إلا بنص، والمادة 49 من قانون الأسرة والمادة439 من ق إ م إ، لم تتضمن أي إبطال نتيجة تخلف طالب إنهاء الرابطة الزوجية عن الحضور لجلسة الصلح.

وقد أورد الاجتهاد القضائي المصري تعريفا لمحاولة الصلح بأنها: (محاولة إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين وعودة الحياة إلى ما كانت عليه من نقاء وسكينة وحسن معاشرة) (زيدان، 2007/2006، صفحة 93).

ولعل التعريف الأخير هو الأقرب للصحة-في رأينا-كون أن هدف الصلح هو إزالة سبب الشقاق-أي المشكل المؤدي إلى الخلاف-حتى يرجع الزواج إلى غايته الأساسية التي وجد من أجلها وهو خلق المودة والرحمة والتفاهم والتعاون بين الزوجين، وليس الصلح الهدف منه دفع الزوج إلى التراجع عن طلب الطلاق، فما فائدة تراجع الزوج عن الطلاق ويبقى الزوجين في بيت واحد وهما في شقاق وخلاف ومعيشة ضنكة.

وعرف الصلح كذلك بانه محاولة سابقة لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع، سعيا لإقناع الطرفين بالمصالحة أو تحقيق التسوية بالتراضي، ويعتبر هذا الإجراء إلزاميا، فهو إجراء ودي لحل النزاع بين الزوجين ومبدأ أساسي يهدف إلى حماية الرابطة الأسرية، فحل الرابطة الزوجية وإن كان من حق الطرفين وبإرادتهما المنفردة أو بالتراضي هو إجراء خطير يمس بتماسك الأسرة، لذلك جعله المشرع خاضعا للإشراف القضائي، وهو يؤكد السياسة التشريعية للدولة الجزائرية في الحفاظ على الأسرة وحمايتها. (لخذاري، 2020)

والتعريف الأخير وان أورد خاصية أساسية وهدفا ساميا وهو الحفاظ على تماسك الأسرة، إلا أنه أهمل الأليات والسبل الواجب الاعتماد عليها لهذا الإجراء الودي.

والتعريف الذي يمكن أن نقترحه لمحاولة الصلح: هو إجراء يهدف إلى الحفاظ على تماسك الأسرة، يحاول فيه القاضي التعرف على أسباب الخلاف بين الزوجين المتخاصمين في

جلسة خاصة ومنفردة، واقتراح الحلول المناسبة للزوجين لإزالة هذه الخلافات، ويحرر محضرا بذلك.

فحقيقة وقوع الطلاق، هو أن للزوجين مشكلة-قد تكون اجتماعية، نفسية، جسدية- لدى أحدهما أو كليهما أرهقتهما وولدت بينهما خلافات، وتراكمت الخلافات الناتجة عنها لتصل إلى عدم تفاهم وشجارات وغيرها، وبالتالي فان السبب الحقيقي لكل هذه الخلافات هو مشكل واحد إذا عرف وتم حله بالطرق العلمية تنهار كل المشكلات الفرعية الناتجة عنه وتصفوا سماء الحياة الزوجية.

المطلب الثاني: أسباب عدم نجاعة الصلح القضائي في قضايا الطلاق

إن الأغلبية الساحقة من قضايا الطلاق التي تسجل بأقسام شؤون الأسرة تنتهي بالطلاق، وهذا يعني بصورة غير مباشرة أن الصلح القضائي فشل في إصلاح ذات البين بين الزوجين، وهذا الفشل يرجع في نظرنا إلى أسباب راجعة إلى الشخص القائم بالصلح من جهة(الفرع الأول)، والى الزوجين المتخاصمين وذهنية المجتمع من جهة أخرى(الفرع الثاني).

الفرع الأول: القائم بالصلح

كما قلنا سابقا إن هدف الصلح هو معرفة أسباب الخلاف الحقيقة بين الزوجين واقتراح الحلول المناسبة لها، وبالتالي فالمصلح يجب أن يكون له تكوين خاص يسمح له بمعرفة الأسباب العميقة للخلاف والحقيقية، وان يميز بين الأسباب الخفية العميقة والأسباب السطحية الناتجة عن المشكل الأصلي الخفي، فمثلا قد يكون الخلاف بين الزوجين ناتج عن عدم التوافق الجنسي بين الزوجين، وهذا المشكل يؤدي إلى افتعال مشاكل أخرى سطحية، وفي جلسة الصلح فالزوجان لا يستطيعان الكلام عن المشكل الحقيقي أصل الخلاف، ولكن يبحثان عن مشاكل أخرى هامشية يبقون يحكونها أمام القاضي فيرهقانه ولا يتوصلان إلى حل، فيكون القاضي مجبرا على الحكم بالطلاق مقتنعا بعدم التوافق الذهني والفكري بينهما، بينما هناك مشكل واحد اذا تم التعرف عليه وحله تنهار كل الخلافات.

إن سبب الخلاف بين الزوجين هو مشكل بينهما إما لم يستطيعا حله أولم يتعرفا عليه أصلا، وهنا يأتي دور المصلح الذي يجب أن يكون مختصا في علم النفس والاجتماع ليتعرف على هذا المشكل ويقترح الحلول اللازمة.

وفي القانون الجزائري فان مهمة الصلح مسندة إلى قاضي شؤون الأسرة الذي يفصل في قضايا الطلاق، والقاضي كما هو معروف تكوينه قانوني يستطيع الفصل في الملفات وفقا

للوثائق المقدمة له والنصوص القانونية، ولكن ليس خبيرا نفسيا ولا اجتماعيا حتى يتعرف على أسباب الخلافات الخفية خصوصا، فلا يستطيع حل المشكل.

وهذاما عبرت عنه رئيسة المركز الجزائري للمرأة شائعة جعفري إذ حملت مسؤولية زيادة حالات الطلاق إلى جلسات الصلح التي هي مشجعة للطلاق كونها ابتعدت عن دورها الحقيقي في محاولة الإصلاح العميق بين الزوجين واخذ الوقت الكافي للوقوف على أسباب ومخلفات الطلاق، فقد باتت جلسات الصلح-في رأيها-لا تستغرق سوى دقائق. (حوام، 2016)

أضف إلى ذلك أن بعض قضاة شؤون الأسرة سواء كانوا ذكورا أو إناثا كثير منهم غير متزوجين أي لا معرفة لديهم بالحياة الزوجية أصلا، فكيف يستطيعون إجراء الصلح. (نادية، 2018)

ولا ننسى العدد الكبير للقضايا في مواد شؤون الأسرة التي ينظر فيها القاضي، ونظيف له إجراء محاولة الصلح، مما يجعل القاضي مرهقا، فيكون دوره روتينيا بتمثل في إمضاء محضر التمسك بالطلاق. (بودهان، 2016)

ويضيف بعض المختصين أن القاضي يتحفظ في جلسة الصلح ويأخذ الحيطة والحذر عند ممارسته للصلح وذلك حتى لا يتهم بالانحياز لأحد الطرفين. (حسكرمراد، 2020)

الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بالزوجين

إن الشباب يقتحمون الحياة الزوجية دون أدنى معرفة بها، فالبنت بعد إنهائها لدراستها وبعد خطبتها تعكف إلى تجهيز نفسها والاهتمام بحفل الزواج وكمالياته، دون أن تعرف أو تفهم الحياة الجديدة التي تقبل عليها، ونفس الشيء بالنسبة للذكور، فبعد انتصاره في معارك تكوين نفسه من الدراسة إلى البحث عن العمل إلى جمع قدر من المال، ينكب على تجهيز منزله وغيره من الكماليات دون أن يفهم معنى الزواج و لا المسؤوليات التي ستلقى على عاتقه .

للأسف كلاهما-الرجل والمرأة-يقتحمان حياة جديدة لا يعرفون شيئا عنها، وشيئا فشيئا يتبخر الخيال الذي بنيانه في أذهانهما عن هذه الحياة الزوجية، ويفشلان في حل مشاكلهما وشيئا فشيئا تدب الصراعات بينهما لينتهي الأمر بهما في محكمة شؤون الأسرة، وقد صرح خبراء أن أغلب حالات الطلاق تكون في بداية الزواج، وهذا راجع إلى انعدام أي معرفة بالحياة الزوجية لدى الزوجين، وأشار المختصون إلى ضرورة تكوين المقبلين على الزواج عن طريق دورات تكوينية تهدف إلى تثقيفهم وتعليمهم مقاصد الزواج وكيفية إدارة الأسرة والحقوق الشرعية للزوجين، والجانب النفسي والصحي في العلاقات الزوجية والاجتماعية وغيرها،

وذلك حتى يستطيعوا بناء حياة زوجية مستقرة. (دورات تكوينية للمقبلين علي الزواج لتفادي ظاهرة الطلاق المبكر، 2017)

وتجدر الإشارة أن تكوين المقبلين على الزواج تجربة رائدة ساهمت في تخفيض حالات الطلاق بنسب مهمة جدا، ومن بين التجارب الناجحة تجربة ماليزيا التي انخفض الطلاق فيها بنسب كبيرة، فقد أنشأت مراكز لتأهيل المقبلين على الزواج تقوم بإعطاء دورات من خلالها تعطى الشباب فكرة وافية وواقعية عن الزواج ومسؤولياته والحقوق والواجبات والتربية الجنسية واقتصاد الأسرة وغيرها، وهذه الدورات تنتهي بمنح المقبل على الزواج ما يسمى بـ" رخصة الزواج"، وهذه الدورات إلزامية. (نصر الله، 2019)

إن تكوين الشباب المقبلين على الزواج أصبح أكثر من ضرورة ملحة يجب القيام بها في إطار مؤسسات رسمية تابعة للدولة، وذلك من اجل انقاض الأسر الجزائرية من خطر التفكك الذي يحدق بها.

ومن جهة أخرى إن ذهنية الزوج الجزائري لا تساعد على تحقيق الصلح، فعلى الرغم من المتخاصمين-سواء كانوا في قضايا الطلاق أوفي قضايا أخرى-نشؤا وترعرعوا في مجتمع مسلم ووسط القيم الإسلامية التي تدعوا إلى التسامح والصلح فقد قال المولى تعالى: (وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا)، إلا أن فكر التسامح أصبحت فكرة قليلة في المجتمع الجزائري، فالزوج الجزائري لا يتسامح مع امرأة كما يقول "جرجرته في المحاكم"، وأسراره وخلافاته الزوجية أصبح يتكلم فيها العام والخاص، فهو لا يستطيع أن ينسى ذلك، فلا يقبل الصلح مهما قدم القاضي من حلول.

المبحث الثاني: التعديلات المستحدثة في بعض الدول في صلح قضايا فك الرابطة الزوجية

استبقت كثير من الدول العربية والإسلامية الصلح في مجال قضايا الطلاق عموما وتمسكت به، إلا أنها أدخلت تعديلات عليه بطريقة تجعله أكثر فعالية، ومن تجارب الدول العربية، تجربة مصر(المطلب الأول)، وكذا تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الصلح في القانون المصري

منذ سنة2004 اعتمدت مصر نظام جديد للصلح في مسائل الطلاق خصوصا وفي مسائل الأحوال الشخصية عموما للمسلمين، فقد أعفت قاضي شؤون الأسرة من مهمة إجراء الصلح، والذي يبقى مكلفا بمهمته الأصلية وهي الفصل في الملفات، وأسندت مهمة الصلح إلى مكاتب خاصة تتبع لسلطة وزارة العدل تسمى مكاتب تسوية المنازعات الأسرية، وهي مكونة من قانونيين ومختصين نفسانيين وأخصائيين اجتماعيين، وهذا التحول كان بموجب القانون رقم 10 لسنة 2004 المتضمن أنشاء محاكم الأسرة، وقد جاء في مادته الخامسة: (تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية مكتب أو أكثر لتسوية المنازعات الأسرية، يتبع وزارة العدل ويضم عددا كافيا من الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين الذي يصدر بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل بعد التشاور مع الوزراء المعنيين.

ويرأس كل مكتب أحد ذوي الخبرة من القانونيين أو غيرهم من المختصين في شؤون الأسرة المقيدين في جدول خاص يعد لذلك في وزارة العدل، ويصدر بقواعد، وإجراءات وشروط القيد في هذا الجدول قرار من وزير العدل)، ومهمة هذه المكاتب هو الإصلاح بين الزوجين وليس الفصل في الملفات (رشدي ، 2008، صفحة 257).

أما عن أعضاء هذه المكاتب فيكون من بين المختصين في مجال القانون والشريعة وعلم النفس وعلم الاجتماع، أما عن شروط التعيين في هذا المكتب فقد حددها قرار وزير العدل رقم 2004/2724 المتضمن قواعد وإجراءات اختيار الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين لعضوية مكاتب تسوية المنازعات الأسرية، فقد جاء في المادة الأولى منه ما يلي:" يشترط فيمن يختار لعضوية مكاتب تسوية المنازعات الأسرية من الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين وفقا لقانون إنشاء محاكم الأسرة المشار إليه ما يلي:

1. أن يكون متزوجا
2. أن يكون حاصلا على مؤهل عال من أحد الجامعات أو المعاهد العليا في مجال القانون أو الشريعة أو علم النفس أو علم الاجتماع .
3. ألا تقل مدة خبرته في مجال تخصصه عن خمس سنوات.
4. ألا يكون قد سبق عليه الحكم عليه بعقوبة جناية أو بعقوبة سالبة للحرية في ريمة مخلة بالشرف أو الاعتبار أو الأمانة.

5. أن يبدي كتابة رغبته وموافقته علي اختياره في تشكيل مكاتب تسوية، ويجوز لوزير العدل عند الضرورة التجاوز عن شرط الخبرة "

ونصت المادة السادسة من القرار على:" تعد في الإدارة العامة سجلات تقيد فيها تشكيلات مكاتب التسوية وفقا للقرارات الصادرة من وزير العدل في هذا الشأن وتعقد لمن تم اختيارهم الدورات التدريبية التأهيلية والتدريبية اللازمة". (الجندي، 2006، صفحة 22)

وكما سبق القول فان لكل محكمة شؤون الأسرة مكتب تسوية منازعات الأسرة يشرف عليه رئيس، ويتكون من مجموعة هيئات، وكل هيئة تتكون من: أخصائي قانوني وأخصائي نفسي وأخصائي اجتماعي إضافة إلى الإداريين ،ويتولى الاختصاصي القانوني المهام التالية:

1. مراجعة البيانات والمستندات المقدمة
2. تصنيف الطلبات المقدمة حسب نوع الطلب: (نفقة -رؤية صغير- طلاق خلع - ....)
3. مباشرة العمل مع أطراف النزاع وإخطار الطرف الأخر في جلسات متعاقبة مع تحرير محاضر الجلسات.
4. في حالة حل النزاع يتم تحرير عقد اتفاق وصلح.

أما الأخصائي الاجتماعي فمهامه هي:

1. التعرف على التاريخ الاجتماعي للأسرة .
2. دراسة المشكلة بجميع جوانبها للتعرف على الأسباب التي أدت إلى حدوثها لإمكانية التوصل لحل المشكلة والوصول بالأسرة إلى بر الأمان.
3. تبصير أطراف المشكلة بعواقب التمادي في النزاع وإبداء النصح والإرشاد في محاولة لتسوية ودية حفاظا على كيان الأسرة.
4. فرض كافة نواحي السرية التامة على جميع النزاعات المعروضة .

أما الأخصائي النفسي فمهامه هي:

1. الاستماع والإنصات جيدا لطرفي النزاع لاكتشاف الاتجاهات الخاصة بالطرفين والمؤثرات البيئية داخليا وخارجيا التي أدت إلى نشوب النزاع.
2. محاولة الدخول في حوارات منفصلة ومجمعة مع أطراف النزاع وتقديم النصح والإرشاد لكل منهم لمحاولة فض النزاع.

3. تبصير أطراف النزاع بعدم جدوي الاستمرار في المشاحنات المستمرة حفاظا على كيان الأسرة. (رشدي ش.، صفحة 276)

ووفقا للنصوص المذكورة أعلاه فان الصلح في قضايا شؤون الأسرة عموما ومن بينها قضايا فك الرابطة الزوجية تسند إلى أخصائيين في جميع المجالات النفسية والاجتماعية والشرعية والقانونية، وهذا صائب جدا لأن وظيفة المصلح هو معرفة مكامن الخلل والنزاع الحقيقية والعميقة-والتي لا يستطيع غير صاحب الاختصاص الوصول إليها-ومن ثمة اقتراح الحلول العلمية التي تعارف عليها العلم في ميدان الأسرة وعلم الاجتماع وغيرها، وإقناع المتخاصمين بهذه الحلول، كما أن التقاء مجموعة من المختصين في عدة مجالات يمكن من إحاطة كاملة بموضوع النزاع، والذي وبتوفيق من الله سوف يحل المشكل وتهدأ النفوس وتستقر الأسرة.

وتجدر الإشارة أن هذه المكاتب تختص في إجراء الصلح في جميع مواد الأحوال الشخصية التي يجوز فيها الصلح، ويعرض عليها النزاع قبل رفعه إلى محكمة شؤون الأسرة وبدون رسوم (عدلي، 2005، صفحة 14،13،12).

أما عن كيفية عملها، فان النزاع في مواد شؤون الأسرة يرفع وجوبا أمام مكتب تسوية المنازعات الأسرية قبل رفع النزاع إلى المحكمة، والهدف من ذلك هو مساندة الأسرة وتجنيبها الوصول إلى المحاكم، وتقوم الهيئة بالاجتماع بأطراف النزاع وتستمع إلى أقوالهم لتحديد موضوع النزاع وطبيعته، ثم تقوم بتبصير اطراف النزاع بجوانب النزاع المختلفة، وتقدم لهم النصح والإرشاد وتحيطهم علما بأثار وعواقب التمادي في النزاع على الأسرة وأفرادها ،وتحاول التقريب بينهم قدر الإمكان، وهذا يتوقف على حكمة وكفاءة المختصين، وفي حالة نجاح الصلح تعكف الهيئة إلى تحرير محضر الصلح تثبت في الإجراءات التي تمت والاتفاقات، ويوقعه اطراف النزاع ويكون له قوة السند التنفيذي، وفي حالة عدم نجاح الصلح كليا أو جزئيا يحرر محضر بذلك يتضمن ما تم من إجراءات ويوقع عليه أطراف النزاع، وترفق به تقارير الأخصائيين إلى كتابة ضبط محكمة الأسرة ،وتجدر الإشارة أن مدة الصلح لا تتجاوز 15 يوما من تاريخ إيداع الطلب. (الجندي، صفحة 11،10،9)

المطلب الثاني: الصلح وفقا للقانون الإماراتي

وعلى خطى القانون المصري سار القانون الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر بموجب القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005، إذ نص في مادته 16 ما يلي:" 1-لا

تقبل الدعوى أمام المحكمة في مسائل الأحوال الشخصية، إلا بعد عرضها على لجنة التوجيه الأسري، ويستثنى من ذلك، مسائل الوصية والإرث وما في حكمها، والدعاوى المستعجلة والوقتية، والأوامر المستعجلة والوقتية في النفقة والحضانة والوصاية والدعاوى التي لا يتصور الصلح بشأنها كدعاوى إثبات الزواج والطلاق.

2-إذا تم الصلح بين الأطراف أمام لجنة التوجيه الأسري، أثبت هذا الصلح في محضر، يوقع عليه الأطراف، وعضو اللجنة المختص، ويعتمد هذا المحضر من القاضي المختص، ويكون له قوة السند التنفيذي، ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن إلا إذا خالف أحكام هذا القانون.

3-يصدر وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف اللائحة التنفيذية المنظمة لعمل لجنة التوجيه الأسري".

وتنفيذا لنص المادة المذكورة أعلاه صدرت اللائحة رقم 01 لسنة 2011عن وزير العدل والتي عدلت بموجب اللائحة 563 لسنة 2013 والتي نصت المادتين 2، 3 منها أنه تنشأ في كل محكمة شؤون الأسرة لجنة للإصلاح والتوجيه الأسري تختص بنظر منازعات شؤون الأسرة، ويستثنى من نظرها بعض المسائل كالميراث والدعوى المستعجلة...الخ، كما نصت المادة الرابعة منه على شروط الموجه الأسري وهي: أن يكون متزوجا وحاصل على مؤهل جامعي أو شرعي أو نفسي، وان لا يقل عمره عن 25 سنة وان لا يكون محكوما عليه بسبب جريمة مخلة بالشرف، وقد حددت المادة 11 وما يليها من اللائحة كيفية عمل اللجنة وصلاحياتها، ومكنتها من الاستعانة بأي شخص طبيعي أو معنوي لإتمام الصلح وغيرها من المسائل (في شأن تعديل لائحة التوجيه الاسريالصادر بالقرار الوزاري رقم 1 لسنة 2011).

وبناء على النصين المذكورين أعلاه فان قضايا الطلاق تعرض وجوبا على لجنة الإصلاح والتوجيه الأسري التي تتبع قسم الأسرة، وذلك لمحاولة إيجاد تفاهم بين الزوجين وذلك في جلسات صلح تكون بصفة انفرادية بين الزوجين، وللجنة إمكانية الاستعانة بخبراء أو مؤسسات للتوفيق بين الطرفين، وللموجه الأسري أجل شهرين لمحاولة التوفيق، وينهي عمله سواء انتهي بنتيجة إيجابية أو سلبية بتحرير محضر، وفي الحالة الأخيرة يحيل الملف إلي القاضي للفصل فيه وفقا للقانون. (البيان، 2013)

وتجدر الإشارة أن مهمة الموجه الأسري لا تنتهي بفشل الصلح وفشل محاولته لاستمرار الحياة الزوجية، وإنما تمتد إلى محاولة إيجاد تسوية للطلاق في حالة تمسك الطرفين بالطلاق. (الطلاق)

وكنتيجة لهذا الإجراء ووفقا للإحصائيات الرسمية فقد نجحت هذه الألية بحيث تم حل ما يزيد عن 57 بالمئة من القضايا المعروضة عليها في سنة 2017 بالصلح، محققة زيادة تصل إلى 4.6بالمئة عن سنة 2016، وقد بلغ عدد الملفات الأسرية التي أنجزتها اللجنة 5804 ملفا. (طهراوي نجاة ، طحطاوي علال، 2020، صفحة 602)

وبالنسبة لمحاكم دبي كشف أحمد عبد الكريم، رئيس القسم، أن القسم في سنة 2020 وعلي الرغم من ازمه كورونا نجح في نظر 7 آلاف و327 ملفاً أسرياً جديداً خلال عام 2020، وفي تسوية 6 آلاف و692 ملفاً من مجموع الملفات المتداولة البالغة 8 آلاف و431 طوال العام، وبلغ عدد المحاضر الأسرية 17ألفاً و953 أدارها الموجهون عن بعد، اتباعا للتعليمات الوقائية، لافتاً إلى أن التسوية تعني الحالات التي استطاع الموجهون فصلها، دون وصولها إلى القضاء، سواء بالصلح أو الطلاق بالتراضي أو حفظ الملفّ بعد إقناع الأطراف بعدم إكمال النزاع، وموافقتهم وقناعتهم بسحب الطلب وطلب إغلاقه. (التوجيه الاسري بدبي يسوي 6692 ملفا أسريا، 2021).

وعلى كل حال فان الهدف المرجو من الصلح في مجال الطلاق هو حل المشاكل الموجودة بين الزوجين والتي تنغص عليهم حياتهم وتؤدي بهم إلى الطلاق، وليس الهدف هو إيجاد صلح بإبرام طلاق بالتراضي أو صلح في الجوانب المادية، ولا يمكن في نظري احتساب حالات التسوية الودية عن الطلاق نجاحا.

إن كثير من الدول العربية أخذت بالتجربة المصرية والإماراتية وحتى السلطة الفلسطينية إنشات دائرة الإصلاح والإرشاد الأسري وذلك بموجب المرسوم الرئاسي الصادر سنة 2003 وآلية عملها مشابهة لما ذكر أعلاه فهي تهدف إلي إصلاح ذات البين بين الزوجين، وان فشل الإصلاح يحال الملف للقاضي الشرعي ليفصل فيه. (بوهشيش، 2010، صفحة 243...)

خاتمة:

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري أصدر قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، وكذا

قانون الإجراءات المدنية سنة 2008 الذي تحدث فيهما عن الصلح في قضايا الطلاق، وهو تاريخ مقارب لصدور التشريعين المقارنين المذكورين أعلاه، إلا أنه لم يعدل آلية الصلح القضائي وتركها مسندة إلي القاضي على الرغم من الأرقام الموجودة التي تثبت عدم نجاعة الصلح الذي يقوم به القاضي، كما أن في هذه الألية التقليدية إرهاق للقاضي بمسائل غير مختص فيها، وربما المشرع تريث في اعتماد الألية المذكورة أعلاه ليرى نتيجتها أولا، ولكن اليوم لابد من اعتماد آليات جديدة تواجه معضلة الطلاق الذي هو مدمر للأسرة وضحيته الأولاد والمجتمع على المدى البعيد ويكون ذلك بإعادة تنظيم قسم شؤون الأسرة وذلك عن طريق:

1. أنشاء فرع تابع لقسم شؤون الأسرة يسمى بالإصلاح الأسري يكون تحت إشراف قاضي شؤون الأسرة
2. تعيين موظفين مختصين في الفرع مكونين من استشاريين قانونيين، نفسيين، اجتماعيين، شرعيين، يتم تسميتهم بقرار وزاري صادر عن وزير العدل والذي يحدد عددهم في كل فرع، وذلك حسب عدد القضايا والكثافة السكانية في دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد بها القسم
3. تحديد اختصاصات الفرع وأهمها محاولة الصلح في جميع قضايا الأسرة باستثناء المواريث والنسب وغيرها مما فيه نصوص أمرة لا تقبل الصلح، والصلح خصوصا في الطلاق عموما.
4. تحديد مهام كل عضو في المكتب أثناء نظره في الصلح وذلك حسب تخصصه.
5. تحديد الإجراءات الواجب اتباعها أمام الفرع، وجعل القضايا تعرض عليه وجوبا قبل رفع الدعوى، وتحديد المدة القصوى لنظره في الملف قبل تحرير محضر المصالحة أو إحالة الملف أمام قاضي شؤون الأسرة.
6. يلزم الفرع بتحرير تقارير دورية إلى وزارة العدل حول سير عمله.
7. تستفيد أعضاء المكتب من دورات تكوينية في مجال الإصلاح الأسري لتنمية مهاراتهم.

قائمة المراجع:

المؤلفات:

أحمد محمود بوهشيش، (2010)، الصلح وتطبيقاته، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان

احمد نصر الجندي، (2006)، نيابة شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم شؤون الأسرة، دار

الكتب القانونية، مصر

أمير خالد عدلي، (2005)، محكمة الأسرة -قواعد وإجراءات في ضوء أحكام وقوانين الأحوال الشخصية-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

شامي احمد، (2010)، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية

شحاتة أبو زيد رشدي، (2008)، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية

الأطروحات:

عبد النور زيدان، (2007/2006)، الصلح في الطلاق، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر.

المقالات:

بن عودة حسكر مراد، (2020)، سلطات قاضي شؤون الأسرة في الصلح بين صعوبة تطبيقه وآلية تفعيله، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، عدد1، صفحة167.

طهراوي نجاة. طحطاوي علال، (11, 2020)، دور القاضي أثناء الصلح بين الزوجين، مجلة صوت القانون، عدد2، صفحة 602.

عبد الحق لخذاري، (ماي, 2020). الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الأحياء، عدد24، صفحة 249.

مواقع الانترنيت:

1-أبوظبي البيان. (24 09, 2013). وزير العدل يصدر قرار بتعديل لائحة التوجيه الأسري. تاريخ الاسترداد 31 03, 2021، من البيان الإمارات: *https://www.albayan.ae/across-the-uae/accidents/2013-09-24-1.1965962*

2-التوجيه الأسري بدبي يسوي 6692 ملفا أسريا، (24 يناير, 2021). تاريخ الاسترداد 31 03, 2021، من جريدة الخليج: *https://www.alkhaleej.ae/2021-01-24*/«التوجيه-الأسري»-بدبي-يسوّي-6692-ملفاً-أسرياً/أخبار-من-الإمارات/أخبار-الدار

3-الطلاق،(بلا تاريخ). تاريخ الاسترداد 31 03, 2012، من البوابة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة: *https://u.ae/ar-AE/information-and-services/social-affairs/divorce-in-the-uae*

4-بلقاسم حوام. (06 10, 2016). جلسات الصلح في 03 دقائق تنتهي بالطلاق. تاريخ الاسترداد 18 09, 2018، من الشروق: *https://www.echoroukonline.com*/جلسات-صلح-في-3-دقائق-تنتهي-بالطلاق

دور المنظمات الدولية في مكافحة الجريمة المنظمة
(منظمة الأمم المتحدة، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية نموذجا)

The role of international organizations in combating organized crime (United Nations, International Criminal Police Organization model)

رابح نهائلي (*)
جامعة غرداية، الجزائر
rabahn1962@gmail.com

قيرة سعاد
جامعة غرداية، الجزائر
souad.g123@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2020/11/16 تاريخ القبول للنشر: 2020/12/06

****

ملخص:

نظرا لخطورة الإجرام المنظم وتأثيره السلبي على الصعيدين الدولي والوطني، أكد المجتمع الدولي على ضرورة مكافحة الجريمة المنظمة منذ عقود مضت، وذلك بالاعتماد على آليات ووسائل لحماية المجتمعات، وأمن الدول واستقرارها السياسي والاقتصادي من خلال آليات قواعد قانونية كرستها الأجهزة الرئيسية للمنظمات الدولية الكبرى كمنظمة الأمم المتحدة، ومنظمة الشرطة الجنائية الدولية" الإنتربول "في مختلف الاتفاقيات الدولية المبرمة والمؤتمرات الدولية التي عقدت في هذا الشأن، وكذا القرارات والتوصيات المتخذة لمجابهة هذه الظاهرة الخطيرة، فضلا عن العديد من التدابير المتخذة على المستوى الوطني.

الكلمات المفتاحية: جريمة منظمة-مجتمع دولي-منظمات دولية-الأمم المتحدة-الشرطة الجنائية.

Abstract:

In view of the seriousness of organized crime and its negative impact at the international and national levels, the international

---

*المؤلف المرسل.

community stressed the need to combat this organized crime for decades, by relying on mechanisms and means to protect societies, and the security and political and economic stability of States based on the mechanisms of legal rules established by The principal organs of major international organizations such as the United Nations and the International Criminal Police Organization (Interpol) through the various international conventions concluded and international conferences held in this regard, as well as the decisions and recommendations taken to confront this dangerous phenomenon, as well as For many of the measures taken at the national level.
key words: Organized crime-international community-international organizations-the United Nations-criminal police.

مقدّمة:

نظرا لخطورة الإجرام المنظم وتأثيره السلبي على الصعيدين الدولي والوطني، أكد المجتمع الدولي على ضرورة مكافحة هذه الظاهرة الخطيرة منذ عقود مضت، وذلك بالاعتماد على آليات ووسائل لحماية المجتمعات، وأمن الدول واستقرارها السياسي والاقتصادي استنادا إلى قواعد قانونية كرستها الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن وإلى التشريعات الوطنية المتعلقة بها.

وتهدف هذه الدراسة إلى إبراز مختلف المبادرات والاستراتيجيات، التي اعتمدها هيئات وطنية ودولية لمكافحة ظاهرة الإجرام المنتظم، وقد ركزنا على الأمم المتحدة باعتبارها أكبر منظمة دولية تعنى بحفظ السلم والأمن الدوليين، وعلى الشرطة الجنائية الدولية لارتباط نشاطها بصفة مباشرة مع مقترفي مختلف صور الجريمة المنظمة، كالإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، الهجرة غير الشرعية، تبييض الأموال...الخ.

الإشكالية:

اتجهت جهود المجتمع الدولي ككل لمواجهة ظاهرة الإجرام المنظم بالتصدي لمسبباتها وذلك بدعم وتطوير سبل التعاون الأمني والقضائي والقانوني من خلال العديد من المنظمات الدولية والإقليمية كمنظمة الأمم المتحدة، ومنظمة الشرطة الجنائية الدولية.

وترتيبا لما سبق فإن الإشكالية التي نرى أنها جديرة بالطرح هي:

ما الآليات والقواعد القانونية التي اتخذتها وكرستها الأجهزة الرئيسية للمنظمات الدولية الكبرى كمنظمة الأمم المتحدة، ومنظمة الشرطة الجنائية الدولية "الإنتربول" لمكافحة مختلف صور الجريمة المنظمة؟

مناهج الدراسة:

اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الوصفي لتوصيف النصوص القانونية المتعلقة بالمواد التي لها صلة بموضوع البحث، وعلى المنهج التحليلي، لتحليل تلك النصوص الواردة في مختلف الاتفاقيات الدولية، والتشريعات الوطنية، وكذا تحليل مختلف قرارات أجهزة الأمم المتحدة كالجمعية العامة، ومجلس الأمن.

خطة الدراسة:

للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا على خطة من مبحثين، نتناول في المبحث الأول القواعد والآليات الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة على مستوى منظمة الأمم المتحدة، أما المبحث الثاني فنتناول فيه دور الشرطة الجنائية الدولية في مكافحة الجريمة المنظمة.

المبحث الأول: آليات وسبل مكافحة الجريمة المنظمة على المستوى الدولي (منظمة الأمم المتحدة)

قبل الحديث عن الدور الكبير الذي لعبته وما زالت تلعبه منظمة الأمم المتحدة في مكافحة الجريمة المنظمة التي انتشرت بشكل واسع جدا واتخذت صورا عديدة ومعقدة أصبحت تهدد السلم والأمن الدوليين ليس فقط في الدول النامية بل حتى في الدول العظمى من المفيد جدا أن نعرج ولو بإيجاز عن أهم الأجهزة الرئيسية لهذه المنظمة التي تلعب أدورا هامة في حفظ السلم والأمن، ومكافحة الإجرام المنظم، وذلك من خلال العديد من الآليات القانونية كالقرارات والتوصيات التي تصدرها، والمؤتمرات الدولية التي تعقدها، والمعاهدات التي تبرمها في هذا المجال.

منظمة الأمم المتحدة كما هو معلوم أنشأتها معاهدة "سان فرانسيسكو" في العام1945،اشتمل ميثاقها على ديباجة و111 مادة، لها ستة أجهزة رئيسية تعمل على تنفيذ أهدافها ومقاصدها، كل حسب اختصاصه وهي:

مجلس الأمن، الجمعية العامة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، مجلس الوصاية، محكمة العدل الدولية، الأمانة العامة، فضلا عن العديد من الوكالات المتخصصة التابعة لها كمنظمة الصحة العالمية ومنظمة العمل الدولية...الخ.

المطلب الأول: أجهزة الأمم المتحدة

ما نركز عنه في هذا المقام الحديث عن الأجهزة الفعالة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة التي تلعب دورا كبيرا في مكافحة الجريمة المنظمة كمجلس الأمن، والجمعية العامة، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي لارتباط سلطاتها وصلاحياتها بموضوع بحثنا هذا.

الفرع الأول: مجلس الأمن:

مجلس الأمن هو أحد الأجهزة الرئيسية الفعالة والحساسة في منظمة الأمم المتحدة باعتباره الجهاز التنفيذي لهذه المنظمة ويتضح من خلال تسميته الدور الأساسي المنوط به المتمثل في الحفاظ على الأمن والسلم الدوليين وقد ورد ذكره في الميثاق في الفصل الخامس من المادة23 إلى غاية المادة32 وهذه المواد تناولت كل ما يتعلق بهذا الجهاز من حيث العضوية فيه، وظائفه، سلطاته، طريقة التصويت فيه، الإجراءات.

الفرع الثاني: الجمعية العامة:

إن مهام واختصاصات الجمعية العامة تم النص عليها في المواد10، 11، 13، 14، 15، 17 في الفصل الرابع من ميثاق الأمم المتحدة، وقد تطورت اختصاصاتها تدريجيا من خلال الممارسة الدولية سواء في إصدار التوصيات-وهي غير ملزمة-أو إصدار القرارات الملزمة مثل إقرار الميزانية والموافقة على انضمام الدول الجديدة. (بوسلطان، 2002)

ولقد كان للجمعية العامة مبادرات عدة في مجال تحقيق الأمن والسلم ومن أشهر هذه المبادرات قرار "الاتحاد من أجل السلم" الصادر في03نوفمبر1950 رغم المعارضة الشديدة للاتحاد السوفيتي.

وبناء على هذا القرار يمكن للجمعية العامة إصدار التوصيات اللازمة للدول الأطراف لاتخاذ الإجراءات المناسبة لمجابهة الوضع بما في ذلك إمكانية استخدام القوة وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من إعلان الاتحاد من أجل السلم لعام1950).

الفرع الثالث: المجلس الاقتصادي والاجتماعي

خصص له الفصل العاشر من الميثاق المواد من61إلى72 وحدد مهامه بدقة، هذه المهام تظهر بصورة سلطات دفع أو تنسيق أو تنفيذ كما تظهر في آن واحد أنها سلطات متعارضة أو متكررة مع غيرها في الأجهزة الأخرى خاصة منها الجمعية العامة.

المطلب الثاني/دور أجهزة منظمة الأمم المتحدة في مكافحة الجريمة المنظمة:

لعبت أجهزة منظمة الأمم المتحدة دورا كبيرا في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الدول، وأعمالها في هذا الشأن كثيرة ومتعددة، من بينها عقد المؤتمرات الدولية وإبرام الاتفاقيات الدولية وإصدار القرارات والتوصيات لمنع الجريمة (خاطر، 2011).

الفرع الأول: أهم المؤتمرات الدولية:

من بين أهم المؤتمرات نذكر:

-المؤتمر الخامس المنعقد عام1975 بجنيف، والذي تعتبر أول مؤتمر طرحت فيه الجريمة المنظمة للنقاش و الدراسة، وتم تناول ذلك في البند05من جدول أعمال هذا المؤتمر.

-المؤتمر السادس المنعقد عام1980 بكاراكاس، الذي تم فيه تناول الجرائم الاقتصادية العابرة للحدود والأوطان.

-المؤتمر السابع المنعقد عام1985 بميلانو، الذي أوصى بضرورة تضافر الجهود لمكافحة ظاهرة الإتجار بالعقاقير المخدرة وإساءة استعمالها، والجريمة المنظمة بوجه عام.

-المؤتمر الثامن المنعقد عام1990 في هافانا الذي أقر بعض المبادئ التوجيهية لمنع الجريمة المنظمة ومكافحتها وأوصى الدول بضرورة اتخاذ تدابير وطنية ودولية فعالة لمكافحة الجريمة المنظمة والجريمة الإرهابية، وتعزيز التعاون بين الدول في ذلك.

-المؤتمر التاسع المنعقد عام1995 في القاهرة الذي أكد على ضرورة تعزيز الاتفاقيات والإجراءات القانونية الخاصة بمكافحة الجريمة المنظمة وعلى وجه الخصوص جريمة الإتجار (البريزات، 2008).

-المؤتمر العاشر المنعقد عام2000 في فينا، والذي تناول الآثار الجسيمة الجريمة المنظمة بكل صورها.

-المؤتمر الحادي عشر المنعقد عام2005 في بانكوك، الذي تناول مسألة انتشار الجريمة المنظمة بشكل لافت، لاسيما جرائم الإتجار بالأشخاص، وجرائم غسيل الأموال، وذلك بتبني اتخاذ تدابير فعالة لمكافحتها ومنع انتشارها.

-المؤتمر الثاني عشر المنعقد عام2010 في السلفادور، والذي أقر بضرورة اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة، و تدابير أخرى من أجل التصدي لجرائم الإتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، وتوثيق أواصر التعاون بين الدول في ذلك.

وفي عام1991 تم إنشاء لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية داخل الهيكل التنظيمي لمنظمة الأمم المتحدة تتولى مهمة عقد مؤتمرات تحضيرية تمهيدا لعقد مؤتمر الأمم المتحدة الذي يعقد كل05سنوات.

كما قامت بإنشاء اللجنة الاستشارية لخبراء منع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عهد إليها مهمة مكافحة الجريمة وتقديم المشورة للأمين العام، وإيجاد البرامج، ووضع الخطط، ورسم سياسات لتدابير دولية في مجال منع الجريمة، ومعاملة المجرمين، وتعقد مؤتمرات دورية كل خمس سنوات وذلك بهدف تعزيز وتبادل المعارف، والخبرات بين الأخصائيين من مختلف الدول من أجل تدعيم التعاون الدولي والإقليمي في مجال مكافحة الجريمة بوجه عام، والجريمة المنظمة بوجه خاص.

هذا وقد أعلن مدير عام مكتب منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة والمخدرات "جوري فيدتوف" عن تدشين آلية جديدة لمكافحة الجريمة المنظمة تسمح لصانعي السياسات في مختلف بلدان العالم فهم خبرات المتخصصين المتراكمة في هذا المجال، والاستعانة بهم أثناء وضع الاستراتيجيات المعنية بمكافحة الأنشطة الإجرامية المختلفة على المستوى الوطني، وأوضح "فيدتوف" أن الآلية الجديدة توفر معلومات تحليلية أعدها نحو50خبيرا دوليا متخصصا عقب دراسة نحو200حالة إجرامية لها علاقات بالمنظمات الإجرامية الدولية، لافتا إلى تمتع هؤلاء الخبراء بالمعرفة التراكمية عن الجريمة.

وقد جاء ذلك على هامش فعاليات الدورة السادسة لمؤتمر منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الذي عقد في16أكتوبر2012 في فينا بمشاركة نحو800مسئول ومتخصص يمثلون الدول الأعضاء في الأمم المتحدة إلى جانب ممثلين عن جمعيات ومنظمات المجتمع المدني، وذلك بهدف مناقشة سبل مكافحة الجريمة المنظمة على مستوى العالم. (الأمم المتحدة تعلن عن تدشين آلية جديدة لمكافحة الجريمة المنظمة،2012).

الفرع الثاني: الاتفاقيات والقرارات التي أصدرتها المنظمة لمكافحة الجريمة المنظمة:

من أهم مبادرات منظمة الأمم المتحدة في مكافحة الجريمة المنظمة نذكر ما يلي:

1-الاتفاقيات: من بين هذه الاتفاقيات نذكر:

-اتفاقية الجريمة المنظمة "باليرمو" لعام2000، والتي أكدت على ضرورة تنسيق السياسات الجنائية الوطنية لمواجهة انتشار الجريمة المنظمة من قبل الدول في المادة05منها، وعلى ضرورة أن تتدخل الدول الأطراف فيها ما يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى (أمنية، سياسية، اقتصادية) لتجريمها والمعاقبة عليها.

-البروتوكولات الثلاثة لاتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة بباليرمو عام2000، حيث يتعلق البروتوكول الأول بمنع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، ويتعلق البروتوكول الثاني بمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، أما البروتوكول الثالث فيتعلق بمكافحة صنع الأسلحة النارية، وأجزائها ومكوناتها، والذخيرة، والإتجار بها بصورة غير مشروعة (بسيوني، 2004).

-الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد عام2003، والتي من شانها المساهمة الحد من انتشار الجرائم المنظمة المقترنة بالفساد داخل القطاع الوظيفي في الدول، خاصة وأن الكثير من المنظمات الإجرامية كثيرا ما تلجأ إلى رشوة وإفساد الموظفين العموميين.

-الاتفاقية الخاصة بمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤتمرات العقلية لعام1988، وإعداد المنظمة لبرنامج يسمى "ببرنامج الأمم لمتحدة للسيطرة على المخدرات(UNDCP)، وذلك من أجل تعزيز تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالمعاهدات الدولية لمكافحة المخدرات، ومنها اتفاقيتي1988 و1996 وذلك بالتعاون مع كثير من الوكالات المتخصصة لمنظمة الأمم المتحدة، منها منظمة الأمم المتحدة للطفولة، والمنظمة الدولية للزراعة، ومنظمة الأمم المتحدة للثقافة والعلوم، و ذلك عن طريق إعداد برامج وقائية، وحملات تحسيس وتوعية بخطورة المخدرات وأضرارها (داود، 2010).

-المعاهدة النموذجية لتسليم المجرمين(قرار رقم 116/45).

-المعاهدة النموذجية لتبادل المساعدة في المسائل الجنائية (قرار رقم 117/45).

-منع الجريمة المنظمة ومكافحتها(مؤتمر هافانا 1990).

-مجموعة العمل المالي الدولي FATF(باريس1989)

-لجنة بازل(1988)تضم ممثلين عن الدول الصناعية للتنسيق والتعاون في مجالات الأمن ومكافحة الإجرام (شلالة، 2010).

2-القرارات: من أهم هذه القرارات:

-القرار الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 95-10 المؤرخ في1995/07/24 والمتعلق بعمل العدالة الجنائية ضد تهريب المهاجرين غير الشرعيين الذي تقوم به المنظمات الإجرامية في الكثير من دول العالم.

-القرار الصادر عن الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة رقم94-157الصادر عام1994 والقاضي بتكليف لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية بدراسة ومعالجة المشاكل الناجمة عن الجريمة المنظمة والفساد.

هذا فضلا عن دور منظمة الصحة العالمية، ومنظمة العمل الدولية كل في مجاله، وغيرهما في مكافحة الجريمة المنظمة.

المبحث الثاني: دور المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في مكافحة الجريمة المنظمة

إلى جانب منظمة الأمم المتحدة هناك منظمة أخرى عرف عنها الكثير في مجال مكافحة الجريمة بوجه عام، والجريمة المنظمة بوجه خاص، وهذه المنظمة تدعى "المنظمة الدولية للشرطة الجنائية" التي تعد من أقدم صور التعاون الشرطي في مكافحة الجريمة المنظمة.

المطلب الأول: نشأتها و مبادئها

سنتناول من خلال هذا المطلب نشأة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية والمبادئ التي تقوم عليها هذه المنظمة في قانونها الأساسي

الفرع الأول: نشأتها

أنشئت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول عام1923 في فيينا (المؤتمر الدولي الثاني للشرطة الجنائية لعام1923)، ومقرها الآن في مدينة "ليون" الفرنسية منذ عام1989،انضمت إليها العديد من الدول ومنها الجزائر، وتضم177 دولة عضو، ولها مكاتب وطنية في كل دولة من الدول الأعضاء، وهي منظمة رسمية بين الحكومات، وتقوم بعدة مهام وخاصة في مجال تبادل المعلومات، والتعاون الدولي ضد الجريمة، أما العضوية فيها، فهي مفتوحة أمام جميع الدول.

هذا يعتبر تأكيد على الطابع العالمي للعضوية فيها، وأنها ليست مقصورة على دول معينة، فكل دولة تحترم التزامات قانونها الأساسي يمكنها الانضمام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية، وقد وصل عدد الدول المنظمة حاليا إلى حوالي186دولة، طبقا للمادة الرابعة من

القانون الأساسي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية "الإنتربول" لعام1956المعدل بموجب الدورة77للجمعية العامة **بسانت بيتسبرغ** عام2008.

وقد انضمت الجزائر إلى منظمة الدولية للشرطة "الإنتربول" سنة1963 أي مباشرة بعد الاستقلال الوطني، ويمثلها الآن المكتب المركزي للشرطة الذي يقع مقره بالجزائر العاصمة(شاطوناف)، وقد تولت الجزائر منصب نيابة رئاسة المنظمة من سنة1974 إلى سنة1983

الفرع الثاني: مبادئها

تتمثل المبادئ الرئيسية للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية التي كرسها قانونها الأساسي فيما يلي:(القانون الأساسي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية المعدل عام2008):

-احترام السيادة الوطنية للدول الأعضاء في المنظمة.

-تنفيذ قرارات جمعيتها العامة.

-المساواة في الحقوق والالتزامات بين جميع الدول الأعضاء داخل المنظمة.

-يحظر على المنظمة أي نشاط يتعلق بالقضايا ذات الطابع السياسي، أو العسكري، أو الديني، أو العنصري.

المطلب الثاني: أهدافها ومجالات اختصاصها

للمنظمة أهداف ومقاصد تقوم عليها من أجل التعاون وتنفيذ القوانين في مختلف المجالات وعبر مختلف الدول وكذا مجالات اختصاصاتها وهذا ما سنبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أهدافها ومقاصدها

تهدف هذه المنظمة إلى رفع مستوى التعاون بين أجهزة تنفيذ القوانين في الدول في مختلف المجالات من تبادل المعلومات، والتحري، والمتابعة القانونية، وتوحيد الإرادة السياسية للدول بشأن التصدي لهذه الجريمة وتشجيعها على تطوير التشريعات بما يكفل مكافحة الجريمة المنظمة بصورة فعالة. و تسعى إلى تحقيق الأهداف التالية:

-تأمين وتنمية التعاضد على أوسع نطاق بين كافة سلطات الشرطة الجنائية في إطار الأنظمة القائمة في مختلف الدول و البيان العالمي لحقوق الإنسان.

-إنشاء وتنمية كافة المؤسسات القادرة على المساهمة الفاعلة في الوقاية من جرائم القانون العام.

الفرع الثاني: مجالات اختصاصها

ومن أهم الجرائم التي تعنى بها منظمة الإنتربول هي:

-جرائم الإتجار غير المشروع بالمخدرات تهريب البضائع، السرقة، الإتجار في الرقيق، سرقة الأعمال الفنية والأثرية، التزييف والجرائم المالية جرائم الإرهاب، وتتمثل المهام الرئيسية للمنظمة في هذا المجال في جمع المعلومات والبيانات عن الجريمة و المجرمين في مختلف الدول، والتعاون مع الأجهزة الأمنية في مختلف البلدان لتعقب المجرمين الفارين والقبض عليهم.

-كما تختص الإنتربول بعمليات البحث، والتحري، والكشف عن الجرائم المعلوماتية عامة وشبكة الإنترنت، خاصة ومرتكبيها باعتبارها نوع جديد من الإجرام المنظم، عن طريق تعقب الأدلة الرقمية وضبطها، والقيام بعملية التفتيش العابر للحدود لمكونات الحاسب الآلي المنطقية والأنظمة المعلوماتية وشبكات الاتصال، بحثا عن ما قد تحتويه من أدلة وبراهين على ارتكاب الجريمة المعلوماتية.

الفرع الثالث: دورها في مكافحة الجريمة

ساهمت منظمة الشرطة الدولية(الإنتربول)في مكافحة الجريمة بشكل فعال، وذلك من خلال تزويد الدول الأعضاء فيها بمعلومات مهمة عن المجرمين المطلوبين للعدالة، وقد تركز اهتمامها في السنوات الأخيرة بصورة أساسية على الجريمة المنظمة والأنشطة الإجرامية ذات العلاقة بها.

ففي عام1999 أسست في السكرتارية العامة للإنتربول فرقة متخصصة لمكافحة الإجرام المنظم أوكل إليها مهمة تنفيذ سياسة المنظمة للتصدي لهذه الجريمة من خلال تزويد الدول الأعضاء بالمعلومات المختلفة حول المنظمات الإجرامية وغسيل الأموال والمشتبه فيهم، وإعداد الدراسات حول هذه الجريمة و يمكن إجمال أهم مهام هذه الفرقة فيما يلي: (البريزات، 2008، صفحة 161).

-خلق آلية لتبادل المعلومات والوثائق عن الأشخاص والمنظمات الإجرامية في كافة أنحاء العالم.

-نشر التقارير أو المعلومات اليومية والإعلانات الدولية وتوزيعها.

-تنظيم المؤتمرات لدراسة ظاهرة الجريمة المنظمة، وتوثيق التعاون فيما بين الدول الأعضاء وقد حدد القانون الأساسي للمنظمة الصادر عام2008مهامها في مجال مكافحة الجريمة بوجه عام، والجريمة المنظمة بوجه خاص، وتتمثل فيما يلي: (حسين)

-تجميع وتبادل المعلومات والبيانات المتعلقة بالجريمة والمجرم: حيث تتسلم المنظمة هذه البيانات والمعلومات وتتبادلها مع المكاتب المركزية للشرطة الجنائية في الدول الأعضاء، وتقوم المنظمة بتجميع هذه البيانات وتنظيمها لديها وهذه الوثائق تعتبر وثائق مهمة في مكافحة الجريمة على المستوى الدولي.

-تنسيق الجهود بين الدول الأعضاء خاصة في مسألة القبض على المجرمين: حيث تتولى التنسيق مع الدولة العضو من خلال المكاتب المركزية الوطنية التابعة للمنظمة، وذلك بتعيين مكان تواجد المجرم، والإسراع في اتخاذ إجراءات القبض عليه، وتسليم المجرمين وفقا لما تضمنته القوانين والنظم الداخلية للدول واتفاقيات حقوق الإنسان كما جاء في المادة الثانية من القانون الأساسي للمنظمة الدولية لشرطة الجنائية لعام2008)

-العمل على مكافحة جرائم القانون العام: مثل جرائم المخدرات، وجرائم تبيض الأموال، وكذلك جرائم الإرهاب، بحيث يمنع على الإنتربول التدخل في المسائل والشؤون ذات الطابع السياسي، أو العسكري، أو الديني أو العنصري وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون الأساسي للمنظمة الدولية لشرطة الجنائية لعام2008.

-تقديم المساعدة للدول من أجل حماية الأمن الدولي: وذاك من خلال إبلاغ الدول باحتمال وقوع جرائم جديدة، إما نظرا لورود معلومات إليها، وإما لوجود مجرم خطير في ذلك البلد.

-القيام بالتدريب على كيفية البحث والتحري عن الجريمة والمجرمين لأجهزة الشرطة والأجهزة الأخرى المكلفة بالبحث عن الجريمة والمجرمين والتحقيق فيها في الدول، وذلك عن طريق البرامج والدورات التدريبية، والملتقيات، والمؤتمرات وغيرها.

وتجدر الإشارة إلى أن منظمة الإنتربول قامت بعدة أنشطة ومبادرات من أجل مجال مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، ففي مجال مكافحة جريمة غسيل الأموال قامت الإنتربول منذ عام1995 بعقد اجتماع مع السلطات المعنية في الدول، حيث تم فيه الاتفاق مع الدول الأعضاء على اتخاذ قرار يتعلق بمكافحة الجرائم المالية عبر الدول وتعزيزها في تدعيم التعاون الدولي، كما أوصت الإنتربول الدول الأعضاء بتبني مسائل تضمنها تشريعاتها الداخلية تتمثل خاصة في:

-اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع استخدام التكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في غسيل الأموال.

-ضرورة تأكد الأجهزة المعنية بالرقابة، والإشراف على البنوك والمؤسسات المالية، من وجود برامج كافية لدى هذه الجهات لمكافحة غسيل الأموال.

-تعاون الإنتربول مع الدول العربية والإسلامية في مجال تسليم المجرمين، ومصادرة الأموال غير المشروعة

-تعقب الأموال ومنح سلطة التحري القانوني الكافية لأجهزة تنفيذ القوانين في الدول لتعقب ومتابعة، وتجميد رؤوس الأموال المحصلة من النشاط الإجرامي المنظم.

وفي ذلك نقول، أنه ينبغي الاستفادة من خبرات المنظمة الدولية للشرطة الجنائية "الأنتربول" في مجال جمع المعلومات والبحث والتحري والتحقيق في الجريمة المنظمة بمختلف صورتها وتتبع مرتكبيها من قبل الدول العربية، والجزائر على وجه الخصوص باعتبارها إحدى الدول الأعضاء في المنظمة، والاستفادة أيضا من الوسائل التكنولوجية والمعلوماتية التي تتوافر عليها وتعميمها على أجهزة الضبطية القضائية المكلفة بالبحث والتحقيق وتعقب المجرمين لاسيما أجهزة الشرطة والدرك الوطني، أعوان الجمارك وحراس الحدود المكلفين بمكافحة جرائم التهريب السلع والعملات، وجرائم المخدرات، وتهريب المهاجرين غير الشرعيين وغيرها.

وقد أشار المؤتمر الدولي16لقانون العقوبات المنعقد في بودبست عام1999 إلى التطور الملحوظ في مجال التعاون الشرطي لمكافحة الجريمة من خلال استخدام وسائل وقنوات جديدة للاتصال بين العديد من الدول، والتعاون مع الأجهزة الشرطية الإقليمية مثل "الإيربول" في أوروبا، واستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة كنظام المراقبة عبر الحدود بواسطة الأقمار الصناعية.

خاتمة:

إن التطور الكبير الذي يشهده المجتمع الدولي المعاصر من غزو الفضاء والسباق نحو التسلح، والتحكم في التكنولوجيا الرقمية، وسرعة المواصلات وسهولة التواصل رافقته موجة واسعة وخطيرة من انتشار وتفشي أصناف عديدة من الجرائم كالإتجار غير المشروع

بالمخدرات والمؤثرات العقلية، وتبييض الأموال، والهجرة غير الشرعية، والتزوير بمختلف صوره، والجرائم الإلكترونية.

وقد أضحت هذه الجرائم الخطيرة التي تعرف بما يسمى بالجريمة المنظمة العابرة للوطن، زيادة عن جرائم الإرهاب الدولي تهدد السلم والأمن، ليس فحسب في دول العالم الثالث، بل منظومة الأمن الجماعي ككل. لذلك سارعت مختلف الدول والمنظمات الدولية الكبرى كمنظمة الأمم المتحدة، ومنظمة الشرطة الجنائية الدولية للبحث عن السبل الفعالة لمكافحة ظاهرة الإجرام المنظم والوقاية منه، وذلك من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات والتصديق عليها، وتنظيم العديد من المؤتمرات والندوات حول هذه الظاهرة الخطيرة.

وقد توصلنا في بحثنا هذا إلى النتائج التالية:

النتائج:

-إن من أهم عوامل ظهور وتفشي ظاهرة الإجرام المنظم، النزاعات المسلحة، والحروب الأهلية التي ساهمت في تغذية العنف والإرهاب الدولي في مناطق عديدة من العالم نتيجة طغيان وغطرسة الدول العظمى واستغلالها خيرات الشعوب الفقيرة واستعبادها وتجويعها، لان ذلك يخلق بيئة مناسبة لنشاط جماعات الإجرام المنظم لغياب العدالة والمساواة بين الدول.

-أمن واستقرار المجتمع الدولي، وانحصار دائرة انتشار الجرائم مرتبط بما نقدمه نحن الأفراد من ضمانات التربية الحسنة، والقدوة في السلوك، ونبذ الأنانية، واحترام الغير. كما أنه مرتبط أيضا بمواقف الدول الكبرى تجاه القضايا الدولية الشائكة لاسيما قضايا الحروب والتوترات الإقليمية والنزاعات المسلحة وبما يتخذ من قرارات عادلة على مستوى أجهزة المنظمات الدولية الفاعلة كمجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية مثلا.

-انعكاسات أخطار الجريمة المنظمة أصابت حتى البنية الاجتماعية والاقتصادية للدول العظمى مما جعلها تسعى جاهدة للتعاون فيما بينها من أجل تتبع المجرمين وتعقب آثارهم ومن ثم تسليمهم للمحاكمة، وذلك من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات والمعاهدات وعقد الندوات والمؤتمرات الدولية وإنشاء هيئات دولية "الإنتربول مثلا" لمجابهة هذه الظاهرة الخطيرة المقلقة.

-رغم الجهود الكبيرة التي بذلت لمكافحة الجريمة المنظمة فإن النتائج المحققة لحد الآن غير مرضية، بالنظر إلى ارتفاع درجات ومستويات الإجرام التي تطالعنا بها الهيئات المختصة في إحصاء ورصد ظاهرة الإجرام عبر مختلف دول العالم.

-النتائج الصادمة والإخفاق الكبير في مجابهة ظاهرة الإجرام المنظم، جعلت الكل يتساءل عن السبب في هذا الفشل الكبير. فهل الخلل يكمن في منظومة القوانين التي سنتها الدول لمكافحة الجريمة المنظمة بمختلف صورها ومستوياتها؟ أم الخلل يعود إلى عدم التطبيق الصارم للعقوبات التي أقرتها المجموعة الدولية وسعت لتطبيقها من خلال إدماجها في التشريعات الوطنية؟ أم يعود لأسباب أخرى مرتبطة بالفساد، وبطبيعة العلاقات القائمة بين المجموعة الدولية ككل.

وقد توصلنا من خلال دراستنا هاته إلى طرح التوصيات (الاقتراحات) التالية:

التوصيات(الاقتراحات):

-ضرورة إعمال وتفعيل مبدأ حسن النية في التعامل الدولي، واحترام سيادة الدول، والمساواة بينها في الحقوق والالتزامات، لكونها الضامن الأساسي لنفاذ وفاعلية القاعدة القانونية.

-على الدول العظمى أن تغير نظرتها تجاه الدول النامية، وتعتبرها كشريك متعاون له نفس الحقوق وعليه نفس الالتزامات، وليس مجرد تابع أو مستعمر.

-على المستوى الوطني يجب العمل على تنمية وإشاعة قيم ومبادئ الديمقراطية والعدالة، ونبذ العنف والتعصب، ونشر ثقافة والتسامح التعايش الديني والحضاري، واحترام مبدأ تكافؤ الفرص، وفتح آفاق المستقبل أمام الأجيال الصاعدة، وكفالة الحريات الأساسية، وضمان المنافسة الشريفة والنزيهة

-يجب اعتماد منظومة تربية متكاملة تقوم على حسن تربية الناشئ على الأخلاق الحسنة، انطلاقا من الأسرة والشارع والمدرسة والمؤسسات الدينية، ومختلف منظمات المجتمع المدني. فالذي يقدم على ارتكاب الجريمة ويتفنن في تنفيذها، أكيد أنه إما لأنه لم يتلق تربية حسنة في كنف أسرة متماسكة، ومجتمع فاضل، أو لأنه اكتوى بنيران القهر والتهميش والإحباط والظلم وسدت في وجهه كل النوافذ نحو حياة كريمة.

قائمة المراجع:

المؤلفات:

1. جهاد محمد البريزات،(2008)، الجريمة المنظمة-دراسة تحليلية-الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر التوزيع، الأردن.
2. كوركيس يوسف داود، (2010)، الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.

3. محمد بوسلطان،(2002)، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الثاني، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران.
4. محمود شريف بسيوني،(2004)، الجريمة المنظمة عبر الوطنية-ماهيتها ووسائل مكافحتها عربيا ودوليا-، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة.
5. نزيه نعيم شلالة، (2010)، الجريمة المنظمة-دراسة مقارنة من خلال الفقه والدراسات والاتفاقيات الدولية-، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

النصوص القانونية:

1. القانون الأساسي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية المعدل لعام2008.

المقالات:

1. مايا خاطر، الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية وسبل مكافحتها، (2011)، مقال منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الثالث

مواقع الانترنيت:

1. -القانون الأساسي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية "الإنتربول" لعام1956 على الموقع الإلكتروني التالي:http://www.usaagencynews.com
2. فريجة حسين، الجهود الإقليمية والدولية في مكافحة الإجرام المنظم، جامعة محمد بوضياف، مسيلة الجزائر، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:*http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net*

دور المنظمات غير الحكومية في حماية المناخ
the role of Non-governmental organizations in climate protection

قوق سفيان
كلية الحقوق، جامعة الجزائر01
sofiane.goug@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/04/24 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/20

****

ملخص:

برز دور المنظمات غير الحكومية(ONG) وخاصة البيئية منها بشكل فعال على الساحة الدولية خلال العقود الثلاثة الأخيرة من القرن المنصرم، وتحديدا بعد مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية بريو دي جانيرو عام1992م، ففي مجال حماية المناخ، وبالرغم أن الفقه الدولي الحديث لم يعترف بعد بالشخصية القانونية الدولية لهذه المنظمات إلا أن أحد لم ينكر الدور الواسع للمنظمات غير الحكومية في إعداد وتنفيذ مشاريع التنمية وفي التفاوض على الاتفاقيات الدولية، أي أنه قد أصبح للمنظمات غير الحكومية نشاطات متنوعة تؤثر إلى حد كبير في اتخاذ القرار السياسي حيث تقوم هذه بالإعداد للمؤتمرات الدولية البيئية وتقترح إبرام المعاهدات الدولية، وتقوم بإجراء حوار ونقاش في المحافل الدولية البيئية فتؤثر في اتخاذ القرارات وتقوم بالتشجيع وتقدم المساعدات أو الضغط على الدول لاتخاذ موقف معين وأحيانا تكون بعض بنود المعاهدات من اقتراحها.

الكلمات المفتاحية: المناخ، المنظمات غير الحكومية، البيئة، التغيرات المناخية.

Abstract:

The role of non-governmental organizations (ONG), especially the environmental ones, has emerged effectively on the international scene during the last three decades of the last century, specifically after the United Nations Conference on Environment and Development in Rio de Janeiro in1992, in the field of climate protection, despite the fact that modern international jurisprudence has not yet recognized the personality However, no one has denied the wide role of non-governmental organizations in preparing and implementing

development projects and in negotiating international agreements, meaning that NGOs have various activities that greatly affect political decision-making as the latter prepares for international environmental conferences. It proposes the conclusion of international treaties, conducts dialogue and discussion in international environmental forums, influences decision-making, encourages and provides assistance, or pressures states to take a specific position, and sometimes some of the treaty provisions are part of its proposal.
key words: Climate, non-governmental organizations, the environment, climate change.

مقدّمة:

في الواقع، ساهمت العديد من المتغيرات العالمية خلال العقود الثلاثة الأخيرة من القرن الماضي في إحداث تحولات، وإفراز تحديات كبيرة، مست بشكل رئيسي قدرة الدول على القيام بمهامه بشكل منفرد في تلبية تطلعات مجتمعاتها، لا سيما التطلعات ذات البعد الإنساني، فكان هذا السياق مستعدا على وجود فواعل أخرى تسعى إلى القيام بالمهام، ومواجهة التحديات التي كانت من صميم اختصاص الدول، ومن هذه الفواعل، نجد المنظمات غير الحكومية، التي سارعت لمشاركة الدول في إدارة وتبني بعض القضايا، كما تمكنت من وضع أجندات خاصة بها، وبذلك أضحت تساهم في رسم بعض الأدوار في مختلف المجالات التي تقتحمها.

كما أن التأثير المتزايد للمنظمات غير الحكومية في النطاق الدولي، ولد الانتباه ليس فقط إلى إنجازات هذه المنظمات، ولكن أيضا إلى القضايا التي تدافع عنها، ومن بين هذه القضايا التي أولت لها المنظمات غير الحكومية أهمية وعناية بالغة، قضايا المتعلقة بالمناخ، حيث استطاعت توجيه السياسات الدولية وفق برامج بيئية تحقق التنمية المستدامة وحدت بالدول إلى إدراج الثقافة البيئية في قوانينها الأساسية الداخلية، والمصادقة على كل الاتفاقيات الخاصة بحماية المناخ، وذلك اعتمادا على كل المبادئ والآليات البيئية التي نصت الاتفاقيات الدولية المبرمة في المؤتمرات التي تناولت المناخ والتي صادقت عليها معظم دول العالم.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المنظمات غير حكومية قد نجحت في أداء دورها إلى حد كبير، وذلك بالنظر إلى مبادئها وأهدافها التي جاءت في مواثيقها. وعليه، فإن الإشكالية التي يثيرها

موضوع دراستنا تبحث في كيفية تناول هذه المنظمات البعد البيئي لديها والمتمثل في حماية المناخ وماهي الآليات التي اعتمدت عليها؟

واستنادا إلى الموضوع محل البحث وقصد معالجته والوقوف على كل جوانبه اعتمدنا على منهجين رئيسيين: المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، حيث استخدمنا أسلوب البحث الوصفي لوصف الظاهرة المراد دراستها، واستخلاص أهم النتائج التي يمكن التوصل لها من حيث المهام والآليات لذلك.

كما اعتمدنا أسلوب البحث التحليلي، لأنّ تحديد مدى فعّالية تدخل المنظّمات غير الحكومية في مواجهة التحديات البيئية تقتضي منا تحليل هذا الدور وتمحيصه، بالشكل الذي يجعلنا نتبيّن مدى كفايته أو قصوره، ومدى فعّالية الحماية التي يحققها على أرض الواقع بشأن مختلف المصالح البيئية المشمولة بالحماية. وعليه للإجابة على الإشكالية السابقة، ارتأينا تقسيمها، كما يلي:

المبحث الأول: دور المنظمات غير الحكومية في المحافل البيئية الدولية.

المبحث الثاني: أساليب تدخل المنظمات غير الحكومية في حماية المناخ.

المبحث الأول: جهود المنظمات غير الحكومية في المحافل البيئية الدولية

في الحقيقة، حاولت بعض المنظمات الدولية غير الحكومية البيئية مؤخرا-ومن بين هذه المنظمات: منظمة السلام الأخضر، منظمة أصدقاء الأرض، منظمة صندوق الحياة البرية العالمي-، (حموتة ، 2015م، صفحة 52)تعديل قواعد العمل الدولية الجاري التعامل بها من قبل الدول والهيئات الدولية في مجال المناخ، وهي ترتكز في ذلك على قوتها التجنيدية على الصعيد الدولي، وقدرتها على التحليل والتفكير والاقتراح، وبهذا استطاعت بالاعتماد على جملة من السبل المساهمة في إعداد قواعد القانون الدولي للبيئي، (وافي ، 2013-2014م، الصفحات 87-88)فهي مثلا تقوم بالإعداد للمؤتمرات الدولية البيئية، وتقترح إبرام المعاهدات الدولية، وتقوم بإجراء حوارات ونقاشات في المحافل الدولية البيئية، فتؤثر في اتخاذ القرارات، وتقوم بالتشجيع، وتقديم المساعدات، أو الضغط على الدول لاتخاذ موقف معين، وأحيانا تكون بعض بنود المعاهدات من اقتراحها وتسهر على متابعة تنفيذها. (الكيش، 2013م، صفحة 391).

وعليه، سنتطرق لدور المنظمات غير الحكومية في المحافل الدولية البيئية من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: دور المنظمات غير الحكومية في المؤتمرات الدولية البيئية

المطلب الثاني: دور المنظمات غير الحكومية في المفاوضات على الصكوك الدولية لحماية المناخ.

المطلب الأول: دور المنظمات غير الحكومية في المؤتمرات الدولية البيئية

عرف القانون الدولي المعاصر تطورا متسارعا، وتنوعت انشغالات الدول، ولم تعد المؤتمرات الدولية تهتم فقط بالموضوعات السياسية، بل تنوعت مواضيع تلك المؤتمرات لتشمل قضايا التنمية والبيئة، ومحاربة الفقر والتخلف، وكل ما يحقق الأمن الجماعي والتنمية البشرية، وأصبحت المنظمات غير الحكومية تلعب دورا كبيرا في إنجاح أعمال تلك المؤتمرات في كل المراحل، بدء بالتحضير، وحضور الجلسات، وتقديم الاقتراحات، وإصدار البيانات، وتحرير التوصيات، وصولا إلى مراقبة التنفيذ وتجسيد التوصيات والبرامج.

وعليه، سوف نتطرق إلى دور المنظمات غير الحكومية في المؤتمرات الدولية البيئية من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: التحضير لعقد المؤتمرات الدولية البيئية

شكل مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية في ريودي جانيرو لعام1992م-ويطلق عليه قمة ريو، أو قمة الأرض، وهي قمة نظمتها الأمم المتحدة بريو دي جانيرو، بالبرازيل، من أجل البيئة والتقدم، وكان ذلك من03يونيو حتى14يونيو1992م، وشارك في المؤتمر172حكومة، منها108دول أرسلت رؤساءها أو رؤساء حكوماتها، وحوالي2400ممثل لمنظمات غير حكومية و17,000 شخص في المنتدى العالمي للمنظمات غير الحكومية الذي عقد موازيا للقمة وأطلق عليه المركز الاستشاري-، حدثا مهما فيما يتعلق بمشاركة ممثلين من جهات غير حكومية في النظام البيئي الدولي، حيث سمح المؤتمر بمشاركة المنظمات غير الحكومية في الأعمال التحضيرية للمؤتمر بصفتهم خبراء في مجال التعاون الدولي، ومكنهم من المساهمة في صياغة جدول الأعمال الذي قُدِّم أمام المؤتمر، وقد كان بعض ممثلي هذه المنظمات أعضاء أيضا في الهيئة الحكومية الدولية لخبراء المناخ، وقد حضر هؤلاء الممثلون جميعا كل اجتماعات المؤتمر الرسمية وغير الرسمية، وقدموا خلالها وثائق مهمة بصفتهم مراقبين. (عسكر، القانون الدولي البيئي: تغيرات المناخ-دراسة تحليلية تفصيلية-، 2013م، صفحة 730).

وتأكيدا على دور المنظمات غير الحكومية البيئية في معالجة قضايا البيئة، فقد ورد في "إعلان ريو"-وهو وثيقة قصيرة صدرت عن مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية عام1992م- النص على هذا الدور بموجب المبدأ العاشر منه والذي ينص على أنه: "أحسن طريقة لمعالجة المسائل البيئية، هو ضمان مشاركة كل المواطنين المعنيين، وعلى المستوى المناسب، وعلى المستوى الوطني ينبغي أن يكون لكل فرد الحق في الاطلاع على المعلومات التي تحوزها السلطات العامة والمتعلقة بالبيئة، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالمواد والنشاطات الخطيرة، كما ينبغي أن يكون لكل فرد حق المشاركة في المسارات المتعلقة باتخاذ القرارات البيئية. كما ينبغي على الدول تشجيع وتحسيس ومشاركة الجمهور من خلال وضع المعلومات تحت تصرفه". وعلى نحو مماثل، أكد الفصل23من جدول أعمال القرن21، على أنه لابد أن يتاح للأفراد والمجاميع والمنظمات للوصول إلى المعلومات المتعلقة بالبيئة والتنمية.

كما وجدت المنظمات غير الحكومية البيئية صداها في الاتفاقيات البيئية التي عقدت أثناء وبعد قمة ريو، حيث تشترط الاتفاقية الإطارية لتغير المناخ-ويرمز لها "UNFCCC" وهي اتفاقية دولية صدَّق عليها191بلداً والتزمت تلك البلدان بوضع استراتيجيات وطنية لمواجهة الاحترار العالمي-بأن يقوم أطرفها وعلى المستويين الوطني والإقليمي وبموجب القوانين والضوابط المحلية وضمن نطاق إمكانياتها، بتشجيع وتسهيل مدخل عام إلى المعلومات والمشاركة العامة.

وعلى هذا الأساس، شهدت السنوات العديدة الماضية تغييرات أساسية في اهتمام المنظمات غير الحكومية بقضايا ومشاكل البيئة والتنمية بصفة عامة والمناخ بصفة خاصة، كما نصت توصيات المؤتمرات الدولية التي عقدتها الأمم المتحدة على أهمية المشاركة والدور الرئيسي الذي تلعبه المنظمات غير الحكومية.

الفرع الثاني: إعداد الوثيقة الختامية للمؤتمرات وصياغة التوصيات

من بين الأهداف الرئيسية للمؤتمرات الدولية إشراك المنظمات غير الحكومية باعتبارها تمثل كافة فئات المجتمع والتي تعتبر الركيزة في التنمية، إذ أتاحت المؤتمرات الدولية لهذه المنظمات فرص تدخل واسعة النطاق سواء على مستوى التحضير أو في جدول الأعمال وصولا إلى اقتراح التوصيات.

وتجدر الإشارة، إلا أن المنظمات غير الحكومية تلعب دورا لا يستهان به في تكوين وتطوير قواعد القانون الدولي البيئي وذلك من خلال مشاركاتها وتأثيرها في المؤتمرات الدولية، وممارسة الضغوطات لتوجيه المفاوضات الحكومية. (بريشي ، 2017-2018م، صفحة 232).

كما يمكن للمنظمات غير الحكومية أن تصدر وثائقها الخاصة، بما في ذلك الوثيقة الختامية، وعلى الرغم من أنها غير ملزمة للحكومات، إلا أنه يمكن أن يكون لها صدى من خلال أعمال الضغط التي تمارسه المنظمات غير الحكومية أثناء المؤتمر، ولعل أهمية وثائق المنظمات غير الحكومية، أنها تسهم بقدر أكبر من الحرية، فتكون الأكثر تعبيرا عن الانشغالات والمشكلات، بعكس الوثائق الحكومية التي تحكمها أُطر تفاوضية بالغة التعقيد (شعشوع، 2014/2013م، صفحة 272)

ورغم أهمية ما تقوم به المنظمات الدولية غير الحكومية في المؤتمرات الدولية البيئية إلا أن دورها في المشاركة الفعلية في هذه المؤتمرات وتحديدا في عملية سن القوانين غير كاف حتى الآن حيث اقتصر دورها على المجال الإعلامي فقط فلم يكن لها تأثيرا على القرارات التي تتخذها الأطراف ولا على تطوير النظام القانوني لحماية المناخ.

المطلب الثاني: دور المنظمات غير الحكومية في التفاوض على الصكوك الدولية لحماية المناخ

على الرغم مما تضطلع به الأمم المتحدة من دور ريادي في مجال حماية المناخ، إلا أنه لا يمكن إغفال ما تبذله المنظمات غير الحكومية من جهود حثيثة لتدعيم هذه الحماية، حيث قامت بدور مهم أثناء التفاوض على إبرام الاتفاقية الإطارية وبروتوكول كيوتو. (عسكر، 2013م، صفحة 728).

كما لعبت دورا لا يُستهان به أيضا مؤخرا في التفاوض على اتفاق باريس بمناسبة مؤتمر الأطراف الواحد ولعشرين(COP21) لعام2015م، هذا الاتفاق الذي يعتبر بمثابة حدث تاريخي في مجال حماية المناخ، حيث صادقت عليه195من بينها الولايات المتحدة الأمريكية والصين واللتان يشكل انبعاثاتهما لوحدهما أكثر من ثلث انبعاثات الغازات الدفيئة في العالم (Sandrine , 2017, p. 25)- والتي تعني تلك العناصر الغازية المكونة للغلاف الجوي، التي تمتص الأشعة دون الحمراء وتعيد بث هذه الأشعة-(الحمداني، 2014م).

وقد جاءت مشاركة هذه المنظمات في تلك الحماية كثمرة للنهج المتفتح نسبيا من جانب المجتمع الدولي تجاهها، وانعكس ذلك على نصوص الاتفاقية الإطارية لتغير المناخ، وخاصة

تلك التي تناولت دور هذه المنظمات غير الحكومية، والتي أنشأت قواعد لتفعيل دور المنظمات غير الحكومية في حماية المناخ لاسيما فيما يتعلق بتوعية الجمهور بشأن المشكلة، كما أقرت بأن مؤتمر الأطراف سيستفيد من خدمات وتعاون هذه المنظمات في مسألة تنفيذ الاتفاقية، حيث سمح للمنظمات غير الحكومية بالمشاركة في الاجتماعات الرسمية بصفة مراقب، وكانت مشاركتها بدرجات متفاوتة مكنتها من عرض وجهة نظر مختلفة خلال تلك المفاوضات. (الكيش، 2013م، صفحة 389)

حيث جاء في المادة4فقرة1/ط، من الاتفاقية الإطارية اعترافها بدور المنظمات غير الحكومية المحفز لزيادة الوعي العام فيما يتعلق بهذه المشكلة والقضايا البيئية لأنها منظمات قادرة على تقييم الوضع من وجهة نظر محايدة وتؤكد المادة المذكورة أعلاه على أهمية التعاون بين جميع الأطراف في مجال التعليم والتدريب والتوعية العامة فيما يتصل بتغير المناخ، وتشجيع المشاركة على أوسع نطاق في هذه العملية، بما في ذلك المشاركة من جانب المنظمات غير الحكومية حيث تنص المادة4فقرة1/ط، على أنه: "يقوم جميع الأطراف واضعين في الاعتبار مسؤولياتهم المشتركة، وان كانت متبينة وأولوياتهم، أو أهدافهم وظروفهم الإنمائية المحددة على الصعيدين الوطني والإقليمي بما يلي: "(ط)-لعمل والتعاون على التعليم والتدريب والنوعية العامة فيما يتصل بتغير المناخ وتشجيع المشاركة على أوسع نطاق في هذه العملية بما في ذلك المشاركة من جانب المنظمات غير الحكومية".

كما جاء في المادة7فقرة2/ل، من الاتفاقية الإطرية المتعلقة بمسألة الإشراف على تنفيذ الاتفاقية من جانب مؤتمر الأطراف حيث نصت على أنه: "للأمم المتحدة ووكالاتها لمتخصصة والوكالات الدولية للطاقة الذرية، وكذلك لأي دولة ليست طرفا في هذا البروتوكول أن تمثل في اجتماع الأطراف بصفة مراقب ويجوز أن يقبل حضور ي هيئة أو وكالة وطنية ودولية، حكومية أو غير حكومية، لها الأهلية في الميادين لمتصلة بحمية طبقة الأوزون، وتبدي للأمانة رغبتها في أن تمثل في اجتماع ما للأطراف بصفة مراقب لم يعترض على ذلك ثلث عدد الأطراف الحاضرة على الأقل. ويكون قبول المراقبين ومشاركتهم خاضعين لأحكام لنظام الداخلي لذي تعتمده الأطراف". إلى أنه على مؤتمر الأطراف القيام باستخدام الخدمات التي تقدمها المنظمات الدولية المختلفة والهيئات الحكومية والهيئات غير الحكومية.

ورغم استخدام المادة المذكورة أعلاه نفس اللغة التي وردت في بروتوكول مونتريال لعام1987م، بخصوص مشاركة المنظمات غير الحكومية في المجالات المتصلة بحماية طبقة

الأوزون إلا أنها خفضت معيار المشاركة إلى أبعد من ذلك باشتراط اختصاص المنظمات غير الحكومية في المسائل المشمولة بالاتفاقية الإطارية.

كما اقتصرت مشاركة المنظمات غير الحكومية في دورات مؤتمر الأطراف بصفة مراقب فقط، بشرط أن تكون ذات اختصاص في المسائل المشمولة بالاتفاقية الإطارية وأن تكون قد أبلغت الأمانة العامة برغبتها أن تكون ممثلة بصفة مراقب في احدى دورات مؤتمر الأطراف، وألا يعترض على ذلك ثلث أطراف الحاضرين على الأقل، وأن يخضع قبول اشتراك المراقبين للنظام الداخلي المعتمد من قبل مؤتمر الأطراف وخذا ما أكدته المادة7فقرة6من الاتفاقية الإطارية بنصها على أنه: "يمكن للأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة والوكالات الدولية للطاقة الذرية فضلا عن أي دولة عضو فيها أو المراقبين لديها من غير الأطراف في الاتفاقية أن يكونوا ممثلين بصفة مراقب في دورات مؤتمر الأطراف، ويجوز الموافقة على حضور أي هيئة أو وكالة، سواء كانت وطنية أو دولية حكومية أو غير حكومية ذات اختصاص في المسائل المشمولة بالاتفاقية، وتكون قد أبلغت الأمانة برغبتها في أن تكون ممثلة بصفة مراقب في إحدى دورات مؤتمر الأطراف ما لم يعترض على ذلك ثلث غدد الأطراف الحاضرين على الأقل، ويخضع قبول واشتراك المراقبين للنظام الداخلي المعتمد من قبل مؤتمر الأطراف".

إذ تقوم المنظمات غير الحكومية بالمشاركة في المفاوضات الدولية الجارية في إطار مؤتمر الأطراف الاتفاقية الإطارية وبروتوكول كيوتو سواء بمنح المنظمة غير الحكومية صفة المراقب، أو الاستعانة بها لتمثيل الدولة ضمن الوفد الرسمي المكلف بالتفاوض، وتوفر المنظمة غير الحكومية للدولة الاستفادة من الخبرة العلمية والقانونية والاقتصادية التي تملكها هذه المنظمات، وتقوم سكرتارية الاتفاقية الإطارية بالتعاون مع المنظمات غير الحكومية بتزويدها بالبحوث والدراسات العلمية والقانونية والاقتصادية التي تساعد في تنفيذ هذه الاتفاقية. (الشعلان، 2010م، صفحة 90).

وفي مؤتمر الأطراف الثاني سنة1996م، اعتمدت الهيئة الفرعية للمشورة العلمية والتكنولوجية قرارا يطلب من الأمانة العامة دراسة آلية أكثر كفاءة للسماح للمنظمات غير الحكومية للوصول إلى الاتفاقية الإطارية.

ويرى جانب من الفقه، أن الاتفاقية الإطارية في النصوص المشار إليها تدعو إلى ضرورة الاستفادة من الخدمات التي تقدمها المنظمات غير الحكومية والتعاون معها في تنفيذ هذه الاتفاقية وجميع الصكوك ذات الصلة بعدها، وهو ما حدث في الدورات الأولى لمؤتمر الأطراف

الاتفاقية الإطارية والتي انتهت بتبني بروتوكول كيوتو على الرغم أن دورها اقتصر بعد ذلك إلى كونها أداة لنشر الرسائل الإخبارية اليومية من جانب بعض الجهات، مثل منظمة التعاون الاقتصادي، ونشر مفاوضات قمة الأرض، فشكلت بذلك مصدرا هاما للمعلومات عن العملية التفاوضية، كما لعبت دورا هاما لتوضيح اللغة الدبلوماسية الدولية الغامضة التي تريدها بعض الدول لتبرير أفعالها تجاه المساهمة في تغيير المناخ، وكذلك تذرعها بالسيادة الوطنية لتجنب تحملها المسؤولية عن أضرار تغير المناخ. (عسكر، 2013م، صفحة 730).

بينما يرى جانب آخر من الفقه، أنه رغم هذا الدور الإعلامي والمشاركة النشطة للمنظمات غير الحكومية، فإن دورها في مجال حماية المناخ لم يرق إلى المستويات الجيدة أثناء التفاوض على الاتفاقية الإطارية وجميع الصكوك ذات الصلة اللاحقة لها، حيث اقتصر دورها على المجال الإعلامي فلم يكن لها حق التصويت، وبالتالي التأثير على القرارات التي تتخذها الأطراف، وتطوير النظام القانوني لحماية المناخ، ضف إلى ذلك الشروط التي وضعتها المادة7 فقرة5 من الاتفاقية الإطارية والمتمثلة في:

- أن تكون المنظمات غير الحكومية ذات اختصاص.
- أن تكون قد أبلغت الأمانة العامة في أن تكون ممثلة بصفة المراقب في إحدى دورات مؤتمر الأطراف.
- ألا يعترض عن ذلك ثلث الأعضاء الحاضرين على الأقل.
- أن يخضع قبول واشتراك المراقبين للنظام الداخلي المعتمد من قبل مؤتمر الأطراف.

ويشير نص المادة السالفة الذكر، أن هناك جهات يتم إعفائها من تلك الشروط، وهي وكالات الأمم المتحدة المختصة، والوكالات الدولية للطاقة الذرية، وقد كانت الدول في مرحلة التفاوض تشترط أن يكون الإعفاء في المسائل التي تهم تلك الهيئات، أو الوكالات فقط، لكن نص المادة النهائي أعفى تلك الوكالات والهيئات دون المنظمات غير الحكومية من تلك الشروط. (عسكر، الحماية القانونية الدولية للمناخ، 2011م، صفحة 585).

وذهب فريق آخر، إلى أنه رغم اقتصار دور المنظمات غير الحكومية على المجال الإعلامي فقط إلا أن استغلالية وشفافية اشتراك المنظمات غير الحكومية في آلية امتثال الاتفاقية الإطارية، يمثل محاولة طموحة لتحقيق المشاركة في قلب عملية الامتثال نفسها، مما يعني بأن هذه المنظمات قد لا تؤثر على قرارات الأطراف في الاتفاقية، ولكنها قد تساهم في عملية تطوير

النظام القانوني لحماية المناخ بعدة طرق ووسائل رغم الصعوبات التي تقف عائقا في سبيل ذلك. (الكيش، 2013م، صفحة 398).

ومن أهم المنظمات البيئية غير الحكومية تأثيرا في هذا المجال، شبكة العمل المناخي(CAN)، (HASSING ., 2009) وهي شبكة عالمية من المنظمات غير الحكومية تأسست عام1989م، وتضم أكثر من1100منظمة غير حكومية من أكثر من120دول.

وتنقسم الشبكة إلى ثماني مناطق، ولكل منطقة منسق خاص والمناطق هي: أوروبا الوسطى والشرقية، إفريقيا، أستراليا، المملكة المتحدة، أمريكا اللاتينية، جنوب آسيا، جنوب شرق آسيا، الولايات المتحدة، وكندا، وتعمل على تعزيز إجراءات الحد من النشاطات الإنسانية المتسببة في تغيير المناخ وفق رؤية تقوم على حماية الغلاف الجوي بشكل لا يضر بالتنمية المستدامة والمنصفة لجميع دول العالم.

وكذلك صندوق الدفاع عن البيئة(EDF) ومنظمة السلام الأخضر(Greenpeace) والصندوق العالمي للطبيعة(WWF) ومنظمة(Serra Club) ومنظمة(Ozone Action)، وغيرها من المنظمات غير الحكومية المهتمة بمشكلة تغير المناخ.

المبحث الثاني: أساليب تدخل المنظمات غيرالحكومية في حماية المناخ

ساهمت المنظمات غير الحكومية بشكل خاص في حماية المناخ، وذلك من خلال استعمال أساليب وطرق مناسبة لذلك، حيث تختلف هذه الآليات التي اتبعتها لغرض حماية المناخ، فمنها أساليب الدعم والمساعدة، والتي يظهر فيها تعاون المنظمات غير الحكومية مع الأطراف الأخرى، كتزويد الهيئات الرسمية بالبحوث والدراسات العلمية والقانونية، وإنشاء الاتحادات لحماية المناخ، والمواقع الإلكترونية لتوعية الشعوب، ومنها الأساليب المضادة، كالتنديد بالأساليب السلبية للهيئات الرسمية، وإقامة الدعاوى القضائية ضد الدول التي لا تمتثل لأساليب حماية المناخ.... الخ، وسوف نتطرق لهذه الأساليب من خلال مطلبين:

المطلب الأول: أساليب الدعم والمساعدة.

المطلب الثاني: أساليب الضغط.

المطلب الأول: أساليب الدعم والمساعدة

ويكون ذلك من خلال تقديم المساعدة للدول من أجل تنفيذ التزاماتها في مجال حماية المناخ والتي تتطلب خدمات المنظمات غير الحكومية والاستفادة من خبراتها فهي تجسد مظهر

من مظاهر التعاون بين الدول والمنظمات غير الحكومية وتمثل الأسلوب الذي يجب أن تكون عليه العلاقة بينهما. (شعشوع، 2014/2013م، صفحة 290).

ونتناول هذا الأسلوب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تكوين اتحادات لحماية المناخ

ويتجسد ذلك، في انضمام واتحاد مجموعة كبيرة من الشركات إلى منظمة، من أجل وضع أهداف خاصة بها للحد من انبعاثات الغازات الدفيئة، مثلما قامت به المنظمة الأمريكية DuPont حيث قامت بوضع خطة يمكن من خلالها تخفيض انبعاثات الولايات المتحدة الأمريكية بنسبة65%دون مستويات سنة1990م. ويعد ذلك هدفا كبيرا بالمقارنة مع نسبة التخفيض المقررة للولايات المتحدة بموجب بروتوكول كيوتو، الذي قرر هذه النسبة ب8%، وقد اعترفت هذه الشركات المتعددة الجنسيات بأهمية بروتوكول كيوتو كخطوة أولى من جانب المجتمع الدولي في مجال الحماية الدولية للمناخ، مع اعتقادهم بعدم وجود أي تعارضت بين النمو الاقتصادي وحماية المناخ. (عسكر، الحماية القانونية الدولية للمناخ، 2011م، صفحة 737).

الفرع الثاني: إنشاء مواقع إلكترونية على مواقع الأنترنت

ومهمتها التوعية بأخطار مشكلة تغير المناخ والتصدي لها من خلال التوعية بمشروعات الطاقة المتجددة وكفاءة استخدامها وكيفية تحول الدول إلى اقتصاد منخفض التلوث وطرق تنفيذ مخططات الكربون للحد من انبعاثاته وحماية التنوع البيولوجي والموارد الطبيعية وحماية المناطق البحرية والساحلية... إلخ. ومن أهم هذه المواقع، pew center on global climate change. (بريشي ، 2017-2018م، صفحة 241).

وتعد فرنسا من الدول التي تكثر بها تلك المنظمات ومنها شبكة (Action Climat-France) المعنية بظاهرة الاحتباس الحراري كما أنها تمثل المنظمات غير الحكومية في شبكة(CAN) ومنها كذلك جمعية قضايا تغير المناخ le changement climatique en question التي تعنى بإعداد التقارير عن مشكلة تغير المناخ وتقوم بنشرها وتضم أعضاء من المجلس الاقتصادي والاجتماعي وأكاديمية العلوم والتكنولوجيا، وأكاديمية العلوم الأدبية والسياسية، وكذلك جمعية مكافحة الكربون(action carbone)التي تعتمد في مجال تمويل مشروعات المحافظة على الغابات والأراضي الزراعية وكفاءة الطاقة والطاقات المتجددة.

الفرع الثالث: المساهمة في تزويد الدول والهيئات الرسمية الأخرى بخبراتها في مجال تغير المناخ.

إن الدور الفعال الذي تكتسبه المنظمات غير الحكومية يعود بالدرجة الأولى لمصداقيتها وفعاليتها الميدانية لدى العاملين معها، إلى جانب الكم الهائل الذي تقوم به من الدراسات والأبحاث والتقارير التي تقوم بإعدادها، وقد قامت بذلك وفقا الأسس علمية وتقنية محكمة تشمل مختلف المسائل والقضايا المتعلقة بالمناخ. (طوير ، 2016م، صفحة 25).

فمثلا، نجد أن الهيئات الرسمية في بعض الاتفاقيات كالسكرتارية في اتفاقية تغير المناخ والاتفاقية التنوع البيولوجي، قد ساهمت مع المنظمات غير الحكومية بتزويدها بالبحوث والدراسات العلمية والقانونية والاقتصادية التي تساعد في نجاح تنفيذ هذه الاتفاقية، حيث يعتبر الدور الذي تمارسه هذه المنظمات من أكبر وأهم الأدوار التي تقوم بها، خاصة من خلال دمج الاعتبارات العلمية والاقتصادية والقانونية باتخاذ القرار السياسي.

كذلك نجد مثلا، قيام الاتحاد الدولي للمحافظة على البيئة مع مختلف الدول بأبعاد متعددة، كقيامهم بإعطاء مساعدات في مجال الخبرة الفنية اللازمة للتسيير البيئي، وكذلك مساعدة الدول على سن التشريعات الوطنية البيئية ووضع النظم البيئية إلى جانب الإعداد لمشاريع متعلقة بالبيئة، كإعداد مشروع قانون في حماية البيئة لسنة1996م، بمقاطعة SALTAبالأرجنتين، إلى جانب العديد من النماذج المختلفة في هذا المجال.

وهناك العديد من المنظمات غير الحكومية المتمثلة على هيئة شبكات أفقية، في ميدان الخبرة مثل المركز CIELالعالي لقانون البيئة والتنمية والمؤسسة، من أجل التنمية للدولة والقانوني FIELD والمختصة في ميدان القانون الدولي للبيئة، والتي تقدم خبرة ذات مستوى عال مثل إدراج قواعد المنظمة العالمية للتجارة.

فالمنظمات غير الحكومية قد ساهمت بدرجة كبيرة، في وضع دراسات علمية وقانونية والقيام بأحدث البحوث والدراسات حول القضايا البيئية، بهدف التوصل لحماية البيئة واقتراح الحلول الممكنة حول الانتهاكات التي تطال المناخ.

وعليه، يتجلى هذا النوع من المساهمة خاصة في إطار النظام القانوني الدولي المتمثل في المركز الاستشاري، حيث تستدعى المنظمات الدولية غير الحكومية المتمتعة بهذا المركز، خاصة منها صاحبة الكفاءات العالية والخبرات لاستشارتها والأخذ برأيها واقتراحاتها في ميدان اختصاصاتها.

فالعملية التشاركية بين الدول والمنظمات غير الحكومية البيئية تعتبر مجالا هاما لاستفادة كل طرف من خبرة الأخر، فبينما تقدم هاته المنظمات الخبرة والتخصص توفر الدولة بدورها المناخ المناسب لإنتاج المعايير الدولية مع عدم السيطرة على هاته المنظمات. (PIERRE , 2000, p. 690).

كما يمكن أن تقوم المنظمات غير الحكومية بمساهمات هامة في مختلف مجالات حماية المناخ بما في ذلك التعليم والوعي بمشكلة تغير المناخ (مكتفي ، 2017/2016م، صفحة 108)، من خلال دراسة النواحي العلمية لهذه المشكلة. فعلى سبيل المثال أذكر منظمة (Climate Tracker) أو متعقب المناخ، حيث تعتبر هذه المنظمة كشبكة دولية تضم أكثر من 6000 شاب وشابة في150دولة حول العالم، تعمل على زيادة الوعي البيئي عن طريق تدريب الشباب حول كيفية الكتابة عن التغير المناخي وآثاره السلبية على مستقبل الحياة على كوكب الأرض، كما تهتم بالقضايا البيئية الأخرى، وقالت "لينة ياسين" مسؤولة برامج الشرق الأوسط وشمال إفريقيا في تلك المنظمة أن: "Climate Tracker" تقوم سنويا بتكوين فريق يتكون من10أشخاص أو اكثر من دول مختلفة لحضور مؤتمر قمة المناخ الدولية المعروف باسم(cop)حيث يقوم هذا الفريق بتغطية أحداث المؤتمر وكتابة المقالات في بلدانهم ونشرها في وسائل إعلام مختلفة لزيادة المعرفة الشعبية عن مؤتمرات المناخ وأهميتها. (زيدون ، 2017م).

واضطلعت بها منظمات مثل(VERTIC) وهي منظمة غير حكومية مستقلة، تتكون من عدة مراكز للبحوث الخاصة بالتحقيق والتدريب والمعلومات، وتهدف تلك المنظمة إلى تعزيز فالية وكفاءة التحقق كوسيلة لضمان الثقة في تنفيذ الاتفاقات الدولية وتبحث في جوانب الامتثال للاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف، ويركز برنامجها على الاتفاقية الإطارية وبروتوكول كيوتو.

المطلب الثاني: أساليب الضغط

إلى جانب أساليب الدعم والمساعدة التي قامت بها المنظمات غير الحكومية من أجل تطوير التعاون بينها وبين الدول والمنظمات الحكومية وهو الأسلوب الأليق للعلاقة بينهما اضطرت المنظمات غير الحكومية إلى البحث عن أساليب أخرى للضغط على الأطراف المخالفة للمعايير والقواعد الدولية الكفيلة بحماية المناخ فاستخدمت هذه المنظمات وسائل

أكثر استثارة للرأي العام قد تصل إلى حد المواجهة بينها وبين الحكومات، ونحاول استعراض هذه الأساليب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مراقبة امتثال الدول للصكوك الدولية المتعلقة بحماية المناخ

تقوم المنظمات غير الحكومية بدور المراقب والحارس الذي يُخطر عن التجاوزات الحاصلة في حماية البيئة بصفة عامة وفي حماية المناخ بصفة خاصة، حيث تقوم بنشاطات دولية متنوعة تؤثر في اتخاذ القرار السياسي في الدول إلى الحد الذي يمكن هذه المنظمات من فرض رقابتها على الهيئات الدولية ومراقبة تنفيذ الدول لالتزاماتها وفقا للاتفاقيات الدولية، ومن أمثلة ذلك دورها الكبير في مراقبة التنفيذ الفعال الاتفاقية تغير المناخ وبروتوكول كيوتو وهي معاهدة بيئية دولية خرجت للضوء في مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، حيث قام مؤتمر الأطراف بمنح المنظمات حق الإبلاغ عن النشاطات الضارة بالبيئة التي تقوم الدول والحكومات بممارستها إلى اللجنة المعنية بالامتثال التي تكون تابعة للبروتوكول، لتقوم فيما بعد اللجنة بدراسة مدى امتثال الدول في تنفيذ التزاماتها، وتوضيح النتائج المترتبة عن عدم الخضوع والامتثال. (حمور و كهلان، 2017م، صفحة 36).

وكمثال على ذلك، تقوم شبكة عمل المناخ (CAN) بمراقبة تنفيذ إجراءات بروتوكول كيوتو وتقدم تحاليل من أجل اتخاذ الإجراءات الممكنة للكفاح ضد ظاهرة الاحتباس الحراري وهذه الإجراءات عبارة عن آليات مالية واقتصادية لدعم سبل حماية المناخ.

وتملك هذه المنظمات غير الحكومية بحكم تخصصها وسائل للوقوف على البيانات والاتصال بالجهات الموثوق بها وأهل الخبرة في مجال تغير المناخ، ومن ثمة، يسهل على الدول دراسة مشروعات القوانين المقترحة من لدن تلك المنظمات، حيث عملت بوسائل مؤثرة حاولت من خلالها مؤخرا تعديل قواعد العمل الدولية، إذ شكلت هذه المنظمات جماعة ضغط لا يستهان بها. (العشاوي ، 2010م، صفحة 545).

الفرع الثاني: إقامة دعاوى قضائية ضد الحكومات

بما أن المنظمات غير الحكومية لا تمتلك الشخصية القانونية الدولية، وبالتالي، لا تستطيع رفع دعاوى قضائية على مستوى الهيئات القضائية الدولية كمحكمة العدل الدولية مثلا، فإنها تلجأ أحيانا إلى القضاء الوطني من خلال رفع دعاوى ضد الحكومات التي تتسبب في تفاقم ظاهرة الاحتباس الحراري، ومن أمثلة ذلك في أستراليا تقوم جمعية الحفاظ على الحياة البرية بملاحقات قضائية ضد الحكومة بسبب مساهماتها في تغير المناخ ومنها أيضا شبكة

العمل المناخي الأسترالي، وكذلك الجمعية التي أسستها مجموعة متنوعة من الجماعات البيئية والناشطين من المحامين والعلماء في مجال حماية المناخ بأستراليا، والتي عرفت بـ Climate) Action Network Australia Cana)وتهدف لدراسة واستكشاف السبل القانونية لمفاوضات المتسببين والمسئولين عن أضرار تغير المناخ.

ومن أمثلة ذلك أيضا، في ألمانيا(Bund fur untel)ومنظمة(germano Walt)ومنظمة (Naturschutedeutschen)والتي قامت خلال عام2005م، بتحريك دعوى قضائية أمام القضاء الألماني ضد الحكومة الألمانية والممثلة بوزارة الاقتصاد والعمل، لأنها تقدم إئتمانات التصدير للشركة (Euler Hermès) التي يرتكز نشاطها في مجالات صناعية تؤدي إلى زيادة انبعاثات الغازات الدفيئة ليس في ألمانيا فحسب وإنما في مناطق أخرى من العالم، وطلبت هذه المنظمات من المحكمة وفقا لقانون البيئة الألماني أن تمكنها من الكشف والاضطلاع على المعلومات الخاصة لمشروعات التي قامت بها هذه الشركة منذ عام1997م.

وبناء على الأمر الصادر من المحكمة سنة2006م، والذي قضى بالتزام وزارات الحكومة بإتاحة المعلومات المتعلقة بالمشروعات التي تبلغ قيمتها، أكثر من 15 مليون يورو، طلبت وزارة الاقتصاد الألمانية عدم الاستمرار في الدعوى، واتفقت مع المدعين على تسويتها وديا من خلال التفاوض معهم وتحقيق طلباتهم. (بريشي ، 2017-2018م، صفحة 245)

كما تم تحريك عدة دعاوى من قبل جمعيات غير حكومية فرنسية أمام مجلس الدولة الفرنسي، ومنها الدعوى التي أقامتها (Alsace nature) وتطلب فيها إلغاء قرار نزع ملكية الأراضي من أجل إنشاء طريق سريع بمدينة Strasbourg، وذلك لأن إقامة هذا الطريق سيؤدي على المساهمة في تغير المناخ من خلال القضاء على مساحات كبيرة من الأراضي الزراعية بما يهدد بفناء بعض أنواع الكائنات الحية، والتأثير على التنوع البيولوجي. (بريشي ، 2017-2018م، صفحة 246).

كما أقام مركز الدفاع عن البيئة في الولايات المتحدة دعوى ضد شركة (Corp Owenscorning)المالكة لمنشأة (Greshman) وذهب فيها المركز المدعي إلى أن المنشأة المذكورة أقيمت دون الحصول على الترخيص المطلوب وفقا للقانون الهواء النظيف في الولايات المتحدة، وأن الانبعاثات الصادرة منها تسهم في ارتفاع درجة حرارة الأرض بما يؤدي بالحاق الضرر بالبيئة في (Oregon) والتي يستخدمها أعضاء المنظمات غير الحكومية المكونة للمركز في الاستجمام والترفيه. (بريشي ، 2017-2018م، صفحة 247).

الفرع الثالث: تنظيم المظاهرات والاحتجاجات

غالبا ما لا تحقق التقارير والبلاغات الصادرة عن المنظمات غير الحكومية أية نتيجة، نظرا لتعنت المسئولين في الدول والحكومات فتضطر المنظمات غير الحكومية إلى الضغط عليهم بتنظيم مظاهرات واحتجاجات للتنديد بالممارسات السلبية للهيئات الحكومية، وأحيانا تكون احتجاجاتها ضد قرارات السلطة العامة بالقيام بمظاهرات في أماكن إنجاز المشروعات. (بلباي ، عدم وجود سنة)

ففي سياتل على سبيل المثال، وبمناسبة انعقاد المؤتمر الوزاري الثالث لأعضاء منظمة التجارة العالمية سنة1999م، شهدت المدينة مظاهرات حاشدة كانت من أكبر المشاهد في القرن العشرين لمعارضة منظمة التجارة العالمية من طرف متظاهرين بيئيين فقد اتهموا منظمة التجارة بأنها ستدمر البيئة وكان المطلب البيئي الأول لهؤلاء المتظاهرين هو أن تخضع أنظمة المنظمة للقوانين والاتفاقات البيئية الدولية.

ولقد نجحت هذه المظاهرات في توعية الكثير من الاقتصاديين وأصحاب القرار بخطورة السياسات البيئية داخل منظمة التجارة العالمية، فقد أكد مدير منظمة السلام الأخضر بأن مظاهرات سياتل قد حققت أهدافها، وأن منظمة التجارة العالمية ستضطر إلى التعامل بجدية مع المطالب البيئية، وأن القوى التي ستقوم بصياغة العلاقة بين البيئة والتجارة ستكون لسلامة البيئة وليست لبيروقراطية المنظمة التي لا تهتم إلا بتحقيق المكاسب المادية. (الكيش، 2013م، صفحة 397).

كما انتقدت المنظمات غير الحكومية العالمية في مجال البيئة الموقف السلبي للولايات المتحدة اتجاه بروتوكول كيوتو1997م، والتي بعد توقيعها له انسحبت منه، ورفضت التصديق عليه، لأنه لا يتوافق مع مصالحها الاقتصادية، وبما أن وجود الولايات المتحدة ضمن التنظيم القانوني لحماية المناخ أمر جوهري لاعتبارها آنذاك أكبر دولة من حيث نسبة انبعاثات الغازات الدفيئة مع غياب أيضا الصين الغير معنية بالالتزامات في بروتوكول كيوتو، وهي آنذاك ثاني دولة من حيث الانبعاثات الدفيئة. (Sandrine , 2017, p. 25)كل ذلك أدى إلى إضعاف دور البروتوكول خلال فترة الالتزام الأولى الممتدة من 2008-2012م. (علام، 2002م)

لذا بحث جانب من الفقه الأسلوب الذي يمكن أن يجعل الولايات المتحدة تعدل عن موقفها الرافض للمشاركة في أي صك دولي لحماية المناخ، حيث رأى بأنه يمكن أن يتمثل في

تعرضها لضغوط قوية خاصة منها الداخلية وذلك بقيام المنظمات غير الحكومية بتنظيم مظاهرات واحتجاجات داخل الولايات المتحدة.

ومنه، فقد أخذت تلك الاحتجاجات شكل الاعتصامات والمسيرات والضغوط على مستوى الأخبار بنشر الجرائد والتقارير البيئية ونشر دراسات فورية واقتراحات مكتوبة، أو شفوية، وتقديم معطيات علمية عن حالة المناخ...إلخ.

الخاتمة:

خلصنا في نهاية بحثنا هذا إلى أن المنظمات غير الحكومية تبذل جهودا كبيرة ومستمرة في مجال حماية البيئة بصفة عامة وفي حماية المناخ بصفة خاصة، عن طريق وسائل وقائية حتى لا يقع الضرر متبنية مبدأ الحيطة والحذر، لأن الضرر البيئي إذا وقع قد يكون مستحيل جبره خاصة في مجال حماية المناخ، كون الغازات الدفيئة تمكث في الغلاف الجوي لمدة قد تمتد للألاف السنين.

وبما أن الدول الغنية والشركات العالمية أكثر خرقا للقوانين البيئية، فإن ما تسعى إليه المنظمات غير الحكومية العاملة في مجال تغير المناخ، يتعارض مع مصالح بعض الدول، خاصة الغنية، لاعتبارات اقتصادية، نظرا للدور الذي يقوم به الوقود الأحفوري الذي يعتبر العمود الفقري للاقتصاد، والذي جعل هذه المنظمات في مواجهة دائمة مع تلك الدول ذات المصالح التي ترفض الانصياع للصكوك الدولية المتعلقة بحماية المناخ، مما جعل بعض الفقهاء يطلقون على المنظمات غير الحكومية تسمية جماعة الضغط.

هذا وقد خلصت الدراسة إلى بعض التوصيات التي نراها ضرورية في مساعدة المنظمات غير الحكومية في جهودها لحماية المناخ، وتتلخص هذه التوصيات فيما يلي:

- تفعيل دور المنظمات غير الحكومية فيما يتعلق بمتابعة امتثال الدول لنظام حماية المناخ، ومراقبة جدية التشريعات الوطنية والمطالبة بها إن لم تكن موجودة، وكذلك تحريك الدعاوى القضائية الوطنية ضد الدول التي تقوم بانتهاك النظام القانوني لحماية المناخ.
- منح الشخصية القانونية الدولية لبعض المنظمات غير الحكومية التي لها باع في حماية المناخ مثل منظمة السلام الأخضر.
- -توفير آليات التنسيق بين المنظمات غير الحكومية والفواعل الدولية الأخرى، وهذا عن طريق عقد اجتماعات دورية مشتركة لتنسيق جهود المتخذة في مجال حماية المناخ،

وكذلك تنسيق العمل بين جهود المنظمات الدولية غير الحكومية منها، والإقليمية وكذا المنظمات المحلية، وهذا من خلال عقد المؤتمرات واللقاءات والتشاور حول مختلف المخاطر البيئية التي تهدد الكوكب الحي.

- -تقديم الدعم والاهتمام بميزانية المنظمات الدولية غير الحكومية البيئية حتى تتمكن من مباشرة أعمالها الهامة في مجال حماية المناخ.

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية

أ-المؤلفات

1-سلافة طارق عبد الكريم الشعلان، 2010م، الحماية الدولية للبيئة من ظاهرة الاحتباس الحراري في بروتوكول كيوتو 1997، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

2-العشاوي صباح، 2010م، ط1، المسؤولة الدولية عن حماية البيئة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر.

3-عسكر محمد عادل، 2013م، القانون الدولي البيئي: تغيرات المناخ-دراسة تحليلية تفصيلية-، دار الجامعة الجديدة، المنصورة، مصر.

4-وائل أحمد محمد علام، 2002م، المركز الدولي للمنظمات غير الحكومية في الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

ب-الأطروحات

❖ أطروحة دكتوراه:

1-بريشي بلقاسم، 2017-2018م،.الحماية الدولية لمواجهة ظاهرة الاحتباس الحراري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون العلاقات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر.

2-عمر الكيش عدنان مفتاح، 2013م التدخل الدولي لمواجهة ظاهرة الاحتباس الحراري والتغير المناخي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.

3-قويدر شعشوع، 2013/2014م، دور المنظمات غير الحكومية في تطوير القانون الدولي البيئي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

-4عسكر محمد عادل، 2011م، الحماية القانونية الدولية للمناخ، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر.

❖ **مذكرة ماجستير:**

1-طلال بدر عبد الله الحمداني، 2014م، دور برنامج أمم المتحدة للبيئة في حماية البيئة الدولية، كلية الحقوق، جامعة النهرين، جمهورية العراق.

2-طوير كمال، 2016م، دور المنظمات غير الحكومية في تطوير القانون الدولي البيئي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، الجزائر.

3-مكتفي نادية، 2017/2016م، الجريمة البيئية وتأثيرها على التنمية المستدامة في التشريع الدولي والوطني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر.

4-وافي حاجة، 2013-2014م،.جهود المنظمات الدولية غير الحكومية في مجال حماية البيئة-منظمة السلم الأخضر والصندوق العالمي للطبيعة نموذج، كلية الحقوق جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر.

ج-المقالات:

1-بلباي إكرام، عدم وجود سنة، دور المنظمات غير الحكومية في قمع الجرائم البيئية، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد1، العدد1، ص140-159،.جامعة ابن باديس مستغانم، الجزائر.

2-حاجة وافي، 2015م، المنظمات غير الحكومية ودورها في حماية البيئة، مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، مركز جيل البحث العلمي، العدد الأول.

3-حموته فاطمة، 2015م، استراتيجية التشبيك كمدخل لتفعيل دور المنظمات البيئية غير الحكومية لحماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة، مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، مركز جيل البحث العلمي، العدد الأول.

4-كهلان طارق، تنار حمود، 2017م، دور المنظمات غير الحكومية في حماية البيئة، مجلة جامعة البعث، الجز39، العدد58، حمص، سوريا.

د-المداخلات:

1-بن ضافر الدهيسي بندر، 23-24 أفريل 2018م، جهود المنظمات الدولية غير الحكومية الفاعلة في حماية البيئة من التلوث، فعاليات المؤتمر العلمي الخامس، بعنوان "القانون والبيئة" الذي نظمته كلية الحقوق بجامعة طنطا، مصر.

هـ-المقالات على مواقع الإنترنت:

1-زيدون فلاح، 9نوفمبر 2017م، دور المنظمات غير الحكومية في حماية المناخ، على الموقع الإلكتروني: https://mustaqila.Com/دور-المنظمات-غير-الحكومية-في-حماية-الم

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1-HASSING .Léna, la lutte contre le changement climatique en Europe :Union Européenne et ONG environnementales deux acteurs différents pour un Objectif commun, Maitrise :Univ. Genève 2009.

2-PIERRE Marie Dupuy, droit international public,5émé édition,Dalloz,2000.
3-Renaud BETTIN, Les ONG moteur de l'avant Revue Juridique de l'Environnement numéro spécial 2017 Après l'Accord de Paris quels droits face au changement climatique?
4-Sandrine Maljean-DUBOIS .Le Droit international du climat AMU 2017.

ضمانات ممارسة الحريات السياسية خلال الظروف الإستثنائية في الجزائر-قراءة في التعديل الدستوري لسنة 2020-

Guarantees of the exercise of political freedoms during exceptional circumstances in Algeria - read in the Constitutional Amendment of 2020 -

جميلة قدودو
كلية الحقوق، جامعة بلحاج بوشعيب-عين تموشنت، الجزائر
guedoudou.cuat@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/04/30 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/24

****

ملخص:

تقر معظم التشريعات الدولية والداخلية مجموعة من الضمانات لممارسة الحقوق والحريات العامة، أهمها وجود دستور الدولة كقيد على سلطانها، تنعكس هذه الضمانات في مبدأ سمو الدستور والرقابة على دستورية القوانين في شقيها السياسي كما القضائي. تركز هذه الدراسة على مجموعة الضوابط القانونية التي يمكن بواسطتها توفير حماية للحقوق والحريات، بحيث يتقرر بطلان أي تصرف من السلطة مخالف لها، إلا أن الدولة قد تمر بظروف استثنائية تدفعها للخروج عن المشروعية العادية حماية للمصلحة العامة، مما قد يشكل تعد صارخ على الحقوق والحريات العامة وأهمها الحريات السياسية، كل ذلك يؤدي بنا إلى التساؤل هل من ضمانات تكفل لنا ممارسة حرياتنا السياسية في ظل هذه الظروف الاستثنائية؟

الكلمات المفتاحية: ظروف استثنائية، حريات سياسية، ديمقراطية.

Abstract:

Most international and internal legislation recognizes a set of guarantees for the exercise of public rights and freedoms, the most important of which is the existence of the State Constitution as a restriction on its authority, reflected in the principle of the transcendence of the Constitution and the control of the constitutionality of laws in both political and judicial aspects. This study focuses on the set of legal controls by which rights and freedoms can be protected, so that any act of power contrary to it is decided, but the State may go through exceptional circumstances that would lead it out of

normal legitimacy to protect the public interest, which could constitute a flagrant infringement on public rights and freedoms, the most important of which is political freedoms,
all of which leads us to wonder whether there are guarantees that we will exercise our political freedoms under these exceptional circumstances?
key words: Exceptional circumstances, political freedoms, democracy.

مقدّمة:

قال العلامة عبد الحميد ابن باديس: «حق الإنسان في الحرية، كحقه في الحياة، ومقدار ما عنده من حياة، هو مقدار ما عنده من حرية " (الميلي، 1980). فالحرية، الديمقراطية، الحكم الراشد، حقوق الإنسان و حرياته العامة من أكثر المصطلحات جاذبية و تداولا في التجمعات السياسية و الخطابات و المقالات الصحفية و غيرها، فالحرية كانت ولازالت سببا لتفجير العديد من الثورات الشعبية، لهذا شغلت الحريات العامة حيزا كبيرا من الدراسات الوطنية والدولية بسبب الانتهاكات التي تلحق بها نتيجة الحروب والتعسف في استعمال السلطة، أو بدعوى الحفاظ على النظام العام واستتباب الأمن وغيرها، لكنها لم تعرف هذا الاهتمام من وجهة نظرية وعلمية إلا من العقود الأخيرة من القرن الأخير بالرغم من تطور النظرية الديمقراطية وممارستها ما يقارب القرنين من الزمن، فموضوعاتها كانت في ظل مرحلة القانون الدولي التقليدي حكرا على القانون الداخلي، لتصبح بفعل التطورات السريعة والمتلاحقة التي شهدتها هذه المواضيع على الساحة الدولية محورا لاهتمام القانون الدولي المعاصر.

وقد ازداد الحديث اليوم عن الحريات العامة حتى كاد الدفاع عنها يعد شعيرة من الشعائر، إذ أصبحت الأحزاب والمؤسسات بل والدساتير الوطنية تعمل على إبرازها وتأكيدها، وأصبح مبدأ احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية أحد المعايير المهمة في تحديد العلاقات والمعاملات الدولية وحتى في قياس التطور السياسي والاقتصادي للدول، فالمفهوم اكتسب عالمية جديدة ذات فعالية أكبر بعد أن كان مجرد شعار تتضمنه مواثيق الأمم المتحدة عقب الحرب العالمية الثانية، نظرا لما عرفته تلك الفترة من انتهاكات للحقوق والحريات.

واحتلالها مكانة هامة سواء في صلب الدساتير أو في إعلانات الحقوق ينطوي على أهمية بالغة تقررت لها على مر الأزمنة، وسبقها إلى ذلك الإسلام الذي قرر للناس كافة المبادئ والقيم الملزمة والثابتة التي اعتبرت طاعتها من طاعة الله عزّ وجلّ، ذلك ما يعد تكريسا لكرامة الإنسان باعتبارها مصدر الحقوق الأساسية كلها ودليل إنسانية الإنسان التي تميزه عن سائر المخلوقات. أما عن الحريات السياسية موضوع ورقتنا البحثية فهي المرآة العاكسة لمدى ديمقراطية الدولة المجسدة فيها

كما أقرت معظم التشريعات الدولية والداخلية مجموعة من الضمانات لممارسة الحقوق والحريات العامة بصفة عامة والحريات السياسية بصفة خاصة، أهمها وجود دستور الدولة كقيد على سلطانها، الفصل بين السلطات فالسلطة توقف السلطة، مبدأ تدرج القوانين ليؤكد على مبدأ سمو الدستور، الرقابة على دستورية القوانين رقابة سياسية أو قضائية للتأكد من مدى مطابقة العمل التشريعي والتنفيذي لأحكام الدستور، فعدم التطابق يعني الإلغاء.

ويقصد بالضمانات الدستورية مجموعة الضوابط القانونية الحامية للنصوص الدستورية من الانتهاك، أي مجموعة الوسائل والأساليب القانونية المتنوعة التي يمكن بواسطتها توفير حماية للحقوق والحريات من أن يعتدى عليها، ومن مجموعة المبادئ المتعارف عليها في جميع الدول ذات الأنظمة الديمقراطية، أما عن الضمانات القضائية فلا يختلف شخصين بأن دور القضاء في حماية الحقوق والحريات لن يكون فعالا إلاّ بتوفير ضمانات قانونية تتلاءم مع المبادئ الدستورية والدولية، وخلق آليات وطنية تتمثل أساسا في ضمان استقلالية القاضي وتوفير الأمن القضائي وتجسيد الازدواجية القضائية ومبدأ التخصص بالعمل بمحاكم متخصصة، وإحداث هيئات قضائية عليا تضمن توحيد ونزاهة وموضوعية الحكم. فالقضاء هو حامي الحقوق والحريات وميزان العدالة في الدولة.

كما لا يمكن نكران دور منظمات المجتمع المدني التي لا تهدف إلى الوصول إلى السلطة عكس الأحزاب السياسية، وإنما إلى المصلحة العامة والأمن الاجتماعي بمختلف فروعه، وإذا ما تم الاعتداء على الحريات العامة أقرت الدول القانونية مجموعة من الحلول لجبر الضرر الناتج **عن ذلك والتي قد تصل إلى إلغاء التصرف المخالف للمشروعية، وهذا يتضح ببساطة في حالة الظروف العادية، أما المشكل فيطرح في حالة الظروف الاستثنائية لا سيما الحريات السياسية،**

ونهدف من خلال ورقتنا البحثية هذه تسليط الضوء على مصير الضمانات القانونية التي وفرها المؤسس الدستوري لممارسة الحريات السياسية خلال الظروف الاستثنائية ومدى تحصينها من أي انتهاك أو تعد من خلال الاعتماد على المنهج الوصفي والتحليلي لمجموع النصوص الدستورية الواردة في التعديل الدستوري لسنة 2020.

والسؤال الذي يطرح في هذا الموضوع ما موقف المؤسس الدستوري والمشرع الجزائري من الحريات السياسية، وما مصيرها خلال الظروف الاستثنائية التي قد تمر بها البلاد؟.

للإجابة على هذا الإشكال لابد من التعرض للعناصر التالية:

المبحث الأول / موقف المؤسس الدستوري الجزائري من الحريات السياسية.

المبحث الثاني / تأثير الظروف الاستثنائية على الحريات السياسية وضماناتها في الجزائر.

المبحث الأول: موقف المؤسس الدستوري الجزائري من الحريات السياسية.

شهدت معظم دول العالم ظاهرة التحول السياسي خاصة الدول المنتمية إلى العالم الثالث التي عرفت انتقالا من الأنظمة الشمولية إلى التعددية السياسية بتداعياتها المتنوعة من حرية الرأي والتعبير، الصحافة، الحرية النقابية والتحزب وحق المعارضة في ابداء الرأي للمصلحة العامة، هذا ما سنوضحه من خلال العناصر التالية بعرض صورة الحريات العامة في التعديل الدستوري الأخير والحريات السياسية بصفة خاصة:

المطلب الأول: الصورة العامة للحريات العامة في الدستور الجزائري:

إن حياة الإنسان الحقيقية تتجسد في حريته وكمال إنسانيته مرهونة بمدى تمتعه بحقوقه، لهذا جسد المؤسس الدستوري الحريات العامة ورتبها في صورة نحاول شرحها فيما يلي من نقاط

الفرع الأول: قراءة موضوعية لتعداد الحريات العامة في الدستور الجزائري:

إذا كانت بعض الدول لا تفرق ضمن دساتيرها من الناحية التبويبية في معالجتها لموضوع الحريات بين ما يمكن أن يصاغ في شكل حريات، وما يمكن أن يصاغ في قالب حقوق كما هو الشأن بالنسبة للدستور السوفياتي سابقا، فإن دستور 1996 قبل تعديل 2008 قد اتخذ من الفصل الخامس من الباب الأول قسم رصدت فيه الواجبات التي تفرضها معاني المواطنة من قبيل الإقرار بمبدأ المساواة في دفع الضرائب وتحمل أعباء الدفاع عن الوحدة الوطنية، ليترك الفصل الرابع من خلال 30 مادة فصلا خالصا لموضوع الحريات العامة منظورا إليها كحقوق.

هذا و يتضح من خلال الدراسة المقارنة للنظامين الفرنسي و الجزائري أن الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة قد اكتفى في باب بتعداد الحريات العامة لتبني التوطئة و الديباجة التي مهد بها دستور الجمهورية الرابعة لعام 1946، و الذي يتخذ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المواطن لعام 1789 أساسا له، و لعل اختلاف المعايير التاريخية بين الجزائر و فرنسا جعل بلادنا تكتفي في ديباجة دستور 1996 بالإعراب عن تمسك الشعب الجزائري بمعاني الحرية، و ذلك بوصفه شعب يؤمن بالعزة و الكرامة و يتبنى الحريات العامة، و هذا ما بقي في تعديل 2016، و تعديل 2020.

أما الموطن الذي عني فيه التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020بالدلالات الحقوقية لمعاني الحريات العامة إنما كان في الباب الثاني الذي جاء تحت عنوان "الحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات" خصص الفصل الأول للحقوق الأساسية والحريات العامة ليمتد إلى 43 مادة من المادة

34-76 يتعرض فيها إلى أبرز الحريات التي تضمنها الدولة الجزائرية للمواطنين من رعاياها والرعايا الأجانب المقيمين على إقليمها.

ويتضح من خلال قراءة موضوعية للتعديل الدستوري لسنة 2020، أنه سكت في الفصل الأول من الباب الثاني عن وصف الحقوق والحريات على مستوى العنوان من حيث كونها حريات فردية أو جماعية أو سياسية أو اقتصادية بل اكتفى بإضافة مصطلح الأساسية كما أنه من الصواب من الناحية المنهجية وإعمالا لمبدأ الانتقال من العمومية إلى التخصيص هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعاب أيضا على التعديل أنه انتقل من الحريات الجماعية إلى الحريات الفردية دون أن يهيئ لذهن القارئ هذا الانتقال.

ففي الوقت الذي يتحدث عن الحق في اكتساب الجنسية كحق شخصي يثبت علاقة الولاء بين المواطن ودولته في نطاق الحقوق السياسية في المادة 36، ثم حقوق شخصية فردية، فسرعان ما يعود في المادة 37 إلى تناول المساواة في الحقوق السياسية والاجتماعية الجماعية المكفولة في مجال للمواطنين، أي الانتقال من الموضوعات السياسية إلى الاقتصادية بطريقة غير مترابطة وغير متوافقة.

لكن الجيد أنه أشار إلى الأمن القانوني وسبل تحقيقه بضمان الوصول إلى تشريع الحقوق والحريات ووضوحه واستقراره.

الفرع الثاني:تقسيم الحريات العامة في الدستور الجزائري

أصبحت الحريات العامة تتبوأ مكانا بارزا في صلب الدساتير وإعلانات الحقوق حتى أصبحت قاعدة جوهرية وركيزة أساسية لكل تشريع أو نظام سياسي كيفما كانت أسسه ومبادئه، ومهما اختلفت مقاصده وأهدافه (الشرقاوي، 1979)، إلا أن دساتير الدول اختلفت في طريقة تقسيمها لها، وفيما يخص الدستور الجزائري فالموضوعات المتناولة إجمالا فيه تدور حول أربع مسائل هي:

1- **الحريات السياسية**: والتي تعترف بضرورة إعمال المساواة بين المواطنين وحقهم في الجنسية التي يعود أمر تحديدها إلى القانون وحده – المادة 36 منه- والحق في إنشاء الأحزاب السياسية - المادة 57 منه -، والذي يعتبر انقلابا على ما كان معمول به في دساتير سابقة التي كانت دساتير أحادية لا تقبل النظام التعددي كحالة سياسية.

2- **الحريات الاقتصادية:** كما أكد التعديل الدستوري لسنة 2020 على أهم ما جاء به دستور 1996 وتعديل 2016 في الباب الاقتصادي وهو فتح باب التجارة، وجعلها نشاطا حرا كمظهر من مظاهر سياسة الانفتاح التي اعتمدتها الجزائر في السنوات الأخيرة، بعد أن كانت التجارة

الخارجية حكرا على الدولة فقط، وقد اعتبرت المادة 61 من الدستور التجارة والصناعة حرة في ممارستها في حدود ما يسمح به القانون وأضاف الاستثمار والمقاولة وأكد على جهد الدولة في حماية المستهلكين وضمان أمنهم وسلامتهم وصحتهم وحقوقهم الاقتصادية.

3- **الحريات الكفيلة بضمان الأمن القضائي**: يشمل هذا الصنف من الحريات على بعض الحقوق التي يمكن أن توصف بالبعد الدفاعي وضمان فكرة المحاكمة العادلة (بودالي، 2011)، من حيث التأكيد على مبدأ المشروعية وقرينة البراءة وكذا إقرار الحق في التعويض عن الخطأ القضائي، فضلا عن الحد من التعسف الذي يمكن أن يتعرض له المواطن إبان مرحلة جمع الاستدلالات والتحريات الأولية إذ قيد التعديل الدستوري لسنة 2020 الإيقاف للنظر لمدة 48 ساعة كأصل عام في المادة 45-46.

4- **الحريات ذات الطابع الاجتماعي**: ما جاء به هذا الصنف من الحريات لا يزيد إلا تأكيدا على التحويل الذي عرفته المنظومة الدستورية بالجزائر، إذ أقرت صراحة الحق في العمل بل وأحاطته بسياج منيع من الضمانات الليبرالية كالحق في تشكيل النقابات وحق ممارسة الإضراب.

كما جاء في التعديل الدستوري 2020حقوق أخرى كالحق في التعليم والرعاية الصحية ولحق في تأمين العيش الكريم للمواطنين العاجزين عن العمل من معوقين ومسنين، هذا وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه فضلا عن الإلمام بمسائل الحريات العامة فإن واضعي الدستور 1996 ذكروا في الباب السابع والخاص بأحكام تعديل الدستور 174-178 أنه لا يجوز أن يمس أي تعديل دستوري لبعض الأمور هي:

1- الطابع الجمهوري للدولة.
2- النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية.
3- الإسلام باعتباره دين الدولة.
4- اللغة العربية باعتبارها لغة وطنية ورسمية.
5- الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن.
6- سلامة التراب الوطني ووحدته.

وأكد على ذلك التعديل الدستوري لسنة 2016 في المادة 212 منه إلا أنه أضاف:

7-العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز الثورة والجمهورية.

8-إعادة انتخاب رئيس الجمهورية مرة واحدة فقط.

أما التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 فأضاف الطابع الاجتماعي للدولة في النقطة 3 قبل الإسلام باعتباره دين الدولة، تمازيغت كلغة وطنية ورسمية.

لكن سنركز في ورقتنا البحثية هذه على الحريات السياسية التي اعتبرها الإسلام حق الأفراد في المشاركة في سلطات الحكم، إنشاء، وإدارة، توجيه وتنفيذ كل ما يتعلق بأمور الدولة وشؤونها (قريشي، 2005/2004).

المطلب الثاني: الحريات السياسية في الدستور الجزائري:

يعد موضوع ممارسة الحريات السياسية ذا أهمية بالغة في نظام الحريات بصفة عامة، فإفساح المجال للوصول إلى السلطة والمشاركة فيها يؤدي لا محالة إلى ترسيخ مبادئ الديمقراطية التي تحكم التداول السلمي عليها بواسطة آليات دستورية، وهذا يحقق الاستقرار السياسي في الدولة وما يترتب عليه من استقرار اقتصادي واجتماعي، وقد شهدت تطورا وتحولا جذريا عبر مختلف دساتير الجزائر.

الفرع الأول: تعريف الحريات السياسية

بالنظر إلى التقسيمات المختلفة للحريات العامة ومع تباين وجهات النظر حول مدى اعتبار الحرية السياسية صورة من ذلك التقسيم من عدمه، فنرى أنها لا تعد حرية بالمعنى الفني الدقيق بل لا تعدو أن تكون حق المواطنين في المساهمة في حكم الدولة وأو تلك التي تحكمها العلاقة بين الحاكم والمحكوم وتتصف بنشاط سياسي كما يعتبرها البعض حرية حامية أي وسيلة فاعلة لحماية الحرية الفردية إلا أنه يقتصر التمتع بها على الوطنيين دون الأجانب.

فالحرية السياسية تعتبر حق المواطن في المشاركة في شؤون الحكم والسلطة بالمساهمة في تكوين الهيئات الحاكمة عن طريق الانتخاب والترشيح أو بالاشتراك معها في صنع القرارات ورسم السياسات بالاستفتاء وغيره من أوجه الديمقراطية كحق تكوين الجمعيات والأحزاب السياسية والنقابات وغيرها، فيمكن القول أن الشعب يمتلك حريته السياسية إذا كان يحكم نفسه بنفسه باختياره لحكامه بإرادة حرة والمساهمة في صنع القوانين وهذا بحق التصويت والترشح وتولي الوظائف العامة...

الفرع الثاني: نماذج عن الحريات السياسية في الدستور الجزائري

إن تحقق التنمية والاستقرار داخل المجتمع وهي الغاية المنشودة في كل مجتمع منظم لا يكون إلا من خلال كفالة الحريات السياسية، وهي الحقوق التي يكتسبها الشخص شرعا ويساهم بواسطتها في إدارة شؤون دولته أو في حكمها باعتباره من مواطنيها (الطعيمات، 2000)، وعلى رأسها حرية التحزب أو الانضمام إلى الأحزاب السياسية (ديفرجيه، 2011)، حرية الإعلام وحرية إنشاء الجمعيات والانضمام إليها (رحموني، 2015).

أ-بالنسبة لحرية إنشاء الجمعيات:

نضمها في الجزائر القانون العضوي رقم 06/12 بعد أن أقر المؤسس الدستوري في المادة 54 من التعديل الدستوري لسنة 2016 "حق إنشاء الجمعيات مضمون، تشجع الدولة ازدهار الحركة الجمعوية. يحدد القانون العضوي شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات"، إلا أن البعض انتقد تشديد إجراءات تأسيس الجمعيات وممارسة نشاطها مثل اشتراط إذن مسبق من الحكومة في المادة 08 من قانون 06/12، لكن التعديل الدستوري لسنة 2020 قد صرح بإمكانية انشاء الجمعيات بمجرد التصريح بدل أسلوب الترخيص في نص المادة 53 بقولها «حق إنشاء الجمعيات مضمون، ويمارس بمجرد التصريح به...كما وفر لها حماية دستورية تمثلت في آخر فقرة من المادة السابقة التي تقر "...لا تحل الجمعيات إلا بمقتضى قرار قضائي"

ب-بالنسبة لحرية التحزب:

فالتجربة الجزائرية الحزبية (سويقات، العدد 4/2006) قد شهدت تطورا جذريا من عهد الحزب الواحد إلى تشجيع التعددية الحزبية و النقابية، إذ صرح المؤسس الدستوري في تعديله الأخير -و لم يكن بنص مستحدث- و إنما تم إضافة ما يؤكد على حرية إنشاء الأحزاب في المادة 52 من دستور 2016 و المادة 57 من التعديل الدستوري لسنة 2020"حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به و مضمون" لكنه قيده حماية للمصلحة العامة بإلزامية احترام مجموعة من الضوابط و هي "..لا يمكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية و القيم و المكونات الأساسية للهوية الوطنية، و الوحدة الوطنية، و أمن التراب الوطني و سلامته، و استقلال البلاد و سيادة الشعب، و كذا الطابع الديمقراطي و الجمهوري للدولة "،و لا استعمال ما سبق ذكره من معايير للدعاية الحزبية و أكد على ضمان الدولة للمعاملة المنصفة بين كل الأحزاب المعتمدة دون تمييز أو تفرقة و لا استعمال أي نوع من العنف قد وضح و فصل نوعا ما المؤسس الدستوري في نص المادة السابقة بسبب انتقاد الكثير الغموض وعدم الوضوح في القيود السابقة قبل 2020، مما من شأنه بروز تعسف إداري من قبل السلطات التنفيذية في مراحل تأسيس ونشاط والرقابة على الأحزاب السياسية (فاطمة، 2014).

كما أن المؤسس الدستوري قد منع تأسيس الأحزاب السياسية على معايير تمييزية أو اقصائية لفئات معينة، حتى لا تمتاز الأحزاب السياسية بالجهوية أو التعصب، بنصه في نفس المادة 52 "...لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي..."، وقد منح الأحزاب السياسية ما تتطلبه الممارسة السياسية من حقوق أهمها حرية الرأي، التعبير، الاجتماع، وممارسة السلطة محليا ووطنيا من خلال التداول الديمقراطي.

ج-حرية الرأي (التعبيروالاتصال) والصحافة:

يرجع أصل مفهوم حرية الرأي إلى عهد الملك وليام الثالث الذي جاء بعد الثورة بحيث صدر في عهده قانون رسمي لحرية الكلام في البرلمان، و اعتبر في فرنسا إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 حرية الرأي جزء أساسي من حقوق المواطن، أما في الو.م.أ. فلم تطبق ما جاء في دستورها من حرية الرأي و المساواة حيث كانت تعتبر آنذاك في فترة ما بين {1778-1776}معارضة الحكومة الفدرالية جريمة يعاقب عليها القانون، فضلا على أنه لم تكن هناك مساواة في حقوق حرية التعبير بين البيض و السود، إذ يعتبر جون ستيوارت ميل (1837-1806) من الأوائل الذين نادوا بحرية التعبير إذ قال: "حرية الرأي تشمل أي رأي مهما كان و لو في أشلائنا"، يقصد بها حق الشخص في التعبير عن أفكاره و وجهات نظره الخاصة عن طريق الكلام أو الكتابة أو عمل فني، بشرط أن لا يمثل مضمون الأفكار أو طريقة نشرها خرقا للقوانين و أعراف الدولة، ويتفرع عن حرية الرأي حرية وسائل التعبير و النشر من صحافة، مؤلفات، إذاعة مسموعة ومرئية، مسرح و سينما و غير ذلك من الوسائل، و قد نصت المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على حرية الرأي بقولها :"لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، استقاء، تلقي، إذاعة الأنباء و الأفكار دون تقيد بالحدود الجغرافية بأية وسيلة كانت"، كما جاء في المادة 11 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية و السياسية "لكل فرد الحق في اتخاذ الآراء دون تدخل، لكل فرد الحق في حرية التعبير، و هذا الحق يشمل حرية البحث عن المعلومات أو الأفكار من أي نوع واستلامها، ونقلها بغض النظر عن الحدود، وذلك إما شفاهية أو كتابية أو طباعة، وسواء كان ذلك في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها"، هذا وأقرت نفس المادة إمكانية التقييد من هذه الحرية بالاستناد إلى القانون وذلك من أجل احترام الحقوق والسمعة والأخلاق "، والمؤسس الدستوري الجزائري نص على حرية الرأي مع حرية العقيدة في نفس النص في المادة 51 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

كما نص على حرية الصحافة بكل أنواعها ونص عل عدم تقييدها بأي شكل من أشكال الرقابة القبلية في المادة 54 من التعديل الدستوري، لكن بشرط عدم مساسها بكرامة الغير وحرياتهم وحقوقهم، كما أقر حماية للصحفيين بأن منع خضوع جنحة الصحافة لعقوبة سالبة للحرية.

وقد انتقد البعض القانون العضوي المتعلق بالإعلام على أنه اعتبر الإعلام في المادة 02 منه نشاط لابد من احترام في ممارسته العديد من الشروط التي حددها المشرع، وليس حقا للمواطن

والذي يمكنه من الاطلاع بكيفية كاملة وموضوعية على مستجدات مختلف مناحي الحياة، وهذه الشروط اتسمت بعدم الدقة والغموض مثل احترام الهوية الوطنية والقيم الثقافية للمجتمع والسيادة الوطنية والوحدة الوطنية، ومتطلبات أمن الدولة، والمصالح الاقتصادية للبلاد...

كما فرض قيودا على مبدأ حرية الإصدار من خلال شكليات معززة وإجراءات اعتماد وغيرها من الشروط، التي تثقل كاهل مسؤول النشرية، ومنح صلاحيات واسعة لضبط الصحافة المكتوبة.

إلا أنه تدارك هذا من خلال دستور الجزائر الجديدة 2020 إذ نص صرحة على حرية الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية والإلكترونية كما كفل حماية لحرية تعبير وإبداع الصحفيين وحتى متعاوني الصحافة واستقلاليتهم ومنحهم الحق في انشاء الصحف والنشريات بمجرد التصريح ومنع نهائيا خضوع جنحة الصحافة لعقوبة سالبة للحرية كما ولا يمكن توقيف نشاط أي صحف أو نشريات أو قنوات ..إلا بمقتضى قرار قضائي، ونرى في هذا ضمانات دستورية هامة لحرية التعبير والصحافة في الجزائر تؤهلها لأن تكون سلطة رابعة و قوة ضاغطة شريطة استغلالها للمصلحة العامة ولمصلحة البلاد.

د-حرية الاجتماع:

قبل تحديد المقصود من حرية الاجتماع ينبغي أولا تعريف التجمع وتسليط الضوء على بعض المفاهيم كالمظاهرة والتجمهر، فالتجمع لغة من الجمع، اسم لجماعة الناس، وجمع المتفرق ضم بعضه إلى بعض، فيقال تجمع القوم أي انضم بعضهم إلى بعض، اجتمعوا هنا وهناك، وانضم وتألف، احتشد وتجمهر، تكتل، كما يقال جمع الله القلوب أي ألّفها، والأمر الجامع هو ما يجتمع الناس لأجله، والإجماع هو اتفاق الخاصة أو العامة على أمر من الأمور، ويقال استجمع القوم: تجمعوا من كل صوب، والجامع هو المسجد الجامع الذي تصلي فيه الجماعة.

وقد عرفه الفقيه هوريو: "الاجتماع العام هو تجمع مؤقت لعدد من الأفراد لتحقيق وحدتهم أو التفكير معا"، ويؤيده في ذلك الفقيه بارتيليمي قائلا: «الاجتماع العام عبارة عن تجمع مؤقت لعدد من الأشخاص بناء على تدبير أو تنظيم سابق، بغية سماع وعرض الأفكار أو تبادلها من أجل الدفاع عن الآراء أو المصالح المشتركة، كما عرفه مجلس الدولة الفرنسي في قضية DELMOTTE سنة 1915" الاجتماع العام هو عبارة عن تجمع مؤقت يربط مجموعة من الأفراد بهدف عرض الآراء والأفكار للتشاور من أجل الدفاع عن مصالحهم ".

بالتالي فحرية الاجتماع هي تمكين الأفراد من الاجتماع فترة من الوقت ليعبروا عن آرائهم بالمناقشة أو تبادل الرأي أو الدفاع عن رأي معين وإقناع الآخرين بالعمل به أو على سبيل التعليم

والمنفعة العامة (لعشب، 2001)، ويعرف الاجتماع على أنه ما يعقد من قبل جمع من الناس لغرض عام وفي محل أو في مكان خاص يستطيع دخوله أشخاص بلا إذن وبلا دعوة شخصية.

أما المظاهرة فتعني حشد منظم يسير في الميادين أو الشوارع العامة لغرض عام، بخلاف حرية الاجتماع فهي تمتع الفرد بالحق في الاجتماع مع من يريد من الأفراد الآخرين في مكان معين و في الوقت الذي يراه للتعبير عن الآراء ووجهات النظر، سواء بالخطب أو الندوات أو المحاضرات أو النقاشات، وتعني أيضا الحق في إصدار المنشورات و التوصيات الناتجة عن الاجتماعات، ولا تعتبر محكمة النقض الفرنسية – حكمها في 1903/03/01 - ومجلس الدولة الفرنسي أيضا في 1915/08/06 - التقاء مجموعة من الناس في مقهى على أنه اجتماع، ونصت عليه المادة 20 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، لكل شخص حرية الاشتراك في تكوين جمعيات والجماعات السلمية "، والمادة 11 من الاتفاقية الأوروبية والمادة 15 من الاتفاقية الأمريكية، كما نصت المادة 21 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية و السياسية على أنه "يكون الحق في التجمع السلمي معترفا به، و لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي تفرض طبقا للقانون ، وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية المصلحة العامة أو الآداب العامة، أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم "،وتجدر الإشارة إلى أن حرية الاجتماع شأنها شأن الحقوق و الحريات الأخرى ترد عليها بعض القيود أهمها:

وجوب الحصول على إجازة أو رخصة سابقة من السلطة الإدارية المختصة، و حق هذه الأخيرة في تفريق الاجتماع أو المظاهرة في حالة الابتعاد عن الهدف المسطر لها، أو حدوث حالة فوضى أو إذا ارتكب فيها أعمال إجرامية تخل بالأمن و النظام العام، أو إذا تعرضت حياة الأفراد و حرياتهم للخطر (صوفي، العدد 2011/08)، و نصت سابقا المادة 41 من دستور 1996 على حرية الاجتماع بعد إقرار التعددية الحزبية و النقابية بالقول "حريات التعبير و إنشاء الجمعيات و الاجتماع مضمونة للمواطن "، و بعد التعديل جاء النص على هذه الحرية في المادة 48 مع حرية التعبير و إنشاء الجمعيات، مع الإشارة إلى أن قانون تكوين الجمعيات و الأحزاب السياسية هو قانون عضوي ويتفرع عن هذا الحق مباشرة الحقوق السياسية التي تمكن الأفراد من المشاركة في الشؤون العامة للدولة كالحق في الترشح و الانتخاب و الاستفتاء (زغيب، 2004)....

أما تعديل 2020 فقد نص المؤسس الدستوري على حرية التعبير والاجتماع والتظاهر السلمي في نفس المادة وخفف من إجراءاتها بأن سمح بممارسة هذه الحريات السياسية بمجرد التصريح وليس بضرورة الترخيص.

و يجدر التذكير أن نص المادة 49 من تعديل 2016 هو الذي قرر حرية التظاهر السلمي و التي ينظمها القانون، وهو المصطلح الذي أضافه المؤسس الدستوري ليدخل ضمن ما يتفرع عن الحق في التجمع من حريات سياسية ، أما **التجمهر** فهو تجمع جمهور من الناس في مكان عام أو طريق عمومي سواء كان مسلح أو غير مسلح، بحيث يشكل هذا التجمع خطر على النظام العام، والفرق بينه وبين المظاهرة أن هذه الأخيرة سلمية وغير مسلحة وتقودها مجموعة من المواطنين للتعبير عن أراءها في بعض المسائل الاجتماعية أو السياسية، ولا تعرقل الهدوء العمومي لأنها مرخصة من جهات مختصة بعد التأكد من احترامها للقيود و الضوابط التي يفرضها القانون، أما التجمهر فقد يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات إذا لم يمتثل المتجمهرين لنداء السلطات العامة المختصة بالتفريق.

هـ-حرية الترشح والانتخاب:

حرية الترشح في الانتخابات من الحريات السياسية التي تعتبر حديثا عصب الديمقراطية وأساس التعبير والمشاركة السياسية الشعبية وتعني ضمان حق الانتخاب لتولي وظائف أو مناصب عليا يسمح القانون تقلدها بهذا النمط والسماح للمواطنين بإبداء رأيهم بالاستفتاء، وتم النص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في نص المادة 21 "لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده إما مباشرة و إما بواسطة ممثلين يختارون اختيارا حرا"، كما نصت عليه المادة 25 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والتي جاء فيها " لكل مواطن الحق و الفرصة دون تمييز مما ورد في المادة 2 ودون قيود غير معقولة في -أ- أن يشارك في سير الحياة العامة إما مباشرة أو عن طريق ممثلين مختارين بحرية.-ب- أن ينتخب وأن ينتخب في انتخابات دورية أصلية وعامة وعلى أساس من المساواة على أن تتم الانتخابات بطريق الاقتراع السري وأن تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين"

وقد أقر بدوره المؤسس الدستوري في نص المادة 56 من التعديل الدستوري 2020 على حق المواطن في الانتخاب أو أن ينتخب متى توافرت فيه الشروط القانونية وهذا يمكن المواطنين من تجسيد الديمقراطية التشاركية في تسيير شؤون الدولة عن طريق هيئات منتخبة على مستوى اللامركزية المحلية وحتى بالنسبة للهيئة التشريعية عن طريق انتخاب من يمثلوهم في البرلمان وغيره من مؤسسات الدولة. (فراجي ع.، 2019)

من خلال استعراضنا المختصر لأهم الحريات السياسية نلاحظ ارتباطها وتأثيرها المباشر بالنظام العام، لا سيما الأمن العام واستقرار الدولة ومؤسساتها لهذا قيد المؤسس الدستوري والمشرع الجزائري ممارستها بعدة قيود و ضوابط لابد من احترامها تحت طائلة عقوبات إدارية وأخرى جزائية مثل ما هو منصوص عليه في قانون الأحزاب السياسية، هذا في ظل الظروف العادية ، فما بالك في ظل الظروف الاستثنائية، وهذا ما سنتعرض له في النقطة التالية : إلا أن المشرع تدارك

سلبيات كثرة التقييد لاعتباره كبحا و تقييدا لهذه الحريات و قرر ضمانات أكبر لممارستها و خفف من إجراءاتها و أهمها **استبدال إجراء الترخيص بإجراء التصريح فقط.**

المبحث الثاني: تأثير الظروف الاستثنائية على الحريات السياسية وضماناتها في الجزائر:

إن التمسك بمبدأ المشروعية في جميع الظروف قد يؤدي إلى عرقلة نشاط الإدارة وإصابتها بالجمود كما قد يصل إلى حد تعريض أمن الدولة واستقرارها للخطر، والتأثير سلبا على النظام العام وعلى سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، إذ قد تمر البلاد بظروف استثنائية وتكون النصوص القانونية القائمة فيها عاجزة عن مجابهة هذه الظروف، وفي نفس الوقت الإدارة مكلفة بإيجاد حلول سريعة وفعالة، ولا يمكنها التقيد المطلق بمبدأ المشروعية كما في الظروف العادية، فتضطر إلى اتخاذ إجراءات غير عادية وغير مألوفة لإصلاح الوضع.

وهذه الاختصاصات الاستثنائية ستمس لا محالة بحقوق وحريات الأفراد مما يفرض على الدولة بأجهزتها عبء بذل مجهود للحد من ذلك المساس، خاصة وأن فكرة الظروف الاستثنائية غامضة تجد تبريرها في فكرة المصلحة العامة.

المطلب الأول: مفهوم الظروف الاستثنائية:

قد ساهم القانون الدولي في تنظيم الأنظمة القانونية للظروف الاستثنائية بصفة جزئية مثل الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في 04-11-1950 في المادة 15، والتي تشير إلى الحق في الخروج عن المشروعية العادية في حالة الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة، وكذا عهد الأمم المتحدة المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 الذي انظمت إليه الجزائر في ماي 1989 في المادة 04 " يجوز للدول الأطراف في الاتفاقية الحالية في أوقات الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة، والتي يعلن عن وجودها بصفة رسمية أن تتخذ من الإجراءات ما يحلها من الالتزامات طبقا للاتفاقية الحالية إلى المدى الذي تقتضيه بدقة متطلبات الوضع"، فما المقصود بهذه النظرية و ماهي شروط تطبيقها؟ هذا ما سنتعرض له في النقاط الموالية:

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية:

أشار إلى النظرية أيضا الميثاق العربي لحقوق الإنسان في 15 سبتمبر 1994 المادة 04. لكن لم يضع التشريع تعريفا مانعا للظروف الاستثنائية بل ترك المسألة للفقه والقضاء والذي لم يكتفي بوضع التعريف وإنما حدد حتى الشروط الواجب على الإدارة احترامها أثناء اتخاذها لهذه الإجراءات الاستثنائية.

فإعمالا لمبدأ المشروعية يتعين على الإدارة الالتزام بالقانون في أي وقت وأيا كانت الظروف، غير أن هذا المفهوم وإن كان صالحا في ظل ظروف وأزمة عادية يكون غير صالح في ظل ظروف وأزمة استثنائية غير عادية، حيث قد يترتب على الإصرار في تطبيق الإجراءات العادية استفحال الأزمة مما يؤدي إلى انهيار الدولة أو على الأقل تعريض سلامتها و أمنها لمخاطرة شديدة، و هذه الحالات الطارئة التي يتعرض لها المجتمع قد تكون بفعل الإنسان كالحرب والانقلاب، أو كوارث طبيعية كالفيضانات والزلازل وانتشار الأوبئة، مما يهدد كيانه ويعرض تنظيمه السياسي والاقتصادي لأخطار كبيرة، وكلها ظروف تتصف بالفجائية وعدم التوقع ومن خصائصها الخطورة وعدم الاستمرار، فهي بطبيعتها مؤقتة فيما تحدثه من إخلال بالنظام العام (الأخضر)، و في مثل هذه الظروف الاستثنائية لابد أن توسع الإدارة من اختصاصات عملها حتى وإن خرجت هذه الاختصاصات الجديدة عن الضوابط المقررة في القوانين المعمول بها، لأن هذه الأخيرة لن تساعد الإدارة في مواجهة تلك الظروف التي تقتضي سرعة التصرف حفاظا على سلامة البلاد، ودرأ الأخطار عنها لأجل الحفاظ على مفهوم دولة القانون .

ويرجع أصل النظرية إلى الحرب العالمية الثانية 1914 بفرنسا، حيث وقعت ظروف هددت كيان الدولة أدى بالإدارة إلى الخروج عن مبدأ المشروعية، وهذا ما أدى إلى المساس ببعض الحقوق والحريات للأفراد الذين تقدموا بطعون أمام القضاء الإداري لجبر الضرر الذي تسببت فيه الإدارة أثناء مجابهتها لهذه الظروف، فوجد القاضي الإداري تبرير للإدارة هو المصلحة العامة، وأقر نظرية سماها في البداية **نظرية سلطات الحرب.**

لكن القضاء الفرنسي لم يقم بوضع تعريف جامع مانع للنظرية ولا حتى وضع معيار لها وهذا حتى لا يقيد نفسه وتبقى له الاستقلالية في تكييف الظروف على أنها استثنائية أم لا.

جاهد الفقه من أجل تشييد نظرية عامة تحتوي فكرة المشروعية الاستثنائية - مشروعية الأزمات - وذلك لكي يكون أساسا قانونيا لأي خروج عن الحدود التي تضعها القوانين الوضعية القائمة، كما قد عرفها vedel بأنها "وضع غير عاد وخطير يحتم ضرورة التصرف على وجه السرعة من أجل الحفاظ على المصلحة العامة نظرا لعدم إمكان إعمال القواعد العادية" وأيده Birat et Odent.

وفي هذا الشأن ولأجل مجابهة هذه الظروف تتخير الدول الحلول التي ترى أنها أكثر ملائمة في مواجهتها وفق أسلوبين:

1- أسلوب النظام الأنجلوسكسوني –أسلوب التفويض التشريعي -:

حيث لا تنظم سلفا حالة الطوارئ بقانون لكن هذا الأسلوب يعطي للسلطة التنفيذية الحق في التوجه إلى البرلمان لاستصدار قانون ينظم سلطات الضبط الإداري في مثل هذه الظروف، والوسائل التي يجوز لها استخدامها، كما للإدارة أن تحد من الحريات بقدر أكبر عن المعتاد بفرض قيود أشد وطأة من تلك المفروضة في الظروف العادية، مع خضوع كل تصرفاتها لرقابة القضاء (الجبراني، 2005)الإداري طبعا حماية للحريات والحقوق.

2-أسلوب النظام اللاتيني:

ويتضمن إقرار قوانين خاصة صادرة من السلطة التشريعية لمواجهة الظرف الاستثنائي سابقة على حدوثه، الأمر الذي يمكن السلطة التنفيذية من مواجهتها فور حدوثها عن طريق إعلانها لحالة الطوارئ، أو الأحكام العرفية أو التعبئة العامة وتطبيق أحكام القانون بسرعة وفاعلية، لإزالة الخطر الناجم عن هذه الظروف غير المتوقعة دون الحاجة للرجوع إلى البرلمان لاستصدار تشريع بذلك (القحطاني، الضبط الإداري سلطاته و حدوده، 2002).

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية- مشروعية الأزمات –

كان للقضاء الإداري في فرنسا دورا بارزا في تشييد النظرية كما رأينا، وذلك بوضع الضوابط الدقيقة التي تكفل رقابة فعالة على عمل الإدارة في إطار موازنة دقيقة بين اعتبارات المحافظة على حقوق الأفراد وحرياتهم، وبين سلامة الدولة وذلك بإلزامية توافر شروط وقيود معينة لتطبيق النظرية وهذا نظرا لخطورة السلطات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية يمكن إيجازها فيما يلي:

- **وجود الظرف الاستثنائي:**

وعلى القضاء التأكد منه ومن التلازم ما بين ممارسة السلطات الاستثنائية المستخدمة و الظرف الاستثنائي، أي لابد من ارتباط تمتع الإدارة بالسلطات الواسعة بالظرف الاستثنائي، و ما نعنيه هنا بالظرف الاستثنائي هو وجود خطر جسيم حال يهدد أمن وسلامة ووجود الدولة، وعلى الرغم من صعوبة تحديد معيار دقيق لجسامة الخطر فإنه على الأقل يجب أن يخرج عن إطار المخاطر المتوقعة أو المعتادة في حياة الدولة، فهو خطر غير مألوف من حيث النوع وكبير من حيث المدى، أما المقصود بأن يكون الخطر حالا فهو ألا يكون خطرا محتملا مستقبلا، وألا يكون قد وقع وانتهى، فالخطر الحال إذن هو الذي يكون بدأ فعلا أو على وشك الوقوع دون أن يكون قد انتهى بعد بحيث لا تجد الإدارة أي فرصة للجوء إلى وسيلة أخرى لمواجهته (محمد، 2005).

- **تناسب الإجراء الاستثنائي المتخذ مع الظرف الاستثنائي من حيث مداه وخطورته:**

لابد أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة في الظروف الاستثنائية هي ما تستدعيه وتقتضيه الضرورة القصوى وفي حدود هذه الضرورة.

- **استحالة تطبيق واحترام قواعد المشروعية العادية مع هذه الظروف:**

أي أن مواجهة هذه الظروف تكون غير مجدية بالطرق العادية، هذا يعني أنه إذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع الإدارة اتخاذها في مواجهة المخاطر، فعليها ذلك دون الرجوع إلى نظرية الظروف الاستثنائية، إذ يصبح هذا أمرا يمكن الاستغناء عنه.

- **تعرض المصلحة العامة للخطر:**

وأن تكون هذه المصلحة معتبرة حتى يمكن تبرير الإجراءات الاستثنائية، أي يجب أن يكون التصرف الصادر من الإدارة بمثابة الإجابة على التزام مشروع وأساس مفروض عليها لمواجهة الظرف الاستثنائي، والمقصود بالالتزام هنا هو المحافظة على النظام العام وأمن وسلامة الدولة، ويتأكد القاضي من توافر الشروط السابقة فهذا يعني أنه قد نشأت مشروعية جديدة تسمى **مشروعية الأزمات.**

وأخيرا لابد من إنهاء العمل بنظرية الظروف الاستثنائية بمجرد زوال هذه الظروف التي دعت إلى تطبيقها، وفق قاعدة توازي الأشكال أي بنفس الإجراءات المتبعة في إعلانها –المادة 6/98"تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها.."

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظرية الظروف الاستثنائية ومصير الحريات السياسية خلالها:

تنص المادة 97 من التعديل الدستوري 2020 على أنه من صلاحيات رئيس الجمهورية في حالة الضرورة الملحة، إعلان حالة الطوارئ أو الحصار بعد استشارة هيئات محددة لأجل استتباب الأمن، كما يقرر الحالة الاستثنائية إن كانت الدولة مهددة بخطر داهم، وفي نفس الوقت أقر ضمانات للحقوق والحريات لتفادي التعدي عليها قدر الإمكان خلال هذه الظروف.

الفرع الأول: موقف المؤسس الدستوري من نظرية الظروف الاستثنائية:

نص التعديل الدستوري السابق لسنة 2016 في مادته 105 على أن الاختصاص بإعلان حالة الطوارئ أو الحصار ترجع لرئيس الجمهورية، بحيث يحدد مدتها بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة، و رئيس المجلس الشعبي الوطني و الوزير الأول و رئيس المجلس الدستوري، حتى يمكنه اتخاذ الإجراءات و التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، على أن التشريع

الخاص بتنظيم مجابهة الطوارئ و حالة الحصار يتم تحديده بموجب قانون عضوي حسب ما أكدته المادة 106 من الدستور أعلاه، إلا أنه في المادة 97 من التعديل الدستوري لسنة 2020 فقد حدد مدة قصوى لحالة الطوارئ أو الحصار قدرت بثلاثون يوما و لا يمكن تمديدها إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا. وهذا نظرا لخطورة الإجراءات التي تترتب عن إعلان هذه الحالة وقدر السلطة التقديرية التي تمنح للسلطات والتي من شأنها لا محالة المساس بالحريات بصفة عامة والحريات السياسية بصفة خاصة، كما أضاف رئيس المحكمة الدستورية بدل رئيس المجلس الدستوري.

لينص المؤسس الدستوري في المادة الموالية المادة 98 على الظروف الاستثنائية في مادة مستقلة بنصه: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها لمدة أقصاها 60 يوما-على عكس التعديل السابق لسنة 2016 الذي لم يحدد مدة لها-، ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المحكمة الدستورية، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

نلاحظ أنه لا يستشير الوزير الأول أو رئيس الحكومة كما في حالة الطوارئ أو الحصار، ولا يمكننا استنتاج الفرق بين المقصود بعبارة اجتماع المجلس الأعلى للأمن في حالتي الحصار والطوارئ، وبين عبارة الاستماع لمجلس الأعلى للأمن في حالة الظروف الاستثنائية، كما أضاف استشارة أيضا مجلس الوزراء أي يكتفي بالوزير الأول في حالتي الحصار والطوارئ، بينما يستمع لمجلس الوزراء كاملا في حالة الظروف الاستثنائية.

كما يوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة لإعلامه بالوضعية الاستثنائية ولا يمكنه بأي حال تمديدها إلا بعد موافقة أغلبية أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعتين معا.

الفرع الثاني: ضمانات ممارسة الحريات السياسية خلال الظروف الاستثنائية:

نصت المادة 98 من التعديل الدستوري على " ...يعرض رئيس الجمهورية بعد انقضاء مدة الحالة الاستثنائية القرارات التي اتخذها أثناءها على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي بشأنها" وفي نظرنا هذه ضمانة من الضمانات التي تكفل جبر الضرر الناتج عن التعدي على الحريات العامة خلال هذه الظروف لكن الإشكال فيما يترتب عن هذا الرأي وهل هو ملزم للسلطة التنفيذية أم لا.

إذ تخول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية اتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية، ويجتمع البرلمان وجوبا، وهذا

يعني أن الجزائر تتبع أسلوب النظام الأنجلوسكسوني حيث تنتظر حدوث الظرف الاستثنائي أو وشوك وقوعه حتى تلجأ للبرلمان لاستصدار النص التشريعي الكفيل بمجابهتها، وهذا هو الهدف من اجتماع البرلمان وجوبا المنصوص عليها في الدستور.

وهذا يؤكد لا محالة تهديد وامكانية انتهاك الحقوق والحريات العامة للأفراد حماية للمصلحة العامة واستقرار الدولة وأمن مؤسساتها ومن بين الأمثلة على القيود التي سبق اتخاذها في الجزائر على ممارسة الحريات السياسية في ظل الظروف الاستثنائية ما يلي:

-وضع قيود على حرية الأشخاص في الاجتماع والانتقال والإقامة والمرور في أماكن أو أوقات معينة.

-الأمر بمراقبة الصحف والنشرات والمطبوعات والمحررات والرسوم وكافة وسائل التعبير والدعاية والإعلان قبل نشرها، وضبطها ومصادرتها وتعطيلها وتوقيفها وإغلاق أماكن طبعها، على أن تكون الرقابة على الصحف والمجلات ووسائل الإعلام مقصورة على الأمور التي تتصل بالسلامة العامة وأغراض الأمن القومي.

-منع المظاهرات والإضرابات، وكل ما يحتمل فيه الإخلال بالنظام العام والطمأنينة العمومية.

مع أن الكثير من هذه القيود قد ترد خلال الظروف العادية أو حالة ظروف استثنائية لم يعلن عنها بطريقة رسمية، مما يضطر بالقضاء الإداري الاستعجالي إلى اعتبار كل الإضرابات التي قامت بها جهات متعددة مثل الأساتذة في قطاع التربية والتعليم واضراب الأطباء المقيمين، اضراب طلبة المدارس العليا للأساتذة رغم أن بعضها اتبع ما ينص عليه القانون من اجراءات ليعتبر الإضراب مشروعا، إلا أن الهدف من ذلك هو حماية الدولة، أمنها واستقرارها ضد ما يهددها على حدودها، نفس الغاية هدفت إلى تحقيقها السلطات لمجابهة جائحة كورونا كوفيد-19، فرغم أن الجميع اعتبر مجموع الإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها الدولة كبح وتعد على الحريات العامة والحريات السياسية بالدرجة الأولى إلا أن كل ذلك يجد تبريره في المحافظة على المصلحة العامة.

إذ لجأت دول العالم إثر انتشار فيروس كورونا كوفيد-19 إلى تطبيق إجراءات استثنائية وتدابير احترازية وقيودا اجتماعية نجمت عنها آثارا وخيمة على كافة المجالات كالفقر، البطالة، الإفلاس، انعدام الأمن الغذائي، تدهور قطاع التعليم...و هذا جعل العالم يقف يدا واحدة ليتضامن من أجل التصدي لهذه الجائحة عن طريق الأطر الدولية للتعاون الاجتماعي المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة في الفصل التاسع في المواد 55-60،و إن شكلت هذه الإجراءات حماية اجتماعية دولية من ناحية إلا أنها جسدت تقييدا و تعديا على الحقوق و الحريات العامة، و إن وجدت تبريرا لها في المحافظة على المصلحة العامة، فمصر و المغرب و فرنسا أعلنت حالت الطوارئ الصحية، أما

الجزائر فأعلنت حالة الحجر الصحي و هذا بهدف الحفاظ على النظام العام، و هذا أثر بطبيعة الحال على الحريات السياسية كذلك:

فبالنسبة **لحرية الرأي والتعبير** فقد اتخذت السلطة الجزائرية مجموعة من القرارات عن طريق مراسيم تنفيذية من قبل الوزير الأول صاحب الاختصاص في مجال الضبط الإداري وصلت لأكثر من 22 مرسوم تنفيذي اتخذت بموجبها تدابير وإجراءات الوقاية و مكافحة الفيروس، فالكثير رأى أن فيروس كورونا قد ضيق الخناق على حرية التعبير حين استعملت لتكميم الأصوات من قبل الأنظمة الحاكمة و فرض الرقابة على الصحافة و تقييد الوصول إلى المعلومة، فطالبت الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام اتخاذ إجراءات أكثر شفافية على مستوى الإفصاح عن البيانات والمعلومات المتعلقة بأزمة تفشي الفيروس، وعدم تقييد حرية التعبير الرقمي للمواطنين عبر وسائل التواصل الاجتماعي إذ اتهم العديد من الأشخاص بإثارة البلبلة وزعزعة الاستقرار بنشر الإشاعات والأكاذيب، و لا يمكن نكران أنه بالفعل هناك من فعل ذلك سواء من مواطني الدولة أو خارجها، لكن سجلت أيضا اعتقالات لصحفيين في بعض الدول و هم بصدد تغطية مواضيع متعلقة بالأزمة ،بحجة الحرص على تفادي الأخبار المزيفة المروجة عن طريق الإنترنيت والتي خلقت أحيانا موجات ذعر لدى المواطنين، فجرمت العديد من الدول نشر معلومات كاذبة حول مواضيع الصحة العامة.

وكذلك بالنسبة **لحرية الاجتماع**: وقد منعت عدة دول الاحتجاجات ضد طريقة تسيير الأزمة بدعوى المخاوف بشأن التباعد الاجتماعي أو استخدمت الوباء كمبرر لتفريق التجمعات المنتقدة لسياسات الحكومة غير المتوقعة لفيروس كورونا.

إلا أن هذا لا يعني إلغاء حق الجزائريين في ممارسة حرياتهم السياسية فلازالت الصحافة توصل كل جديد للشعب، ولازالت الأحزاب السياسية تقوم بدورها المنوط بها قانونا، وكذا الجمعيات وغيرها من الجماعات الضاغطة وحتى المجتمع المدني.

ويبقى القضاء الإداري يبسط رقابته على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي.

خاتمة:

تلتزم الدول بالمحافظة على مقوماتها من الانهيار والتعدي من الكوارث الطبيعية والأوبئة ولاإستقرار السياسي وغيرها، بولوج باب الإجراءات الاستثنائية التي تشكل مساسا لا محالة بالحقوق والحريات العامة، لكن في هذا تغليب للمصلحة العامة على الخاصة وحفاظا على النظام العام لا

تعسفا شريطة المحافظة قدر الإمكان على صيانة الحقوق والحريات العامة والسياسية منها بصفة خاصة، و هذا ما توثقه المادة 34 من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي تنص على ترقية مبدأ إلزامية احترام الأحكام الدستورية المتعلقة بالحقوق الأساسية و الحريات العامة و ضماناتها لجميع السلطات و الهيئات العمومية و أن لا يتم تقييدها إلا بموجب قانون و لأسباب مرتبطة بالنظام العام و الأمن و حماية حقوق و حريات أخرى كرسها الدستور و بالأخص حماية حرية التظاهر السلمي و حرية التعبير و حرية الصحافة.

وقد اتضح لنا اتساع صلاحيات الإدارة في حالة تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية وتأثيرها على الحريات السياسية أكثر مما هو عليه في ظل الظروف العادية من تقييد، تحت طائلة الرقابة القضائية التي تقر إما بإلغاء تصرف الإدارة أو التعويض عنه وإما الاثنان معا، وهذا حماية لأمن الدولة واستقرارها والحفاظ على مؤسساتها.

ومجموع الجهود التي بذلت ولا تزال من قبل الدول لمكافحة فيروس كوفيد-19 تراعي الحرص الكافي لحماية أكبر فئة ممكنة من البشر خاصة الضعيفة منها صحيا واقتصاديا، فبعد أن أغلق العالم بموجب الحجر الصحي واتباع مؤسسات الدولة وإداراتها تدابير احترازية، كشف عن روح المسؤولية والتضامن لأجل الحفاظ على وجود الإنسان و سلامته، و سد الباب أما الأضرار التي تصيب مجموع العمال و غيرهم، حسب قدرا ت الدولة وإمكانياتها لا تخاد ما تستطيع من حلول لجبر الضرر الناتج عن المساس بالحريات العامة بسبب الإجراءات الاستثنائية التي لم تتخذ تعسفا، وإنما حماية للمصلحة العامة وحفاظا على النظام العام بكل عناصره التقليدية منها والحديثة.

وقد كفل التعديل الدستوري لسنة 2020 ممارسة المواطنين لحرياتهم السياسية و مساهمتهم في تسيير شؤون الدولة بواسطتها كحق الانتخاب والترشح، حرية الرأي و التعبير، و مقارنة بالدساتير السابقة لاحظنا أن المؤسس الدستوري قد خفف كثيرا من القيود التي أوردها فيما سبق على ممارسة الحريات السياسية فعلى سبيل المثال استبدل نظام الترخيص بأسلوب التصريح فقط مع احترام الشروط و القوانين المنصوص عليها، كما أقر بأنه لا يمكن إلغاء أو وقف أي تصرف مرتبط بممارسة الحريات السياسية إلا بأمر قضائي مثل وقف الصحف أو الجمعيات...كما ألغى أي عقوبة سالبة للحرية ضد الصحفيين و حتى معاوني الصحافة و كفل لهم الاستقلالية و حرية التعبير...وهذا في ظل الظروف العادية وحتى الاستثنائية التي حدد مدتها و ربط تمديدها بموافقة البرلمان وأخضع كل القرارات المتخذة خلالها من السلطات لرقابة لاحقة للمحكمة الدستورية وفي كل هذا ضمانات دستورية لممارسة هذه الحريات التي تعكس مدى ديمقراطية الدولة.

التوصيات:

-ضرورة الإسراع في تعديل القوانين العضوية المتعلقة بتنظيم ممارسة الحريات السياسية كقانون الانتخابات، قانون الجماعات المحلية بما يضمن فاعلية تجسيد سبل ممارسة الديمقراطية التشاركية ومساهمة المواطنين في تسيير شؤون الدولة.

-تفعيل كل ما من شأنه إبعاد المال الفاسد عن السياسة وضمان وصول المنتخب المناسب للمكان المناسب ليمثل منتخبيه أحسن تمثيل ويضمن إيصال صوتهم لأصحاب القرار وتلبية حاجياتهم وآمالهم لجزائر جديدة.

-الإسراع في تفعيل الآليات الجديدة في التعديل الدستوري لسنة 2020 والتي من شأنها تجسيد استقلالية تامة للقضاء كاستحداث المحكمة الدستورية باعتبار أن السلطة القضائية هي الضامن والحارس للحقوق والحريات العامة والسياسية بصفة خاصة.

-مراعاة القضاء للظروف الاستثنائية عند الفصل في كل المنازعات المتعلقة بممارسة حرية من الحريات السياسية كقضايا الصحفيين مثلا.

-تدعيم ثقافة التوعية السياسية في المؤسسات كلها وتضمينها في البرامج التربوية والتعليمية.

-تجسيد الأمن القانوني في كل التشريعات المتعلقة بممارسة الحريات السياسية حتى لا يتفاجأ المواطن بقرارات استثنائية وعقوبات وتكييفات خاطئة لتصرفات قام بها على أساس أنها حرية من حرياته السياسية المضمونة ليجد نفسه أمام تهم تمس بالأمن العام أو بالدولة وممتلكاتها...

-الاهتمام أكثر بتطوير الوسائل التكنولوجية الحديثة وتعليمها للدور الكبير الذي عملته خلال الجائحة بتنشيط ممارسة السياسة عن بعد كالانتخاب الإلكتروني، مع مراعاة توسيع نطاق الحماية الخاصة به.

-الحكومات ملزمة بحماية الحق في حرية التعبير الذي يشكل أساس التمتع الكامل بحرية التجمع ويسمح بتقييدها في إطار القانون حماية للأمن القومي أو النظام العام، الصحة أو الآداب العامة.

قائمة المراجع:

أولا / الكتب:

- أندريه هوريو، 1974، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج1، ترجمة علي مقلد وآخرون، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت.

- حسن ملحم، د.س، محاضرات في الحريات العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

-عماد ملوخية، 2012، الحريات العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

-محفوظ لعشب، 2001، التجربة الدستورية في الجزائر، المطبعة الحديثة للكتاب في الفنون المطبعية، الجزائر.
-محمد عبيد القحطاني، 2002، الضبط الإداري، سلطاته وحدوده.
-موريس دي فرجيه، 2011، الأحزاب السياسية، ترجمة علي مقلد، عبد المحسن سعد، شركة أمل للنشر، القاهرة.
-فاطمة مفتي، 2014، رؤية تحليلية لقوانين الحريات العامة في الجزائر-الأحزاب السياسية، الجمعيات والإعلام، دار بلقيس، الجزائر.
- هاني سليمان الطعيمات، 2000، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الشروق، عمان، الأردن.
-André POUILLE et Jean ROCHE,,2004 libertés publiques et droits de homme,14 Emme éd., Dalloz, France.
-Robert JACQUES,1982, liberté publique, Ed. Montchrestien, paris, 3eme éd.

ثانيا / الأطروحات:

- رحموني محمد، 2015، تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري، الجمعيات والأحزاب السياسية، رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر.
- ابراهيم سالم الأخضر، الحريات العامة وحدود إجراءات الضبط الإداري، رسالة ماجستير.
- جلال مسعد، 2002، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.
- مريم عروس، النظام القانوني للحريات العامة في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
-مريم جعفور، 2013، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة ماستر.

ثالثا / المقالات:

- بن زحاف فيصل وعصمان ليلى، 2020، الحماية الاجتماعية الدولية من جائحة كوفيد-19، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد 05، العدد 04.
- محمد صوفي، 2011، المسؤولية عن مخاطر التجمهرات والتجمعات، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 08.
- محمد عمارة، 2012، المفهوم الإسلامي للحرية، مجلة الأزهر، عدد أكتوبر، الجزء 11.
-محمد بودالي، 2011، الحقوق الأساسية الخاصة بالخصومة المدنية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 08.
-أحمد سويقات، 2006، التجربة الحزبية في الجزائر:1962-2004، مجلة الباحث، عدد 4.
-فراجي عاشور،2019، مفهوم حرية الترشح للانتخابات واختصاص المشرع الجزائري والمقارن بتنظيمها" مجلة صوت القانون، المجلد 6، العدد1، 177-190

رابعا / المحاضرات:

- شهيدي محمد سليم، 2007/2006، محاضرات في الحريات العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس بسيدي بلعباس، الجزائر.

تنازع الاختصاص القضائي بين هيئات القضاء الإداري في الدول المغاربية
(الجزائر – تونس – المغرب)

Jurisdictional conflicts between administrative litigation (justice) in Arab Maghreb States (Algeria, Tunisia and Morocco)

بومقواس أحمد (*)
جامعة الجزائر 1
a.boumegouas@cu-aflou.edu.dz

بن جلول مصطفى
جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر
mus.bendjelloul@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2021/04/30 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/28

****

ملخص :

نظرا لاختلاف الهياكل المكونة للقضاء الإداري في الدول المغاربية (الجزائر - تونس – المغرب) وتشعب المنازعات الإدارية، نجم عنه عدة إشكالات ومنها ما تعلق بتنازع الاختصاص بين هيئات القضاء الإداري سواءا كان هذا التنازع إيجابيا أو سلبيا، ولذلك لجأت الدول المغاربية الثلاث إلى وضع نصوص قانونية هدفها الحد من إنكار العدالة في القضاء الإداري والفصل في المنازعات الإدارية في أجل معقول عندما يكون التنازع سلبيا، أما عندما يكون التنازع إيجابيا فإن الهدف المرجو من ذلك هو مواجهة إشكالية تعدد الأحكام والقرارات القضائية المتناقضة في نزاع واحد.

الكلمات المفتاحية : تنازع الاختصاص، القضاء الإداري، الدول المغاربية، الازدواجية القضائية.

Abstract:

Since that the Constituents structures of the administrative justice are different in the Maghrebian states (Algeria, Tunisia and Morocco) and the divergence of administrative disputes has established several complications, such as Jurisdiction disputes among the judicial administrative commissions

---

*المؤلف المرسل.

whether this conflict is positive or negative , therefore these three states have resorted to establish juristic codes and texts that aim to limit the denial of justice in administrative justice and the decisiveness of disputes in rational terms when the dispute is negative , but if the dispute is positive the aim will be how to face the Multiplicity of paradoxical judicial Judgments and decisions of one dispute.

Key Words: Jurisdictional conflicts, Administrative litigation, Arab Maghreb States, Dual justice

مقدّمة:

ان تطبيق نظام الإزدواجية القضائية وفصل القضاء الإداري عن القضاء العادي ليس بالأمر الهين، لما يتطلبه من ترسانة قانونية مضبوطة لعدم الوقوع في التنازع بين هيئات القضاء الإداري وهيئات القضاء العادي، بالرغم من الضبط الكبير لإختصاص كلا من الجهتين القضائيتين بتحديد معايير إختصاص كلا منهما إلا أن التنازع دائما ما قد يقع بين الجهازين القضائيين، ولهذا أنشئت محكمة للتنازع مع اختلاف تسميتها من دولة لأخرى مختصة بفض أي تنازع بينهما مهما كانت طبيعته سلبية كانت أم إيجابية وتكون قرارات هذه الأخيرة ملزمة لكل من القضاء الإداري والقضاء العادي.

ان اعتماد الدول المغاربية الثلاث الجزائر تونس والمغرب على نظام الإزدواجية القضائية بفصل القضاء الإداري عن القضاء العادي كلا بطريقته الخاصة، ذلك أن كل دولة اعتمدت هياكل معينة للقضاء الإداري لكن المؤكد أنها كلها تتجه نحو بناء هياكلها القضائية الإدارية بشكل كامل ومتكامل مع تدخل المشرع في تحديد إختصاص كل جهاز قضائي لوحده...

وبالرغم من هذا إلا أن كل الدول المغاربية الثلاث محل الدراسة كثيرا ما اعترضتها مشاكل تنازع الإختصاص بين هيئات القضاء الإداري سواءا كانت من درجة واحدة والمتمثلة في المحاكم المنشأة لقاعدة هرم القصاء الإداري أم هيئاتها الإستئنافية الإدارية أو بين محاكم إدارية ومحكمة أخرى أعلى درجة منها.

ومما سبق نطرح الإشكالية التالية: كيف نظمت الدول المغاربية هياكلها القضائية الإدارية؟ وكيف عالجت مشاكل تنازع الاختصاص بين هيئاتها القضائية الإدارية؟

وللإجابة على هاته الإشكالية اعتمدنا على المنهج الوصفي كما اعتمدنا على المنهج التحليلي في دراسة النصوص القانونية في كلا من الجزائر وتونس والمغرب.

وللإمام بهذا الموضوع قسمنا بحثنا هذا إلى مبحثين الأول منه تطرقنا فيه إلى تنظيم هياكل القضاء الإداري في الدول المغاربية الثلاث كما أبرزنا فيه صور التنازع الذي قد يقع بين هيئات

القضاء الإداري مع تحديد شروطه في كل دولة، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه طريقة فك تنازع الإختصاص بين هيئات القضاء الإداري في الدول المغاربية .

المبحث الأول: تنظيم القضاء الإداري في الدول المغاربية وصور التنازع بين هيئاته

ان تطبيق نظام الازدواجية القضائية وانشاء هياكل قضائية مختصة بمنازعات القانون العام ليس بالأمر اليسير للدول لما يتطلبه من ترسانة بشرية ومادية، ومع ذلك حاولت الدول المغربية محل الدراسة بعد استقلالها ان تبقي النظام القضائي المطبق اثناء الفترة الاستعمارية مع احداث بعض التغييرات عليه بما يتوافق وامكانياتها متجهة الى فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي تدريجيا مع مرور السنوات (المطلب الأول)، هذا الفصل نجم عنه في بعض الأحيان تنازع حول الاختصاص بين الهيئات التي انشاتها في القضاء الإداري (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تنظيم هيئات القضاء الإداري في الدول المغاربية

اعتمدت الدول المغاربية الثلاث وهي الجزائر وتونس والمغرب على نظام الازدواجية القضائية سنوات 1996 و 1959 1993 تواليا، لكن لم تكن لها نفس الهياكل ومختلفة عن بلد منشئه فرنسا، فكل دولة طبقته حسب بيئتها وظروفها مع تحديثه من حين لآخر حسب المستجدات الداخلية في كل دولة، لكنها اتفقت على أن هياكل القضاء الإداري متكونة من ثلاث درجات هي المحاكم الإدارية الابتدائية (الفرع الأول) ومحاكم إدارية إستئنافية (الفرع الثاني) ومحاكم أعلى درجة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المحاكم الإدارية الإبتدائية

أنشأت الدول المغاربية قاعدة القضاء الإداري مشكلا من المحاكم الإدارية كأول درجة للتقاضي مع بعض الإختلافات نظرا لطبيعة الأنظمة القانونية لكل دولة.

فالجزائر اعتمدت على نظام الإزدواجية القضائية في دستور1996 (الدستور الجزائري المعدل والمتمم، 1996)، حيث أنشأت المحاكم الإدارية بموجب القانون 02/98 (02/98، 1998)، حيث نصت المادة الأولى منه على اعتبارها جهات قضائية للقانون العام، كما نص قانون الإجراءات المدنية والادارية (09/08، 2008)في مادته 800 على أنها تعتبر صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية، ويقدر عدد المحاكم الإدارية في الجزائر حاليا 48 محكمة (الدولة، 2021)، وقد حدد القانون 09/08 بموجب المواد 800 - 801 - 802 إختصاصها النوعي، أما اختصاصها الإقليمي فتمت إحالته إلى نص المادتين 37 و38 من نفس القانون مع استثناء بعض المنازعات بموجب المادة 804.

أما في تونس فقد نص دستورها بعد الثورة لسنة 2014 الصادر في 2014/01/27 في الفصل 116 منه على أن المحاكم الإدارية الإبتدائية تعتبر قاعدة القضاء الإداري التونسي، لكن بعد مرور عدة سنوات إلا أن هياكل القضاء الإداري لم تفعّل لحد الآن وبقي العمل بنظام القضاء الإداري لدستور 1959 الذي أنشأ محكمة إدارية واحدة ممركزة بالعاصمة، حيث واجه النظام القضائي الإداري التونسي صعوبات جمة لتغيير الهيكلة لكنها لم تنجح بحجة أن دستور 1959 أنشأ محكمة إدارية واحدة وطابعها " بالمفرد "، ولتفادي مواجهة المجلس الدستوري بعدم دستورية إنشاء محاكم إدارية إبتدائية أو إستئنافية، إهتدى المشرع التونسي إلى فكرة إنشاء دوائر إبتدائية واستئنافية وتعقيبية بالمحكمة الإدارية (شعباني، 2014/2013، صفحة 85) وهذا بموجب القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الادارية (40، 1972)، حيث حدد هذا الأخير اختصاص الدوائر الإبتدائية بالمحكمة الإدارية بموجب الفصل 17 منه، وقد نص الفصل 15 على أن تحديد عدد الدوائر الإبتدائية داخل المحكمة يكون بموجب أمر، مع إمكانية إحداث دوائر إبتدائية خارج المحكمة الإدارية مع ضبط إختصاصها الإقليمي بموجب أمر.

أما في المغرب فاستحدثت المحاكم الإدارية سنة 1993 بموجب القانون 41/90 (41/90، 1993)، ويقدر عددها بسبعة محاكم وزعت على مدن الرباط، الدار البيضاء، مكناس، اكادير، وجدة، فاس، مراكش مع تحديد نطاقها الإقليمي بموجب المرسوم 02/92/59 (02/92/59، 1993)، وقد حدد القانون 41/90 إختصاص المحاكم الإدارية بموجب المواد من 08 إلى 11 منه (حسن، 2019).

الفرع الثاني: المحاكم الإدارية الإستئنافية

بخلاف نظيريه التونسي والمغربي لم ينشئ المشرع الجزائري بداية محاكم إدارية للاستئناف واكتفى بالمحاكم الادارية ومجلس الدولة ومنح اختصاص الاستئناف لهذا الأخير، وهو ما جعل هيكل القضاء الإداري مبتورا مما أثر على المهمة الأساسية التي أنشئ من أجلها باعتبارها هيئة مقومة للمحاكم الإدارية التي تدنوها وموحدة للاجتهاد القضائي، ذلك أنه سيغرق في قضايا إستئناف الأحكام الصادرة عن 48 محكمة إدارية الموزعة على تراب الجمهورية الجزائرية، وكان الأجدر من المشرع أن ينشئ محاكم للإستئناف في مناطق معينة وبعدد محدود على الأقل مثلما فعل المشرع الفرنسي حيث انشا في هذا المجال 08 محاكم للاستئناف موزعة على المدن الاتية (Paris, Lyon, Nancy, Nantes, Bordeaux, Marseille, Douai et Versailles) (الفرنسي، 2021) أو يعيد المحاكم الإدارية الجهوية التي كانت موجودة سابقا، إلا أن المؤسس الدستوري استدرك هذا

مؤخرا وأنشأ بموجب المادة 179 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 محاكم إدارية للإستئناف لتكتمل هياكل القضاء الإداري بعدما كان سابقا مبتورا منها.

وبالرغم من حداثة صدور التعديل الدستوري ننتظر من المشرع أن يسارع إلى مواكبة هذا التغيّر بإصدار القوانين المنظمة للمحاكم الإدارية للإستئناف وتحديد اختصاصها نوعيا وإقليميا وتنصيبها في أقرب الآجال لتخفيف الضغط على مجلس الدولة مما يمكن هذا الأخير من التركيز على المهام الأساسية والكبرى له والمقررة له دستوريا.

أما في تونس فقد نص دستور 2014 على إنشاء محاكم إدارية للإستئناف، إلا أنها لم ترى النور بعد مثل المحاكم الإدارية الإبتدائية ومازال النظام القضاء الإداري والذي صدر بعد دستور 1959 والقانون عدد 40 لسنة 1972 ساري المفعول، حيث تستأنف الأحكام الإدارية الصادرة عن الدوائر الإبتدائية بالمحكمة الإدارية أمام الدوائر الإستئنافية بالمحكمة الإدارية طبقا للفصل 19 من القانون عدد 40 لسنة 1972.

أما في المملكة المغربية فقد أنشئت المحاكم الإدارية الإستئنافية بموجب القانون 80/03 (01/06/07، 2006)، وبناءا على هذا القانون صدر المرسوم 02/06/187 المتعلق بتحديد عدد محاكم الإستئناف الإدارية ومقراتها ودوائر اختصاصها (02/06/187، 2006)، حيث نص هذا الأخير على إنشاء محكمتين إداريتين للإستئناف بمدينتي الرباط ومراكش، وقد حدد القانون 80/03 في نص مادتيه 05 و06 إختصاصات المحاكم الإدارية للإستئناف.

الفرع الثالث : الهياكل العليا للقضاء الاداري (مجالس الدولة)

ان تأسيس مجلس الدولة في فرنسا لأول مرة كان هدفه استشاري وليس قضائي لذلك سمي بمستشار الحكومة (CHEVALLIER, 2007, p. 07) ومع التطور الحاصل تراجع دوره الاستشاري بتطور اختصاصه القضائي، وأسس الدستور الجزائري لسنة 1996 مجلس الدولة كأعلى هيئة قضائية إدارية في الجزائر، وبعد سنتين صدر القانون العضوي 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه (01/98، 1998) وعمله المعدل والمتمم بموجب القانونين العضويين 13/11 و 02/18، وبحكم مكانته المهمة مُنح له اختصاصين الأول منه استشاري والثاني قضائي، فالإختصاص الاستشاري له يتمثل في منح آراء استشارية في مشاريع القوانين ومشاريع الأوامر (اونيسي، 2020، صفحة 542)بموجب المادتين 142 و 143 من الدستور من طرف لجنة استشارية والتي نجد أساسها في المادتين 35 و 36 من القانون العضوي 01/98 المعدل والمتمم، اما الاختصاص القضائي فهو متعدد حيث يفصل في اختصاصاته المنصوص عليها في المادة 09 من القانون العضوي 01/98

المعدل والمتمم كدرجة أولى وأخيرة، كما يفصل طبقا للمادة 10 من نفس القانون كهيئة إستئناف، أما المادة 11 فمنحت له إختصاص النظر في الطعون بالنقض.

أما في تونس فقد نص دستور2014 في الفصل 116 منه على إنشاء المحكمة الإدارية العليا والتي تعتبر أعلى هيئة قضائية إدارية إلا أنها أيضا هي لم ترى النور بعد، وتبقى القوانين السابقة سارية المفعول حيث تتولى الجلسة العامة والدوائر التعقيبية مهمة النظر في الطعون بالنقض ضد الأحكام والقرارات الصادرة عن الدوائر الإبتدائية والإستئنافية بالمحكمة الإدارية وهذا طبقا للفصول من 20 إلى 21 مكرر 03 من القانون عدد40 لسنة 1972المنقح.

وفي المغرب فلم يعرف الإزدواجية في أعلى الهرم، حيث لم ينشئ المشرع هيئة قضائية إدارية في هذا المجال واكتفى بالغرفة الإدارية بمحكمة النقض، لكن هذا الأمر لن يدوم طويلا حيث صرح الملك المغربي في خطابه سنة 1999 ((... كما قررنا إحداث محاكم إستئناف إدارية في أفق إنشاء مجلس للدولة ...)) وهذا ما سيؤدي إلى اكتمال هيكل القضاء الإداري بكل درجاته، وتختص الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بالنظر في الطعون ضد القرارات الصادرة عن محاكم الإستئناف الإدارية بموجب المادتين 16و17 من القانون 08/03.

المطلب الثاني: صور تنازع الإختصاص القضائي بين هيئات القضاء الاداري

إن تنازع الإختصاص الذي قد يقع بين أجهزة القضاء الإداري يتجلى في صورتين الأولى عندما تتشبث كل جهة قضائية وتدعي اختصاصها الذي لا شك فيه بأحقيتها بالنظر في النزاع وهذا ما يسمى التنازع الإيجابي (الفرع الأول)، أما الصورة الثانية وهي عندما تتخلى كل جهة قضائية من أجهزة القضاء الإداري عن اختصاصها بحجة عدم أحقيتها بالنظر في النزاع وبأن جهة قضائية أخرى هي المختصة وهذا ما يسمى بالتنازع السلبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنازع الإيجابي

يكون هذا التنازع عندما تصرح جهتين قضائيتين تنتميان للقضاء الإداري بأحقيتهما بالنظر في النزاع المطروح أمامهما، وقد يكون هذا التنازع إما بين محاكم إدارية من نفس المستوى، وقد يكون بين محاكم إدارية دنيا وأخرى أعلى درجة، كأن يكون بين محكمة إدارية إبتدائية وأخرى إستئنافية أو قد يكون بين محكمة إدارية إبتدائية ومجلس الدولة، ويختلف التنازع الايجابي في الدول المغاربية نظرا لاختلاف هياكل القضاء الإداري في كل من الدول الثلاث.

ففي الجزائر وبحكم أن قضائها الإداري متكون من محاكم إدارية ومجلس الدولة في انتظار تنصيب محاكم الإستئناف الإدارية المؤسسة بموجب التعديل الدستوري الاخير، فإن التنازع الإيجابي قد

يكون إما بين محكمتين إداريتين أو بين محكمة إدارية ومجلس الدولة، ولا نكون أمام التنازع الإيجابي في الجزائر إلا إذا توفرت الشروط الثلاث الآتية

- ✓ تصريح كلا من الجهتين القضائيتين بالإختصاص في نفس النزاع.
- ✓ صدور أحكام قضائية من الجهتين القضائيتين المتنازعتين.
- ✓ ان يكون موضوع الحكمين القضائيين متعلق بنفس النزاع والأطراف والسبب (بن الشيخ اث ملويا، 2013، صفحة 85).

وفي تونس في ظل عدم تفعيل النظام القضائي الإداري المؤسس بموجب دستور 2014 تبقى المحكمة الإدارية المنشأة بموجب دستور 1959 تمارس عملها لغاية بداية العمل بالنظام القضائي الجديد، والملاحظ أن القانون عدد 40 لسنة 1972 المنقح لم يتطرق إلى حالات التنازع الإيجابي بين الدوائر بالمحكمة الادارية، وهذا منطقي في ظل مركزية المحكمة الإدارية.

أما مشروع مجلة القضاء الإداري والتي يجري العمل على اصدارها بما تتوافق ودستور2014 والتي عرض مشروعها النهائي أمام المختصين للمناقشة قبل إصدارها، فقد كان هذا المشروع شحيحا في نصوصه عندما تطرق إلى التنازع الإيجابي حيث نص الفصل 02/180 على إختصاص الدوائر التعقيبية بالنظر في الطعون الموجهة ضد حكم حاز على قوة الشيء المقضي به يناقض حكما سابقا صدر لنفس النزاع.

واشترط هذا الفصل لقيام التنازع الإيجابي ما يلي:

- ✓ صدور حكمين قضائيين نهائيين.
- ✓ ان يكون الحكمين لنفس موضوع الدعوى وبين نفس الأطراف.

أما في المغرب فقد نص الفصل 300 من قانون المسطرة المدنية (المدنية، 1974) على أن التنازع الإيجابي يكون عندما تُصدر عدة محاكم في نزاع واحد قرارات غير قابلة للطعن صرحت فيها باختصاصها، ويكون التنازع الإيجابي في المغرب إما بين المحاكم الادارية أو بين محاكم الإستئناف الإدارية أو بين محاكم إدارية إبتدائية ومحاكم الإستئناف الإدارية والملاحظ أن نص المادة 300 جاء شاملا لجميع أنواع التنازع سواءا كان بين المحاكم الإدارية أو بين المحاكم العادية وبين المحاكم التجارية...

الفرع الثاني: التنازع السلبي

نكون أمام هذا النوع من التنازع عندما تقضي محكمتين من محاكم القضاء الإداري بعدم اختصاصهما بالفصل في نزاع مُعين مطروح أمامها.

وفي الجزائر فالتنازع السلبي قد يكون إما بين محكمتين إداريتين أو بين محكمة إدارية ومجلس الدولة، ونكون أمام التنازع السلبي في الجزائر إذا توفرت الشروط الآتية:

- ✓ تصريح كلا من المحكمتين بعدم الإختصاص في الدعوى المرفوعة أمامهم.
- ✓ تصريح كلا من المحكمتين باختصاص الجهة القضائية الأخرى.
- ✓ ان يكون كلا من موضوعي الدعوى متحدي الأطراف والصفة والسبب والموضوع (بن الشيخ اث ملويا، 2013، الصفحات 84-85)

أما في تونس فقد نص القانون عدد 40 لسنة 1972 في مادته 2/43 على إمكانية رئيس الدائرة الإبتدائية أن يقضي دون تحقيق ومرافعة في الدعوى بعدم الإختصاص الواضح، دون أن ينص القانون على الحالة التي ترفض فيها دائرة أخرى هذه الدعوى ولا الإجراءات البعدية لقرار رئيس الدائرة الإبتدائية بعدم الإختصاص.

أما مشروع مجلة القضاء الإداري فكان أكثر تفصيلا حيث نص الفصل 85 منه على أنه ولكي نكون أمام التنازع السلبي يجب:

- ✓ أن يصدر حكم نهائي من محكمة إدارية إبتدائية يقضي بعدم الإختصاص النوعي.
- ✓ أن تصدر المحكمة الإدارية الإبتدائية الثانية حكما معللا بحجرة الشورى دون مرافعة يقضي بعدم اختصاصها وإحالة الملف الى المحكمة الإدارية العليا.

أما في المغرب فقد نص الفصل 300 من قانون المسطرة المدنية على أن التنازع السلبي يكون عندما تصدر عدة محاكم في نزاع واحد قرارات غير قابلة للطعن صرحت فيها بعدم اختصاصها فيه.

وقد أحالت المادة 14 من قانون 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية تطبيق أحكام تنازع الإختصاص المحلي إلى المواد 16 و17 من قانون المسطرة المدنية، حيث أكدت على وجوب الدفع بعدم الإختصاص من طرف الأطراف قبل كل دفع أو دفاع مع تبيان المحكمة المختصة تحت طائلة البطلان، وفي حالة قبول الدفع بعدم الإختصاص من طرف المحكمة الإدارية يحال الملف بقوة القانون إلى المحكمة المختصة بعد أن تبت فيه بحكم مستقل أو بإضافة الطلب العارض إلى الجوهر.

المبحث الثاني : إجراءات الفصل في تنازع الاختصاص

إن الإجراءات الخاصة بالفصل في التنازع بين هيئات القضاء الإداري يهدف من ورائه المشرع إلى تسهيل عملية الفصل في المنازعات وفي أقل مدة ممكنة لذلك حاولت الدول المغاربية الثلاث إلى محاولة معالجة هذه الإشكالية بتحديد المحكمة المختصة عندما يحدث هذا التنازع (المطلب الأول) وتبسيط إجراءاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول : المحكمة المختصة بالفصل في تنازع الاختصاص

تختلف النظم القانونية في كلا من الجزائر وتونس والمغرب في تحديد المحكمة المختصة بالفصل في تنازع الإختصاص بين هيئات القضاء الإداري حسب المحاكم المتنازعة إذا كانت من درجة واحدة أو مختلفة في درجات التقاضي.

ففي الجزائر يقع التنازع إما بين محكمتين إداريتين كما قد يقع التنازع بين محكمة إدارية ومجلس الدولة، ففي التنازع الأول الذي قد يقع بين محكمتين إداريتين نصت المادة 01/808 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 على أن الفصل في تنازع الإختصاص بين المحاكم الإدارية يؤول إلى مجلس الدولة دون أن يحدد نص هذه المادة الجهة داخل مجلس الدولة المختصة بالفصل في هذا التنازع .

فهل هي إحدى الغرف والتي تكون مختصة نوعيا ؟ أم رئيس مجلس الدولة بحكم تنوع اختصاصاته ؟ أم أن الغرف المجتمعة هي المختصة والتي تعتبر صاحبة الإختصاص في التنازع بين محكمة إدارية ومجلس الدولة كما سنرى لاحقا ؟

و بالرجوع إلى تنظيم مجلس الدولة نجد أنه يتشكل من 05 غرف حسب المادة 44 من النظام الداخلي (الداخلي، 2019) له وهي:

- ✓ الغرفة الأولى: وتختص بالبت في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية والمحلات التابعة للدولة ومنازعات السكن.
- ✓ الغرفة الثانية : وتختص بالبت في منازعات الوظيفة العمومية والمنازعات البنكية والجبائية.
- ✓ الغرفة الثالثة: وتختص بالبت في المنازعات المتعلقة بالعقار والمنازعات المتعلقة بمسؤولية الإدارة والمنازعات المتعلقة بالتعمير.
- ✓ الغرفة الرابعة : تختص بالمنازعات المتعلقة بالعقار والمنازعات المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.
- ✓ الغرفة الخامسة : وتختص بالبت في إجراءات الإستعجال والمنازعات المتعلقة بالأحزاب السياسية والمنظمات المهنية الوطنية والجمعيات والحريات العامة.

ومن هذا لا توجد غرفة مختصة بالفصل في تنازع الإختصاص بين المحاكم الإدارية.

أما الغرف المجتمعة فلم ينص القانون على إختصاصها بالفصل في تنازع الإختصاص بين المحاكم الإدارية، وإنما أعطى لها حق الفصل فقط في حالة التنازع بين محكمة إدارية ومجلس الدولة كما سيأتي بيانه لاحقا.

أما رئيس مجلس الدولة الذي تتنوع اختصاصاته في جميع المجالات المنوطة بمجلس الدولة الإدارية والقضائية والإستشارية، فلم تنص القوانين المنظمة لهذا المركز على اختصاص الفصل في تنازع الإختصاص بين المحاكم الإدارية (بومقواس، 2014 / 2015، الصفحات 94-113).

ومن هذا فإننا نرى إحدى الغرف الخمس لمجلس الدولة هي الأقرب إلى فك تنازع الإختصاص والتي تكون مختصة نوعيا في النزاع، ولتفادي أي إشكالات أو غموض للفقه يجب على المشرع عدم ترك مجال للإجتهاد وخاصة في مثل هذه المواضيع والتي بدون شك سيتم تدارك هذا الوضع في التعديلات القادمة.

أما الحالة الثانية المتعلقة بتنازع الاختصاص بين محكمة إدارية ومجلس الدولة فكان المشرع الجزائري أكثر تفصيلا وضبطا، حيث نصت المادة 02/808 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 على إختصاص الغرف المجتمعة لمجلس الدولة بالبت في تنازع الإختصاص في هذه الفرعية، وبهذا فالمشرع لم يترك أي لبس أو مجال لأي تأويل وإحالها بنص قانوني واضح عكس التنازع بين محكمتين إداريتين كما رأينا سابقا، ويتشكل مجلس الدولة عند انعقاده بكل غرفه المجتمعة حسب المادة 32 من القانون العضوي 01/98 المعدل والمتمم من:

- ✓ رئيس مجلس الدولة.
- ✓ نائب الرئيس.
- ✓ رؤساء الغرف.
- ✓ عمداء رؤساء الأقسام.

ولقد كان لمجلس الدولة بعض الاجتهادات الصادرة عنه في هذا المجال، حيث فصلت الغرف المجتمعة في التنازع السلبي بين محكمة إدارية ومجلس الدولة في كثير من الأحيان، ففي قرارها رقم 068359 الصادر في 2011/06/27 في القضية التي كان طرفاها (ق.ع) ضد المجلس الوطني لهيئة المهندسين الخبراء العقاريين، حيث تتمحور وقائعها في أن المدعي طعن في قرار توقيفه عن مهامه سنتين من طرف المجلس الوطني المذكور أعلاه امام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة ومجلس الدولة، وكلا منهما اصدر قرارا بعدم الاختصاص (تنازع سلبي)، وقضت الغرف المجتمعة لمجلس الدولة باختصاص هذا الأخير بحكم ان المجلس الوطني لهيئة المهندسين هو هيئة مركزية ويختص به طبقا للمادة 09 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي قرار اخر رقم 123633

المؤرخ في 2016/03/09 في قضية المنظمة الوطنية لقدماء الدرك ضد وزارة الداخلية والجماعات المحلية، فصلت الغرف المجتمعة بنفس الامر بعدما أصدرت المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة ومجلس الدولة احكاما بعدم اختصاصهما في النزاع.

أما في تونس فالقانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية والمنقح لم يتعرض إلى تنازع الاختصاص بين الدوائر الابتدائية والاستئنافية والتعقيبية داخل المحكمة الإدارية بحكم مركزيتها عدا ما نص عليه الفصل 43 والذي أشرنا إليه سابقا، وبما أن المحكمة الإدارية واحدة متمركزة بالعاصمة فيؤول إليها اختصاص أي إشكال قد يقع بين الدوائر بالمحكمة تحت قاعدة من يملك الكل يملك الجزء.

أما في مشروع مجلة القضاء الإداري والتي يجري مناقشتها قبل اصدارها مع تغيير هيكلة القضاء الإداري في تونس فقد نص الفصل 84 منه على أن الدوائر التعقيبية بالمحكمة الإدارية العليا هي صاحبة الإختصاص في حالة تنازع الاختصاص بين المحاكم الإدارية سواء كانت إبتدائية أو بين محكمة إدارية إبتدائية ومحكمة إدارية إستئنافية.

أما في المغرب فقد نص الفصل 301 من قانون المسطرة المدنية على أن يكون الفصل في تنازع الإختصاص أمام المحكمة الأعلى درجة والمشتركة بين المحاكم المتنازعة، أو أمام محكمة النقض إذا تعلق الأمر بمحاكم لا تخضع لأي محكمة أعلى مشتركة بينهما.

وبما أن هيكلة القضاء الإداري يقوم على محاكم إدارية تعلوها محاكم إدارية إستئنافية وفي أعلى الهرم تتواجد الغرفة الإدارية لمحكمة النقض، فإن التنازع يمكن أن يقع بين محاكم إدارية إبتدائية أو بين محاكم الإستئناف الإدارية أو الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بحكم أن لها بعض الإختصاصات تمارس بموجب المادة 09 من القانون 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية.

وبالرجوع لنص الفصل 301 من قانون المسطرة المدنية ففي حالة وجود تنازع في الإختصاص بين المحاكم الإدارية، فالمحكمة المختصة بالفصل في تنازع الإختصاص هي المحكمة الإدارية الإستئنافية.

أما في حالة وجود تنازع بين محكمة إدارية ومحكمة إدارية إستئنافية فالمحكمة الأعلى درجة والمشتركة التي يؤول لها صلاحية الفصل في التنازع هي الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، أما الحالة التي يكون فيها تنازع بين محكمة إدارية والغرفة الإدارية بمحكمة النقض وبحكم عدم وجود محكمة أعلى درجة تجمع بينهم حسب الفصل 301 السابق ذكره فإن اختصاص الفصل في تنازع الإختصاص يؤول للغرفة الإدارية بمحكمة النقض.

المطلب الثاني : إجراءات الفصل في تنازع الإختصاص

ففي الجزائر عندما يكون التنازع في الإختصاص بين محكمتين إداريتين يرفع الطلب من أحد أطراف الدعوى إلى مجلس الدولة، وفي حالة التنازع السلبي نصت المادة 814 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 على إحالة مجلس الدولة القضية إلى المحكمة الإدارية المختصة، ولا يجوز لهذه الأخيرة أن تقضي مرة أخرى بعدم إختصاصها، ويصبح حكم المحكمة الإدارية الأخرى صحيحا عندما أقرت بعدم إختصاصها، أما في حالة التنازع الإيجابي فإن مجلس الدولة يقضي بتأييد حكم المحكمة المختصة ويصبح حكمها نافذا ويبطل حكم المحكمة الإدارية الأخرى بعدم اختصاصها للنظر في الدعوى.

أما في حالة التنازع بين محكمة إدارية ومجلس الدولة وحسب المواد من 50 الى 54 من النظام الداخلي لمجلس الدولة الجزائري فإن الإختصاص يؤول إلى الغرف المجتمعة لمجلس الدولة، والتي تتعقد بأمر من رئيس مجلس الدولة بعد تحديد جدول الأعمال وتاريخ الإنعقاد وتعيين المستشار المقرر وبحضور محافظ الدولة للجلسة ويقدم مذكراته في الموضوع، ولا تصح جلسات الغرف المجتمعة إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل مع ضرورة اتخاذ قرارتها بأغلبية الأصوات، وفي حالة التعادل يرجع صوت الرئيس مع علانية جلسة النطق بالقرار.

وفي حالة التنازع السلبي يحيل الأطراف إلى الجهة المختصة سواء كانت المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة و يبطل حكم الجهة القضائية الأخرى، أما في حالة التنازع الإيجابي فإنه يقوم بتأييد حكم أو قرار الجهة القضائية الإدارية المختصة سواءا كانت المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة، ويبطل الحكم أو القرار بالنسبة للجهة القضائية الإدارية الأخرى الغير مختصة (بن الشيخ اث ملويا، 2013، صفحة 87).

للإشارة فإن ميعاد رفع دعوى تنازع الاختصاص غير مقيدة بأجل معين ولم يحدد القانون آجال لها، وهذا بديهي ذلك أن الهدف منها إنما وضع حد لإنكار العدالة بالنسبة للتنازع السلبي، أما هدفها في التنازع الإيجابي هو وضع حد لتناقض الأحكام والقرارات القضائية الإدارية (بن الشيخ اث ملويا، 2013، صفحة 88).

أما في تونس فقد نص مشروع مجلة القضاء الإداري في الفصل 86 منه على أن تتولى دائرة تعقيبية بالمحكمة الإدارية العليا البت في مسألة تنازع الإختصاص السلبي في أجل شهرين من تاريخ إيداع الملف لديها، على أن يكون الحكم الصادر عنها ملزم للجميع ويجب تبليغه إلى المحكمة المتعهدة في أجل شهر.

كما نص الفصلين 87 و88 من نفس المشروع على أنه وفي حالة صدور قرار يقضي باختصاص المحكمة المتعهدة في القضية، فإن هذه الأخيرة تواصل اختصاصها في النظر في هذا النزاع، أما في الحالة التي تقضي المحكمة الإدارية العليا بعدم اختصاص المحكمة المتعهدة فإن هذه الأخيرة تصدر في أجل شهر حكما بالتخلي عن القضية بحجرة الشورى دون مرافعة، ولا يقبل هذا الأخير أي وجه من أوجه الطعن ،وتحيل الملف إلى الجهة المختصة في أجل الشهر من صدور حكم التخلي مع ضرورة ابلاغ الأطراف المعنية.

أما في المغرب فنص الفصلين 301 و 302 من قانون المسطرة المدنية على ان يقدم طلب الفصل في تنازع الإختصاص بمقال أمام المحكمة المختصة سواءا كانت المحكمة الإدارية الإستئنافية أو الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، حيث يقدم بمقال أمام المحكمة المختصة وينظر فيه بغرفة المشورة دون حضور الأطراف أو وكلائهم، وفي حالة رأت المحكمة عدم وجود تنازع للإختصاص تصدر قرارا معللا بالرفض مع امكانية الطعن فيه أمام محكمة النقض، أما في حالة كانت المحكمة المختصة بالفصل في تنازع الإختصاص هي نفسها محكمة النقض فإن هذا القرار لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالنقض.

أما في حالة رأت المحكمة أنه يوجد تنازع في الإختصاص تعيد القضية إلى العضو المقرر ليفصل فيها وفق الإجراءات العادية، والآجال المقررة بعد تخفيضها إلى النصف مع بطلان جميع الإجراءات التي قد تقع أثناء النظر في التنازع باستثناء الإجراءات التحفظية.

خاتمة :

بالرغم من تحديد المشرع في الدول المغاربية الثلاث (الجزائر – تونس – المغرب) لاختصاص الهيئات القضائية الإدارية نوعيا وإقليميا، فإنه من الصعوبة بما كان أن يحد نهائيا من التنازع السلبي أو الإيجابي بين هيئاته، وفي رأيي أن التنازع أمر إيجابي ذلك أنه يدفع القاضي الإداري إلى الإجتهاد والبحث خاصة عندما يكون التنازع في الإختصاص النوعي، وهذا ما جعل من خصائص القانون الإداري أنه إجتهادي، بالإضافة إلى تطور المنازعات الإدارية وعدم استطاعة حصرها.

إلا أن هذه الإيجابية تلزم المشرع من وضع نصوص إجرائية مضبوطة من أجل عدم عرقلة مصالح المتقاضين وتحقيق العدالة في الآجال المعقولة ، ولأجل هذا نقترح:

1/ ضرورة الإسراع في تنصيب المحاكم الإدارية الاستئنافية وإصدار النصوص المنظمة لها مع منح اختصاص الفصل في التنازع بين المحاكم الإدارية الجزائرية إلى محاكم الإستئناف عند تنصيبها بغية

وضع حد للضغط المفروض على مجلس الدولة، من أجل مساعدة هذا الأخير على التركيز على المهمات الكبرى له.

2/ تسريع تفعيل النصوص الدستورية في تونس من أجل الإنتقال إلى النظام القضائي الإداري الجديد مما يمكن تونس من بناء دولة الحق والقانون من خلال نظام الإزدواجية الحقيقية والإنقطاع التام من نظام مركزية المحكمة الإدارية.

3 / إنشاء مجلس الدولة في المغرب واكتمال هياكل القضاء الإداري يؤدي إلى تحديد الإختصاصات عكس ما هو موجود (غرفة إدارية بمحكمة النقض) مع ضرورة تحديد المشرع لاختصاصات مجلس الدولة المتوقع إنشاؤه مما يساعد على البناء الكامل لهياكل القضاء الإداري المغربي والحد من مشاكل تنازع الإختصاص وسرعة الفصل فيه .

قائمة المراجع:

CHEVALLIER, J. (2007, Novembre). Le conseil d'état au cœur de l'état. *Revue française d'études constitutionnelles et politiques*.

احمد بومقواس. (2014 / 2015). المركز القانوني لرئيس مجلس الدولة الجزائري (مذكرة ماجستير). 113-94. كلية الحقوق، الجزائر: يوسف بن خدة01.

الدستور الجزائري المعدل والمتمم. (1996). الجزائر: الجريدة الرسمية.

القانون 09/08. (23 افريل, 2008). المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية. الجزائر: الجريدة الرسمية 21.

القانون 41/90. (03 نوفمبر, 1993). *المحدث للمحاكم الادارية*. المغرب: الجريدة الرسمية عدد 4227.

القانون 02/98. (01 جوان, 1998). المتعلق بالمحاكم الادارية. الجزائر: الجريدة الرسمية 37.

القانون العضوي 01/98. (01 جوان, 1998). *المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله*. الجزائر: الجريدة الرسمية 37.

القانون عدد 40. (02 جوان, 1972). *المتعلق بالمحكمة الادارية المنقح*. تونس: الرائد الرسمي.

المرسوم 02/06/187. (06, 2006). . *المتعلق بتحديد عدد محاكم الاستئناف ومقراتها ودوائر اختصاصاتها*. المغرب: الجريدة الرسمية 5447.

المرسوم 02/92/59. (17 نوفمبر, 1993). المغرب: الجريدة الرسمية.

النظام الداخلي. (27 اكتوبر, 2019). *النظام الداخلي لمجلس الدولة* . الجزائر: الجريدة الرسمية 66.

صحيب حسن. (2019). *القضاء الاداري المغربي* (المجلد 02). المغرب: سلسلة دراسات وابحاث في الادارة والقانون.

ظهير شريف 01/06/07. (23 فيفري, 2006). *المتعلق بتنفيذ القانون 08/03 المحدث لمحاكم الاستئناف الادارية*. المغرب: الجريدة الرسمية عدد 5398.

علاء الدين شعباني. (2014/2013). الاسس الدستورية للقضاء الاداري في تونس (مذكرة ماجستير). كلية الحقوق، سوسة: جامعة سوسة.

قانون المسطرة المدنية. (30 سبتمبر, 1974). *قانون المسطرة المدنية المعدل والمتمم*. المغرب: الجريدة الرسمية 3230.

لحسن بن الشيخ اث ملويا. (2013). *قانون الاجراءات الادارية* (المجلد 03). الجزائر: دار هومة.

ليندة اونيسي. (2020). الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016. *مجلة البحوث القانونية والاقتصادية*، صفحة 542.

مجلس الدولة. (29 افريل, 2021). *https://www.conseildetat.dz*. تم الاسترداد من موقع مجلس الدولة الجزائري.

مجلس الدولة الفرنسي. (2021). *https://www.conseil-etat.fr*. تاريخ الاسترداد 29 افريل, 2021، من مجلس الدولة الفرنسي.

الجهود الدولية للحد من التعسف في استعمال الشارة الدولية

The International efforts to curb abuse of the international emblem

رقاب محمد
المركز الجامعي أفلو، الجزائر
m.reggab@cu-aflou.edu.dz

تاريخ الاستلام: 2021/04/24 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/24

****

ملخص:

هناك صورتان رئيسيتان لاستخدام الشارة، تفعيل الحماية واستخدام الدلالة.

والشارة هي أولاً، علامة واضحة تجسد الحماية التي يمنحها القانون الدولي للطواقم الطبية والمعدات والمباني التابعة للقوات المسلحة أثناء النزاعات المسلحة. وتمتد هذه الحماية لتشمل المنظمات الإنسانية التي تعمل بالقرب من الوحدات العسكرية من أجل تخفيف معاناة الجرحى والأسرى والمدنيين الذين يقعون في مناطق النزاعات المسلحة. ويشار إلى هذا الاستخدام في العادة بعبارة "استخدام الحماية"وفي كثير من الحالات التي تشهدها الساحة الدولية يساء استخدام الشارة المميزة، حيث لا تتحقق معه الغاية المنشودة من تأمين الحماية لحاملي الشارة المميزة أو حتى للمواقع والأشياء التي توضع عليها هذه الشارة.

إلا أن ذلك لا يعني الوقوف موقف سلبي أمام هذه التجاوزات، إذ يجب اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة للحيلولة دون وقوعها، بل وحتى قمع هذه الخروقات بعد وقوعها، وهو ما أشارت إليه العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية.

الكلمات المفتاحية: الشارة-التعسف -الإساءة-الدولي-المميزة-الإنساني.

Abstract:

There are two main uses of the emblems: the "protective use" and the "indicative use". Firstly, the emblems are a visible sign in armed conflict of the protection given to the medical services, equipment and buildings of the armed forces under international law. That protection extends to certain humanitarian organizations working alongside the military to relieve the suffering of the wounded, prisoners and civilians caught up in the conflict. This first use is usually referred to as "protective use.

Sometimes in some cases the distinctive emblem is misused, so that the intended purpose of securing protection for that emblem or its bearers or even places, sites and things on which this emblem is placed dose not materialize, but this dose not mean standing Idly by in front of these transgressions, as measures and measures must be taken Necessary to prevent their occurrence, and even suppress these violations after their occurrence,as indicated by many international agreements and national and internal legislation.
Key words: Emblem-Abuse-offense-international-distinctive humanitarian.

مقدّمة:

إن وجود القانون الدولي الإنساني كان إلى جعل الحروب أكثر إنسانية، إذ يهدف القانون أعلاه إلى حماية المتضررين من النزاعات المسلحة سواء أكانوا مدنيين أو حتى العسكريين في بعض الأحيان، كما يهدف إلى حماية أموال واعيان لا علاقة لها بالعمليات العسكرية، إن حماية المتضررين أو الأموال والأعيان سالفة الذكر، يقع على عاتق جهات معينة أشار إليها القانون الدولي الإنساني.

ومن أجل توفير الحماية للمذكورين في أعلاه، ينبغي توفير الحماية للقائمين على حمايتهم، وأنجع وسيلة لحماية هؤلاء تتجسد في استخدامهم للشارة المميزة، لتكون بمثابة علامة تدل على أنهم يقومون بعمل إنساني، الأمر الذي يوجب إبعادهم عن الاستهداف. طبقاً لما تقدم، نستطيع أن نقول بأن الشارة المميزة في القانون الدولي الإنساني، تؤدي دوراً هاماً، أن لم يكن دوراً محورياً في توفير الحماية لضحايا النزاعات المسلحة، الأمر الذي يقتضي الوقوف على التنظيم القانوني للشارة المميزة في القانون المذكور، من خلال بيان مواطن الضعف في التنظيم المذكور واقتراح الحلول المناسبة.

وإذا كان موضوع التنظيم القانوني للشارة المميزة يدخل بصفة عامة في إطار القانون الدولي الإنساني، إلا أن نطاق بحثنا سيقتصر على شارتي الصليب الأحمر والهلال الأحمر والشارات المميزة الأخرى، دون أن يمتد إلى العلامات المتعلقة بالدفاع المدني، أو تلك المتعلقة بالإشغال الهندسية والمنشآت المحتوية على قوى خطرة أو علامة الأعيان الثقافية، والتي تخضع جميعها لتنظيم القانون الدولي الإنساني.

منهج يمكن تبنيه في دراسة هذا الموضوع هو إتباع أسلوبا تحليلياً تأصيلياً، وتكمن أهمية الموضوع في أنه نستطيع أن نقول بأن الشارة المميزة في القانون الدولي الإنساني، تؤدي دوراً هاماً، أن لم يكن دوراً محورياً في توفير الحماية لضحايا النزاعات المسلحة، الأمر الذي يقتضي الوقوف على التنظيم القانوني للشارة المميزة.

أما بالنسبة لإشكالية الدراسة فتتمثل في إلى مدى نجاعة الآليات الدولية في الحد من إساءة استخدام الشارة المميزة؟، لدراسة هذا الموضع ارتأينا تقسيمه إلى مبحث الأول تحت عنوان حالات إساءة استخدام الشارة المميزة يندرج تحته ثلاث مطالب، مطلب الأول التقليد، ومطلب ثاني الاغتصاب، ومطلب الثالث وهو الغدر، أما المبحث الثاني فهو وسائل الحد من إساءة استخدام الشارة المميزة، ويقسم إلى مطالب بالنسبة للمطلب الأول هو حظر إساءة استعمال الشارة المميزة، المطلب الثاني تحت مسمى الإجراءات الوقائية، أما المطلب الثالث وهو الجزاءات.

المبحث الأول: حالات إساءة استخدام الشارة المميزة

تشير عبارة إساءة استخدام الشارة المميزة، إلى أي استخدام مغاير للغرض الذي وضعت الشارة المميزة من أجله، وهو التعريف بإفراد الخدمات الطبية والدينية، وبالوحدات الطبية، وبوسائل النقل الطبي، وكذلك بإفراد ومكونات الحركة اليومية للصليب الأحمر والهلال الأحمر وممتلكاتها، مع العلم أن اتفاقيات القانون الدولي الإنساني تحدد مثل هذه الاستخدامات المختلفة للشارة المميزة. (بك، 2007، صفحة 187)

بعبارة أخرى يمكن القول، إن كل ما لا ينطوي تحت الاستخدامات المحددة للشارة المميزة بموجب الاتفاقيات الدولية وعلى وجه الخصوص منها اتفاقيات جنيف الأربع لعام1949 وبروتوكوليها الإضافيين لعام1977،يعد من قبيل الاستخدام غير المشروع للشارة المميزة. (اتفاقية جنيف الثانية ، 1949)

وبالرجوع إلى المواثيق الدولية الأنفة الذكر، يمكن أن نحدد حالات إساءة استخدام الشارة المميزة بالاتي:

المطلب الأول: التقليد

يقصد بالتقليد كاستخدام غير مشروع في إطار الشارة المميزة، استخدام علامة يمكن الخلط بينها وبين الشارة نتيجة التشابه في الشكل أو اللون أو التشابه في كليهما. (الاحمر ا.، 2006، صفحة 27)

ويبدو أن الأساس القانوني لعد التقليد، حالة من حالات استخدام الشارة المميزة يظهر في العديد من النصوص القانونية الدولية والداخلية، فعلى سبيل المثال تشير المادة (53/فق2) من اتفاقية جنيف الأولى إلى أنه "بسبب اعتماد معكوس ألوان علم الاتحاد السويسري، وتقديراً لسويسرا، وبسبب ما يمكن أن ينشأ من خلط بين الشعارات السويسرية وبين شارة الاتفاقية المميزة، يحضر في كل الأوقات على الأفراد والجمعيات والمؤسسات التجارية استعمال شعار الاتحاد السويسري، أو علامات تنطوي على تقليد لها، كعلامة مسجلة أو علامات تجارية أو كجزء من هذه العلامات أو لغرض يتعارض مع الأمانة التجارية أو في حالات قد تجرح الشعور الوطني السويسري".

وكذلك تذهب المادة(6/فق1)،من البروتوكول الإضافي الثالث، إلى عد من قبيل إساءة استخدام الشارة المميزة "... تقليد علامة أو استعمال علامة يحتمل إساءة تفسيرها بسبب شكلها أو لونها، وعدها خطأ شارة مميزة..."

وعلى الصعيد الداخلي، على سبيل المثال في مصر، يمكن الإشارة إلى القانون المصري رقم2لسنة1940 بشأن حماية شعار الهلال الأحمر والشعارات لأسماء المشبهة به، إلى عد إساءة استخدام الشارة المميزة "استعمال علم الاتحاد السويسري أو أية علامة تكون تقليداً له في أحوال يجرح فيها الشعور الوطني السويسري" (المصري، 1940)،ويبدو واضحاً أن الغرض من ذلك هو منع استخدام الصليب الأحمر على أرضية حمراء (شعار سويسرا) بسبب الالتباس الذي قد ينجم بين شعار سويسرا وشعار الصليب الأحمر، والذي قد يرجع بطبيعة الحال إلى تشابه كل منهما في الشكل المعتمد والمتمثل بصليب على أرضية معينة. (الوفاء، 2000، صفحة 255)

المطلب الثاني: الاغتصاب

يمكن أن يأخذ الاغتصاب في نطاق الشارة المميزة أحد شكلين، أولاهما استخدام الشارة المميزة من قبل جماعات أو أشخاص غير مرخص لها بذلك (كالشركات التجارية، والمنظمات غير الحكومية، والصيدليات، والأطباء، والأفراد العاديون...)،والثاني هو استخدام الشارة على خلاف الشكل الأول-من قبل أشخاص مرخص لهم بهذا الاستخدام، ولكنهم يستخدمونها لأغراض لا تتفق مع مبادئ الحركة الأساسية أو على نحو يخالف القواعد المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف الأربع لعام1949 أو بروتوكوليها الإضافيين (ومثال ذلك حالة الترخيص

باستخدام الشارة المميزة، غير أن المرخص بذلك يستخدمها لتسهل له عملية عبور الحدود وهو خارج وقت الخدمة).

نخلص من خلال ما ذكر، ولطالما أن المخولين باستخدام الشارة هم العاملون في الوحدات الطبية والجمعيات الوطنية- كما تم بيانه سابقاً، والعاملين في عربات الإسعاف ومراكز الإغاثة- وبالشروط التي سبق بيانها-،فان أي استخدام للشارة من غير هؤلاء، يعد اغتصاباً للسلطة، ومن جهة أخرى فان استخدام المذكورين في أعلاه لا يكفي لإضفاء صفة الشرعية على استخدام الشارة، بل ينبغي استخدامها وفق الأغراض المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف، وبروتوكوليها الإضافيين، وكما هو معلوم إن تلك الأغراض تحدد بإطار إنساني، ومن ثم يعد من قبيل الاغتصاب في استعمال الشارة المميزة، استخدامها من قبل المذكورين أعلاه ولكن لأغراض غير إنسانية، كاستخدامها على سبيل المثال لا الحصر لأغراض تجارية.

ويمكن أن نلتمس الأساس القانوني الذي يقوم عليه تحديد الفئات المخولة باستعمال الشارة المميزة، ومن ثم عدم عده من قبيل اغتصاب للشارة، في بعض المواثيق الدولية.

فعلى سبيل المثال تشير المادة (44/فق1) من اتفاقية جنيف إلى أنه "باستثناء الحالات المذكورة في الفقرات التالية من هذه المادة، لا يجوز استخدام شارة الصليب الأحمر والهلال الأحمر، إلا لتميز أو حماية الوحدات أو المنشآت الطبية والموظفين المحميين أو المهمات المحمية بمقتضى هذه الاتفاقية والاتفاقيات الدولية الأخرى التي تنظم هذه الأمور"، كما تحظر المادة(53/فق1)من الاتفاقية نفسها "في كل الأحوال على الأفراد والجمعيات والمؤسسات التجارية العامة والخاصة على حد سواء من غير المخول لهم بتخصص هذه الاتفاقية، استخدام شارة أو تسمية "الصليب الأحمر" أو "صليب جنيف" أو أية علامة.

أما اتفاقية جنيف الثانية، فقد أشارت إلى عدم جواز "استخدام العلامات المميزة المشار إليها في المادة(43)،سواء في وقت السلم أو في وقت الحرب إلا لتميز أو حماية السفن المذكورة فيها، باستثناء الحالات التي ينص عليها في اتفاقيات دولية أخرى أو يتفق عليها بين أطراف النزاع المعنية.

ومن خلال تصفح النصوص أعلاه، والواردة في اتفاقيتي جنيف الأولى والثانية، يمكن أن نستنتج الآتي:

1. إن كلا الاتفاقيتين، أشارت بوضوح، إلى توسيع النطاق الزمني إلى الحظر المذكور، أما بشكل ضمني من خلال إيراد عبارة في كل الأوقات، ومما لا شك فيه أن العبارة المذكورة تعني مما تعنيه أوقات النزاع أو السلم (المادة 53/فق1 من اتفاقية جنيف الأولى)،أو الإشارة بشكل صريح إلى ذلك (المادة 44 من اتفاقية جنيف الثانية)، وهو مسلك يحسب للاتفاقيتين المذكورتين ، فلا يكفي حظر اغتصاب الشارة المميزة في وقت الحرب، ذلك أن اغتصابها وقت السلم سيؤدي حتماً إلى قلة فاعليتها وزعزعة الثقة بالحماية التي يمكن أن توفرها الشارة المذكورة في وقت النزاع المسلح، سواء لضحايا النزاعات المسلحة أو الممتلكات أو الأعيان التي لا علاقة لها بالعمليات العسكرية.
2. تركز اتفاقية جنيف الأولى على إيراد الفئات المستفيدون من حماية الشارة المميزة وهي الوحدات الطبية والمنشآت الطبية...الخ (المادة 44/فق1)،في حين تذهب اتفاقية جنيف الثانية إلى تحديد الفئات المستهدفة من حماية الشارة المميزة بالسفن المذكورة، ولا غرابة في هذا التباين، إذا ما تذكرنا أن اتفاقية جنيف الأولى جاءت لتنظيم أحكام الحماية في النزاعات المسلحة البرية وتحديداً للجرحى والمرضى المتضررين من تلك النزاعات، الأمر الذي يقتضي إيلاء الأهمية والأولوية لحماية القائمين على حماية هذه الفئات، وهؤلاء بلا شك هم أفراد الوحدات الطبية والمنشآت الطبية...الخ، أما اتفاقية جنيف الثانية، فجاءت لتنظم أحكام الحماية في النزاعات المسلحة البحرية، وهو ما لا يتم إلا بتوفير الحماية للعاملين في السفن والزوارق الطبية في تلك النزاعات.
3. إن اتفاقية جنيف الأولى، أوردت إن صح التعبير استثناءات داخلية من نفس الاتفاقية (م44/فق 2، 3،4)،من خلالها وسعت من نطاق المستفيدين من حمل الشارة المميزة، ومن ثم عدم وصفهم من قبيل المغتصبين للشارة، كالجمعيات الوطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر وموظفيها (فق2)،أو الأجهزة الدولية للصليب الأحمر وموظفيها المعتمدين (فق3)،أو حتى عربات الإسعاف ومراكز الإغاثة والقائمين عليها (فق 4)،أما اتفاقية جنيف الثانية أبقت الباب مفتوحاً على مصراعيه لمثل هذه الاستثناءات، عندما أباحت الاستثناءات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية الأخرى أو الاتفاقيات المعقودة بين أطراف النزاع جميعهم.

المطلب الثالث: الغدر

للقانون الدولي الإنساني، موقفٌ متشددٌ من أعمال الغدر التي ترتكب أثناء النزاعات

المسلحة على خلاف الحال في خدع الحرب، إذ حظر الأولى، وأجاز الثانية.

فقد تعلق الأمر بالغدر في القانون الدولي الإنساني بشكل عام، تكفلت المادة(37/فق1)من البروتوكول الإضافي الأول، بيان الأحكام القانونية المتعلقة فيه، من خلال الإشارة إلى عده من قبيل الأعمال المحظورة، ثم أعطت المادة المذكورة تعريف مقتضباً للغدر، وختمت المادة أعلاه، بإيراد مجموعة من الأمثلة على الغدر.

فبعد أن حظرت المادة(37/فق1)، قتل الخصم أو إصابته أو أسره باللجوء إلى الغدر، عدت من قبيل الغدر تلك الأفعال التي تستثير ثقة الخصم مع تعمد خيانة هذه الثقة وتدفع الخصم إلى الاعتقاد، بأن له الحق أو أن عليه التزاماً بمنح الحماية طبقاً لقواعد القانون الدولي التي تطبق في المنازعات المسلحة، وواضح من نص المادة أعلاه، أنها تشترط في قيام الغدر توافر مرتكزات ثلاث هي:

أ. استثارة ثقة الخصم.

ب. تعمد خيانة الخصم بعد استثارة ثقته.

ج. أن تدفع هذه الخيانة الخصم إلى الاعتقاد، بأن له حقاً في التمتع بالحماية بموجب القانون الدولي الإنساني، أو على العكس الاعتقاد بأنه ملزم بأن يمنح الخصم تلك الحماية، الأمر الذي يعرضه إلى الخطر في كلتا الحالتين.

وأخيراً، ختمت المادة(37/فق1)، كما ذكرنا سابقاً، بإيراد أمثلة على الغدر من بينها، التظاهر بنية التفاوض تحت علم الهدنة أو الاستسلام، أو التظاهر بعجز عن جروح أو مرض، أو التظاهر بوضع المدني غير المقاتل... الخ.

أما عن خدع الحرب، فقد ورد النص عليها في المادة(37/فق2)من البروتوكول الإضافي الأول، وكما هو الحال في الغدر، تكفلت المادة أعلاه بيان الأحكام القانونية المتعلقة بخدع الحرب، من خلال الإشارة إلى عدها من قبيل الأعمال المباحة، وأردفت ذلك بتعريف خدع الحرب، ثم أشارت المادة المذكورة وعلى سبيل المثال لا الحصر إلى أمثلة لخدع الحرب.

فبعد أن أجازت المادة (37/فق2) من البروتوكول الإضافي الأول خدع الحرب بالقول "خدع الحرب ليست محظورة..."،معللة ذلك بأن الأخيرة لا تعد من أفعال الغدر، مسببة الحكم الأخير بأن خدع الحرب وعلى العكس من الغدر هي لا تستثير ثقة الخصم في الحماية التي يقرها القانون الدولي، بل كل ما تهدف إليه هو تظليل الخصم واستدراجه إلى المخاطر

وأخيراً تشير المادة المذكورة إلى أمثلة على خدع الحرب، من بينها استخدام التمويه والإيهام وعمليات التظليل وترويج المعلومات الخاطئة.

ومما تجدر الإشارة إليه إلى إن لائحة لاهاي المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية(18ت1907/1)،وفي المادة(24)منها أجازت وقبل صدور البروتوكول الإضافي الأول بمدة طويلة، اللجوء إلى خدع الحرب والوسائل اللازمة بجمع المعلومات عن العدو والميدان.

وعلى الصعيد الداخلي، تأثر الدليل العسكري للعديد من الدول، بموقف القانون الدولي أعلاه فعلى سبيل المثال يبيح الدليل العسكري في المملكة المتحدة، خدع الحرب، ويشير الدليل المذكور إلى مجموعة من الأمثلة عن خدع الحرب من بينها المفاجآت، الكمائن، الغارات الوهمية، التظاهر بالهدوء وعدم النشاط، بث رسائل وإشارات زائفة، إرسال برقيات ونشرات كاذبة بهدف التقاط العدو لها، كلمات السر، رموز الشفرة اللاسلكية، بناء مطارات وطائرات وهمية... الخ(زولا، 2007، صفحة 82)

ويمكن أن يعرف الغدر في نطاق الشارة المميزة بأنه "أعمال تثير بغرض القتل أو الأذى أو الاعتقال مشاعر حسن النية لدى الخصم، بينما يكون القصد هو خداعه، من خلال استعمال شارة مميزة بهدف الادعاء بالتمتع بالحماية، أو هو استخدام الشارة المميزة في زمن الحرب لحماية المقاتلين المسلحين أو المعدات العسكرية ومثال الحالة الأولى قيام بعض سيارات الإسعاف بنقل جنود مسلحين بحيث يسبغون بالحماية التي يكفلها القانون الدولي الإنساني غدراً، بسبب احتمائهم داخل سيارات الإسعاف المحمية بموجب القانون الدولي المذكور، ومثال الحالة الثانية تخزين ذخائر عسكرية في مستودعات تعود للصليب الأحمر مثلاً. (كوجنيز، 2009، الصفحات 45-46)

ويمكن أن نجد الأساس القانوني، يعد الغدر من حالات إساءة استخدام الشارة المميزة، فضلاً عن المادة(37/فق1)السالفة الذكر، والتي حظرت الغدر بشكل عام في النزاعات المسلحة، ولاشك في أن الغدر في استخدام الشارة المميزة من بينها، نجد الأساس القانوني له كذلك في المادة(6/فق1)من البروتوكول الإضافي الثالث التي عدت بوضوح الغدر من قبيل سوء الاستعمال في الشارة المميزة، ونجده كذلك في المادة(11)من القانون النموذجي بشأن استعمال الشارة وحمايتها، واصفاً الغدر إساءة خطيرة لاستخدام الشارة المميزة.

وفي ختام مبحثنا في حالات إساءة استخدام الشارة المميزة، يمكننا القول إن الحالتين الأولى والثانية (التقليد والاغتصاب) يمكن تصور وقوعهما في وقت السلم أو زمن الحرب أو في كليهما، في حين أن الحالة الثالثة (الغدر) لا يمكن تصور وقوعه إلا في زمن الحرب.

الأمر الذي وسم معه الغدر، بأنه من حالات إساءة الاستخدام الجسيمة، وهو اخطر أنواع إساءة الاستخدام، لأن الشارة في هذه الحالة تكون اكبر حجماً، كما أن الأمر يتعلق باستخدامها لتحقيق الغاية الأولى منها والمتمثلة في حماية الأشخاص والأعيان وقت الحرب. (البرلمانيين، 1991، صفحة 87)

المبحث الثاني: آليات الحد من إساءة استخدام الشارة المميزة

من المتوقع، بل في كثير من الأحيان وقعت بالفعل العديد من حالات الإساءة لأحكام استخدام الشارة المميزة في القانون الدولي الإنساني، ولغرض منع أو الحد من مثل هذا الاستخدام السيئ للشارة، لابد من النص أولاً بشكل صريح على حظر أية إساءة لاستخدام الشارة المميزة، على أن يردف ذلك بإجراءات وقائية تهدف للحيلولة دون وقوع تلك الانتهاكات، ومن ثم في حالة وقوعها فرض العقوبات على مقترفيها. طبقاً لما تقدم، ولغرض الإحاطة بموضوع وسائل الحد من استخدام الشارة المميزة، وجدنا تقسيم المطلب على ثلاثة فروع، يخصص الأول إلى حظر إساءة استعمال الشارة المميزة، على أن يتناول الثاني الإجراءات الوقائية الواجب اتخاذها من قبل سلطات الدولة، أما الفرع الثالث فيسلط الضوء على العقوبات التي يمكن أن تفرض فيما لو وقعت بالفعل إساءة في استخدام الشارة المميزة.

المطلب الأول: حظر إساءة استعمال الشارة المميزة

ورد الحظر بشأن إساءة استخدام الشارة المميزة في العديد من الاتفاقيات الدولية، كما ورد النص عليها في الكثير من التشريعات الوطنية الداخلية، وهو ما يتم بيانه تباعاً.

الفرع الأول: الحظر على الصعيد الدولي

تضمنت العديد من الاتفاقيات الدولية، حظرا على إساءة استخدام الشارة المميزة، يمكن أن نذكر أهمها على النحو الآتي:

1-لائحة لاهاي المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لعام1907: تشير المادة(23)من اللائحة المذكورة على انه "علاوة على المحظورات المنصوص عليها في اتفاقيات خاصة يمنع بالخصوص أ-... ب-... (و) تعمد إساءة استخدام أعلام الهدنة أو الأعلام الوطنية...، كذلك استخدام الشارة المميزة المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف.

2-**البروتوكول الإضافي الأول لعام1977:** تضمن البروتوكول المذكور نصين لحظر إساءة استخدام الشارة المميزة وهما:

أ-المادة (38/فق1): تشير المادة المذكورة إلى "حظر إساءة استخدام الشارة المميزة للصليب الأحمر أو الهلال الأحمر أو الأسد والشمس الأحمرين أو أية علامة أو إشارات أخرى تنص عليها الاتفاقيات وهذا الملحق (البروتوكول ...) .

ب-المادة (85/فق3/و): حيث عدت المادة المذكورة من قبيل الانتهاكات الجسيمة للبروتوكول الإضافي الأول "الاستخدام الغادر مخالفة للمادة 37 للعلامة المميزة للصليب الأحمر أو الهلال الأحمر أو الأسد والشمس الأحمرين، أو أية علامات أخرى للحماية تقرها الاتفاقيات أو هذا الملحق (البروتوكول)

ومما تجدر الإشارة إليه، هو أنّ البروتوكول أعلاه اشترط لعد الأفعال المقترفة من قبيل الانتهاكات الجسيمة له أن تقترف عمداً وان تسبب بوفاة أو بأذى بالغ بالجسد أو بالصحة

3-**النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في روما:** عدت المادة(8/2/ب/7)من قبيل جرائم الحرب "إساءة استخدام علم الهدنة... وكذلك الشعارات المميزة لاتفاقيات جنيف مما يسفر عن موت الأفراد أو إلحاق إصابات بالغة بهم".

4-**القانون النموذجي بشأن استعمال وحماية** الشارة: تذهب المادة(12)من القانون المذكور إلى أنه "بسبب ما يمكن أن ينشئ من خلط بين شعار سويسرا أو شارة الصليب الأحمر، يحظر في جميع الأوقات استخدام الصليب الأحمر عن أرضية حمراء أو أية علامة تنطوي عن تقليد لها سواء علامة صناعية أو تجارية أو أي جزء من هذه العلامات أو لغرض يتعارض مع الأمانة التجارية، وفي حالات تجرح الشعور الوطني السويسري.

5-**البروتوكول الإضافي الثاني:** فعلى صعيد النزاعات الداخلية التي يختص فيها البروتوكول الثاني تكفلت المادة(12)حظر إساءة استخدام الشارة المميزة عندما أكدت على احترام هذه الشارة في جميع الأحوال وعدم إساءة استخدامها.

وفضلاً عن البروتوكول المذكور، تضمنت العديد من الصكوك القانونية الأخرى، وتحديداً في إطار النزاعات المسلحة غير الدولية حظر إساءة استخدام الشارة، نذكر منها على سبيل المثال الاتفاق المعقود بين أطراف النزاع في البوسنة والهرسك والاتفاق المعقود بين صربيا وكرواتيا. (زولا، 2007، صفحة 185)

الفرع الثاني: الحظر على الصعيد الداخلي:

هناك الكثير من الدول، جرمت إساءة استخدام الشارة المميزة في تشريعاتها الداخلية سواء بتشريع مستقل أو بموجب قوانين العقوبات العسكرية فيها، نذكر منها على صعيد الدول العربية (الطراونة، 2005، صفحة 166)

1-**المملكة الأردنية الهاشمية**: يعد قانون العقوبات العسكرية الأردني المؤقت رقم30لسنة2002، وفي المادة(41/أ/4) منه، الاستخدام الغادر للشارة المميزة للهلال الأحمر أو الصليب الأحمر أو أي إشارات أخرى للحماية، من قبيل جرائم الحرب.

2-**الجمهورية** اليمنية: نشير إلى القانون رقم43لسنة1999 بشأن تنظيم استخدام شارتي الهلال الأحمر والصليب الأحمر ومنع سوء استخدامها.

3-**الجمهورية العربية التونسية**: وردت في الفصل(127)من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية الصادر عام1957، إشارة واضحة إلى شارتي الصليب الأحمر والهلال الأحمر وحظر استعمالها بدون وجه حق.

4-**دولة قطر**: تشير المادة(52) من النظام الأساسي لجمعية الهلال الأحمر القطري وفي الفقرة(ج) "حظر استخدام شارة الجمعية إلا بإذن خاص من مجلس الإدارة".

5-**جمهورية العراق:** ورد في المادة(26/فق3)من النظام الداخلي لجمعية الهلال الأحمر، تشريع خاص بحماية الشارة المحمية.

6-**جمهورية مصر العربية**: قانون رقم12الصادر في 25/مارس/1940 والمرسوم الصادر في1940/4/9 بشأن حماية استخدام الهلال الأحمر والشعارات المشبهة به.

7-**الجمهورية اللبنانية:** مرسوم رقم14657/ك الصادر في1949/4/1حول منع حمل أو استعمال الشارات الدولية المختصة بمؤسسات الصليب الأحمر.

وهناك دول أخرى مازالت تعمل بشكل حثيث على إصدار تشريعات خاصة لحظر إساءة استخدام الشارة المميزة وحمايتها، ومن بينها، سوريا وسلطنة عمان وجمهورية السودان، في حين اكتفت دول أخرى بالالتزام باتفاقيات جنيف لعام1949 وبروتوكوليها الإضافيين دون سن قوانين مستقلة، كالبحرين ودولة الكويت.(كوجنيز، 2009، صفحة 45)

وقد حسم مجلس وزراء العدل العرب موقفه من خلال مشروع القانون النموذجي للجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، والمعتمد في2005/11/29برقم 598-د21،عندما حظر إساءة استخدام الشارة المميزة وتحديداً في المادة(12/فق4) منه،

عندما اعتبر استعمال الأعلام والشارات والشعارات ومن بينها الشارة المميزة، من قبيل جرائم الحرب.(marri, 2006, p. 32)

في مجمل القول، إن حظر إساءة استعمال الشارة المميزة، أصبح أمراً مسلماً به في العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، والتشريعات الداخلية والكتيبات العسكرية، إذ يشكل انتهاك هذه القاعدة جرماً يعاقب عليه القانون.

وتدعم قاعدة حظر إساءة استخدام الشارة في سوابق قضائية، منها على سبيل المثال ما ذهبت إليه محكمة ألمانيا الاتحادية العليا في حكمها في قضية الشارة في عام1994،من أن هناك مصلحة مشتركة أساسية في حماية الشارات من أي استخدام غير مرخص.(بك، 2007، صفحة 185)

المطلب الثاني: الإجراءات الوقائية

يجب اتخاذ كل التدابير اللازمة لمنع إساءة استخدام الشارة المميزة، لأن أية إساءة تقلص من الاحترام والثقة الواجبة ولو تم ذلك في وقت السلم، إذ يساهم ذلك في وقوع الإساءة أثناء النزاعات المسلحة، الأمر الذي يعرض للخطر حياة من يستعمل الشارة أو الشعار أو حياة وسلامة الأشخاص أو الأشياء التي يرمي إلى حمايتهم.(الوفاء، 2000، صفحة 237)

نظرا لكل ما ذكر، حرصت بعض الاتفاقيات الدولية الإنسانية على إيراد التزام على عاتق الدول الأطراف فيها، بأن تسعى إلى اتخاذ تدابير وقائية تحول دون وقوع أي إساءة لاستعمال الشارة المميزة.

فتشير اتفاقية جنيف الأولى، في المادة(54)منها على أنه "تتخذ الأطراف السامية المتعاقدة، إذا لم يكن تشريعها كافياً من الأصل، التدابير اللازمة وفي جميع الأوقات من أجل منع وقمع أية إساءة استخدام للعلامات المميزة المنصوص عليها في المادة(43)وتذهب المادة (45) من اتفاقية جنيف الثانية بعبارات تكاد تكون متطابقة إلى نفس الحكم، الذي ذهبت إليه المادة(54) السالفة الذكر.

وإذا كانت عبارة التدابير اللازمة الواردة في النصين السابقين، قد جاءت بصفة العموم، إلا أنه يمكننا أن نورد بعض تلك التدابير على سبيل المثال لا الحصر، كالتأكيد على نشر النصوص المتعلقة باستخدام الشارة المميزة والواردة في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، على الفئات المستهدفة من النشر، سواء كانوا سكان مدنيين أو أفراد في القوات المسلحة، كما

يعتبر من قبيل تلك التدابير، سعي الدول إلى إدماج النصوص الدولية المتعلقة بأحكام استخدام الشارة ومظاهر إساءتها في صلب قوانينها الوطنية، أو يمكن اتخاذ التدابير الوقائية عن طريق إعداد عاملين مؤهلين حسب نص المادة(6)من البروتوكول الإضافي الأول، وظيفتهم الأساسية تسهيل تطبيق اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول، ويكون ذلك عن طريق لفت نظر السلطات الحكومية إلى حالات إساءة استخدام شارتي الصليب الأحمر والهلال الأحمر، أو إعداد مستشارين قانونيين طبقاً لنص المادة(82)من البروتوكول الإضافي الأول، يلقى على عاتقهم تقديم المشورة للقادة العسكريين ومن بينها المشورة المتعلقة بالاستخدام الأمثل للشارة المميزة، والحيلولة دون إساءة ذلك الاستخدام.

المطلب الثالث: الجزاءات والعقوبات

طبقاً للقواعد العامة في إطار القاعدة القانونية، وفي أي تنظيم لمسألة معينة يجب أن يقترن النص الذي يجرم فعلاً ما، بجزاء يفرض على من ينتهك أو يخالف القواعد القانونية المخصصة لتلك المسألة، ذلك أن الحماية القانونية تبقى قاصرة وغير فاعلة، ما لم يكن هناك جزاء يكفل احترامها وعدم الخروج عنها.(الوفاء، 2000، صفحة 240)

والعقوبة، جزاء يقرره القانون لمصلحة المجتمع تنفيذاً لحكم قضائي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة ، لمنع ارتكاب الجريمة مرة أخرى من قبل المجرم نفسه أو من قبل بقية المواطنين. (سلطان، بلا سنة، صفحة 405)

وتنظيم مسألة استخدام الشارة المميزة، شأنها شأن أي مسألة معينة منظمة قانوناً، تحتاج إلى جزاء يفرض على منتهكي القواعد المتعلقة باستخدام هذه الشارة الأمر الذي يكفل احترامها وعدم الخروج عليها.

والمتصفح للنصوص القانونية الدولية منها والداخلية، يجد أن الجزاءات المقررة لإساءة استخدام الشارة المميزة، قد تكون عقوبات أصلية (سالبة للحرية كانت أم مالية)، أو جزاءات أخرى قدر تعلق الأمر بالعقوبات الأصلية، فقد ورد النص عليها في بعض المواثيق الدولية، وفي التشريعات الداخلية لبعض الدول، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: العقوبات الأصلية المقررة بموجب الاتفاقيات الدولية:

إن أهم الاتفاقيات الدولية التي عالجت موضوع حظر إساءة استخدام الشارة المميزة، كاتفاقيات جنيف الأربع لعام1949 والبروتوكول الإضافي الأول، كما هو الحال في اغلب نصوصها، لم تضع عقوبات بعينها للانتهاكات التي تقع على تلك النصوص، ومن بينها النصوص

المتعلقة بالشارة المميزة، إلا أن بعضها قد قررت الوصف القانوني لتلك الانتهاكات ومنها على سبيل المثال البروتوكول الإضافي الأول الذي أشار في المادة (3/85/ب/و)منه إلى عدّ الاستخدام الغادر انتهاكاً جسيماً له، وأكدت على ذلك المادة (2/8/ب/7)من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي عدّ إساءة استخدام الشارة المميزة جريمة حرب تدخل ضمن اختصاص المحكمة السالفة الذكر، وواضح من نص المادة(77)من النظام الأساسي للمحكمة أعلاه، بدلالة المادة(5)منه بوصفه جريمة حرب، أن يعاقب مرتكب جريمة إساءة استخدام الشارة المميزة بعقوبة السجن مدة لا تزيد عن(30)سنة أو بالسجن المؤبد.

ومما تجدر الإشارة إليه، بالرجوع إلى نصي المادة(85/فق3/و)من البروتوكول الإضافي الأول والمادة(2/8/ب/7)السالفة الذكر، إنهما اشترطا لإيقاع مثل هذه العقوبة شرطين أولهما التعمد، والثاني أن يؤدي الفعل المرتكب إلى وفاة أو أذى بالغ بالجسد أو بالصحة.

أما القانون النموذجي بشأن استعمال وحماية الشارة، فقد تكفلت المواد(10، 12،11) بإيضاح النظام العقابي لإساءة استخدام الشارة المميزة .

فنظمت المادة(10)من القانون أعلاه، الاغتصاب (الاستخدام غير المرخص)، حالة من حالات إساءة استخدام الشارة المميزة (https://www.constituteproject.org/constitution/Iraq_2005.pdf?lang=ar, 2021)، في حين أوضحت المادة(11) أحكام سوء استخدام الشارة من أجل الحماية وقت الحرب (الغدر). (https://www.constituteproject.org/constitution/Iraq_2005.pdf?lang=ar, 2021). وأشارت المادة(12)من القانون نفسه إلى سوء استخدام الصليب الأبيض على أرضية (التقليد). (https://www.constituteproject.org/constitution/Iraq_2005.pdf?lang=ar, 2021)

ومن خلال الاطلاع على المواد أعلاه، يمكن أن نجد التباين الواضح فيما بينهما سواء من حيث نطاق العقوبة على الشخص المدان أو من حيث نطاق الشخص المشمول بتلك العقوبة

فقدر تعلق الأمر بنطاق أنواع العقوبة المفروضة، نجد أن المادة(11)المتعلقة بحالة الغدر، تشير إلى عقوبة السجن بالسنوات تاركة تحديد عدد تلك السنوات إلى التشريع الداخل، في حين أن نص المادة(10)المتعلقة بحالة الاغتصاب للشارة المميزة، تشير إلى عقوبة الحبس بالأيام أو الأشهر دون أن يتعداها إلى السنوات و بعقوبة مالية(الغرامة)،لا بل ذهب النص المذكور إلى ابعد من ذلك عندما عدّ عقوبة الغرامة عقوبة بديلة لعقوبة الحبس إذا ما

رأت المحكمة ذلك، أما نص المادة(12)المتعلقة بحالة التقليد للشارة المميزة، يعاقب من يخالف أحكامها بالغرامة دون أن يشير إلى عقوبة السجن أو الحبس .

أما عن نطاق الشخص المشمول بالعقوبة، فنجد أن المادة(11)المتعلقة بالغدر قد أقرت مبدأ المساهمة الأصلية والتبعية على حد سواء، بالقول "يعتبر من قام أو أمر بارتكاب..»، أما المادتين (10، 1) المتعلقتين بحالتي الاغتصاب والتقليد على التوالي، فاكتفت بإقرار مبدأ المساهمة الأصلية، عندما اكتفتا على التوالي بالقول "... كل من استعمل ..." و"... يعاقب من يرتكب مخالفة من هذا القبيل ..."

ونحن نتفق مع مسلك القانون المذكور في مثل هذا التدرج ، ولعل السبب في هذا التباين سواء في صرامة العقوبة المفروضة أو قلتها، أو شمول حتى المساهم التبعي في العقوبة من عدمه، يعود إلى التباين في خطورة الفعل المرتكب وجسامته الذي يكون بلا شك أخطر في الغدر الذي يتحقق في أوضاع أكثر خطورة ونعني بها النزاعات المسلحة فضلاً عن كبر الشارة المعتمدة في هذه الحالة، عما هو عليه الحال في التقليد والاغتصاب.

الفرع الثاني: على الصعيد الداخلي

انسجاما مع ما أقرته المواثيق الدولية السالفة الذكر، قررت التشريعات الداخلية لبعض الدول عقوبات أصلية على مرتكبي إساءة استخدام الشارة المميزة.

فعلى سبيل المثال، يقرر القانون المصري رقم(2لسنة 1940)، بشأن حماية شعار الهلال الأحمر والشارات المشبهة به، عقوبات أصلية على إساءة استخدام الشارة المميزة، إلا انه يفرق في هذا الموضوع بين مرتكب فعل الإساءة في وقت السلم، فيعاقب الأول بعقوبة الحبس لمدة لا تزيد عن سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تتجاوز مائتي جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين، في حين يعاقب الثاني بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وغرامة لا تقل عن خمس جنيهات ولا تتجاوز مائة جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين(الوفاء، 2000، صفحة 241)

في حين يعد قانون العقوبات العسكري الأردني المؤقت رقم30لسنة2002، بمقتضى المادة(41/أ/14)-وكما تم بيانه سابقاً- يعد الاستخدام الغادر للشارة من قبيل جرائم الحرب، ويقرر له في الفقرة(ب/2)من المادة أعلاه عقوبة السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات، ويشدد العقوبة بمقتضى الفقرة(ج)إلى الإعدام، إذا ما أفضى الفعل المرتكب إلى الموت، في حين

أشارت المادة(42)إلى معاقبة المحرض والمتدخل في جرائم الحرب بعقوبة الفاعل ذاتها. (الطراونة، 2005، الصفحات 166-167)

أن ما يحسب على القانون الأردني السالف الذكر، هو النص فقط على الغدر كحالة لإساءة استخدام الشارة المميزة في حين اغفل في التنظيم حالتي التقليد والاغتصاب، إلا انه يحسب للقانون أعلاه صرامة العقوبة، وشمول المساهم التبعي في ارتكاب الجريمة، والذي يستلزمه بالضرورة خطورة الفعل المرتكب وجسامته في حالة الغدر على النحو الذي تم بيانه بشان موقف القانون النموذجي بشأن استخدام وحماية الشارة المميزة لعام1990.

وفضلا عن العقوبات الأصلية السالفة الذكر، يقرر القانون الدولي، وبعض القوانين الداخلية جزاءات أخرى تترتب على إساءة استخدام الشارة المميزة.

فعلى الصعيد الدولي، على سبيل المثال، يشير القانون النموذجي بشان استعمال وحماية الشارة المميزة لعام1991،إلى انه(تتخذ سلطات الدولة....، يجوز لها على وجه الخصوص الأمر بضبط الأشياء أو التجهيزات التي تحمل علامة يعتبر استعمالها خرقاً لهذا القانون، كما يمكن إن تأمر بنزع شارة الصليب الأحمر والهلال الأحمر الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر على نفقة من ارتكب المخالفة وتصدر الأمر بإتلاف الأدوات المستعملة لهذا الغرض).(الوفاء، 2000، صفحة 241)

وإذا كان الأمر بنزع شارة الصليب الأحمر، كجزاء عن إساءة استخدام الشارة قاعدة عامة، فانه هناك من الاستثناءات التي أقرتها المادة(53)/فق1) من اتفاقية جنيف الأولى والمادة(6/فق2)من البروتوكول الإضافي الثالث، إذ يقرر كلاهما إمكانية إعطاء مهلة للمستخدم السابق لشارة المميزة، قبل نزع الشارة عنه، إلا إن المادتين المذكورتين تختلفان من حيث:

أولا: المدة الممنوحة كإمهال للمستخدم السابق:

ففي حين تحدد المادة(53/فق1) تلك المدة بثلاث سنوات كحد أقصى، إلا أن المادة(م6 /فق2) لم تحدد تلك المدة الزمنية ومع الاختلاف بين المادتين أعلاه وعلى النحو السابق ذكره، فأنهما يشتركان في مبدأ مهم، مقتضاه أن الاستمرار للاستخدام خلال مدة الإمهال، يجب أن لا يفسر في كل الأحوال بأنه يوفر الحماية المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين، وبعبارة أخرى يفهم مما تقدم أن الاستعمال خلال مدة الإمهال يجب أن ينصب على استخدام الشارة وسيلة للدلالة لا وسيلة للحماية. (الاحمر ا.، 2000، صفحة 27)

ثانياً: نطاق الحقوق المكتسبة

أن السماح للإقرار بالاستعمال خلال مدة الإمهال يمنح على انه حق مكتسب للمستعمل السابق، غير أن المادتين المذكورتين، اختلفتا كذلك في موضوع نطاق الحقوق المكتسبة، ففي حين نرى امتداد نطاق الحقوق المكتسبة في ظل المادة(53/فق1) من اتفاقية جنيف الأولى إلى حالتي استخدام الشارة نفسها أو تسميتها، نرى اقتصار نطاق تلك الحقوق بمقتضى المادة(6/فق2) من البروتوكول الثالث على مجال استخدام الشارة نفسها دون استعمال تسميتها. (لعام، 1906)

وعلى الصعيد الداخلي، وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن القانون المصري رقم12لسنة1940 بشان استخدام الشعار أو الشارات...، قد سبق كل من اتفاقية جنيف الأولى والبروتوكول الإضافي الثالث والقانون النموذجي بشان استخدام وحماية الشارة المميزة لعام1991،في تنظيم الجزاءات المذكورة، إذ نصت المادة(3) منه على أنه(يجوز للمحكمة في كل الأحوال أن تقضي بإزالة موضوع الجريمة ولها إن تقضي كذلك بإعدام الأشياء التي تحمل الشعار أو اسماً خلاف لأحكام هذا القانون، من خلال النص أعلاه، يمكن القول إن فرض الجزاءات أعلاه تحكمه مجموعة من القواعد من بينها:

1. إن تطبيق هذه الجزاءات يبقى أمرا جوازياً للمحكمة، فالأخيرة غير مجبرة بإيقاع مثل هذه الجزاءات بل هو أمر مرهونٌ بالسلطة التقديرية للمحكمة، وحسب ما تقدره الأخيرة استناداً لظروف كل قضية وملابساتها. (حبيب، 2019)
2. إن تطبيق الجزاءات أعلاه يسري في جميع الأحوال، أي بعبارة أخرى سواء كان وقوع الجريمة، في وقت السلم أو الحرب.

الخاتمة:

في هذا البحث حاولنا الوصول إلى الوضع القانوني للشارة المميزة في القانون الدولي الإنساني، إذ قمنا في المبحث الأول لوصف الجهود الدولية لإقرار الشارة المميزة، وتناول المبحث الثاني صور استخدام الشارة المميزة، في حين تناول في الأخير حالات إساءة استخدام الشارة المميزة ووسائل الحد منها.

وقد تم في الأخير بحثنا التوصل إلى مجموعة النتائج والتوصيات والتي يمكن إيجازها بالاتي:

أولا: إن الجهود الدولية لإقرار الشارة المميزة، بدأت بغياب الغطاء القانوني اللازم لحماية الشارة المميزة، مروراً بتوافر تلك الحماية مع ظهور عوائق أخرى من بينها الاقتصار على شارة واحدة ،ومن ثم الاتجاه الوسط الذي يجمع بين الاتجاهين أعلاه(وحدة الشارة كقاعدة وتعددها كاستثناء بصفة محدودة مع توافر الحماية القانونية، وأخيرا الوصول قدر الإمكان إلى وحدة الشارة المميزة باعتماد البروتوكول الإضافي الثالث لعام2005،الذي يعتبر الأساس القانوني للشارة المميزة الجديدة التي جاءت على شكل مربع احمر على حده على أرضية بيضاء على أن يكون بوسع من يستخدمه أن يضع داخله رمزاً ثانوياً يرتضيه أو يستخدمه على حاله.

ثانياً: قد تعلق الأمر بمظاهر استخدام الشارة المميزة، توصلنا إلى أن الأخيرة يمكن إن تستخدم كوسيلة حماية أو وسيلة دلالة، وتجسد التميز بين الاستخدامين أعلاه بالاتي:

1. أن الشارة المميزة المستخدمة كوسيلة حماية اكبر نسبياً مما هو عليه الحال في استخدامها كوسيلة دلالة.
2. تبين الشارة المميزة المستخدمة كوسيلة حماية في شكلها الخاص، بعبارة أخرى أن لا يضاف إليها إي شيء آخر، لا إلى الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر أو الخلفية البيضاء، في حين في استخدامها كوسيلة دلالة يمكن أن يرفق مع الشارة اسم الجمعية الوطنية أو الأحرف الأولى منها.
3. يجب أن توضع الشارة المميزة المستخدمة كوسيلة حماية على علامات الأذرع أو على أسطح المباني أو حتى على الرايات، في حين يحظر ذلك عند استخدامها كوسيلة دلالة.

ولتفعيل التمييز أعلاه، فضلاً عما ذكره القانون الدولي الإنساني من أوجه التمييز وعن التفصيل أعلاه، أن يتم التمييز بين الشارة المستخدمة للدلالة وتلك المستخدمة للحماية، بلون الشعار المستخدم، كأن يبقى اللون الأحمر للحماية، على أن يغاير في لون الشعار المستخدم كوسيلة دلالة، الأمر الذي يستلزم إجراء تعديلات على الاتفاقيات ذات الصلة بهذا الموضوع.

ثالثاً: يوجد جهات مخولة باستخدام الشارة المميزة في القانون الدولي الإنساني وعلى النحو الآتي:

1- الجهات المخولة باستخدام الشارة المميزة للحماية: وتمثلت تلك الجهات بالوحدات الطبية العسكرية منها والمدنية أو حتى الهيئات المتطوعة، وكذلك الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر واللجنة الدولية للصليب الأحمر والاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر.

وقدر تعلق الأمر بالجهات أعلاه، وجدنا إن الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر أو الهلال الأحمر، مقيدة في استخدام الشارة المميزة للحماية بشرطين، أولهما: الحصول على إذن من الحكومة التي تنتمي إليها هذه الجمعيات والثاني تحقيق غايات إنسانية أما اللجنة الدولية للصليب الأحمر والاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، يتمتعان بحرية كبيرة في استخدام الشارة للحماية تحت سند من القول يتمثل بالدور الكبير لهاتين المؤسستين في حماية ضحايا النزاعات المسلحة.

نظرا لما تم الإشارة إليه نقترح إقرار نفس الحرية أعلاه للجمعيات الوطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، إذ يتنامى دور هذه الجمعيات في الوقت الحاضر وبشكل ملفت للنظر في حماية ضحايا النزاعات المسلحة، وخصوصاً إذا ما ذكرنا أن الجمعيات أعلاه تنشأ بموجب قانون صادر من الهيأة التشريعية للدولة التي تنتمي إليها هذه الجمعيات، يفترض أن يحدد فيه اختصاصات هذه الجمعيات.

2- الجهات المخولة باستخدام الشارة للدلالة: وتمثلت تلك الجهات بعربات الإسعاف ومراكز الإغاثة، ومن قبل الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر.

وقدر تعلق الأمر بالجهات أعلاه، توصلنا إلى الآتي:

أ. الإقرار لعربات الإسعاف ومراكز الإغاثة باستخدام الشارة للدلالة، ورد على سبيل الاستثناء، الأمر الذي يستلزم معه إن ندعو إلى التشدد بالشروط الواردة في المادة(44)من اتفاقية جنيف الأولى لعام 1949، فما هو مستقر عدم جواز التوسع بالاستثناء.

ب. إن الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر، وعلى خلاف اغلب الجهات المخولة باستخدام الشارة المميزة، تجمع بين الاستخدامين الحمائي والدلالي للشارة، إلا أن ما يميز الاستخدامين فضلاً عن القواعد العامة في التمييز بينهما، هو اشتراط بعض الشروط في استخدام الشارة المميزة من قبل هذه الجمعيات كوسيلة حماية-وعلى التفصيل سالف الذكر-في حين لا وجود لمثل هذه الشروط عند استخدام الجمعيات أعلاه للشارة كوسيلة دلالة، ولعل السبب في هذا التباين، هو الاختلاف في جسامة المهمة الملقاة على عاتق

الجمعية الوطنية عند استخدام الشارة للحماية الذي يكون في الغالب في فترات النزاعات المسلحة وما يترتب عليها من واجب حماية ضحايا تلك النزاعات، وبين استخدامها للشارة كوسيلة دلالة أو تعريف والذي يجري في أوقات السلم.

فللوصول إلى استخدام امثل للشارة المميزة من قبل الجهات المخولة باستخدامها سواء كوسيلة حماية أو وسيلة دلالة، نقترح أن تتولى السلطات المختصة في الدول بأعداد برامج للنشر والتدريب على أحكام استخدام الشارة المميزة في القانون الدولي الإنساني، تستهدف بها تلك الجهات أو الرأي العام.

رابعاً: جدير بالذكر أن أهم حالات إساءة استخدام الشارة المميزة تنحصر في ثلاث صور هي التقليد، والاغتصاب، والغدر.

كما وجدنا أن الحالات المشار إليها في أعلاه تختلف في النطاق الزمني لوقوعها، ففي حين يتصور وقوع حالتي التقليد والاغتصاب، تقع في الأغلب الأعم في وقت السلم، مع تصور وقوعها في بعض الأحيان أثناء النزاع المسلح، فأن الغدر لا يمكن وقوعه إلا في زمن الحرب.

فالتباين الواقع في وقت وقوع الغدر كحالة إساءة لاستخدام الشارة المميزة، عنه في التقليد والاغتصاب، إن نصف الغدر بأنه اخطر أنواع إساءة استخدام الشارة المميزة، ما يدعم قولنا أعلاه هو تجلي تلك الخطورة بشكل واضح في نصوص القانون الدولي الإنساني، عندما أخذت بنظر الاعتبار عند تقريرها للجزاءات التباين سواء في نوع العقوبة المفروضة (سجن، حبس، غرامة)، أو التباين في نطاق الشخص المشمول بالعقوبة (مساهم أصلي، مساهم تبعي)إذ تبنت تلك النصوص مسلك أكثر صرامة في الغدر مما هو عليه الحال في التقليد والاغتصاب.

فالاتفاق مع الاتجاه المبين أعلاه فيأخذنا إلى التباين في إحكام الجزاءات المتعلقة، بحالات إساءة استخدام الشارة- وعلى النحو الذي تم بيانه في أعلاه-إلا أن هذا الاتفاق ليس بالمطلق، فإثبات الشيء لا ينفي ما عداه، نعم خطورة حالة الغدر توجب التشديد وكما مبين في أعلاه، إلا أن ذلك لا يعني التهاون في العقوبة المفروضة في الحالات الأخرى والتي قد تصل إلى حد فرض الغرامة المالية كعقوبة وحيدة، كما في حالة التقليد للشارة المميزة، وهو المسلك الذي انتهجته على سبيل المثال لا الحصر القانون النموذجي بشأن استعمال وحماية الشارة وتحديداً في المادة(12)منه.

لذا نقترح إعادة النظر في العقوبات المفروضة على الاغتصاب والتقليد كحالتي إساءة استخدام للشارة المميزة وبما يتناسب وجسامة الفعل المرتكب فيها ولما تنطوي عليه هاتين الحالتين من أثار خطيرة.

خامساً: نظرا لتعلق الأمر بوسائل الحد من إساءة استخدام الشارة المميزة ، وجدنا إن تلك الوسائل، يمكن إن تتجسد في حظر إساءة استخدام الشارة المميزة ،والإجراءات الوقائية، وأخيرا الجزاءات التي يمكن إن تفرض على منتهكي أحكام استخدام الشارة.

وبخصوص الوسائل أعلاه، يمكن إن نثبت الآتي:

1- إذا كان حظر إساءة استخدام الشارة المميزة سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي، يعد الحجر الأساس للحد من إساءة استخدام الشارة المميزة، فأن الدول ولا سيما على الصعيد الداخلي تبنت اتجاهات متعددة لتقنين الحظر أعلاه، وعلى النحو الآتي:

أ-إصدار القوانين والقرارات الخاصة بالشارة المميزة، وهو ما ذهبت إليه كل من الجمهورية اليمنية، بموجب القانون رقم43لسنة1999،وجمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم12لسنة1940.

ب- إدراج بعض الإحكام المتعلقة بالشارة في قوانين أخرى، وهو ما انتهجته المملكة الأردنية الهاشمية والجمهورية العربية التونسية.

ت- الاكتفاء بالنظام الأساسي للجمعية الوطنية للهلال الأحمر والصليب الأحمر، وهو ما تجلى واضحاً في موقف جمهورية العراق ودولة قطر.

ث- تجاهل موضوع الشارة المميزة بشكل أو أخر، على اقل تقدير حتى وقت كتابة هذه السطور كما هو الحال في سوريا وسلطنة عمان والسودان والبحرين والكويت.

2-ونتيجة لعدم فاعلية معظم الاتجاهات أعلاه، في الحد من إساءة استخدام الشارة المميزة، نقترح الآتي:

أ-إن مبادرة الدول إلى إعداد الدراسات اللازمة لموائمة التشريعات الوطنية مع أحكام الاتفاقيات النافذة في مجال القانون الدولي الإنساني، خصوصاً تلك المتعلقة بأحكام الشارة المميزة، فضلاً عن أداء الهيأة التشريعية لمهامها ومن بينها اقتراح مشاريع القوانين ذات الصلة بهذا الموضوع.

ب-الاستفادة من خبرات الدول، التي أحرزت تقدماً تشريعياً في موضوع الشارة، عن طريق تبادل النصوص التشريعية القائمة في مختلف الدول.

ج- ولما كان المعيار الأساسي في تحديد أحكام استخدام الشارة المميزة، هو التشريع الوطني للدولة، وحتى يحقق القانون المراد سنه الغاية المتوخاة منه، نقترح أن تبادر الدول إلى سن تشريع مستقل ينظم إحكام الشارة على إن يتضمن المحاور الآتية:

-تحديد السلطة المختصة بتنظيم استعمال الشارة.

-تحديد الفئات التي يحق لها استخدام الشارة المميزة، سواء كان استخدامها كوسيلة حماية أو وسيلة دلالة.

-تحديد الجهات المختصة في الاختصاص القضائي في دعوى هذا القانون.

-تحديد حالات إساءة استعمال الشارة المميزة، مع وضع العقوبات المناسبة لها.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية.

أولا: المؤلفات:

1. جون-هنري هنكرتس ولويز دوزوالد-بك ،2007،القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول، برنت لايت للدعاية والإعلان، القاهرة.
2. د.عامر الزمالي،1990،مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس.
3. د.علي حسين الخلف ود.سلطان الشاوي، بلا سنة طبع، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد.
4. فرانسواز بونيون،2005،نحو حل شامل لمشكلة الشارة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر،ط3،القاهرة .
5. د. فيصل شطناوي،2001،حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ،ط2،دار الحامد للنشر، عمان .
6. اللجنة الدولية للصليب الأحمر، بلا سنة النش، احترام القانون الدولي الإنساني وكفالة احترامه، دليل عمل البرلمانيين رقم 1 لسنة 1991،بلا مكان النشر.
7. اللجنة الدولية للصليب الأحمر،2006،القانون الدولي الإنساني – إجابات على أسئلتك، بلا مكان طبع .
8. د. محمد الطراونة وآخرون،2005،القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على الصعيد الوطني في الأردن، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، بلا مكان طبع.
9. د. محمد فهد الشلالدة،2005،القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية.

ثانياً: الأطروحات

1. ألان اشيليمان، حماية المحتجزين، 2005، عمل اللجنة الدولية وراء القضبان، بحث منشور في المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من إعداد ،اللجنة الدولية للصليب الأحمر2006،القاهرة.
2. د. إسماعيل عبد الرحمن، 2000، الأسس الأولية للقانون الدولي الإنساني، بحث منشور في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، دار المستقبل العربي، القاهرة.
3. د. احمد أبو الوفا،2000، القانون المصري الخاص باستخدام الشعار أو الشارة، بحث منشور في كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة.
4. أنطوان بوفيه، جوانب خاصة لاستخدام شارة الصليب الأحمر والهلال الأحمر، بحث متاح على الموقع الإلكتروني:

www.icrc.org\web\ara\sitearaO.usf\html

5.جان-فرانسوا كويجينز ،تعليق على البروتوكول الإضافي الثالث إلى اتفاقية جنيف المؤرخة في 12\آب\1949 بشأن اعتماد شارة مميزة إضافية (البروتوكول الإضافي)،بحث منشور في مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر،2009،اللجنة الدولية للصليب الأحمر، برنت لايت للدعاية والإعلان، القاهرة .

6.د. حبيب سليم، حماية شارتي الهلال الأحمر والصليب الأحمر وقمع إساءة استعمالها، بحث متاح على الموقع الإلكتروني:

www.icrc.org\web\ara\sitearaO.usf\html

ثالثاً: الدوريات:

1. مجلة الإنساني، أيار-حزيران، 2000، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 10.
2. مجلة الإنساني، تموز-آب، 2000، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 11.
3. مجلة الإنساني، ربيع 2006، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد35.

رابعاً: الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية جنيف لعام 1906.بشأن تحسين حال الجرحى والمرضى العسكريين في الميدان
2. لائحة لاهاي لعام 1907المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية.
3. اتفاقية جنيف لعام 1949بشأن تحسين حال الجرحى والمرضى في القوات المسلحة في الميدان.
4. اتفاقية جنيف لعام 1949.بشأن تحسين حال الجرحى والمرضى في القوات المسلحة في البحار
5. البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة المتعلقين بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية.
6. البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977الملحق باتفاقيات جنيف الأربع المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية.

الاتجاه إلى الرقابة القضائية بواسطة المحكمة الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2020

The trend towards judicial oversight Through the Constitutional Court In the constitutional amendment of 2020.

مداني عبد القادر(*)
جامعة الجزائر -1-
aek.madani@cu-aflou.edu.dz

سالمي عبد السلام
جامعة الجلفة، الجزائر
salmiaes@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/04/26 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/29

****

ملخص:

بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020 استحدث المؤسس الدستوري الجزائري المحكمة الدستورية كهيئة مستقلة وأناط بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين وهو اتجاه صريح إلى اعتماد الرقابة القضائية و التخلي تماما عن الرقابة السياسية بواسطة المجلس الدستوري،على الرغم من أنه ظل متأثرا بها،حيث ما زالت عالقة في النصوص التي نظمت المحكمة الدستورية،من خلال وصف قضاة المحكمة الدستورية بالأعضاء وعدم الاعتراف لهم صراحة بصفتهم كقضاة،وكذا اعتبار الإخطار هو وسيله الاتصال بالمحكمة الدستورية.

الكلمات المفتاحية: الرقابة الدستورية،القضاء الدستوري،المحكمة الدستورية، الإخطار،الدفع بعدم الدستورية .

Abstract:

Under the constitutional amendment of 2020 Created the Algerian constitutional founder The Constitutional Court as an independent body And give it the task of overseeing the constitutionality of laws It is an explicit trend to adopt judicial oversight And completely abandon political control by the Constitutional Council, But he remained

---

* المؤلف المرسل.

affected by it, And through the texts that organized the Constitutional Court Where it's still stuck in it By describing the judges of the Constitutional Court as members They are not explicitly recognized in their capacity as judges As well as considering notification as a means of contacting the Constitutional Court.

***key words* :** Constitutional oversight, Constitutional judiciary, The Constitutional Council, Constitutional Court, payment unconstitutional.

مقدّمة:

إن علو الدستور وسموه على غيره من القواعد القانونية يبقى مجرد مبدأ نظري ما لم توجد آلية رقابية فعالة تضمن احترامه من جميع القوانين في الدولة وتطابقها مع الدستور أو على الأقل عدم تعارضها معه.

كان دور الدساتير مهمشا في كثير من الأحيان لا يؤدي سوى دور ثانوي حتى في الدول التي تدعي الديمقراطية،ويعود سبب ذلك إلى تجاوز النص الدستوري من قبل القائمين على الحياة السياسية والقانونية في هذه الدولة أو تلك((بلفقيه، 2014، صفحة 407)رغم أن مبدأ سمو الدستور يغنينا عن بذل جهد جديد من أجل إعلاء شأن الدستور على ما عداه من نصوص القانون (أمين عاطف، 2002، صفحة 245).

لقد تبنى المؤسس الدستوري الجزائري كغيره من دساتير الدول تأخذ بمبدأ علو الدستور هيئة للرقابة على دستورية القوانين وأسندها للمجلس الدستوري،متأثرا في ذلك بنظيره الفرنسي الذي اعتمد الرقابة السياسية،رغم ما يعتري هذا المصطلح من نقد، فقد فضل جانب من الفقه تسميتها بالرقابة غير القضائية على دستورية القوانين (السيد الباز، 1978، صفحة 10).

شهد المجلس الدستوري الجزائري منذ إنشائه العديد من التطورات من أجل تحسين أداءه إلى حد أنه استعار آلية الدفع بعدم الدستورية من الرقابة القضائية لحماية حقوق المواطنين وحرياتهم وتحكيم النص الدستوري المعبر عن الإرادة العامة عندما تتعارض مع إرادة المشرع.

على الرغم من تأثره الشديد بالفقه الفرنسي الذي كان دائما رافضا لفكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين (رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، 2008، صفحة 50)وتقليده ووفائه الدؤوب للنظام الدستوري الفرنسي فيما يتعلق باعتماد المجلس الدستوري، فإن الدستور الجزائري في

التعديل الدستوري لسنه 2020 قد غير الاتجاه وخالف كل التوقعات بدسترة المحكمة الدستورية كمؤسسة مستقلة بضمان احترام الدستور (المادة 185 من التعديل الدستوري، 2020) وهو توجه صريح نحو اعتماد الرقابة القضائية والتخلي نهائيا عن المجلس الدستوري كآلية سياسية للرقابة على دستورية القوانين.

ما مدى استقلالية المحكمة الدستورية ؟ والى أي حد تساهم في التوجه إلى رقابة قضائية فعالة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا إتباع الخطة التالية:

المبحث الأول: تكوين المحكمة الدستورية بين الانتخاب والتعيين.

يكتسي التوازن بين السلطات في تشكيل المحكمة الدستورية واستقلاليتها عن المؤسسات المكونة لها أهمية كبيرة من أجل تحسين أدائها الرقابي،لا نعني به التوازن العددي والشكلي على الرغم من أهمية هذا الأخير في الحفاظ على المكانة المتساوية لسلطات الثلاث داخل المجلس الدستوري،ولكن هذا غير كاف لتأسيس هيئة مستقلة غايتها احترام سمو الدستور والحيلولة دون صدور نصوص تشريعية أو تنظيمية مخالفة لأحكامه تحت تأثير المؤسسات التي تنبثق عنها المحكمة الدستورية،خصوصا السلطة التنفيذية التي تسعى دائما إلى استمالتها بما تملكه من تأثيرات سياسية وقانونية من أجل تحقيق أهدافها،والدفاع عن مصالحها.

لقد نصت المادة 186 من التعديل الدستوري 2020 على أنه« تتشكل المحكمة الدستورية من اثني عشر 12 عضوا...»، يتضح من هذا النص أن الدستور الجزائري قد وافق السياق المغاربي في عدد أعضاء المحكمة الدستورية حيث اعتمد الدستور التونسي (المادة 118من الدستور التونسي، 2014)و الدستور المغربي (المادة 130من الدستور المغربي، 2011) نفس العدد،بينما خالف ألمانيا التي تتكون محكمتها الدستورية من 16 قاضيا والنمسا 14 قاضيا،وسبب ذلك يعود إلى اعتماد ألمانيا والنمسا على النمط الفيدرالي على خلاف الجزائر وتونس والمغرب التي تقوم على نمط الدولة البسيطة (بن سالم، القضاء الدستوري في الدول المغاربية ، 2015-2015، صفحة 34).

المطلب الأول: احتفاظ رئيس الجمهورية بسلطة تعيين رئيس الهيئة المكلفة بحماية الدستور.

بالعودة إلى أحكام المادة 186 من التعديل الدستوري 2020 نجد أن رئيس الجمهورية

قد حافظ على سلطته في تعيين أربعة أعضاء من بينهم رئيس المحكمة الذي يملك مركزا ممتازا (الفقرة 07من المادة 94 من التعديل الدستوري، 2020)، وصوت مرجحا في حالة تساوي عدد الأصوات (المادة 197 من التعديل الدستوري، 2020)

لقد حسمت هذه المادة طريقة اختيار رئيس المحكمة وجعلته معين من طرف رئيس الجمهورية، وهي نفس الطريقة التي كانت معتمده في اختيار رئيس المجلس الدستوري وقد لاقت نقد لاذعا لما انطوت عليه من هيمنه رئيس الجمهورية على رئيس المجلس، من خلال تأثير التعيين وما يحققه من تبعية وخضوع لشخص المعين على خلاف الانتخاب الذي يحقق مبدأ الاستقلالية ولا يمكن معه أن يخضع المنتخب للسلطة التي قامت بانتخابه (بن الجيلالي، انتفاء استقلالية المجلس الدستوري في ظل التعديل الدستوري الصادر عام 2016، 2017، صفحة 142)

كان على المؤسسة الدستوري الجزائري أن يحرر رئيس المحكمة الدستورية من طريقة التعيين نهائيا وما تخلفه من تبعية المعين للمعين،وينتهج طريقة الانتخاب في اختيار رئيس المحكمة الدستورية كما فعل المشرع التونسي في القانون50/15 حيث نصت الفقرة الثانية من الفصل 16 على أنه« ينتخب أعضاء المحكمة الدستورية بالاقتراع السري وبالأغلبية المطلقة لأعضائها رئيس للمحكمة ونائب له على أن يكون من بين المختصين في القانون» (الفصل16 من القانون الأساسي العدد 50، 08ديسمبر 2015، صفحة 3380).

لم تحدد المادة 186 كيفية اختيار نائب رئيس المحكمة الدستورية ولم تحل على النظام الداخلي للمحكمة ولا أي قانون أخر،رغم وجود سابقه شغور منصب رئيس المجلس الدستوري (المرسوم الرئاسي رقم 19-132، المؤرخ في 16افريل 2016) المقترنة بشغور منصب رئيس الجمهورية (تصريح المجلس الدستوري ا.، المؤرخ في03 أفريل سنة 2019 ، صفحة 05)هذا الأخير الذي لم يكن قد عين نائبا لرئيس المجلس الدستوري مع وجود النص الذي يمنحه هذه الصلاحية آنذاك.

المطلب الثاني: تقليص ممثلي السلطة القضائية في المحكمة الدستورية.

إن تواجد القضاة ضمن تشكيلة المحكمة الدستورية له أهمية بالغة في بلورة فكرة الرقابة على دستورية القوانين،ويذهب كلسن إلى أن تزويد هيئات الرقابة الدستورية بقضاة أمر ضروري وذلك بالنظر إلى تكوينهم ومعارفهم التي تتلاءم والمهام المرتبطة بالمنازعات الدستورية،بالإضافة إلى انتمائهم لهيئة غير سياسية من شأنه التخفيف من احتمال تسيس

الهيئة الرقابية،وبالتالي جنوحها إلى رقابه الملائمة وهذا يمثل خطرا على حقوق أفراد المجتمع وحريتهم (جمام ع.، (ب.س)، صفحة 23).

وبالعودة إلى نص الفقرة الثالثة من المادة 186من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي جاء فيها« عضو واحد(1) تنتخبه المحكمة العليا من بين أعضائها،وعضو واحد(1) ينتخبه مجلس الدولة من بين أعضائه»،هذه الفقرة تكشف عن تضاءل عدد ممثل السلطة القضائية في المحكمة الدستورية إلى النصف مقارنة بممثليها في المجلس الدستوري آنفا،كما يكشف عن تخلي المؤسس الدستور الجزائري عن فكرة التمثيل المتساوي والتوازن الشكل والعددي بين السلطات في تشكيل المحكمة الدستورية.

إن تخفيض عدد الأعضاء الممثلين للسلطة القضائية في تشكيل المحكمة الدستورية يكشف عن خشية المؤسس الدستوري الجزائري من تعاظم دور القضاة في مسألة الرقابة على دستورية القوانين خاصة بعد النقد اللاذع الذي تعرضت له المحكمة العليا الأمريكية عندما فرضت ما يسمى بالمبادئ الأساسية غير المكتوبة في الدستور على السلطة التشريعية إلى حد أن سماها الفقه بحكومة القضاة (رفعت عبد الوهاب، 2008، صفحة 73) هذه الأخيرة هي التي دعت دولا كألمانيا والنمسا إلى إقصاء السلطة القضائية والمجالس العليا للقضاء من التدخل في تعيين أو انتخاب قضاه المحكمة الدستورية (بن سالم، 2015-2014، صفحة 34)

كما اشترطت المادة 187 في الأعضاء المعينين والمنتخبين للمحكمة الدستورية التمتع بخبرة في القانون لا تقل عن 20 سنة بعد أن كان مشروع التعديل الدستوري يشترط التمتع بخبرة في القانون الدستوري لا تقل عن 20 سنة وهو شرط يصعب تحققه في العضو المنتخب من المحكمة العليا والعضو المنتخب من مجلس الدولة نظرا لكون القانون الدستوري بعيد عن اختصاصهم،والكل يعلم أن الخبرة في القانون الدستوري لمدة 20 سنة لا يمكن الحصول عليها إلا عبر التدريس في الجامعة وهو الأمر الذي لا يحظى به أعضاء المحكمة العليا ولا أعضاء مجلس الدولة،مما يجعل هذا الشرط صعب التحقق إن لم نقل أنه مستحيل،وحسننا فعل المؤسس الدستوري عندما اشتراط التمتع بخبرة في القانون لا تقل عن 20 سنة مع استفادة من التكوين في القانون الدستوري.

والذي تجدر الإشارة إليه أن التعديل الدستوري لسنة 2020 قد سمى أعضاء المحكمة الدستورية بالأعضاء دون الاعتراف لهم بصفة القضاة،ولا يتصور وجود محكمة دون قضاة حتى ولو كانت خارج نطاق سلم التدرج القضائي.

على الرغم من أن ممثلي السلطة القضائية في المحكمة الدستورية يتم اختيارهم عن طريق الانتخاب إلا إن استئثار رئيس الجمهورية بسلطة تعيين القضاة يمثل نوعا من انتهاك الاستقلال العضوي للقضاة،خاصة وأن رئيس الجمهورية يشغل منصب رئيس المجلس الأعلى للقضاء،وهو ما يخوله سلطات واسعة في تنظيم المسار المهني للقضاة إضافة إلى الحركة السنوية التي يمارسها في سلك القضاة والتي يمكن استعمالها ورقة ضغط على القاضي،مما يجعل رئيس الجمهورية المحور الأساسي المتحكم في سلطة القضاء والمحدد لاستقلاليتهم،كما أن القضاة يتأثرون بالظروف السياسية المحيطة بهم في الداخل أو في الخارج ولا أدل على ذلك من قضية قوبيتيز الشهيرة التي تأثر فيها القضاة بالظروف السياسية الخارجية فرفضوا طعن قوبيتيز باعتباره غير دستوري لكنهم عادوا بعد زوال تلك الظروف السياسية وقبلوا الطعن واعتبروه دستوري (طيبي، 2018، صفحة 591).

وعلى الرغم من الضمانات الدستورية المقررة في الدستور والتي تؤكد استقلالية السلطة القضائية،وأن القضاة لا يخضعون إلا للقانون،ومع ذلك كله فان رئيس الجمهورية يحوز الآليات الدستورية الفعالة التي تمكنه من جعل القضاء مجرد هيئه تابعة له،لهذا ظل القضاء يحتل مركزا ضعيفا ولا يمكن وصف السلطة القضائية إلا بذلك الجهاز التابع والخادم للسلطة التنفيذية (جمام ع.، (ب.س)، صفحة 38)، هذا ما يجعل ممثلين السلطة القضائية(أربعة أعضاء) في المجلس الدستوري تابعين لرئيس الجمهورية ويخدمون توجهاته،فلا يتصور أبدا أن يختلف دورهم عن دور الهيئة التي يمثلونها.

المطلب الثالث: انتخاب النصف الثاني لأعضاء المحكمة الدستورية.

بعد أن كان المؤسس الدستوري الجزائري يعتمد فكرة التوازن الشكلي والعددي بين السلطات في تشكيل الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين،-المجلس الدستوري- ها هو اليوم يتخلى عن دائرة التمثيل المتساوي للسلطات،بإقصاء البرلمان من المشاركة في تشكيلة المحكمة الدستورية(أولا) ويعتمد بدلا عنه نظام الانتخاب العام (ثانيا).

أولا: إقصاء البرلمان من التمثيل في تشكيل المحكمة الدستورية.

من أجل ضمان فاعلية الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين يتعين إحاطتها بالضمانات الكفيلة بتحقيق استقلالها عن السلطات العليا في الدولة (عصمت عبد الله، 2013، صفحة 21) بوضع الآليات الدستورية التي تحول دون تأثر القاضي الدستوري بالخيارات التي تنتهجها السلطة التي عينته أو انتخبته للعضوية في الهيئة المكلفة بحماية

الدستور،ولذلك فإنه لا مناص من تحقيق التوازن الشكلي بين السلطات وعدم تغييب أي سلطة في تكوين هذه الهيئة.

لقد تأثرت بعض النظم الدستورية بالاتجاه القائل بأولوية السلطة التشريعية على بقية السلطات فقد كانت محكومة بهرمية تتربع على رأسها السلطة التشريعية (عاطف صليبا، 2002، الصفحات 163-162)، وقد ظهر ذلك في تشكيل المحكمة الدستورية البولندية التي أنشأت بقانون 29 أفريل 1958،حيث كانت الجمعية الوطنية تعين رئيس المحكمة ونائبه والعشرة أعضاء المكونين لها (محمد مصطفى، (ب.س)، صفحة 93.92)،وفي ألمانيا حيث يقوم كل مجلس من مجلسي البرلمان باختيار ثمانية قضاة وبذلك يكون مجموع قضاة المحكمة 16 (الجمل، 2008، صفحة 73)، ونفس الأمر في سويسرا فإن اختيار أعضاء المحكمة الاتحادية المختصة برقابة الدستورية سواء الأصليين أو الاحتياطيين، يتم من طرف المجلس الاتحادي (عصمت عبدالله، 2013، صفحة 23).

إن الاتجاه السائد في نظام الدستورية التي أخذت بنظام مركزية الرقابة على دستورية القوانين هو القائم على تحقيق التوازن بين السلطات من خلال إشراك البرلمان في تشكيل الهيئة المكلفة بحماية الدستور وهو ما أخذت به دولا كايطاليا والبرتغال (متولي، 1993، الصفحات 195-194).

بالعودة إلى أحكام المادة 186 المتعلقة بتشكيل المحكمة الدستورية في الجزائر نجدها لا تمنح البرلمان أي دور في تشكيل المحكمة الدستورية وهذا مدعاة للغرابة والاستفهام حول إقصاء البرلمان المعبر عن الإرادة العامة،ألا يزيد هذا من إضعاف السلطة التشريعية أكثر مما طالها من الضعف في مقابل الإبقاء على المكانة الهامة للسلطة التنفيذية في تشكيل المحكمة الدستورية.

إن النقد الذي تعرض له المؤسس الدستوري الجزائري من حيث تبعية الأعضاء الممثلين للبرلمان البرلمان لسلطة رئيس الجمهورية وضعف تكوينهم،مما جعل المجلس الدستوري سابقا امتداد لسلطة التنفيذية،وتابع بالخصوص لرئيس الجمهورية،لم يكن هدفه على الإطلاق إبعاد أعضاء البرلمان عن تشكيل الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين، وإنما كان هدفه الدفع باتجاه تقوية السلطة التشريعية إلى الحد الذي يحقق التوازن بينها وبين غيرها من السلطات من الناحية الموضعية بما يكفل رقابة حقيقية على دستورية القوانين بعيدا عن أي توازن شكلي أو إقصاء كلي.

ثانيا: انتخاب نصف أعضاء المحكمة الدستورية بالاقتراع العام.

تظهر استقلالية القضاة لحظة تعيينهم،فالطريقة التي يتم بواسطتها اختيار القاضي لها أهمية من حيث كفاءة القاضي وكذا التأكيد على استقلاليته،وعدم شعوره بالتبعية،ولذلك يذهب البعض إلى أن اختيار القضاة يجب أن يكون نابعا من الإرادة الشعبية عن طريق الانتخاب (بن زاغو، 2009-2008، صفحة 505).

لقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 186على ما يلي « ستة (6) ينتخبون بالاقتراع العام من أساتذة القانون الدستوري»،يتضح من هذا النص أن المؤسس الدستوري الجزائري قد اعتمد طريقة الانتخاب لنصف أعضاء المحكمة الدستورية بالاقتراع العام المباشر- بما أنه لم يقيد هذا النص بهيئة انتخابية خاصة- من بين أساتذة القانون الدستوري الذين يملكون خبره لا تقل عن 20 سنة.

إن انتخاب أعضاء الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين مباشرة من طرف الشعب يكسبها نفوذا باعتبارها ممثلة من طرف الشعب،ويمنحها سلطة منازعة غيرها من السلطات العامة في الدولة وإخضاعها جميعا لإرادتها،مستندة إلى طبيعة مهامها وهي الرقابة ومصدر سلطتها وهو الشعب (عصمت عبدالله، 2013، صفحة 23) .

من أجل إبعاد انتخاب أعضاء المحكمة الدستورية عن بعض الأخطار التي تهدد استقلاليتهم المرتبطة أساسا بالصراعات السياسية فقد اشترطت الفقرة الأخيرة من المادة 187 عدم الانتماء الحزبي في أعضاء المحكمة الدستورية.

المبحث الثاني:آلية الاتصال بالمحكمة الدستورية ونطاق اختصاصها في شأن الرقابة على دستورية القوانين.

تعتبر المحكمة الدستورية صاحبة الولاية على رقابة دستورية القوانين،إلا أنه لا يمكنها ممارسة هذا الاختصاص من تلقاء ذاتها،وإنما يتعين أن يقوم الأشخاص والهيئات التي يخولها الدستور سلطة الاتصال بالمحكمة الدستورية بإخطارها وفق آليات محددة (أولا) عندها تباشر المحكمة الدستورية اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين (ثانيا).

المطلب الأول: آلية الاتصال بالمحكمة الدستورية.

بالرجوع إلى المادة 193 والمادة 195 من التعديل الدستوري لسنة 2020 نجدها تعتمد على الإخطار كآلية لتحريك المحكمة الدستورية،وهي نفس الطريقة التي كانت معتمدة في

تحريك المجلس الدستوري،وبالتالي ابتعد عن آلية الدعوى الدستورية الأصلية (أولا) ثم جمع بين آلية الدفع بعدم الدستورية وآلية الإحالة تحت اسم الإخطار(ثانيا).

أولا :عدم اعتماد الدعوى الأصلية كآلية لتحريك المحكمة الدستورية.

لا تعد آلية الإخطار متناسبة مع الأخذ بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين بواسطة المحكمة الدستورية،لذلك نجد أن الدستور المغربي بعد دسترة المحكمة الدستورية قد اعتمد مصطلح الإحالة (الفصل 32من الدستوري المغربي، 2011)،بينما استعمل الدستور التونسي مصطلح الطلب والعرض والإحالة (الفصل 120من الدستور التونسي لسنة 2014)، فيما تمسك الدستور الجزائري بنظام الإخطار.

لا نجد في كل الدول التي أخذت بنظام الرقابة المركزية على دستورية القوانين بواسطة المحكمة،من اعتمدت على آلية الإخطار باعتبار هذه الأخيرة عنوان للتعبير عن نظام الرقابة السياسية،إضافة إلى أن آليات تحريك الدعوى الدستورية المتعارف عليها أمام المحاكم الدستورية ليس من بينها أبدا للإخطار.

لعل استبعاد الدعوى الأصلية باعتبارها طريقة هجومية تستهدف إلغاء القانون المخالف للدستور بالنسبة للكافة واعتبره كأن لم يكن من تاريخ صدوره أو على الأقل إنهاء حياته بالنسبة للمستقبل بحيث لا يمكن الاستناد إليه مطلقا، له ما يبرره وهو خشية المؤسس الدستوري الجزائري من أن فتح باب الطعن المباشر يمكن أن يؤدي إلى إساءة استعماله بما يكدس القضايا أمام المحكمة الدستورية ويعوقها عن أداء مهامها الجسام (ابو النسور، 2016، صفحة 387)، لكن هذا لا يمنع من الأخذ بأسلوب الدعوى المباشرة المقدمة من قبل السلطات العامة إلى المحكمة الدستورية وهو الأسلوب الذي أخذت به جنوب إفريقيا في دستورها لسنة 1996 (المادة 87من دستور جنوب إفريقيا، 1996).

لذلك يجب التأكيد على أنه يتعين استبدال مصطلح الإخطار الوارد في المادة 193 بمصطلح أخر يتناسب والأخذ بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين،بما يفيد أن رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس الحكومة،وكذا 40نائبا أو 25 عضوا في مجلس الأمة يمكنهم تقديم دعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية.

ثانيا :الجمع بين آلية الدفع بعدم الدستورية وآلية الإحالة تحت اسم الإخطار.

لقد نصت المادة 195 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على أنه« يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة...»، هذه

المادة ذكرت ثلاث آليات وهي الإخطار والدفع بعدم الدستورية والإحالة.

لقد كان استعمال لفظ الإخطار في المادة 188 من التعديل الدستوري لسنه 2016 مبررا عندما كان المؤسس الدستوري الجزائري يحاول التوفيق بين الدفع بعدم الدستورية والإحالة باعتمارهما آليتان من صميم الرقابة القضائية وبين انتهاج الرقابة السياسية بواسطة المجلس الدستوري فكانت همزة الوصل بينهما هي الإخطار،غير أن هذا المصطلح الأخير لم يعد له ما يبرره في ظل الاعتماد الصريح على الرقابة القضائية بواسطة المحكمة الدستورية.

والأصل أن آلية الدفع بعدم الدستورية أخذت به الدول التي تتبع نظام الرقابة الشائعة حيث يسمح للمحاكم بالنظر في الدفع المقدم بعدم الدستورية،ولكن نظرا لأهمية هذه الآلية ومرونتها كونها دفاعيه فقد استفادت منها كذلك الدول التي تأخذ بنظام الرقابة المركزية،والحقيقة أن المزج بين أسلوب الدفع بعدم الدستورية وأسلوب الإحالة وجد من أجل تحاشى العيوب التي قد تشوب كل منهما (عبد الله الشوبكة، 2012، الصفحات 205-204)

المطلب الثاني: اختصاص المحكمة الدستورية في نطاق الرقابة على دستورية القوانين.

من خلال قراءة المادة 190 من التعديل دستوري لسنة 2020 يتضح أن هناك ثلاث أنواع من الرقابة هي رقابة المطابقة (أولا) ورقابة الدستورية (ثانيا) ورقابة توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات(ثالثا).

أولا: رقابه المطابقة: تمارس المحكمة الدستورية رقابة المطابقة التي تعتبر رقابة سابقة وجوبيه على القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان،ومؤداها وجوب التقيد الصارم شكلا ومضمونا بأحكام الدستور بحيث لا يجوز تخطيها نصا وروحا (بوشعير، 2012، صفحة 66) إضافة إلى كون رقابة المطابقة وجوبيه وسابقة فقد ألزم الدستور المحكمة الدستورية بالفصل فيها بقرار بشأن النص كله (المادة 190من التعديل الدستوري، 2020)، دون أن يكون لها الحق في إبطال الأحكام غير الدستورية فقط.

مجالات رقابة المطابقة:

هناك مجالين لرقابة المطابقة هي القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان.

1/- القوانين العضوية :عرف ديجي على أنها روح الدستورية، وتعرف كذلك على أنها القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية سواء من تلقاء نفسها أو بتكليف من المشرع الدستوري،المتعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة واختصاصاتها وكيفية ممارستها لوظيفتها،أي أنها تتصل بموضوعات دستوريه في جوهرها.

2/- النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان: يعد النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان بمثابة القانون الأساسي وذلك بالنظر إلى احتكام كل غرفة إليه وتسييره لجميع نشاطاتها وخاصة الإجرائية منها والتنظيمية وقد منح الدستور في المادة 135 في فقرتها الأخيرة لكل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة حق إعداد نظامهما الداخلي والمصادقة عليه،على أن يخضع لرقابة المطابقة حسب الفقرة الأخيرة من المادة 190 .

ثانيا: الرقابة على دستورية القوانين.

يقصد بالرقابة على دستورية القوانين عدم مخالفة الدستور عن طريق خضوع القاعدة القانونية الأدنى للقاعدة الأعلى منها درجة،ويتم ذلك عن طريق مقارنة النص الأدنى مع النص الدستوري لتحديد مدى دستورية النص الأدنى وتطابقه مع الدستور (بوشعير، 2012، صفحة 263)

ـ مجالات الرقابة على دستورية القوانين:

وفق الفقرة الأخيرة من المادة 190 التي نصت على أنه«... تفصل المحكمة الدستورية بقرار في دستورية المعاهدات والقوانين والأوامر والتنظيمات...».

1/-المعاهدات. لقد ميز الدستور الجزائري بين المعاهدات المنصوص عليها في المادة 102 المتعلقة باتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم والتي يجب على رئيس الجمهورية أن يلتمس رأي المحكمة الدستورية حولها،بالإضافة إلى ضرورة الموافقة الصريحة لغرفتي البرلمان وبين المعاهدات العادية التي تتعلق بالنشاط العادي للسلطة التنفيذية وهي المنصوص عليها في المادة 159 بحيث يمكن لرئيس الجمهورية المصادقة عليها باعتباره صاحب السلطة في تسيير العلاقات الدولية للبلاد بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة، وعموما فإنه يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدات قبل المصادقة عليها.

2/- القوانين العادية:اختلف الفقهاء حول تقييد مجال القانون أو إطلاقه (الطماوي، 1998، صفحة 499) وقد اخذ الدستور الجزائري بالرأي القائل بضرورة تقييد وتحديد مجال القانون في نص المادة 139 حيث حدد 30 مجالا للقوانين العادي، تخضع لرقابة الدستورية بحيث يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأنها قبل الإصدار من طرف رئيس الجمهورية وفق الفقرة الثانية من المادة 190،أما بعد الإصدار فإن الوسيلة الوحيدة الممكنة لإخطار المحكمة الدستورية حول القوانين العادية هي آلية الدفع بعدم الدستورية.

3/- الأوامر:هي الأداة الدستورية التي يملكها رئيس الجمهورية لممارسة الوظيفة التشريعية التي تعود أصلا للبرلمان، وفي نفس المجالات المحددة دستوريا له (شريط، 1990، صفحة

453)، وتعد هذه أول مرة في الجزائر يتم إخضاع الأوامر لرقابة الدستورية عن طريق إخطار المحكمة الدستورية ويكون ذلك خلال شهر من تاريخ إصدارها.

4/- التنظيم المستقل: على خلاف القانون فإن الدستور الجزائري لم يحدد مجال اللائحة بالنسبة لرئيس الجمهورية، التي يصدرها في شكل مراسيم رئاسية لا تخضع لأي قيد، كما أنها تبقى مستقلة من حيث التدابير المتعلقة بها سواء كمبادئ أو كتنفيذ ما دامت تعتبر مستقلة متميزة عن القانون أو التشريع (بن سرية، 2010، صفحة 155)،وتخضع التنظيمات لرقابة الدستورية حيث يمكن إخطار المحكمة الدستورية خلال شهر من تاريخ إصدارها.

ثالثا : رقابة توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات.

اختلفت الأنظمة الدستورية في موقع الاتفاقيات الدولية،بين من يجعلها في مكانة تعلو التشريع كفرنسا وإسبانيا وهولندا وبلجيكا،وبين من يجعلها في مرتبة معادلة للتشريع كالولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا.

نصت المادة 153 من دستور 2020 على أنه« المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون» يتضح من هذا النص سمو المعاهدات على القوانين وبالتالي على التنظيمات أيضا، إلا أنه وفي جميع الدساتير الجزائرية السابقة لم يوجد ما يؤكد هذا السمو بخلاف هذه المادة التي كانت يتيمة حيث لم تعزز بآلية للرقابة على توافق القوانين مع المعاهدات.

وحسنا فعل المؤسس الدستوري الجزائري عندما منح المحكمة الدستورية ولاية الفصل في توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات (المادة 190 من التعديل الدستوري، 2020) وذلك من أجل تأكيد سمو المعاهدات في هرم معايير تدرج القاعدة القانونية على ما دونها.

خاتمة:

لم يؤدي المجلس الدستوري كهيئة سياسية الدور الذي كان منتظرا منه بشأن الرقابة على دستورية القوانين وهو ما عرضه لنقد اللاذع من قبل رجال القانون والسياسة، تركزت جلها حول تشكيلته وتضييق سلطات الإخطار وكذا عجزه عن حماية الدستور وهو ما جعله امتداد للسلطة التنفيذية.

لقد غير المؤسس الدستوري الجزائري الاتجاه وخالف كل التوقعات بدسترته للمحكمة الدستورية في التعديل دستوري 2020 والاعتماد على آلية الرقابة القضائية على دستورية

القوانين وبذلك يكون قد أنهى فترة تولي المجلس الدستوري رقابة الدستورية في الجزائر دامت31سنة.

لأول مرة في الجزائر يتم الاعتراف برقابة موافقة القوانين والتنظيمات للمعاهدات، ولكن ما يمكن ملاحظته إجمالا هو عدم توسيع وسائل الاتصال بالمحكمة الدستورية من خلال الإبقاء على آلية الإخطار المقدم من قبل السلطة العامة وأعضاء البرلمان، والإخطار عن طريق الدفع بعدم الدستورية وهي نفس الآليات التي كانت مستعملة أمام المجلس الدستوري.

على الرغم من الاتجاه صراحة إلى الرقابة القضائية بواسطة المحكمة الدستورية إلا أن التأثر بالرقابة السياسية مازال حاضرا،من خلال عدم الاعتراف صراحة لأعضاء المحكمة الدستورية بصفتهم كقضاة،إضافة إلى اعتبار الإخطار هو وسيله الاتصال بالمحكمة الدستورية رغم أنه يعد عنوانا للرقابة السياسية.

قائمة المراجع :

أولا :الكتب :

1/-أمين عاطف صليبا،2002،دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون،دراسة مقارنة،المؤسسة الحديثة للكتاب،طرابلس،لبنان.

2/-يحي الجمل،2008،القضاء الدستوري في مصر،دار النهضة العربية،مصر.

3/-محمد رفعت عبد الوهاب،2008،رقابة دستورية القوانين المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية،دار الجامعة الجديدة،مصر.

4/-محمد عبد الله الشوبكة،2012،رقابة الامتناع على دستورية القوانين دراسة مقارنة،دار الثقافة الأردن.

5/-مصطفى محمد عفيفي،(ب س)،رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية،مكتبة سعيد رأفت،القاهرة .

6/-سعيد بوشعير،2012،المجلس الدستوري الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر.

7/-سليمان الطماوي،1998،النظم السياسية والقانون الدستوري دراسة مقارنة،دار الفكر العربي ،مصر.

8/-سعاد بن سرية،2010،مركز رئيس الجمهورية في تعديل 2008،دار بلقيس،الجزائر.

9/-سليمة مسراتي،2012،نظام الرقابية على دستورية القوانين في الجزائر،دار همومه،الجزائر.

10-علي السيد الباز،1978،الرقابة على دستورية القوانين في مصر،دراسة مقارنة،دار الجامعات المصرية، الإسكندرية،مصر.

11/-عبد الحميد متولي،1993،القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية،منشأ المعارف،الإسكندرية،مصر.

12/-عصمت عبد الله الشيخ،2013،مدى استقلالية القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات،دار النهضة العربية، مصر.

ثانيا :الأطروحات ومذكرات الماجستير:

13/-الأمين شريط،1990،خصائص التطور الدستوري في الجزائر،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة قسنطينة،الجزائر.

14/-بن زاغو نزيهة،2008-2009،تقوية السلطة التنفيذية في دول المغرب العربي دراسة مقارنة،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،جامعة الجزائر.

15/-سالم جمال،2014 – 2015،القضاء الدستوري في الدول المغاربية،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علو في القانون العام، كلية الحقوق،جامعة الجزائر.

16/-جمام عزيز،(ب س)،عدم فعلية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،فرع تحولات الدولة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري تيزي وزو،الجزائر.

ثالثا :المقالات :

17/-عبد الرحمان بن الجيلالي،2017،انتفاء استقلالية المجلس الدستوري في ظل التعديل الدستوري الصادر عام 2016،مجلة دراسات وأبحاث،جامعة الجلفة،العدد 28،ص ص 132-149.

18/-عبد الحق بلفقيه،(ب س)،من ثقافة القانون إلى ثقافة الدستور:أي دو للقاضي الدستوري،مجموعة المؤلفين، المركز العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية،برلين ألمانيا،ص ص 404-416.

رابعا: المراجع القانونية:

19/-الدستوري الفرنسي لسنة 1958 المعدل والمتمم.

20/-الدستور الجزائري لسنة 1963.

21/-الدستور الجزائري لسنة 1996المعدل والمتمم.

22/-دستوري جنوب إفريقيا لسنة 1996 المعدل والمتمم.

23/-دستور المملكة المغربية 2011.

24/-الدستور التونسي لسنة 2014.

25/-التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2019.

26/-التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020.

خامسا:المراسيم الرئاسية .

27/-المرسوم الرئاسي رقم 19-132 مؤرخ في 10شعبان عا1440 الموافق لـ 16افريل سنة 2019 يتضمن إنهاء مهام رئيس المجلس الدستوري.

سادسا :أراء وتصريحات المجلس الدستوري :

28/-رأي المجلس الدستوري رقم 04/ ر.ق/ م. د/98 مؤرخ في 13يونيو1998 المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان (ج.ر.رقم 43 مؤرخة في 16 يونيو 1998). المجلس الدستوري،أراء وقرارات المجلس الدستوري (1989.2012)، الديوان الوطني للأشغال التربوية،الجزائر 2013.

29/-تصريح المجلس الدستوري المؤرخ في 27 رجب 1440 الموافق لـ 03 أفريل سنة 2019 يتعلق بالشغور النهائي لرئاسة الجمهورية ج.ر عدد 21 المؤرخة في 03 أفريل2019.

دور التدخل الإنساني كآلية امية لحماية حقوق الانسان

Humanitarian intervention and the human rights.

شرفاوي مصطفى (*)
جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر
CHARFAOUI277@GMAIL.com

غزلان فليج
جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر
Ghizlenfelidj@univ-tlmcen.dz

تاريخ الاستلام: 2021/04/30 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/09

****

ملخص:

تتضمن هذه الورقة البحثية الحديث عن التدخل الإنساني، والذي يعتبر واحد من بين الأفكار او الطرق التي لجأ إليها المجتمع الدولي خاصة في السنوات الأخيرة، من أجل اعتمادها كآلية لحماية حقوق الإنسان، حيث أصبح التدخل الإنساني أكثر استعمالا عقب الحرب الباردة نظرا للتغيرات التي عرفها النظام الدولي وقيام الأحادية القطبية، وتفشي ظاهرة النزاعات، ما دفع بالأمم المتحدة على اعتماد التدخل الإنساني خاصة من طرف مجلس الأمن، الذي اعتمده في العديد من النزاعات مثل النزاع في العراق، إلا ان هذه الاستثناء الوارد عبى مبدا عمد التدخل في الشؤون الداخلية للدول، بالرغم من انه جاء بهدف حماية حقوق الإنسان، إلا أن تغيير الأهداف المرجوة منه جعله يتغير من نعمة على مدني الدول المنتهكة فيها حقوق الإنسان على نقمة بسبب ظهور عدة صور للتدخل في الشؤون الداخلية للدول تحت مسمى التدخل الإنساني من أجل حماية حقوق الإنسان.

الكلمات المفتاحية : التدخل الإنساني، حقوق الأنسان، مبدأ عدم التدخل، حفظ السلم والأمن الدوليين.

Abstract:

This research paper includes talk about humanitarian intervention, which is the method that the international community has resorted to,

---

*المؤلف المرسل.

especially in recent years, in order to adopt it as a mechanism for the protection of human rights, as the humanitarian intervention became more used after the cold war due to the changes in the international system, and the spread of the phenomenon of conflict, which prompted the united nations to adopt humanitarian intervention, especially by the security council, which adopted it in many conflict such as the conflict in Iraq, but this exception to the principle non-interference in the internal affairs of countries, although it was aimed at protecting human rights, but changing the desired objectives made it increase the suffering of civilians in the countries in conflict, because of the emergence of several forms of interference in the internal affairs of countries under the name of humanitarian intervention in order to protect human rights.

key words:Humanitarian intervention,human rights,the principle non-interference, Maintaining international peace and security.

مقدّمة:

لم يكن يوم 02 سبتمبر1945 مجرد تاريخ عاشته البشرية وانقضى، وإنما كان تاريخ انقلبت على إثره كل الموازين، فقد كان لانتهاء الحرب العالمية الثانية أثر ه الكبير على القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الدولية، حيث كان من بين أهم النتائج المترتبة على انتهاء الحرب العالمية الثانية هو قيام المجتمع الدولي بإنشاء منظمة دولية تُعنى بالمحافظة على السلم والأمن الدوليين، تجنبا للوقوع في ويلات الحرب مجددا، وكان من ترتب عنه اهتمام أكثر بحقوق الإنسان، سواء من خلال ما أقره ميثاق الأمم المتحدة من أحكام، أو ما جاء به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي تصب كلها في مصب واحد وهو العمل على حماية حقوق الإنسان وبالتبعية حماية الفرد.

غير أن المجتمع الدولي رأى بأن حماية حقوق الإنسان وتبعا لها حماية الفرد لا تتأتى إلا إذا تم الاتفاق على إيجاد آليات تحقق ذلك، في ظل شعور المجتمع الدولي عقب الخسائر والمعاناة التي خلفتها الحرب العالمية الثانية بالمسؤولية الملقاة على عاتقه من أجل توفير الحماية اللازمة لحقوق الإنسان، خاصة وأن الواقع أثبت العلاقة الطردية القائمة بين المحافظة على السلام والأمن الدوليين وحقوق الإنسان، هذا ما أدى إلى ضرورة وجود آليات تعمل على تعزيز

هذه الحماية تحت أي ظرف، فكان التدخل الإنساني أحد هذه الآليات التي اعتبرت وسيلة يمكن من خلالها حماية حقوق الإنسان ومنه و بالتبعية حماية السلم والأمن الدوليين، خاصة وأن العالم عرف عدة تطورات وصراعات، أدت إلى ارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان وصلت إلى درجة تكييفها على أنها جرائم ضد ألإنسانية وجرائم ابادة جماعية وبناء على هذا التصاعد الخطير في الأحداث والصراعات دفع ذلك إلى ضرورة إعمال آلية التدخل ألإنساني سعيا إلى ايجاد حماية افضل ، ونظرا للأهمية التي يحتويها هذا الموضوع كونه أحد أهم مواضيع شغلا للرأي العام بسبب ارتباطه بأهم وأخطر موضوع والمتمثل في حماية حقوق ألإنسان فإن الهدف من هذا الموضوع هو العمل على تبيان حقيقة التدخل الإنساني خاصة في ظل التنامي الكبير للماسي الإنسانية لذا فإن الإشكالية التي يمكننا أن نطرحها في هذا الباب تتمثل في:

هل حقق التدخل الإنساني الغاية المرجوة منه كآلية من اليات الامم المتحدة في حماية حقوق الإنسان؟

للإجابة على هذه الإشكالية انتهجنا المنهج الوصفي سعيا منها إلى إبراز وتوضيح مسألة التدخل الإنساني هذا من جهة، كما اعتمدنا المنهج التحليلي من أجل عرض عناصر الموضوع وتحليلها من جهة ثانية.

وعليه فمن أجل دراسة هذه الموضوع وتحليله، ارتأينا اعتماد الخطة التالية بهدف تقديم ورقتنا البحثية من خلال تقسيم الموضوع إلى محورين عالجنا في المبحث الأول: التدخل الإنساني في القانون الدولي، موضحين ذلك في نقطتين اثنين هما موقف الفقه من التدخل الإنساني، (المطلب الأول)، مبدأ التدخل الإنساني (المطلب الثاني)، في حين عالجنا في المبحث الثاني صور التدخل الإنساني، ومدى نجاعته في حماية حقوق الإنسان، موضحين ذلك في نقطتين اثنتين تمثلتا في صور التدخل الإنساني(أولا)، ومدى نجاعة هذا الأخير في حماية حقوق الإنسان.

المبحث الأول: التدخل الإنساني في القانون الدولي.

يعتبر التدخل الإنساني السمة التي أصبحت تميز العلاقات القائمة بين الدول، وذلك بسبب كثرة النزاعات والصرعات التي تنعكس بالدرجة الأولى على حقوق الإنسان، ومدى تمتع الأفراد في مختلف الظروف بهذه الأخيرة، مما أدى بالمجتمع الدولي إلى اللجوء إلى فكرة التدخل الإنساني، من أجل العمل على المحافظة على ما يمكن من حق هؤلاء الأفراد في التمتع بالحقوق المكفولة لهم بحكم القانون، في هذا الإطار سوف نحاول التطرق إلى معنى التدخل الإنساني،

معرجين بعد ذلك على مشروعة التدخل الإنساني المُنْتَهَجْ كوسيلة لحماية حقوق الإنسان، وهذا ما يظهر من خلال ما يلي:

المطلب الأول: موقف الفقه من التدخل الإنساني.

نظرا إلى الحساسية التي يتسم بها موضوع التدخل الإنساني من أجل حماية حقوق الإنسان، فقد اختلفت آراء فقهاء القانون الدولي بشأن مسألة حماية حقوق الإنسان وفكرة التدخل الإنساني كوسيلة معتمدة لذلك، خاصة أن فكرة التدخل الإنساني كثير من يعتقد بأنها تمس مبدا التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وعلى هذا الأساس عرف موضوع التدخل الإنساني تضارب في الآراء بين مؤيد له ومعارض وهذا ما سوف نحاول التطرق إليه من خلال ما يلي:

الفرع الأول: الاتجاه الرافض لفكرة التدخل الإنساني.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأخذ بفكرة التدخل الإنساني من أجل حماية حقوق الإنسان يعتبر وسيلة لضرب والمساس بمبدأ التدخل في الشؤون الداخلية للدول، ومن بين فقهاء القانون الدولي الذين دافعوا عن هذا الرأي ، نجد الفقيه **شارل زورغبيب**، حيث أشار في كتابه الحرب الأهلية أن تدخل أي طرف في الحرب الأهلية حتى وإن كان إلى جانب الحكومة الشرعية، يعتبر بمثابة تدخل في الشؤون الداخلية للدولة، ذلك أن المجموعة الوطنية هي من لها حق تقرير مستقبلها بنفسها دون أي ضغط أو تدخل من طرف أي كان وبأي شكل كان،

وأكد الفقيه **كارلوس وييس** أن كل تدخل في الحرب الأهلية يشكل انتهاكا لحق الشعوب في تسوية قضاياها بنفسها، وفي الاستقلال التام، في حين يرى الفقيه **شتروب** أن التدخل يعني قيام دولة بالتعرض للشؤون الداخلية أو الخارجية لدولة أخرى دون سند قانوني، وذلك من أجل إلزام هذه الدولة باتباع ما تمليه عليها من شؤونها الخاصة، وقد أشار الأستاذ **شومون** أن الاعتراف للحكومات بالحصول على مساعدات عسكرية خارجية أمر لا يتفق ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول (صغير، 2018، صفحة 228).

وقد اقام فقهاء هذا الاتجاه رأيهم على أساس ان الحكومة التي تطلب تلجأ للدول المجاورة من اجل التدخل في شؤونها الخاصة لتسوية امورها الداخلية أو يتم التدخل ضده لحماية رعاياها من اضطهاد هذه الأخيرة، هي دولة تؤكد على عدم وجودها، وهذا ما يؤثر على حقها في فرض سيادتها على شعبها.

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة التدخل الإنساني من أجل حماية حقوق الإنسان.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه من الممكن إعمال فكرة التدخل الإنساني من أجل حماية حقوق الإنسان، والذي يعتبر استثناء عن أصل قاعدة عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول، ذلك أن الهدف من وراء التدخل الإنساني هو العمل على حماية حقوق رعايا الدولة المُتَدَخَلِ عليها، لأن الاعتبارات الإنسانية أولى وأسمى من مبدأ عدم التدخل

وقد اعتبر فقهاء القانون الدولي المدافعين عن هذا الاتجاه أن التدخل بهدف حماية حقوق الإنسان المنتهكة لمواطني دولة ما يعتبر بمثابة واجب عام يقع على عاتق جميع الدول، وهذا كله من اجل التضامن مع الطرف المتضرر لمنع الاخلال بقواعد القانون الدولي من جهة، والسهر على احترام حياة الافراد وحماية حريتهم تحت أي ظرف مهما كانت جنسيتهم، دينهم أو اصلهم من جهة أخرى

ذلك ان أنصار هذا الاتجاه يرون ان حقوق الإنسان لها صبغة دولية مما يجعلها تندرج ضمن اختصاص الأمم المتحدة، وهذا ما دفع الفقيه **فردروس** إلى القول بأن للأمم المتحدة ان تتدخل في مسألة ما بواسطة ما يصدر عنها من قرارات متى كان الأمر متعلقا من حيث المبدأ بالقانون الدولي العام، ولا يهم في ذلك إذا كانت المسألة المتدخل فيها منظمة بموجب قواعد قانونية دولية أو داخلية، خاصة وأن مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحسب فقهاء هذا الاتجاه غالبا ما يقف أمام تدخل الأمم المتحدة في أداء عملها من اجل حماية حقوق الإنسان، مدعمين رأيهم بأن المصلحة الإنسانية هي مصلحة يحكمها القانون الدولي الذي هو اسمى من القانون الداخلي، وهذا ما يفرض على الدول وجوب احترامه

والالتزام به في كل الظروف (الدقاق، 1990، صفحة 207)، وبالتالي فان الشعب الذي انتهكت حقوقه من طرف حكومته يعطي الحق إلى أي دولة في التدخل باسم المجتمع الدولي حماية لحقوق هذا لأخير.

بينما يرى اخرون أن هذا التدخل الإنساني إذا ما تم وفقا لما يقره القانون الدولي من التزامات وقواعد قانونية فهو تدخل مشروع، خاصة وأن ميثاق الأمم المتحدة قد اقر بأن حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية تدخل في إطار الالتزامات الدولية التي تقع على عاتق الدول، بهدف خلق نوع من الاستقرار والتسوية في الحقوق بين جميع الشعوب (ميثاق الامم المتحدة المادة 55، 1945).

ولقد اقر أنصار هذا الاتجاه أن تأييدهم لفكرة التدخل الإنساني من اجل حماية حقوق الإنسان يندرج ضمن الاستثناء الواردة عن قاعدة عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول، معتمدين في دفاعهم عن رأيهم على جملة من الحجج والتي تمثلت فيما يلي:

- اعتبار المجتمع الدولي حماية حقوق الإنسان من أهم الأهداف التي جاء بها ميثاق الأمم المتحدة؛
- لم يرد في ميثاق الأمم المتحدة ما يدين فكرة التدخل الإنساني؛
- القول بأن التدخل الإنساني أمر تفرضه الاعتبارات الأخلاقية التي تسمو على غيرها من الاعتبارات حتى القانونية منها (قادري، 2003، صفحة 112)؛
- إن استعمال التدخل الإنساني قد يكون وسيلة لردع الدول المنتهكة لحقوق الإنسان، مما يحملها على وقف أعمال اقمع التي تمارسها ضد مواطنيها.

المطلب الثاني: مبدأ التدخل الإنساني.

يعتبر مبدأ التدخل الإنساني استثناء ولرد عن قاعدة عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وقد تم اللجوء إلى هذه الفكرة سعيا لحماية الأفراد من الانتهاكات المختلفة التي تطال حقوق الإنسان التي توفر لهم حياة كريمة، وفي سبيل الحديث عن التدخل الإنساني، فسوف نحاول التطرق في هذه الورقة البحثية لهذ الموضوع من خلال توضيح ما يلي:

الفرع الأول: تعريف التدخل الإنساني.

لقد اختلف الفقهاء حول إعطاء تعريف موحد للتدخل، وذلك بسبب التضارب الذل يعرفه هذا المصطلح بين مفهوم السيادة ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وبالتالي سوف نحاول تعريف التدخل من خلال ما يأتي:

أولا: تعريف التدخل الإنساني لغة.

في محاولة لتعريف التدخل لغةً، فيمكن أن التدخل لغة هو مصطلح يأتي من الفعل تَدَخَلَ، ويقال تَدَخَلَ في الأمور بمعنى أَدْخَلَ نفسه فيها (المنجد، 1973، صفحة 208)، ويقال أيضا دخل (قليلا قليلا) أي التدرج بكل وعي وإرادة، وتدخل في الخصومة، بمعنى الدخول في دعواها، من تلقاء نفسه، وذلك من أجل الدفاع عن مصلحة له فيها دون أن يكون طرفا منم أطراف النزاع (الوسيط، 2004، صفحة 45).

ثانيا: التعريف الفقهي التدخل الإنساني.

لقد عرف تعريف مصطلح التدخل اصطلاحا خلافا فقهيا بين فقهاء القانون الدولي، حيث تباينت تعاريف الفقهاء للتدخل الإنساني، فهناك من عرفه تعريفا ضيقا، في حين بالمقابل هناك من عرفه تعريفا واسعا وهذا الاختلاف كله راجع إلى خطورة فعل التدخل الذي يتعارض أو يصطدم بسيادة الدول، بحيث أسبح بمثابة العائق الذي يقف أمام الدول في ممارستها لسيادتها، هذا ما جعله مفهوم يتنافى مع سيادة الدول، مما أثر على مكانة التدخل في القانون الدولي، حيث انعكس ذلك على موقف الفقه الدولي في محاولة إلى إيجاد تعريف لمصطلح التدخل الإنساني، بين متخوف من فكرة التدخل وبين مرتاح لمصطلح التدخل، وعليه سوف نحاول تبين مفقوم التدخل الإنساني من خلال ما يلي:

1/-الاتجاه الضيق.

يرى جانب من الفقه الدولي، ان التدخل الإنساني يقتصر على استعمال القوة المسلحة في تنفيذه، حيث ذهب هذا الرأي على تعريف التدخل الإنساني بمفهوم ضيق نظرا للخطورة التي يتسم بها هذا الأخير، ومن بين فقهاء القانون الدولي الذين ادلو بدلوهم في هذا الموضوع، الأستاذ **اوبنهايم** والذي عرف التدخل الإنساني بأنه: " التدخل الإنساني هو التدخل الذي تستعمل فيه القوة باسم الإنسانية، لوقف اضطهاد الدولة لرعاياها، وارتكابها لأعمال وحشية والقاسية ضدهم، مما يبرر هذا التدخل قانونا"

في حين يعرفه الأستاذ **فارر توم** بأن: " التدخل الإنساني هو استعمال القوة او التهديد بها من قبل دولة ضد دولة أخرى لإنهاء المعاملة السيئة التي تقوم بها الدولة ضد مواطنيها"، في حين ذهب باتجاه اخر الى القول بان التدخل الإنساني هو مصطلح يطلق على كل استعمال للقوة من جانب احدى الدول ضد دولة أخرى لحماية رعايا هذه الأخيرة من مما يتعرضون له من موت او أخطار جسيمة، كما يمكن ان يستهدف فعل التدخل الإنساني حماية رعايا الدولة التي تقوم بترحيلهم من الدولة التي يتعرضون على اقليمها لخطر الموت، كما عرفه بعضهم بأنه:" العمل المسلح الذي تلجأ إليه الدولة ضد دولة أخرى من أجل العمل على إيقاف انتهاكات القانين الإنسانية ضد رعايا الدولة الأولى لاعتبارات إنسانية" (القريشي، 2018، الصفحات 99-100).

وقد تعددت المفاهيم المختلفة لفكرة التدخل ومنها المفهوم الذي يرى بأنه: " تدخل الأمم المتحدة لفرض حالة معينة أو حماية اقلية تتعرض للاضطهاد، وانتهاك لحقو ق الإنسان في الدولة " (الفتلاوي، 2011، صفحة 193).

أما الفقيه **دافيد شيفر** فقد عرفه بأنه تلك الأمثلة التي تستخدم فيها الدولة بطريقة منفردة القوة العسكرية للتدخل في دولة أخرى بغرض حماية جماعات من السكان الأصليين مما يهدد حياتهم أو الانتهاكات الأخرى التي تهدد حقوقهم الإنسانية والتي ترتكبها الحكومة المحلية أو تشترك فيها (العربي، 2013-2014، صفحة 36)، في حين عرفه الأستاذ المجذوب بأنه: "عمل غير مشروع لا يستند إلى مسوغ قانوني، ويشكل تعديا على حق الدولة في الحرية والاستقلال

وعادة ما يكون الغرض منه غالبا رغبة دولة قوية ذات أطماع في إملاء سياسية معين أو طلب أمر معين من دولة أضعف منها، وذلك بحجة الدفاع عن حقوقها أو حماية رعاياها أو صيانة ديونها، أو رفع الاضطهاد عن الأقليات أن مناصرة الحكومة الشرعية في معاركها ضد الثوار، أو منع تدخل دولة أخرى في شؤون هذه الدولة" (المجذوب، 2003، صفحة 214).

من هذه التعاريف يتضح أن أصحاب الرأي القائل بالتعريف الضيق للتدخل الإنساني، قد أقاموا تعريفاتهم على فكرة مساس هذا الاخير بسيادة الدول واستقرارها واستقلاليتها، وعلى حد قول بعض فقهاء هذا الاتجاه فإن هذا التدخل هو عبارة عن ذريعة تم خلقها حتى تتمكن الدول المتدخلة من اشباع مصالحها.

1/-التعريف الواسع للتدخل الإنساني.

بناء على التخوف الذي كان يميل أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار التدخل الإنساني مرادفا لكل السلوكيات التي تقوم بها الدولة في إطار العلاقات الخارجية، ويعرفه بأنه استخدام الوسائل القسرية من قبل دولة أو مجموعة من الدول، أو حتى منظمات دولية أو إقليمية على أن يكون هدفها أو أحد أهم أهدافها هو وقف انتهاكات حقوق الإنسان المرتكبة من قبل الحكومة الشرعية ضد مواطنيها أو منع أو تخفيف هذه الممارسات.

كما حاول فقهاء القانون الدولي إعطاء تعريفات للتدخل الإنساني حيث عرفه **سان ميرفي** بأنه: " التهديد باستخدام القوة أو الاستخدام الفعلي لها، بواسطة دولة أو مجموعة من الدول أو منظمة دولية بصفة أساسية بغرض حماية مواطني الدولة المستهدفة من الحرمان الواسع لحقوق الانسان المعروفة دوليا".

في حين عرفه البعض الاخر بأنه: " اللجوء إلى القوة من أجل تحقيق غرض عادل يتعلق بحماية سكان دولة أخرى من معاملة تتسم بالاستبداد والانتهاكات المتعددة، والتي تتجاوز حدود السيادة لسلطات هذه الدولة والتي من المفترض أن تتسق مع اعتبارات المنطق والعدالة"

بالموازاة مع ذلك فقد عرفه **معهد دانش للشؤون الدولية** بأنه: "هو العمل القسري بواسطة الدول متضمنا استخدام القوة المسلحة في دولة أخرى بدون موافقة حكومتها سواء كان ذلك بتفويض أو بدون تفويض من مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة وذلك بغرض منع أو وضع حد للانتهاكات الجسيمة والشاملة لحقوق الانسان أو للقانون الدولي الإنساني" (موسى و احمد، 2020).

أما الفقيه (اوليفر فيري) فقال أن التدخل الإنساني يحمل معنى أوسع، وعرفه بأنه:" هو جملة من التدابير والإجراءات، التي من بين أهمها تنظيم الحملات الصحفية، توقيع الجزاءات الاقتصادية، فرض القيود على بيع الأسلحة، اللجوء إلى تدابير القمع التي يتخذها مجلس الأمن".

أما الأستاذ **بطرس بطرس غالي** فقد عرف التدخل الإنساني بأنه:" أن تتعرض دولة للشؤون الداخلية أو الخارجية لدولة أخرى ضغطا عليها كي تلتزم باتباع سياسة معينة، أو كي تمتنع عن سياسة معينة، ويبدو هذا التدخل في صور متعددة: من أبرزها التدخل الدبلوماسي، والعسكري، والمستتر، والاقتصادي" (غالي، 1967، الصفحات 9-10).

وبناء على هذه التعاريف يمكن القول أن التدخل الإنساني يقوم على ثلاث عناصر تتمثل في ضرورة وجود تهديد باستخدام القوة أو الاستخدام الفعلي لها، وجود انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، إضافة إلى أنها أفعال تتعلق بإرادة الدولة المتدخل ضدها بهدف كف ووضع حد لتصرفاتها ضد مواطنيها.

الفرع الثاني: مبررات التدخل الإنساني.

من خلال تعريفات التدخل الإنساني وموقف الفقه من هذا الأخير، تبين أن التدخل القانون لا يتم ولا يلقى قبولا وتأييدا إلا إذا كانت هناك أسباب ودوافع للجوء إليه، وبناء على التعاريف التدخل الإنساني، يمكن القول أن السبب الكامن وراء التدخل الإنساني يتمثل في المبررات التالية:

أولا: التدخل الإنساني وحماية الأقليات.

إن أول وسيلة عرفها المجتمع الدولي في مجال الرقابة على حقوق الإنسان، هي فكرة التدخل الإنساني الذي كان يعمل على حماية الأقليات الدينية غالبا، ويطلق مصطلح الأقليات على مجموعة من البشر تعيش في بلد ما حيث لا يشكل عددها غلا نسبة قليلة مقارنة بسكان ذلك البلد، على أن تتميز تلك المجموعة بشعورها مجتمعة بخصائص لغوية، أو ثقافية، أو دينية مختلف عن خصائص سائر سكان البلد، وفي سبيل حماية الأقليات بكل أنواعها، حماية

لها من الاضطهاد والمعاملة اللاإنسانية سمح القانون الدولي التقليدي بجواز التدخل الإنساني من جانب دولة أو عدة دول في الشؤون الداخلية لدولة أخرى

وقد عرف التدخل الإنساني لحماية الأقليات انتشارا واسعا منها تدخل الدول العظمى المتمثلة في فرنسا وبريطانيا في مواجهة الدولة العثمانية بسبب ما عرفه الشعب اليوناني من تعرضه للاضطهاد الديني، وفي ذلك فقد شجع العديد من فقهاء القانون الدولي، والذي اعتبروه ضرورة للمحافظة على النظام العام الدولي والمصلحة العامة للإنسانية (العشاوي، 2006، صفحة 193).

وبناء على هذا بدأ الأخذ بفكرة التدخل الإنساني، والقبول بتراجع النظام الداخلي للدول مراعاة لمتطلبات الإنسانية المحافظة على السلم والامن الدوليين (قادري، 2003، صفحة 102).

ثانيا: التدخل الإنساني ومسألة رعاية حقوق الإنسان.

لقد زاد اهتمام المجتمع الدولي بحقوق الإنسان تحديدا بعد الويلات التي عرفتها البشرية عقب الحرب العالمية الثانية، غير أن هذا الاهتمام غالبا ما كان يتعارض مع فكرة سيادة الدول، وأن فكرة حقوق الإنسان متعلقة بحقوق وحريات هذا الأخير، والتي كانت ولفترة طويلة ضمن الشؤون الداخلية للدول، غير أن صدور ميثاق الأمم المتحدة وبعده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أكد على مكانة حقوق الإنسان وبالتالي عالميتها، وهذا ما جعل المساس بهذه الحقوق أو انتهاكها يجعل المجتمع الدولي مسؤولا عن هذا الانتهاك، ما يمنح الضوء الأخضر لمختلف الدول من أجل اعتماد التدخل الإنساني كوسيلة لحماية هذه الحقوق وبالتالي الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وفي هذا أصدرت اللجنة الدولية للصليب الأحمر عددا من المبررات التي دفعت بالمجتمع الدولي على إعمال فكرة التدخل الإنساني، والتي نذكر منها،

- الخسائر الكبيرة والفادحة في الأرواح التي شهدتها البشرية والتي ستشهدها في حالة في انتهاك لحقوق الإنسان؛
- تطهير عرقي على نطاق واسع، واقع او يخشى وقوعه، سواء بالقتل أو الابعاد؛
- ممارسة أفعال تدخل في إطار الإبادة الجماعية؛
- ارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية تشكل انتهاكا لقانون الحرب او القانون الدولي الإنساني (هلتامي، 2008-2009، صفحة 89).

المبحث الثاني: مشروعية التدخل الإنساني ومدى نجاعته.

لقد سبق وأشرنا أن العديد من فقهاء القانون الدولي رأوا بأن التدخل الإنساني هو عبارة عن آلية للتدخل في الشؤون الداخلية للدول، وهذا ما يجعله تصرف مخالف للقواعد القانون الدولي، على النقيض من ذلك فقد أكد الفريق المؤيد أن التدخل الإنساني ما هو إلا ألية من الآليات التي اعتمدها القانون الدولي من اجل حماية حقوق الإنسان وحفظ السلم والأمن الدوليين، وفي سبيل ذلك فقد حاولت المواثيق الدولية تبين مشروعية التدخل الإنساني (المطلب الأول)، ما يظهر بالتبعية مدى نجاعة التدخل الدولي في حماية حقوق الإنسان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مشروعية التدخل الإنساني

حاول المجتمع الدولي تبين مشروعة التدخل الإنساني من عدمه، وذلك من خلال إيضاح مركز التدخل الإنساني في المواثيق الدولية وأعمال المنظمات الدولية وهذا ما يظهر من خلال ما يلي:

الفرع الأول: التدخل الإنساني وميثاق الأمم المتحدة.

لقد جاء ميثاق الأمم المتحدة عقب الخسائر البشرية التي شهدتها الحرب العالمية الثانية بهدف حماية النص على ما من شأنه ان يؤدي إلى حماية حقوق الإنسان، إذ جاء في محتوى ديباجة ميثاق الأمم المتحدة، أن شعوب الأمم المتحدة قد أيقنوا بضرورة أن ينقذوا الأجيال المقبلة من ويلات الحرب، وأنهم أمنوا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة هذا الأخير، وبحق تمتع الجميع بحقوق متساوية، وعلى اعتبار أن حقوق الإنسان المتساوية التي نادى بها ميثاق الأمم المتحدة، هي حقوق تلامس الإنسان والمجتمع وهذا ما أدى بالميثاق إلى منع الدول بالإقدام على ما من شأنه أن يمس بهذه الحقوق، التي أصبحت محمية بموجب أحكام القانون الدولي (ميثاق الامم المتحدة المادة 39، 1945).

وتدعيما لما نصت عليه ديباجة ميثاق الأمم المتحدة، فقد نصت المادة الأولى منه إلى ضرورة التعاون الدولي للعمل على حل المسائل ذات الصبغة الاجتماعية، والإنسانية وغيرها تعزيزا لاحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية (ميثاق الامم المتحدة المادة 40،41،42، 1945).

وفي سبيل خدمة حقوق الإنسان وبالتالي الحفاظ على السلم والأمن الدوليين فقد أقر ميثاق الأمم المتحدة بأن قبول عضوية الدول في منظمة الأمم المتحدة يكون مباحا لجميع الدول المحبة

للسلام، والتي تكون أهلا للالتزام بما تضمنه هذا الميثاق من أحكام وقواعد قانونية (ميثاق الامم المتحدة المادة 04، 1945).

وخدمة للكل ما من شأنه أن يخدم مصلحة البشرية ومن بينها مسألة حقوق الإنسان فقد أشارت المادة 19 من الميثاق إلى أهلية الجمعية العامة للأمم المتحدة في مناقشة أي مسألة تدخل في نطاق ميثاق الأمم المتحدة، وهذا من أجل المحافظة على سيرورة المنظمة وخدمة الصالح العام خاصة حماية حقوق الإنسان من خلال المحافظة على السلم والأمن الدوليين (ميثاق الامم المتحدة المادة 39، 1945).

إلى جانب ذلك منح ميثاق الأمم المتحدة لأقوى جهاز في منظمة الأمم المتحدة والمتمثل في مجلس الأمن وفي إطار ما جاء به الفصل السابع من الميثاق، سلطة مجلس الأمن في اتخاذ ما يراه ضروريا من تدابير مؤقتة وإجراءات التي لا تستدعي استعمال القوات المسلحة، حماية منه لمقاصد وأهداف ميثاق الأمم المتحدة والمتمثلة في حفظ السلم والأمن الدوليين الذي لا يتأتى إلا من خلال المحافظة على حقوق الإنسان وحمايتها من الانتهاكات المتخلفة، حيث أنه ولمجلس الأمن متى رأى أن تصرف ما صادر من أي دولة يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، أن يقرر تطبيق العقوبات التي لها أن تحمل الدولة المنتهكة على التوقف عن مواصلة انتهاكاتها (ميثاق الامم المتحدة المادة 39، 1945) ،سواء بتوقيع التدابير العقابية، أو تدابير المنع أو القمع (ميثاق الامم المتحدة المادة 40،41،42، 1945)[1].

وعلى اعتبار أن ارتكاب الكثير من الجرائم صار يهدد السلم والأمن الدوليين فقد دفع هذا مجلس الأمن إلى التدخل في عدة مناسبات حفاظا على السلم والأمن الدوليين، ومن ذلك قرار مجلس الأمن رقم 688 لسنة الخاص بالعراق الذي تبناه مجلس الأمن من أجل إدانة العراق بشأن أعمال القمع التي يتعرض لها السكان المدنيين في شمال العراق، وهذا ما جعلها حالة تهدد السلم والأمن الدوليين، كذلك قرار مجلس الأمن 1970 و1973 الخاص بليبيا والصادر سنة 2011، والذي تبناه مجلس الأمن عقب الاضطرابات التي بدأت في ليبيا والتي انجر عنها انتهاكات ضد المدنيين باستعمال الأسلحة الثقيلة، مما دفع مجلس الأمن للتحرك خاصة مع الاستنكار الدولي للأفعال المرتكبة في حق المدنيين حيث تضمن القرار رقم 1970:

- إدانة انتهاكات حقوق الإنسان وأعمال القمع التي عرفتها ليبيا، مع مطالبة السلطات الليبية بالتوقف فورا عن ذلك؛
- إحالة الوضع إلى المحكمة الجنائية الدولية؛

- حظر توريد الأسلحة ومنع سفر بعض رموز النظام الليبي.

وبعد ذلك جاء القرار رقم 1973 الذي أكد على التدخل الإنساني في ليبيا، بإقرار منظفة حظر جوي حيث عرفت تدخلا إنسانيا من طرف كل من فرنسيا، بريطانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، ليلتحق بعد ذلك الحلف الأطلسي بالعمليات الممارسة بناء على قرار مجلس الأمن بهدف حماية المدنيين (عيسى، صفحة 06،08).

الفرع الثاني: التدخل الإنساني والأمم المتحدة.

تعتبر الأمم المتحدة وبجميع أجهزتها الألية التي تعنى بكل ما له علاقة بحقوق الإنسان وبالانتهاكات التي تطال هذه الأخيرة، ولقد اهتمت الأمم المتحدة بحقوق الإنسان، والتي حرفت اختلافا خلال مرحلتين اثنتين مارست فيهما الأمم المتحدة التدخل الإنساني بحسب الظروف التي كانت سائدة خلال كل فترة، وبذا تتمثل هاتين المرحلتين فيما يلي:

أولا، المرحلة التمهيدية.

قامت الأمم المتحدة ومنذ تأسيسها بجهود حثيثة من أجل تحقيق مقاصدها التي أنشئت من أجلها، ولم تكن نظرتها إلى فكرة التدخل الإنساني على وتيرة واحدة، خاصة وأنه وعقب انتهاء الحرب الباردة وسقوط النظام السوفياتي، عرفت السياسة الدولية منحى جديد، حيث أصبح العالم يعيش ما يعرف بالأحادية القطبية، وزاد الاهتمام بحقوق الإنسان والديمقراطية والعمل على محاربة ومكافحة الإرهاب خاصة بعد أحداث 11 من سبتمبر التي شهدتها الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أصبحت الدول القوية تعمل على محاربة ما يعرف بالإرهاب، وخاصة أمريكا أين تم اعتماد هذا الموضوع من أجل التدخل في الشؤون الداخلية للدول، حتى وإن كان ذلك دون موافقة من الأمم المتحدة (الشكرجي، 2007، صفحة 47)، والتي أعطت اهتماما أكبر لموضوع حقوق الإنسان والحريات الأساسية في نهاية الحرب الباردة وبداية التسعينات

وقد برز ذلك في الكلمة التي القاها الأمين العام الأممي السيد **بطرس بطرس غالي** في المؤتمر العالمي حول حقوق الإنسان المنعقد في فيينا سنة 1993، حيث قال: " إن المجتمع الدولي يوكل إلى الدولة مهمة تأكيد حماية الأفراد ولكنه حال خرق هذه الدول للمبادئ الأساسية التي وضعها الميثاق، فإن ذلك يوجب على المجتمع الدولي ان يحل محل الدولة حال فشل الأخيرة في التزاماتها" (www.ohchr.org، 1993).

يتضح من الكلمة التي ادلى بها الأمين العام الأممي الأسبق **بطرس بطرس غالي** الأمم المتحدة كانت تقر بضرورة التدخل الإنساني في الحالات التي تعرف فيها الدول عجزا في إدارة شؤونها الداخلية، حيث كان تدخل الأمم المتحدة خلال هذه الفترة في شكل يقتصر على اصدار

القرارات والتوصيات دون التدخل في شؤون الدول، وذلك إعمالا للقواعد والنصوص القانونية التي يتضمنها القانون الدولي لحقوق الإنسان، حيث كانت الأمم المتحدة حينها تتمسك بموافقة الدولة المعنية حتى تخطو خطوتها نحو التدخل الإنساني، حيث تم التأكيد على ذلك في قرار الجمعية العامة رقم 103، الذي نص على أنه" واجب في الامتناع عن استغلال شؤون قضايا حقوق الإنسان كوسيلة للتدخل في الشؤون الداخلية للدول أو لممارسة الضغط على دول أخرى او خلق عدم الثقة والفوضى خارج الدول " (الامم المتحدة ،الجمعية العامة ،القرار رقم 103 المتعلق بعدم جواز التدخل بجمع انواعه في الشؤون الداخلية، 1981)، ما يعني ان الأمم المتحدة خلال هذه الفترة لم تكن تلجأ كثيرا إلى التدخل الإنساني من اجل معالجة القضايا المطروحة امامها ولا تلجأ أيضا إلا بعد حصوله على موافقة الدولة محل التدخل.

ثانيا:مرحلة مابعد1990.في محتوى حديثه إثر المقابلة التي أجراها مع قناة العربية بتاريخ 26-09-2004، قال الأمين العام الأممي السابق **بطرس بطرس غالي**: "قبل نهاية الحرب الباردة كلن من الصعب للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون الداخلية للدول، لأن دولا اختارت النظام الديمقراطي الغربي، ودولا اختارت النظام الشيوعي، وعندما انتهت الحرب الباردة وأصبح النظام السائد في مختلف أنحاء العالم هو الديمقراطي، حينئذ استطعنا أن نربط بين حقوق الإنسان والديمقراطية، على أساس أن حكومة غير ديمقراطية لا تستطيع أن تدافع عن حقوق الإنسان، وبالتالي انفتحت الى حد ما إمكانية تدخل المنظمات الإقليمية الى جانب الأمم المتحدة لكي تطلب الى جانب الدفاع على حقوق الإنسان، الدفاع عن النظام الديمقراطي، على أساس أن النظام الديمقراطي هو الوحيد الذي يستطيع أن يحمي حقوق الإنسان" (صبحي، 2016).

وبهذا فقد شهد العالم بعد الحرب الباردة وقيام الأحادية القطيبة ممارسة العديد من التدخلات الإنسانية التي نذكر منها اصدار مجلس الأمن للقرار رقم 713 (الامم المتحدة ،مجلس الامن القرار رقم 713 المتعلق بالشان في يوغسلافيا ، 1991)،الذي أعرب فيه المجلس عن قلقه إزاء الوضع في يوغسلافيا، بسبب الخسائر الفادحة في الأرواح وكذا الأضرار المادية جراء النزاع الذي شهدته المنطقة، حيث قال مجلس الأمن أن استمرار الوضع على حاله سوف يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، معبرا عن مسؤوليته الرئيسية بموجب ميثاق الأمم المتحدة المتمثلة في حفظ وصون السلم والأمن الدوليين.

حيث قرر مجلس الأمن في البند السادس من القرار أن تلتزم جميع الدول على الفور وفي سبيل حفظ السلم والأمن الدوليين، بحظر تسليم أية أسلحة أو معدات عسكرية إلى

يوغسلافيا، إلى أن يقرر مجلس الأمن رفع الحظر، مصدرا بعد ذلك قرار رقم 752 الذي طالب فيه مجلس الأمن بالوقف الفوري لجميع أشكال التدخل من خارج البوسنة والهرسك، بما فيها وحدات الجيش اليوغسلافي مع وجوب سحب وحداته، مؤكدا على وجوب تقديم المساعدات الإنسانية والمالية، ونظرا لخطورة الوضع وعدم الأمن واللاإستقرار أصدر مجلس الأمن قراره رقم 757 الذي أقر ووفقا لأحكام الفصل السابع بوجوب الحظر الشامل على جمهورية يوغسلافيا، حيث قرار بأن يمتنع عن الدول ما يلي: -منع استيراد أي سلعة أو منتجات منشؤها يوغسلافيا؛

-الامتناع عن توفير أي أموال أو موارد مالية أو اقتصادية للسلطات اليوغسلافية؛

-عدم السماح بإقلاع أو هبوط أي طائرة يوغسلافية من أو بإقليمها إلا أذا كانت لأغراض إنسانية (صبحي، 2016).

المطلب الثاني: نجاعة التدخل الإنساني كآلية لحماية حقوق الإنسان

سبق وأشرنا ان التدخل الإنساني هو فكرة تتنافى مع العديد من المبادئ التي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة، والتي أصبحت تمثل الأسس والقواعد التي يقوم عليها المجتمع الدولي، والمتمثلة في مبدا السيادة، مبدا حظر استخدام القوة او التهديد بها، إلا أن الصراعات والنزاعات التي شهدها العالم والتي تجاوزت اثارها دول النزاع على دول أخرى، أدى إلى ظهور تبني المجتمع الدولي مفهوم جديد وواسع للسلم والأمن الدوليين، مما دفع بالدول على العمل على تكثيف تعاونها في مختلف المجلات مع التنازل المتبادل عن جزء سيادتها حتى تتعاون معا لمواجهة التحديات الجديدة التي يعرفها العالم، غير أن القول بشرعية التدخل الإنساني كآلية لحماية حقوق الإنسان يعتبر أمرا معقدا لأنه يفتح المجال أمام الدول للتدخل في شؤون غيرها من الدول الأضعف منها، بحجة العمل على حملها على الالتزام بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

وقدكان للأحداث التي شهدتها الحرب الباردة الدور الكبير في تدخل القوى الكبرى في النزاعات الداخلية لمختلف الدول، بهدف المحافظة على مكانتها واستقرارها الدولي من جهة، والسعي إلى المحافظة على مصالحا من جهة أخرى، ففي ظل الظروف التي عرفها المجتمع الدولي بعد سنة 1990، قامت الأمم المتحدة بـ 34 عملية حفظ سلام تباينت نتائجها بين النجاح والفشل.

كما شهدت الأمم المتحد توافق بين الأعضاء الدائمين بشأن اللجوء إلى التدخل الإنساني والذي يعتبر استثناء عن قاعدة عدم التدخل الواردة ضمن أحكام ميثاق الأمم المتحدة، ففي أغلب الحالات التي تم فيها اللجوء إلى التدخل الإنساني من أجل حماية حقوق الإنسان، فإنه

كان ينتج عنها نتائج كارثية من بينها حالة تدخل الأمم المتحدة في الصومال بعد الإطاحة بنظام الرئيس سياد بري بتاريخ 21-11-1992، بموجب قرار مجلس الأمن رقم 733، حيث أن القرار لم حقق الغرض منه، وإنما تفاقمت على اثره المأساة الإنسانية بالصومال مما دفع بمجلس الأمن إلى اصدار قرار أخر رقم 571، وفقا لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، والذي تضمن تشكيل قوة أممية تقوم بضمان توصيل المساعدات الإنسانية إلى الشعب الصومالي، غير أن استمرار تدهور الوضع دفع مجلس الأمن إلى اصدار قرار ثالث رقم 794 أجاز فيه حق التدخل الدولي في الصومال، حيث قامت الأمم المتحدة على إثره بتسليم القوات الأممية إلى الولايات المتحدة الأمريكية مما ترتب عنه تفاقم للأوضاع

وكان من نتاج ذلك ارتكاب العديد من جرائم القتل في حق الشعب الصومالي، والقيام بعدة ممارسات منتهكة للقانون الدولي الإنساني دفعت بالسكان الصوماليين إلى الهجرة نحو كينيا واثيوبي (قداش، 2016، الصفحات 205-204).

الخاتمة:

في الأخير وبناء على ما تم التطرق إليه ضمن هذه الورقة البحثية يمكن القول أن الاهتمام المتزايد والكبير بحقوق الإنسان دفع بالمجتمع الدولي إلى العمل على خلق وإيجاد آليات يتم من خلالها العمل على حماية حقوق الإنسان من أي طارئ قد يمس بها وتحت أي ظرف،

حيث كان التدخل الإنساني واحدة من بين الآليات التي أوجدها المجتمع الدولية من أجل حماية حقوق الإنسان، غير أن هذا الأخير وبالرغم من الهدف والمسعى الذي كان من المرجو الوصول إليه من خلال تطبيق فكرة التدخل الإنساني، إلا أنه لم يلب الغاية المنشودة، خاصة وأن التدخل الإنساني وفي حالة إعماله يؤدي إلى المساس بأهم مبدأ يحميه القانون الداخلي والمتمثل في مبدأ السيادة، وبناء عليه فإن التدخل الإنساني كآلية لحماية حقوق الإنسان، كان بمثابة آلية تحمل في طياتها الكثير لخدمة البشرية وحماية حقوق الإنسان من جهة، والمحافظة على السلم والأمن الدوليين من جهة أخرى

غير أن تغير المغزى والهدف من هذا المبدأ يترتب عنه لا محال إدخال البشرية في أوضاع مأساوية أكثر مما كانت عليه قبل اللجوء لمبدأ التدخل الإنساني، وعليه فمن بين النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الورقة البحثية نذكر:

- يعتبر مبدأ التدخل الإنساني مبدأ أو التزام أخلاقي أكثر منه قانوني؛

- عدم انطواء مبدأ التدخل الإنساني على نطاق محدد، بحيث يتم توسيعه وتضييقه بناء عللا مصالح الدول؛
- الافتقار إلى نصوص قانونية تنظم مبدأ التدخل الإنساني.

وتبعا لهذه النتائج يمكننا الخروج بالتوصيات التي تتجلى فيما يلي:
- العمل على إثراء المواثيق الدولية بالنصوص القانونية التي تعنى بتنظيم مبدأ التدخل الإنساني؛
- العمل على إيجاد رأي توافقي أو العمل على الاتفاق بشأن مشروعية التدخل الإنساني من عدمه؛
- الاتفاق وقت إقرار اللجوء إلى التدخل الإنساني على تحديد هدف محدد ومدة زمنية محددة ينم فيها ممارسة التدخل الإنساني؛
- محاولة إيجاد ما من شأنه أن يحمل الدول والمنظمات المتدخلة على التعهد بعدم زيادة الطين بلة، والعمل على الحد من معاناة المدنيين وتجنب انتهاكات حقوق الإنسان أكثر مما كانت عليه؛

العمل على القيام بإشعار مسبق للدول محل التدخل من أجل التوقف عن ممارسة الأعمال المنافية لأحكام القانون الدولي بمختلف مصادره قبل اتخاذ قرار التدخل الإنساني.

قائمة المراجع:

1/-احمد بن عيسى. (بلا تاريخ). ، مشروعية التدخل الدولي لحماية حقوق الإنسان (دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي المعاصر). (جامعة سعيدة، المحرر) مجلة الحقوق والعلوم السياسية .

2/-حمد هلتامي. (2009-2008). التدخل الانساني بين حماية حقوق الانسان ومبدا السيادة في عالم ما بعد الحرب الباردة(رسالة ماجستير). قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

3/-الامم المتحدة ،الجمعية العامة ،القرار رقم 103 المتعلق بعدم جواز التدخل بجمع انواعه في الشؤون الداخلية. (09 كانون الاول, 1981). تم الاسترداد من www.un.org

4/-الامم المتحدة ،مجلس الامن القرار رقم 713 المتعلق بالشان في يوغسلافيا . (25 ايلول , 1991). تم الاسترداد من www.un.org

5/-المجمع الوسيط. (2004). مجمع اللغة العربية، الادارة العامة للمعاجم والاثار (المجلد 4). القاهرة: مطبعة الشروق الدولية.

6/-المنجد. (1973). المنجد في اللغة والاعلام (المجلد 21). بيروت: دار المشرق.

7/-المؤتمر العالمي لحقوق الانسان. (14،25 حزيران, 1993). تم الاسترداد من www.ohchr.org

8/-اية عبد الرحمن موسى، و سعاد اخرون احمد. (28 يوليو, 2020). اثر التدخل الدولي الانساني على السيادة الوطنية للدولة،دراسة حالة السودان 2002-2012. تاريخ الاسترداد 24 نوفمبر, 2020، من https://democraticac.de/?p=68383

9/-بطرس بطرس غالي. (1967). التدخل العسكري الامريكي والحرب الباردة. الدراسات السياسية والاستراتيجية بالاهرام(الدورة السياسية الدولية) (8).

10/-حكيمة قداش. (2016). التدخل الإنساني كآلية لحماية حقوق الإنسان(رسالة ماجستير). مجلة القانون و المجتمع ، 4 (2)، الصفحات 190-209.

11/-حيدر موسى منخي القريشي. (2018). اثر التدخل العسكري في العلاقات الدولية دراسة للعراق وليبيا انموذجا (المجلد 1). مصر: المركز العربي للنشر والتوزيع.

12/-سهيل الفتلاوي. (2011). الامم المتحدة (المجلد 1). عمان: دار الحامد.

13/-عبد العزيز العشاوي. (2006). ابحاث في القانون الدولي الجنائي (المجلد 2). الجزائر: دار هومة.

14/-عبد العزيز قادري. (2003). حقوق الانسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية-المحتويات والاليات-. الجزائر: ذار هومة للطبع والنشر والتوزيع.

15/-عبد المؤمن صغير. (2018). التدخل الإنساني وإشكالية المساس بمبدأ التدخل في الشؤون الداخلية للدول عبى ضوء قواعد القانون الدولي. مجلة دراسات وابحاث ، 10 (3).

16/-محمد المجذوب. (2003). القانون الدولي العام. منشورات الحلبي الحقوقية.

17/-محمد امين صبحي. (19 اكتوبر, 2016). مبدا عدم جواز التدخل في شؤون الدول في اطار القانون الدولي الانساني. تاريخ الاسترداد 25 نوفمبر, 2020، من https://democraticac.de/?p=38854

18/-محمد سعيد الدقاق. (1990). المنظمات الدولية المعاصرة. بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر.

19/-محمد سعيد الشكرجي. (2007). التدخل الدولي الإنساني ومشروعية التدخل السوري في لبنان،(رسالة ماجستير). كلية القانون والسياسة، الدنمارك: الاكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك.

20/-ميثاق الامم المتحدة المادة 04. (26 حزيران, 1945).

21/-ميثاق الامم المتحدة المادة 39. (26 حزيران, 1945).

22/-ميثاق الامم المتحدة المادة 40،41،42. (26 حزيران, 1945).

23/-ميثاق الامم المتحدة المادة 55. (26 حزيران, 1945). فرانسيسكو.

24/-وهيبة العربي. (2013-2014). مبدا التدخل الدولي في اطار المسؤولية الدولية(اطروحة ذكتوراه). وهران، كلية العلوم الحقوق والعلوم السياسية: جامعة وهران.

الكتب:

1/-سهيل الفتلاوي، الأمم المتحدة، جزء 1، ط1، دار الحامد، عمان، 2011.

2/-عبد العزيز قادري ، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية-المحتويات والآليات-، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

3/- عبد العزيز قادري، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار هومة، الجزائر، 2003.

4/-عبد العزيز العشاوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، ج2، ط1، دار هومة، 2006.

5/- محمد سعيد الدقاق، المنظمات الدولية، المعاصرة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1990.

6/-محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

-القواميس:

1/-المنجد في اللغة والأعلام، ط21، دار المشرق، بيروت، سنة 1973.

2/-المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربي، الإدارة العامة للمعاجم والآثار، مطبعة الشروق الدولية، ط الرابعة، مصر، 2004.

-الرسائل والأطروحات:

1/-حيدر موسى منخي القريشي، أثر التدخل العسكري في العلاقات الدولية دراسة العراق وليبيا أنموذجا، جامعة المستنصرية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2018.

2/-محمد سعيد الشكرجي، التدخل الدولي الإنساني ومشروعية التدخل السوري في لبنان، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، كلية القانون والسياسة، 2007.

3/-هلتامي أحمد، التدخل الإنساني بين حماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة في عالم ما بعد الحرب الباردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسنطينة، الجزائر، 2008-2009.

4/-وهيبة العربي، مبدأ التدخل الدولي في إطار المسؤولية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2013-2014.

-المقالات العلمية:

1/-أحمد بن عيسى، مشروعية التدخل الدولي لحماية حقوق الإنسان (دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي المعاصر)، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 12، جامعة سعيدة، الجزائر.

2/-بطرس بطرس غالي، التدخل العسكري الأمريكي والحرب الباردة، الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، الدورة: السياسة الدولية، تاريخ الإصدار 1967، مصر، السنة الثالثة، العدد 8.

3/- عبد المؤمن صغير، التدخل الإنساني وإشكالية المساس بمبدأ التدخل في الشؤون الداخلية للدول عبى ضوء قواعد القانون الدولي، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 10، عدد 3، السنة العاشرة، 2018.

4/-قداش حكيمة، التدخل الإنساني كآلية لحماية حقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، الجزائر.

5/-الاتفاقيات الدولية:

6/-ميثاق الأمم المتحدة الصادر بمدينة فرانسيسكو بتاريخ 26 حزيران سنة 1945.

-المواقع الالكترونية

1/-اية عبد الرحمن موسى، سعاد أحمد وآخرون، أثر التدخل الدولي الإنساني على السيادة الوطنية للدولة: دراسة حالة السودان 2002-2012، المركز الديمقراطي العربي، 28-يوليو 2020، تاريخ الاطلاع:24-112020، ساعة الاطلاع00:35، انظر في ذلك الموقع التالي:
https://democraticac.de/?p=68383

2/-المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان المنعقد من 14 إلى 25 حزيران / يونيه 1993، فيينا، النمسا، أنظر في ذلك الموقع التالي: www.ohchr.org

3/-الأمم المتحدة، مجلس الأمن القرار رقم 713 المتعلق بالشأن في يوغسلافيا الصادر بتاريخ 25-أيلول 1991، أنظر في ذلك الموقع التالي: .www.un.org

4/-الأمم المتحدة، الجمعية العامة، القرار رقم 103 المتعلق بعدم جواز التدخل بجميع انواعه في الشؤون الداخلية الصادر بتاريخ 09 كانون الأول /ديسمبر 1981، الدورة 36، انظر في ذلك الموقع التالي: www.un.org

5/-صبحي محمد أمين، مبدأ عدم جواز التدخل في شؤون الدول في إطار القانون الدولي الإنساني، تاريخ التنشر:19 أكتوبر 2016، تاريخ الاطلاع 25 نوفمبر2020، ساعة الاطلاع: 01:04، انظر في ذلك الموقع التالي:
https://democraticac.de/?p=38854

الاستثمار في المجال السياحي كآلية لدعم و ترقية الاقتصاد الجزائري

Invest in the field of tourism as a mechanism to support and promote the Algerian economy

علي عثماني (*)
المركز الجامعي أفلو، الجزائر
otmani.ali1@gmail.com

بن بعلاش خاليدة
جامعة تيارت ، الجزائر
khalida.benbaalach@univ-tiaret.dz

تاريخ الاستلام: 2021/04/29 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/27

****

ملخص:

بادرت الجزائر إلى تبني إستراتيجية وطنية، تستهدف ترقية الصادرات خارج المحروقات، لفك عملية الاعتماد على إيرادات البترول وتأمين المسار التنموي للجزائر مُستقبلاً، وتعتمد هذه الإستراتيجيّة على عدّة خيارات من بينها دعم و تطوير الاستثمار في المجال السياحي.

الكلمات المفتاحية : الاستثمار، السياحة، الصادرات، الاقتصاد الجزائري.

Abstract:

Algeria has taken the initiative to adopt a national strategy aimed at promoting non-hydrocarbon exports, lifting dependence on oil revenues and securing Algeria's development path in the future. This strategy depends on several options, including the development of investments in the field of tourism.

key words: Investment, tourism, exports, the Algerian economy.

---

*المؤلف المرسل.

مقدّمة:

إنّه ومما لاشك فيه أنّ الدولة الجزائرية و منذ الاستقلال تعتمد أساسًا في اقتصادها على مداخيل المحروقات، و فقد تسبب الاعتماد المُفرط على البترول في تكوين اقتصاد وطني أحادي الجانب والمورد،و نُشير إلى أنّ المتتبع لأسعار النفط يلاحظ الانخفاض المستمر لسعر النفط . مما ينعكس سلبًا على اقتصاد الدولة الجزائرية .

فبدأ التفكير في استحداث الآليات المختلفة كبديلة عن المحروقات في الجزائر في مُقابل تهاوي أسعار المحروقات و تردي الوضع الاقتصادي للبلاد و يتجلى ذلك من خلال الاعتماد على الفلاحة ، الخدمات و السياحة التي تعتبر أحد الموارد الهامة في العديد من الدول منها تونس و المغرب ...

على هذا الأساس اخترنا أن يكون عنوان مقالنا بـ: الاستثمار في المجال السياحي كآلية لدعم و ترقية الاقتصاد الجزائري .و هذا قصد معالجة الإشكاليات الآتية :

ما مفهوم الاستثمار في المجال السياحي ؟و ما دور الاستثمار في المجال السياحي في دعمه للاقتصاد الجزائري ؟ و ماهي الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر في المجال السياحي ؟ ومدى مساهمة الاستثمار في السياحة و دورها في دعم الاقتصاد الوطني؟ .

ولمُعالجة هذه الإشكالية نقسم دراستنا إلى محورين، يخصص الأول لدراسة مفهوم الاستثمار في المجال السياحي أما الثاني فيخصص لتوضيح آثار الاستثمار في المجال السياحي على عملية ترقية الاقتصاد الجزائري .

المحور الأول : مفهوم الاستثمارفي المجال السياحي

نُوضح من خلاله مدلول الاستثمار في المجال السياحي (أولا) ثم الإطار القانوني للاستثمارات السياحية في الجزائر(ثانيا). ثم تبيان خصائص و مقومات هذه الاستثمارات (ثالثا).

أولا : مدلول الاستثمارفي المجال السياحي

يُعتبر الاستثمار في المجال السياحي أحد القطاعات المُهمة في مجال الاستثمار، كون أنّ الاستثمار في المجال السياحي يتميّز بديناميكية عبر العالم، و قطاعًا واعيًا للتنمية المُستدامة بشكل عام، فالسياحة قادرة على جلب العملة الصعبة وامتصاص البطالة و ترقية البلدان.

فهُناك دول كثيرة تعتمد على السياحة في اقتصادها، فضلا أنّها تعمل على التوازن الاقتصادي و الاجتماعي و تزداد الأهمية الاقتصادية للسياحة في الدول النامية لما تتميز به الأنشطة السياحية من تحقيق سريع في الوقت الذي لا تحتاج فيه إلى رؤوس أموال كبيرة في سواء في استثماراتها أو في مصروفاتها الجارية ، بالإضافة إلى أّنها تعمل على تنشيط عدة قطاعات أخرى مثل صناعة الأغذية و أنشطة البناء و التعمير و الأشغال العمومية و الصناعات التقليدية و غيرها من الأنشطة الأخرى المرتبطة بالنشاط السياحي.

لذا جعلت العديد من الدول من هذا القطاع حجر أساس اقتصادها الوطني و أصبح ناتجها الخام يرتكز بشكل كبير على مداخيل شبكاتها السياحية، حيث قدرت العائدات الناتجة عن النشاط السياحي عبر العالم حسب المنظمة العالمية للسياحة سنة 2000 بـ: 476 مليار دولار. (عايدة، 2014، صفحة 149)

بذلك أصبحت السياحة الصناعة الأولى في العالم، حيث أصبح عدد من يعمل في قطاع السياحة يساوي عدد العاملين في الصناعات الخمس التالية : الإلكترونيك، الكهرباء الحديد و الصلب، النسيج، السيارات.

وعُمومًا يُمكن تعريف السياحة الاستثمارية حسب ما أوردته المنظمة العالمية للسياحة بكونها: السياحة التي تُلبي احتياجات السياح والمواقع المضيفة إلى جانب حماية وتوفير الفرص للمستقبل، أو إنّها القواعد المرشدة في مجال إدارة الموارد بطريقة تتحقق فيها متطلبات المسائل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويتحقق معها التكامل الثقافي والعوامل البيئية والتنوع الحيوي ودعم نظم الحياة. (لعاني، 2008، صفحة 19)

أو هي توظيف الأموال من أجل خلق رأس مال مادي ورأس مال بشري من أجل تطوير قطاع السياحة كبناء الفنادق والمنتجعات السياحية و تحسين الخدمات السياحية وتدريب وتحسين مستوى العمال التابعين لقطاع السياحة، وبصفة عامة هو ذلك النشاط الذي ينتج عنه قيمة مضافة في مجال السياحة ويمكن أن يكون هذا الاستثمار مباشر في القطاع السياحي كبناء فنادق ومدن سياحية وممكن أن يكون غير مباشر كتشييد طرق وبناء مطارات (النعيم، 2016، صفحة 29).

ثانيا- الإطار القانوني والاستراتيجي للاستثمارات السياحية في الجزائر

1- الإطار القانوني للإستثمار السياحي:

يعتبر الاستثمار في المجال السياحي من بين القطاعات التي احتلت المراتب الأولى مقارنة

بباقي القطاعات الأخرى في التجارة العالمية فالقطاع السياحي يجلب مداخيل هامة للدولة التي تتمتع بصناعة سياحية قوية (سليمان، 2004، صفحة 22)و قد بادرت العديد من الدول بمنح العديد من الضمانات القانونية و التنظيمية في مجال استقطاب الاستثمار و منها الجزائر .

و هو الأمر الذي يتجلى من خلال منظومتها التشريعية والدستورية. لا سيما منها:

ما أكدت عليه المادة 61 من التعديل الدستوري لسنة 2020 بنصها :" حرية التجارة والاستثمار و المقاولة مضمونة، و تمارس في إطار القانون .

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، و تشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية "

كما جاء في القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار النص على جملة من التحفيزات والضمانات لجذب الاستثمارات المختلفة بما فيها الاستثمار السياحي. وكذا القانون رقم 03-01 الذي صدر من أجل تحديد شروط التنمية المستدامة للأنشطة السياحية وكذا تدابير وأدوات تنفيذها حين أشار من خلال نص المادة الثانية منه لأهدافه نحو ترقية الاستثمار السياحي وتطوير الشراكة في هذا القطاع.

إلى جانب القانون رقم 03-02 المحدد للقواعد العامة للاستعمال و الاستغلال السياحيين للشواطئ.

2- الإطار الاستراتيجي للإستثمار السياحي :

يُعتبر المخطط التوجيهي للتنمية السياحية آفاق 2030 (SDAT) مرجعاً لسياسة جديدة تبنتها الدولة الجزائرية ويعد جزءاً من المخطط الوطني لتهيئة الإقليم في آفاق 2030 (SNAT) فهو المرآة التي تعكس لنا مبتغى الدولة فيما يخص التنمية المستدامة وذلك من أجل تحقيق توازن ثلاثي يشمل الرقي الاجتماعي والفعالية الاقتصادية والاستدامة البيئية.

ولهذا السبب وفي إطار التنمية المستدامة، تُعطي الدولة توجيهات إستراتيجية للتهيئة السياحية في كافة التراب الوطني عبر:

2-1- الأهداف الخمسة لمخطط التوجيهي للتهيئة السياحية:

- جعل السياحة قطاع مساهم في تنمية الاقتصاد وكبديل لقطاع للمحروقات.
- ضمان إشراك القطاعات الأخرى، كقطاع الأشغال العمومية، قطاع الفلاحة وقطاع الثقافة.
- توفيق بين الترقية السياحة والبيئة.

- تثمين التراث التاريخي، الثقافي والديني.
- تحسين صورة الجزائر بصفة دائمة.

2-2- الديناميكيات الخمس للمخطط التوجيهي للتهيئة السياحية:

- تثمين الوجهة الجزائرية لزيادة جاذبية وتنافس الجزائر.
- تطوير الأقطاب والقرى السياحية المتميزة من خلال ترشيد الاستثمار والتنمية.
- نشر مخطط جودة السياحة (PQT) لتطوير التميز في العروض السياحية الوطنية بإدماج التكوين من خلال الارتقاء المهني والتعليم والانفتاح على تكنولوجيا الاعلام والاتصال.
- مخطط الشراكة بين القطاعين العام والخاص
- مخطط تمويل السياحة

ثالثا: خصائص ومقومات الاستثمارات السياحية

01- خصائص الاستثمارات السياحية : (رشيد، 2017، صفحة 10)

- الاستثمارات السياحية تكون في أصول ثابتة و لمدة من 20 سنة إلى 25 سنة مما يترتب عنها عدة تغيرات سياسية و اجتماعية ذات مخاطر متفاوتة .
- العائد من الاستثمارات السياحية ليس سريعا نظرا لطول مدة الاستثمارات.
- الاستثمارات السياحية لا تستطيع تغيير منتجاتها بالمشاريع الأخرى .
- تحتاج الاستثمارات السياحية إلى عناصر معقدة كالتكنولوجيا مثلا ، فهي تعتمد بشكل كبير على العنصر البشري .
- تساهم الاستثمارات السياحية في دعم اقتصاد أي دولة من خلال ما توفره من فرص عمل جديدة تساهم في الدخل السياحي.
- تسعى الاستثمارات السياحية إلى تحقيق مختلف الأهداف الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية .

02- مُقومات السياحة :

نتطرق إلى المقومات التي ترتكز عليها السياحة بصفة عامة ومقومات السياحة في الجزائر.

1-2- مقومات السياحة بصفة عامة :

*المقومات الطبيعية : و تمثل كل الظروف المناخية و تمايز الفصول ، و مناطق دافئة حمامات معدنية ، .....

* المقومات البشرية : و تتمثل الجوانب التاريخية ، كالآثار ، المعالم ، الشواهد ، الأطلال الثقافات الشعبية ، الثقافات و العادات و التقاليد لدى السكان . (علي، 2016، صفحة 153)

* المقومات المالية و الخدماتية : تتمثل في مدى توافر البنى التحتية، كالمطارات، النقل البري و الجوي، و مدى تطور مختلف القطاعات الصناعية، الصناعية، البنوك، العمران مدى توافر الخدمات المكملة كالبريد و البنوك، الفنادق، المقاهي، مراكز الترفيه و التسلية. (سليمان، 2004، صفحة 22)

2-2- مقومات السياحة في الجزائر:

تزخر الجزائر بالعديد من المقومات لجذب عملية الاستثمار السياحي و التي تتنوع مُقومات جغرافية و مناخية و مقومات غير طبيعية و التي نلخصها على النحو الآتي : (كواش، 2004، صفحة 215)

2-2-1- المقومات الطبيعية للسياحة في الجزائر:

تملك الجزائر ساحل يبلغ طوله 1200 كلم (نسرين، 2005، صفحة 74)، ويتوفر على مواقع سياحية مختلفة واستثنائية مما يؤهله أن يكون مجالا واسعا للاستثمار في المجال السياحي.كما تتمثل التضاريس في الجزائر في : السلسة الساحلية للتل، الهضاب العليا، السلسلة الجبلية للأطلس الصحراوي.

- أما المناخ : فهو متنوع كذلك و تعرف الجزائر المناخات الآتية :

* المناخ المتوسطي :سائد على الشريط الساحلي و متوسط درجة الحرارة السنوية هو 18 درجة مئوية.

* مناخ الهضاب العليا :يسوده فصل بارد و رطب .

* المناخ الصحراوي : يسود الجنوب الجزائري ، و تصل فيه درجة الحرارة إلى 40 درجة .

- المياه : إن الجزائر تزخر بثروة مائية متنوعة للمياه المعندنية و كذا الحمامات الطبيعية مما يجعلها تستقبل العديد من السياح و كما أنّ مجاري المياه التي تأخذ مصدرها من ينابيع طبيعية وعرة و ضيقة (150 إلى 200كلم عرضا) تتوقف غزارتها على توقف سقوط الأمطار ، أما الوديان فإنها تكون جافة في فصل الصيف ، أما في الشتاء فإنّها تكون جارفة

- أما النباتات : تزخر الجزائر بأنواع شتى من النباتات ففي المرتفعات الساحلية نجد غابات الصنوبر البحري و الصنوبر الحلبي و شجرة البلوط و الفلين ،أما الحلفاء في المناطق السهبية من الجزائر .

2-2-2- المقومات الغير الطبيعية للسياحة في الجزائر:

أما المقومات الغير الطبيعية و المتمثلة في الجانب البشري و الجانب الخدماتي التي تزخر بها الجزائر و التي نلخصها على النحو الآتي :

- التكوين البشري في المعاهد و المؤسسات المتخصصة في مجال الفندقة و تكوين المرشدين في المجال السياحي و الترجمة ووجود العديد من الوكالات السياحية .

- وجود العديد من الفنادق و المنشآت المختلفة التي تريح مختلف السياح الوافدين إلى الجزائر .

– وفرة النقل بمختلف أنواعه النقل البري و الجوي و البحري داخليا و خارجيا و التي تشكل عاملا مهما لتشجيع السياحة في الجزائر .

- وفرة مختلف شبكات الاتصالات الهاتفية و مختلف خدمات الانترنت في الجزائر .

أما المناطق السياحية التي تزخر بها الجزائر فهي: (كواش، 2004، صفحة 222)

- منطقة السواحل و السهول الشمالية و هضاب الأطلس الشمالي .
- منطقة السلسلة الأطلسية .
- منطقة الهضاب العليا.
- منطقة الأطلس الصحراوي.
- منطقة واحات شمال الصحراء.
- منطقة الصحراء الكبرى .

أما عن أنواع السياحة فتتنوع من مجال إلى آخر و هي :السياحة الساحلية و هذا النوع يكون الإقبال عليه في فصل الصيف، السياحة الجبلية، و السياحة الصحراوية و السياحة الصحية و التي تكون عادة في الحمامات المعدنية .....

هذا و نُشير إلى أنّ السياحة الصحراوية في الجزائر تُعد في الحقيقة أهم أنواع السياحة و ذلك لتنوعها من جهة و الإقبال الشديد عليها من جهة أخرى من أنحاء العالم كافة، حيث يتسم هذا النوع بجاذبية و خاصة لهواة الطبيعة في محميات الطبيعية و خارجها وما تحويه من نقاء و جمال و كنوز و جيولوجية و تكوينات جغرافية رائعة و حفريات تسجل عصور التاريخ.

إلى جانب أنماط السياحة الأخرى على التراب الوطني، و تتنوع معالم السياحة الصحراوية في : الواحات، الصحراء، القصور، الآثار. (محمد، 2015، الصفحات 52-53)

المحور الثاني : آثار الاستثمار في المجال السياحي على عملية ترقية الاقتصاد الجزائري

نحاول تبيان مدى مُساهمة الاستثمار السياحي في دعم و ترقية الاقتصاد الجزائري (أولا) ثم الإشارة إلى أهم العراقيل و الصعوبات التي قد تُعيق عملية الاستثمار السياحي في الجزائر(ثانيا).

أولا : مُساهمة الاستثمار في المجال السياحي في ترقية الاقتصاد الجزائري

إنّ الاستثمار في المجال السياحي وطنيا و محليا يفتح آفاقا جديدة للاقتصاد الوطني ويُكرّس منهجية لتطوير الإمكانات المتوفرة ، فقطاع السياحة الذي يُعتبر جزءا لا يتجزأ من الاقتصاد الوطني يؤدي دورا فعّالا في هذه التنمية.

و عليه فإنّ قانون التنمية المستدامة السياحية يمكنه وضع حد للفوضى و عدم الانسجام في التنمية السياحة ، بتبني أسلوب جديد يضمن الاستمرارية في العمل السياحي و بالتالي تطوير الاقتصاد الوطني من خلال الاستثمار في المجال السياحي. (عايدة، 2014، صفحة 150)

أما في الجزائر فتمثل السياحة قطاعًا رئيسيًا لضخ العملات الصعبة، وجذب الاستثمارات الأجنبية ، كما يوفر أعدادا لا يستهان بها من فرص العمل، و يمكن من تحقيق استغلال أمثل للموارد الطبيعية والبشرية و الحضارية و التاريخية المتاحة لخدمة الاقتصاد و المجتمع .

ذلك أنّ المشاريع الاستثمارية في المجال السياحي تساهم في توفير فرص عمل جديدة : فإنشاء المشاريع السياحية المباشرة أو المساعدة لها بمختلف أنواعها أو التوسع في إنشائها رأسيا أو أفقيا ، على خلق فرص عمل جديدة ، كان تمويل هذه المشاريع برأسمال أجنبي أو وطني مما يؤدي إلى التخفيف من مشكلة البطالة في كثير من الأحيان. (رشيد، 2017، صفحة 10)

فالاستثمار في المجال السياحي يُؤدي إلى : تحقيق المداخيل و مضاعفتها و زيادة نشاط القطاعات الاقتصادية، معنى ذلك تساهم في الدخل القومي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق الرسوم و الضرائب المتحصلة من الخدمات و السلع السياحية المقدمة للسياح من جهة و من جهة أخرى عن طريق أثر المضاعف السياحي و هو عدد المرات التي ينتقل فيها الدخل السياحي من جهة لأخرى .

كما يُساعد الاستثمار في المجال السياحي على تحويل العملات الأجنبية و انتقال الأموال بين مختلف المناطق و الولايات، فدخول السياح الأجانب إلى حدود القطر و اقتنائهم للسلع

والخدمات السياحية الوطنية يعني هذا تصدير غير منظور للسلع و الخدمات السياحية و بالتالي الحصول على العملات الأجنبية (سعاد، 2015، صفحة 134).

كما تساهم السياحة في الصادرات، فكما هو معروف أن قطاع السياحة يؤثر و يتأثر بالقطاعات الأخرى و تتناسب الحركة الاقتصادية في البلاد مع الحركة السياحية فكلما تطورت هذه الأخيرة كلما ارتفع الطلب على السلع و الخدمات، و تساهم السياحة في الناتج المحلي الإجمالي ، فالناتج المحلي الإجمالي لصناعة السياحة و السفر يقصد به القيمة المضافة للأنشطة التي تنتج سلعا و خدمات موجهة للسياح كالفنادق و شركات الطيران و النقل، بينما يمثل الناتج المحلي لاقتصاد السياحة و السفر الناتج السابق بالإضافة إلى قيمة السلع والخدمات المُنتجة المرتبطة ارتباطا قويا بإنفاق السياح و هذا الناتج في الواقع التأثير الأوسع نطاقا للطلب من السفر و السياحة بعد أخذ التداخل بين القطاعات السياحية و غيرها من الأنشطة المساندة كقطاع البيع و التجزئة و البناء و التشييد (بوعموشة، 2011، صفحة 144).

كما يُساهم قطاع السياحة في ميزان المدفوعات : فالناتج السياحي هو قيمة بيع المنتج السياحي إلى أعداد السائحين و الذين هم في حالات كثيرة من غير المقيمين و الذين يدفعون بالعملة الصعبة نظير اهتمام السياحي بذلك البلد الذين يزورونه.

لذا فإنّ السياحة تعتبر من مصادر الدخل الأجنبي فتقاس أهميتها الاقتصادية أيضا بحجم تأثيرها على ميزان المدفوعات، و يتحدد هذا التأثير بالقيمة الصافية للميزان السياحي و نسبتها إلى النتيجة الصافية للميزان التجاري سواء كانت سلبية أم ايجابية، فإذا كانت النتيجة الصافية للميزان التجاري سلبية و كانت النتيجة الصافية للميزان السياحي إيجابية فإنّه قد يغير العجز في الميزان التجاري إلى فائض أو يخفف منه على الأقل ، أما إذا كانت النتيجة الصافية للميزان التجاري ايجابية و كانت النتيجة الصافية للميزان السياحي ايجابية فإنها ستعزز النتيجة الايجابية المحققة في الميزان التجاري (العمراوي، 2013، صفحة 106)

ثانيا: العراقيل و الصعوبات التي تُعيق عملية الاستثمار السياحي في الجزائر

على الرغم من تمتع الجزائر بإمكانيات سياحية كبيرة التي تؤهلها أن تكون الجزائر بلد سياحي بامتياز ، و هاته الإمكانيات التي تشجع عملية الاستثمار في المجال السياحي في الجزائر إلاّ أنّ هناك عراقيل و صعوبات مختلفة التي تحول دون نجاح عملية الاستثمار السياحي في الجزائر و التي نلخصها على النحو الآتي : (سعاد، 2015، صفحة 126)

- ضعف الوعي السياحي و الثقافة السياحية .

- عدم التكوين الجيد لأصحاب الوكالات السياحية و تدني أدائها داخل الجزائر .
- نقص هياكل الإيواء السياحي و نقص المطاعم المصنفة .
- الإهمال الذي يُطال المعالم التاريخية و الدينية و تقهقر المحيط الطبيعي و تلف العديد من المعالم التاريخية .
- سُوء توجيه الاستثمارات في القطاع السياحي .
- ضعف مشروعات البنية التحتية و هياكل الاستقبال .
- عدم تلاءم الدعم المالي مع مميزات الاستثمار السياحي .
- نقص الإعلام و الإشهار في مجال ترويج للمنطق السياحية التي تتمتع بها الجزائر .
- غياب نظرة لمنتجات السياحة الجزائرية و إخفاق في ترويج الوجهة السياحية .
- عدم الاستقرار التشريعي و التنظيمي للنشاط السياحي في الجزائر .
- الفساد الإداري و غياب الشفافية .
- ضعف التكامل المؤسساتي .
- تدهور التراث الطبيعي و الثقافي.

الخاتمة :

لقد حاولنا و من خلال هذه الورقة البحثية التطرق إلى موضوع:" الاستثمار في المجال السياحي كآلية لدعم للاقتصاد الجزائري " .و البحث عن آليات اقتصادية أخرى في الجزائر في ظل انخفاض أسعار البترول و البحث عن موارد أخرى بعيدا عن ريع المحروقات .

فالجزائر و من خلال المنظومة التشريعية و التنظيمية قد عمدت إلى عملية تشجيع الاستثمار السياحي في الجزائر لما له من أهمية كبيرة على المستويين الاقتصادي و الاجتماعي في الجزائر .

و على الرغم من توفر الجزائر على العديد من المواقع السياحية المختلفة والتي تؤهلها لأن تكون قطب سياحي بامتياز، إلاّ أنّه هناك العديد من العراقيل و العقبات التي تحول دون ذلك.

وعلى هذا الأساس نقترح التوصيات الآتية :

- تشجيع الاستثمار في المجال السياحي عن طريق منح العديد من الامتيازات للمستثمرين في القطاع السياحي.
- العمل على إنشاء قنوات تلفزيونية متخصصة في مجال الترويج السياحي داخل الجزائر .

- الاستفادة من تجارب الدول سيما الدول المغاربية المجاورة كتونس و المغرب.
- العمل على ترميم مختلف الآثار و المعالم التاريخية و بناء محاذاتها فنادق مصنفة .
- إنشاء معاهد متخصصة في المجال السياحي .
- القيام بالعديد بالحملات التحسيسية و العمل على إظهار الموروث الثقافي الجزائري لمختلف الشعوب.

قائمة المراجع:

- بوزاهر نسرين. (2005). تمويل الاستثمارات السياحية في الجزائر . *مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية* ، 74. بسكرة، جامعة محمد خيضر.
- حميدة بوعموشة. (2011). دور القطاع السياحي في تمويل الإقتصاد الوطني لتحقيق التنمية المستدامة – دراسة حالة الجزائر. *مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه ، في العلوم الاقتصادية و علوم التسيير* . كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير ، جامعة سطيف .
- خالد كواش. (2004). مقومات و مؤشرات السياحة في الجزائر. *مجلة اقتصاديات شمال افريقيا* ، 215.
- خضراوي الهادي ، عثماني علي. (2016). حماية التراث الثقافي العقاري في التشريع الجزائري. *مجلة التراث* (21)، 15.
- رعد مجيد لعاني. (2008). *الاستثمار والتسويق السياحي*. عمان، الاردن: دار كنوز المعرفة العلمية للنشر والتوزيع.
- زرزار العياشي ، مداحي محمد. (2015). السياحة الصحراوية في الجزائر كوجهة سياحية مستدامة ، الواقع و الآفاق. *مجلة المستقبل العربي* ، 53-52.
- سعيداني رشيد. (2017). أهمية الإستثمار السياحي في التنمية الإقتصادية – دراسة حالة الجزائر . *مجلة البشائر الإقتصادية ، 03*، 10.
- شاهد الياس، دفرور عبد النعيم. (2016). الاستثمار السياحي في الجزائر بين الإطار القانوني والمؤسساتي. *مجلة التنمية والاستشراف للبحوث والدراسات ، 01* (01)، 29.
- صديقي سعاد. (2015). ترقية القطاع السياحي كأداة لتحقيق التنمية المحلية بولاية ميلة . *مجلة ميلاف للبحوث و الدراسات* (2)، 134.
- مصطفاوي عايدة. (2014). التنظيم القانوني للعقار السياحي في الجزائر. *مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية* (06)، 149.
- هواري معراج، محمد سليمان. (2004). السياحة و أثرها في التنمية الإقتصادية العالمية حالة الإقتصاد الجزائري. *مجلة الباحث* ، 22.
- يحي السعيدي ، سليم العمراوي. (2013). مساهمة قطاع السياحة في تحقيق التنمية الاقتصادية ، حالة الجزائر . (36)، 106.

الإطار المفاهيمي لمجلس المحاسبة ودوره في الرقابة المالية

The concept of the Accounting Board and its role in financial control

عوية محمد
جامعة البليدة 2 لونيسي علي، الجزائر
maouia_frmaouia@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2021/04/27 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/29

******

ملخص:

يعتبر مجلس المحاسبة من بين الهيئات الدستورية الرقابية في الدولة المستقلة وذلك منذ إنشاءه بموجب المادة 190 من دستور1976، وكذلك بعد صدور القانون05/80 المؤرخ في 1980/03/01، ويعتبر أول نص تشريعي ينظم مجلس المحاسبة وذلك بصلاحيات رقابية محاسبية وقضائية وكذا الرقابة اللاحقة.

وللوقوف على مبررات الأخذ بهذا النوع من الرقابة دون اختيار لإشكال التمييز بين الرقابات. هل أعطى المشرع الجزائري صلاحيات كافية لمجلس المحاسبة في تطبيق الرقابة؟

لذا تطرقنا في دراستنا هذه إلى التركيز على صلاحيات مجلس المحاسبة في الرقابة على الأموال العمومية من خلال سلطة التحري ورقابة نوعية تسير الميزانية و الحسابات

الكلمات المفتاحية: مجلس المحاسبة-أموال عمومية-الرقابة-المراجعة-التدقيق-الحسابات.

Abstract:

The accounting council is one of the constitutional bodies in the independent state since it was established under article 190 of the 1976 constitution, as well as after the promulgation of law 80/05 of 01/03/1980. It is considered the first legislative text to regulate the accounting council with accounting, subsequent.

And to determine the justifications for the introduction of this type of oversight without choosing to form a distinction between audits.

Has the Algerian legislator given sufficient powers to the Accounting Council to implement oversight?

Or how effective is the Accounting Board in financial control?

Therefore, in our study, we dealt with focusing on the powers of the Court of Accounts in controlling public funds through the authority of investigation and quality control that runs the budget and accounts.

key words: Court of auditors-public funds-Control-accounting-review-scrutiny**.**

مقدّمة:

لقد نصت مختلف دساتير الدول على مؤسسات وأجهزة متعددة أسندت إليها عدة وظائف الهدف منها ضمان استقرار الدولة كمؤسسة، ولعله من بين أهم الوظائف الحساسة التي تحمي المال العام وتقضي على الفساد و تحقق رفاهية المجتمع، نجد وظيفة الرقابة المالية العليا أو ما يعبر عنها في بعض التشريعات بالرقابة المحاسبية والتي تمارس في الجزائر وهي مجلس المحاسبــة. (بلودنين، 2016)

وبما أن الجزائر تعتبر من بين الدول التي تعرف انتشار كبير للفساد، قام المشرع الجزائري بإنشاء هيئات رقابية تتمتع بالصلاحيات القانونية في مكافحة الفساد.

ومن بين هذه الهيئات مجلس المحاسبة باعتباره الهيئة الرقابية العليا الدستورية المستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية والذي تم إنشائه بموجب المادة190من الدستور1976 وهذه الحقبة التي توجت في ما بعد بصدور القانون05/80المؤرخ في 1980/03/01 وهو أول نص تشريعي ينظم مجلس المحاسبة بصلاحيات قضائية، ثم جاء بعد ذلك صدر القانون32/90 المؤرخ في 1990/12/14 والذي تم بموجبه إعادة هيكلة مجلس المحاسبة وتحديد صلاحياته واختصاصاته، ونظرا للظروف التي شهدتها البلاد سنة 1989 صدر دستور1989 والذي قلص من مهام مجلس المحاسبة واقتصر على مهام الرقابة الإدارية فقط دون الرقابة القضائية و يختص بممارسة رقابية مالية لاحقة ويتمتع كذلك بصلاحيات قضائية.

هذا مما أدى بالمشرع الجزائري إلى إلغاء القانون32/90وتم استبداله بالأمر رقم20/95 المؤرخ في1995/07/17المعدل والمتمم بموجب الامر02/10المؤرخ في2010/08/26.

وحتى يتسنى لنا فهم التصور الذي أوجده المشرع في تنظيمه لمجلس المحاسبة بتمتعه برقابة مالية لاحقة و الوقوف على مبررات أخذ بهذا النموذج دون اختيار لأشكال أخرى من

الرقابة ربما قد تكون أكثر فعالية من النظام المطبق، فهل أعطى المشرع الجزائري الصلاحيات الكافية لمجلس المحاسبة في تطبيق الرقابة لمكافحة الفساد؟

واعتمدنا في ذلك على الجانب المنهجي التحليلي لدراسة مدى فعالية مجلس المحاسبة في الرقابة المالية بالإضافة إلى اعتمادنا على المنهج الاستدلالي وذلك من خلال إبراز نتائج وتقارير مجلس المحاسبة في مجال الرقابة بشتى أنواعها.

إن طبيعة هذا الموضوع تقتضي منا التطرق في تحليل ودراسة جملة من المفاهيم التي تشكل الصلاحيات التي أعطاه المشرع لمجلس المحاسبة(مبحث أول) ومدى تطابقها مع مهامه العملية في تطبيق الرقابة على الأموال العمومية في مكافحة الفساد(مبحث ثاني).

المبحث الأول: صلاحيات مجلس المحاسبة

يتمتع مجلس المحاسبة باختصاص إداري وقضائي حين ممارسة لمهامه الموكلة إليه فهو يقوم على معيارين، المعيار العضوي بحيث تخضع كل من الدولة والجماعات المحلية والمرافق العمومية و كل الهيئات باختلاف أنواعها والتي تستفيد من ميزانية الدولة لرقابة مجلس المحاسبة.

أما المعيار الموضوعي أينما كانت الأموال العمومية كانت رقابة مجلس المحاسبة فهو المعيار الأساسي والرئيسي في الرقابة. (الصغير و أبو العلا ، 2003)

المطلب الأول: الصلاحيات الإدارية

يكلف مجلس المحاسبة بممارسة الصلاحيات الإدارية المخولة له، وفي إطار هذه الممارسة يقوم المجلس برقابة حسن استعمال الهيئات التي تخضع لرقابة الأموال العمومية وتقديمها من ناحية الفعالية مع إعداد لتقارير، يوصى فيها بكل الإجراءات والاقتراحات الواجب اتخاذها قصد تحسين فعالية ومردودية تسيير المصالح المراقبة وإرسالها إلى المصالح والهيئات المعنية أو السلطات الوصية لتقديم إجاباتهم التي يحددها لهم مجلس المحاسبة.

ويمارس المجلس مهامه عن طريق حسن استعمال الهيئات الخاضعة لرقابته، الموارد، الأموال، القيم والوسائل المادية العمومية وتقييم نوعية تسييرها من حيث الفعالية والأداء والاقتصاد، وفي نهاية السنة يقوم باتخاذ جميع الإجراءات التي يراها مناسبة كما يراقب حسابات المحاسبين العموميين ومراجعتها وكذا بمراقبة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية كما يؤهل لمراقبة تسير الأسهم العمومية في المؤسسات أو الشركات أو الهيئات مهما

كان وضعها القانوني والتي تملك فيها الدولة أو الجماعات المحلية أو المرافق أو الهيئات العمومية جزءً من رأسمالها، ويقوم المجلس بمراقبة استعمال المساعدات المالية الممنوحة من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المرافق العمومية أو كل هيئة أخرى خاضعة لرقابة خاصة تلك التي تكون على شكل إعانات أو ضمانات أو رسوم تسد صيانته مهما كان المستفيد منها والقيام بتقييمها ومراقبة استعمال المواد التي تجمعها الهيئات مهما كانت وضعيتها القانونية، وتأخذ الرقابة الإدارية لمجلس المحاسبة ثلاث صور:

-تتمثل الأولى في الرقابة على أساس الوثائق والمستندات المقدمة من طرف الهيئات والأجهزة إلى مجلس المحاسبة.

-أما الثانية فهي الرقابة التي يمارسها مجلس المحاسبة في مركز أو قواعد الهيئات والمؤسسات الخاضعة لرقابة مجلس المحاسبة.

-أما الصورة الثالثة فتكون فجائية أو بعد التبليغ الذي يقوم به مجلس المحاسبة الأمر الذي يعطي لمجلس المحاسبة حرية الاطلاع ولتحري عن مختلف الوثائق والمستندات إلا أن المشرع وضع استثناء على الرقابة الإدارية لمجلس المحاسبة، بحيث لا يجوز للمجلس أن يتدخل في إدارة تسيير الهيئات التي تخضع لرقابته أو إعادة النظر في صحة وجدوى السياسات وأهداف البرامج التي تسطرها السلطات الإدارية أو مسؤول الهيئات التي تمت مراقبتها، بمعنى أن رقابة المجلس تقتصر سوى على حسن استعمال المواد والأموال والقيم والوسائل المادية العمومية. (القانون رقم 08-14 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، 2008)

ينصب دور مجلس المحاسبة في مراقبة الأموال العمومية وفي مراقبة تنفيذ ميزانية الدولة والجماعات المحلية، كما نصت قوانين الإدارة المحلية بمراقبة كل من الولايات والبلديات، بحيث تذكرنا المادة 175من القانون12-07المتعلق بالولاية على ما يلي: "يمارس مجلس المحاسبة مراقبة الحساب الإداري للوالي وحساب تسيير المحاسب وتطهيرهما وفقا للتشريع المعمول به". (بلودنين، 2016، صفحة 91)، أيضا المادة 210من القانون11-10 المتعلق بالبلدية بأنه: "تتم مراقبة وتدقيق الحسابات الإدارية للبلدية وتطهير حسابات التسيير الخاصة بها من طرف مجلس المحاسبة طبقا للتشريع الساري المفعول". (القانون12-07 المتعلق بالولاية، 2012)

فالمجلس يتمتع بالصلاحيات الإدارية التالية:

- التقرير السنوي؛

- مراقبة ميزانية تنفيذ الدولة؛
- المشاركة في المشروع التمهيدي لضبط الميزانية والحساب الختامي؛
- مراقبة ميزانية الجماعات المحلية؛
- مراقبة المؤسسات ذات الطابع الإداري؛
- مراقبة القطاع الاقتصادي والصناعي والتجاري.

المطلب الثاني: الصلاحيات القضائية والاستشارية

في مجال ممارسة مجلس المحاسبة لاختصاصاته القضائية التي فيها يملك صلاحية توقيع الجزاءات بنفسه وتتمثل في توقيع الغرامات المالية، وهذا ما يميزه على أجهزة الرقابة الإدارية ويجعله يقترب في طبيعته من الهيئات القضائية لكن وإن كان المجلس يتمتع بسلطة فرض الغرامات المالية فان ذلك لا يجعل منه قاضيا جنائيا فهو يعتبر كقاضي الحسابات. (أمجوج ، 2007)، تتمثل وظيفته في مراقبة الهيئات العمومية بغية مراجعة حسابات المحاسبين العموميين ومراجعتها ومراقبة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية أو التصديق عليها فيما يخص الهيئات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية وتلك الخاضعة إلى قواعد المحاسبة التجارية.

ويتمتع بسلطة إجبار الأمر بالصرف والمحاسبين العموميين على إجراء ما يراه مناسبا من تصحيحات كما يتمتع بسلطة جزائية تخول له إصدار قرارات قضائية مؤقتة أو نهائية معللة على كل عون من القطاع العام الذي ارتكب أثناء ممارسة لمهامه خطأ بالخزينة العامة، وحين معاينة المجلس أثناء تحقيقاته حالات أو وقائع أو مخالفات تلحق ضررا بالخزينة العمومية الخاضعة لرقابته، يطلع فورا مسؤولي المصالح المعنية وسلطاتها السلمية أو الوصية قصد اتخاذ الإجراءات التي يقتضيها تسيير الأموال العمومية تسييرا سليما.

وإذا ثبت المجلس أثناء رقابته أنه تم قبض أو حيازة مبالغ بصفة غير قانونية من قبل أشخاص طبيعيين أو معنويين، تبقى هذه الأموال مستحقة للدولة أو الجماعات الإقليمية أو المرفق العمومي يطلع فورا السلطة المختصة بذلك قصد استرجاع المبالغ المستحقة بكل الطرق القانونية.

بالإضافة إلى رقابة نظامية و مطابقة القوانين والإحكام التنظيمية والتي تؤدي بالمجلس إلى ممارسة صلاحياته القضائية، وبهذا فهو يشبه إلى حد كبير القضاء الإداري. (الامر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة)

كما استعمل المشرع بعض المصطلحات التي تدخل ضمن الصلاحيات القضائية لمجلس المحاسبة، والتي توحي لنا بأننا أمام جهاز قضائي موازي للجهاز القضائي العادي، كأن نجد مثلا مصطلح "التحري" يعد مصطلح قضائيا إجرائيا، ومصطلح "جلسة التشكيلة" التي تعقد على مستوى مجلس المحاسبة طلبت نهائيا في القضايا المعروضة عليه، ومصطلح "إصدار حكم" الذي يوحي لنا أيضا وكأننا أمام جهة قضائية، ومصطلح "المتقاضي" "الاستئناف"، "تبليغ القرار موضوع الطعن". (بلودنين، 2016، صفحة 96)، كما تتمثل الصلاحيات القضائية التي يتمتع بها مجلس المحاسبة في:

- مراجعة الحسابات المقدمة من طرف المحاسبين العموميين؛
- رقابة الانضباط والإجراءات المتبعة في مجال تسيير الميزانية والمالية.

كما يتمتع مجلس المحاسبة بصلاحيات استشارية يمكن إن نلخصها فيما يلي:

فلقد خولها له المشرع في الأمر 95-20 المعدل المتمم الذي ينص صراحة عليها، بحيث يمكن لرئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول ورئيس مجلس الأمة يخطروا مجلس المحاسبة بكل ملف أو مسألة ذات أهمية وطنية والمجلس بدوره يطلع رئيس الجمهورية بتفصيل ناجم عن النظام العام.

أثناء إعداد المشاريع التمهيدية السنوية للقوانين المتضمن ضبط الميزانية، ترسل الحكومة التقارير التقييمية التي يعدها مجلس المحاسبة لهذا الغرض بعنوان السنة المالية المعنية إلى الهيئة التشريعية وترفقه بمشروع خاص بها، ويستشار مجلس المحاسبة أيضا في مشاريع النصوص القانونية المتعلقة بالمالية العمومية.

على أساس أن لمجلس المحاسبة دراية واسعة فيما يخص تنفيذ الميزانية، اكتسبها عن طريق المهمات الرقابية التي يقوم بها، لاسيما فيما يخص مراقبة حسابات المحاسبين العموميين الموكلة لها القيام بدفع النفقات التي تم الأمر بصرفها، أو تحصيل الإيرادات التي تم الأمر بتحصيلها، كما أنه يستقبل جميع الحسابات الإدارية وحسابات التسيير في إطار إيداع الحسابات التي يلزم بها الآمرون بالصرف والمحاسبون العموميون.

في هذا الإطار تكلف الغرف بإعداد مذكرات قطاعية تدون فيها المعلومات الضرورية الخاصة بكل القطاعات التي تدخل ضمن مجال تدخلها وطبقا للتوجيهات المنهجية العامة أو الخاصة المقررة لإعداد التقرير التقييمي لمجلس المحاسبة الخاص بالمشروع التمهيدي لقانون ضبط الميزانية.

بعد إعداد التقرير التقييمي الخاص بالمشروع التمهيدي لقانون ضبط الميزانية، يرسل إلى الحكومة مرفقا بمشروع القانون الخاص بذلك والتي تقوم بدورها بإرساله إلى الهيئة التشريعية إضافة إلى ذلك فان مجلس المحاسبة يقوم بتقديم آرائه فيما يخص مشاريع النصوص المتعلقة بالمالية انطلاقا من تجاربه المكتسبة. كما أن مجلس المحاسبة يشارك بآرائه والقيام بالدراسات المتعلقة بالقضايا ذات الأهمية الوطنية، لا سيما تلك المتعلقة بكيفية تنفيذ النفقات أو تحصيل الإيرادات وتدارك النقائص وتحسين الإجراءات في مجال التشريع والتسيير المالي، واقتراح التدابير التي من شانها تساهم في تحسين إجراءات التقييم والتدقيق في مجال التسيير، وكل ما من شانه يساعد على ترشيد وعقلنة الإنفاق العام، ويقدم مجلس المحاسبة هذه الدراسات والآراء بمناسبة عرض ذلك من طرف كل من رئيسي غرفتي البرلمان أو من طرف الوزير الأول. (بلودنين، 2016، صفحة 188)، وبصفته جهاز يخضع للسلطة المباشر لرئيس الجمهورية فان بإمكان هذا الأخير أن يخطره بكل ملف أو مسألة ذات أهمية وطنية تدخل في نطاق اختصاصات المجلس، وفي هذه الحالة ينبغي على المجلس القيام بما طلب منه واطلاع رئيس الجمهورية بكل التفاصيل اللازمة بخصوص ذلك الملف.

كما يجب على مجلس المحاسبة اطلاع رئيس الجمهورية بأي مسألة يراها تشكل أهمية خاصة من شأنها تؤثر على الاقتصاد الوطني بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وتستدعي تدخلا مباشرا من رئيس الجمهورية.

المبحث الثاني: رقابة مجلس المحاسبة على الأموال العمومية

يمارس مجلس المحاسبة عملية الرقابة المالية على مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية التي سنبينها لاحقا، وقد صرح النص الدستوري وكذا النصوص القانونية أيضا بأن أشكال الرقابة التي يقوم بها مجلس المحاسبة هي رقابة بعدية ومضمون ذلك أنه ليس لمجلس المحاسبة رقابة سابقة، فهو إذن يمتاز في مهامه رقابة بعدي فقط وتتمثل أشكال هذه الرقابة في ما يلي:

المطلب الأول: سلطة التحري والاطلاع ورقابة نوعية التسيير

طبقا لأمر 95-20 المؤرخ في 17 يوليو 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-02 أربعة سلطات أو كيفيات لممارسة عملية الرقابة التي جاءت في الباب الثالث تحت عنوان كيفيات المراقبة التي يمارسها مجلس المحاسبة وجزاءات تحرياته، التي

تتمثل في حق الاطلاع وسلطة التحري، رقابة نوعية التسيير مراجعة حسابات المحاسبين العموميين ورقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية.

لمجلس المحاسبة الحق في أن يطلب الاطلاع على كل الوثائق التي من شأنها أن تسهل رقابة الهيئات المالية والمحاسبية اللازمة لتقييم تسيير المصالح والهيئات الخاضعة لرقابته، كما أنه يقوم بممارسة حق الاطلاع وسلطة التحري التي يمنحها القانون للمصالح المالية في الدولة وله الحق أن يقوم بكل التحريات الضرورية من أجل الاطلاع على المسائل المنجزة بالاتصال مع إدارات ومؤسسات القطاع العام مهما تكن الجهة التي تتعامل مع مراعاة التشريع الجاري به العمل. (الامر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة).

كما يتمتع قضاة مجلس المحاسبة بحق الدخول إلى المحلات التي تشملها أملاك الجماعات العمومية أو هيئة خاضعة لرقابة مجلس المحاسبة عندما تتطلب التحريات ذلك وترسل إلى مجلس المحاسبة النصوص ذات الطابع التنظيمي الصادرة عن إدارات الدولة والمتعلقة بالتنظيم المالي والمحاسبي والإجراءات المطبقة على تسيير الوسائل والأموال العمومية.

يطلب مجلس المحاسبة من السلطات السلمية لأجهزة الرقابة الخارجية، التي تكون مؤهلة لرقابة الهيئات الخاضعة لرقابته، الاطلاع على كل المعلومات أو الوثائق أو التقارير التي تملكها أو تعدها عن الحسابات الخاصة بهذه الهيئات أو تسييرها (طيبي ، 2009)، كما يمكن له الاستعانة بأعوان القطاع العام المؤهلين من أجل القيام بمساعدته في أعماله المادية والتي تكون تحت مسؤوليته، وبعد موافقة السلطات السلمية التي يتبعونها و له الحق باستشارة أخصائيين أو تعيين خبراء من شأنه إفادته أو مساعدته في أشغاله خاصة إذا كانت العمليات الواجب مراقبتها أو أعمال التسيير الواجب تقييمها أو الوقائع المطلوب الحكم فيها تتطلب ذلك.

يشترط في هؤلاء الأخصائيين أو الأعوان أو الخبراء الالتزام بالسير المهني ولهم الحق في الاطلاع على كل الوثائق والمعلومات من أجل تمكينهم من أداء عملهم على أحسن وجه والمسؤولين والأعوان التابعون لأجهزة الرقابة الخارجية يكونون معفيين من الالتزام بالسير المهني واحترام التدرج اتجاه مجلس المحاسبة و في حالة ما إذا تعلق الأمر بالاطلاع على وثائق أو معلومات وإفشائها يؤدي إلى المساس بالدفاع الوطني أو الاقتصاد الوطني، يقوم مجلس

المحاسبة باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية من أجل ضمان الطابع السري المرتبط بهذه الوثائق والمعلومات. (طيبي ، 2009، صفحة 94).

كما أنه يتعين على كل محاسب في الهيئات والمؤسسات الخاضعة لرقابة مجلس المحاسبة أن يقدم حساباته في الآجال القانونية و إلا تم معاقبته طبقا لما نصت عليه المادة61من الأمر 95-20، بحيث تنص المادة 61من الأمر 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة إصدار غرامة مالية تتراوح بين 5000دج و50000دج ضد المحاسب المتسبب في تأخير إيداع حسابات التسيير أو عدم إرسال المستندات الثبوتية أو عدم تقديمها ويمكن لمجلس المحاسبة أن يرسل إلى المحاسب أمرا بتقديم حسابه في الأجل الذي يحدده له إذا انقضى الأجل المحدد يطبق مجلس المحاسبة إكراها ماليا على المحاسب يقدر ب500 دج عن كل يوم تأخير لمدة لا تتجاوز ستين(60)يوما، يمكن تطبيق أحكام الفقرة الثالثة من المادة 68من هذا الأمر على المحاسب المعني بمجرد انقضاء مدة(60)يوما، وإذا لم يتم تسليم الحسابات بعد مضي(60)يوما يتعين على السلطة الإدارية المختصة تعيين محاسب جديد بعد تقديم طلب إلى مجلس المحاسبة ويكون مكلفا بإعداد الحسابات وتقديمها في الآجال المحددة من قبل مجلس المحاسبة أما بالنسبة للأمرين بالصرف فيتعين عليهم تقديم حساباتهم الإدارية إلى مجلس المحاسبة حسب الكيفيات والآجال المحددة عن طريق التنظيم، وإذا وقع أي تأخير في تقديم الحسابات الإدارية تطبق على الأمرين بالصرف الأحكام المنصوص عليها في المادة 61من الأمر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة، و بالتالي لابد على الهيئات الخاضعة لرقابة مجلس المحاسبة أن تقوم بإرسال إلى مجلس المحاسبة وفي الآجال التي يحددها الحسابات والوثائق الضرورية لممارسة المهام المخولة له (الامر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة)، وهذا ما نصت عليه المادة 65من الأمر السالف الذكر، بالإضافة إلى حسابات استعمال المساعدات الثبوتية (الامر 66-155 قانون الاجراءات الجزائية، 1966)، وفي حالة عدم إعداد الحسابات الخاصة باستعمال هذه المساعدات يقوم مجلس المحاسبة في حدود صلاحياته بعملية الرقابة انطلاقا من الحسابات السنوية للهيئة المعنية.

كما يتعين على هذه الهيئات أن تقوم بإرسال الحسابات المتضمنة استعمال الموارد التي تم جمعها ولابد أن تبين هذه الحسابات تخصيص هذه الموارد حسب كل نوع من أنواع النفقات وفي حالة رفض أو عدم إرسال هذه الوثائق عند إجراء التحقيقات يعرض مرتكبه لغرامة مالية تتراوح بين 1000 دج و10000 دج و هذا ما حددته المادة 68من الأمر المذكور

سالفا، كما يمكن أن يعاقب بنفس الغرامة كل من لا يقدم لمجلس المحاسبة وبدون أي مبرر المعلومات الضرورية لممارسة مهامه أو يعمل على عرقلة مهمة التدقيق التي يجريها.

وتضيف الفقرة الثالثة من المادة 68من الأمر 95-20 المذكور سابقا على أنه: "كل عرقلة متكررة تعد مشابهة لعرقلة سير العدالة، يتعرض المتسبب فيها العقوبات المنصوص عليها في المادة 43الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية". (الامر 66-155 قانون الاجراءات الجزائية، 1966).

إن مجلس المحاسبة يعمل أيضا على مراقبة عمل الهيئات والمصالح العمومية الخاضعة لرقابته يقوم مجلس المحاسبة برقابة نوعية تسيير الهيئات والمصالح العمومية الخاضعة لرقابته، فيقوم بتقويم شروط استعمال الموارد والوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها على مستوى من الفعالية والاقتصاد من طرف هذه المصالح بالرجوع إلى الأهداف والوسائل المستعملة كما أنه يقيم قواعد تنظيم وعمل الهيئات الخاضعة لرقابته ويتأكد من وجود آليات وإجراءات رقابية داخلية ويقدم كل التوصيات التي يراها ضرورية وشروط استعمال الموارد والوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها على مستوى من الفعالية والاقتصاد من طرف هذه المصالح بالرجوع إلى الأهداف والوسائل المستعملة، كما أنه يقيم قواعد تنظيم وعمل الهيئات الخاضعة لرقابته ويتأكد من وجود آليات وإجراءات رقابية داخلية ويقدم كل التوصيات التي يراها ضرورية. (الامر95-20)

يراقب مجلس المحاسبة أيضا في هذا المجال شروط منح واستعمال الإعانات والمساعدات المالية التي منحتها الدولة والجماعات المحلية الإقليمية والمرافق العمومية الخاضعة لرقابته، تهدف هذه الرقابة إلى التأكد من مدى توفر الشروط المطلوبة لهذه المساعدات ومطابقة استعمالها مع الغايات التي منحت من أجلها وعند الاقتضاء يمكن أن يتأكد مجلس المحاسبة من مدى اتخاذ الهيئات المستفيدة على مستوى تسييرها الترتيبات الملائمة قصد الحد من اللجوء إلى هذه المساعدات والوفاء بالتزاماتها المحتملة إزاء الدولة.

ويقوم مجلس المحاسبة بالمشاركة في تقييم فعالية الأعمال والمخططات والبرامج والتدابير التي قامت بها مؤسسات الدولة أو الهيئات الخاضعة لرقابته مباشرة، والتي بادرت بها السلطات العمومية على المستوى الاقتصادي والمالي لتحقيق أهداف المصلحة الوطنية، حيث يقوم مجلس المحاسبة بإعداد التقارير الخاصة بالأشغال التقييمية التي يقوم بها، والتي تحتوي على معاينات وملاحظات يقوم بإحالتها إلى مسؤولي المصالح والهيئات المعنية، وعند

الضرورة إلى سلطاتهم السلمية أو الوصية من أجل تقديم إجاباتهم وملاحظاتهم في الأجل الذي يحدده لهم مجلس المحاسبة، بعد ذلك تقييمه النهائي ويصدر كل التوصيات والاقتراحات قصد تحسين فعالية ومردودية تسيير المصالح وهيئات المراقبة ويرسلها إلى مسؤولها وكذا إلى الوزراء والسلطات الإدارية المعنية. (الامر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة).

ويقوم كذلك بعرض التقرير على رئيس الفرع أو رئيس الغرفة حسب الحالة، كما يعرض التقرير على رئيس التشكيلة المداولة المعنية بقصد المصادقة عليه، ويقوم المقرر بدوره بإعداد مشروع مذكرة تقييمية وذلك بعد فحص الأجوبة المستلمة أو عند انقضاء الأجل، ويعرضه على رئيس التشكيلة المداولة الذي يمكنه بمبادرته الشخصية أو بناء على اقتراح المقرر أو بطلب المسؤولين المعنيين أو السلطات المعنية بتنظيم النقاش ويشارك في هذا النقاش، والتي تقوم بدورها بضبط تقييمات مجلس المحاسبة النهائية عقب الإجراءات المقررة، وتكون مرفقة بكل التوصيات والاقتراحات المناسبة، ويقوم المقرر بتحضير مذكرة التقييم النهائية التي يسلمها إلى رئيس التشكيلة، والذي يعمل على تبليغها إلى المسؤولين المعنيين والسلطات المعنية، وذلك بعد التأكد من مطابقة هذه المذكرة نتائج المداولة (المرسوم التنفيذي رقم 96-56 ، يحدد انتقاليا الاحكام المتعلقة بتقديم الحسابات الى مجلس المحاسبة، 1996)

المطلب الثاني: رقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية ومراجعة حسابات المحاسب العمومي

إلى جانب قيام مجلس المحاسبة بمراقبة نوعية التسيير يقوم كذلك بمراجعة حسابات المحاسبين العموميين ويصدر قرارات بشأنها (الامر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة)، حيث يقوم بمراجعة كل حسابات التسيير والتدقيق في صحة العمليات المادية الموصوفة فيها ومدى مطابقتها مع الأحكام التشريعية والتنظيمية المطبق عليها.

تنص المادة الثانية (02) من المرسوم التنفيذي رقم 96-56 المؤرخ في 22 يناير 1996 يحدد انتقاليا الأحكام المتعلقة بتقديم الحسابات إلى مجلس المحاسبة على: "يجب على الأمرين بالصرف الرئيسيين والثانويين، ومع مراعاة أحكام المادة 05 أدناه على المحاسبيين العموميين التابعين لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية ومختلف المؤسسات والهيئات العمومية الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، أن يودعوا حساباتهم الإدارية وحسابات التسيير لدى كتابة الضبط مجلس المحاسبة في أجل أقصاه 30 يونيو من السنة الموالية للميزانية المقفلة"،

ومن هنا نرى أن الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين ملزمون بأداء حساباتهم لدى كتابة ضبط مجلس المحاسبة والذي بدوره يقوم بمراجعة تلك الحسابات وبهذا يدقق في صحة العمليات المادية ومدى تطابقها مع النصوص والتنظيمات المعمل بها. (المرسوم التنفيذي رقم 96-56 ، يحدد انتقاليا الاحكام المتعلقة بتقديم الحسابات الى مجلس المحاسبة، 1996).

ويخول لرئيس الغرفة المختصة تعيين مقرر يكلف بإجراءات التدقيق والمراقبة لمراجعة حسابات التسيير والوثائق الثبوتية الخاصة بها ويضمنه اقتراحاته ليتم إرسال التقرير من رئيس الغرفة إلى الناظر العام الذي بدوره يقدم استنتاجاته ليعرض الملف للمداولة للبت فيه إما بقرار نهائي إذا لم يتم تسجيل أي مخالفة ضد المحاسب أو بقرار مؤقت في غيرها من الحالات ويتم تبليغ القرار، المؤقت إلى المحاسب حتى يمكنه من الرد وإرسال إجابته إلى المجلس مرفقة بالوثائق الثبوتية لإبراء ذمته ويعاد الملف إلى الناظر العام لإبداء رأيه ويحدد تاريخ الجلسة من قبل رئيس الغرفة للبت النهائي.

يعمل مجلس المحاسبة على مراجعة حسابات المحاسبين العموميين، كما يصدر أحكاما بشأنها، ففي مجال مراجعة حسابات التسيير يتأكد من صحة العمليات المادية الموصوفة فيها ومدى مطابقتها مع الإحكام التشريعية و التنظيمية المطبقة عليها، كما يقوم بإجراء التحقيق والحكم على حسابات المحاسبين العموميين يكون كتابة وحضورا هذا ما نصت عليه المادة 76من الأمر 95-20 المذكور سابقا، ويقوم رئيس الغرفة المختصة بتعيين مقررا للقيام بإجراء التدقيقات من اجل مراجعة حسابات التسيير، وذلك بموجب أمر ويقوم هذا الأخير بمفرده أو بمساعدة قضاة آخرين أو مساعدين تقنيين في مجلس المحاسبة بمراجعة وفحص التدقيقات في الحسابات والوثائق الثبوتية. (الامر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة).

وبعد الانتهاء من معاينه، يقوم المقرر بإعداد تقريرا كتابيا مرفقا بملاحظاته واقتراحاته ، ويعرضه على رئيس الفرع المعني الذي يمكنه بان يأمر بإجراء تدقيق إضافي أو أعمال أخرى من أجل تحسين نوعية التقرير، و يودع المقرر تقريره بعد استكماله قانونا مصحوبا بكل عناصر الملف لدى كتابة الضبط في الغرفة ليسلم إلى رئيس الفرع ويتم تقديم وتسليم التقرير إلى رئيس الغرفة.

يرسل رئيس الغرفة كل الملف إلى الناظر العام لتقديم استنتاجاته الكتابية ، ليعرض في الأخير كل الملف على التشكيلة المداولة للنظر والبت فيه بقرار نهائي إذا لم تسجل أي مخالفة

على مسؤولية المحاسب العمومي وبقرار مؤقت في الحالات الأخرى أي إقرار مسؤوليته. (شلالي ، 2002)

كما يحدد المرسوم التنفيذي رقم 91-312 المؤرخ في 1991/09/07 ، شروط الأخذ بمسؤولية المحاسبيين العموميين، وإجراءات مراجعة باقي الحسابات وكيفيات اكتتاب تامين يغطي مسؤولية المحاسبيين العموميين حيث تنص المادة 02منه على ما يلي: "لا يؤخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين المالية إلا الوزير المكلف بالمالية أو مجلس المحاسبة وفقا للمادة 46من القانون رقم 90-21 المؤرخ في سنة1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية والمادة 68 من القانون رقم 90-32 المؤرخ في 1990/12/04 المتعلق بتنظيم مجلس المحاسبة وسيره". (شلالي ، 2002، صفحة 92).

يوقع كل من رئيس الجلسة والمقرر المراجع وكتابة الضبط على القرار النهائي، يكتسي هذا القرار الصيغة التنفيذية قياسا على قرارات الجهات القضائية التنفيذية، يبلغ القرار إلى الناظر العام والمحاسبين والأعوان المعنيين والوزير المكلف بالمالية لمتابعة التنفيذ بكل الطرق القانونية.

وقد تشكلت مخالفة أو خطأ ما خرقا صريحا لقواعد الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية وتلحق ضررا بالخزينة العمومية أو هيئة عمومية يختص مجلس المحاسبة بتحميل كل مسير أو عون تابع لمؤسسات أو المرافق أو الهيئات العمومية الخاضعة لرقابته مسؤولية هذا الخطأ.

ومن هنا فللمجلس أن يعاقب عن هذه الأخطاء والمخالفات بغرامات يصدرها في حق مرتكبيها لا تتعدى المرتب السنوي الإجمالي الذي يتقاضاه العون المعني عند ارتكابه للخطأ المعاقب عنه، وهذا ما أكدته المادة 89من الأمر 95-20، تنص حيث على: "يعاقب على المخالفات المنصوص عليها في المادة 88أعلاه بغرامة يصدرها مجلس المحاسبة في حق مرتكبي هذه المخالفات، لا يمكن أن يتعدى مبلغ الغرامة المرتب السنوي الإجمالي الذي يتقاضاه العون المعني عند تاريخ ارتكاب المخالفة، لا يمكن الجمع بين الغرامة المحكوم بها إلا في حدود المبلغ الأقصى المحدد في الفقرة 02من هذه المادة ".

وللمجلس أيضا صلاحية أن يعاقب بغرامة كل عون أو مسير أو مسؤول لدى هيئة عمومية خاضعة لرقابته والذي يكون قد تهاون في أداء التزاماته بغرض الحصول على كسب مالي لمصلحته الشخصية أو يكون قد خرق أحد الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها فاذا

ما كشفت نتائج تدقيقات مجلس المحاسبة التي تضبطها الغرفة المختصة قانونا بان المخالفة المرتكبة تمثل خرقا صريحا لقواعد الانضباط في مجال الميزانية فهنا يوجه رئيس الغرفة تقريرا مفصلا إلى رئيس المجلس المحاسبة فصد تبليغه إلى الناظر العام الذي بعد تلقيه المعلومات الإضافية التي يطلبها عند الاقتضاء من الغرف القطاعية المختصة، يقوم إما بحفظ الملف بموجب قرار معلل، إذا كان لا مجال للمتابعة وأما أن يقوم بالمتابعة ويحرر بذلك استنتاجاته التي توصل إليها كتابيا ويرجع الملف إلى رئيس مجلس المحاسبة قصد فتح التحقيق (الامر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة)، وهذا يقوم رئيس مجلس المحاسبة بتعيين مقرر من بين المستشارين لدراسة الملف.

خاتمة:

سمحت لنا دراسة موضوع مجلس المحاسبة بين الصلاحيات والمهام، إلى إعطاء رؤية وتحليل للموضوع، فوجدنا أن الرقابة المالية لها مهام أساسية في تحقيق مشروعية ونظامية العمليات المالية وتطابقها مع التشريع والتنظيم المعمول بهما.

فالرقابة المالية لا تكون لها فعالية إلا إذا منحت لأجهزة مستقلة تتكفل بحماية الأموال العامة، فرغم الدور الإيجابي والفعال للرقابة كونها تتم بعد تنفيذ الميزانية العامة مما يعني أن الملاحظات من جانب الهيئة المختصة تتم على أساس الواقع وليس التقدير، لذلك فإنها تكون اقدر على اقتراح الإصلاحات في المستقبل إلا أنها لم تعد كافية في الدول المعاصرة، مثل الجزائر، لان ترك الإدارة تراقب نفسها بنفسها في هذا المجال لم يعد مقبولا أو مستوعبا والدليل على ذلك كثرة جرائم الفساد، ووجود تجاوزات وانحرافات مالية والتي يعود مصدرها الأول والأساسي انعدام الإشراف والرقابة على السلطة التنفيذية عند قيامها بتنفيذ الميزانية .

أما فيما يخص الرقابة اللاحقـــة التي هي محور دراستنا و المتمثلـــة في مجلس المحاسبة لا تخلو بدورها من عيوب من بينها، أنه لا يمكن الكشف عن المخالفات المالية التي هي عن عمد أو خطأ أو إهمال إلا بعد أن تكون الأموال العامة قد تم إنفاقها بالفعل، حتى ولو كان هذا الأسلوب يقلل من وقوع المخالفات إلا أنها لا تمنع ارتكابها، وإنما اكتشافها بعد وقوعها بالإضافة إلى أن اكتشاف هذه المخالفات قد يأتي بعد وقت طويل من ارتكابها، بحيث يمكن فيه الشخص المسؤول قد تم تغييره إما بانتقاله لوظيفة أو عمل أخر أو تقاعد، وهذا ما يقلل من قيمتها من جهة، وعدم إمكانيتها من الحد من الفساد وانتشاره.

كما توصلنا أيضا إلى أن سبب تهميش هذا الجهاز يعود إلى طبيعة الواقع الذي يفرضه النظام السياسي القائم الذي يسعى إلى هيمنة السلطة التنفيذية على حساب الهيئات الأخرى، لهذا فان هذا الوضع لا يسمح ببروز أو ظهور أي جهاز رقابي يتمتع بالاستقلالية الحقيقية والقدرة على المراقبة وتحقيق الفعالية المطلوبة، فرقابة المجلس ترتبط بمدى استعداد السلطات العمومية على تقبلها وحرصها لممارستها على جميع مصالح الدولة دون استثناء والعمل على تنفيذ قراراته وتوصياته دون أي إهمال، وهكذا يصبح الدور الذي يؤديه المجلس له أهمية من خلال تمتع أعضائه بالاستقرار و الحصانة الكافية في أداء مهامهم مما يجعلهم يؤمنون بإلزامية تطبيق القانون والعمل خلافا لذلك سيؤدي بهم إلى تحمل المسؤولية المالية بغض النظر عن النقائص التي يعاني منها هذا الجهاز، والمتمثلة في عدم الاكتراث بالتقارير الرقابية التي يعدها عدم وجود الجزاءات المناسبة في حالة ارتكاب أخطاء جزائية، فقدان أعضاءه للاستقلالية سواء من الناحية الوظيفية أو العضوية، عدم وجود ضمانات قانونية ومادية تمكن قضاة مجلس المحاسبة من تأدية وظائفهم على الوجه المطلوب، بالرغم من ذلك يمكن تجاهل دوره في مجال الرقابة اللاحقة لأموال الدولة بصفة كلية فيجب على المشرع تدعيمه بشكل يتلاءم مع مكانته القانونية وذلك بعلاجه بواسطة، وجود إلزام قانوني على كافة السلطات الإدارية لضرورة الرد على تقارير الرقابة في مدة معنية، نشر تقارير الرقابة التي يجريها مجلس المحاسبة بصورة علنية وتضمين تلك التقارير الإجراءات حيال المخالفين منح قضاة مجلس المحاسبة وأعوانهم الاستقلالية سواء من الناحية الوظيفية أو العضوية وحمايتهم من كل أشكال الضغوطات، تبني استراتيجية شاملة في مجال إنتاج المعلومات المتعلقة بالفساد ومظاهره، تفعيل دور أجهزة الرقابة المالية في مواجهة الفساد، إضافة إلى تنمية القدرات المؤسساتية للفاعلين الإداريين والمراقبين على مستوى مجلس المحاسبة، التنسيق بين مجلس المحاسبة ومختلف الأجهزة الرقابية حتى يتمكن كل جهاز من الاطلاع على عمل كل منهما ممارسة الرقابة على السلطات العليا مثل: السلطتين التشريعية والتنفيذية تحقيقا للعدالة، إعطاء للمجلس كهيئة قضائية سلطة إصدار عقوبات جزائية لمرتكبي الأخطاء ضرورة استقلالية يكون بدعم هذه الهيئات القائمة بالرقابة بالمزيد من الحياد والنزاهة في أداء المهام الموكلة إليها، مع العلم أن هذه الإصلاحات والتوصيات لا يمكن لها تفعيل دور هذا الجهاز إذا لم تجسد على أرض الواقع.

النتائج والتوصيات:

فبالرغم من الإصلاحات المتتالية التي عرفتها المجلس فإنه لم يرقى لبلوغ التصور الذي يصبو إليه والشفافية التي يسعى إلى تحقيقها في تسيير الأموال العمومية فقد بقيت هذه التصورات والأهداف كمجرد فكرة حالمة وكذا بالنسبة للفعالية التي يرمي إلى ترسيخها في سبيل الرقابة المالية ولعل قصور الرقابة التي يؤديها المجلس تكمن في جملة الأسباب أهمها ما يلي:

- عدم الاكتراث بالتقارير المقدمة من طرف المجلس وإهمال مضمونها من ملاحظات وتوجيهات قيمة من شأنها تورية قواعد ومبادئ الرقابة على الأموال العمومية.
- تهميش الدور الاستشاري لمجلس المحاسبة، حيث لرئيس الجمهورية أو رئيس الهيئة التشريعية إخطار المجلس لإبداء رأيه حول بعض المسائل والملفات ذات الأهمية الوطنية لكن نادرا جدا ما يتم اللجوء إليه لإبداء رأيه حول هذه المسائل وحق فيما يتعلق بالمشاريع التمهيدية لقانون المالية وضبط الميزانية التي أصبحت لا تعرض حتى على الهيئة التشريعية.
- فقدان مجلس المحاسبة للاستقلالية الوظيفية والعضوية وتأثير السلطة التنفيذية على قرارات المجلس والتقصير في متابعة القضايا التي يكشف عنها المجلس لوجود مصالح متبادلة بين المتهمين الذين يكشف عنهم المجلس.
- كما أن دور المجلس في مكافحة الفساد المالي يعتمد على الرقابة المنتهكة المتمثلة في تقديم تقارير مفصلة يحررها ويضعها بين رئيس الجمهورية لإعلامه بالملفات والقضايا التي يكشفها المجلس لأن أقصى ما يملكه المجلس هو طلب المخالفين للتحقيق الجنائي والإداري وقراراته لا تجوز أي حجيته ولا يملك إلا توصية.

رغم ما سبق ذكره من دور ريادي أصبح مجلس المحاسبة في حماية المال العام من الفساد المالي بموجب ما تدعم به من آليات ووسائل رقابية إلا أنه لا يزال لم يرقى إلى المستوى المنتظر منه كهيئة رقابية قوية ولم تحقق الأهداف الموجودة منه.

ومن خلال هذه النتائج نقترح بعض التوصيات علي الشكل التالي:

- من أجل ضمان أقصى لدرجة فعالية الرقابة يجب أن تنتج المراقبة بالإشهار الواسع لإفادة أكبر عدد ممكن من المسؤولين وإعلام الرأي العام.
- وضع التشريعات المالية التي تغطي كافة الأمور المالية للدولة، تكون مرنة وتواكب التغييرات المستمرة في النواحي العالمية المالية والاقتصادية.

- إعلان نتائج رقابة المجلس للرأي العام من خلال التقارير السنوية وجعل هذا الإجراء إلزامي من خلال تعديل صياغة 16 من الأمر رقم 95-20 وذلك نظرا لدورة الكبير في نوعية الرأي العام والتأثير في نفوس المخالفين للقواعد والأنظمة.
- الدعوة إلى نشر التقارير في الجريدة الرسمية الجزائرية بصفة دورية ومستمرة ضرورة إنشاء مجلس للرقابة في الجماعات المحلية (الولائية والبلدية).

قائمة المراجع:

المؤلفات:

-بعلي محمد الصغير، يسري أبو العلا (2003)، المالية العامة، دار العلوم، عنابة.

النصوص القانونية:

- القانون رقم 08-14، مؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ج ر ج ج د ش، عدد 44، صادرة في 2008/08/03.
- قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية، ج ر ج ج د ش، عدد 12 الصادر في 29 /2012/02.
- قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، ج ر ج ج د ش، عدد 37 الصادر في 2011/07/03.
- الأمر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل و المتمم بالامر 02/10 المؤرخ في 2010/08/26
- الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 1966/06/08، الجريدة الرسمية عدد 48 صادرة في 1966/06/10 ، متعلق بقانون الإجراءات الجزائية معدل ومتمم بموجب القانون رقم 11-06 المؤرخ في 2011/03/22 الجريدة الرسمية ، عدد 19 صادرة في 2011/03/27
- المرسوم الرئاسي 95-377، المؤرخ في 1995/11/20، يحدد النظام الداخلي لمجلس المحاسبة، جريدة رسمية العدد 72 صادرة في 1995/11/20.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-56 المؤرخ في 22 يناير 1996، يحدد انتقاليا الإحكام المتعلقة بتقديم الحسابات إلى مجلس المحاسبة، جريدة رسمية عدد 06، صادرة 1996./01/24.

الأطروحات:

شلالي رضا، (2002-2001)، تنفيذ النفقات العامة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

أمجوج نوار، (2007-2006)، مجلس المحاسبة نظامه و دوره في الرقابة على المؤسسات الإدارية، جامعة منتوري ، قسنطينة.

طيبي سعاد، (2009)، المالية المحلية ودورها في عملية التنمية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر.

الأمن الطاقوي في الجزائر: رؤية تحليلية للبرنامج الوطني للطاقات المتجددة للفترة ما بين 2011-2030

Energy Security in Algeria: An Analytical Vision for the National Renewable Energies Program for the Period 2011-2030

عائشة بن النوي
جامعة باتنة-01-، الجزائر
Aicha.bennoui@univ-batna.dz

تاريخ الاستلام: 2020/08/08 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/29

****

ملخص:

تعتبر قضية الامن الطاقوي من القضايا الأساسية التي تشغل الرأي العالمي خصوصا في ظل تزايد الطاقة الموجهة لدواعي التنمية الاقتصادية، من جهة أخرى فإن إعتماد العالم على مصادر طاقوية ناضبة لم يعد كافيا لإشباع الطلب المتزايد على الطاقة، لذا نلاحظ مجهودات دولية لتنويع الطاقوي والإستثمار فيها يعرف بالطاقات المتجددة، ومن جهتها أعطت الجزائر كغيرها من الدول أهمية كبيرة للطاقات المتجددة تجسدت في إطلاق برامج طموحة لتطويرها تمثلت أساسا في البرنامج الوطني للطاقات المتجددة للفترة ما بين 2011-2030، وبالتالي كان الهدف من الدراسة اكتشاف النهج الطاقوي في الجزائر، ومن ثم تحليل لاهم المصادر المتوفرة عليها واهم الملاح الكبرى البارزة للبرنامج الوطني للطاقات المتجددة، وهو الامر الذي يبرز أهمية هذا الموضوع التي تكمن في مدى إدراك الحكومة الجزائرية لضرورة التغيير الطاقوي ومواجهة التحديات في تحقيق والحفاظ على امنها الطاقوي

الكلمات المفتاحية : الطاقة، الطاقة المتجددة، الامن الطاقوي، الجزائر

Abstract:

The issue of energy security is considered one of the main issues that occupy global opinion, especially in light of the increase in energy directed to the reasons for economic development on the other hand, the world's dependence on depleted energy sources is no longer sufficient to satisfy the increasing demand for energy, so we note international efforts to diversify and invest in energy known as energies For its part, Algeria, like other countries, gave great importance to renewable energies, which was embodied in the launch of ambitious programs to develop them, mainly

represented in the national program for renewable energies for the period between 2011-2030, and therefore the aim of the study was to discover the energy approach in Algeria, and then analyze the most important resources available. It is the most important and prominent navigator of the national program for renewable energies, which highlights the importance of this issue, which lies in the extent of the Algerian government's awareness of the need for energy change and facing challenges in achieving and maintaining its energy security.

Key words: energy, renewable energy, energy security, Algeria.

مقدّمة:

يحظى موضوع الطاقة بالاهتمام البالغ منذ العقود الماضية لما يحمله من أهمية إقتصادية تتمثل في تشغيل وسائل الإنتاج والمشاريع الإقتصادية التنموية، وأهمية سياسية تتمثل في امتلاك النفوذ والهيمنة والسيطرة، والمتتبع لتوزيع مصادر الطاقة يجد ذلك الاختلال الكبير في توزيعها ما بين دول الشمال المتقدمة ودول الجنوب النامية حيث أن جل منابع الطاقة تتركز في دول الجنوب مما يجعلها محط أطماع وتنافس لدول القوى الكبرى وعرضة لتعميق التبعية و الاستغلال ، والجزائر ضمن هذه المنظومة حالها كحال دول الجنوب فباعتبار مؤهلات والإمكانات التي تمتلكها بخصوص الطاقة سواء منها التقليدية كالنفط والغاز أو مصادر الطاقة المتجددة تضعها أمام رهان لهذه الدول الكبرى من جهة وأمام تحدي ذاتي حول كيفية الاستغلال الناجع لهذه الثروة.

وقد تصاعد الحديث في الآونة الأخيرة عن الأمن الطاقوي و عن الطاقة المتجددة كطاقة بديلة مستمرة تغطي العجز الذي تعانيه الطاقة التقليدية وان لم تلغه بإعتبارها طاقة بديلة نابعة من مصادر الطبيعة الدائمة والمستمرة والمتجددة، كالطاقة الشمسية وطاقة الرياح والمياه والكتلة الحية ....وغيرها، والملاحظ على هذه المصادر أنها تتمركز أكثر في بعض دول الجنوب وفي مقدمتها الجزائر مما جعل العديد من الدول الكبرى تسعى للاستثمار و الشراكة معها في مصادر هذه الطاقة خاصة لما تحمله من تكاليف باهضه لاستغلالها والاستثمار فيها والتي تعجز الدول المصدر منفردة على القيام بها.

و لقد أخذت الجزائر المبادرة لخوض غمار التجربة في الإستثمار في الطاقة المتجددة كطاقة بديلة عن الطاقة الأحفورية الناضبة، من أجل تعزيز أمنها الطاقوي وتحقيق التنمية المستدامة وحفظ حق الأجيال القادمة في الثروات الطبيعية لدولتهم هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تحفيز

الإستثمارات التنموية مما يجعلها أمام رهان كيفية الاستغلال الانجع لمصادر الطاقة المتجددة في الجزائر.

المبحث الأول: الإطار النظري للدراسة

المطلب الأول: إشكالية الدراسة: إن الامن الطاقوي لأي بلد في العالم يعتبر قضية استراتيجية و ذات أولوية لصانعي السياسات ومنفذيها، بل و يتعدى الامر إلى حد جعل الأمن الطاقوي بمثابة الامن القومي للبلد، و تزخر الجزائر بثروات و موارد طاقوية هائلة و تشتمل هذه الموارد على صنفين اثنين، الصنف الأول و هو موارد الناضبة أو الفانية مع استهلاكها و تتمثل في الوقود الأحفوري من نفط و غاز طبيعي، وصنف ثاني يتمثل في موارد متجددة و غير قابلة للنضوب و الفناء(سمير، 2015، ص108)، و يعد الإستثمار في الطاقات المتجددة مدخل حقيقي لتجاوز الأزمات التي يمكن أن تتعرض لها الموارد الطاقوية سواء من حيث الوفرة او من حيث الميكانيزمات التي تتحكم في سوق الطاقة العالمية و منه تهديد أمن الدولة الطاقوي و إستقرار الجزائر، وقد قامت الجزائر في الشروع في تكريس مقاربة الطاقات المتجددة من تكريس الأهداف المستدامة من خلال اللجوء إلى موارد طاقوية غير تقليدية(ليلى، 2020، ص163) ففي هذا السياق سطر السلطات العمومية في الجزائر جملة من الأهداف الطموحة فيما يتعلق بالانتقال الطاقوي (تطوير الطاقات المتجددة) و تحقيق قدر معين من النجاعة الطاقوية و ذلك في آفاق 2030 و ما تضمنه هذا البرنامج للإنتقال الطاقوي نحو نظام متنوع مبني على العقلانية الطاقوية، و إقتصاد الطاقة و الطاقات المتجددة و اقل انبعاثا للغازات الملوثة، مع إرساء قواعد التنمية الاقتصادية المستدامة و ضمان توفر إمدادات الطاقة اللازمة لذلك(عبد القادر، 2018، ص129) و إستنادا إلى ما تقدم و اعتبارا للغاية البحثية من وراء هذه الدراسة تستدعي طبيعة الموضوع و الجوانب المرتبطة به صياغة الإشكالية على النحو التالي: ماهي أبرز ملامح الواقع الطاقوي في الجزائر؟ و فيما تتمثل استراتيجية الجزائر الطاقوية لتعزيز امنها الطاقوي وفق برنامج الطاقة المتجددة للفترة ما بين 2011-2030؟

المطلب الثاني: الهدف من الدراسة : و تهدف الدراسة إلى:

- التعرف على ماهية الأمن الطاقوي
- التعرف على واقع و مستقبل الطاقات المتجددة في الجزائر
- إبراز دور و مصادر الطاقة المتجددة في تعزيز إمدادات الطاقة في الجزائر
- عرض أبرز المشاريع و الاستراتيجيات التي قامت بها الحكومة الجزائرية في مجال الطاقات المتجددة

المطلب الثالث :أهمية الدراسة: وتكمن أهمية الدراسة في كونها تتناول و احدة من المواضيع المهمة الحديثة التي كثر حولها التنافس في الآونة الأخيرة كما تتجلى في إبراز دور المتزايد لمصادر الطاقة المتجددة في اقتصاديات الدول، و ذلك من اجل تحفيز الدولة الجزائرية على زيادة و تسريع الإستثمار في هذا المجال حت يكون لها دور ريادي في السوق الطاقوية المستقبلي و تعزيز أمنها الطاقوي

المطلب الرابع :منهجية الدراسة: لتحقيق الهدف من الدراسة تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي لكونه ملائما لعرض المفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسة وذلك من أجل تجميع المعلومات والحقائق المتعلقة بالموضوع ثم تحليلها للوصول إلى معرفة تفصيلية بالموضوع.

المطلب الخامس .التأصيل النظري و المفاهيمي لمصطلحات الدراسات:

الفرع الأول: أدبيات أساسية تتعلق بالطاقة:

***مفهوم الطاقة**: لقد حجزت الطاقة مكانا لها في الادبيات الاقتصادية أكثر من مرة و لقد وردت عدة تعاريف للطاقة في مختلف الأبحاث و الدراسات و عليه يمكن تعريف الطاقة كمايلي:

* **الطاقة** هي أحد المقومات الرئيسية للمجتمعات المتحضرة و تحتاج إليها كافة قطاعات المجتمع في الحياة اليومية، إذ يتم استخدامها في تشغيل المصانع، بالإضافة إلى الحاجة الماسة في تسيير و تحريك وسائل النقل المختلفة و غير ذلك من الأغراض(نبيل، 2012، ص04)

* **الطاقة** هي الوسيلة الرئيسة التي يعتمد عليها الإنسان لتحقيق عالم افضل راحة و اكبر سعادة و رفاه أمثل كما انها تعتبر المفتاح الرئيسي لنمو الحضارة الإنسانية على امتداد الحقب التاريخية لحياة الإنسان على الأرض، ومنه يمكن قياس مدى تقدم الإنسان من قدرته على التحكم بالطاقة و مصادرها و استغلالها بالصورة التي تعطي افضل النتائج(سمير، عادل، 2015، ص148)

الفرع الثاني:. التعريف الاصطلاحي للطاقات المتجددة: هي عبارة عن مصادر طبيعية دائمة وغير ناضبة ومتوفرة في الطبيعة سواء كانت محدودة او غير محدودة ولكنها متجددة باستمرار، وهي نظيفة لا ينتج عن استخدامها تلوث بيئي نسبيا، كما نعني بالطاقة المتجددة الكهرباء التي يتم توليدها من الشمس والرياح والكتلة الحيوية والحرارة الجوفية والمائية وكذلك الوقود الحيوي والهيدروجين المستخرج من المصادر المتجددة، او هي تلك المصادر الطبيعية غير الناضبة والمتوفرة

في الطبيعة سواء كانت محدودة او غير محدودة الا انها متجددة، وهي نظيفة لا ينتج عن استخدامها تلوث بيئي(محمد، محمد، 2012، 142)

تعريف الطاقات المتجددة في القانون الجزائري: بالرجوع الى المادة 03 من القانون 04-09 المتعلق بترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة تعرفها كما يلي: اشكال الطاقات الكهربائية او الحركية او الحرارية او الغازية المحصل عليها انطلاقا من تحويل الاشعاعات الشمسية وقوة الريح والحرارة الجوفية والنفايات العضوية والطاقة المائية وتقنيات استعمال الكتلة الحيوية(ليندة، سهيلة، 2019، ص150)

تعريف وكالة الطاقة العالمية : تتشكل الطاقة المتجددة من مصادر الطاقة الناتجة عن مسارات الطبيعة التلقائية كأشعة الشمس والرياح التي تتجدد في الطبيعة بوتيرة اعلى من وتيرة استهلاكها(عبد الله، 2018)

تعريف الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغيير المناخ : الطاقة المتجددة هي كل طاقة يكون مصدرها شمسي جيوفيزيائي او بيولوجي والتي تتجدد في الطبيعة بوتيرة معادلة او اكبر من نسب استعمالها وتتولد من التيارات المتتالية و المتواصلة في الطبيعة كطاقة الكتلة الحيوية والطاقة الشمسية وطاقة باطن الأرض حركة المياه طاقة المد والجزر في المحيطات وطاقة الرياح , كما توجد العديد من الاليات التي تسمح بتحويل هذه المصادر الى طاقات أولية كالحرارة والطاقة الكهربائية الى طاقة حركية باستعمال تكنولوجيات متعددة تسمح بتوفير خدمات الطاقة(ليندة، سهيلة، 2019، ص150)

الفرع الثالث: مفهوم الامن الطاقوي: هناك صعوبة في التوصل لتعريف محدد لأمن الطاقة، وذلك في ظل تباين مدلول المفهوم ما بين الدول المصدرة والمستوردة لمصادر الطاقة، وكذا التباين بين دولة وأخرى داخل كل مجموعة، غير أنه ومن أجل تحقيق أمن الطاقة ينبغي التعاون ما بين الدول المنتجة والمستهلكة، والتعامل مع قضية الطاقة من منظور اقتصادي بعيدا عن الاعتبارات الأمنية بما يضمن توافر المصادر الكافية والآمنة من الطاقة للدول المستوردة، وضمان السيطرة لدول المنتجة على مصادرها القومية للطاقة، بما يمكنها من تحقيق مكانة دولية وإقليمية أفضل بما يتوازى مع ما تملكه من مصادر للطاقة(عمر، دحمان، 2018، ص356)

- **الأمن الطاقوي** يعبر عن إتاحة مصادر الطاقة التي يعتمد عليها بكميات كافية واستقرار نسبي وأسعار مقبولة بالنسبة للدول المستوردة والمستهلكة لهذه المصادر، وبالتالي فإن تعرض هذه الموارد للنقص الحاد وانخفاض الكميات المعروضة للبيع أو ارتفاع هذا يعني نقص في تأمين الطاقة(عمر، دحمان، 2018، ص356)

- وتعرف **وكالة الطاقة الدولية أمن الطاقة** بأنه توافر مصادر الطاقة دون انقطاع بأسعار معقولة؛ و أمن الطاقة له العديد من الجوانب: أمن الطاقة على المدى الطويل تتعامل أساسا مع الاستثمارات في الوقت المناسب لتوفير الطاقة بما يتماشى مع التطورات الاقتصادية والاحتياجات البيئية. ومن ناحية أخرى، أمن يركز الطاقة على المدى القصير على قدرة نظام الطاقة على الاستجابة الفورية للتغيرات المفاجئة في التوازن بين العرض والطلب

- و يعرف أيضا ان الطاقة من خلال ثلاثة مظاهر، فالمظهر الأول يقوم على تقليص أو تحديد إمكانات التعرض في الدولة او منطقة ما لانقطاع في توافر الطاقة من مصدرها و هو بعد قصير المدى، و المظهر الثاني للمفهوم هو العمل بضمان سريان النظام العالمي للطاقة و توافر الكمية المطلوبة منها سواء نفطا او عازا و غيرهما مع تزايد الطلب، و ثالث المظاهر هو العمل على تطوير أشكال إستهلاك الطاقة و ترشيده تقنيا لتقليل الضرر بالبيئة من اجل تنمية متوازنة(ليلى، 2020، ص165)

المبحث الثاني: الواقع الطاقوي في الجزائر

المطلب الأول :مصادر الطاقة

الفرع الأول: المصادر الطاقوية وفق معيار أصل المصدر: و تضم مجموعتين(نذير، 2016، ص57)

* **مصادر طبيعية**: هي المصادر الموجودة في الطبيعة و ليس للإنسان دخل في ذلك، وتشمل هذه المصادر الطاقة الشمسية، طاقة الرياح، الوقود الأحفوري بأنواعه المختلفة)الفحم، البترول، الغاز الطبيعي

***مصادر صناعية** :هي المصادر التي تنشأ عن نشاط الإنسان وذكائه في الاستفادة من بعض الظواهر الطبيعية كالتقنيات المستخدمة في عملية توليد الطاقة الكهربائية

الفرع الثاني: المصادر الطاقوية وفق المعيار الإقتصادي الاقتصادي(ريم، عبد الرحمان، 2017، ص248)

***مصادر تجارية** هي المصادر القابلة للتجارة و تتمثل في البترول، الغاز الطبيعي والفحم و هي تمثل حوالي 90 %من الطاقة المستغلة حاليا

***مصادر غير تجارية**: هي الطاقة التي لا يتاجر فيها و لم يتم استغلالها إلا في القرن العشرين، و تتمثل في الطاقة الشمسية ، طاقة الرياح...

الفرع الثالث: المصادر الطاقوية وفق المعيار البيئي: و التي تضم

***مصادر نظيفة(صديقة) للبيئة**: و هي مصادر نظيفة بيئيا لا تترك أي مشاكل بيئية عند استخدامها و الجدير بالذكر هنا ان معظم الطاقة المتجددة نظيفة بيئيا

***مصادر ملوثة للبيئة**: وهي المصادر التي يصحبها مخلفات للبيئة عند استخدامها و تضم هذه المجموعة البترول، الفحم، و الغاز الطبيعي، و اليورانيوم

الفرع الرابع: المصادر الطاقوية وفق معيار الديمومة و مدى قدراتها على التجدد

***المصادر غير المتجددة(الناضبة)**: وهي التي يكون رصيدها في الطبيعة ثابت و يتناقص عبر الزمن مع زيادة عمليات الاستخدام أو الاستخراج مما يجعلها معرضة للنفاذ إذا لم يتم اكتشاف كميات جديدة منها تعوض المستخدم و تساعد على المحافظة على الرصيد حيث أن نقصها يضع قيدا على عملية التنمية و تضم هذه المجموعة البترول، الفحم، و الغاز الطبيعي (ريم، عبد الرحمان، 2017، ص248)

***المصادر المتجددة(غير الناضبة)**: هي المصادر التي يتزايد الرصيد المتاح منها للنمو الطبيعي و تبقى متجددة و يظل احتياطاتها قائمة لكن بشرط ألا يزيد معدل استغلالها عن المعدل الطبيعي لتجددها مع إعتماد عمليات إعادة الاستخدام وهي نظيفة لا تؤدي إلى تلويث البيئة عكس الطاقة التقليدية ومن اهم المصادر الطاقوية المتجددة نجد: الطاقة الشمسية، و طاقة الرياح، طاقة الحرارية و طاقة المد و الجزر، و الطاقة المائية للبحار و المحيطات

المطلب الثاني: السياق الطاقوي في الجزائر

إن أهم ما يميز السياق الطاقوي في الجزائر هو الإرتباط الوثيق بالمحروقات(بترول –غاز الطبيعي)، و ذلك أن 98% من مداخيل الجزائر هي مداخيل قطاع المحروقات في حين أن النمو المتزايد للطلب الداخلي الاستهلاكي من البترول والغاز الطبيعي مع محدودية المخزون الاستراتيجي لهذه المادة، تجعل التحول الطاقوي نموذجا طاقويا متسم بالديمومة أمرا حتميا وعليه فإن ترشيد الاستهلاك المحلي و تحقيق الفعالية الطاقوية أصبح من الأهداف الاستراتيجية أي نموذج جديد للاستهلاك الطاقوي أما من الجانب الاستهلاكي فإن 40% من الطاقة تستعمل من طرف العائلات و 30% من طرف قطاع النقل في حين لا يمثل قطاع الصناعة سوى 20% من الاستهلاك الكلي(عبد القادر، 2018، ص133)

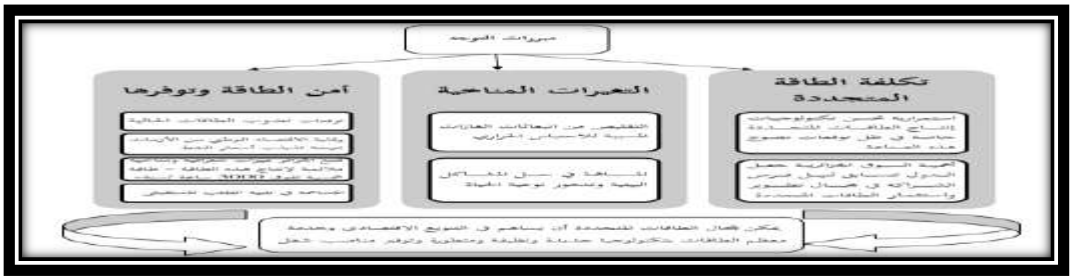
وعن النموذج الاستهلاكي للطاقة في الجزائر فغنه يرتكز على الطاقات التقليدية حيث انه فيما يخص المنتوجات البترولية تم إستهلاك 18 مليون طن سنة 2015 مقابل 8 ملاين سنة 2005 (منها

80% وقود) و سوف يتضاعف خلا سنة 2020 إذا ما إستمرت الوتيرة على هذا النهج أما فيما يخص الغاز الطبيعي ففي سنة 2015 وصل الاستهلاك إلى 40 مليار متر مكعب فهو في تزايد مستمر، اما من حيث المستهلكين فإن العائلات تستهلك 60% كطاقة كهربائية المنتجة بنسبة 98% عن طريق الغاز الطبيعي مع الإشارة هنا ان معدل إستهلاك الغاز الطبيعي في الجزائر هو 34.44% من الاستهلاك الكلي للطاقة في حين ان المعدل العالمي 22%(ريم، 2018، 2018، ص10)

المطلب الثالث: دوافع توجه الجزائر نحو الطاقات المتجددة

و هو ما يمكن توضيحه من خلال الشكل التالي

الشكل رقم 01: دوافع توجه الجزائر نحو الطاقات المتجددة



المصدر: حميدة اوكيل، فتيحة خوميجة، **الطاقة المتجددة ودوروها في تحقيق سياحة البيئية**، ورقة مقدمة ضمن الملتقى الوطني حول "**إستغلال الطاقات المتجددة لخدمة السياحة و دوروها في تحقيق التنمية المستدامة**، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة أمحمد بوقرة، بو مرداس، الجزائر، 24أفريل 2019

المطلب الرابع: إمكانيات و مقومات الطاقة المتجددة في الجزائر

تملك الجزائر بعض المقومات أي المصادر الطاقوية المتجددة التي يمكن لها أن تطور الطاقة المتجددة في الجزائر يمكن إيجازها فيما يلي

- **الطاقة الكهربائية18**: تملك الجزائر نظام كهربائي يتكون من 50محطة كهربائية، ومن شبكة نقل مترابطة تغطي شمال البلاد من الشبكات المعزولة التي تمون مناطق الجنوب البعيدة عن الشبكة المترابطة، إضافة إلى بعض المنتجين الذاتيين (المجمعات الصناعية الكبرى) الذين ينتجون الكهرباء لسد حاجاتهم وذلك باستعمال وسائل إنتاج خاصة
- **الطاقة الشمسية**: تعتبر الطاقة الشمسية أكبر البدائل عن البترول في مجال إنتاج الكهرباء فهي تكنولوجيا جديدة نسبيا وتمثل مكانة واعدة في المجال الطاقوي فمواردها كبيرة و آثارها على البيئة محمدو وتؤمن للبلدان الأكثر عرضة لأشعة الشمس في العالم فرصة مماثلة لتلك التي تؤمنها حاليا مزارع الرياح في البحار الأوروبية ذات الشواطئ الأكثر عرضة للرياح، وفي هذا الإطار تتميز الجزائر بكونها بلد منتج قوي مصدر للطاقة فهي تستفيد من خلال موقعها الجغرافي بكميات كبيرة

من الشمس الذي يمثل منتجا هائلا للطاقة يتجاوز 5 مليار ميقاواط في السنة وتعتبر من أعلى حقول الشمسية في العالم والجدول التالي و الذي يوضح ضخامة الطاقة الشمسية في الجزائر

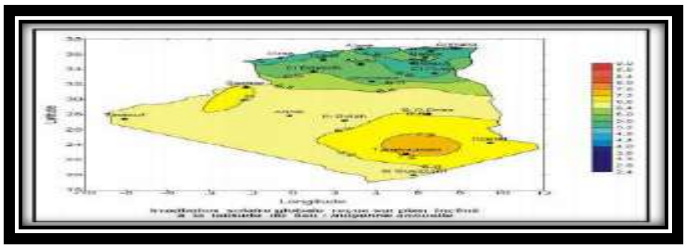
الجدول رقم01: الطاقة الشمسية الكامنة في الجزائر

المناطق	المنطقة الساحلية	الهضاب العليا	الصحراء
المساحة%	**4**	**10**	**86**
مدة الإشعاع الشمسي(ساعة/ السنة)	**2650**	**3000**	**3500**
الطاقة المتوفرة في المتوسط(كيلوواط م3 /السنة)	**1700**	**1900**	**2650**

المصدر: ليلى لعجال، **الإنتقال نحو الطاقة المتجددة كمقاربة لتحقيق الامن الطاقوي في الجزائر**، المجلة الجزائرية للأمن و التنمية، المجلد09، العدد16، جامعة باتنة، 2020، ص167

إن القراءة الأولية للجدول توضح مدى غنى الجزائر من هذه الطاقة أين يتعدى متوسط مدة الإشعاع الشمسي 2600 ساعة في السنة ليصل إلى3500 ساعة في المنطقة الصحراوية التي تمثل نسبتها من الجزائر 86 %من المساحة الإجمالية كما أن متوسط الطاقة قد يصل 2650 2 كيلوواط/م /سنة أين تمثل 4 مرات مجمل الاستهلاك العالمي للطاقة، 5000 مرة الاستهلاك الجزائري من الكهرباء و60 مرة استهلاك أوربا المقدر بـ 3000 تيراواط ساعي/ السنة و فيما يلي يوضح الشكل التالي شدة الإشعاع الشمسي في مختلف مناطق الوطن

الشكل رقم02: المتوسط السنوي لشدة الإشعاع الشمسي في مختلف مناطق الوطن(كيلوواط/م3 /السنة

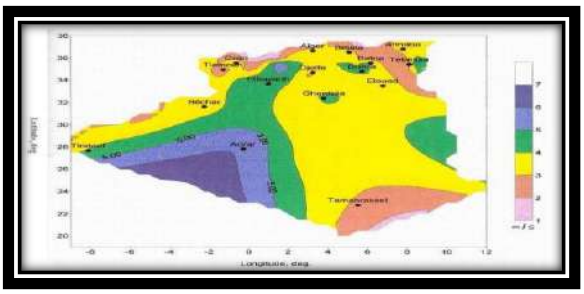


المصدر: سعيدة طيب، سنوسي بن عبو(2018)، **استراتيجية طاقوية و طنية لتحقيق الإنتقال الطاقوي على مدى 2030**، مجلة المفكر للدراسات القانونية و السياسية، العدد03، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي بو نعامة خميس مليانة، ص169

❋ **طاقة الرياح**: تنقسم الجزائر إلى منطقتين جغرافيتين كبيرتين متميزتين، الشمال والجنوب، الشمال الذي يحده البحر الأبيض المتوسط، ويتميز بساحل يمتد على 1200 كلم، وتضاريس جبلية كالأطلس التلي والأطلس الصح اروي، حيث تتموقع بينهما السهول والهضاب العليا ذات المناخ القاري، المتميز بمعدل سرعة رياح غير مرتفعة جدا، غير أننا نجد مناخات فصلية على المواقع

الساحلية لوهران وعنابة، وبالهضاب العليا لتيارت، وكذا المناطق التي تحدها بجاية شمالا وبسكرة جنوبا، أما الجنوب فهو يتميز بسرعة رياح أكبر منها بالشمال، خاصة الجنوب الغربي، إذ تتعدى 4م/ثانية وتصل إلى 6م/ثانية بمنطقة أدرار ، و عليه يمكن القول أن سرعة الرياح في الجزائر تتراوح ما بين 0 إلى 6م/ثا وهي طاقة ملائمة لضخ المياه خصوصا في السهول المرتفعة، لقد أتاح وضع خارطة لسرعة الرياح و كذا الطبعة الجديدة للأطلس الرياحي في جانفي 2018 لتحديد الطاقة المولدة من الرياح المتوفرة في الجزائر وكلك المناطق شديدة الرياح، قابلة لاحتضان تجهيزات توليد الطاقة من الرياح، وقد قدرت القدرة التقنية للطاقة المولدة من الرياح لهذه المناطق بحوالي 172 تيراواط/ساعة سنويا، منها 37تيراواط/ساعة سنويا قابلة للاستغلال من الناحية الاقتصادية(الأميرعبد القادر، شعبان، 2016، ص04)

الشكل رقم03: خريطة الرياح في الجزائر



المصدر: محمد سالمي، الدراجي مدراق(2018)، **رهانات وخبرة الجزائرفي مجال الطاقة المتجددة**، ورقة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى العلمي الدولي الخامس حول "**استراتيجيات الطاقة المتجددة و دورها في تحقيق التنمية المستدامة-دراسة تجارب بعض الدول-** ، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة البليدة2، يومي 24/23 أفريل ، ص10

- **الطاقة الكهرومائية**(عبد القادر، 2018، ص134): و تبلغ حصة إنتاج الكهرباء من الطاقة المائية بالحضيرة الوطنية بنسبة 1% أي 286 ميغاواط و ترجع هذه الاستطاعة الضعيفة إلى العدد القليل من السدود من جهة و عدم إستغلال الموارد المتوفرة من جهة أخرى، و تتمركز هذه المنشآت في المناطق الشمالية تقدر الكميات المتساقطة على التراب الوطني بـ 68 مليار متر مكعب لكن أغلبها ال يستغل وتتجه نحو البحر وتقدر الموارد بـ المتجددة حاليا 25 مليار م3 منها حوالي 3/2 لموارد المياه السطحية، يوجد حاليا 103 سد اً منها 50 سدا في الخدمة(مسعود، حنان، 2018، ص06)والجدول الموالي يوضح محطات توليد الطاقة الكهرو مائية في الجزائر

الجدول رقم02: محطات توليد الطاقة الكهرو مائية في الجزائر

المحطات	الطاقة المركبة(ميغاواط)	المحطات	الطاقة المركبة(ميغاواط)
درقينة	71.5	غريب	7000

إغيل إمدا	24	قوريات	6.425
منصورية	100	بوحنيفة	5.700
أراقن	16	واد فوضة	15.600
سوق الجمعة	8.085	بني بهدل	3.500
تيزي مدان	4.458	تسالة	4.228
إغزيشيل	2.712	المجموع	286

المصدر: محمد مداحي ، يوسف قاشي (2018)، **واقع الإستثمار في الطاقات المتجددة و دوره في تحقيق الامن الطاقوي العالمي عرض حال الجزائر**، ورقة بحثية مقدمة لفعاليات المؤتمر الدولي الخامس حول: استراتيجيات الطاقات المتجددة ودورها في تحقيق التنمية المستدامة تجارب بعض الدول، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، يومي23-24أفريل جامعة البليدة2، الجزائر، ص17

❋ **الطاقة الحرارية الجوفية:** يشكل الكلس في الشمال الجزائري احتياطيا 200 منبع مياه معدنية ،هاماً لحرارة الأرض الجوفية ويوجد أكثر من في شمال شرق وشمال غرب البلاد حارة واقعة أساسا. إذ تبلغ غالبا، درجة حرارة هذه المنابع 40 درجة مئوية، وأقصاها منبع حمام المسخوطين، بدرجة حرارة تصل الى 90 مئوية .تعتبر هذه الينابيع الطبيعية تسربات لخزانات باطنية حارة ذات تدفق طبيعي ذاتي يبلغ 2 متر مكعب بالثانية، ولا تمثل إلا جزءا يسيرا من إمكانيات إنتاج هذه الخزانات .وأكثر هذه الخزانات يمتد نحو الجنوب، إذ يشكل التكون القاري الكبيس خزانا واسعا من حرارة الأرض الجوفية، يمتد إلى ألاف الكيلومترات المربعة، يتم استغلال هذا الخزان المسمى بالطبقة الالبية، من خلال الحفر للحصول على تدفق يصل إلى 4 متر مكعب بالثانية، حيث تصل درجة حرارة هذه الطبقة إلى 57 مئوية .إن استغلال تدفق الطبقة الالبية والتدفق الطبيعي للمنابع يمثل استطاعة تبلغ 700 ميغاواط (عبد القادر، 2018، ص134):

❋ **طاقة الكتلة الحيوية:**(محمد، يوسف، 2018، ص17)

أ- احتياطي الخشب: وفي هذا المجال تنقسم الجزائر إلى منطقتين:

- منطقة الغابات الاستوائية والتي تحتل مساحة تقدر 000. 25000 هكتار أي أكثر بقليل من 10 %من المساحة الإجمالية للبلاد.
- المنطقة الصحراوية للجزائر التي تغطي أكثر من 90 %من المساحة الإجمالية

ب-الاحتياطي الطاقوي من نفايات المنازل والنفايات الزراعية وهي تقدر إجمالا ب864 مليون ط ن/ السنة، منها 2.26م.طن من نفايات منازل و 6.389 م. طن نفايات زراعية

المبحث الثالث: دراسة تحليلية للبرنامج الوطني لتطوير الطاقات المتجدد ة للفترة ما بين 2011-2030

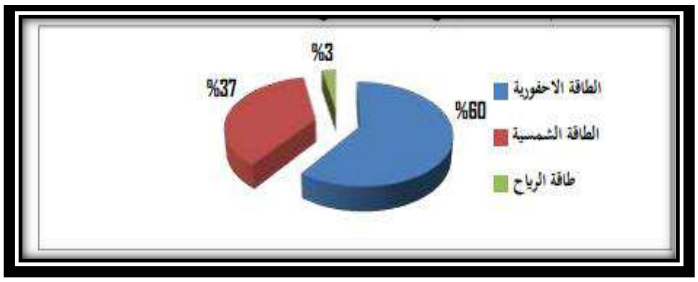
المطلب الأول: الملامح الكبرى للبرنامج الوطني لتطوير الطاقات المتجددة في الجزائر2011-2030

يشتمل برنامج الطاقة المتجددة من 2011 إلى نهاية 2030 على إنجاز60 محطة شمسية كهروضوئية وشمسية حرارية، وحقول لطاقة الرياح، ومحطات مختلطة، ويكون إنجازز مشاريع الطاقات المتجددة لإنتاج الكهرباء المخصصة للسوق الوطنية على ثلاث مراحل:

- **المرحلة الأولى:** ما بين 2011-2013 وتخصص لإنجاز المشاريع الريادية (النموذجية) لاختيار مختلف التكنولوجيات المتوفرة.
- **المرحلة الثانية:** ما بين 2014-2015 سوف تتميز بالمباشرة في نشر البرنامج.
- **المرحلة الثالثة:** ما بين 2016-2020 وسوف تتميز بالمباشرة في نشر على المستوى الواسع

وهذه المراحل تجسد استراتيجية الجزائر التي تهدف إلى تطوير جدي لصناعة حقيقية لطاقة مرفقة ببرامج تكويني وتجميع المعارف التي تسمح باستغلال المهارات المحلية الجزائرية ، وترسيخ النجاعة الفعلية فالجزائر تعتزم بأن تسلك نهج الطاقات المتجددة قصد إيجاد الحلول الشاملة ودائمة للتحديات البيئية والمشاكل للحفاظ على الموارد الطاقوية ذات الأصول الأحفورية كما يعتبر هذا الخيار الاستراتيجي كجانب تحفيزي في الإمكانات العامة للطاقة الشمسية(محمد، يوسف، 2018، ص18)، حيث تشكل هذه الأخيرة المحور الأساسي للبرنامج الوطني المسخر للطاقة الشمسية الحرارية والكهروضوئية كحصة معتبرة فإنتاج الطاقة الشمسية سيبلغ سنة 2030 بما يقدر بـ 37% من مجمل الإنتاج الوطني للكهرباء، وبالرغم من القدرات الضعيفة فالبرنامج لم يستثني طاقة الرياح التي تشكل المحور الثاني للتطوير والتي يجب ان تقارب حصتها 3% من مجمل الإنتاج الوطني للكهرباء في سنة 2030 وهو ما سيوضحه الشكل التالي

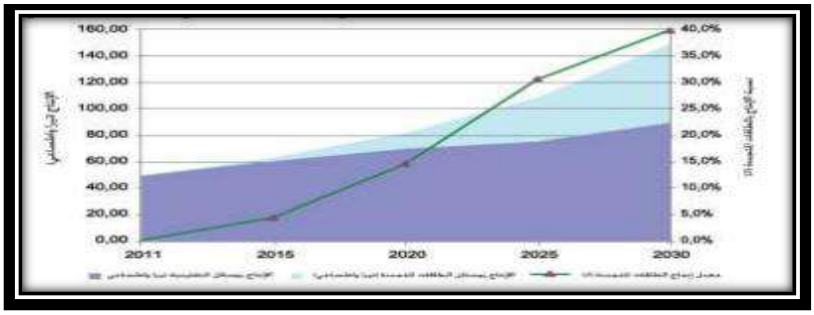
الشكل رقم03: إنتاج الطاقة المتوقع لسنة 2030



المصدر: محمد مداحي، يوسف قاشي(2018)، **مرجع سابق**، ص17

يتضح من هذا الشكل أن البرنامج الوطني لتطوير الطاقات المتجددة، والذي صادقت عليه الحكومة في 03 فيفري 2011 ينص على توليد 40 %من الكهرباء مع آفاق 2030 انطلاقا من مصادر غير أحفوريه، والنسبة الأكبر سوف تكون من الطاقة الشمسية، لما توليه الجزائر من اهتمام بهذا المصدر بالنظر إلى القدرة الشمسية التي تتمتع بها، والتي تعد الأهم في البحر الأبيض المتوسط وستسمح هذا الاستراتيجية للجزائر بالتموقع الفعال في هذا المجال وممولا كبيرا للكهرباء الخضراء للسوق الاوروبية، كما تعتزم الجزائر تأسيس لعدد من الوحدات التجريبية الصغيرة بهدف اختبار مختلف التكنولوجيات في ميادين طاقات مختلفة، ويمكن توضح التوجهات الحالية والمستقبلية لمساهمة الطاقات المتجددة في هيكل الإمداد في الجزائر من خلال الشكل التالي:

الشكل رقم04:تغلغل الطاقات المتجددة في الإنتاج الوطني(تيراواط ساعي)

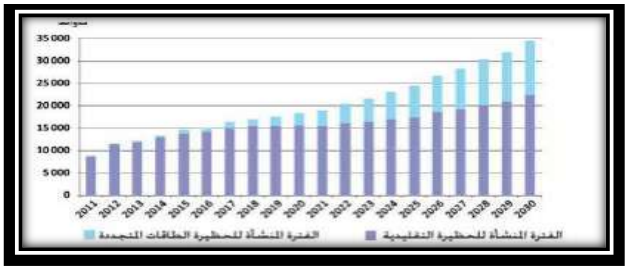


المصدر: محمد مداحي، يوسف قاشي(2018)، مرجع سابق، ص18

يوضح الشكل أن الطاقات التقليدية تمثل النسبة الاهم في هيكل الإمداد ضمن عملية الإنتاج، إلا أن ذلك لا يعني عدم تطور نسبة الاعتماد على الطاقات المتجددة، حيث تتخذ الجزائر استراتيجية طاقوية تشمل عدة فروع إنتاج، وبرنامج الطاقات المتجددة في الجزائر(ليندة، سهيلة، **2019**، **155**) يعرف بالمراحل التالية :

- في سنة 2013 :يتوقع تأسيس قدرة إجمالية تقدر بَ 110 ميغاواط
- في سنة 2015 :يتم تأسيس قدرة إجمالية تقارب 650 ميغاواط
- في أفق 2020:ينتظر تأسيس قدرة إجمالية بحوالي 2600ميغاواط واحتمال تصدير ما يقرب 2000 ميغاواط
- في أفق 2030 :من المرتقب تأسيس قدرة تقدر بحوالي 12000 ميغاواط للسوق الوطني ومن المحتمل تصدير ما يقرب 10000 ميغاواط وهذا ما يوضحه الشكل التالي

الشكل رقم 05:حظيرة هيكلة الإنتاج الوطني للطاقات التقليدية والمتجددة(ميغاواط)



المصدر: محمد مداحي، يوسف قاشي(2018)، مرجع سابق، ص19

وبرنامج الطاقات المتجددة قد ركز على تطوير الطاقة الشمسية بنوعيها الضوئية والحرارية وكذا الطاقة الهوائية كما هو موضوح في الجدول التالي:

جدول رقم 03:الطاقة الشمسية وطاقة الرياح في ظل برنامج الطاقات المتجددة في الجزائر

نوع الطاقة	السنوات من 2011-2020		السنوات من 2021-2030	
الطاقة الشمسية الضوئية	انجاز مشاريع تقدر بـ	MW 800	انجاز مشاريع تقدر بـ	MW 200
الطاقة الشمسية الحرارية	2011-2015		2021-2023	
	انجاز مشروعين مع التخزين	MW 150 لكل واحد	انجاز مشاريع تقدر بـ	MW 500
	انجاز مشروع محطة مختلطة غازية شمسية بحاسي الرمل	MW 150 منها MW 25 من الطاقة الشمسية		
	2016-2020		2024-2030	
	انجاز أربع محطات مع التخزين	MW 1.200	انجاز مشاريع تقدر بـ	MW 600
طاقة الرياح	2013-2011		2016-2030	
	تأسيس أول مزرعة هوائية بأدرار	MW 10	انجاز مشاريع تقدر بـ	1.700 MW
	2014-2015			
	انجاز مزرعتين هوائيتين	MW 20 لكل واحدة		

المصدر: تم إعداده بالاعتماد على: وزارة الطاقة والمناجم: "برنامج الطاقات المتجددة والفعالية الطاقوية"، الجزائر، مارس 2011.

ووعيا منها بالتحديات الطاقوية والبيئية المرتبطة بتنويع المزيج الطاقوي، وإرادة الاقتصاديات الكبرى للعالم في تقليص أكثر في اللجوء إلى للطاقات الأحفورية، التزمت الجزائر ببرنامج واعد لتطوير الطاقات المتجددة، تماشيا مع المعطيات الاقتصادية والسياسية وبالموازاة مع إعادة توجيه النمط العالمي للاستهلاك الطاقوي نحو حلول بديلة جديدة تستجيب لاحتياجات العالمية، لذلك يعد البرنامج الجزائر لتطوير الطاقات المتجددة حلا لاستغلال مصادر شمسية وهوائية غير متناهية بهدف المساهمة في التكفل بالطلب الداخلي للكهرباء وتصدير جزء من هذا الطاقة نحو البلدان الأوروبية.

المطلب الثاني: السياسات الداعمة لعمل البرنامج الوطني للطاقات المتجددة 2011-2030

اعتمدت الحكومة الجزائرية على سلسلة من التوصيات لتعزيز ودعم الطاقات المتجددة من خلال وضع اطار عمل واطار قانوني ملائم , وتم انشاء الصندوق الوطني للتحكم في الطاقات المتجددة والطاقات ذات التوليد المشترك FNMEERوالذي يتم تغذيتها ب 15%من الارادات النفطية(عبد النعيم، فوزي، 2017، 463) و تتمثل هذه الإجراءات فيمايلي:

الفرع الأول: البحث و التطوير: : اعتمدت السياسات الداعمة لبرنامج الطاقات المتجددة على البحث العلمي , لتطوير برنامج الطاقات المتجددة لتجعله حافزا حقيقيا لتطوير الصناعة الوطنية وفي هذا الا طار بالإضافة الى مراكز البحث الملحقة بالمؤسسات مثل:

- **مركز البحث و التطوير لترقية و عقلنة استعمال الطاقة(APRUA)**
- **الشركة المختصة في تطوير الطاقات المتجددة (NEAL)** : وقد ارتكزت على مجموعة من الهيئات و المؤسسات الاقتصادية , حيث تهتم كل منها في حدود اختصاصها بتطوير الطاقات المتجددة اذ توجد ثلاث هيئات تابعة لوزارة التعليم العالي ونذكر منها (عبد النعيم، فوزي، 2017، 463):

***مركز تطوير الطاقات المتجددة CDER**: أنشئ في 22 مارس 1988 ببوزريعة، وهو مركز مكلف بإعداد وتطبيق برامج البحث والتطوير العلمي والتكنولوجي ووضع أنظمة طاقوية الاستغلال الطاقة الشمسية، وطاقة الرياح، والطاقة الحرارية الأرضية، والكتلة الحيوية والهيدروجين.

***وحدة تطوير التجهيزات الشمسية UDES**: أنشئت في 9 جانفي 1988 ببوسماعيل مكلف بتطوير التجهيزات الشمسية والقيام بدراسات تقنية اقتصادية وهندسية , وكذلك انجاز نماذج أولية محدودة، وإنتاج تجريبي نموذجي متعلق بالتجهيزات الشمسية ذات المفعول الحراري او بفعل الانارة الفولتية ذات الاستعمال المنزلي والصناعي والفلاحي، كما يعمل على انتاج التجهيزات والأنظمة الكهربائية الحرارية الميكانيكية التي تدخل في تطوير التجهيزات الشمسية و استعمال الطاقة الشمسية.

***وحدة تطوير تكنولوجيا السيليسيوم USTD** وأنشئت سنة 1988 وتعمل هذه الوحدة تحت وصاية وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، تتمثل مهمتها في اجراء اعمال البحث العلمي والابداع والتقييم والتكوين لما بعد التدرج في ميادين العلوم وتكنولوجيات المواد، والأجهزة نصف الموصلة للتطبيقات في عدة ميادين ، كما تسهم بالتعاون مع الجامعات في تطوير المعرفة وتحويلها الى مهارة تكنولوجية ومنتجات ضرورية للانتعاش الاقتصادي و الاجتماعي

***وحدة البحث التطبيقي في الطاقة المتجددةURAER** أنشئت سنة 1999 بغرداية، تابعة لمركز تطوير الطاقات المتجددة، مهمتها التعاون مع الجامعات والمراكز البحثية الأخرى من خلال البحث والتدريب في مجال الطاقات المتجددة.

***وحدة الأبحاث التطبيقية في مجال الطاقة المتجددة في المناطق الصحراوية URERMS** أنشئت وحدة البحث في الطاقات المتجددة في الوسط الصحراوي بأدرار)محطة تجريب الأجهزة الشمسية في الوسط الصحراوي سابقا(في سنة 1988).فهي مؤسسة ذات طابع علمي تحت

وصاية وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، يتلخص نشاطها أساسا في القيام بنشاطات البحث والتجريب لترقية وتطوير الطاقات المتجددة في المناطق الصحراوية، وإعادة هيكلة مؤسسات البحث(عبد المعيم، فوزي، 2017، ص464).

***المعهد الجزائري للطاقات المتجددة: IARE** يقوم بدور أساسي حيث يضمن بصفة نوعية تطوير الطاقات المتجددة ، ويشمل التكوين في ميادين الهندسة والامن والتدقيق الطاقوي وتسيير المشاريع.

الفرع الثاني: الإطار القانوني و الإجراءات التحفيزية و الجبائية:

- **الاطار القانوني**: إن تطوير الطاقات المتجددة في الجزائر أصبح مؤطرا بمجموعة من النصوص القانونية كالآتي

***القانون رقم 09-99 المؤرخ في 28 جويلية 1999**: ويهدف الى تحديد الشروط السياسية الوطنية للتحكم في الطاقة ووسائل تطورها ووضعها في حيز التنفيذ : كما يشمل مختلف التدابير والإجراءات المتخذة من اجل ترشيد استهلاك الطاقة وتطوير استهلاك الطاقات المتجددة والتقليل من اثر النظام الطاقوي على البيئة من خلال تخفيض إصدارات الغازات

القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 : ينص هذا القانون على فتح مجال المنافسة في انتاج وتوزيع الكهرباء من خلال منح المتعاملين حق الدخول في انتاج الكهرباء وتوصيلها الى الشبكة الوطنية للكهرباء بدون تمييز مع الحفاظ على مهام الخدمة العمومية كنقل الكهرباء

القانون رقم 09-04 المؤرخ في 04 اوت 2004 : بموجب هذا القانون حددت التدابير العامة الخاصة بإنشاء المراكز و المعدات الكهربائية كالقواعد والتقنيات المطبقة على المنشآت الكهربائية والانارة العمومية , كما نص على انشاء المرصد الوطني للطاقات المتجددة.

قانون المالية التكميلي لسنة 2009: المتضمن انشاء صندوق للطاقات المتجددة ويتم تمويله عن طريق احتساب 0.5%من الجباية البترولية. (الغالي، ياسين، 2018، ص15)

مرسوم تنفيذي رقم 11_252 المؤرخ في 14 يوليو 2011 :يهدف هذا المرسوم الى دعم الاستثمار في الكهرباء والتوزيع العمومي للغاز

مرسوم تنفيذي رقم 16-121 المؤرخ في 06 أفريل 2016: يهدف هذا المرسوم الى التحكم في الطاقة والطاقة المتجددة

- **الإجراءات التحفيزية و الجبائية**(حميد، عاشور، 2017، ص276):

- يمكن لحاملي المشاريع في مجال الطاقات المتجددة الاستفادة من المزايا الممنوحة بموجب الأمر03-01 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001 المتعلقة بتطوير الإستثمار

- يمكن منح امتيازات مالية و جبائيه و جمركية للأنشطة و المشاريع التي تسهم في تحسين الفعالية الطاقوية و ترقية الطاقات المتجددة
- زيادة على ذلك تستفيد هذه الأنشطة من المشاريع من الامتيازات المنصوص عليها في إطار التشريع و التنظيم المتعلقين لترقية الإستثمار لصالح الأعمال ذات الأولوية.

المبحث الرابع: التحديات الراهنة للأمن الطاقوي في الجزائر

تواجه الجزائر تحديات أمنية تمس صميم أمنها الطاقوي و حتي الوطني ناتجة عن عديد العوامل المختلفة و المتنوعة نتيجة تبعيتها المطلقة لهذا القطاع و التي نذكر منها(حميد، عاشور، 2017، ص276)::

المطلب الأول: تحدي و تذبذب و إنخفاض أسعار الطاقة في السوق الدولية: حيث سجل تراجع الأسعار في السوق الدولية انحدارا تنازليا عن عتبة 109 دولار للبرميل في جانفي 2014 لينزل إلى عتبة أقل من 30 دولار للبرميل سنة 2016 و هو أكبر إنخفاض تشهده الأسعار منذ انهيارها المؤقت عام 2008 بسبب الأزمة المالية العالمية، حينما وصل سعر البرميل الواحد من النفط 37 دولار في ديسمبر 200833 و يرجع هذا التراجع إلى إنخفاض الطلب العالمي على الطاقة نتيجة تباطؤ معدلات النمو الاقتصادي لدى الدول الكبرى الصناعية(الصين، الهند و دول شرق آسيا و دول منطقة اليورو)، فضلا عن وفرة فائضا في العرض الطاقوي تجاوز مليوني برميل ، وهذا بسبب دخول النفط الصخري الأمريكي إلى السوق الدولية ، وقرار الأوبك بعدم خفض سقف إنتاجها و إبقائه في حدود 30 مليون برميل يومي(حميد، عاشور، 2017، ص276)زيادة في تحسن على كفاءة إستخدام الطاقة في الدول المتقدمة، و بالتالي انعكس هذا الواقع بصفة مباشرة على حالة الامن الطاقوي الجزائري بما انعكس بدوره على عائدات الجزائر من تصدير هذا المورد حيث انخفضت بنسبة9% عام 2014إلى 40% سنة 2015 لتتمثل نتائج هذا التراجع في عجز الميزان التجاري للجزائر

المطلب الثاني: تحدي زيادة الاستهلاك المحلي ما يرافقه من دعم الأسعار:

لقد بلغ إستهلاك الطاقة في السوق المحلي الداخلي للجزائر مقدار 52 مليون طن مكافئ نفط عام 2013 ، ويزداد هذا الاستهلاك بنسبة سنوية تقارب8% بالنسبة إلى الوقود و 7% بالنسبة للغاز الطبيعي، و12% بالنسبة إلى الكهرباء مع توقع زيادة كبيرة نتيجة تواصل عمليات تغطية و ربط مناطق البلاد بالكهرباء و الغاز فمثلا في سنة 2013 لم يصل عدد المستفيدين من غاز المدينة سوى 3 مليون مشترك فقط، ويضاف إلى هذا التحدي تحدي مرافق آخر و هو دعم الدولة لأسعار الطاقة في السوق المحلي الذي يشكل قيمة 10 % (عبد المجيد، 2015) من الناتج المحلي الطاقوي.

المطلب الثالث: تحدي ثورة الغاز الصخري و تراجع قيمة الموارد الطاقوية :

دفعت طفرة إنتاج الغاز الصخري في الولايات المتحدة إلى توازنات جديدة في سوق الطاقة الدولية و تزداد رهانات هذه التوازنات على الامن الطاقوي العالمي مع ضخامة تقديرات احتياطات هذا المورد الطاقوي حيث تقدر إدارة المعلومات الطاقة الامريكية حسب دراسة شملت 40 دولة في العالم إلى ان احتياطات العالم من الغاز الصخري موجودة بالصين بنحو 1100 ترليون م3 ، تليها الأرجنتين بنحو 800 مليون ترليون م3، ثم الولايات المتحدة الأمريكية بنحو 660 مليون ترليون م3، بينما لا تحوز الجزائر إلا على 20 مليون ترليون م3 فقط، فغن سوق الطاقة سيشهد حسب التوازنات الجديدة لا تصب في صالح الدول المنتجة للطاقة الأحفورية التقليدية، هذا من جهة و من ناحية أخرى فغن تكنولوجيا إستخراج هذا المورد موجودة في الولايات المتحدة الامريكية و بعض الدول الأوروبية فقط فضلا عن تأخر الجزائر على هذه العملية سيجعلها تخسر أسواقها الطاقوية مستقبلا

المطلب الرابع: غياب السياسات المحفزة للاستثمار: ونقصد بذلك غياب السياسات التي تدعم التوجه وتصب نحو الطاقات البديلة أو المتجددة، من جهة أخرى ضعف الحوافز المادية والكفاءات للاستثمار في مجال الطاقة المتجددة كالطاقة الشمسية.

المطلب الخامس: نقص البنية التحتية في مجال الطاقة المتجددة: ونقصد بذلك غياب المؤسسات التي تحتاج إلى الطاقة المتجددة من جهة، وغياب ونقص تأهيل المؤسسات والكفاءة لتطبيق مشاريع واستخدام الطاقة المتجددة.

خاتمة:

الجزائر اليوم واكثر من أي وقت مضى أصبح لزاما عليها إستغلال جميع إمكاناتها الطاقوية في ظل تراجع أسعار و احتياطي الموارد التقليدية و في نفس الوقت لابد على الحكومة الجزائرية ان تدرك التحديات المستقبلية التي يفرضها الأمن الطاقوي، و التي تصب في صالح الطاقات المتجددة لذا عليها ان تحرص على إنجاح البرنامج الوطني للطاقات المتجددة إلى عام 2030 و تضخ فيه المزيد من استثمارات و لا تخفضها وبهذه الإمكانيات يمكن أن تحقق الاكتفاء المحلي، وقد تصل إلى تصديرها إلى بلدان أخرى بإعتبارها سوقا رائدة في مجال الطاقة المتجددة، على العموم توصلنا من خلال هذه الورقة البحثية إلى مجموعة من النتائج أهمها:

- تعتبر الطاقات المتجددة بديلا حقيقيا و مكملا للطاقة الأحفورية و من اهم المصادر الطاقوية المستقبلية

- تلعب الطاقات المتجددة دورا هاما في ترجمة أبعاد التنمية المستدامة و تساهم مشاريعها التنموية في تحقيق المكاسب الاقتصادية و تحسين الأوضاع الاجتماعية و الحفاظ على الموروث البئي للأجيال القادمة
- تمتلك الجزائر إمكانات هائلة من الطاقات المتجددة، ما يحتم عليها ضرورة إستغلال جميع مواردها من أجل الحفاظ على أمنها الطاقوي و حت تكون عنصرا فاعلا في مستقبل السوق العالمي للطاقة
- يواجه إستغلال الطاقة المتجددة في الجزائر عدة تحديات أهمها إرتفاع التكلفة الرأسمالية للاستثمار في مشاريع الطاقة المتجددة و بطء و تيرة التحول نحو هذا النوع من الطاقات البديلة

بناءا حول ما سبق يمكن أن نتقدم ببعض الاقتراحات كما يلي:

*إنشاء مراكز في بحثية مجال الطاقة المتجددة يشارك بها القطاع العام والخاص لدفع مشروع الطاقة المتجددة في الجزائر

*تشجيع التعاون مع المؤسسات العلمية الأجنبية لتنفيذ برامج تدريبية للكوادر الجزائرية في مجالات الطاقة المتجددة

*الاستفادة من الظروف المناخية والمقومات الطبيعية لإقامة وتطوير الطاقة المتجددة في الجزائر من خلال بعض الشراكة مع المؤسسات الأجنبية المتطورة في هذا المجال

*الاهتمام بتطوير تكنولوجيات الطاقة في الجزائر

قائمة المراجع:

الاطروحات

-زغبي نبيل(2012)، **أثر السياسات الطاقوية للاتحاد الأوروبي على قطاع المحروقات في الاقتصاد الجزائري**، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر.

-غانية نذير(2016) ، **استراتيجية التسيير الأمثل للطاقة لأجل التنمية المستدامة**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر.

المقالات:

-بن حامد سمير(2015) ، "**الجزائر و تحديات الأمن الطاقوي بين إستهلاك مصادر الطاقة الناضبة و تطوير الطاقات المتجددة**، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير و العلوم التجارية، العدد15، جامعة المسيلة، الجزائر.

-بوزرورة ليندة، قطاف سهيلة(2019) ، **برنامج تطوير الطاقات المتجددة و الفاعلية الطاقوية في الجزائر في الفترة 2015-2030**، مجلة دفاتر إقتصادية، المجلد11، العدد02، جامعة الجلفة، الجزائر

-بوعروج ريم(2012) ، **الشركة الجزائرية للكهرباء و الغاز- الجزائر**، مجلة كهرباء العرب، الاتحاد العربي للكهرباء، العدد18

-حفوظة الأمير عبد القادر، شعبان أعمر سعيد(2016)، **الطاقات المتجددة في الجزائر كبديل للطاقة التقليدية واقع وآفاق**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، دراسات إقتصادية ، المجلد10، العدد28، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، الجزائر

-دفرور عبد النعيم ، محيريق فوزي ، مخزومي لطفي(2017) ، **الطاقات المتجددة كمدخل لضمان الامن الطاقوي و الأمن البيئي في الجزائر**، مجلة العلوم الإنسانية، العدد46، جامعة بسكرة، الجزائر

-رسول حميد ، حيدوسي عاشور(2017) ، **فرص التنويع الاقتصادي على ضوء التحديات الراهنة للامن الطاقوي الجزائري**، مجلة التنمية الاقتصادية، العدد3، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي ، الجزائر

-روشو عبد القادر(2018) ، **البعد التنموي المحلي للتحول الطاقوي في الجزائر-دراسة في المخطط الطاقوي 2011-2030**، مجلة الاقتصاد و التنمية البشرية، المجلد09، العدد3، جامعة البليدة2، الجزائر

-قصوري ريم ، أولاد زاوي عبد الرحمان(2017)، **تفعيل تبني الطاقات المتجددة لتعزيز الامن الطاقوي**، مجلة دراسات وأبحاث إقتصادية في الطاقات المتجددة، المجلد02، العدد07، جامعة باتنة01، الجزائر

-كسيرة سمير ، مستوى عادل(2015) ، **الإتجاهات الحالية لإنتاج و إستهلاك الطاقة الناضبة و مشروع الطاقة المتجددة في الجزائر-رؤية تحليلية و آنية و مستقبلية**، مجلة العلوم الاقتصادية و العلوم التجارية، العدد14، جامعة المسيلة، الجزائر

-لعجال ليلى ، **الإنتقال الطاقوي نحو الطاقة المتجددة كمقاربة لتحقيق الامن الطاقوي بالجزائر**، المجلة الجزائرية للأمن و التنمية، المجلد09، العدد16، جامعة باتنة01، 2020

-مؤذن عمر ، بن عبد الفتاح دحمان ، **مستقبل الامن الطاقوي للجزائر بين الطاقة المتجددة و الغاز الصخري**، مجلة البشائر الاقتصادية، المجلد1، العدد4، جامعة بشار، 2018

المدخلات

-بوخروبة الغالي، بوبكر ياسين(2018)، **الإستثمار في الطاقات المتجددة السبيل لتحقيق الامن الطاقوي و البيئي في الجزائر البرنامج الجزائري للطاقات المتجددة 2011-2030** ، مداخلة بالملتقى الدولي الخامس حول: الإنفاق البيئي بين حاجات التنمية المستدامة ومتطلبات الحكم الراشد ، يومي 13و14 مارس جامعة تبسة ،الجزائر

-بوشيرب عبد الله(2018) ، **الطاقات المتجددة كبعد استراتيجي لتحقيق التنمية المستدامة في الجزائر**، مداخلة بالملتقى العلمي الدولي الخامس حول: استراتيجيات الطاقات المتجددة ودورها في تحقيق التنمية المستدامة، ، يومي 23و24 أفريل، جامعة لونيسي علي، البليدة02، الجزائر

-درواسي مسعود ، حاقة حنان(2018)، **آفاق الطاقات المتجددة في الجزائر مشاريع و إستراتيجية الطاقات المتجددة**، مداخلة بالملتقى العلمي الدولي الخامس حول: استراتيجيات الطاقات المتجددة ودورها في تحقيق التنمية المستدامة، ، يومي 23و24 أفريل ، جامعة لونيسي علي، البليدة02، الجزائر

-.راتول محمد ، مداحي محمد(2012) ، **صناعة الطاقة المتجددة بألمانيا و توجه الجزائر لمشاريع الطاقة المتجددة كمرحلة لتامين إمتدادت الطاقة الأحفورية و حماية البيئة**، مداخلة بالملتقى الدولي الأول حول: سلوك المؤسسات الإقتصادية في ظل رهانات التنمية المستدامة، يومي 20و21 نوفمبر ، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر

-سالمي محمد، مدراق الدراجي(2018)، **رهانات وخبرة الجزائر في مجال الطاقة المتجددة**، مداخلة بالملتقى العلمي الدولي الخامس حول: استراتيجيات الطاقات المتجددة ودورها في تحقيق التنمية المستدامة، يومي 23و24 افريل ، جامعة لونيسي علي، البليدة02، الجزائر.

-عطار عبد المجيد(2015) ، **تأثير إنخفاض أسعار النفط و سياسات مواجهته: حالة الجزائر**، ندوة دولية حول تداعيات إنخفاض أسعار النفط على الدول المصدرة، 7 نوفمبر، الدوحة ، قطر،

-مداحي محمد، قاشي يوسف(2018)، **واقع الإستثمار في الطاقات المتجددة ودورها في تحقيق الامن الطاقوي العالمي-عرض حال الجزائر-**، ورقة بحثية مقدمة لفعاليات المؤتمر الدولي الخامس: استراتيجيات الطاقة المتجددة و دورها في تحقيق التنمية المستدامة دراسة تجارب بعض الدول، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التجارية وعلوم التسيير، ، يومي 23-24/أفريل، جامعة البليدة2، الجزائر .

أحكام عقد الامتياز في العقار الصناعي-قراءة في أحكام الأمر 08-04

Provisions for concession in industrial property Analytical reading of law 08-04.

شربالي مواز(*)
جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر
m.cherbali@cu-aflou.dz

مقني بن عمار
جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر
AMAR.MEGUENI@univ-tiaret.dz

تاريخ الاستلام: 2021/04/28 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/28

****

ملخص:

يعتبر العقار الصناعي جزء من العقار الاقتصادي والمرتبط أساسا بنشاط الصناعة، والذي من شأنه دفع عجلة التنمية وترقية الاستثمار، ولقد عرف تحولات في أساليب تسييره واستغلاله.

سنحاول في هذه الورقة البحثية تناول أحد أساليب استغلاله من خلال ما نص عليه المشرع في الأمر 08-04المؤرخ في01-09-2008المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة الدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية وخلصنا إلى أن هذا المنح يبدأ بقرار إداري ثم يتم تجسيده في عقد إداري يسمى عقد الامتياز الذي يستند إلى فكرة الانتفاع دون حق التملك.

الكلمات المفتاحية : الأملاك الخاصة للدولة-قرار-عقار صناعي-عقد امتياز.

Abstract:

The industial real estate, is part of the economic property that pertains to industrial activity, which would drive development and promote investment, and he has known transformations in the methods

(*) المؤلف المرسل.

of managing and exploiting, Trougt what the legeslator in the order08-04 dated,01-09-2008,Conting the conditions and modalities for granting concessions on the private property of the state directed to implement investment projects.We concluded that this grant starts with an administrative decision and is then embodied in an administrative contract called a concession contract that is based on the idea of usufruct without the right to own.
Keywords: Private property of state, Décision, Industrial real estate, frachise contract.

مقدّمة:

إن أولويات الدخول في اقتصاد السوق وتدعيم فكرة الاستثمار من الناحية الاقتصادية، يتطلب من الدولة التدخل لإصلاح السياسة العقارية على اعتبار أن العقار هو الوسيلة المثلى للاستثمار سواء كان سياحيا أو فلاحيا أو اقتصاديا.

تبنت الجزائر أسلوب الامتياز كآلية قانونية جديدة من أجل النهوض بالاقتصاد الوطني في ظل الانفتاح الاقتصادي، فجاء إصدار بعض النصوص التشريعية لفتح المجال أمام المستثمرين الوطنيين والأجانب، كالمرسوم التشريعي 93-12المؤرخ في 15أكتوبر1993 الجريدة الرسمية العدد 49 لسنة 2008. الخاص بترقية الاستثمار الذي نص في المادة 23منه،على الامتياز، هذا النص الذي أقتصر على منح الامتياز في المناطق الخاصة فقط.

لكن بعد ذلك صدرت مجموعة من النصوص بموجب قوانين المالية، حاول من خلالها المشرع إيجاد نظام قانوني للعقار الصناعي الذي يعتبر من أهم العقبات التي تواجه المستثمر الخاص ميدانيا، وكثرت التعديلات في النصوص المنظمة لذلك بسبب كثرة المشاكل على أرض الواقع ولهذا فقد اهتدى المشرع إلى فكرة جديدة لاستغلال العقار الصناعي والتي من شأنها أن تكون بديلا لكل التشريعات السابقة في هذا المجال تتمثل في الاستغلال عن طريق ما يسمى بالامتياز الغير قابل للتنازل بموجب الأمر الأمر08-04 الجريدة الرسمية العدد 49 لسنة 2008.

لكن المشكل المطروح كيف يتم منح الامتياز في العقار الصناعي ؟ وما هي أهم الآثار المترتبة على هذا المنح؟

ومن أجل مناقشة الإشكاليات السابقة، اتبعنا المنهج التحليلي، باعتباره المنهج الأنسب لتحليل النصوص التشريعية والتنظيمية.

ووفقا لذلك قسمنا هذه الدراسة إلى مبحثين أساسيين:

فتناولنا في المبحث الأول إجراءات منح الامتياز في العقار الصناعي

وتناولنا في المبحث الثاني أهم الآثار الناجمة عن منح الامتياز في العقار الصناعي.

المبحث الأول: إجراءات منح الامتياز في العقار الصناعي

إن المشرع الجزائري وسعيا منه إلى تشجيع الاستثمار، عمل على تسهيل وتبسيط الإجراءات القانونية على مستوى الأجهزة التي لها علاقة بعملية منح الامتياز وتقديم الخدمات الإدارية المرتبطة بإنجاز الاستثمار وتذليل كل الصعوبات المحتملة على مستوى كل الأجهزة الإدارية التي لها علاقة بهذه العملية، قصد الحصول على الوعاء العقاري الذي يمكن المستثمر من إقامة المشروع الاستثماري، وأنه لا يتأتى ذلك، إلا بإتباع إجراءات قانونية سابقة لمنح حق الامتياز(مطلب أول)،وأخرى لاحقة له(مطلب ثاني).

المطلب الأول: الإجراءات السابقة لمنح الامتياز في العقار الصناعي

إن المراحل التي تسبِّق منح الامتياز تعتبر من أهم المراحل، التي يقوم بها الشخص المترشح سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا للاستفادة من حُق الامتياز على العقار الصناعي وقبل ذلك تعمل لجنة المساعدة التي تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي10-20 الجريدة الرسمية العدد 04 لسنة 2010، على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار، تقوم باقتراح منح الامتياز على الأراضي المتوفرة والمعنية بعملية المنح على أساس بنك معلومات تعده الأجهزة المالكة أو المكلفة بتسيير العقار الصناعي، حيث يتم التعرف على العقارات المتوفرة من طرف الراغب في الحصول على وعاء عقاري قصد إنشاء مشروع استثماري صناعي، إما بالحضور مباشرة إلى اللجنة السالفة الذكر أو تصفح بنك المعلومات أو الاطلاع على لوحة الإعلانات على مستوى الإدارات المعنية بهاته العملية، ومنه فعلى كل راغب أو أي حامل لمشروع استثماري بالتقدم لإعداد ملفه للاستفادة من حق الامتياز(فرع أول)،لتقوم الهيئة المختصة بدراسته(فرع ثاني).

الفرع الأول: إعداد ملف الترشح للاستفادة من حق الامتياز

بعد ضبط الموقع وتحديده، فعلى الراغب في المشروع الصناعي أن يودع ملفه أمام أمانة اللجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار، طبقا لنص المادة 05من المرسوم التنفيذي 10-20المؤرخ في12جانفي2010.

يتضمن هذا الملف بطاقة تقنية وصفية للمشروع، تحدد فيها مجال النشاط والتقويم الكمي والمالي للمشروع، التكنولوجيات المستعملة، إضافة إلى ذلك مخططات الاستثمار والتمويل وكذلك التدابير المتخذة من أجل المحافظة على البيئة، مناصب الشغل التي يمكن أن يوفرها هذا المشروع، كما يجب أن يرفق هذا الملف ببطاقة تقنية للعقار الذي وقع عليه الاختيار بحيث يحدد فيها، موقع العقار، مساحته حدوده...الخ ليتم تقديم هذا الملف للدراسة.

الفرع الثاني: دراسة ملف طلب الحصول على حق الامتياز

بعد إعداد الملف تأتي مرحلة دراسة الملف المقدم من طرف المتر شح قصد الاستفادة من حق الامتياز والتي تعد المرحلة الثانية، حيث تقوم أمانة لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار بعد استقبال طلبات المستثمرين بتحضير جدول أعمال الاجتماعات وذلك بالتنسيق مع مصالح الولاية، وهذا قصد دراسة الملفات من طرف أعضاء هاته اللجنة، والذين يستدعون على الأقل قبل 08أيام قبل موعد الاجتماع

تجتمع هذه اللجنة تتخذ قرارات أو تقدم ملاحظات ،(رأي بالموافقة على المشروع، تقديم وثائق، طلب معلومات إضافية.....الخ).

يتم تحرير محضر اجتماع من طرف الأمانة العامة للجنة بخصوص ذلك، يمضى من طرف أعضاء اللجنة الحاضرين، يتم إبلاغ أصحاب هذه الطلبات بكل القرارات أو الملاحظات كتابيا وفي حالة موافقة اللجنة على المشروع الاستثماري المقدم من طرف المستثمر تأتي مرحلة منح الامتياز.

المطلب الثاني: الإجراءات اللاحقة لمنح حق الامتياز في العقار الصناعي

بعد إبداء اللجنة المذكورة أعلاه رأيها بالموافقة على المشروع الاستثماري، يجب على صاحب المشروع الاستثماري أن يقدم الملف إلى المديرية الولائية لأملاك الدولة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المراد القيام عليه المشروع الاستثماري، والذي يحتوي على الوثائق التالية:

-محضر اجتماع لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار المتضمن الموافقة على منح امتياز العقار الصناعي للمعني.

-مخطط طبوغرافي للقطعة الأرض المعنية، معد من طرف مهندس خبير عقاري معتمد مسجل في جدول الهيئة المهنية، مع شرط المصادقة على المخطط الطبوغرافي من طرف

مصالح مسح الأراضي المختصة، خصوصا إذا كانت الأرضية محل المنح واقعة في منطقة ممسوحة.

-تقرير تقييمي معد من طرف مصالح أملاك الدولة، تحدد فيه قيمة الإتاوة الايجارية السنوية للقطعة الأرضية الممنوحة في إطار الامتياز، مع مراعاة التخفيضات المنصوص عليها في المادة 15 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 الجريدة الرسمية العدد 40 لسنة 2011.

بعد تكوين هذا الملف تقوم إدارة أملاك الدولة بإعداد مشروع القرار الذي يرخص بمنح الامتياز وهذا عند ما يكون منح الامتياز على الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة بما في ذلك الأصول الفائضة والمتبقية أما إذا كانت الأملاك العقارية موضوع منح الامتياز غير تابعة للأملاك الخاصة للدولة فان مشاريع قرارات الترخيص الخاصة بمنح الامتياز تعد من طرف لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار، أو من طرف مديرية التنظيم والشؤون العامة، وفي كل الحالات تعرض مشاريع هذه القرارات لإمضائها كمرحلة أولية للترخيص بمنح الامتياز(فرع أول)،وبناء على هذا القرار يكرس الامتياز الممنوح على العقار بتحرير عقد(فرع ثاني).

الفرع الأول: الترخيص بالامتياز

يعرض مشروع قرار منح الامتياز، على الوالي المختص، وذلك بناء على اقتراح لجنة المساعدة وتحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة، لفائدة الهيئات والمؤسسات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص ،وذلك لاحتياج مشاريع استثمارية، ومع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها يرخص الوالي بالامتياز على العقار بموجب قرار منح الامتياز بالتراضي للعقار محل إنجاز المشروع الاستثماري لمدة (33سنة)سنة قابلة للتجديد مرتين أقصاها 99سنة وهذا ما كدته المادة 04 من الأمر 08-04،الجريدة الرسمية العدد49 لسنة 2008).

وقصد تطوير الاستثمار وإنعاشه وخلق الثروة وتوفير مناصب شغل، فقد تبنت سياسة الحكومة لا مركزية القرار في منح قرار الامتياز سواء في الاستثمار في المجال الصناعي أو السياحي بإسناد هذا الاختصاص للولاة وذلك بمنح الترخيص في هذا المجال:

-بناء على مداولة لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية

المحلة والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات.

-بناء على اقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة، على الأراضي الواقعة داخل محيط مدينة جديدة.

-بعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة على الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي وهذا ما جاء في نص المادة05من الأمر 08-04.

تجدر الإشارة إلى أنه عند ما تكون قيمة المشروع الاستثماري تفوق قيمة 500.000.000دج(خمسمائة مليون دينار جزائري فأكثر) ،فانه يجب أخذ الرأي بالموافقة للمجلس الوطني للاستثمار بالدراسة والمصادقة على هذا المشروع بعد ما يتم منح الموافقة المبدئية من طرف لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار. على أساس موافقة المجلس الوطني للاستثمار يتم منح الترخيص بالامتياز بالتراضي بقرار من الوالي المختص طبقا للقانون وهو ما تناولته المادة 5من الأمر 08-04.

الفرع الثاني: تحرير عقدا لامتياز

بعد إصدار قرار الوالي المتضمن الترخيص بمنح الامتياز يجب أن يجسد هذا الامتياز الممنوح على العقار الموجه للاستثمار الصناعي بموجب عقد إداري. (عوابدي، 2005، صفحة 187)، تعده إدارة أملاك الدولة الواقع في دائرة اختصاصها العقار مرفقا بدفتر شروط معد طبقا للنماذج الملحقة، ويحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط حق الامتياز وهو ما أكدته المادة 10 من الأمر 08-04. يرفق هذا العقد الإداري بدفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسومين التنفيذيين 09-152 جريدة رسمية عدد 27 لسنة 2009و09-153 جريدة رسمية،عدد27 لسنة 2009. اللذين يحددان حقوق والتزامات الطرفين، مع إمضاء المتعاقد المستثمر بعد اطلاعه على بنود العقد وشروطه ليقوم محرر العقد بإضفاء الشكلية عليه.

أولا: تسجيل عقد الامتياز

تخضع إجراءات تسجيل عقد الامتياز للأمر 76-105، المؤرخ في 09ديسمبر1976 المتضمن قانون التسجيل، ومن خلال النصوص القانونية الواردة في هذا القانون نستشف أن المشرع الجبائي لم يعط تعريفا لهذه العملية بل اقتصر على تبيان أهميته القانونية وإجراءاته ولهذا فيمكن أن نبين تعريف هذه العملية من خلال تعريف التسجيل المنصب على العقارات لأن الامتياز يقع على العقارات حيث يمكن تعريفه على أنه: إجراء يتم من طرف موظف عمومي

مكلف بالتسجيل حسب كيفيات محددة بموجب القانون، طبقا لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وتدوينه في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة (دوة ، و رامول ، 2008، صفحة 18)

غير أن المشكل المثار هو (عدم وجود مفهوم للامتياز في قانون التسجيل، ووجود اختلافات بشأن النسب الواجب تطبيقها، مما يسبب أخطاء في تحديد النسبة في مجال المزاد العلني).

لذلك وجب إدخال بعض التغييرات المختلفة والمتمثلة على الخصوص في ما يلي:

-إلغاء المزاد العلني في عملية منح الامتياز وبذلك تم استبعاد النسب المرتبطة به.

-إدراج إمكانية تقسيط الحقوق والرسوم وبنسب جديدة ضمن قانون التسجيل وذلك بموجب المادة 28 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 لتستكمل هذه التغييرات بإعطاء إعفاءات من الحقوق والرسوم بالنسبة للاستثمارات التي تدخل في إطار أحكام الأمر 01-03المؤرخ في 20أوت 2001 المعدل والمتمم بموجب المواد 68،67،66من قانون المالية 2012.

-إدخال تدابير تحفيزية تتمثل في تخفيضات على مبلغ إتاوة حق الامتياز التي تقدر ب5% من القيمة التجارية للعقار محل الامتياز.

والذي يمتد في بعض الأحيان لفترة تفوق 11سنة،(15سنة في الجنوب الكبير ،على أساس على أساس 1دينار جزائري للمتر المربع،ومنح50%من التخفيض بعد هذه الفترة وبطريقة غير محددة) (المذكرة رقم 502بتاريخ16جانفي2014،تتضمن كيفية حساب حقوق التسجيل ورسم الإشهار العقاري وأتعاب أملاك الدولة، المديرية العامة للأملاك الوطنية وزارة المالية، 2014)

وفي هذا السياق يمكن التمييز بين حالتين:

1-إذا كانت الامتيازات الممنوحة للاستثمار مدعمة من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بمقرر يتضمن منح مزايا تتمثل على الخصوص في الإعفاء من حقوق التسجيل ورسم الإشهار العقاري وأتعاب أملاك الدولة:

في هذه الحالة ينبغي إعداد وتسليم عقد الامتياز معفى من كل المصاريف والحقوق والرسوم.

2-إذا كانت الامتيازات الممنوحة للاستثمار غير مدعمة من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بمقرر يتضمن منح مزايا تتمثل على الخصوص في الإعفاء من حقوق التسجيل ورسم الإشهار العقاري وأتعاب أملاك الدولة:

لا يمكن بأي حال لهذه الفئة من الامتيازات أن تستفيد من الإعفاء من دفع المبالغ المستحقة بعنوان حقوق التسجيل ورسم الإشهار وأتعاب أملاك الدولة، غير أنه يمكن لهؤلاء المستثمرين بناء على طلب منهم الاستفادة من تقسيط المبلغ الإجمالي لمصاريف الامتياز(حقوق التسجيل ،حقوق الإشهار العقاري، أتعاب أملاك الدولة) وهوما أكدته المادة 18 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011)، أما النسبة المطبقة فهي تمثل 2%في حالة الدفع الفوري لهذه الحقوق أو نسبة 3%،في حالة عدم اختيار الدفع الفوري لها.

تحسب مبالغ مختلف الحقوق والرسوم على المبالغ المتراكمة للإتاوة بعد ما يتم تطبيق التخفيض المناسب(90%أو 50%تخفيض بالنسبة للشمال أو 01دج/م2 و50%بالنسبة للهضاب العليا والجنوب بالنسبة للفترات وحسب الحالة) وهذا ما نصت عليه المادة 15 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011).

يخول للمستفيد من حق الامتياز الحق في الحصول على رخصة بناء وتقرير حقوق عينية عقارية على الوعاء موضوع حق الامتياز لصالح المؤسسات المصرفية وكذا على البنايات والمنشآت المنجزة من قبل المستثمر على الوعاء نفسه، وهذا بعد إتمام العملية الثانية المتمثلة في الشهر العقاري لعقد الامتياز.

ثانيا: الإشهار العقاري لعقد الامتياز

يعرف الإشهار العقاري بأنه نظام قانوني له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات.

إذن فان الشهر العقاري يلعب دورا مهما في إعلام الغير حول الوضعية القانونية لعقار ما ،وأيضا حول الثروة العقارية لشخص ما ،فضلا على أنه يلعب دورا مهما في التشريع الجزائري يتمثل أساسا في نقل الملكية والحقوق العقارية الأخرى حتى بين الطرفين المتعاقدين (حمدي باشا، 2000، صفحة 139)

تحدد نسبة رسم على الشهر العقاري ب0.5%من المبلغ الإجمالي المتراكم الخاص بفترة الامتياز الأصلية(33سنة)،والذي يجب أن يشكل الوعاء في حالة الدفع الفوري، أما في حالة

طلب الدفع بالتقسيط، فان الرسم الموافق للدفع الفوري، والذي تم حسابه يقسم على33سنة،لكي تتحصل على رسم الإشهار العقاري الذي يجب حسابه في حالة طلب الدفع بالتقسيط. (المذكرة رقم 502بتاريخ16جانفي2014،تتضمن كيفية حساب حقوق التسجيل ورسم الإشهار العقاري وأتعاب أملاك الدولة، المديرية العامة للأملاك الوطنية وزارة المالية، 2014)

يسلم عقد الامتياز في العقار الصناعي للمستثمر بعد استكمال كافة الإجراءات الشكلية، الذي يقوم بها محرر العقد (مصلحة أملاك الدولة باعتبارها موثق مالك العقار وموثق الدولة)،وبتمام هذا العقد الذي تنجم عنه بعض الآثار، في ما تتمثل هذه الآثار؟

المبحث الثاني: آثار منح الامتياز في العقار الصناعي

لا شك أنه بعد انعقاد منح الامتياز في العقار الصناعي، الذي يكون محله قطعة أرض تابعة للأملاك الخاصة للدولة، أو قطعة أرض تقام عليها بناية يكونان كذلك ملك خاص للدولة في بعض الحالات، فانه يرتب آثارا، تتمثل في مجموعة من الحقوق وتقابلها بعض الالتزامات، لهذا كان المشرع حريصا على تبيان هذه الحقوق والالتزامات خصوصا من خلال دفتر الشروط المرفق بعقد الامتياز سواء على الإدارة مانحة الامتياز(مطلب أول)، وكذلك بعض الالتزامات المفروضة على المستفيد من حق الامتياز(مطلب ثاني).

المطلب الأول: حقوق والتزامات الإدارة المانحة لحق الامتياز

بعد ما يستفيد المستثمر صاحب حق امتياز العقار الصناعي من محل إنجاز المشروع الصناعي الاستثماري بموجب العقد الإداري المتضمن منح امتياز غير قابل للتحويل إلى تنازل لقطعة أرض تابعة للأملاك الخاصة للدولة فيتولد عن هذا المنح مجموعة من الحقوق تجاه الإدارة المانحة الامتياز(فرع أول)،كما تترتب عليها بعض الالتزامات تجاه المستثمر المستفيد من حق الامتياز(فرع ثاني).

الفرع الأول: حقوق الإدارة المانحة لحق الامتياز

إن المشرع منح للإدارة مانحة حق امتياز العقار الصناعي محل إنجاز المشروع الاستثماري سلطات مباشرة يقررها القانون ويحميها، وفقا لما ومحدد في دفتر الشروط ،وتتمثل هذه السلطات في متابعة إنجاز المشروع الاستثماري(أولا)،التحصيل المنتظم لإتاوة حق الامتياز(ثانيا)،تجديد عقد الامتياز(ثالثا).

أولا: متابعة إنجاز المشروع الاستثماري

إن المشرع منح للإدارات والهيئات المانحة لحق الامتياز في العقار الصناعي محل إنجاز المشروع الاستثماري سلطة المتابعة المنتظمة لعملية إنجازا لمشروع وفقا لما هو محدد في دفتر الشروط من تاريخ بداية إنجازه إلى غاية دخوله حيز الاستغلال، وتتم هذه المتابعة عن طريق دورات التفتيش المنتظمة.

فإذا كان المشروع الاستثماري مرخصا به من طرف لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار والضبط العقاري فان متابعة الإنجاز والمعاينة لبدء النشاط يكون من اختصاص هذه اللجنة، وتتم المعاينة الفعلية قانونا بحصول المستثمر على شهادة المطابقة المسلمة من طرف مصالح التعمير.

وتكون المعاينة ببدء النشاط من طرف الهيئة المكلفة بالمدينة الجديدة أو الهيئة المكلفة بمنطقة التوسع السياحي إذا المشروع الاستثماري واقعا بهذا الموقع.

كما تكون المعاينة ببدء النشاط قانونا من طرف الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بالنسبة للمشاريع التي تكون موضوع تصريح بالاستثمار من طرف المجلس الوطني للاستثمار وهذا حسب ما جاء في المادة 19الفقرة 04 من المرسوم التنفيذي 09-152).

وفي حالة معاينة مخالفات من طرف المستفيد من حق الامتياز أو عدم مراعاته لبنود دفتر الشروط وجب اتخاذ التدابير اللازمة التي تبدأ بتنبيهه عن طريق إعذار وتنتهي بإسقاط حق الامتياز بناء على دعوى قضائية بمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص في حالة عدم الامتثال.

كما يسهر مدير أملاك الدولة المختص إقليميا كذلك على متابعة استغلال الأراضي الممنوحة في إطار الامتياز بمعية الأجهزة الأخرى بخصوص اللجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار والضبط العقاري على مدى احترام المستفيد من حق الامتياز لدفتر الشروط فيما يخص كل المراحل، سيما تلك المتعلقة بانطلاق الأشغال، الإنجاز، الدخول في مرحلة الاستغلال.

ثانيا: التحصيل المنتظم للإتاوة المستحقة

بعد إبرام عقد الامتياز والتوقيع على دفتر الشروط بين الإدارة مانحة حق الامتياز والمستفيد من حق الامتياز في العقار الصناعي، يترتب على الإدارة عملية تحصيل الإتاوة السنوية من طرف مصالح أملاك الدولة المعنية، وبالتحديد مفتشية أملاك الدولة المختصة،

بكل الطرق القانونية طبقا للمادة 16من دفتر الشروط الملحق بعقد الامتياز، وفي هذا الشأن يعد رئيس مفتشية أملاك الدولة المختص إقليميا سند تحصيل حقوق الامتياز ويبلغ إلى المستفيد من حق الامتياز، على أن تسدد الحقوق المستحقة إلى صندوق مفتشية أملاك الدولة المختص في أجل أقصاه خمسة عشر يوما (15يوم)،ابتداء من تبليغ مبلغ الإتاوة السنوية.

الفرع الثاني: التزامات الإدارة المانحة لحق الامتياز

تلتزم إدارة أملاك الدولة باعتبارها الهيئة المانحة لحق الامتياز، عملا بنموذج دفتر الشروط ببعض الالتزامات تجاه المستفيد من حق منح الامتياز، كتمكين المستفيد من هذا الحق، وذلك بتثبيت القطعة الأرضية محل عقد الامتياز(أولا)،وتجديد عقد الامتياز في حالة انتهاء مدته(ثانيا).

أولا: تمكين المستفيد من حق الامتياز

بعد ما يستفيد المستثمر صاحب حق الامتياز على العقار الصناعي محل إنجاز المشروع الصناعي الاستثماري بموجب العقد الإداري، فان هذا المنح يتبع بإجراء موالي يقع على الإدارة المانحة لهذا الامتياز، يتمثل في تثبيت المستفيد من حق الامتياز على القطعة الأرضية محل المشروع الاستثماري المزمع إنجازه وتتم عملية التثبيت من طرف اللجنة التقنية المكلفة بتثبيت المشاريع الاستثمارية على مستوى الولاية ،والمشكلة من: مدير أملاك الدولة رئيسا، مدير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار، مدير التعمير والبناء ،مدير الصناعة والمناجم، مدير مسح الأراضي، مدير الموارد المائية، مدير السياحة، مدير البيئة، مدير الوكالة العقارية، مدير البريد وتكنولوجيا الإعلام (إنشاء هذه اللجنة يكون بقرار من الوالي المختص إقليميا) حيث تنتقل اللجنة المذكورة أعلاه إلى عين المكان(الأرضية المعنية بمنح الامتياز)،رفقة المستفيد من حق الامتياز، وتتم عملية تثبيت القطعة الأرضية بموجب محضر تثبيت مشروع استثماري، والذي يحدد رقم القطعة الأرضية وحدودها ومساحتها وتعيين المشروع الاستثماري المراد إنجازه، وتسلم نسخة من هذا المحضر إلى المستفيد من الامتياز، بعد التوقيع عليه من رئيس لجنة تثبيت المشاريع الاستثمارية.

ثانيا: تجديد عقد الامتياز

لقد نص المشرع في المادة04من الأمر رقم 08-04المؤرخ في 01-09-2008على أن منح الامتياز يكون لمدة أدناها (33سنة) قابلة للتجديد مرتين، وأقصاها(99سنة).وقد أكد ذلك

المرسوم التطبيقي 09-152المؤرخ في 02ماي 2009،في المادة 12منه،كما تضيف نفس المادة منه أنه في حالة عدم تجديد عقد الامتياز ،يلتزم مالك البنايات التي أنجزت في إطار المشروع الاستثماري من دفع إتاوة سنوية لفائدة الدولة مالكة الأرض، وتحدد هذه الإتاوة من طرف مصالح أملاك الدولة بالاستناد إلى سعر السوق العقارية.

وما يلاحظ على نص المادتين المذكورتين أعلاه ،أن المشرع لم يوضح الشروط والإجراءات المتبعة في عملية تجديد عقد الامتياز وعليه سنحاول إلقاء نظرة على إجراءات التجديد في بعض النصوص التنظيمية والتي كان معمول بها في مجال منح الامتياز في المجال السياحي والقياس على ذلك فقط.

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 07-23المؤرخ في 28-01-2007 جريدة رسمية عدد 08لسنة 2007 وخصوصا المواد 23و24و25منه،فانه يمنح الامتياز لمدة مؤقتة تقدر ب20سنة قابلة للتجديد، وفي حالة انتهاء المدة المحددة يمكن لصاحب الامتياز أن يطلب تجديدها بموجب طلب يودع لدى الوزير المعني في أجل أثني عشر شهرا(12شهر)على الأقل قبل انقضاء مدة الامتياز، ويخضع هذا الطلب إلى دراسة وموافقة اللجنة المكلفة بذلك، ويتم التجديد بعد معاينة إحدى الحالات المتمثلة في:

-عدم إتمام المشروع بسبب القوة القاهرة.

-توسيع وعصرنة وإنجاز مشاريع تكميلية طبقا لمخطط التهيئة السياحية.

كما منعت المادة25من المرسوم المذكور أعلاه أي حالة تجديد للامتياز ضمنيا.

المطلب الثاني: التزامات المستثمر المستفيد من حق الامتياز

تقع على عاتق المستفيد من حق الامتياز بعض الالتزامات المنصوص عليها قانونا في الأمر 08-04المؤرخ في 01-09-2008وكذا في دفتر الشروط المرفق بالعقد والمتمثلة على الخصوص في الإنجاز الفعلي للمشروع (فرع أول)،دفع إتاوة الامتياز(فرع ثاني) الضمان والارتفاقات(فرع ثالث).

الفرع الأول: الإنجاز الفعلي للمشروع

تطبيقا للأمر 08-04المؤرخ في01-09-2008 فان المستفيد من حق الامتياز يتعين عليه الإنجاز الفعلي للمشروع الاستثماري المحدد في دفتر الشروط، والبدء في النشاط مع اشتراط أن يكون هذا الإنجاز مطابقا لما تم الاتفاق عليه، ويتأكد ذلك بناء على شهادة المطابقة الممنوحة للمستثمر من طرف مصالح التعمير والبناء للولاية كما تقوم لجنة المساعدة على

تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار على الخصوص بمعاينة دخول المشروع الاستثماري حيز الاستغلال، كما تقوم مديرية أملاك الدولة بدورات تفتيشية منتظمة، لمراقبة مدى احترام المستفيد للالتزامات الوقعة عليه خصوصا في مرحلة إنجاز المشروع.

الفرع الثاني: دفع إتاوة حق الامتياز

إن المستفيد من حق الامتياز ملزم كذلك بتسديد الإتاوة الإيجازية السنوية، وذلك مقابل الاستثمار على الأرضية الممنوحة له من طرف الدولة، طبقا لنص المادة 09 من الأمر 08-04المؤرخ في 01-09-2008المعدلة بموجب المادة 15من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 جريدة رسمية عدد 40لسنة 2011، ص08.

وتطبيقا لنص المادة 09 فقرة-2-المشار إليها أعلاه التي تنص على دفع إتاوة سنوية تقدر ب5%من القيمة التجارية المحددة طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها من طرف مصالح أملاك الدولة، مع إمكانية خضوع هذه الإتاوة إلى تخفيضات والمنح بالدينار الرمزي للمتر المربع. وتدفع الإتاوة سنويا ومسبقا لدى صندوق مفتشيه أملاك الدولة المختصة إقليميا في أجل 15يوم ابتداء من تاريخ تبليغ مبلغ الإتاوة السنوية.

وفي هذا الصدد فان رئيس مفتشية أملاك الدولة المختص إقليميا يعد مذكرة دفع تتضمن إلزامية دفع الحقوق السنوية من طرف المستفيد من حق الامتياز كما تتضمن مذكرة الدفع جدول مفصل يبين هذه الحقوق.

الفرع الثالث: الضمان والارتفاقات

تضمن دفتر الشروط بندا صريحا يتعلق بالضمان، والضمان يقصد به عدم القيام بأي عمل يتعلق بضمان محل عقد الامتياز، كتسجيل طعن ضد الدولة، على اعتبار أن المستفيد من حق الامتياز، يعرف تمام المعرفة للقطعة الأرضية محل عقد الامتياز، وأن يأخذها على الحالة التي هي عليها يوم بدء الانتفاع، دون أن يطلب ضمانا أو تخفيض في الثمن بسبب الإتلاف، أخطاء في التعيين، أو لأسباب أخرى. (المذكرة رقم 502بتاريخ16جانفي2014،تتضمن كيفية حساب حقوق التسجيل ورسم الإشهار العقاري وأتعاب أملاك الدولة، المديرية العامة للأملاك الوطنية وزارة المالية، 2014، صفحة 2)

الخاتمة:

تعتبر عملية تطهير العقار الصناعي من أهم المعضلات المطروحة على الساحة الاقتصادية والقانونية المتعلقة مباشرة بكيفية الحصول عليه من خلال اختيار موقعه

وضبط مساحته وتبيان حدوده لجعله الوعاء الذي تقام عليه المشاريع الاستثمارية الاقتصادية، وقد عملت الإرادة التشريعية للبحث عن السبل التي تؤدي إلى ذلك من خلال النصوص القانونية المتعددة وذلك بسن بعض النصوص القانونية وإلغاء البعض الذي أصبح لا يخدم السياسة الاقتصادية، وذلك في ظل الانفتاح الاقتصادي.

فتعددت طرق الحصول على العقار الصناعي، وآليات استغلاله وفق التطور التشريعي لكل مرحلة وصولا إلى مرحلة منح العقار الصناعي عن طريق الامتياز الغير قابل للتنازل الذي استحدثه المشرع بموجب الأمر 08-04،الذي يعتمد على الانتفاع فقط والذي يمر على مراحل أساسية لتكوينه تبدأ بإجراءات إدارية سابقة منها ما يتعلق بالعقار محل الامتياز ومنها ما يتعلق بطالب حق الامتياز تنتهي هذه الإجراءات الإدارية بمنح قرار الترخيص بالامتياز الذي يشكل الدعامة الأساسية لتحرير عقد إداري بين إدارة أملاك الدولة والمستفيد من حق الامتياز، الذي يرفق بدفتر شروط، هذا العقد الذي تنتج عنه بعض الآثار، المتمثلة في بعض الحقوق التي تقابلها بعض الالتزامات للإدارة المانحة لهذا الحق تجاه الطرف المستفيد في المقابل تقع على المستفيد من حق الامتياز بعض الحقوق، كما يتوجب عليه القيام ببعض الالتزامات التي يكرسها عقد الامتياز.

وفي الأخير نجد أن عقد الامتياز هو وسيلة قانونية بموجبها يتم منح حق الانتفاع فقط لمدة طويلة مقابل دفع المستفيد لإتاوة حق الانتفاع المتمثل في إنشاء مشروع استثماري دون إعطاء أي أهمية لحق التملك لهذا العقار وذلك حفاظا على المكتسبات العقارية التابعة للدولة وتثمينها من جهة ودعما للاستثمار وتطويره من جهة أخرى ،من خلال المركز القانوني الممنوح للدولة بإملاء شروطها لاحترام المستفيد للشروط المفروضة عليه خدمة للاستثمار الصناعي وفي حالة عدم احترامه لهذه الشروط تجد الدولة سهولة في فسخ هذا العقد وإعادة تسليم هذا العقار لمن يستحقه.

غير أن الدارس لهذا الموضوع يستشف بعض النقائص و الثغرات وعدم الاستقرار في النصوص التي تحكمه سواء التشريعية أو التنظيمية وتتمثل على الخصوص في:

-عدم الاستقرار في النصوص التي تحكم الامتياز في العقار الصناعي فمن عقد التنازل، اتجه المشرع إلى عقد الامتياز القابل للتنازل، ثم عقد الامتياز الغير قابل للتنازل فتسبب ذلك في منازعات عطلت عملية الاستثمار وعرقلت مساره.

-عدم التنصيص على عقد الامتياز في العقار الصناعي في قانون التسجيل صراحة من أجل تحصيل الحقوق اللازمة وإعطائه تعريفة مناسبة على غرار بقية العقود الأخرى.

-سن المشرع لبعض القوانين ضمن قوانين لمالية التي تم عرقلتها عن طريق إصدار تعليمات وهذا الأمر غير مقبول قانونا.

ضف إلى ذلك رغم أن الأطر القانونية ركزت على التسهيلات الممنوحة للمستثمرين فان الواقع كان دوما يخالف هذه الأطر القانونية .

ومن خلال الأسباب المذكورة أعلاه، يمكن وضع جملة من الاقتراحات تتمثل في ما يلي:

-فاهم شيء يجب الاهتمام به لجلب المستثمرين وترقية الاستثمار هو الاستقرار وديمومة التشريعات والتنظيمات التي تحكم جوانب العقار الذي يرتبط الاستثمار.

-ضرورة إصلاح الوضعيات العالقة المتعلقة بالعقار الموجه للاستثمار.

ويبقى هذا الموضوع بحاجة ماسة لاهتمام الفقه والقضاء اللذان أصبح تدخلهما محتشما رغم الأهمية القانونية لهما من الناحية العلمية والعملية.

قائمة المراجع:

المؤلفات:

1/-دوة آسيا، رامول خالد، (2008)، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر.

2/-عمار عوابدي، (2005)، القانون الإداري،الطبعة الثالثة،الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

3/-عمر حمدي باشا ،(2000)، نقل الملكية العقارية، الطبعة الثانية دار هومة، الجزائر.

4/-مراد بلكعيبات، (2017)، العقار الصناعي في الجزائر مع أحدث القوانين، الطبعة الأولى،

5/-مخلوف بوجردة العقار الصناعي ،الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر.

النصوص القانونية والتنظيمية:

6/-المرسوم التشريعي 93-12المؤرخ في 15أكتوبر 1993 الخاص بترقية الاستثمار، ج ر عدد37، بتاريخ 19أكتوبر،الجزائر.

7/-الأمر 08-04 مؤرخ في 01-09-2008،المتضمن تحديد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية، عدد49 بتاريخ 08-09-2008،الجزائر.

8/-القانون رقم11-16،يتضمن قانون المالية لسنة2012،جريدة رسمية عدد72،بتاريخ28-12-2011،الجزائر.

9/-القانون 11-11،مؤرخ في 18جويلية 2011،يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، جريدة رسمية عدد40،بتاريخ 20جويلية2011،الجزائر.

10/-المرسوم التنفيذي07-23المؤرخ في 28-01-2007،المتضمن كيفيات إعادة بيع الأراضي الواقعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياحية أو منح الامتياز عليها، جريدة رسمية،عدد08بتاريخ31-01-2007،الجزائر.

11/-المرسوم التنفيذي09-152مؤرخ في 02ماي2009،يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية، عدد 27بتاريخ 06ماي2009،الجزائر.

12/-المرسوم التنفيذي09-153مؤرخ في 02ماي2009،يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها.، جريدة رسمية، عدد 27بتاريخ 06ماي2009،الجزائر.

13/-المرسوم 10- 20 المؤرخ في 2010/01/12المتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تجديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلها وسيرها، جريدة رسمية عدد04، بتاريخ17-01-2010،الجزائر.

14/-المذكرة رقم 502بتاريخ16جانفي2014،تتضمن كيفية حساب حقوق التسجيل ورسم الإشهار العقاري وأتعاب أملاك الدولة، المديرية العامة للأملاك الوطنية وزارة المالية،2014 ، الجزائر.

دور الإعلان في تعزيز مبدأ شفافية الصفقات العمومية كآلية للوقاية من الفساد

The role of the advertisement in promoting the principle of transparency of public procurement as a mechanism to prevent corruption

عبد السلام نور الدين
كلية الحقوق، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، الجزائر
abdesslam.noureddin46@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/04/29 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/24

****

ملخص:

رغم أهمية كافة مراحل إبرام الصفقة العمومية، إلا أن الإعلان عنها يحتل خصوصية مهمة، باعتباره من مراحلها الأولية والتمهيدية التي لها أثر على كافة المراحل اللاحقة عليه، ذلك أن الخطأ فيه يصعب جبره قانونيا وقضائيا، نظرا لتفويته الفرصة على الإدارة من وصولها الآمن للطلبات العمومية، كما يفوت الفرصة على المتعاملين المتعاقدين في الفوز بالصفقة، لذا ألزم المشرع بالإعلان عن إبرام الصفقة، وحدد عناصره بنصوص قانونية تكريسا للشفافية، كما اعتبره من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، مما يجعل من الإعلان محلا للطعن فيه بالإلغاء استقلالا أمام القضاء الإداري، والقضاء الاستعجالي، وفي ذلك حماية كبيرة للإعلان.

الكلمات المفتاحية : الإعلان، الفساد، الصفقات العمومية.

Abstract:

Despite the importance of all stages of concluding the public deal, the announcement of it occupies an important specificity, as it is one of its initial and preliminary stages that have an impact on all subsequent stages, as the error in it is difficult to remedy legally and judicially, given that it misses the opportunity for the administration to safely access public requests. He also misses the opportunity for contracting dealers to win the deal, so he obliged the legislator to announce the conclusion of the deal, and defined its elements in legal texts in order to consecrate transparency. He also considered it among the administrative decisions separate from the administrative contract, which makes the declaration subject to appeal by

canceling it independently before the administrative judiciary and the urgent judiciary. , And there is great protection for the advertisement.
key words: Advertising, corruption, public deals.

مقدّمة:

يعد الفساد من الظواهر الاجتماعية الخطيرة التي هددت بل وفتكت بكيان المجتمعات على مر التاريخ، حتى اعتُبِر أحد أهم العوامل الرئيسية في سقوط الحضارات وأفولها، نتيجة للمخلفات الجسيمة التي تعمل على فقدان التوازن الاجتماعي، وظهور الطبقية وما تفرزه من صراعات اهتلاكية ومنافسة شرسة بين أفراد المجتمع الواحد، الأمر الذي يسهم في حل الذات الجماعية وضرب الوحدة الاجتماعية، فيرتهل بذلك المجتمع وتتصدع أركانه بالشكل الذي يجعله لا يقوى على مواجهة الأزمات التي قد تصيبه، وهذا الذي أكده القرآن الكريم في قوله تعالى "وَإِذا أَرَدنا أَن نُهلِكَ قَريَةً أَمَرنا مُترَفِيها فَفَسَقَوا فِيها فَحَقَّ عَلَيهَا القَولُ فَدَمَّرناها تَدمِيراً" (القرآن الكريم، الأية 16)، لذلك لم تتوان الرسالات السماوية والتشريعات الوضعية على محاربته والوقاية منه بمختلف الوسائل، التشريعية منها والمؤسسية، والتربوية.

ولقد بذلت المجتمعات - في سائر الدول أثناء تطورها التاريخي- جهودا مضنية في سبيل مكافحة الفساد، فخلفت ترسانة تشريعية عظيمة، كما عملت على مد يد العون فيما بينها بهدف الحد منه وحصاره خاصة في الوقت المعاصر نتيجة لمد العولمة الاقتصادية.

ولم تكن الجزائر بمنء عن هذه الجهود المبذولة في مكافحة للفساد - الذي جعلها مقعدة في التخلف رغم مقدراتها المادية - فأعدت لذلك آليات تشريعية ومؤسسية تسهر على متابعة ومراقبة المال العام والتصرف فيه من قبل الإدارات، حماية لنزاهتها في تسييره، وعلى الرغم من تلك الجهود المبذولة في جميع القطاعات العمومية والخاصة، إلا أن الصفقات العمومية تحتل خصوصية في الاهتمام لوقايتها من الفساد، بالنظر للقيمة المالية التي توفرها الدولة لمثل هذه العقود من جهة، وباعتبارها من جهة أخرى عقودا مربحة.

وعلى الرغم من أهمية كافة مراحل تدرج الصفقة العمومية في انعقادها، وما تتطلبه كل مرحلة من حماية، إلا أن الإعلان عن الصفقة يحتل خصوصية باعتباره من مراحلها الأولية والتمهيدية التي لها أثر على كافة المراحل اللاحقة عليه، ذلك أن الخطأ فيه مكلف ويصعب جبره قانونيا وقضائيا، حيث يفوت فرصا سواء على المصلحة المتعاقدة التي تعمل - في سبيل حماية المال العام – من الوصول الآمن للطلبات العمومية، كما يفوت الفرصة على المتعاملين الاقتصاديين في النيل والفوز بالصفقة، وعلى ذلك أثيرت لدينا الإشكالية التالية: ما مدى خصوصية الإعلان في

إضفاء شفافية إبرام الصفقات العمومية، وما مدى فعالية حمايته القضائية كآلية للوقاية من الفساد؟

تلكم هي الإشكالية التي ستكون محلا لمداخلتي، وفي سبيل الإجابة عنها، اعتمدت على المنهج التحليلي، الذي يعتمد على رصد المادة العلمية مجموعة وتسجيلها، ثم تناول جزئياتها بالتحليل والنقد، كما نسجت المادة العلمية وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول: خصوصية إعلان الصفقة العمومية

المطلب الأول: مفهوم الإعلان وعلاقته بمبادئ الصفقات العمومية

الفرع الأول: تعريف الإعلان وأهميته

الفرع الثاني: علاقة الإعلان بمبادئ الصفقات العمومية

المطلب الثاني: ضرورة الإعلان ومضمونه

الفرع الأول: ضرورة إعلان الصفقة العمومية

الفرع الثاني: مضمون إعلان الصفقة العمومية

المبحث الثاني: وسائل الإعلان وحمايته القضائية

المطلب الأول: وسائل إعلان الصفقة العمومية

الفرع الأول: الوسائل التقليدية

الفرع الثاني: الوسائل الحديثة الإلكترونية

المطلب الثاني: الحماية المقررة لقرار إعلان الصفقة

الفرع الأول: التكييف القانوني لقرار إعلان الصفقة

الفرع الثاني: الحماية القضائية لقرار إعلان الصفقة

المبحث الأول: خصوصية إعلان الصفقة العمومية

لا أحد ينكر أهمية الإعلان في تيسير إبرام الصفقة العمومية، وتجسيد أهداف المشرع من إبرام الصفقات العمومية وفق المبادئ التي ينشدها من عملية التعاقد، إضافة إلى ذلك تمكينه المتعاملين المتعاقدين من تحصيل المعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية، لذلك جعلت كل التشريعات من الإعلان إجراءا إلزاميا، مع حرصها على بيان عناصره وفقا لنصوص قانونية حتى لا يترك المجال لتعسف الإدارة في استعماله، هذا ما سيتم تفصيله بعد الوقوف على المفهوم القانوني للإعلان.

المطلب الأول: مفهوم الإعلان وعلاقته بمبادئ الصفقات العمومية

ترتبط كافة مراحل إبرام الصفقة العمومية بالإعلان، وبالتالي فإن أي خلل يصيب الإعلان سيؤثر على كافة هذه المراحل، وقبل بيان علاقة الإعلان بمبادئ الصفقات لا بد من الوقوف على مفهومه وبيان أهميته فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف الإعلان وأهميته

تحتل المعلومة أهمية كبيرة في العملية الاقتصادية عموما والتعاقدية على وجه الخصوص، لذلك أولت التشريعات أهمية بالغة للإعلان، وقبل بيان ذلك يتم توضيح تعريف الإعلان.

أولا : تعريف الإعلان

إذا رغبت المصلحة المتعاقدة في التعاقد، فإن أول خطوة تتولى القيام بها ومباشرتها، هي الإعلان عن شروط العقد ،ويعد هذا الإعلان بمثابة توجيه الدعوة للراغبين في التعاقد (محمد أحمد عبد المنعم، 2005، صفحة 103).

ويقصد بالإعلان في مجال الصفقات العمومية، "إيصال المعلومة إلى جميع الراغبين بالتعاقد ،وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد، ونوعية المواصفات المطلوبة ،إضافة إلى مكان وزمان إجراء طلب العروض" (بحري اسماعيل، 2008-2009، صفحة 36).

وعلى الرغم من أهمية هذا التعريف، إلا انه لم يبين صاحب الاختصاص بإصدار الإعلان، وعلى ذلك وجد تعريف أشمل عرّف الإعلان بأنه "إيصال المصالح المتعاقدة العلم إلى كل الراغبين بالتعاقد، خاصة الذين تتوافر فيهم الشروط المالية والتقنية المحددة سلفا من طرفها، وإبلاغهم عن كيفية سحب دفاتر الشروط، ونوعية المواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال ابرام الصفقة" (رسالة دكتوراه، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، 2014-2015، صفحة 119)

ثانيا:أهمية الإعلان:

تكمن أهمية الإعلان عموما فيما يلي:

1- تحقيق نزاهة الإدارة:

يعد الإعلان عن الصفقة العمومية من مقتضيات المنافسة التي تتطلبها الحياة الاقتصادية، لذلك تلتزم الإدارة قانونا بالإعلان لكافة المتدخلين قصد التعاقد معهم، وفي هذا الإجراء تعبير حقيقي لنزاهتها وحيادها وعدم تحيزها لطائفة معينة من المواطنين بحجة انفرادهم بالمنافسة على الصفقة، لذا كان مبدأ محل اهتمام كافة التشريعات.

وتعود الغاية من الإعلان عدم قيام الإدارة بأي تصرف ينجم عنه تفضيل شخص عن شخص آخر، دون أي داعي ينص عليه القانون، فالأصل أن كل المتعاملين مع الإدارة يقفون على قدم المساواة ويحوزون فرص متكافئة يقتضي العدل والإنصاف عدم تفضيل أي شخص بمزية معينة، إلا طبقا للشروط التي يفترضها القانون، والتي على أساسها الإدارة تختار التعامل معها، وينطبق هذا في مجال الصفقات العمومية (الشريف، 2013، الصفحات 94-95)

2- خلق أجواء المنافسة:

يخلق الإعلان نوعا من الشفافية في تصرفات الإدارة وعقودها، كما يخلق نوعا من المنافسة المشروعة بين عدد غير محدود من الراغبين في التعاقد، مما يؤدي إلى إحالة العقد على أنسب العروض من حيث الزمن وأفضلها من حيث الجانب الفني، وهو ما يبعد عنها الشك والريبة في تعاملاتها.

فنجد المتعاملين المتعاقدين في جو من المنافسة من أجل الظفر بالصفقة، فتراهم يقدمون أفضل الأسعار وأفضل الشروط ، الأمر الذي يسهل على الإدارة عملية اختيار أحسن العروض المقدمة، وبالتالي تتحاشى منح الصفقة لشخص لا يملك القدرات المالية والفنية لإنجاز مشروع الصفقة، مما يجنب الإدارة خسارة في الأموال وهدرا لوقت بسبب اختيارها لمتعهد لا يتوفر على القدرة المالية والفنية لإبرام العقد وتنفيذه، والواقع أثبت أن الصفقات التي تبرم خارج إطار الشفافية كثيرا ما نجدها تتعثر في الإنجاز لأنها منحت على أساس غير محايد من طرف موظفي الإدارة القائمين على إبرام هذه الصفقة (الشريف، 2013، صفحة 95)

الفرع الثاني: علاقة الإعلان بالمبادئ القانونية للصفقات

لضمان فعالية ونجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، حرص المشرع الجزائري على مراعاة بعض المبادئ الأساسية التي تحكم الصفقات العمومية، فدعا بموجب المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10- 236) (مرسوم رئاسي رقم 10-236، 2010) والمادة 5 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 (مرسوم رئاسي رقم 15-247، 2015) ب ".. يجب أن تراعي الصفقات العمومية مبادئ حرية الطلبات العمومية والمساواة في المعاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ..."، غير أن هذه المبادئ يتوقف تجسيدها واقعيا من خلال تفعيل حق المتعاملين في الإعلان، لذلك لا يمكن أن تضمن المصلحة المتعاقدة هذه المبادئ إلا من خلال الإعلان عن طلب العروض وهم وما سيتم بيانه فيما يلي:

1- حرية الوصول للطلبات العمومية:

إن حماية المال العام يتوقف على مدى صرامة الإدارة وحرصها على حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، وهو ما لا يتم إدراكه إلا من خلال إيصال المعلومة للمتعاملين، لذلك حرص المشرع الجزائري بموجب المادة 46 من المرسوم الرئاسي 236/10 على أن يتضمن الإعلان بيان مجموعة من الوثائق المطلوبة من المتعاملين، والتي يمتنع من خلالها على المصلحة المتعاقدة أن تزيد عنها بعد الإعلان، حتى تعطي الفرصة لكل من تتوفر فيه الشروط بإبرام الصفقة، وإلا تعد خارقة لمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات (قدوج حمامة، 2004).

ويقتضي مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات معاملة جميع العارضين المحتملين من نفس فرصة تقديم عروض مقبولة، وهذا الذي أكده المشرع في نص المادة 10 /8 من المرسوم الرئاسي 338/08على المصلحة المتعاقدة توفير جميع المعلومات الضرورية التي تمكن المتعهد من تقديم تعهدات مقبولة.

2- المساواة في معاملة المرشحين:

ويعني مبدأ المساواة تجنب المفاضلة والامتياز لأحد المتعاملين على بقية المتنافسين في إطار المنافسة، التي تقتضي معاملة مماثلة لكل المعنيين بالصفقة، فالمساواة هي أساس المنافسة ووسيلة لخدمتها أيضا، إذ يقتضي هذا المبدأ قبول جميع المتدخلين الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية على قدم المساواة.

ولما كان يتعذر التعرف على هذه الشروط إلا من خلال الرجوع إلى المعلومات، فإن الإعلان يصبح شرط لتحقق مبدأ المساواة، إذ يستوجب على المصلحة المتعاقدة احترام ما أعلنت عليه من معلومات وشروط، حتى تمكن المتعاملين من نفس الفرص للفوز بالصفقة، وحتى يتحقق ذلك لابد أن يكون الإعلان واضحا للجميع، كما يقتضي أيضا أن تكون المصلحة المتعاقدة مستعدة لتقديم معلومات متساوية لكل من يطلبها، فالامتناع عن منح المعلومة للبعض، أو منح معلومة خاطئة يعد خطأ مخالفا للقانون، كما أن تغيير الشروط قبل إيداع العروض من دون إعلام المرشحين بهذه التعديلات يعد إخلالا بمبدأ المساواة (قدوج حمامة، 2004، صفحة 84).

3- شفافية الإجراءات:

يعرف بعض الفقه الشفافية بأنها " ذلك النظام الذي يمكن مقدمي العطاءات، أو الموردين أو

حتى غيرهم من ذوي المصلحة، من التأكد بأن عملية اختيار المتعاقد مع الجهة الحكومية، قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة (عبد الرحيم محمد حسن السيد، 2009، صفحة 55)

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن مبدأ الشفافية يقتضي كشف كل الغموض المحتمل في كل مراحل عقد الصفقة، وذلك بتمكين المتعاملين أو كل من له علاقة بالصفقة من الاطلاع والمتابعة لكيفيات إجراء إبرام الصفقة، غير أن هذه الحقوق تتوقف على ضمانة أساسية وهي الإعلان، الذي يسمح للمتعامل بأن يكون على بصيرة ووعي ومعرفة بكل ما يخص الصفقة، لذلك كان الإعلان هو جوهر الشفافية.

ولكي تنصب الشفافية على معايير تقييم واختيار العروض من قبل المصلحة المتعاقدة، لابد أن يعنى بها أثناء تحرير الإعلان أو دفتر الشروط، وعليه فإنه لا سبيل لبلوغ مبدأ الشفافية وتجسيده على أرض الواقع إلا من خلال الإعلان.

المطلب الثاني: ضرورة الإعلان ومضمونه

نظرا لأهمية الإعلان في تمكين المصلحة المتعاقدة من حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، لم يتهاون المشرع في الاعتداد والإلزام به، كما سهر على تسجيل عناصره من خلال النصوص القانونية، حتى لا يترك المصلحة المتعاقدة تتعسف فيه، وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

الفرع الأول: ضرورة الإعلان

اعتمد المشرع مبدأ العلنية كإجراء شكلي وجوهري بموجب المادة 61 من المرسوم 15- 247 التي نصت المادة على إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي في الحالات التالية:

-طلب العروض المفتوح؛

-طلب الع روض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا؛

-طلب العروض المحدود؛

-المسابقة؛

-التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء.

ولقد فصل المشرع في توضيح شروط الإعلان بموجب المادة 65 من ذات المرسوم السابق، فاشترط تحريره باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، كما أوجب في إعلان المنح المؤقت للصفقة أن يدرج في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب

العروض، إن أمكن ذلك مع تحديد السعر، وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار الفائز بالصفقة العمومية.

هذا ولقد منح المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثالثة من المادة 65 تسهيلات في مجال إعلان مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم أو دراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي (100.000.000) دج مائة مليون دينار جزائري أو يقل عنها،و (50.000.000) خمسون مليون دينار جزائري أو يقل عنها، حيث يمكن أن تكون محل إشهار محلي ،حسب الكيفية التالية:

-نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين

-إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية (الولاية ،كافة بلديات الولاية ،غرف التجارة و الصناعة والحرف والفلاحة ،المديرية التقنية المعنية في الولاية).

وبالتأمل في هذا الاستثناء من خلال نص المادة 65 يظهر أن المشرع الجزائري أراد تسهيل وتسريع إجراءات منح الصفقة العمومية، غير أنه اعترف ضمنيا بطول الإجراءات العادية للإعلان المنصوص عليها في المادة 61 السابقة الذكر.

وعلى ذلك فإن الإدارة ملزمة بالشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان، فيتعين عليها احترام أوضاع الإعلان من حيث المدة وكيفية إجرائه، وعدده وإلا كان الإعلان محل إلغاء.

ومما يجدر التنبيه إليه أنَّ المشرع الجزائري كان حريصاً في إلزام المصلحة المتعاقدة بإجراء الإشهار حتى في الحالات التي لا تفوق فيها قيمة الطلبات العمومية العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وهذا ما يتضح لنا بالرجوع إلى المادة 14 من نفس المرسوم التي نصت بأنه " يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين..."، وبالتالي فإنَّ المصلحة المتعاقدة لا يمكن لها أن تتذرع بالعتبة المالية كحجة لتنصلها من إجراء الإشهار بل تكون ملزمة به كإجراء، لكن في نفس الوقت منح المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة كامل الحرية في أن تختار طريقة الإشهار الملائمة لقيمة تلك الحاجات التي لم تتجاوز قيمتها العتبة المالية، وهذا ما يستنتج من عبارة " محل إشهار ملائم) (أحمد عميري، 2017، صفحة 228).

يبدو واضحا مما سبق ذكره أن الإعلان عن الصفقة ذو طابع شكلي جوهري، وأن المشرع أراد توسيع دائرة العلم بأشكال الصفقة المزمع إبرامها من أجل الحصول على أكبر عدد ممكن من المتقدمين والمتنافسين، وبذلك تتحصل المصلحة المتعاقدة على عدة فرص لاختيار أفضل العروض.

الفرع الثاني: مضمون الإعلان

يُقصد بمضمون الإعلان مجمل المعلومات الأساسية التي يجب أن تبلغها الإدارة لعلم المتعهدين، غير أن هذه المعلومات لا تشمل كل ما يتعلق بالعقد المراد إبرامه، بل تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة عن العقد، كالإشارة إلى تسمية الإدارة المتعاقدة، ومحل العقد، ومواعيد تسليم العروض، مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء في حدود مراعاة المصلحة العامة (منهد مختار نوج، 2013، صفحة 599).

ولما كان الإعلان يرتبط ارتباطا وثيقا بالاستعمال الحسن للمال العام ونجاعة الطلبات العمومية، استوجب حمايته من الاستغلال السيء للإدارة بمنحها من خلاله امتيازات غير مبررة لبعض المتعهدين، لذلك حرص المشرع على بيان مضمون الإعلان قانونا بموجب المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15- 247، حيث اشترطت أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات التالية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي .
- كيفية طلب العروض .
- شروط التأهيل و الانتقاء الأولي .
- موضوع العملية .
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض .
- مدة صلاحية العروض .
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر .
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتتب عبارة" لا يفتح "إلا من طرف لجنة فتح الأظرف وتقيم العروض و مراجع طلب العروض.
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء

هذا ولم يكتف المشرع الجزائري ببيان مضمون الإعلان على طلب العروض، بل تطرق أيضا إلى بيان مضمون الإعلان المتعلق باستشارة المؤسسات، الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين لتمكينهم من جميع المعلومات الضرورية لتقديم تعهدات مقبولة وهي كالتالي:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة، و المقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات، و كذلك التنظيم والرسوم

و التعليمات الضرورية إذا اقتضى الأمر،

- الشروط ذات الطابع الاقتصادي و التقني و الضمانات المالية حسب الحالة .
- المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين .
- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصاحبها .
- كيفية التسديد وعملية العرض، إذا اقتضى الأمر .
- كل الكيفيات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة .
- الأجل الممنوح لتحضير العروض .
- أجل صلاحية العروض أو الأسعار .
- تاريخ و آخر ساعة لإيداع العروض والشكلية والحجية المعتمدة فيه
- تاريخ و ساعة فتح الأظرف
- العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات

ومن خلال هذه البيانات المفروضة في إعلان الصفقة يظهر جليا مدى كفالة المشرع للمعنيين بالمنافسة على الصفقة، فرصة المشاركة من خلال إطلاعهم على الجهة المعنية وموضوع الصفقة ونوع المناقصة ومجال المشاركة وآجالها والوثائق المطلوبة والكفالة، وهو ما يعزز مبدأ الشفافية والمساواة بين المتنافسين.

المبحث الثاني: وسائل الإعلان وحمايته القضائية

نظرا لأهمية الإعلان في تيسير الوصول إلى الطلبات العمومية وإضفاء الشفافية والمساواة في عملية إبرام الصفقات العمومية، فقد اعتنى المشرع بالإعلان عناية كبيرة، وسهل كل ما من شأنه أن يبلغ المعلومة لصالح المتعهدين، لذلك اتسمت الوسائل الإعلامية بالتنوع والسهولة، ولم يكتف المشرع بذلك بل حرص على حمايته قضائيا من خلال جعله محلا لدعوى الإلغاء والدعوى الاسعجالية، وهو ما سيتم الإشارة إليه فيما يلي:

المطلب الأول: وسائل الإعلان

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن وسائل الإشهار متنوعة ومتعددة وذلك بُغية من المشرع في تكريس مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والشفافية والمنافسة الحرة، وتتمثل وسائل الإشهار وفقا للتشريع المنظم للصفقات العمومية فيما يلي:

الفرع الأول: الوسائل التقليدية

أولا: الجرائد

لقد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بمراعاة الإعلان في الجرائد في كل أشكال طلب العروض المبينة، بموجب المادة 42 م ر 247 - 15 والتي تنص على أنه: " يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/ أو دوليا ويمكن أن يتم حسب الأشكال التالية: - طلب العروض المفتوح، - طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، - طلب العروض المحدود، - المسابقة.

ولقد فصلت المادة 65 / 1 م ر 247 - 15 مواصفات الجريدة المختصة بإعلان الصفقة، فاشترطت أن تكون الجريدة يومية على وجه الحصر، ومن الجرائد الوطنية، فلا يعتد بالأجنبية مهما كان وزنها، وأن تكون من الجرائد المرخص بتوزيعها على المستوى الوطني، كما بينت المادة الحد الأدنى للجرائد المخصصة لنشر الإعلان، كما اشترط المشرع بموجب الفقرة الثانية من المادة 65 السابقة الذكر، أن يتم إعلان المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نُشر فيها إعلان طلب العروض، غير أنه قيد ذلك بحدود الإمكان.

ومن خلال هذه الشروط المبينة بخصوص النشر في الجرائد، يظهر مدى حرص المشرع على حماية الطلب العمومي لكي يحقق المصلحة العامة في حماية المال العام من الفساد الإداري.

ثانيا: نشرة الصفقات العمومية :"B.O.M.O.P"

إضافة إلى الجرائد أوجب المشرع الجزائري إجراء الإعلان على مستوى نشرات متعلقة بالصفقات ،وقد أنشأ المشرع لذلك نشرتين أولهما النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، حيث خصصها لنشر كل إعلانات المتعامل العمومي المتعلقة بالصفقات وكذا المعلومات الاقتصادية أو التقنية المتعلقة بها، ولقد أخضع المشرع مهمة تحديد أسعار الإشهار في النشرة الرسمية المتعلقة بالصفقات، لقرار من وزير التجارة بعد استطلاع رأي اللجنة الوطنية للأسعار، كما ألزم من خلال المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم247 – 15 المصلحة المتعاقدة، بكيفية التحرير، حيث نصت على أن" يحرَّر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما يُنشر إجبارياً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي،(ن.ر.ص.م.ع."...)

اما النشرة الثانية في نشرة الصفقات العمومية لقطاع الطاقة والمناجم B.A.O.S.E.M. تمَّ إنشاءها سنة 2001 لتوسيع دائرة الإشهار بخصوص الصفقات العمومية المتعلقة بقطاع الطاقة والمناجم.

ثالثا: الإعلان المحلي

وسع المشرع الجزائري من عملية استخدام وساءل الإعلان عن الصفقة العمومية لضمان حرية ونجاعة الطلبات العمومية، لذلك مكّنَ للمصلحة المتعاقدة من إعلان طلب العروض على المستوى المحلي معتمدا في ذلك على معيارين، أولهما المعيار العضوي حيث اشترط أني تعلق الأمر بطلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها.

أما الثاني فهو معيار مالي حيث اشترط أن يكون التقدير الإداري بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم يساوي مبلغ مائة مليون دينار 100.000.000 (دج)أو يقل عنه، وبالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات إذا كان التقدير الإداري يساوي مبلغ خمسين مليون دينار 50.000.000 (دج) أو يقل عنه، وذلك طبقا للفقرة الثالثة من المادة 65 م ر 15- 247 (مرسوم رئاسي رقم 15-247، 2015).

ويعود سبب اعتماد المشرع للإشهار المحلي - بالنظر إلى المعيارين السابقين- إلى الاختصاص الإقليمي وعدم ارتفاع المبلغ المالي التقديري للطلب العمومي، لكن في حالة إخلالها بالشروط القانونية تلزم المصلحة المتعاقدة بالإشهار الوطني.

رابعا: الوكالة الوطنية للنشر والإشهار

تعد الوكالة الوطنية للنشر والإشهار مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري وصناعي، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي،تخضع لوصاية وزير الأنباء سابقا، يحدَّد رأس مالها - وفقا للمادة السابعة من قانونها الأساسي - عن طريق وزير الأنباء ووزير المالية والتخطيط آنذاك، ولقد أُنشأت الوكالة الوطنية للنشر والإشهار سنة 1967، وجاء ذلك مواكبة لصدور قانون الصفقات العمومية لسنة 1967.وتهدف الوكالة دراسة وتطوير الإشهار بكل الوسائل وبجميع الطرق البصرية والسمعية كالإعلانات والنشر. أنظر الأمر رقم 279 - 67 ، مؤرخ في 20 ديسمبر 1967 ، المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى ب" الوكالة الوطنية للنشر والإشهار"، ج ر عدد 2 الصادرة بتاريخ 5 يناير 1968.

وتختص الوكالة في التعامل مع الهيئات الصحفية والمنظمات الصناعية والتجارية بهدف إشهار المنتجات أو الخدمات، كذلك تُبرم العقود والاتفاقيات مع مؤسسات أخرى من أجل تنظيم

متبادل ومشترك للنشر والإشهار، وفي هذا الإطار أجاز المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بإشهار الطلب العمومي عبر هذه الوكالة.

كما أجاز المشرع الإشهار عن طريق هذه الوكالة بموجب المادة 14 من المرسوم الرئاسي بمنحه المصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في إعمال إشهار ملائم، إذا تجاوز مبلغ الطلبات العمومية العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 13 من نفس المرسوم الرئاسي، وذلك بهدف إضفاء شفافية أكثر على إجراءات الوصول الطلب العمومي .

الفرع الثاني: الوسائل الحديثة الإلكترونية

نتيجة للتطور التكنولوجي وهيمنة العولمة الاقتصادية، وما تتطلبه من سرعة في المعاملات التجارية والاقتصادية كان لزاما على الإدارة أن تتماشى وتساير هذا التطور العالمي المأهول، فتحولت الإدارة عن الأساليب التقليدية الورقية والمكتبية إلى إدارة إلكترونية تحوي مواقع إدارية كبيرة ومتباعدة في شبكة اتصال إلكترونية، الأمر الذي عمل على الحد من البيروقراطية والتقليل من تكلفة الإنفاق الحكومي وتكريس لمبدأ الشفافية في تعامل الإدارة مع المتعاملين الاقتصاديين، ولم تكن الجزائر بمنأى عن هذا التطور التكنولوجي، الذي فرض عليها أن تستجيب لذلك عن طريق تبنيها للإدارة الإلكترونية.

وتماشيا مع هدف المشرع في تيسير حرية الوصول إلى الطلبات العمومية وتكريس مبدأ شفافية والمساواة بين المتعاملين المتعاقدين، أوجب المشرع النشر الإلكتروني في إبرام الصفقات ولقد كان المرسوم الرئاسي رقم 236 - 10 أول مرسوم تضمن تنظيم النشر الالكتروني بموجب المادة 174 (مرسوم رئاسي رقم 15-247، 2015)، غير أنه على الرغم من إيجابية هذه المبادرة إلا أنها جاءت متأخرة نوع ما بالنظر إلى اعتماد المشرع الجزائري أسلوب التعاقد الالكتروني في القانون المدني منذ سنة 2005 .

وإذا كان مرسوم 10 – 236 فتح الباب أمام التعاقد الإلكتروني ، فإن المشرع الجزائري قد وسع المجال للاستخدام الإلكتروني للإدارة العمومية من خلال إصداره للمرسوم الرئاسي رقم 15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذ جاء الفصل السادس من الباب الأول تحت عنوان" الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية"، وقدأشار فيه بموجب المادة 203إلى الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية " كما خصصت المادة 205 إمكانية اختيار المتعامل المتعاقد عن طريق آلية المزاد الالكتروني (مرسوم رئاسي رقم 15-247، 2015).

أما بالنسبة للإعلان الإلكتروني المتعلق بالصفقات العمومية فقد خصته المادة 204 (مرسوم رئاسي رقم 15-247، 2015)من خلال شرح تقنيات البرمجة، وكيفية تداول المعلومات وانتقال

الوثائق، لكن وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد جاء بالجديد بتقرير آلية الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية في مجال الصفقات العمومية، إلا أن الواقع أثبت صعوبة تطبيق هذه الآلية على المستوى العملي، بالنظر إلى التخلف الذي تشهده الجزائر في مجال استعمال الانترنت في الإدارة.

المطلب الثاني: الحماية المقررة لقرار الإعلان عن الصفقة

ترتبط الحماية المقررة للإعلان عن الصفقة بتحديد الطبيعة القانونية لقرار الإعلان وتكييفه القانوني، حيث يثير الإعلان عن الصفقة العمومية إشكالا في تكييفه القانوني فهل يعد من جملة إجراءات الأعمال التعاقدية أو من جملة الأعمال الإدارية؟ هذا ما سيتم توضيحه، ليتم الإشارة إلى حمايته القضائية.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لإعلان الصفقة العمومية

يعتبر الفقه والقضاء أن قرار الإعلان يصدق على مفهوم القرار الإداري، حيث يعرف هذا الأخير بحسب المعيار العضوي على أنه القرار التنظيمي أو الفردي الصادر عن السلطة الإدارية (محيو، دون سنة نشر، صفحة 160)، ولقد تبنى المشرع الجزائري المعيار العضوي بموجب المادتين 800و801 ق إ م إ فيكون القرار إداريا كلما صدر عن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ولما كان قرار الإعلان صادر عن شخص من أشخاص القانون العام فإنه طبقا للمعيار العضوي يعد قرارا إداريا(عمار بوضياف، 2014، صفحة 334).

غير أنه لما كان قرار الإعلان مرتبط بعقد إداري فإنه يندرج ضمن القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية، باعتبار أن القرار الإداري المنفصل يدخل في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل عنه.

هذا ويتحدد مفهوم القرار الإداري المنفصل بالنظر إلى مدى جوهرية القرار الإداري في تكوين العملية الإدارية المركبة، فإن كان القرار الإداري شديد الارتباط بالعملية الإدارية المركبة ،المتمثلة في الصفقة العمومية، فإنه يصبح جزءا لا يتجزأ عنها ،وبالتالي يكون غير قابل للانفصال عنها، أما إذا كان القرار الإداري غير جوهري بل مجرد عنصر مساعد لا يؤثر الطعن فيه في مجريات العملية التعاقدية، فإنه يعتبر قرارا إداريا منفصلا(حشيش, عبد الحميد، دون تاريخ نشر، صفحة 95).

وعلى ذلك يعرف القرار الإداري المنفصل على أنه ذلك "القرار الذي يكون جزءا من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري ولكن القضاء يكون بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالا عن ذات العقد" (تياب، 2016، صفحة 53).

الفرع الثاني: : الحماية القضائية لقرار الإعلان أمام القضاء الإداري

لم تجسد الحماية القضائية لقرار الإعلان عن الصفقة في كون صلاحيته أن يكون محلا لدعوى الإلغاء والدعوى الاستعجالية، وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي:

أولا: قابلية قرار الإعلان لدعوى الإلغاء

يعتبر الفقه والقضاء قرار الإعلان عن الصفقة العمومية من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة الممهدة لإبرام، الصفقة العمومية والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري، ولقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اعتباره قرارا إداريا منفصلا فرتب بطلان قرارات الإعلان إذا وقعت مخالفة للشروط والشكليات الجوهرية المقررة قانونا، وعلى ذلك فإنه يخول لكل من تأثرت مصلحته جراء عدم مشروعيته أن يطعن فيه بالإلغاء استقلالا(تياب، 2016، صفحة 54).

ولقد خول المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية إمكانية اللجوء إلى القضاء الإداري أثناء المراحل التمهيدية لإبرام الصفقة العمومية، لمخالفة الأشكال والإجراءات المقررة قانونا في هذه المراحل.

ومن شروط قابلية الطعن في القرار الإداري توافر المصلحة والمتمثلة في إلحاق الضرر، ويستخلص الضرر في الإعلان عن الصفقة من خلال الرجوع إلى الالتزامات الملقاة على المصلحة المتعاقدة عند اختيارها للمتعاقد المحتمل معها، ولما كانت الصفقة تحكمها مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية، لاسيما مبدأ المساواة والعلنية والإشهار، فإن مخالفة هذه المبادئ ينبئ عن توافر شرط إلحاق الأذى.

وانطلاقا من هذا التوضيح اعتبر القضاء الإداري قرار الإعلان عن الصفقة قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة لتوافره على جميع خصائص القرار الإداري، لذا يجوز لذوي الشأن الطعن فيهبالإلغاء في حال وجود وجه من وجوه عدم المشروعية(عمار بوضياف، 2014، صفحة 334).

غير أنه وعلى الرغم من أهمية دعوى الإلغاء في حماية الصفقة من عدم المشروعية، تبقى هذه الدعوى غير كافية، حيث اعتبرها بعض الفقه طعن عقيم، لاستغراقها وقت طويل من الزمن، الأمر الذي يمكن الإدارة من تسريع عملية إبرام العقد قبل بث القاضي في دعواه بحكم نهائي، كما أن إلغاء القرار المعيب لا يؤثر على نفاذ الصفقة حتى يطلب أحد الأطراف إلغاءها أمام قاضي العقد، وهو ما جعل من المفوض "روميو" يصرح في قضية "مارتين" بحد قوله:" إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية" (تياب، 2016، صفحة 54).

ثانيا: قابلية قرار الإعلان لدعوى الاستعجال

بعد ما تبين عدم كفاية قضاء الإلغاء في تحقيق الحماية للصفقة جراء عدم مشروعية الإعلان عمل المشرع على إدراج نوعا معينا من منازعات الصفقات العمومية ضمن قضاء الاستعجال(تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، صفحة 255) وقد خص بالذكر الإخلال بالإعلان وهذا الذي أكدته المادة 946 ق إ م إ حيث نصت على أنه " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العود الإدارية والصفقات العمومية"

ومن خلال هذه المادة فإن تصرفات المصلحة المتعاقدة من خلال إصداره للقرارات الإدارية ومنها قرار الإعلان تعد قرارات إدارية منفصلة يمكن الطعن فيها أمام القضاء الاستعجالي حتى يتم الفصل فيها بسرعة، لغرض حماية المال العام من الفساد فقد أثبت الواقع أنه كثيرا ما فقدت المشاريع الكبرى أهميتها الاقتصادية بسبب توقف المشروع إلى غاية الفصل النهائي في منازعة الموضوع المتعلقة بالطعن بالإلغاء.

إزاء ذلك استدرك المشرع فخص منازعات الصفقة بإجراءات القضاء الاستعجالي، حتى يتم إنجاز مشروع الصفقة في الآجال المحددة له وفي ذلك مصلحة للمتعامل المتعاقد حتى يتسنى له الوفاء بالتزاماته كما يحقق مصلحة للغير حتى يتحدد مصيره في شأن الصفقة في أقرب الآجال(تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، صفحة 263).

خاتمة:

بعد التعرف على خصوصية الإعلان في تعزيز شفافية الصفقات العمومية من بيان أهميته وإلزاميته وعناصره وحمايته القضائية توصلنا إلى مجموعه من النتائج والتوصيات أهمها فيما يلي:

- إيصال المصالح المتعاقدة العلم إلى كل الراغبين بالتعاقد، خاصة الذين تتوافر فيهم الشروط المالية والتقنية المحددة سلفا من طرفها، وإبلاغهم عن كيفية سحب دفاتر الشروط، ونوعية المواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال ابرام الصفقة
- تعود الغاية من الإعلان عدم قيام الإدارة بأي تصرف ينجم عنه تفضيل شخص عن شخص آخر، دون أي داعي ينص عليه القانون

– يخلق الإعلان نوعا من المنافسة المشروعة بين المتعهدين المتنافسين، مما يؤدي إلى إحالة العقد على أنسب العروض من حيث الزمن والجانب الفني، وهو ما يبعد الشك والريبة في تعاملات المصلحة المتعاقدة.

– ترتكز الصفقات العمومية على مبادئ مهمة وهي حرية الوصول إلى الطلبات والمساواة والشفافية الإجرائية غير أنه يتوقف تجسيدها واقعيا من خلال تفعيل حق المتعاملين في الإعلان

– اعتمد المشرع مبدأ العلنية كإجراء شكلي وجوهري في عملية إبرام الصفقات مما يجعل من الإعلان إجراءا إلزاميا في كافة أشكال الصفقة، مما يتعين على المصلحة المتعاقدة احترام أوضاع الإعلان من حيث المدة وكيفية إجرائه، وعدده وإلا كان الإعلان محل إلغاء.

– لما كان الإعلان يرتبط ارتباطا وثيقا بالاستعمال الحسن للمال العام ونجاعة الطلبات العمومية، استوجب حمايته من الاستغلال السيء للإدارة بمنحها من خلاله امتيازات غير مبررة لبعض المتعهدين، لذلك حرص المشرع على بيان مضمون الإعلان وفقا لنصوص قانونية

– تجسيدا لشفافية إجراءات إبرام الصفقة العمومية، وسع المشرع من عملية إيصال المعلومة للمتعاملين المتعاقدين، بمختلف الوسائل التقليدية والحديثة والمتمثلة في الجرائد، نشرة الصفقات العمومية، الإعلان المحلي، الوكالة الوطنية للإشهار، الإعلان الإلكتروني.

– تبنى المشرع الجزائري المعيار العضوي فيكون القرار إداريا كلما صدر عن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ولما كان قرار الإعلان صادر عن شخص من أشخاص القانون العام فإنه طبقا للمعيار العضوي يعد قرارا إداريا

– قرار الإعلان يرتبط بعقد إداري لذا فإنه يندرج ضمن القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية، باعتبار أن القرار الإداري المنفصل يدخل في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل عنه.

– القرار الإداري المنفصل هو ذلك القرار الذي يكون جزءا من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري ولكن القضاء يكون بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالا عن ذات العقد

- يعتبر الفقه والقضاء قرار الإعلان عن الصفقة العمومية من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة الممهدة لإبرام الصفقة العمومية، وعلى ذلك فإنه يخول لكل من تأثرت مصلحته جراء عدم مشروعيته أن يطعن فيه بالإلغاء استقلالا أمام القضاء الإداري، كما يمكن الطعن فيها أمام القضاء الاستعجالي، وفي ذلك مصلحة للمتعامل المتعاقد حتى يتسنى له الوفاء بالتزاماته كما يحقق مصلحة للغير حتى يتحدد مصيره في شأن الصفقة في أقرب الآجال.

قائمة المراجع:

مرسوم رئاسي رقم 10-236 ,2010) .أكتوبر 28 .(يتضمن الصفقات العمومية .مؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق ل 7 أكتوبر .58 ,الجزائر, الجزائر, الجزائر: الجريدة الرسمية.

أحمد عميري ,2017) .جوان .(دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر، طبقا للمرسوم الرئاسي قم 15 – 247 .المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية.228 ,18 ,

أحمد محيو. (دون سنة نشر). المنازعات الإدارية. (خالد بيوض وفائز أنجق، المترجمون) الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

القرآن الكريم) .الأية 16 .(آية الإسراء .القرآن الكريم: القرآن الكريم.

بحري اسماعيل. (2009-2008). الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر. 36. جامعة الجزائر: كلية الحقوق.

تياب, ن .(2016) .محاضرات في الصفقات العمومية .53 .بجاية, الجزائر: كلية الحقزق والعلوم السياسية.

تياب, ن .(.n.d) .آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية .رسالة دكتوراه .254 , جامعة تيزي وزو, الجزائر: كلية الحقوق.

حشيش, عبد الحميد. (دون تاريخ نشر). عبد الحميد حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي، ، القاهرة، ص 495. القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

خضري حمزة. (2015-2014). رسالة دكتوراه، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية. جامعة الجزائر 1: كلية الحقوق.

شريفي الشريف. (2013). مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد الإداري. مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، 3، 94-95.

عبد الرحيم محمد حسن السيد .(2009) .الشفافية في قواعد وإجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر .مجلة الشريعة والقانون.50 ,39 ,

عمار بوضياف .(2014) .شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزائر .(Vol. 4)الجزائر: دار جسور للنشر والتوزيع.

قدوج حمامة. (2004). عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

محمد أحمد عبد المنعم .(2005) .الأسس العامة للعقود الإدارية .القاهرة، مصر: دار الكتب القانونية.

مرسوم رئاسي رقم 15-247 ,2015) .سبتمبر 16 .(يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .50 .الجزائر, الجزائر, الجزائر: الجريدة الرسمية.

منهد مختار نوج. (2013). الإيجاب والقبول في العقد الإداري)دراسة مقارنة((المجلد 2). بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

عقد الامتياز كآلية للاستغلال العقار الصناعي الموجه للاستثمار

Concession is held as a mechanism for exploiting industrial property for investment

عكاكة فاطمة الزهراء (*)
كلية الحقوق والعلوم السياسية ،الأغواط، الجزائر
f.akaka@lagh-univ.dz

بلحاج سعد
كلية الحقوق والعلوم السياسية ،الأغواط، الجزائر
Belhadj.saad@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/05/01 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/29

****

ملخص:

يعتبر العقار الصناعي جزءا من الوعاء العقاري الموجه للاستثمار، فهو يحتل مكانة هامة باعتباره البنية الأساسية التي يقوم عليها النشاط الصناعي بمختلف أنواعه، والمشرع الجزائري سن مجموعة من القوانين تساهم في الحصول على العقار الصناعي خاصة والعقار الموجه للاستثمار عامة حيث تضمنت هذه القوانين كيفية تنظيم عقود الاستثمار وهذا ما ساهم في منح المستثمرين آليات قانونية جديدة وذلك عن طريق نظام الامتياز الذي اعتمد عليه المشرع في استغلال الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والذي يعتبر كآلية وحيدة و حديثة للاستغلال العقار الصناعي.

الكلمات المفتاحية : عقد الامتياز ، العقار الصناعي ، الاستثمار ، قانون الاستثمار، التنمية الاقتصادية

Abstract:

Industrial real estate is considered part of the real estate pool directed to investment, as it occupies an important place as the basic structure upon which industrial activity of all kinds is based, and the Algerian legislator enacted a set of laws that contribute to obtaining industrial real estate in particular and investment-oriented real estate in general, as these laws

---

*المؤلف المرسل.

included how to organize investment contracts This is what contributed to granting investors new legal mechanisms through the concession system that the legislator relied upon in the exploitation of lands belonging to the private property of the state, which is considered as the only modern mechanism for the exploitation of industrial property.

key words: concession contract, industrial real estate, investment, investment law, economic development.

مقدمة:

يعد العقار الصناعي كأحد معوقات الاستثمار لأنه يعد أهم مورد من موارد المؤسسة الصناعية حيث لا تتحقق التنمية دون تسهيل عمل المستثمر من هذا الجانب فكان لابد من توفير هذا العقار من قبل الدولة لذا حاولت الدولة إيجاد الصيغ المناسبة لحل مشكلة العقار ، لذا انتهجت الجزائر أسلوب الامتياز في مجال الاستثمار الصناعي كصيغة قانونية في سبيل تطوير آليات التنمية الصناعية، وإعادة بعث الاقتصاد الوطني وتحرير النشاط الاقتصادي وإقامة صناعة وطنية قادرة على تنويع الصادرات وتخليص الاقتصاد الوطني من التبعية للمحروقات بحيث يعتبر عقد الامتياز أو منح الامتياز الأداة القانونية الأنسب للدولة من أجل خلق مشاريع من قبل المستثمرين الصناعيين حيث أن هذا العقد يتعايش مع اقتصاد السوق ، وعليه تحتفظ الدولة بامتيازات القانون العام و من جهة أخرى تقوم بجلب المستثمرين الحقيقيين الذين كانوا يشتكون من انعدام العقار الصناعي ، مع عدم التنازل على العقار و يبقى فقط للانتفاع .

وعلى هذا الأساس صدرت مجموعة من النصوص التشريعية التي فتحت المجال أمام الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر كالأمر رقم 08-04 المؤرخ في 1سبتمبر 2008 والذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة لدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، والقانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، تدعيما وتعزيزا لجملة من الإصلاحات الاقتصادية المجسدة، حتى يتناسب الشكل القانوني مع التوجه الاقتصادي المبني على الحرية الاقتصادية وحرية الاستثمار.

ومن خلال هذا الطرح يتبادر إلى أذهاننا الإشكال الآتي :

إلى أي مدى يعتبر عقد الامتياز أحد أهم الآليات القانونية المنظمة للعقار الموجه للاستثمار؟

وللإجابة على هذه الإشكالية نحاول التطرق إلى مفهوم عقد الامتياز العقار الصناعي كمبحث أول وإجراءات منحه كمبحث ثاني.

المبحث الأول : مفهوم عقد الامتياز الصناعي

إن منح الامتياز أو عقد الامتياز كآلية حديثة و وحيدة لاستغلال العقار الاقتصادي يعد مفهوما جديد يستدعي البحث فيه والتعريف به خاصة ، والعقار الموجه للاستثمار عامة وأن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للعقار الصناعي ولم يجعله ضمن القوام التقني للعقار . (منصور، 2014، صفحة 11)

المطلب الأول:تعريف عقد الامتياز

لمعرفة تعريف عقد الامتياز سوف نتطرق إلى التعريف الفقهي مرورا بالتعريف القضائي ثم التعريف التشريعي أو القانوني

الفرع الأول :التعريف الفقهي لعقد الامتياز

لقد عرف الأستاذ سليمان محمد الطماوي عقد الامتياز بأنه":عقد إداري يتولى الملتزم فردا أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لتسيير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز " (الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، 1991، صفحة 108)

ويعرفه الأستاذ احمد محيو: الامتياز هو اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام، ورغم أنه عبارة عن صك تعاقدي فان دراسته ترتبط أيضا بالنظرية العامة للمرفق العام لأنه هدفه هو تسيير مرفق عام،إن دراسته تدخل إذا ضمن نطاق العقود و دراسة المرافق العامة وباعتباره أسلوبا للتسيير يكمن الامتياز بتولي شخص يسمى صاحب الامتياز أعباء مرفق خلال فترة من الزمن . (محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، 1979، صفحة 440)

و عرفه الأستاذ عمار عوابدي بأنه: عقد التزام المرفق العام هو عقد إداري يتعهد احد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته و تحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية ، وطبقا للشروط التي توضع له ،لأداء خدمة للجمهور ،و ذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن و استيلائه على الأرباح (عوابدي، القانون الإداري، 2005، صفحة 197)

والملاحظ أن التعاريف الفقهية السابقة تتفق وتجمع على أن الامتياز هو عقد إداري تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا باستغلال مرفق عام لمدة زمنية محددة مقابل دفع إتاوة سنوية ، و يستطيع من خلاله تجسيد مشروعه الاستثماري .

الفرع الثاني : التعريف القضائي لعقد الامتياز.

تعتبر الأحكام والاجتهادات القضائية بالجزائر في مجال عقد الامتياز في العقار الصناعي قليلة جدا مقارنة مع باقي المنازعات المطروحة على الجهات القضائية الإدارية وما يمكن الرجوع إليه هو القرار الصادر عن مجلس الدولة ، ومقارنة بباقي الدول كفرنسا بين شركة نقل 910/2001 في القضية رقم: 09/03/2004 الجزائري الغرفة الثالثة بتاريخ: للمسافرين ضد رئيس بلدية وهران و تناول عقد الامتياز كما يلي: ..."و حيث أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة،لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه . (أسماء، 2014، صفحة 440)

الفرع الثالث :التعريف التشريعي لعقد الامتياز

نصت المادة 64 مكرر من قانون الأملاك الوطنية أن منح الامتياز (المرسوم التنفيذي رقم 152/09، 2009) " هو العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة الامتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الامتياز حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء و/أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة تعود نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز.

و يعرف عقد الامتياز حسب دفتر الشروط النموذجي الملحق للمرسوم التنفيذي رقم 09/ 152 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التبعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لمشاريع استثمارية. بأنه " هو الاتفاق الذي تحول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملاكه الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي، قصد استيعاب مشروع استثماري ." (المرسوم التنفيذي رقم 152/09، 2009)

كما عرفه القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15 أوت 2010 الذي يحدد شروط وكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة في المادة 04 على انه : العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص المستثمر صاحب الامتياز، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها ، بناءا على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاه 40سنة قابلة لتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية . (القانون رقم 03/10، 2010).

و بتحليل هذه المواد نجد أن الامتياز هو العقد الذي تخول بموجبه الدولة مدة معينة حق الانتفاع بقطعة أرضية متوفرة تابعة لأملاكها الخاصة شخصا طبيعيا أو معنويا يخضع للقانون

الخاص مقيم أو غير مقيم أو مؤسسة عمومية اقتصادية لتستعمل تلك الأرض أساسا في إقامة مشروع استثماري.

ومن خلال هذه التعاريف نجد أن عقد الامتياز يعتبر من أهم العقود الإدارية التي قام المشرع الجزائري بتنظيم أحكامه وتحديد أسسه القانونية ، عن طريق مجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية تحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على العقار الصناعي الموجه للاستثمار ، وهو بذلك عقد يجمع بين أساليب القانون العام والقانون الخاص في إقامة المشاريع الاستثمارية.

المطلب الثاني:خصائص عقد الامتياز في العقار الصناعي

من خلال التعريفات السابقة يمكن القول أن عقد الامتياز يتمتع بمجموعة من الخصائص تتمثل فيما يلي :

الفرع الأول : عقد الامتياز عقد إداري رسمي:

يعتبر عقد الامتياز عقدا إداريا تصدره إدارة أملاك الدولة بموجب نص المادة 10 من الأمر رقم 04/08 حيث جاء فيها :"يكرس الامتياز المذكور في المادة 04 أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز". (الأمر رقم 04/08، 2008)

ويصدر عقد الامتياز عن إدارة أملاك الدولة ويتولى المدير إعداده وتحريره، ثم يقوم المدير بالتسجيل قرار منح الامتياز، لهذا يتطلب أن يكون عقد إداري موثق أي يفرغ في قالب شكلي ورسمي وبذلك يقوم المدير بإجراءات شهره باعتباره عقد وارد على عقار، فهو بذلك قد شكلي ورسمي وفق ما نصت عليه المادة 324 مكرر1 من قانون المدني الجزائري ويطبق عليه إجراءات الشهر لكونه وارد على عقار . (المادة 234مكرر من القانون المدني الجزائري)

الفرع الثاني : عقد الامتياز عقد محدد المدة

يعتبر عقد الامتياز من العقود الزمنية الطويلة المدة، حيث أن الأراضي التابعة لأملاك الدولة والموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية تكون محل الامتياز لمدة أدناه 33 سنة قابلة لتجديد مرتين لتصل 99 سنة (الأمر رقم 04/08، 2008)

الفرع الثالث :عقد يمنح لشخص طبيعي أو معنوي خاضع لقانون الخاص

يمنح عقد الامتياز لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص ، عملا بنموذج دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09 "منح الامتياز هو الاتفاق الذي تحول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملاكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص، قصد انجاز مشروع استثماري" (المرسوم التنفيذي رقم 152/09، 2009).

الفرع الرابع :عقد مقابل دفع إتاوة

كما يمنح عقد الامتياز بالتراضي وبمقابل إتاوة إيجاريه سنوية بحيث تقوم مصالح أملاك الدولة المختصة إقليميا بتحديدها وتمثل20/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل منح الامتياز (الأمر رقم 04/08، 2008) ، ويتم تحيين الإتاوة الإيجارية السنوية عند انقضاء احده عشرة(11) سنة،بناءا على تقييم تعده مصالح أملاك الدولة استنادا إلى السوق العقاري.

الفرع الخامس : عقد يرد عمل حق عيني عقاري

وهذا الحق يتمثل في حق الانتفاع أي أن المستثمر يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد، وبالشفعة، وبالتقادم، أو بمقتضى القانون،بحيث في مجال العقار الصناعي يستفيد المستثمر من العقار الموجه للاستثمار لمدة محددة قانونا وقد نصت المادة 844 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الأولى على أنه :" يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون" (المادة 844 من القانون المدني الجزائري). ومن خلال هذه المادة نستنتج أن منح حق الانتفاع إلى المستثمر الذي يتعاقد مع إدارة أملاك الدولة، من اجل استخدامه لإنجاز مشاريعه الاستثمارية.

المبحث الثاني :شروط وإجراءات منح عقد الامتيازعلى العقارالصناعي

يمنح الامتياز على العقار الصناعي في إطار دعم الاستثمار في جملة من الشروط والإجراءات الواجبة الإتباع بكيفيات محددة قانونا سواء كان المستثمر شخصا طبيعيا أو معنويا خاصا أو عاما.

المطلب الأول : شروط منح الامتيازالمتعلقة بأطراف الامتياز

أطراف الامتياز هم الإدارة مانحة الامتياز من جهة وطالب الامتياز في هذه المرحلة من جهة أخرى.

الفرع الأول : فيما يخص الإدارة مانحة الامتياز:

لقد جاء في القانون 04/08 الذي يحدد شروط و كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الوطنية الخاصة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية السابق الذكر، أن إدارة أملاك الدولة هي المسؤولة عن إعداد عقد الامتياز ويكون مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز.

حددت المادة 48 من القانون رقم01/15المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015الطرف الذي له الحق في منح قرار الامتياز والمتمثل في الوالي،عن طريق التراضي بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار مع الذي يتصرف، كلما تطلب الأمر ذلك،بالتنسيق مع المديرين الولائيين للقطاعات المعنية، على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات،

وبعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة على الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة،وبناء على اقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل محيط مدينة جديدة،بعد موافقة الوزير المكلف بالمدينة. (القانون رقم 01/15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015)

يفرغ الامتياز في عقد إداري تعده مصالح إدارة أملاك الدولة بحيث يكون هذا العقد مرفقا بدفتر أعباء يتضمن شروط وبنود منح عقد الامتياز، ويحدد بدقة برنامج الاستثمار. (الأمر رقم 04/08، 2008)

الفرع الثاني : فيما يخص المستثمر طالب الامتياز

الأشخاص المعنيين بهذه الصيغة المتمثلة في حق الامتياز العقار الصناعي هم المؤسسات و الهيئات العمومية الخاضعة للقانون الخاص،وكذا الأشخاص الطبيعيين الذين يرغبون في إقامة مشروع استثماري والذين يتمتعون بالحقوق المدنية و الأهلية القانونية للقيام بالاستثمار في المجال الصناعي؛

أي قد يكون المستثمر شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا حسب ما جاء في نص المادة رقم 15 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 على أنه "يمنح على الامتياز أساس دفتر شروط عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات و الهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص،وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية" (القانون رقم 01/15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015)

وحسب التعليمة الوزارية المشترك رقم 001 المؤرخة في 06 أوت 2015 كل شخص، طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص، يرغب في الحصول على امتياز بالتراضي على عقار موجه للاستثمار، يجب أن يودع لدى مديرية الصناعة والمناجم المؤهلة إقليميا. (التعليمية الوزارية المشتركة رقم 001)

نلاحظ من خلال ذلك أن الامتياز يمنح لشخص طبيعي أو معنوي قصد انجاز مشروع استثماري، أي أن المشرع الجزائري لم يميز بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين في منح الامتياز على العقار الصناعي،بمعنى أن المشرع لم يحدد شروط خاصة و بالتالي يتم الرجوع إلى الشروط العامة في التعاقد كالرضا و الأهلية، إلا أننا نستشف وجوب ركن الرضا قبل التعاقد من خلال تحليل المادة 23 من دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد منح الامتياز بالتراضي: " يعلن المستفيد من الامتياز في العقد المبرم بأنه اطلع مسبقا على دفتر الشروط هذا،وأنه يتخذه مرجعا له . (المرسوم التنفيذي رقم 152/09، 2009)

ومنه نستنتج أنه يجب توفر ركن الرضا في المستثمر طالب الامتياز قبل التوقيع على بنود العقد المبرم بينه وبين إدارة أملاك الدولة، وهذا بعد إطلاعه على دفتر الشروط المرفق بالعقد، لأن عدم التوقيع معناه عدم رضا المستثمر على بنود العقد، وبالتالي لايمكن إبرام عقد الامتياز لتخلف أحد أركانه الأساسية وهو الرضا.

أما بالنسبة لإرادة المتعاقد صاحب الامتياز (الشخص الطبيعي) فيجب أن يكون أهلا للتصرف وبالغ 19 سنة كاملة وهنا نطبق أحكام الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري. (المادة 40 من القانون المدني الجزائري)

أما الشخص المعنوي صاحب الامتياز فانه يعبر عن إرادته ويكون أهلا للتصرف عن طريق مدير الشركة أو ممثله القانوني، وهذه الأهلية تعبر عن المشروعية والصفة القانونية بما في ذلك العقد والسجل التجاري والرخصة أو الاعتماد؛ (بلكعيبات، 2012، صفحة 84)

الفرع الثالث : شروط منح الامتياز المتعلقة بالعقار محل الامتياز

يجب أن تكون الأوعية العقارية التي يمكن أن تكون محل حق امتياز حسب المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09 كما يلي:

- تابعة للأملاك الخاصة للدولة؛
- غير مخصصا وليست في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجياتها؛
- واقعة في قطاعات معمرة أو قابلة للتعمير، كما هو محدد في أدوات التهيئة والتعمير باستثناء المشاريع الاستثمارية التي يستلزم تمركزها خارج هذه القطاعات بسبب طبيعتها.

وقد تضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 أحكاما متعلقة بأملاك الدولة فيما يخص تشجيع الاستثمار في مضمون المادة 48 التي تعدل و تتمم المادة 05 من الأمر رقم 08 / 04،بموجب هذه الأحكام يمنح الامتياز على العقارات الموجهة للاستثمار حصريا عن طريق التراضي، بموجب قرار من الوالي (القانون رقم 01/15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015) :

- على أساس اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار المختص إقليميا، فيما يخص الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المنحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية و كذا الأملاك الواقعة على مستوى المناطق الصناعية و مناطق النشاط؛
- بناءا على اقتراح هيئة تسيير المدينة الجديدة بالنسبة للأملاك الواقعة داخل محيط المدينة الجديدة بعد موافقة الوزير المكلف بالمدينة.

كما أستثنى المشرع من مجال تطبيق منح الامتياز المنصوص عليه أصناف من الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و التي تبقى خاضعة للنصوص الخاصة بها وهي: (الأمر رقم 04/08، 2008)

- الأراضي الفلاحية؛
- القطع الأرضية المتواجدة داخل المساحات المنجمية؛
- القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات البحث عن المحروقات و استغلالها ومساحات حماية المنشات الكهربائية و الغازية؛
- القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية المستفيدة من إعانة الدولة؛
- القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات المواقع الأثرية و الثقافية.

ونلاحظ أن قانون المالية التكميلي لسنة2015 بعدة نصوص تصب في مجملها في مجال تحسين مناخ الاستثمار، من خلال تسهيل إجراءات الاستفادة من العقار الصناعي، والعقار الموجه للاستثمار بصفه عامة، وتجسد ذلك بإلغاء لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار واستبدالها بالشباك الوحيد بغية تسهيل إجراءات حصول المستثمر على عقار لغرض الاستثمار وتبسيط إجراءات حصوله على مشروع استثماري.

الفرع الرابع : الشروط القانونية والمالية لمنح الامتياز

هناك شروط أخرى تضاف إلى الشروط الخاصة بأطراف عقد الامتياز وهي شروط قانونية وأخرى مالية

الفرع الأول : الشروط القانونية

أوجب المشرع الجزائري شروط قانونية في إطار منح حق الامتياز على العقار الصناعي هي وجوب أن تكون عملية منح الامتياز على أساس دفتر شروط عن طريق التراضي، وهذا طبقا لنص المادة رقم:15 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 (القانون رقم11/11 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 ،ج ر عدد 40 بتاريخ 20 جويلية 2011 ، 2011) إضافة إلى الشروط التي وردت في التعليمة رقم:787بتاريخ:جوان 2009 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية والمتمثلة في:

- إلزام مصالح الدولة على الحرص الصارم لاحترام البنود المنصوص عليها في دفتر الشروط الواجب إرفاقه بصفة إلزامية بالعقد الإداري المتضمن منح الامتياز؛
- منع كل تنازل عن حق الامتياز قبل انجاز المشروع؛
- منع الإيجار من الباطن؛

- الانجاز الفعلي للمشروع باشتراط التأكيد على ذلك بشهادة المطابقة و معاينة دخول حيز التشغيل المشروع من طرف الهيئات المختصة خاصة لجنة مساعدة و توطين و ترقية الاستثمار بخصوص العمليات المرخص بها من طرف الوالي،الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل حدود المدينة الجديدة أو الهيئة المسيرة لمنطقة التوسع السياحي، وأخيرا الوكالة الوطنية لتنمية الاستثمار عندما يتعلق الأمر بمشروع مرخص به من طرف المجلس الوطني للاستثمار؛

- المتابعة المنتظمة لانجاز المشروع و احترام الالتزامات الواقعة على عاتق المستفيد من الامتياز وهذا عن طريق دورات التفتيش المنتظمة؛

- اتخاذ التدابير الواجبة اتجاه المستفيد من الامتياز في حالة عدم مراعاة بنود دفتر الأعباء والتي تتراوح بين الأعذار إلى إسقاط الحق؛

- إدراج بصفة إلزامية البنود و الشروط الرئيسية المعنية بالعقد الإداري؛

- تكريس ملكية البنايات المقامة والتي تم إتمام انجازها وبدأت في النشاط وفقا لرخصة البناء في إطار انجاز المشروع الاستثماري بعقود توثيقية لفائدة صاحب حق الامتياز؛ (التعليمة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 7875)

2- الشروط المالية.

بالإضافة إلى الشروط القانونية أوجب المشرع الجزائري شروط مادية في إطار منح عقد الامتياز تتمثل في تحديد مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية لحق منح الامتياز على العقار التابع للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة للاستثمار بنسبة 20/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل منح الامتياز وهذا طبقا لنص المادة رقم15 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011، هذه الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة بـ20/1 تخضع لتخفيض يطبق كما يلي (القانون رقم11/11 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 ،ج ر عدد 40 بتاريخ 20 جويلية 2011 ، 2011) :

- 90%خلال فترة انجاز الاستثمار التي يمكن أن تمتد من 01 سنة إلى 03 سنوات؛

- 50% خلال فترة الاستغلال التي يمكن أن تمتد كذلك من 01 سنة إلى 03 سنوات؛

- بالدينار الرمزي للمتر المربع خلال فترة عشر (10) سنوات وترتفع بعد هذه المدة إلى 50%من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في الولايات التي استعملت لتنفيذ برنامجي الجنوب و الهضاب العليا؛

- بالدينار الرمزي للمتر المربع خلال فترة خمسة عشر(15) سنوات وترتفع بعد هذه المدة إلى 50%من مبلغ الإتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في ولايات الجنوب الكبير و يتم تحيين الإتاوة السنوية بعد انقضاء كل فترة إحدى عشرة (11) سنة.

و طبقا للتعليمة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم12502 بتاريخ2011/12/25 ، فإن الإتاوة الإيجارية السنوية بالنسبة للأملاك الواقعة بولايات الهضاب العليا –الجنوب – الجنوب الكبير تكون على أساس الدينار الرمزي لكل متر مربع (م2) للأرضية بزيادة دينار رمزي لكل متر مربع (م2) مبنى، أي يتعين ضرب مساحة القطعة الأرضية في واحد(01) دينار جزائري و الناتج سيمثل سعر الإتاوة السنوية للامتياز. (التعليمة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم :12502)

كما نصت المادة رقم32 من قانون المالية لسنة 2012 " تعفى عقود الامتياز على الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة التي تعدها إدارة أملاك الدولة في إطار تسوية الأملاك العقارية المحازة على سبيل الانتفاع من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري من حقوق التسجيل ورسم الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية. (القانون المالية رقم 12/12المتضمن قانون المالية لسنة2013، 2012)

كما تنص المادة رقم17 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 على أنه يمكن تقسيم حقوق التسجيل و كذا الرسم على الإشهار العقاري المستحق بمناسبة إعداد عقود الامتياز على ممتلكات الدولة. (القانون رقم11/11 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 ،ج ر عدد 40 بتاريخ 20 جويلية 2011 ، 2011)

و منه نستنتج أن المشرع الجزائري في سبيل تشجيع الاستثمار عمل على إقرار هذه التخفيضات وتذليل العقبات المالية التي من شأنها تعيق عملية الاستثمار في البلاد وكلهذا يدخل ضمن المساهمة في إحياء الاقتصاد الوطني.

المطلب الثاني :إجراءات الحصول على عقد الامتياز العقار الصناعي

يختلف منح الامتياز في العقار الصناعي عن منح الامتياز في القواعد العامة، فقد قام المشرع بتحديد شروط معينة ومختلفة، وذلك من خلال مجموعة من النصوص القانونية، ويظهر ذلك من خلال الأمر رقم 04/08، حيث كان الامتياز يمنح عن طريق المزاد العلني، أو عن طريق التراضي، وبعدها جاء قانون المالية التكميلي لسنة 2011 معدلا لبعض المواد من الأمر رقم 04/08، حيث ألغى طريقة المزاد العلني للحصول على الامتياز و جعل التراضي هو الطريقة الوحيدة لاستغلال العقار الصناعي (بلكعيبات، 2012، صفحة 84) ونجد ذلك من خلال المادة 15 الفقرة 01 من الأمر رقم 11/11 التي عدلت المادة 03 من الأمر 04/08 على انه : يمنح الامتياز على أساس دفتر الشروط عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة لدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات المشاريع الاستثمارية ومع مراعاة احترام قواعد التهيئة المعمول بها،كما جاء أيضا قانون

المالية لسنة 2013 بتعديل طفيف لنص المادة 05 من الأمر رقم 04/08السابق الذكر في نص المادة 34 منه حيث اشترط موافقة الوزير المكلف بتهيئة الإقليم. (القانون المالية رقم 12/12المتضمن قانون المالية لسنة2013، 2012)

ومن خلال تحليل هذه المواد نجد أن الطرف الذي له الحق في منح قرار الامتياز عن طريق التراضي هو الوالي، وذلك بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار ،بالتنسيق مع المديرين الولائيين للقطاعات المعنية، على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات، وبعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة على الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة،و بناء على اقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل محيط مدينة جديدة،بعد موافقة الوزير المكلف بالمدينة.

الفرع الأول: إعداد ملف الترشح للاستفادة من حق الامتياز:

بصدور التعليمة الوزارية المشتركة رقم 001 المؤرخة في 06 أوت 2015، المتضمنة الإجراءات الجديدة لوضع حيز التنفيذ للأحكام المتعلقة بمنح حق الامتياز على العقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية، أصبح كل شخص، طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص، يرغب في الحصول على امتياز بالتراضي على أرض أو عقار موجه للاستثمار، يجب أن يودع ملفا متضمنا طلبا مرفوقا بدراسة تقنية واقتصادية لدى مديرية الصناعة والمناجم المؤهلة إقليميا، بحيث تحدد فيها مجال النشاط والتقويم الكمي و المالي للمشروع،المدة التقديرية لإنجاز المشروع، التكنولوجيات المستعملة و التمويل و كل التدابير المستعملة للمحافظة على البيئة، مناصب الشغل التي يمكن توفيرها (التعليمية الوزارية المشتركة رقم 001)، وتعتبر هذه المرحلة أول إجراء يقوم به الشخص المرشح للاستفادة من حق امتياز العقار الصناعي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

أولا : دراسة الملف

حيث توكل مهمة دراسة طلبات الحصول على حق الامتياز للمدير الولائي المكلف بالاستثمار، الذي بدوره يستشير مديريات الولاية المعنية مباشرة بذات المشروع كلما اقتضت الضرورة ذلك، وبعد استشارة المديريات الولائية تلتزم هذه المديريات بإبداء الرأي في اجل لا يتعدى ثمانية (08) أيام وفي حالة عدم الرد يعتبر الرأي إيجابيا، و بعد استكمال الملف وفق الإجراءات المشار إليها، يرسل الملف غلى الوالي مرفوقا بتقرير تقييمي مبرر في أجل لا يتعدى ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ

الحصول على أراء المديريات المعنية ، (التعليمية الوزارية المشتركة رقم 001) وتعد مرحلة دراسة الملف المقدم من طرف المرشح للاستفادة من حق منح الامتياز الإجراء الثاني بعد إعداد الملف.

ونشير أن المادة 48 من قانون المالية التكميلي قامت بإلغاء لجنة المساعدة وترقية الاستثمار وضبط العقار وهي لجنة ولائية يرأسها الوالي تضم مختلف المدراء التنفيذيين، واقتصارها على مدير الصناعة و المناجم وترقية الاستثمار الذي يدرس الملف، ويقترح على الوالي الذي يصدر قرار بمنح الامتياز، والهدف من ذلك تخفيف الإجراءات وتسهيل إداري بغرض جذب المستثمرين، لأن المستثمر رأسماله جبان فهو لا يغامر في جو البيروقراطية والفساد وعدم الثبات التشريعي وتنامي الجرائم والفوضى. (بلحاج، 2020)

ثانيا : قرار منح الامتياز.

يبت الوالي في الطلب باتخاذ قرار منح حق الامتياز بالتراضي، و يبلغ الوالي دون اجل لقرار منح الامتياز بالتراضي إلى المستثمر،كما يقوم بإرسال ذات الملف إلى إدارة أملاك الدولة، قرار القبول المتخذ من قبل الوالي يحوز على قوة التنفيذ من قبل كل مصالح الدولة.

تلتزم إدارة أملاك الدولة بإنهاء إجراءات الإمضاء مع المستثمر على دفتر الشروط المحدد لبرنامج مدقق للاستثمار، وكذا شروط وبنود منح حق الامتياز المعدلة وفقا للسياسة الاقتصادية الوطنية، في أجل ثمانية (08) أيام الموالية لتاريخ الحصول على الملف ومنه إعداد عقد حق الامتياز مسجلا خلال خمسة عشرة (15) يوما الموالية.

1- المشاريع التي يتم الترخيص بها من طرف الوالي:

يتخذ الوالي قراره بخصوص الملف، و في حالة الموافقة يتم إعداد عقد الامتياز (شايب باشا، 2013 ، صفحة 50)،فإنه يقوم بإصدار قرار بالقابلية للحصول على امتياز بالتراضي (التعليمية الوزارية المشتركة رقم 001) ،تكون الموافقة بمنح الامتياز بالتراضي، استنادا إلى أحكام المادة 15 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011، يمنح الامتياز على أساس دفتر شروط عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ويرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي و ما جاء في المادة 48 لقانون المالية التكميلي لسنة 2015، يمنح الامتياز على العقارات الموجهة للاستثمار حصريا عن طريق التراضي، بموجب قرار من الوالي : (القانون رقم 01/15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015).

– الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المنحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية و كذا الأملاك الواقعة على مستوى

المناطق الصناعية و مناطق النشاط وذلك على أساس اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار المختص إقليميا؛

– الأراضي الواقعة داخل محيط مدينة جديدة بناءا على اقتراح هيئة تسيير المدينة الجديدة و بعد موافقة الوزير المكلف بالمدينة؛

– الأراضي التابعة للمنطقة التوسع السياحي بعد رأي موافق للوكالة الوطنية للتنمية السياحية (ANDT) وبعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة.

وكما أشرنا سابقا نجد أن الوالي هو الذي له الحق في منح قرار الامتياز عن طريق التراضي ، هذا بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات ، وبعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة على الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة،و بناء على اقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل محيط مدينة جديدة،بعد موافقة الوزير المكلف بالمدينة.

2- **المشاريع التي يتم الترخيص بها من مجلس الوطني للاستثمار:**

تكون الموافقة بمنح الامتياز عف طريق التراضي من طرف المجلس الوطني للاستثمار،بعد موافقة مجلس الوزراء وذلك حسب الملفات المشاريع المقترحة و المتمثلة في:

- المشاريع الاستثمارية التي تؤدي إلى تعزيز التنمية في المناطق المحرومة والمعزولة.
- المشاريع الوطنية ذات أهمية و المنجزة ضمن اتفاقية الاستثمار؛
- المشاريع الاستثمارية التي قد يشارك فيها الأجانب؛
- أي مشروع استثماري تفوق قيمته 500مليون وتابع لنظام العام.

حيث يستوجب على المستفيد من الامتياز أف يودع ملفه على مستوى الشباك الوحيد اللامركزي، شرط أن يكون ملفه يحتوي على مخطط التمويل المذكور في دفتر الشروط وتحدده بدقة، أي يجب أن يحتوي على جميع المعلومات الخاصة بصاحب المشروع.

وبناءا على قرار الوالي المتضمن الترخيص بمنح الامتياز يكرس الامتياز الممنوح على العقار الموجه للاستثمار الصناعي بموجب عقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة المختصة مرفقا بدفتر شروط معد طبقا للنماذج الملحقة و يحدد بدقة برنامج الاستثمار و كذا بنود و شروط منح حق الامتياز ، وتستكمل هذه المرحلة بإجراء التسجيل و الإشهار العقاري للعقد و تسلم نسخة منه إلى

المستفيد من حق الامتياز بعد التوقيع عليه و على دفتر الشروط المرفق به للشروع في إنجاز المشروع الاستثماري. (الأمر رقم 04/08، 2008)

3 - فسخ الامتياز (المرسوم التنفيذي رقم 153/09)

يفسخ الامتياز في أي وقت وباتفاق الطرفين ويفسخ الامتياز كذلك بما يلي :

– بمبادرة من الإدارة إذا لم يحترم المستفيد من الامتياز البنود و الشروط الموجودة في دفتر الشرط؛

– في حالة عدم احترام المستفيد من الامتياز بنود دفتر الشروط وبعد توجيه اعذار ين له برسالة مسجلة مع إشعار بالاستلام ولكن بدون جدوى، يتم متابعة إجراءات إسقاط حق الامتياز أمام الجهات القضائية المختصة طبقا لأحكام المادة 17 من المرسوم رقم 152/09 المؤرخ في2009/05/02؛ (المرسوم التنفيذي رقم 153/09)

– إذا لم ينه صاحب الامتياز المشروع الاستثماري في الآجال المحدد في عقد الامتياز مع احترام طبيعة المشروع والبرامج المحددة في دفتر الشروط ورخصة البناء يمكن منح المستفيد أجلا إضافيا يتراوح من سنة إلى 03 سنوات حسب طبيعة وأهمية المشروع؛

– في حالة عدم إتمام المشروع عند انتهاء الأجل الإضافي فإن إسقاط الحق يؤدي إلى دفع الدولة تعويضا مقابل فائض القيمة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة بصفة نظامية دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة مع اقتطاع نسبة 10%على سبيل التعويض؛

– تحدد مصالح أملاك الدولة المؤهلة إقليميا فائض القيمة؛

– عند انجاز البنايات في الآجال المحددة وبدون مطابقتها للبرنامج المحدد أو رخصة البناء فإن إسقاط الحق يتم بدون أي تعويض؛

– عند عدم انجاز المشروع في الآجال المحددة مع مطابقة البنايات مع البرنامج المحدد أو رخصة البناء فإنه لا يمكن للمستفيد من الامتياز طلب الاستفادة من التعويض؛

– عندما تنطق الجهة القضائية المختصة بهدم البنايات فإنه يتعين على صاحب الامتياز وبمصاريفه الخاصة القيام بإعادة القطعة الأرضية محل الامتياز إلى حالتها الأصلية،

– تحول الامتيازات و الرهون التي يحتمل أنها أثقلت قطعة الأرض بسبب إخلال المستفيد من الامتياز بالتزاماته إلى مبلغ التعويض.

وأخيرا نستنتج أن الامتياز هو الأسلوب الوحيد لاستغلال الأوعية العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة للاستثمار حيث نظمت القوانين المتعلقة بالاستثمار وقوانين المالية آليات استعمال عقود الامتياز الممنوحة للمستثمرين بغرض وبهدف إنجاز مشاريعهم الاستثمارية المختلفة، وذلك بموجب صيغ قانونية يتم بموجبها إبرام عقود ثنائية بين الإدارة المالكة للعقار والمستثمر لإمكانية استغلال المستثمر للعقار الخاص التابع للدولة، أو الولاية، أو البلدية،و الانتفاع به لفترة زمنية محددة مقابل دفعه إتاوة، سواء كان عقار صناعي، أو فلاحي، أو سياحي.

خاتمة:

ونخلص في الأخير أن الجزائر انتهجت أسلوب الامتياز في مجال الاستثمار الصناعي كصيغة قانونية جديدة ، وهو عقد يتميز بالجمع في الآخذ بأساليب القانون العام و بالإضافة إلى أحكام القانون الخاص ، و يعتبر عقد الامتياز الصناعي من أهم العقود الإدارية المسماة التي تكفل المشرع الجزائري بتحديد أسسه القانونية من تعريف و تنظيم أحكامه ، لذلك فإن تكريس منح حق الامتياز للأراضي الموجهة للاستثمار في شكل عقد الامتياز الصناعي بين الدولة وبين المستثمر الأجنبي، استدعى المشرع الجزائري توفير حماية قانونية في ظل قوانين الاستثمار بغية خلق مناخ استثماري مستقر يضمن حقوق المستثمر الأجنبي ويحفزه على القيام بالاستثمار والعمل إلى جانب القطاع الخاص الوطني على تطوير القاعدة الاقتصادية الوطنية ، ومن خلال عقد الامتياز تبقى الدولة مالكة للعقار وتعمل على إبقائه على طبيعته الأصلية، وتكون المشاريع في الطريق الحقيقي و الصحيح الذي أنشأت من أجله.

الاقتراحات:

- الحد من كثرة التغيرات والتعديلات التي عرفها الإطار القانوني للاستثمار.
- إقرار مبدأ الثبات التشريعي أو الاستقرار التشريعي كضمان لجلب المستثمرين.
- العمل على تحسين البيئة التنظيمية والمؤسسية للاستثمار.
- تسهيل إجراءات الحصول على العقار والقضاء على البيروقراطية .
- تبسيط قواعد الموافقة على الاستثمار، وتوفير جميع المعلومات والبيانات التي يحتاجها المستثمر بشكل تفصيلي ودقيق.
- إنشاء هيئات وطنية تنفيذية مهمتها ترقية الاستثمارات.
- تكوين لجنة مشتركة للرقابة على سير المشاريع والاطلاع عليها، تضم مصالح الولاية، مديرية الصناعة والوكالة الوطنية لترقية الاستثمار.

- ❖ إصلاح النظام البنكي وتحديث وسائل التسيير لهذا القطاع ليواكب الإصلاحات الاقتصادية وذلك لتحقيق النتائج المرجوة لترقية الاستثمار المحلي والأجنبي على حد سواء.
- ❖ إنشاء بنك معلومات يتضمن الوفرة العقارية خاصة الصناعية.

قائمة المراجع:

أحمد محيو. (1979). *محاضرات في المؤسسات الإدارية* . الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

أحمد محيو. (1979). *محاضرات في المؤسسات الإدارية* . الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

أسماء منصور. (2014). عقد الامتياز كوسيلة للستغلال العقار الصناعي (رسالة ماجستير). كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر: جامعة الجزائر.

الأمر رقم 04/08. (01 سبتمبر, 2008). *يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الخاصة التابعة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية* . الجزائر، الجزائر: الجريدة الرسمية الجزائرية.

التعليمة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم :12502. المؤرخة في (2011/12/25)

التعليمة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 7875 المؤرخة في (2009/06/30).

التعليمية الوزارية المشتركة رقم 001. المؤرخة في(06أوت2015)

القانون رقم11/11 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 ،ج ر عدد 40 بتاريخ 20 جويلية 2011 . (20 جويلية, 2011). الجزائر: الجريدة الرسمية الجزائرية.

القانون المالية رقم 12/12المتضمن قانون المالية لسنة2013. (26 ديسمبر, 2012). الجزائر: الجريدة الرسمية الجزائرية.

القانون رقم 03/10. (15 أوت, 2010). *المحددلشروط وكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للاملاك الخاصة للدولة* . الجزائر، الجزائر: الجريدة الرسمية الجزائرية.

القانون رقم 01/15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015.

المادة 234مكرر من القانون المدني الجزائري.

المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

المادة 844 من القانون المدني الجزائري.

المرسوم التنفيذي رقم 152/09. (02 05, 2009). *البند الأول من دفتر الشروط النموذجي* . الجزائر، الجزائر: الجريدة الرسمية الجزائرية.

المرسوم التنفيذي رقم 153/09.

سعد بلحاج. (2020). الوعاء العقاري ودوره في ترقية الاستثمار. كلية الحقوق والعلوم السياسية، الأغواط: جامعة عمار ثليجي الأغواط.

سليمان الطماوي. (1991). *الأسس العامة للعقود الإدارية*. مصر: مطبعة عين الشمس .

سليمان الطماوي. (1991). *الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة*. مصر: مطبعة عين شمس.

عمار عوابدي. (2005). *القانون الإداري*. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

عمار عوابدي. (2005). *القانون الإداري*. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

كريمة شايب باشا. (،2013). ،عقد الامتياز ودوره كآلية للاستغلال العقار الموجه للاستثمار الصناعي في الجزائر. *مجلة دراسات قانونية مركز البصيرة للبحوث و الاستشارات والخدمات التعليمية* ، صفحة 50.

مراد بلكعيبات. (2012). منح الامتياز للاستثمار الصناعي في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه . كلية الحقوق، بسكرة: جامعة محمد خيضر.

منصور أسماء. (2014). عقد الامتياز كوسيلة للاستغلال العقار الصناعي . كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزائر.

ضبط المنافسة الحرة في الجزائر في ظل التحول الاقتصادي الجديد

Controlling free competition in Algeria in light of the new economic transformation

جعيرن بشير
المركز الجامعي آفلو بالأغواط ، الجزائر
مخبر الدراسات القانونية و الاقتصادية آفلو بالاغواط
b.djairene@lagh-univ.dz

تاريخ الاستلام: 2021/04/26 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/26

****

ملخص:

إن اتجاه الجزائر الجديد نحو سياسة الانفتاح على السوق الخارجية، والذي جسدته لأول مرة في دستور 1989، جعلها تعمل على إجراء إصلاحات عديدة على جميع المستويات الاقتصادية و الاجتماعية وخاصة القانونية، حيث يعد قانون المنافسة أحد أهم مظاهر هذه الإصلاحات، بما يفترض معه من الحرية التنافسية بين الأعوان الاقتصاديين، و حرية الوصول إلى العملاء، لكن هذا الوضع لا يتحقق في الواقع إلا إذا كانت شروط المنافسة المثالية متاحة لجميع الأعوان الاقتصاديين، لاسيما حرية الدخول للسوق، و نزاهة الممارسة التجارية و الصناعية و هي الشروط التي لا يمكن أن تتحقق في الواقع، ما يدعو إلى تدخل الدولة بغرض ضبط العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين المتنافسين من خلال أحكام قانونية تبتعد بالنشاط الاقتصادي عن التقييد .

الكلمات المفتاحية :

المنافسة الحرة، ضبط المنافسة، النشاط الاقتصادي، التحول الاقتصادي.

Abstract:

Algeria's new trend towards a policy of openness to the foreign market, which it embodied for the first time in the 1989 constitution, made it work to implement many reforms at all economic, social, and especially legal levels, as competition law is one of the most important manifestations of these reforms, with the presumed freedom of competition, Between economic agents, and free access to clients, but this situation is not actually achieved unless the conditions for ideal

competition are available to all economic agents, especially the freedom to enter the market, and the integrity of commercial and industrial practice, which are conditions that cannot be fulfilled in reality, What calls for state intervention in order to control the relationship between competing economic agents through legal provisions that move economic activity away from restriction.
key words : free competition, competition control, economic activity, and economic transformation.

المقدمة:

إن المنافسة الحرة ما هي إلا تعبير عن حرية الصناعة و التجارة حيث لازمت النشاط الاقتصادي حتى وصفت بأنها أحد أهم الشروط اللازمة لاحترافه، و يقصد بها حرية كل شخص في مزاولة أي نشاط باختياره ودون أدنى رقابة أو تقديم ترخيص مسبق، وبالتالي باتت أمرا طبيعيا و مبدأ أساسيا في عالم الاقتصاد بعد أن تأكد أن حرية التجارة و حرية المنافسة ما هما إلا وجهان لعملة واحدة وهنا تكمن أهميتها.

و إذا كانت حرية مزاولة النشاط الاقتصادي وحرية المنافسة ما هما وجهان لعملة واحدة كما سبق بيانه، فإن الحرية أيا كان مجال إعمالها، لابد من تنظيم يحميها من الاعتداء عليها، لذالك فقد تعددت النصوص التشريعية، في وضع قيود على حرية التجارة منها على سبيل المثال ضرورة الحصول على تراخيص مسبقة لممارسة نشاط معين أو أن يحظر القانون أعمالا معينة أو ينظم أسعار بعض السلع، إذ لا يعد ذلك اعتداء من المشرع على حرية المنافسة، و إنما لا يجب أن يتعدى و صفها كاستثناء على المبدأ، كما أنه إذا كانت المنافسة في حد ذاتها أمرا ضروريا و مشروعا، فان هذه المنافسة لها حدود وقيود ينبغي على المتعاملين الاقتصاديين احترامها، وذلك بمراعاة أن تكون المنافسة في حدود القانون و العادات التجارية دون التعدي والمساس بحقوق المتنافسين الآخرين.

و تهدف هذه الورقة البحثية إلى دراسة مبادئ حرية المنافسة وفق منهج تحليلي اعتمادا على ما جاء في الأمر رقم : 03-03، المتعلق بالمنافسة والمعدل والمتمم بالقانون رقم : 08-12.

إن الحقيقة التي لا نزاع فيها أن المنافسة نوع من الحرية في مزاولة النشاط الإنساني بصفة عامة و النشاط الاقتصادي بصفة خاصة و التي تعرف عليها القانون فوضع ضوابطها

وأنشأ مجلسا لها يعنى بجوانبها الهيكلية و يعمل على تشجيعها والسير الحسن لها، و على هذا الأساس تثار الإشكالية الآتية:

- هل يستطيع مجلس المنافسة انطلاقا من التشريعات التي وضعت بين يديه، والتي يجب عليه مراعاتها و الالتزام بها من التوفيق بين التحول الاقتصادي الجديد الذي نشهده اليوم، والذي يهدف إلى تكريس الحرية التنافسية بما يضمن حماية للسوق وبين التزاماته التي تهدف ضبط المنافسة لحماية المؤسسة أمام المنافسة في حد ذاتها ؟.

وللمساهمة في إثراء هذا الموضوع وإعطائه قيمة علمية و عملية فقد حاولنا مناقشته وفقا لخطة تتضمن مبحثين وهما كما يلي:

المبحث الأول : الاتفاقات و التجميع المقيدة للمنافسة.

المبحث الثاني: الممارسات التعسفية المقيدة للمنافسة.

المبحث الأول:الاتفاقيات والتجمعات المقيدة للمنافسة

إن المؤسسات الاقتصادية تجدها دائما تتخوف من الضغط التنافسي الموجود في السوق، وذلك لعدم قدرتها على مجابهته والتأقلم معه، لذلك فهي تحاول دوما البحث عن طرق وسبل تجنها هذه المنافسة، وعليه فكثيرا ما تنحرف المنافسة على مبادئها فتصبح صراعا بين التجارة والمؤسسات الاقتصادية القوية حيث تستعمل كل الوسائل للوصول إلى أهدافها غير المشروعة، إذ تجعل الربح والربح السريع هو أهم غاياتها، وحتى ولو كانت هذه الوسائل مشروعة، فتذهب هذه المؤسسات إلى إبرام الاتفاقيات فيما بينها(المطلب الأول) وإقامة التجمعات (المطلب الثاني)، لتبقى في السوق ولتحقق أكبر قدر من النفوذ والسيطرة على السوق ، بغية الوصول إلى أهدافها.

المطلب الأول: الاتفاقيات المقيدة للمنافسة

يعتبر قانون شيرمان الصادر سنة 1890 هي أول محاولة جادة من جانب الحكومة الفيدرالية لوضع حد لكل التواطؤات الاحتكارية الغير مشروعة في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يعتبر عملا غير قانوني ما يلي:

1- كل عقد أو تجمع أو تآمر بغرض تقييد التجارة، سواء بين الولايات أو في التجارة الخارجية.

2- كل احتكار أو تجارة أو تأمر مع آخرين في محاولة احتكار أي جزئ من التجارة بين الولايات، أو في التجارة الخارجية، ثم تتابعت باقي التشريعات حيث يعتبر قانون المنافسة الجزائري من التشريعات الحديثة، إذ تنص المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة ما يلي " تحضر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات و الاتفاقيات الصريحة أو الضمنية، عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بتا في نفس السوق أو في جزئ جوهري منها، لاسيما عندما ترمي إلى ....." (القانون، 08-12).

الفرع الأول: شـــرط الاتفاق

إن نص المادة 06 من القانون رقم 12/08 المعدل والمتمم للأمر 03/03 يثير الكثير من الإشكال، إذا لابد من توفر شروط حتى يعتبر الاتفاق مساس بحرية الأعوان الاقتصاديين في مزاولة نشاطهم، والذي يعرف على أنه انصراف إرادة كل مؤسسة معينة بسلطة القرار إلى الانضمام أو الانخراط في قالب مشترك يشكل سلوك جماعي لمجموعة من المؤسسات، مما قد يؤثر على الاستقلالية المعترف بها لكل منها.

إن إرادة الأطراف المبرمة للاتفاق من خلال التعريف السابق ذات أهمية، وهذا ما تظهره العلاقات القائمة بين المؤسسات التابعة لنفس التجمع، وكذلك تلك العلاقات التي تربط الشركة الأم بأحد فروعها، وخاصة إذا كانت الشركة الأم هي التي تراقب أعمال فروعها (ناصري، 2004/2003، صفحة 64).

أما من حيث طبيعة هذه الاتفاق فقد يكون تعاقديا وإما في شكل ترتيبات ودية بين الأطراف المتواطئة، وأيضا يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا ظاهرا أو مستترا، بين الأطراف وسواء تعلق الأمر بأشخاص معنوية أو أشخاص طبيعية بشرط أن تمارس نشاط اقتصادي، وهو ما أكدته اللجنة الفرنسية للمنافسة حيث اعتبرت، أن كل تطابق في الإرادات مهما كان شكله بين أطراف مستقلة قانونيا أو اقتصادية عن بعضها البعض شرط كافي لوجود هذه الاتفاقيات أو الممارسات، وعليه فيمكن أن يعتبر من قبل الاتفاقيات المحظورة الشروط التي يضعها مورد وتقبل صراحة أو ضمنيا من قبل زبائنه، ومنه فإن المعيار المعتمد هنا هو التأثير على المنافسة وليس المعيار مدى وجود هذه الاتفاقيات أو الأعمال المدبرة، ومنه فإنها تسع للعديد من الحالات التي قد لا تتوفر فيها الشروط الاتفاق حسب قانون العقود.

الفرع الثاني: الإخلال بالمنافسة

من نص المادة 06 المذكورة سلفا نجد أنه يكفي لاعتبار أتفاق ما محظور بمجرد انصراف نية الأطراف إلى تقييد المنافسة أو عرقلتها دون ضرورة تحقيق الأهداف الغير المشروعة (ناصري، 2004/2003، صفحة 68)، إذ شرط الاتفاق وحده لا يكفي لقيام التواطؤ بل لابد من البحث عن موضوع الاتفاق من خلال آثاره وسواء تم تقييد المنافسة على الصعيد الأفقي أو الرأسي (كتو م.، 2002/23، صفحة 59)، و هو ما يؤكده نص المادة 06 باستعمال المشرع لعبارة "يمكن أن تهدف" يقصد به سواء الأثر محقق الوقوع أو محتمل الوقوع، المهم أن يكون الهدف منها التأثير سلبيا على المنافسة الحرة بمنعها أو الحد منها أو الإخلال بها، بذلك تكون الاتفاقيات التي لا تحقق هذا الشرط غير معنية كتجمعات المؤسسات ومجموعات النقابات المهنية التي تهدف إلى تنظيم المهن وتبادل المعارف التقنية والمعلومات المتعلقة بالتسيير (كتو م.، 2002/23، صفحة 98).

وإذا كان الإجماع حول عدم مشروعية الاتفاقيات المنافية للمنافسة مسلم به، فإن نصوص قانون المنافسة لم تبين حدود الإخلال الذي يوقع العقوبة على مرتكبه، هذا ما يجعل السلطة المختصة في مجلس المنافسة تترد في كثيرا من الحالات في تقدير وجود المخالفة، وهو ما أخذ به الاجتهاد القضائي الفرنسي (ناصري، 2004/2003، صفحة 12).

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بالمنافسة

يفترض على السلطة المكلفة بالمنافسة دراسة هذه الاتفاقيات دراسة معمقة وتحليل السوق اعتمادا على ما توصل إليه من بيانات، ومنه فتحقق شرط العلاقة السببية، وهو ما إذا كان الضرر الذي لحق بحرية المنافسة من فعل الاتفاق المعني القائم بين الأطراف المتواطئة أم لا، و يكون من خلال عمليات تشاورية تقوم به هذه الأخيرة مع الأطراف للتوصل إذا ما كانت هذه الاتفاقيات مخلة بحرية المنافسة أم لا (عماري، 2004/2003، صفحة 12).

إن إثبات وجود عرقلة لحرية التجارة في السوق أو في جزء منها، يعنى توفر الدليل على تحقق شرط الاتفاق المعاقب عليه، رغم أن قانون المنافسة في مادته السادسة نص على الاتفاقيات المشروعة على سبيل المثال فقط، لا على سبيل الحصر، إذ بإمكان مجلس المنافسة في قضايا أن يعاقب على كل ممارسة تجارية قامت بتقييد المنافسة الحرة أخذ أو لم يأخذ شكل إتفاقية (عماري، 2004/2003، صفحة 49)، هذا ما يثير تخوف لدى الأعوان

الاقتصاديين من إبرام اتفاقات، حتى ولو كانت مشروعة مما جعل المشرع الجزائري في قانون المنافسة ينص على ضرورة إرفاق عريضة إخطار لمجلس المنافسة، تتضمن عناصر إثبات مقنعة ليست مجرد عناصر يجعل الاحتمالية في وقوع هذه الممارسات، وقد أخذ هذا المبدأ من قانون العقوبات ونقل إلى مجال قانون المنافسة مع استبعاد الطابع الجنائي عنه (كتو م.، 2002/23، صفحة 364).

وكما أسلفنا إذا كان الأصل هو خطر ومنع هذه الممارسات إذا ما كانت ترمي إلى عرقلة اللعبة التنافسية النزيهة، فإنه لا يمكن أن يؤخذ هذا الأصل على إطلاقه وشموليته، بل هناك استثناءات أوردها المشرع الجزائري في المادة 09 من قانون المنافسة مضمونها جواز أتفاق الأعوان الاقتصاديين متى كان هذا الأخير يهدف إلى تطوير اقتصادي أو تقني، أو يساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتحسين وضعها، بعد حصولها على ترخيص مسبقا من الهيئة المختصة.

المطلب الثاني: التجمعات المقيدة للمنافسة

إن الدارسون للسوق يولون أهمية خاصة للتمركزات الاقتصادية، إذ كثيرا ما تلجأ إليها المؤسسات الاقتصادية بهدف رفع قدرتها في السوق وزيادة إنتاجها، لاسيما أن مؤسساتنا الوطنية تتخوف من انضمام الجزائر إلى منطقة التبادل الحر مع البلدان الوحدة الأوربية وكذا المنظمة العالمية للتجارة (نجار، 2003، صفحة 18)، حيث يعتبر مبدأ حرية التجمعات من أهم عوامل الفعالية الاقتصادية .

إن المشرع الجزائري لم يتناول التجمعات على غرار الممارسات المنافية للمنافسة الحرة، بل اعتبر كل تجميع مسموح به إذا ما حصل أطرافه على ترخيص مسبق (زوايمية، 1997-1998، صفحة 07)،وذلك بعد دراسة مجلس المنافسة لهذا الطلب وفحصه من خلال مدلول المادتين11 و 12، فماذا نعني بالتجمعات (الفرع الأول) و ما هي شروط الرقابة عليها (الفرع الثاني) وكيف هي طرق الرقابة عليها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بالتجمعات

إن التركيز الاقتصادي في مجال قانون المنافسة له مفهوم خاص، عكس ما هو عليه التركيز الاقتصادي كمفهوم عام يشمل العديد من الوضعيات القانونية (ناصري، 2004/2003، صفحة 31)، وقد عرف التجميع بأنه " ظاهرة اقتصادية تتم بنمو حجم

المؤسسات من جهة، وبانخفاض عدد المؤسسات التي تعمل في السوق من جهة أخرى" (حسن زكي، 2006، صفحة 254).

كما بين المشرع الجزائري من خلال المادة 15 من قانون المنافسة، بأن التجميع يتم إذا:

1) اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل.

2) حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزئ منها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق بيع أسهم في رأسمال، أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى .

3) أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة (الأمر، المتعلق بالمنافسة، 03-03).

وبالرجوع إلى أحكام المادة 11 من الأمر 06/95 (الأمر، المتعلق بالمنافسة، 95-06) و التي تنص على أنه يمكن إقامة التجمعات من خلال عدة عقود، كالعقود المتضمنة نقل الملكية أو الانتفاع مهما كان شكلها، وهذه العقود إما تكون ذات علاقة تعاقدية في إطار اتفاقيات تعاون بين المؤسسات بقصد الاستغلال المشرك للدراسات والبحوث، وإما تكون علاقة مالية بقيام مؤسسة بالمساهمة أو شراء الأسهم تابعة لمؤسسة أخرى أو عدة مؤسسات (الأمر، المتعلق بالمنافسة، 95-06)، وإما أن تكون علاقات هيكلية لو تعلق الأمر بكل أشكال الاندماج الكلي أو اندماج شركات في شركات أخرى.

وكذلك يمكن أن تقام تجمعات كالعقود المتضمنة ممارسة النفوذ الأكيد، حيث أن المشرع الألماني تفطن لذلك خلال تعديله القانون حول التجمعات بحيث أدخل معيار النفوذ الأكيد والتحكم في رقابة مؤسسة أو مؤسسات أخرى، ويقصد بالنفوذ الأكيد وضع مقاولة أو مجموعة من المقاولات تحت سيطرة وتحكم مقاولة أخرى أو مجموعة من المقاولات، من خلال نقل الانتفاع أو ملكية أو أموال أو أي حقوق أخرى (عماري، 2004/2003، صفحة 41).

الفرع الثاني: شروط ممارسة الرقابة على التجمعات

إن القوة الاقتصادية المحصل عليه بفعل التجميع لا تخضع للرقابة، إلا إذا كان لهذه القوة تأثير على المنافسة بالهيمنة على السوق، وتتمثل وضعية الهيمنة في السوق في استحواذ إحدى المؤسسة على ما نسبته 40% من المبيعات و المشتريات المحققة في السوق، و يرجع تقدير هذه النسبة بالاعتماد إلى عنصرين بالخصوص، و هما تحديد رقم الأعمال المنجز في

السوق المعين بالتجميع و كذا قيمة الاستهلاك الوطني لهذا المنتوج (زوايمية، 1997-1998، صفحة 10).

ولقد نصت المادة 17 من قانون المنافسة على أنه " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة و لا سيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما ... "، و منه فإن التجميع الذي يرمي إلى مساعدة المؤسسات الاقتصادية الأخرى التي تعاني من مشاكل، لاسيما في التسيير أو التسويق إلى تجميع أنشطتها و الوقوف دون إفلاسها هو أمر إيجابي و مطلوب، و بذلك فالمراقبة لا تعني بالضرورة معاقبة الأعوان الاقتصاديين بقدر ما تهدف إلى ضبط السوق (كتو م.، 2005/2004، صفحة 113).

و طبقا لنص المادة 19 من قانون المنافسة فإنه يمكن لمجلس المنافسة قبول التجميع ، إذا ما رأى أنه يساهم في ترقية المنافسة (القانون، 08-12)، كما يمكن أيضا للحكومة تلقائيا أن تسمح بالتجميع، و إن كان محل رفض من مجلس المنافسة إذا تبين لها وجود مصلحة عامة في ذلك (القانون، 08-12).

الفرع الثالث : طرق ممارسة الرقابة

إن مراقبة التجمعات تهدف بالدرجة الأولى إلى إعطاء الفعالية للمنافسة الحرة و بعث الاقتصاد الوطني، و انطلاقا من هذا المنظور، فإن عملية الرقابة تعتبر إحدى أهم المسؤوليات التي يضطلع عليها مجلس المنافسة.

لم يحدد المشرع الجزائري إجراءات معينة للمراقبة لذا فإن مجلس المنافسة لضبط هذه التجمعات، وعلى غرار ما هو جاري به العمل في البلدان الأجنبية يوجب على أطرفه تقديم طلباتهم في آجال محدودة (القانون، 08-12)، ليتسنى له بعد ذلك دراستها و تتم هذه المبادرات إما:

1 – بطلب من المؤسسات الأعضاء في هذا التجميع، بحيث يتولى هذه الأخيرة إبلاغ مجلس المنافسة الذي يفصل في الطلب في مدة 03 أشهر من إبرام عقد التجميع.

2 – و إما بمبادرة تلقائية من مجلس المنافسة، كونه صاحب السلطة الواسعة في هذا المجال، و قد يكون بمبادرة من الهيئات المركزية كالوزارة المكلفة بالتجارة أو المصالح التابعة لها (عماري، 2004/2003، صفحة 45).

و يكون قرار مجلس المنافسة بعد دراسته للطلب و تحليل الوضعي الاقتصادي تحليلا دقيقا و شاملا، إما بالترخيص للتجميع و إما الرفض و في حين الترخيص في القانون الفرنسي

فإن القرار يكتسي طابقا وزاريا، بحيث يتخذ من طرف الوزير المكلف بالاقتصاد إلى جانب الوزير المكلف بالقطاع المعني و يخرج من نطاق سلطات مجلس المنافسة.

إن المشرع الجزائري في النص الجديد من قانون المنافسة (القانون، 08-12) منح المتضررين إمكانية الطعن في قرار مجلس المنافسة برفض التجميع أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية.

المبحث الثاني : الممارسات التعسفية المقيدة للمنافسة

لا تعتبر الاتفاقات و التجمعات الاقتصادية وحدها مقيدة لحرية المنافسة و مخلة بالسوق المعنية، بل أحيانا قد تلجأ المؤسسات الاقتصادية إلى ارتكاب ممارسات توصف بأنها ممارسات تعسفية و تنتج عنها آثار وخيمة على المؤسسات الصغيرة و المتوسطة الأقل قوة في السوق، و لقد نص المشرع الجزائري على حظرها في قانون المنافسة و بين حالاتها و تتمثل هذه الممارسات التعسفية في القوة الاقتصادية (المطلب الأول) و البيع بأسعار مخفضة (المطلب الثاني).

المطلب الأول :الممارسات التعسفية للقوة الاقتصادية

إن سعي المتعاملين الاقتصاديين إلى تلبية حاجات المستهلك و تحقيق الربح يفرض عليهم بذل جهد مضاعف و مستمر في مجال البحث و التطوير و الإبداع، و كما أن الوصول إلى هذه الغايات و الأهداف المتناقضة من شأنه أن يجعل اللعبة المنافسة شديدة و تخرج عن إطارها المشروع، و نظرا لخطورة هذه الممارسات كونها تعيق السير الحسن للسوق (فايد، 2000، صفحة 35)، فإن معظم تشريعات الاقتصاد الحر العالمية نصت عليها و تناولتها بشيء من التفصيل، و أنشأت هيئات و أجهزة متخصصة تعمل على ضبطها في السوق، فما هي هذه الممارسات وهو ما سنتناوله في(الفرع الأول) التعسف الناتج عن الهيمنة في السوق، ثم (الفرع الثاني) التعسف الناتج عن احتكار السوق، ثم(الفرع الثالث) التعسف الناتج وضعية التبعية الاقتصادية .

الفرع الأول : التعسف الناتج عن الهيمنة في السوق

إن انتهاج عون اقتصادي سلوك يتسم بقدر كاف من الاستقلالية في مواجهة منافسيه و عملاقة، من شأنه أن يعرقل المنافسة في السوق ويقيدها، نفهم من ذلك أنه متى لم يكن

لمؤسسة ما منافس آخر في السوق و كان لهذه الأخير دورا رئيسا في السوق نكون أمام وضعية الهيمنة .

و لقد تطرق المشرع الجزائري من خلال قانون المنافسة للتعسف الناتج عن الهيمنة في المادة 07 و التي نصها كما يلي: " يخطر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزئ منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق و في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص جغرافية الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين.
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصنع لارتفاع الأسعار و انخفاضها.
- نظيف شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة.
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود ، سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية (القانون، 08-12).

إن تحديد مفهوم السوق ضروري لمعرفة مدى وجود مؤسسة ما في حالة هيمنة أم لا، حيث عرف المرسوم التنفيذي رقم 00-314 السوق بأنها " تلك السلع و الخدمات التي يعرضها العون الاقتصادي و السلع و الخدمات البديلة التي يمكن أن يحمل عليها المتعاملون أو المتنافسون في نفس المنطقة الجغرافية (المرسوم، 00-314) " يظهر من التعريف وهو ما ذهب الأستاذ " زوايمية رشيبد" بقوله" معيار المبادلة بمثابة العامل المشترك بين العرض و الطلب، بحيث يقتضي الأمر في هذه الحالة البحث عن إمكانية استبدال منتوج معين بمنتوج آخر، إذا كان سعره في ارتفاع.

و لعل الحكمة من حظر المشرع للاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، هو أن المشرع أراد من خلال ذلك تحقيق التوازن بين العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة التفاوضية، و ذلك عن طريق منع إساءة استعمال السلطة و القوة الاقتصادية التي يحوزها الطرف الضعيف، و بناء على ما سبق فمن أجل إعادة التوازن في العلاقات التعاقدية و لا سيما بعد ظهور مؤسسات قوية في مجالات الإنتاج و التوزيع أصبح من الضروري منع

التعسف في استخدام وضعية الهيمنة حسب ما حدده قانون المنافسة (كتو م.، 2002/23، صفحة 64).

الفرع الثاني : التعسف الناتج عن احتكار السوق

إن المشرع الجزائري لما أدرج فعل الاحتكار إلى جانب التعسف ضمن المادة 07 من قانون المنافسة، لعله كان يرغب في تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين غير المتكافئين في القوة، و ذلك بمنع الأطراف الأكثر قوة من إساءة استعمالها باحتكار جميع حصص السوق أو جزء منها.

إن أي عون اقتصادي دائما يسعى لتحقيق موقع هيمنة و سيطرة على السوق و لا ريب أن هذا الفعل كثيرا ما يساعد على تفعيل المنافسة ما لم يكون هذا المتعامل الاقتصادي متعسفا في استعمال هذا الحق (عماري، 2004/2003، صفحة 64)، يفهم من ذلك أن الحظر لا يتجسد في مجرد هيمنة على السوق دائما، وإنما يتجسد في استغلال هذه الهيمنة و الحصول على منافع و مزايا غير مشروعة.

و لكي تثبت الهيمنة يجب إقامة الدليل على وجودها كإحدى الممارسات التي ذكرتها المادة 07 من قانون المنافسة الجزائري و التي تقابلها المادة 2 -420 من التقنيين التجاري الفرنسي و المادة 82 من قانون الإتحاد الأوربي.

لقد أشارت كل المواد المذكورة أعلاه و غيرها في قانون المنافسة إلى الممارسات الاحتكارية على سبيل المثال، و منه فإن كل تصرف من جانب المؤسسة المهيمنة يهدف إلى تقييد المنافسة بشكل تعسفا، كعامل امتلاك البنية الأساسية أو منتجات أو خدمات لا يحوزها المنافسين الآخرين خاصة المحتملين منهم، و هذا ما أشار إليه القضاء الأمريكي لأول مرة سنة 1912، حيث نصت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية على نظرية تسمى نظرية التسهيلات الضرورية (عبد الباقي، 2005، صفحة 95)، و عندئذ لا يكون أمام هذه المؤسسات الجديدة حتى تتمكن من الدخول إلى السوق وممارسة أنشطتها من سبيل سوى الرجوع إلى المؤسسة المهيمنة و المحتكرة لهذه البنية الأساسية، و هذا ما ذهب إليه أيضا مجلس المنافسة الفرنسي (فايد، 2000، صفحة 144).

الفرع الثالث : التعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية

تنص المادة 11 من قانون المنافسة الجزائري أنه " يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد

المنافسة و يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي.
- البيع المتلازم أم التمييزي.
- البيع المشروط باقتناء كمية أدنى.
- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.
- كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق.

و بالرجوع إلى المادة 03 فقرة 05 من قانون المنافسة فالتبعية الاقتصادية " هي العلاقة التجارية التي لا يكون فيها للمؤسسة ما حلا بديل مقارنا إذا أرادت التعاقد إلا بالشروط التي تفرضها عليها المؤسسة الأخرى سواء كانت زبونا أم ممونا ".

إن التطور الذي حدث بمرور الوقت و ازدهار التجارة جعل المشرع الجزائري يعمد إلى تعديل قانون المنافسة من خلال القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة، حيث كان ينظر إلى التعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية، أنه صورة من صور وضعية الهيمنة على السوق، و كذلك القانون الفرنسي الذي لم يتعرض إليها حتى صدور الأمر المؤرخ في 01 ديسمبر 1886 المتعلق بالمنافسة و الأسعار (عماري، 2004/2003، صفحة 63).

إن المعيار الوحيد الذي يعتبر فيه العون الاقتصادي متعسف في استعمال التبعية، هو عدم التوازن في العلاقات بين الأطراف المتعاقدة، و لكن هذا وحده لا يكفي إلا إذا هذا التعسف يرمي إلى الإخلال بالمنافسة (كتو م.، 2002/23، صفحة 193)، إذن الملاحظة من نص المادة 11 سالفة الذكر أن المشرع راعى مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، إذ الأصل أن يكون لطرفي هذه العلاقة نفس الحقوق.

المطلب الثاني : البيع بأسعار محفظة تعسفيا

إن المشرع الجزائري لما حظر إعادة بيع المنتوجات بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي، ذكر مصطلح " سعر التكلفة الحقيقي " (الأمر، المتعلق بالمنافسة، 03-03) و ليس مصطلح " سعر الشراء الحقيقي "، مما يطرح إشكال في تحديد هذا السعر فقد نصت المادة 10 من الأمر 06/95 المتعلقة بالمنافسة على منع كل عون اقتصادي من بيع سلعة بسعر التكلفة الحقيقي، إذا ما كانت هذه الممارسة أدت أو يمكن أن تؤدي إلى عرقلة لعبة المنافسة في السوق، لكن سعر التكلفة لا يمكن التحقق منه إلا بالرجوع إلى نظام الأسعار و طرق تحديدها، وإثبات هذه العملية معقد و شديد الصعوبة، و ليست بالأمر الهين، و حتى عمليات

البيع التي توجه نحو المستهلكين تطرح إشكالات كثيرة، و يمكن أن يكون فيها تعسف يهدف إلى تحويل عنصر العملاء بصفة غير مشروع، هذا يجعلنا نتساءل عن مفهوم البيع بأسعار مخفضة (الفرع الأول)، ثم حظر هذه الممارسة (الفرع الثاني)، ونختمه بتناول الاستثناءات الواردة على هذا الحظر (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : مفهوم البيع بأسعار مخفضة

إن مثل هذه الممارسات تنتشر بكثرة في أوساط المراكز الكبرى للتوزيع(فايد، 2000، صفحة 183)، حيث تعرض السلع و المنتوجات بأسعار زهيدة و يمكن أن تكون بخسارة، في حين تعرض سلع و منتوجات أخرى بسلع معقولة، و منه فالعملية الأولى تكون بمثابة فخ يقع فيه الزبائن المغرر بهم، حيث يدفعون إلى شراء هذه الأخيرة بكميات كبيرة تفوق حاجتهم، و هو ما ذهب ببعض الفقهاء و المختصين في هذا المجال بصياغته هذا المفهوم في عبارة " جزيرة من الخسائر في محيط من الأرباح ".

و يصطلح على هذه الممارسة بـ " البيع بالخسارة " يقابل هذا في الإنجليزية "Dumping" (عماري، 2004/2003، صفحة 30)، و قد أشتق من فعل " lodump " و يعني الانحراف، و هو مصطلح كثير التداول في مجال التجارة الدولية، و هو فعل كل عون اقتصادي ينصب على موضوع السعر قام به هذا الأخير بصفة منفردة أو جماعية، يجعله يتصدى كل منافسة في السوق، و يستطيع أن يتحمل الخسائر خلال البيع بأسعار أقل من سعر التكلفة الحقيقي لهذه السلعة، و تستعمل طريقة البيع بالخسارة بهدف جلب أكبر قدر ممكن من الزبائن بواسطة الأسعار المخفضة.

إن البيع بالخسارة إذا تمعنا النظر فيه ما هو إلا ممارسة مقيدة للمنافسة و ليست بيعا بالمعنى الحقيقي، مادام العون الاقتصادي يهدف من ورائه إلى إزاحة المتنافسين للإستلاء على السوق، ثم بعد ذلك يرجع إلى السعر العادي للسوق أو سعر أكثر ارتفاعا، كونه يصبح قوة مهيمنة على السوق متحكمة في تحديد السعر.

حتى المستهلك في الوهلة الأولى يعتقد أن هذه الممارسة تخدم مصالحه، إذ يجد في السوق سلع و منتوجات رخيصة الثمن و متوفرة حتى يصدم بعد حين بإعادة ارتفاعها أسعارها بصورة غير عقلانية (كتو م.، 2002/23، صفحة 51)، و القانون المدني لا يمنع مثل هذه الممارسات أي بسعر أدنى من سعر السلعة الحقيقي، و هو ما يعرف بالبيع بطريقة الوضعية أي بخسارة جزافية أو بخسارة بنسبة مئوية من رأس المال.

الفرع الثاني : حظر البيع بأسعار مخفضة تعسفيا

تنص المادة 12 من قانون المنافسة على أنه " يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج و التحويل و التسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

من قراءتنا إلى هذه المادة يتبين أن البيع بالخسارة هي إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، التي تدخل في نطاق اختصاص و صلاحيات مجلس المنافسة، و تقابل هذه المادة المادة 31 من القانون الفرنسي المتعلقة بحرية الأسعار و المنافسة ، التي هي أكثر دقة ووضوح ، بحيث تمنع بيع أو إعادة بيع منتوج في حالته بسعر أقل من سعر الشراء ، إلا أنه و في نفس السياق تفلتت من تطبيق هذه الأحكام مجموعة من السلع أوردتها المادة 10 المذكورة أعلاه بقصد تشكيل استثناء على المبدأ، و يشمل هذا المبدأ أنه يمنع بيع سلعة أو منتوج بسعر أقل سعر التكلفة الحقيقي أي البيع بخسارة .

و هناك من الشراح من يميز بين البيع بخسارة والبيع بأسعار مخفضة تعسفيا، فيرى البيع بخسارة أن يكون الشراء من أجل بيع نفس السلعة على حالتها الأولى، في حين أن البيع بأسعار مخفضة تعسفيا يتضمن بيعا لمواد مصنعة أو محولة، إلا أننا نقول بأن هذا الخلاف ظاهر بداية و ليس كذلك نهاية لأنه بالرجوع إلى الممارسات التي يقوم بها المتدخلون في كل من النوعين نجد نفس النتيجة و هي الخسارة.

إن المشرع كان صريحا في المادة 12 من قانون المنافسة، إذا اعتبر بسعر التكلفة و ليس بسعر الشراء الحقيقي، في حين المادة 19 من الفقرة 01 من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية نصت على أنه " يمنع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي "، و عليه فلما كان الغرض من هذين النوعين من البيوع هو إضلال المستهلك و الاحتيال عليه كان لزاما إدراجها ضمن فئة الممارسات التجارية المقيدة للمنافسة، و التي تدخل ضمن اختصاص مجلس المنافسة.

الفرع الثالث : الاستثناءات الواردة على قاعدة الحظر.

إن القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 10 سالفة الذكر، و التي تحظر على كل عون اقتصادي بيع بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي، إذا ما كانت هذه الممارسات مقيدة للمنافسة، تطرأ عليها استثناءات و لا يمكن تطبيقها على كل السلع و المنتوجات، بل هناك

سلع و منتوجات و التي تشكل المبيعات فيها بالخسارة أمر مرخص به (لعشب، 1997، صفحة 84)، و ذلك استجابة لضروريات اقتصادية، كتفادي لخسائر أكبر أو توفير لمتطلبات تسيير أحسن، و لقد نص الأمر المتعلق بالمنافسة على مجموعة من الحالات التي يكون فيها الترخيص بالبيع بالخسارة و التي تكمن في ما يلي:

- بيع السلع بصفة إدارية نتيجة تغيير النشاط أو نهاية بيع سلع سهلة و مهددة بالفساد السريع.

- بيع السلع المتقادمة أو البالية تقنيا أو الموسمية، أو بيع تنفيذا لقرار قضائي (الأمر، المتعلق بالمنافسة، 03-03).

- إذا ما كان سعر إعادة البيع للمنتوجات يساوي السعر المطبق من طرف المتنافسين، شريطة أن لا يقل هذا السعر عن سعر بيع بالخسارة .

- السلع و المنتوجات التي تم تموينها أو يمكن تموينها بسعر جديد أقل من السعر القديم، على أن يساوي هذه السعر السعر الأدنى الحقيقي و لا يكون أقل منه.

و قد جاء في نص المادة 09 من الأمر 03/03 كما يلي: " لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه الاتفاقيات و الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له، يرخص بالاتفاقيات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطوير اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقيات و الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة ".

تطبيقا للمادة 9 فقرة 01 المذكورة أعلاه يسمح بهذه الممارسة متى كانت ناتجة عن نص قانوني أو تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له، إذ يعتبر هذا تبريرا من المؤسسات المتورطة بارتكاب الممارسات المحظورة، يعفيها من المتابعة طالما وجد هناك نص قانوني يسمح صراحة بالممارسة الممنوعة، أما عن الممارسات المنافية للمنافسة التي تهدف إلى تحقيق التقدم الاقتصادي و التقني و الاجتماعي من خلال تحسين الإنتاجية و إحلال تقنيات مبتكرة و حديثة في مجال الإنتاج و تقديم الخدمات، و كذلك تحسين مستوى التشغيل يعتبر سببا منطقيا في استبعادها من مجال الحظر.

الخـــاتمة :

لم تبقى سياسات حماية المنافسة كما كانت عليه في الماضي، بل تطورت بتطور الفكر الاقتصادي و النظم الاقتصادية، و أصبحت ترتكز على وضع سياسات تعتمد على التدخل المباشر للدولة في الحياة الاقتصادية و منع كل الاتفاقيات و التجمعات و تفكيك القائم منها، و حظر كل أشكال الممارسات التعسفية التي من شأنها أن تحد أو تعرقل المنافسة الحرة.

إن موضوع حماية المنافسة من كل الممارسات المقيدة لها يعد اليوم أحد أهم القضايا في ظل التطورات الاقتصادية الراهنة، و التي تهدف إلى حماية السوق و ضبطها بما يكفل لها بنية خصبة و محفزة على الانتعاش الاقتصادي، و العمل على الحد من كل الممارسات التعسفية و التعامل مع الكيانات و التجمعات الاقتصادية في إطار المقارنة بين المزايا و العيوب التي تنجر عنها.

و لقد واكب المشرع الجزائر هذه السياسات بدأ من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 المعدل و المتمم للأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، و المتعلق بالمنافسة و القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 المعدل و المتمم للقانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و التي تهدف إلى توفير المناخ الملائم لتشجيع المنافسة في الأسواق، من خلال تحقيق الانضباط بين كل الأعوان الاقتصاديين و مواجهة كل الآثار السلبية الناجمة عن التحرر الاقتصادي و إرساء قواعد عادلة لحماية المنافسة بما يعود بالنفع على كل المتعاملين في السوق من خلال إنشاءه لهيئة مجلس المنافسة التي منحها اختصاصات واسعة تمكنها من التوفيق بين التحول الاقتصادي الجديد، والذي يهدف إلى تكريس الحرية التنافسية بما يضمن حماية للسوق وبين التزاماته التي تهدف إلى ضبط المنافسة الحرة لحماية المنافسة في حد ذاتها.

لكن إلى جانب المزايا التي تضمنتها هذه التشريعات هناك نقائص نوردها في شكل اقتراحات و هي كالآتي:

- تجسيد النصوص القانونية و التنظيمية و السهر على تطبيقها.
- ضرورة تفعيل الأجهزة المكلفة بضبط السوق و قمع الممارسات الحرة و العمل على إيجاد حلول ناجعة للنزاعات المتعلقة لها .
- تشجيع المجلس للقيام بأبحاث و دراسات في كل ما يتعلق بالمنافسة، عن طريق منح الإمكانيات اللازمة للقيام بذلك .

- ضرورة إشراك وسائل الإعلام و دور تكنولوجيا المعلومات في تفعيل قوانين حماية المنافسة، و منع كل الممارسات المنافية لها و خلق و تنمية الوعي بقواعد المنافسة الحرة و بما تحققه الأسواق التنافسية من مصالح للمستهلكين و المنتجين و المجتمع على حد سواء، حيث تتيح للمستهلك الحصول على السع و الخدمات بأعلى جودة و بأفضل سعر، كما توفر للمنتج الدافع الحافز لإدخال التقنيات الحديثة في الإنتاج و تحسين الجودة للحصول على نصيب أكبر من السوق و تحقيق أقصى ربح فضلا عما توفره المنافسة من استخدام أمثل للموارد المتاحة .

قائمة المراجع :

أ) المؤلفات :

- حسن زكي لينا، 2006، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد الباقي سامي، 2005، إنشاء استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- لعشب محفوظ، 1997، القانون الاقتصادي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

ب) الرسائل والمذكرات الجامعية :

- عماري بلقاسم،2004/2003، مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الجزائر .
- فايد ياسين،2000، قانون المنافسة و الأشخاص العمومية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر .
- كتو محمد شريف، 2005/2004،الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- ناصري نبيل،2004/2003، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 و الأمر 03/03، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزز.

ت) المقالات و المطبوعات العلمية:

- زوايمية رشيد،1998/1997، القانون الاقتصادي، مبدأ المنافسة الحرة، مطبوعة غير منشورة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- كتو محمد شريف، 2002، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمستهلك، مجلة الإدارة، عدد 2002/23 .
- نجار حياة،2003، المؤسسة الاقتصادية الجزائرية في مواجهة العولمة، مجلة الجامعة، عدد 2003/02 .

ث) النصوص القانونية:

- الأمر 06/95 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 9 الصادرة في 22 فيفري1995.

- المرسوم التنفيذي رقم 00-314 المؤرخ في14 أكتوبر 2000 ، يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة ، ج ر ، عدد 61 الصادرة في 2000/10/18 .

- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد43 المؤرخ في 20يوليو 2003 .

- القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، المعدل و المتمم للأمر رقم03/ 03، المؤرخ في 19 يوليو 2003 و المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36 الصادر في 02 جويليا 2008 .

شروط المحل التجاري باعتباره حصة مساهمة في تكوين عقد الشركة

The terms of q commercial property as a contribution to the formation of the company's contract.

سعداوي نذير(*)
كلية الحقوق بجامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر
n.saadaoui@lagh-univ.dz

بطيمي حسين
كلية الحقوق بجامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر
h.betaimi@lagh-univ.dz
مخبر الحقوق والعلوم السياسية بالأغواط

تاريخ الاستلام: 2021/05/01 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/29

****

ملخص:

من أجل المساهمة في تأسيس أو رفع رأس مال شركة تجارية يجوز الانضمام إلى شركة ما بتقديم أموال مختلفة حددت أنواعها في الشريعة العامة، ولا يهم إذا كانت الأموال العينية المقدمة منقولات أو عقارات، منقولات مادية أو معنوية.

من خلال ذلك يمكن تقديم المحل التجاري، بصفته مالا منقولا معنويا، للمساهمة في الشركة لكن الشخص الذي يقدم متجره كإسهام في شركة لم يأخذ ثمنا كمقابل كما هو الوضع بالنسبة لعقد البيع، لكنه يكتسب حصة في رأسمال الشركة. وتمنح هذه الحصة للشريك مقدم المتجر الحق في المساهمة في الأرباح التي قد تحصل عليها الشركة، وإذا تعرضت الشركة لخسائر سيتحملها الشريك المقدم شأنه شأن الشركاء الآخرين، ويجوز تقديم المحل التجاري للمساهمة في شركة في طور التكوين، في حالة التأسيس، وعلى ذلك تخضع عملية تقديم المحل التجاري كإسهام في شركة لشروط معينة اقرتها القواعد العامة في القانون المدني ومنها الخاصة في القانون التجاري، ومن بين الشروط ما تخص المحل التجاري بذاته باعتباره مال معنوي منقول من حيث ملكيته ومشروعيته من جهة والشريك مقدم حصة محل التجاري كأهليته ممارسته لنشاط التجاري من جهة أخرى.

---

*المؤلف المرسل.

الكلمات المفتاحية: المحل التجاري-ملكية المحل التجاري-الأهلية التجارية-الحصة العينية.

Abstract:

Any trading company in order to contributi to estoblishing or raising capitals. May join any other company by offrering varions types of assets defined by general legislation .at doesn't matter if the assets presnted are in-kind movable property real astate or tangible and inntangible movable.

According to that or commercial space could be presented as an intangible movable asset as to contr i bute to the company. A person who offers we store as a contribution to the firm is not going to be paid in consequence, as it is accus toned for sales contracts. In countracter-part,He is going to ears phares in the company s capital. This share enables the participant shareholder to take part in the potential company s profits. If the company suffers losses. Like the other partners. He will bear them. The commercial space could be provided as a contribution to an emerging firm during the fondation. Accordingly, the process of providing a commercial space as a contribution to a company is subject to specific conditions approved by the general rules of the civil Law and specific rules in the commerce Law. Some of these specific conditions are related to the particular commercial space as it is considered an intangible asset ; it is ownership and legitimacy. In one hard and the partner provider s ability to practise a commercial activity. on the other hand.

key words: Commercial space-commercial space ownership-commercial capacity-in-kind contribution.

مقدّمة:

الأصل أن التاجر يمارس نشاطه التجاري مستعينا بمجموعة عناصر مادية و معنوية لا يخرج دورها عن أن تكون أداة لهذا النشاط ولكن جوهر هذا النشاط كان يتمثل في عنصر العمل الذي يقوم به التاجر في حرفته، بحيث كان هذا العمل هو الذي يسبغ القيمة على هذه العناصر التي يستعين بها التاجر بل كانت قيمة المتجر وهي مستمدة من عمل صاحبه تتوقف

على شخص صاحب المتجر، أما فكرة المتجر كمال له كيان ذاتي منفصل ومستقل عن شخصية من يستغله بحيث تكون له قيمة ولو تغير ملاكه بحيث يجوز التعامل عليه كأي قيمة مالية أخرى ومن أشخاص لا صلة لهم بالتجارة أصلا فهي فكرة حديثة لم تظهر في القانون الفرنسي إلا في أواخر القرن التابع عشر فمنذ ذلك الحين استقر في الفقه وفي التشريع أن المتجر هو مجموعة من الأموال المنقولة المخصصة للممارسة حرفة تجارية.

وباستقرار القواعد حول المحل التجاري يمكن تقديم المحل التجاري كإسهام في الشركة لكن بشروط معينة يجب اتباعها. مما يطرح السؤال التالي:

ما هي الشروط المتعلقة بالمحل التجاري لتقديمه كحصة في الشركة؟

انطلاقا من الإشكالية جاءت هذه الدراسة التي تتعلق بالشروط التي توافرها بالمحل التجاري لاعتباره حصة في الشركة والذي من خلاله لم يتم التدقيق فيها والذي تعتبر مهمة في سير هذه العلمية سواء بالنسبة للشريك مقدم المحل التجاري او الشركة المستقبلة للحصة، وهو ما دفعنا للخوض في دراسته في هذه الورقة البحثية وإثراء هذا الموضوع من الناحية القانونية والعملية، والهدف منها تبين هذه الشروط من حيث موضوعها و شكلها في ظل الآراء الفقهية و القانون بالإضافة إلى النتائج القانونية المترتبة عنها. وللإجابة على الإشكالية اعتمدنا في معرض هذه الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي والمقارنة محاولة منا تبين شروط المحل التجاري كحصة عينية في الشركة في محورين:

المبحث الأول تناول فيه: الشروط الموضوعية المتعلقة بالمحل التجاري كحصة عينية في الشركة والمبحث الثاني: الشروط الشكلية للمحل التجاري.

المبحث الأول: الشروط الموضوعية المتعلقة بالمحل التجاري كحصة عينية في الشركة

حتى يمكن الشريك بتقديم حصة محل تجاري في الشركة، لابد ان تتوفر فيه شروط قانونية معينة، والا قد تعرض الشريك بالحصة إلى جزاءات المقررة قانونا قد تمتد الى الشركة وبالتالي تؤدي الي الاضرار بالشركة من جهة وبالشركاء من جهة اخرى، لذا يجب ان يكون المحل موجودا بصفة قانونية وان يكون مملوك للتاجر الشريك و يقبل التقويم ان لا يكون محل إفلاس.

المطلب الأول: شرط وجود و ملكية المحل التجاري

باعتبار المحل التجاري مال معنوي منقول هو كيان لذا على الشريك اثبات وجوده وملكيته.

الفرع الأول: وجود المحل

يجب أن يكون المحل التجاري الذي يدخل في عملية تقديمه كحصة في الشركة موجودا او قابلا للوجود، وليس صوريا هذا الأمر طبيعي في القواعد العامة حسب المادة92ف01 من ق.م.ج التي تنص على أن: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"، بحيث لا يمكن التصرف في شيء غير موجود، و الأمثلة كثيرة على التصرفات في الأشياء المستقبلية كالمحاصيل الزراعية قبل حصدها أو منتج مصنع قبل صنعها، وبيع حقوق معنوية كالكتاب قبل إتمام تأليفه ...الخ.

لكن الإشكال يثار في حال ما اذا تعلق على محل تجاري لم يبدا النشاط بعد؟.

وللإجابة على هذه الإشكال نلاحظ عنصر الوجود مرتبط بقابلية الشيء محل الالتزام بمعنى انه قد يصلح أن يكون محل الالتزام بشيء مستقبلي او لا وقت التعاقد، لان في بعض التصرفات المستقبلية تختلف بحسب قصد العاقدين (صبري.السعدي، 2008، صفحة 118)، وبالرجوع إلى تكوين المحل التجاري والذي سبق تناوله يجب أن يشتمل المحل التجاري على العناصر الجوهرية، حيث يرى جانب من الفقه فمتى اكتملت عناصره ولو لم يبدأ نشاطه ولم يتصل بالعملاء بعد، كما يضل المحل بمعناه القانوني حتى ولو اختفى العملاء إلى أن تنتهي التصفية، لكن الاتجاه الحديث القضاء الفرنسي يشترط أن يكون عنصر العملاء حقيقيا ومؤكدا، على أن يكون عنصر العملاء بصفة مؤكدة وحقيقة لحظة افتتاح المحل التجاري (نادية.فوضيل، 2016، صفحة 24).

وبالرغم ان الاهتمام موجه للمحل التجاري باعتباره كيان الا ان مالك المحل التجاري لا يقل اهمية عن ذلك من الناحية الموضوعية من ناحية اتصاله بزبائنه. اللذين يقتنون حاجاتهم بصفة اعتيادية من عند تاجر معين، وهناك من يضيف على هذا أن العملاء هم أيضا أولئك اللذين تجذبهم صفات شخصية في التاجر، أو بمفهوم آخر هم أولئك اللذين يرتبطون بتاجر معين نظرا لصفات شخصية فيه كالثقة أو حسن استقبال التاجر لعملائه والمعاملة الحسنة و التوجيه، تسهيل المبادلات.(LEGEAIS.Dominique, 2018.p73)

من خلال ما سبق يتبين أن المحل التجاري موضوع الحصة العينية يجب ان يكون ثابت الوجود وحالا حتى يتمكن من نقله إلى الشركة بصفة هادئة وبدون عيوب كما هو مقرر في القواعد العامة لنقل ملكية الأشياء.

إضافة إلى ذلك أن التاجر يستطيع إثبات ملكيته للمحل التجاري عن طريق القيد في السجل التجاري، حيث قضت أحكام القانون رقم04-08 (التجارية، الصفحات القانون 04-08)بأن مستخرج السجل التجاري يعد سندا رسميا يؤهل كل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بكامل أهليته القانونية لممارسة نشاط تجاري ويعتد به أمام الغير إلى غاية الطعن فيه بالتزوير وأنه يمنح الحق في الممارسة الحرة للنشاط التجاري (عيسى..بكاي، 2018.ص151.).

الفرع الثاني: ملكية التاجر الشريك للمحل التجاري

بالإضافة إلى إثبات وجود المحل يجب على الشريك أثبات ملكيته للمحل التجاري عند تقديمه للمساهمة في الشركة.

لذا سنعرض الأسباب التي تؤدي إلى ملكية المحل، قد يكتسب المحل التجاري عن طريق إنشائه ابتداء من جمع التاجر جميع عناصره المادية والمعنوية ويصبح له حق الملكية على المحل التجاري، كما يستطيع التاجر اكتسابه بطريق الشراء ويكون هذا بمقابل، إضافة إلى ذلك يمكن أن يكون اكتسابه بغير مقابل سواء آل إليه عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية.

أولا: الملكية الفردية

أما بالنسبة لاكتساب المحل التجاري بالطرق الأخرى لاكتساب الملكية مثل الحيازة وبما أن المحل التجاري مال منقول، والقاعدة العامة تقضي بان الحيازة في المنقول سند الملكية، إلا أن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على المحل التجاري لأنه منقول معنوي وقاعدة الحيازة في المنقول لا تطبق إلا على المنقولات المادية دون المعنوية، فهذه الأخيرة لا تقبل الحيازة بطبيعتها و بالتالي فإذا اشترى شخص محلا تجاريا من غير مالكه وحازه بحسن نية، فلا يجوز له الاحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول على المالك الحقيقي، كما انه بافتراض أن المالك الحقيقي باع المحل التجاري لشخصين على التوالي، فان المشتري الأخير الذي انتقلت إليه الحيازة لا يكون المالك والعبرة بالأسبقية في التاريخ (نادية.فوضيل، 2016، صفحة 37و38)، حيث لا يمكن للشريك أن يقدم محل تجاري يملكه غيره.

والجدير بالذكر أن إثبات ملكية المحل التجاري المكتسب بالتقادم، يترتب على التقادم المكسب بأنواعه المختلفة أن يكسب الحائز الملكية أو الحق العيني الذي حاز طوال مدة

التقادم، كما جاء في المادة827من ق م ج التي تنص على: **"من حاز منقولا أو عقارا أو حق عينيا منقولا أو عقار أو دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا اذا استمرت حيازته خمسة عشر سنة بدون انقطاع"**، مبدئيا هذا النص يمكن أن يطبق على المحل التجاري باعتباره مال معنوي وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري أجاز اكتساب المحل التجاري حسب نص المادة أعلاه.

وهو ما ذهب اليه رأي الفقه المصري إلى أن المحل التجاري وأن كانت لا تسري عليه قاعدة الحيازة في المنقول، إلا انه يكتسب في حال استمرت المدة القانونية المقرر للحيازة، طبقا للقواعد العامة، ذلك أن الملكية سواء كانت مادية أو معنوية فهي من الحقوق العينية، إذ يمكن أن تكون محل الحيازة، من ضمنها ملكية المحل التجاري باعتباره ملكية معنوية تجوز حيازته، بينما يرى رأي أخر إلى أن ملكية المحل التجاري لا يمكن اكتسابها بالتقادم المكسب لان هذا التقادم هو طريقة لكسب الملكية عن طريق وضع اليد، والمحل التجاري باعتباره ضمن الملكية المعنوية تصعب فيه الحيازة لان الحقوق المعنوية لا تقبل الحيازة بطبيعتها (نادية.فوضيل، 2006.ص374).

من جانب آخر ما تفرضه الطبيعة العملية فان اكتساب المحل التجاري بالتقادم يثير عدة إشكالات نذكر منها: أن المحل التجاري يتكون من عناصر التي لا يمكن أن تنفصل عنه، باعتبار إذا اجتمعت هذه العناصر تكون منها المحل التجاري، من بين العناصر الجوهرية عنصر العملاء والسمعة التجارية التي تبنى على بعض المقومات المتعلقة بشخصية التاجر وبالمحل التجاري، وعليه فان عنصر التقادم لا يمكن أن نتصور تحققه في هذا الفرض لانقطاع الاتصال ما بين الزبائن والتاجر واستخلافه بالحائز الجديد لمدة طويلة، إضافة إلى ذلك ما تفرضه التجارة من سرعة والائتمان، بينما التقادم المكسب يتحقق بعد15سنة طبقا لشروط القانونية في اكتساب الملكية.

أما بالنسبة للعناصر المكونة للمحل التجاري، في حال كانت وحدة شاملة لكامل العناصر المادية والمعنوية للمحل التجاري بما فيه العناصر المادية، ففي حال اشترى شخص المحل التجاري من غير المالك ثم حازه بحسن نية فانه لا يجوز له ان يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بعدم رد المعدات والبضائع على أساس أنها منقولات مادية تطبق عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، باعتبار أن هذه العناصر مندمجة في المحل التجاري وجزء لا يتجزأ منه، وهو حق ملكية معنوية لا يمكن اكتسابه بالحيازة، وعليه يمكن للمالك استرداد هذه

العناصر التي هي جزء من المحل التجاري. وفي حال ما اذا كان التصرف يشمل فقط العناصر المادية للمحل التجاري، كان يشتري شخص بضائع او معدات من غير مالكها، هنا يجوز للمشتري التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في مواجهة المالك الحقيقي. (نادية.فوضيل، 2006.ص374). إذا قدم الشريك منقولاً لا يملكه كحصة له في شركة وسلمه إلى الممثل القانوني للشركة على سبيل التمليك، فتقديمه لهذا المنقول كحصة له في الشركة يعتبر سبباً صحيحاً لأنه من شأنه أن ينقل الملكية للشركة لو أنه صادر من مالكه، ومن ثم تتملك الشركة هذا المنقول وفقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية متى كان ممثل الشركة حسن النية أي أنه لا يعلم أن هذا المنقول مملوك للغير (فرج.ابراهيم.عبدالله، 199.ص99).

1-حالة الملكية الشائعة في المحل التجاري:

الشيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، فإذا أمتلك شخصان أو أكثر حقا على محل تجاري باعتباره منقولا غير قابل للانقسام، يكون لكل واحد منهم الحق في حصته تنسب إلى الشيء في مجموعة كالنصف أو الثلث أو الربع، أما أموال أو حصص الشركاء في الشركة لا يعد شيوعا بينهم لأن المالك هو الشركة باعتبارها شخصا معنويا منفصلا عن شخصية الشركاء.

وتعدد الملاك في الملكية الشائعة يثير عدة إشكالات فيما يتعلق بمزاولة كل مالك لسلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، لأن ممارسة هذه السلطات تقتضي إجماع الشركاء، وهذا أمر لا يتيسر دائما.

يمارس التاجر نشاطه التجاري في المحل التجاري في شكل منفردا قد يكون شخص طبيعي أو أكثر من شخص او بواسطة مجموعة في شكل شركة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يقوم شخصين طبيعيين بملكية محل تجاري واحد يقيدان اسميهما في السجل التجاري، وبهذا يكون المحل التجاري يحمل اسم لمالكين أو أكثر، وفي حال وجود ذلك فانه يتحول إلى شركة كشركة المحاصة من الناحية القانونية.

2-حالة الوكالة:

بالرغم من أن الواقع التجاري يتعامل كثيرا بالوكالة التجارية لكن المشرع الجزائري لم يتحدث عنها. فصد حصرها في المادة34من القانون التجاري، ومع عدم وجود نصوص منظمة

للعقد في القانون التجاري يستدعي الرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص.

هناك اختلاف الوكالتين فإذا صدر التوكيل من الموكل في تصرف مدني، كما لو كان الموكل غير تاجر، ولم يكن التصرف ضمن الأعمال التجارية، أو كان الموكل تاجرا، وكان التصرف لا يتعلق بعمل من الأعمال التجارية كانت الوكالة بالنسبة للموكل مدنية.

هذا بالنسبة للموكل أما عن الوكيل، فإذا كانت مدنية، فالموكل لا يعتبر تاجرا حتى وإذا دخلت الوكالة في مهنته، ولكن إذا كانت الوكالة تجارية أعتبر الوكيل تاجرا، واعتبرت وكالته من ضمن الأعمال التجارية (هبة.بوذراع، 2016.ص88-89).

تعتبر هذه الوكالة نوع من التسيير الحر حيث يلجا فيها المالك لشخص قصد تسير محله وهذا بمقتضى وكالة un contrat de mondat وليس عقد عمل فيطلق على هذا النوع من التسير mondat d'exploiter وتتحقق هذه الصورة في حال اذا كان المحل التجاري له عدة فروع موزعة، اتعقد إلى شخص يطلق عليه مدير الفرع أو المسير غير الماجور.

وهذا الخير يتمتع بسلطة واسعة على خلاف المسير المستأجر إذ يستطيع إبرام عقود عمل وشراء مواد لازمة للمحل التجاري باسمه والقيام بالتعاقد لحساب المحل التجاري، وهذه سلطة اوسع فيما يخص ادارة المحل اما اعمال التصرف فيحددها مالك المحل لأنه هو الذي يتحمل الاثار في مواجهة الغير (نادية.فوضيل، 2016، صفحة 129و130) (نادية.فوضيل.مرجع.سابق، ص129-130).

خلاصة مما سبق يستطيع الوكيل ان يقوم بتقديم المحل التجاري الى شركة ما باعتباره حصة، لكن لا يتم هذا إلا بموافقة المالك.

3-حالة النيابة

هنالك نيابة قانونية مصدرها القانون مثل الولاية والوصايا، وهنالك نيابة قضائية بحكم أن النائب في هذه الحالة، يتصرف النائب بموجب اذن من المحكمة فيما يخص التصرف في اموال القصر طبقا للمادة88من قانون الاسرة الجزائري حيث ألقت على عاتق الولي واجب التصرف في أموال القصر بمسؤولية وحرص، وفرضت عليه ضرورة حصول إذن من رئيس المحكمة في التصرفات التي يقوم بها كاستئذانه في:

- بيع عقار القاصر وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة أو إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد (قانون.رقم.84-11، 2005.قانون الاسرة).

ويلاحظ أن القانون يمنع انشاء الشركة بين القاصر، ولو مأذوننا بممارسة التجارة، وبين نائبه القانوني- سواء كان ابوه الولي عنه او كان الوصي أو المقدم عليه-وذلك حماية له من هؤلاء الذين يستغلون وضعهم القانوني اتجاهه-لاستثمار أمواله لمصلحتهم في شكل شركة تجمعهم به، هذا مع العلم ان انشاء الشركة يتطلب توفر نية المشاركة من الشريك كما سنرى لاحقا، وهذا غير متوفر هنا بالنسبة للقاصر بالنظر لنقصان اهليته ولا يمكن اعتبار نية النائب القانوني كافية في هذه حالة لتعارض المصالح (فؤاد.معلال، 2012.ص21).

أما عن النيابة الاتفاقية ويقصد بها الوكالة كما سبق تناوله، في بعض الاحيان ونظر لانشغالات التاجر يقوم بتفويض نائب يقوم مقامه في تصرف قانوني ما، يخول الأصيل نائبه بمقتضاه الذي مكنه من إجراء ذلك التصرف مع الغير، حيث تنصرف آثار هذا التصرف نحو الأصيل، و عادة ما يكون هذا التكليف بموجب عقد بين النائب والأصيل، فتكون في هذه الحالة وكالة، هذا الارتباط ينشأ الخلط بين النيابة والوكالة، أي أن عقد الوكالة مرتبط بالإنابة.

نجد في واقعنا أن النيابة بمثابة تصرف وذلك بإرادة مقترنة، وهي إرادة الأصيل، التي يسبغ

بمقتضاه النائب صفة النيابة، حيث يمكنه أن يقوم بتصرف قانوني التي تعود آثاره على الأصيل دون النائب، بينما عقد الوكالة، فهي عقد تبادلي يستلزم توافق إرادة كل من الموكل والوكيل، والذي يؤدي بالوكيل الالتزام بعمل قانوني وذلك لحساب الموكل.

من خلال ما سبق فانه يستطيع النائب ابرام بعض التصرفات التي ترد على المحل التجاري، منها المساهمة بحصة في الشركة و هذا تبعا لشروط وإجراءات قانونية معينة.

4-حالة الإفلاس:

الأصل العام أن التجار هو من يقوم بالتصرفات وإدارة امواله دعما لمبدأ الثقة والائتمان التجاري، لكن قد يتأثر التاجر وتحول الظروف منها شخصية او مالية دون ذلك، من بين الظروف التي تصادف التاجر هو شهر افلاسه، والهدف من هذا النظام حماية النشاط التجاري ودعم عنصر الائتمان فيه، ويتجلى ذلك بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس

فإنه يترتب على ذلك غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها حفاظا على حقوق الدائنين لذا يتطلب الأمر حصر أموال المفلس ووضع الأختام عليها وتسليمها إلى وكيل التفليسة حتى لا يتصرف المفلس فيها فإذا تم جرد أموال المفلس يتم تحرير ميزانيته وتقفل دفاتره ثم تبدأ أعمال الإدارة باتخاذ الإجراءات التحفظية وتحصيل الديون ومباشرة الدعاوى والصلح بالنسبة لحقوق المفلس قبل الغير وقد يتطلب الأمر أيضا الاستمرار في تجارة المفلس أو صناعته وذلك لمصلحة الدائنين و المفلس ذاته، وهو ما ذهب اليه المشرع الجزائري في المواد 273 الى276 من قانون التجاري الجزائري.

اضافة الى ذلك يمكن استمرار التجارة او الصناعة وكذا استمرار و انهاء الاجارة طبقا لنفس القانون سيما المادة277من ق ت ج التي تنص على انه" يجوز للمدين في حالة التسوية القضائية، وبمعونة وكيل التفليسة واذن القاضي المنتدب، بمتابعة استقلال المؤسسة التجارية والصناعية.

وفي حال الافلاس، اذا ارتأى وكيل التفليسة استقلال المحل التجاري، لا يكون له هذا الا بعد اذن المحكمة بناء على تقرير القاضي المنتدب بأثبات ان المصلحة العامة او مصلحة الدائنين تقتضي الضرورة".

وعليه يمكن القول ان مالك المحل التجاري في حالة الافلاس لا يمكن له التصرف في المحل التجاري الا بالشروط المنصوصة في المادة اعلاه وهي ضرورة مساعدة وكيل التفليسة في ذلك و استصدار اذن قاضي من القاضي المنتدب يخول لها استقلال المحل التجاري، بالإضافة الى ما سبق يجب اثبات أن هذا التصرف يصب في خدمة المصلحة العامة والدائنين، وفي التنازل على المحل التجاري لشركة يجب ان يتم ذلك وفقا للإجراءات والشروط السابقة مع اشهار العملية لدى مصلحة السجل التجاري.

الفرع الثالث: سند ملكية المحل التجاري

لا يمكن ان يدعى التاجر بملكية المحل التجاري و الظهور بمظهر صاحب المحل التجاري، كما لا يكفي سبب الدخول الى شركة هو الثقة و الائتمان، وانما اضافة الى هذان العنصران الاساسيين يجب ان يكون لمالك المحل التجاري سند يثبت فيه ملكية المحل التجاري الذي بموجبه تنتقل الحصة العينية الى راس مال الشركة اذ كان تنازل عن المحل.

حسب المادة79من القانون التجاري الجزائري فان كل عقد وارد على المحل التجاري يستوجب اثباته بعقد رسمي والا كان باطلا، وعليه فان الرسمية هي الاصل في المعاملات

الخاصة بالمحلات التجارية تحت طائلة البطلان، يستنتج ان أي عقد يحرر من طرف موظف عمومي مخولا قانونا(الموثق)، وفي هذه الحالة فان الموثق لا يمكنه تحرير عقد الا بناء على دليل اثبات للمحل التجاري والمتمثل في السجل التجاري، وسند الملكية المخصصة لاستقلال الفضاء التجاري، باعتبار ان السجل التجاري له عدد من الوظائف منها كدليل اثبات ملكية المحل التجاري، حيث يعد مستخرج السجل التجاري، سندا رسميا يأهل كل شخص طبيعي او اعتباري يتمتع بكامل اهليته القانونية، للممارسة النشاط التجاري، ويعتد به امام غير ما لم يطعن فيه بالتزوير.

وعليه فالسجل التجاري هو كذلك وسيلة إثبات وضعية المحل التجاري وحماية لتاجر والغير وهو ما نصت عليه المادة23 و24من القانون التجاري الجزائري، بالإضافة الى عملية الاشهار حسب المادة15من قانون13-06المتعلق بممارسة الانشطة التجارية (قانون.13-06)و التي تنص على انه" يجب على كل شخص طبيعي تاجر أن يقوم بالإجراءات المتعلقة بالإشهارات القانونية. تهدف الإشهارات القانونية الإلزامية، بالنسبة للأشخاص الطبيعيين التجار، إلى إعلام الغير بحالة وأهلية التاجر وبعنوان المؤسسة الرئيسية للاستغلال الفعلي لتجارته وبملكيته المحل التجاري، وكذا بتأجير التسيير وبيع المحل التجاري...".

وفي حال لم يقم التاجر بذلك فانه يتعرض للمسائلة القانونية وهو ما سنحاول دراسته بشكل مفصل في القسم الثاني، بالإضافة الى ذلك فان المحل التجاري الالكتروني يخضع لنفس الاحكام ولا يمكن ممارسة التجارة عبر الوسائط الالكترونية الا بعد التسجيل في السجل التجاري حسب المادة 08 من قانون 18-05 المتضمن التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: مشروعية المحل التجاري

بالإضافة الى ما سبق لا يمكن التصرف في محل تجاري الا اذا كان مشروعا، يجب ان يكون النشاط محل الاحتراف- مشروعا، وذلك امر بديهي لتعلقه بالنظام العام والآداب، فلو توافر احتراف التجارة، بجميع مقوماتها ولكن في ممارسة شيء غير مشروع، فلا يكتسب الصفة التاجرية، كمن يحترف تجارة المخدرات أو لعب القمار او الدعارة (احمد.محرز، ص118-120).

فالمشروعية للممارسة التجارة حددتها التنظيمات القانونية حث لا يمكن ان يقوم تاجر بتقديم محل تجاري يقوم بإنتاج او بيع مواد ممنوعة كالمخدرات، اذ ان القانون يمنع تسجيل هذا النوع من النشاطات و هو ما اكدته المادة02من قانون13-06المتعلق بممارسة

الانشطة التجارية اعلاه، بالنسبة للأشخاص الممنوعين من التسجيل ولهم سوابق في هذه النشاطات.

بالإضافة مما سبق فان الحظر يمتد الى بعض النشاطات الاخرى التي تستوجب بعض الشروط وإجراءات معينة للإنتاج او المتاجرة بها حسب القانونين المنظمة للتجارة منها القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية سيما المادة03 و05 من القانون 18-05.

كما لا يمكن ان يكون المحل التجاري محل نشاط الدعارة و الاعمال المخلة بالآداب او نشاط يهدد صحة وامن المواطن، حسب المادتين12و13من المرسوم التنفيذي97-41، المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري(المرسوم.التنفيذي.رقم:97-41، 1977عدد05)، تستوجب الاعتماد او رخص المسلمة من الادارات المختصة لممارسة النشاطات المهنية او المهن المقننة، كما جاء في نص المادة03من المرسوم التنفيذي رقم97-40، حيث اخضعت بعض النشاطات للتأطير القانوني والمرتبطة بمجالات حماية النظام العام وامن المواطن والممتلكات الخاصة والعامة والطبيعة والبيئة والصحة العمومية والآداب والخلق ...الخ.

المبحث الثاني: الشروط الشكلية للمحل التجاري

بالإضافة الي الشروط الموضوعية سالفة الذكر هناك شروط شكلية متعلقة بالمحل التجاري نص عليها القانون منها القيد في السجل التجاري و تحديد العنوان و كذا

المطلب الأول: شرط القيد وتحديد العنوان التجاري

يجب على كل تاجر ان يقوم بالقيد في السجل التجاري واختيار عنوان ممارسة نشاطه التجاري والتعرض الى العقوبات المقرر قانونا.

الفرع الأول: القيد في السجل التجاري

السجل التجاري نظام لتسجيل وشهر كل ما يتعلق بالتجار وأعمالهم ومراكزهم القانونية، ضمن دفتر خاص تخول بمسكه جهة رسمية، يحدد لها القانون الوظيفة المنوطة به، والطريقة التي يتم بها القيد فيه (فاطمة.بخوش، ص10). وهو إجراء يطلق عليه وثيقة ميلاد الشخصية القانونية الاعتبارية، كما وهو إجراء يقوم به من اجل إظهار كل المعلومات والتصرفات المتعلقة بالتاجر والمحل التجاري لتصبح نافذة في حق الغير.

تكمن الأهمية القانونية من خلال الوظيفة الاشهارية، والتي يقصد بها أن المشرع يرتب آثارا قانونية على واقعة القيد في السجل التجاري، ومن خلال الوظيفة الإعلامية كذلك،

فتطبيقا لمبدأ العلانية التي وضع لأجلها السجل التجاري، يجوز للجمهور معرفة البيانات التي تهمه عن التاجر والمشروع التجاري، ويرتب القانون على هذه العلانية قرينة العلم بالبيانات المقيدة ويقر لها حجية في مواجهة الغير (نفس.المرجع، ص16).

الفرع الثاني: تحديد عنوان المحل

للمحل التجاري عنوانين الاول يتعلق بعنصر من عناصر المحل التجاري الذي يدخل في تكوينه، اما الثاني يقصد بموقعه الجغرافي الحيز الذي يباشر به النشاط التجاري، وهذا الشرط متعلق بالإجراءات الشكلية الواجبة في حال كان تنازع حول المحل التجاري في تحديد المحكمة المختصة، كما ان التنازل على المحل التجاري حسب المادة83من القانون التجاري الجزائري يجب اشهاره النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في الدائرة او الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري، اما بالنسبة للمحلات المتنقلة فان مكان الاستقلال هو المكان الذي يكون البائع مسجلا فيه بالسجل التجاري.

اما بالنسبة للتجارة الالكترونية حسب نص المادة11فقر01من القانون18-05، المتعلقة بالتجارة الإلكترونية على المورد تقديم كل المعلومات منها العناوين المادية والالكترونية، وعليه فان ممارسة التجارة بمحل تجاري الكتروني يجب على التاجر ان يبين عنوان المحل التجاري.

إذا اعتبرنا أن حق صاحب الموقع الالكتروني على هذا الموقع هو حق ملكية فإن بإمكانه بيع هذا الموقع خلال فترة إشغاله. واذا ما اتخذ من هذا الموقع متجرا، فيمكنه بيع المتجر دون تملك المساحة التي تمثل الموقع الالكتروني، إنما ينتقل للمشتري مجرد حق إشغال الموقع الإلكتروني، وبهذا يتشابه مع المتجر التقليدي إذ أن مالك المتجر التقليدي إذا ما كان مالكاً للعقار الذي اتخذ عليه متجره فإن بيعه للمتجر لا يشمل العقار إنما يشمل فقط حق الاستئجار. وبالمقابل إذا ما كان حق صاحب الموقع الالكتروني هو حق مستأجر على عين مأجورة فإن بيع المتجر الالكتروني يشمل حق الاستئجار ألا وهو حق إشغال الموقع الالكتروني. وهنا يتشابه مع المتجر التقليدي فيما لو كان مالك المتجر التقليدي مستأجر للعقار الذي اتخذ عليه متجره (حنان.مليكه، 2017.ص15)، فالعنوان هو وجهة الزبائن الذي يعتبر العناصر الجوهرية في المحل التجاري وهم مجموعة الأشخاص اللذين يقتنون حاجاتهم سواء بصفة اعتيادية أو عرضية من تاجر معين (Hugues, p. 2011.p226).

المطلب الثاني: تحديد موضوع النشاط

النشاط التجاري هو النشاط الاقتصادي الذي يقوم به التاجر من اجل تحقيق الربح من خلال تبادل الخدمات والسلع، وتتنوع هذه الانشطة اما ان تكون بصفة فردية كممارسة تاجر نشاط بيع اللوازم الكهرو منزلية بالتجزئة، او جماعية في شكل شركات، حيث كان هناك جدل قائم حول اهمية تحديد النشاط من خلاله يكتسب التاجر الصفة التجارية، والتي تتنوع حسب شكلها وموضوعها، ومدى أهلية التاجر للقيام بها بالإضافة الى طريقة ترميزها و الحصول عليها.

الفرع الأول: ممارسة النشاط التجاري

كما سبق تناوله فالتاجر يستطيع ممارسة النشاط التجاري بصفتين:

أولا: الصفة الفردية:

وهي قيام التاجر بالمشروع دون غيره سواء تقديم سلع او خدمات وهذا ما يؤهله لاكتساب صفة التاجر يشترط أن يقوم الشخص بمباشرة الأعمال التجارية بطريق الاحتراف لحسابه الخاص، ويعتبر الفقه والقضاء متفقين على ذلك، ويقصد بمباشرة التصرفات التجارية لحساب الشخص أن يكون مستقلا عن غيره في مباشرة هذه التصرفات ويحتمل نتائجها فتعود عليه الأرباح ويتحمل الخسائر فالاستقلال هو شرط ضروري للتكييف القانوني لحرفة التاجر وتطبيقا لذلك يكون تاجرا مستأجرا المحل التجاري الذي يباشر إدارته وكذلك الوكيل بالعمولة والسمسار بينما لا يعد تاجر مدير الفرع وعمال التاجر ومستخدموه (احمد.محرز.مرجع.سابق، ص125)، بحيث تربطهم علاقة عمل

اما بالنسبة لمستأجر المحل التجاري والذي يباشر إدارته تاجرا لأنه يدير المشروع مستقلا عن المؤجر، كما أنه يتحمل خسائره وتعود عليه أرباحه، أما علاقته بالمؤجر فهي علاقة يحكمها عقد إيجار المحل التجاري وليست علاقة تبعية ناشئة عن عقد عمل.

ثانيا: الصفة الجماعية:

يستطيع التاجر ممارسة التجارة بمفرده كما يمكنه ذلك في شكل تجمعات متمثلة في شركات، وتعد ظاهرة تجمع مجوعة اشخاص من اجل ممارسة نشاط تجاري بالاشتراك فيما بينهم من الظاهر القديمة، وقد عالجت التشريعات الحديثة في اطر قانونية (محمود.الكيلاني، 2008.ص13)، ويستطيع التجار الانضمام الى احدى الشركات بموجب عقد تأسيس الشركة من اكتساب الصفة التجارية بمجرد العقد طبقا لنص المادة03من

القانون التجاري الجزائري، وتختلف الشركات بحسب شكلها من شركة إلى أخرى وهذا ما سنحاول دراسته لاحقا.

الفرع الثاني: النشاطات المقننة

من مبادئ الراس مالية هي حرية التجارة هذا المبدأ أن كل شخص طبيعي ومعنوي حر في الدخول للنشاط التجاري الذي يختار، وله الحرية في ممارسة هذا النشاط كما يشاء في إطار منافسة حرة في الأسواق لكن هذا المبدأ لم يكون على طلاقه حيث الزمت اغلب التشريعات العربية والعالمية بعض الإجراءات والشروط على بعض النشاطات التجارية عن طريق المراسيم والتنظيمات المنظمة لذلك.

إضافة إلى ما سبق تناوله حول شروط التسجيل في السجل التجاري فان المادة4من المرسوم التنفيذي15-234 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة الأنشطة والمهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري (15، 2015.عدد48)على أنه "يتطلب التسجيل في السجل التجاري لممارسة نشاط أو مهنة مقننة ،تقديم رخصة أو اعتماد مؤقت تسلمه الإدارات أو الهيئات المختصة" وعليه يمكن القول على أنه يجب على كل طالب ممارسة النشاط المقنن إضافة إلى احترام قواعد النظام العام واحترام الأحكام التنظيمية الخاصة السارية على النشاط أو المهنة الذين يرغبون في ممارسة أحدهما، كما يجب عليه للحصول على القيد في السجل التجاري تقييدا أو تعديلا أن يقدم إضافة إلى الوثائق المطلوبة رخصة الممارسة أو الاعتماد التي تسلمها المصالح المختصة في الإدارة المعنية، فإنه يشترط لممارسة النشاط التجاري المقنن إلزامية تقديم الاعتماد أو الرخصة باعتباره شرطا للقيد في السجل التجاري (بلعقون.أسامة، 2016ص42).

ويخضع تأطير الأنشطة التجارية المقننة الى القائمة المدونة المقياسية المعيارية للأنشطة الاقتصادية الموجودة في قطاع الإنتاج أو التجارة أو الخدمات مصنفة حسب قطاعات أو مجموعات أو فروع وفق المدونة الوطنية المتعلقة بالمنتجات والخدمات، كما تخضع ممارسة الأنشطة التجارية القارة والغير قارة وهذا لتحديد كيفيات ممارسة الأنشطة التجارية المقننة وذلك من أجل توسيع الأنشطة التجارية ولتقنين أكبر عدد من النشاطات ممكنة لخدمة الاقتصاد الوطني من جهة، ولتنظيم السوق من جهة أخرى (نفس.المرجع.السابق، ص30-35)

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة يتنين انه لا يمكن تقديم المحل التجاري الا اذا تحققت فيه الشروط القانونية الموضوعية و الشكلية لذلك، وهذا من اجل استقرار المعاملات وحماية حقوق الطراف و الغير في الشركة والمحل التجاري.

وعليه فمقدم حصة محل تجاري في الشركة يجب التقيد بهذه الشروط وان يعمل على ذلك بحسن نية لدخل ضمن عقد الشركة بحصة تعود بالنفع على الشركة من خلال راس مالها وزيادة ضمان الدائنين.

وعليه نستنتج انه لا يمكن اعتبار المحل التجاري حصة عينية الا اذا توافر فيه الشروط المطلوبة سواء شكلية او موضوعية التي يمكن من خلالها تقديمه حصة في الشركة ولتحقيق استقرار المعاملات التجارية .

نظرا لخصوصية هذا النوع من الحصص نقترح سن نصوص خاصة في الباب المتعلق بالشركات يفصل شروط هذا النوع من الحصص وكذا الطرق الصحيحة في تقيمه من الناحية المالية.

قائمة المراجع:

المؤلفات:

1. احمد محرز، (1980)، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
2. حمد لبيب شنب، (1999)، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، بدون دار نشر.
3. السعدي صبري،(2008)، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة ،دار الهدى، عين مليلة.
4. فؤاد ملال، شرح القانون المغربي، (2012)، الشركات التجارية، ج2، الطبعة الثالثة، دار الآفاق المغربية، الرباط-المغرب.
5. محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، (2013)، الوكالة في التصرفات القانونية-أحكام الوكالة-أركان الوكالة-الآثار التي تترتب على الوكالة-إنهاء الوكالة)، د ط، دار الفكر والقانون.
6. محمود الكيلاني، (2008)، الموسوعة التجارية والمصرفية، الشركات التجارية-دراسة مقارنة-، المجلد05، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
7. نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، دار هومة، الطبعة الأولى والثانية.

الأطروحات:

1. بلعقون أسامة، (2016/2015)، الأنشطة التجارية المقننة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في

الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق و لعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة.

2. عيسى بكاي، (2017-2018)، الشروط القانونية والتنظيمية لممارسة الأنشطة التجارية في ظل القانون رقم04-08، المؤرخ في14اوت2004، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية والإدارية تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر، السنة الدراسية.
3. فرج إبراهيم عبدالله، (2011)، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية دراسة تحليلية، رسالة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر غزة فلسطين.
4. مسعود حساينية، فاطمة بخوش، النظام القانوني للسجل التجاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، جامعة08ماي1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية.
5. هبة بوذراع، (2015-2016)، النظام القانوني لعقد الوكالة، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر-شعبة حقوق-تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي-كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق.2015-2016.

القوانين والمراسيم:

1. المرسوم التنفيذي رقم234-15 مؤرخ في14ذي القعدة عام1436 الموافق29غشت سنة2015يحدد شروط وكيفيات ممارسة الأنشطة والمهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، صادر عن الجريدة الرسمية الجزائرية، بتاريخ09سبتمبر2015، العدد48.
2. قانون رقم84-11مؤرخ في09 يونيو1984 يتضمن قانون الاسرة الجزائري، معدل والمتمم بالأمر05-02المؤرخ في27 فبراير سنة2005، الصادر في الجريدة الرسمية الجزائرية، سنة2005.
3. المرسوم التنفيذي رقم:97-40 المؤرخ في 18يناير سنة1997،المتعلق بالقيد في السجل التجاري، الصادر في الجريدة الرسمية الجزائرية، نتاريخ19 يناير1997، الجزائر، العدد05.
4. المرسوم التنفيذي رقم97-41المؤرخ في18يناير سنة1997، المتعلق بمعاير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها، الصادر في الجريدة الرسمية الجزائرية، بتاريخ 19يناير1997، الجزائر، العدد05.
5. قانون رقم04-08المؤرخ في27جمادى الثانية عام1425الموافق14 غشت2004يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، جريدة رسمية جزائرية، عدد 52الصادرة في18غشت.
6. قانون رقم13-06 مؤرخ في14رمضان عام1434، الموافق لـ23يوليو سنة2013، المعدل والمتمم للقانون رقم04-08المؤرخ في27جمادى الثانية عام1425الموافق14غشت سنة2004، والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر.ج، الصادرة بتاريخ31يوليو2013، جريدة الرسمية الجزائرية، العدد39.

المقالات:

1. حنان مليكة، (2017)، التصرفات القانونية الواردة على المتجر الإلكتروني، مقال منشور في مجلة جامعة البعث، المجلد93، العدد44، سوريا.

المواقع الإلكترونية

PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *Droit commercial*, 3ème éd., Dalloz, Paris, 2011, p226.

LEGEAIS Dominique, *Droit commercial et des affaires*, 24ème éd., Sirey, Paris, 2018, p.73.

ضمانات سياسة التجريم كآلية لحماية حقوق الإنسان (دراسة مقارنة)

The Guarantees of the criminalization policy as a mechanism for the protection of human rights (a comparative study)

أنور خنان (*)
كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة غرداية، الجزائر
khannene.anoir@univ-ghardaia.dz

شرع عبد الرزاق
كلية العلوم الاجتماعية و الإنسانية،جامعة غرداية، الجزائر
abderazak.chraa@univ-ghardaia.dz

تاريخ الاستلام: 2021/04/27 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/27

****

ملخص:

تسعى النظم والتشريعات لسن قوانين واستحداث آليات لضمان حماية حقوق الإنسان، فيصيب البعض منها ويجانب الصواب البعض الآخر،مما يستدعي تكثيف الجهود للخروج بآليات كفيلة بحماية حقوق الإنسان،فجاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ثمرة ذلك،و لا ريب أنه محاولة وخطوة متميزة في ترسيخ الحقوق و الحريات،بيدا أن نسب الانتهاك والإجرام في تصاعد وارتفاع رهيب يوما بعد يوم، مما يتطلب رصد الضمانات الكفيلة لتحقق حماية حقوق الإنسان المصونة.

الكلمات المفتاحية: سياسة التجريم،حقوق الإنسان،الضمانات الجنائية،العقاب، التشريعات.

Abstract:

The systems and legislations seek to enact laws and develop echanisms to ensure the protection of human rights Some of them are rong,which calls for intensifying efforts to come up with mechanisms to protect human rights. The Universal Declaration of Human Rights came as a result of that, and there is no doubt that it is an attempt and a distinct step in the consolidation of rights and Freedoms,however, the rates of violation and criminality are on the rise and rise terribly day

---

*المؤلف المرسل.

after day, which requires monitoring guarantees to achieve the protection of inviolable human rights.

***key words*:** criminalization policy-human rights-criminal guarantees Punishment-Legislation.

مقدمة:

يرتبط نجاح السياسة الجنائية في قسم مهم منه بسياسة التجريم فإذا انصب التجريم على ما لا يجب أن يجرم، أو أهمل ما يجب أن يجرم،أو أنه وضع ما يجب أن يكون من الجنايات في موضع الجنح والمخالفات أو العكس اختل نظام المجتمع،ويحرم المجتمع بذلك من مصالح مؤكدة أو يترك عرضة لما يهدد تلك المصالح ولذلك بات من الضروري أن يكون التجريم مبنيا على خطة علمية مدروسة تراعي المصلحة العامة للمجتمع وجودا وعدما،بتجريم ما يضر بها وكذا تجريم ما يحول دون تحققها وذلك يتحقق بالتوفيق في وضع نصوص التجريم من جهة،وفي تدرج الجرائم من جهة أخرى وبذلك فإن نجاح السياسة الجنائية في هذا الجانب يقوم على دعامتين الأولى تتعلق بالمصالح التي تستحق أن تحمى بالتجريم ولا شك أن حقوق الإنسان أولى الأولويات،والثانية تنصب بصياغة نصوص التجريم الواضحة المقننة التي لا تترك مهربا ولا غموضا في ذلك.

قد اعتبر احترام حقوق الإنسان أساسا للعدل بموجب الفقرة الأولى من ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث جاء فيها ما يلي:" لما كان الإعتراف بالكرامة المتاصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام في العالم".

بينما نصت الفقرة الثالثة على أنه ولما كان من الضروري أن يتولى القانون حماية حقوق الإنسان لكيلا يضطر المرء أخر الأمر إلى التمرد والاستبداد والظلم فيما أكدت الفقرة السادسة على أن الإدراك العام لهذه الحقوق والحريات ذو أهمية كبرى في الوفاء التام بهذا التعهد العالمي الذي تم التأكيد عليه في ميثاق الأمم المتحدة وهو أن حقوق الإنسان مضمونة و مصونة.

ومن هذا يمكن طرح **الإشكالية** الآتية:ماهي الضمانات الواجب مراعاتها حماية لحقوق الإنسان في مرحلة سياسة التجريم؟

ويكمن **هدف الدراسة** في الوقوف على الضمانات الواجبة الالتزام بها وتوخيها لتحقيق القصد المنشود من وضع الإعلانات لحماية الحقوق الإنسان في مرحلة سياسة التجريم،ولقد **توصل البحث** إلى ضرورة تفعيل و الإلتزام بجميع ضمانات سياسة التجريم مع مراعاة الضمانات الأخرى المتوفرة في السياسة الجنائية انطلاقا من المنع إلى التجريم وصولا إلى العقاب وفق طرق عادلة رزينة تضمن للإنسان حقوقه ويزجر المتعدي على ذلك.

وقصد الإلمام بجوانب الموضوع إرتيانا تقسيم الدراسة إلى النسق الآتي:

المبحث الأول: تعريف حقوق الإنسان

الحقوق التي يتمتع بها الإنسان بمجرد كونه إنسان وهذه الحقوق يعترف بها الإنسان بصرف النظر عن جنسيته أو ديانته أو أصله العرقي او القومي أو وضعه في الاجتماعي أو الاقتصادي وهي حقوق طبيعية يملكها الإنسان قبل أن يكون عضوا في مجتمع معين فهي تسبق الدولة وتسمو عليها.

وحقوق الإنسان التي تعتبر محلا للحماية الجنائية هي كل ما هو معترف به من حقوق مقدسة تستمد طبيعتها من الإنسانية ذاتها والتي تمثل الحد الأدنى الذي لا يمكن تجاوزه فهي حقوق ملصقة بشخصية الإنسان كما تمثل ضمانة لحماية الأشخاص ضد استبداد الدولة ولا يمكن تصور انتهاكها لأنها في هذه الحالة ستعصف بإنسانية الفرد.

ويعتبر بعض الفقه أن السياسة الجنائية تمثل جوهر حماية حقوق الإنسان هذه السياسة التي هي عبارة عن مجموعة من الأساليب المعينة التي يمكن اتخاذها في وقت معين في بلد ما من أجل مكافحة الإجرام فيه،(القهوجي علي عبد القادر، 1995) والتي يتوجب الإلتزام بها لمواجهة الجريمة بجميع مراحلها بهدف حماية المجتمع من الإجرام ولكن الدعامة الأساسية التي ينبغي أن تقوم عليها السياسة الجنائية لأجل تحقيق العدالة الجنائية هي الموازنة بين حماية المجتمع وحقوق الإنسان في مرحلة التدابير السابقة للجريمة والموجهة ضد الخطوات التي تسبق الجريمة والتي قد تنتهك فيها الحقوق والحريات مما يوجب إخضاع جميع الوسائل والأساليب التي تلجأ إليها السلطات المعينة لمبدأ الشرعية وبالتالي فصلاح السياسة الجنائية يؤدي إلى حماية حقوق الإنسان بينما إذا أسيء استعمالها سيحدث العكس.

المطلب الأول : سياسة التجريم وحقوق الإنسان

تعني سياسة التجريم مجموعة المبادئ التي يمكن على ضوئها التفرقة بين السلوك المجرم طبقا للقانون والسلوك المباح فترسم سياسة التجريم الجديرة بالإتباع فتحدد بمقتضاها ماهية الجريمة وضوابطها باعتبارها ظاهرة اجتماعية ويقوم المشرع الجنائي على ضوئها بتحديد ما يراه جديرا بالتجريم والعقاب لضمان المصالح الاجتماعية الجديرة بالحماية الجنائية فينص على تجريم السلوكيات التي تتعرض لتلك المصالح،(أوهايبية, عبد الله، 2011، صفحة 29) واسقاطا لذلك فينغي على التشريعات وضع سياسات تجريم محكمة مقننة مع رصد العقوبات المناسبة لها واقعية التطبيق والتفعيل ضمانا لحماية حقوق الإنسان،فلا يمكن الحديث على حماية حقوق الإنسان من دون سياسة التجريم تجرم صور الاعتداء على حقوق الإنسان،فلم تنتهك حقوقا الإنسان يوما إلا بغياب إحدى الأمرين إما سياسة التجريم لم تنص على تجريم الأفعال الماسة بها أو ضعف سياسة العقاب الواردة عليها.(أكرم نشأت إبراهيم، 2008، صفحة 138)

والتجريم يعني إضفاء الحماية الجزائية على مصلحة معينة تعد من المصالح الاجتماعية التي تعبر عن مطلب الجماعة كمجتمع إنساني وتنطوي المصالح الاجتماعية على المصالح العامة والمصالح الفردية التي في ثناياها مصلحة عامة.

والمصالح الفردية وهي التي تضم مصلحة فردية لأن الفرد هو أساس المجتمع ومن دونه لا يوجد مجتمع لذا من مصلحة المجتمع حمايته،وتتضمن هذه المصالح حماية حقوق الإنسان بكاملها و التي تقتضي حمايتها حق الفرد الإنساني في الحياة وسلامة شخصه وماله وحقه في الفكر والرأي وحق التمتع بحماية القانون دون أي تمييز وكل الحقوق الأخرى المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي بالحقوق المدنية والسياسة.

يرتبط نجاح سياسة التجريم بإرساء الطمأنية والأمن في المجتمع فإذا انصب التجريم على محله وذلك بتجريم الفعل الضار وإباحة ما سواه لعدم التضييق وإذا حدث العكس وانصب التجريم على ما لا يجب أن يجرم أو أهمل ما يجب أن يجرم اختل نظام المجتمع ويحرم المجتمع من مصالحه وترك عرضة لانتشار الفوضى وضياع الحقوق.(منصور رحماني، صفحة 179)

والمكلفون بهذا التجريم هم المخولون قانونا من قضاة ورجال النيابة أو الشهود أو المحلفون والأساتذة الباحثون وكل من لهم باع في هذا الاختصاص وذلك حينما يرون أن هناك مصلحة جديرة بالحماية حينها ينبغي على المشرع إضفاء الحماية الجنائية وذلك إذا توفرت شروط المصلحة.

قد تشترك مصالح الفرد مع مصالح الجماعة التي ينتمي إليها،سواء كانت هذه المصالح مادية أو معنوية،كأن تحمي حق الفرد في الحياة وفي سلامة الجسم،ولكن قد تتعارض المصلحتين ويؤدي ذلك إلى صراع بينهما،كأن يحاول شخص أن يشيد بناء دون رخصة،فهو بذلك يسعى إلى إشباع حاجة له تتعارض مع المصلحة العامة للمجتمع الذي تسعى من خلال هذا الإجراء إلى احترام المعايير الهندسية والبناء وحماية النسق للمدينة أو القرية.(عبد الرحمان خلفي، 2017، صفحة 26)

يتدخل قانون العقوبات حتى في حماية التوجه الديمقراطي داخل الدولة من خلال حماية حقوق الإنسان والحق في الحياة الخاصة والحق في الشرف والاعتبار،ويكون ذلك من خلال قيام قانون العقوبات بتحديد الأفعال التي تهدد هذه المصالح و وضع العقوبة المناسبة لها.

يواجه قانون العقوبات تحدي تكيفه مع التغيرات السياسية والاقتصادية والأمنية داخل المجتمع،والتي يقع عليه واجب التأقلم معها والتجاوب مع القيم الأساسية المتنوعة للمجتمع ومع التطورات التي تمليها الحاجيات المختلفة له.

الفرع الأول : المصالح التي تحميها الشريعة الإسلامية

إنّ الشريعة الإسلامية لم تحظر على الناس أنواعا من السلوك للتضييق عليهم أو الاستبداد بهم والتسلط عليهم،وإنما حظرت بعض الأفعال ابتغاء حماية مصالح اجتماعية تتأذى بهذه الأفعال،أو بعبارة أخرى استهدفت صيانة مصالح المجتمع والأفراد التي تهدرها هذه الأفعال.

قد أصل الفقهاء المصالح التي تحميها قواعد التجريم فردوها إلى مصالح خمس: حفظ الدين،حفظ النفس،وحفظ العقل،وحفظ النسل،وحفظ المال،وتحديد المصالح محل

الحماية على هذا النحو هو عمل فقه،ومن ثم كان من الجائز مراجعته والإضافة إليه إذا تبين أن ظروف المجتمع الحديث تقتضي حماية مصالح أخرى.

الفرع الثاني : العدالة الجنائية

هي مجموعة من العناصر المتعاونة فيما بينها في سبيل إحقاق العدل والإنصاف بدءا بمرحلة البحث و التحقيق في الجرائم مرورا بمرحلة إصدار الحكم انتهاء بمرحلة تنفيذ الحكم.

تعتبر الحماية الجنائية أهم أنواع الحماية القانونية لحقوق الإنسان و وسيلتها في ذلك هي القانون الجنائي و وظيفة هذا الأخير حمائية حيث أنه يحمي حقوقا لم تعد تكفيها الحماية المقررة لها في ظل فروع القانون الأخرى.

الحماية الجنائية تهدف بالأساس إلى حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في إطار القوانين الوطنية مع مراعاة الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادقت عليها هذه الدول ولا يمكن الحديث عن أية حماية جنائية لحقوق الإنسان طالما كان كل من العقاب والثواب بعيدين عن الشرعية وبالخصوص الشرعية الجنائية سواء تعلق الأمر بتطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات احتراما للمبدأ القانوني لا عقوبة بغير نص قانوني من جهة من جهة ثانية ضرورة احترام القانون عند محاولة الوصول إلى الحقيقة المتمثلة في العدالة الجنائية سواء أثناء التحقيق أو عند المحاكمة الجنائية حيث يتسنى أن تتناسب العقوبة والجريمة المرتكبة وهو ما يعرف بشرعية التناسبية العقابية.

إن المتأمل في المصالح المختصة بالحماية الجنائية في القانون الجزائري يجد أن أغلبها من المصالح العامة للدولة ومصلحة الفرد تكاد تختفي إضافة إلى أنها تأتي في المقام الثاني، وهذا المقام الذي وضعت فيه مصالح الفرد غير مناسب البتة لا من حيث الكم ولا من حيث المكانة لأن أمن الدولة واستقرارها يمر بالضرورة عبر شعور الفرد بالأمن والاستقرار ولا يمكن أن يتحقق استقرار في مجتمع إذا كانت نفوس وأموال وأعراض أفراده مهددة بالاعتداء والزوال،(منصور رحماني، صفحة 179) وعندما يشدد المشرع على حماية المصالح العامة ويجهل المصالح الخاصة للأفراد بأن يضعها في منزل أدنى فإنه لن ينعم بالاستقرار الحقيقي وإن نعم بالسكون إلى حين، ولهذا كله كان ينبغي أن تكون مصلحة حفظ النفوس على رأس الأولويات بأن يكون العقاب على جرائم القتل العمد بالإعدام ما لم يتنازل أولياء المجني عليه،كما ينبغي

أن ترقى جرائم السرقة والاعتداء على الشرف والعرض إلى مصاف الجنايات بدلا مما هي عليه الآن في مصاف الجنح والمخالفات.

المطلب الثاني: ضمانات سياسة التجريم

الفرع الأول: استقلال القضاء

إذا كانت الحقوق تحفظ بالقضاء والحريات تصان بالقضاء والعدل يتحقق بالقضاء وعمارة المجتمع تكون بالقضاء واستقرار الأوضاع والمعاملات يكون بالقضاء فينبغي بالمقابل أن يكون للقضاء مظهر يناسب عظمة رسالته هو مظهر الاستقلال،(بوضياف عمار، 2010، صفحة 26) وبالتالي فإن مبدأ استقلال القضاة لم يعترف به لمنفعة شخصية يحققها القضاة لأنفسهم وإنما وضع هذا المبدأ لحماية حقوق الإنسان من تجاوزات السلطة.(خالد سليمان شبكة، مصر، صفحة 131)

يقصد باستقلال القضاء ألا يخضع القضاة في ممارستهم لعملهم لسلطات أي جهة أخرى وأن يكون عملهم خالصا لإقرار الحق والعدل خاضعا لما يمليه الشرع والضمير دون أي اعتبار آخر،ويقتضي مبدأ الاستقلال الإحالة دون تدخل أي جهة مهما كانت طبيعتها في أعمال القضاء لتوجيهه وجهة معينة،أو لتعرقل مسيرته،أو لتعرض عن أحكامه،كما تقتضي أن يحاط القضاة بسياج من الضمانات ما يقيهم كل تجاوز أو اعتداء من شأنه أن يخدش المبدأ المذكور ويعدم أثاره.(شلال حبيب محمد، 1982، صفحة 42)

وبالرجوع إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في نص المادة العاشرة منه حيث نص على مبدأ استقلال القضاء حيث ذكر " لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين في أن تنظر قضية أمام محكمة مستقلة".

الفرع الثاني: حق اللجوء إلى القضاء

يعد مبدأ حق اللجوء إلى القضاء من المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القضائي الجزائري والتي تهدف إلى حماية الحقوق و حريات الأفراد من ضياعها وانتهاكها ويعتبر كضمانة قضائية لحماية هذه الحقوق هذا من جهة ومن جهة أخرى لاكتمال هذه الضمانة أخذ القانون الجزائري بمبدأ المجانية لكي لا ينحصر حق التقاضي على فئات معينة كأصحاب الطبقة البرجوازية.

أولا: حياد القضاء

نظم المشرع الجزائري مبدأ الحياد وذلك في كل من القانون الأساسي للقضاء والدستور فنجد أن هذا الأخير يحث القاضي على تفادي المواقف والأعمال التي قد تمس نزاهة عمله وعليه أن يكون محايدا قصد حماية حريات الأفراد.(المادة 166 فقرة 3، التعديل الدستوري، 2016)

أما القانون الأساسي للقضاء يلزم القاضي على تجنب الشبهات وأن يلتزم بواجب التحفظ على إعطاء العناية الكافية أثناء تأدية عمله والتحلي بصفة الإخلاص والعدل وأن تكون سلوكاته نزيهة.(المادة 9/7 من ق. إ، ق.)

ويعرف أيضا تجرده حيال النزاع المعروض عليه من أية مصلحة ذاتية وهذا كي يتسنى له البث فيه بموضوعية أي أن يكون القاضي أثناء نظره في نزاع ما مستبعد كل المصالح الشخصية وأن يكون طرف محايد بين الخصوم.(جميلة عثماني، 2013، صفحة 13)

ويقصد بحياد القضاء تجرد القاضي وتحرره من الهوى عند النظر في الدعوى.(عوض محمد، 1995، صفحة 18)

فلكل فرد الحق في تقديم الشكوى أمام قضاء محايد فالقاضي يجب عليه وزن المصالح التي يتمتع بها الخصوم بالعدل كي يفصل في الدعوى المعروضة عليه بنزاهة تامة وبكل شفافية.

المحاكمة العادلة على أنها الحقوق الأساسية للإنسان وهي تقوم على توافر مجموعة من الإجراءات التي تتم بها الخصومة الجنائية في إطار حماية الحريات الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة،فالمحاكمة العادلة تقوم أساسا على توافر مجموعة إجراءات تلازم كل من مراحل المساءلة الجنائية من شأنها أن تحفظ للمتهم كرامته وشخصيته القانونية،ولا ينبغي تطبيقا لهذه الإجراءات إخضاعه لمعاملة قاسية أو تعريضه للضرب والعذاب أو دفعه على الاعتراف ضد نفسه أو عدم تمكينه من تقديم أدلته وتوضيحاته،أو حرمانه من ممارسته حق الدفاع،أو إحالته على محكمة خاصة،ولا ينبغي أيضا فرض ازدواجية في مجال الإجراءات الجنائية ليطبق كل إجراء على فئة دون أخرى بل يتعين أن تكون الإجراءات واحدة إذا كانت الجريمة المنسوبة للمتهم واحدة، وتقتضي أصول المحاكمة العادلة أن يعامل المتهم معاملة البريء حتى صدور حكم الإدانة ضده من قبل جهة القضاء المختصة وبعد توافر جملة الأدلة تجاهه وبعد أن يمكن من كل الضمانات المقررة له

قانونا كما تقتضي عرض قضيته على محكمة مستقلة محايدة وأن تنظر فيها نظرا موضوعيا عادلا وسريعا وأن يسبب الحكم ويمكن المتهم من حق الطعن.(بوضياف عمار، 2010، صفحة 10)

ثانيا:مبدأ الشرعية الجنائية

ورد في قانون العقوبات في المادة الأولى منه أنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بنص،فدلت المادة دلالة قاطعة أنه لا يجوز بحال معاقبة شخص على أي سلوك إلا إذا كان مجرما ومنه فدل هذا المبدأ حصر الجرائم في القانون وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وتقرير العقوبات المقررة لها.

كما يفيد هذا المبدأ أن حصر الجرائم في مهام السلطة التشريعية وحدها،(محمد سامي شواء، صفحة 6) ولا يخول للقاضي إلا تطبيق النص كما هو رجاء السلامة من الوقوع في الخطأ وبعبارة أخرى يعد النص الجنائي هو الوعاء الذي يحتوي القاعدة الجنائية،مع أن للقاضي الحق في التأكد من ملابسات الجريمة وظروفها.

وها هو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة الحادية عشرة بقولها " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته بمحاكمة علنية"،وثبت هذا المبدأ في المادة الخامسة من ذات الإعلان بإقرارها عدم تعريض أي إنسان للتعذيب وللعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو التي تحط بالكرامة،كما أكدته المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة الرابعة عشرة منه وتم تكريس هذه الضمانة في اتفاقيات دولية،(عوض بلال أحمد عوض، 2003)ومواثيق دولية كالميثاق العربي لحقوق الإنسان المعتمد بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية في نص مادته السابعة والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان المعتمد من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة في نص مادته السابعة، وتأكد في دساتير دول عربية كثيرة.(بوضياف عمار، 2010، صفحة 26)

المبحث الثاني:قانونية الإجراءات (الشرعية الإجرائية)

لا يمكن متابعة أي شخص ما لم يأت أفعالا جرمها القانون وقرر لها عقوبة جنائية، فالفعل لا يعتبر جريمة إلا إذا نص على ذلك قانون العقوبات أو غيره من القوانين المتضمنة أحكاما جنائية وهذا ما يعرف بمبدأ شرعية التجريم والعقاب،غير أن النص على الجرائم وعقوباتها دون تطبيقها ميدانيا يبقى دون مفعول ولا تحصل الغاية المرجوة منه،لذلك كان

لزاما على الدولة أن تضع قواعد أخرى تضمن تطبيق قواعد التجريم والعقاب وتضم هذه القواعد مدونة تختلف تسميتها من دولة إلى أخرى،وتعرف في أغلب الدول بقانون الإجراءات الجزائية وفي دول أخرى بقانون أصول الإجراءات الجزائية أو مجلة الإجراءات الجزائية.(أحمد غاي، 2005، صفحة 73)

تعرف الشرعية الجزائية بأنها التزام السلطة العامة أثناء ممارسة القضاء حقها في العقاب بالقواعد القانونية التي تحدد طرق وأساليب التحري عن الجرائم والتحقيق فيها والبحث عن مرتكبيها ومحاكمتهم قضائيا مع مراعاة ضمان التوازن بين مصلحتي الفرد من جهة والمجتمع من جهة أخرى.

المطلب الأول:بطلان ما يترتب على الإجراءات غير المشروعة

كل ما بني على باطل فهو باطل،وعليه فلو تمت إدانة المتهم بناء على طرق إثبات غير مشروعة كما لو تم إكراه المتهم لحمله على الاعتراف،أو تم استخدام وسائل غير مشروعة لضبط المتهم كالتجسس غير المأذون فيه شرعا فمثل هذه الإجراءات تعد باطلة ويبطل أيضا ما نتج عنها من إدانة ويأثم كل من سلك طرقا غير مشروعة للوصول إلى إدانة المتهمين سواء كان قاضيا أو غيره.

الفرع الأول:المساواة أمام القضاء

جاء في المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"يولد جميع الناس أحرار متساوين في الكرامة والحقوق،وقد وهبوا عقلا وضميرا،وعليهم أن يعامل بعضهم بعضا بروح الإخاء"(المادة 01 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.)

وتكرس مبدأ المساواة في المادة العاشرة من نفس الإعلان والتي أقرت وبصريح العبارة: "أن لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا علنيا للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه"،(المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان) وتأكد المبدأ في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بموجب المادة الثانية والثالثة والمادة الرابعة عشرة منه،وأشارت إليه دساتير عربية كثيرة.

وإذا كان مبدأ المساواة أمام القانون بشكل عام مكرس في مواثيق دولية ونصوص دستورية وقانونية كثيرة،فإن هذا المبدأ يظل مجرد شعار وحبر على ورق إذا لم يتوج بضمانات من شأنها أن تجسده في أرض الواقع.

رفضت الشريعة الإسلامية رفضا حاسما أن يكون ذلك مثار تفرقة،أو سبب انقسام بل جعله بالنسبة إلى الخالق الكبير آية على إبداعه فقال الله تعالى:(ومن آياته خلق السموات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم إن في ذلك لآيات للعالمين).(سورة الروم ، الآية رقم 22)

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يخطب الناس في حجة الوداع:(أيها الناس، إن ربكم واحد،وإن أباكم واحد كلكم لآدم،وآدم من تراب،أكرمكم عند الله أتقاكم،ليس لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي،ولا لأحمر على أبيض،ولا أبيض على أحمر فضل إلا بالتقوى،ألا هل بلغت؟اللهم فاشهد.ألا فليبلغ الشاهد منكم الغائب).(رواه ابن هاشم)

ولقد كان عبادة بن الصامت،وهو من الصحابة الأجلاء،أسود اللون،وكان رئيس الوفد الذي أرسله عمرو بن العاص لمفاوضة المقوقس عظيم القبط،فضاق به المقوقس لسواده وبسطة جسمه،وطلب من الوفد أن يتكلم غيره فردوا عليه: إن هذا أفضلنا رأيا وعلما،وهو سيدنا وخيرنا،وقد أمره الأمير علينا فلا نخالف أمره.

فعجب المقوقس: كيف يكون الأسود أفضلهم؟

فردوا عليه بأن الألوان ليست مما تقاس به الرجال،وأن الإسلام لا يعرف في تقويم البشر إلا الخلق والمواهب الفاضلة.(محمد الغزالي، صفحة 17)

إن ما عرفته الشريعة الإسلامية وجسدته منذ أربع عشر قرنا تسهو به البشرية اليوم أنها وصلت إليه اليوم بمجرد ذكره.

الفرع الثاني: تسبيب الأحكام

تسبيب الحكم هو مجموعة الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يعتمد عليها القاضي في تكوين قناعته بالحل الذي تضمنه حكمه وثمة توافق للقانون والعدالة من خلاله،(رؤوف عبيد، 1986، صفحة 3) وأيضا الإشارة إلى النصوص التي أثارها النزاع فقبل أن يتلفظ القاضي بالحكم المتوصل إليه يتعين عليه أولا أن يسرد جملة العلل والأدلة التي تدفعه

للاقتناع بمضمون هذا الحكم دون غيره ويجب أن يؤسس ذلك على أدلة ثابتة وصريحة،وفائدة تسبيب الأحكام تعود إلى:

أولا:حماية القاضي إن الهدف المنشود من وراء تسبيب الأحكام على اختلاف أنواعها هو حماية القاضي نفسه أو حماية هيئة الحكم إن كانت جماعية،فحتى يقتنع القاضي نفسه ويقنع غيره بالحكم الذي توصل إليه وجب عليه أن يسرد الأدلة والحجج التي تؤكد صحة وعدالة وموضوعية ما توصل إليه.(بوضياف عمار، 2010، صفحة 56)

ثانيا:حماية المتقاضي إن فائدة تسبيب الأحكام لا تنحصر فائدتها على القاضي فحسب بل تطال المتقاضي فيعرف أطراف النزاع وذوي المصلحة جملة الأحكام والبراهين وبموجب تقارير الخبرة التي دفعت القاضي إلى النطق بذلك الحكم.

المطلب الثاني:التحقيق والتحري

إن أساس الوصول إلى الحكم السوي الرشيد هو فحص جميع جزئيات الجريمة لإجلاء الحقيقة ومن ثم توقيع العقوبة المناسبة،لأنه لا توقيع للعقوبة على شخص ارتكب جريمة ولو اعترف بذلك،وإنما يلزم صدور حكم يقضي بالإدانة وهذا لا يصدر إلا بعد التحقيق والتحري.

وما تعلق بطرق الإثبات فيجوز إثبات الجرائم بأي وسيلة كانت ما لم يقضي بالقانون بخلاف ذلك،ولقد ورد في القانون بيان ذلك" يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه".

الفرع الأول:سرعة الفصل في الدعوى

لما كان الإنسان بريئا في الأصل وما دامت أن الأفعال في الأصل مباحة،(أحمد بن عبد الله بن محمد الضويحي، صفحة 45) وجب أن يعامل المتهم الذي لم تثبت إدانته معاملة البراءة حتى يثبت الحكم،ومنه فينبغي الإسراع في الفصل في موضوع الدعوى ذلك أن الإنسان الذي لم تثبت إدانته وحبس لذلك يشكل نوعا من العذاب في الشق المعنوي من حيث نظرة الناس إليه ودوران الشكوك حوله وكذا الشق المادي كونه حد من حريته والتي تعتبر من أهم حريات الأشخاص،مما يتوجب الإسراع في الفصل والأصل أن القاضي لا يستجيب لطلبات الخصوم

و وجهات نظرهم في التأجيل والتأخير إلا إذا كان في ذلك مصلحة معتبرة يراها كفيلة بالتأجيل في الفصل في القضية.(عبد الرزاق شرع، 2020، صفحة 300)

أولا:مبدأ عدم مشاركة القاضي في النظر في الدعوى على مستوى درجتين

المقصود من ذلك أنه لا يجوز للقاضي الذي فصل في القضية نفسها في الدرجة الدنيا أن يكون هو نفسه قاضيا في القضية ذاتها على مستوى الدرجة الثانية وهذه إضافة جوهرية في القضية على المستوى التقاضي في الدرجة الثانية بتحقيق الفائدة والقصد من مبدأ التقاضي على درجتين.

ثانيا:استعمال مرونة كافية في صياغة نصوص التجريم

وذلك مع إباحة القياس والتفسير والتأويل بشروطها وضوابطها بحيث يجب أن تكشف النصوص عن المصالح المقصود حفظها بالتجريم وهذا يمكن القاضي من الحكم على كل السلوكيات التي تؤدي مباشرة إلى الإضرار بالمصلحة المعنية،مع وجوب أن تتدرج العقوبات مع تدرج خطورة السلوك والمرحلة التي وصل إليها الجاني في التنفيذ،ويترك الأمر للقاضي في الحكم على المقدمات أو المراحل التحضيرية للجريمة،شريطة ألا تخرج هذه المقدمات عن وصف المخالفات مع فتح باب الصلح في الجرائم الواقعة على النفس.(منصور رحماني، صفحة 193)

الفرع الثاني:احترام آدمية الإنسان المدان

إن الحكم على المجرم بعقوبة ما لا يهدر كرامته أو كرامة ذويه وأهله فما شرعت العقوبة إلا لتجبر ما انكسر وتصلح ما فسد،فإن العقوبة المحكوم بها كافية لردع المحكوم عليه وإشعاره بقبح فعله وانحرافه،وكل تجاوز لذلك فهو اعتداء وظلم لا يجوز شرعا وغير مناسب لإصلاح المحكوم عليه وعلاجه وإعادة دمجه ورد اعتباره.(محمد بن المدني بوساق، 2002، صفحة 236)

وقد ورد في الشريعة الإسلامية أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن التمادي في إهانة المدان فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رجلا في عهده صلى الله عليه وسلم اسمه عبد الله وكان يلقب حمار وكان يضحك النبي صلى الله عليه وسلم أحيانا وقد جلده النبي صلى الله عليه وسلم لشربه الخمر فجيء به يوما فأمر به فجلد، فقال رجل من

القوم: اللهم العنه ما أكثر ما يؤتى به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " (لا تلعنوه فو الله ما علمت إنه يحب الله ورسوله)"، ومن حديث أبي هريرة أن بعض القوم قال بعد ضرب الشارب وانصرافه: أخزاك الله فرد عليهم النبي صلى الله عليه وسلم بقوله" " (لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه الشيطان،ولكن قولوا اللهم ارحمه،اللهم تب عليه").(ابن كثير الجزري، صفحة 594)

الفرع الثالث:العلة حماية المصالح الأساسية

لو تصورنا الإنسان كائن مادي فحسب مثله مثل الحيوان لقلنا إن المصالح الضرورية والأساسية بالنسبة إليه هي نفسه ونسله وما به تستمر حياته،فلو لم يحفظ نفسه لمات،وإذا لم يحفظ نسله انقرض،وإذا لم يحفظ ماله فقد نفسه ونسله،ولذلك فإن استمراره و وجوده مرهون بحفظ هذه المصالح الثلاث،ولذلك كان يجب أن ينصب التجريم على كل من شأنه أن يلحق ضررا بالنفس كالقتل والجروح والضرب والإيذاء والانتحار وتناول كل ما يؤدي إلى إتلافها مما ثبت أن مضاره أكثر من منافعه بالنسبة لها وفي مصلحة حفظ النسل كان يجب أن ينصب التجريم على كل ما يفسد النسل أو يعطله وذلك مثل الزنا الذي يؤدي بالكثير إلى الإعراض عن الزواج كما أنه يتسبب في أمراض خطيرة مضرة بالنسل،كما يجب أن ينصب التجريم على الإجهاض والتعقيم بغير حاجة، والترويج للفاحشة وكل ما يؤدي إلى فساد النسل أو عرقلته.

وفي مصلحة حفظ المال يجب أن ينصب التجريم على السرقة وكل اختلاس للمال أو الحصول عليه بغير حق،ويبدو أن القوانين قد أعطت هذا الجانب حقه من التشريع من الناحية الكمية وإن كانت فاعليته هينة،ومنه جاء تجريم السرقة وابتزاز الأموال والنصب وخيانة الأمانة والغش وغير ذلك من جرائم السرقة.(أبو حامد الغزالي،، صفحة 288)

إن كل ما ذكره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد سبقه الإسلام لذلك فالفضل للسابق وإن أحسن اللاحق والمتأمل في الموروث الإسلامي ليلحظ من فوره الإحكام في تثبيت حقوق الإنسان ومنع أي تعدي عليها غاية أم وسيلة ولم نشاهد ولن نشاهد نسق ونظام قائم بذاته استطاع أن يتوصل لحماية حقوق الإنسان أفضل وأنجع من النظام الجنائي الإسلامي.

يعرف نجاح كل سياسة من السياسات عند تنفيذها في واقع الحياة بمؤشرات معروفة وفي السياسة الجنائية يعرف نجاحها بمدى انخفاض نسبة الجريمة عاما بعد عام في ظروف

معينة وأوضاع محددة،وإذا نظرنا إلى نتائج التطبيق الواقعي للسياسة الجنائية في النظم المعاصرة نجد خطرها في تصاعد وحجمها يزداد وانتشارها يتسع فقد أفادت إحصاءات الأمم المتحدة أن حجم الجريمة المسجلة في العالم في ازدياد رهيب وذلك بانتشار صور و وسائل الإجرام،ومما ذكر من صور قائمة للوضع الإجرامي إنما يدل على الفشل الذريع للسياسة الجنائية الوضعية في النظم المعاصرة ومن غير شك فإن الفشل الواقع لم يأت بسبب قلة اهتمام أو تقصير من القائمين على السياسات الجنائية،(محمد بن المدني بوساق، 2002، صفحة 236) فقد استفرغوا وسعهم في حدود الطاقة البشرية،وإنما الخلل في الأسس والمنطلقات والعقائد الجوهرية في سياسة الوقاية والتجريم والعقاب،وإذا كان هذا حال السياسة الجنائية في النظم المعاصرة فإنها في الشريعة الإسلامية قد وصلت إلى أعلى مستويات الأمن والاستقرار،و وصلت في تقليل الجرائم وتقليصها إلى أدنى المعدلات في مدد مختلفة من تاريخ البشرية وتحقق فعلا ما وعد به رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لعدي بن حاتم يا عدي هل رأيت الحيرة قلت لم أرها وقد أنبئت قال: فإن طالت بك حياة لترين الظعينة ترتحل من الحيرة حتى تطوف بالكعبة لا تخاف أحدا إلا الله")، والظعينة هي المرأة وحيدة على راحلتها،وقد امتدت الحياة بعدي حتى شهد بنفسه وعايش بذاته ما وعد به رسول الله صلى الله عليه وسلم من شيوع الأمن وتعميمه والوصول به إلى درجة لا يتصور وقوعها في تاريخ الإنسانية قبل الإسلام ولن يطمع نظام آخر في حصولها بعده وتكرر تحقيق هذا المستوى من القضاء على الجريمة عدة مرات في التاريخ.(محمد بن المدني بوساق، 2002، صفحة 236)

الخاتمة:

تعرف حقوق الإنسان بأنها الحقوق التي يتمتع بها الإنسان بمجرد كونه إنسان، وهذه الحقوق يعترف بها الإنسان بصرف النظر عن جنسيته أو ديانته أو أصله العرقي أو القومي أو وضعه الاجتماعي أو الاقتصادي،وهي حقوق طبيعية يملكها الإنسان قبل أن يكون عضوا في مجتمع معين فهي تسبق الدولة وتسمو عليها.

حقوق الإنسان التي تعتبر محلا للحماية الجنائية هي كل ما هو معترف به من حقوق مقدسة تستمد طبيعتها من الإنسانية ذاتها والتي تمثل الحد الأدنى الذي لا يمكن تجاوزه.

العدالة الجنائية هي مجموعة من العناصر المتعاونة فيما بينها في سبيل إحقاق العدل والإنصاف بدءا بمرحلة البحث والتحقيق في الجرائم مرورا بمرحلة إصدار الحكم انتهاء بمرحلة تنفيذ الحكم.

تعد سياسة التجريم جوهر السياسة الجنائية سياجا وحصنا لحماية حقوق الإنسان فمن خلالها يمكن التفرقة بين السلوك المجرم طبقا للقانون والسلوك المباح، فترسم سياسة التجريم الجديرة بالإتباع فتحدد بمقتضاها ماهية الجريمة وضوابطها باعتبارها ظاهرة تمس حقوق الإنسان،فيقوم المشرع الجنائي على ضوئها بتحديد ما يراه جديرا بالتجريم والعقاب حماية لحقوق الإنسان والتي هي جديرة بالحماية الجنائية.

تمت العديد من الضمانات التي تسهم بترسيخ حماية حقوق الإنسان كالحق في اللجوء إلى القضاء وضرورة حياده، ومبدأ المساواة، والحق في المحاكمة العدالة، واحترام آدمية الإنسان ولقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على كل ذلك.

المصالح المحمية في الشريعة الإسلامية والعقوبات المرصدة لها وكذا المنهج الفقهي الجنائي أسلوب فذ راق ضمن تثبيت حقوق الإنسان ومنع تعديها والمساس بها وهذا ما ثبت طيلة أزمنة إبان تطبيقه،فوجب على التشريعات والأنظمة الاستفادة من هذا النتاج والموروث.

النتائج والتوصيات:

-عقد وتنظيم ملتقيات دولية و وطنية مخصصة لبحث قضايا آليات حماية حقوق الإنسان من خلال التشريعات المقارنة لتثمين نقاط الإيجاب وتدارك المثالب.

-انجاز بحوث وتكليف الطلبة بمواضيع حماية حقوق الإنسان المقارنة لإيجاد الآليات والحلول الكفيلة بحماية حقوق الإنسان.

-الاستفادة من التراث الفقهي الإسلامي في السياسة الشرعية فقد أثبتت نجاعتها في حمايتها لحقوق الإنسان،وتفعيل ذلك من خلال تقنين أحكامها من قبيل مجلة الأحكام العدلية وفق الفقه الحنفي.

-تفعيل المؤسسات ذات الصلة ونشر الثقافة الأخلاقية والقانونية لدى المواطنين، كالمساجد وإنشاء المنظمات والجمعيات من خلال برامج وندوات تكرس حماية حقوق الإنسان.

-تخصيص حصص تلفزيونية وإذاعية لنشر الثقافة القانونية لحماية حقوق الإنسان.

الهوامش :

ابن كثير الجزري .*جامع الأصول* .ج.3

أبو حامد الغزالي، .*في بيان المصالح وأهمينها في الفقه الإسلامي*، .المستصفى من علم الأصول، ج.1

أحمد بن عبد الله بن محمد الضويحي .*الأصل في الأفعال الإباحة* .

أحمد غاي .(2005) .، *ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية*،، .الجزائر :د ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع.

أكرم نشأت إبراهيم .(2008) .*السياسة الجنائية* .عمان :دراسة مقارنة، دار الثقافة، ط1، .

القهوجي علي عبد القادر .(1995) .*علم الإجرام والعقاب* .الدار الجامعية.30 :

المادة 01من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

المادة 10من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

المادة 166فقرة 3، التعديل الدستوري . .(2016) .

المادة 7/9من ق .إ، ق.

أوهايبية ,عبد الله .(2011) .*شرح قانون العقوبات الجزائري*، .الجزائر :القسم العام، موفم للنشر، ط1،.

بوضياف عمار .(2010) .*المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي والمواثيق الدولية* .الجزائر :دراسة مقارنة، ط1، دار جسور.

جميلة عثماني .(2013) .، حماية حقوق الإنسان بين الاختصاص الأصيل للقضاء الداخلي والاختصاص الاستنثائي للقضاء الدولي .ماستر، جامعة البويرة.

خالد سليمان شبكة) .مصر .(*كفالة حق التقاضي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية* .ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.

رواه ابن هاشم

رؤوف عبيد .(1986) .*ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية* .القاهرة :ط3، دار الفكر العربي، .

سورة الروم ، الآية رقم 22

شلال حبيب محمد .(1982) .ضمانات استقلال القضاء في التشريع الجزائري والمقارن .*مجلة العلوم القانونية* .الجزائر ,جامعة عنابة كلية الحقوق :العدد الأول.

عبد الرحمان خلفي .(2017) .*القانون الجنائي العام* .الجزائر :دراسة مقارنة، دار بلقيس.

عبد الرزاق شرع .(2020) .سياسة التجريم وأثرها في تحقيق العدالة .جامعة غرداية :دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه،.

عوض بلال أحمد عوض .(2003) .، *قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة* .دار النهضة العربية.

عوض محمد .(1995) .قانون الإجراءات الجنائية، المحاكمة والطعون .مصر :ج2، د د ن، .

محمد الغزالي .*حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة*، .الجزائر، :دار الهناء، د س،.

محمد بن المدني بوساق .(2002) .، *اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة والشريعة الإسلامية* .الرياض : ط1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية.

محمد سامي شواء .*شواء، شرح قانون العقوبات* .

منصور رحماني .*علم الإجرام والسياسة الجنائية*، .الجزائر :دار العلوم، د ط، د س.

قائمة المراجع:

الكتب:

1. أوهابية عبد الله،2011،شرح قانون العقوبات الجزائري،القسم العام،موفم للنشر الجزائر،ط1.
2. بن المدني بوساق محمد،2002،اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة والشريعة الإسلامية،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض، ط1.
3. بوضياف عمار،2010،المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي والمواثيق الدولية،دراسة مقارنة،دار جسور، الجزائر ،ط1.
4. خلفي عبدالرحمان،2017،القانون الجنائي العام،دراسة مقارنة،دار بلقيس،الجزائر.
5. رحماني منصور،د س،علم الإجرام والسياسة الجنائية،دار العلوم ،الجزائر.
6. سليمان شبكة خالد،د س،كفالة حق التقاضي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،مصر ،ط1.
7. عبيد رؤوف،1986،ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية،دار الفكر لعربي،القاهرة،ط3.
8. عوض بلال أحمد عوض،2003،قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير شروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة،دار النهضة العربية.
9. غاي أحمد،2005،ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ط.
10. الغزالي محمد،د س،حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة،دار الهناء،الجزائر.

مقال في مجلة:

1. شلال حبيب محمد،1982،ضمانات استقلال القضاء في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة العلوم القانونية،العددالأول،كلية الحقوق،جامعة عنابة،الجزائر.
2. عوض محمد،1995،قانون الإجراءات الجنائية،المحاكمة والطعون،ج2،ددن،مصر.

المذكرات والأطروحات :

1. شرع عبد الرزاق،2020،سياسة التجريم وأثرها في تحقيق العدالة، دراسة مقارنة، قسم العلوم الإسلامية،كلية العلوم الاجتماعية و الإنسانية،جامعة غرداية,الجزائر.
2. عثماني جميلة،2013،حماية حقوق الإنسان بين الاختصاص الأصيل للقضاء الداخلي والاختصاص الاستثنائي للقضاء الدولي،قسم الحقوق،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة البويرة،الجزائر.

سياسة فرض العقوبات الاقتصادية الشاملة كممارسة لجريمة إبادة جماعية (العراق أنموذجا)

Policy of imposing comprehensive economic sanctions as a practice of genocide (Iraq model)

غريبي فاطمة الزهراء (*)
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر
مخبر الحقوق والعلوم السياسية
fatimazahraa_ghribi@yahoo.com

عيمور راضية
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر
مخبر الحقوق والعلوم السياسية
radiaaimour@gmail.com

غريبي يحي
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر
مخبر الحقوق والعلوم السياسية
y.ghribi@lagh-univ.dz

تاريخ الاستلام: 2021/04/28 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/25

****

ملخص:

نظرا للتزايد المطرد للجوء مجلس الأمن لفرض عقوبات اقتصادية في سياساته القمعية أو الردعية كسياسة عقابية بات هذا الأمر يثير الكثير من الإشكالات، لاسيما ما يترتب على هذه العقوبات من آثار إنسانية جسيمة على شعوب الدول المستهدفة خصوصا الفئات الضعيفة كالأطفال، فهم أكثر الفئات البشرية حاجة للحماية، ولا سيما أنهم الأكثر ضعفا واستهدافا في ظل العقوبات الاقتصادية، لأجل ذلك سعينا من خلال هذا المقال الكشف عن آثار العقوبات الاقتصادية الدولية على حقوق الطفل المضمونة بموجب الشرعة الدولية لحقوق الإنسان والبحث في شرعية تلك العقوبات ومدى اعتبارها ترقى لجريمة الإبادة الجماعية، ليصبح من المهم بحث الإطار القانوني الذي يمكن أن تفرض داخله العقوبات الاقتصادية، والحدود القانونية والإنسانية لفرضها.

* المؤلف المرسل.

الكلمات المفتاحية : حقوق - الطفل – العقوبات الاقتصادية – جريمة إبادة – العقوبات الذكية.

Abstract:

Given the ever-increasing use of economic sanctions by the Security Council in its repressive or deterrent policies as punitive, this has become a matter of many problems, particularly the serious humanitarian implications of these sanctions on the peoples of the target countries, especially vulnerable groups such as children, who are the most vulnerable and targeted human groups under economic sanctions, so through this article we have sought to reveal the effects of international economic sanctions on children's rights guaranteed under the International Bill of Human Rights and Research. In the legitimacy of these sanctions and the extent to which they are considered to amount to the crime of genocide, it is important to examine the legal framework within which economic sanctions can be imposed, and the legal and humanitarian limits for their imposition.

key words: Rights - Children - Economic Sanctions - Genocide - Smart Sanctions.

مقدّمة:

من المعلوم أن العقوبات الاقتصادية هي إحدى أشكال الجزاء الدولي التي تمتاز بالطابع غير العسكري لفض النزاعات الدولية وحفظ السلم والأمن الدوليين دون اللجوء لاستخدام القوة العسكرية، وحظيت بمكانة هامة في النظام العقابي الدولي حيث اعتبرت الوسيلة الأساس في يد مجلس الأمن لردع انتهاكات قواعد القانون الدولي وبرز استعمالها بكثرة في فترة التسعينات، بفرض مجلس الأمن عقوبات اقتصادية من أنواع مختلفة ولمدد مختلفة فيما يتعلق بجنوب أفريقيا، وأجزاء من يوغوسلافيا السابقة، ليبيا، ليبيريا، هايتي، أنغولا، رواندا، السودان والعراق.

هذا الأخير الذي فرضت عليه عقوبات اقتصادية دولية إلزامية، بدأت مع القرار (1990) S/RES/661 بتاريخ 1990/08/06، الذي يهدف بالأساس للتصدي وإنهاء الغزو العراقي للكويت، خاصة بعد الرفض العراقي لتنفيذ قرار مجلس الأمن (1990) S/RES/660، الذي طالبه بالانسحاب الفوري وغير المشروط لجميع القوات العراقية للمواقع التي كانت تتواجد فيها في 1990/08/01، وما تلاه من قرارات ذات الصلة خصوصا القرار(1991) S/RES/687 بتاريخ 1991/04/03، بشأن المراقبة الفعلية للأسلحة العراقية (محمد، 2016، ص53)، والتي تجلت أهدافها في تدمير القدرات العراقية، حيث سعت لتكريس نظام عقوبات دائم وطويل الأمد، يتخطى تحقيق العراق للمتطلبات المحددة في قرارات مجلس الأمن.

صنفت العقوبات التي فرضت على العراق على أنها ذات طبيعة شاملة، حيث سجلت فيها أعلى المعدلات من الآثار السلبية على الجوانب الإنسانية على شعب الدولة المستهدفة ولاسيما أطفالها قرابة عقدين من الزمن، كيف لا ولب المشروع الأميركي المعادي للعراق هو استهداف الأطفال، قصفا لمستقبل القوة البشرية للعراق، وخلق جيل كامل من المعاقين والمختلين عقلياً.

وفيما يلي نحاول الكشف عن آثار العقوبات الاقتصادية الدولية على حقوق الطفل العراقي المضمونة بموجب الشرعة الدولية لحقوق الإنسان والبحث في شرعيتها وارتقائها إلى جريمة إبادة جماعية، وبالرغم من أن الأمم المتحدة قد سعت جاهدة إلى توفير الحماية القانونية للطفل من خلال اتفاقية حقوق الطفل، والتي تلزم الدول المصادقة عليها باتخاذ التدابير اللازمة لضمان الحقوق التي نصت عليها، إلا أن العقوبات الاقتصادية التي يفرضها مجلس الأمن، أصبحت تعرقل بشكل كبير تمكين الطفل من حقوقه، وهو ما يوقع الأمم المتحدة في تناقض بيِّن، بين سعيها الحثيث في حماية حقوق الطفل، وبين توقيعها للعقوبات الاقتصادية لما لها من آثار مدمرة على الطفل، تفرغ الاتفاقية من محتواها. (جميلة، 2011، ص85).

وعلى هذا الأساس نطرح الإشكالية التالية : إلى أي مدى يمكن اعتبار العقوبات الاقتصادية التي فُرضت على العراق جريمة إبادة جماعية؟

ومن أجل الإجابة عن التساؤل محل الدراسة اعتمدنا المنهجين الوصفي والتحليلي وقسمنا البحث إلى المبحثين التاليين: حيث تناولنا بالدراسة في المبحث الأول شرعية العقوبات الاقتصادية الدولية وأثرها، أما المبحث الثاني فدرسنا تقييم الجزاءات المفروضة على العراق.

المبحث الأول : شرعية العقوبات الاقتصادية الدولية وأثرها:

تستمر الأمم المتحدة بفرض عقوبات اقتصادية ، الأمر الذي مازال يثير الكثير من الإشكالات، خصوصا ما يترتب على هذه العقوبات من آثار إنسانية، تؤثر سلبيا على الأوضاع الإنسانية لسكان الدولة المستهدفة، ليصبح من المهم بحث الإطار القانوني الذي يمكن أن تفرض داخله هذه العقوبات، والحدود القانونية لفرضها.

المطلب الأول : شرعية العقوبات الاقتصادية الدولية:

سنطرق في المطلب الأول لشرعية العقوبات الاقتصادية الدولية ومضامين العنوان بعدها وفق الأتي:

الفرع الأول : مدلولات العقوبات الاقتصادية الدولية:

أولا: تعريف العقوبات الاقتصادية الدولية:

اتسم تعريف العقوبات الاقتصادية الدولية بالجدل الواسع في ميدان فقه القانون الدولي حول صياغة تعريف محدد منضبط المعالم لهذا المفهوم، ولأنها أصبحت تعتبر من أبرز صور الجزاء الدولي، باحتلالها مكانة هامة في التنظيم العقابي الدولي، وأصبح الاعتماد عليها كنهج لحل الخلافات، وأسلوب فعال للتعامل مع مختلف مصادر التهديد للسلم والأمن الدوليين، وهي بذلك تمثل علاجا صامتا وقاتلا في ذات الآن و إن بدت بوسائل أقل عنفا (رضا، 2011/2010، ص9) إلا أنها أكثر فتكا، وكما وصفها الرئيس الأمريكي السابق **توماس وودرو ويلسون**، " أن العقوبات الاقتصادية سلاح سلمي صامت ومميت". (عبد الحق، 2016، ص110).

هذا ويمكن إعطاء تعريف شامل للعقوبات الاقتصادية الدولية، على أنها مجموعة التدابير القسرية التي يتخذها مجلس الأمن في سياق ممارسته لمهامه في حفظ السلم والأمن الدوليين، مستهدفا البنيان الاقتصادي للدولة التي ترتكب عملا يعد خرقا للسلم والأمن الدوليين أو تهديدا لهما أو عملا من أعمال العدوان. (خولة، 2013، ص30).

ثانيا: الأساس القانوني للعقوبات الاقتصادية الدولية:

تمثل نصوص ميثاق الأمم المتحدة الأساس القانوني للعقوبات الاقتصادية الدولية، إلا أن صياغتها تثير بعض الإشكالات وعلى رأسها السلطة التقديرية الواسعة المعطاة لمجلس الأمن (حسام، 1994، ص46-86)، حيث تشكل المادة (41) من الميثاق أساسا يفرض مجلس الأمن عقوباته الاقتصادية استنادا له، والتي تقع ضمن الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة والخاص بالتدابير القسرية، حيث يمكن لمجلس الأمن أن يدعو إلى فرض عقوبات اقتصادية جماعية بمقتضى المادة أعلاه من ميثاق الأمم المتحدة، إذا كان قد قرر أولا، بمقتضى المادة (39) أن هناك تهديدا أو خرقا للسلم، أو عملا من أعمال العدوان، وإذا كان الهدف من فرض العقوبات هو الحفاظ على السلم والأمن الدوليين أو إعادتهما.(مديحة، 2017، ص32-33).

الفرع الثاني: الحدود القانونية لفرض العقوبات الاقتصادية بمقتضى ميثاق الأمم المتحدة :

إذا كانت المادة (39) من الميثاق تجيز لمجلس الأمن توقيع العقوبات الاقتصادية، فإنه يجب ألا تتضرر الدول الأخرى التي لا تشكل خطراً على السلم والأمن أو تنتهكهما بالفعل بالجزاءات التي يتم فرضها على الدولة المنتهكة، وبالإضافة إلى ذلك، لا يجوز أن يعتبر "الخطر" موجوداً لأسباب سياسية خفية - يجب أن يكون هناك "قلق دولي" حقيقي وراء الجزاءات، لاعتبارات تتصل بالسياسة الأجنبية أو المحلية لدولة بمفردها أو لمجموعة من الدول، ولا يجوز فرض الجزاءات لتحقيق أي من المقاصد والمبادئ الأخرى للأمم المتحدة الواردة في المادة (01) من الميثاق، ما لم يثبت بشكل موثوق

وجود تهديد أو خرق للسلم أو فعل عدواني، وعلاوة على هذه الحدود، يتضمن الميثاق في جميع أجزائه أحكاما أخرى تقيد فرض العقوبات الاقتصادية نذكرها فيما يلي: (مارك، 2000، ص7-8).

أولا: القيود الواردة في المادة (24) من الميثاق :

تنص المادة 24 على أن "يعمل مجلس الأمن وفقا لمقاصد الأمم المتحدة ومبادئها". ومن ثم يدقق في كل عمل من أعمال مجلس الأمن بدون استثناء لمعرفة ما إذا كان يتمشى مع مقاصد ومبادئ الأمم المتحدة أم لا.

ثانيا: القيود الواردة في المادة (01) من الميثاق :

تنص الفقرة 1 من المادة (01) على أن تكون الجزاءات أو غيرها من التدابير المتخذة لحفظ السلم والأمن الدوليين "فعالة" و"متمشية مع مبادئ العدل والقانون الدولي". ويجب تقييم الجزاءات للتأكد من أنها غير جائرة ولا تنتهك بأي شكل مبادئ القانون الدولي النابعة من مصادر "خارج" الميثاق. وبالمثل، يجب استعراض الجزاءات باستمرار لمعرفة ما إذا كانت فعالة في حفظ السلم والأمن أم لا، ولا يجوز فرض جزاءات عديمة الفعالية أو جائرة أو جزاءات تنتهك قواعد أخرى من القانون الدولي، ويجب رفعها إذا كان قد تم فرضها.

وتقضي الفقرة 2 من المادة (01) بأن تحترم الجزاءات أو غيرها من التدابير مبدأ المساواة بين الشعوب في الحقوق وحقها في تقرير المصير. ولا يجوز فرض جزاءات تسبب خلافات دولية، وتتعارض مع الحقوق القانونية للدولة، أو تضر جداً بحق شعب في تقرير مصيره، وينبغي رفعها إذا كان قد تم فرضها، فهدف الأمم المتحدة المتمثل في تعزيز حقوق الإنسان والتشجيع على احترامها والوارد في الفقرة 3 من المادة (01) يحد بالضرورة من الجزاءات، وتنص الفقرة 3 من المادة (01) أيضاً على أن تحل الأمم المتحدة القضايا ذات الطابع الإنساني الملح، لا على أن تتسبب فيها، لهذا يجب ألا تسبب الجزاءات شدائد مفرطة لسكان البلد. أما الجزاءات التي تسبب وفيات بشكل مباشر أو غير مباشر، فإنها تمثل انتهاكا للحق في الحياة، ويمكن أن تنتهك أيضا حقوق أخرى من حقوق الإنسان بفعل نظم الجزاءات، مثل حق الفرد في الأمان على شخصه، أو في الصحة، أو التعليم أو العمل.

وتنص الفقرة 4 من المادة (01) على أن تيسر الجزاءات أو غيرها من التدابير تنسيق الأعمال الوطنية أو الدولية. فالجزاءات التي تفرض على بلد ولا تفرض على آخر يرتكب نفس الأفعال غير المشروعة، تنتهك شرط التنسيق هذا، ومما ينتهك أيضا شرط التنسيق هذا عدم المساواة بين بلدين عن فرض جزاءات على نفس الأفعال غير المشروعة.

وليس من الغريب أن نجد الأمم المتحدة منغمسة بأزمة سياسية دولية ومنصرفة عن أخرى وفقا لدرجة ارتباطها بمصالح الدول دائمة العضوية في المجلس ، وما هذا إلا تجسيد لازدواجية المعايير التي أضحت الطابع المميز لعمل مجلس الأمن، وإذا ما تأملنا في الأسباب التي بني عليها مجلس الأمن عقوباته في حالاتها المختلفة لوجدنا تكريس المزاجية الدولية، ففي حين أن إسرائيل أجدر ما تكون بأن تفرض عليها هذه العقوبات، فهي لم تترك فعلا يشكل تهديدا أو خرقا للسلم والأمن الدوليين أو عدوانا إلا وارتكبته، بل إنها أصلا قامت على أسس تفتقر للشرعية ناهيك عن المشروعية، ليكون تاريخها سلسلة من الانتهاكات، بل والتنكر للقانون الدولي جملة وتفصيلا، هذا يولد لدينا سؤالا بديهيا مفاده مدى استحقاق "الكيان الصهيوني" التي جمعت بسياساتها كل ما اعتبره مجلس الأمن إحدى حالات المادة (39) أن تفرض عليها عقوبات دولية، والجواب بديهي بدوره و متمثل في الاعتبارات السياسية، و تستمر سطوة الصهاينة تهيمن على مسيرة مجلس الأمن وتتغلغل في بنيان النظام القانوني الدولي ككل.(خولة، 2013، ص212-213).

لكن في المقابل يمكن للجمعية العامة أن تتخذ مجموعة من الإجراءات بما فيها اللجوء إلى العقوبات الاقتصادية الدولية بالاستناد إلى القرار رقم 377 الذي صدر في نوفمبر من عام 1950(المسمى بالاتحاد من أجل السلام)، وذلك في حالة ما إذا عجز مجلس الأمن عن التصرف، نتيجة الاستخدام السلبي لحق النقض، ففي هذه الحالة يمكن للجمعية العامة أن تتصرف إذا ما تراء لها أن هناك تهديد للسلم أو خرقا له أو عملا عدوانيا ، فترفع توصيات إلى الأعضاء لاتخاذ تدابير جماعية لصون السلم والأمن الدوليين أو لاستعادتهما.(جمال، 2018، ص404).

ثالثا: القيود الواردة في المادة (55) من الميثاق :

تعزز المادة (55) من الميثاق القيود المنصوص عليها في المادة (3/01) إذ تطلب من الأمم المتحدة أن تيسر:

- تحقيق مستوى أعلى للمعيشة والتقدم الاقتصادي والاجتماعي (الفقرة أ)؛
- إيجاد الحلول للمشاكل الدولية الاقتصادية والاجتماعية والصحية وغيرها من المشاكل (الفقرة ب)؛
- احترام حقوق الإنسان ومراعاتها (الفقرة ج).

وبالتالي فإن نظم الجزاءات التي تؤدي إلى تدني المستويات الاقتصادية أو تسبب مشاكل صحية أو تعوق مراعاة حقوق الإنسان، هي نظم تنتهك المادة (55).

الفرع الثالث: القيود على العقوبات الاقتصادية بمقتضى القانون الدولي لحقوق الإنسان:

توسعت تفاصيل حقوق الإنسان في الإعلان العالمي والعهدين الدوليين والكثير من الاتفاقيات الدولية ومن ضمنها اتفاقية حقوق الطفل، هذه الصكوك تعترف بالحق في الحياة والصحة والمستوى المعيشي اللائق، من غذاء ومسكن ورعاية صحية، وتفرض هذه الصكوك على الدول الالتزام بالعمل من أجل الوفاء بتلك الحقوق، وشكلت إطارا قانونيا للدول الأعضاء في الأمم المتحدة، ولعل مجلس الأمن غير مقيد بمتطلبات حقوق الإنسان كما في الدول لكنه يجب أن يعمل بتوافق مع هذه المبادئ طبقا لالتزامه بالميثاق. لكن على العكس، فإن المجلس لا يتقيد بالقانون الدولي لحقوق الإنسان، ولا يتحدى الميثاق فحسب بل الحس العام أيضا.

ولأن العقوبات الاقتصادية أصبحت تُفرض بتواتر متزايد دوليا وإقليميا، فإنه يتعين عند فرضها أن تؤخذ في الحسبان بصورة تامة أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان سيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدان الدوليان، وصكوك حقوق الإنسان الأخرى.

كما أعربت اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان في قرارها 35/1997 المؤرخ في 28 أغسطس 1997، والمعنون "ما للجزاءات الاقتصادية من آثار ضارة بالتمتع بحقوق الإنسان"، عن قلقها إزاء الجزاءات الاقتصادية. وعبرت عن الشواغل التي تساورها في ضوء الحاجة إلى احترام ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان واتفاقيات جنيف لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين الملحقين بها، مشددة على أربع نقاط معينة فيما يخص هذه التدابير:

1) يجب أن تكون مدتها محدودة دائما (الفقرة الرابعة من الديباجة)؛
2) أنها تؤثر أشد تأثير في السكان الأبرياء، خاصة أضعفهم (الفقرة الخامسة من الديباجة)؛
3) أنها تؤدي إلى تفاقم اختلال التوازن في توزيع الدخل (الفقرة السادسة من الديباجة)؛
4) أنها تولد ممارسات تجارية غير مشروعة وغير أخلاقية (الفقرة السابعة من الديباجة).

ينبغي أخذ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان برمته في الاعتبار، ولكن بعض أحكامه يتسم بأهمية خاصة كالحق في الحياة (المادة 3)، والحق في عدم التعرض للمعاملة اللاإنسانية أو المهينة (المادة 5)، والحق في مستوى معيشي كاف، بما في ذلك الحق في المأكل والملبس والمسكن والعناية الطبية (المادة 25) التي هي حقوق معرفة بوجه خاص للانتهاك في نظم الجزاءات، وترسخ المادة (25) أيضا حقين معرضين للانتهاك هما حق الفرد في الضمان الاجتماعي إذا فقد أسباب عيشه في ظروف خارجة عن إرادته، وحق الأمهات والأطفال في رعاية خاصة.

ويعيد العهدان الدوليان الخاصان بحقوق الإنسان تأكيد الحقوق الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. فالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ينص مثلا على

الحق في مستوى معيشي كاف (المادة 11)، والحق في الصحة (المادة 12)، والحق في التعليم (المادة 13)، وتحمي المادة (06) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الحق في الحياة. وتتضمن المادة (04) منه مفهوماً إضافياً هو عدم جواز تقييد الحقوق الأساسية.

ولأن المنظومة الدولية لحقوق الإنسان توفر حماية أشد لحياة المدنيين والصحة والممتلكات، وتقع على مجلس الأمن التزامات مبدئية لاحترام القانون الدولي لحقوق الإنسان في إطار عمله على العقوبات، لكن يعتقد البعض أن المجلس يتمتع بموقع خصوصية متميزة وهو غير تابع لأي سلطة قانونية سوى اجتهاداته السياسية، وهو بذلك ليس ملزما بتنفيذ القانون الدولي لحقوق الإنسان عندما يفرض عقوبات اقتصادية بمقتضى المادة (41) من ميثاق الأمم المتحدة، على أن هذه الحجة لم تكتب لها الغلبة، ومن الواضح والمقبول بصفة عامة أن مجلس الأمن ملزم بمراعاة مبادئ قانون حقوق الإنسان عند تصميم نظم العقوبات ورصدها ومراجعتها.

واستنادا إليه والى الاعتبارات الأولية للإنسانية، ذهب كثير من الكتاب إلى أن نظام العقوبات ينبغي ألا ينزل بمستوى معيشة شريحة كبيرة من السكان إلى ما دون مستوى الكفاف، وعلى المنوال نفسه ذهب آخرون إلى أنه لا يجوز للعقوبات أن تحرم الناس من الحقوق الإنسانية الأساسية في الحياة والبقاء هناك الآن قبول متزايد لهذا المنهج - الذي يقول بأن هناك حدودا لمدى المعاناة التي يجوز للعقوبات أن تسببها.

وعليه إن فشل مجلس الأمن في التعاطي مع حقوق الإنسان والمضاعفات الإنسانية للعقوبات، وطالما لم تنجح جهة خارجية بعد بمراجعة قانونية قرارات مجلس الأمن، فهل من الممكن أن يحدث ذلك من خلال محكمة العدل الدولية ؟ وهل تخضع قرارات مجلس الأمن للمراجعة القضائية ؟ إنه منذ مناقشات مؤتمر سان فرانسيسكو لصياغة ميثاق الأمم المتحدة طرحت مسألة إمكانية طرح مشروعية قرارات مجلس الأمن على محكمة العدل الدولية كونها جزء من المنظمة الدولية، لكن لم يعتمد أي مقترح بهذا الخصوص في الميثاق، وجرت عدة محاولات لمنح الأمين العام للأمم المتحدة سلطة طلب الرأي الاستشاري من محكمة العدل الدولية بموجب المادة (96) ولكن المحاولات لم تنجح، ولا تختص المحكمة بالنزاعات بين الدول والمنظمة الدولية حول مشروعية القرارات الصادرة عنها ولم يتضمن الميثاق نصوصا تسمح بالطعن في القرارات الصادرة عن أجهزة الأمم المتحدة، خصوصا مجلس الأمن.

ومن المعلوم أن محكمة العدل الدولية بموجب المادة (92) من الميثاق تعتبر الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة وتنظر في النزاعات القضائية بين الدول التي قبلت باختصاصها مسبقا بموجب النظام الأساسي للمحكمة المرفق بالميثاق، حيث تتمتع المحكمة بنوعين من الاختصاصات،

الاختصاص القضائي في النزاعات بين الدول بموجب النظام الأساسي والاختصاص الاستشاري للبت في المسائل القانونية التي تطلبها الجمعية العامة أو مجلس الأمن، حيث نصت المادة (96) من الميثاق الفقرة الأولى منها على أنه لأي من الجمعية العامة أو مجلس الأمن أن يطلب إلى محكمة العدل الدولية إفتاءه في أي مسألة. وفي المقابل فإنه بعد انقضاء نصف قرن على مباشرة المجلس أعماله وعلى إثر اعتماده سلسلة من القرارات المتسارعة ضمن بند (الحالة بين العراق والكويت) منذ عام 1990، والتشكيك القانوني بمشروعية عدة قرارات صادرة ضمن هذا البند، أعيد طرح موضوع الرقابة على مشروعية قرارات المجلس.(باسيل، 2006، ص70-71).

وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى إصدار الدكتور محمد بيجاوي الرئيس السابق لمحكمة العدل الدولية كتابا سنة 1994 باللغة الفرنسية بعنوان النظام العالمي الجديد والرقابة على مشروعية أعمال مجلس الأمن (Mohamed, 1994)، حيث شدد على ضرورة الرقابة القضائية لأعمال مجلس الأمن.

وبرر الدكتور محمد بجاوي تشديده على أهمية الرقابة القضائية لأعمال مجلس الأمن بقوله:" إن الشخصية القانونية الدولية للأمم المتحدة التي وجدت بفارغ الصبر من الدول، لا يمكن أن تعطي ثمارها في مواجهة الدول التي لا تجد في داخل هذه المنظمة طُرُقا لمراقبة مدى توافق تصرفاتها مع الميثاق والقانون الدولي، ويبدو التناقض واضحا اليوم لان المنظمة العالمية لا يمكن أن تبقى محصنة من أية رقابة على مشروعية تصرفات هيئاتها وخضوعها للمؤيدات. ومن ناحية أخرى، فليس من المقبول أن الدول المستقلة قد أنشأت منظمة دولية منحتها سلطات واسعة لمراقبة الدول وفرض جزاءات عليها ولا تلزم المنظمة باحترام الميثاق والقانون الدولي. أي إن هناك خللا مَرضيا مزمنا في بناء غير متوازن للمنظمة كشفته الأحداث من وقت إلى آخر. إن الحاجات المتجددة لعالمنا لا يمكن أن تسمح بأبدية نظام غير متكامل، وإن النظام العالمي الجديد المعلن وصلاحيات مجلس الأمن تدعو، وبهدف نجاح رسالته، إلى تصحيح ضروري، وإن مجلس الأمن الذي يعتبر ذراع النظام العالمي لا يمكن أن يتمتع بمصداقية وفعالية ما لم يكن راسخا في الاعتقاد بان هذه المؤسسة ليست فوق الميثاق أو القانون الدولي وإنما خادمة لهما. (باسيل، 2006، ص71-72).

وإذا لم يحدث ذلك على المجلس أن يحاكم أفعاله ويحاسب نفسه حسب مقاييس حقوق الإنسان، وطالما لدى المجلس دورا واسعا في الشؤون الدولية فعليه مضاعفة التزاماته لمراقبة ومحاسبة أفعاله، ونحاول من خلال العنصرين التالين أن نبين الانتهاكات الإجرائية والجوهرية لحقوق الإنسان من قبل مجلس الأمن:(مجد، 2002).

أولا: انتهاكات إجرائية لحقوق الإنسان :

انتهك مجلس الأمن التزاماته تجاه حقوق الإنسان الإجرائية من خلال العقوبات ضد العراق. ورغم معرفة المجلس بمدى معاناة المدنيين والمعلومات الصريحة المتوفرة لديه فإنه اتخذ خطوات جد رمزية لقياس تأثر حقوق الإنسان بعقوباته أو لتحوير أفعاله كي تتوافق مع مبادئ حقوق الإنسان، ففي بداية العقوبات، دعا الأمين العام للأمم المتحدة "**جافير بيريز دي كيلار**"، إلى"رقابة مباشرة" كوسيلة أساسية لتجنب أزمة إنسانية ممكنة، *فا*لإشراف على مخزون الطعام والاستهلاك بالإضافة لرقابة مباشرة على الحالة الغذائية والصحية لشعب العراق ضروري جدا لمنع مجاعة عامة ومصائب إنسانية تتصاعد في البلد، لكن هذا ما لم يحدث.

لكن عدا عن هيئات عام 1999، لم يعط المجلس تفويضا لتقييم مستمر للعقوبات ومضاعفاتها الإنسانية بسبب المعارضة الشديدة من الولايات المتحدة وبريطانيا، فنظرا لأهمية العقوبات كان من الواجب تقييمها على أسس دائمة وتقديم تقارير دورية للمجلس عنها، لكن الأعضاء المؤيدين للعقوبات قاوموا أي خطوة بهذا الشأن.

تحدث المجلس في القرار رقم 1302 في 8 حزيران 2000 عن "التقرير الشامل" ليتم تحضيره بواسطة مجموعة من الخبراء، لكن الولايات المتحدة وبريطانيا أصرتا على التحدث بلهجة فهمها أعضاء المجلس بأنها تقوض أي تعاون مع العراق، وطالبتا المفوضين بالدراسة باستثناء أي ذكر لحقوق الإنسان أو آثار العقوبات.

ثانيا: انتهاكات موضوعية لحقوق الإنسان:

يقع على عاتق المجلس جزء من المسؤولية لوفاة ومعاناة مئات الآلاف من العراقيين المدنيين في ظل العقوبات .هذه الوفيات تدل على آثار واضحة للانتهاكات الجوهرية، حيث تعتبر لجنة حقوق الإنسان في الأمم المتحدة أن حق الحياة هو "الحق الأسمى الذي لا يجوز انتقاصه حتى في أوقات الطوارئ العامة"، إذ يتطلب لحماية "الحق الطبيعي في الحياة" اعتماد الدول تدابير إيجابية، وفي هذا الصدد، ترى اللجنة أنه من الصواب أن تتخذ الدول الأطراف كل التدابير الممكنة لتخفيض وفيات الأطفال وزيادة المتوسط العمري المتوقع، ولا سيما باتخاذ تدابير للقضاء على سوء التغذية والأوبئة

ساهمت العقوبات أيضا بانتهاك الحقوق الصحية والثقافية والمستوى المعيشي اللائق، لذا فإن المجلس يبدو منتهكا لحقوق ضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وغيرها من الاتفاقيات الدولية.

تفاوتت معاناة أطفال العراق في ظل العقوبات، وفقا لمعايير حقوق الإنسان الأطفال هم الأكثر تعرضا للأذى، وفي الحقيقة، من الصعب التفكير بتدهور مهلك لحقوق الطفل في التاريخ الحديث أكثر من وفاة مئات الآلاف من الأطفال العراقيين.

ثالثا: مشروعية العقوبات الاقتصادية الدولية المفروضة على العراق:

تعتبر العقوبات الاقتصادية الدولية المشروعة هي تلك التي تقررها الأمم المتحدة استنادا لميثاقها، لكن التساؤل يكمن حول شرعية التدابير التي تتضمن وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات جزئيا أو كليا، أو فرض أية ضغوط اقتصادية على دول بعينها، بهدف إخضاعها لإرادة خارجية، وفي هذا السياق أدان مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية اللجوء إلى الإكراه الاقتصادي، واستعمال هذه التدابير ضد الدول النامية، فهذه الإجراءات لا تساعد في بسط السلام المطلوب للتقدم، كما أن القرار رقم 152، الصادر بتاريخ 03 جويلية 1983، حظر على الدول اللجوء إلى فرض أية قيود على التجارة، كما يمنع أعمال الحصار والمقاطعة وسائر أنواع العقوبات الاقتصادية ضد الدول النامية كشكل من أشكال الإكراه السياسي.

بالإضافة إلى الإدانة الواردة في القرار رقم 210 الصادر بتاريخ 20 ديسمبر1991، تحت عنوان الإجراءات الاقتصادية كوسيلة للإكراه الاقتصادي والسياسي ضد الدول النامية، حيث طالب البند الثالث منه الدول الصناعية بعدم استعمال موقعها المهيمن كوسيلة لتطبيق الضغط الاقتصادي من أجل إحداث النظام الاقتصادي والسياسي والتجاري والاجتماعي في الدول الأخرى، أما القرار 3281 حول ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية ، فأشار صراحة في مادتيه (16) و(32) على انه لا يجوز اتخاذ أي تدابير أو عواقب اقتصادية تحول دون إنماء الدول النامي.(رودريك، 2006، ص66).

وبناء عليه يُعدُّ استخدام هذه الإجراءات الاقتصادية انتهاكا صريحا لمبادئ ومقاصد ميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي، كما يشكل خرقا فاضحا لأحكام عدد كبير من قرارات الأمم المتحدة والاتفاقيات الدولية الأخرى ذات الصلة، وخرقا سافرا لمبادئ حقوق الإنسان، فإضفاء المشروعية على العقوبات الاقتصادية صادر من هيئات دولية مهمتها الأولى هي حماية حقوق الإنسان لهو من المفارقات العجيبة للنظام العالمي العولمي، حيث أن هذه العقوبات في حقيقتها هي أكبر مخالفة وانتهاكا لهذه الحقوق، فهي تنم عن ازدواجية في النظرة لحقوق الإنسان.

والملاحظ على نص المادة (41) من الميثاق أنها لم تستخدم في صياغته كلمة عقوبة"Sanction" ولم يشر إليها الميثاق إطلاقا، بل حتى نصوص الفصل السابع من الميثاق والتي تنظم التدابير التي تتخذها الأمم المتحدة في حالة الإخلال بالسلم والأمن الدوليين لم تتضمن هذه

الكلمة ولم تشر إليها، وتمت الإشارة فقط في هذا الفصل إلى التدابير الوقائية والقسرية " Mesures préventives coercitives".(جميلة، 2011، ص87-88).

وبالاستناد إلى نص المادة (39) من الميثاق يتعين حدوث حالة من الحالات الثلاث -التي ذكرناها سالفا-لانعقاد الاختصاص لمجلس الأمن حتى يمارس سلطاته في توقيع التدابير المؤقتة أو العقابية، ولكن لم يرد في الميثاق توضيحا أو تعريفا لهذه الحالات، ويبدو أن واضعي الميثاق عمدوا إلى ذلك بقصد الإبقاء المجال واسعا لمجلس الأمن لكي يقرر في كل حالة على حدا ما يراه ملائما، ويبقى هدفه النهائي هو إزالة تهديد السلم الدولي وليس تحديد الطرف المخطئ، هذا ما جعل بعض الفقهاء يشككون في اعتبار إجراءات مجلس الأمن في هذا الصدد إجراءات قانونية وإنما هي عبارة عن إجراءات سياسية، ومن بين هؤلاء المشككين، الأستاذ الغنيمي (بوبكر، 2008، ص75-76)، كما يرى "هانز كيلسن" أن : الغرض من إجراءات الإنفاذ بموجب المادة (39) من الميثاق، ليس لصون أو استعادة القانون بل الحفاظ على السلام أو استعادته، والذي ليس بالضرورة متطابقا مع القانون.(رضا، 2011/2010،ص37).

وهنا يثور السؤال: في حالة وجود قرارات لمجلس الأمن تخالف القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، مسببة في كارثة إنسانية تصل حد الإبادة الجماعية للأطفال فهل هناك من جهة توقف ذلك الانتهاك؟ الحقيقة أن المجتمع الدولي لم يطور القوانين التي تحكمه ليقرر وجود جهة تنظر في مدى مشروعية قرارات مجلس الأمن كما رأينا سالفا بالنسبة لإمكانية مراقبة محكمة العدل الدولية لقراراته، وعلى هذا فإن المجتمع الدولي نفسه بصفته المخاطب بقرارات مجلس الأمن هو الوحيد القادر على النظر في هذه القرارات وتقدير مدى مشروعيتها، حيث هو متروك لتقدير المجتمع الدولي والذي حتما ستهيمن عليه إرادة الدول المستوحشة.

لأجل ذلك نرى أن مجلس الأمن قد خالف باستمراره في فرض العقوبات الاقتصادية هدف تدخله، فالعقوبات تصبح غير قانونية إذا طبقت مدة أطول من اللازم، ويمكن أن تخلف أثرا سلبيا بعد انتهاء الفعل غير المشروع بفترة طويلة يسمى هذا الأثر العبء الآجل الذي لا مبرر له غير القصد في الضرر أو اللامبالات ، ولأنه قرر بنفسه في القرار رقم 687 لعام 1991، أن العراق قد انسحب من الكويت وأن الحكومة الشرعية في الكويت قد تولت زمام السلطة، وعلى هذا فإن القرار لا يجد لنفسه سندا مشروعا، ولا يشكل استمرار مجلس الأمن في فرض العقوبات سوى حالة انحراف بالسلطة تحت ميثاق الأمم المتحدة المتسلطة.

ورغم من أن العراق سحب جميع قواته بعد غزوه للكويت من المواقع التي كانت تتواجد فيها في 01 أوت 1990، بموجب قرار مجلس الأمن (1990) S/RES/660، وما تلاه من قرارات تجلت في تدمير

القدرات العراقية الكيماوية وأسلحة الدار الشامل المزعومة، وذلك عبر إدخال العراق في متاهات التفتيش الدولي تحت إشراف الوكالة الدولية للطاقة الذرية، إلا أن العقوبات الاقتصادية بقيت مفروضة عليه حتى إسقاط النظام عام 2003م.

المطلب الثاني : آثار العقوبات الاقتصادية الدولية على التمكين الحقوقي للطفل العراقي :

إن الجزاءات المفروضة على العراق هي أشمل جزاءات كلية تفرض على بلد حتى الآن، هذه الجزاءات وحسب ما وثقته كل وكالات الأمم المتحدة، والمنظمات غير الحكومية، والمنظمات الإنسانية ومنظمات حقوق الإنسان، سببت كارثة إنسانية تضاهي أسوأ الكوارث التي وقعت في العقود السابقة، حيث خلفت تدهورا هائلا في الهياكل الأساسية وبصفة خاصة في إمدادات المياه وشبكات الصرف الصحي والكهرباء والمستشفيات والمراكز الصحية، وزيادة حادة في معدلات الوفيات وبالذات بين الأمهات والأطفال.(أموريم، 1999، ص25-27).

الفرع الأول: آثار العقوبات الاقتصادية على الحق في الحياة:

أوجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966م في مادته (06) "على أن لكل إنسان الحق الطبيعي في الحياة.."، ومن الواضح أن الحق في الحياة هو الحق الوحيد الذي أقترن وصفه بعبارة " الحق الطبيعي" للتدليل على سموه وقدسيته، فهو مستمد من الوجود الإنساني ذاته، وأن القانون يأتي كاشفا عنه لا منشئا له، ويتعين على القانون حسب النص أعلاه حماية هذا الحق ولا يجوز حرمان أحد منه تعسفا، وذات الوصف والمعنى التزمتا به الاتفاقيتان الأوروبية والأمريكية لحقوق الإنسان.(فاطمة، 2019، ص166).

ويعد الحق في الحياة من أكثر الحقوق تأثرا بالعقوبات الاقتصادية، فمنذ فرض الحصار الشامل على العراق عام 1990وحتى عام 1998، قضى **نصف مليون** طفل عراقي حدفهم، بسبب ازدياد نسبة الإصابة بأمراض التهاب الكبد الفيروسي، وشلل الأطفال والملاريا وسوء التغذية، ويعاني كل طفل عراقي من بين أربع أطفال عراقيين من سوء التغذية حيث بلغ نسبة سوء التغذية الحاد 75.5%، بين الأطفال الأقل من خمس سنوات.(عبد المنعم، دس ن، ص202).

وفي تقرير لليونيسيف المؤرخ 05 أغسطس 1999، أوضحت فيه عمق الكارثة التي يمر بها شعب العراق، حيث ذكر التقرير أن نصف مليون طفل عراقي تقل أعمارهم عن 5 سنوات كان يمكن تجنب موتهم لو لم يفرض الحصار على العراق، وأشار التقرير أن نسبة الوفيات للأطفال والأمهات في العراق زادت بمعدلات مضاعفة عن معدلات الوفيات السابقة على فرض العقوبات، واعتبر التقرير أن معدلات الوفيات في العراق تُعد اليوم بين أعلى المعدلات في العالم وأن جميع الأسباب الكامنة وراء ذلك، حسبما وصفها التقرير، تعود إلى نظام الجزاءات المطبق على العراق.

حيث خلصت اليونيسيف، بعد إجراء الدراسات الاستقصائية الأولى منذ عام 1991 عن وفيات الأطفال والأمهات في العراق، إلى أن الأطفال دون سن الخامسة في الجزئين الجنوبي والأوسط من البلد، يتوفون بمعدل يزيد على ضعف المعدل الذي كان سائداً قبل 10 سنوات.

الفرع الثاني: آثار العقوبات الاقتصادية على الحق في الصحة والغذاء:

أكد الكثير من الخبراء في آثار الجزاءات على المدنيين، أن الأسباب الكامنة وراء الوفيات المفرطة العدد سببها المياه الملوثة وعدم وجود أغذية رفيعة الجودة، والرضاعة الطبيعية غير الكافية، وعدم توفر اللوازم الكافية في نظام الرعاية الصحية العلاجية، وأدى النقص في الأغذية بسبب الجزاءات إلى انخفاض المستوعب السعري للفرد بنسبة 32 % مقارنة بفترة ما قبل حرب الخليج ووفقاً للحكومة العراقية لم يعد صالحاً للاستخدام في عام 1997، سوى نصف قدرة الدولة على معالجة المياه.

وبسبب نقص اللوازم الطبية، حيث بررت الولايات المتحدة تعليق هذه المعدات بسبب اعتبارها ضمن "الاستخدام المزدوج"، كما منعت وحجزت الو م أ، دخول مبيدات مكافحة الحشرات ولقاحات الحيوانات وحتى البذور، مما سبب فقدان الكثير من الإنتاج الغذائي المحلي، بل حتى أقلام الرصاص تم منعها، للإطلاع على قائمة المواد الطبية التي منع العراق من استيرادها (سيمونز، 1998، ص150)، أصبحت 30% من أَسِرَّة المستشفيات غير صالحة للاستخدام، و75 % من معدات جميع المستشفيات غير صالحة للعمل، و25% من أصل 1305 مراكز صحية في العراق مغلقة، بالإضافة إلى عرقلة الو م ا عقود شراء سيارات الإسعاف بسبب احتوائها على معدات الاتصال، في النهاية، جاءت السيارات لكن بدون راديو، وكان ذلك شرطا في العقد لرفع الحجز عنه.(محمد، 2008، ص24).

الفرع الثالث: آثار العقوبات الاقتصادية على الحق في التنمية:

يعد الإعلان العالمي للحق في التنمية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1986م، الانطلاقة الرئيسية لهذا الحق في منظومة حقوق الإنسان، حيث وُصِف الحق في التنمية في مادته الأولى: "بأنه من حقوق الإنسان غير القابل للتصرف"، غير أن هذا الحق لم يوضع ضمن جدول أعمال المؤتمرات الدولية إلا في عقد التسعينات، حيث صوتت الجمعية العامة عام 1997م، على اعتبار أن هذا الحق مكملا ومساويا للحقوق المتضمنة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين، وبذلك عُدَّ من التشريعات المكملة لحقوق الإنسان.(عبد القادر، 2016، ص142-143).

كما يعتبر الحق في التنمية حق فردي وجماعي في آن واحد، حيث تم تصنيفه في إطار الأمم المتحدة على أنه حق فدي وجماعي ، ظهر جليا في إعلان الحق في التنمية، الذي أكد على أنه "حق لكل

إنسان ولجميع الشعوب"، وكذلك في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي أكدت على أنه حق للدول والأفراد، كما في قرارها رقم172/64 الذي أشار إلى أن "تكافؤ الفرص من أجل التنمية امتياز للدول والأفراد الذين يكونون الدول على حد سواء".

ولأن الحق في التنمية جزء لا يتجزأ من منظومة حقوق الإنسان، فهو يدعم وبعمق بقية الحقوق، كالحق في التعليم والحق في العمل والحق في مستوى معيشي لائق، لكن جوهر التناقض بين عقوبات الأمم المتحدة ومتطلبات إعمال الحق في التنمية، يكمن بين منطق أن تكون هذه العقوبات وسيلة لتوفير بيئة يسودها السلم والأمن الدوليين كشرط رئيسي لإعمال حقوق الإنسان كافة، ومن ضمنها الحق في التنمية، وبين عقوبات اقتصادية أممية كثيرا ما خرجت عن إطار هذا المنطق على أرض الواقع، فوجدت نفسها في تناقض بين وظيفتها كراعية لحقوق الإنسان، ومنتهكة لها في الآن ذاته، وعليه تشير إحصائيات برنامج الأمم المتحدة الإنمائي إلى أن العراق تذيل ترتيب التنمية، حيث تراجع من المرتبة 50 إلى المرتبة 126 عالميا وهي المرتبة التي لم يسبق للعراق أن وصلها، وهذا نتيجة انهيار البنية التحتية التي يصعب إعادة بناءها، ونظم الصحة العامة والتعليم، مما أدى إلى تراجع المستوى المعيشي للفرد العراقي الناتج عن التدهور الاقتصادي بسبب العقوبات، التي انتهكت الحق في التنمية المكفول بموجب العديد من المواثيق الدولية. (عبد القادر، 206، ص142-148).

المبحث الثاني: تقييم الجزاءات المفروضة على العراق:

وسنتطرق لمضمون المبحث الثاني من خلال العناوين الجزئية التالية:

المطلب الأول: مدى اعتبار العقوبات الاقتصادية على العراق جريمة إبادة :

تحت هذا المطلب سنحاول الإجابة على أكثر من تساؤل طرح منذ فرض الجزاءات على العراق وما أفرزته من آثار على حقوق شعب العراق في الديمومة والبقاء، وخاصة على الأطفال، وتقود إلى آثار تتوافق مع ما نصت عليه الصكوك الدولية التي تحرم جريمة الإبادة الجماعية، والسؤال المطروح: هل تشكل سياسة فرض الجزاءات ممارسة لجريمة إبادة جماعية كما وردت في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها وكذلك جريمة الإبادة المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ؟

إن نظام الجزاءات المفروض على العراق غير قانوني بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني (خلف،2013، ص17-18) ، كما اهتمت لجان حقوق الإنسان في الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة بآثار الجزاءات على التمتع بحقوق الإنسان وخاصة حقوق الديمومة

والبقاء، كالحق في الحياة والغذاء، وصدرت عن هذه اللجان وثائق تناولت الجزاءات بصورة عامة نتيجة تفاقم آثار الجزاءات على العراق، ووثائق تناولت الجزاءات المفروضة على العراق حصرا، واستنتاجات اللجان التعاهدية لحقوق الإنسان عن الآثار الناتجة عن تطبيق تلك الجزاءات، ويمكننا القول أن ما حدث في العراق هو من قبيل الإبادة الجماعية (Génocide) ، بنص المادة (02) من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، حيث تعرف جريمة الإبادة الجماعية على النحو التالي: " أي من الأفعال التالية، المرتكبة بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية، بصفتها هذه:

(أ) قتل أعضاء من الجماعة؛

(ب) إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة؛

(ج) إخضاع الجماعة، عمداً، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً....."

كما جاء نص مماثل في المادة (06) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كما ورد تعريف جريمة الإبادة (Extermination) باعتبارها من الجرائم ضد الإنسانية في المادة (07) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بأنها تشمل تعمد فرض أحوال معيشية، من بينها الحرمان من الحصول على الطعام والدواء، بقصد إهلاك جزء من السكان.

وفي ما يلي نبين أوجه التوافق والتلاقي بين سياسة الجزاءات التي فرضت على العراق وتوافر أركان جريمة الإبادة. (يوسف، 2006، ص201-203).

الفرع الأول: الركنان المادي و المعنوي للجريمة:

إن الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية المذكورة في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها يتمثل في وقوع أي من الأفعال التي عددتها المادة الثانية من اتفاقية منع ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية.

أما جريمة الإبادة المذكورة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن الركن المادي فيها يتمثل كما جاء في الفقرة الأولى من المادة (07) من نظام روما الأساسي في هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعرفت الفقرة 2-أ- المقصود بعبارة هجوم موجه بّأنه نهج سلوك يتضمن الارتكاب المتكرر للأفعال المشار إليها في الفقرة 01 ضد أي مجموعة من السكان المدنيين، عملا بسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم أو تعزيزا لهذه السياسة.

أما الركن المعنوي فيتمثل في القصد الخاص بتدمير المجموعة المحمية من السكان، وقد نال موضوع الركن المعنوي اهتماما واسعا خلال مناقشة اتفاقية منع ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية

في اللجنة السادسة، حيث طرحت آراء لبعض الفقهاء بأنه يجب إعطاء تعريف موضوعي للإبادة وليس البحث عن القصد فقط. وطرح رأي في لجنة القانون الدولي عام 1987 خلال مناقشة مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم وأمن الإنسانية يقول إنه يجب تفسير عنصر النية في جريمة الإبادة الجماعية ليس كعنصر ضروري لإثبات إرادة المجرم بل كهدف يمكن إثباته موضوعيا إزاء الأفعال المرتكبة.

الفرع الثاني: عدم الاعتداد بالصفة الرسمية:

قررت المادة (04) من اتفاقية منع ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية التزام الدول الأطراف بمحاكمة كل من يثبت ارتكابه جريمة إبادة الجنس ومعاقبته عليها وكل من يتآمر أو يحرض أو يشرع في ارتكابها، أو أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة (03) سواء كانو حكاما دستوريين أو موظفين عامين أو أفرادا.

إذ لم تعتد المادة أعلاه بصفة المتهم، أو مركزه الوظيفي حتى ولو كان رئيسا يتمتع بحصانة دبلوماسية، ونتيجة لما سبق فإن الواجب الأخلاقي والمسؤولية الدولية يفرضون منطقا وقانونا في الوقت ذاته، وهو عدم جواز التعلل بالصفة الرسمية نتيجة ارتكاب الجرائم الدولية الحاطة بالكرامة الإنسانية.(علاء، 2012، ص212-2013).

كما وورد نص أكثر وضوحا في المادة (28) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأن لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص دون ممارسة المحكمة لاختصاصها، كما نصت المادة (28) على مسؤولية القادة والرؤساء.

الفرع الثالث: الإرادة السياسية للدولة قرينة على توافر القصد:

نظرا للطابع السياسي الغالب لأفعال الإبادة الجماعية فغن إثبات عنصر القصد يتوفر في الإرادة السياسية من الجهة التي تقود أو توجه أو تأمر أو تعلن عن قصدها تحقيق النتيجة الجرمية، ودليل ذلك أن الجمعية العامة أدانت على سبيل المثال بالقرار رقم 153/84 في 1993/12/02 سياسة التطهير الإثني باعتبارها شكلا من أشكال إبادة الجنس عند إصدارها القرار الخاص بالأوضاع في أراضي يوغسلافيا السابقة. إذ إن القرار وصف السياسة بأنها شكل من أشكال إبادة الجنس ولم يتطرق إلى القصد أو النية طالما أنها تعتبر عن إرادة سياسية لا يفترض فيها عدم العلم.

لأجل ذلك وغيره هل يمكن اعتبار هذه السياسة ممارسة لجريمة الإبادة في ضوء النتائج التي أفرزها الحصار على الحالة المعيشية للسكان المدنيين وتصاعد نسبة الوفيات من الأطفال ؟

إن الركن المادي في جريمة الإبادة يتمثل كما جاء في المادة (07) من نظام روما الأساسي في تعمد فرض أحوال معيشية، من بينها الحرمان من الحصول على الطعام والدواء، ويتم تحقيق هذا الركن

في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين عملا بسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم، كما جاء في الفقرة (أ) الفرعية من الفقرة 02 من المادة (07) المشار إليها أعلاه.

فالناظر لنظام الجزاءات المفروض على العراق يؤكد بأنها تتطابق تماما مع الركن المادي لجريمة الإبادة بحق شعب العراق، لأنها تنطوي على تعمد فرض أحوال معيشية ومن بينها حرمان الحصول على الغذاء والدواء، يراد بها تدميره المادي كلياً أو جزئياً، وليس من المهم أن يكون الهدف الظاهري لهذا التدمير المادي المتعمد هو أمن المنطقة، وطالما أن هناك أدلة واضحة على أن الآلاف من المدنيين يموتون بينهم آلاف الأطفال بسبب الجزاءات، من خلال تقارير المنظمات الدولية التي عملت في العراق إبان فرض الجزاءات للتدليل على الركن المادي لجريمة الإبادة، فقد أجرت منظمة الصحة العالمية دراسة صحية عن سكان العراق سنة 1996، وجدت أن معدل وفيات الأطفال تحت سن خمس سنوات قد ارتفع ستة أضعاف (Richard, 2003, p44)، وتعزو المنظمة هذا الوضع إلى عاملين رئيسيين هما: سوء تغذية الأمهات والأطفال، والانتشار الواسع للأمراض المعدية.

هذه الوفيات تشكل بحد ذاتها جريمة إبادة في الواقع، منذ صدور قرار مجلس الأمن رقم 687، وإذا أخذنا بعين الاعتبار معايير منظمة الأغذية والزراعة الدولية حول دليل القوة الشرائية التي تؤكد أن أي نقص عن نسبة 1.25 من دليل القوة الشرائية يعني بأن الظروف المعيشية قد دخلت مرحلة التدمير، لتؤكد لنا أن الركن المادي في فعل الإبادة متوفر في السياسة الأمريكية والبريطانية، اللتان سعتا لفرض الحصار لأطول فترة ممكنة. (يوسف، 2006، ص206).

وبالتالي فإن هذه الوفيات لم تعد أثراً جانبياً غير مقصود ولا يمكن أن تبرأ الهيئات التي تفرض الجزاءات من نيتها المبيتة في تدمير الشعب العراقي، ويمكن للدول التي تفرض الجزاءات أن تثير أسئلة بموجب اتفاقية الإبادة الجماعية.

أما عن التوافق والتلاقي بين الركن المعنوي لجريمة الإبادة وسياسة الحصار الاقتصادي، فقد بينا بصدد الركن المعنوي في جريمة الإبادة أن المعيار المعنوي يتمثل في النتيجة الجرمية وعلم الفاعل بها، حيث نصت الفقرة 02 من المادة (30) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأن توفر القصد لدى الفاعل عندما :

أ- يقصد هذا الشخص، فيما يتعلق بسلوكه، ارتكاب هذا السلوك.

ب- يقصد هذا الشخص، فيما يتعلق بالنتيجة، التسبب في تلك النتيجة أو يدرك أنها ستحدث في إطار المسار العادي للأحداث.

وكما أوضحنا أن الإرادة السياسية المعلنة للدولة تشكل دليلا على توافر الركن المعنوي، وأمام سيل التصريحات والممارسات الأمريكية والبريطانية التي تؤكد علمها الأكيد بالنتائج التي ترتب على استمرار الحصار، وإصرارها على استمراره على الرغم من النتائج المأساوية للحصار يؤكد وبدون أي شك، التوافق بين سياسة استمرار الحصار والركن المعنوي لجريمة الإبادة.

بالإضافة إلى ما سبق فإن قوانين النزاعات المسلحة تنظم هي الأخرى كل الجزاءات التي تفرض نتيجة لحرب أو كجزء من حرب، وبطبيعة الحال، فإن عمليات القصف الجوي المستمرة آنذاك التي قامت بها طائرات الولايات المتحدة وبريطانيا جعلت من هذه الحالة حالة نزاع مسلح، وبالتالي فإن التدابير الدقيقة المنصوص عليها في القانون الدولي الإنساني لحماية المدنيين تنطبق على نظام الجزاءات وعلى المحرضين عليه، ويمكن محاكمة منتهكي هذه القوانين باعتبار هذه الانتهاكات جرائم حرب، وفي هذا السياق.

هنا تثار مسألة خرق هذه العقوبات لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، فهل هناك إمكانية لإثارة المسؤولية الدولية للأمم المتحدة عن المعاناة الناتجة عن العقوبات الاقتصادية ؟

تناولت لجنة القانون الدولي (ILC) التابعة للأمم المتحدة ذلك، عند عرض مشروع "قانون مسؤولية المنضمات الدولية عن الأفعال غير المشروعة دوليا"، وتوصلت اللجنة في الفصل الأول من الباب الثاني (المواد من 31 إلى 40) إلى أن ثبوت مسؤولية منظمة دولية، يرتب على عاتقها نتائج تتمثل باستمرار واجب الوفاء بالالتزام، والكف عن خرقه، وعدم تكرار هذا الخرق، إلى جانب الجبر.

بالإضافة إلى إقرارها بالخرق واعترافها بخطورة هذه الوسيلة، وجب الجبر والتعويض عن انتهاك حقوق الإنسان نتيجة العقوبات الاقتصادية الدولية من خلال إنشاء صندوق يكون تمويله دوليا لتغطية هذه الآثار، غير أن هذا الحل لا يمكن قبوله كونه يفتح المجال أمام مجلس الأمن لاتخاذ ما يحلو له من إجراءات، مهما انطوت على انتهاكات، فالتعويض سيكون بالانتظار، أو لأن الضرر في مثل هذه الحالة غير قابل للتقدير المادي بالنسبة لبعض حقوق الإنسان.

وعليه إن مسؤولية الأمم المتحدة فيما يتعلق بالمعاناة الناتجة عن العقوبات الاقتصادية الدولية، تتجلى في الإقرار بان المشكلة في حال تكامل عناصر هذه المسؤولية، هي عدم وجود هيئة مخولة بالنظر في هذه المسؤولية، وتطبيق نتائجها، في ظل النظام القانوني الدولي الحالي، وبالتالي فإن توافر عناصر هذه المسؤولية نظريا لا يعني إعمالها من الناحية الواقعية، وهو ما يتطلب إدخال تعديل على هيكلية النظام القانوني الدولي، يكون من شأنه مواكبة مثل هذا التطور ووضعه حيز التنفيذ.(خولة، 2013، ص419-423).

هذا يقودنا إلى تسليط الضوء على مسألة مقاصد الدول دائمة العضوية ومصالحها في آلية اتخاذ قرارات مجلس الأمن والمسؤولية الناجمة عنها، فالقرارات التي تصدرها المنظمات الدولية ولا سيما مجلس الأمن باعتباره أعلى هيئة في منظمة الأمم المتحدة، لا تصدر من نفسها وإنما بناء على مشروع قرار يقدم من الدول الأعضاء ويناقش ويعتمد ضمن آلية معينة، أي أن الدول هي صانعة القرارات ويأتي دور المنظمات الدولية ليعطي القرار الشكلية القانونية.

وبالتالي فالحديث عن قرارات مجلس الأمن بمعزل عن مصالح ومقاصد الدول الكبرى يعتبر تجريدا غير موضوعي لواقع العلاقات الدولية ولدور علاقات القوة في مسيرة اتخاذ قرارات المنظمات الدولية حيث تظهر مصالح الدول المهيمنة بأنها تمثل مصالح عالمية، لذلك فإن معالجة آثار هذه القرارات التي تصدرها المنظمات الدولية ولا سيما مجلس الأمن، بمعزل عن مقاصد الدول التي أعدت مشاريع هذه القرارات وصاغتها وفقا لمصالحها ستكون معالجة غير موضوعية، فسمات القرارات الصادرة ضد العراق والصياغة الأمريكية لها واعتبارها صيغة حرب ضد العراق استهدفت احتلاله، ويجدر التذكير بالنظرية الأمريكية للحرب، حين أصدرت وزارة الدفاع الأمريكية وثيقة حول الجوانب القانونية للحرب، وزعت على أعضاء لجنة القوات المسلحة واللجنة الفرعية المالية التابعتين لمجلس الشيوخ في فبراير 1966 ورد فيها " أن الحرب تستلزم التدمير الكامل للعدو".(يوسف، 2006، ص207).

وعليه فالمسؤولية الدولية الناجمة عن فرض الحصار ضد العراق وما أفرزه من نتائج تتوافق مع جريمة الإبادة بجميع أركانها القانونية، لا يمكن تحميلها إلى المنظمة الدولية التي أصدرت هذه القرارات وإنما إلى الدول التي وقفت وراء هذه القرارات ودفعت بكل ثقلها لإدامة الحصار، ذلك لان قرارات مجلس الأمن تمثل صورة عن علاقات القوة بين الدول ولا تعكس رأي المجتمع الدولي وفقا لقاعدة الأكثرية العددية للدول الأعضاء في الأمم المتحدة.

ويذكر دونيس هوليداي المنسق الإنساني الأسبق للأمم المتحدة في العراق: "بأن آثار الجزاءات تشكل جريمة إبادة سواء مع القصد الأصلي أو من دونه، بصيغة حقوقية في الواقع بالنسبة إلى شعب العراق الذي يشاهد أطفاله يموتون. ويستخدم السيد هوليداي تعبيرا يدل دلالة واضحة عن جريمة الإبادة بحق شعب العراق فيقول: " الجزاءات الاقتصادية على شعب العراق متعمد من الدرجة الأولى".(يوسف، 2006، ص208).

المطلب الثاني: محاولة تلافي انعكاسات العقوبات الاقتصادية على حقوق الطفل العراقي:

لا ريب أن شكل تدارك ما ينجم عن العقوبات الاقتصادية الدولية من انعكاسات سلبية، أحد محاور إصلاح الأمم المتحدة، وانطلقت العديد من المقترحات التي تسعى لتحقيق ذلك، ولعل أبرزها

فكرة الاستثناءات الإنسانية وبعدها فكرة العقوبات الذكية، فإلى أي مدى ساهمت هذه التطبيقات الجديدة في تلافي الانعكاسات السلبية للعقوبات الاقتصادية على حقوق الإنسان بشكل عام والطفل العراقي بشكل خاص ؟

الفرع الأول : الاستثناءات والإعفاءات الإنسانية:

يمكن وصفها على أنها بنود تتضمنها قرارات مجلس الأمن القاضية بفرض العقوبات الاقتصادية، وتنص على إخراج فئة معينة من المجالات المشمولة بالعقوبات، سواء أكانت سلع أم خدمات، إذا ما كانت تستخدم لأغراض ذات طابع إنساني وتعود بالنفع على شعب الدولة المستهدفة بالعقوبات.(خولة، 2013، ص426-427).

والبادي أنّ الحكمة من وراء فكرة الاستثناءات الإنسانية، تتمثل في إيجاد وسيلة تساعد الأمم المتحدة على التوفيق بين التزاماتها في حفظ السلام والأمن الدوليين من جهة، والوفاء بمعايير حقوق الإنسان في عملها من جهة أخرى، لذلك يرى جانب من الفقه إلى أن من شأنها نفي مسؤولية الأمم المتحدة عن خرق أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، كونها تشكل دليلا على أخذها لهذه الأحكام بعين الاعتبار.

وفي هذا الإطار لا بد من الإشارة إلى أنه ثمة تمييز بين مفهومي الاستثناءات الإنسانية والإعفاءات الإنسانية، وذلك على النحو التالي:

-الاستثناءات الإنسانية : يتطلب تنفيذها إذنا مسبقا من قبل لجنة العقوبات المعنية.

-الإعفاءات الإنسانية : لا يتطلب تنفيذها إذنا مسبقا، وإنما يستند في تنفيذها إلى نص قرار مجلس الأمن بحد ذاته.

ويمكننا القول أنه رغم المعوقات البيروقراطية التي قد تصادفها لجان العقوبات التابعة لمجلس الأمن في حال اعتماد الاستثناءات الإنسانية، وذلك نتيجة تعدد الطلبات المقدمة لها، لكنها تبقى وسيلة لتفادي الاختلافات والتناقضات، والتي قد تنجم عن ترك المجال مفتوحا أمام الدول لتفسر وتنفذ النصوص ذات الصلة دون الرجوع غلى اللجنة، لذلك فإن هذا التمييز بين هذين المفهومين غير موجود على الصعيد العملي بشكل واضح في ظل توجه مجلس الأمن لإبقاء الأمر بيد لجنة العقوبات.

الفرع الثاني : تقييم برنامج النفط مقابل الغذاء في الحد من الآثار السلبية للعقوبات الاقتصادية:

في منتصف التسعينات، عندما انخفض الدعم السياسي للعقوبات ضد العراق، وتوالت النداءات على مستويات مختلفة لاحتواء الأوضاع الكارثية التي آل إليها الشعب العراقي في ظل

العقوبات التي بدأت مع القرار المصنف بـ (1990) S/RES/661 ، بدأت الأمم المتحدة تبحث عن سبل لنزع فتيل الأزمة الإنسانية فاقترح مجلس الأمن أن يتم تصدير النفط العراقي بما يعرف ببرنامج النفط مقابل الغذاء وهو عبارة عن تدبير مؤقت وضعه مجلس الأمن لتوفير الاحتياجات الإنسانية للشعب العراقي ويجري تنفيذه في سياق نظام الجزاءات، بكل ما يواكبه من أبعاد سياسية وتجارية إلى أن ينفذ العراق القرارات ذات الصلة خصوصا القرار 687 لسنة 1991 (هناء، 2014، ص11)، وذلك ضمن أسس معينة واستعمال عائداته بإشراف الأمم المتحدة لشراء الاحتياجات الإنسانية، حيث أصدر القرار رقم (1995) S/RES/986 في14 أبريل1995 بموجب الفصل السابع، كإجراء "مؤقت" لتوفير الاحتياجات الإنسانية للشعب العراقي من جهة، وليفي العراق بالتزاماته الدولية التي تضمنتها قرارات مجلس الأمن من جهة أخرى.(مجد، 2002).

هذا ومن المعلوم أن برنامج النفط مقابل الغذاء قد فشل في تحسين ظروف التغذية والصحة للمواطنين العراقيين والذين تتراجع أحوالهم باستمرار عما كانت عليه قبل العقوبات، وهكذا فإن الإصلاحات المتعددة التي تمت ومن ضمنها القرار رقم 1284 أثبتت عدم فعاليتها، حيث كتبت الأمانة العامة للأمم المتحدة إلى مجلس الأمن في نوفمبر عام 2000 "إن البرنامج الإنساني لم يقصد به على الإطلاق أن يلبي جميع الاحتياجات الإنسانية لسكان العراق أو أن يكون بديلا عن النشاط الاقتصادي المعتاد، بالإضافة إلى أن البرنامج غير مهيأ لمعالجة التدهور الطويل لمستويات العيش أو لإيقاف مستويات التراجع الصحي وتدني البنية التحتية.

كما أكدت الأمم المتحدة مرارا أن البرنامج الإنساني في العراق لم يقصد به إطلاقا أن يكون بديلا عن النشاط الاقتصادي العادي، لكن في الوقت ذاته لم يكن تأثيره حاسما في معالجة الآثار السلبية للعقوبات، هذا وبينما أطفال العراق يموتون بالآلاف بسبب نقص الأدوية والمستلزمات الطبية التي يحتاجها العراق في كافة المرافق الإنسانية ذات المساس بحياة المواطن، كانت الأمم المتحدة ترفض توريد تلك المستلزمات ورفضها تحت ذرائع أنها قد تستخدم استخدامات مزدوجة حتى وصلت إلى حضر قلم الرصاص الذي يحتاجه الطفل في المدرسة. (سبونيك، 2013)، وعلى اثر تلك السياسات استقالت **جوتا بورغهاردت** رئيسة برنامج الغذاء العالمي في العراق، وللأسباب ذاتها التي استقال من أجلها هاليدي.(هادي، 2014، ص150-151)، لكن مع ذلك يمكن الاستفادة من تأثير تلك استثناءات من خلال التركيز على النقاط التالية:(خولة، 2013، ص449-452).

- تحسين إجراءات إدارة لجان العقوبات للاستثناءات الإنسانية، وهو ما يتطلب بشكل رئيسي الحرص على دقة وشفافية هذه الإجراءات من جهة، ومن جهة أخرى تبسيطها فيما يتعلق بالحالات المستعجلة.

- الحد من التأثير السياسي على سير عملية تصميم وتنفيذ الاستثناءات الإنسانية، والتي تظهر إما في مرحلة إعداد قرارات مجلس الأمن المتعلقة بها أو عن طريق تأثيرات الدول دائمة العضوية في المجلس على عمل لجان العقوبات.

ويمكننا الجزم أنه ومهما كان مقدار الجهد المبذول في تحسين واقع الجزاءات الدولية من خلال الاستثناءات الإنسانية، إلا أن هذه الفكرة ستبقى قاصرة عن القضاء على أي خلل متأصل في نظام العقوبات بحد ذاته.

وما لعجز برنامج النفط مقابل الغذاء في توفير الحماية الكافية لأطفال العراق، من غذاء ورعاية صحية لهم، إلا تأكيد على أن آلية الاستثناء الإنساني، فشلت في التخفيف من معاناة الأطفال داخل الدولة المستهدفة، خاصة إذا كانت العقوبات شاملة ومفروضة لمدة طويلة. (جميلة، 2011، ص101).

هذا وفي عام 2003 وُضِع حد لدور الأمم المتحدة المباشر في برنامج النفط مقابل الغذاء، وذلك من خلال القرارS/RES/1483 الذي صدر بتاريخ 2003/05/22، لتتولى بعض الوكالات التابعة لها تسيير الأنشطة المرتبطة به، وفي عام 2010 طلب مجلس الأمن في قراره S/RES/1958 بتاريخ 2010/12/15، من الأمين العام بوضع حد للأنشطة المتبقية في إطار البرنامج كافة، مع الاحتفاظ بمبالغ محددة من حساب الضمان حتى ديسمبر من العام 2016 لتلبية متطلبات إنهاء البرنامج، لتطوى بذلك صفحة برنامج هو الأضخم ماليا من بين البرامج التي أشرفت عليها الأمم المتحدة، وبالوقت نفسه كان الفضيحة المالية الأكبر في تاريخها.

وفي ذلك السياق فإنه وبدلا من محاولة ترميم نظام العقوبات بوجود هذه الاستثناءات، رأى بعض القانونيين ضرورة إعادة النظر في هذا النظام بحد ذاته، الأمر الذي تجسد حسب رأيهم من خلال فكرة العقوبات الذكية.

الفرع الثالث: نحو إصلاح وتكييف العقوبات الدولية الاقتصادية إلى العقوبات الذكية:

خلفت العقوبات الاقتصادية آثار جسيمة ومدمرة على الجوانب الإنسانية على شعب الدولة المستهدفة، إن نتيجة كهذه تقودنا إلى التساؤل، هل فعالية العقوبات الاقتصادية ونجاحها في تحقيق أهدافها رهن بفشلها من الناحية الإنسانية؟ هذا الإشكال، أدى إلى ظهور فكرة العقوبات الذكية كرد فعل على إخفاقات العقوبات الاقتصادية الشاملة، حيث يقوم جوهر العقوبات الذكية على الدقة في اختيار الهدف الذي تتوجه إليه هذه العقوبات، أو ما تسمى بالعقوبات ذات الأهداف الموجهة (Targeted Sanctions).(خولة، 2013، ص463-470).

وهنا تثور إشكالية تحديد الهدف باعتباره العنصر التعريفي للعقوبات، كما يمكن أن تمارس التدابير مع غيرها لتحقيق أهداف غير معلنة أخرى يمكن أن تؤخذ في الاعتبار، ومن أجل تفادي هذه الشكوك، يمكن تعريف العقوبات الذكية على أنها "الضغط اقتصاديا بدوافع سياسية على دولة معينة ممثلة بأفراد محددين أو مؤسسات بعينها لحرمانها من المزايا والفوائد التي يمكن أن تحصل عليها في الظروف الاعتيادية، والتي تتم عادة بالاعتماد على طرق ووسائل انتقائية متنوعة تحت إطار سلسلة من الشروط التي تحددها الدولة المعنية أو الجماعة الدولية"، وهي بالتالي تدابير تتخذها دولة بمفردها أو بالاشتراك مع دول أخرى في الرد على منهج أو سلوك غير مقبول صادر من دولة أخرى.(صدام، 2017، ص32).

وعليه تعد عقوبات ذكية كل الإجراءات التي تهدف إلى الحد من الآثار الجانبية للعقوبات التقليدية، فهي عقوبات فعالة ومرنة محددة المدة والمجال، فكلما تحددت أهداف الجزاءات وتم حصر الأشخاص التي تطالهم (Kevin, 2002, p01)، كلما فرضت العقوبات ضغوطا على الحكومة ذاتها، وتكون متماشية مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وبذلك تزداد فرص نجاحها.(جميلة، 2011، ص102). وتم تبني خطة العقوبات الذكية بموجب القرار رقم 2002/1409 المؤرخ في 14 مايو 2002، حيث تم اعتماد عقوبات اقتصادية ذات أنماط جديدة والتي تعرف بالعقوبات الذكية (نصيرة، 2018، ص271).

وتشمل العقوبات المستهدفة العقوبات المالية، وتجميد الأصول، وحظر الأسلحة، عقوبات الطيران، حظر السفر، والعقوبات والقيود المفروضة على التجارة على وجه التحديد الموارد الطبيعية وسلع محددة، حيث يرى مجلس الأمن أن سلعا محددة أو مردود التعامل بها، من شأنه أن يساهم في استمرار أو تصعيد السلوك التي فرضت العقوبات بسببه، وتمثلت هذه السلع في سياق تجربة مجلس الأمن بالنفط ومشتقاته والماس والخشب والسلعة التكنولوجية والسلاح، لكن واقع عمل مجلس الأمن كان قد كشف بأن فرض العقوبات على سلعة ما قد لا يكون دائما سياسة موفقة لإكسابها الطابع الذكي بالنسبة لسلع مثل النفط ومشتقاته أو الخشب ومنتجاته، لسبب بسيط يتمثل في أن هذه المنتجات ما هي إلا موارد طبيعية، ومن الثابت أن للشعوب حقا ثابتا في السيادة والتصرف بمواردها الطبيعية، الأمر الذي يجعل من استهداف هذه السلع أمرا غير مقبول من قبل مجلس الأمن، ناهيك أن هذه العقوبات قد أثبتت انعكاسات سلبية على جوانب عدة من حقوق الإنسان (خولة، 2013، ص461-462)، الأمر الذي مزال يدفعنا للتساؤل عن مدى نجاح ما يسمى بالعقوبات الذكية في احترام حقوق الإنسان؟

وعلى كل يمكن القول أنه على الرغم من أن العقوبات الذكية تشكل فكرة براقة لما تحمله من إمكانية محاسبة المسؤولين عن سلوك يمس السلم والأمن الدوليين، دون تجاوز أعباء هذه المسؤولية نطاق الأشخاص المعنيين بها (خولة، 2013، ص497)، إلا أن الواقع العملي أثبت أنها لم تحقق الهدف الذي جاءت من أجله، وهو احترام حقوق الإنسان، إذ بقيت الشعوب الضحية الأولى لهذه العقوبات سواء على مستوى الحقوق الفردية أو حقوق الشعوب، وفي مقدمتها الحق في التنمية.(رضا، 2011/2010، ص177).

خاتمة:

يقينا يُعد فرض الحصار سلاحا صامتا وقاتلا في ذات الآن، و إن بدا بوسائل أقل عنفا فإنه في أهدافه الأكثر فتكا، إذ لا نشك أن العقوبات الاقتصادية التي فرضت على العراق بحجة غزوه للكويت في أغسطس 1990، وما ترتب عليه من إجماع دولي عبر سلسلة من القرارات الدولية التي استندت جميعها على الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، هدفت لا لتحرير دولة الكويت بقدر ما توجهت نحو تدمير الدولة المقابلة وذلك بتحطيم البنية الدولتية والمجتمعية للعراق، وفرض حصار اقتصادي وأمنى شامل، تحت غطاء أممي ظالم، تستوجب التشديد على مسؤولية القادة السياسيين الذين وضعوا سياسة استمرار الحصار ضد العراق بموجب النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي أكد في الفقرة 04 من المادة (25) بأن لا يؤثر أي حكم في هذا النظام الأساسي في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي، وبالتالي فمن الواجب قانونا تحميل مسؤولية سياسة الحصار على العراق باعتبارها ممارسة لجريمة الإبادة ضد أطفال وشعب العراق إلى كل من أمريكا وبريطانيا، ولأجل ذلك نقدم بعض التوصيات مما انتهينا إليه :

1/ ضرورة أنسنة العقوبات الاقتصادية، بأن تتضمن استثناءات إنسانية للحد من معاناة السكان المدنيين وأن تلتزم بحقوق الإنسان.

2/ضرورة رصد نظام العقوبات الاقتصادية طول فترة استمرارها للتأكد من أنها لا تسبب معاناة لا لزوم لها لسكان الدولة المستهدفة.

3/العمل على رفع دعوى قضائية أمام محكمة العدل الدولية أو المحكمة الجنائية الدولية، ضد أمريكا وبريطانيا بوصفهما الدولتين اللتين فرضتا استمرار الجزاءات على العراق التي تشكل بآثارها جريمة الإبادة.

4/على المحكمة الجنائية الدولية الحرص على أداء اختصاصها في مساءلة ومعاقبة الأفراد الذين ارتكبوا انتهاكات في العراق حيث يمكن للمحكمة استصدار أوامر دولية بالقبض عليهم مما يضيق الخناق على تنقلاتهم، الأمر الذي يتيح إمكانية إلقاء القبض و الإحالة إلى لمحكمة.

قائمة المراجع:

المؤلفات:

- الربيعي، عماد هادي علو، (2014)، العراق والتحالف الغربي، (1991-2003)، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- الشرع، مجد، (2002)، اللجنة العربية لحقوق الإنسان، العقوبات الاقتصادية على العراق: المترتبات الإنسانية واحتمالات المستقبل.
- أبي خليل، رودريك إيليا، (2009)، العقوبات الاقتصادية الدولية في القانون الدولي بين الفعالية وحقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان.
- القمص، علاء بن محمد صالح، (2012)، تطور المسؤولية الجنائية الدولية حول جريمة الإبادة الجماعية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض.
- بوبكر، خلف، (2008)، العقوبات الاقتصادية في القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية.
- بجك، باسيل يوسف، (2006)، العراق وتطبيقات الأمم المتحدة للقانون الدولي (1990– 2005)، دراسة توثيقية وتحليلية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت.

جيف، سيمونز، (1998)، التنكيل بالعراق (العقوبات والقانون والعدالة)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان.

- هنداوي، حسام أحمد محمد، (1994)، حدود سلطات مجلس الأمن في ضوء قواعد النظام العالمي الجديد، دون دار نشر، مصر.
- محيى الدين يوسف، خولة، (2013)، العقوبات الاقتصادية الدولية المتخذة من مجلس الأمن وانعكاسات تطبيقها على حقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- شحاتة أحمد زيدان ، فاطمة، (2019)، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.

- Bedjaoui, Mohamed, (1994) . Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du conseil de sécurité. Bruylant. Bruxelles
- Garfield, Richard, (1999), Summary of General Findings, Morbidity and Mortality among Iraqi Children from 1990 through 1998: Assessing the Impact of the Gulf War and Economic Sanctions.
-Clements, Kevin, (2002), How can the accuracy and effectiveness of targeted sanctions be improved and how can sanctions evasion be addressed?" , The Stockhom Process, Working group No.3, Discussion paper 2.

المقالات:

- إسماعيل إبراهيم الأسدي هناء، (2014)، الطبيعة القانونية لانتهاكات النفط مقابل الغذاء في العراق، مجلة رسالة الحقوق، السنة السادسة ، العدد الثاني.
- المحمدي صدام فيصل كوكز، (2017)، تقييم تجربة الاتحاد الأوروبي، في استخدام العقوبات الذكية، وفعاليتها في حماية حقوق الإنسان، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 01.
- خلف عبد الجليل ياسين الداهري، (2013)، العراق والفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، مجلة كلية الرافدين الجامعة للعلوم، عدد 32.
- لخذاري عبد الحق، (2016)، العقوبات الاقتصادية وأثرها على حقوق الإنسان، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 18، ديسمبر 2016.
- عبد الجواد ثريا، (2008)، العنف ضد الأطفال، مجلة خطوة، العدد 28، المجلس العربي للطفولة والتنمية.
- شاقوري عبد القادر، (2016)، تداعيات العقوبات الاقتصادية الدولية على حق الإنسان في التنمية (حالة العراق نموذجا)، مجلة صوت القانون، العدد الخامس.
- شيبان نصيرة، عباسة طاهر، (2018)، العقوبات الذكية بديل للعقوبات الاقتصادية الدولية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 17.
- كوسة جميلة، (2011)، آثار العقوبات الاقتصادية الدولية على التمكين الحقوقي للطفل، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 25، ديسمبر 2011.
- سعادي محمد، (2016)، العقوبات الاقتصادية الدولية الذكية، مجلة القانون، العدد 06.
- مديحة بن زكري بن علو، عباسة طاهر، (2017)، القيود المقررة لفرض العقوبات الاقتصادية الدولية الواردة ضمن الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة.
- مرسي محمد، (2008)، إشكالية الطفل العراقي في ظل النزاعات المسلحة، مجلة خطوة، المجلس العربي للطفولة والتنمية، العدد 28.
- رواب جمال، (2018)، سلطة الجمعية العامة للأمم المتحدة في تقرير وتطبيق العقوبات الدولية، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 10، عدد 03.

الأطروحات:

- قردوح، رضا، (2011/2010)، العقوبات الذكية مدى اعتبارها بديلا للعقوبات الاقتصادية التقليدية في علاقاتها بحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير ، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة باتنة، الجزائر.

التمويل المالي وأثره على تدفق الاستثمار الأجنبي في الجزائر

Financial financing and its impact on the flow of foreign investment in Algeria

براايك محمد
جامعة المنار، تونس
braikmohamed1981@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/04/28 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/29

****

ملخص:

تهدف دراســة أســاليب التمويل وخدمته للمشــاريع الاســتثمارية لإيجاد الخيارات الناجعة والمربحة وبصورة مثالية، لذا فإن الاهتمام بتمويل المشاريع يزداد على مستوى مالكيها والدول لمواكبة جوانب التعاون والتطور في غمار عولمة الأنماط الاقتصــادية، و عليه فإن هذا البحث يستعرض الأساليب القانونية لتمويل المشاريع والتي يتم من خلالها اختيار ما يناسب كل مشــروع، من خلال النظر في تأثير نقص التمويل على الاســتثمار الأجنبي بكونه عائقا كبيرا يحول دون تطوير المشــاريع الاســتثمارية، فالتمويل يشــكل جانباً جوهريا على جداول كل من المستثمرين الأجانب والدول المستقبلة لمشاريعهم لارتباط عمليات التمويل والاستثمار بالحياة الاقتصــادية والمالية، ولتأثيرهما على جميع الأنشــطة باعتبار التمويل مظهرا عمليا ونظريا من الناحيتين القانونية والاقتصادية.

الكلمات المفتاحية: التمويل، الاستثمار الأجنبي، الجزائر، المشاريع الاستثمارية.

Abstract:

The study of financing methods and its service for investment projects aims to find viable and profitable options in an ideal way, so interest in financing projects is increasing at the level of their owners and countries to keep pace with aspects of cooperation and development in the midst of the globalization of economic patterns, Accordingly, this research reviews the legal methods of project financing, through which the selection of what suits each project is made, by considering the impact of lack of funding on foreign investment as a major obstacle preventing the development of investment projects, Financing constitutes an essential aspect on the schedules of both foreign investors

and the receiving countries of their projects, due to the link between financing and investment operations in the economic and financial life, and their impact on all activities, considering financing a practical and theoretical aspect of both legal and economic terms.
key words: funding, foreign investment, Algeria, investment projects .

مقدّمة:

بالإضـــافة إلى العوائق التي تواجه المســـتثمر الأجنبي مثل نزع الملكية للمنفعة العامة وبطريق المصـــادرة أو بالتأميم، وكذا القيود الضـــريبية بأنواعها والقيود الخاصـــة بالصـــرف الأجنبي وتحويل الأموال، هناك عوائق أخرى لا تقل أهمية عما ســـبق ذكره يمكن أن تســـمى بالقيود العملية والإدارية، ومن هذه العوائق الإدارية صـــعوبة الحصـــول على التأشـــيرات للمستثمرين الأجانب ولو بصفة متكررة وتتبعها في ذلك جميع الإجراءات المتصلة أو الشبيهة بها، زيادة على عدم مواكبة الهيئات والأشـخاص الممثلين للدولة المســتقبلة لهم للتقنيات الحديثة في المعاملة الاســـتثمارية أو قيمة المشـــاريع ، ومنها كذلك نقص الإحصـــائيات أو على الأقل تأخرها عن وقتها المطلوب مع تأخر الخرائط الاســـتثمارية بولايات الوطن ، ولا يخفى ما يكون من الأهمية لهذه الوسائل المادية في تشجيع الاستثمار الأجنبي.

غير أن الحديث في هذا البحث ســـيكون عن جانب بارز عملي يعتبر من قبيل العقبات الكبيرة التي تواجه المســـتثمرين الأجانب، وهو ما تعلق بنقص التمويل بالبلد المضـــيف لهذه المشـــاريع الاســـتثمارية، إذ يقع الاهتمام في الآونة الأخيرة بما يســـمى عند علماء الاقتصـــاد بدراسات الجدوى وطرق تمويل المشاريع وهو ضمن الدراسات التنموية التي تحرص عليها كل دولة لنجاح المشاريع الاقتصادية.

والهدف من دراســـة أســـاليب التمويل وخدمته للمشـــاريع الاســـتثمارية هو لكونه أحد الخيارات المثالية التي قد تكون الأنسب والأفضل اقتصاديا بالنسبة لمالك المشروع لا سيما إذا كان أجنبيا، وبهذا يزداد الاهتمام بتمويل المشروعات على المستوى الفردي والشركات والدول وذلك لمواكبة التعاون والتطور الذي يسود العالم اليوم، خاصة ونحن في عصر العولمة.

وعليه فإننا سنقوم باستعراض هذه الأساليب المناسبة لتمويل المشاريع والتي يتم من خلالها اختيار ما يناسب كل مشروع بحسب ظروفه، ثم النظر بصفة عكسية في تأثير نقص التمويل على الاســـتثمار الأجنبي بكونه عائقا واقعيا كبيرا يحول دون تطوير المشـــاريع الاســـتثمارية، فالتمويل يشـــكل اليوم بنداً جوهريا ثابتا على جدول الفرد والأســـرة والمؤســـســـة

والدولة، ومرد ذلك أن عمليات التمويل والاستثمار ترتبط بشكل وثيق بشتى مناحي الحياة الاقتصادية والمالية لجميع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين من ناحية، ومن تأثيرهما على جميع الأنشطة من ناحية أخرى، علاوة على ما يمثله التمويل كقضية جوهرية للعديد من الأفراد والشركات والدول في السعي نحو معالجة النقص في المدخرات والإيفاء بالالتزامات.

غير أنني سأورد في هذا البحث بعض المعطيات الأساسية المتعلقة بالموضوع والخاصة بالجزائر كونها بلدا إفريقيا يتطلع لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية من جهة، ولوضوح تأثير نقص التمويل على المشاريع الاستثمارية الوطنية والأجنبية بها من جهة أخرى.

إشكالية البحث: انطلاقا مما سبق يتوجب علينا الإجابة على الإشكالية التالية:

كيف يؤثر تمويل الدولة المستقطبة للاستثمار على نجاعة المشاريع الاستثمارية الأجنبية في مختلف مراحلها، خصوصا عند نقصه؟

أهداف البحث: مما تهدف إليه هذه الدراسة ما يلي:

- توضيح العلاقة المتلازمة بين التمويل والاستثمار في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة.
- التعرف على أهم مصادر التمويل المتاحة للمستثمر.
- إبراز الأثر السلبي لنقص التمويل على تدفق الاستثمارات الأجنبية.
- معالجة عائق نقص التمويل الذي يؤرق أي مستثمر وخصوصا الأجنبي.

منهجية البحث: لمعالجة هذا الموضوع والإجابة على إشكالية البحث، تعتمد الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي.

ولمعالجة الموضوع وقصد الإجابة على تساؤلات هذه الدراسة اعتمدت على الخطة التالية:

أولا: التطرق إلى التمويل وعلاقته بالاستثمار في مبحث أول.

ثانيا: تناول تأثير نقص التمويل على الاستثمار الأجنبي في مبحث ثان.

المبحث الأول: التمويل وعلاقته بالاستثمار

سأحاول في هذا المبحث التطرق إلى المقصود بالتمويل في مطلب أول، وفي مطلب ثان نتناول بعض مصادر التمويل وعلاقته بالاستثمار.

المطلب الأول: مفهوم التمويل

وللإحاطة بالمقصود بالتمويل سنتناول ماهية التمويل في فرع أول، ثم الحاجة للتمويل في

فرع ثان على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف التمويل

انطلاقا من أن الخاصية الأساسية لأي استثمار هي في التوفيق بين الإنفاق الحالي أو المتوقع على المشروع والإيرادات والعوائد المستقبلية، وطالما أن مجمل العوائد المادية أكبر من المصروفات، فإن الاستثمار في هذه الحالة يتولد عنه عائد مادي، وفي أغلب الأحوال قد لا يكون هذا الشرط كافيا لقبول الاستثمار، فيجب أن يكون مستوى الربح المحقق مقبولا، وهو الوضع الذي يتوقف على مراعاة المستثمر الأجنبي لدراسة تقييم الخطر الذي ينطوي عليه تنفيذ الاستثمار وما إذا كان العائد يغطي المخاطر المترتبة على ذلك.

ومن هذا المنطلق تأتي فكرة التمويل الذي يعرف بأنه: الإمداد بالأموال من الهيئات المعنية بذلك لفائدة المستثمرين في أوقات الحاجة إليها (الحاج، 2002، صفحة 14)، ومن ثم فهو يشمل العناصر التالية:

- تحديد دقيق لوقت الحاجة للتمويل.
- البحث عن مصادر الأموال.
- المخاطر التي قد يتعرض لها أي نشاط يزاوله الإنسان.

ويعتبر التمويل وظيفة أساسية وهامة من وظائف المؤسسة، مما أدى إلى تطور مفهومه بصفة ملحوظة، فيمكن صياغة التمويل على أنه: مجمل الوسائل للإقراض، والتي تسمح للمؤسسة بضمان استمرارية نشاطها، هذا من المنظور الضيق أما من المنظور الواسع الأقرب للواقع فهو مجموع العمليات التي تبقى من خلالها المؤسسة قادرة على تلبية احتياجاتها من رؤوس الأموال. (هندي، 1996، صفحة 29)

فالتمويل هو " توفر النقود في الوقت المناسب، أي الوقت الذي تكون فيه المؤسسة في أمس الحاجة للأموال، كما يوفر التمويل الوسائل التي تمكن الأفراد والمؤسسات على الاستهلاك والإنتاج على الترتيب وذلك في فترات معينة " (لسلوس، 2004، صفحة 67).

كما يمكن تعريفه بأنه " إمداد الأموال اللازمة في أوقات الحاجة إليها كذلك بتوفير المبالغ النقدية اللازمة لدفع وتطوير مشروع خاص أو عام" (توفيق، 1996، صفحة 123).

و جاء في القاموس الاقتصادي ما يلي" :عندما تريد منشأة زيادة طاقتها الإنتاجية أو إنتاج مادة جديدة أو إعادة تنظيم أجهزتها فإنها تضع برنامجا يعتمد على الناحيتين التاليتين:

1- ناحية مادية : أي حصر كل الوسائل المادية الضرورية لإنجاح المشروع كعدد وطبيعة الأبنية و الآلات والأشغال و اليد العاملة وغير ذلك.

2- ناحية مالية : تتضمن كلفة ومصادر الأموال وكيفية استعمالها، وهذه الناحية هي التي تسمى بالتمويل (علية، 1985، صفحة 127).

فالتمويل في الاصطلاح الاقتصادي الحديث أعم منه في اللغة، فحسب التعريف السابق فهو يشمل: كلفة الأموال وسعر الفائدة وكيفية استعمال هذه الأموال وطريقة إنفاقها وتسيير هذا الإنفاق ومحاولة ترشيده، وعليه فإن التمويل يعني التغطية المالية لأي مشروع أو عملية اقتصادية (علية، 1985، صفحة 128).

كما يعرف التمويل بصفة عامة بأنه عملية تكوين المخصصات النقدية المتاحة وتوزيعها واستخدامها لضمان عملية استمرار عملية إعادة الإنتاج على مستوى الاقتصاد الوطني ومستوى المنشأة سواء كانت إنتاجية أو خدماتية، فالتمويل بذلك هو التأمين المالي اللازم من مصادر متنوعة ومختلفة في صورة قيم نقدية أو عينية ذات قيمة نقدية، واستخدامها في تكوين القيم المادية و الحفاظ على استمراريتها، ويندرج في تعريف التمويل بمفهومه الواسع جميع المعاملات والصفقات المالية التي يؤدي استخدامها إلى تغييرات في تركيب القيم المادية وعلاقات الملكية.

وتعتبر المهمة الأساسية للتمويل في إطار عام هي تكييف الوسائل النقدية المتوفرة مع العمليات المادية بمختلف أنواعها الضرورية اجتماعيا، لتحقيق أعلى عائد ممكن، وتحقيق مبدأ العقلانية والتوفير عند إنفاق هذه المخصصات في العمليات المادية التي يتم انجازها على المستوى الاجتماعي وعلى مستوى المؤسسات والمنشآت.

وتحدد السياسة المالية أساليب وطرق التمويل، وهي تتطلب لتحقيق أهدافها ليس مجرد الخبرة في هذا المجال فقط، بل القدرة على اتخاذ القرارات المناسبة لتحقيق ربطها مع سياسة الأنشطة المختلفة كأسلوب دقيق وهادف للاستخدام الأمثل للإمكانيات والقدرات التمويلية المتاحة في المؤسسات الإنتاجية أو الخدماتية، بغية الوصول إلى أهدافها المحددة عبر تحقيق التنمية المثلى لضمان استمرارية المؤسسات والمشاريع الاستثمارية وقدرتها على الوفاء بالتزاماتها (مطر، 2004، صفحة 81).

ويبحث قرار التمويل في الكيفية التي تتحصل بها المؤسسة أو المستثمر على الأموال الضرورية للاستثمارات، ويرتبط قرار التمويل ارتباطا وثيقا بقرار الاستثمار لأنه ستكون هناك مقارنة بين معدل مردودية المشروع الاستثماري وتكلفة تمويله.

وبما أن الموارد المالية محدودة، فيجب على المستثمر أو المؤسسة اختيار المشاريع الاستثمارية التي تضمن مردودية مرتفعة مع تكلفة منخفضة والتقليص من أخطار الإفلاس.

ويمكن أن يُطلق على الممول مسمى " المستثمر الثانوي " فهو غالباً يملك المال كسيولة متاحة مع خبرات سوق التداول Experience of market trading، و لكن ليس لديه خبرة المشروع المتخصص فيكون استثماره بإتاحة هذا المال و تشغيله لدى المتخصصين ذوي الخبرة، ليمر بدورة استثمارية ينتج عنها إنماء المال نفسه و زيادته، فهناك المستثمر الأساسي Investor و الممول المستثمر الثانوي funder Financier كل منهما يبحث عن الربح.

كذلك توجد مصادر تمويل غير ربحية على المستوى المادي و لكنها تحقق أهداف أدبية و تنموية و دعائية؛ مثل هؤلاء يطلق عليهم مسميات مثل: المانحون Donors أو الرعاة Sponsors.

وعادةً ما يتم التمويل الاستثماري من خلال وسطاء مثل المصارف banks، والاتحادات الائتمانية credit unions، والسماسرة brokers، والمقرضين lenders، وشركات التأمين insurance companies، وعلى الرغم من اختلاف التفاصيل القانونية والإجرائية لهذه الهيئات الوسيطة، فالمهمة الأساسية تتمثل في توافر السيولة المالية، ويتم توفيرها من خلال استخدام مساهمات أموال العديد من العملاء الذين يطمحون إلى استثمار مدخراتهم عن طريق هذه الشركات مقابل نسب ربحية ثابتة ومتفق عليها.

الفرع الثاني: الحاجة إلى التمويل وأهميته

أولا: الحاجة إلى التمويل

بالنظر إلى جدية الحاجة إلى التمويل في أكثر الأحوال ولو بسبيل الضمان على الأقل، فإن طلب التمويل ليس متعلقا بالشركات فحسب، بل بالأفراد والحكومات كذلك، فيجب أن يكون كل شخص مسؤولا عن التمويل، سواء كان هذا التمويل خاصا بمشروع كبير أو لتدبير بناء مسكن شخصي، فإنه يجب مراقبة التدفقات النقدية الخارجة من جهة والتدفقات النقدية الداخلة من جهة أخرى.

ومسـؤولية الممول هي محاولة التأكد من حسـن تدبير المحصـلات والمدفوعات بحيث يسير المال دائماً للوفاء بالمدفوعات اللازمة كلما ظهرت (الموسوي، 2004، صفحة 74).

ومنه فإن الإشـكال لا يكون واردا على المسـتثمر عندما تتسـاوى المصـروفات وعوائد الاسـتثمار، أما إذا كانت العوائد أو المصـاريف تحدث بشـكل متقطع وغير مسـتمر فإنه يلزم تدبير ضـمان لتوفير المال للمصـروفات الضـرورية، ويحدث هذا كون العوائد المالية أقل من المصـروفات وينجم عن ذلك ظهور العجز المالي، ولا يخفى أنه إذا كانت العوائد المالية أكبر من المصروفات فإن المستثمر يكون أمام وضع المال الفائض، الذي يغنيه عن التمويل تماما.

وفي حالة تطبيق هذا المفهوم على مشـاريع البناء الاسـتثمارية فيظهر لدينا ضـرورة عمل الدراسـات الاقتصـادية اللازمة لبيان حجم العوائد المتوقعة والمصـروفات، وحجم المخاطرة على مستوى عمر استثمار المشروع، قبل الشروع في البحث عن أسلوب التمويل المناسب.

ثانيا: أهمية التمويل

وتظهر أهمية التمويل لسد الحاجة إليه على وجه الخصوص فيما يلي (خوني، 2002-2003، صفحة 39):

- توفير المبالغ النقدية اللازمة للوحدات الاقتصادية ذات العجز في أوقات حاجتها إليها.
- تحقيق النمو الاقتصادي والاجتماعي للبلاد، مما يساهم في تحقيق التنمية الشاملة.
- توفير مناصب شغل جديدة تؤدي إلى القضاء على البطالة.
- تحقيق الأهداف المسطرة من طرف الدولة.
- تحقيق الرفاهية لأفراد المجتمع عن طريق تحسين الوضعية المعيشية.
- توفير السكن وتوفير العمل.

وعليه فإن التمويل يعتبر من القرارات الهامة والإستراتيجية في أي مؤسسة اقتصادية أو مشروع استثماري سواء تعلق الأمر بحجم الأموال أو مصدر الحصول عليها، فالتمويل عصب رئيسي لكل من عملتي التجهيز والاستغلال في المؤسسة أو ما يعرف بمرحلتي الإنجاز والإنتاج بالنشاط الاستثماري، ولا غنى عنه لاستمرارية النشاط.

ويزداد في الوقت الحاضر الاهتمام الواسع لدى رجال الأعمال ورجال الاقتصاد بالتمويل، فالتمويل اليوم يشكل بندا جوهريا ثابتا على جدول الفرد والأسرة والمؤسسة والدولة.

كما يزداد في الآونة الأخيرة الاهتمام بما يسمى بدراسات الجدوى وطرق تمويل المشاريع وإمداد المؤسسات بالأموال اللازمة لإنشائها أو توسيعها، والذي يعتبر من أعقد المشكلات التي يواجهها الاستثمار في أي بلد كان.

وعملية إيجاد الأموال من الوظائف المهمة في مختلف المؤسسات والمشاريع، كما يترتب على عمليات التمويل اتخاذ القرارات المناسبة وأهمها القرارات المتعلقة باختيار مصادر التمويل، فالقرارات المتعلقة بالتمويل واختيار مصادر التمويل من القرارات المهمة والمعقدة، الأمر الذي يتطلب من المسؤول دراسته دراسة جيدة ومتأنية، خاصة وأنه يترتب على اتخاذ قرار التمويل مجموعة من النتائج الهامة.

ولهذا تلجأ المؤسسات والدولة والمنظمات التابعة لها عند الحاجة إلى مصادر خارجية لسد حاجاتها سواء من عجز في الصندوق أو لتسديد الالتزامات رغم الاستخدام الدائم لجميع مواردها المالية، على هذا النحو يمكن القول بأن للتمويل أهمية كبيرة في سد حاجة المشاريع الاستثمارية عامة إليه والأجنبية منها خاصة.

ويمكن أن نجمع أهمية التمويل من الناحية المالية في الجوانب الأساسية الآتية:

1 : لا يمكن المحافظة على السيولة من طرف الشركات لا سيما القائمة على النشاط الاستثماري وحمايتها من خطر الإفلاس والتصفية إلا عن طريق قرار التمويل، مع العلم أن السيولة هنا تعني توفير الأموال السائلة الكافية لمواجهة الالتزامات المترتبة عليها عند استحقاقها، وتعني كذلك القدرة على تحويل بعض الموجودات إلى نقد جاهز خلال فترة قصيرة دون خسائر كبيرة.

2 : إن الاستخدام الأكفأ للتمويل الخارجي يؤدي إلى تخفيض الضغط على ميزان مدفوعات الدولة المدينة، ومن المعلوم أن أهم عوامل كفاءة استخدام التمويل الخارجي الربحية والملاءمة والمرونة والسيولة.

3 : يساهم التمويل في تحقيق أهداف المؤسسة من أجل تجديد أو تحسين رأس المال الثابت للمؤسسة كالأبنية أو استبدال المعدات والآلات، ويعتبر أيضا كوسيلة سريعة تستخدمها المؤسسة لتواجه به احتياجاتها الجارية والخروج من حالة العجز المالي.

4 : يضمن التمويل السير الحسن للمؤسسة الاستثمارية، فهو يعمل على تحرير الأموال أو الموارد المالية سواء داخل المؤسسة أو خارجها، ويوفر احتياجات التشغيل ويزيد من الدخل بإنجاز مشاريع معطلة وأخرى جديدة، لهذا يعتبر قراره من القرارات الأساسية التي يجب أن تعتني بها المؤسسة، ذلك أن مستخدمي القرارات المالية يبحثون دوما عن مصادر التمويل

اللازمة والموافقة لطبيعة المشروع الاستثماري المستهدف واختيار أحسنها، واستخدامها استخداما أمثلا يتناسب وتحقيق أكبر عائد بأقل تكلفة وبدون مخاطر، مما يساعد على بلوغ الأهداف المسطرة، وأن البديل الذي يكلف المؤسسة أقل ما يمكن من تكلفة رأس المال يتمثل في حسن اختيار طرق التمويل الذي يعتبر أساس السياسة المالية (شهيرة، 2009، صفحة 103).

المطلب الثاني: مصادر التمويل وعلاقته بالاستثمار

إن من أهم أساليب التمويل الحديثة للمشاريع الاستثمارية هو اللجوء إلى عقد بوت، حيث يعرف عقد بوت (B.O.T) بأنه: "نظام يبرم بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها و طرف خاص أجنبي عادة ما يتخذ شكل شركة أو ما يسمى بشركة المشروع (Project companie) بغرض تشييد أحد المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية على حساب تلك الشركة، وقيامها مقابل ذلك باستغلال المرفق والحصول على عائد هذا الاستغلال طول مدة التعاقد وفي نهاية تلك الفترة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة المتعاقدة دون أي مقابل وخالية من كافة الأعباء وبحالة جيدة".

وعموما سيتم التطرق أولا إلى مصادر التمويل واختيارها في فرع أول، ثم نتطرق بعد ذلك إلى علاقة التمويل بالاستثمار في فرع ثان على النحو التالي:

الفرع الأول: مصادر التمويل واختيارها:

أولا – مصادر التمويل:

يمكن أن نقسم مصادر التمويل بعدة تقسيمات إلى ما يلي:

1 - من حيث الملكية: وينقسم إلى:

أ - التمويل من المالكين أنفسهم وذلك من خلال عدم توزيع الأرباح أو زيادة رأس المال، ويطلق عليه بأموال الملكية.

ب - التمويل من غير المالكين وهم المقرضون، وقد يكونون مستأجرين للمنشأة أو بنوك تمويل أو مؤسسات مالية، ويطلق عليه بأموال الاقتراض (بدرة، 2010-2011، صفحة 25).

2 - من حيث النوع: وينقسم إلى:

أ - التمويل المصرفي: وهو الذي يحصل عليه المستثمر من البنوك والمؤسسات المالية الأخرى.

ب -التمويل التجاري: وهو الذي يحصل عليه من التجار (بدرة، 2010-2011، صفحة 26).

3 - من حيث المدة: وينقسم إلى:

أ - التمويل طويل الأجل: مثل القروض البنكية والسـندات، بحيث تكون مدته أكثر من عشـر سنوات.

ب - التمويل متوسـط الأجل: وهو التمويل الذي يمتد ما بين السـنة والعشـر سـنوات، مثل القروض المصرفية، وهذا النوع من القروض ينقسم إلى: قروض مباشرة والتمويل بالاستئجار.

ج - التمويل قصير الأجل: وهو الذي تكون مدته أقل من سنة، مثل القروض البنكية والتمويل التجاري، وتنقسـم بدورها إلى الائتمان المصـرفي والائتمان التجاري وتقوم البنوك التجارية بتزويد المنشـآت المختلفة بما تحتاج إليه من أموال لتمويل عملياتها الجارية (بدرة، 2010-2011، صفحة 27).

4 - من حيث المصدر: ويعتبر من أهم التقسيمات العملية، وينقسم إلى:

أ - تمويل داخلي: ويكون مصدره من مؤسسـة استثمارية أو مالكها، وهو يمثل حالة الارتباط المباشر بين عمليتي تجميع المدخرات واستخدامها في تمويل مختلف الأنشطة.

ويمكن أن يطلق عليه بالتمويل الذاتي وهو التمويل الذي يستخدم لتراكم المدخرات المتأتية من الأرباح التي حققها المشروع للوفاء بالتزاماته المالية، أو هو مجموع الوسائل التمويلية التي أنشأتها المؤسسة بفعل نشاطها العادي أو الاستغلالي والتي تبقى بصورة دائمة أو لمدة طويلة (برايك، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، 2011-2012، صفحة 142).

ويرجع اختلاف قدرة المشروعات في الاعتماد على هذا المصدر لتمويل احتياجاتها إلى ارتباط توسيع إمكانيات التمويل الذاتي بقدرة المشروع على ضغط تكاليف الإنتاج وزيادة أسعار منتجاته مما يؤدي إلى زيادة أرباح المشروع.

كما أن مصادر التمويل الذاتية تختلف باختلاف حجم المشروع، فالمشروع الصغير مصادره الداخلية تعتمد على صاحب المشروع أو أصحاب المشروع، والمشروع الكبير في نطاق القطاع الخاص يعتمد على المساهمين والاحتياطات وغيرها، والمشروع العام يعتمد على الأرباح المحجوزة ومساهمة الدولة، والمشروع التعاوني يعتمد على مساهمة الأعضاء.

والمشروع الفردي ككل المشروعات الشخصية وهي التي تعتمد على شخصية صاحب المشروع، فهي بالتالي تعتمد على ما لدى صاحب المشروع من أموال حاضرة لديه سواء كانت أموال خاصة بالمشروع أو خاصة بصاحب المشروع.

وبغية توضيح مفهوم التمويل الذاتي أو الداخلي، لابد من المقارنة بين هذا المفهوم ومفهوم رأس المال الخاص، فمن وجهة النظر القانونية يعرف رأس المال بأنه أحد مصادر التمويل الذي يحدد التزامات صاحب أو أصحاب المنشأة، أو بمعنى آخر الإمكانيات التي يتوجب على أصحاب المشروع توفيرها لممارسة النشاط الاقتصادي، وفي بعض الحالات قد ينسب إلى رأس المال الخاص الممتلكات الشخصية لصاحب المشروع الفردي أو لأصحاب شركات الأشخاص، وهذا النوع من الملكية لا يظهر عادة في ميزانية المنشأة، سواء كانت منشأة فردية أو شركة أشخاص، ومن البديهي أن يؤخذ بالحسبان في تحديد الملكية الفردية التزامات الفرد اتجاه الغير.

أ1 – مزايا التمويل الداخلي:

ومن مزايا التمويل الداخلي أو الذاتي ما يلي (خوني، 2002-2003، صفحة 53):

- أنه يمثل المصدر الأول لتكوين رأس المال الطبيعي بأقل تكلفة.
- يجعل المؤسسة صاحبة النشاط الاستثماري تتمتع باستقلالية مالية وإدارية تامة.
- يزيل على المؤسسة عبء التكاليف المتعلقة بالعمليات المالية.
- وبما أن الاستهلاك يمثل الجزء الأكبر في التمويل الذاتي والذي يعتبر معفى من الضرائب، فإنه يخفض مجموع الضرائب التي تخضع لها أموال المؤسسة.
- يحقق التمويل الذاتي التوازن بين الادخار والاستثمار.
- يعطي الحرية للمؤسسة في اختيار نوع الاستثمار دون التقيد بشروط الائتمان.

أ2 – عيوب التمويل الداخلي:

ومن جهة مقابلة لا بد من القول أن للتمويل الداخلي أو الذاتي بعض العيوب تتلخص في يلي:

- في غالب الأحيان لا يكفي حجم التمويل الذاتي لتغطية كل حاجيات المؤسسة.
- يحقق مردودية أقل من تلك التي تمول بمزيج من الأموال الداخلية والخارجية.
- يمنع تجميع الادخارات بصفة عامة ثم إعادة توزيعها على مختلف قطاعات والمشروعات طبقا لأولويات استثمارية معينة.
- الاعتماد على الأموال الذاتية يؤدي إلى التوسع البطيء مما يؤدي لعدم الاستفادة من القروض الاستثمارية المربحة بسبب عدم كفاية التمويل الذاتي لتلبية الاحتياجات.

وعلى كل يمكن تصور التمويل الداخلي على مستوى كل من المؤسسات والإدارات على النحو التالي:

أI- التمويل الداخلي على مستوى المؤسسات الاقتصادية: وهو ما يعرف عادة بمصطلح التمويل الذاتي للمؤسسة والذي يقصد به " إمكانية المؤسسة على تمويل نفسها بنفسها من خلال نشاطها"، وذلك من خلال ما تمتلكه من موارد ذاتية متاحة، والتي تتكون عموما من الفوائض النقدية الناتجة عن العمليات الجارية والمتمثلة في الأرباح ذات الطابع الاحتياطي.

ويتضح جليا أن هناك غرضين من التمويل الداخلي للمؤسسات الاقتصادية: فالهدف الأول الذي يسعى إلى تحقيقه يتمثل في المحافظة على الطاقة الإنتاجية للمؤسسة، والهدف الثاني الذي يراد تحقيقه من هذه الطريقة التمويلية فيتمثل في توسع المؤسسة وتنميتها، وذلك من خلال ما تحوزه من أرباح غير موزعة واحتياطات، وعليه فإن التمويل الداخلي للمؤسسة هو عبارة عن مجموع الأموال المحتجزة بغض النظر عن تعداد أشكالها.

أII - التمويل الداخلي بالنسبة للإدارات العمومية: يمكن تعريفه بأنه إمكانية الإدارات العمومية على تمويل نفسها بنفسها من خلال ما بحوزتها من ادخارات، وهذا النوع من التمويل يكون مصدره الدخل، وذلك من خلال النسبة المخصصة منه للادخار حيث أنه كلما ارتفع الدخل تزيد معه الكمية المدخرة وهي المخصصة للتمويل.

كما أن هذا النوع من التمويل تكبر أهميته في الحالات التي يصعب فيها إمكانية الحصول على تمويلات من خارج هذا القطاع، والتي قد تحقق لكن بشروط قاسية، منها ارتفاع معدلات الفائدة، وعندما تتوجه إلى الاعتماد على التمويل عن طريق مواردها الذاتية مضحية باحتياجاتها الاستهلاكية، ويقوم القطاع بتوجيه مدخراته واستخدامها في إنشاء رأس مال طبيعي خاص بهم.

أما بخصوص الإدارات العمومية ممثلة بالحكومة، فإن التمويل الداخلي الخاص بها يتكون في الأساس من مواردها الخاصة الحاصلة من فائض الميزانية عامة، ومن ثم فإنه بإمكانها أن تلجأ إلى مثل هذا النوع من التمويل، وذلك من أجل إنشاء وتكوين رؤوس أموال طبيعية ترتبط بأنشطتها الإدارية والتقنية (بلعبيدي، 2007-2008، صفحة 59).

ب - تمويل خارجي: ويكون مصدره خارج المؤسسة وبعيداً عن مالكيها مثل الاقتراض البنكي والتمويل التجاري، بحيث يلجأ صاحب المشروع الاستثماري إلى التمويل الخارجي وذلك في حالة عدم كفاية مصادر التمويل الذاتي المتوفرة لديه، ويتمثل ذلك في المدخرات المتاحة في

الأسواق المالية محلية كانت أو أجنبية بواسطة التزامات مالية سواء كانت قروضا أو سندات أو أسهما لمواجهة احتياجاتها التمويلية (الحاج، 2002، صفحة 66).

ويتوزع التمويل الخارجي إلى تمويل مباشر وآخر غير مباشر كما يلي:

ب1 - التمويل المباشر: وتعبر هذه الطريقة عن العلاقة المباشرة بين المدخر والمستثمر دون تدخل أي وسيط مالي لأن الوحدات الاقتصادية ذات الفوائض المالية تقوم بتوجيه فوائضها إلى الوحدات ذات العجز المالي.

ب2 - التمويل غير المباشر: وهذا النوع من التمويل يتم من خلال الأسواق عن طريق مؤسسات الوساطة المالية، سواء كانت نقدية أو غير نقدية، حيث تتولى هذه المؤسسات مهمة جمع الادخارات النقدية من الوحدات الاقتصادية ذات الفائض من عائلات ومؤسسات اقتصادية ثم تقوم بتوزيع ما جمعته من مدخرات على الوحدات المحتاجة، ويتجلى ذلك من خلال ما تمنحه من قروض للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وعليه فإن أهم نتائج طريقة التمويل غير المباشر تتجلى في قدرة مؤسسات الوساطة المالية على تحويل الاكتناز الادخاري إلى توظيف ادخاري، وكذلك في قدرة عدد من مؤسسات الوساطة المالية، خاصة المصارف منها على أن تقوم بالمساهمة في مضاعفة حجم القوة الشرائية الموجهة للتوظيف الاستثماري ومن ثم فإن النظام البنكي عموما بإمكانه توفير قوة شرائية عن طريق التوسع النقدي ويمكنه أن يوجه هذه القوة الشرائية للتوظيف الاستثماري.

كما يعتبر منح الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية لبعض الإعفاءات الضريبية والجمركية مساهمة غير مباشرة في تمويل المشروع الاستثماري، وذلك لما قد يوفره جراء الاستفادة منها من أموال قد يقوم باستغلالها في شتى مراحل مشروعه.

ثانيا – اختيار التمويل:

وبشكل عام فإن هناك جملة من المحددات التي تساعد في الاختيار بين المصادر التمويلية، وهي:

- ما يفرضه الممولون من قيود أثناء طلب التمويل.
- ما يفرضه الممولون من مواعيد للتسديد، ومدى مناسبة ذلك للتدفقات النقدية من عدمه وتاريخ الاستحقاق في فترات السداد.

- تحديد تكلفة كل نوع من أنواع التمويل إذا كان لكل مصدر تمويلي تكلفة خاصة به، ولابد من مقارنة ذلك مع العوائد المتوقعة من الاستثمار، فيتم اختيار المصدر التمويلي ذو العائد الاستثماري المرتفع والتكلفة المنخفضة.

- حجم الأموال التي ترغب المنشأة أو المستثمر بالحصول عليها، وإمكانية تلبيتها من المصادر المختلفة (بلعبيدي، 2007-2008، صفحة 73).

الفرع الثاني: علاقة التمويل بالاستثمار

بناءا على ما تقدم يظهر أن للتمويل جملة من الوظائف تبين أهميته، ويمكن إجمال هذه الوظائف في الجوانب الخمس الآتية:

1- التخطيط المالي: هو نوع من أنواع التخطيط يساعد في الإعداد في المستقبل حيث أن تقديرات المبيعات والمصاريف المستقبلة الرأسمالية توجه تفكير المدير المالي نحو المتطلبات المالية في المستقبل.

2- الرقابة المالية: وهي مقارنة أداء المنشآت بالخطط الموضوعة.

3- الحصول على الأموال: من خلال تبيان التدفقات النقدية الداخلة والخارجة خلال الفترة التي تشملها الخطة.

4- استثمار الأموال: بعد قيام المدير المالي بإعداد الخطط المالية والحصول على الأموال من مصادرها، عليه أن يتأكد من أن هذه الأموال تستخدم بحكمة وتستخدم استخداما اقتصاديا داخل المنشآت.

5- مقابلة مشاكل خاصة: إن الوظائف السابقة في وظائف دورية ودائمة للإدارة المالية والمدير المالي، ولكن قد تظهر مشاكل مالية ذات طبيعة خاصة وغير متكررة، وقد لا تحدث خلال المشروع.

6- مخطط تمويل الاستثمارات: انصب اهتمام مسيري المؤسسات الاستثمارية ومنذ فترة طويلة في البحث عن وسائل وأدوات تحليلية تسمح خلال فترة زمنية معينة بإعطاء صورة ديناميكية عن تطور المؤسسة، واحتياجاتها، وعن هيكلها المالي.

فالتمويل يفرض نفسه بقوة عند الحديث عن جذب الاستثمارات وفتح قنوات ومجالات استثمارية جديدة أمام رأس المال الخاص ولاسيما أن المشاريع عندما تبحث عن التمويل فإنها تعتبره شرطا مهما لنجاحها حيث غالبا ما تتجاوز نسبته نصف تكاليف المشروع أو أكثر.

ويتمثل تمويل الاستثمار في الأموال المخصصة لمواجهة النفقات التي يترتب عنها خلق طاقة إنتاجية جديدة أو توسيع الطاقة الحالية للمشروع الاستثماري كاقتناء الآلات والتجهيزات وما إليها من العمليات التي يترتب على القيام بها زيادة التكوين الرأس مالي للمشروع.

ومن وجهة نظر المخطط الجزائري فإن الاستثمار هو حصيلة ثلاث نشاطات هي (خوني، 2002-2003، صفحة 96):

- اقتناء أو خلق سلعة معمرة بهدف زيادة طاقة الإنتاج أو إنشاء مجموعات إنتاجية كاملة.
- تجديد التجهيز الموجود المتعلق باستبدال سلعة معمرة بسلعة أخرى معمرة للمحافظة على طاقات الإنتاج.
- نفقات الصيانة والإصلاحات الكبيرة للعتاد المخصصة لإطالة الحياة الاقتصادية للتجهيزات الموجودة بمعنى المدة العادية للاستغلال.

ومما تقدم يتضح أن هناك خاصتين أساسيتين تميزان تمويل الاستثمار هما:

- أن عائد الأموال المنفقة على الاستثمار يتحقق بعد فترة زمنية طويلة نسبيا بعد حدوث الإنفاق، كما أن العائد لا يتحقق دفعة واحدة وإنما يتوزع على فترات ودورات إنتاجية.
- زيادة عنصر عدم التأكد المرتبط بتقديرات إيرادات وتكاليف الاستثمار الناتج عن طول الفترة التي يستغرقها النشاط الاستثماري وما تفتحه من احتمالات تغير المعطيات في نهاية الفترة عن بدايتها.

ثم إن كلا من عمليات التمويل والنشاطات الاستثمارية ترتبط بشكل وثيق بشتى نواحي الحياة الاقتصادية والمالية لجميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين من ناحية، ومن تأثيرهما على جميع الأنشطة من ناحية أخرى، فالتمويل قضية جوهرية للعديد من الأفراد والشركات والدول في السعي نحو معالجة النقص في المدخرات والإيفاء بالمستلزمات.

وبهذا يزداد الاهتمام بالتمويل على المستوى الفردي والشركات والدول وذلك لمواكبة التعاون والتطور الذي يسود دول العالم، خاصة ونحن في عصر جديد وهو عصر العولمة المتميز بالمجال الاستثماري الأجنبي على وجه الخصوص.

المبحث الثاني: تأثير نقص التمويل على الاستثمار الأجنبي

سأحاول في هذا المبحث التطرق إلى أثر مخاطر التمويل على تدفق الاستثمارات الأجنبية في مطلب أول، وفي مطلب ثان نتناول العوائد السلبية لنقص التمويل على الاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: أثر مخاطر التمويل على تدفق الاستثمار الأجنبي

ما من شك أن العلاقة بين الاستثمار والتمويل تبقى قائمة بقيام المشاريع الاستثمارية بغض النظر عن حجمها، ومن ثم فإن أول ما يهدد هذه النشاطات الاستثمارية الأجنبية خصوصا هو نقص التمويل من الجهات والهيئات الموكلة بذلك.

وبتحليل هذا النقص في التمويل، فإننا نجد أن أكثر ما يؤثر في تحققه هو وجود العديد من العوامل التي تشكل مخاطر حقيقية لا سيما بتنوعها، مما يعود حتما بالسلب على جذب الاستثمار، والتأثير في تأخره كما ونوعا، وبالرجوع إلى هذه المخاطر التي تعتري التمويل فإنه يمكن تقسيمها إلى مخاطر مادية وفنية واقتصادية (بلعبيدي، 2007-2008، صفحة 80).

الفرع الأول: المخاطر المادية

وهي تلك المخاطر التي قد تتسبب في تلف المشاريع الاستثمارية الممولة أو جزء منها، وبالتالي ينشأ عبء إضافي في العوائد، وهو الوضع الذي يؤدي بالضرورة إلى تكاليف ومصاريف إضافية لم تكن في الحسبان، حيث أنها تثقل كاهل المستثمر وتثبطه على مواصلة استثماراته أو العودة إلى البلد المضيف باستثمارات اقتصادية جديدة وذلك لأسباب مادية أو طبيعية خارجة عن نطاقه، ويعجز عن التحكم في تبعاتها أو معرفة حدودها وتفاصيلها وتوقيتها وحجمها وغير ذلك، ومثال ذلك ما قد يصيبه من التلف الذي قد ينشأ بسبب احتراق المشروع الاستثماري، أو ما قد يلحق به بسبب عامل من عوامل التلف الطبيعية المتعددة كالأعاصير والفيضانات والزلازل، مما يؤثر سلبا على استقرار الاستثمارات ونجاحها، أو على آجال إنجازها أو التأثير في نتائجها كما ونوعا.

الفرع الثاني: المخاطر الفنية

وتتمثل في تلك المخاطر التي تنبع من حقيقة أن مهارة تنفيذ المشروع ومستوى جودة مواد البناء للمشروع والكفاءات القليلة والمحدودة قد لا تتوافق مع ما يكون مخططا له عند الدراسة الأولية للمشروع الاستثماري من استغلال للاستثمار في الفترة الزمنية المحددة لذلك، وينشأ عن ذلك قيام مشروع غير مؤهل فنياً وتقنيا للاستغلال الأمثل والمطلوب للنشاطات المسطرة والمرغوب فيها ، أو أنه إذا استطاع أن ينجح في ذلك فإنه لا بد أن يستهلك من أجل بلوغ أهدافه المنشودة مزيدا من الموارد المادية ومصاريف أكثر في صورة أعمال صيانة، وبالتالي تنشأ عنه خسائر لم تكن في الحسبان.

الفرع الثالث: المخاطر الاقتصادية

وهي المخاطر الناتجة عن مشاكل اقتصادية بحتة، فهي ترتبط مباشرة بأحوال السوق أو الاقتصاد بصفة عامة، كالمخاطر المالية التي يكون مصدرها الخسائر المحتملة في الأسواق المالية نتيجة تقلبات المتغيرات المالية، أو كخطر انخفاض الطلب على المعارض التجارية في الأسواق مثلاً ، وما ينتج عنه بعدم الحصول على المردود المالي المقدر لمثل تلك المشاريع، أو عدم توفر المواد والإمكانات اللازمة للاستثمار ببناء المشروع بشكل مجد اقتصاديا، فتكون هذه المخاطر عادة مصحوبة بنظام الاستدانة، لأن هذه المؤسسات تصبح في وضع مالي متعسر نتيجة لعدم قدرتها على الموازنة بين التزاماتها ووضعيتها المالية.

المطلب الثاني: العوائد السلبية لنقص التمويل على الاستثمار الأجنبي

وسيتم التطرق أولا إلى تأثر الاستثمار بنقص التمويل في فرع أول، ثم نتطرق بعد ذلك إلى عدم كفاية مساعي التمويل في الجزائر في فرع ثان على النحو التالي:

الفرع الأول: تأثر الاستثمار بنقص التمويل

هناك عدد من الاستراتيجيات المختلفة للاستثمار في الأسهم متنامية القيمة، فعلى سبيل المثال هناك مستثمر تعتمد إستراتيجيته على قوة ارتفاع السعر أو انخفاضه، فيبحث هذا المستثمر عن الأسهم الأعلى سعرا والأسرع نموا والأكثر رواجا، مثل أسهم الشركات التي تعمل في مجال الإنترنت أو التكنولوجيا الحيوية.

ويكون هؤلاء المستثمرون على استعداد تام لدفع أي سعر مقابل هذه الأسهم، حيث يتوقعون أن يبيعوها عند أعلى سعر، ويتسم هؤلاء المستثمرون بروح المغامرة والشجاعة، حيث إنهم يستعدون لتحمل أي تقلبات في أسعار الأسهم المفضلة لديهم من أجل الحصول على فرصة لتحقيق ربح ضخم.

وهناك مستثمرون آخرون يفضلون التعامل في أسهم الشركات سريعة النمو، ولكنهم لا يقومون بشراء تلك الأسهم إلا إذا كانت أسعارها معقولة، ومن ثم فإن هؤلاء المستثمرين يبحثون دائما عن الأسهم متنامية القيمة والتي يكون سعرها معقولا في الوقت نفسه، ويميل هؤلاء المستثمرون إلى تجنب الأسهم التي تتسم بقوة ارتفاع السعر نظرا لأنها تكون باهظة الثمن (برايك، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، 2011-2012، صفحة 146).

وبعكس الكثير من المستثمرين الذين يتعاملون في الأسهم المقدرة بأقل من قيمتها، يبدي المستثمرون المخالفون للاتجاه العام للمستثمرين الآخرين اهتماما أكبر بالعوامل النفسية عند

اختيار الأسهم من أجل تمويل المشاريع الاستثمارية، فهم يرون أن طريقة تفكير المستثمر وحالته النفسية تؤثر بشكل كبير على أسعار هذه الأسهم.

وطبقا لهؤلاء، فإن هناك نزعة لدى المتعاملين في البورصة إلى اتباع الاتجاه العام للسوق، بحيث إذا انخفضت أسعار الأسهم نتيجة حالة من الذعر أو رد فعل مبالغ فيه من جانب المستثمرين الأجانب خصوصا، تكون عندئذ الفرصة مهيأة لتدخل المستثمر المخالف للاتجاه العام للمستثمرين الآخرين، والذي يرى في مثل هذه المواقف الفرصة المثالية لشراء الأسهم عالية الجودة التي يتجنبها المستثمرون الآخرون بصفة مؤقتة عند أسعار منخفضة، ويبذل هؤلاء المستثمرون جهدا كبيرا إلى أن يجدوا مثل هذه الأسهم.

ويتوضح القول في تأثر الاستثمار الوطني والأجنبي على حد سواء بنقص التمويل بكل صور ذلك النقص من خلال تسليط الضوء على عملية تمويل المشاريع الاستثمارية، كإنشاء شركة مثلا، حيث تواجه هذه الأخيرة تحديا في توفير الموارد المالية اللازمة لتلبية احتياجات المشروع أو إنشاء الشركة، وهو الوضع الذي تبرز فيه كفاءة وفعالية المسير أو المستثمر في مدى قدرته على تحقيق الأهداف المسطرة التي ترتكز على تنمية العائد من جهة، وكذا تخفيض التكاليف والمخاطر من جهة أخرى.

وانطلاقا من أثر قرار التمويل على المشاريع الاستثمارية الخدماتية، وانطلاقا من فرضيات اقتصادية مفادها أن قرار التمويل يخضع لدراسة معمقة من طرف المستثمر أو متخذ القرار، فإن قرار التمويل يلعب دورا مهما في نجاح المشروع الاستثماري وضمان استمراريته، من خلال الدراسات الإستراتيجية للمشاريع الاستثمارية وقرار الاستثمار، وهو ذلك القرار الذي ينطوي عليه تخصيص قدر معلوم من الأموال ثم توظيفها بقصد الحصول على عائدات ربحية في المستقبل، ويترتب عن قرار الاستثمار أخطار على المستثمر أو المؤسسة الاستثمارية بسبب أن الآثار المستقبلية للمشاريع الاستثمارية لا تكون معروفة بدقة .

ومما يعكس تأثير نقص التمويل، ما يظهر أولا من استعراض احتياجات المشاريع الاستثمارية وكيفية تمويلها عند دراسة قرار التمويل الذي يعد من أصعب القرارات، والذي يبحث في الكيفية التي يتحصل بها المستثمر على الأموال الضرورية لقيام مشروعه أو مواصلته، وهو في نفس الوقت مرتبط ارتباطا وثيقا بقرار الاستثمار، فيكون التأثير سلبيا بنقص التمويل لإضراره بقرار الإسرار المؤسس عليه.

كما أن صعوبة الحصول على تمويل من المصادر الخارجية ونقص الاقتراض من البنوك يؤدي حتما إلى قرار جديد بتمويل المشروع بالأموال الخاصة، أي مساهمة الشركاء في إنشاء الشركة الاستثمارية، وبالتالي يحصل تأخير قيام المشروع ليتمكن الشركاء من توفير الأموال اللازمة، زيادة على أن هذه الشركة ستواجه صعوبات في تسديد رواتب الموظفين ومستحقات العمال في الوقت المحدد نتيجة تمويل المشروع بالأموال الخاصة وعدم اللجوء إلى الاقتراض، وهذه تعد المشكلة الأساسية بسبب نقص السيولة والأموال، فضلا على أن مؤسسي الشركة الاستثمارية يتقاضون رواتبهم فقط بصفتهم استشاريين من غير الاستفادة من الأرباح (هندي، 1996، صفحة 84).

ولأجل هذا فإن الحديث عن تمويل المشاريع الاستثمارية واتخاذ قرار التمويل سواء في الاستثمارات الصغيرة أو الكبيرة يعد أمرا هاما خصوصا في الوقت الراهن الذي تمر به الدول لتنمية اقتصادياتها الوطنية.

الفرع الثاني: عدم كفاية مساعي التمويل في الجزائر

بعد التطور الذي وصلت إليه الدول المتقدمة والنمو الاقتصادي الذي حققته، أدركت الجزائر أن السبيل الوحيد للتنمية الاقتصادية هو إقامة مشاريع استثمارية واستغلال ثروتها على أحسن وجه، وعلى هذا الأساس يجب توفير معطيات إحصائية دقيقة ومعرفة وافية للحاجيات والتغيرات المستقبلية، ولأجل تحقيق ذلك كان لا بد من إجراء دراسات على جانب كبير من الموضوعية والفعالية لاتخاذ القرار الأحسن والأمثل لهذه المشاريع الاستثمارية.

وقد وصل عدد المشاريع الاستثمارية بالجزائر إلى سبعة وثمانين مشروعا استثماريا أجنبيا مباشرا في ظل قانون النقد والقرض، ومائتان وسبعة وثلاثين مشروعا في ظل قانون الاستثمارات إلى غاية سنة 1998 وذلك خارج قطاع المحروقات ما بين 1990-1998، مقدرة بمبلغ إجمالي قدره ثلاثة ملايير دولار أمريكي (المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، 1996، صفحة 109).

ويمكن ملاحظة ضعف الاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر خلال التسعينيات، وأن أهمها تم منذ 1996، حيث تعاقدت الجزائر مع كبرى الشركات البترولية، فنجد أن عدد عقود البحث والتنقيب المتعاقد عليها بين شركة سونا طراك والشركات الأجنبية السارية المفعول حتى نهاية 1998 هي سبعة عشر عقدا (برايك، تحديات التمويل والاستثمار في إفريقيا، 2016، صفحة 17).

وفي نهاية ديسمبر 1995 أبرمت سونا طراك وبريتش بتروليوم عقد خدمة مدته ثلاثون سنة بقيمة ثلاثة ملايير دولار أمريكي، تساهم فيه سونا طراك بـ 1.015 مليار دولار أمريكي بهدف البحث عن الغاز الطبيعي في مدينة عين صالح بجنوب الجزائر بموضوع إنتاجه وتسويقه.

وبات من المحقق والمجرب في نفس الوقت أن نجاح المشاريع الاستثمارية عموما والأجنبية خصوصا مرهون بتوفير الموارد المالية اللازمة لتمويلها وتجسيدها على أرض الواقع، علما أن مصادر التمويل هذه تختلف من مصادر داخلية التي تعبر عن استقلالية المؤسسة وقدرتها على التمويل الذاتي، وموارد مالية خارجية التي تلجأ إليها المؤسسة العاجزة عن تمويل مشاريعها الاستثمارية بنفسها، ولا يكون هذا التمويل إلا بوجود جهاز مصرفي يضمن تمويل هذه الاستثمارات تمويلا فعالا آخذا بعين الاعتبار الضمانات المأخوذة من الزبائن.

وقد لجأت الجزائر في بداية التسعينات إلى تمويل المشروعات الاستثمارية بالتوسع في الإصدار النقدي وطلب القروض الخارجية القصيرة الأجل منها، واعتمادها على قطاع تصديري يعتمد على سلعة أحادية البنية تتغير أسعارها في الأسواق العالمية وهو ما فرض التزامات مالية خارجية على الدولة الجزائرية، أما على المستوى الداخلي فكانت النتيجة ارتفاع الأسعار وغلاء المعيشة وتدهور المستوى المعيشي لغالبية السكان وتدهور مستوى الإنتاج في أغلب المؤسسات الإنتاجية.

من هذا المنطلق أضحى لزاما التفكير بمنطق اقتصاد خارج المحروقات والاقتصاد التمويلي، فالأول يبين بصفة واضحة الهزات والأضرار التي يتعرض لها الاقتصاد الجزائري، وهذا بطبيعة الحال مرجعه سعر البترول الذي يعتبر متغير خارجي، فهو يفلت من رقابة صناع القرار السياسي، إضافة إلى تذبذب أسعاره حسب ظروف السوق البترولية العالمية، أما الثاني فيحدد طبيعة المؤسسات التي تأخذ صفة المتعامل الاقتصادي في المجال التمويلي والطريقة التي يتم بموجبها تمويل المشروعات الاستثمارية.

ويذكر في هذا السياق أن البنك الخارجي الجزائري قد خصص عشرة ملايير دينار جزائري كرأس مال لصناديق الاستثمار المستحدثة، بداية من يوم 22 مارس 2011 في عشر ولايات بالجزائر بمعدل مليار دينار لكل ولاية، قصد تطوير ودعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (عماري، 2010-2011، صفحة 71).

ويأتي هذا الصندوق تطبيقا للمادة 100 من قانون المالية لسنة 2009 لتأسيس صندوق استثمار في كل ولايات الوطن بغلاف مالي يقدر مليار دينار لكل ولاية، وهذا قصد تدعيم إنشاء

المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتطويرها، كما أن البنك الخارجي الجزائري يمول المؤسسات الكبرى، لاسيما الخاصة بالمحروقات وكذا المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والخواص لبناء أو شراء سكن في حدود خمس وعشرين سنة في إطار القرض الكلاسيكي، ليطور خدماته بتمويل رأس مال المؤسسات الصغيرة والمتوسطة واقتراح التمويل بالإيجار لشراء العتاد.

وتظهر مزايا هذا التمويل الهادف لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتدعيمها في مقارنته بالقرض الكلاسيكي المحدود بعدم تحمله للمخاطرة عكس صندوق الاستثمار الذي يشارك في رأس المال في حدود خمسين مليون دينارا جزائريا بنسبة لا تتعدى 49 % من رأس مال المؤسسة لينسحب بعد خمس سنوات بضمان استقرار المؤسسة في النسيج الاقتصادي وضمان أهدافها وانسجامها.

وقد تم ترخيص الخزينة العمومية بوضع خط قرض طويل المدى بقيمة مائة مليار دينار قابل للتجديد تحت تصرف البنوك العمومية لتمكينها من تمويل المشاريع التي يحتاج نضجها إلى فترة طويلة، ومن أصل نحو ثلاثة آلاف مليار دينار من القروض البنكية الممنوحة للاقتصاد سنة 2010، وهو المستوى الذي يبقى دون حاجيات هذه المؤسسات.

وتمول البنوك حاليا من أربعين إلى خمس وستين بالمئة من المؤسسات الصغيرة المنشاة في إطار أجهزة دعم التشغيل وهي الوكالة الوطنية لدعم التشغيل والصندوق الوطني للتامين على البطالة والوكالة الوطنية لتسيير القروض المصغرة وهي تمويلات تزيد بنسبة تتراوح من خمسة عشر الى ستة عشر بالمئة سنويا.

ورغم سياسات التقشف المعلن عنها بالجزائر، إلا أنه من المقرر أن تشجع إجراءات مجالس الوزراء البنوك على منح قروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي يقلص حجم رصيدها المالي من مقبوليتها لدى المصارف، وسيتم تجنيد شركات الاستثمار التي تم استكمال إنشائها من قبل البنوك العمومية لتسيير صناديق الاستثمار على مستوى الولايات وترقية مساهماتهم في رأسمال المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

وقد أصبح بإمكان الصندوق الوطني للاستثمار التدخل لدى المستثمرين الوطنيين بالمساهمة بنسبة أربعة وثلاثين بالمئة في الرأسمال والتمويل، كما سيتم بعث دوره في تمويل إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وأصبح من اللازم فعليا ضرورة تنشيط الآليات القائمة المعتمدة لضمان القروض المقدمة للمؤسسات الاستثمارية الوطنية والأجنبية، مع تخفيف

الإجراءات ذات الصلة بمساعدة السلطة النقدية (برايك، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، 2011-2012، صفحة 149).

ولا بد من القول في هذا السياق أن إنشاء سوق أسهم (بورصة) للمشروعات الصغيرة والمتوسطة سيجعله أداة فاعلة لجذب الاستثمارات الأجنبية إلى هذا القطاع الحيوي، ويمكنها من الحصول على التمويل بشروط وتكلفة ميسرة، فهذه السوق ستسمح بقيد المشروعات بشروط ميسرة مقارنة بالسوق الرئيسية الأسهم، كما سيوفر فرصة أمام المستثمرين الأجانب لتنويع استثماراتهم في سوق الأوراق المالية لتجنب مخاطر تقلبات الأسعار، وزيادة هوامش أرباحهم من خلال الاستثمار في أسهم شركات ناشئة وذات فرص نمو مرتفعة، وقد تساعد هذه الميزة أيضا على زيادة تدفقات الاستثمارات الأجنبية إلى الاقتصاد المحلي للاستثمار من خلال هذا السوق.

ولا شك أن هذا السوق سيكون ذراعا اقتصاديا قوية حيث سيساعد على عودة رؤوس الأموال والمستثمرين المحليين والأجانب إلى الأسواق المحلية، بعد أن عانت الأسواق شح السيولة وضعف حجم التداولات بسبب تفضيل المستثمرين الانتظار خارج السوق لا سيما أمام الأزمة المالية العالمية، كما أنه يساعد على توسيع قاعدة الأسواق والتقلص من التحركات غير المبررة لها، وفي النهاية يصبح الاقتصاد الوطني هو المستفيد الأكبر من إنشاء هذه البورصات، التي تساعد على توسع المشروعات الصغيرة ونموها وزيادة ناتجها، وقد أثبتت تجارب بورصات المشروعات الصغيرة في كل من جنوب إفريقيا والهند وبريطانيا وإيطاليا نجاح هذه الآلية في دعم هذه المشروعات في تأدية دورها الاقتصادي، وتعظيم مساهمتها في الناتج وزيادة قدراتها التنافسية، ودمج هذه المشروعات في الاقتصاد الرسمي.

إلا أننا نلحظ من هذه الصور العملية أمران بارزان:

أولهما: أن إقدام الجهات التنفيذية بهذه الخطوات العملية بصدد التمويل دليل على محاولة منها لتغطية ما هو موجود من حالة نقص تمويل المشاريع الاستثمارية، وفي هذا دليل على أن هناك فشلا في كثير منها لأجل هذا النقص.

ثانيهما: أن هذه الخطوات العملية لا تواكب في حجمها ولا في نوعها حماية المستثمر الأجنبي وجذبا له، ذلك أن مجال الاستثمارات الأجنبية يبقى رهين نقص كبير في التمويل رغم انفتاح الأسواق المالية في الجزائر، وإقبال بعض الجهات المصرفية على تمويل النشاطات الاستثمارية.

وعليه فإن سياسة جذب الاستثمار الأجنبي مرهونة بمدى نجاعة التمويل في الجزائر لها ونجاح السياسة المالية بهذا الصدد.

وقد كشف تحقيقات منجز ة من طرف الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار عن وجود العديد من المشاكل الميدانية من شأنها عرقلة مسار المشاريع الاستثمارية الأجنبية، انطلاقا من أن الأسباب التي تقف وراء عدم إتمام المشاريع ترتبط بالمقام الأول بإشكالات التمويل (برايك، تحديات التمويل والاستثمار في إفريقيا، 2016، صفحة 20).

ويمكن تسجيل الملاحظات الآتية بخصوص عيوب التمويل بالجزائر فيما يلي:

1- صار تمويل قطاع المحروقات في مجمله خارجيا إما في شكل استثمار أجنبي مباشر أو شراكة، أو داخليا بتمويل ذاتي لهذه المؤسسات الموجودة في القطاع.

2- تخلي الدولة عن تمويل الصناعات المصنعة، وأصبح تمويلها عن طريق الشراكة أو التمويل الذاتي.

3- وجهت الدولة تمويلها إلى قطاعات أخرى كالفلاحة والري والسكن والتربية والتكوين والمنشآت الأساسية الاقتصادية والإدارية والمنشآت الأساسية الاجتماعية والثقافية والخدمات المنتجة.

4- تستعمل المشاريع الاستثمارية العمومية أساليب ومصادر جديدة في التمويل كإصدار الأسهم والسندات في السوق المالية، مثل ما مولت بها شركات صيدال والرياض وسوناطراك والأوراسي.

5- تحول الاقتصاد من اقتصاد استدانة إلى اقتصاد تمويلي، وهذا عن طريق مؤسسات تمويلية تأخذ صفة متعامل اقتصادي في هذا المجال.

خاتمة:

إن المشاريع الاستثمارية تعتمد في نموها واستمرارها على المال، ورؤوس الأموال قد يكون توفيرها سهلا في بعض الأحيان، غير أنه وفي كثير من الأحيان يكون توفيرها صعبا، وأيا كانت السهولة أو الصعوبة في توفير رؤوس الأموال، فإن إدارة هذه الأموال هو أهم ما يشغل بال القائمين على إدارة المشروع الاستثماري، وعليه فإن الاختيار الأمثل لمصادر التمويل وأساليب التمويل يعد ضرورة لابد منها عند بداية أي مشروع وهذا لضمان استمراريته ونجاحه في المستقبل.

والحق أنه مهما اختلف نوع المشروع الاستثماري إلا أن تمويله وتقييمه يتطلب تدخلا من طرف البنوك التجارية، خاصة أثناء الدراسة لملف القرض لتلبية طلبات تمويل أصحاب المشاريع الاستثمارية.

والخلاصة أن مشكل تمويل المشاريع في الدول النامية الإفريقية على وجه الخصوص يرجع في المقام الأول إلى عدم تطور الأنظمة المالية بها، حيث يفتقر إلى العديد من أدوات التمويل كالقروض طويلة الأجل و غيرها من مصادر التمويل الحديثة، و الجزائر كغيرها تملك نظاما ماليا غير متطور ولا يوفر مصادر التمويل التي تتلاءم واحتياجات المشاريع الاستثمارية الأجنبية خصوصا، و بالتالي فهي مرغمة على التمويل من البنوك التجارية.

ووفقا لوضعية النظام المالي نجد أن أصحاب المشاريع الاستثمارية مرغمين على الاعتماد على القروض البنكية والالتزام بكافة الشروط التي تفرضها، رغم عدم رضا أصحاب هذه المشاريع عن خدماتها.

ومن خلال هذا البحث توصل الباحث إلى استخلاص بعض النتائج أهمها:

1- ضرورة الاختيار الأمثل لمصادر وأساليب التمويل عند بداية أي مشروع لضمان ديمومته ونجاعته حتى إتمامه.

2- غياب البورصة هو من أثر على تمويل المشاريع، إذ من خلالها يمكن طرح أسهم الشركات للاكتتاب.

3- تسجل الجزائر كغيرها من الدول النامية ضعفا ونقصا كبيرين في توفير مصادر التمويل الملائمة التي تلبي حاجيات المشاريع الاستثمارية، وخصوصا الأجنبية منها.

4- إن العلاقة بين الاستثمار والتمويل ستبقى قائمة بقيام المشاريع الاستثمارية بمختلف أحجامها.

5- إن الجهود والخطوات التي تبذلها الجزائر لا تزال قاصرة لحماية المستثمرين الأجانب واستقطابهم، لأن سياسة جذب الاستثمار الأجنبي تبقى مرهونة دائما بمدى نجاعة تمويلها في الجزائر.

6- إغفال قانون الاستثمار الجزائري إلى الضمانات والحوافز التمويلية إلا فيما يتعلق ببعض المزايا التي تستفيد منها الاستثمارات التي تنجز في بعض المناطق التابعة للجنوب أو الهضاب العليا، أو تلك المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من طرف الدولة.

وبناءا على ما تقدم نورد جملة من المقترحات بشأن تمويل الاستثمار الأجنبي، نوضحها فيما يلي :

1- ضرورة الاعتناء بمسيري المشاريع الاستثمارية في مجالات إعداد مخطط الأعمال و الخطط التسويقية من

أجل توفير الضمانات للبنوك وتطوير أدائها.

2- ضرورة إنعاش الإدارة لمتابعة سبل الاستثمار الأجنبي في مختلف جهات الجزائر و تطويها.

3- وضع الأسس الملائمة التي يتم على أساسها تقديم التمويل لأصحاب المشاريع، بحيث نلاحظ اهتمام البنوك بالجانب الاقتصادي للمشروع فقط وإهمال عامل المردودية، أي الاعتماد على الطرق الحديثة في تقييم وتحليل الوضعية المالية للمشروع الاستثماري الأجنبي.

4- تكثيف البرامج الخاصة بتعريف المستثمرين بفرص الاستثمار المتنوعة في الجزائر.

5- تحديث أنظمة المعلومات البنكية وأنظمة الدفع، واستخدام أدوات الإعلام الآلي والاتصال الحديث لربط الشبكة البنكية.

6- الحرص ألا يقتصر دور الوكالة البنكية بإمداد الموارد المالية فحسب، بل يتوجب تقديم الاستشارة والنصح لأصحاب المشاريع حتى يضمن استرداد أمواله دون الدخول في مشاكل عملية.

قائمة المراجع :

أولا: الكتب

حسن أحمد توفيق. (1996). *التمويل والإدارة المالية في المشروعات التجارية*. القاهرة: دار النهضة العربية.

طارق الحاج. (2002). *مبادئ التمويل*. عمان: دار الصفاء للنشر.

عبد الرسول عبد الرزاق الموسوي. (2004). *دراسة الجدوى وتقييم المشروعات*. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.

مبارك لسلوس. (2004). *التسيير المالي*. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

محمد بشير علية. (1985). *القاموس الاقتصادي*. بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر.

محمد مطر. (2004). *إدارة الاستثمارات، الإطار النظري والتطبيقات العملية*. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.

منير إبراهيم هندي. (1996). *الفكر الحديث في مجال الاستثمار*. الإسكندرية: مؤسسة المعارف.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات

رابح خوني. (2002-2003). ترقية أساليب وصيغ تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الاقتصاد الجزائري. *رسالة ماجستير*. كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، باتنة الجزائر.

سلفاوي بدرة. (2010-2011). فعالية سياسة التمويل في المؤسسة الاقتصادية. *دراسة حالة المؤسسة الوطنية للتنقيب*. ورقلة، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، الجزائر.

الطاهر برايك. (2012-2011). الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي في الجزائر. بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.

عبد الله بلعبيدي. (2008-2007). التمويل برأس المال المخاطر. *دراسة مقارنة مع التمويل بنظام المشاركة*. باتنة، كلية العلوم الاقتصادية، الجزائر.

وليد عماري. (2011-2010). الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر. الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر.

ثالثا: المقالات

المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. (1996). *تقرير حول مناخ الاستثمار في الدول العربية*. الكويت: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

رابعا: المداخلات

بوفليسي نجمة، عثمان شهيرة. (2009). المعايير المالية لتمويل المشاريع الاستثمارية. *الملتقى الوطني السادس حول الأساليب الكمية في اتخاذ القرارات الإدارية*. سكيكدة، الجزائر.

الطاهر برايك. (05 أفريل, 2016). تحديات التمويل والاستثمار في إفريقيا. *مؤتمر حول التحديات الأمنية والاقتصادية الراهنة في إفريقيا*. القاهرة، جامعة القاهرة، مصر.

الرقابة المالية السابقة ودورهافي ترشيد النفقات المحلية - دراسة حالة المراقبة المالية لولايةالمدية -

previous financial control and its role in rationalizing local - a case study of financial oversight for Medea State- expenditures

صبرين بوعزة (*)
جامعة يحي فارس المدية،الجزائر
مخبرالتنمية المحلية المستدامة-المدية-
bouazza.sabrine@univ-medea.dz

برابح محمد
جامعة يحي فارس المدية،الجزائر
berrabahmoh@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/04/30 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/27

****

ملخص:

هدفت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على رقابة المراقب المالي التي يمارسها على البلديات ودورها في ترشيد النفقات المحلية وأسباب اخضاع ميزانية البلدية لرقابته .

توصلت الدراسة إلى نتائج وتوصيات منهااخضاع البلديات لرقابة المراقب المالي هدفها التخلص من العجز المستمر في ميزانية البلديات والوصول إلى ترشيد الانفاق المحلي وقبل توسيع الرقابة المالية اختيار مسؤولين أَكْفَاء لتسيير هذه الأموال تسييرا عقلانيا والعمل يد بيدا مع الرقابة المالية للحفظ على الاموال العامة .

الكلمات المفتاحية : النفقات المحلية ، ترشيد النفقات ، ميزانية البلدية ، الرقابة السابقة ، عجز الميزانية.

Abstract:

The study aims at highlighting the control of the financial controller over municipalities, their role in rationalizing local expenditures and the reasons for the subordination of the municipal

---

*المؤلف المرسل.

budget to its control. The study reached the following findings and recommendations, including subjecting municipalities to the supervision of the financial controller, aiming at eliminating the continuous shortage in the municipal budget, achieving the local expenditure rationalization. Then, before expanding the financial supervision, picking out competent officials who make control money rationally and working together with the financial supervision to save the public money.
key words: Local expenses, rationalization of expenditures, municipal budget, previous control, budget deficit

مقدّمة:

شهدت النفقات المحلية تزايد مستمر دون ان يقابله زيادة في الايرادات ، ونتج عنه عجز على مستوى ميزانية البلدية وهذا ما أدى بالدولة لإتباع سياسة ترشيد الانفاق العمومي باعتباره السبيل الوحيد للدول النامية في ظل قصور طاقاتها التمويلية.

ومن هنا بدأ تفكير جدياً في إيجاد الضوابط العملية التي تمكن من تحقيق هذه الغاية، وذلك من خلال اخضاع البلديات لرقابة المالية المسبقة للنفقات العمومية الملتزم بها حيث تعتبرمن أحسن الوسائل قبل تنفيذ النفقات العمومية ، وهي بذلك تمنع وقوع الأخطاء التي قد يترتب عنها أضرار خطيرة تمس الأموال العمومية ، وتمارس هذه الرقابة بواسطة مراقبين ماليين تم تعينهم من طرف الوزير المكلف بالمالية ، ويطلق عليها بالرقابة الوقائية أو المانعة .

من خلال هذا يمكن طرح الاشكالية التي تتمحور في السؤال الرئيسي التالي :**ما مدى مساهمة آليات الرقابة المالية السابقة في ترشيد النفقات العمومية؟**

أسئلة الفرعية :- ماهودور المراقب المالي في ميزانية البلدية؟وما الهدف من رقابته؟

- ماهي الهيئات المكلفة بالرقابة المالية على ميزانية البلدية ؟
- ما مكانة الرقابة المالية السابقة في ترشيد النفقات العمومية ؟

الفرضيات : - تهدف رقابة المراقب المالي إلى التخلص من عجز ميزانية البلدية.

- تخضع ميزانية البلدية لأجهزة الرقابة المالية .
- تفعيل الرقابة المالية السابقة يساهم في ترشيد النفقات العمومية .

أهمية الدراسة : يحظى موضوع الرقابة المالية بأهمية بالغة لما لها من أثر بالغ ومساهمة فعالة ورئيسية في حماية المال العام من الاختلاس وسوء الاستعمال والاستغلال العقلاني والرشيد للموارد المالية المتاحة في البلدية.

أهداف الدراسة :تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية :

- ✓ تسليط الضوء على رقابة المراقب المالي على البلدية ؛
- ✓ إعطاء فكرة عن المفاهيم الأساسية لترشيد النفقات العمومية ؛
- ✓ الإشارة إلى دور المراقب المالي في ترشيد النفقات المحلية .

منهج الدراسة :انتهجنا في بحثنا هذا المنهج الوصفي لتعريف بموضوع وتماشيا مع هذا المنهج تم استخدام أسلوب المقابلات الشخصية مع بعض المسؤولين الذين لهم علاقة مباشرة بموضوع البحث وذلك من خلال الدراسة الميدانية للاستفادة من آرائهم وخبرتهم

المبحث الأول: آليات الرقابة المالية القبلية في ترشيد النفقات المحلية (البلدية)

اتخذت الدولة عدة اليات لترشيد النفقات على المستوى المحلي الذي يعتبر قاعدة الفساد واستغلال غير عقلاني لتلك الموارد المالية المتاحة تحت تصرف المجالس المحلية وهذا ما نقوم بمحاولة تلخيصهافي هذا المبحث بالتطرق لمالية البلدية وآليات التي يتبعها المراقب المالي في ترشيد النفقات المحلية .

المطلب الأول: مالية البلدية

سوف نقوم بتعريف البلدية وميزانية البلدية وإبراز خصائصها ووثائقها

الفرع الأول: مالية البلدية

أولا- تعريف البلدية : عرفتها المادة 02من قانون11-10"البلدية هي القاعدة الإقليمية اللامركزية ، ومكان لممارسة المواطنة وتشكل إطار مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية .(قانون البلدية 11-10 ، 2011)

- البلدية هي الجماعة الاقليمية القاعدية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتحدث بموجب القانون (المادة1من قانون 11-10)

من خلال التعاريف السابقة نستنتج أنها تعتبر خلية القاعدية الجوارية للتنظيم الاداري وهي مكلفة بتقديم الخدمات العمومية للمواطنين التابعين لها اقليميا والمساهمة في تقريب الادارة من المواطن، وقد منح لها المشرع استقلالية مالية وادارية تجعلها تتمتع بالحرية في اختيار وتجسيد قرارتها في أرض الواقع وهذا لا ينفي أنها لا تخضع لرقابة السلطة التشريعية وغيرها من الرقابة .

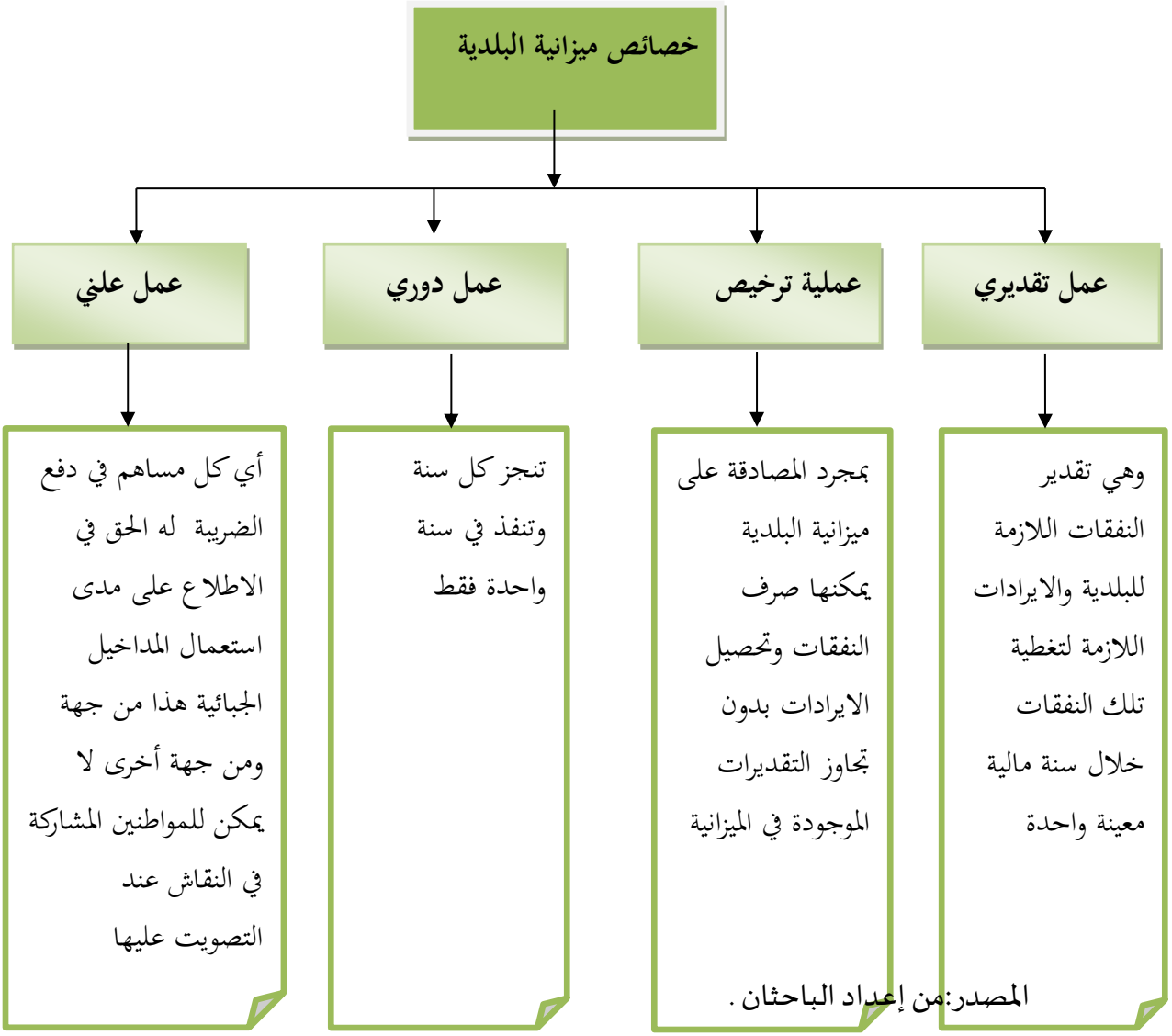
ثانيا- ميزانية البلدية :

1-تعرف ميزانية البلدية : "هي جدول تقديرات الإيرادات والنفقات السنوية وهي عقد ترخيص وإدارة يسمح بسير المصالح البلدية وتنفيذ برنامجها للتجهيز والاستثمار،ويحدد شكل ميزانية البلدية ومضمونها عن طريق التنظيم ." (المادة 176من قانون 11-10)

-بأنها ميزانية الادارة المحلية وهي المنهاج الحقيقي للإدارة المحلية التي تريد تطبيقه خلال سنة معينة وهي تعكس بذلك الخطط والاتجاهات من أجل تحقيق احتياجات ورغبات المواطنين .(الشيخلي، 2001،ص132)

2-خصائص البلدية :

الشكل رقم (01): يمثل خصائص ميزانية البلدية .



المصدر:من إعداد الباحثان .

الفرع الثاني: وثائق ميزانية البلدية

تتكون ميزانية البلدية من ثلاث وثائق : وثيقة الميزانية الأولية تتم في بداية السنة ،الوثيقة لثانية تخص الميزانية الاضافية وتتم بعد الشروع في تنفيذ ،والوثيقة الثالثة هي الحساب الإداري الذي يأتي بعد انتهاء السنة المالية .

أولا-الميزانية الأولية : تعتبر الميزانية الأولية أول عمل مالي تقديري تقوم به البلدية لتحضير ميزانية سنة مالية معينة ، وبذلك تشكل هذه الميزانية القاعدة الأساسية لمالية البلدية مادامت تحدد إجمالي الإيرادات والنفقات المتعلقة بسنة قادمة بشكل تقديري .(لطرش، 2005،ص55) ومن هنا يمكن القول أن الميزانية الأولية للبلدية يتم اعدادها قبل 31 أكتوبر من السنة سابقة التنفيذ ، ويتم المصادقة عليها من طرف السلطة الوصية قبل 31 ديسمبر من نفس السنة ،حيث تصادق عليها الدائرة في حالة عدد السكان أقل من 50 ألف نسمة ، وتصادق عليها الولاية (الوالي) في حالة عدد السكان أكثر من 50 ألف نسمة ، أما المجال تنفيذها فتمتد من 1 جانفي من سنة التنفيذ إلى غاية 3/16/ السنة الموالية بالنسبة للنفقات ،و31/ 3 / السنة الموالية بالنسبة للإيرادات.

ثانيا-الميزانية الإضافية : نستنتج تعريفها من خلال المادة 177 من قانون البلدية على أنها " عبارة عن وثيقة مالية تأتي لتعديل ميزانية الأولية " حيث جاء في نص المادة سابقة الذكر فالميزانية تسمح بتعديل النفق2ات والايرادات خلال سنة مالية حسب نتائج السنة المالية السابقة ."

الميزانية الإضافية هي الميزانية الأولية مضافا إليها ترحيل بواقي الحساب الاداري والتغيرات في الايرادات والنفقات التي يراها المجلس ضرورية لسنة المعنية وبالتالي تعتبر الميزانية الإضافية ترحيليه لأنها تتضمن :(عبدالحفيظ، 2012/2011،ص40)

- ✓ كل ترحيلات النفقات والايرادات المتبقية للسنة المنصرمة.
- ✓ ترحيل كل الأرصدة سواء كانت دائنة أو مدينة (بواقي الحساب الإداري للسنة الماضية المنتهية)
- ✓ تعتبر معدلة لأنه يمكن زيادة أو تخفيض النفقات المسجلة والمصادق عليها في الميزانية الأولية المتعلقة بالنسبة لسنة معينة

ويمكن القول أن الميزانية الإضافية تأتي بعد مرور أشهر الأولى من السنة المالية بهدف تصحيح الأوضاع التي كانت من المفروض أن تكون في ميزانية الأولية حيث يتم المصادقة عليها 15 جوان من السنة المالية التي تنفذ فيها.

ثالثا- حساب الإداري: يعرف على أنه " عبارة عن كشف مسجل فيه كافة المبالغ الفعلية التي أنفقتها الدولة وكافة المبالغ الفعلية التي قامت الدولة بتحصيلها "(دراز، 2002،ص67)

و يتم إعداده قبل 31 مارس من سنة المعنية بالنسبة لسنة ماضية حيث يبين لنا ثلاث نقاط أساسية يعتمد عليها هي :(الحفيظ، مرجع سابق،ص41)

- ✓ بواقي الإنجاز والتحصيل لفرع التسيير ويرحل إلى لميزانية الإضافية (سواء الفائض أو العجز)
- ✓ يستخرج لنا الرصيد الإجمالي لفرع التجهيز والاستثمار
- ✓ يستخرج لنا الفائض أو العجز إن وجد.

المطلب الثاني: النفقات المحلية وآليات ترشيدها

شهدت النفقات المحلية تزايد مستمر دون ان يقابله زيادة في الايرادات ، ونتج عنه عجز على مستوى ميزانية البلدية وهذا ما أدى بالدولة لإتباع سياسة ترشيد الانفاق العمومي باعتباره السبيل الوحيد للدول النامية في ظل قصور طاقاتها التمويلية.

الفرع الأول: مفهوم النفقات المحلية

أولا- تعريف النفقات المحلية :"هي النفقات التي تقوم بها الولايات أو مجالس الحكم المحلي ، كمجالس المحافظات والمدن والقرى والتي ترد في ميزانية هذه الهيئات "(حشيش، 2006،ص71)

-وهي النفقات التي تقوم بها الجماعات المحلية كالولايات والبلديات ، وترد في ميزانية هذه الهيئات مثل الماء والكهرباء والموصلات داخل الاقليم أو المدينة "(محرزي، 2008،ص79)

1- تصنيفات النفقات المحلية :

تنقسم النفقات البلدية حسب المشرع الجزائري إلى نفقات التسيير ونفقات التجهيز والتي سنقوم بتلخيصها في الجدول التالي :(فاتح، 2014/2013،ص26)

الجدول رقم (01): يمثل تصنيفات النفقات المحلية

نفقات التجهيز والاستثمار	نفقات التسيير
▪ نفقات التجهيز العمومي	▪ أجور وأعباء مستخدمي البلدية ،

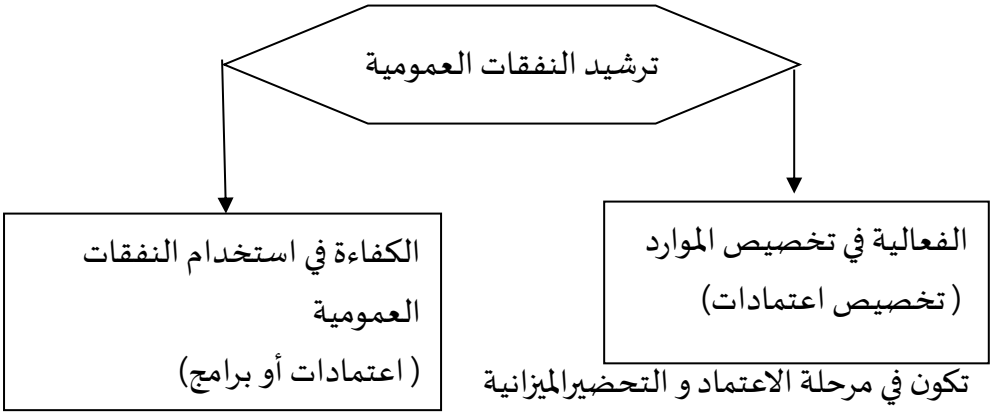
▪ نفقات المساهمة في رأس المال بعنوان الاستثمار ▪ تسديد رأسمال القروض ▪ نفقات إعادة تهيئة المنشآت البلدية	▪ التعويضات والأعباء المرتبطة بالمهام الانتخابية ▪ المساهمات المقررة على الأملاك ومداخيل البلدية بموجب القوانين ▪ نفقات صيانة الأملاك المنقولة والعقارية. ▪ نفقات صيانة طرق البلدية ▪ المساهمات البلدية والأقساط المترتبة عليها، ▪ الاقتطاع من قسم التسيير لفائدة قسم التجهيز والاستثمار ▪ فوائد القروض ▪ أعباء التسيير المرتبطة باستغلال تجهيزات جديدة. ▪ مصاريف تسيير المصالح البلدية ▪ الأعباء السابقة

المصدر : من إعداد الباحثان .

ثانيا- مفهوم ترشيد النفقات العمومية : إن ترشيد النفقات العمومية يعني أن الدولة تقوم بتخصيص الانفاق العمومي وذلك من خلال أنها لا تصرف في المجالات غير ضرورية وتتجنب الإسراف والتبذير في استخدام الموارد المتاحة داخل قطاعات الدولة مع إحكام الرقابة على الإنفاق .

-يعرف على أنه " العمل على زيادة فعالية الإنفاق بالقدر الذي يمكن معه زيادة قدرة الاقتصاد القومي على مواجهة التزاماته الداخلية والخارجية مع القضاء على مصدر التبذير إلى حد ممكن، لذا فإن ترشيد الإنفاق العام لا يقصد به ضغطه ولكن يقصد به الحصول على أعلى إنتاجية عامة ممكنة بأقل قدر ممكن من الإنفاق والإسراف" (مجي الدين، 2017،ص179)

الشكل رقم(02):يمثل ترشيد النفقات العمومية



المصدر : من إعداد الباحثان .

1-أهداف ترشيد النفقات العمومية:يهدف إلى تحقيق ما يلي (شعبان، 2012/2011،ص89)

- ✓ خفض عجز الموازنة العامة وتقليص الفجوة بين الإيرادات المتاحة والإنفاق المطلوب والمساعدة على السيطرة على التضخم والمديونية و المساهمة في تدعيم وإحلال وتجديد مشروعات البنية الأساسية .
- ✓ مراجعة هيكلية للنفقات عن طريق تقليص نوعية وحجم النفقات التي لا تحقق مردودية كبيرة .
- ✓ دفع عجلة التطور والتنمية و اجتياز المشاكل الاقتصادية والاجتماعية التي تواجه الدولة تحديدها.
- ✓ محاربة الإسراف والتبذير وكافة أشكال ومظاهر سوء استعمال السلطة والمال العام.

الفرع الثاني :آليات ترشيد النفقات المحلية في البلدية

اتخذت الدولة عدة اليات لترشيد النفقات على المستوى المحلي الذي يعتبر قاعدة الفساد واستغلال غير عقلاني لتلك الموارد المالية المتاحة تحت تصرف المجالس المحلية وهذا ما نقوم بمحاولة تلخيصها

أولا-ومن بين الاجراءات التي انتهجت لعلاج العجز المسجل في الميزانية وهو إخضاع البلديات والولايات والمؤسسات العمومية الاستشفائية لرقابة المراقب المالي منذ2011 بموجب مرسوم تنفيذي 11-75 الذي ينظم مصالح المراقبة المالية وتحدد ومسؤوليات المراقبين الماليين والمراقبين الماليين المساعدين ورؤساء المكاتب ونص على وجود مصالح خارجية لمديرية الجهوية لناحية الجزائر،مديرية الجهوية للميزانية والمراقبة المالية على مستوى البلديات والولايات

وكذلك مديرية البرمجة ومتابعة الميزانية وتم الخضوع الفعلي لرقابة السابقة في آخر أجل هو 2013 حيث بلغت نسبة الديون بعد خضوعها لرقابة المراقب المالي على النفقات العمومية نسبة 1 % عجز مسجل في ميزانية الجماعات المحلية،حيث المراقب المالي تابع لوزارة المالية وبالضبط إلى مديرية العامة للميزانية ، بحيث المراقبة المالية لولاية المدية تابعة لناحية الجزائر وهي تضم (الجزائر ، البليدة ، تيزي وزو ، بومرداس ، الأغواط ، الجفلة ، المدية) . (حمدي، 2020)

ثانيا-بتطبيق الإدارة الإلكترونية المحلية والتي تمثل التحول من العمل الورقي التقليدي (النمط اليدوي)، إلى العمل الرقمي الآلي (النمط الالكتروني) باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال بهدف إزالة عديد من الظواهر التي ارتبطت بالتسيير الاداري التقليدي مثل(التزوير والرشوة)

والتي ساهمت بشكل كبير في تخفيض التكاليف، من خلال تقليل من استخدام الأوراق قامت وزارة الداخلية والجماعات المحلية بداية من 2017م ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 17-143 المؤرخ في 21 رجب عام 1438 هـ ، الموافق ل 18 أ فريل 2017 م الذي يحدد كيفيات إعداد بطاقة التعريف الوطنية وتسليمها والقرار المؤرخ في 1 صفر عام 1433 الموافق ل 26 ديسمبر 2011 الذي يحدد المواصفات التقنية لجواز السفر البيومتري الإلكتروني.

أول بداية للبلديات بتطبيق الإدارة الالكترونية كانت في وثائق الحالة المدنية حيث باشرت فيها المصالح بعملية ضخمة لجمع وحفظ المعطيات المتوفرة لدى مصالح الحالة المدنية ل 1541 بلدية ، حيث اليوم لدينا حالة مدنية موحدة حيث تم تسجيل 95 مليون وثيقة مسجلة في أرشيف وطني، وقد تمكنوا من تصحيح العديد من الاخطاء التي كانت تعود إلى بداية 1800 ولايزال العمل متواصلا ، علما أنه تم حفظ نسخة قاعدية في الادارة المركزية ويتم اللجوء اليها أثناء الضرورة وكانت كالتالي :(عمري، 2020)

1) رقمنة سجلات الحالة المدنية (الميلاد ، الزواج ...إلخ)

- ✓ إحصاء وجرد جميع سجلات الحالة المدنية.
- ✓ انشاء السجلات التالفة أو الضائعة.

2) انشاء سجلات رقمية : تحويل تلك السجلات من الأوراق إلى سجلات رقمية.

3) تصوير وحجز معلومات سجلا ت الحالة المدنية الورقية.

حيث قامت الدولة بإنشاء 100000 عقد في مدة 15 يوم في سجلات آلية للحالة المدنية وكانت عليها في هذه المرحلة تعميمها على جميع البلديات.

التحول من السجل الآلي المحلي إلى السجل الآلي الوطني.

وكذلك أدت الادارة الالكترونية في البلدية إلى ما يلي :

- الانتقال من 28 وثيقة إلى 14وثائق ثم7 وثائق

-تقليل الأوراق واستبدالها بالوثائق الالكترونية.

- تمديد أجل الصلاحية.

ثالثا-تطبيق الحكم الراشد في الجماعات المحلية أو ما يعرف بالحوكمة المحلية وهي تعني تلك المشاركة في ممارسة السلطة بين مجموعة متنوعة من الجهات الفاعلة التي هي أجزاء من شبكات اجتماعية مختلفة تتصرف بمسؤولية تجعلها تعزز الخير العام وليس المكسب الشخصي، وتعني كذلك تمكين السكان المحليين من إدارة شؤونهم المحلية، مع الاعتراف بأن الدولة لاتزال تعلب دور اً هاماً بسبب كل الموارد المتاحة لها .(Will Barlet, 2013)

تشير الحوكمة على المستويات المحلية إلى جودة وفعالية وكفاءة الادارة المحلية وتقديم الخدمات العامة، نوعية السياسة العامة المحلية ، وإجراءات اتخاذ القرارات وشموليتها وشفافيتها ، والخضوع للمساءلة والطريقة التي تمارس السلطة على الصعيد المحلي .

إن تطبيق مبادئ الحوكمة المحلية يسهم في ترشيد النفقات واستغلال الموارد المحلية ما يضمن حلا للمشاكل التي تواجه المجتمع المحلي بكل أصنافها ومنه تحقيق الكفاية المحلية .

المطلب الثالث : أجهزة الرقابة المالية على البلدية

يحظي المال العام إهتمام كبير من طرف الدولة،الأمر الذي أدى بها إلى إقرار آليات قانونية بهدف حمايته بدأ من تعيين تعيين اشخاص يقومون بتدقيق وتحقيق في النفقات وتحصيل الإيرادات فالرقابة على ميزانية البلدية تكون من طرف أجهزة داخلية و أجهزة خارجية.

الفرع الأول:أجهزة الرقابة المالية الداخلية

وتتمثل في في رقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي

أولا-رقابة المراقب المالي : هو عون من الأعوان المكلفين بالرقابة القبلية على تنفيذ النفقات العمومية، ويعين بقرار وزاري من طرف الوزير المكلف بالميزانية، ويخضع المراقب المالي للسلطة المباشرة لوزير المالية، وذلك وفق تنظيم إداري تمثله الأجهزة التالية على التوالي، المديرية العامة

للموازنة ثم المديرية الجهوية للموازنة، وأخيرا المراقبة المالية للولاية، ويوجد جهاز المراقب مركزيا على مستوى كل وزارة، ومحليا على مستوى كل ولاية وبلدية. (الجريدة الرسمية ،العدد 82)،لقد بينت المادة 9 من المرسوم التنفيذي 414/92 العناصر التي تخضع لرقابة المراقب المالي وهي محددة على سبيل الحصر وتتمثل فيما يلي : (414-92، 2009)

- ✓ صحة صفة بالنسبة للآمر بالصرف، وكذا التحقق فيما إذا كان فيه تكليف أو تفويض الإمضاء من طرف الآمر بالصرف لشخص ما
- ✓ مطابقة العملية للقوانين والتنظيمات الجاري العمل بها
- ✓ وجود اعتمادات كافية لتغطية الالتزام
- ✓ التخصص القانوني للنفقة
- ✓ تطابق جميع الوثائق الخاصة بالالتزام مع مبلغ الالتزام
- ✓ التأكد من وجود تأشيرات و الترخيصات و الآراء المسبقة التي سلمتها السلطة الادارية المؤهلة قانونا لهذا الغرض .

و هكذا نجد أن المراقب المالي يسعى للتأكد من وجود العناصر السابق ذكرها، فإن توافرت أثر على السجل أو الوثيقة المثبتة للالتزام بالنفقة أو يقوم برفض التأشيرة لانعدام العناصر السابقة مع تعليل الرفض في مدة لا تفوق 20 يوم (ابراهيم، 2010،ص55)

ثانيا-رقابة المحاسب العمومي:إضافة إلى دوره في تنفيذ النفقات والإيرادات العامة يؤدي المحاسب العمومي دورا رقابيا مهما يتمثل هذا الدور الرقابي في مراقبة أعمال الآمرين بالصرف والتدقيق في شرعية الوثائق التي صادقو عليها، وتكون رقابة المحاسب العمومي موالية للرقابة التي يمارسها المراقب المالي على الآمر بالصرف ويمكن أن نتعرف على هذه المجالات من خلال المادة 36من قانون 90-21 وهي تتمثل في ما يلي :(قانون رقم90-21، 1990)

- ✓ مطابقة العملية مع القوانين والأنظمة المعمول بها.
- ✓ صفة الآمر بالصرف أو المفوض له.
- ✓ شرعية عمليات تصفية النفقات.
- ✓ توفر الاعتمادات.
- ✓ أن الديون لم تسقط آجالها أو أنها محل معارضة.
- ✓ الطابع الإبرائي للدفع.

- ✓ تأشيرات عمليات المراقبة التي نصت عليها القوانين والأنظمة المعمول بها خاصة ما يتعلق بتأشيرة المراقب المالي.
- ✓ الصحة القانونية للمكسب الابرائي أي التحقق من صلاحية الدفع.

الفرع الثاني:أجهزة الرقابة المالية الخارجية على البلدية

وتتمثل في رقابة مفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة ومجالس المحلية

أولا-المفتشية العامة للمالية : أحدثت المفتشية العامة للمالية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 53/80 وهذا الأخير عرفها في المادة 01على أنها (الجريدة الرسمية ،العدد10، 1980)"هيئة مراقبة، توضع تحت السلطة المباشرة لوزير المالية."

استمر تطبيق هذا المرسوم إلى غاية 1992/02/22 م تاريخ إصدار المرسوم التنفيذي 78/92 المحدد لاختصاصات المفتشية العامة للمالية، حيث تم بمقتضاه إلغاء أحكام المواد من 02 إلى غاية 32 من المرسوم السابق.

وعلى العموم يمكن تعريفها على النحو التالي: هي جهات رقابة دائما تابعا للدولة، تقع تحت السلطة المباشرة لوزير المالية، يتمثل دورها أساسا في مراقبة التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات المحلية، و كذلك جميع المؤسسات والهيئات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية.

تمارس المفتشية العامة للمالية رقابة بعدية مقارنة برقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي، ورقابة أثناء التنفيذ مقارنة برقابة مجلس المحاسبة (المرسوم التنفيذي رقم 92/ 78)

ثانيا-الرقابة القضائية (مجلس المحاسبة): تسند الرقابة القضائية في الجزائر إلى مجلس المحاسبة والذي يعتبر أعلى مؤسسة رقابية في مجال المالية العمومية وتتميز رقابته في كونها مختصة وأكثر فاعلية و شمولية.

تأسس مجلس المحاسبة بموجب القانون رقم 80-05 المؤرخ في 01مارس 1980م، وذلك بعد تأسيسه القانوني بمقتضى المادة 190 من دستور 1976، وهو تحت السلطة العليا لرئيس الجمهورية، وله اختصاصات قضائية وادارية، مهمته مراقبة استعمال الأموال العمومية والجماعات الاقليمية والمرافق العمومية، وكل مؤسسات وهيئات الدولة التي تخضع لنظام المحاسبة العموميةومجلس المحاسبة هيئة مستقلة لا يخضع إلا لسلطة رئيس الجمهورية، و تنقسم صلاحياته بين صلاحيات قضائية، متمثلة في مراجعة حسابات المحاسبين العموميين،

إضافة إلى رقابة الانضباط الميزاني والمالي، وصلاحيات إدارية تشمل كل أشكال الرقابة الأخرى التي يمارسها المجلس.

وتوجد عدة طرق لممارسة عملية الرقابة من طرف مجلس المحاسبة هي : (داودابراهيم،2010،ص158)

1-حق الاطلاع وسلطة التحري. 2-رقابة نوعية التسيير. 3-رقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية. 4-مراجعة حسابات الآمرين بالصرف والمحاسبين العموميين.

ما يمكن استنتاجه ما سبق ذكره هو أن مجلس المحاسبة يقوم برقابة مالية لتقييم وإصلاح أعمال المؤسسات والهيئات العمومية وذلك بهدف حماية الأموال العامة من كل مظاهر الفساد والتبذير، والعمل على ضرورة ترشيد النفقات العمومية وتحسين طرق الإنفاق العمومي، وهذا بفضل التشكيلة البشرية والمادية التي زود بها من طرف الدولة لتحقيق أهدافه دون عراقيل.

ثالثا-رقابة المجالس الشعبية المحلية:يحق للمجالس الشعبية الولائية والبلدية مراقبة تنفيذ الميزانية من قبل الآمرين بالصرف (رؤساء بلديات وولاة) وذلك في إطار القوانين والأنظمة المتعلقة بالجماعات المحلية.

أما رقابة المجالس المحلية اللاحقة فإنها تتمثل أساسا في مناقشة الحسابات الادارية المقدمة من طرف الآمرين بالصرف بعد اختتام كل سنة مالية حيث تقوم بالتحقق من توافق العمليات المتخذة في إطار الميزانية ونتائجها مع تلك المنفذة من قبل المحاسبين العموميين المعنيين ومن مطابقتها للترخيصات الميزانية وإجراء التسويات اللازمة عند الاقتضاء، ثم تبت في ذلك المجالس الشعبية بمداولات

تقيمها. (سامية، 2011/2010،ص)

المبحث الثاني: دراسة ميدانية للمراقبة المالية لولاية -المدية -

سننطرق في هذا المبحث لمعرفة دور رقابة المراقب المالي في ترشيد النفقات العمومية ، الذي باعتباره من أهم الهيئات التي تركز عليها الدولة في المراقبة على نفقاتها

المطلب الأول: نشأة المراقبة المالية

سنتطرق في هذا المطلب إلى نشأة المراقبة المالية ونقوم بإعطاء تعريف لها وإبراز أهم الأهداف التي نشأت من أجلها .

الفرع الأول: تطور القانوني للمراقبة المالية

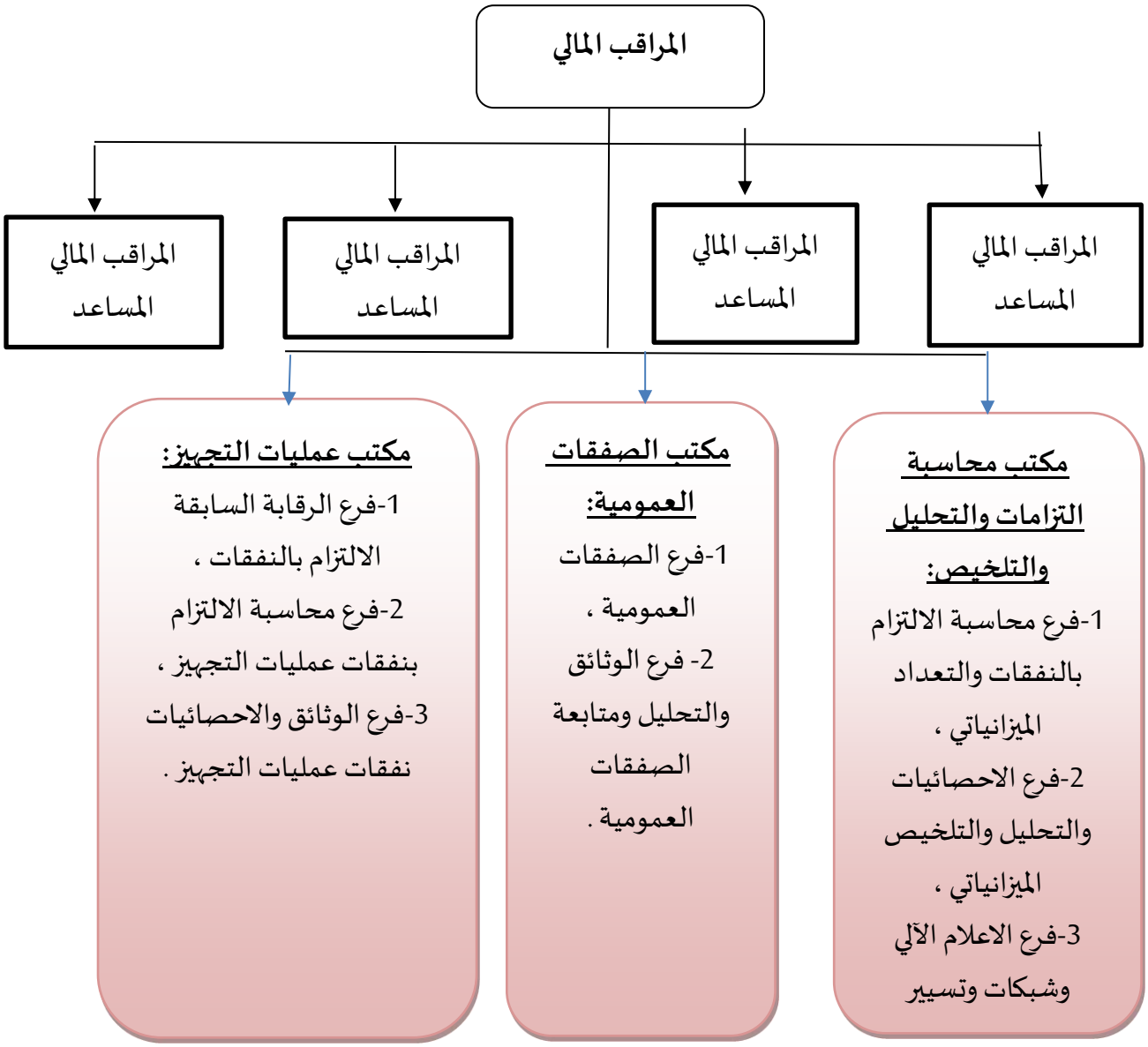
جاءت نصوص عديدة من 1963 إلى 1985م، وأول نص قانوني صريح يتعلق بالمحاسبة العمومية 90-21. حيث تكلمت المادة 58 منه عن الرقابة السابقة وأقرت بالوجود الفعلي لمهمة المراقب المالي وهو النص القانوني الذي أعطى له هذه الصلاحيات؛ وبينت مهمته لأن في 1963 كان هناك غموض وكان المراقب المالي موجود على مستوى الوزرات فقط، لكن على مستوى الولايات كان موجود لكن دون سند قانوني، وقانون 90-21 هو نبض الفهرس ونص بأن هناك رقابة سابقة للنفقات الملتزم بها المراقب المالي وأعطت نقاط التي يجب المراقب المالي أن ينظر فيها .(أمين،ص133)

وبعد قانون 90-21 جاء مرسوم تنفيذي 92-414 والذي تم تعديله في 2009 بموجب مرسوم 09-374 ونص على تصحيح أخطاء وتطورات كانت قد وقعت على أرض الواقع ، حيث كانت المراقبة المالية مختص قبله وكانت تعني مديريات الولائية على مستوى الولاية (مديرية السكن ومديرية التجهيزات العمومية ومديرية الصحة والسكن وغيرها من المديريات)، وكذلك المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري غير أن المؤسسات العمومية الاستشفائية والبلديات كانت معفاة من الرقابة،وفي سنة 2005 قررت الدولة أن تقضي الدين خارجي ،استطاعت السيطرة على العجز في الميزانية بوضع صندوق ضبط الايرادات لتغطيته وتمويل الميزانية، وعجز الضمان الاجتماعي كذلك توصلنا إلى حل مشكلة العجز الخاص به وذلك بزيادة توظيف العمال وبالتالي العجز ينخفض، أما عجز ميزانيات الجماعات المحلية ففيه مشكل على الرغم من وجود مبدأ يقر بأن يجب أن تكون الميزانية المحلية متوازنة عكس الميزانية العامة، حيث قررت الدولة 2005 مسح ديون ميزانيات البلديات التي بلغت نسبة العجز فيها حاولي 1700مليار سنتيم وكذلك قامت بنقس العملية في 2007 مسح الديون للمرة الثانية التي بلغت نسبة العجز فيها حاولي 3200 مليار سنتيم ، وبقى نفس المشكل و بناءاً على هذا جاء اقترح من رئاسة الحكومة بتعيين لجنة من الخبراء لإيجاد الحل لهذا العجز الواقع في الميزانية الجماعات المحلية لأنه أصبح داء لا يمكن التحكم فيه خاصة إذا وجدنا رئيس المجلس الشعبي البلدي مستوى محدود في تسيير مالية العمومية ليعطي إنشاء ديون على ظهر البلدية بدون الأخذ بعين الاعتبار الإيرادات الخاصة بالبلدية ومدى كفايتها وهذا ما يترتب عليه نشوء الدين بالنسبة للبلدية مع عدم القدرة على تسديده، وهذا ما يجعل المدين يتوجه إلى القضاء ويثبت نشوء الدين على عاتق البلدية، ومن بين الاجراءات التي انتهجت لعلاج العجز المسجل في

الميزانية وهو إخضاع البلديات والولايات والمؤسسات العمومية الاستشفائية لرقابة المراقب المالي منذ2011 بموجب مرسوم تنفيذي 11-75 الذي ينظم مصالح المراقبة المالية وتحدد ومسؤوليات المراقبين الماليين والمراقبين الماليين المساعدين ورؤساء المكاتب ونص على وجود مصالح خارجية لمديرية الجهوية لناحية الجزائر، المديرية الجهوية للميزانية والمراقبة المالية على مستوى البلديات والولايات وكذلك مديرية البرمجة ومتابعة الميزانيةوتم الخضوع الفعلي لرقابة السابقة في آخر أجل هو 2013 حيث بلغت نسبة الديون بعد خضوعها لرقابة المراقب المالي على النفقات العمومية نسبة 1 % عجز مسجل في ميزانية الجماعات المحلية، حيث المراقب المالي تابع لوزارة المالية وبالضبط إلى المديرية العامة للميزانية، بحيث المراقبة المالية لولاية المدية تابعة لناحيةالجزائروهي تضم: (الجزائر، البليدة، تيزي وزو، بومرداس، الأغواط، الجفلة، المدية) (سيدأحمد، 2020)

الفرع الثاني: الهيكل التنظيمي للمراقبة المالية لولاية المدية

الشكل رقم (03):الهيكل التنظيمي لمراقبة المالية لولاية المدية



المصدر:من إعداد الباحثان بالاعتماد على المرجع الجريدة الرسمية العدد 28المؤرخة في 16 رجب 1434 هـ الموافق ل 2013/5/26 ، القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 19 شعبان 1433 هـ الموافق ل 2012/7/9 يحدد عدد المراقبين الماليين والمراقبين الماليين المساعدين وكذا تنظيم مصالح المراقبة المالية في المكاتب وفروع .

أولا-تعريف المراقبة المالية لولاية المدية:تعتبر المراقبة المالية من الأجهزة الرقابية السابقة على تنفيذ النفقات العمومية ، وهي تقوم بالرقابة على الانفاق لا تحصيل، وتقوم بعملية المراجعة والرقابة الشكلية والموضوعية، تمنع من وقوع الأخطاء والمخالفات المالية في أكثر

الأحيان، حيث تقوم بمساعدة على دقة في تطبيق وتنفيذ القوانين والتعليمات المالية .

ثانيا-أهداف الرقابة المالية لولاية المدية:

- ✓ حماية المال العام من الاختلاسات و التبذير وسوء الاستخدام
- ✓ المساهمة في التقليل من العجز في ميزانية البلديات
- ✓ العمل على التطبيق الحرفي للقوانين و التنظيمات
- ✓ العمل على صرف الأموال العمومية وفق الاعتمادات الممنوحة من طرف السلطة التشريعية
- ✓ محاربةكل أشكال الفساد الاداري وضمان وصول الأموال العمومية إلى مستحقيه الحقيقي
- ✓ ضمان سير الحسن للمصالح الإدارية للمراقبة المالية لأداء مهامها على أحسن وجه
- ✓ محاربة النقص والتقصير وسوء التنظيم وغياب الصرامة في العمل على مستوى الإدارات والمؤسسات العمومية
- ✓ فحص العمليات المالية ومدى الالتزام بالقوانين والأنظمة والتعليمات

المطلب الثاني: الإخضاع الفعلي لرقابة المراقب المالي للبلديات

الفرع الأول: أسباب اخضاع البلديات لرقابة المراقب المالي :

أولا- العجزفي ميزانية البلدية : إن ظاهرة العجز في ميزانية البلديات كانت ومازالت من أصعب المشاكل التي تعرقل التنمية المحلية، وهذا راجع لعدة أسباب وسوف نتطرق إلى أهمها:

1-زيادة النفقات العمومية : حيث أن التزايد المستمر في النفقات العمومية إما لأسباب ظاهرية متمثلة في (تدهور قيمة النقود، تغير أساليب المحاسبة الحكومية، ازدياد عدد السكان واتساع مساحة الإقليم)، وأسباب حقيقية كأسباب اقتصادية واجتماعية مالية سياسية، إدارية، عسكرية.

2-ضعف العائدات الضريبية : وهي تمثل موردا ماليا رئيسا للجماعات المحلية ويرجع ذلك لعدة أسباب وهي كما يلي:

2-1-تعبية النظام الجبائي للدولة : ويقصد به احتكار الإدارة المركزية (الدولة) لسلطة استحداث أو إلغاء الضرائب والرسوم، تحديد أوعيتها، معدلاتها وتوزيعها، دون أن يكون للجماعات المحلية سلطة للمشاركة في تحديد معالم النظام الجبائي المطبق على مستواها (رضا، 2006،ص15)

2-2- ظاهرة الغش والتهرب الضريبي : وهو ما يؤثر سلبا وبصورة مباشرة على مردودية الموارد الضريبية.

يعرف على أنه :"كل الحركات المادية والعمليات القانونية والمحاسبية وكل الوسائل والترتيبات والتدابير التي يلجأ إليها المكلف بهدف التخلص من دفع الضرائب والمساهمات. (جامع،بدون سنة،ص245)

ويمكن القول كذلك بأنه خرق للقانون من أجل التهرب عن دفع الضريبة، وتخفيض مقدارها ومهما تعددت صور الغش أو التهرب فهو يؤدي بطريقة مباشرة إلى تراجع مردودية الجباية وهذا ماينتج عنه بالمقابل عجز في ميزان الإيرادات.

2-3-سوء استغلال الممتلكات : إن زيادة الإنفاق العمومي الذي صاحب ظاهرة التضخم و ارتفاع الأسعار لم يصاحبه مراجعة للأعسعار الإيجارية للممتلكات. فعلى البلدية والولاية قبل الشروع أي إنجاز للمنشآت جديدة وجب عليها أن تعمل جاهدة على المحافظة على ممتلكاتها سواء تعلق الأمر بإحصائها أو ترميمها أو العمل على الاستفادة منها أو استغلالها و استعمالها أو التصرف فيها بما يخدم مصلحة مواطنيها و يعزز مداخيلها و يحد من مصاريفها. و قد نصت المادة 163 من قانون البلدية 10-11 " يتعين على المجلس الشعبي البلدي القيام بصفة دورية باتخاذ التدابير اللازمة من أجل تثمين الاملاك البلدية المنتجة للمداخيل و جعلها أكثر مردودية "كما نصت المادة 06 من قانون الولاية 07-12 على أن "تتوفر الولاية على أملاك تتولى صيانتها والحفاظ عليها و تثمينها."

مع سوء استغلال الجماعات المحلية لممتلكاتها من جهة نجدها من جهة أخرى تتهاون أيضا في تحصيل إيرادات الاستغلال. حيث تتجاهل البلدية و الولاية تحصيل مقابل الخدمات التي تقدمها في حين أن القانون لا يرخص ذلك ما يجعل إيراداتهما جد ضعيفة ولا تغطى نفقات ما تقدمه من خدمات وهو ما يستنزف ماليتها و يساهم في زيادة عجزها أكثر (الوافي، 2017،ص155)

الفرع الثاني :آليات المراقب المالي لترشيد النفقات

يقوم المراقب المالي بعدة آليات تجعله يساهم من خلال رقابته في ترشيد النفقات العمومية وسنقوم بذكرها وتلخيصها على النحو التالي :

- ✓ إن النفقات العمومية دائما مرتبطة بإجراء الالتزام بحيث أننا نتحكم في الإنفاق من خلال بطاقة الالتزام التي تكون أمام المراقب المالي التي من خلالها تتم مراقبة الانفاق، وبهذه

الطريقة يتم إثبات نشوء الدين والتأكد من توفر الاعتمادات المالية وأن النفقة العمومية مشروعة، وتأكد من مبلغ الالتزام موافق للوثائق المرفق مع الالتزام

- ✓ المراقب المالي مستشار مالي للآمر بالصرف وذلك بتطبيق أحكام المادة58 من قانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية، وتتمثل آليته في هذه النقطة، يجلب انتباه الآمر بالصرف حول مقتضيات التشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال المالي و الميزاني وتقديم النصائح له بشأن ما يمكن أن يعتبره انحرافا عن قواعد حسن التسيير.
- ✓ السهر على التطبيق الحرفي للقوانين والتنظيمات سارية المفعول وتحديد التجاوزات المحتملة في تطبيقها وهذا يكرس مبدأ ترشيد النفقات العمومية.
- ✓ ساهم المراقب المالي من خلال رقابته السابقة في تقليل العجز في ميزانية البلدية، حيث كان يحق في السابق لرئيس المجلس الشعبي البلدي شراء أي مستلزمات مستعجلة أو استثنائية بدون خضوعه لنظام الرقابة السابقة أما في القانون الجديد الذي أخضع البلديات لنظام الرقابة السابقة للمراقب المالي، أنه لا يمكن لرئيس مجلس الشعبي البلدي شراء مستلزمات وتنفيذ مشروع إلا بموافقة المراقب المالي الذي يعمل على وضع حد لنهب المال العام وترشيد النفقات العمومية.
- ✓ رقابة المراقب المالي لا تسمح بقيام مشاريع وتنفيذ نفقات أو توظيف مستخدمين إلا في حدود الاعتمادات والإمكانيات المالية المتوفرة لدى المؤسسة.
- ✓ إعطاء حماية وأمان للآمر بالصرف وإبعاده عن المسؤولية الادارية التي قد تنجر عن مخالفته للتنظيم المعمول به، واكتشاف الأخطاء قبل وقوعها.
- ✓ المراقب المالي أصبح عضوا في مجالس الادارة ومجالس التوجيه وهذا من خلال إبداء رأيه حول قضية ما.
- ✓ حسب المادة 33 مكرر بموجب المرسوم التنفيذي 09-374 : " المراقب المالي صراحة غير مختص بالنظر في ملاءمة النفقات العمومية التي يقوم بها الآمر بالصرف، وفي هذا الإطار لا يتحمل المراقب المالي أخطاء التسيير التي تقوم على عاتق الآمر بالصرف، غير أنه مطالب بالنظر لما يلاحظ أن فيه بعض النفقات المبالغ فيها، فهو مطالب بإعداد تقرير تبريري يعلم فيه وزير المالية بأن النفقة مبالغ فيها، حيث ان، المشرع لا يعرف النفقة المبالغ فيها، لكن نص عليها قانوناً، مثال عن ذلك (جامعة المدية تقوم بشراء طابعة من نوع canon بمبلغ 3.5 مليون دينار جزائري، ومديرية الثقافة تشتري كذلك 10 طابعات من نفس نوع وبمبلغ

2.5 مليون دينار جزائري، وفي هذه الحالة يقوم المراقب المالي بإعداد تقرير يعلم فيه وزير المالية، ويذكر فيه أن جامعة المدية اشترت طابعة واحدة بمبلغ 3.5 مليون دينار جزائري من نوع canon، مع العلم بأن مديرية الثقافة اشترت 10 طابعات من نفس النوع بمبلغ 2.5 مليون دينار جزائري وفي هذه الحالة يقوم وزير المالية بإخطار المفتشية العامة للمالية، مجلس المحاسبة بالقيام بعملية الرقابة وهذه آلية من آليات المتبعة لترشيد النفقات العمومية التي نص عليها قانون 09-374.

- ✓ لتأشيرة المراقب المالي دور ترخيصي من أجل صرف النفقة العمومية وهي ضرورية وأساسية ، وذلك من خلال إبداء رأيه بمنح التأشيرة في حالة النفقات تكون مشروعة وفي حالة عدم شرعيتها واخلالها بالنصوص القانونية و التنظيمات سارية المفعول بالرفض المؤقت أو النهائي
- ✓ في حالة ما إذا لاحظ المراقب المالي نقائص وأخطاء أو مخالفات فانه يبلغ وزير المالية ، وفي حالة الصفقات اضافة على وزير المالية ، يخطر كذلك رئيس لجنة الصفقات والآمر بالصرف المعني ، فهو في هذه النقطة يمس جانب الملائمة للنفقات العمومية ويساهم في تحسين هذا الجانب أي تحسين تسيير الأموال العمومية حيث تصبح أكثر فعالية وهذا ما ركز عليه مفهوم ترشيد النفقات العمومية .

الفرع الثالث :معوقات تطبيق رقابة المراقب المالي:

- ✓ غموض وتعقيدات في النصوص القانونية والتي قد تحمل أكثر من معنى في تطبيقها
- ✓ غموض بعض النصوص التنظيمية التي تشرح كيفيات تطبيق القوانين المعمول بها
- ✓ صعوبة تطبيق بعض النصوص التنظيمية لأنها لا تمتاز بالمرونة ولا تتوافق مع الوضعيات الحالية
- ✓ ضيق الوقت لتنفيذ الرقابة لأن هناك ملفات وعمليات تحتاج دراسة معمقة وتكون المدة الزمنية المحددة قانوناً غير كافية لأن تكون هذه الرقابة فعالاً نوعاً ما
- ✓ غياب التنسيق بين مختلف الهيئات العمومية
- ✓ يواجه المراقب المالي صعوبات عديدة تتعلق أساسا بمدى احترام المنافسة عندما يتم اللجوء إلى إبرام اتفاقيات عبر استشارات التي تجري بين الممولين والموردين لا تقوم على أسس قانونية من حيث اختبار أحسن عرض وأقل سعر بل تتضمن في أغلب الأحيان عرضا واحدا وهو ما يتنافى مع مبدأ المنافسة

- ✓ إرسال دعوات للمراقب المالي للحضور إلى اجتماع لجنة الصفقات العمومية دون أن ترفق معه جدول الأعمال ما يصعب عليه الرقابة ويجعلها عديمة الجدوى.

خاتمة:

تكتسي الرقابة القبلية على النفقات أهميه كبرى نظرا لكونها تعد من أبرز الآليات التي بواسطتها استطاعت الدولة الجزائرية تقليل من عجز الميزانية على مستوى البلديات و ساهمت بشكل فعال في ترشيد النفقات بالبلدية لأنها عبارة عن رقابة وقائية وهي تلغي كل النفقات الزائدة غير موجودة في الميزانية، وهذا لا ينفي أن لها سلبيات تنجر عنها كعرقلة النشاط والتسيير العمومي، وتضيق الخناق على صلاحيات رؤساء المجالس البلدية لما تتميز به من الحذر المفرط، كما تعتبر رقابة بطيئة وتعبر عن سلوك بيروقراطي في حق هذه الهيئات العمومية.

توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات وتتمثل فيما يلي:

نتائج الدراسة:

- ✓ لترشيد النفقات العمومية يجب الأخذ بعين الاعتبار الإجراءات الرقابية التي تعمل على إضفاء الشفافية والإفصاح في تنفيذ النفقات العمومية.
- ✓ المشكل ليس في الرقابة ودورها وهل تمكنت من ضبط الأمور أم لا من وجهة نظري حتى وإن كان إخضاع البلديات لرقابة المراقب المالي منذ القدم فالإشكال يتمثل في من نوكلهم مسؤولية البلديات حيث أن المسؤولين همهم الوحيد هو تحقيق مصالحهم الشخصية الضيقة في خلال فترة انتخابهم ولا يكترثون للميزانية إن كانت خاضعة للقوانين ام لا.
- ✓ إخضاع البلديات لرقابة المراقب المالي هدفها التخلص من العجز المستمر في ميزانية البلديات والوصول إلى ترشيد الإنفاق المحلي.
- ✓ بالرغم من وجود مجموعة من المبادئ واتباع سلسلة من الأساليب والوسائل من قبل أجهزة الرقابة المالية إلا أن هناك نقص في هذه الرقابة بحيث تتميز بعدم النجاعة، وعدم قدرتها على المحافظة على المال العام من الاختلاس والتبذير وسوء الاستعمال من قبل المسيرين.

توصيات :

- ✓ الأجدر قبل توسيع الرقابة المالية اختيار مسؤولين أَكْفَاء الذين يسيرون هذه الأموال تسييرا عقلانيا والعمل يدا بيد مع الرقابة المالية للحفظ على الأموال العامة

- ضرورة زيادة الاهتمام بالبحث في إصلاحات المالية المحلية، وتوفير التمويل الضروري لتصحيح عجز في الميزانية .
- لابد على المراقب المالي أن لا يقف في وجه الآمر بالصرف كخصم معارض ولا هذا الأخير موقف نفسه لأن ذلك قد يسبب تجميد أعمال كل منهما فينتج عن هذا الفعل تعطل بعض الخدمات والأشغال، وهذا مع الأسف ما هو واقع حاليا.
- غرس ثقافة حماية المال العام لدى أفراد المجتمع من أجل صرفه في الأوجه المخصص له.
- استقلالية الهيئات القائمة بالتنفيذ عن القائمة بالرقابة استقلال تاماً ليس على الورق فقط (قانون حبر على ورق) وإنما لابد أن يكون ظاهرا على أرض الواقع.
- تطبيق مبادئ الحوكمة في صرف المال العام هذا يؤدي إلى زيادة الشفافية وإتاحة المعلومات وتداولها على نطاق واسع وتحقيق أكبر درجات المساءلة المجتمعية والسياسية، وتحقيق سيادة القانون والامتثال لقواعده وهذا يساهم بشكل كبير في محاربة الفساد والحفاظ على المال العام.

قائمة المراجع:

المؤلفات:

جامع أحمد (بلا تاريخ) علم المالية العامة،*دار النهضة العربية مصر*.

بن داودإبراهيم (2010) الرقابة المالية على النفقات العامة،*دار الكتاب الحديث القاهرة*.مصر

دراز حامد عبد المجيد ،سميرة ابراهيم أيوب (2002) مبادئ المالية العامة،*الدار الجامعية الاسكندرية*.

خلاصى رضا (2006) النظام الجبائي الجزائري ،الجزء الأول *الجزائر*

حشيش عادل (2006) أساسيات االمالية العامة،*دار الجامعية الجديدة للنشر الاسكندرية*..

الشيخلي عبد الرزاق (2001) الإدارة المحلية،*دار الميسرة للنشر عمان*.

لطرش عمر (2005) دليل المنتخب المحلي، *دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر*.

عباس محرزي محمد (2008) اقتصاديات المالية العامة، *ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية ،الجزائر*.

يزيد محمد أمين. (بدون سنة). الرقابة السابقة على النفقات الملتوم بها في الجزائر (المراقب المالي أنموذجا). *داربلقيس ،دار البيضاء الجزائر*.

الأطروحات:

شويخي سامية (السنة الجامعية 2011/2010) أهمية الاستفادة من الآليات الحديثة والمنظور الاسلامي في الرقابة على المال العام *مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه،كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير*. الجزائر

عباس عبد الحفيظ (2010/2011). تقييم فعالية النفقات العامة في ميزانية الجماعات المحلية دراسة حالة لنفقات ولاية تلمسان بلدية منصورة. *جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان*.الجزائر

فرج شعبان (2010/2011) الحكم الراشد كمدخل لترشد الانفاق العام والحد من الفقر،دراسة جالة الجزائرأطروحة دكتوراه، قسم : العلوم الاقتصادية *كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير ،جامعة الجزائر3*.

مزيتي فاتح (2014/2013)الرقابة على ميزانية البلدية، *مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،قسم الحقوق،تخصص :قانون الإدارة العامة ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي*.الجزائر

المقالات:

حداب محي الدين (15 أفريل 2017) ترشيد الانفاق العام كدعامة للتنويع الاقتصادي في الجزائر في ظل الأزمة النفطية الراهنة،*مجلة إدارة الأعمال والدراسات الاقتصادية، العدد16* ، .

سامي الوافي (سبتمبر 2017) عجز المالية المحلية في الجزائر :أسباب وانعكاسات،*مجلة شعاع للدراسات الاقتصادية، العدد 2*.

مراسم وقوانين:

المرسوم التنفيذي رقم 09-374(2009) المؤرخ في 16 نوفمبر2009تعلق بالرقابة السابقة التي يلتزم بها،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية *العدد82*.

المرسوم التنفيذي رقم 92/ 78 المؤرخ في فيفري 1992 المحدد لاختصاصات المفتشية العامة للمالية. (1992)، المادة 06

المرسوم التنفيذي 53-80 (المؤرخ في 01مارس 1980) المتعلق بإحداث المفتشية العامة للمالية،*الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 10*.

المرسوم التنفيذي 92-414 (16 نوفمبر2009) لمتعلق بالرقابة المالية السابقة على النفقات الملتزم بها .

المرسوم التنفيذي رقم09-374(2009) يتعلق بالرقابة المالية السابقة التي يلتزم بها. *الجريدة الرسمية، العدد82*.

قانون90-21 (1990)المؤرخ في 15 أوت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية،الجريدة الرسمية العدد35.

قانون البلدية 11-10 (2011) المؤرخ في 20 رجب 1432الموافق ل22يونيو2011المتعلق بالبلدية.

المقابلات الشخصية:

حمدي سيد أحمد (02-18- 2020) دور المراقب المالي في ترشيد النفقات المحلية،*المراقبة المالية لولاية المدية*،(مقابلة شخصية) ولاية المديةعلى الساعة 11:00صباحا.

عمري نورالدين (2020-01-20) الادارة الإلكترونية كآلية لترشيد النفقات المحلية،*دائرة عين بوسيف بلدية عين بوسيف ولاية المدية على الساعة 14:30 بعد الزوال(مقابلة شخصية)*.

Will Barlet.vesna popovski(septembre,2013). local governance and social cohesion in ukrania,wps/22. *serch working paper* ،p10.

فاعلية الكشوف والتقارير المالية في ظل تطبيق النظام المحاسبي المالي

The effectiveness of financial statements and reports under the application of the financial accounting system

الأخضر رينوبة (*)
مركز البحث في العلوم الاسلامية والحضارة بالأغواط، الجزائر
welcomtolakhdar@gmail.com

أم كلثوم هواري
جامعة غرداية، الجزائر
keltoumhouari@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/04/28 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/31

****

ملخص:

نسعى من خلال هذا البحث إلى تبيان أهمية المعلومات المحاسبية في زيادة الوعي المحاسبي لكل الأطراف المستخدمة لها من خلال تمكينهم من الاطلاع ومعرفة الوضعيات المالية والمحاسبية للمؤسسات وبالتالي تكوين نظرة شاملة عليها مما يسهم في اتخاذ قرارات رشيدة، لاسيما المخرجات المحاسبية المعدة وفق المعايير المحاسبية الدولية، ومما لا يخفى الأهمية البالغة للكشوف والتقارير المالية التي تسهم بشكل خاص في زيادة الاتصال المالي والمحاسبي بين المؤسسات وجميع الأطراف ذوي الصلة؛ ومن خلال منهج تحليلي تقدم هذه الورقة البحثية تصور شامل حول أهمية الكشوف والتقارير المالية في ظل تطبيق النظام المحاسبي المالي الذي يسعى الى تقديم معلومات محاسبية تتسم بالجودة من خلال مواءمتها وموثوقيتها.

الكلمات المفتاحية : نظام المحاسبة المالية، معايير المحاسبة الدولية، كشوف مالية، تقارير مالية.

Abstract:

Through this research, we seek to demonstrate the importance of accounting information in raising the accounting awareness of all users by enabling them to have access to and understand the financial and accounting positions of enterprises and thus to have a comprehensive view of them, thereby contributing to rational decisions, in particular accounting outputs prepared in accordance with the International Accounting Standards.

*المؤلف المرسل.

Through an analytical approach, this research paper provides a comprehensive picture of the importance of financial statements and reports under the financial accounting system, which seeks to provide quality accounting information through harmonization and reliability.
***key words**: :* financial accounting system, international accounting standards, financial statements, financial reports

مقدّمة:

لقد شهد العالم بأسره تغيرات سريعة وشاملة أتت على كل المجالات البيئية التي تعمل بها الأنظمة المحاسبية، كما صاحبها ظهور تكتلات إقتصادية سهلت عملية تدفق السلع والخدمات ورؤوس الأموال وكذلك الأفراد بين العديد من الدول ذات اللغات والثقافات المختلفة، وبالتالي كان ولابد من ظهور معايير محاسبية دولية لتضبط الممارسات المحاسبية بين الدول، وقد ظهرت كذلك المحاسبة الدولية وما يعرف بالتوافق والتوحيد المحاسبي بهدف أساسي يتمثل في تقديم المعلومات المحاسبية الملاءمة و الموثوقة، والقابلة للفهم والمقارنة على مستوى دولي للمستخدمين المختلفين؛

وحتى تحقق المعلومات المحاسبية المتضمنة في الكشوف والتقارير المالية والتي تعتبر مخرجات النظام المحاسبي الفائدة المرجوة منها كان لزاما على المحاسبة من أن تتطور وتلبي الاحتياجات الجديدة للمستخدمين؛

وفي هذا الإطار فالجزائر سعيا منها إلى تحقيق أهداف المستخدمين للمعلومات المحاسبية، فقد تبنت وطبقت النظام المحاسبي المالي الذي حدد الخصائص النوعية للمعلومات المحاسبية، وهو ما ينعكس بالضرورة على الكشوف والتقارير والمالية.

ومن هذا تبرز لنا إشكالية هذه الورقة البحثية والمتمثلة في:

ما مدى فاعلية الكشوف والتقارير المالية في ظل تطبيق النظام المحاسبي المالي ؟

ولمعالجة هذه الإشكالية سنتطرق إلى ما يلي:

المبحث الأول: نظام المحاسبة المالية؛

المبحث الثاني: معايير المحاسبة الدولية ومتطلبات تطبيقها ومدى توافقها مع النظام المحاسبي المالي؛

المبحث الثالث: فاعلية الكشوف المالية والتقارير في ظل النظام المحاسبي المالي.

المبحث الأول: نظام المحاسبة المالية

لقد فرضت تحديات العولمة في القطاع المالي على ضرورة مواكبة المقاييس الدولية للمحاسبة هذه المقاييس تأخذ بعين الاعتبار الأبعاد الدولية و شروط المستثمرين الأجانب و تمكين الأنظمة

المالية و البنكية الجزائرية من مواكبة الأسواق المالية العالمية و البنوك الدولية ,فضلا عن تكييف الأنظمة المعمول بها مع الأنظمة العالمية وتوحيد لغة المحاسبة بما يتماشى و التحولات التي فرضتها العولمة و اقتصاد السوق. وفي هذا المبحث سنتناول مفهوم النظام المحاسبي المالي، أهدافه وخصائصه وكذا أهمية تطبيق النظام المحاسبي المالي في الجزائر.

المطلب الأول: مفهوم النظام المحاسبي المالي(SCF)

يعتبر النظام المالي المحاسبي إعادة صياغة للمخطط الوطني المحاسبي لسنة 1975، والذي يندرج في إطار عمليات التحديث التي تصاحب الإصلاح الاقتصادي الذي باشرته الجزائر, كما يعتبر في الحقيقة تغيير في الثقافة المحاسبية الحالية ومحاولة التقارب مع معاييرIFRS التي تشكل المرجع العالمي باعتبار أنها مطبقة من طرف أكثر من 100دولة من بينها دول المجموعة الأوروبية وأكثر من 120 منظمة مهنية في العالم (ناصر، 2010، صفحة 09).

ولهذا كانت هناك جملة من التعديلات و الإصلاحات البارزة في النظام المحاسبي و المالي الجديد و المتضمن في قانون رقم 07-11 المؤرخ في 15 ذي القعدة عام 1428 الموافق ل : 25 نوفمبر سنة 2007 ، وطبقا لهذا القانون فان: "النظام المحاسبي المالي أو المحاسبة المالية هو نظام لتنظيم المعلومة المالية يسمح بتخزين معطيات قاعدية، تصنيفها، تقييمها و تسجيلها و عرض كشوف تعكس صورة صادقة عن الوضعية المالية و ممتلكات الكيان و نجاعته، و وضعية خزينته في نهاية السنة المالية" (الجريدة، 2007)، ونشير أن الإطار التصوري للنظام المحاسبي المالي مستمد من النظام الأنجلوساكسوني، و مدونة الحسابات مستمدة من المخطط المحاسبي العام الفرنسيPCG أي أن النظام المحاسبي المالي عبارة عن مزيج بين النظام الأنجلوساكسوني والنظام الفرنكوجرماني.

ولقد حدد النظام المحاسبي المالي وفق للمواد 05،04،02 من قانون 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007 مجالات تطبيق هذا النظام على كل شخص طبيعي أو معنوي ملزم بموجب نص قانوني أو تنظيمي بمسك المحاسبة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بها، يستثنى الأشخاص المعنويون الخاضعون لقواعد المحاسبة العمومية.

المطلب الثاني: أهداف وخصائص النظام المحاسبي المالي

الفرع الأول: أهداف النظام المحاسبي المالي

يمكن إبراز أهم الأهداف المنتظرة من تطبيق النظام المحاسبي المالي كما يلي:

- توفير معلومات مالية ومحاسبية مفهومة وموثوق بها دوليا؛
- إيجاد حلول محاسبية للعمليات التي لم يعالجها PCN؛

- ترقية النظام المحاسبي الجزائري ليواكب و يتوافق مع الأنظمة المحاسبية الدولية؛
- إعطاء صورة صادقة وحقيقية عن الوضعية المالية، الأداء والتغيرات في الوضعية المالية للمؤسسات؛
- الاستجابة لاحتياجات الإعلام المالي لمختلف المستعملين مسيرين مستثمرين حالتين و محتملين مستخدمين، مقرضين، دائنين، زبائن، جمهور، مدققين، والدولة؛
- قابلية مقارنة المؤسسة لنفسها عبر الزمن و بين المؤسسات على المستويين الوطني و الدولي (ناصر، 2010، صفحة 06)؛
- تمكين عملية تقييم الممتلكات على أساس السوق؛
- ضمان مقر أفضل للحسابات بالنسبة للمستثمرين الأجانب في إطار عملية الشراكة؛
- نشر معلومات وافية، صحيحة وتتمتع بشفافية أكبر، تؤدي إلى زيادة ثقة المستثمرين وتسمح لهم بمتابعة أموالهم في المؤسسات، وتساعد في فهم أفضل للمعلومات التي تشكل أساس لاتخاذ القرارات من طرف المستعملين؛
- يتوافق النظام المحاسبي المالي مع الوسائل المعلوماتية الموجودة التي تسمح بأقل التكاليف من تسجيل البيانات المحاسبية و إعداد القوائم المالية و عرض وثائق التسيير حسب النشاط؛
- تبيين تطور المعايير و التقنيات المحاسبية قصد تقريب الممارسات المحاسبية إلى الممارسات المحاسبية الدولية القائمة. (بلكيحل، 2009، صفحة 58)

الفرع الثاني: خصائص النظام المحاسبي المالي:

يتميز النظام المحاسبي المالي بعدة خصائص أهمها:

- توسيع مجال التطبيق مقارنة بـ PCN ؛
- يرتكز على مبادئ أكثر ملائمة مع الاقتصاد الدولي ، و إعداد معلومات تعكس صورة صادقة عن الوضعية المالية للمؤسسة ؛
- الإعلان بصفة أكثر وضوحا و شفافية عن المبادئ التي تحدد التسجيل المحاسبي للمعاملات و تقييمها و إعداد القوائم المالية ، مما يسمح بالتقليل من التلاعبات وتسهيل مراجعة الحسابات؛

- توضيح قواعد تقييم وحوسبة كل العمليات بما فيها تلك التي لم يعالجها PCN كالقرض الإيجاري، الامتيازات؛
- يسمح بتوفير معلومات مالية منسجمة و مقروءة تمكن من إجراء المقارنات و اتخاذ القرارات؛
- وجود تقديم حسابات موحدة و حسابات مشتركة لكل المؤسسات الخاضعة لنفس سلطة القرار؛
- ويتضمن النظام المحاسبي المالي إطارا تصوريا للمحاسبة المالية، و معايير محاسبية، و مدونة حسابات تسمح بإعداد كشوف مالية على أساس المبادئ المحاسبية المعترف بها عامة. و تشمل الكشوف المالية على ما يلي:
  - الميزانية.
  - جدول حسابات النتائج.
  - جدول سيولة الخزينة .
  - جدول تغير الأموال الخاصة؛
  - ملحق يبين القواعد و الطرق المحاسبية المستعملة و يوفر معلومات مكملة عن الميزانية و حساب النتائج (ناصر، 2010، صفحة 04).
- يحدد الإطار التصوري للمحاسبة بوضوح الاتفاقيات و المبادئ الأساسية للمحاسبة و الأصول و الخصوم ورؤوس الأموال الخاصة و الأعباء و كذا المنتجات ؛
- تأسيس نظام محاسبة مبسط يركز على محاسبة خاصة بالمؤسسات المصغرة و التجار الصغار؛
- تبيين القواعد العصرية المتعلقة بتنظيم المحاسبة لا سيما مسك المحاسبة عن طريق الإعلام الآلي.

المطلب الثالث: أهمية تطبيق النظام المحاسبي المالي في الجزائر

تتجلى أهمية النظام المحاسبي المالي في كونه يستجيب لمختلف احتياجات المهنيين و المستثمرين، كما أنه يشكل خطوة هامة في تطبيق المعايير المحاسبية الدولية، في إطار التوحيد المحاسبي العالمي و بالتالي تبسيط قراءة القوائم المالية بلغة محاسبية موحدة. وفرض رقابة على الشركات التابعة و الفروع للشركة الأم وتقليص التكاليف الناتجة عن عملية ترجمة أو تحويل

القوائم المالية من النظام المحاسبي للبلد الذي تعمل به الشركات التابعة و الفروع إلى النظام المحاسبي للشركة الأم، وبالتالي توحيد الإجراءات المحاسبية بهدف الوصول إلى قوائم مالية موحدة.

أي انه يمكن إبراز أهمية النظام المحاسبي المالي في العناصر التالية:

- تبسيط قراءة القوائم المالية بلغة محاسبية موحدة؛
- اعتماد معايير محاسبية متعارف عليها قانونا، يؤدي إلى اقتصاد الجهد والزمن والتكلفة في عملية الإصلاح المحاسبي؛
- يؤدي إلى ترقية التعليم المحاسبي في المدارس والجامعات مما ينعكس على التسيير في المؤسسات، وبالتالي تأهيل مهنة المحاسبة في الجزائر للعمل في الأسواق الدولية؛
- يعزز من مسار اندماج الجزائر في الاقتصاد العالمي، بما يتماشى مع التحولات التي أصبحت تفرضها العولمة واقتصاد السوق؛
- النظام المحاسبي المالي متوافق مع المعايير الدولية للمحاسبة والمعلومة المالية، وبالتالي فهو قريب من التطبيقات المحاسبية العالمية المتطورة، بإنتاجه لمعلومات محاسبية ذات جودة، بحيث يعتمد في العمل المحاسبي على ركيزة مرجعية ومبادئ موحدة أكثر ملائمة مع الاقتصاد المعاصر (بلكيحل، 2009، صفحة 59)؛
- أتى النظام المحاسبي المالي لسد الثغرات بوضع أدوات ملائمة لجمع المعطيات وتحليلها بشكل يرسخ التسيير الشفاف للمؤسسات الخاضعة للقانون التجاري الجزائري. هذه الأدوات معتمدة دوليا لتشديد الرقابة على حسابات المؤسسات الخاضعة للقانون التجاري، وبالتالي ستفضح كل المخالفات والاختلاسات ومحاولات الفساد؛
- تقليص التكاليف الناتجة عن عملية ترجمة أو تحويل القوائم المالية من النظام المحاسبي للبلد الذي تعمل به الشركات التابعة و الفروع إلى النظام المحاسبي للشركة الأم؛
- يعرف النظام المحاسبي المالي قواعد التسجيل المحاسبي والتقييم، كما يحتوي على إطار تصوري يتضمن المبادئ، الفرضيات والاتفاقيات، وعلى قواعد واضحة تضمن مزيد من التناسق وتقلل من عدم الفهم، أي أن النظام المحاسبي المالي يسهل من عملية التحقق ومراقبة الحسابات التي ترتكز على مبادئ محددة بوضوح؛
- يساعد على إنشاء وظهور سوق مالية تضمن سيولة رؤوس الأموال والتمويل للمؤسسات، مما يؤدي إلى زيادة دور الأسواق المالية في الاقتصاد الوطني على حساب احتكار البنوك في

تمويل الاقتصاد، ويعمل ذلك على تشجيع الادخار والخوصصة وإنشاء شركات مساهمة مفيدة في البورصة، لأن إنتاج معلومة محاسبية موثوق بها عالميا في الأسواق المالية يؤدي إلى زيادة ثقة المستثمرين في المؤسسات؛

- يستجيب لاحتياجات المستثمرين الحالية و المستقبلية، كما أنه يسمح بإجراء المقارنة. مما يشجع الاستثمار من خلال إعطاء معلومات مطلوبة من طرف المستثمرين؛
- يسمح بالتحكم في التكاليف مما يشجع الاستثمار و يدعم القدرة التنافسية للمؤسسة (ناصر، 2010، صفحة 09).

المبحث الثاني: المعايير المحاسبية الدولية ومتطلبات تطبيقها ومدى توافقها مع النظام المحاسبي المالي

تسعى العديد من الدول إلى توحيد ممارساتها المحاسبية، إلا أن هناك دول أخذت الصدارة في تولي هذه المهمة فبادرت إلى إرساء قاعدة لذلك فجاء ما يصطلح عليه بمعايير المحاسبة الدولية بغرض توحيد الأعمال المحاسبية بين دول العالم، لاعتبار المحاسبة لغة الأعمال في العصر الحالي. لذلك سارعت الدولة الجزائرية إلى إصلاح محاسبي من شأنه تقريب ممارساتها والممارسات العالمية بعد ما أدركت أن سياسة الترقيع للمخطط الوطني المحاسبي أصبحت دون جدوى خاصة بعد التحولات التي شهدتها البيئة الجزائرية، وكان أهمها الانتقال من الاقتصاد الاشتراكي إلى اقتصاد السوق. و كان عليها أن لا تكون في منأى ومعزل عن مايجري بالعالم وان تسعى إلى الانضمام إلى الركب الدولي، وفي هذا المبحث سنتناول ماهية معايير المحاسبة الدولية بين الماهية والخصائص وكذا النظام المحاسبي المالي ومعايير المحاسبة الدولية.

المطلب الأول: ماهية معايير المحاسبة الدولية

الفرع الأول: تعريف معايير المحاسبة الدولية: لقد جاءت كلمة معيار ترجمة لكلمة standard الانجليزية وهي تعني القاعدة المحاسبية، ويقصد بكلمة معيار في اللغة بأنها نموذج يوضع ،يقاس على ضوئه وزن شئ أو طوله أو درجة جودته. أما في المحاسبة فيقصد به المرشد الأساسي لقياس العمليات والأحداث والظروف التي تؤثر على المركز المالي للكيان ونتائج أعماله وإيصال المعلومات إلى المستفيدين (ليازيد، 2010، صفحة 02) . والمعيار بهذا المعنى يتعلق عادة بعنصر محدد من عناصر القوائم المالية أو بنوع معين من أنواع العمليات أو الأحداث أو الظروف التي تؤثر على المركز المالي للكيان ونتائج أعماله، مثل الموجودات الثابتة، البضاعة أو غيره.

وأيضا يمكن وضع التعريف التالي للمعايير المحاسبية فالمعيار المحاسبي هو: "بيان لتحقيق التوافق والتنسيق فيما بين السياسات والمعالجات المحاسبية لمختلف المعاملات والأحداث المالية للكيان، وهذا يساعد على جعل الكشوف المالية ذات قابلية على المقارنة والفهم من قبل الأطراف ذات العلاقة فالمعيار يوضع في ضوء الأعراف المحاسبية المتعارف عليها والظروف البيئية السائدة وأساسيات النظرية المحاسبية (سلوم، صفحة 12)".

ويعرف المعيار حسب المنظمة الدولية للمواصفات على أنه" وثيقة أعدت بإجماع، و مصادق عليها من قبل هيئة معترف بها، تعطي لاستعمالات مشتركة و متكررة قواعد أو خطوط عريضة، أو مواصفات للأنشطة أو نتائجها لضمان مستوى تنظيم أمثل في سياق معين"

من خلال ما سبق يمكننا أن نعرف المعايير المحاسبية بأنها كل القواعد المتعلقة بالمحاسبة مهما كانت طبيعتها إلزامية أو اختيارية أي أنها كل ما من شأنه أن يشكل دليلا أو مرجعا سواء أكانت نصوص تشريعية أو تنظيمية أو توصيات صادرة عن سلطات مؤهلة لتنظيم العمل المحاسبي، أما المعايير المحاسبية الدولية هي معايير صادرة عن لجنة معايير المحاسبة الدولية من أجل توحيد المحاسبة على المستوى الدولي بهدف ضمان التجانس في المعلومات المحاسبية والمالية لأجل تسهيل قراءتها و إجراء المقارنات بين الوضعيات المالية لمختلف المؤسسات وكذلك النتائج المحققة.

الفرع الثاني: أهمية معايير المحاسبة الدولية: تم إصدار المعايير المحاسبية الدولية للدور الهام الذي تلعبه و يتمثل فيما يلي:

- تحسين جودة المعلومات؛
- انسيابية الاستثمار بين البلدان؛
- تقليل كلفة معالجة المعلومات المحاسبية؛
- القدرة على فهم المعلومات.

المطلب الثاني: معايير المحاسبة الدولية بواعث الصدور والخصائص

الفرع الأول: بواعث وأسباب صدور المعايير المحاسبية الدولية

- العولمة الاقتصاد ونمو وتحرير التجارة الدولية والاستثمار الدولي المباشر، وتطور الأسواق المالية العالمية؛
- الخصخصة في بعض دول العالم، وانتهاج اقتصاد السوق؛
- التغيرات الحاصلة في أنظمة النقد الدولية؛

- انتشار الشركات متعددة الجنسيات لتشمل أصقاع المعمورة، سواء كان ذلك عن طريق إنشاء فروع لها في الأقاليم والدول أو السيطرة على شركات تابعة.
- ولعل من أهم الأسباب ثورة المعلومات، وانتشار الحواسيب والتكنولوجيات الحديثة، التي أدت إلى تعزيز العولمة وتدفق المعلومات المطلوبة لاتخاذ القرارات الوقت المناسب، هذه المعلومات تمثل مخرجات النظام المحاسبي للكيان أو القطاع أو الدولة، ولا تكون ذات فائدة إذا لم تكن تمتاز بالخصائص النوعية، مما أدى إلى ضرورة وضع معايير تحدد هذه الخصائص.

الفرع الثاني: خصائص المعايير المحاسبية الملائمة

ونظرا لأن المعايير المحاسبية تعد أهم أدوات التطبيق العملي في المحاسبة لذلك لابد وأن تتصف بالخصائص التالية (عجيلة و بن نوي، 2010، صفحة 07):

- يجب عند إعداد المعايير المحاسبية مراعاة الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والقانونية والبيئية المحيطة بالمجتمع؛
- يجب أن تكون المعايير المحاسبية واقعية فلا يجب أن تتصف المعايير المحاسبية بالثبات، بل لابد وان تتغير وفقا للظروف البيئية المتغيرة من وقت لآخر فالمعايير المحاسبية عملية مستمرة؛
- أن تمثل المعايير المحاسبية أفضل الممارسات المحاسبية المتاحة عند وجود خلافات متعددة بالنسبة للمعالجة المحاسبية؛
- يجب أن لا تؤثر الضغوط السياسية أو ضغوط جهة معينة على إعداد المعايير المحاسبية؛
- يجب أن تتصف المعايير المحاسبية بالحياد، ويقصد بذلك عدم توقع تحديد نتائج معينة مقدما بقدر الإمكان عند إعداد المعايير المحاسبية؛
- وأخيرا يجب أن تتصف المعايير المحاسبية بالاقتصادية بمعنى ألا يترتب على تطبيق المعيار المحاسبي وفقا لأهميتها النسبية فلا تصدر المعايير المحاسبية ألا للعناصر والبنود والعمليات المؤثرة في إعداد وعرض القوائم المالية.

الفرع الثالث: أهداف المعايير المحاسبية الدولية

من بين أهم الأهداف و الدوافع لوضع معايير المحاسبة الدولية ما يلي:

- قبولها وتطبيقها عالميا والاسترشاد بها عند إعداد وتجهيز القوائم والبيانات المالية بما يحقق المصلحة العامة؛

- العمل على التحسين والتنسيق بين الأنظمة والقواعد والإجراءات المحاسبية المرتبطة بإعداد وعرض القوائم المالية؛
- توفير الوقت والمال الذي يبذل في توحيد القوائم المالية للشركات الدولية (توحيد الممارسات المحاسبية)؛
- تسهل العمليات الدولية و التسعير، و كذلك القرارات المتعلقة بتوزيع الموارد، و تجعل أسواق الأوراق المالية أكثر كفاءة؛
- رفع مستوى مهنة المحاسبة في دول العالم، فحتى الدول التي توجد بها أنظمة محاسبية ضعيفة و بدائية سوف تتبنى الأنظمة المحاسبية الدولية.

المطلب الثالث: النظام المحاسبي المالي ومعايير المحاسبة الدولية

الفرع الأول: أهمية الإصلاح المحاسبي في الجزائروفق المعايير المحاسبة الدولية:

إن الإصلاح المحاسبي في الجزائر يهدف إلى التماشي والتوافق مع المعايير المحاسبية الدولية، بحيث تكمن أهمية هذه الإصلاحات المحاسبية المتعلقة بالمعايير المحاسبية الدولية من خلال مساعدتها في ظل تعدد العلاقات بين الأسواق المالية والأنشطة التجارية والمالية للمؤسسات، على ضمان قابلية الفهم والمقارنة الدولية للقوائم (الكشوف) المالية للمؤسسات، للإجابة على احتياجات المستثمرين من المعلومات (براق و قمان، 2011، صفحة 04).

بالإضافة إلى أن معايير المحاسبة الدولية تساعد على ضمان مصداقية وملائمة المعلومات المحاسبية من خلال تحقيق شكل موحد للقوائم المالية يضفي عليها صفة القبول.

الفرع الثاني: مدى توافق النظام المحاسبي المالي مع المعايير المحاسبية الدولية

يمكن القول بأن التزام الجزائر بالمعايير المحاسبية الدولية حتمية وليس خيار ومن خلال مقارنة محتوى SCF و المعايير المحاسبية الدولية يمكن ملاحظة التقارب أو التوافق بين المبادئ التي تبناها النظام المحاسبي المالي الجديد و المعايير المحاسبية الدولية.

يمكن القول أيضا بأن المعايير المحاسبية ومهما كانت طبيعتها، فإن استحداثها جاء أساسا لخدمة المنتج المحاسبي، المتمثل في المعلومات المحاسبية والمالية (شكلها، قياسها، عرضها) ومسار المعالجة الذي يولد هذه المعلومات (بلغيث، 2004، صفحة 04)، والمؤسسة باعتبارها المنتج لهذه المعلومات، والأطراف المستعملة على اختلاف طبيعتهم وأهميتهم باعتبارهم المستعملين لهذه

المعلومات. بالإضافة إلى تأكيدها على ضرورة توفرها (المعلومات المحاسبية والمالية) على الخصائص النوعية التي تمكنها من تحقيق جميع أهدافها.

المبحث الثالث: فاعلية الكشوف والتقارير المالية في ظل تطبيق النظام المحاسبي المالي

إن من الأهداف الرئيسية لنظام المعلومات المحاسبي هو إنتاج معلومات محاسبية وتقديمها إلى المستخدمين داخل المؤسسة وخارجها، ولهذا فلابد من أن يصمم النظام المحاسبي بصورة تمكن من إنتاج المعلومات التي تساعد على:

- معرفة نتيجة نشاط المؤسسة (ربح أو خسارة) خلال فترة مالية معينة، ويحمل هذه المعلومات تقرير يتمثل في كشف حساب النتيجة أو حساب الأرباح والخسائر؛

- معرفة المركز المالي للمؤسسة في نهاية تلك الفترة ويحمل هذه المعلومات تقرير يسمى كشف المركز المالي أو الميزانية؛

- معرفة التغيرات التي تحدث في المركز المالي خلال فترة مالية معينة، ويحمل هذه المعلومات تقرير يعرف بكشف التدفقات النقدية؛

- معرفة الحركات التي تكون قد أثرت في أي بند من البنود التي تتألف منها رؤوس الأموال الخاصة للمؤسسة خلال السنة المالية، ويحمل هذه المعلومات تقرير يعرف بكشف تغيرات رؤوس الأموال الخاصة.

وبالتالي فان القوائم المالية أو الكشوف المالية كما أسماها النظام المحاسبي المالي تعتبر من أهم محرجات نظام المعلومات المحاسبي وهي الوسيلة الأكثر استخداما من أجل توفير هذه المعلومات بشكل عام حيث يتم إعدادها وفقا لمعايير المحاسبة المتعارف عليها (فالنظام المحاسبي المالي تبنى معايير المحاسبة الدولية)، وتعتبر الكشوف المالية وما تتضمنه من معلومات مالية عنصرا رئيسيا في التقارير المالية.

المطلب الأول: الكشوف المالية

الفرع الأول : تعريف الكشوف المالية (القوائم المالية)

لقد عرفها البعض بأنها عبارة عن مجموعة كاملة من الوثائق المحاسبية والمالية وغير قابلة للفصل فيما بينها، وتسمح بإعطاء صورة صادقة للوضعية المالية، وللأداء ولتغير الوضعية المالية للمؤسسة عند إقفال الحسابات.

وكما تعرف بأنها:" "وسيلة لنقل صورة مجمعة عن المركز المالي ومركز الربحية في المشروع لكل من يهمه أمر المشروع سواء كان ذلك في داخل المشروع أو خارجه" (نور، 2003، صفحة 43).

أما مجلس معايير المحاسبة الدولية (IASB) فقد وضع المعيار المحاسبي الدولي الأول (IAS1) المعدل في عام 1997 لعرض القوائم المالية، و الذي يبين فيه أن القوائم المالية هي عرض مالي هيكلي للمركز المالي للمؤسسة والعمليات التي تقوم بها، والهدف من القوائم المالية ذات الأغراض العامة هو تقديم المعلومات حول المركز المالي للمؤسسة وأدائها وتدفقاتها النقدية مما هو نافع لسلسلة عريضة من المستخدمين عند اتخاذهم قرارات اقتصادية، كما تبين القوائم المالية نتائج تولي الإدارة للأعمال الموكلة لها، ولتحقيق هذا الهدف تقدم القوائم المالية معلومات حول، الميزانية، و جدول حسابات النتائج، وجدول تغيرات رؤوس الأموال الخاصة، و جدول تدفقات الخزينة، و الملاحق أو الإيضاحات. (نوي، 2008، صفحة 47).

والكشوف المالية عند إعدادها تخضع لما يلي (نمر و صديقي، 2011، صفحة 10):

- تضبط الكشوف المالية تحت مسؤولية مسيري المؤسسة، ويتم إصدارها في مدة أقصاها (04) أربع أشهر تلي تاريخ إقفال السنة المالية المحاسبية؛
- يجب أن يتم توضيح المقر الاجتماعي للشركة، طبيعة القوائم المالية،تاريخ الإقفال، العملة المستعملة في قياس الكشوف المالية، ويجب أن تعرض الكشوف لزوما بالعملة الوطنية؛
- يتم عرض وتقديم الكشوف المالية (الميزانية، حسابات النتائج،جدول تدفقات الخزينة) بعمودين، واحد لأرصدة الدورة السابقة، والثاني يخص الدورة الحالية، مما يمكن من مقارنة السنة الحالية بالسنة السابقة؛
- تعد الفترة التي تعبر عنها الكشوف المالية ب(12) اثني عشر شهرا وتكون في 31 ديسمبر، غير أنه يمكن استثناء تغيير ذلك اذا كانت طبيعة النشاط لا تسمح بذلك.

الفرع الثاني : أهمية وأهداف الكشوف المالية (القوائم المالية)

1-أهمية الكشوف المالية:

إن للكشوف المالية مرتبة هامة بين مصادر المعلومات، وذلك لأنها تعطي معلومات هامة تساعد اتخاذ القرارات، بالإضافة إلى أنها بتوفيرها للمعلومات لكافة المستثمرين بصورة متكافئة تؤدي إلى عدالة التعامل في السوق المالي، وكما أنها تعد من العوامل الأساسية في تحديد اتجاه أسعار الأسهم في الأسواق المالية. مما يؤثر على مناخ الاستثمار وجعله ملائما وبالتالي التأثير على نمو وازدهار الاقتصاد ككل (ديلمي، 2009، صفحة 96).

2-أهداف الكشوف (القوائم) المالية:

حددت الفقرات 14 ،13 ،12 ، من الإطار النظري الذي تم نشره في عام 1989 من طرف لجنة معايير المحاسبة الدولية (IASC) الأهداف التي تسعى القوائم المالية إلى تحقيقها في ما يلي (نوي، 2008، صفحة 48):

1-تهدف القوائم المالية إلى تقديم معلومات عن الوضع المالي ونتائج الأعمال والتغير في الوضع المالي للمؤسسة، وذلك بغرض إفادة العديد من الفئات التي تستخدمها في اتخاذ القرارات الاقتصادية؛

2-تظهر القوائم المالية أيضا نتائج تقييم كفاءة الإدارة في القيام بواجباتها وتساعد في محاسبتها عن الموارد المؤتمنة عليها. ويهدف المستخدمون الذين يرغبون في تقييم كفاءة الإدارة ومحاسبتها إلى اتخاذ قرارات اقتصادية، قد تشمل على سبيل المثال قرارات الاحتفاظ باستثماراتهم في المؤسسة أو بيعها أو ما إذا كان من الضروري تغيير الإدارة؛

3-تلبي القوائم المالية المعدة لهذا الغرض الاحتياجات المشتركة لمعظم المستخدمين. ومع ذلك فإن تلك القوائم لا توفر كافة المعلومات التي قد يحتاجها المستخدمين في اتخاذ القرارات الاقتصادية، ويرجع ذلك في حد كبير أن القوائم المالية تعكس الآثار المالية للأحداث التاريخية ولا توفر بالضرورة معلومات غير مالية.

وبالتالي يمكن تلخيص أهم الأهداف التي تسعى الكشوف المالية لتحقيقها فيما يلي (ديلمي، 2009، صفحة 97):

- تقديم المعلومات اللازمة؛
- تقديم المعلومات المرتبطة بالتدفقات النقدية؛
- توفير معلومات حول موارد المؤسسة والالتزامات اتجاهها؛
- توفير معلومات عن أداء المؤسسة وقدرتها على تحقيق المكاسب؛
- توفير معلومات عن التدفقات النقدية من أنشطة المؤسسة.

ومنه فإن المعلومات حول الوضعية المالية توفر أساسا من طرف الميزانية (le bilan) ،أما المعلومات حول الأداء فتوفر من طرف قائمة حساب النتيجة (le compte de résultat) ، وفيما يخص المعلومات حول تدفقات الخزينة فهي توفر من قبل قائمة تدفقات الخزينة (état des flux de trésorerie) ،إضافة إلى معلومات أخرى تكون مفيدة في اتخاذ القرارات الاقتصادية (زغدار و محمد سفير، 13-15 أكتوبر 2009، صفحة 03).

وفي هذا الصدد فان كثرة المعلومات قد لايضر دائما بنوعيتها، لكن غياب عرضها يضر بوضوح ونوعية المعلومات وكذلك عملية قراءتها من طرف المستخدمين.

الفرع الثالث: عرض الكشوف المالية حسب النظام المحاسبي المالي الجزائري (SCF)

النظام المحاسبي المالي الجديد، امتثالا للمعايير الدولية IAS 1 و IAS 7 يعتمد على الكشوف المالية الخمسة التالية:

1- **الميزانية:** تعتبر أهم وثيقة مالية، يتم التصنيف فيها حسب المصدر و الغاية، حيث يفترض تقديم الميزانية حسب مفهوم دورة الاستغلال بالتمييز بين العناصر الجارية والعناصر غير الجارية، وتضم الميزانية العناصر المرتبطة بتقييم الوضعية المالية للمؤسسة، و ينبغي أن تشمل على الأقل العناصر التالية (Obert, 2003, p. 71):

- الأصول: التي يميز فيها بين الأصول غير الجارية و الأصول الجارية، والمعيار الذي بموجبه يتم هذا التمييز هو المدة، إذ كل ما كان لأقل من سنة فهو أصل جار و ما عدا ذلك فيعتبر غير جار؛
- الخصوم: يتم كذلك التمييز بين الخصوم الجارية والخصوم غير الجارية، وعليه فإن الأموال الخاصة و الديون لأكثر من سنة تعتبر خصوما غير جارية بينما الديون لأقل من سنة فهي خصوما جارية.

2- **حسابات النتائج :** يتضمن العناصر المرتبطة بتقييم الأداء، و هو وثيقة تلخيصية لنواتج و أعباء الدورة، لا يأخذ في الاعتبار تاريخ التحصيل أو التسديد استنادا إلى مبدأ محاسبة الالتزام، و يسمح بإظهار النتيجة الصافية للدورة، بالإضافة إلى إظهاره لعدة مستويات من النتائج (القيمة المضافة، الفائض الإجمالي للاستغلال، النتيجة العملياتية، النتيجة المالية، النتيجة العادية قبل الضريبة، النتيجة الصافية للنشاطات العادية، نتيجة العمليات الاستثنائية، النتيجة الصافية للدورة) و كل هذه المستويات كان المحلل المالي يقوم بحسابها عن طريق ما يسمى بالأرصدة الوسيطة للتسيير؛

3- **جدول تغيرات الأموال الخاصة:** يقدم جدول تغيرات الأموال الخاصة وضعية تحليلية لحركة رأس المال خلال الدورة المحاسبية، و بواسطته يمكن معرفة عمليات توزيع الحصص و الأعباء و النواتج المسجلة مباشرة في رأس المال والتغيرات في الطرق المحاسبية و مختلف التصحيحات للأخطاء التي كان لها أثر على رأس المال؛

هذا الجدول كان يعتبر من الجداول الملحقة في إطار المخطط المحاسبي الوطني، لكنه أصبح جدولا رئيسيا يمكن بواسطته إعداد الجدول المالي الذي يعتبر أساسيا في التحليل المالي.

يعتبر النظام المحاسبي المالي رؤوس الأموال الخاصة هي فرق بين أصول وخصوم المؤسسة ، أما سابقا فقد كانت تعتبر رؤوس الأموال الخاصة جزء من الخصوم.

4- **جدول تدفقات الخزينة:** يهدف جدول تدفقات الخزينة إلى تمكين مستعملي الجداول المالية من تقييم قدرة المؤسسة على توليد الخزينة و معادلاتها و معلومات أخرى عن استعمال هذه التدفقات (المرسوم، 08-156). فهو يظهر التحصيلات والتسديدات خلال الدورة حسب مصدرها:

- تدفقات متأتية من النشاطات العملياتية؛
- تدفقات متأتية من نشاطات الاستثمار؛
- تدفقات متأتية من نشاطات التمويل؛
- تدفقات الخزينة المتأتية من فوائد الحصص.

يقدم هذا الجدول حسب الطريقة المباشرة، و اختياريا حسب الطريقة غير المباشرة.

هذا الجدول لم يكن في السابق، حيث يسمح هذا الجدول بالتفرقة بين تدفقات الاستغلال، تدفقات الاستثمار وتدفقات التمويل، كما أنه يمكن من المقارنة مع الدورة السابقة وهو ما يعتبر شيء هام بالنسبة للتحليل المالي .(Merouani, 2005, p. 135)

5- **ملحق الكشوف المالية:** يتضمن على وجه الخصوص القواعد والطرق المحاسبية التي تسمح بفهم الميزانية، زيادة على عدة معلومات تكميلية (حيث أن كل معيار دولي يحدد ويعرف مستوي المعلومات الواجب تقديمها في الملحقات).

و أهداف الملاحق هي:

- شرح الطرق المحاسبية و طرق التقييم التي طبقت عند إعداد الحسابات؛
- عرض المعلومات المكملة المطلوبة قانونا؛
- إعطاء كل معلومة إضافية تسمح بأحسن فهم لوضعية المؤسسة و أداءاتها.

المعلومات المتضمنة في الملاحق تعتبر أساسية بالنسبة للمحلل المالي، فهي تسمح له بمعرفة خصوصيات المؤسسة محل الدراسة.

المطلب الثاني: التقارير المالية

الفرع الأول : مفهوم التقارير المالية

1-تعريف التقارير المالية:

يعتبر مفهوم التقارير المالية مفهوما أشمل وأوسع من مفهوم القوائم المالية -والتي تعتبر المحور الأساسي للتقارير المالية، كتقرير مجلس الإدارة، والتنبؤات المالية، والأخبار ذات الصلة بالمؤسسة، ووصف الخطط والتوقعات، وكذلك التأثير البيئي أو الاجتماعي لأعمال المؤسسة فهي تضيف معلومات أخرى غير مالية لا تتضمنها القوائم المالية، لكنها مفيدة لمستخدمي المعلومات المالية

والمحاسبية في اتخاذ قراراتهم الاقتصادية وذلك لأنها تعتبر الوسيلة الأكثر استخداما بحيث أنها تمدهم بالمعلومات المحاسبية، أي أنها تعتبر كوسيلة لإيصال المعلومات إلى الأطراف الخارجية مثلها مثل القوائم أو الكشوف المالية ولكن بصورة أوسع، وبالتالي فان أحد مؤشرات فاعلية نظام المعلومات المحاسبي هو جودة تلك التقارير وملاءمتها للمستخدم أو المستفيد (الجزراوي و الجنابي، 2009، صفحة 101).

2-أهداف التقارير المالية: الأهداف التي تقدمها التقارير المالية ليست مقتصرة على ما تقدمه القوائم المالية فحسب بل تهدف إلى (حماد، 2002، صفحة 39) :

- تقديم معلومات مفيدة للمستثمرين الحاليين والمرتقبين والدائنين والمستخدمين الآخرين، لاتخاذ القرارات المناسبة؛ ويجب أن تكون المعلومات مفهومة لهؤلاء الذين يكون لديهم الرغبة في دراسة هذه المعلومات؛
- زيادة منفعة المعلومات المقدمة في القوائم المالية؛
- تقدم معلومات لازمة عن المصادر الاقتصادية للمؤسسة والحقوق المرتبطة بها، وكذلك انعكاسات المعاملات والأحداث والظروف التي تغير المصادر والمطالبات المرتبطة بها؛
- تساعد المهتمين بالمؤسسة بتقدير مقدار وتوقيت المتحصلات النقدية المتوقعة من توزيعات الأرباح أو الفوائد أو المتحصلات من المبيعات واسترداد الأوراق المالية أو القروض؛
- تقدم معلومات واضحة عن كيفية قيام إدارة المؤسسة لمسؤولياتها تجاه الملاك؛
- تقدم معلومات عن المكاسب ومكوناتها، وعن التدفقات النقدية مبوبة حسب أنشطة التشغيل والاستثمار والتمويل.

الفرع الثاني: فاعلية الكشوف والتقارير المالية في ظل النظام المحاسبي المالي:

الكشوف المالية –والتقارير المالية- عبارة عن مخرجات نظام المعلومات المحاسبي، وهي أداة اتصال بين نظام المعلومات المحاسبي والمستفيدين المختلفين داخل المنظمة وخارجها، لذلك فان فاعلية نظام المعلومات المحاسبي تتعلق بجودة التقارير وملاءمتها للمستخدمين، وحتى تستطيع المعلومات المالية والمحاسبية التي تقدمها الكشوف المالية – والتقارير المالية- أن تحقق الأهداف المرجوة منها ينبغي أن تتوافر فيها مجموعة من الخصائص النوعية الضرورية، وتحديد هذه الخصائص والاتفاق على محتواها يعتبر أمرا ضروريا لجعل المعلومات المالية ذات قيمة اقتصادية، ولا يوجد اتفاق بين المهتمين بالمحاسبة (كتابا ومنظمات) على عناصر تلك الخصائص (نوي، 2008، صفحة 50). لكن هناك خصائص معينة متفق عليها بين الجميع، وتشتمل الخصائص الرئيسية

المتفق عليها بين الكتاب على أربع خصائص رئيسية هي: الملاءمة، الموثوقية، القابلية للمقارنة، والقابلية للفهم أو الوضوح.

وحتى تحتوي الكشوف المالية –والتقارير- (المخرجات) على الخصائص النوعية للمعلومات المحاسبية، فانه يجب مراعاة الشروط التالية عند إعداد وعرض وتصميم أشكال التقارير (العال، 1985، الصفحات 560-561):

- ضرورة وضوح وسهولة فهم الكشوف المالية، خاصة وأن معظم مستخدميها ليسو ممن يمتلكون خبرات محاسبية؛
- ملائمة التقارير المالية لاحتياجات المستويات الإدارية داخل المنظمة، وكذلك المستخدمين الخارجيين؛
- تحديد ما يجب إدراجه والإفصاح عنه في الكشوف المالية، وما يجب حذفه وإهماله منها، في ظل محددات الخصائص النوعية للمعلومات المحاسبية (التكلفة والمنفعة، والأهمية النسبية).

وبالتالي فمخرجات نظام المعلومات المحاسبي في ظل تطبيق النظام المحاسبي المالي (SCF) والمتمثلة في المعلومات المحاسبية المتضمنة في الكشوف المالية –والتقارير المالية- لا تعتبر معلومات ذات معنى وإفادة لمستخدميها إلا إذا كانت تمتاز بالخصائص النوعية للمعلومات المحاسبية، وهو ما يعبر بالضرورة على فاعلية نظام المعلومات المحاسبي الذي يقوم بإنتاجها.

ولهذا فقد أكد النظام المحاسبي المالي (SCF) في إطاره التصوري على ضرورة توفر تلك الخصائص النوعية في المعلومات المحاسبية، والتي تعتبر مخرجات النظام المحاسبي، وهو ما يتجلى في المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 08-156 المؤرخ في 20 جمادى الأولى 1429الموافق ل26 ماي 2008 المتضمن تطبيق أحكام القانون 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007 المتضمن النظام المحاسبي المالي، فقد نصت المادة على أنه " يجب أن تتوفر المعلومة الواردة في الكشوف المالية على الخصائص النوعية للملاءمة والدقة وقابلية المقارنة والوضوح".

وهذا النص الصريح إن دل على شيء فإنما يدل على أن النظام المحاسبي المالي أكد على ضرورة أن تتوفر في المعلومات المحاسبية الواردة في الكشوف المالية والتي تعتبر بمثابة مخرجات نظام المعلومات المحاسبي المالي، الخصائص النوعية للمعلومات المحاسبية والمتمثلة في: الملاءمة والدقة (وبالتالي إمكانية الوثوق بها)،والقابلية للمقارنة والوضوح (أو قابلية الفهم)، وهذا ما يعزز ويثمن من فاعلية نظام المعلومات المحاسبي الذي يقوم بإنتاجها.

خاتمة:

لقد أوضحت لنا هذه الدراسة أن لنظام المعلومات المحاسبي في المؤسسات دور بالغ الأهمية، كونه يوفر بمخرجاته المعلومات التي تلبي احتياجات مختلف الأطراف المهتمة بالمحاسبة سواء كانوا من داخل المؤسسة أو من خارجها؛

ونظرا لكون المعلومة المحاسبية تعتبر وسيلة التواصل بين جميع المتعاملين الاقتصاديين، كان ولابد من توحيد آليات وطرق التسجيل المحاسبي بين الدول، وهذا ما عملت به الجزائر في إطار ما يعرف بأعمال الإصلاح المحاسبي وانتقالها إلى النظام المحاسبي المالي (SCF)، الذي جاء بإطار تصوري تم فيه ذكر الخصائص التي ينبغي توافرها في المعلومات المحاسبية حتى تكون فاعلة وبالتالي فاعلية الكشوف والقوائم المالية التي تحتويها؛

نتائج الدراسة:

ومن أهم النتائج التي توصلنا اليها في دراستنا، ومما يظهر فاعلية الكشوف والتقارير المالية في ظل النظام المحاسبي المالي أنها:

- تسمح بتوفير معلومة مالية ومحاسبية مفصلة و دقيقة تعكس الصورة الصادقة للوضعية المالية للمؤسسة، -وهو ما يعزز خاصية الدقة-؛
- تساهم في تحسين تسيير المؤسسة من خلال فهم أفضل للمعلومات التي تشكل أساس لاتخاذ القرار، و تحسين اتصالها مع مختلف الأطراف المهتمة بالمعلومة المحاسبية- خاصية الوضوح أو القابلية للفهم-؛
- تسمح بمقارنة الكشوف المالية -والتقارير للمؤسسة مع ذاتها من سنة لأخرى أو حتى مع مؤسسة أخرى لنفس القطاع ، سواء داخل الوطن أو خارجه أي مع الدول التي تطبق المعايير المحاسبية الدولية – خاصية القابلية للمقارنة- ؛
- تؤدي إلى زيادة ثقة المساهمين بحيث تسمح لهم بمتابعة أموالهم في المؤسسة، بالإضافة إلى انها تعطيهم معلومات موثوقة تمكنهم من اتخاذ قراراتهم- خاصية الموثوقية-؛
- تعتمد على القيمة العادلة في تقييم أصول المؤسسة بالإضافة إلى التكلفة التاريخية المعتمدة في المخطط المحاسبي الوطني، مما يسمح بتوفير معلومات محاسبية تعكس الواقع أي انه ملائم للجميع كل حسب ظروفه (يعطي الخيار المحاسبي)- خاصية الملاءمة-.

وبالتالي فالنظام المحاسبي المالي يقدم معلومات محاسبية تمتاز بالخصائص النوعية وهذا ما يؤكد فاعلية الكشوف والتقارير المالية في ظل تطبيق النظام المحاسبي المالي.

قائمة المراجع:

أولا بالغة العربية:

1-الكتب :

1- أحمد رجب عبد العال. (1985). المدخل المعاصر في المحاسبة الادارية. الاسكندرية: مركز الاسكندرية للمطبوعات الجامعية.

2- ابراهيم الجزراوي، و عامر الجنابي. (2009). أساسيات نظم المعلومات المحاسبية. الأردن: دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع

3- طارق عبد العال حماد. (2002). التقارير المالية أسس الاعداد والعرض والتحليل. الاسكندرية: الدار الجامعية.

4- أحمد منور نور. (2003). مبادئ المحاسبة المالية. الاسكندرية، مصر: الدار الجامعية.

2-الأطروحات والمذكرات:

5- الحاج نوي. (2008). انعكاسات تطبيق التوحيد المحاسبي على القوائم المالية للمؤسسة الاقتصادية الجزائرية. مذكرة ماجستير، غ منشورة. كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الشلف.

6- مداني بن بلغيث. (2004). أهمية اصلاح النظام المحاسبي للمؤسسات في ظل أعمال التوحيد الدولية. *أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، غ منشورة*. كلية العلوم الاقتصادية ، جامعة الجزائر.

3-الملتقيات العلمية:

7- أحمد زغدار، و محمد سفير. (15-13 أكتوبر 2009). مقومات عرض المعلومات في ظل معايير المحاسبة الدولية(IAS/IFRS). الملتقى الدولي حول الاطار المفاهيمي للنظام المحاسبي المالي الجديد وآليات تطبيقه في ظل المعاييرالمحاسبية الدولية IAS-IFRS (صفحة 03). جامعة سعد دحلب- البليدة: الجزائر.

8- حسن عبد الكريم سلوم. (بدون تاريخ). دور المعايير المحاسبية في الحد من الأزمة المالية العالمية. المؤتمر الدولي السابع . الزرقاء، الأردن.

9- عبد القادر بلكيحل. (2009). أهمية تطبيق المعايير الدولية للمحاسبة والمعلومة المالية (IAS-IFRS) في الجزائر في ظل الشراكة مع الاتحاد الأوربي. مذكرة ماجستير. جامعة الشلف، كلية العلوم الاقتصادية، الجزائر.

10- عمر ديلمي. (2009). أثر المراجعة الخارجية على مصداقية المعلومة المحاسبية بالمؤسسة الاقتصادية. *مذكرة ماجستير، غ منشورة*. كلية العلوم الاقتصادية، جامعة باتنة.

11- محمد الخطيب نمر، و فؤاد صديقي. (29-30 نوفمبر, 2011). مدى انعكاس الاصلاح المحاسبي على جودة المعلومات المحاسبية والمالية (تجربة النظام المحاسبي المالي SCF). الملتقى العلمي الدولي : الاصلاح المحاسبي في الجزائر. جامعة ورقلة، الجزائر.

12- محمد براق، و عمر قمان. (29-30 نوفمبر, 2011). أثر الاصلاحات المحاسبية على هيكلة المنظمات المهنية في الجزائر. الملتقى الدولي الاصلاح المحاسبي في الجزائر . جامعة ورقلة، الجزائر.

13- محمد عجيلة، و مصطفى بن نوي. (26-25 ماي, 2010). ثنائية العولمة المحاسبية ومعايير المحاسبة الدولية في الجزائر، ارتباطات وميكانيزمات. الملتقى الوطني معايير المحاسبة الدولية والمؤسسة الاقتصادية الجزائرية ، متطلبات التوافق والتطبيق. المركز الجامعي سوق اهراس، الجزائر.

14- مراد ناصر. (2010). النظام المحاسبي المالي والمخطط المحاسبي الوطني. الملتقى الدولي حول النظام المحاسبي المالي NSCF في ظل معايير المحاسبة الدولية ، (صفحة 04). المركز الجامعي الواد.

15- وهيبة ليازيد. (2010). معايير المحاسبة الدولية:أهميتها ومتطلبات تطبيقها . الملتقى الوطني حول معايير المحاسبة الدولية والمؤسسة الاقتصادية الجزائرية متطلبات التوافق والتطبيق. وادي سوف، الجزائر.

4-القوانين والمراسيم:

16- الجريدة الرسمية. (2007). المادة رقم 03 من القانون 07-11 المتضمن النظام المحاسبي المالي. الجزائر.

17- المرسوم التنفيذي 08- 156المرسوم التنفيذي. (156-08). المتضمن تطبيق أحكام القانون رقم 07-11 المؤرخ في 2007/11/25 المتضمن النظام المحاسبي المالي. الجريدة الرسمية المؤرخة في 26 ماي 2008.

ثانيا المراجع باللغة الفرنسية:

18-Robert Obert .(2003) .*Pratique des normes IAS/IFRS* .PARIS: Dunod.

19 -Samir Merouani .(2005) .L'aplication des Normes IFRS en Algerie,"enjeuxet perspecives ."*memoire de fin d'etude I E D F* .KOLéa Tipaza: Algerie.

مدى تأثيرعمل المرأة الحاضنة على مصلحة المحضون في الفقه الاسلامي والاجتهاد القضائي الجزائري

The impact of the work of a foster woman on the interest of the child in the Islamic jurisprudence and Algerian jurisprudence

براهيمي أسية (*)
جامعة أحمد بن بلة وهران 1، الجزائر
Assia.brahimi@yahoo.fr

ليلي جمعي
جامعة أحمد بن بلة وهران 1، الجزائر
Leila_hanaa@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2021/04/26 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/24

****

ملخص:

أولى المشرع الجزائري عناية كبيرة لحماية مصلحة المحضون وسعى إلى تجسيدها بوضع نصوص قانونية تحقق ذلك، ومن أهم مواضيع الحضانة عمل المرأة الحاضنة إذ أن المشرع الجزائري خطى خطوة مهمة في الموضوع بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر02/05 من خلال ارتقاء قرارات المحكمة العليا وجعلها قاعدة قانونية في المادة 67 التي أقر فيها بعدم سقوط حق الحضانة للمرأة العاملة شرط مراعاة مصلحة المحضون، وقد أصاب المشرع في هذا التعديل كون المرأة بعد طلاقها أو وفاة زوجها لا تجد معيلا لها ولأولادها، ولا حرج في ذلك في الفقه الإسلامي.

كلمات مفتاحية: حضانة، عمل، المرأة، مصلحة، اجتهاد.

Abstract:

Custody is considered one of the most important rights that affect the life of the foster child, since it is the basic nucleus of the society,Therefore, both Islamic Sharia and the Algerian legislature and judiciary have taken care to organize special rules for custody of the child.

The Algerian legislator took an important step by amending the Family Law 05/2 by raising Supreme Court decisions and making them legal provisions. In Article 67, in which it decided not losing the right to custody of a

---

*المؤلف المرسل.

working woman, provided that the best interest of the child is taken into account.
keywords : legislation,Work,Women,Custody,Foster.

مقدّمة:

عني الإسلام بالفرد منذ نعومة أظافره، وتعتبر الحضانة واحد من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة، لما تخلفه من آثار إيجابية وسلبية في حياة الفرد والأسرة و المجتمع، لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة والمجتمع.

إذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، و موضوع الحضانة غير مطروح لكون الأبوين يشرفان معا وبشكل مباشر على تربية الأولاد باعتبار التربية مهمة جدا بالنسبة للصغير، وفي حالة الطلاق بين الزوجين فإن مشكلة الحضانة تطرح بحدة وكثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير، ومن أبرز القضايا التي يطرح فيها إشكال على مستوي المحاكم في مسألة الحضانة، إسناد الحضانة للمرأة العاملة ومن هنا يطرح الإشكال التالي : هل يحق للمرأة العاملة أن تكون حاضنة ؟ هل تسقط حضانة المرأة العاملة قانونا؟ ما موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من عمل المرأة الحاضنة؟

للإجابة على هذه التساؤلات اتبعت المنهج التحليلي بتحليل قرارات المحكمة العليا المتعلقة بحضانة المرأة العاملة، والمنهج المقارن بمقارنة النصوص القانونية بالآراء الفقهية في موضوع الدراسة.

وقمت بتقسيم البحث الى قسمين تناولت في المبحث الأول عمل المرأة الحاضنة في الفقه الإسلامي وأثره على الحضانة ، تناولت فيه مطلبين الأول فيه تطرقت إلى تعريف الحضانة وشروط ممرساتها والثاني تناولت أقوال الفقهاء في عمل المرأة الحاضنة ، المبحث الثاني فتناولت فيه عمل المرأة الحاضنة في الاجتهاد القضائي الجزائري وأثره على الحضانة ، قسمته إلى مطلبين تناولت في المطلب الأول عمل المرأة في الاجتهاد القضائي قبل تعديل قانون الأسرة ، أما في المطلب الثاني فتطرقت إلى عمل المرأة وتأثيره على الحضانة بعد تعديل قانون الأسرة.

ومن أهداف الدراسة البحث عن الإشكالات العلمية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية، وبيان الحلول اتي استمدها القضاء الجزائري في حالة غياب النص أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة وما إذا كانت هناك إشكالات علمية فرضها الواقع وأهملها النص وتصدى لها الاجتهاد القضائي.

المبحث الأول: عمل المرأة الحاضنة في الفقه الإسلامي و أثره على الحضانة.

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجرة عن انحلال الرابطة الزوجية، و قبل الخضوع في رأي الفقه الإسلامي في حضانة المرأة العاملة لابد من تحديد تعريف للحضانة وشروطها وذلك في المطلب الأول ثم التعريج إلى آراء الفقهاء في عمل المرأة الحاضنة في المطلب الثاني على النحو الآتي:

1.2 المطلب الاول: تعريف الحضانة وشروط ممرستها.

تزداد أهمية الحاضنة ويعظم قدرها عندما يتفرق الزوجان ، وتنشأ بينهما نزاعات وخصومات تعرض الطفل لمخاطر كبيرة، ولانحرافات مثيرة إذا لم يلتزم الطرفان بالأحكام الشرعية وتقديم مصلحة الأولاد على حظوظ النفس لذا كان من الضروري معرفة ما المقصود بالحضانة وماهي الشروط الواجب توفرها في ممرسيها وهذا ما يتم تناوله في هذا المطلب في فرعين.

2.2 الفرع الأول: تعريف الحضانة.

أولا: لغة الحَضانةُ: مصدرُ الحاضِنِ وَالْحَاضِنَةِ. والمَحاضنُ: المواضعُ الَّتِي تَحْضُن فِيهَا الْحَمَامَةُ عَلَى بَيْضِهَا، والواحدُ مِحْضَن. وحضَنَ الصبيَّ يَحْضُنه حَضْناً: ربَّاه. والحاضِنُ والحاضِنةُ: المُوَكَّلانِ بالصبيِّ يَحْفَظانِهِ ويُرَبِّيانه. (ابن منظور، 1414هـ، صفحة 123ج13)

ثانيا : اصطلاحا

أ- **شرعا :** الحضانة من الناحية الفقهية لها عدة تعاريف ورغم ما يميزها عن بعضها البعض في جوانب محددة نجد أن جلها تصب في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحيا واجتماعيا و تربويا و أخلاقيا .

فقد عرف الإمام مالك الحضانة بأنها حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه ومراعاة أموره والأم أقوم بذلك من الأب ومن كل أحد. (عبد الوهاب أ.، بدون تاريخ، صفحة 940ج1)

والشافعية عرفوها بانها : " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه وما يضره " . (الرملي، 1404هـ-1984م، صفحة 225ج7)

فمن التعاريف السابقة صار واضحا أن الحديث يدور عن الصغير والصغيرة واللذين لم يبلغا بعد ، وذلك مقصود في حد ذاته كون أنه لابد من الصغر أو العته في إيجاب الحضانة، ذلك أن البالغ الرشيد لا حضانة عليه .

ب- **قانونا:** عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ولم يتركها للاجتهاد وذلك بنصه:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".

فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي حيث ركز على أسبابها وأهدافها محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية ومن هنا يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها التعريف. (العربي، 2004، صفحة 390ج1)

وانطلاقا من كون تعريف المشرع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على أهدافها، فإنه يتضح جليا أن الحضانة تتمثل أساسا في:

-**تعليم الولد:** ويقصد به التمدرس الرسمي ويعد حقا لكل طفل ويضمنه القانون مجانا و إجباريا.

-**تربيته على دين أبيه:** أي أن الحاضنة قد تكون لأم كافرة ولذلك أوجب القانون أن تقوم بتربيته المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل.

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قرارته المؤرخة في 13 مارس 1989 :"من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة ، إلا إذا كانت كافرة خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج .

ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية. " (قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 52221 المؤرخ في 13مارس 1989).

-**السهر على حمايته:** تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي أو لفظي، كما يجب التكفل به خلقيا وذلك بتعليمه وتأديبه ليكون فردا صالحا وسويا في المجتمع (ذيابي،باديس، 2012، صفحة 126)

3.2 الفرع الثاني : شروط ممارسة الحضانة.

كان المشرع الجزائري مقتضبا جدا من حيث تحديد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوافر في الحاضن بشكل عام، إذ لم يخص الموضوع إلا بفقرة جد مختصرة في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله : "..... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".

ويثور التساؤل عن ماهية الأهلية التي يقصد بها المشرع الجزائري، وهل تتحد مع الأهلية المنصوص عليها في التشريع المدني والإجراءات المدنية.

يبدوا أن ما يقصد المشرع الجزائري بالأهلية المنوه عنها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، إنما تلك المتعلقة بالقدرة والاستطاعة على تربية الصغير والقيام بشئونه، والكفاءة للاطلاع على هاته المهمة التي لا يمكن أن تؤدى على أكمل وجه إلا بتوافر عديد الشروط أجمع عليها الفقهاء وتبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 من قانون الاسرة على أنه : " كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " . (القانون رقم 11/84 المؤرخ في جويلية 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 5 فيفري 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري).

فللحضانة شروط عامة تخص الرجال والنساء على حد سواء، وشروط أخرى تخص النساء بمفردهن، وشروط تخص الرجال لوحدهم.

أولا: الشروط العامة.

قدم الشرع والقانون حضانة المرأة على حضانة الرجل، لكون المرأة هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر تحملا وصبرا على تلبية طلباته وحاجاته، يشترط في الحاضنة أما كانت أو غير أم شروط إذا توفرت فيها مع توفر شفقتها بقرابتها المحرمية تحقق الغرض المقصود وهو تربية الصغير والقيام بشئونه خير قيام وهي:

- أن تكون حرة؛ لأن المملوكة مشغولة بخدمة مالكها عن تربيته.
- عاقلة؛ لأن غير العاقلة لا تحسن القيام بشئونه ويخشى عليه منها.
- بالغة؛ لأن أخته الصغيرة مثلا في حاجة إلى الحضانة.
- قادرة على تربيته والمحافظة عليه، فلو كانت كفيفة أو مريضة بأي مرض يعجزها عن القيام بشئونه والمحافظة عليه لا تكون أهلا لحضانته، أمينة عليه، فلو كانت كثيرة المغادرة لمنزلها ومهملة شئون الحاضن تسقط عنها الحضانة.

5-ان يكون الحاضن أمينا على المحضون وكذلك إذا انتقل حق الحضانة إلى الرجال المحارم. سواء كانوا العصبة أو غيرهم لا يكون المحرم منهم أهلا لحضانة الصغير إلا إذا كان أمينا عليه، قادرا على تربيته، فلو كان فاسقا أو مفسدا أو غير قادر على تربيته لجنون أو عته أو مرض، فلا حق له في حضانته.

6- والحاضنة أما كانت أو غير أم، لا يشترط في أهليتها لحضانة الصغير اتحادها معه في الدين، فلو كانت أم الصغير المسلم غير مسلمة فهي أحق بحضانته؛ لأن الشفقة الباعثة على قيام الأم بشئون ابنها أو الأخت بشئون أخيها لا تختلف باختلاف الدين، إلا إذا ظهر أن في وجوده معها خطرا على إسلامه فلا تكون أهلا لحضانته. وأما إذا انتقلت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم فيشترط في أهلية العاصب منهم لحضانة الصغير اتجاه معه في الدين؛ لأن حق حضانتهم يعتمد على التوارث ولا توارث مع اختلاف الدين.

والظاهر أنه إذا انتقل حق الحضانة إلى المحارم الأقارب من الرجال غير العصبة لا يشترط اتحاد الدين، لأن علة الاستحقاق هي القرابة المحرمية لا التوارث.

وإذا وجد أكثر من واحدة أو واحد كلهم أهل لحضانة الصغير ودرجة قرابتهم به واحدة، كعدة أخوات شقيقات أو عدة أخوة أشقاء فالأحق منهم بحضانته أصلحهم، لتربيته، فإن تساووا من كل جهة يختار القاضي من بينهم من يشاء (عبد الوهاب خ.، 1357هـ-1938م، صفحة 208)

ثانيا : الشروط الخاصة

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي توفرها في المرأة حتي تسند لها الحضانة ، والمتمثلة في العقل البلوغ ، والأمانة في الأخلاق والقدرة على التربية ، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية خصوا بعض الشروط جانب النساء حتى تعطي لهن الحضانة ، ونوردها فبما يلي :

1-أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه :

إذا تزوجت الأم، فما لم يدخل بها فهي أحق به، فإن دخل بها انقطعت حضانتها (مالك، 1415هـ-1994م، صفحة 258)

لقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي" (أبو داود، 1420هـ-2009م، صفحة 558ج3)، ولأن الصبي يلحقه ضرر ويتكره الزوج له وتضجره به، ولأن الأم تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعهده طلبًا لمرضاة الزوج، وكان ذلك الأب يضر بالصبي، فلذلك زال حقها من الحضانة فإن طلقها أو مات عنها كان لها أخذه لزوال المانع. (عبد الوهاب أ.، بدون تاريخ، صفحة 941ج1)

وعلى مستوى التشريع الجزائري فإن المادة 66 من قانون الأسرة نصت على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم مالم يضر بمصلحة المحضون .

2- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون ، معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك ، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه .

4.2 المطلب الثاني : أقوال الفقهاء في عمل المرأة الحاضنة .

الواقع أنه لاخلاف بين الفقهاء وعلماء الشريعة في أن المرأة مكلفة بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مثلها مثل الرجال تمام وذلك لقوله تعالى" **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** "(سورة التوبة،الآية71) كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أمر تثاب على العمل الصالح الذي تؤديه، وذلك لقوله تعالى: " **وَمَن يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا** "(سورة النساء الآية124)، وقوله تعالى: " **فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ** " (سورةآل عمران الآية198)

إنما العمل المقصود في موضوعنا هو النشاط الذي يبعد الحاضنة عن رعاية مصلحة الطفل أتم الرعاية والصيانة، فمن هنا فإننا بصدد التطرق إلى عمل المرأة ومدى فعاليته في اسقاط الحضانة،

كما أن مصلحة المحضون تجد نطاقها الواسع وامتدادها في هذه المسألة، بل تبزغ أكثر من أي مسألة من مسائل الحضانة (زكية، 2004-2005، صفحة 426).

ويوجد في هذا الشأن اتجاهان مختلفان وأن أساس هذا الخلاف بين الفقهاء يتجلى في مضمون العمل أو نوعية العمل الذي تسمح به الشريعة الإسلامية للمرأة، حاضنة كانت أم غير حاضنة وإن كان اتفاقهم ينصب على أن الواجب يدعونا إلى اعتبار "بناء الأسرة" الوظيفة الأساسية للمرأة لكي تتمكن من أداء دورها في تربية الأطفال والعناية بهم عناية الأم، وعلى هذا فمعيار سقوط حق الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة هو التقصير وعدمه في القيام بواجبات المحضون.

حيث يرى الحنفية والحنابلة (البهوتي، دون تاريخ، صفحة 629) أنه يجب على الحاضنة القيام بواجبات المحضون فإن لم تقم بذلك بأن قصرت في رعاية المحضون سواء من حيث الصحة والنظافة والتعليم والتأديب بحيث يلحق تقصيرها الضرر به في جسمه وسلوكه أو تسببت في إضاعة مصالحه فإن هذا يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة ويلحق بتقصير الحاضنة كثرة خروجها من البيت على وجه يؤدي إلى إضاعة المحضون .

فقد اتفق الفقهاء قديما وحديثا على أن المرأة التي تعمل خارج بيتها ويؤدي خروجها المتكرر إلى الإضرار بالمحضون فإن هذا يفقدها حقها في حضانة الصغير، وجاء في المبسوط "وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت" (السرخسي، 1414هـ-1993م، صفحة 207ج5)وجاء في الفتاوى الهندية: "ولا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة"وفي روضة الطالبين: "الشرط الخامس كونها فارغة خلية" (النووي، 1412هـ-1992م، صفحة 10ج9)

- **صور العمل التي تسقط حق الحضانة للمرأة الحاضنة :**

اختلف الفقهاء في صور العمل التي لا تؤدي إلى فقد حق الحضانة إلى قولين .

أ- فقد نص الحنفية على أن عمل المرأة إذ لم يؤثر على المحضون بأن كانت مدة خروجها قصيرة، فإن هذا لا يفقدها حقها في الحضانة بخلاف ما لو كانت مدة خروجها طويلة كما لو كانت قابلة أو مغسلة (ابن عابدين، 1412هـ-1992م، صفحة 556ج3).

ب- ذهب مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى أن عمل المرأة يكون في ضوء قدرتها على تربية المحضون ورعايته، فإذا تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة غيرها عنه في الحضانة تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة عنها في الحضانة، فيبقى حقها في الحضانة قائما، وعلى هذا فعمل المرأة يجب أن ينظر إليه من خلال أداء الحقوق والواجبات الأسرية، وممن قال بهذا الرأي مصطفى شلبي، وعبد الرحمن الصابوني (مصطفى، 1403هـ-1983م، صفحة 764).

ج- أما الشيخ أبو زهرة فقد ذهب إلى رأي قريب من رأي الحنفية السابق فقال إن المرأة التي تخرج من بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها وعليه تفقد حقها في الحضانة إلا أنه ذهب إلى تقدير الاستطاعة يرجع فيه إلى القاضي (الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، 1983، صفحة 279)

د- ويرى محمد عقلة سقوط حق المرأة العاملة في حضانة الصغير ويبلور رأيه بأن الواقع العملي يثبت الأثر السلبي لعمل المرأة وما يسببه من تفكك الأسر و ضياع الناشئة (محمد، 1436هـ-2015م، صفحة 406)

والذي أراه و الله أعلم في هذه المسألة القول بعدم سقوط حق الحاضنة بمجرد عمل المرأة إنما يمكن النظر إلى طبيعة هذا العمل، فإن كان يستغرق منها وقتا طويلا يؤدي إلى التفريط في حق المحضون ولا يكون هناك من ينوبها في أوقات العمل فأرى سقوط حقها في الحضانة لأن ذلك مضرة تلحق المحضون والقاعدة الفقهية تنص على "أن الضرر يزال" فلا بد أن يزال الضرر بإسقاط حقها في الحضانة ،أما إذا كان عمل المرأة لا يضر بمصلحة المحضون فلا داعي لإسقاط حقها في ذلك.

المبحث الثاني: عمل المرأة الحاضنة في التشريع الجزائري والاجتهاد القضائي.

سار المشرع الجزائري على نهج فقهاء الشريعة الاسلامية بالاعتراف للأم بحضانة طفلها وهذا ما عبر عنه في قانون الأسرة الجزائري وذلك حسب المادة 64 عندما صرح قائلا "الام أولى بحضانة ولدها" وهذا حق من حقوقها ،كما أن من أبرز حقوقها التي يقررها القانون والمواثيق الدولية حقها في العمل فيمكن للمرأة الحاضنة مزاولة عمل ما بغرض اشباع حاجاتها هي وابنها المحضون، وبهذا يثور الاشكال بين مسؤوليتين على عاتق المرأة الحاضنة بين عملها وبين الرعاية التي يحتاجها الطفل المحضون وهذا الاشكال كان محل نقاش في العمل القضائي لذا سنتناول في هذا المبحث مطلبين الأول سنتناول فيه حق المرأة في العمل في المواثيق الدولية والقانون الجزائري أما المطلب الثاني سنتناول فيه عمل المرأة الحاضنة قبل و بعد تعديل قانون الأسرة .

1.3 المطلب الأول : حق المرأة في العمل في المواثيق الدولية والقانون الجزائري .

تعتبر المرأة نصف المجتمع وعملها نصف الطاقة الانتاجية فموضوع عملها يكتسي أهمية بالغة فقد حرصت المواثيق الدولية على إعطاء المرأة حقوقا متساوية لحقوق الرجل ، ومنها حقها في العمل ، ولا تزال المؤتمرات الدولية تصدر توصيات بخصوص تعزيز حق المرأة في العمل مع مراعات خصوصياتها، خاصة عندما يتعلق الأمر بالمرأة المتزوجة التي تمر بفترات الحمل والإرضاع وتربية الصغار ، فنصت المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان **" على أن لكل شخص الحق في**

العمل وفي حرية اختيار عمله وفي شروط عادلة ومرضية وفي الحماية كالبطالة فكلمة شخص تشمل الرجل والمرأة وبذلك يكفل هذا النص للمرأة حق العمل رغم أنه لا يتمتع بالقوة الملزمة " (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948).

كما أن للعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 بأنه له صفة قانونية ملزمة فهو عبارة عن معاهدة دولية جماعية يجب على الدول المنظمة احترامها وإلا ثارت ضدها مسؤوليات دولية وقد أكدت على حقوق المرأة في العمل إذ جاء في المادة 06 منه : " **تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بالحق في العمل الذي يشمل ما لكل شخص من حق في أن تتاح له امكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية وتقوم باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق "**(العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966).

يتبين لنا من هذا النص ومن غيره أن المواثيق الدولية في البداية شهدت مصطلحات عامة واسعة الدلالة على حق المرأة في العمل من ذلك إدخال المرأة ضمنا في لفظ الشخص أو الفرد أو الإنسان غير أن الإعلان جاء للقضاء على التمييز ضد المرأة إذ جاء نص المادة 10منه على أنه : **" تتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة ، تتمتع المرأة المتزوجة أو غير المتزوجة بحقوق مساوية للرجل في ميدان الحياة الإقتصادية والاجتماعية ولاسيما الحق دون تمييز بسبب الحالة الإجتماعية أو أي سبب آخر في تلقي تدريب مهني وفي حرية اختيار المهنة ونوع العمل ، وفي نية الترقية في المهنة والعمل "**(العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966).

وهذا النص صريح في مساواة بين الرجل والمرأة وتولي الوظائف بغض النظر عن الحالة الاجتماعية للمرأة من كونها متزوجة أو غير متزوجة .

ونظرا لأن لكون الإعلان العالمي غير ملزم فقد جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 ملزمة للدول إذ جاء فيها : " **تتخد الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة ونفس الحقوق ولاسيما الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا لجميع البشر** "(اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979)

كما نصت اتفاقية سيداو على كل الحقوق التي تحتاجها المرأة للعمل في المادة 11 ذلك أن هذه الاتفاقية تمت خصيصا لصالح المرأة والمحافظة على مكانتها ولتجعل الدول التي وقعت عليها تلتزم بها لأنه في ذات الوقت كانت بعض الدول لا تعطي المرأة الحق في العمل أو حتي مجرد الاشراف أو الاشتراك الفعلي (اتفاقية سيداو) .

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع نص على حق المرأة في العمل كحق دستوري إذ جاء في المادة 67منه على : "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة" (دستور الجزائر 2020، الجريدة الرسمية ، العدد 54، السنة السابعة والخمسون ،المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-251 المؤرخ في 28محرم 1442هـ الموافق ل16 سبتمبر 2020م.)

نلاحظ من النصوص أنها سوت بين الرجل والمرأة في حق العمل والآثار القانونية المترتبة على ذلك ، كما أنه تم النصفي المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على حق المرأة المتزوجة في اشتراط العمل على زوجها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، وإن كان ظاهرا من المادة حماية المرأة إلا أنها تشير ضمنا إلى أن من حق الزوج أن يمنع الزوجة من العمل ، في حالة انعدام الشرط

والجزائر تعمل جاهدة للقضاء عل التمييز بين الرجل والمرأة في ميدان العمل وتسهر على حقوق المرأة العاملة وذلك بالمصادقة على عدة اتفاقيات .

2.3 المطلب الثاني: عمل المرأة الحاضنة قبل وبعد تعديل قانون الأسرة.

بالرجوع إلى أحكام المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 والتي تنص على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة 62 أعلاه".

يتضح من خلال هذه المادة أن الحضانة قد تسقط لاختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ولكن يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى تراعي مصلحة المحضون في حالة بقائه مع حضانته الأولى بين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على هذا الحاضن وإسنادها إلى غيره (عقلة، 1990، صفحة 370)

لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن وهي غير منصوص عليها في قانون 84-11، من بينها سقوط الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة، فالاجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس بسبب لإسقاط الحضانة عنها (سعد، 1989، صفحة 301)، رغم عدم وجود النص القانوني ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني وحساسية هذا الموضوع، ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام.(القرار رقم 32594، المؤرخ في 1984/04/02 غرفة الأحوال الشخصية، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، لسنة 1989، العدد01، ص 77).

ولقد تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02، والذي تناول مسألة عمل الحاضنة من خلال أحكام المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه، ولا يمكن لعمل المرأة أن

يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"

والواقع أن أحكام الفقرة الثانية تتعلق بحالة أصبحت ظاهرة هي وليدة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا وجاء المشرع في التعديل الجديد ليتوج الاجتهادات القضائية بنص قانوني صريح يحسم النزاع ومن بين هاته القرارات القرار المؤرخ في 18 يوليو 2000 إذ أكد على أنه: "... حيث أنه بالفعل فقد جاء القرار خاليا من أي تسبيب مكتفيا بالقول أن القرار المعرض جاء سليما وتعليله كافيا ، إضافة إلى كون القرار المعرض أسقط حضانة الولدين عن الطاعنة بسبب العمل دون أي سبب آخر خصوصا وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة، وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس" كما أكد محتوى هذا القرار قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "حيث أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها مالم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية..." (القرار رقم 245156، المؤرخ في 18 يوليو 2000، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار المحكمة العليا، المحلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص، ص190.)

فمن هذا القرار وغيره يتأكد لنا أنه لا يمكن لمن له الحق في الحضانة إسقاطها على الحواضن اللائي لهن عمل خارج البيت بحجة إهمال المحضون بسبب الخروج للعمل خارج البيت لأنه من حقها أن تعمل وتكتسب لتعيش بشرف ولا عبرة حينئذ بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة بسبب العمل إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية فردية وجماعية يعينها بحكم تمهيدي أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي، أو أنه مهمل هنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام إسقاط حق الحاضنة في الحضانة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة 3 بقولها: " غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون". وعليه فإذا كان الضياع الذي يتعرض إليه المحضون يرجع إلى خروج الحاضنة خروجا يتسم بالكثرة التي تفوت على الصغير مصلحته في حضانة الحاضنة له إسقاط حق المرأة العاملة في الحضانة.(القرار رقم 274207، المؤرخ في 03 يوليو 2002، غرفة الأحوال الشخصية، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 20047، العدد 01، ص 272).

ومن هنا فإننا نعتقد أن الأسئلة الأساسية في هذا المجال على المنوال الآتي: هل تستطيع الحاضنة أن تقدم للمحضون أحسن العناية وأفضل التربية بخروجها إلى عملها؟ هل هناك قيود شرعية و قانونية لحماية مصلحة المحضون؟ ومتى يعد عمل المرأة مسقطا للحضانة؟

بالنظر من الناحية العملية، فالنفقة التي يحكم بها على الأب فهي غير كافية لتغطية كافة تكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل وتربيته، ويعني بذلك النفقة الغذائية التي يتحرر منها الأب ما هي في حقيقه الأمر إلا مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر (الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - الطلاق وآثاره، 2000-2001، صفحة 232ج2)، ولتأكيد هذه الأقوال، نستعين بحكمين صادرين عن محكمة تلمسان، حيث قضي الأول 900دج شهريا لكل واحد منهما (زكية، 2004-2005، صفحة 449)في حين قرارها الثاني بتاريخ 06 فبراير 1999 بـ 1000دج شهريا.

فعمل المرأة أمر مشروع لتحقق حاجيتها وحاجيات محضونيها و أمر ضروري في وقتنا الحالي إلا أنه لا يمكن إطلاقه على كل حالة بل لا بد من قيود شرعية وقانونية حفاظا على مصلحة المحضون ويمكن تعدادها كالآتي:

أولا: إن خروج الحاضنة لسبب غير شرعي يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بحكم مبني على أساس سوء أخلاقها وعدم أمانتها وفي هذا الصدد فقد قيل أنه ليس بشرط أن يكون الخروج المعصية بل الخروج إن كان لمعصية فيدخل في حيز آخر ويكون عدم الأهلية ومن ثم الإسقاط مرده سوء السيرة والإشتهار بالفجور.

ثانيا: إن عمل المرأة يجب أن ننظر إليه على ضوء مصلحة الطفل وعليه فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنته بعدم ترك الطفل ضائعا فإن هذا لا يسقط حقها في الحضانة والحق فسبب الضياع الذي يتعرض إليه الطفل يرجع إلى خروج الحاضنة خروجا يتسم بالكثرة التي تفوت على الصغير مصلحة في حضانة الحاضنة له ومن ثم فمن الناحية العملية، فكثرة هذا الخروج ووقته يقدر القاضي فيما إذا كان يعيق فعلا ممارسة الحضانة، أما إذا كان نادرا لا يتضرر منه المحضون لا مجال لإسقاط الحضانة عنها.

ومن هنا فعلى القاضي النظر إلى نوع الوظيفة (أو العمل) التي تقوم بها من حيث إذا كان يشغلها كل الوقت عن المحضون ومن حيث مساهمة هذه الوظيفة في تحقيق مصلحة الطفل كأن تكون الحاضنة مدرسة تستغل تعلمها في إعانة المحضون في دراسته وتراقب واجباته المدرسية، أو تكون طبيبة تدرك ما يضر الطفل وتحفظ صحته.

وفي الأخير يمكن القول فما دامت الوظائف مشروعة والحاضنة لا تتخلى عن الطفل وقت كبيرا إلى حد فقدانه الحنان والرعاية والتربية، وأن الحاضنة ماهرة في تدبر أمره بحيث توفق بين عملها في الخارج وعملها في الداخل، فإن حقها في الحضانة لا يسقط إذا ما توافرت فيه الشروط الأخرى (cpfbenatia, 1970, p. 40).

وكخلاصة لما سبق يتبين لنا أن المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا كلها جاءت بعبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون" وبالرغم من تكرارها عدة مرات إلا ان المشرع لم يورد أي تعريف لها ولا حتى تحديدا لمعناها على الرغم من أهميتها.

وهذا يعني أنه ترك المجال واسعا لتدخل القاضي في كل المسائل مما يزيد من صعوبة مهمته أمام مسألة تقتضي الحرص التام على مصلحة المحضون وأمام سكوت المشرع على بعض الأحكام فإنه يتعين على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا كان القاضي غير متخصص في أحكام الشريعة فهل هذا يعني ضياع حق الطفل.

فكان على المشرع أن يسهل على القاضي مهمته بتوضيح الأحكام وعدم إحالته إلى مبادئ الشريعة في كل مرة.

وعليه بالرغم من أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون، إلا أنه مازالت تعتريها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركها حتى تكتمل الحماية التي يهدف إليها.

خاتمة:

- إن مشاركة المرأة في الحياة العامة يجب ألا يؤثر سلبيا على واجباتها الأسرية ، لأن تربية الجيل الجديد وتشكيل شخصيته يعد من أهم وظائف الأم ، فإذا ما غابت هذه الوظيفة فإن المتوقع هو وجود جيل يعاني أبناؤه من خلل عاطفي ونفسي ووجود متفكك الأسر متقطع الروابط .
- تتويج اجتهادات المحكمة العليا وارتقائها الى نص قانوني بجعل عمل المرأة ليس من مسقطات الحضانة إلا إذا مس مصلحة المحضون .
- في جميع الحالات التي تكون عليها الحاضنة أما أو غيرها يجب مراعاة مصلحة المحضون ، كما ذهب المشرع الجزائري وأكدته الاجتهادات القضائية المستندة أساسا إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ، وذلك لأن حق المحضون أولى وأوكد من حق الحاضن ، فلا يكون للمرأة العاملة الاحتفاظ بحقها في الحضانة ما لم تتأكد مصلحة المحضون .

التوصيات :

ومن التوصيات ما يلي :

- لابد من التنبيه في هذا المقام إلى أنه مادام المشرع يتجه إلى تشجيع خروج المرأة للعمل ، فيكون بالضرورة عليه مراعاة قوانين العمل المعمول بها ، لظروف المرأة الحاضنة وتقليص ساعات عملها بما لا يتعارض مع واجباها الأسري بحضانة صغارها .

- من التوصيات أيضا أنه يجب على الجهات المعنية وضع دور الحضانة في أماكن العمل كالمؤسسات والجامعات والمدارس للتسهيل على المرأة الحاضنة تفقد حاضنيها خلال فترات الراحة الممنوحة لها في العمل .

قائمة المصادر و المراجع:

الكتب:

ابن منظور، محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين. (1414هـ). *لسان العرب*. بيروت: دار صادر.

أبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي. (1412هـ-1992م). *روضة الطالبين وعمدة المفتين* . بيروت: المكتب الاسلامي.

أبو محمد بن علي بن نصر عبد الوهاب. (بدون تاريخ). *المعونة على مذهب أهل المدينة* (الإصدار بدون طبعة). مكة المكرمة: المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز.

أبوزهرة محمد. (1436هـ-2015م). *الأحوال الشخصية*. القاهرة: دار الفكر العربي.

بلحاج العربي. (2004). *الوجيز في شرح قانون الأسرة* (الإصدار الطبعة الثالثة). الجزائر: ديوان المطبوعات الجزائرية.

بن أنس بن مالك بن عامررر الأصبحيالمدني مالك. (1415هـ-1994م). *المدونة* (الإصدار الطبعة الأولى). دار الكتب العلمية.

خلاف عبد الوهاب. (1357هـ-1938م). *أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية* (الإصدار الطبعة الثانية). القاهرة: مطبعة دار الكتب المصرية.

ذيابي،باديس. (2012). *صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري*. عين مليلة الجزائر: دار الهدى.

سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد أبو داود. (1420هـ-2009م). *سنن أبي داود*. دار الرسالة العلمية.

شلبي مصطفى. (1403هـ-1983م). *أحكام الأسرة في الاسلام* (الإصدار الطبعة الرابعة). بيروت: الدار الجامعية.

شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي. (1404هـ-1984م). *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج* (الإصدار الطبعة الاخيرة). بيروت: دار الفكر.

عبد الرحمان الصابوني. (1983). *نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام*. القاهرة: مكتبة وهبة.

عبد الرحمان الصابوني. (2001-2000). *شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - الطلاق وآثاره* (الإصدار الطبعة الثامنة). دمشق: منشورات الجامعة.

عبد العزيز سعد. (1989). *الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري* (الإصدار الطبعة الثانية). قسنطينة الجزائر: دار البعث.

عبد الوهاب ، أبو محمد بن على بن نصر. (بدون طبعة). *المعونة على مذهب عالم المدينة*. مكة المكرمة: المكتبة التجارية.

محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز. (1412هـ-1992م). *الدر المختار وحاشية ابن عابدين* (الإصدار الطبعة الثانية). بيروت: دار الفكر.

السرخسي .محمد بن أحمد بن أبي سهل. (1414هـ-1993م). *المبسوط*. بيروت: دار المعرفة.

محمد عقلة. (1990). *نظام الأسرة في الاسلام* (الإصدار الطبعة الثانية). عمان: مكتبة الرسالة الحديثة.

منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي. (دون تاريخ). *الروض المربع شرح زاد المستنقع*. دار المؤيد ، مؤسسة الرسالة.

.cpfbenatia (1970). *le travailfemininen algerier*.

.fdg: dfg .*gdf*.(fgf) .dfgf

الأطروحات:

حمدو زكية. (2005-2004). *مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة*. تلمسان: جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.

انعكاسات استخدام المشتقات المالية وإدارتها

The implications of using and managing financial derivatives

زيد جابر(*)
المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف ميلة، الجزائر
d.zeid@centre-univ-mila.dz

عيساوي سهام
المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف ميلة، الجزائر
aissaoui.sihem@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/12/21 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/29

****

ملخص:

لم يكن ظهور عقود المشتقات المالية وليد الصدفة بل كان وليد لحاجة وضرورة، غير انها تعتبر من الادوات خطيرة الاستعمال فهي تتميز بمخاطر عديدة، وقد يؤدي الإفراط في استعمالها وانتشارها الواسع واستخدامها السيئ إلى إلحاق الضرر بمستخدميها. وتهدف هذه الورقة البحثية لمعرفة الأهمية الاقتصادية للأدوات المالية المشتقة وكذا مخاطرها وكيفية إدارة هذه المخاطر. وذلك من خلال دراسة انعكاسات الاستخدام السيء لها على عدد من المؤسسات والبنوك الكبرى والحلول المقترحة لتفادي مثل هذه الخسائر وذلك بوضع استراتيجية مرنة لإدارة المشتقات المالية.

الكلمات المفتاحية: مشتقات مالية-مخاطر-إدارة مخاطر.

Abstract:

The emergence of financial derivatives contracts was not a coincidence but rather a necessity, However, it is considered one of the dangerous tools to use as it is characterized by many risks, and its excessive use, widespread and bad use may lead to harm to its users, This research paper aims to know the economic importance of derivative financial instruments as well as their risks and how to manage these risks. This is by studying the implications of its misuse on a number of major institutions and banks and the proposed solutions

---

*المؤلف المرسل.

to avoid such losses by setting a flexible strategy for managing financial derivatives.
key words: derivatives-risks-Risk-Management.

مقدّمة:

لم يكن ظهور عقود المشتقات المالية وليد الصدفة أو مجرد ابتكار لورقة مالية جديدة، بل كان وليد لحاجة وضرورة، ولكن قد يؤدي الإفراط في استعمالها وانتشارها الواسع واستخدامها السيئ إلى إلحاق الضرر بمستخدميها. لذا من الواجب أن ننبه إلى المشكلات التي يمكن أن تلحقها مثل تلك العقود ومعرفة إدارة مخاطرها بشكل جيد.

فعلى الرغم من أن نشوء المشتقات المالية سببه استخدامها لإدارة المخاطر المختلفة في الأسواق، إلا أن الاستخدام الكبير والسيئ لها نتج عنه عديد من المخاطر التي قد يتعرض لها مستخدميها. فقد كشف العديد من الكتاب الغربيين عن حجم المخاطر التي تسببها المشتقات، وفي مقدمتهم الكاتب النمساوي الشهير "بيتر داركر" أحد رواد الإدارة الحديثة الذي يرى أن المنتجات التي ظهرت خلال الثلاثين عاما الماضية كانت في الغالب مشتقات مالية زعموا أنها علمية، في حين أنها لم تكن أكثر علمية من أدوات القمار التي يجري التعامل عليها في"مونت كارلو، ولاس فيجاس"، ووصف آخرون سوق المشتقات بأنه نوع من المقامرة، وبيت للعب القمار.

تتطلب الإدارة السليمة لمخاطر المشتقات على المستثمرين وضع إجراءات مكتوبة تحدد بوضوح توجهاتها في هذا الشأن. وينبغي أن تكون إدارة مخاطر المشتقات تشكل جزءا من إدارة المخاطر للمؤسسة وتكون متكاملة ومتوافقة مع توجهات المؤسسة ومستواها، ورأس مالها الاستثماري، واستراتيجية المؤسسة، والخبرة والرغبة في المخاطرة. وعلى ضوء هذا يمكننا طرح الاشكالية التالية: **كيف نقوم بإدارة المخاطر الائتمانية الخاصة بالمشتقات المالية؟**

المبحث الأول: المشتقات المالية ومخاطرها

المطلب الأول: تعريف المشتقات المالية:

عرفها صندوق النقد الدولي FMI وهو تعرف بنك التسويات الدولية التابع له، إذ عرفها بأنها عقود تتوقف قيمتها على أسعار الأصول المالية محل التعاقد ولكنها لا تقتضي أو تتطلب استثماراً لأصل المال في هذه الأصول. وكعقد بين طرفين على تبادل المدفوعات على

أساس الأسعار أو العوائد، فإن أي انتقال لملكية الأصل محل التعاقد والتدفقات النقدية يصبح أمراً غير ضروري.(أشرف محمد ، 2008).

بينما عرفتها المجموعة الاستثمارية لنظم المحاسبة القومية SNA بأنها أدوات مالية ترتبط بأداة مالية معينة أو مؤشر، أو سلعة، والتي من خلالها يمكن بيع أو شراء المخاطر المالية في الأسواق المالية، أو قيمة الأداة المشتقة فإنها تتوقف على سعر الأصول أو المؤشرات محل التعاقد. وعلى خلاف أدوات الدين فليس هناك ما يتم دفعه مقدما ليتم استرداده وليس هناك عائد مستحق على الاستثمار. وتستخدم المشتقات المالية لعدد من الأغراض وتشمل إدارة المخاطر، التحوط ضد المخاطر والمراجحة بين الأسواق وأخيرا المضاربة.(سمير عبد الحميد ، 2005).

المطلب الثاني: أنواع المشتقات المالية

الفرع الأول: العقود الآجلة Forward:

هي اتفاق تعاقدي بين المشتري والبائع لتبادل أصل معين مقابل نقد في وقت مستقبلي وبسعر يحدد الآن ويتفق في هذا العقد على مواصفات الأصل من حيث الجودة والنوعية وطريقة ومكان التسليم والسعر ووسيلة السداد ويتم التفاوض على كل هذه الشروط بين البائع والمشتري.(دريد كامل، 2009). ويكون فيها المشتري صاحب المركز الطويل بينما البائع صاحب المركز القصير، وغالبا ما يكون العقد بين مؤسستين ماليتين أو بين مؤسسة مالية وأحد عملائها من المنشآت، ولا يتم تداوله في البورصة عادة.(لحسن ، 2009).

الفرع الثاني: العقود المستقبلية Futures:

هي عقود لشراء السلع أو الأصول المالية يتم استلامها أو تسليمها في وقت محدد في المستقبل ويتيح لأحد أطراف العقد شراء أو بيع أضل معين إلى طرف لآخر بسعر محدد متفق عليه مسبقا يسمى بالسعر المستقبلي على أن يتم التسليم أو تنفيذ الاتفاق في تاريخ لاحق هو تاريخ استحقاق العقد (دريد كامل، 2009، صفحة 414). كما عرفت بأنها التزام قانوني متبادل بين طرفين يفرض على أحدهما أن يسلم الآخر (أو يستلم منه) وبواسطة طرف ثالث (الوسيط) كمية محددة من أصل أو سلعة معينة في مكان محدد وزمان محدد وبموجب سعر محدد. (محمد محمود ، 2005).

الفرع الثالث: عقود الخيار Options:

وهي اتفاقيات تجري بين طرفين بغرض تداول أصول حقيقية كالسلع المختلفة وقد

تكون تخيلية أو أدوات مالية كالأسهم والأدوات ذات العوائد الثابتة وعملات أجنبية أو بعض المؤشرات، وذلك لتنفذ في وقت لاحق بسعر يتفق عليه الطرفان يعرف بسعر الخيار (أو التسليم) (سمير، 2009). وعقد الخيار هو عقد يقوم بموجبه محرر العقد أو البائع بإعطاء أحد الطرفين العقد الحق (وليس التزام) في أن يشتري منه أو يبيع له شيء ما (سلعة أو أداة مالية) بسعر معين وخلال فترة زمنية معينة أو في تاريخ معين، ولذلك يشار إلى محرر عقد الخيار على أنه بائع الخيار، وهو يعطي هذا الحق للمشتري في مقابل مبلغ من المال يسمى سعر الخيار أو مكافأة (علاوة) الخيار والسعر الذي يباع أو يشترى به الأصل يسمى سعر التنفيذ. (طارق، 2001)

الفرع الرابع: عقود المبادلات Swaps:

هو اتفاق بين طرفين أو أكثر لتبادل سلسلة من التدفقات النقدية خلال فترة لاحقة (مستقبلية)، لذلك فهي سلسلة من العقود لاحقة التنفيذ حيث يتم تسوية عقد المبادلة على فترات دورية (شهرية، فصلية، نصف سنوية). (محمد محمود ، 2005، صفحة 137).

وعقد المبادلة ملزم لطرفي العقد على عكس ما هو معروف في عقود الاختيار، كما أن المتحصلات أو المدفوعات (الأرباح أو الخسائر (لا يتم تسويتها يوميا كما هو الحال في العقود المستقبلية، يضاف إلى ذلك أن عقد المبادلة لا يتم تسويته مرة واحدة كما هو الحال في العقود لاحقة التنفيذ ولذلك يعرف عقد المبادلة بأنه سلسلة من العقود لاحقة التنفيذ (مروان ، و كنجو عبود ، 2008). وبهذا المفهوم تحدد شروط عقد المبادلة عدة عناصر رئيسية هي: طرفي العقد، الالتزام أو الأصل المشمول بعقد المبادلة، قيمة المدفوعات أو المقبوضات محل المبادلة، العملة التي تسدد بها المدفوعات أو تحصل بها المقبوضات، السعر الآجل لمبادلة الأصل المتفق عليه، مدة سريان العقد.

المطلب الثالث: مخاطر المشتقات المالية

ويمكن تقسيم المخاطر التي يتعرض لها مستخدمو الأدوات المشتقة إلى مخاطر ائتمانية، ومخاطر السوق قانونية، مخاطر تشغيلية ورقابية، مخاطر السيولة، مخاطر التسوية وأثر الرفع المالي.

الفرع الأول: المخاطر الائتمانية ومخاطر السوق

أولا. المخاطر الائتمانية:

وهي مخاطر الطرف المقابل في العقد المشتق نتيجة التقصير وعدم قدرة الطرف المقابل

على الوفاء بالتزاماته المالية في الأوقات المحددة طبقا لشروط العقد-خاصة عقود مشتقات OTC، فمخاطر الطرف المقابل هو خطر مهم لا بد من أن يدار حيث أصبح هذا الخطر أكثر بروزا. وبذلك فان أغلب المتعاملين بهذا العقد يستخدمون ضمانات للحد من مخاطر الطرف المقابل، ووفقا لمسح الإيسدا ISDA 2006 ، فإن 63% من المشتقات مضمونة من خطر الطرف المقابل لهذا العقد.(Michael , 2007).

وهناك العديد من التعريفات لمخاطر الائتمان والتي تعتمد على المصادر المحتملة للخطر، والتي قد تكون من العميل أو من الأصل الذي يستخدمه. والبنوك على وجه الخصوص تكرس قدرا كبيرا من الوقت والتفكير في تحديد وإدارة مخاطر الائتمان، وهناك مصدرين أساسيين لمخاطر الائتمان: تقصير من جانب أي طرف في العقد المالي، والتغير في القيمة الحالية للتدفقات النقدية المستقبلية (التي تنتج عن التغيرات في ظروف السوق المالية، والتغيرات في البيئة الاقتصادية... الخ).(Charles , 2004)

ويعتبر هذا النوع من المخاطر أكثر انتشارا في السوق الموازية منها في البورصات الأمر الذي يقتضي اهتمام المتعاملين في السوق الموازية بتقييم الجدارة الائتمانية للأطراف التي تتم التعامل معها (أحمد، 2003، ص217). أما في البورصة فيتم حصر كمي لمخاطر الخسارة بتسوية تغيرات في قيمة مراكزهم يوميا من المخاطر الائتمانية المرتبطة ببعض الأدوات المشتقة، وتتم هذه التسوية وفقا لقواعد محددة في البورصة. (طارق، 2001، صفحة 265).

ثانيا. مخاطر السوق:

وهي درجات التغير التي تحدث في متغيرات السوق كأسعار الفائدة، أسعار صرف العملات الأجنبية وأسعار الأصول المالية، والتي تؤثر سلبا على أرباح وعوائد المؤسسات. والمتغير الرئيسي لمخاطر السوق هي مخاطر أسعار الفائدة-الخطر على العوائد المتصلة بالتغيرات في أسعار الفائدة-، وتنشأ مخاطر أسعار الفائدة من اختلافات بين توقيت التغيرات في أسعار الأصول وتوقيت التدفقات النقدية أي الاختلافات الزمنية في فترة الاستحقاق للأسعار الثابتة وأسعار أصول العائمة للبنك (مخاطر إعادة التسعير)؛ كما تنشأ من تغيير العلاقة بين منحنيات العائد المختلفة التي تؤثر على أنشطة بنك (مخاطر الأساس)؛ وتنشأ كذلك من علاقة غير صحيحة في الأسعار المكتسبة والمدفوعة بإدارات مختلفة (المخاطر القاعدية). أما مخاطر الأسعار ترتبط ارتباطا وثيقا بمخاطر أسعار الفائدة، وهو خطر على

الأرباح الناجمة عن التغيرات في قيمة الأدوات المالية. (Derivatives Risk Management Guideline, Autorité des marchés financiers (AMF), August.)

وبذلك فمخاطر السوق تظهر نتيجة لتقلب أسعار الأدوات المالية المشتقة في الأسواق، إذ أن هذه الأدوات تكون حساسة بصورة كبيرة لظروف السوق، وبذلك فإن أي تغير ولو كان بسيطا في قيمة الموجود الضمني محل التعاقد قد يؤدي إلى تغير أكبر في قيمة الأداة المشتقة (بن رجم محمد ، 2009، صفحة 109). وتكون هذه التغيرات في القيمة داخل السوق نتيجة لما يلي:

1. التقلبات في مستوى الأسعار كنتيجة للتغيرات في معدلات الفائدة أو أسعار الصرف الأجنبي أو أسعار الأصول المرتبطة بالأداة المالية المشتقة، مما يؤثر في قيمة عقود المشتقات المالية نفسها.
2. عدم تناسب بين مقدار الارتفاع أو الانخفاض في قيمة عقود المشتقات، وبين مقدار الانخفاض أو الارتفاع في قيمة الأصول التي تحميها تلك العقود مع الأخذ في الاعتبار أن حجم التعامل في الأدوات المشتقة يفوق بمراحل حجم الأصول المرتبطة بها.
3. عدم المقدرة على تسييل المشتقات بالتخلص منها عند الحاجة بسبب وجود خلل في معدلات الطلب على تلك الأداة أو بسبب عدم رغبة الطرف المتعامل معه استنادا على خلل في العقد ذاته.(أحمد صلاح ، 2003).

ويتطلب الحد من مخاطر السوق تقييم موضوعي شامل لظروف السوق، كما يتطلب أيضا أن تحافظ بيوت التسوية على حد أدنى مناسب من السيولة لديها وكذا على كفاءة أدائها كوسيط بين البائع والمشتري في السوق، وبحيث تكون قادرة على الوفاء بالتزاماتها بصفة مستمرة.(بن رجم محمد ، 2009).

الفرع الثاني: المخاطر القانونية، التشغيلية والرقابية

المخاطر القانونية مخاطر ترتبط بالخسائر الراجعة لتصرف قانوني أو تنظيمي يبطل صلاحية العقد أو يحول دون أداء المستخدم النهائي أو الطرف المقابل له وفقا لشروط العقد أو ترتيبات التصفية ذات الصلة، وكذلك غموض بعض الجوانب القانونية للمشتقات مما يؤدي إلى صعوبة تنفيذ العقود، مثل هذه المخاطرة يمكن أن تنشأ من عدم كفاية توثيق العقد أو عدم القدرة على ترتيب تصفية للعقد في حالة الإفلاس (طارق، 2001، صفحة 266)

كما أن التغيرات في البيئة القانونية كإدخال تغييرات عكسية في قوانين الضرائب أو وجود قوانين تحظر على المنشآت الاستثمار في أنواع معينة من الأدوات المالية أو غيرها من التعديلات تؤدي إلى بعض المخاطر ومن الضروري تحديد ومعالجة القضايا التي تؤثر في القدرة على تنفيذ العقود، ذلك لأن مخاطرة عدم القدرة على التنفيذ تعني أن عقدا ما يتمتع بالمزايا الايجابية غير أنه لا يمكن تنفيذه. وقد يعزى ذلك على عدم تخويل الطرف الآخر بالصلاحيات اللازمة للتعاقد أصلا أو من الإعلان عن أن مجموعة من العقود قد غدت فجأة غير قابلة للتنفيذ. (عدنان ، و اخرون، 1996)

أما المخاطر التشغيلية هي تلك المخاطر التي تتعلق بأخطاء الأفراد العاملين في مجال المشتقات وفشل المديرين وضعف كفاءة الأنظمة الإدارية والرقابية وضعف المتابعة لتصرفات المسؤولين عن إدارة المشتقات والتعامل بها، وذلك كما هو الحال في غياب التنسيق بين المسؤولين عن التعامل في أسواق المشتقات المالية، وبين المسؤولين عن القيد والإثبات بالدفاتر المالية للمنشأة. كما أن زيادة تعقيد أدوات الهندسة المالية يجعل من الصعب إدارتها بصورة صحيحة وقد تحققت خسائر كبيرة نتيجة لسوء الإدارة (بن رجم محمد ، 2009، صفحة 109).

والمخاطر الرقابية هي تلك المخاطر المتعلقة بأي خسائر ناتجة عن فشل نظام الرقابة الداخلية للمنشأة في منع أو اكتشاف أي أخطاء أو مشكلات قد تعوقها عن تحقيق أهدافها التشغيلية أو المالية أو القانونية من حيازة عقود المشتقات المالية ويرجع الفشل في هذه الحالة إلى عدم الفهم الكافي من قبل إدارة المنشأة للخصائص الاقتصادية لعقود المشتقات المالية مما يؤدي إلى تصميم غير مناسب لنظم الرقابة عليها(أحمد صلاح ، 2003، الصفحات 218-219). ومن أمثلة ضعف الرقابة الداخلية ونظم العمل، السماح لمسؤول واحد بالبنك بممارسة دور السمسار والقيام بتسوية المعاملات في نفس الوقت، إذ أنه من الضروري ألا يجمع شخص واحد بين الدورين معا، للحيلولة دون التلاعب وإخفاء الخسائر التي يمكن التعرض لها. (محمد و سميرة، 2009)

الفرع الثالث: مخاطر السيولة، التسوية ومخاطر الرفع المالي

أولا. <u>مخاطر السيولة</u>:

وهي المخاطر التي تنشأ بسبب عدم توفر السيولة، أي عدم القدرة على تسديد الالتزامات أول بأول من قبل المتعاملين في سوق المشتقات، مما يجعل المتاجرة بهذه الأدوات

أكثر صعوبة. وتشمل مخاطر السيولة عدم القدرة على إدارة الانخفاضات الغير مخطط لها أو التغييرات في مصادر التمويل وتسمى مخاطر سيولة التمويل. كما تنشأ أيضا من عدم القدرة على التعامل مع تغيرات ظروف السوق التي تؤثر على تسييل الأصول بسرعة وبأقل خسائر في القيمة وتسمى مخاطر سيولة السوق. وجميع المؤسسات العاملة في مجال المشتقات تواجه نوعين من مخاطر السيولة:

1. مخاطر سيولة التمويل: هو احتمال عدم قدرة المتعاملين على تلبية متطلبات التمويل بتكلفة معقولة، وغالبا ما تنشأ من عدم تطابق التدفق النقدي للمشتقات خاصة عقود المبادلة، وممارسة الخيارات. وركز النمو السريع للمشتقات المالية في السنوات الأخيرة اهتماما متزايدا على تأثير تدفق النقد لهذه الصكوك، كما قد تنتج أيضا نتيجة للاحتياج الى سيولة نقدية إضافية التي يتطلبها الهامش للإنهاء المبكر للعقد.
2. مخاطر سيولة السوق: هي مخاطر عدم قدرة المتعامل على الخروج من العقد أو تبادل المراكز بسرعة، وبكميات كافية وبسعر معقول. وهذا يرجع إلى عدم عمق السوق، واختلاله، أو عدم قدرة المتعامل الوصول إلى السوق، فأسواق المنتجات الغريبة أو الجديدة تفتقر إلى العمق بسبب قلة المشاركين في هذا السوق. فعادة يمكن للأسواق السائلة أن تصبح غير سائلة خلال فترات اضطراب السوق (فعلى سبيل المثال، انهيار سوق الأوراق المالية في أكتوبر 1987 وسببه أن البائعين أكثر من المشترين). (Risk Management of Financial Derivatives, 1997)

ولذلك فبالرغم من وجود العديد من المتعاملين في أسواق المشتقات المالية، ورغم السيولة العالية التي تتمتع بها هذه الأدوات، إلا أنه تبقى هناك مشكلة تتعلق بعدم إمكانية تسييل بعض العقود بالسرعة الممكنة، وذلك نتيجة لعوامل متعددة قد تتعلق بطبيعة هذه العقود أو بسبب ظروف السوق من العرض والطلب وغيرها من العوامل، مما يؤدي إلى حدوث خسائر للأطراف التي ترغب بتسييل مراكزها بسرعة (بن رجم محمد ، 2009). بالإضافة إلى ذلك فإن مخاطر السوق المتعلقة بالمشتقات قد تزداد خطورة في ظل ترابط الأسواق المالية بدرجة أكبر، مما يؤدي إلى سهولة انتقال المخاطر التي قد يتعرض لها سوق مالية معينة إلى الأسواق المالية الأخرى. ومن ثم فان المتعاملين في مجال عقود المشتقات يكونوا في حاجة ماسة إلى تحديد عناصر هذه المخاطر وفهم كيفية تفاعلها مع بعضها البعض، وبالتالي فإن تقدير

مخاطر السوق المتعلقة بالمشتقات المالية إنما يعتمد على التقييم المرتبط بالسوق، وأيضا على الأدوات التي تستخدم كوقاية من هذه المخاطر. (رابح، و دليلة، 2011).

ثانيا. مخاطر التسوية:

تمثل إحدى واجهات هذه المخاطرة في كون القليل من المعاملات المالية تتم تسويته بنفس اليوم وآنيا، ففي الأسواق المالية الأمريكية، مثلا تمتد مدة تسوية قيمة الأسهم إلى خمسة أيام (من تاريخ البيع حتى تاريخ التسوية الفعلية). ولذلك فإن أحد الأطراف قد يتعرض للخسارة إذا كان السعر الذي باع به يعتبر مرتفعا، ولكن الطرف المقابل يرفض التسديد في التاريخ المحدد للتسوية. أما أكبر مخاطرة تسوية فتتمثل في يوم التسوية ذاته، حيث تكون كل قيمة الأوراق المالية تحت رحمة المخاطرة، عندما لا يتوافق تسليم الورقة مع استلام ما يقابلها نقدا.

ويمكن تقليل مخاطرة التسوية في المشتقات المالية لدرجة كبيرة باستعمال "شروط تصفية التسويات" في الاتفاقيات الشاملة. وهذا ما يقلل من مخاطرة التسوية التي تتم بنفس العملة. كما أن الكثير من معاملات المشتقات (مثل مبادلات أسعار الفائدة) لا يتم فيه تبادل أصل المبلغ بتاريخ الاستحقاق. غير أن مقاصة التسويات لا تعالج مشكلة التسديد بأكثر من عملة واحدة. فهناك مخاطرة كبيرة هنا تتمثل بسبب التسديد بالعملات الأجنبية، سواء آنيا أو آجلا. (عدنان ، و اخرون، 1996، صفحة 25).

ثالثا. مخاطر الرفع المالي

تعتبر من بين مخاطر الأدوات المشتقة أيضا، فأثر الرفع المالي العالي مشترك بين جميع هذه الأدوات. فالمستثمر يودع ببساطة 10%(في بعض الأحيان 5 أو حتى 2%) من قيمة العقود التي يشتريها أو يبيعها، ويمكنه أن يربح أو يخسر 10 مرات أكبر من لو أنه اشترى أو باع الأصل محل التعاقد. (محمد و سميرة، 2009).

المطلب الرابع: انعكاسات استخدام المشتقات المالية:

سنوضح فيما يلي بعض المؤسسات الكبرى التي خسرت الملايين بسبب الاستخدام المفرط والسيئ للمشتقات المالية والمضاربة بها على مر السنوات السابقة. وقد أدت هذه الخسائر لإفلاس العديد منها. وفيما يلي بعض المؤسسات التي خسرت الملايين من الدولارات نتيجة الاستخدام السيئ للمشتقات المالية.

الفرع الأول: انهيار شركة Long-Term Capital Management (LTCM)

وهي عبارة عن صندوق تحوط بدأ العمل في فيفري 1994، تأسس من قبل جون دبليو ميري ويذر النائب السابق لرئيس مجلس الإدارة ورئيس تداول السندات في سالومون براذرز. مقرها في غرينيتش بولاية كونيتيكت وكان لديها أيضا مكتبا في لندن وفرع في طوكيو. أما من حيث الموظفين فقد كان محدودة الحجم: في البداية كان بها أحد عشر شريكا وثلاثين موظفا، وبحلول سبتمبر1997، كان هناك خمسة عشر من الشركاء ونحو150موظف. ومع ذلك، تمكنت من جمع مجموعة كبيرة من الأصول: في أوت1997، كانت أصول شركة LTCM قد بلغت126مليار دولار، منها6.7مليار دولار رأس مال الصندوق نفسه. وكانت استراتيجية LTCMالأساسية المراجحة المتقاربة باستخدام الأساليب الحسابية والكمية وذلك باستغلال فروق الأسعار التي يجب أن تكون إما مؤقتة أو لديهم احتمال كبير لكونها مؤقتة. ونموذج المتاجرة لديها تنطوي على "عقود المبادلة Swaps" والمراكز المكشوفة في خيارات الأسهم. إذ وصل مجموع تداولها لعقود المبادلة حوالي 10000 عقد مبادلة بقيمة إسمية إجمالية تقدر بـ 1.25 تريليون دولار. (Donald , 2003)

أفلس سنة1998، إذ وعدت الشركة باستخدام النماذج الحسابية لكي تربح المستثمرين بما يفوق أحلامهم، واجتذبت إليها صفوة مستثمري وول ستريت وقد حصدت في البداية على أرباحا طائلة، ومن أهم هذه النماذج الحسابية نموذج الخيار السعري بلاك-شولز. في البداية كانت ناجحة بعوائد سنوية تبلغ أكثر من40% في سنواتها الأولى، أما سنة1998 فقد فقدت 4.6مليار دولار في أقل من أربعة أشهر بعد الأزمة المالية الروسية التي تطلبت التدخل المالي من جانب مجلس الاحتياطي الاتحادي، وتم تصفية وحل الصندوق في أوائل عام2000.

فقد كان ينظر إلى شركة LTCMبأنها شركة فريدة من نوعها، فقد كان فيها أفضل العقول المفكرة ومن أمثلتهم نائب الرئيس السابق للاحتياطي الفيدرالي، وكذلك جون دبليو ميري ويذر تاجر السندات الأسطوري، كما كان المكان الذي أطلق منه ميرتون وشولز نظرياتهم. وبذلك اعتبرت على أنها تذكرة للحصول على الأرباح السهلة. فقد قام حوالي 55بنك بتمويل شركة LTCM منها: بير ستيمز، تشيز منهاتن، جولد مان، جي بي مورجان، ليمان برذرز. وبذلك وصلت أصولها المستعارة إلى 100 مليار دولار، حتى أن ميرتون وصف إستراتيجية الصندوق بأنها مكنسة كهربائية ضخمة تقوم بشفط المال من جميع أنحاء العالم. بالمقارنة مع

الأسهم من حوالي 5 مليارات دولار فقط، وهي تعتبر استراتيجية شديدة التعقيد، ومحملة برافعة مالية أكبر مما ينبغي وخالية من إدارة المخاطر.

وكانت النتيجة المترتبة عن كل هذه الاستراتيجيات واستخدامها لنماذج رياضية معقدة خاصة صيغة تسعير خيار بلاك- شولز، أدى بذلك إلى صواعق رعدية في أوت وسبتمبر من عام1998، عندما ضربت شركة LTCM (مايكل ، 2007، الصفحات 173-176)، وذلك عند مراهنتها على عودة معدل السندات إلى معدلها الطبيعي بعد الأزمة الآسيوية باستخدام المراجحة بالمعاملات الآجلة. ولكن الأزمة امتدت إلى روسيا تسببت بصدمة على أسواق السندات وهذا كان مخالفا للتوقعات (John, 2008, P781)، وأدى ذلك إلى حدوث تقلب كبير وخطير في الأسواق العالمية خلال شهر أوت، وقد فقدت شركة LTCM 44% من رأس مالها وحوالي 1,9 مليار دولار في شهر أوت و52% عن العام السابق، وتعد خسائر بهذا الحجم صدمة بالنسبة للمستثمرين وللشركة ككل. (مايكل ، 2007)

الفرع الثاني: انهيار بنك بارينجز"Barings Brothers and company bank"

وكان لبارينجز تاريخ طويل في لندن، مع وجوده في مجال الخدمات المصرفية التجارية لأكثر من 230عاما، وتتألف مجموعة بنك بارينجز من البنك المعتمد في المملكة المتحدة بروس بارينج وشركاه Baring Bros & Co، وشركة الأوراق المالية بارينجز للأوراق المالية المحدودة BSL، ومختلف الشركات التابعة لها وفروعها في المملكة المتحدة وبلدان أخرى. وفي أواخر 1980، شاركت مجموعة بارينجز في تغييرات هيكلية كبيرة ودخولها مجالات جديدة للعمل، ومحاولة لدمج هذه الأنشطة الجديدة في هيكل المجموعة. والمهمة الأكثر تحديا كان إدماج أعمال الأوراق المالية في الهيكل والتي كانت حتى ذلك الوقت يهيمن عليها النشاط المصرفي والثقافة. (Bulletin, 1995, p. 01)

وكان سبب انهيار بنك بارنجز للمشتقات، وبدأ ذلك يوم الأحد الموافق لـ1995/02/26، عندما وضعت مجموعة المصارف التجارية المسماة بارنجز تحت حراسة بنك انجلترا، وهو المصرف المركزي. بعد أن أخفقت محاولة ترتيب من يشتري هذا المصرف. إذ تعرض البنك إلى خسائر فادحة، كان سببها دخول أحد المسؤولين المتخصصين بتداول المشتقات في معاملات غير مرخصة من خلال شركة في سنغافورة تسمى "مستقبليات برنجز" تابعة لشركة للأوراق المالية يمتلكها برنجز باسم "Barings securities" التي تعتبر الذراع المنفذ لصنع السوق في المجموعة.

فلقد قام البنك في عام1992 بتعيين شاب عمره 28سنة يدعى نيكولاس ليسون سبقته سمعته وكفاءته، حيث ترك له مسؤولية تصميم وإدارة عمليات عقود المشتقات في سنغافورة. والغريب أنه قد بدأ نشاطه في عام1994 بعمليات من المفترض أنها محدودة المخاطر، وهي المراجحة بين عقود مستقبلية على مؤشر نيكي 225، ومؤشر بورصة أوزاكا الذي يتداول في بورصة سنغافورة، على أساس أنهما مؤشرين يكادا يكونا بديلين لبعضهما البعض، فكان يبيع عقود مستقبلية على مؤشر نيكي 225 مثلا عندما يرتفع سعره، ليشتري عقودا مستقبلية على مؤشر بورصة أوزاكا الذي لم يرتفع سعره بنفس القدر، عمليات يصعب أن تتعرض للمخاطر ولكن انظر ما حدث.

وقع زلزال كوب في 16جانفي1995، في وقت كان ليسون قد اشترى قدر هائل من العقود المستقبلية على مؤشر نيكي، الذي انخفض بسبب الزلزال بنسبة10% أي من20000 نقطة في أول جانفي إلى 18000نقطة بعد الزلزال. وأملا في أن تعاود أسعار تلك العقود الصعود، سارع بشراء المزيد منها عند السعر المنخفض، وذلك بهدف تخفيض متوسط قيمة العقود، أملا في تخفيض خسائره على نحو أسرع، إلا أن مؤشر نيكي قد باشر بمزيد من الانخفاضات حتى وصل إلى 17000نقطة ومع كل انخفاض في قيمة المؤشر تزداد الخسائر.

وقد تمكن ليسون من إخفاء خسائره على رؤسائه في حساب آخذ رقم 88888 حيث بلغت الخسائر 59 بليون ين، أي ما يعادل حينئذ 610 مليون دولار. فإذا كان قد استطاع أن يخفي الخسائر على رؤسائه، غير أنه لا يمكنه إخفائها عن السوق، بسبب القروض التي حصل عليها من البنوك، حيث أن التعامل في عقود المشتقات يتطلب إيداع هامش مبدئي لدى السمسار قد يكون في صورة نقدية أو في صورة أوراق مالية حكومية. وإذا ما هبط الهامش الفعلي من تأثير الخسائر إلى مستوى يقل عن هامش الصيانة، حينئذ يتطلب الأمر من الطرف الذي تعرض لخسائر إيداع مبالغ نقدية، وليس شيء آخر حتى يرتفع الهامش الفعلي ليس إلى مستوى هامش الوقاية بل إلى مستوى الهامش المبدئي، وقد استطاع ليسون الوفاء بتلك الإيداعات الإضافية من قروض مصرفية.

وبدأ المسؤولون عن البنك في لندن يدركون حقيقة وجود أزمة وذلك إثر مطالبة البنوك اليابانية وعددها 15بنك باسترداد قيمة القروض، والتي بلغت 715 مليون دولار، غالبيتها كانت بهدف تغطية متطلبات الهامش. وهكذا ومن جراء عمليات تكاد تكون آمنة على عقود

المشتقات تعرض البنك لهزة عنيفة. وكان من المفضل لدى بنك انجلترا إنقاذ المصرف من خلال شرائه من قبل مصرف آخر، أو مجموعة مصرفية. (منير ، 2006)

الجدول الزمني للأحداث:

جويلية1992: فتح حساب معلق88888، لاستيعاب خسائره في وقت مبكر التي وصلت إلى 02 مليون جنيه إسترليني.

1993: ذكرت بارينجز مجموع الأرباح 100مليون جنيه إسترليني، في حين وصلت خسائر ليسون التراكمية إلى 23مليون جنيه استرليني.

1994: ذكرت بارينجز مجموع الأرباح 205 مليون جنيه إسترليني، في حين كانت خسائر ليسون التراكمية 208 مليون جنيه استرليني.

1995: بحلول نهاية جانفي كانت هناك العوامل التي يجب أن تنبه إليها إدارة لندن إلى وجود مشاكل محتملة في سنغافورة، فقد كانت هناك شائعات في السوق حول موقف بارينجز في بورصة أسهم اوساكا Osaka Stock Exchange وبورصة سنغافورة للنقد الدولي Exchange International Monetary Singapore SIMEX.

بين 19 جانفي و23 فيفري مجموعة بارينجز لم تتردد بنقل 550 مليون جنيه إسترليني إلى سنغافورة لدعم مواقف ليسون في SIMEXغير المصرح بها. وفي منتصف فيفري اكتشف موظفي مجموعة أكبر مقريضين في لندن عن ثقب أسود في حسابات سنغافورة بقيمة 190 مليون جنيه.

في23 فيفري وفي سنغافورة، يتواجه ليسون في هذه المشكلة ويخرج في لقاء. ويوم الاثنين بعد اندلاع الأزمة قال رئيس بارينجز بيتر بارينجز في لندن: "إن عمليات مراجحة بارينجز للمشتقات كانت مربحة جدا، ولكن الأعمال التجارية الرئيسية منخفضة المخاطر قد تعرضت إلى عملية احتيال".

27 فيفري، تلقى رئيس مستوطنات بارينجز رسالة تحذير من SIMEX عن حدوث عجز بقيمة 74 مليون جنيه إسترليني.

وبحلول نهاية فيفري 1995، كانت قد انهارت بارينجز. (Baring & Co, 1995)

الفرع الثالث: خسائر بنك Allied Irish Bank(AIB)

تم تشكيل تحالف البنوك الأيرلندية Allied Irish Bank في عام 1966 وتجمع بين الثلاث بنوك مميزة وهي: The Provincial Bank التي تأسست في عام 1825، الرائدة في الأعمال

المصرفية في ايرلندا، وRoyal Bank الذي أنشئ قبل أحد عشر عاما في وقت لاحق، وكان مشهور بالروابط التجارية، وMunster and Leinster التي تشكلت في عام1885، كان مع شبكة فروع واسعة من أكبر ثلاث بنوك. وتعتبر واحدة من "الأربعة الكبار" من البنوك التجارية في الدولة الإيرلندية، وتقدم AIB مجموعة كاملة من الخدمات المصرفية الشخصية للشركات. مع إجمالي أصول أكثر من 76 مليار أورو، وأكثر من 323 مليون أورو في عام 1966. وقد ثبت أيضا استثمارات كبيرة في بريطانيا وبولندا والولايات المتحدة الأمريكية، وتوظف أكثر من 25000 شخص حول العالم في أكثر من 800 مكتبا. (A Guide about Allied) A Guide Irish Banks in Polan, 2012)

- 691 مليون دولار فقدت في سوق الصرف الأجنبي
- انخفاض أرباح من 1 مليار إلى 426مليون دولار في 2001
- 5 سنوات من الاحتيال والخسائر مغطاة

كيف حدثت هذه الخسائر؟

في عام 1993، استأجر بنك آلفورست " *Allfirst Bank" السيد جون روسناك "John Rusnak"-تاجر العملة-لتحويل العملات في البنك لأجل عمليات التحوط، إذ كان للسيد روسناك خبرة واسعة في تداول العملات، وعلى وجه الخصوص في مطابقة عقود الخيار مع العقود الآجلة للتحوط ضد المخاطر. إذ رقى السيد روسناك نفسه كتاجر من التجار الذين استخدموا عقود الخيار في عمليات المراجحة، في محاولة للاستفادة من فروق في الأسعار بين خيارات العملات والعقود الآجلة للعملات.(John Rusnak's Role and the Fraud, 2012) .

تفائل جون روسناك على صعود الين الياباني مقابل الدولار، فاشترى العقود الآجلة للحصول على الين أرخص من حيث القيمة السوقية، وكان روسناك واثقا كثيرا في عملية صعود الين لذلك أهمل عملية تغطية هذه العقود الآجلة باستخدام عقود الخيارات عكسية. وعندما بدأت الأزمة الآسيوية وذلك بانخفاض قيمة الين تعرض روسناك لخسائر، وحين اكتشف ذلك أصيب بالرعب ودخل في خيارات وهمية مع بنوك وهمية في الشرق الأقصى التي جعلت الأمور تبدو تغطيتها مواقفة وذلك لإبقاء هذه الخسائر مغطاة على إدارة البنك. إذ

* **Allfirst Bank**: في 1999 اندمجت مؤسسة دوفين للإيداع "Dauphin Deposit Corporation" مع أول بنك وطني في ولاية ماريلاند الأمريكية وهو "First Maryland Bancorp " لتشكيل "Allfirst Bank "، وذلك بعد أن استحوذت عليهما AIB Bank، وبذلك يعتبر بنك Allfirst فرع لبنك AIB Bank.

حددت الخسائر بين عامين 1997 و1999 بحوالي 104 مليون دولار أمريكي. وفي 2000 خسر روسناك 207 مليون دولار، أما في عام 2001 خسر روسناك 380 مليون دولار. وأوائل عام 2002 بدأ اكتشاف الخداع من قبل الإدارة، وحددت إجمالي الخسائر في 70بنك حول العالم من خلال الآلاف من المعاملات، وتم استبدال إدارة Allfirst، وفي ماي 2003 رفعت دعوى قضائية ضد Allfirst من قبل بنك أوف أميركا وسيتي كورب مدعيا أنها أقرضت روسناك 200 مليون دولار ورفضت كل الدعوى بأنها "لا أساس لها". وفي نفس العام قامت شركة AIB بدمج بنك Allfirst مع M&T Bank مقابل حصة 22.5%في M&T والتي يقع مقرها الرئيسي في بوفالو نيويورك. (Adrian, 2004)

الفرع الرابع: انهيار بنك بير ستيرنز Bear Stearns

تأسست شركة بير ستيرنز باعتبارها بيت لتجارة الأسهم في أول ماي1923 من قبل جوزيف بير، ستيرنز وروبرت ماير هارولد برأس المال قدره 500000 دولار. نجت الشركة من انهيار وول ستريت عام1929 من دون الاستغناء عن أي موظف وفي عام1933 فتحت أول فرع لها في شيكاغو. وفي عام1955 افتتحت الشركة مكتبها الدولي الأول في أمستردام. وفي عام 1985، أصبحت شركة بير ستيرنز شركة مساهمة عامة. واستخدمت الشركة أكثر من15500 شخص في أنحاء العالم. وكان المقر الرئيسي للشركة في مدينة نيويورك ولها مكاتب في أتلانتا، بوسطن، شيكاغو، دالاس، دنفر، هيوستن، لوس انجليس، ايرفين، سان فرانسيسكو، سانت لويس، يباني، نيو جيرسي، سان خوان، وبورتوريكو. أما دوليا فللشركة مكاتب في لندن، بكين، دبلن، فرانكفورت، هونغ كونغ، لوغانو، ميلان، ساو باولو، مومباي، شنغهاي سنغافورة وطوكيو، وكان رمز شركة بير ستيرنز في بورصة نيويورك سابقا BSC كبنك استثماري عالمي لتداول الأوراق المالية والوساطة المالية، حتى تم بيعها لمؤسسة جي بي مورغان JPMorgan Chase في عام2008 خلال الأزمة المالية العالمية والركود.

إذ كان بنك بير ستيرنز يصدر كميات كبيرة من الأوراق المالية المدعومة بالأصول وهو ما يطلق عليها بالتوريق، خاصة القروض العقارية ورائدها رانييري لويس، "والد سندات الرهن العقاري". وتصاعدت خسائر المستثمرين في تلك الأسواق ما بين عامي2006 و2007، وبذلك زادت الشركة تعرضها للخسائر، وخصوصا الأصول المدعومة بالرهن العقاري التي كانت محور الأزمة، فاعتبارا من 30نوفمبر 2006الى2007، كان لدى الشركة مبالغ كبيرة من الأدوات المالية المشتقة لعقود المستقبلية وعقود الخيار ما يقرب من 13,40تريليون دولار و8,74 تريليون

دولار، على التوالي، ومنها المدرجة في البورصة بقيمة 1,85تريليون دولار و1,25 تريليون دولار، على التوالي. فإجمالي القيمة الاسمية لعقود المشتقات هو انعكاس لمستوى النشاط، ولا تمثل المبالغ التي يتم تسجيلها في البيانات الموحدة للحالة المالية. وتتميز صكوك الشركة المالية المشتقة الغير مسددة، والتي تستخدم إما لتعويض المراكز التجارية، وتعديل سعر الفائدة للديون طويلة وقصيرة الأجل هي أدوات مشتقة من أنشطة تاجر (سوق المتعاملين التقليديين). (Bear , 2008)

جاءت هذه الأحداث وهزت هذا الصرح الهائل للمشتقات مع انهيار بير ستيرنز في16مارس2008. إذ كان بنك بير ستيرنز يغذي النمو الهائل في سوق المشتقات، حيث أن العديد من المصارف وصناديق التحوط ومستثمرين شاركوا ب45تريليون دولار من قيمة المراهنات على الجدارة الائتمانية للشركات والبلدان. فقبل انهياره، كان بنك بير ستيرنز الطرف المقابل إلى 13تريليون دولار في تداولات المشتقات. وفي 14مارس2008، تم خفض تصنيف بير ستيرنز من قبل وكالة موديز، وهي وكالة تصنيف كبرى. وفي 16مارس2008، قدم بنك الاحتياطي الفيدرالي في نيويورك قرض طارئ لها في محاولة لتفادي انهيار مفاجئ للشركة بقيمة 29 مليار دولار وهو قرض "عدم اللجوء" في 17مارس2008، قدمت جي بي مورغان تشيس عرض بشراء بير ستيرنز بسعر 2دولار للسهم الواحد أو 236مليون دولار. وأكملت جي بي مورغان تشيس استحواذها على بير ستيرنز يوم 30ماي2008في إعادة التفاوض على السعر وأصبح 10دولارا للسهم الواحد.

وكان انهيار الشركة تمهيدا لخطر انهيار إدارة صناعة وول ستريت كبنك استثماري في سبتمبر2008، وما تلاها من الأزمة المالية العالمية والركود. وفي جانفي2010، توقفت جي بي مورغان على استخدام اسم بير ستيرنز. .(Ellen , 2008)

الفرع الخامس: خسائر بنك الخليج الكويتي

تأسس بنك الخليج عام1960 وحقق منذ ذلك الوقت تقدما كبيرا جعله رائدا في توفير الخدمات المالية من خلال شبكة واسعة تضم 56 فرعا منتشرا في مواقع استراتيجية هامة في الكويت. وتتركز الأنشطة الرئيسية لبنك الخليج في مجال الخدمات المصرفية الشخصية وللشركات والخدمات المصرفية الدولية .لقد أثمرت جودة والتزام فريق عمل بنك الخليج في حصول البنك على العديد من الجوائز الدولية من أعرق المجلات المالية العالمية، منها جائزة "أفضل بنك للخدمات المصرفية الفردية في الشرق الأوسط"؟ أربع مرات من مجلة بانكر

ميدل ايست. كما حاز بنك الخليج على التقدير الدولي لمركزه الريادي في سوق العمل الكويتي، حيث فاز بالمركز الأول في مجال إحلال وتوطين الوظائف على مستوى دول مجلس التعاون الخليجي، وحصل على الجائزة الشهيرة المقدمة من مجلس وزراء العمل بدول المجلس (Ellen , 2008). أعلن بنك الخليج عن تعرضه لخسائر فاقت359مليون دينار (قرابة1.241مليار دولار)، خلال العام2008، يعود ذلك للخسائر الاستثنائية في معاملات المشتقات المالية. فقام بنك الكويت المركزي في هذا الشأن بتكليف مراقبي الحسابات الخارجيين لبنك الخليج لإجراء تدقيق على البنك كما هو الوضع في نهاية أكتوبر 2008 وذلك للتحقق مع الحجم الحقيقي للخسارة التي تكبدها البنك وذلك لاتخاذ الإجراءات اللازمة للعودة بحقوق المساهمين إلى ما كانت عليه في نهاية سبتمبر2008. وأوضح المحافظ انه في ضوء تقرير مراقبي الحسابات الخارجيين والذي انتهى إلى أن مجموع خسارة البنك كما في نهاية أكتوبر2008 بلغت 375مليون دينار والتي تمثل خسارة البنك في التعامل في المشتقات المالية (المركزي الكويتي يقرر إعادة تداول سهم بنك الخليج في البورصة، 2012). كما قام البنك المركزي بضمان ودائع عملاء البنك داخل الكويت وخارجها. وتم في نفس اليوم وقف تداول سهم بنك الخليج في سوق الكويت للأوراق المالية. وإثر هذه الأزمة قدم رئيس مجلس إدارة البنك بسام الغانم استقالته وتم انتخاب أخيه قتيبة يوسف الغانم ليحل محله على أن يتم انتخاب مجلس إدارة جديد في11أفريل2009ولتغطية الخسائر وافق الجمعية العمومية للبنك وبنك الكويت المركزي في2ديسمبر 2008على زيادة رأس مال البنك بنسبة 100% بحيث تكون قيمة السهم 100 فلس و200 فلس علاوة إصدار على أن تكون الأولوية للمساهمين في البنك. و بلغت نسبة الزيادة 376 مليون دينار كويتي، 68% منها لمساهمي البنك و16% للهيئة العامة للاستثمار. وتم إعادة تداول سهم بنك الخليج بعد 03 أيام من انتخاب مجلس إدارة جديد واعتماد التقارير المالية في11أفريل 2009.

الجدول رقم(1): يوضح أكبر الخسائر لمؤسسات ضخمة نتيجة لمضاربات على المشتقات

المؤسسة	الدولة	الخسارة "مليار$"	سنة الخسارة	نوع المضاربة
Morgan Stanley	الولايات المتحدة	9.0	2008	مقايضات CDS
Shell	اليابان	1,5	1993	العقود المستقبلية
بنكSociété Générale	فرنسا	7.2	2008	مشتقات الأسهم

صندوق التحوط Amaranth	الولايات المتحدة	6.6	2006	العقود الآجلة للغاز الطبيعي
Daiwa	اليابان	1,5	1995	العقود المشتقة للعملات
أراكروزAracruz	البرازيل	2.5	2008	خيارات العملات
Long Term Capital Management	الولايات المتحدة	4,6	1998	مشتقات الأسهم
Sumitomo	اليابان	2.6	1996	العقود الآجلة للنحاس
Sadia	البرازيل	1,05	2008	خيارات الائتمان
JP Morgan	المملكة المتحدة	2.0	2012	المشتقات
Metallgesellschaft	ألمانيا	1.3	1993	العقود الآجلة للنفط

المصدر: من إعداد الباحثين بالاعتماد على معلومات شبكة الانترنت

المبحث الثالث: إدارة المخاطر الائتمانية المشتقات المالية

كثيرا ما يتردد أن المشتقات المالية تنقل المخاطرة من الراغبين في تقليلها إلى الطرف الأقدر على تحملها، وهو افتراض بحت، فهناك فرق جوهري بين الرغبة في تحمل المخاطرة وبين القدرة على ذلك. فالطرف المجازف في المشتقات لا ريب أنه راغب في تحمل المخاطر، لكن هذا لا يعني بالضرورة أنه قادر بالفعل على تحملها، كما أشار لذلك ضمنا آلان جرينسبان الرئيس السابق لمجلس الاحتياطي الفيدرالي حين قال "إن رؤيتنا لاحتواء المخاطر قائمة على أساس نقل المخاطر إلى أولئك الذين لديهم الرغبة ويفترض أن لديهم القدرة، على تحملها" وبطبيعة الحال فإن هذا الافتراض لا يلزم تحققه بالضرورة، يوجد من المجازفين من يملك الرغبة في تحمل المخاطرة مع كونه الأقل قدرة على تحملها. وحيث أن المشتقات تولد دخلا حاضرا للطرف المجازف، فالحاجة الآنية قد تدفعه لتحمل مخاطر لا يستطيع احتمالها بسبب نقص السيولة. لذلك يجب أن تملك كل مؤسسة وسيلة فعالة لقياس ومراقبة المخاطر المتعلقة بالمشتقات.

تتطلب الإدارة السليمة لمخاطر المشتقات على المستثمرين وضع إجراءات مكتوبة تحدد بوضوح توجهاتها في هذا الشأن. وينبغي أن تكون إدارة مخاطر المشتقات تشكل جزءا من إدارة المخاطر للمؤسسة وتكون متكاملة ومتوافقة مع توجهات المؤسسة ومستواها، ورأس مالها الاستثماري، واستراتيجية المؤسسة، والخبرة والرغبة في المخاطرة. (سامي ، 2008).

المطلب الأول: تحديات إدارة مخاطر المشتقات المالية

من الواضح أن المشاركين في السوق المالي يجدون في المشتقات المالية أدوات مفيدة لإدارة المخاطر ويتم استخدامها من قبل ثلاثة أنواع من المشاركين في السوق: البنوك التجارية وبنوك الاستثمار، والمستثمرين. ومع ذلك، فالمشتقات المالية تشكل تحديات لإدارة المخاطر الخاصة بها. ولنأخذ كمثال مخاطر الائتمان لفهم هذا التساؤل كونها تعتبر من أكثر المخاطر التي يتعرض إليها مستخدميها، خاصة مشتقات OTC، فهي تعتبر من أكثر الأدوات تداولا، فخلال سنة2007 كان حجم تداول المشتقات في السوق المنظم لا يتجاوز 80تريليون دولار أمريكي أما العقود المتداولة في السوق الغير المنظم فهي تتجاوز600تريليون دولار أمريكي.

فهناك أربعة تحديات لمخاطر الائتمان، فالمشتقات تقوم بتحويل مخاطر الائتمان بطرق معقدة قد لا تكون سهلة الفهم، وبذلك يمكن أن تخلق مخاطر الائتمان وبذلك يجب فهمها. والمشتقات المعقدة تعتمد على نماذج معقدة لاستخدامها، مما يؤدي إلى خطر هذا النموذج المختار. كما أن هناك وكالات التصنيف الائتماني تفسير هذا التعقيد للمستثمرين، ولكن يمكن أن يساء فهم تصنيفاتها، ونتيجة ذلك قد تخلق عدة مخاطر.

الفرع الأول: مخاطر الائتمان:

في الواقع فالمشتقات المالية لا تزيل مخاطر الائتمان إنما تقوم بمجرد نقلها، ونتيجة لذلك، فإن شخص ما، وفي مكان ما، سوف يخسر المال. فعلى الرغم من أن المشتقات لا يمكنها القضاء على الخسائر الناجمة عن المخاطر المالية، ولكن يمكنها أن تحول المخاطر بطرق معقدة وقد لا تكون سهلة الفهم مثل عقود مبادلة أسعار الفائدة وأسعار الصرف وغيرها... لكن هل يعي المشاركين في السوق تعرضهم للمخاطر المتعلقة بالمشتقات المالية المعقدة؟ ونظرا لاتساع نطاق المشاركين في السوق الذين ينشطون فيه، لا توجد وسيلة حاسمة للرد على هذا السؤال. ومع ذلك، يمكن أن نشير إلى أن بعض المشاركين في السوق لا يقَدرون تماما التعرض للمخاطر نتيجة مشاركتهم في سوق المشتقات. ففي عام2001، أمريكان اكسبريس "خسرت مئات الملايين من الدولارات على الاستثمارات في التزامات الديون المضمونة"CDO" ونقلت الصحيفة عن الرئيس التنفيذي لشركة أمريكان اكسبريس قوله انه "لم يفهم خطر" امتلاكه لCDO.

الفرع الثاني: المقابل لهذا الخطر:

والمقابل لهذا الخطر هي مخاطر الطرف المقابل في العقد المشتق نتيجة التقصير وعدم

دفع ما يملكه بموجب العقد-خاصة في عقود مشتقاتOTC-، فمخاطر الطرف المقابل هو خطر مهم لا بد من أن يُدار حيث أصبح هذا الخطر أكثر بروزا. لذلك فإن أغلب التجار يستخدمون ضمانات للحد من مخاطر الطرف المقابل، ووفقا لمسح الإيسدا ISDA 2006، فإن 63% من عقود المشتقات مضمونة من خطر الطرف المقابل لهذا العقد. ومع ذلك، وعلى الرغم من الاستخدام الواسع النطاق للضمانات والهامش، هناك بعض التحديات الهامة لإدارة المخاطر المرتبطة مخاطر الطرف المقابل على المشتقات الائتمانية. وأهمها هو مقاييس التعرض لخطر المشتقات المعقدة، وإحدى هذه المقاييس الرئيسية هي "الاحتمال التعرض لهذا الخطر" فهو يأخذ بعين الاعتبار التحركات المستقبلية المحتملة لهوامش الائتمان أو الافتراضات المستقبلية التي يمكن أن تخلق مخاطر أكبر إذا تحرك السوق لصالح التاجر. لذا فالمشاركين يدركون الحاجة لقياس التعرض المحتمل لمخاطر الائتمان للمشتقات المعقدة في المستقبل وكذلك الصعوبات

الفرع الثالث: أخطار النموذج:

المشتقات المالية المعقدة تتطلب نماذج معقدة للتقييم وللتحوط مما يؤدي إلى خطر استخدامها، فخطر الخسارة الناجمة عن نموذج معيب يطلق عليه بخطر النموذج. وبالفعل تحققت هذه المخاطر المتعلقة بخطر النموذج في ماي2005 بعد تخفيض التصنيف الائتماني لجنرال موتورز إلى وضع أقل من درجة الاستثمار، فتحركت أسعار السوق لبعض مؤشرات الائتمان القطاعية بطرق من شأنها أن تعتبر إما غير قابل للتصديق للغاية أو مستحيلة، وفقا نماذج معينة كانت تستخدم لتقييم وإدارة المخاطر في ذلك الوقت.

الفرع الرابع: وكالة تصنيف المخاطر:

فوكالات التصنيف تلعب دورا هاما في سوق المشتقات ولكن يمكن أن يساء فهم تصنيفاتها، مما قد تساعد على خلق المخاطر. ففي تقرير بحثي للبنك المركزي الأمريكي، في سوق التمويل المنظم، بما في ذلك سوق المشتقات، والتي تعتمد اعتمادا كبيرا على تقييمات لجنة النظام المالي العالمي، 2005. بأن الكثير من المستثمرين يعتمدون على وكالات التصنيف لتقييم مخاطر الائتمان في معاملة خاصة نظرا للطبيعة المعقدة للمشتقات. ومع ذلك، وفقا لذلك التقرير، فالمؤسسات الاستثمارية الكبيرة لا تعتمد فقط على التصنيفات لاتخاذ القرارات الاستثمارية، وهذا ما يدل على فهمها الجيد لوكالات التصنيف. (Michael , 2007, pp. 12-13).

المطلب الثاني: قياس ومراقبة مخاطر المشتقات المالية

يجب أن يكون لكل مؤسسة وسيلة فعالة لقياس ومراقبة مخاطر الائتمان والمشتقات، ويجب السيطرة بحكمة على بيئة هذه العقود ويجب أن تشمل ما يلي:

- الرقابة الفعالة من طرف مجلس الإدارة
- السياسات والإجراءات الفعالة
- قوة المراجعة الائتمانية، والموافقة، وحدود العمليات.
- يجب أن تكون نظم قياس المخاطر دقيقة والتحقق من صحتها.
- فعالية تقارير المخاطر، والرصد، وعمليات الموافقة على الاستثناءات. كما يجب أن تصل في الوقت المناسب
- يجب أن تكون المعايير التي تقوم عليها وثائق الائتمان سليمة.

فيجب السيطرة على المخاطر الائتمانية بدقة من خلال عملية الائتمان الرسمية والمستقلة، وأن تسترشد أنشطة الائتمان من خلال السياسات والإجراءات فعالة.

وللتخفيف من تضارب المصالح، وينبغي أن تكون وظيفة الموافقة على الائتمان مستقلة عن وحدة المخاطر ويعمل به موظفين مؤهلين، كما يجب الحفاظ على استقلال كل من التقييم الأولي للائتمان، وإنشاء خطوط ائتمان الطرف المقابل، والرصد والإبلاغ عن التعرض، والموافقة على الاستثناءات، وعادة ما يتم تنفيذ هذه المهام من قبل قسم الائتمان في المؤسسة وغالبا ما تكون هذه المؤسسات عبارة عن بنوك.

ولأجل فعالية تقييم التعرض للمخاطر وتعيين حدود الائتمان المناسبة، يجب أن يمتلك الموظفين المسؤولين عن الموافقة ومراقبة مخاطر الائتمان الفهم الجيد للمشتقات المالية، ومصدر التعرض لهذا الخطر، وعوامل السوق التي تعرض المؤسسة لخطر الائتمان.

كما ينبغي لموظفي الائتمان تلقي التدريب المستمر على الأدوات المالية المشتقة، وتقنيات إدارة المخاطر، وأساليب قياس مخاطر الائتمان. وينبغي أيضا أن تستعرض دوريا الجدارة الائتمانية للأطراف المقابلة للأدوات المشتقة وتعيين تصنيفات مخاطرهم. كما يجب على تجار مشتقة أيضا وضع ضوابط أن تقييم مدى ملاءمة المعاملات المحددة للأطراف المقابلة لعقودهم. (Risk Management of Financial Derivatives, 1997, pp. 46-47)

النتائج:

يعتبر السبب الرئيسي لاستخدام المشتقات هو حماية المستثمرين من مخاطر السوق المالي، يقوم المستثمرين باستخدامها لتخفيض المخاطر الناشئة عن التغيرات السريعة والحادة في الأسواق. وفي المقابل أيضا تتميز المشتقات المالية بمخاطر عدة فمن أهم هذه المخاطر هي: مخاطر السوق، المخاطر القانونية، المخاطر التنظيمية أو التشغيلية، المخاطر الرقابية، مخاطر السيولة ومخاطر الرفع المالي.

ومع مرور الوقت أسيئ استخدامها، فبدلا من أن تسهم في حماية المستثمرين، تحولت إلى أداة مضاربة أو مقامرة بهدف تحقيق الربح فقط. حيث تم استخدام المشتقات لخلق منتجات مشتقة من أصول فاسدة. ونتيجة للاستعمال المفرط والسيئ للمشتقات المالية والمضاربة بها، أدى بالكثير من المؤسسات المهمة والعريقة لخسائر قد تبدو غير واقعية لحجمها كبيرة جدا، أدى بالبعض للإفلاس. فبدل أن تستخدم هذه الاداة للتحوط من المخاطر المختلفة أصبحت خطرا في حد ذاتها على مستعمليها نتيجة للفهم الخاطئ لها والمبالغة في استخدامها.

التوصيات:

يجب أن تملك كل مؤسسة وسيلة فعالة لقياس ومراقبة المخاطر المتعلقة بالمشتقات، وتتطلب الإدارة السليمة لمخاطر المشتقات على المستثمرين وضع إجراءات مكتوبة تحدد بوضوح توجهاتها في هذا الشأن.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

المؤلفات

1. أحمد صلاح عطية، (2003)، **مشاكل المراجعة في أسواق المال**، الدار الجامعية، مصر.
2. دريد كامل آل شبيب،(2009)،**إدارة المحافظ الاستثمارية**، دار المسيرة، الأردن.
3. سامي بن إبراهيم سويلم، (2008)، **التحوط في التمويل الإسلامي**، (البنك الإسلامي للتنمية، جدة، 2008.
4. سمير عبد الحميد رضوان، (2005)، **المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطرودور الهندسة المالية في صناعة أدواتها**، دار النشر للجامعات، مصر.

5. طارق عبد العال حماد، (2001)، **المشتقات المالية-المفاهيم، إدارة المخاطر، المحاسبة**، الدار الجامعية، مصر.

6. طارق عبد العال، (2001)، **المشتقات المالية-المفاهيم، إدارة المخاطر، المحاسبة-**، الدار الجامعية، مصر.

7. عدنان الهندي، وآخرون، (1996)، **الهندسة المالية وأهميتها للصناعة المصرفية العربية**، اتحاد المصارف العربية.

8. مايكل كوفل، ترجمة رشا جمال، (2007)، **أسرار البورصة**، الدار العربية للعلوم، بيروت، لبنان.

9. محمد محمود الداغر، (2005)، **الأسواق المالية-مؤسسات أوراق بورصات**، دار الشروق، عمان.

10. محمد مطر، (2004)، **إدارة الاستثمارات-الإطار النظري والتطبيقات العملية**، دار وائل للنشر، عمان.

11. مروان شموط، (2008)، كنجو عبود كنجو، **أسس الاستثمار**، الشركة العربية المتحدة، مصر.

12. منير إبراهيم هندي، (2006)، **الفكر الحديث في أدارة المخاطر-الهندسة المالية باستخدام التوريق والمشتقات-**، منشأة المعارف، مصر.

المداخلات:

1. لحسن دردوري، يومي20-21اكتوبر2009، **دور الأدوات المالية الحديثة في الصناعة المصرفية وانعكاساتها على النظام المصرفي**، الملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية، جامعة فرحات عباس، سطيف.

2. أشرف محمد دوابة، أيام6-8مارس2008، **المشتقات المالية في الرؤية الإسلامية**، مؤتمر حول أسواق الأوراق المالية والبورصات آفاق وتحديات، جامعة الإمارات المتحدة.

3. بن رجم محمد خميسي، يومي20-21أكتوبر2009، **المنتجات المالية المشتقة، أدوات مستحدثة لتغطية المخاطر أم لصناعتها"**، الملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية، جامعة فرحات عباس سطيف. الجزائر.

4. سحنون محمد، محسن سميرة، يومي20-21أكتوبر 2009، **مخاطر المشتقات المالية ومساهمتها في خلق الأزمات**، الملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر.

5. بوعافية سمير، قريد مصطفى، يومي20-21أكتوبر2009، **التعامل بالمشتقات المالية كأحد عوامل ظهور الأزمة المالية العالمية الحالية**، الملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر.

6. عرابة رابح، أحضري دليلة، يومي13-14مارس2011، **نظرة اقتصادية وشرعية لدور المشتقات المالية في إحداث الأزمات المالية**، الملتقى العلمي الدولي الخامس حول الاقتصاد الافتراضي وانعكاساته على الاقتصاديات الدولية، جامعة خميس مليانة، الجزائر.

مواقع الانترنيت:

المركزي الكويتي يقرر إعادة تداول سهم بنك الخليج في البورصة، **على الموقع:**
menafn.com/menafn/arabic/1093243491, le 23/08/2012, à 202:47

المراجع باللغة الأجنبية:

✓ **Derivatives Risk Management Guideline**, Autorité des marchés financiers (AMF), August.

✓ Michael S.Gibson, Credit Derivatives and Risk Management, (Finance and Economics Discussion Series by Federal Reserve Board, Washington, May 22, 2007.

✓ Charles tapiero , Risk and Financial Management: Mathematical and Computational Methods, (John Wiley & Sons Ltd, England, 2004.

✓ **Derivatives**, FHFB Office of Supervision, Examination Manual April 2007.

✓ **Risk Management of Financial Derivatives,** Comptroller's Handbook,(Washington, January 1997.

✓ Donald MacKenzie, **Long-Term Capital Management and the sociology of arbitrage**, Economy and Society (Volume 32 Number 3: August 2003, Copyright Taylor & Francis Ltd.

✓ John Hull, **Options,Futures, and Other Derivatives**, (Pearson education, 8th edition, United States of America.

✓ **Implications of the Barings Collapse for Bank Supervisors**, Reserve Bank of Australia Bulletin, November 1995.

✓ **Baring Brothers & Co. Ltd**, The Professional Risk Managers' International Association, 18 July 1995.

✓ **A Guide about Allied Irish Banks in Polan**, sur le site : www.business2000.ie/pdf/pdf_7/aib_7th_ed.pdf,le 14/09/2012, à 13 :29.

✓ **AIB Currency Losses: John Rusnak's Role and the Fraud**, sur le site : http://financetrain.com/aib-john-rusnak-role-and-the-subsequent-fraud,le 14/09/2012, à 17 :16.

✓ Andrew Beattie, **How did currency trader John Rusnak hide $691 million in losses before being caught for bank fraud?**, sur le site : investopedia.com/ask/answers/09/john-rusnak.asp#axzz26TVCc2y9,le 14/09/2012, à 15 :47.

✓ Adrian E. Tschoegl, **The Key to Risk Management**, (The Wharton Financial Institutions Center, Philadelphia,2004), sur le site:
fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/99/9942.pdf, le 12/09/2012, à 22 :10.

✓ ***Bear** Stearns Bankruptcy Looms*, ***March 16, 2008, sur le site :***
globaleconomicanalysis.blogspot.com. le 02/07/2012, à 22:11

✓ Ellen Brown, **Credit Default Swaps: Evolving Financial Meltdown and Derivative Disaster Du Jour,** April 11, 2008, sur le site :
globalresearch.ca/index.php?context=va&aid=8634, le 02/07/2012, à 22:59.

المقاربة الكلاسيكية للتنمية والمقاربة الحديثة لتحقيق تنمية محلية مستدامة -مدخل ابتكاري لتحسين جودة خدمات البلدية-

the classic approach to development and the modern approach to achieving sustainable local development -An innovative approach to improving the quality of municipal services-

سارة رجيمي (*)
المركز الجامعي عبد الحفيظ بالصوف - ميلة، الجزائر
s.redjimi@centre-univ-mila.dz

عبد الرؤوف بن الشيهب
المركز الجامعي عبد الحفيظ بالصوف - ميلة، الجزائر
a.benchiheub@centre-univ-mila.dz

عدلان براهيمي
جامعة عمار ثليجي-الأغواط، الجزائر
b.adlane@lagh-univ.dz

تاريخ الاستلام:2020/04/11 تاريخ القبول للنشر:2020/12/10

****

ملخص:

يعرف العالم ككل اهتماما بالغا بالتنمية المستدامة، في ضوء التطور الهائل للحياة الانسانية الذي مس مختلف الميادين والمجلات، وكنتيجة حتمية لتطور وظائف الدولة التي باتت تتعدى الدفاع والأمن إلى وظائف جديدة تسعى الدولة من خلال وحداتها المحلية المتمثلة في البلدية إلى احداث سبل استجابة لمختلف حاجيات ومتطلبات المواطنين، من خلال توضيح دور البلدية التنموي في الجزائر من أجل تحقيق التنمية المحلية المستدامة وذلك بين المقاربة الكلاسيكية للتنمية والمقاربة الحديثة، وذلك بمدخل ابتكاري للتحسين من جودة الخدمات المقدمة من طرف البلدية، وكون البلدية الأقرب إلى المواطن فهي تعمل على تحقيق التنمية المستدامة من خلال تفعيل منظومتها وفق المقاربة التشاركية بين مختلف الفواعل المحلية مجتمع مدني وقطاع اقتصادي خاص.

الكلمات المفتاحية: التنمية المستدامة، الابتكار، جودة الخدمات، البلدية.

---

*المؤلف المرسل.

Abstract:
The world as a entire knows a great interest About sustainable development, through of the immense development of human life that touched various fields, and as an inevitable result of the development of state functions that go beyond defense and security to new jobs that the state seeks through its local units represented in the municipality to create ways to respond to the various needs and requirements of citizens By clarifying the developmental role of the local authority in Algeria in order to achieve sustainable local development between the classic approach to development and the modern approach, with an innovative approach to improving the quality of services provided by the local authority, and for the municipality to be closest to the citizen, it works to achieve sustainable development by activating its system According to the participatory approach between the various local actors, a civil society and a private economic sector.
key words: Sustainable development, innovation, quality of services, municipal.

مقدّمة:

يعول الكثيرون على الدور التنموي للجماعات المحلية وبالخصوص البلدية كوحدة إقليمية لامركزية من دورها في إطار المقاربة الكلاسيكية أو ما يعرف أيضا بالمقاربة الكمية أو العددية أو الرقمية بأنها ترتكز على أعداد وأرقام بيانية للوصول إلى نتائج واستنتاجات مكتوبة حيث تمتاز هذه المقاربة بكونها تهتم بالجانب الاقتصادي والذي يهدف بالأساس إلى تحقيق الربح ولا شيء غيره فتكون النتيجة هي الاستغلال العشوائي للموارد وهذا بدوره يؤدي إلى تدهور وانقراض هذه الموارد.

والمقاربة الكلاسيكية في التنمية المستدامة هي التي تهتم بما قدمه المنتوج أو السلعة أو الدولة اقتصاديا من خلال الدخل ونسبته وحجم الفائدة الاقتصادية وبناءا عليه يقاس مدى تحقيق التنمية في دولة ما.

حيث تطور دورها التنموي وفق مقاربة جديدة هي المقاربة الحديثة، حيث تقوم المقاربة الحديثة للتنمية على إشراك جميع الفاعلين ندرج مثل الجماعات المحلية والفاعليين المحليين ووسائل الإعلام والمجتمع المدني والسكان كل هؤلاء إشراكهم في اتخاذ القرارات التي تتعلق بإنجاز المشاريع والقوانين لأنها الطريقة الوحيدة التي ستؤدي إلى إنجاح مشروع التنمية المستدامة.

أصبحت التنمية الشاملة الشغل الشاغل لمعظم دول وحكومات العالم، وحتى يتحقق هذا الهدف فإن الأمر يتطلب تعبئة وتجنيد كل الموارد المتاحة المادية منها والبشرية، ضمن سياسات واستراتيجيات كلية (قطاعية) في إطار ما يسمى بالهندسة الشاملة للاقتصاد، و في هذا الإطار يشكل قطاع السياحة أحد أهم القطاعات المعول عليها للمساهمة في دفع النمو الاقتصادي ومن ثمة تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المنشودة، بالنظر إلى العوائد المالية الكبيرة التي يمكن أن يوفرها في الأمدين المتوسط والبعيد ولما يوفره من فرص لخلق الثروة والتخفيف من حدة الكثير من المشاكل الاقتصادية والاجتماعية، وقد وجدت الكثير من الدول في هذه الصناعة (السياحة) بديلا استراتيجيا لاستغلال مواردها السياحية بشكل يضمن استدامتها ويغنيها عن الاعتماد على مصادر الثروة الناضبة.

رغم أن الجزائر وكغيرها من الدول النفطية حققت إيرادات كبيرة في السنوات الأخيرة في قطاع المحروقات بفعل الانتعاش الذي عرفته السوق إلا أن هذه العوائد لم توظف بالشكل الجيد التي يسمح لها بتحريك عجلة التنمية الاقتصادية، من هنا ظهر مفهوم التنمية المحلية والتنمية المجلية المستدامة ، حيث سخرت الجماعات الإقليمية في الجزائر كأداة لتحقيقها، و بفعل المستجدات العالمية والتي انصبت على تحقيق التنمية المحلية للوصول إلى التنمية الشاملة، وهو ما ظهر مرافقا لمفاهيم العولمة والحكم الراشد والديمقراطية التشاركية وغيرها من العوامل التي أصبحت تعد متطلبات حيوية في سبيل الوصول لتكريس وحضور الجماعات المحلية ضمن هذا السياق. وتجسيدا لذلك تطورت العملية التنموية والدور الذي تلعبه الجماعات المحلية من بينها البلدية من دورها التنموي في إطار المقاربة الكلاسيكية التي كانت تقوم على الدور الكلاسيكي الرقمي فقط إلى الدور التنموي وفق المقاربة الحديثة للتنمية القائمة على البعد التشاركي وقياس مدى رضا الأفراد وتمثيلهم وفق المقاربة التنموية الحديثة. والسؤال الرئيسي المطروح في دراستنا هو كالتالي: **كيف تطور دور البلدية التنموي في الجزائر من المقاربة الكلاسيكية إلى المقاربة الحديثة؟**

المبحث الأول: إطار مفاهيمي:

سنتناول في هذا المبحث تعريف كل من البلدية والولاية من خلال القوانين المنظمة للبلدية التي توضح لنا مهامها وأدوارها في الشأن المحلي التنموي، بعد ذلك سنتطرق لمصطلح

التنمية المحلية ونحاول ضبطه وضبط أبعاده بما يساعد في معرفة جوانب الموضوع وإدراك أبعاده.

المطلب الأول: تعريف البلدية من خلال القوانين المنظمة

سنتناول مختلف تعاريف البلدية التي تطرق لها المشرع:

- عرف المشرع الجزائري البلدية بموجب المادة الأولى من القانون رقم (10-11) المؤرخ في: 22 جويلية 2011 المتعلق بقانون البلدية: "البلدية هي الجماعية الإقليمية القاعدية للدولة تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة" (الجريدة الرسمية، 2011).

- كان قد عرفها المشرع أيضا بموجب المادة الأولى من القانون رقم (08-90) المؤرخ في :17 أفريل 1990 المتعلق بقانون البلدية: البلدية هي الجماعية الإقليمية الأساسية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي (الجريدة الرسمية، القانون رقم 90-08 ، 1990).

- وعرفها قانون البلدية لسنة 1967 بأنها: البلدية هي الجماعة الإقليمية السياسية والإدارية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية الأساسية.

للبلدية مكانة مهمة في التنظيم الإداري للدولة الحديثة حيث تتمتع بخصائص عديدة منها:

- البلدية مجموعة إقليمية يوجد بين مواطنيها مصالح مشتركة مبنية على حقائق تاريخية واقتصادية.

- البلدية مجموعة لامركزية أنشئت وفقا للقانون وتتمتع بالشخصية المعنوية.

- البلدية مقاطعة إدارية للدولة مكلفة بضمان السير الحسن للمصالح العمومية البلدية.

ومن خلال ما سبق ذكره يتجلى لنا الدور الأساسي للتنظيم البلدي في الجزائر باعتبارها جماعة لامركزية تتمتع بالاستقلال الإداري والذمة المالية المستقلة.

المطلب الثاني: تعريف الولاية من خلال القوانين المنظمة

سنتناول مختلف تعاريف الولاية التي تطرق لها المشرع الجزائري:

- عرف القانون الجديد 12-07 الولاية بأنها في المادة الأولى " الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة"

وهي أيضا الدائرة الإدارية غير مركزة للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة (الجريدة الرسمية، قانون رقم 12-07، 2012).

- المادة الأولى من القانون 90-09 الولاية بأنها "جماعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي"، وقد عرفتها المادة الأولى من قانون1969"الولاية جماعة عمومية إقليمية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي ولها اختصاصات سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية".

المطلب الثالث: تعريف (التنمية) التنمية المحلية

تعرف التنمية المحلية على أنها "هي القدرة على الاستفادة من مصادر البيئة البشرية والمادية المتوافرة وزيادة تلك المصادر كما ونوعا وتطويعها بما يعود نفعه على جميع أفراد المجتمع، مع ضمان استدامة هذه. (المصادر، ويبقى العنصر البشري وتطويره ماديا وثقافيا وروحيا الشرط الأساسي لكل تنمية محلية)" (نهى ، 2006).

ظهر مفهوم التنمية المحلية بعد ازدياد الاهتمام بالمجتمعات المحلية لكونها وسيلة لتحقيق التنمية الشاملة على المستوى القطري، فالجهود الذاتية والمشاركة الشعبية لا تقل أهمية عن الجهود الحكومية في تحقيق التنمية عبر مساهمة السكان في وضع وتنفيذ مشروعات تنموية، مما يستوجب تضافر الجهود الذاتية والجهود الحكومية لتحسين نوعية الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحضارية للمجتمعات المحلية وإدماجها في قاطرة الحضارة (ولد مبارك، 2020).

ويقوم مفهوم التنمية المحلية على عنصرين رئيسين، الأول يهم المشاركة الشعبية التي تقود إلى مشاركة السكان في جميع الجهود المبذولة لتحسين مستوى معيشتهم ونوعية الحياة التي يحيونها معتمدين على مبادراتهم الذاتية، أما العنصر الثاني فيهم توفير مختلف الخدمات ومشروعات التنمية المحلية بأسلوب يشجع الاعتماد على النفس وعلى التشاركية في اتخاذ القرارات خاصة منها الرامية إلى تحقيق المصلحة العامة)طنيبو, 2020(.

متطلبات التنمية المستدامة:

يمكن حصر المتطلبات العامة للتنمية المستدامة فيما يلي (جامعة الملك عبد العزيز، 1426):

1- القصد في استهلاك الثروات والموارد الطبيعية: حصر الثروة الطبيعية والموارد المتاحة في الوقت الحاضر وتقدير ما قد يجد من موارد مستقبلية.

2- سد الاحتياجات البشرية مع ترشيد الاستهلاك، التعرف على الاحتياجات البشرية القائمة والمستقبلية في المنطقة وأولوياتها.

3- العناية بالتنمية البشرية في المجتمع: العمل على بناء مجتمع قائم على المعرفة بما في ذلك التنمية البشرية وتوفير المعرفة ومصادر المعلومات وسبل التعلم وتشجيع الابتكار وتوظيف المحلية.

4- التنمية الاقتصادية الرشيدة: تبني برامج اقتصادية مبنية على المعرفة.

5- الحفاظ على البيئة: الاهتمام بالبيئة الخاصة والعامة وصيانتها بالعمل على تلبية متطلبات الحفاظ عليها على أساس من المعرفة.

6- الشراكة في العلاقات الخارجية والداخلية: توطيد علاقات التعاون والشراكة في المعلومات داخل المنطقة والتبادل المعرفي مع الخارج بداية بالمناطق ذات الطبيعة المتشابهة.

أهداف التنمية المستدامة

يعد الهدف الأساسي للتنمية هو إيجاد بيئة تمكن الناس من التمتع بحياة طويلة وصحية وخلاقة وغالبا ما تتسنى هذه الحقيقة في الانشغال الآني بتكديس السلع والمال وقد حجب الانشغال بالنمو الاقتصادي وبناء الثروة والغنى المادي، حقيقة أن التنمية في نهاية المطاف تتعلق بالناس وقد أخرج هذا الانشغال الناس من مركز النقاش والحوار حول التنمية إلى أطرافها (التنمية الإنسانية العربية، 2002).

وعموما يمكن تعديد أهداف التنمية المستدامة فيما يلي:

- تلبية حاجات الأفراد: وهو الهدف الأول والمنشود من التنمية.
- الحفاظ على المحيط والبيئة: وذلك باستخدام كافة الطرق والاستراتيجيات الصديقة للبيئة التي لا تخلف أي أثر مرغوب فيه على البيئة.
- ترشيد الاستخدام والاستغلال ومحاربة الفساد والتبذير: وذلك من أجل إدامة الموارد المتاحة لتمكين الأجيال القادمة لاستفادة منها.
- العمل من أجل إيجاد موارد ومصادر جديدة وبديلة: بحيث تكون هذه الموارد غير مضرة بالبيئة وتساعد على تحسين حياة الأفراد.
- تحسين حياة الأفراد: بمحاربة الفقر والجوع وإحداث نقلة في المستوى المعيشي للأفراد

مؤشرات التنمية المستدامة: رغم اختلاف وجهات النظر حول مؤشرات التنمية المستدامة إلا أنها تتفق

حول مؤشرات التالية (ESCWA، 2009):

1- المؤشرات الاجتماعية: ويمس كل ما له علاقة بالجانب الاجتماعي من صحة وتعليم، سكن...
2- المؤشرات البيئة: وهي المؤشرات التي تعنى بالجانب البيئي كالنظافة والتطهير، الغطاء النباتي...
3- المؤشرات الاقتصادية: وهي المؤشرات ذات البعد الاقتصادي مثل الدخل القومي والفردي التجارة...

المبحث الثاني: مقاربات التنمية المحلية ودور البلدية

يمثل مجال التنمية المحلية على المستوى المركزي في المشاريع المخططة المتمثلة أساسا في المخططات البلدية للتنمية (les PSD) وهي مخططات خاصة بكل بلدية، وعلى المستوى اللامركزي تعكسه المخططات القطاعية غير المركزة الخاصة بمصالح الدولة غير المركزة أي تلك التي تشرف على متابعة إنجازها المديريات الولائية والتي تشكل مجتمعة بمجلس الولاية، الذي سنأتي بدراسته بشيء من التفصيل لاحقا.

المطلب الأول: المقاربة الكلاسيكية للتنمية المحلية

وتعرف أيضا بالمقاربة الكمية أو العددية أو الرقمية لأنها تركز على أعداد وأرقام بيانية للوصول إلى نتائج واستنتاجات مكتوبة، حيث تمتاز هذه المقاربة بكونها تهتم بالجانب الاقتصادي والذي يهدف بالأساس إلى تحقيق الربح ولا شيء غيره فتكون النتيجة هي الاستغلال العشوائي للموارد وهذا بدوره يؤدي إلى تدهور وانقراض هذه الموارد. والمقاربة الكلاسيكية في التنمية هي التي تهتم بما قدمه المنتوج أو السلعة أو الدولة اقتصاديا من خلال الدخل ونسبته وحجم الفائدة الاقتصادية وبناءا عليه يقاس مدى تحقيق التنمية في دولة ما.

والملاحظ أن هذه المقاربة الاقتصادية لا تهتم بالجوانب المؤثرة أو المتأثرة بالعملية التنموية مثل المؤثرات الاجتماعية والثقافية أو لمفاهيم الشراكة المجتمعية لذلك يمكن أن نعتبرها مقاربة غير شمولية ويشوبها عيوب كثيرة.

كما أنها غير قادرة لوحدها أي من خلال الإحصاءات الرقمية لتفسير الظاهرة تفسيرا كاملا يلم بجميع جوانب الظاهرة المدروسة. ففي التنمية الاقتصادية مثلا هناك العديد من الدول التي تنعم بالدخل الفردي المرتفع لكنها تتميز بسوء توزيعه ،مما يفرز الفقر والبطالة كمثال على ذلك البرازيل، حيث كان معدل النمو السنوي في الناتج الوطني الإجمالي 5.1% من سنة 1960 إلى 1981، أما الدخل الوطني ل 40% من الفئات الفقيرة من السكان فقد انخفض خلال الستينات من 10% إلى 8% بينما ارتفعت حصة 5% من الأغنياء من 29% إلى 38%، وباختصار فإن الاقتصاديون عاملو التنمية في الماضي عل أنها قضية لا تزيد عن كونها أكثر من تدريبات وممارسات وتطبيقات في علم الاقتصاد التطبيقي منفصل على الأفكار السياسية ويستبعدون دور الأفراد في المجتمع (جمال، 2020). بالتالي فإن المقاربة التقليدية للتنمية ركزت على القضايا التنموية والدراسات الكمية وأغفلت جوانب أخرى (حدة، 2010).

المطلب الثاني: المقاربة الحديثة (التشاركية) للعملية التنموية

تقوم على إشراك جميع الفاعلين ندرج مثل الجماعات المحلية والوزارات والمنظمات الغير الحكومية والسكان كل هؤلاء إشراكهم في اتخاذ القرارات التي تتعلق بإنجاز المشاريع والقوانين لأنها الطريقة الوحيدة التي ستؤدي إلى إنجاح مشروع التنمية. فلم تعد تقتصر التنمية هنا على المقاربة الكمية التي تعنى بالأرقام كأداة لتحليل وتصنيف تقدم الدول وتخلفها أو لقياس مدى تحقيق التنمية في الدولة.

المقاربة التشاركية مقاربة شاملة عبر مختلف القطاعات لمسألة إدارة الموارد الطبيعية وتحقيق التنمية على اختلاف أبعادها (كربوسة، 2020).

ظهر مفهوم الشراكة في أواخر الثمانينات بناء على تزايد الوعي المجتمعي وتنامي ظاهرة تأسيس جمعيات المجتمع المدني، لكن انتشاره الحقيقي وتداوله ظهر بين رجال التخطيط والإدارة، حيث إكراهات التنمية جعلت من إشراك، وفسح المجال لمختلف المتدخلين من جمعيات، ونقابات وجماعات محلية. جعلت منهم شركاء عليهم أن يلعبوا دورهم في التخفيف من هذه الاكراهات والرفع من مستوى عيش المواطن وتوعيته وتطوير قدراته في جميع المجالات، مع خلق نوع من الشفافية في التسيير، وتخفيف العبء على الحكومات من خلال الإدارات والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية.

تلعب الشراكة أو "المشاركة المجتمعية"، دورا أساسيا في عملية التنمية في المجتمع، حيث تعتبر ركيزة من الركائز السياسية التي تقوم عليها التنمية، فلابد من إقامة منتديات للمشاورات الدورية على المستوى الوطني والصعيد المحلي، ويجب أن تستخدم هذه المنتديات، ناهيك عن وسائل الإعلام والوسائط المختلفة للوصول إلى اتفاق بخصوص الرؤية التنموية الشاملة للبلد (سايح، 2012).

والمقاربة التنموية الحديثة تتمثل في الأدوار المناطة بالبلدية كركيزة أساسية لتحقيق التنمية المستدامة اليوم من خلال القانون الجديد 12-07 والذي أضاف المشرع العديد من المهام التنموية التي تدخل في صلب المقاربة الحديثة للتنمية والقائمة أساسا على البعد التشاركي بين القطاعات المختلفة لشرائح المجتمع المحلي من أفراد والقطاع الخاص ومنظمات المجتمع المدني. والتي تعمل جنبا إلى جنب لتحقيق التنمية المحلية. بالإضافة لذلك تفعيل أسس الحكم الراشد المحلي وتعزيزها من خلال تفعيل الرقابة وتعزيز الشفافية لتجسيد دولة الحق والقانون وهذا ما سوف نلاحظه من خلال الأدوار الرقابية المناطة بالوالي على أعمال المجلس الشعبي البلدي مثل الرقابة المالية، كذلك عمل الأمين العام أيضا كجهة رقابية على أعمال المجلس الشعبي البلدي. وهذا ما سوف نشرحه من خلال قانون 10/11 الخاص بالبلدية.

الفرع الأول: قانون البلدية 11/ 10 وتجسيد التنمية المحلية

يعتبر قانون البلدية 10/11 البوابة الجديدة التي أقر المشرع فيها صراحة بالاستقلالية المالية للبلدية مع وجوب توافرها على جيوب مالية لتحقيق مشاريعها التنموية. كما أعطى النص الجديد الذي يحدد صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي وشروط انتخاب رئيس البلدية وكذا عمل البلدية ومصادر تمويلها.

- الأولوية للمنتخبين الشباب في حال التعادل في الأصوات.

- فضلا عن استفادة العاصمة من قانون خاص بها يحدد قواعد تسييرها (الجريدة الرسمية، القانون رقم 11-10 ، 2011).

- من بين ما جاء من جديد بموجب هذا القانون، يعتبر فائزا بمقعد رئيس المجلس الشعبي البلدي المترشح، رأس القائمة، المتحصل على أغلبية الأصوات وفي حال التعادل في الأصوات يكون الفائز الأصغر سنا. وهذا عكس القوانين السابقة التي تركز أو تغلب الأكبر سنا.

- تم استحداث سلك للشرطة البلدية تكون تحت تصرف رئيس البلدية لتنفيذ صلاحياتها كشرطة إدارية وتحديد قانون هذه الشرطة عن طريق نصوص تنظيمية حسب النص الجديد الذي يخول لرئيس البلدية استدعاء قوات الأمن أو الدرك الوطني بإتباع الصيغ المحددة قانونا.

- يوضح القانون الجديد للبلدية أن هذه الأخيرة مجبرة على ضمان توفير الموارد المالية اللازمة للمهام والأعمال المخولة له في جميع الميادين، حيث أن كل مهمة جديدة تحولها الدولة إلى البلدية يجب أن تكون مرفقة بالأموال الضرورية لذلك.

- تستفيد البلدية من منتوج ضريبي في حال خفض مداخيلها الضريبية جراء أي إجراء تتخذه الدولة.

- يمكن النص الجديد البلدية من اللجوء إلى القرض لإنجاز مشاريع إنتاجية ذات عائدات.

-ينص القانون الجديد على الأحكام التي تنظم العلاقات بين رئيس المجلس الشعبي البلدي والأمين العام للولاية دون المساس بصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي

-إعادة تعريف القانون الخاص بالأعوان البلديين وموظفي الإدارة البلدية ولاسيما الأمين العام الذي وضحت صلاحياته (المواد 130 إلى 135). فالأمين العام أصبح عنصر مهم في البلدية.

-الحق في التكوين الذي يفتح الإمكانيات بالنسبة للمنتخبين والموظفين البلديين.

- احتوائه مواد جديدة من أجل ضمان موازنة أفضل بين الموارد المالية ومهام البلدية.

وتهدف التعديلات إلى بروز كفاءات وأجيال جديدة من القيادات، من بينهم نساء وشباب وكذا بروز مواطن مثقف وعلى دراية وله آراء واقتراحات حول تسيير بلديته كما يمنح قانون البلدية الجديد مكانة مركزية للمواطن، حيث سيستشيره المجلس الشعبي البلدي في اختيار أولوياته خاصة في مجال تهيئة البلدية وتسييرها. وهو ما تشير إليه العديد من المواد منها المادة (02) من قانون البلدية والتي ورد فيها: البلدية هي القاعدة الإقليمية ومكان لممارسة المواطنة. وتشكل إطار لمشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية (احمد، 2006).

أما فيما يخص المجلس الشعبي البلدي فطبقا للمادة 15 من قانون البلدية، تتوفر البلدية على (الجريدة الرسمية، قانون الجماعات الإقليمية، 2012):

- هيئة مداولة = المجلس الشعبي البلدي
- هيئة تنفيذية يترأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي

- إدارة ينشطها الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي تمارس الهيئات البلدية أعمالها في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.

الفرع الثاني: صلاحيات المجلس الشعبي البلدي التنموية

أ- في مجال التهيئة العمرانية المواد 107 إلى 112 من قانون البلدية:

يكلف المجلس الشعبي البلدي بوضع مخطط تنموي يخص البلدية ينفذ على المدى القصير أو المتوسط أو البعيد أخذا بعين الاعتبار برنامج الحكومة ومخطط الولاية وما يساعد المجلس للقيام بهذه المهمة أن هناك بنك للمعلومات على مستوى الولاية يشمل كافة الدراسات والمعلومات والإحصاءات الاجتماعية والعلمية المتعلقة بالولاية.

ومن جهة أخرى يتولى المجلس الشعبي البلدي رسم النسيج العمراني للبلدية مع مراعاة مجموع النصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول وخاصة النصوص المتعلقة بالتشريعات العقارية وعلى هذا اعترف المشرع للبلدية بممارسة الرقابة الدائمة للتأكد من مطابقة عمليات البناء للتشريعات العقارية وخضوع هذه العمليات لترخيص مسبق من المصلحة التقنية بالبلدية مع تسديد الرسوم التي حددها القانون (بوضياف، 2001).

وعلى صعيد آخر حمّل المشرع البلدية ممثلة في مجلسها حماية التراث العمراني والمواقع الطبيعية والآثار والمتاحف وكل شيء ينطوي على قيمة تاريخية أو جمالية. وكذلك تنظيم الأسواق المغطاة والغير المغطاة على اختلاف أنواعها وفي مجال الضبط أناط المشرع بالبلدية صلاحية إقامة إشارات المرور التي تعود إلى هيئات أخرى مصالح الأمن.
ويعود للبلدية السهر على المحافظة على النظافة العمومية وطرق ومعالجة المياه القذرة وتوزيع المياه الصالحة للشرب كما يعود لها حماية التربة والثروة المائية.

ب - التخطيط والتجهيز: المواد 113 إلى 121 قانون البلدية: يسهر المجلس على تزويد البلدية بكل أدوات التجهيز والتعمير ويساهم في تهيئة المساحات الموجهة لاحتواء النشطات الاقتصادية أو التجارية أو الخدماتية.

ج - في المجال الاجتماعي: أعطى المشرع بموجب المادة 122 من قانون البلدية للمجلس حق المبادرة بإتباع كل إجراء من شأنه التكفل بالفئات الاجتماعية المحرومة ومد يد المساعدة إليها

في مجالات الصحة والتشغيل والسكن. وألزم البلدية مراكز صحية وقاعات العلاج وصيانتها وذلك في حدود قدراتها المالية.

كما ألزمها بإنجاز مؤسسات التعليم الأساسي وفقا للبرنامج المسطر في الخريطة المدرسية وصيانة هذه المؤسسات واتخاذ كل إجراء من شأنه تسهيل عملية النقل المدرسي.

بالنسبة للسكن تلف البلدية بتشجيع كل مبادرة تستهدف الترقية العقارية على مستوى البلدية ومن هنا أجاز لها المشرع الاشتراك في إنشاء المؤسسات العقارية وتشجيع التعاونيات في المجال العقاري.

د - في المجال المالي: يتولى المجلس الشعبي البلدي سنويا المصادقة على ميزانية البلدية سواء الميزانية الأولية وذلك قبل 31 أكتوبر من السنة السابقة للسنة المعنية. أو الميزانية الإضافية قبل 15 جوان من السنة المعنية وتتم المصادقة على الاعتمادات المالية.

هـ - في المجال الاقتصادي: يوكل للبلدية القيام بكل مبادرة أو عمل من شأنه تطوير الأنشطة الاقتصادية المسطرة في برنامجها التنموي وكذلك تشجيع المتعاملين الاقتصاديين وترقية الجانب السياحي في البلدية وتشجيع المتعاملين في هذا المجال وأجاز قانون البلدية للمجلس الشعبي البلدي إنشاء مؤسسات عامة ذات طابع اقتصادي تتمتع بالشخصية المعنوية، زمن جميع ما تقدم يتضح لنا أن البلدية كقاعدة للامركزية مهامها كبيرة ومتنوعة وذات صلة وثيقة بالجمهور وإمكاناتها المالية خاصة في المدة الأخيرة عرفت انخفاضا كبيرا أثر بالسلب على دورها ونطاق خدماتها.

3 – دور الجماعات المحلية في تحقيق التنمية المستدامة في الجزائر: تعتبر الجماعات المحلية كفاعل أساسي في تحقيق التنمية المستدامة وذلك وفق المؤشرات المتفق عليها ويتضح ذلك من خلال ما يلي:

أ- **دور الجماعات المحلية في الميدان الاجتماعي:**

للبلدية والولاية دور فاعل ورئيسي في الميدان الاجتماعي وذلك من خلال الخدمات التي تقدمها البلدية في هذا الميدان وهي الخدمات والوظائف التي يحددها القانون والتي من خلالها تحقق التنمية المحلية التي تنعكس بدورها على الجانب القومي والوطني وبتالي تحقيق التنمية المستدامة الشاملة ومن هذه الخدمات ويدخل ذلك في إطار ما نص عليه التشريع الجزائري من دستور وأوامر وقوانين خصت البلدية والولاية (سلامي، 2016):

1- **التربية والتعليم**: تقوم الجماعات بدور رئيسي في ميدان التعليم حيث تعمل على توفير مختلف الخدمات التي تخص ميدان التربية والتعليم والتي تدخل في ميدان اختصاصها وصلاحياتها من خلال:

- تجهيز مختلف المؤسسات التربوية والتعليمية.
- السهر على ديمومة واستمرارية هذه المؤسسات.
- الحفاظ على نظافة وتجهيزات المؤسسات التربوية والتعليمية.
- السهر على ترشيد تسيير المؤسسات التابعة لهذا الميدان والتي تدخل في ميدان اختصاصاتها.
- الإشراف والتقييم الدائم لهذه المؤسسات.
- توفير الخدمات الضرورية التي يحتاجها قطاع التربية والتعليم مثل: النقل، الإطعام المدرسي..

2- **السكن والتعمير**: تقوم الجماعات المحلية في ميدان السكن بما يلي:

- توفير السكن اللائق والملائم للمختلف المواطنين.
- السهر على تحقيق العدالة والشفافية في توزيع السكن.
- تطوير مشاريع السكن المختلفة.
- توفير السكنات التي تتطابق ومعايير الوقاية والسلامة.
- حماية التراث المعماري للمنطقة.
- ترشيد التعامل مع الممتلكات العقارية والحفاظ عليها.

3- **الشباب والثقافة والسياحة**: وذلك من خلال

- الاهتمام بالتراث الثقافي وصيانته.
- إنشاء المرافق الثقافية الضرورية مثل دور الشباب، المسارح، المتاحف...
- على التوعية الثقافية.
- تسيير مختلف المرافق الثقافية.

- تشجيع الابتكار والإبداع.
- توفير مناصب شغل للشباب.
- توفير صيغ ملائمة لدعم الشباب.
- متابعة مختلف المشاريع والبرامج الثقافية.
- الحفاظ على المواقع السياحية.
- تطوير ميدان السياحة وذلك لما يمكن أن يقدمه هذا الميدان.
- تعزيز الحوار والتعاون الجواري.

4- **الصحة:** وتتمثل عموما في

- الحفاظ على الصحة العمومية عن طريق توفير بيئة صحية مناسبة لحياة طبيعية وصحية.
- إنشاء المراكز والمؤسسات والمستشفيات المحلية والإقليمية ومتابعة تسييرها.
- السهر على تطبيق واحترام المعايير الصحية في الماء، الأكل، الجو...
- العمل على رفع مستوى الثقافة الصحية **للمواطن** عن طريق حملات التوعية.
- الحفاظ على سلامة المواطنين من كل خطر صحي جديد " انتشار فيروس جديد " مثلا عن طريق التوعية والقيام بالتلقيح التي تقوم بها المصالح القائمة على الصحة في الجماعات المحلية.
- التكفل ومساعدة الأشخاص المحتاجة.

ب-دور الجماعات المحلية الاقتصادي:

- تسيير المرافق الاقتصادية المحلية كالأسواق الأسبوعية.
- تطوير الصناعات البديلة وتقوية القاعدة الصناعية للجماعات المحلية.
- البحث عن موارد جديدة التي تساهم في تطوير الجماعات المحلية.
- الاهتمام بتحقيق التنمية المحلية.

- تطوير الاهتمام بالزراعة وتشجيع المشاريع التي تدخل في هذا الميدان وذلك لتحقيق التلبية المحلية للمواطنين إلى تزويد مناطق آخري.
- الاهتمام بالأرياف والقرى عن طريق فك العزلة على المداشر والقرى من خلال مد شبكة الطرقات والمواصلات، توفير المراكز القاعدية لها " المراكز الطبية – المركز التعليمية- المساجد...".
- تشجيع التبادل والاستثمار الجواري.
- محاولة خلق مرافق للتمويل الذاتي للبلديات والولايات أي خلق موارد مالية جديدة.

ج- دور الجماعات المحلية في المجال البيئي: تلعب الولاية البلدية دورا كبيرا في تحقيق توازن بيئي ملائم الذي من خلاله يمكن للإنسان أن يحيا حياة بلا أخطار ولا أضرار وذلك من خلال ما يلي:

- الحفاظ على البيئة الطبيعية اللازمة لعيش الأفراد.
- الحفاظ على نظافة المجال الجوي، البري والبحري من خلال الحفاظ على النظافة الدائمة للبيئة
- الحفاظ على المساحات الخضراء والعمل على خلق مجالات جديدة كالغابات والحدائق...
- القيام بالعمل التوعوي وتشجيع المبادرات الفردية والجماعية الرسمية والغير رسمية للحفاظ على البيئة.
- توفير المياه الصحية الصالحة للشرب.
- الحفاظ على نظافة الحيز الجغرافي للجماعات المحلية وترشيد التعامل مع النفايات.
- السهر على حماية التوازن البيولوجي.
- تشجيع المبادرات التطوعية التي تعمل في المجال البيئي.
- العمل على تحقيق والحفاظ على التهيئة الإقليمية.

المطلب الثاني: العراقيل الحاصلة أمام تحقيق تنمية محلية

هنالك العديد من العراقيل البشرية والتنظيمية والمالية التي تحول دون تحقيق البلدية

للدور المناط بها في المجال التنموي من بين هذه العراقيل أو المعوقات نذكر ما يلي (عمار، 2007):

- العجز البشري أي ضعف تكوين الموارد البشرية على مستوى مختلف الجماعات المحلية فكما تتطور التقنيات والوسائل والأجهزة فلابد أن يواكبها تطور في اليد العاملة المؤهلة التي تواكب مثل هذا التطور الذي نعيشه اليوم بظهور التقنيات الحديثة لتكنولوجيا الإعلام والاتصال والوسائط المتعددة وظهور مفاهيم جديدة كالعولمة والانترنت التي غيرت التصرفات والعمليات الكلاسيكية إلى عمليات حديثة تقوم علة الدقة والسرعة والمعاملات الالكترونية.

- العجز المالي الذي تعاني منه مختلف البلديات (وضعف التمويل) وقلة المنابع المالية الجبائية المحلية، فقد أدى افتقار معظم الجماعات المحلية للموارد المالية إلى شلل في أجهزتها المحلية التي اتسمت في كثير من الأحيان بعجز في تحويل لاختصاصات المعترف بها نظريا، إلى واقع ملموس، مما أدى إلى فسح المجال أمام التدخل الحتمي للأجهزة المركزية واللامركزية ممثلة في الوالي ورئيس الدائرة للنهوض بالتنمية المحلية، وهذا ما ترتب عنها لتبعية شبه المطلقة بدلا للامركزية المطلقة، وهذا ما يظهر جليا في جميع ميزانيات الجماعات المحلية.

- تفاوت البلديات في الجزائر من حيث القدرة المالية كون بعض البلديات تتحصل على منابع جبائية وكذلك تمويل بالخصوص البلديات الكبيرة الحجم والموجودة على مستوى العواصم وغيرها، والبلديات النائية في الغالب تجدها جافة المنابع الضريبية والجبائية وهذا ما لا يمكنها من تجسيد المشاريع التنموية الموضوعة في البرامج من قبل.

-لابد من تحسين مستوى الإداريين على مستوى الجماعات المحلية ورفع مهاراتهم وكفاءاتهم، عن طريق تنظيم فترات تربص والتكوين المستمر، ومنح الأولوية في التوظيف لخريجي المدرسة الوطنية للإدارة ومراكز التكوين الإداري السابق، كون أن الجزائر لم تعرف مفهوم التنمية المحلية إلا حديثا، وارتباطه بحتميات التكيف مع سيرورات العولمة الجارفة والإقصائية، وقد فرض هذا المصطلح وجوده في الأوساط الاجتماعية والاقتصادية مقابل اقتصاد أكثر امتدادا، لكنه لا يتكيف مع الواقع المعاش، فالتنمية المحلية تسعى لأن تكون تطبيقا لاقتصاد أكثر إنسانية واستثمارا بشريا في الجماعات المحلية بخصوصيتها وتراثها المحلي، مع الإلمام بمشروعية ذلك وكذلك فهم مسألة الوقت وتنمية المشاريع المشتركة التي تسعى إلى تطوير شروط حياة الأشخاص.

خاتمة:

تلعب الجماعات المحلية دورا بارزا في تحقيق التنمية المستدامة والمساهمة في تطور الشعوب والدول وهو الأمر الذي أثبتته العديد من الوحدات المحلية في العديد من الدول التي تعتبر نموذجا ناجحا في هذا المجال، وذلك لاعتبار الجماعات المحلية الخلية اللامركزية للدولة والتي تكون على قرب كافي من المواطن

من السلطة المركزية وبتالي فهي تملك القدرة الكافية على معرفة متطلبات المواطنين، انشغالاتهم واحتياجاتهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى معرفة خصوصيات ومميزات المقاطعات المحلية وبتالي معرفة كيفية استغلال والتعامل مع هذه المناطق كل حسب خصوصيته وهو ما ينتج عن القدرة على الاستجابة لمتطلبات المواطنين وتوفير الخدمات الضرورية ومن تم تحقيق التنمية المحلية التي ستنعكس حتما على المستوى الوطني وتكون عاملا في تحقيق التنمية المستدامة الشاملة.

ورغم توفر الجزائر على إمكانيات كبيرة تمكنها من تحقيق تنمية محلية مستدامة إلا أن النقص الحاصل في الميدان البشري والتقني والمالي حال دون ذلك، أيضا رأينا الدور الكبير الذي تلعبه الجماعات المحلية من بينها البلدية الدور الأساس والحاسم في إنجاح العملية التنمية برمتها، من خلال الاستشارة والتنفيذ الخاص بعملية التنمية بصفة عامة، كذلك كونها الحلقات الأقرب إلى المواطن وأدوات الربط بين الحكومة والمجتمع المدني والقطاع الخاص تعمل البلدية كهيئة لا مركزية على تحقيق التنمية المستدامة من خلال تفعيل منظومتها التسييرية وفق المقاربة التشاركية بين مختلف الفواعل المحلية.

قائمة المراجع:

الكتب:

1. بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار الريحانة، الجزائر، 2001.
2. احمد محيو ترجمة محمد عرب صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006 الطبعة الرابعة.
3. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2007، ص 182.
4. التنمية المستدامة في الوطن العربي بين الواقع والمأمول (جامعة الملك عبد العزيز: وكالة الجامعة للدراسات العليا والبحث العلمي، الإصدار الحادي عشر لمركز الإنتاج العالمي لجامعة الملك عبد

العزيز)، 1426 هـ.

المجلات:

5. سلامي أسماء، دور الجماعات المحلية في تحقيق التنمية المحلية المستدامة في الجزائر، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 10.
6. كربوسة عمراني، دور التشخيص التشاركي في عدم التنمية المحلية، مجلة المفكر، عدد خاص، فيفري 2020، ص 37-38.
7. تقرير التنمية الإنسانية العربية، الأردن، 2002.
8. حدة فروحات، استراتجيات المؤسسات المالية في تمويل المشاريع البيئية من اجل تحقيقي التنمية المستدامة، مجلة الباحث، العدد 7، 2010/2009.
9. سايح بوزيد، دور الحكم الراشد في تحقيق التنمية المستدامة بالدول العربية حالة الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، 2012-2013.
10. نهى الغصيني أوعجرم، ورقة عمل بعنوان" دور الوعي البلدي في التنمية المحلية"، مؤتمر العمل البلدي الأول، مركز البحوث للمؤتمرات، بتاريخ 26 مارس 2006.
11. ESCWA(ECONOMIC AND SOCIAL COMMISSION FOR WESTERN ASIA), CHARTING THE PROGRESS OF THE MILLENNIUM DEVELOPMENT GOALS IN THE ARAB REGION A STATISTICAL PORTRAIT –2009.

القوانين:

12. قانون الجماعات الإقليمية، المتضمن هيئات البلدية وهياكلها، 2012، ص09.
13. القانون رقم 10- 11 المتضمن قانون البلدية الجزائري الجريدة الرسمية، عدد 37 المؤرخة في 01 شعبان 1432 هـ الموافق لـ: 03 جويلية 2011.
14. القانون رقم 11-10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق ل 22 يونيو سنة 2011 يتعلق بالبلدية.
15. القانون رقم 90-08 مؤرخ في 12 رمضان عام 1410 الموافق ل 7 أفريل 1990 المتعلق بالبلدية.
16. قانون رقم 12-07 مؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق ل 21 فبراير سنة 2012. يتعلق بالولاية.

المواقع:

17. جمال هالة، »التنمية المستدامة».. بين طموح المسؤولين وغموض المصطلح، http://www.akhbar-alkhaleej.com/news/article/1157444 يوم: 26-09-2020 على الساعة: 19:36.
18. طنيبو هشام، مفهوم التنمية المحلية، http://www.meknespress.com/articles/details/746 ، يوم: 26-09-2020 على الساعة 19:19.
19. ولد مبارك عبد الصمد، مقاربة التنمية المحلية في مريتانيا، http://akjoujt.net/bk/index.php/latest-news/6157-2015-10-20-08-16-52.html يوم: 26-09-2020 على الساعة 19:13.

التعليم الالكتروني بالجامعات الجزائرية بين طريقة لتخطى الازمة الصحية ووسيلة لتعزيز جودة التعليم العالي دراسة ميدانية –المركز الجامعي –افلو-

E-learning in Algerian universities Between a way to overcome the health crisis and a way to enhance the quality of higher education Field Study - – University Center – Aflou

طاهر جخيوة
المركز الجامعي افلو، الجزائر
tahirdj37@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/04/27 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/29

****

ملخص:

تهدف الدراسة إلى التعرف على أهمية التعلم الإلكتروني في ظل جائحة كورونا ودوره في تعزيز جودة التعليم العالي في الجامعات الجزائرية ، حيث خلصت نتائج الدراسة إلى أن التعلم الإلكتروني سيفتح الأبواب للكفاءات والطلاب. خاصة لتطوير قدراتهم العلمية والعملية والتخلص من القيود البيروقراطية والأنظمة التقليدية التي لا تزال تعيق مسار التطور الجامعي.

الكلمات المفتاحية: تعليم الالكتروني؛ جودة؛ تعليم ؛ جودة التعليم العالي.

Abstract:

The study aims to identify the importance of e-learning in light of the Corona pandemic and its role in enhancing the quality of higher education in Algerian universities, as the results of the study concluded that e-learning will open the doors for competencies and students especially to develop their scientific and practical capabilities and get rid of the bureaucratic restrictions and traditional systems that still hinder University development path.

key words: Electronic teaching; Quality; Teaching; Quality of higher education..

مقدّمة:

يعتبر التعليم الالكتروني في الاوساط التعليمة والاكاديمية احد اهم الادوات والوسائل المعتمدة لحل العديد من المشكلات المتعلقة بتنظيم العمل الاكاديمي داخل مؤسسات التعليم العالي، فالنقائص التي تعاني منها هذه المؤسسات والتي تتمثل في ضعف جودة التعليم ونوعيته، الاهتمام بالجانب الكمي على حساب النوعي في عملية التأطير هي من بين المشاكل التي تتخبط فيها مؤسسات التعليم العالي بالجزائر.

المركز الجامعي –افلو- هو كباقي الجامعات الجزائرية المتبعة للنظام الحديث نسبيا "ل –م-د" فالمركز الجامعي يسعى من خلال ما يملكه من موارد مادية وكفاءات بشرية الى تحقيق جودة التعليم

وعلى ضوء ما سبق يمكن طرح الاشكالية الرئيسة:

ما هو واقع التعليم الالكتروني بالمركز الجامعي؟ وهل يستعمل في تعزيز جودة التعليم العالي أم لتخطي الازمة الصحية فقط ؟

فرضيات الدراسة: يمكن الاعتماد في البحث على الفرضيات الآتية

- توجد علاقة ذات دلالة إحصائية بين مدى ادراك اهمية التعليم الالكتروني وجودة التعليم العالي عند مستوى دلالة(α<=0.05)

- توجد علاقة ذات دلالة إحصائية بين متطلبات التعليم الالكتروني بالجامعة وجودة التعليم العالي عند مستوى دلالة(α<=0.05)

- يعتبر التعليم الالكتروني وسيلة لتخطي الازمة الصحية وليس لتحقيق جودة التعليم العالي.

اهداف الدراسة: نهدف من خلال دراستنا هذه الى التعرف على مدى أهمية التعليم الالكتروني وماهي متطلبات نجاحه لتحقيق جودة شاملة في قطاع التعليم العالي .

منهج الدراسة: استخدمنا المنهج الوصفي في الجزء الاول من خلال المسح المكتبي لبعض المراجع العربية والأجنبية والوسائل العلمية، وكذا أوراق العمل المقدمة في المؤتمرات ذات العلاقة بموضوعنا، بما يساهم في تشكيل خلفية علمية يمكن أن تفيد في إثراء الجوانب المختلفة للبحث؛

أما الجزء التطبيقي سيتم استعمال المنهج التحليلي في الدراسة الميدانية وذلك بتوزيع استبيان على مجموعة من الطلبة، ثم تحليل هذه الإستقصاءات من خلال استخدام البرامج الإحصائية SPSS-24.

المبحث الأول: التعليم الإلكتروني

سنحاول في هذا المبحث التعرف على مزايا وعيوب التعليم الالكتروني و متطلبات نجاحه

المطلب الأول: مفهوم التعليم الإلكتروني

يعرف التعليم الإلكتروني بأنه "أحد أشكال التعليم عن بعد باستخدام آليات الاتصال الحديثة من أجل إيصال المعلومات للمتعلمين بأسرع وقت وأقل تكلفة وبصورة تمكن من إدارة العملية التعليمية وضبطها وقياس وتقييم أداء المتعلمين" (شريف مراد،،2018 ص202.)

ويعرف على أنه " ذلك النوع من التعليم التفاعلي الذي يعتمد على استخدام الوسائط الالكترونية في تحقيق الأهداف التعليمية وتوصيل المحتوى التعليمي الالكتروني إلى الطلاب دةن اعتبار الحواجز الزمانية والمكانية" (عبد المنعم عياض ، 2018 ،ص202)

الجدول رقم (01) الفرق بين التعليم الالكتروني والتعليم التقليدي

التعليم الالكتروني	التعليم التقليدي
يعتمد على الثقافة التقليدية التي تركز على إنتاج المعرفة	يقدم الثقافة الرقمية التي تركز على معالجة المعرفة
لا يحتاج إلى نفس التكلفة	يحتاج إلى تكلفة عالية لتجهيز البنية التحتية
لا يلتزم بتقديم التعليم في نفس المكان والزمان	يستقبل الطلاب في نفس الوقت وفي نفس قاعات الدراسة
يؤدي الى نشاط الطالب وفاعليته في تعلم المادة	يعتبر الطالب سلبيا يتلقى فقط
يتيح فرصة التعلم لكافة شرائح المجتمع	يشترط على الطالب الحضور بانتظام إلى قاعات الدراسة ولا يقبل كافة الفئات العمرية
يكون المحتوى العلمي أكثر إثارة ودافعية	يقدم المحتوى التعليمي على هيئة كتاب مطبوع.
يتنوع زملاء الطالب من أماكن مختلفة من العالم	يقتصر الزملاء على المتواجدين في الفصل
الأمور الادارية كالتسجيل وغيره تتم بطريقة إلكترونية	الأمور الادارية بطريقة مباشرة
دور المعلم هو الارشاد والنصح والتوجيه والاستشارة	دور المعلم هو ناقل وملقن للمعلومات

المصدر: محمد يسعد ليلي و بوكبشة جمعية، التعليم الالكتروني ودوره في تطوير التعليم الجامعي المكتبة الالكترونية نموذجا، مجلة الاداب والعلوم الاجتماعية، ص211

المطلب الثاني: مزايا وعيوب التعليم الالكتروني

للتعليم الالكتروني العديد من المزايا والعيوب يمكن حصرها كما يلي

الفرع الأول: مزايا التعليم الالكتروني

يمكن تلخيص أهم المزايا التي يقدمها التعليم الالكتروني فيما يلي: (خالد رجم،2015، ص 89)

- الاستفادة من التقدم التكنولوجي والمعلوماتي ووسائل الاتصال الحديثة في إحداث نقلة نوعية في مجال التعليم، واستحداث أنماط تعليمية تساعد في التغلب على التحديات التي يواجهها التعليم التقليدي؛
- سهولة الوصول إلى مصادر المعرفة واختصار وقت البحث عن المعلومة؛
- التغلب على الندرة في بعض الاختصاصات العلمية حيث يمكن التعليم الالكتروني المدرس أن يشرف على عدد كبير من الطلبة؛
- ملائمة ومرونة أوقات الدراسة، مما يمنع الغياب عن العمل؛
- الحل الأمثل لتعليم الأفراد المتباعدين جغرافيا، وفك العزلة عنهم؛
- تحقيقه لمبدأ التعليم المستمر للأفراد؛
- تدنية التكاليف وربح الوقت لعدم إلزامية التنقل؛
- تميزه بتعدد الوسائل التعليمية وتنوع المواد التعليمية، ابتداء من النصوص العادية والمتشعبة، والصور الساكنة، الى ملفات الفيديو والصوت، والمؤتمرات المرئية، ومجموعة الدردشة والنقاش، البريد الالكتروني؛
- تنمية مهارات استخدام تكنواوجيا المعلومات والاتصال الحديثة.

الفرع الثاني: سلبيات التعليم الالكتروني

على الرغم من المميزات التي قدمها النعليم الالكتروني إلى أنه تشوبه بعض السلبيات نذكر منها: (خالد رجم،2015، ص 90).

- التجرد من الطابع الانساني لعدم تفاعل المعلم والمتعلم وجها لوجه؛
- صعوبة التقييم والحراسة فيما يتعلق بالامتحانات؛
- غياب النوعية في التعليم؛
- عدم الاستعمال العقلاني للتكنولوجيا في الدول الغير منتجة لها وانتشار ما يسمى بسرقة المشاريع؛
- تهميش دور المدرس والتقليل من أهميته؛
- التخلي عن حضور المحاضرات؛
- يرى البعض أنه أصبح منافسا للتعليم التقليدي مما يؤدي إلى النزوح الجماعي نحو الجامعات الافتراضية؛
- الكم الهائل من المعلومات؛

- تعرض قواعد البيانات الى القرصنة؛
- امكانية انتحال شخصيات مختلفة.

المطلب الثالث: متطلبات التعليم الالكتروني

يتطلب تطبيق نظام التعليم الالكتروني توفير مجموعة من المكونات أو العناصر التي تتكامل مع بعضها البعض لإنجاح هذه المنظومة، وتتمثل هذه المكونات في الآتي: (رتيبة طايبي ،2019،ص17)

الفرع الأول : مدخلات منظومة التعليم الالكتروني

تتمثل المدخلات في عملية تأسيس البنية التحتية للتعليم الالكتروني ويتطلب ذلك توفر ما يلي:

- توفير أجهزة الحاسوب في المؤسسة التعليمية؛
- توفير خطوط الاتصال بالشبكة العالمية للمعلومات "الانترنت"
- إنشاء موقع website للمؤسسة التعليمية على الانترنت أو على شبكة محلية؛
- الاستعانة بالفنيين والاختصاصيين لمتابعة عمل أجهزة الحاسوب والشبكة وصيانتها؛
- تصميم وبناء المقررات الالكترونية بناء على أسس ومعايير التصميم التعليمي وفي ضوء المنحى المنظومي وتقديمها عبر الشبكة العالمية أو المحلية على مدار الساعة؛
- تأهيل متخصصين في تصميم البرامج والمقرارات الالكترونية؛
- تدريب أعضاء هيئة التدريس من خلال دورات تدريبية مناسبة لتطوير الجوانب التقنية والتربوية؛
- إعداد الطلاب وتأهيلهم للتحول إلى نظام التعليم الالكتروني الجديد؛
- الإعلان عن المؤسسة التعليمية على أنها مؤسسة إلكترونية تعليميا واداريا.

الفرع الثاني: عمليات منظومة التعليم الالكتروني

- التسجيل في الدراسة واختيار المقررات الالكترونية؛
- تنفيذ الدراسة الالكترونية؛
- متابعة الطلاب للدروس الالكترونية؛
- استخدام تقنيات التعليم الإلكتروني المختلف مثل البريد الالكتروني والفيديو التفاعلي وغرف المحادثات ومؤتمرات الفيديو؛
- مرور الطالب بالتقويم البنائي التكويني.

الفرع الثالث: مخرجات منظومة التعليم الالكتروني

- التأكد من نحقق الأهداف التعليمية السابق تحديدها عن طريق أدوات التقويم المناسب ووسائله؛

- تعزيز نتائج الطلاب وعلاج نقاط ضعفهم؛
- تطوير المقررات الالكترونية؛
- تطوير موقع المؤسسة التعليمية على الشبكة في ضوء النتائج؛
- تعزيز دور أعضاء هيئة التدريس وعقد دورات تدريبية مكثفة لهم عند الحاجة؛
- تعزيز دور أعضاء الهيئة الإدارية وعقد دورات تدريبية مكثفة لهم عند الضرورة.

المبحث الثاني: جودة التعليم العالي

سنحاول في هذا الجزء الى التعرف على الجودة وكذا جودة التعليم العالي ومبادئ ضمانها في مؤسسات التعليم العالي

المطلب الأول: ماهية الجودة

الجودة كمصطلح اقتصادي ظهر نتيجة للتنافس الصناعي والتكنولوجي بين الدول المتقدمة لمراقبة جودة المنتجات والخدمات المقدمة وبالتالي كسب ثقة العملاء، والجودة تركز من هذا المنطق على التفوق والامتياز في الخدمات المقدمة.

كما تعددت التعارف الخاصة بالجودة باختلاف الجهة المستفيدة منها ومن هذا المنطلق حدد Garvin خمسة محاور يمكن من خلالها تناول مفهوم الجودة وهي: (محمد اليحي ص39)

- مدخل أساس المستعمل ويركز هذا المفهوم على أن الجودة هي السمات والخصائص المتعلقة بالمنتج أو الخدمة القادرة على إشباع احتياج ورغبة العملاء؛
- هي قدرة المنتج على تحقيق رضا المستهلك؛
- هي القدرة والدقة على قياس الخصائص المطلوبة في المنتج؛
- هي صنع منتجات خالية من العيوب؛
- ترتبط أيضا بالقيمة من خلال السعر والخدمة .

وعرفت كذلك: على أنها اندماج ومساهمة كل فرد يعمل بالمنظمة في المراقبة والتطوير والتحسين المستمر لكيفية أداء العمل من أجل الوفاء بتوقعات العميل لمستوى الجودة. (عبد الله بن محمد نهاري ص324)

المطلب الثاني: جودة التعليم العالي

قدمت تعاريف كثيرة حول جودة التعلم العالي نذكر منها :

- يعتبر مفهوم جودة التعليم العالي من المفاهيم المتعددة الأبعاد حيث يشمل جميع وظائف

التعليم وأنشطته مثل المناهج الدراسية، البرامج التعليمية، البحوث العلمية، الطلبة والمرافق والأدوات توفير الخدمات للمجتمع، التعليم الذاتي الداخلي. (محمد بولصنام،2018، ص51)

- هي مدى قدرة النظام التعليمي على تلبية حاجات المجتمع من القوى الاملة، إضافة الى الاسهام في التنمية الشاملة لأفراد المجتمع، ومعايير الجودة في التعليم تعني تلك المواصفات والشروط التي ينبغي توافرها في نظام التعليم والتي تتمثل في جودة الادارة، وسياسة القبول، والبرامج التعليمية من حيث – أهدافها وطرائق التدريس المتبعة، ونظام التقويم والامتحانات- ، وجودة المعلمين، والأبنية والتجهيزات المادية، بحيث تؤدي إلى مخرجات تتصف بالجودة وتعمل على تلبية احتياجات المستفيدين. (ياسية سليمة، ص.550)

المطلب الثاني: مبادئ ضمان الجودة في مؤسسات التعليم العالي

اعتمد مجلس ضمان الجودة والاعتماد للجامعات العربية مقومات لنجاح تطبيق الجودة والاعتماد في الجامعات العربية: (شريف مراد،2017، ص 268-)

- إشراك عمداء الكليات ورؤساء الأقسام والمراكز في اختيار العمليات المراد تحسينها؛
- تعزيز ثقافة الجودة والاعتماد الأكاديمي بين العاملين في المؤسسة ويتحقق ذلك من خلال نشر الوعي المجتمعي العام بقيمة الجودة والسعي نحو تحقيقها في حياة الأفراد والرغبة في تحقيق ارفع مستويات الأداء؛
- نشر ثقافات أخرى مساندة يلزم تأكيدها وإشاعتها بين مختلف العاملين بالمؤسسة منها ثقافة التواصل المعرفي، ثقافة الثواب والعقاب ثقافة الصدق مع الذات، ثقافة العمل المنجز والانجاز، ثقافة الجدارة والاهلية.
- اعتماد معايير الكفاءة والخبرة والاخلاص فقط في اختيار قيادات العمل لضمان تحقيق جودة الاداء؛
- وضع خطة تدريبية لتوعية العاملين في داخل المؤسسة على التقويم الذاتي والقدرة على مراجعة النفس والرغبة الجادة في ذلك؛
- التعرف على اتجاهات العاملين نحو تطبيق الجودة من خلال:
  - استطلاع آراء العاملين نحو تطبيق الجودة؛
  - دراسة وضع العاملين في الجامعة وإمكانية التطبيق؛
  - دراسة اللوائح التنظيمية والقواعد الأساسية المنظمة لأعمال الجامعة؛
  - دراسة الامكانيات المادية والبشرية للجامعة.

المطلب الثالث: أهمية جودة التعليم

- ضبط وتطوير النظام الاداري في المؤسسة التعليمية؛
- الارتقاء بمستوى الطلاب في جميع المجالات؛
- ضبط شكاوى الطلاب واولياء امورهم ووضع الحلول المناسبة لها؛
- زيادة الكفاءة التعليمية ورفع مستوى الاداء للعاملين في المؤسسة التعليمية،
- الوفاء بمتطلبات الطلاب واولياء امورهم والمجتمع والوصول الى رضاهم وفق النظام العام للمؤسسة التعليمية؛
- تمكين المؤسسة التعليمية من تحليل المشكلات بالطرق العلمية،
- رفع مستوى الطلاب تجاه المؤسسة التعليمية من خلال الالتزام بنظام الجودة؛
- الترابط والتكامل بين جميع القائمين بالتدريس والاداريين في المؤسسة والعمل عن طريق الفريق وبروح الفريق.

المبحث الثالث: التعليم الالكتروني كمدخل لتحسين جودة مؤسسات قطاع التعليم العالي في ظل جائحة كورونا

سنحاول الاشارة هنا الى أهمية التعليم الالكتروني كإجراء احترازي لضمان التدريس عن بعد في ظل جائحة كورونا

المطلب الأول: جائحة كورونا

جائحة فيروس كورونا 2019-20 أو جائحة كوفيد -19 والمعروفة أيضا باسم جائحة فيروس كورونا، وهي جائحة عالمية مستمرة سببها فيروس كورونا المرتبط بالمتلازمة التنفسية الحادة الشديدة –سارس كوف-2- تفشى المرض للمرة الأولى في مدينة ووهان الصينية في أوائل شهر ديسمبر عام 2019، حيث أعلنت منظمة الصحة العالمية رسميا في 30 يناير عن تفشي فيروس يشكل حالة من الطوارئ الصحية على المستوى العالمي.

سبب هذا الوباء العالمي اضرارا اجتماعية واقتصادية عالمية بالغة، تتضمن أضخم ركود اقتصادي عالمي منذ الكساد الكبير، بالإضافة الى تأجيل الأحداث الرياضية والسياسية والثقافية وإلغائها، واغلقت المدارس والجامعات والكليات على الصعيدين الوطني والدولي.

المطلب الثاني: التعليم الالكتروني كإجراء احترازي لضمان التدريس عن بعد في ظل جائحة كورونا

اقرت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، إجراءات احترازية لضمان التدريس عن بعد في حال ظهور حالات أخرى لفيروس كورونا بالجزائر، حيث كشفت مذكرة وجهها وزير التعليم العالي والبحث العلمي لرؤساء الندوات الجهوية للجامعات ومدراء لمؤسسات الجامعية، من مبادرة بيداغوجية وضعها القطاع لوضع حد لتفشي "محتمل" لفيروس كورونا، تركز على وضع أرضية تضمن استمرارية تلقي الطلبة للدروس عن بعد.

وتشير الوثيقة المذكورة إلى ان الحالة الاستثنائية التي يعيشها العالم جراء التفشي الواضح المحتمل للوباء العالمي، تحتم على الوزارة اتخاذ مبادرة بيداغوجية من خلال اللجوء الى إجراءات وقائية لضمان استمرارية التعليم، ولهذا الغرض، توجه المسؤول الاول عن القطاع إلى مدراء المؤسسات الجامعية ورؤساء المجالس العلمية الذين دعاهم إلى تحسين وتعبئة زملائهم الأساتذة من أجل الانخراط في هذه العملية البيداغوجية، مؤكدا أيضا على أنه يتعين على المعنيين الأوائل بهذه الخطوة أي الطلبة التكيف مع هذا المسعى، وتتمثل هذه المبادرة في وضع محتوى للدروس يمكن تصفحه عن بعد، على موقع المؤسسة والأفضل على أرضية المؤسسة أو على أي سند أخر وهو نفس الإجراء بالنسبة للأعمال الموجهة تكون مرفقة بتصحيحات وجيزة.

كما يوفر التعليم الالكتروني العديد من المزايا للمنظومة التعليمية سواء على المعلمين، المتعلمين وكذا على الجامعة خاصة في ظل جائحة كورونا التي عرفتها البلاد وسائر دول العالم، أين برزت أهمية التعليم الالكتروني كطريقة وحيدة لضمان استمرارية التعليم الجامعي واستكمال السنة الجامعية، إضافة الى العديد من العوائد نذكر أهمها: (مامي هاجر ، 2020، ص192)

- **تحسين جودة البرامج المتعددة**

تصميم البرامج والمقررات والمواد التعليمية الالكترونية على أساس معايير عالمية مقبولة، وبتفاصيل دقيقة، توضيح كيفية أداء المهمات التعليمية، وفي ضوء إطار عمل للتوصيل القياسي للمقرر، كما يمكن تصميم المقياس مرة واحدة في شكل عناصر.

- **تحسين جودة التعليم ونواتج التعلم**

يقوم التعليم الالكتروني أساسا على النظريات المعرفية البنائية والاجتماعية، ويطبق مبادئ التعلم النشط الفعال، وذلك عكس التعليم التقليدي الذي يطبق النظريات السلوكية، التي تقف عند حد تقديم المعلومات من جانب المعلم وحفظها.

- **تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص التعليمية**

يوفر التعليم الالكتروني نفس الفرص لجميع المتعلمين للمشاركة في عملية التعليم، فهو تعليم عادل لا يتحيز لفئة من الناس، فكل فرد يستطيع الوصول إليه والدخول فيه، والحصول على فرصته الكاملة في التعليم.

- **تحرير المتعلمين من القيود المكانية والزمانية:**

يفرض التعليم التقليدي قيود كثيرة على المتعلمين، تشمل الانتظام في الحضور الفعلي، والالتزام بجدول محدد، ومواعيد محددة، أما التعليم الإلكتروني عن بعد فليس فيه قيود لأنه يتصف بالمرونة، إذ يمكن للمتعلم أن يعمل في أي وقت، ومن أي مكان، وتنفيذ المشروعات دون الحضور الفعلي، وهو ما يساعد العديد من الطلبة العاملين والموظفين وكذا كبار السن، بحيث لا يضطرون إلى التخلي عن مدخولهم المادي وفي نفس الوقت تحسين مستواهم العلمي والدراسي.

- **يوفر مبدأ عالمية التعلم**

لا يتقيد التعليم الإلكتروني عن بعد بمشكلات الإمكانيات المتاحة أو سعة الفصول، لذلك فهو يساعد على نشر التعلم، وتوفير فرص عديدة ومتنوعة للتعليم والتدريب، فهذا النمط من التعليم يوفر بيانات تعليمية في أي مكان وزمان ولأي فرد، لذلك يمكنه استيعاب أعداد كبيرة من المتعلمين، ولا يمثل ذلك مشكلة، لأنه ليس له شرط ومتطلبات مادية ويستطيع كل فرد الوصول إليها.

- **تطوير الأداء الأكاديمي والمهني للأساتذة الجامعيين والتحصيل المعرفي**

يستفيد من التعليم الإلكتروني عن بعد المتعلمون من الطلبة ولأساتذة، فهو يزودهم بمعارف ومهارات واتجاهات جديدة، ولأنه تعلم يتميز بثراء المعلومات وتوفر المصادر المتعددة، فإن الأساتذة يجب أن يكونوا كذلك فسيزودون بالمعلومات ويوسعون مجال معرفتهم ومهاراتهم، كي يتمكنو من توجيه طلابهم، والإجابة على كل أسئلتهم، مما يساعدهم على تطوير أدائهم الأكاديمي.

- **خفض التكاليف وتقليل النفقات على المدى الطويل**

بالرغم من أن النظرة الأولى توحي بأن التعليم الإلكتروني يحتاج الى تكاليف مرتفعة، وقد يكون صحيحا بالنسبة لتكاليف التأسيس الأولىcaptal costs ، على المدى القصير، إلا أنه لا يحتاج الى تكاليف تشغيل مرتفعة running costs لذلك فهو يعمل على خفض تكاليف النفقات على المدى البعيد بنسبة 50-70% . كما أن التعليم الإلكتروني يوفر الوقت،

- **تحقيق متعة التعلم**

التعليم الإلكتروني ممتع من جميع النواحي، يجلس فيه المتعلمون بالساعات أمام شاشات الكمبيوتر، دون أن يشعرو بالوقت، لأنه يتضمن عروضا متعددة ومثيرة، تشمل النصوص والصوت

والصورة والرسوم والفيديوهات، كما لا يتطلب من المتعلم الجلوس في قاعة قد تكون غير مريحة وغير مناسبة أو يجالس زملاءه الطلبة الذين قد يشوشون عليه أو يكونون في غير سنه وليست لديهم نفس الاهتمامات، مما قد يؤثر سلبا على مردوديته واستيعابه للدرس.

- **كما يقدم التعليم الالكتروني العديد من الخدمات لقطاع التعليم العالي نذكر منها:** (نصر الدين غراف، ص66.)

- التعليم الإلكتروني تعليما مرنا يحدث في أي وقت ومن أي مكان تتوافر فيه أدواته وبالسرعة التي تناسب المتعلم؛

- التعليم الإلكتروني لا يقتصر فقط على تقديم المحتوى ولكنه يهتم بجميع عناصر المنهج – الأهداف، المحتوى، الأساليب، والأنشطة، التقويم-؛

- التعليم الإلكتروني يغير صورة الفصل التقليدي (إلقاء من قبل المعلم وإنصات من المتعلم) إلى بيئة تعليم تفاعلية بين المتعلم ومصادر التعليم المختلفة وبينه وبين زملاءه ومعلمه؛

- التعليم الإلكتروني لا يلغي دور المعلم ولكنه يغير منه ويسانده، ويتيح مساعدته للمتعلم في أي وقت؛

- إن هذا الميدان التعليمي الجديد سيفتح الأبواب أمام الكفاءات الأكاديمية الوطنية والطلبة بصفة خاصة، وسيفتح لهم فرصة كبيرة لتطوير قدراتهم العلمية والعملية وخبراتهم وأفكارهم والتخلص من القيود البيروقراطية والأنظمة التقليدية التي ماتزال تعيق طريق تطور جامعاتنا.

المبحث الرابع: واقع التعليم الالكتروني بالجامعة الجزائرية ودوره في تعزيز جودة التعليم العالي في ظل جائحة كورونا

بعد الانتهاء من الدراسة النظرية كان من الواجب علينا إعداد دراسة ميدانية لمعرفة مدى ملائمة النظريات والمفاهيم مع واقع المؤسسة الجامعية، وما مدى إمكانية التعامل الجيد مع عملية التعليم الالكتروني بالمؤسسة الجامعية وهذا هو الهدف من دراستنا، حيث تم الوصول الى أهم النتائج المتوصل إليها من خلال تحليلنا ودراستنا لواقع التعليم الالكتروني ودوره في تحقيق جودة التعليم العالي.

المطلب الاول: نموذج الدراسة

سنحاول تقديم المؤسسة التي هي محل الدراسة وكذلك عرض نموذج وأداة الدراسة

الفرع الأول: عرض وتقديم المركز الجامعي افلو

بتاريخ 03 سبتمبر 2012 و بقرار وزاري مشترك تم إنشاء الملحقة الجامعية بآفلو، التي افتتحت رسميا يوم الثلاثاء 09أكتوبر 2012 من طرف والي ولاية الأغواط _ تم ترقية الملحقة في هذا الموسم إلى مركز جامعي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 16 ـ 230 المؤرخ 01 سبتمبر 2016. يتطلع المركز الجامعي إلى توسيع الهياكل البيداغوجية ليستوعب تزايد تعدد الطلبة، كما يسعى القائمون على إدارته إلى تنويع التكوين بفتح شعب وتخصصات جديدة خاصة في الجانب العلمي، بالإضافة إلى محاولة استكمال الطور الثالث من التكوين (طور الدكتوراه) وهذا ما تم تحقيقه فعلا وذلك من خلال استكمال الشروط المطلوبة في هذا الطور و التنسيق مع مختلف الجهات الكفيلة بضمان مثل هذا التكوين النوعي.

الفرع الثاني: نموذج وأداة الدراسة

ينطوي نموذج الدراسة على نوعين من المتغيرات، الأول يخص المتغير المستقل وهو التعليم الالكتروني حيث تم تقسيمه إلى بعدين (مدى ادراك اهمية التعليم الالكتروني بالجامعة، متطلبات التعليم الالكتروني بالجامعة) والثاني يتعلق جودة التعليم العالي.

وللتعرف على معرفة دور التعليم الالكتروني في تحقيق جودة الخدمة الجامعية، تم إختيار الطلبة الذين لهم علاقة بالتعليم الالكتروني، كما تم إختيار عينة مستهدفة مكونة من 31 طالب بالمركز الجامعي بأفلو قصد توزيع الإستبيانات، وتم إسترجاعها كاملة.

أما فيما يخص ثبات أداة الدراسة فقد تم استخدام معامل "Alpha Cronbach's" بالإستعانة بالبرنامج الإحصائي SPSS-24 حيث تم الحصول على مايلي:

الجدول 1: يبين نتائج إختبار ثبات أداة الدراسة

عدد العبارات	ألفا كرونباخ
22	0.764

المصدر: من إعداد الباحث بناء على مخرجات **SPSS-24**.

يلاحظ بأن معامل ألفا كرونباخ الكلي (0.764) أي أكبر من 0.600، ومنه فأداة القياس تتمتع بالثبات فيما يخص عينة الدراسة، مما يعني إمكانية الإعتماد على الإستبيان في قياس المتغيرات المدروسة نظراً لقدرته على إعطاء نتائج متوافقة مع إجابات المستقصى منهم عبر الزمن، وبالتالي إمكانية تعميم النتائج على كل مجتمع الدراسة.

المطلب الاول: عرض نتائج الدراسة

لاختبار مدى موافقة الطلبة على محاور الاستبيان، تم استخراج التكرارات لإجابات عينة الدراسة على عبارات كل على حدا حسب مقياس ليكارت الخماسي المعتمد، كما تم استخراج المتوسطات الحسابية والانحرافات المعيارية وهذا ما توضحه الجداول التالية.

الفرع الأول: مدى إدراك أهمية التعليم الالكتروني بالجامعة (X1)

الجدول (2): يوضح اتجاهات أفراد العينة الإحصائية المدروسة فيما يخص مدى إدراك أهمية التعليم الالكتروني بالجامعة.

الرقم	العبارة	المتوسط الحسابي	الانحراف المعياري	درجة الموافقة
01	توجد رغبة ودافعية نحوى التحول من التعليم التقليدي الى التعليم الالكتروني	3.6129	1.22956	متوسطة
02	التعليم الالكتروني الحل الوحيد والفعال في ظل ازمة كورونا	3.8710	0.92166	متوسطة
03	لدى الطلاب دافعية ورغبة نحو التعليم الالكتروني	2.8347	1.12833	متوسطة
04	التعليم الالكتروني هو اختصار للوقت والجهد	3.5484	1.17866	متوسطة
05	يعمل التعليم الالكتروني على تحسين نوعية المخرجات العملية التعليمية	3.2581	1.21017	متوسطة
	متوسط عبارات المحور الأول" مدى إدراك أهمية التعليم الالكتروني بالجامعة "	3.4065	0.78907	متوسطة

المصدر: من إعداد الباحث على ضوء مخرجات **SPSS-24**.

وفقا لما جاء من نتائج تبين لنا أن أفراد عينة الدراسة موافقين نوعا ما على "مدى ادراك أهمية التعليم الالكتروني بالجامعة" ، والمتمثلة في الرغبة والدافعية نحوى التحول من التعليم التقليدي الى التعليم الالكتروني من قبل افراد العينة ، وهذا ما يبينه متوسط عبارات البعد الأول الذي يقدر ب (3.40) وهي نسبة متوسطة تمثل الإتجاه الإيجابي للعبارات.

الفرع الثاني: متطلبات التعليم الالكتروني بالجامعة

الجدول (3) يوضح اتجاهات أفراد العينة الإحصائية المدروسة فيما يخص متطلبات التعليم الالكتروني بالجامعة

الرقم	العبارة	المتوسط	الإنحراف	درجة الموافقة

		الحسابي	المعياري	
06	يستخدم الاستاذ الوسائل الحديثة في التدريس	3.4519	1.28682	متوسطة
07	قدم الاجهزة والمعدات المستخدمة في العملية التعليمية	3.290	1.1603	متوسطة
08	احترام ومراعات شروط السلامة المتبعة بالحرم الجامعي	3.6452	1.27928	متوسطة
09	لدى الطلاب مهارات كافية تمكنهم من التعامل مع الاجهزة الحديثة	2.7419	0.99892	متوسطة
10	تتوافر كل الامكانيات الضرورية لعمل نظام التعليم الالكتروني بالجامعة	2.8710	1.49982	متوسطة
11	هناك تنمية ذاتية لمهارات استخدام التكنولوجيا الحديثة	2.9355	1.18140	متوسطة
	الدرجة الكلية	**3.0430**	**0.67215**	متوسطة

1 **المصدر**: من إعداد الباحث على ضوء مخرجات SPSS-24.

وفقاً لما جاء في الجدول السابق من نتائج تبين لنا أن أفراد عينة الدراسة موافقين نوعا ما على أن متطلبات التعليم الالكتروني بالجامعة، مما سياهم بنسبة كبيرة في تحقيق جودة التعليم العالي، وهذا ما بينه متوسط العبارات البعد الثاني الذي يقدر ب (3.04) وهي نسبة متوسطة تمثل الاتجاه الإيجابي للعبارات.

الفرع الثالث: جودة التعليم العالي (٧)

الجدول (4):يوضح اتجاهات أفراد العينة الإحصائية المدروسة فيما يخص جودة التعليم العالي

الرقم	العبارة	المتوسط الحسابي	الانحراف المعياري	درجة الموافقة
12	تزايد اهتمام الجهة الوصية للقطاع نحوى تبني ثقافة الجودة الشاملة	1.38424	3.1290	منخفضة جداً
13	السعي لتزويد المركز الجامعي بتخصصات علمية ومعرفية جديدة	1.37667	3.4452	منخفضة جداً
14	التقييم المستمر للجهود المبذولة والتعرف على جوانب القصور ومعالجتها	1.15749	3.8387	منخفضة جداً

15	وضع خطط واستراتيجيات على المدى القصير والطويل للنهوض بجودة التعليم العالي	1.18194	4.2968	منخفضة جداً
16	الاطلاع على خبرات وبرامج بعض الدول المتقدمة في مجال تطبيق الجودة	0.97275	4.2903	منخفضة جداً
17	قيام المركز الجامعي بملتقيات وطنية ودولية حول تحقيق الجودة	1.18140	4.0645	منخفضة جداً
18	اثرت ازمة كورونا سلبا على العملية التعليمية	1.09348	**4.0645**	منخفضة جداً
19	تسخير جميع الموارد المالية والبشرية للوصول الى الاهداف المسطرة	1.17958	**3.4839**	منخفضة جداً
20	تطور النظام الجامعي بما يتماشى مع متطلبات العصر الحديث	1.40353	**3.4839**	منخفضة جداً
21	تكاثف الجهود للحد من البيروقراطية	1.03902	**3.3548**	منخفضة جداً
22	تحسن صورة المؤسسة الجامعية لدي الجميع بالتزامها بنظام الجودة	1.08756	**4.2903**	منخفضة جداً
Y	الدرجة الكلية **Y**	1.19613	**4.1290**	منخفضة جداً

المصدر: من إعداد الباحث على ضوء مخرجات **SPSS-24**.

وفقاً لما جاء في الجدول السابق تبين لنا أن أفراد عينة الدراسة غير موافقين على جودة التعليم العالي بالمؤسسة وقد يرجع هذا الى عدم اهتمام الجهة الوصية بتبني ثقافة الجودة الشاملة . وهذا ما يبينه متوسط العبارات المحور الثاني الذي يقدر ب (1.19) وهي نسبة منخفضة جدا تمثل الاتجاه العام للعبارات.

المطلب الثاني: اختبار فرضيات الدراسة

في هذا الجزء سنحاول عرض اختبار الفرضيات الاحصائية ومعاملي الارتباط والانحدار

الفرع الأول: اختبار الفرضية الأولى

تهدف هذه الفرضية إلى معرفة مدى ادراك اهمية التعليم الالكتروني بالجامعة ودوره في تحقيق جودة التعليم العالي، تحصلنا على النتائج التالية:

الجدول (6): يبين نتائج اختبار الفرضية الأولى

البيان	R-deux	F	t المحسوبة	T الجدولية	Sig

مدى ادراك اهمية التعليم الالكتروني بالجامعة	0.012	0.343	4.794	1.96	0.563

المصدر: من إعداد الباحث على ضوء مخرجات **SPSS-24**.

يلاحظ من خلال الجدول السابق أن معامل التحديد لبعد " مدى ادراك اهمية التعليم الالكتروني بالجامعة في تحقيق جودة التعليم العالي " بلغ (0.012)، وقيمة فيشر "F" (0.343) وهذا ما يفسر أن أفراد عينة المبحوثة يرون أن المؤسسة لا تدرك بأهمية التعليم الالكتروني ، وكذلك نلاحظ أنَّ القيمة الاحتمالية Sig=0. 563 وهو أكبر من 0.05 أي نقبل الفرضية الصفرية القائلة بعدم ادراك اهمية التعليم الالكتروني بالجامعة ولدوره في تحقيق جودة التعليم العالي.

الفرع الثاني: اختبار الفرضية الثانية

تهدف هذه الفرضية إلى معرفة متطلبات التعليم الالكتروني ودوره في تحقيق جودة التعليم العالي ولاختبارها تحصلنا على النتائج التالية:

الجدول (7) يبين نتائج اختبار الفرضية الثانية

البيان	R-deux	F	tالمحسوبة	T الجدولية	Sig
متطلبات التعليم الالكتروني	0.126	4.174	2.395	1.96	0.11

المصدر: من إعداد الباحث على ضوء مخرجات SPSS-24.

يلاحظ من خلال الجدول السابق أن معامل التحديد لبعد " متطلبات التعليم الالكتروني بالجامعة " بلغ (0.126) وقيمة فيشر "F" بلغت (4.174) وهذا ما يفسر أن أفراد العينة المبحوثة يرون أن المؤسسة لا تهتم متطلبات التعليم الالكتروني بالجامعة، ونلاحظ كذلك أن القيمة الاحتمالية Sig=.0.061 وهو اكبر من 0.05 أي نقبل الفرضية الصفرية القائلة بعدم وجود دور لمتطلبات التعليم الالكتروني في تحقيق جودة التعليم العالي.

الفرع الثالث: اختبار الفرضية الثالثة

تهدف هذه الفرضية إلى معرفة مدى مساهمة التعليم الالكتروني في تحقيق جودة التعليم العالي، ولاختبارها تحصلنا على النتائج التالية:

الجدول (8): يبين نتائج اختبار الفرضية الثالثة

البيان	R-deux	F	tالمحسوبة	T الجدولية	Sig مستوى الدلالة
نتائج تقييم الكفاءات	0.020	0.591	2.955	**1.96**	0.448

البشرية

المصدر: من إعداد الباحث على ضوء مخرجات **SPSS-24**.

يلاحظ من خلال الجدول السابق أن معامل التحديد لي" مدى مساهمة التعليم الالكتروني في تحقيق جودة التعليم العالي " بلغ (0.020)، وقيمة فيشر "F" بلغت (0.591) وهذا ما يفسر أن أفراد عينة المبحوثة يرون أن المؤسسة لا تفعل التعليم الالكتروني ، وكذلك نلاحظ أن القيمة الإحتمالية Sig=0. 448 وهو أكبر من 0.05 أي نقبل الفرضية الصفرية القائلة بعدم وجود دور للتعليم الالكتروني في تحقيق جودة التعليم العالي.

الفرع الرابع: حساب معامل الإرتباط بيرسون

لمعرفة قوة الإرتباط بين المتغيرات المستقلة والمتغير التابع يجب الإعتماد على مقياس معامل الإرتباط الذي يمثل المجال المحصور بين [0.1]. والجدول التالي يوضح النتائج التالية الخاصة بدرجة إرتباط "Pearson" بين المتغيرات المستقلة والمتغير التابع.

الجدول (9): يبين نتائج إختبار معامل الإرتباط "Pearson "

المتغيرات	X1	X2	X
جودة التعليم العالي معامل بيرسون	0.108	0.335	0.141
العينة	**31**	**31**	**31**
مقارنة نتيجة معامل بيرسون بمقياس معامل الإرتباط	ارتباط موجب ضعيف	ارتباط موجب ضعيف	ارتباط موجب ضعيف

المصدر: من إعداد الباحث على ضوء مخرجات **SPSS-24**.

الفرع الخامس: تحليل الإنحدار الخطي البسيط

تم استخدام الإنحدار الخطي البسيط لاختبار الفرضيات بين كل من المتغيرات المستقلة المتكونة من التعليم الالكتروني والمتغير التابع جودة التعليم العالي، والجدول التالي يبين ذلك:

الجدول (10): يبين نتائج تحليل الإنحدار الخطي البسيط

المتغيرات المستقلة	المتغير التابع	نموذج العلاقة
مدى ادراك اهمية التعليم الالكتروني	جودة التعليم العالي	**Y=4.687 +.0164 X1**
متطلبات التعليم الالكتروني بالجامعة	جودة التعليم العالي	**Y=2.208 +.0631 X2**

المصدر: من إعداد الباحث على ضوء مخرجات **SPSS-24**.

خاتمة:

يعتبر التعليم الالكتروني في المؤسسات الجامعية المورد الرئيسي للبقاء والاستمرارية في النجاح، وتحقيق النجاح والتميز مرهون بتوفير مناخ تنظيمي يساعد على تطبيق عمليات التعليم الالكتروني، إذ يعد التعليم الالكتروني من أهم الادوات المهمة التي تزود الطلاب بمعارف والمهارات جديدة خاصة في ظل التحديات الصحية الحالية.

النتائج المتحصل عليها من خلال الجانب التطبيقي:

أثبتت نتائج الدراسة الميدانية على:

- عدم ادراك اهمية التعليم الالكتروني بالجامعة ولدوره في تحقيق جودة التعليم العالي.
- عدم وجود دور لمتطلبات التعليم الالكتروني في تحقيق جودة التعليم العالي ، وهذا ما يفسر بعدم الوقوف على متطلبات التعليم الالكتروني من قبل الجهة الوصية.
- عدم وجود دور للتعليم الالكتروني في تحقيق جودة التعليم العالي وهذه نتيجة متوقعة ترجع لعدم ادراك اهمية التعليم الالكتروني داخل الجامعة.

النتائج المتحصل عليها من خلال الجانب النظري:

- يقوم التعليم الالكتروني أساسا على النظريات المعرفية البنائية والاجتماعية، ويطبق مبادئ التعلم النشط الفعال، وذلك عكس التعليم التقليدي الذي يطبق النظريات السلوكية، التي تقف عند حد تقديم المعلومات من جانب المعلم وحفظها.
- يوفر التعليم الالكتروني نفس الفرص لجميع المتعلمين للمشاركة في عملية التعليم، فهو تعليم عادل لا يتحيز لفئة من الناس، فكل فرد يستطيع الوصول إليه والدخول فيه، والحصول على فرصته الكاملة في التعليم.
- يستفيد من التعليم الإلكتروني عن بعد المتعلمون من الطلبة ولأساتذة، فهو يزودهم بمعارف ومهارات واتجاهات جديدة، ولأنه تعلم يتميز بثراء المعلومات وتوفر المصادر المتعددة، فإن الأساتذة يجب أن يكونوا كذلك فسيزودون بالمعلومات ويوسعون مجال معرفتهم ومهاراتهم، كي يتمكنو من توجيه طلابهم، والإجابة على كل أسئلتهم، مما يساعدهم على تطوير أدائهم الأكاديمي.

- إن هذا الميدان التعليمي الجديد سيفتح الأبواب على مسرعيها أمام الكفاءات الأكاديمية الوطنية والطلبة بصفة خاصة، وسيفتح لهم فرصة كبيرة لتطوير قدراتهم العلمية والعملية وخبراتهم وأفكارهم والتخلص من القيود البيروقراطية والأنظمة التقليدية التي ماتزال تعيق طريق تطور جامعاتنا.

- يعمل التعليم الالكتروني على تحسين جودة التعليم ونواتج التعلم

الإقتراحات:

على ضوء النتائج المتحصل عليها من خلال دراسة دور التعليم الالكتروني في تحسين جودة التعليم العالي، يمكننا وضع التوصيات التالية:

- ضرورة الاستفادة من التقدم التكنولوجي والمعلوماتي ووسائل الاتصال الحديثة في إحداث نقلة نوعية في مجال التعليم، واستحداث أنماط تعليمية تساعد في التغلب على التحديات التي يواجهها التعليم التقليدي؛

- ضرورة تعدد الوسائل التعليمية وتنوع المواد التعليمية، ابتداء من النصوص العادية والمتشعبة، والصور الساكنة، الى ملفات الفيديو والصوت، والمؤتمرات المرئية، ومجموعة الدردشة والنقاش، البريد الالكتروني؛

- لابد من تنمية مهارات استخدام تكنواوجيا المعلومات والاتصال الحديثة؛

- تأهيل متخصصين في تصميم البرامج والمقرارات الالكترونية؛

- إعداد الطلاب وتأهيلهم للتحول إلى نظام التعليم الالكتروني الجديد؛

- الإعلان عن المؤسسة التعليمية على أنها مؤسسة إلكترونية تعليميا واداريا.

قائمة المراجع:

المقالات: المؤلف

-شريف مراد و عزوز منير، أثر استخدام التعليم الالكتروني كأداة لتحسين نظام ضمان جودة التعليم العالي في الجزائر- دراسة حالة جامعة المسيلة-، مجلة معارف قسم العلوم الاقتصادية، السنة الثالثة عشر- العدد 24/ جوان 2018..

-عبد المنعم عياض، آفاق تعليمية اللغة العربية في التعليم العالي الجزائري وفق التعليم المدمج من منظور تكنولوجيا التعليم، مجلة الذاكرة ، مخبر التراث اللغوي والأدبي في الجنوب الشرقي الجزائري، العدد 11/جوان 2018.

-خالد رجم و عبد الغني دادن، تقييم فعالية التعليم الافتراضي في الجامعة الجزائرية دراسة حالة موقع التعليم الافتراضي بجامعة ورقلة، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، عدد 03/ ديسمبر 2015.

-رتيبة طايبي، معايير ضمان الجودة في نظام التعليم الالكتروني ودورها في تحقيق فعالية العملية التكوينية، مجلة آفاق لعلم الاجتماع، المجلد رقم 9، العدد1/جويلية 2019، جامعة البليدة،

- محمد اليحي، مدى تأثير معايير الجودة ل Crosby على تطبيق متطلبات ادارة الجودة الشاملة بجامعة شقراء – دراسة تطبيقية- مجلة الاقتصاد والتنمية البشرية، المجلد 9/ العدد الاول.

- عبد الله بن محمد نهاري، المنطلقات التربوية لتحقيق الجودة في التعليم قبل الجامعي في المملكة العربية السعودية من وجهة نظر مدراء المدارس الثانوية بمحافظات صبيا التعليمية، الصوتيات، مخبر اللغة العربية وآدابها، العدد 16، جامعة البليدة 2.

- محمد بولصنام و عماد تشانتشان، مستوى جودة التعليم العالي من وجهة نظر طلبة جامعة يحى فارس المدية، مجلة اقتصاديات المال والاعمال، العدد السادس، جوان 2018.

- ياسية سليمة، تطبيق نظام ل م د كأساس لتحقيق الجودة في التعليم العالي بالجزائر، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 03/ العدد 02.

-شريف مراد و عزوز منير، أثر استخدام التعليم الالكتروني كأداة لتحسين نظام ضمان جودة التعليم العالي في الجزائر- دراسة حالة جامعة المسيلة- -، مجلة معارف قسم العلوم الاقتصادية، السنة الثالثة عشر- العدد 24/ جوان 2018.

- يدو محمد، متطلبات ضمان جودة التعليم العالي في الجزائر بين الواقع والاستشراف، مجلة معارف، السنة الثانية عشر، العدد 23 ديسمبر 2017.

-مامي هاجر ودرامشية صارة، اعتماد الجامعة الجزائرية على التعليم عن بعد كآلية لضمان سيرورة التعليم الجامعي في ظل أزمة كورونا، مجلة آفاق لعلم الاجتماع، المجلد 10 العدد 01 / جويلية 2020، البليدة.

- نصر الدين غراف، التعليم الالكتروني ومستقبل الاصلاحات بالجامعات الجزائرية، مجلة Rist، مجلد 19، العدد 2.

Revue D'études Juridiques et économique | Volume:04 / N°: 02 (2021), p 586-605

L'impact de la loi de finance 2015 sur l'industrie agroalimentaire en Algérie. Approche multivariée avec changement de structure

The impact of the 2015 finance law on the food industry in Algeria. Multivariate approach with structural change

MEHIDI Kahina
Université de Bejaia, Algérie
mehidikahina@yahoo.fr

Date de soumission : 26/04/2021 Date d'acceptation : 26/05/2021

****

Résumé :

L'objet de cet article est d'évaluer l'impact de la loi de finance 2015 sur l'industrie agroalimentaire en Algérie. Dans cette évaluation, nous avons utilisé un modèle économétrique avec changement de structure. Les techniques de cointégration avec possibilité des ruptures nous permettront d'identifier les changements structurels de la production brute des industries agroalimentaires dus aux dispositifs de la loi de finance 2015. Il ressort de notre analyse une insignifiante influence de la dite loi sur l'industrie agroalimentaire en Algérie.

Mots clés : Industrie agroalimentaire ; Loi de finance ; Cointégration avec changement de structure

Abstract:

The purpose of this article is to assess the impact of finance law of 2015 on food industry. In this evaluation, we use an econometric model with structural change. Cointegration techniques with possible breaks will allow us to identify structural changes of gross output of the food industries due to the provisions

of the 2015 finance law. It appears from our analysis no significant effect of the said law on the food industry in Algeria.

***key words**:* Food industry; finance law of 2015; Cointegration with possible breaks.

Introduction :

L'industrie agroalimentaire depuis son existence occupe une place stratégique au sein de l'économie mondiale. Son rôle principal ne se limite pas à assurer la sécurité alimentaire des populations en matière de produits de consommation, mais elle contribue aussi d'une façon efficace et durable à l'amélioration du PIB et à la résorption du chômage. Elle a une incidence économique sur la majorité des secteurs industriels, principalement les secteurs manufacturiers, le transport, et le commerce.

Le développement du secteur agricole et agroalimentaire est un enjeu majeur pour l'Algérie au niveau économique, politique et social. Sur le plan intérieur, en 2018, il employait 1,6 million de personnes, soit 23% de la population active, il s'agit de la deuxième industrie du pays après celle de l'énergie et, réalise un chiffre d'affaire de plus de 40% du total des industries hors hydrocarbures[1].

Les industries agroalimentaires ont constitué un terrain d'application et d'expérimentation privilégié de réformes économiques profondes par la mise en œuvre d'une batterie de mesures à caractère juridique et institutionnel. Le secteur, dans sa totalité, a connu un changement tel, la privatisation de nombreuses entreprises publiques qui y opèrent, la libéralisation des prix et du commerce intérieur et extérieur de la plupart des produits et l'ouverture à l'investissement étranger. Autant de mesures libérales qui, dans le discours officiel de leurs promoteurs, devaient réhabiliter les lois de la concurrence, garantir une

allocation optimale des ressources et assurer ainsi une croissance durable du secteur.

L'économie algérienne est financée quasi-exclusivement par la rente pétrolière qui est devenue une source majeure de financement depuis l'indépendance. Cependant, en 2014 le prix du pétrole a connu une forte baisse. Depuis juin, il est tombé de 111.8 dollar à 62.2 dollar, soit une baisse de 44%, atteignant son plus bas niveau depuis 2009. Cette dégringolade des prix du pétrole qui fournit à l'Algérie 95% de ses devises, a creusé le déficit commercial et fait fondre ses réserves de change. Pour remédier à cette situation, le gouvernement a instauré des quotas d'importation de certains produits et imposé l'obtention d'une licence fixant la quantité que l'importateur est autorisé à faire entrer dans l'année.

La restriction à l'importation de certains produits et marchandises de plusieurs secteurs concrétisé dans la loi de finance 2015 avait été initié pour réduire la facture d'importation qui avait atteint des sommets en 2014 (53.33 milliards de dollar)[2].

Nous proposons dans cette contribution de répondre à la question suivante : **Quel est l'impact des dispositions de la loi de finance 2015 notamment les barrières à l'importation des produits et des matières premières sur le secteur de l'industrie agroalimentaire en Algérie ?** Afin d'apporter des éléments de réponse, nous avons opté pour un modèle à correction d'erreur avec changement structurel, traitant le type de relation en intégrant la présence de rupture sur une période de temps allant de 1984 à 2019. Pour se faire, nous allons commencer par la présentation de l'industrie agroalimentaire en Algérie, ensuite nous allons aborder les principales mesures de la loi de finance complémentaire de 2015 et terminer par la présentation du modèle économétrique utilisé dans cette recherche ainsi que l'interprétation des résultats.

1- L'industrie agroalimentaire en Algérie et sa place dans les plans de développement économique

La question de la sécurité alimentaire est l'un des défis les plus importants auxquels sont actuellement confortées les économies mondiales, compte tenu en particulier des prix mondiaux des produits alimentaires et de la demande intérieure croissante. Ceci a incité les gouvernements à rechercher des mécanismes et procédures institutionnels contribuant à la sécurité alimentaire de leurs populations.

La branche de l'industrie agroalimentaire est l'une des plus importantes branches de la production industrielle en Algérie : elle fournit plus de 50% de la matière première industrielle, en plus elle a créé plus de 145000 emplois représentant environ 40% de la main-d'œuvre du secteur industriel. Cependant, la contribution et le rôle de la branche dans la couverture des besoins alimentaires des algériens restent très limités. En effet, la facture des produits alimentaires importés ne cesse d'augmenter, faisant de l'Algérie, le premier pays au niveau africain en ce qui concerne les importations de lait et parmi les cinq premier pays au monde en importations de blé.

Après l'indépendance, la branche de l'industrie agroalimentaire n'a pas fait l'objet d'une attention prioritaire des politiques de développement économique adoptées par l'Etat. En effet, sa part dans le total des allocations d'investissements publics dans la période (67-73) n'ayant pas dépassé 5%. Cependant, elle a connu une amélioration dans la période (74-79), où sa part est passée à 13% en raison de la prise en compte de l'importance de la branche dans la réalisation de la sécurité alimentaire.

Le nombre de projets d'investissement réalisés dans le secteur des industries agroalimentaires a augmenté dans les années 80. En 1982, il représentait 21% du total des projets d'investissement réalisés dans le domaine des institutions publiques et a augmenté

à 29% en 1983, pour enregistrer ensuite une légère baisse en 1984 (15% du total des projets d'investissement).

Après la seconde moitié des années 90 et dans le cadre de la transition vers l'économie de marché, la structure des industries agroalimentaires en Algérie a été caractérisée par l'émergence et l'extension d'un tissu dynamique du secteur privé dans divers domaines et branches. Ceci grâce à certaines opérations de privatisation et à la création de nouvelles entreprises. Cependant, à cause de la croissance démographique importante, et l'apparition de nouvelles exigences de consommation, la production agricole et alimentaire n'a pas réussi à suivre l'évolution de la demande alimentaire (BENCHARIF, 1997).

Ainsi, dans le but d'atteindre la sécurité alimentaire, voire l'autosuffisance, l'Etat algérien a mis en place plusieurs politiques dans ce sens à partir des années 2000. Dans le cadre de la relance du secteur agricole, les autorités ont consacré plus de 600 M€ au Programme National de Développement de l'Agriculture dont l'objectif principal est de promouvoir les revenus et l'emploi dans les zones rurales et de gérer, de façon durable, les ressources naturelles fragiles. Ce programme a été complété en 2002 par le Programme National de Développement Agricole et Rural (PNDAR). En 2008, les différents plans adoptés auparavant sont réaménagés pour donner naissance à la « Politique du Renouveau Agricole et Rural », avec pour priorités le renforcement de la sécurité alimentaire nationale, l'augmentation de la production des produits de grande consommation, l'accroissement des rendements et la diminution de la dépendance extérieure.

En outre, un autre programme de relance a été lancé dans la perspective de donner au secteur agroalimentaire une place plus privilégiée dans l'économie. Ce programme consiste en le Plan National de Développement des Industries Agroalimentaires, axé essentiellement sur le Renforcement des capacités du ministère de l'Industrie, de la PME et de la Promotion des investissements à travers l'amélioration d'un système de suivi-évaluation des projets

agroalimentaires, le renforcement des organisations professionnelles agroalimentaires et la mise en œuvre d'actions communes entre les ministères de l'Agriculture et de l'Industrie.

2- Les dispositifs de la loi de finance 2015

La macroéconomie algérienne est très contrainte par le prix du pétrole. La balance des paiements et le budget de l'Etat s'ajustent lourdement à cette contrainte du fait du degré de leurs dépendances à l'égard des exportations d'hydrocarbures qui continuent à fournir près de 95% des recettes en devises et près des deux tiers des recettes budgétaires. L'embellie pétrolière de près de quinze années a permis à l'Algérie de disposer d'une épargne et se partageant en parts égales entre épargne des ménages et épargne publique. L'Etat a pu mener en parallèle une politique de grands travaux très ambitieuse et de désendettement extérieur. A côté de cet endettement négligeable, l'Algérie dispose de réserves de changes et d'une épargne du trésor dans le Fonds de Régulation des Recettes (FRR). La bonne santé financière n'étant pas un fidèle reflet de l'activité réelle, la chute brutale et drastique des prix du pétrole à partir de la fin de 2014 eut pour effet un recours accru aux réserves de changes et au FRR. L'alternative d'un renouement, dans le court et moyen terme, à l'endettement est bien réelle. Ainsi, pour remédier à cette situation et limiter la facture d'importation, l'Etat mis en place une séries de mesures dans le cadre de la loi de finance 2015.

2-1- Cadre référentiel de la loi de finance complémentaire de 2015

Les mesures adoptées par la loi de finances complémentaires de 2009 opèrent une rupture assez brutale avec la logique des réformes à orientation libérale entreprises depuis les années 90. Tout en ambitionnant de réduire la vulnérabilité aux chocs extérieurs par la réduction des dépenses en devises, elle cherche à

mettre en place des mécanismes de substitution aux importations et de développement des exportations.

Le projet de la loi de finances complémentaire pour 2015 s'inscrit dans un nouveau contexte économique et financier. Ce dernier est marqué sur le plan international, par un repli de la croissance mondiale, notamment, chez les principaux partenaires européens de l'Algérie et sur le plan national par l'amorce de mesures de rationalisation des dépenses budgétaires couplées à une relance de l'activité économique. Dans ce cadre, la loi de finances complémentaire pour 2015 vise, dans sa globalité, à optimiser les ressources et à rationaliser les dépenses en termes d'efficience tout en préservant les projets en phase de réalisation, créateurs de richesses et d'emplois.

La loi de finances complémentaire pour 2015 vise ainsi comme objectifs de lancer progressivement un train de mesures pour anticiper les points de tensions affectant les équilibres internes et externes en raison du décalage qui commençait à s'élargir entre les ressources disponibles et mobilisables et les dépenses budgétaires, dont certaines sont incompressibles. A cet effet, des mesures à court terme visaient à atténuer les déséquilibres observés aussi bien internes qu'externes à travers, d'une part, la mise en œuvre de mesures renforçant un meilleur encadrement des importations et des transferts et d'autre part la réduction des facteurs concourants aux déficits du budget de l'Etat dont le financement devenait de plus en plus problématique.

La présente loi de finances intègre une dose appréciable de rationalisation des dépenses budgétaires à travers le repli des dépenses de fonctionnement et la poursuite de l'investissement public qui se singularise par un caractère prioritaire[3].

Les mesures législatives proposées dans ce projet de la loi de finances complémentaire pour 2015 s'articulaient autour de divers objectifs à caractère financier, économique et social.

2-2- Restrictions au commerce extérieur et intérieur

La dégradation des capacités financières extérieures nécessitent d'améliorer le niveau des exportations de marchandises et réduire le niveau des importations. A cet effet, la loi de finance 2015 a fixé la limitation d'importation des produits et a instauré quelques taxes aux produits importés.

2-2-1 Licence d'importation

Cette mesure vise à préserver les équilibres extérieurs, mis à rude épreuve par la chute des prix du pétrole et à une protection du marché intérieur en recourant à des restrictions quantitatives.

La loi n° 15-15 du 15 juillet 2015 modifiant et complétant les dispositions de l'ordonnance n° 03-04 du 19 juillet 2003 relative aux règles générales applicables aux opérations d'importation et d'exportation de marchandises par son article 6 selon lequel: « Des mesures de restriction peuvent être mises en œuvre notamment, aux fins:

- de conserver les ressources naturelles épuisables conjointement avec l'application de ces restrictions à la production ou à la consommation.
- d'assurer à l'industrie nationale de transformation les quantités essentielles de matières premières produites sur le marché national et ce, en conformité avec les principes prévus par les accords internationaux auxquels l'Algérie est partie.
- de mettre en œuvre des mesures essentielles à l'acquisition ou la répartition de produit en prévision d'une pénurie.
- de sauvegarder les équilibres financiers extérieurs et l'équilibre du marché. »

Le décret exécutif n°15-306 datant du 6 décembre 2015 fixe les modalités d'application du régime des licences automatiques et des licences non automatiques (Art. 1)[4]. Les premiers « *sont délivrées par les secteurs ministériels concernés, sur la base d'une demande accompagnée de documents justifiant la conformité des produits et des marchandises selon leur nature et la situation*

juridique des opérateurs économiques. » (Art.4)[5]. Les secondes, instituées pour gérer des contingents, sont accordés par le ministère du commerce sur proposition d'un comité interministériel permanent (Art.6)[6].

Dans le cadre de ce décret, le contingent, concernait trois produits : les véhicules de transport des personnes et des marchandises, le ciment dit « portland gris » et l'acier rond à béton[7]. Les licences d'importation non automatiques couvriront soixante-trois contingents tarifaires de produits agricoles et agroalimentaires originaires de l'UE. Elles seront délivrées par le ministère du commerce sur proposition d'un comité interministériel permanent.

2-2-2 Les exonérations de la TVA à l'importation

Le code sur le chiffre d'affaire de 2015 précise dans son article 10 que « *les produits dont la vente à l'intérieur est exonéré de la taxe sur la valeur ajoutée sont, l'importation, exemptes dans les mêmes conditions et sous les mêmes resserves de ladite taxe* »[8]. Ainsi, l'exonération de la TVA à l'importation concerne tous les produits dont la vente à l'intérieur est exonéré de la dite taxe. En outre d'autres produits sont exonérés de la TVA tels, les marchandises placées sous des régimes suspensifs des droits de douanes ou faisant l'objet d'une admission exceptionnelle en franchise ou celles importées dans le cadre du troc L'or à usage monétaire ainsi que la monnaie d'or et les produits destinés au navigation aérienne et maritimes.

2-2-3 Taxe de domiciliation à l'importation

Pour toute demande d'ouverture d'un dossier de domiciliation d'une opération d'importation de biens ou de marchandises, une taxe de domiciliation est applicable. L'importateur qui devait payer antérieurement une taxe d'un montant de 10.000 dinars, avec l'application de la loi de finance 2015, il doit payer un taux de 0,3% sans que le montant de la taxe ne soit inférieur à 20.000 dinars[9].

2-2-4 La taxe intérieure sur la consommation (TIC)

La taxe intérieure sur la consommation (TIC) s'applique à quelques produits de luxe tels que le caviar le kiwi, les bananes, le saumon etc. En plus de la TVA, elle s'applique aussi aux bières, tabacs et cigarettes suivant les tarifs fixes (Art. 25 du code des TCA)[10].

2-3 Autres mesures de la loi de finance complémentaire 2015

Pour rationaliser les dépenses, l'Etat optimise les ressources, et améliore les rendements de la fiscalité ordinaire. En effet, l'Encaissement de l'investissement et de la promotion de la production nationale est l'une des principales mesures mises en place dans le cadre de la loi de finance complémentaire (LFC) 2015.

Cette dernière porte sur l'octroi d'autres avantages fiscaux aux investisseurs qui portent sur les activités relevant des filières industrielles. A ce titre, ces investissements bénéficient d'une exonération en matière d'impôts sur les bénéfices des sociétés (IBS) ou d'impôts sur le revenu global (IRG) et de la taxe sur l'activité professionnelle (TAP) pour une durée de cinq ans et d'une bonification à 3% des taux d'intérêt applicables aux prêts bancaires[11]. Le même texte contenait également, une exonération des droits d'enregistrements, de la taxe publicité foncière et de la rémunération domaniale, des actes administratifs établis par les services des domaines et portant concession des biens immobiliers bâtis et non bâtis octroyés dans le cadre de l'ordonnance n°08-04 du 1 septembre 2008. Cependant, les investissements productifs sont exclus des champs d'application des dispositions de ladite ordonnance.

Sur un autre plan, l'Etat octroie des avantages fiscaux (TVA et droits des douanes) et une prime de formation au profit des

investissements réalisés par les entreprises dans le domaine de la recherche et du développement. A cet effet, le trésor public prend en charge les intérêts bancaires contractés par les entreprises industrielles destinés à l'acquisition et la maitrise de procédés technologiques en vue d'améliorer le taux d'intégration industrielle et la compétitivité de leurs produits. Par ailleurs, le projet de la loi du budget de l'Etat pour 2015 contient, en outre la prorogation jusqu'au 31 décembre 2019 de l'application du taux d'intérêt de droit de douane aux acquisitions d'équipements et d'ameublement non produits localement.

3- Analyse empirique de l'impact de la loi de finance 2015

Afin de déterminer l'impact des dispositions de la loi de finance 2015 sur l'industrie agroalimentaire, nous avons opté pour une approche basée sur l'estimation d'un modèle avec changement de structure.

3-1 Présentation du modèle et des variables

Le modèle consiste en la régression d'une variable dépendante à savoir la production brute des industries agroalimentaires ($pbiaa_t$) sur une série de variables explicatives (X_t) (la production brute de l'agriculture, les importations des produits agroalimentaires, le taux de change, les prix du pétrole) auxquelles nous ajoutons une constante (C), qui peut saisir les facteurs non observables.

Les données utilisées sont prises en logarithme et couvrent la période 1984-2019. Elles sont tirées de l'office national des statistiques ainsi que de la Banque d'Algérie.

Le modèle à estimer s'écrit comme suit :

$$PBIAA_t = \beta_0 + \beta_1\, PBAG_t + \beta_2\, IMAA_t + \beta_3\, PP_t + \beta_4 TXCH_t + \varepsilon_t$$

Pour t = 1984……2019

3-2 Détermination de l'ordre des séries

En plus des tests traditionnels de racine unitaire (Dickey – Fuller (DF), Augmented Dickey – Fuller (ADF)), nous appliquerons les tests de racine unitaire avec break. Les tests de Zivot Eric et Andrews Donald [1992], qui ne sont qu'une extension du test développé par Perron Pierre [1989], pour qui, la date de rupture est une variable aléatoire endogène Ces tests permettent d'accorder une plus grande flexibilité à la modélisation de la composante déterministe du processus générateur des données, en intégrant formellement, la possibilité d'une rupture de tendance, découlant de l'effet d'un choc majeur supposé exogène. Les résultats de ces différents tests ont été regroupés dans le tableau suivant :

Tableau -1-: Tests de racine unitaire avec et sans changement de structure

Séries	ADF	Ordre d'intégration	Zivot Andrew			Ordre d'intégration	Philip Peron			Ordre d'intégration
			intercept	trend	both		intercept	trend	both	
pbiaa	-4.99	I(1)	-3.81 (2003)	-2.16* (2013)	-2.86 (2003)	I(0)	-3.83 (2002)	-2.17 (2013)	-2.91 (2002)	I(0)
	-0.38*	I(0)								
pp	-5.25	I(1)	-3.16 (2005)	-2.77 (2013)	-3.25 (2010)	I(0)	-3.2 (2004)	-2.62 (2014)	-3.15 (2005)	I(0)
	-0.37*	I(0)								
pbag	-6.66	I(1)	-3.58 (2009)	-5.20* (2007)	-4.87 (2004)	I(0)	-3.91 (2010)	-4.68 (2002)	-5.01 (2005)	I(0)
	-2.85*	I(0)								
txch	-2.63	I(1)	-3.33 (1994)	-3.12 (1996)	-3.26 (1994)	I(0)	-3.87 (1993)	-2.99 (1992)	-3.19 (1993)	I(0)
	1.43*	I(0)								
imaa	-2.91	I(1)	-4.91 (2011)	-4.10 (2006)	-3.92 (2005)	I(0)	-5.43* (2010)	-3.96 (2006)	-4.39 (2010)	I(0)
	2.77*	I(0)								

Source : Synthèse de l'auteur sur la base des estimations obtenues (*) L'hypothèse nulle est rejetée au seuil de5%, (1): Niveau ; (2) : Différence première ; (.) : Date de rupture.

La lecture des résultats montrent que toutes les séries à savoir la production brute de l'industrie agroalimentaire, les prix du pétrole, les importations des produits agroalimentaires, le taux de change et la production brute de l'agriculture sont intégrées d'ordre 1.

Quant aux résultats des tests de racine unitaire avec break, ils indiquent que toutes les séries possèdent des points de rupture.

La production agroalimentaire connait un changement de structure en 2002 (date de rupture), ce qui correspond à l'augmentation des prix du pétrole.

La date de rupture pour les importations des produits agroalimentaires est 2006. Ce break revient à l'augmentation des prix du pétrole, ce qui a favorisé l'importation. Quand au taux de change, le point de rupture est 1994 où le dinar algérien a subi une dévaluation de 50%, dans le cadre du plan d'ajustement structurel. La production agricole a subi un changement dans l'année 2009. Cette rupture correspond à la mise en place de la « Politique du Renouveau Agricole et Rural ». La date de rupture pour les prix du pétrole est 2014, cette rupture s'explique par la baisse des prix amorcé depuis juin 2014 où il a perdu 50 % de sa valeur entre juin et décembre de la même année.

De l'analyse préliminaire des séries statistiques, les conditions d'existence des relations de cointégration ou de relation de long terme entre les variables sont déjà satisfaites.

3-3 Analyse des relations de cointégration

Dans l'analyse des relations de cointégration, nous distinguons essentiellement deux approches, la première est celle d'Engle et Granger (1987) basée sur les résidus en deux étapes afin de tester l'hypothèse nulle de non cointégration. La seconde approche qui est la plus populaire est celle de Johansen (1991,1995). Cette approche multi-variée repose sur la méthode de maximum de vraisemblance. Cette dernière ne sera pas abordée dans le cadre de cette étude.

3-3-1 L'approche d'Engle et Granger (1987)

Pour mettre en évidence d'éventuelles relations de cointégration, l'approche la plus simple et la plus ancienne est celle suggérée par Engle Robert et Granger Clive [1987]. Cette

approche suppose implicitement l'unicité du vecteur cointégrant. Elle repose sur une regression statique par la méthode des MCO d'une des variables choisie comme dépendantes sur les autres variables prises en niveau.

Modèle(1) Cointégration déterministe : $y_{1t} = \alpha + \beta\, y_{2t} + e_t$ $t = 1, \dots, n$

y_1 est un vecteur de dimension (n, 1), y_2, un vecteur constitué de m variables.

La cointégration implique que les résidus e_t issus de cette régression statique soient stationnaires. Pour notre modèle, nous obtenons les résultats suivants :

Tableau -2 -: Résultats d'estimation du modèle avec l'approche d'Engle et Granger [1987].

Dependent Variable: PBIAA
Sample : 1984 2019

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
PBAG	-4.00E-06	1.97E-06	-2.029844	0.0513
IMAA	1.86E-05	9.22E-06	2.019013	0.0525
PP	-0.079524	0.012412	-6.406952	0.0000
TXCH	-0.043789	0.026786	-1.634788	0.1125
C	12.17175	0.558292	21.80174	0.0000

R-squared	0.777036	Mean dependent var	8.703429
Adjusted R-squared	0.747307	S.D. dependent var	2.172161
S.E. of regression	1.091914	Akaike info criterion	3.145304
Sum squared resid	35.76827	Schwarz criterion	3.367497
Log likelihood	-50.04283	Hannan-Quinn criter.	3.222005
F-statistic	26.13769	Durbin-Watson stat	0.873915
Prob(F-statistic)	0.000000		

Source : élaboré par nos soins à l'aide du logiciel Eviews 9

Les statistiques de l'équation paraissent assez satisfaisantes, la qualité d'ajustement du modèle est de 0.77, en d'autres termes, les variables choisies expliquent 77% de la variabilité totale de la

production brute des industries agroalimentaires. La statistique de Fisher obtenue de la régression (26.13) est supérieure à celle de la valeur critique au seuil de 5%, les variables sont significatives au seuil de 5% et l'hypothèse nulle de racine unitaire du résidu de la régression statique est validée par le test ADF. Autrement dit selon la méthodologie standard d'Engle Robert et Granger Clive [1987], nous pouvons rejeter l'hypothèse nulle d'absence de cointégration. Cependant, certaines variables n'ont pas eu le signe attendu, et le Durbin Watson (DW) est assez éloigné de 2, ce qui est évident à prédire que les erreurs sont

auto-corrélées et liées entre elles. Toutefois, dans un contexte multivarié, il s'est avéré intéressant d'envisager l'éventualité d'un changement structurel dans l'analyse de la relation de cointégration qui unit la production brute de l'industrie agroalimentaire et les variables sélectionnées. En utilisant la simulation de Monte Carlo, Gregory Allan et al. [1994] montrent que la puissance asymptotique du test classique d'Engle Robert et Granger Clive [1987], s'amenuise considérablement en présence de break structurel dans la relation de cointégration, ainsi, ils étendent cette approche en intégrant l'éventualité d'une rupture structurelle, au sein de la relation cointégrante, à un point indéterminé du temps.

3-3-2 L'approche de Gregory – Hansen (1996)

Nous testons la présence de relation de cointégration avec rupture à partir des tests de Gregory et Hansen [1996]. Les modèles de bases de cette approche sont les suivants :

Model A: GH-1: Level Shift (Change in Intercept): The Crash Model

$$\mathrm{PBIAA}_t = b_1 + b_2 S_{tk} + a_1 \mathrm{PBAG}_t + a_2 \mathrm{IMAA}_t + a_3 \mathrm{PP}_t + a_4 t \mathrm{X}ch_t + \epsilon_t$$

Model B: GH-2: Level shift with trend: Changing Growth Model

$PBIAA_t = b_1 + b_2 S_{tk} + B_1 T + a_1 PBAG_t + a_2 IMAA_t + a_3 PP_t + a_4 t Xch_t + \epsilon_t$

Model C: GH-3: Regime shift where intercept and slope coefficients change

$PBIAA_t = b_1 + b_2 S_{tk} + B_1 T + a_1 PBAG_t + a_{11} PBAG_t * S_{tk} + a_2 IMAA_t + a_{22} IMAA_t * S_{tk} + a_3 PP_t + a_{33} PP_t * S_{tk} + a_4 t Xch_t + a_{44} t Xch_t * S_{tk} + \epsilon_t$

Model D: GH-4: Regime Shift where intercept, slope coefficients and trend change

$PBIAA_t = b_1 + b_2 S_{tk} + B_1 T + B_2 T * S_{tk} + a_1 PBAG_t + a_{11} PBAG_t * S_{tk} + a_2 IMAA_t + a_{22} IMAA_t * S_{tk} + a_3 PP_t + a_{33} PP_t * S_{tk} + a_4 TXCH_t + a_{44} TXCH_t * S_{tk} + \epsilon_t$

$$\text{Avec} \begin{cases} S_{tk} = 0 \text{ si } t \leq TB \\ S_{tk} = 1 \text{ si } t > TB \end{cases}$$

Tableau -3 -: Résultats du test de changement structurel de GH

Modèles	Zt			Za			ADF		
	Stat	VC	Date de rupture	Stat	VC	Date de rupture	Stat	VC	Date de rupture
Modèle C : Model A: GH-1	-6.44	-5.56	2001	-39.15	-59.40	2001	-6.35	-5.56	2001
Modèle (C/T) : Model B: GH-2	-4.22	-5.83	2001	-21.83	-65.44	2001	-3.84	-5.83	2001
Modèle (C/S) : Model C: GH-3	-6.63	-6.41	2001	-40.17	-78.52	2001	-7.46	-6.41	2001
Modèle (C/T/S) : Model D: GH-4	-6.90	-6.84	2001	-41.46	-88.47	2001	-6.85	-6.84	2001

Source : Synthèse de l'auteur sur la base des estimations obtenues

La date de rupture identifiée à partir des estimations des quatre modèles précédents est 2001. Ce changement peut être expliqué par la hausse des prix du pétrole. Après avoir estimé les équations, nous avons choisi le modèle I comme modèle le plus robuste puisque, tous les coefficients, hormis celui du taux de change, sont d'un point de vue statistique et économique significatifs et ont leur signe tel que postulé par la théorie économique. Les résultats des estimations sont présentés ci-dessous (équilibre de long terme et équation de court terme). Nous avons estimé la relation de cointégration par les moindres carrés modifiés. Cette méthode d'estimation élaborée par Phillips et Hansen [1990] permet de corriger les estimations afin d'obtenir des estimateurs asymptotiquement convergents. Nous pouvons donc tester directement la significativité des coefficients estimés.

Tableau 4 : Estimation de la relation de long terme

						Dependent Variable: PBIAA	
Variable	PBAG	PP	TXCH	IMAA	D_2001	C	R^2
Coefficient	0.270519	-0.300386	0.011988	-0.192017	-0.244728	1.9611	0.918
t-Statistic	-4.23898	-7.033327	0.256409	-3.247489	-4.401587	5.7161	

Tableau 5 : Estimation de la relation de court terme

Variable	D(PBAG)	D(PP)	D(TXCH)	D(IMAA)	ECM	C
Coefficient	0.181839	-0.202596	0.105228	-0.158673	**-0.812089**	-0.017791
t-Statistic	2.2069842	-5.407253	1.415114	-3.555394	**-6.169974**	-1.211592

Source : Elaboré par nos soins à l'aide du logiciel Eviews 9

3-4 Discussion des résultats

Les résultats de cette analyse montrent que la variation de la production agricole à long terme joue un rôle assez faible dans la fluctuation de la production brute des industries agroalimentaires algériennes avec une élasticité de court terme et de long de terme de 0.18 et 0.27, respectivement. En effet, l'industrie

agroalimentaire se base essentiellement sur les importations des matières premières, rappelons le, que l'Algérie est parmi les premiers importateur au niveau mondial en ce qui concerne le blé et le lait. En outre ce résultat témoigne de l'échec des différents plans du développement agricole, qui certes ont permis l'augmentation de la production agricole mais n'ont pas réussi à atteindre la sécurité alimentaire.

Les prix du pétrole (dont l'élasticité est de -0.30) et les importations des produits agroalimentaires dont l'élasticité est de (-0.19) exercent un effet négatif sur la production agroalimentaire. Ce résultat est logique du fait que l'augmentation des prix du pétrole favorise l'importation, où les autorités ont tendance à importer les produits agroalimentaires au détriment de la production locale. Ainsi les entreprises se trouvent dans une situation de concurrence avec les produits importés qui sont de meilleure qualité décourageant ainsi la production.

Conclusion

La question soulevée par cette étude était de savoir si les dispositifs de la loi de finance 2015 ont un impact sur la production brute agroalimentaire en Algérie durant la période qui s'étale de 1984 à 2019.

L'approche utilisée dans ce travail est celle de Gregory-Hansen (cointégration avec possibilité de changement structurel). Pour se faire, nous avons commencé par la détermination de l'ordre d'intégration des séries temporelles utilisées (à l'aide des tests ADF, Zivot-Andrew et PP), pour ensuite tester la présence de cointégration avec le test d'Engle-Granger [1987] et Gregory-Hansen [1996]. Afin d'estimer notre modèle, nous nous sommes basés sur une fonction, où la production brute des industries agroalimentaire est fonction du de la production brute agricole, des prix du pétrole, du taux de change et des importations des produits agroalimentaires. Il ressort de notre analyse une influence

insignifiante des dispositifs de la loi de finance 2015 sur la production agroalimentaire. En effet, cette dernière connait un changement de structure à partir de 2002 et la date de rupture identifiée par les quatre modèles de Gregory-Hansen [1996] est 2001. Ces résultats s'explique par le fait que les mesures mises en place dans le cadre de la dite loi ne concerne pas les matières premières mais plutôt les produits finis.

Bibliographie :

ANGELIER. Jean. Pierre, (1991), «*Economie industrielle, élément de méthode* », Ed Les presses universitaires de Grenoble

BENCHARIF A. (1997), stratégies d'internationalisation et restructuration des firmes multinationales agroalimentaires, Alger(Algérie) :*INESG.40 p. Panel sur la Question Agricole et Alimentaire à l'Horizon 2010*,

BENCHARIF A. (1998), Les systèmes agroalimentaires face aux défis de la libéralisation et de l'internationalisation : l'exemple algérien. *Economica agro alimentare*, vol 3, N°2, p13-52

BOURBONAIS R. (2012), « *Exercices pédagogiques d'économétrie*, Paris : Edition Economica

BOURBONAIS R. (2007), Econométrie: manuel et exercices corrigés », Edition Dunod, Paris

DECKEY D. A. & FULLER W. A. (1979), « Distribution of the Estimators for Autoregressive Time Series With A Unit Root », *Journal of the American Statistical Association*, 74.

GRANGER C. W. J. (1969), « Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross-Spectral Methods », *Econometrica*, Vol. 36.

GREGORY H. et HANSEN B. (1996), Residual-based tests for cointegration in models with regime shifts, *Joural of Econometrics*, Vol 70, pp 99-126

JOHANSEN S. (1988), « Statistical Analysis of Cointegrated Vectors », *Journal of Economic Dynamics and Control*, 12 (213).

ZIVOT E., Donald W.K Andrew (1992), Further Evidence on the Great rash, the Oil-Price Shock, and the Unit-Root Hypothesis, *Journal of Business & Economic Statistics*, Vol. 10, N° 3, pp. 251-270.

http://academie-des-sciencescommerciales.org

https://www.agroligne.com

http://www.aps.dz/economie

http://www.banquemondiale.org
https://cms.law/fr/dza
http://www.mf.gov.dz
http://www.mincommerce.gov.dz
http://www.ofce.sciencespo.fr
http://www.ons.dz

Notes de bas de page

[1] http://www.aps.dz/economie
[2] Selon Centre National de l'Informatique et des Statistiques
[3] Note de Présentation du Projet de la Loi de Finances Complémentaire pour 2015
[4] Article1, décret n° 15-306 du 6 décembre 2015
[5] Article 4, décret n° 15-306 du 6decembre 2015
[6] Article6, décret n°15-306 du 6 décembre 2015
[7] Ministère du Commerce : « Avis d'ouverture des contingents quantitatifs à l'importation des produits et des Marchandises » www.mincommerce.gov.dz
[8] Article 10, code sur le chiffre d'affaire, de la direction générale des impôts en 2015
[9] https://cms.law/fr/dza
[10] Article 25, code sur le chiffre d'affaire, de la direction générale des impôts en 2015
[11] Note de présentation du projet de la loi de finances complémentaire pour 2015.

journal of legal and economic research | Volume:04 / N°: 02 (2021), p 606-632

Africa and ICC: an Alliance or a Collision?

Tamrentat Nassima
University of Algiers
dalinassima3@gmail.com

Send Article Date: 30/04/2021 Date of acceptance: 31/05/2021

****

Abstract:

This article aims to open up the debate about the relationship between Africa and ICC, which was established after intense efforts by the international community (Court of last resort), it contributes to the fight against impunity and ensuring that the most severe crimes do not go unpunished in accordance with the text of Article 04 of the Rome Statute, and to implement the individual criminal responsibility, but after more than ten years have passed, the Court's interest and focus on the situation in Africa appears to be something that has been strongly criticized by many African politicians, leaders, and even by academic researchers.

Key words: ICC, Africa, African Union, Immunity.

Introduction:

The ICC was established on 17 July 1998 by the Rome Statute in (Italy), it became operational after 60 countries ratified the Court's Statute on 1 July 2002[1]. African countries were involved in the negotiations of the treaty that created the ICC and today constitute the largest single block to ratify the Rome Statute[2] (Brendon, 2016, pp 6-7). state parties and UN SC and the Prosecutor can refer certain situations to the ICC according to the article 13 of the Rome Statute, in this regard the office of the Prosecutor has launched 13 official investigations, and with the exception of Georgia, Afghanistan, Myanmar, Palestine, Colombia, Ukraine all other investigations are in

Africa, in addition to that there are currently 27 cases indicted by the ICC have been against African leaders and heads of state.

The relationship between African states and ICC has been the focus of much attention in recent times, especially concerning the debate over the ICC's lopsided interest in the continent, prompting even the Washington Post to ask if the ICC was (Targeting black men?)[3] (Aidi, 2019, p 2), therefore and to address this complicated legal and political topic, we had to present the following problematic:

Is the ICC Really Targeting Africa?

We based on the analytical approach in this research paper, through the following two sections:

SECTION I: Is the ICC for Africa?

Section II: Deterioration the Relationship Between the African States and the ICC.

SECTION I: Is the ICC for Africa?

This section has been divided into two main issues to be addressed, we deal in the first part with the African States ratification of the Rome Statute as an initial support, while we deal in the second part with those States referral of their situations to the ICC.

First Requirement: Most African Countries Ratified the Rome Statute as a Precursor of Goodwill

The ICC is an organization that states willingly joined by ratifying the Rome Statute, as Senegalese scholar **Oumar Ba** has noted, African states were heavily present at the 1998 conference at the Italian capital where the statute was drafted[4] (Aidi, 2019, p 2) , while 34 African states[5] (Martini, 2021, p 2) (of the 123 states who signed)[6] (Aidi, 2019, p 3) initially decided to join the Rome Statute and considered the ICC as (a solution for their continent's injustices), the African acceptance of the ICC's jurisdiction has become controversial in the years thereafter[7] (Martini, 2021, p 2), those states played a pivotal role in bringing the ICC into being. The first country in the world to ratify the Rome Statute, which is the founding and governing document of the Court, was Senegal, an African state, in 1999. The DRC was the 60th state to ratify the Statute, in 2002, thereby allowing it to enter into force[8] (Souris, 2020, p 257).

Furthermore at the time of its founding, African countries generally supported the ICC, many viewing it as a potential venue they could utilize in solving many of the continent's intractable conflicts[9] (Brendon, 2016, p 7), and after it came into force in 2002, Botswana became the most prominent ICC supporter, with Zambia also providing significant support, South Africa and Kenya were also prominent entrepreneurs[10] (Mills, 2017, p 109). As a result, the creation of the ICC has benefited from the support of African states, and at the donor conference, Kenya pledged US$1 million towards the establishment of this Court, President **Kenyatta** urged AU states to ratify the Protocol so that (the resulting court is fully owned, financed and driven by Africa)[11] (Omorogbe, 2019, p 295).

Paragraph 1: Obstacles to the Ratification of the Rome Statute by the African Countries

1.a Constitutional Immunity

All African constitutions recognize the immunity of the head of state, as African Presidents and leaders have wide influence within their countries in view of the powers that they possess, which is reflected in the texts of the national constitutions of their states, they had a distinguished position since the periods following the independence of their countries, therefore the heads of state and leaders of the African state, (regardless of the nature of the regime in their countries), have wide powers, as required by the texts of many national constitutions, enjoying the majority of the texts of the constitutions with diplomatic immunity, (as stipulated in Article 57 of the Constitution of Ghana, 50 of the Constitution of Lesotho, 91 of the Constitution of Malawi, 308 of the Constitution of Nigeria[12]) (تريكي، 2017، ص 169-173).

1.b The Principle of "Non-Extradition" of Citizens

Article 89 of the Rome Statute stipulates that the court can direct a request for cooperation in the way of arrest and submission to a state party for which the accused person is present on its territory, so it is an obligation of the state parties to comply with all arrest requests and submissions issued by the ICC, even if they relate to those States

citizens, in Contradicting of the recognized principle of (non-extradition) of the state to its citizens because it is related to national sovereignty, some African constitutions also provide for it, for example, article 67 of the Constitution of Mozambique, which affirms the inability to extradite or expel of any Mozambican citizen, Article 25, paragraphs 2 and 3 of the Rwandan Constitution for the year 2003, so that all these texts constitute an important constitutional obstacle to the ratification of their countries to the Rome Statute, However the international jurisprudence tends to say that the provisions of the Rome Statute are not incompatible with the (non-extradition) of the state to its citizens, by pointing that Article 102 of the Rome Statute has explicitly distinguished between the terms (submission) and (extradition), the first term means the transfer of the state to a person before the ICC pursuant to the provisions of the Rome Statute, while the second term means the transfer of the state to a person to any other country[13] (تريكي، 2017، ص 174-175).

1.c State Judicial Sovereignty

Article 4, paragraph 2 of the Rome Statute stipulates the ability of the court to exercise its functions and powers in the territory of any state party, provisions of Articles 54, 59, 87 and 99 stipulate a set of recognized powers of the prosecutor of the public prosecutors of the ICC, in the area of issuing investigation orders, they shall be directed to the competent national authorities of the states parties for the purpose of their implementation, in addition to the possibility of the Prosecutor to move himself to the territories of the states parties to conduct field investigations without the presence or approval of the competent authorities of the state party concerned, where those provisions contradict the content of many national constitutions that provide for the judicial sovereignty of the state, which means the exclusive and absolute jurisdiction of the national judicial bodies in the field of lawsuits deposition which requires the jurisdiction of the national judicial authorities exclusively for all investigations on crimes committed in the national territory, even if that was within the framework of judicial assistance and on the basis of a request submitted by foreign competent authorities, (such as Article 125 of the Benin Constitution, Article 124 and 126 of the Constitution of

Burkina Faso, 81 of the Constitution of Mali, 80 of the Senegalese Constitution)[14] (تريكي، 2017، ص 176-177).

Paragraph 2: Integration of the Rome Statute into the legal Systems of African Countries

Some of African states have fully integrated these texts while, some have partially integrated them.

2. a Full Integration

We deal with some examples as follows:

- Republic of South Africa Model

South Africa was the first African country to pass full implementing legislation, the ICC Act, to create a domestic framework for cooperation with the Court, which has served as a model law for other African countries[15] (Navak, 2015, p 102), as it signed it on July 17, 1998, and ratified it on November 27, 2000[16] (**تريكي**، 2017، ص 201).

- Burkina Faso Model

The state of Burkina Faso signed the Rome Statute on 30 November 1998, and ratified it on April 16, 2004, it also ratified the Agreement on immunities and privileges of the ICC on 10 October 10, 2005, it adopted a Law No. 52-2009, on (Defining the jurisdiction and integration the statute of the ICC) on December 31[17] (**تريكي**، 2017، ص 201).

2.b Partial Integration

Some African countries have integrated only a part of the Rome Statute into their national legal systems, we deal with some examples as follows:

- Mali Model

The Republic of Mali signed the Rome Statute on July 17, 1998 and ratified it on August 16, 2000, it also ratified the immunities agreement on July 8, 2004, and it has harmonized its national law with the provisions of the Rome Statute by adopting the Penal Code under Law No. 079-01, and the Code of Criminal Procedures according to the Law No. 01-080, dated August 20, 2001[18] (**تريكي**، 2017، ص 216).

- Niger Model

The State of Niger signed the Rome Statute on July 17, 1998 and ratified it on April 11, 2002, it also adopted the Law No. 2003-025 on June 13, 2003 amending the Penal Code, and the Law No. 2003-026 amending the Criminal Procedures Law in order to align its penal system with the provisions of the Rome Statute (**تريكي**، 2017، ص 222)[19].

Second Requirement: African Countries Refer their Situations to the ICC as an Initial Support

Many African countries referred their situations to the ICC as a form of support, we deal with some examples as follows:

Paragraph 1: Uganda

The Government of Uganda made a referral to the ICC in respect of some heinous crimes allegedly committed by members of the Lord's Resistance Army (LRA) in Northern Uganda, the ICC Trial Chamber had since issued warrants of arrest against the defendant, in Prosecutor v. **Joseph Kony** and Ors (**Otti Vincent**, **Odhiambo Okot**, **Dominic Ongwen**, and **Lukwaya Raska**), [20] (**تريكي**، 2017، ص ص 236-237) **Dominic Ongwen** was charged with 70 counts of core crimes committed as a Lord's Resistance Army soldier in northern Uganda and surrounds. However, **Ongwen** was abducted by the rebel group and forced to become a child soldier[21] (**Maxine**, 2020, p 406) .

Their alleged crimes include crimes against humanity, and war crimes, the suspects are still at large, but proceedings against one of them Mr. **Lukwiya** have been terminated, following the confirmation of his death[22] (Nsongurua, 2019, p 14) on October 27, 2013, then **Dominic Ongwen**, surrendered himself to the ICC on January 16, 2015, the ICC began his trial procedures on December 6, 2016[23] (تريكي، 2017، ص 236-237.), and resumed on 16 January 2017 with the presentation of evidence of the Prosecution, On 12 December 2019, the presiding judge declared the closure of the submission of evidence in the case the total case record, the closing briefs in this case were filed on 24 February 2020[24], there are also unconfirmed stories that **Joseph Kony** has executed **Vincent Oti**[25] (Nsongurua, 2019, p 14) .

Paragraph 2: Democratic Republic of the Congo

There are sex cases concerning DRC (**Lubanga**, **Ntaganda Bosco, Germain Ktanga**, **Mbarushimana**, **Mudacumura Sylvestre**, **Mathieu Ngudjolo Chui**), one ongoing trials, 7 warrants of arrest, 3 accused in custody, one suspects at large, one ongoing appeals, one suspects in custody[26].

2.a Dyilo Case: **Lubanga** was arrested in the DRC, prosecuted and convicted of war crimes[27] (Gissel, 2018, p 6), on July 10, 2012, he was sentenced by the ICC to 14 years imprisonment for conscripting and enlisting child soldiers under the age of 15 into his armed group, **Dyilo** became the first person the Court convicted since it was set up in 2002[28] (Ogunnoiki, 2019, p 10).

2.b Ntaganda Case: in the year 2013, **Bosco Ntaganda** a.k.a (the terminator) voluntarily gave himself up at the U.S Embassy in Kigali, Rwanda. At the Hague, **Ntaganda** is being tried for the central role he played in planning the operations of his Patriotic Forces for the Liberation of Congo, he faces a 13-count charge of war crimes and a 5-count charge of crimes against humanity in the Ituri region between 2002 and 2003[29] (Ogunnoiki, 2019, p 10).

2.c Katanga Case: On the 23rd of May, 2014, the leader of the (FRPI), **Germain Katanga**, was sentenced to 12 years imprisonment for war crimes and crimes against humanity that were committed in 2003 in Bogoro, Ituri region, having spent six years during his trial, he would only serve half the sentence years[30] (Ogunnoiki, 2019, p 10-11).

2.d Bemba Case: **Jean-Pierre Bemba** was arrested in Belgium by Belgian authorities, and was transferred to the ICC, The Court on March 21, 2016, convicted him for war crimes[31] (Ogunnoiki, 2019, p 11-12), and crime against humanity committed by elements of his militia in the CAR[32], (Ngueko, 2018, p 12) which included murder, rape and pillage between October 26, 2002 and March 15, 2003[33] (Ngueko, 2018, p 11-12), this was significant because it was the court's first conviction for crimes of sexual and gender-based violence and on the basis of command responsibility, and because **Bemba** was among the most senior-ranking officials to appear for trial at the court[34] (Evenson, 2020, p 433). But on June 08, 2018, the Appeals Chamber of the ICC overturned his 18 years sentence, though he was acquitted of the charges same year, Bemba was not completely off the

hook of the ICC, he was also convicted on the lesser charge of witness tampering, the Court fined Bemba €300,000 (i.e. $350,000) and sentenced him to 12 months behind bars. He however did not serve the prison sentence because of the time he had already spent in jail[35] (Ngueko, 2018, p 11-12).

Paragraph 3: Central African Republic

The government of the Central African Republic referred the case to the ICC on December 22, 2004, the Public Prosecutor launched the investigation on May 22, 2007, with a focus on crimes committed between 2002 and 2003 And later on the crimes committed since the end of 2005, by Appointing a working team to go to the designated country to conduct field work related to investigate, collect evidences and hear witnesses, as well as analyze the documents provided by the designated government, by international NGOs and other reliable sources, only one year after the start of the investigation the ICC issued the first arrest warrant against **Jean-Pierre Bemba Gombo**[36] (ولد يوسف، 2017، ص 324).

Paragraph 4: Mali

The transitional authorities of Mali referred the situation in Mali since January 2012 to the ICC on 13 July 2012, and that the Prosecutor of the Court opened, on 16 January 2013, an investigation into alleged crimes committed on the territory of Mali since January 2012[37] (Wierczynska, 2017, p 699).

4. a Ahmad Al Faqi Al Mahdi Case: On 26 September 2015, **Al Mahdi**, a head of (Hesbah), was surrendered to the ICC by the government of Niger, his trial began on 22 August 2016 and he pleaded guilty to a charge of intentional attacks against historic monuments of the city, on 27 September 2016 he was sentenced to nine years of imprisonment, additionally in August 2017 the Court issued the Reparations order which imposed individual and collective reparations for the community of Timbuktu and assessed **Al Mahdi**'s liability for those reparations at 2,7 Million Euros[38] (Wierczynska, 2017, p 699).

4.b Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed: The warrant of arrest for **Al Hassan** was issued on 27 March 2018, he was surrendered to the ICC on 31 March 2018, he is in the Court's custody, the

confirmation of charges hearing took place from 8 to 17 July 2019, on 30 September 2019, Pre-Trial Chamber I issued a confidential decision confirming the charges of war crimes and crimes against humanity brought by the Prosecutor against Mr. **Al Hassan**, and committed him to trial, the redacted version of the decision was published on 13 November 2019, on 21 November 2019, trial Chamber X was constituted and will be responsible for conducting the trial in the **Al Hassan** case, the opening of the trial is scheduled for 14 July 2020 and the beginning of the prosecution's presentation of evidence for 25 August 2020[39].

Paragraph 5: Comoros

On 22 September 2000, Comoros has signed the Rome Statute subsequently, and ratified it on 18 August 2006[40], on May 14, 2013 referral this referral along with its particulars are submitted to the Madame Prosecutor of the ICC by Union of the Comoros, a State Party to the ICC, as well as the registered State of MV Mavi Marmara vessel, one of the passenger vessels of the humanitarian aid flotilla bound for Gaza on 31 May 2010, in which nine victims were killed on board and more than dozens were seriously injured, as a consequence of the attacks of the Israel defence forces in international waters[41].

Section II: Deterioration the Relationship Between the African States and the ICC

This section has been divided into two main issues to be addressed, we deal in the first part with the deterioration's reasons of the relationship between the African Countries and the ICC, while, we tried to provide some answers to the criticisms that were directed to the ICC in the second part.

First Requirement: Reasons for the Deterioration of the Relationship between the African Countries and the ICC

Paragraph 1: The ICC is Biased Against Africans Narrative

There are 27 cases before the ICC, we note that all of them concerning African heads and leaders[42], and among 13 situations under investigation all concerning African States except (Georgia,

Bangladesh, Afghanistan), so do these numbers raise questions about the ICC really focus and attention about the black continent?.

The ICC has come under heavy fire from the AU for indicting and prosecuting a sitting president, the backlash started in March 2009 when the ICC issued an arrest warrant for **Omar al-Bashir**, the President of Sudan for orchestrating the atrocities committed in Darfur in 2003, in March 08, 2011[43] (Bachmann, 2020, p 262), the second action that ushered in criticism from Africa is when former Prosecutor **Ocampo** initiated an investigation in 2010 into Kenyan politicians, **Uhuru Kenyatta** and **William Ruto**, for violence that erupted in Kenya after the Presidential Election of December 27, 2007, which caused 1200 deaths and 300,000 displaced persons. **Kenyatta** at first demonstrated a willingness to cooperate with the ICC's investigation into the post-election violence for which he was allegedly responsible, but he soon became uncooperative[44] (Souris, 2020, p 258), **Uhuru Kenyatta** and **William Ruto** (who later became the President and Vice-President of Kenya respectively in 2013), were among the six that were summoned to appear in the ICC on the 8th of April same year, these and other cases of the ICC issuance of an arrest warrant and summons, indictment, prosecution and conviction of Africans have not only given rise to the allegation that the Court has an African bias but the name-calling of the Court as a (Neo-colonial institution), and for pursuing a racist agenda against Africans and possessing an investigative system that is flawed and that also suffers from undue delays[45] (Bachmann, 2020, p 262), therefore many African leaders[46] (Randriamihanta, 2019, p 704), (who view the ICC as a Western political machination designed to disproportionately punish African)[47] (Randriamihanta, 2019, p 704).

Scholars, Commentators[48] (Aidi, 2019, p 2), Senior officials of the AU[49] (Omorogbe, 2019, p 295), and Some African politician[50] (Werle, 2014, p 3), criticizing the Court's way of intervening because only Africans have been judged by this Court during the first decade of its entry into force[51] (Randriamihanta, 2019, p 704), and in that it has ignored atrocities committed by major world powers such as the United States and China[52] (Brendon, 2016, p 7), and for playing double standards by focusing on African defendants and largely

ignoring atrocities committed outside the African continent[53] (Brendon, 2016, p 10), **Muammar Gaddafi**, who was the acting Chairperson of the AU at the time, as well as the President of Libya, criticized the ICC's action, calling it (an attempt by the West to re-colonise their former colonies)[54] (Souris, 2020, p 258).

AU even labelled that the ICC was using Africa as a (test laboratory) for international criminal justice[55] (Bachmann, 2020, p 249), in this regard African scholar **Mahmood Mamdani** has called the ICC an (International Court for trying Africans)[56] (Brendon, 2016, p 10), he pointed to the Court's silence over conflicts in the Middle East, observing that, (the ICC is rapidly turning into a Western court to try African crimes against humanity)[57] (Aidi, 2019, p 2), for his part **Kenyatta** called for mass withdrawal of African states from the ICC, asserting that ICC investigations are nothing but (race hunting) in Africa, a similar view was expressed by a former Gambian information Minister, who asserted that the acronym ICC stands for the International Caucasian Court, and who accused the Court with persecuting and humiliating people of color[58] (Souris, 2020, p 259).

Paragraph 2: Selective Referral of the Security Council

The relationship between Africa and the ICC began to suffer with the indictment of the Sudanese President, **Omar al-Bashir**[59] (Chidimma, 2020, p 25), and the Libyan head of the State **Muammar Gaddafi**, under Resolution 1970 (2011)[60] (Omorogbe, 2019, p 287), in 2011 for crimes against humanity[61] (Omorogbe, 2019, p 288), in 2005, the UNSC, acting under Chapter VII of the UN Charter[62] (Nsongurua, 2019, p 13-14), under Resolution 1593[63] (Omorogbe, 2019, p 287), and (determining that the situation in Sudan continues to constitute a threat to international peace and security), referred the situation in Darfur since July 1, 2002 to the OTP, by making the referral, the SC acted on the Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, on 14 July 2008, the OTP presented evidence to the Pre-Trial Chamber and sought for an arrest warrant against President **Omar Al-Bashir**, on 4 March 2009, the Pre-Trial Chamber issued the first warrant for the arrest against him, listing ten counts on the basis of his individual criminal responsibility as an indirect co-perpetrator of crimes in Darfur, western Sudan, including war crimes

and crimes against humanity, a second warrant of arrest was issued on 12 July 2010[64] (Nsongurua, 2019, p 13-14).

The SC has been criticised for being (selective in the recognition and waiver of immunities for international crimes in favour of the interests of its permanent members)[65] (Nsongurua, 2019, p 27), an example of that selective referrals is the United Kingdom's alliance with the United States to go to war with Iraq. It was only a question of time until African leaders, politicians and academics would point to this example of Western hypocrisies, questions could be asked whether the Western powers that engage in such crimes were above the law, some critics went even so far to view this as an example of the Court's use of selective justice and enforcement of the law in a rather (tyrannical) fashion, understandable as such criticism might be, it lacks the legal basis as stated above, but Western denial and lack of legitimacy regarding the justification for the war in Iraq continues to tarnish the ICC's overall legitimacy and future potential[66] (Bachmann, 2020, p 279), in a way, African countries have reason to worry that the UNSC countries that have veto-wielding powers can make referrals which may compromise judicial authorities[67] (Brendon, 2016, p 22).

Paragraph 3: Failure to Respect the Heads of State Immunity and States Sovereignty

The ICC-African relation was further strained when the ICC went after Kenyan President, **Uhuru Kenyatta**, although the charge was later withdrawn for insufficient evidence, according to some critics, (the ICC was now no more than a Trojan horse for European Neocolonial designs), which neither had regard for the sovereignty of these African States nor the immunity of their heads of State, consequently, these actions led to many African States threatening to withdraw from the ICC[68] (Chidimma, 2020, p 25), the seemingly goodwill relationship between Africa and the ICC began to turn sour when the ICC turned its focus on Africa's political leaders and government officials, who under customary international law were considered to possess some form of immunity[69] (Bachmann, 2020, p 258-259), the AU rejects these warrants, the AU's legal position is that incumbent heads of non-party states are entitled to immunity from arrest in third states under customary international law, it argues that

the immunity subsists irrespective of the nature of the crimes and that was established, a priori, by the ICJ in the arrest warrants case (2002) and the Rome Statute has not afected that immunity[70] (Omorogbe, 2019, p 288).

In its ruling on Malawi and Chad in 2011, the Court held that customary international law gives no exception for heads-of-state immunity in relation to international courts' jurisdiction[71] (Bachmann, 2020, p 266), **Kenyatta** did not mince words in this regard, saying the Court's (interventions go beyond interference in the internal affairs of a sovereign state, they constitute a fetid insult to Kenya and Africa, African sovereignty means nothing to the ICC and its patrons), the African Union's position is that sitting heads of state should be immune from the court's prosecution while in office[72] (Aidi, 2019, p 3).

Second Requirement: Effects of the Deterioration of the Relationship Between the African States and the ICC

Paragraph 1: Refuse to Cooperate with the ICC

The ICC under Article 103 of the Rome Statute relies on state parties to exercise its enforcement powers, as well as prosecutorial and investigative powers under Article 86 of the Statute, it therefore becomes (a challenge when an institution is dependent on the co-operation of a government to fulfill its mandate as most times it is the same government that stands to be investigated), much criticism followed the collapse of **Kenyatta**'s case, according to **Archangel** and **Jon**, faced with an unwillingness to cooperate by a state, the ICC, which has none of the resources available to a domestic prosecutor, such as subpoenas, surveillance and policing is at a severe disadvantage, in **Kenyatta**'s case, requests for information from the Kenyan authorities went unanswered and the attorney general refused to hand over telephone, land and asset record, articles 86 and 87 of the Rome Statute provides for the general obligation of state parties to cooperate fully with the court in its investigation and prosecution of crimes[73] (Chidimma, 2020, p 27).

The challenge to the conventional powers recognized concurrently with the prosecutor and the Security Council by the African states grouped together within the regional organization called the AU, led

to the refusal of cooperation of the said states with the court for the arrest of criminals located on the African continent. Nowadays, this has resulted in the withdrawal of certain African states from the Rome status[74] (Ngueko, 2018, p 17), it's not surprising that this provision is not being followed, (with no enforcement agency at its disposal, the ICC can't execute arrest warrants, compel witnesses to give testimony, collect evidence or visit the scenes where the crimes were perpetrated, without the acquiescence of national state authorities), this cooperation by States will inevitably be lacking, especially when the sitting heads of State are the presumed perpetrators as was the case for **Kenyatta**, thereby making the prospects of a successful prosecution very slim[75] (Chidimma, 2020, p 27), in 2009, the AU declared that it would not cooperate with the ICC citing the (publicity seeking approach of the ICC Prosecutor)[76] (Omorogbe, 2019, p 2).

Paragraph 2: Submit Proposals to Amend the Rome Statute

Before the ASP meeting in November 2009, 26 African ICC members and 15 non-members met in Addis Ababa, four main positions essentially, demands for reform emerged:

- The interests of peace be considered alongside the interests of justice in Prosecutorial guidelines for when to investigate, or not.
- The power of the UNSC to refer cases should remain.
- The UN General Assembly should be empowered to defer ICC proceedings when the UNSC fails to make a decision, there should be a discussion regarding whether or not the leaders of non-parties had their immunity removed by the Rome Statute[77] (Mills, 2017, p 112).

Paragraph 3: African Mass Withdrawal from the ICC

Almost simultaneously, at the Addis Ababa Summit in January 2016, the Assembly of the AU entrusted a Ministerial Committee with the task to seek for a withdrawal strategy from the ICC, which was adopted in 2018[78] (Martini, 2021, p 3-4). On October 12, 2016, the members of Burundi's parliament voted in favour of that withdrawal, Burundi thus became the first African country to withdraw from the ICC[79] (Ogunnoiki, 2019, p 7-8), Burundi's withdrawal became effective in October 2017, whereas South Africa's and the Gambia's attempts failed because of internal policy matters. It is noteworthy, though, that some States have maintained their support of the ICC[80]

(Martini, 2021, p 3-4), the possibility of a collective withdrawal, which has been in the works for some time, symbolizes the high-water mark of African Union opposition to the ICC[81] (Bachmann, 2020, p 277-278).

The threats of a mass withdrawal due to these challenges would not augur well for both the AU and the ICC and various legal experts have asserted that such a move would definitely be the (death) of the ICC and in international criminal justice, this would also be detrimental to international criminal law because to some it is (better to have an imperfect court than none at all. It's like saying because we don't catch all the criminals, we shouldn't hold trials), former ICC Chief Prosecutor, **Luis Moreno Ocampo**, has also described the move as a dangerous one and described the action of the African Leaders as (hypocritical)[82] (Bachmann, 2020, p 280).

We note here that the Rome Statute was signed by 34 of 55 African states, yet only two called for withdrawal (the third, Gambia, would reverse positions after **Adama Barrow** came to power in early 2017), formal reservations were entered against the resolution by Nigeria, Senegal and Cape Verde, while Malawi, Tanzania, Tunisia and Zambia requested more time to study it, as legal analyst **Mark Kersten** has observed, looking at the fine print, the AU's so-called (withdrawal strategy) is a deliberately weak, non-binding document that outlines five (objectives) regarding ICC reform listed below verbatim[83] (Aidi, 2019, p 4).

The withdrawal document is more about reform than withdrawal calling for amendments to the Rome Statute, reform at the SC, broader representation at the ICC, and the strengthening of national criminal justice systems, to that end, the AU's Open-Ended Committee of Ministers of Foreign Affairs continues to engage with various stakeholders, especially the Assembly of States Parties to the Rome Statute, the ICC's Office of the Prosecutor, the SC (the permanent five members, plus Russia and China), in entering Nigeria's reservation, the Nigerian foreign minister was candid, stating that (the ICC has an important role to play in holding leaders accountable), and that Nigeria is not the only voice agitating against withdrawal, in fact

Senegal is very strongly against it, Cape Verde and other countries are also against it[84] (Aidi, 2019, p 5).

Third Requirement: Responding to Critics of the ICC

Paragraph 1: Africa Wants this Court, African Needs this Court

Contrary to the criticisms that the ICC is targeting only African nations, the empirical reality is that (Africa has seen an inordinate number of conflicts in which violations of IHL have occurred), According to the Report of the (Uppsala Conflict Data Programme), a mapping of major armed conflicts in the world, established that (between 2001 and 2015, Africa accounted for most conflicts in the world)[85] (Chidimma, 2020, p 25-26), and there are 14 accused, all of them are Africans. There are more than 5 million African victims displaced, more than 40,000 African victims killed, thousands of African victims raped. Hundreds of thousands of African children transformed into killers and rapists. 100 % of victims are Africans. 100 of the accused are African[86] (Gevers, 2020, p 190), and that victims of these atrocities would continue to suffer under the leadership of those who perpetrate these crimes if they are not held accountable for their actions[87] (Bachmann, 2020, p 280).

Furthermore as **Kofi Anan** famously states:

(Africa wants this court, African needs this court), yet the liberal-humanitarian discourse ignores the contingent alignment of interests driving the ICC's focus on Africa[88] (Aidi, 2019, p 3), one of the points legally justifying the intervention of the Court is the judicial weakness of national courts in Africa, because some judicial systems are marked by corruption, partiality, and lack of a mechanism for the protection of witnesses and so on, but the AU in its decisions of non-cooperation and collective withdrawal from the Rome Statute does not take these elements into cognizance, whereas it is precisely this aspect of national justice that must be resolved to allow effective repression of perpetrators of serious violations of international crimes, nevertheless, shortcomings in the judicial systems and its ultimate justification have served the ICC to intervene when the situation in Africa applies a variable application of the rule of complementarity, it is relevant to mention that this variability in the principle of complementarity is not neutral in conflicts with African states. Thus, it would be necessary

for the AU to seek ways to strengthen the capacity of African judicial institutions to improve cooperation with the ICC[89] (Randriamihanta, 2019, p 709).

Forethermore African States parties have themselves failed to implement effective measures to prosecute the atrocity crimes within their national courts, first, they have failed to create credible judiciaries that could adjudicate gross violations of human rights and diminish the relevance of an external court like the ICC, second, they have lacked strategic vision and foresight and signed treaties or international agreements sometimes against their national interests, in other words they have lacked sophistication in conceptualizing and articulating sovereignty in ways that help them advance their national interests in an international order that is already stacked against them, African countries criticism of the ICC for not focusing on human rights violations in other regions also reflects such lack of vision and strategic thinking, Such sentiment does not shed further light on how the continent can advance accountability for egregious violations of human rights where many local judiciaries are either weak or have limited expertise, it is therefore disingenuous for African elites and the AU to blame the ICC for prosecuting African defendants for serious violations of international human rights that they are either unable or unwilling to handle within their countries, unless there is evidence demonstrating that the ICC is prosecuting innocent people, or violating African defendants' due process rights, it is irrelevant that most of them happen to be of African origin, in essence, many of Africa's grievances against the ICC seem more political than legal and sometimes at odds with the preferences of their own people[90] (Brendon, 2016, p 15-16), in this regard **Renée Nicole Souris** noted that in response to withdrawal threats from other African states, Zambian President **Edgar Lungu**, polled his people to ask whether they wanted Zambia to withdrawal from the ICC. An overwhelming 93.3% of Zambians who participated voted in favor of Zambia remaining in the ICC[91] (Souris, 2020, p 262), this indicates the awareness of the peoples of African countries and that they themselves do not believe in the leaders of their countries and their

legitimacy. And withdrawing from the court only serves the political interests of these African leaders.

Presently on the African continent, most African countries judicial system is not only weak but slow, however, the indictment, prosecution and conviction of former Chadian President, **Hissène Habré** by Senegal in collaboration with the AU, tells us that African countries judicial system can actually function effectively, the Chadian dictator, **Hissène Habré**, who came to power in 1982, fled to Senegal in 1990 after his was ousted by the incumbent President of Chad, **Idriss Déby**, he was first indicted in the year 2000 for war crimes, crimes against humanity and rape (the latter charge was later dropped), in 2013, the Extraordinary African Chambers, a special court in Dakar, Senegal, was set up by Senegal and the AU, his trial began in July 2015 and on May 30, 2016, he was sentenced to life imprisonment by the EAC, on April 27, 2017, EAC Appeal Court upheld the life sentence of **Habré**, he is to pay the 7,396 named victims $153 million as compensation, the former Chadian dictator became the first former President of a country to be convicted for crimes against humanity by a court in another country[92] (Ogunnoiki, 2019, p 9-10).

Paragraph 2: Most Cases are Referred from African States Themselves

Defenders of the ICC believe that the African states themselves have referred the situation to the court according to Article 13/a of the Rome statute, as is the case for Uganda, the DRC, the CAR[93] (دريدي، 2016, ص 326) the two cases that came to the ICC via the Prosecutor's propio motu powers of self initiation Kenyan and Mali were done so with the authority of the respective governments. In Sudan and Libya the two cases referred to the ICC via SC vote all three African states on the Council (which has a total of 15 members) voted in favor of referring a fellow African state. Specifically, the DRC, Benin, and Tanzania voted to refer Sudan, and South Africa, Gabon, and Nigeria voted to refer Libya[94] (Souris, 2020, p 262), and by their respective governments[95] (Chidimma, 2020, p 26), so the argument that the ICC is anti-Africa is weak[96] (Chidimma, 2020, p 26).

The ICC self-referrals according to **Bathram** are (an expression of state consent for which the ICC cannot, in all fairness be held responsible), he further argued that the criminal cases brought within the Kenyan situation can hardly be proof of anti-African bias sufficient to justify a majority withdrawal of African States from the ICC, he however admitted that the ICC had other real problems bedeviling it, which needed to be addressed, discussing the issue as an Africa versus ICC dispute, (glosses over the real problem that cuts deep into the court's credibility, which is the hypocrisy and hostility of big powers towards the court), **Martin Ngogo**, a onetime Rwanda Prosecutor stated that (there is not a single case at the ICC that does not deserve to be there, but there are many cases that belong there, that are not there), these attacks against the ICC merely portray the fact that African leaders are against the attainment of international justice in their region, as they prioritise their welfare over human rights accountabil[97] (Chidimma, 2020, p 26), despite this both **Murithi** and **Clark** are critical of the ICC's close relationship with the governments in the self-referral cases. **Clark** cites examples from the DRC, Uganda, Côte d'Ivoire, the CAR and Mali to show that there is a pattern of the ICC focusing on non state combatants and overlooking crimes committed by government forces. His findings suggest that the ICC has illegitimately begun proceedings in states, such as the DRC, which have the capacity to conduct such court cases domestically. Consequently, **Clark** argues, the ICC hasn't been substantively practicing its core principle of complementarity[98] (Maxine, 2020, p 405).

Overall, in respect of all the above, the ICC's focus has been on lower-level defendants and non-state actors in African states, finally, six African states ratifed the Rome Statute after the first warrant of arrest was issued for **Bashir** on 4 March 2005, (Kenya ratifed on 15 March 2005, Chad on 1 November 2006, the Seychelles on 10 August 2010, Tunisia on 24 June 2011, Cape Verde on 10 October 2011, and the Ivory Coast on 15 February 2013)[99] (Omorogbe, 2019, p 296), the large number of African countries may also be a reason for focusing the court's attention on the situation in Africa.

Paragraph 3: The Response to the Problem of Immunity

In the Court's response to the argument that the court can't drop immunity from officials whose countries have not signed the Rome statute in accordance with international law, it considers that this jurisdiction was granted to it by the SC in accordance with Article 13/b in line with Article 4 of the Charter of the United Nations that gives The court the necessary powers to pursue those involved in the four international crimes listed in Article 5 of the Statute[100] (دريدي، 2016، ص 326).

The Rome Statute has shown no regard for diplomatic immunity as recognised under international law, it provides that, (immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person), using the Kenya and Sudan situations as case studies where heads of states were tried, this provision though commendable in a way that it portrays equality before the law, however, has shown to threaten the sovereignty of states, causing a situation of great unrest, intimidation and fear, particularly were sitting heads of State are tried by the Court[101] (Chidimma, 2020, p 28).

Paragraph 4: The ICC Only Attacks African States: Just Excuses and Political Manipulations

It can be argued that the attack by African leaders on the ICC is a mere excuse for circumventing accountability and transparency over the responsibility for human rights[102] (Randriamihanta, 2019, p 705), as Vilmer suggests that African leaders who challenge the Court exploit the anticolonial concerns of African people in order to protect themselves from the Court's reach[103] (Souris, 2020, p 262), in other words, by wishing to withdraw from the ICC, African leaders consider their political interests to be superior to international justice. That is, the decision to leave the ICC could lead not only to a mass exodus of African states, but also to commit heinous atrocities with impunity in Africa, subsequently, it should be mentioned that African leaders tend to unleash violence on their opponents simply to keep governing the state, and when they are accused of human rights violations, they invoke sovereignty or reject efforts to have their conduct investigated and sponsored by Western states, this explains the attacks of Kenya,

Burundi and the Gambia against the ICC[104] (Randriamihanta, 2019, p 705), so **Renée Nicole Souris** considred the African challenges to the ICC as examples of populism[105] (Souris, 2020, p 257), **Clarke**'s engagement with the neoimperialism theme in Affective Justice is considerably different. She focuses on African leaders' ability to draw upon emotional affects associated with colonialism to discredit the ICC. Using the Kenyan case, she demonstrates how **Uhuru Kenyatta** and the Jubilee Alliance election campaign used emotional appeals to the anti-colonial struggle and pan-Africanism to analogize resistance to the ICC investigations with the political struggle for independence in Africa[106] (Maxine, 2020, p 406).

It must be acknowledged also that the ICC has already opened several preliminary investigations of countries outside the African continent, these include the situation in Afghanistan in 2007 on crimes against humanity allegedly committed since 1 May 2003, the situation in Colombia in 2004 until now on a crime against humanity allegedly committed since 1 November 2002, and on war crimes allegedly committed since 1 November 2009, the situation in Iraq on 9 February 2006 on war crimes allegedly committed by United Kingdom nationals in connection with the conflict in Iraq and the occupation from 2003 to 2008, the situation in Ukraine on 25 April 2014 on crimes against humanity allegedly committed as part of the Maidan Square protests in Kiev and other Ukrainian regions between 21 November, 2013 and 22 February, 2014, the situation in Palestine on the 16th of January, 2015[107] (Randriamihanta, 2019, p 707), and the situation in Myanmar/Bangladesh recently.

The ICC announced also a preliminary examination of the situation in Venezuela over alleged crimes allegedly committed since April 2017 in the context of demonstrations and related political unrest, and February 8, 2018 announced a preliminary examination of the situationin Philippines for the crimes alleged to have taken place since July 1, 2016, in the context of the (war on drugs) campaign Concerning the opening of these preliminary investigations, some African leaders say that a preliminary examination is not an investigation, but just a process of examining the available information in order to determine whether there is a basis for initiating

an investigation against the criteria set by the Rome Statute, in particular, the prosecutor will analyze issues related to jurisdiction, admissibility and the interests of justice when making his decision, as provided for in Article 53 (1) of the Rome Statute, however, it was noted that the Prosecutor opened an investigation into the situation in Georgia on 27 January, 2016[108] (Randriamihanta, 2019, p 707-708), this opening of an investigation marks a considerable step forward to contradict the claim of exclusivity in the exercise of its jurisdiction in Africa, so we should stop saying that the ICC is only interested in Africa[109] (Randriamihanta, 2019, p 707).

Conclusion:

As a conclusion to this topic, we able to answer the problem that we raised in the introduction by noting that the ICC's relationship with African countries that were the first supporters is not fixed and tense, (from support to attack, criticism and withdrawal), some of its causes are founder and persuasive, while others are just a political manipulations.

Through this research paper, we find that:

- The reason behind the recent decisions to withdraw from the ICC is the accusations by the African States that they are targeting by the that Court (wich seems very true to some extent), however, it's worth noting that all prosecutions against Africans have been referred to the court by the African governments themselves or by the UN Security Council, (with the exception of Kenya).
- Anyway the absent from criticisms and calls for an exit from the Court is the fact that the cases before the ICC do not end just because African countries quit the Court[110] (Brendon, 2016, p 24).

Finally we have to leave the following recommendations:

- Immunity to sitting heads of State and trials by the ICC only after they have left office, provision for an independent enforcement system by the Court which would place little or no reliance on State parties, stricter penalties for States unwilling to cooperate with the Court in its investigation and prosecution of crimes and exclusion of members of the UNSC who are not State parties to the ICC from exercising the referral powers under the Statute, states should be willing to prosecute

perpetrators of most serious crimes within their respective national and regional jurisdictions[111] (Chidimma, 2020, p 28).

- The Court must be commended for its recent effort towards investigating situations outside Africa in countries such as Georgia, Bangladesh and for its ongoing preliminary investigations in Palestine, Ukraine, Afghanistan, Colombia, Iraq/United Kingdom, Philippines and Venezuela, the ICC should improve its fact-finding and evidence sourcing through collaborating with existing institutions[112] (Chidimma, 2020, p 28-29).
- The ICC must work to find some legal solutions to the mass withdrawal of the African countries with the aim of re-establishing cooperation between them.
- African State parties to the Rome Statute should assiduously work on their judicial mechanisms, only when they have a functional and effective judicial system will their national court take precedence thus making the ICC a court of last resort[113] (Ogunnoiki, 2019, p 13).

Bibliography List:

---

[1]- Rome Statute of the International Criminal Court adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002.

[2]- **Brendon J. Cannon**, **Dominic R. Pkalya**, **Bosire Maragia**, « The International Criminal Court and Africa Contextualizing the Anti-ICC Narrative », African Journal of International Criminal Justice, Vol 2, 2016, p 6-7.

[3]- **Hisham Aidi**, « The ICC and the African Union: Engaging African Youth in International Justice », Policy Brief, 2019, p 2.

[4]- Ibid, p 3.

[5]- **Pauline Martini**, « The International Criminal Court Versus the African Criminal Court », Journal of International Criminal Justice, 2021, p 2.

[6]- **Hisham Aidi**, op.cit, p 3.

[7]- **Pauline Martini**, op.cit, p 2.

[8]- **Renée Nicole Souris**, « African Challenges to the International Criminal Court: An Example of Populism? », in **Navin**, **Mark Christopher**, **Nunan**, **Richard** (Eds), « Democracy, Populism, and Truth », the Philosophical Foundations of Law and Justice Book Series, Springer, Vol 9, 2020, p 257.

[9]- **Brendon J. Cannon** et.Al, op.cit, p 7.

[10]- **Kurt Mills**, **Alan Bloomfield**, « African Resistance to the International Criminal Court: Halting the Advance of the Anti-Impunity Norm », Review of International Studies, Vol 44, 2017, p 109.
[11]- **Eki Yemisi Omorogbe**, « The Crisis of International Criminal Law in Africa: A Regional Regime in Response? », Netherlands International Law Review, Vol 66, 2019, p 295.

[12]– **تريكي شريفة**، "افريقيا والعدالة الجنائية الدولية"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق السعيد حمدين، الجزائر، 2018/2017، ص 169–173.

[13]– المرجع نفسه، ص 174–175.

[14]– المرجع نفسه، ص 176–177.

[15]- **Navak Andrew**, « The International Criminal Court: An Introduction », Springer, 2015, p 102.

[16]– **تريكي شريفة**، المرجع السابق، ص 201.

[17]– المرجع نفسه، ص 211.

[18]– المرجع نفسه، ص 216.

[19]– المرجع نفسه، ص 222.

[20]– المرجع نفسه، ص 236–237.

[21]- **Maxine Rubin**, Review Essay « Politicized Justice, Africa and International Criminal Court », International Journal of Transitional Justice, Vol 14, 2020, p 406.
[22]- **Nsongurua J. Udombana**, « Africa and the International Criminal Court », 2019, p 14.

[23]– **تريكي شريفة**، المرجع السابق، ص 236–237.

[24]- For more details about this case see: The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, March 2020, p 2.
[25]- **Nsongurua J. Udombana**, op.cit, p 14.
[26]- For more about those cases see: https://www.icc-cpi.int/drc
[27]- **Line Engbo Gissel**, « The International Criminal Court and Peace Processes in Africa-Judicialising Peace », 1st published, Routledge, London and New York, 2018, p 6.
[28]- **Adeleke Olumide Ogunnoiki**, « International Criminal Court (ICC) Prosecution of Africans for War Crimes and Crimes Against Humanity: A Witch-Hunt? », African Journal of Law, Political Research and Administration, Vol 2, Issue 1, 2019, p 10.
[29]- Ibid.
[30]- Ibid, p 10-11.
[31]- Ibid, p 11-12.

[32]- **Séverin Bernard Ngueko**, « Accepter ou Rejeter La CPI: Quel Avenir Pour La Justice Pénale en Afrique? », L'Harmattan, Congo Brazzaville, Paris, 2018, p 12.
[33]- Ibid, p 11-12.
[34]- **Elizabeth Evenson**, « Too Few Trials, Too Many Tribulations: The ICC's Terrible Year and where to Go from Here », Case Western Reserve Journal of International Law, Vol 52, 2020, p 433.
[35]- **Séverin Bernard Ngueko**, op.cit, p 11-12.
[36]– **ولد يوسف مولود:** "المحكمة الجنائية الدولية– محكمة لإفريقيا"، المجلة النقدية، العدد الثاني، المجلد الثاني، 2017، ص 324.
[37]- **Karolina Wierczynska**, **Andrzej Jakubowski**, « Individual Responsibility for Deliberate Destruction of Cultural Heritage: Contextualizing the ICC Judgment in the Al-Mahdi Case », Chinese Journal of International Law, Vol 16, 2017, p 699.
[38]- Ibid.
[39]- https://www.icc-cpi.int/mali/al-hassan
[40]- https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf
[41]- Ibid.
[42]- https://www.icc-cpi.int/pages/cases.aspx
[43]- **Sascha-Dominick Dov Bachmann Naa A. Sowatey-Adjei**, « The African Union-ICC Controversy Before the ICJ: A Way Forward to Strengthen International Criminal Justice? », Washington International Law Journal, Vol 29, No 2, 2020, p 262.
[44]- **Renée Nicole Souris**, op.cit, p 258.
[45]- **Sascha-Dominick** et.Al, op.cit, p 262.
[46]- **Randriamihanta Jery Elis**, **Yideng Liu**, « The Techniques for Appeasing the Tension between the International Criminal Court (ICC) and the African Union (AU) », Journal of Political Science, Vol 9, 2019, p 704.
[47]- Ibid.
[48]- **Hisham Aidi**, op.cit, p 2; **Brendon J. Cannon** et.Al, op.cit, p 7.
[49]- **Eki Yemisi Omorogbe**, op.cit, p 295.
[50]- **Werle Gerhard**, **Lovell Fernandez**, **Moritz Vormbaum**, « Africa and the International Criminal Court », Asser press, Springer, Vol 1, 2014, p 3.
[51]- **Randriamihanta Jery Elis** et.Al, op.cit, p 704.
[52]- **Brendon J. Cannon** et.Al, op.cit, p 7.
[53]- Ibid, p 10.
[54]- **Renée Nicole Souris**, op.cit, p 258.
[55]- **Sascha-Dominick** et.Al, op.cit, p 249.
[56]- **Brendon J. Cannon** et.Al, op.cit, p 10.
[57]- **Hisham Aidi**, op.cit, p 2.
[58]- **Renée Nicole Souris**, op.cit, p 259.

[59]- **Chidimma Dorathy Umego**, « The International Criminal Court and the Anti-African Narrative: Challenges and Prospects », African Journal of Criminal Law and Jurisprudence, Vol 5, 2020, p 25.
[60]- **Eki Yemisi Omorogbe**, op.cit, p 287.
[61]- Ibid, p 288.
[62]- **Nsongurua J. Udombana**, op.cit, p 13-14.
[63]- **Eki Yemisi Omorogbe**, op.cit, p 287.
[64]- **Nsongurua J. Udombana**, op.cit, p 13-14.
[65]- Ibid, p 27.
[66]- **Sascha-Dominick Dov Bachmann** et.Al, op.cit, p 279.
[67]- **Brendon J. Cannon** et.Al, op.cit, p 22.
[68]- **Chidimma Dorathy Umego**, op.cit, p 25.
[69]- **Sascha-Dominick Dov Bachmann** et.Al, op.cit, p 258-259.
[70]- **Eki Yemisi Omorogbe**, op.cit, p 288.
[71]- **Sascha-Dominick Dov Bachmann** et.Al, p 266.
[72]- **Hisham Aidi**, op.cit, p 3.
[73]- **Chidimma Dorathy Umego**, op.cit, p 27.
[74]- **Séverin Bernard Ngueko**, op.cit, p 17.
[75]- **Chidimma Dorathy Umego**, op.cit, p 27.
[76]- **Eki Yemisi Omorogbe**, op.cit, p 288; **Hisham Aidi**, op.cit, p 2.
[77]- **Kurt Mills**, op.cit, p 112.
[78]- **Pauline Martini**, op.cit, pp 3-4.
[79]- **Adeleke Olumide Ogunnoiki**, op.cit, p 7-8.
[80]- **Pauline Martini**, op.cit, p 3-4.
[81]- **Sascha-Dominick Dov Bachmann** et.Al, op.cit, p 277-278, **Hisham Aidi**, op.cit, p 4.
[82]- **Sascha-Dominick Dov Bachmann** et.Al, op.cit p 280.
[83]- **Hisham Aidi**, op.cit, p 4.
[84]- Ibid, p 5.
[85]- **Chidimma Dorathy Umego**, op.cit, p 25-26.
[86]- **Christopher Gevers**, « Africa and International Criminal Law », in **Kevin Heller**, **Frederic Megret**, **Sarah Nouwen**, **Jens Ohlin**, **and Darryl Robinson** (Eds), « The Oxford Handbook of International Criminal Justice », Oxford University Press, 2020, p 190.
[87]- **Sascha-Dominick Dov Bachmann** et.Al, op.cit, p 280.
[88]- **Hisham Aidi**, op.cit, p 3.
[89]- **Randriamihanta Jery Elis**, **Yideng Liu**, op.cit, p 709.
[90]- **Brendon J. Cannon**, et.Al, op.cit, p 15-16.
[91]- **Renée Nicole Souris**, op.cit, p 262.
[92]- **Adeleke Olumide Ogunnoiki**, op.cit, p 9-10.

[93]– **دريدي وفاء**، "دور القضاء الجنائي الدولي في تنفيذ القانون الدولي الإنساني"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون دولي إنساني، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015–2016، ص 326.

[94]- **Renée Nicole Souris**, op.cit, p 262.
[95]- **Chidimma Dorathy Umego**, op.cit, p 26.
[96]- Ibid.
[97]- Ibid.
[98]- **Maxine Rubin**, op.cit, p 405.
[99]- **Eki Yemisi Omorogbe**, op.cit, p 296.

[100]– **دريدي وفاء**، المرجع السابق، ص 326.

[101]- **Chidimma Dorathy Umego**, op.cit, p 28.
[102]- **Randriamihanta Jery Elis** et.Al, op.cit, p 705.
[103]- **Renée Nicole Souris**, op.cit, p 262.
[104]- **Randriamihanta Jery Elis** et.Al, op.cit, p 705.
[105]- **Renée Nicole Souris**, op.cit, p 257.
[106]- **Maxine Rubin**, op.cit, p 406.
[107]- **Randriamihanta Jery Elis** et.Al, op.cit, p 707.
[108]- Ibid, p 707-708.
[109]- Ibid, p 707.
[110]- **Brendon J. Cannon**, et.Al, op.cit, p 24.
[111]- **Chidimma Dorathy Umego**, op.cit, p 28.
[112]- Ibid, p 28-29.
[113]- **Adeleke Olumide Ogunnoiki**, op.cit, p 13.

journal of legal and economic research | Volume: 04 / N°: 02 (2021), p 633-656

Challenges domestic tourism Post Covid 19

Aissa Kadda*
University Moulay Tahar Saida ,Algeria
aissakadda@yahoo.fr

Wazzani Mohamed
University Moulay Tahar Saida, Algeria,
ouazamed@yahoo.fr

Send Article Date: 26/04/2021 Date of acceptance: 29/05/2021

****

Abstract:

The study aims to clarify the extent of Covid 19 pandemic impact on purchasing decision through the effect of domestic tourism mediation and consumer orientation towards domestic tourism as an alternative to international tourism due to the circumstances of Covid 19 pandemic, where a form was distributed on a sample consisting of 128 tourists from a Saida state and the data was processed using Structural equations models (PLS method) The results of the study, after statistical treatment using SMART PLS 3 2.8 program, revealed an indirect effect of Covid-19 pandemic on purchasing decision by relying on domestic tourism as an intermediate variable to mitigate the repercussions of the pandemic.

Keywords: domestic tourism, covid-19, purchasing decision, tourist, structural equations, PLS approach.

* Corresponding Author.

Introduction :

Tourism is currently the sector most affected by the outbreak of the Coronavirus, which paralyzed life in all its forms, as the wheel of the economy was disrupted and all sectors stopped working, which poses a major challenge to the global tourism sector. which achieved losses in the first quarter of 2020 by 22%, and the crisis could lead to an annual decline ranging between 60-80% compared to last year, as it represented a decrease of about 57% in March alone. It led to the loss of 67 million international arrivals and about $ 80 billion, which had been revised by the World Tourism Organization forecast for 2020. (1)

The tourism agencies have become in constant contact with the World Health Organization to reconcile tourism and health as a slogan for future tourism. And to mitigate the repercussions of the crisis on the tourism sector, plans are taking a way out of the crisis with the least losses by encouraging domestic tourism as one of the currently available alternatives to overcome the Corona crisis and move forward.

Given that the tourism sector in the entire world is the first to be affected by the epidemic and the last to recover, and by extrapolating the recommendations of international tourism organizations, domestic tourism in the current situation is the only opportunity to compensate now, even if it is a small part.

Research problem:

The research problem lies in determining the extent of Covid 19 impact in guiding tourist to make a purchase decision, and it mainly depends on identifying the intermediate effects of components domestic tourism marketing mix in relationship between Covid 19 pandemic and directing the tourist purchasing decision, and thus it can be said that the problem lies in the

answer to the following problem:

How components of domestic tourism marketing mix contribute as a mediating variable to activating the positive relationship between the Covid-19 pandemic and guiding the tourism purchase decision?

Research importance:

The importance of research is highlighted in determining behaviour Algerian tourism by addressing the mix of domestic tourism marketing, as the basic analysis of these components affecting decision-making was carried out in light of the international tourism reluctance and international flights suspension. And the fear of travelling abroad with the spread of Covid 19 while seizing this opportunity to develop strategies that enable the activation of domestic tourism, as these factors contributed to the success of the internal tourism marketing mix and its positive impact in directing tourism behavior towards making a purchase decision that enabled tourism organizations to standardize their marketing policies to increase marketing mix efficiency and effectiveness.

Research Aims:

• Explaining the impact of pandemic Covid 19 on components domestic tourism marketing mix.

• Description domestic tourism marketing mix as a major factor in guiding the purchase decision and Covid 19 pandemic impact on the Algerian tourists behavior at level of tourism organizations in Algeria, the Saida branches.

• Determining mediating effect of the domestic tourism marketing mix on relationship between the Covid-19 pandemic, research model and purchase decision.

SECTION I : LITERATURE REVIEW AND RESEARCH MODEL

In this section we define tourism, domestic tourism, Factors for growth of domestic tourism, Pandemic Covid19**,** The new shape of the global tourism industry after COVID-19 and Previous Literature.

1-1 A definition of tourism :

Tourism is a phenomenon with no universally accepted definition, owing to the complexity and individualism of the travelers themselves and the activities that they choose to undertake.

The most widely utilized definition of tourism, proposed by the World Trade Organization (WTO) and United States (UN) Nations Statistics Division (1994), prescribes that in order to qualify as a tourist one must travel and remain in a place outside of their usual residential environment for not more than one consecutive year for leisure, business or other purposes. Matheison and Wall (1982) on the other hand, do not impose a timeframe, simply stating that one must travel to a destination temporarily. Leiper (1979) believed that defining tourism is more complex than this, proposing that there are three approaches that can be taken. The economic stance focuses on tourism as a business, the technical stance focuses on the tourist in order to provide a common basis by which to collect data and the holistic stance attempts to include the entire essence of the subject (2).

It involves creating products and services with the sole purpose of satisfying market needs and demands through planning and coordinating all marketing mix elements, and most importantly, formulating the right strategy (Kotler 1988). This strategy serves as a connection between the tourists and the

experience they are looking for. It is the framework of the resources needed and the program of activities intended to achieve the objectives, to point the fact that marketing strategies are useful in targeting and developing new market segments and also help improve poor people's relations that occur as a result of several incidents. (3 p. 111)

2-1 Definition of domestic tourism:

Each country possesses the elements of tourist attractions for its citizens to enjoy, whether they are of an archaeological, natural, entertaining or health character, which countries seek to benefit from to stimulate the economy and promote the tourist attractions within the country. And it is called a term like domestic tourism, and it expresses the citizen’s movement from his usual place of residence to the place of visit within the borders of the country of residence for a period of not less than 22 hours and not exceeding 6 months, as it was defined as the movement of citizens who hold the nationality of the country within the country's political borders (4 p. 6). The difference between domestic tourism and foreign tourism is that the latter transcends the geographical and political borders of the country of residence.

Marketing facilitates the exchange process, develops relations between the organization and the consumer, studies the needs of consumers, and develops products and services to meet their demand, all of which is provided to customers at an affordable price, through distribution channels that facilitate access to the consumer. The promotion and communication program with clients is also studied in order to create awareness and interest on their part in the organization and its products by developing a marketing mix consisting of 7P: price, product, place, promotion,

physical evidence, People and Processes.

2-2Factors for growth of domestic tourism:

They differ from one country to another, and the factors that helped achieve the rapid growth of domestic tourism are as follows (5 p. 11):

• The low cost of domestic tourism compared to the costs of outbound tourism in terms of transportation, hotel and other prices.

• Desire for leisure, comfort and relaxation, especially on weekends.

• Governments encourage domestic tourism.

• Lack of complexity in terms of procedures, documents and costs.

• Non-payment of travel insurance expenses.

• No need to exchange currency.

2-1 Panademic Covid19 :

On 31 December 2019, a cluster of pneumonia of unknown etiology was reported in Wuhan City, Hubei Province of China. On 9 January Chinese authorities reported in the media that the cause of this viral pneumonia was initially identified as a new type of corona virus, which is different from any other human corona viruses discovered so far . Corona viruses are a large family of respiratory viruses that can cause diseases ranging from the common cold to the Middle-East Respiratory Syndrome and the Severe Acute Respiratory Syndrome (SARS).

More information is required to better understand the mode of transmission and clinical manifestation of this new virus. The source of this new virus is not yet known. (6)

2-2 The new shape of the global tourism industry after COVID-19 :

The global tourism industry is facing huge losses in terms of jobs and revenues as a result of changing the psychological state of peoples, as sensitivity to health and hygiene has become a top priority, and thus the demand for individual holidays, small hotels and personal packages will increase, because everyone will avoid crowded places. This forced representatives of the tourism sector to replace the existing system with a new system, based mainly on concern for hygiene and health, and that the tourism industry will rely on a simplified local model more than its reliance on providing a comprehensive price system and an open buffet, as tourists are not allowed to enter the country without a certificate confirming their freedom From the Corona virus, in a move that seeks to restore the confidence of millions around the world in the safety of the tourism sector and the proposed precautionary measure has already been applied on a small scale in some countries before the borders were closed due to the disease .

After controlling the crisis, the sector will face a change in the dynamics of consumption under the influence of lack of confidence, austerity and uncertainty, which are variables that will continue to affect the decision-making stages of the tourist.

3-Purchase decisions :

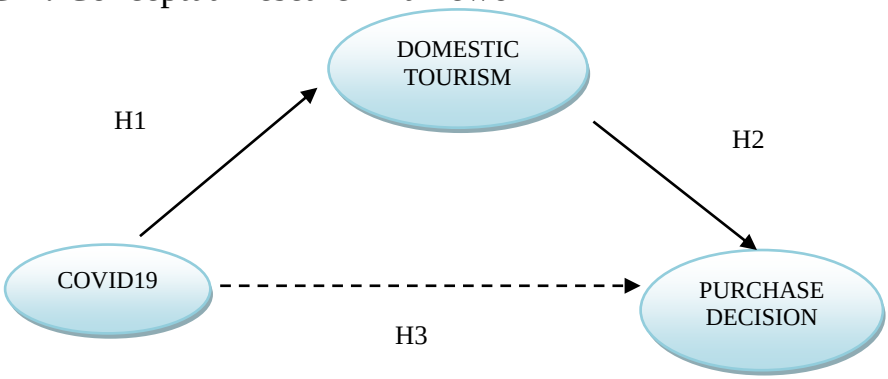
Kotler and Keller (2016) state that purchasing decisions is an act of consumers to want to buy or not to product. Among the various factors that influence tourists to acquire a service (7 p. 3984), tourists usually take into account the quality, price and destinations that the public is already familiar with. Before tourists decide to buy a service, tourists usually go through several stages first, which are: (1) Introducing the problem. (2) Information retrieval. (3) Alternative evaluation. (4) Purchase

decision or not. (5) Post-purchase behavior.

4- RESEARCH MODEL:

After exposure to theoretical frameworks and the most important previous studies that dealt with the subject, the following model and hypotheses were proposed:

FIG1 : Conceptual research framework



SOURCE : Own Construction Based on various previous studies

H1: Do Pandemic Covid19 affect on domestic tourism?

H2: Do marketing mix element of domestic tourism affect on purchase decision?

H3: Do Pandemic Covid 19 influences the purchasing decision through the mediating of the variable domestic tourism marketing mix.

6- Previous Literature:

(1) Studie of Sakkarin Nonthapota and Wanlapa Thomyaa 2020:The effect of the marketing mix on the demand of Thai and foreign tourists :This research aimed to analyze the influence of the marketing mix on the demand of Thai and foreign tourists. Questionnaires were used to collect the data from 410 samples selected by convenience sampling. The data were analyzed via structural equation modeling (SEM) with the WarpPLS 6.0 program. The results showed that the marketing

mix comprising product, price, promotion, and process affected the demand of tourists. In consequence, Moreover, the related stakeholders should become aware of providing services to tourists as means to respond to the demand of Thai and foreign tourists.

(2) Studies of Ashish Kumar, Ajay Bhardwaj, Umakant Indolia : Addressing the effect of COVID19 pandemic on the Tourism Industry in Haridwar and Dehradun Districts of Uttarakhand, India:the study aimed to address and evaluate the effect of COVID19 on Uttarakhand tourism, especially, on the site of Haridwar and Dehradun as they are the entry to the gateway of Major Char Dham Yatra of Himalaya, and where all India tourists arrive since centuries. The prime focus of the study was to review and investigate the people's reaction towards the pandemic situation and how it had affected the working as well as livelihood of people associated with Tourism and hospitality in this region of Uttarakhand. the study showed a strong response from participants for the need of the change in the service of the tourism industry indicating a change for its survival with the present threat possibly through finding solutions such as local tourism, spiritual collective effort and support.

(3) Studies of Faizan Ali,S. Mostafa Rasoolimanesh,Marko Sarstedtg,Christian M. Ringle,Kisang Ryu : An assessent of the use of partial least squares structural equation modeling (PLS-SEM) in hospitality research : The purpose of this paper is to systematically examine how PLS-SEM has been applied in major hospitality research journals with the aim of providing important guidance and, if necessary, opportunities for realignment in future applications. Because PLS-SEM in

hospitality research is still in an early stage of development , Findings – Compared to other fields, the results show that several reporting practices are clearly above standard but still leave room for improvement, particularly regarding the consideration of state-of-the art metrics for measurement and structural model assessment. Furthermore, hospitality researchers seem to be unaware of the recent extensions of the PLS-SEM method, which clearly extend the scope of the analyses and help gaining more insights from the model and the data. As a result of this PLS-SEM application review in studies, this research presents guidelines on how to accurately use the method. These guidelines are important for the hospitality management and other disciplines to disseminate and ensure the rigor of PLS SEM analyses and reporting practices.

SECTION II :Data analysis and results

This section discuses descriptive statistics, Reflective Measurement model , Structural Model Analyze , Intermediate variable analysis and results and discussion.

1- 1 Descriptive statistics:

To answer the main problem, the simple and multiple statistical analysis of the forms distributed on the sample under study was used. The results were as follows:

The first section: It consists of three main axes: The first axis is the marketing mix for domestic tourism, which includes seven partial axes as follows: product, price, promotion, distribution, material evidence, participants and operations.

The second axis is the Covid pandemic.

The third axis concerned the purchasing decision

The second section: consists of the statements related to the

demographic information of the respondent represented by gender, income, profession and educational level.

1- 2 Sampling:

Clients of tourism agencies were chosen in a Saida state, due to their distinguished activity, which they provide to clients and even in neighboring states, which led to an increase in the number of their clients. The questionnaire was distributed from the customers who numbered 128 tourists.

1-3 Research Instruments:

The statistical package for social sciences SPSSV24 was relied upon in entering and processing the data obtained from the questionnaire. For measurement, statistical methods were used in the light of the study's objectives and assumptions and the nature of the variables. Validity factor and Alpha Cronbach to check the reliability and validity of the questionnaire. Smart PLS program using to determine the relationship between variables.

A- Study the validity and reliability: To ensure the validity and reliability of the form, we relied on the Cronbach alpha coefficient and found it equal to 0.884, which means that the reliability coefficient is good, and the following table shows that:

Table 01: Validity and reliability

Cronbach alpha coefficient	Number of variables	Number of obsevations
0.884	28	128

Source: Own Construction based on SPSS24 outputs

B- Analysis of sample characteristics: The characteristics of the sample were analyzed in order to identify demographic variables and how they are distributed study sample individuals according to each variable.

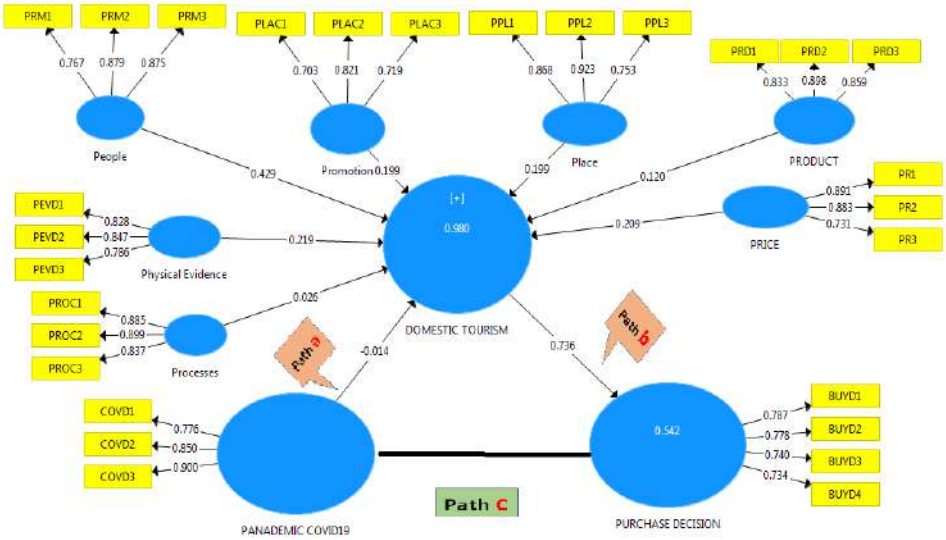
1-4 Examining the study model:

In the study of model, we relied on the technology of the higher level and reflective form, in Smart PLS program to dividing variables into:

First Order: includes the main underlying variables: the marketing mix of domestic tourism, Covid-19 pandemic, and the purchasing decision.

Second level: includes Sub-latent variables of marketing mix: product, price, promotion, distribution, physical evidence, participants and processes .

FIG2: RESULT MODEL RESEARCH ON SMART PLS



Source: Own Construction based on SMART PLS 3.2.8 outputs

1-5-Reflective Measurement model: Indicator reliability, average variance extracted [AVE], and internal consistency serve to assess the reliability of reflective measurement models (8). All indicators of the reflective measurement models exhibit very high loadings, above the critical value of .70 (Table 4). The internal consistencies are satisfactory; values exceed the threshold of .70, and the AVE for each model is sufficient (Table

4). Finally, discriminant validity is established on the basis of procedure superior to the commonly considered Fornell–Larker criterion and assessments of cross-loadings (9).

1-5-1 Convergent Validity: It represents the first stage in the analysis. We must ensure the following conditions:

• All indicators of the reflective measurement models exhibit very high loadings, above the critical value of 0.70

• The internal consistencies are satisfactory; values exceed the threshold of 0.50, and the AVE for each model sufficient is higher than the 0.5 threshold for all constructs, which indicates the amount of variance that the construct captures in relation to the variance due to measurement error.

• Composite reliability greater than 0,70

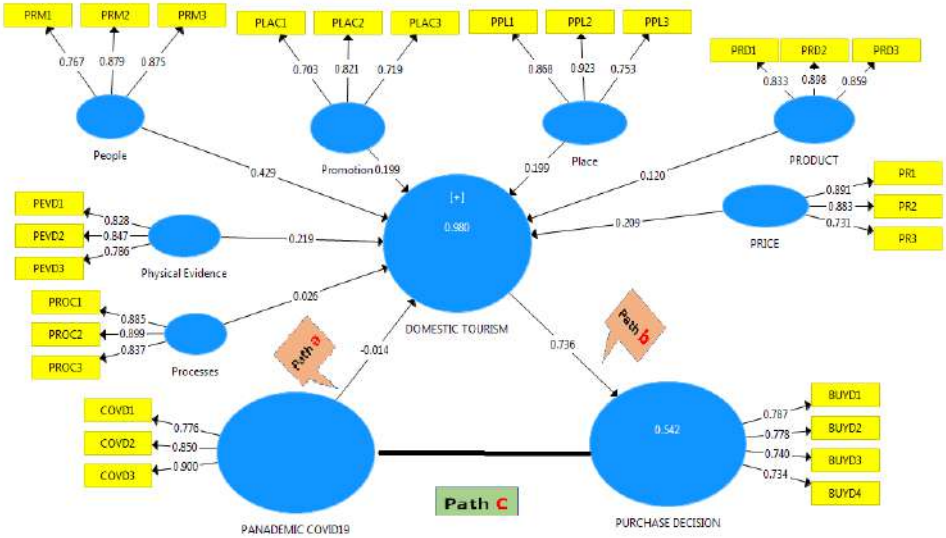


Table 04: Convergence reliability of indicators

Latent Variable	Item	Outter Loading	AVE	Composite Reliability
Product	PROD1	0.839	0.747	0.898
	PROD2	0.893		
	PROD3	0.854		
Price	PRICE1	0.899	0.702	0.875

	PRICE2	0.888		
	PRICE3	0.735		
Place	PLACE1	0.863	0.562	0.794
	PLACE2	0.924		
	PLACE3	0.751		
Promotion	PROM1	0.703	0.709	0.880
	PROM2	0.821		
	PROM3	0.719		
People	PEOPLE1	0.767	0.724	0.887
	PEOPLE2	0.879		
	PEOPLE3	0.875		
Physical Evidence	PEVD1	0.828	0.674	0.862
	PEVD2	0.847		
	PEVD3	0.786		
Processes	PROC1	0.885	0.764	0.907
	PROC2	0.899		
	PROC3	0.837		
Panademic Covid19	COVD1	0.776	0.608	0.823
	COVD2	0.850		
	COVD3	0.900		
Purchase Decision	BUYD1	0.787	0.620	0.867
	BUYD2	0.778		
	BUYD3	0.740		
	BUYD4	0.734		

Source: Own Construction based on SMART PLS 3.2.8 outputs

1-5-2 Discriminante Validity:

A - CROSS-LOADING: The Fornell–Larcker criterion postulates that a latent construct shares more variance with its assigned indicators than with another latent variable in the structural model. In statistical terms, the AVE of each latent construct should be greater than the latent construct's highest squared correlation with any other latent construct.

Table 05: Items Convergence reliability

Latent Variable	Item	Domestic Tourism Marketing Mix	Panademic Covid19	Purchase Decision
Product	PROD1	0.548	0.249	0.264
	PROD2	0.628	0.310	0.444
	PROD3	0.600	0.459	0.404
Price	PRICE1	0.524	0.223	0.399
	PRICE2	0.572	0.236	0.381
	PRICE3	0.496	0.266	0.276
Place	PLACE1	0.435	0.257	0.238
	PLACE2	0.619	0.467	0.492
	PLACE3	0.531	0.446	0.394
Promotion	PROM1	0.564	0.522	0.377
	PROM2	0.663	0.485	0.537
	PROM3	0.657	0.578	0.541
People	PEOPLE1	0.494	0.442	0.427
	PEOPLE2	0.550	0.494	0.358
	PEOPLE3	0.464	0.436	0.273
Physical Evidence	PEVD1	0.549	0. 315	0.405
	PEVD2	0.618	0.396	0.433
	PEVD3	0.610	0.329	0.396
Processes	PROC1	0.656	0.488	0.350
	PROC2	0.622	0.485	0.367
	PROC3	0.531	0.321	0.355
Panademic Covid19	COVD1	0.505	0.725	0.652
	COVD2	0.545	0.725	0.652
	COVD3	0.366	0.574	0.405
Purchase	BUYD1	0.469	0.528	0.806

Decision	BUYD2	0.506	0.596	0.834
	BUYD3	0.610	0.510	0.832
	BUYD4	0.623	0.388	0.666

Source: Own Construction based on SMART PLS 3.2.8 outputs

B- Latent Variable Corrélations: The indicator's loading with its associated latent construct should be higher than its loadings with all the remaining constructs .The correlation of latent variable with itself is considered the largest correlation compared to the remaining variables in the same column and line, which indicates that the variable is independent in itself and completely differs from the rest of other variables and there is no overlap between the variables.

Table 06: LATENT VARIABLE CORRELATION

Variable	**Domestic Tourism Marketing Mix**	**Panademic Covid19**	**Purchase Decision**
Domestic Tourism Marketing Mix	**0.692**		
Panademic Covid19	0.601	**0,657**	
Purchase Decision	0.671	0.514	**0.817**

Source: Own Construction based on SMART PLS 3.2.8 outputs

1-6 Structural Model Analyze:

First, it depends on making sure of the hypotheses by evaluating the paths, and if the significant significance is achieved, then the hypotheses can be accepted and then determine the extent of interpretation independent variables and dependent variable through the determination coefficient R^2, and

then determine the strength of the effect of each independent variable on its own in explaining the dependent variable via F^2. The independent variables to predict the dependent variable and finally the Gof enables to measure the extent and strength of dependence on the standard and structural model in the study.

A- Path-Coefficient Assessment:

The individual path coefficients of the PLS structural model can be interpreted as standardized beta coefficients of ordinary least squares regressions. Just as with the indicators' weights and loadings, each path coefficient's significance can be assessed by means of a bootstrapping procedure.

Paths that are non significant or show signs contrary to the hypothesized direction do not support a prior hypothesis, whereas significant paths showing the hypothesized direction empirically support the proposed causal relationship.

The relationship between variables is studied through P-Value, which determines the probability of error in relationship between two variables. If relationship is found, it must be significant by less than 5%, and the Beta coefficient is extracted from value of Original Sample. Whether it is positive or negative, the relationship is positive or negative.

Table 06: Assessment of pathways

Hypo	Relation	Strd Beta	Strd Eror	T-Value	P-Value	Decision
H1	Covid19⇒Domestic Tourism Marketing Mix	0.567	0.100	5.568	0.000	Accepeted
H2	Domestic Tourism Marketing Mix⇒ Purchase Decision	0.452	0.070	6.346	0.000	Accepeted
H3	Covid19⇒ Purchase	0.451	0.074	6.201	0.000	Accepeted

	Decision					

Source: Own Construction based on SMART PLS 3.2.8 outputs

B- Determination Coefficient R^2: The primary evaluation criteria for the structural model are the R^2 measures. Because the goal of the prediction-oriented PLS‑SEM approach is to explain the endogenous latent variables variance, the key target constructs' level of R^2 should be high. The judgment of what R^2 level is high depends, however, on the specific research discipline. Whereas R^2 results of 0.20 are considered high in disciplines such as consumer behavior, R^2 values of 0.75 would be perceived as high in success driver studies. In marketing research studies,R^2 values of 0.75, 0.50, or 0.25 for endogenous latent variables in the structural model can, as a rule of thumb, be described as substantial, moderate, or weak, respectively. It measures the ability of independent variables together to explain the dependent variable (10 p. 147).

Table 07: Determination coefficient R^2

Variable	Determination coefficient R^2	Obsevation
Purchase Decision	0.542	Moderate
Domestic Tourism Marketing Mix	0.980	Substantial

Source: Own Construction based on SMART PLS 3.2.8 outputs

The explanation was as follows:

• The components of independent variable, the domestic tourism marketing mix contribute to explaining the purchasing decision with a value of 0.642, which is a moderate percentage.

• The effects of Covid 19 explain the components of the domestic tourism marketing mix with a value of 0.78, which is also a Substantial rate.

C- Effect Size F^2:

After applying Bootstraping , the effect of each independent

variable on its own interpretation of dependent variable is measured, which is through F^2.

Table 08: F^2 Effect Size

Variable Independant ⇒ Dependant	Effect Size	Obsevation
Covid19⇒ Domestic Tourism Marketing Mix	0.807	Substinal
Domestic Tourism Marketing Mix⇒ Purchase Decision	0.734	Substinal

Source: Own Construction based on SMART PLS 3.2.8 outputs

• The independent variable Covid 19 alone explains the dependent variable domestic tourism marketing mix with a value of 0.807, which is a substinal value because it affects the tourism activity directly.

• The independent variable alone, domestic tourism marketing mix explains the dependent variable the purchasing decision, is interpreted with a value of 0.734, which is a good value as an intermediate variable to explain the effect of Covid 19 on the purchasing decision.

D- Predictive Relevance Model Q^2:

Representing the ability of the independent variables to predict the dependent variable, it is required that the values of Q^2 be greater than zero, so it is Substantial.

Table 09: Predictive Relevance Model

Variable	SSO	SSE	Q2 (1-SSE /SSO)
Panademic Covid19	87.00	17.096	0.803
Domestic Tourism	89.00	15.549	0,825

Marketing Mix			
Purchase Decision	299	244.558	0,183

Source: Own Construction based on SMART PLS 3.2.8 outputs

It appears that the model has a predictive ability to explain the variable Covid 19 with a value of 0.803, while the dimensions marketing mix of domestic tourism have a value of 0,825, and the variable purchasing decision has a value of 0.183.

E - Goodness Of Fit GOF:

It measures the extent of reliance on the standard and structural model of the study and can be calculated as follows:

$$GoF = \sqrt{(\overline{R^2} \times \overline{AVE})}$$

GoF = 0, 488, which is a Substantial measure because it is above 0.36 (11 p. 207)

2- Intermediate variable analysis:

The mediating variable represents the variable that explains the reason for relationship between independent variable and dependent variable in the case of our study of the mediating variable is: domestic tourism marketing mix between independent variable Pandemic Covid 19 and dependent variable purchasing decision and the effect of mediating variable can be analyzed according to:

2.1 Total Effect Measurement:

We are interested in measuring the relationship between independent and dependent variable across mediator, which must be significant at a level of significance 0,05 representing total effect according to the following form: Path a + Path b Through Bootstraping we extract the indirect effect and found a value of 0.000, which shows that The relationship between the

independent variable: variable Pandemic Covid 19 and the dependent Purchase Decision via mediator domestic tourism marketing mix are considered significant and acceptable.

2.2 Determining Total Effect interval confidence:

If the value of zero is found between the lower limit and the upper limit of confidence interval, there is no effect of mediating variable, and in the case of our study, the zero does not belong to confidence interval {0,235265 - 0,681585} So domestic tourism marketing mix is considered acceptable as an intermediate variable between variable Pandemic Covid 19 and variable purchasing decision, which achieves Hypothesis 03 that Pandemic Covid 19 influences the purchasing decision through the mediating of the variable of domestic tourism marketing mix.

Table 10: Mediator variable test

Path A	**Path B**	**Inditrect effects**	**SE**	**T-Value**	**Min interval confiance**	**Max interval confiance**
0,725	0,653	0,496	0,096	*4,93151042*	*0,235265*	*0,681585*

Source: Own Construction based on SMART PLS 3.2.8 outputs

3. RESULTS AND DISCUSSION :

The study proposes to encourage domestic tourism as one of the quick alternatives to re-activity at the present time to mitigate the repercussions of Covid 19 pandemic, by following the utmost levels of health and safety, and using technology in the rapid detection of arrivals and the required analyzes and adapting the appropriate marketing mix for tourism in light of the current conditions that are concerned with precautionary measures and health protocols to activate The purchasing decision. The paper concluded that the tourism sector benefits from seizing an opportunity in front of it to reconcile with the domestic tourist, after raising the quarantine and gradually returning life to

normal, because it is relied upon to move the wheel of the sector after it stops by developing a marketing mix concerned with health-safe tourism products, facilities through installment payments for trips Tourism, reducing hotel prices and services to encourage tourism, promoting online virtual tours, training employees on modern technology to communicate with customers.

Conclusion:

The promotion of domestic tourism enables the mitigation of Covid 19 pandemic repercussions and the activation of purchasing decision by creating confidence for tourists in light of global conditions and the spread of pandemic to compensate even a small part for inbound tourism. The study indicated that marketing mechanisms for domestic tourism are worthwhile. Where the paper examined the factors that lead to mitigating the effects of pandemic, on the one hand, and on the other hand, activating the purchasing decision through intermediate variable, the marketing mix of domestic tourism that leads to benefit from directing the tourist demand. This paper identified factors that affect the tourist's position and its impact on purchasing decision, the direction of marketing mix for domestic tourism, the most important of which are health measures and the focus on product quality and electronic promotion.

Recommendations:

- ✓ Promote domestic and regional tourism.
- ✓ Activating the role of strategic health sector, in cooperation with the tourism sector, in enhancing tourist confidence in light of global conditions and the spread of the pandemic.

- ✓ Equipping the tourism infrastructure with international standards to prevent transmission of infection.
- ✓ Reopening tourism and commercial activities, opening borders and airports, while following strict preventive and health systems
- ✓ To coordinate regarding canceling or facilitating visas, and circulating electronic visa systems.
- ✓ Standardization of protocols to support aviation, which remains the most important factor in supporting the tourism sector.
- ✓ Focusing on qualitative indicators and the tourist profile, and the shift from quantitative to quality strategies
- ✓ Promote innovation, especially in small and medium-sized enterprises, for recovery
- ✓ Inclusion of women, youth and local people in the cultural tourism supply chain
- ✓ Expanding the scope and smoothness of access to places of cultural tourism in tourist destinations for people with special needs.

Bibliographie

1. The World Tourism Organization. *The World Tourism Organization.* [Online] 11 11, 2020. [Cited: 11 11, 2020.] https://www.unwto.org/glossary-tourism-terms.
2. **Stainton, Hayley.** Tourism Teacher. *Tourism Teacher.* [Online] 11 25, 2020. [Cited: 11 25, 2020.] https://tourismteacher.com/definition-of-tourism/.
3. *ANALYSIS OF MARKETING TOURISM FACTORS IN BANDUNG CITY'S LEADINGTOURISM OBJECTS.* **Satya, Mutia Tri, et al.** 2019, Review of Behavioral Aspect in Organizations & Society, p. 111.
4. **Lala, Rukh, Farukh, Khan and d Mohammad, Nafees.** A Review of the Possible Economic Impacts of Corona-virus on Tourism Industry of

Pakistan. *Qurtaba University of Science and Information Technology.* 2020, pp. 1-15.
5. **Whms, Samarathunga.** Tourism, Post-COVID19 Challenges and Way Forward for Sri Lanka. *Rajarata University of Sri Lanka.* 2020, pp. 1-13.
6. World Health Organisation. *World Health Organisation.* [Online] 2020. https://www.who.int/news-room/articles-detail/who-advice-for-international-travel-and-trade-in-relation-to-the-outbreak-of-pneumonia-caused-by-a-new-coronavirus-in-china/.
7. *Determinants of Consumer Purchase Decision In SMEs.* **Harahap, Dedy Ansari and Amanah, Dita.** 2020, International Journal of Scientific & Technology Research, p. 3982.
8. **Hair, Joseph F, et al.** A Primer on Partial Least Squares Structural Equation Modeling (PLS-SEM). [ed.] CA: Sage. *Thousand Oaks.* 2nd edition, 2017.
9. **Henseler, Jörg, Ringle, Christian M and Sarstedt, Marko.** "A New Criterion for Assessing Discriminant Validity in Variance-Based Structural Equation Modeling. 2015, Vol. 43 , (1), pp. 115–35.
10. **Joe N, Hair, Christian, M. Ringle et Marko, Sarstedt.** PLS-SEM: Indeed a Silver Bullet. 2011, Vol. 19, 2 , pp. 139–151.
11. *A Primer on Partial Least Squares Structural Equation Modeling.* **Joseph, F Hair, et al.** 2017, SAGE Publications, p. 207.

journal of legal and economic research | Volume:04/ N°: 02 (2021), p 657-673

Women's participation in political life in the Arab States

Amel Guettaoui *
Faculty of Law and Political Science University of Mostaganem,
Member of International Law and Development Laboratory (Algeria),
amel.guettaoui.etu@univ-mosta.dz

Ouafi Hadja
Faculty of Law and Political Science University of Mostaganem,
Member of Land law and Environment Laboratory (Algeria),
hadja.ouafi@univ-mosta.dz

Send Article Date:30/04/2021 Date of acceptance:24/05/2021

****

Abstract:

The level of political representation of women in various legislative bodies around the world varies widely, and recent decades have seen a marked increase in the frequency of calls for women's empowerment and for their participation in political life. Despite these calls, efforts to involve women in political life still face many obstacles, especially in Arab countries. This study compared the participation of women in political life in the Arab countries of North Africa and the rest of the Arab countries of South-West Asia, noting the great importance of the role of women in political life, especially after the constitutional amendments of most Arab countries.

key words: Women - Political Life - The Kota System - Elections - The Principle of Gender Equality.

* Corresponding Author.

Introduction :

The level of political representation of women in different legislative bodies around the world varies greatly (The Arab quota report: selected case studies, 5-6 December 2004) , The women in the Arab world, is that as in other areas of the world, have throughout history experienced discrimination and have been subject to restriction of their freedoms and rights. Many of these practices and limitations are based on cultural and emanate from tradition and not from religion as many people supposed, these main constraints that create an obstacle towards women's rights and liberties are reflected in the participation of women in political life. Although there are differences between the countries, the Arab region in general is noted for the low participation of women in politics. Universal suffrage has become common in most countries, but there are still some Arab women who are denied such rights (Sabbagh, 2005) .

There have been many highly respected female leaders in Arab history, such as Shajar al-Durr (13th century) in Egypt, Queen Orpha (d. 1090) in Yemen. In the modern era there have also been examples of female leadership in Arab countries. However, in Arabic-speaking countries no woman has ever been head of state, although many Arabs remarked on the presence of women such as Jehan Al Sadat, the wife of Anwar El Sadat in Egypt, and Wassila Bourguiba, the wife of Habib Bourguiba in Tunisia, who have strongly influenced their husbands in their dealings with matters of state. Many Arab countries allow women to vote in national elections. The first female Member of Parliament in the Arab world was Rawya Ateya, who was elected in Egypt in 1957. Some countries granted the female franchise in their constitutions following independence, while some extended the franchise to

women in later constitutional amendments (council, 25 November 2014.) .

1-Importance of the subject: The importance of studying this subject is in several points, including:

- The importance of this study affect an important member of the community which is Women, in addition this subject is related to the application of a constitutional rule of law, which is the principle of equality between genders.
- In Arab countries women make up a numerical superior category.

2-Objectives and goals of the study:

-Highlighting the special international efforts to the advancement of women's rights conventions and international conferences.

-Determine the progress of the Arab countries in the field of human rights, and specifically women's participation in political life.

-Stand on the results of their national plan to activate the political participation of women.

-Indicate the most important legal mechanisms that would activate the political participation of women. “Such as the Quota system”.

-Indicate the obstacles that stand in the face of women's participation in political life.

-Indicate the above with the differences between women's participation in political life in the North African Arab countries and the rest of the Arab countries located in Southwest Asia.

3-Reasons for choosing this subject of research:

a- Subjective reasons:

-Scientific curiosity in dealing with topics related to women and political life.

-Attempting to provide a clear view about what is actually happening in the Arab countries with regard to this topic, where I noticed the ignorance of many of you about the fact of the situation there, especially with regard to women's issues.

b- Objective reasons:

- The modernity of subject.

-The evolution of the legal status of Arab women at the international level in terms of a set of rights that other legislation still did not reach the minimum of it.

-The great importance of the role of women in political life, especially after the constitutional amendments after the independence of most Arab countries, which was colonized.

4- The research method:

I used both quantitative and qualitative methods, by analyzing the ideas, and giving statistic, and show the historical development of women's participation in political life.

5- The plan: we divided our research studies into three chapter as follow:

Chapter one: women's participation in political life in Southwest Asia Arab states.

Chapter two: women's participation in political life in North African Arab States.

Chapter three: obstacles that hinder Arab women in political participation.

CHAPTER ONE : WOMEN'S PARTICIPATION IN POLITICAL LIFE IN SOUTHWEST ASIA ARAB STATES.

We are going here to deal with the most important countries in Southwest Asia Arab states, Intruders the Saudi Arabia, then United Arab Emirates, Kuwait, and Iraq

1-Saudi Arabia:

King Abdullah has granted women the right to vote in the 2015 municipal elections. The king also appoints 30 women to the top advisory body, the Shura Council (ZohraTaourit, 2014-2015) . The body cannot legislate and its male-dominated chamber has so far not taken up a request by three female members to discuss the issue of

allowing women to drive. The Saudi government also has rolled out a law penalizing domestic abuse, including neglect. The law does not address the guardianship system that grants male family members authority over their female relatives (Topic guide for human rights council) .

2-United Arab Emirates:

The UAE is among the most socially liberal of the Gulf States and authorities have made an effort to hire women to prominent government roles. However, traditional attitudes toward women have run up against the country's modern image. In the UAE, in 2006 women stood for election for the first time in the country's history. Although just one female candidate - from Abu Dhabi - was directly elected, the government appointed a further eight women to the 40-seat federal legislature, giving women a 22.5 per cent share of the seats, far higher than the world average of 17.0 per cent (Women in parliament and politics in the UAE: A Study of the first federal national council elections).

3- Kuwait:

Women earned the right to vote for the first time in 2005, and in 2009, four women won seats in parliament. As in nearby Qatar, they aren't able to convey citizenship to their children. Those born to Kuwaiti mothers do get the same benefits as Kuwaiti citizens up until they're 21. That includes free education, health care, and monetary benefits. Unlike in neighboring Saudi Arabia, women can drive and travel on their own. They aren't required to cover their heads, though expectations of modest dress remain as in other Gulf countries (Shalaby, 2015) .

4- Iraq:

There are no laws focusing on domestic violence against women. The country's 2005 constitution states that a quarter of parliament

seats and government positions must go to women. This later was extended to provincial and local councils.

Arab women are under-represented in parliaments in Arab states, although they are gaining more equal representation as Arab states liberalize their political systems. In 2005, the International Parliamentary Union said that 6.5 per cent of MPs in the Arab world were women, compared with 3.5 per cent in 2000. In Tunisia, nearly 23 per cent of members of parliament were women. However, the Arab country with the largest parliament, Egypt, had only around four per cent female representation in parliament. Algeria has the largest female representation in parliament with 32 per cent (The Arab quota report: selected case studies, 5-6 December 2004).

It was held a workshop in Cairo, Egypt, in December 2004, witch reviewed the experiences of quotas in the Arab world ((UNDP)), since the workshop in 2004, a lot has happened in the Arab region. Women in Kuwait were given the right to vote for the first time in 2005. In the parliamentary elections.

CHAPTER TWO: WOMEN'S PARTICIPATION IN POLITICAL LIFE IN NORTH AFRICAN ARAB STATES.

We are going here to deal with the most important countries in North African Arab states, Intruders Algeria, then Morocco, Tunisia, and Egipt.

1- Algeria:

Regional Bureau for Arab States of the United Nations Women's Algerian congratulated the decision to appoint seven women ministers in the new Algerian government, saying that the new government recorded a historical precedent presence of seven female ministers and ministerial staff, which is the first time that this issue of the appointment of women in the executive Algerian device ((UNIFEM)., 2014).

It is commendable and striking is that the proportion of women ministers, women in this government equal to 20%, the ratio serves as a precedent not only in Algeria but on the Arab level and even international, particularly those characterized by the new government, the attribution of the Ministry of significant size of the education sector to a woman for the first time opens up in front of the biggest female element spaces after the law of women's participation in political life in 2012, a law that contributed to the entry of more than 100 women to parliament in accordance with the quota system, which was enacted in this regard (Anscher, 2014) .

She was with a spokeswoman in the same context of the wishes of the ministers of the new female success in their posts and Algeria further progress in the areas of political participation and empowerment of women as an ideal role model among Arab countries in this regard, pointing out that the decision of the Algerian shows the faith of the Algerian state energies of women's existing investment in order the advancement of the state by ensuring that women's political participation and the assumption of decision-making positions, To indicate the ministers who belong to that Algerian government are Nouria bin Gabrit Minister of National Education, Delilah Boujemaa Minister create the region and the environment, Nadia Labidi, Minister of Culture, Monet Muslim minister of national solidarity, family and women's issues, flower Drdora Minister of Post and Technologies of Information and Communication, Nouria Yamina Zerhouni as Minister of Tourism traditional industry, Aisha Tagabo Minister Delegate to the Minister of Tourism and Handicraft expensive traditional industry .

Despite the many gains of Algerian women at all levels, but there is still a clear deficiencies in all forms and participation in various

political institutions of the local or national levels boards and even in the political parties ,the parliament , the government and the ministry.

The Algerian women's participation alongside men in elected councils , local or legislative ones , of the most important conditions of democracy , when we talk about democracy today , we must recognize that one concentrates is equality , and to give the opportunity for all without distinction or discrimination between the sexes (Titilia, Zed El Khir Titilia, Upgrade Algerian women's representation in elected councils, Submission to complete the Master Certificate Requirements, Under 2013/2014, p. 48) .

The Inter-Parliamentary Union announced that Algeria recorded the largest percentage of progress on women's representation in the National People's Assembly and the National Assembly compared with the rest of the region where he highlighted the importance of maintaining the percentage of quota "quotas" in the elections to increase women's participation in political life.

Annexation of the report, seen by "leading" a copy of which Algeria among the top three countries that have seen progress in the parliamentary elections, in terms of the application of the quota imposed by the law in addition to Senegal and "Timor-Leste", while Algeria is the first Arab countries that have crossed the 30% of the post women in parliament, where the turnout was 31.6%, and this is a remarkable achievement in a region that has failed to maintain the hope of democratic change in the Arab spring countries, but Egypt and Libya have the lowest level of participation of women in all countries the ratio is less than average and stood at 13.2%.

2- Morocco:

Increased representation of Moroccan women in political life in general and in local councils in particular has now become a reality.

Recently, the Moroccan Parliament amended the local election law to raise female representation from 12% to 27% in municipal councils.

On June 12 2009, 3,324 women were elected to local councils throughout the Kingdom of Morocco, representing nearly 12 percent of the total seats under contention. Thanks to an electoral quota system pursued by women's rights advocates, this percentage dramatically increases the representation of women in elected government. Winning electoral campaigns is likely the easiest hurdle these courageous women will have to overcome.

Although women's rights in Morocco are guaranteed in the country's constitution drafted initially in 1962, and supported through the teachings of Islam, cultural traditions have contributed to much higher illiteracy and poverty rates among women when compared to men. The Kingdom started tackling this problem in the 1990's through debate on family law legislation, which was passed by King Mohammed VI in 2004. The King also passed the nationality code in 2006, allowing women to pass Moroccan nationality to their children. Additional reforms in the judicial and education sectors are currently being discussed to maintain the momentum of women's active political participation. For example, reforms are being made on the communal charter to mandate quotas for the number of women sitting on the councils' executive boards and advisory bodies. The King recently stated that the need for women to have a presence within the upper ranks of the Kingdom's judicial system is paramount, reflecting his sentiment behind these reforms (Broomell, 2010).

The Moroccan government is also actively investing resources in programs that support the implementation of these reforms. For example, the Ministry of Interior recently launched a local governance program that supports the active participation of women in the political process. In addition, the Ministry devoted 10 million dirhams

($1,25m) to finance projects of Moroccan political parties and civil society representatives that seek to increase women's participation.

Through ongoing governmental reforms, training programs and resource allocation, women's equal representation in Moroccan politics can become a reality.

3-Tunisia:

Women from all walks of life, age groups and regions of Tunisia took to the streets in the December 2010 – January 2011 uprising that led to the ousting of former dictator Zine El Abidine Ben Ali on January 14, 2011. Women also participated in large numbers in the October 2011 National Constituent Assembly (NCA) elections as candidates and campaigners, Considering that Tunisia has long been on the frontlines in gender politics, electoral lists for the parliamentary elections that took place on October 26 have proved a disappointment; female candidates led 11 percent of electoral lists. Given that women made up 50.5 percent of registered voters (up from 45 percent in October 2011), the low percentage of female candidates sparked outrage among female activists who had a leading role during the Tunisian revolution in 2011 and who, over the last three years, have stood steadfastly against trends that threatened to derail the democratic movement. Despite their increasing political participation and the constitutional and legislative protection for women's political and civil rights (such as Article 24 of the Tunisian Electoral Law ensuring parity in electoral lists), Tunisian women find themselves almost excluded from "real" political opportunities (Yahia, 2012).

Equally important, statistics show that female political participation is remarkably lower in the interior regions than the coastal ones—particularly surprising given that voter registration among women in the interior governorates is higher than for men. The exclusionary stance is particularly clear, for example, in the Tataouine governorate

located in southern Tunisia, where female candidates led no electoral lists, despite the fact that vertical parity and alternation was guaranteed by the Fundamental Law 16/2014 on Elections and Referenda, enacted in May 2014.

Unfortunately, the absence of “real” political representation of Tunisian women was not restricted to electoral lists. Men also dominated the media exposure discussing the 2014 elections. According to The Independent High Authority for Elections (ISIE), every candidate had three minutes on a national channel to deliver his/her electoral program. However, even those TV sessions provided for candidates to briefly present their electoral programs were male-dominated programs, obstructing womens’ opportunity to demonstrate their political leadership skills. “Unless [there is an] impediment, only the head of list can present its political program on national media,” said ISIE. Accordingly, women only enjoyed 11 percent or less of national media time (Fdhil, 2014) .

4-Egypt:

Women’s political rights in Egypt is a subject that is rarely discussed by the general public. While most ministries, governmental positions and political candidates are predominantly male, women who do participate are not given the same support and confidence that is usually given to men.

During the 2008 local council election, the parties nominated low percentages of women candidates. Out of the National Democratic Party‟s (NDP) 52000 candidates, only 6000 were women. The Wafd Party nominated 24 women out of their 520 candidates. El Tagamoa'a Party nominated sixteen women out of their 234 candidates, and the Generation Party (El Gil) nominated seven women out of their 74 candidates. The Nasserist party nominated only five women out of 151 total candidates, and out of the Republican Party‟s (El Gomhory) fourteen candidates, two were women. Only 2335 women were

elected, totalling 4.4% of the total local council members. The 2008 report of the International Parliamentary Union on Women's Status ranks Egypt 134 in women's participation in parliament out of 188 countries. Rwanda, Sudan, and Cuba come in first, second and third respectively (Amany Khodair, p. 4).

When you had the quota system of 2010 with 64 seats for women, it was just an idea for tokenism. It was just to fulfill Egypt's international commitments; it was not about real implementation.

In the 2011 parliament, which was dominated by the Muslim Brotherhood and Islamists, the quota system was very weak and even counterproductive. "We barely had a quota, "There was a quota of one woman on each party list -which was nothing because the law did not put a clear statement around where to put the woman on the list. So of course, every party had women towards the bottom because they wanted to win more seats and knew the general public would never vote for a list that has women as a priority."

In spite of the January 25 Revolution has witnessed active participation of Egyptian women, but the subsequent legislation on the Revolution had abolished the quota system resulted in the representation of low for women in the parliamentary elections in Egypt, where he has won (9) ladies only and represent the percentage of no more than 7 to 1% of the the current parliament seats.

CHAPTER THREE: OBSTACLES THAT HINDER ARAB WOMEN IN POLITICAL PARTICIPATION

The role of women in politics in Arab societies is largely determined by the will of these countries' leaderships to support female representation and cultural attitudes towards women's involvement in public life. Dr Rola Dashti, a female candidate in Kuwait's 2006 parliamentary elections, claimed that "the negative cultural and media attitude towards women in politics" was one of the

main reasons why no women were elected. She also pointed to "ideological differences", with conservatives and extremist Islamists opposing female participation in political life and discouraging women from voting for a woman. She also cited malicious gossip, attacks on the banners and publications of female candidates, lack of training and corruption as barriers to electing female Member of Parliament.

And there are many others barriers like:

• Starting from the patriarchal culture of the society which is reflected on the social and economic situation of women ending by the offensive discriminatory laws and practices of the authoritarian ruling regime the obstacles that hinder Arab women from political participation is lying in between. while educational and income levels do not have a direct impact on voting, they tend to enhance the participation of women in campaign organizations and in the memberships of non-governmental organizations (NGOs) (Tiltnes, 2000).

• Under authoritarian rule, political activities are held secretly and it is difficult for women to get involved in secret work due to norms and traditions.

• Legislature are unwilling to increase and empower women political participation and their attainment of political rights as well as social, cultural, civil and economic rights and utilizing Islamic religion to exploit and discriminate against women, Sudanese women up to date are controlled by their husbands and families by law.

• The quality and Intensity of women political participation is also an obstacle, because of the fact that women represent their parties in the first place and not women, they do not fight for women rights and for better status and their participation in decision making process is usually nil and not real (Musaddaq, 2000, p. 244).

• Cultural and social norms confine politics to men and bind women with the domestic sphere.

• Women do not own the social capital and the economic resources to advance their position or to participate in politics usually (Margaret, 2000).
• Lack of training to women in political parties and the exclusion of women issues in their programs.
• Political parties are targeting women as voter, not as actors and can play enormous role in politics.
• The media is playing an important role in erasing the modest women political participation, in Sudan women is rarely presented as politician in the media, even when they image a politician woman they impose their domestic roles and neglect their public activities. This false portrait ensure to the society the gender division of labor and express the vision of women never succeed if they are not mothers and wives although if they are politicians.

Conclusion:

Women in the Middle East and North Africa did not witness only a social transformation, but also a political transformation in the contemporary Arab world. Among their legal rights is voting, which grants them the right to put their choices and opinions into consideration concerning political decisions.

The contemporary political system is based on elections in many Arab countries. Women were granted the full right to vote on a universal and equal basis in Lebanon in 1952, Egypt in 1956, Yemen in 1967, Iraq 1980, where Syria in 1949 with restrictions or conditions lifted in 1953 and in Kuwait in 1985 but later removed and re-granted in 2005, Tunisia in 1959, Mauritania in 1961, Algeria in 1962, Morocco in 1963. After one year, women in Libya and Sudan were able to vote also in 1970, Bahrain in 1973, Jordan in 1974, and Oman in 1994.

As a sum up, we can say, In spite of these efforts and the progress achieved in recent years, the substantive participation of women in political life is still limited.

We hope with this entirely positive changes in the legislation of the Arab states and accession to international treaties aimed at promoting women's rights, will be realized in the future in women's access to what they wish in the political field.

Bibliography List setting:

1. Abdul Haq Anscher, in the political journey Day 09-05 – 2014, in: *http://*www.*djazairess.com/*alseyassi*/24209*
2. Amany Khodair, Bassant Hassib, Women's Political Participation in Egypt: The Role of the National Council for Women, in : https://www.psa.ac.uk/sites/default/files/conference/papers/2015/Women20Egypt.pdf, p4.
3. Fatima ZohraTaourit, the women in the contemporary Arab world: perceived by culture or religion?, a dissertation Submitted as a Partial Fulfillment of the Requirements for the Master Degree in Anglo-Saxon Literature and Civilization, Supervisor Dr Wassila MOURO, Abou Bekr Belkaid University of Tlemcen, Algeria, Academic year: 2014-2015, p14.
4. Gabriella Borovsky and Asma Ben Yahia Women's Political Participation In Tunisia After The Revolution, Findings From Focus Groups In Tunisia, Conducted February 17-28, 2012, May 2012, National Democratic Institute
5. Helou Margaret, 2000. 'Women and Parliamentary Elections in Lebanon', in Hussein Abu Rumman (ed.), Arab Women and Political Participation. Amman: al-Urdon al-Jadid Research Centre. p. 259.
6. Musaddaq, Ruqua'ia, 2000. 'Moroccan Women and Legislative Elections', in Hussein Abu Rumman (ed.), Arab Women and Political Participation. Amman: al-Urdon al-Jadid Research Centre, p. 244.

7. Supporting Morocco's Women in Politics Posted on 24 February, 2010 by Guest Barbara Broomell is deputy director for Middle East and North Africa at the International Republican Institute, in The CIPE Development Blog.in:http://www.cipe.org/blog/2010/02/24/supporting-morocco%E2%80%99s-women-in-politics/#.V1SqNzWLTIV

8. The Arab quota report: selected case studies, quota report series -this report was compiled from the findings and case studies presented at a workshop held on 5-6 December 2004, in Cairo, Egypt, p3.

9. The workshop was organized and held jointly with United Nations Development Program (UNDP) Cairo, United Nations Development Fund for Women (UNIFEM) Arab States, and the National Council for Women in Egypt. This publication is a selection of the case studies presented at the Arab region workshop.

10. This discussion on Arab women's participation in legislatures is taken from Sabbagh, Amal, 2005. 'Case Study: The Arab States', in International IDEA, Women in Parliament: Beyond Numbers. A Revised Edition. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA).

11. Tiltnes, Uga, 2000. 'Women and Political Participation in Jordan', in Hussein Abu Rumman (ed.), Arab Women and Political Participation. Amman: al-Urdon al-Jadid Research Centre.

12. Topic guide for human rights council, axel model united nations human rights council (HRC) topic: women rights in Arab nations, in: http://axmun.blogspot.ro/2014/11/topic-guide-for-human-rights-council.html, published in Tuesday, 25 November 2014.

13. United Nations Development Fund for Women (UNIFEM), 2014. Progress of Arab Women 2014. Amman: UNIFEM Arab States Regional Office, p. 126.

14. Zed El Khir Titilia, Upgrade Algerian women's representation in elected councils, Submission to complete the Master Certificate Requirements, Under the supervision of Dr. Yasmina Al Ajel, Kacedi Merebah University of Ourguela, academic year 2013/2014, p48.

15. Afràa Fdhil, is a research student at the Faculty of Legal, Political, and Social Sciences of Tunis in Carthage, The Struggle for Female Political Participation in Tunisia, October 28, 2014, in: http://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/the-struggle-for-female-political-participation-in-tunisia