

دورية علمية تعني بالدراسات القانونية والادارية تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية
بجامعة جيلالي ليابس بسيدي بلعباس - الجزائر -

العدد الحادي عشر 2015



الإيداع القانوني 195 - 2005

ردمد 5993 - 1112 ISSN

توجه جميع المراسلات باسم السيد مدير المجلة

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

الهاتف والفاكس : 00.213.48.70.11.53

دورية علمية تعني بالدراسات القانونية والإدارية تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة جيلالي ليايس بسيدي بلعباس - الجزائر -

العدد الحادي عشر 2015

المجلس العلمي للمجلة

- أ د . بوسندة عباس عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية رئيسا.
- أ د . معوان مصطفى جامعة سيدي بلعباس.
- أ د . بودالي محمد جامعة سيدي بلعباس.
- أ د . كراجي مصطفى جامعة سيدي بلعباس.
- أ د . كمال بومدين جامعة سيدي بلعباس.
- أ د . بموسات عبد الوهاب جامعة سيدي بلعباس.
- أ د . مكلل بوزيان جامعة سيدي بلعباس.
- أ د . قاسم العيد عبد القادر جامعة سيدي بلعباس.
- أ د . قادة بن علي جامعة سيدي بلعباس.
- أ د . العربي الشحط جامعة وهران.
- د . ماري حلورزق جامعة بيروت - لبنان -
- د . جولييات أوليفي جامعة ديجون - فرنسا -
- د . كريم كريمة جامعة سيدي بلعباس.
- د . بردان رشيد جامعة سيدي بلعباس.

مدير النهر موضوعات القانون الخاص : د . بوكعبان العربي

مدير النهر موضوعات القانون العام : د . آغا جميلة.

مدير التحرير : أ . طلحة نورة

دورية علمية تعنى بالدراسات القانونية والإدارية تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة جيلالي ليابس بسيدي بلعباس – الجزائر –

العدد الحادي عشر 2015

قواعد النشر

ترحب المجلة بمشاركة الباحثين من كل الجامعات الجزائرية والأجنبية وتقبل للنشر الدراسات والبحوث المتخصصة في العلوم القانونية والإدارية والسياسية وفقا للقواعد التالية :

- أن يتسم البحث بالأصالة النظرية والإسهام العلمي .
- أن يكتب على جهاز الكمبيوتر بخط 14 Traditional arabic و10 بالنسبة للهوامش (على قرص مضغوط) وأن يرفق بنسخة من البحث لا يتجاوز عدد صفحاتها 10 صفحات بمقاس 24/17.5 سم.
- أن تخضع البحوث المقدمة للتحكيم العلمي قبل نشرها.
- لا ترد البحوث التي تتلقاها المجلة لأصحابها سواء نشرت أو لم تنشر.

الدراسات التي تنشرها المجلة تعبر عن آراء أصحابها وحدهم

دورية علمية تعني بالدراسات القانونية والإدارية تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية
بجامعة جيلالي ليابس بسيدي بلعباس - الجزائر

الفهرس

الخطأ القضائي على ضوء القانون اللبناني د. ماري الحلو رزق 9

مفهوم الخطأ القضائي الموجب للتعويض في المادة الجزائية د. علال فالي

28

الاستثمار السياحي وتحقيق التنمية المستدامة د. كريم كريمة 48

الحماية القانونية والفنية للتوقيع الإلكتروني في مجال البيئة الرقمية أ. بلحسيني حمزة

72

تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائي) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي

أ. كمال سمية 93

دور اعتبار الأمن القانوني في التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي

د. صاري نوال 105

جريمة الرشوة

الانتخابية دراسة مقارنة : أ. طيفوري زاوي 128

"نظام التعاقد" أحد متطلبات عصنة الوظيفة العامة أم أحد أسباب فشل مسارات الإصلاح

143	أ. قدود وجميلة	في القطاع؟
172	أ. مصطفى صفية	التزام الصيدلي بالتحليل الصيدلاني للوصفة الطبية
197	أ. ولهاصي سمية بدر الدور	مكانة خطأ المستخدم في مجال المسؤولية عن حوادث العمل
210	د. خليل عمرو	نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بين الإباحة والتقييد.
230	أ. جندولي فاطمة الزهراء	قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص - تأصيل وتجديد
249	أ. لاكللي نادية	فعالية " إجراء الرأفة " في قانون المنافسة

المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة التلوث أ. بن دريس حليلة

260

L'appréciation de la liberté d'expression chez le fonctionnaire

Nora Talha, P2

دورية علمية تعني بالدراسات القانونية والإدارية تصدرها

كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة جيلالي ليايس بسبيدي بلعباس - الجزائر -

العدد الحادي عشر 2015

بسم الله الرحمن الرحيم

إفتتاحية العدد

بتاريخ 15 و 16 أفريل تم انعقاد فعاليات الملتقى الدولي حول "الخطأ القضائي - نظرات متقاطعة - " بحضور أساتذة ، باحثين ، أكاديميين قضاة ومحامين ، من بينهم الأستاذ أحمد محيو، الأستاذة ماري حلورزق ،الأستاذ علالي فالي، الأستاذ هشام منصان ،الأستاذ باسم محمد شهاب وغيرهم من الأساتذة المتخصصين، أين حاولوا خلال يومين من المحاضرات والمناقشات الاجابة عن الاشكالية التي طرحت بخصوص الموضوع .

ذلك أن مسألة الخطأ القضائي ذات أهمية قصوى في مختلف فروع القانون وفي الأنظمة القانونية الحديثة بحيث تعبر عن مدى صحة الجهاز القضائي من عدمه من جهة وعن إرساء دولة القانون والحق من جهة أخرى.

فدراسة الخطأ القضائي تمكننا من اكتشاف طرق عمل الأجهزة القضائية، ما يؤدي إلى معرفة أسباب الخطأ القضائي وتحديد كيفية البحث في الوسائل الرامية إلى الحد منها عبر القواعد الموضوعية والإجرائية للقانون، هذا من خلال طرح إمكانية إصلاح العدالة حفاظا على مبادئ المحاكمة العادلة وعلى حقوق المتقاضين تطبيقا للمقاييس المعترف بها دوليا.

بعد يومين من النقاش الساخن والموضوعي والبناء تم تشكيل لجنة توصيات تحت رئاسة الأستاذ الدكتور معوان مصطفى رئيس المجلس العلمي للملتقى ولكلية الحقوق والعلوم السياسية. استقر الرأي على عرض التوصيات النهائية التالية وهي على النحو التالي:

1. إلزامية سعي الجهات المعنية في توسيع عصنة العدالة من خلال تطوير المنظومة القضائية تحقيقا للتنوع في الأحكام القضائية تفاديا للأخطاء القضائية المحتملة.
2. التأكيد على قرينة البراءة وتقرير حمايتها جنائيا على كل من يتعدى عليها إعلاميا عبر وسائل السمعية والبصرية والصحافة المكتوبة (كالكاميرات والفيديو...)
3. وجوب اعتماد مبدأ التقاضي على درجتين في منح التعويض عن الخطأ القضائي في المواد الجزائية .
4. إصلاح نظام محكمة الجنايات وجعل كل أحكامها قابلة للاستئناف تماشيا مع المبادئ العالمية والمواثيق الدولية .
5. تدعيم قضاء التحقيق بجعله قضاءا جماعيا تماشيا مع الأنظمة الدولية المعروفة في هذا المجال.
6. إلزامية حضور المحامي في الساعات الأولى بالنسبة للأشخاص الموقوفين للنظر عن طريق استعمال أجهزة المراقبة
7. تفعيل دور التفتيش القضائي على مستوى الجهات القضائية من اجل الحد من حالات الخطأ الواقع في نطاق ممارسة المرافق القضائية لمهامها المختلفة .
8. ضرورة تعديل نص المادة 137 من قانون الإجراءات الجزائية يجعل منح التعويض آليا للمضرور .

9. إنشاء مرصد وطني حول الحبس المؤقت تكون مهمته محددة في تنظيم خاص يشمل كافة الأطراف الذين يساهمون في القضاء (قضاة - محامين - المجتمع المدني - رجال الصحافة).

10. الأخذ بتجارب الدول الشقيقة والصديقة في مجال التعويض عن الخطأ القضائي .
وبعد تلاوة التوصيات تم تكريم السادة المشاركين والمنظمين وسط تأكيد من الكل بنجاح الملتقى الدولي.

عرفت كلية الحقوق والعلوم السياسية خلال السنة الجامعية 2014-2015 مناقشة مجموعة من رسائل الدكتوراه بلغ عددها إحدى عشر رسالة (11) في مختلف المواضيع من القانون العام والخاص.

كما شهدت الكلية تأهيل عدد من طلبتها وأبنائها الى رتبة أساتذة محاضرين قسم 'أ' وعددهم ثلاثة وعشرون (23) أستاذا .

ضف الى اعتماد العديد من مشاريع البحث بلغ عددها اثنا عشرة ، مع تدعيم البحث العلمي باعتماد مخبرين الأول يعنى بالبحث في موضوع المرافق العمومية. والثاني في موضوعات القانون العقاري.

الخطأ القضائي على ضوء القانون اللبناني

د. ماري الحلو رزق

جامعة بيروت - لبنان -

الخطأ القضائي هو عدم مطابقة الحقيقة القضائية التي تلفظها العدالة من خلال الأحكام للحقيقة التي تكشفها الوقائع الحاصلة فعلاً على الأرض (1). لأن العمل القضائي هو من طبيعة البشر والإنسان ليس معصوماً عن الخطأ مهما بلغت حصانته النفسية أو العلمية أو القانونية. وهو في القضايا الجزائية، حالة البريء الذي حكم زوراً أو المذنب الذي برأ بهتناً.

وإذا كان الخطأ القضائي وارداً في كافة أنواع القضايا كالمدينة والتجارية وغيرها، إلا أن وقعه يبقى أقسى وأخطر في الأحكام الجزائية، لأنه يatal أهم المصالح المحمية قانوناً ألا وهي حياة الإنسان وحرية وسمعته ومستقبله.

فالخطأ القضائي بهذا المعنى يذهب في اتجاه واحد أي الحكم على بريء أو تبرئة مذنب خاصة مع التركيز المستمر اليوم على حماية حقوق الإنسان من جهة، وتعظيم دور الإعلام المعاصر في تسليط الضوء على كل ما من شأنه الإساءة لهذه الحقوق من جهة أخرى وأهمها الظلم تجاه الأبرياء والضعفاء، أو على الأقل المشكوك بمسؤوليتهم وبالأخص عندما يأتي هذا الظلم من السلطة التي يفترض أن تحميهم أي السلطة القضائية (2).

لذا وضعت معظم التشريعات المعاصرة آلية خاصة لمراجعة أخطاء السلطة القضائية في إصدار الأحكام كأساسٍ لإستقلاليتها ,ووازنت بين إحقاق الحق ومقتضيات العدالة من ناحية ,والمبادئ القانونية التي ترعى مصداقية الأحكام واستقلالية السلطة القضائية من ناحية أخرى.

ففتح الباب على مصراعيه والإفراح في المجال لكل من يعتبر نفسه مظلوماً من جراء صدور حكم بحقه في مراجعة الجهات المختصة ,يفسد عمل السلطة القضائية ويجعلها عرضة للإهتزاز وانعدام الثقة . بالمقابل فإن إقرار المبدأ وتقييده بضوابط وشروط تعجيزية تجعل صاحب الحق المفترض غير قادرٍ على استيفائها لقبول مراجعته ,أوحتى لو قبلت في الشكل فإن الحصول على نتيجة في الأساس لن يكون مضموناً بفعل عوامل كثيرة : أولها النص بحد ذاته الذي يحتمل التأويل , وثانيها مسار الإجراءات وتعقيداتها . فضلاً عن الدور الذي تلعبه في هذا السياق كل من الضابطة العدلية والنيابات العامة والتحقيق وذلك قبل الوصول إلى مرحلة الحكم الذي يكاد يحتكر وحده تسمية الخطأ القضائي (3) على اعتبار أنه "الخطأ في الأحكام" وذلك لأي سبب من الأسباب التي سنأتي على ذكرها لاحقاً . وهذا نوع من التجني , فلا يعقل أن ينسب الخطأ فقط إلى المحكمة , التي قد تكون متورطة أحياناً ولكن يجب التحري دائماً عن الأسباب الأخرى التي يمكن أن تؤدي إلى هذه النتيجة .

بهذا الإتجاه سار القانون اللبناني فأقر مبدأ المساواة وشروط تطبيقه وضمّنه لقانون أصول المحاكمات المدنية دون أن يفرق بين القضاء المدني والقضاء الجزائي .(4)

أما قانون أصول المحاكمات الجزائية فقد نص على جرائم القضاة عامة ودون أي تفرقة أيضاً . ولكن العبرة تبقى دائماً للتطبيق الذي يكشف فعالية النص الموجود من جهة , والشوائب التي تعتريه من جهة أخرى . فالخطأ القضائي في القانون اللبناني هو في الأساس فرضية قانونية جديدة وضع لها الشرع ضوابط وأصول لكي يتمكن المتضرر من ممارسة حقه في التعويض , ولكنه في الوقت عينه عملية تراكمية تتراحم في إنتاجها مراجع متعددة أما تطبيقاتها العملية فهي متفاوتة ومحدودة .

1 - الخطأ القضائي : فرضية قانونية

يعتبر الخطأ القضائي الوجه الآخر لعمل السلطة القضائية وفقاً للمثل المعروف "من يعمل لا بد أن يخطئ" ولو كان هذا الخطأ مجرد فرضية أو احتمال قد لا يحصل أبداً وإن حصل فلا شك أنه يشكل الإستثناء على القاعدة ويكون بنسبة ضئيلة جداً .

لذا كان لا بد من تقنينه وترسيم نطاقه وشروطه والحلول المترتبة على حصوله .

ولقد نوه المشرع اللبناني بمحاسبة أفراد السلطة القضائية عامة في أكثر من مجال .

ففي قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد الرقم 328 تاريخ 2001/8/7 والمعدل بالقانون رقم 359 تاريخ 2001/8/16 وفي الفصل العاشر (المواد 344-354) تحدّث عن جرائم القضاة " سواء كانت خارجة عن وظائفهم أم ناشئة عنها أو بمناسبتها " .

وفي قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر بالمرسوم الإشتراعي رقم 83/90 والمعدل بالقانون رقم 529 تاريخ 1996/6/20 الباب السادس (المواد 741-761) وتحت عنوان طرق الطعن في الأحكام , تكلم المشرع في الفصل الثالث عن " مدعاة الدولة بشأن المسؤولية الناجمة عن أعمال القضاة العدليين " كوسيلة طعن غير عادية .

كما لحظ في قانون تنظيم وزارة العدل هيئة التفتيش القضائي التي حدّد صلاحياتها ومن ضمنها إحالة ملفات القضاة المشكومينهم إلى هيئة تأديبية خاصة تحكم على درجتين , للنظر بأمرهم واتخاذ الإجراءات اللازمة بحقهم .

يتبدى من مجمل هذه النصوص أن معالجة الخطأ القضائي بمعناه المتداول والناجم عن الخطأ في إصدار الأحكام يخرج بجزء كبير منه عن إطار قانون أصول المحاكمات الجزائية باستثناء الرشوة والذي يتولّى

ملاحقة القاضي , أيّاً كانت درجته , في الجرائم التي يقتربها وتحديداً عندما يكون الجرم المرتكب خارجاً عن الوظيفة . كذلك الأمر بالنسبة لمساءلة القضاة أمام هيئة تأديبية .

وبالتالي ينحصر البحث ,بالدرجة الأولى ,في قانون أصول المحاكمات المدنية على أن يصار ,عند الضرورة ,الرجوع إلى النصوص الأخرى .على اعتبار أن هذا القانون هو النص العام وفقاً لما جاء في المادة 6 منه "تتبع القواعد العامة في ق. أ.م.م. إذا وجد نقص في القوانين والقواعد الإجرائية الأخرى من جهة , ولأنه فصل بشكل واسع ودقيق آلية المراجعة بسبب الأخطاء القضائية وما يترتب عليها من آثار, من جهة ثانية .

ومع هذه الطريقة يكون الاستثناس بالمبدأ العام أساسياً "شرط أن لا يأتي الحل مخلاً بحق جوهرى أومكتسب للخصوم أوشاذاً عن دعائم مترسّخة في قانون أ.م.ج.أوفي مبادئ ثابتة انبثقت عنه تفسيراً أو اجتهداً (5).

لذا يقتضي التوقف عند نقطتين أساسيتين وهما :

1- آلية دعوى المراجعة

2- أسباب المدعاة

أولاً - آلية دعوى المراجعة

تعريف

بحسب ما يتحصل من فحوى المواد (741 - 761) سميت هذه الدعوى "مدعاة الدولة بشأن المسؤولية عن أعمال القضاة العدليين" ويمكن تعريفها على أنها طريق طعن غير عادي يهدف لتعويض الخصم عن إخلال القاضي أوهيئة المحكمة بكاملها بالواجبات المهنية (6).

إلا أن وضع هذه المراجعة تحت عنوان الطعن بالمعنى المتعارف عليه من قبل المشتري ,يعتبر غير دقيق بإجماع معظم الفقه (7) "إلا بقدر ما يكون الهدف منها التخلص من نتاج الحكم المطعون فيه وتعويض الخصم عن إخلال القاضي أوالهيئة الحاكمة بالواجبات المهنية . " إذ أن هناك حالات

لا يكون فيها الحكم قد صدر مثلاً عند المدعاة بسبب التخلف أوالإستتلاف عن إحقاق الحق ."(9)

الجهة المدعى عليها

المدعى عليه في دعوى المراجعة عن أعمال القضاة هي الدولة اللبنانية نفسها دون القاضي باعتبارها مسؤولة مباشرة عن أعمالهم (10) باستثناء حالة واحدة متى يكون الحكم المراد رفع الدعوى بشأنه صادراً ضد الدولة فتقام عندها الدعوى ضد القاضي . (11) على أن رفع دعوى المسؤولية على الدولة تكون مباحة بشأن أعمال جميع القضاة العدليين وفقاً لما جاء في نصوص المواد 741 و 756، على مختلف درجاتهم ووظائفهم سواء كانوا من قضاة الحكم أو النيابة أو التحقيق منفردين أو يؤلفون غرضاً في القضايا المدنية أو الجزائية .

وبالتالي كل قاضٍ أو هيئة قضائية ممن لا ينتمون إلى القضاء العدلي كالقضاء العسكري والإداري لا تجوز الدعوى المذكورة بشأنهم (12). ويضاف إليهم أعمال وقرارات الهيئة العامة لمحكمة التمييز مجتمعاً فقط، بمعنى أن مساءلة أحد أعضائها بمفرده أمر ممكن (13) .

المرجع الصالح

تقدم دعوى المسؤولية عن أعمال القضاة أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز بحسب ما نصت عليه المادة 743 أ.م.م.ج. وانطباقاً على القاعدة التي تقرر اختصاص القضاء العدلي في النظر بالمنازعات الناشئة عن عمل السلطة القضائية وممارسة القضاة لوظائفهم ، علماً أن ذلك يخرج، ظاهرياً، عن المبدأ العام الذي يجعل النظر في دعاوى المسؤولية التي تقام على الدولة من اختصاص القضاء الإداري وعلى رأسه مجلس شورى الدولة (14). بيد أنه إذا عدنا إلى مبدأ فصل السلطات نرى أنه يعطي القضاء العدلي حق النظر في المنازعات غير الإدارية فيما يحصر دور القضاء الإداري بالمنازعات الإدارية (15).

وأخيراً يبقى السؤال الأساسي هل إن إقرار مبدأ المساءلة بشأن أعمال السلطة القضائية يسمح لكل متقاضٍ يعتبر نفسه مغبوناً أو مظلوماً بنتيجة الحكم القضائي أن يلجأ إلى مداعة الدولة بشأنه ؟

ثانياً - أسباب المداعة

حددت المادة 741 م.م.ج. على سبيل الحصر، أربع حالات عامة تجوز فيها مداعة الدولة بشأن المسؤولية الناجمة عن أعمال القضاة العدليين وهي :

- الإستنكاف عن إحقاق الحق

- الخداع أو الغش
 - الرشوة
 - الخطأ الجسيم الذي يفترض أن لا يقع فيه قاضي يهتم بواجباته الاهتمام العادي .
- وغني عن التأكيد على أن قبول هذه الدعوى للأسباب المذكورة يقتضي توافر شرطين أساسيين وهما :
- وجود ضررتأتى عن الخطأ الوارد في الحكم المشكومنه , لأن هذه الدعوى في الأصل هي دعوى مسؤولية تفرض ككل دعاوى مسؤولية تحقق ضرر أكيد من جراء حكم خاطئ في نتيجته (16) ولها طابع التعويض للمدعي عما لحق به من ضرر من جراء تصرف القاضي .
- أن لا يتوافر طريق آخر للطعن يمكن للمتضرر سلوكه للتوصل إلى النتيجة عينها , لأن هذه الدعوى تعد طريقاً إستثنائياً وغير عادي لإبطال الحكم والتعويض على المتضرر كما وإنها تمس بكرامة القاضي وسمعته . لذلك يجب التأنى في اللجوء إليها وعدم الإفراط في ممارستها (17).
- وهكذا يمكن الإستنتاج أن الأخطاء التي قد يقترفها القاضي في الأحكام التي تصدر عنه على نوعين :
- الأخطاء الشخصية
 - الأخطاء المهنية

1- الأخطاء الشخصية

بمعنى الأفعال التي لها علاقة بتصرف شخصي للقاضي وتنافی مع أخلاقيات الوظيفة القضائية والتي غالباً ما تقترب عن قصد وسوء نية , ولكنها تؤدي حكماً إلى أخطاء قضائية تنعكس نتيجتها على الأحكام الصادرة عن مرتكبيها (18). ويندرج تحت هذا العنوان : - الإستكفاف عن إستحقاق الحق - الغش أو الخداع - الرشوة .

- ويقصد بالإستكفاف أو التخلف عن إحقاق الحق حسب المادة (4) م.م. الإمتناع أو المماطلة من قبل القاضي , دون سبب , عن الفصل في الدعوى بعد أن تكون قد أصبحت جاهزة للحكم . لأن في ذلك خرق واضح للواجب الوظيفي ولمقتضيات العدالة . لذا فقد أوجب القانون في هذه الحالة على

من يريد الإدعاء بالإستكاف أن يثبت ذلك من خلال إنذار القاضي , لحثه على القيام بواجباته , مرتين بعريضتين يفصل بينهما 7 أيام وبعد انقضاء 10 أيام على العريضة الثانية تصبح الدعوى مقبولة (المادة 742 م.م.ج. .).

- أما الغش أو الخداع وهما مفهومان متقاربان أساساً في المعنى , فقد اكتفى المشرع بثبوت أحدهما لقيام دعوى المساءلة بدليل استعماله كلمة (أو). وبينما يفترض الغش تعمّد القاضي ارتكاب الخطأ لإيقاع الضرر بأحد الخصوم بعامل الحقد (19) أولمنفعة آخر بدافع المحبة عن طريق الكذب أو الكتمان لبعض الوثائق المؤثرة بالدعوى , يقوم الخداع على تحريف الوقائع والأدلة عن سوء نية (20) مدفوعاً بالعوامل الشخصية عنها كالكرهية والمحابة .

- وأخيراً الرشوة وهي فعل كل موظف التمس أو قبل لنفسه أو لغيره هدية أو وعداً أو منفعة أخرى ليقوم بعمل شرعي من أعمال وظيفته أو يهمل أو يؤخر ما كان عمله واجباً عليه . هذا ما يتبدى من نص المادتين 351 و 352 عقوبات لبناني .

ويعد القاضي موظفاً بالمعنى المقصود في باب الجرائم الواقعة على الإدارة العامة استناداً إلى المادة 350 من نفس القانون (21) . وبالتالي يعتبر جرم الرشوة من الجرائم التي يرتكبها القضاة الناشئة عن الوظيفة أو بمناسبتها (المادة 344- 354 م. ج.ج.) وتطبق جميع أحكام هذا القانون على كل القضاة بمختلف درجاتهم ووظائفهم بما فيهم قضاة مجلس شوري الدولة وديوان المحاسبة وحتى القضاة المتقاعدين بمنصب الشرف (المادة 351 فقرة 2 م.ج.ج.).

تختص محكمة التمييز بالنظر بهذه الجرائم , على أن تقام الدعوى أمام الغرفة الجزائية للمحكمة العليا بناءً على شكوى المتضرر إذا كان الفعل المقترب من نوع الجنحة أما في حالة الجنائية فتقدم الدعوى أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز .

على أن يكون للمتضرر من فعل جرمي مسند إلى قاض أن يطلب التعويض تبعاً للدعوى العامة . وإذا كان ناشئاً عن الوظيفة, كما في الرشوة, فللمتضرر أن يقدم دعواه بوجه الدولة والقاضي أو ضد أي منهما (المادة 352 م.ج.ج.).

وهكذا نلاحظ أن قانون أصول المحاكمات الجزائية أوسع نطاقاً وشمولية من قانون أصول المحاكمات المدنية إن من حيث الأشخاص أو الأفعال , كما أنه لم يحصر تقديم الدعوى فقط بوجه الدولة .

2- الأخطاء المهنية

الأخطاء المهنية تنحصر بالخطأ الجسيم (المادة 741 م.م.) ويمكن تعريفها بالمغالطات التي يقع فيها القاضي في تفسيره للنصوص القانونية تفسيراً يناقض أحكامه الصريحة , أو تأكيده أموراً يستند إليها الحكم تتعارض مع وقائع الدعوى وأدلتها الصريحة , أو بموضوع إجرائي واضح كالمهل القانونية (22), وهي غالباً ما تصدر عن حسن نية وتأخذ طابع الإهمال (23) المفرط أو الجهل المطبق للقانون (24) تبعاً لما جاء في تعريف الخطأ الجسيم (المادة 741 فقرة 4) الذي " يفترض أن لا يقع فيه قاضٍ يهتم بواجباته الإهتمام العادي " .

ولكن الخطأ في تفسير النصوص القانونية التي تقبل التأويل أوفي تقدير الوقائع واستخلاص النتائج الصحيحة منها فلا يعد خطأً جسيماً مبرراً لرفع دعوى المسؤولية على الدولة (25) انطوى بالواقع على غلط (26) عملاً بمبدأ استقلالية السلطة القضائية في إصدار الأحكام (27) .

وقد أضافت الهيئة العامة لمحكمة التمييز في قرارها الصادر بتاريخ 1996/5/9 (دعوى د.سمير جعجع / الدولة اللبنانية بموضوع محاولة اغتيال النائب والوزير ميشال المر بتاريخ 1993/3/20 في شارع بطركية الأرمن في إنطلياس) بسبب الأخطاء التي ارتكبها المحقق العدلي الأستاذ جورج غنطوس في قرار الإتهام الذي أصدره في 1996/12/13 وجوب أن يكون الخطأ في الحكم موضوع المراجعة واضحاً ولا يحتمل رأيين كأحد المبادئ التي تحكم دعوى المسؤولية وذلك لسببين :

"الأول : ان الهيئة العامة لمحكمة التمييز ليست مرجعاً تمييزياً في أساس القضية

مدعواً لمراقبة حسن تطبيق القانون وتفسيره ولا محكمة أساس تعيد النظر في الواقع فتمحصه وتصفه , وهي لا تنظر في أساس القضية فيما لو انتهت إلى إبطال الحكم المشكومه . بل تبحث في مدى توافر

الخطأ الجسيم في مسلكية القاضي عند إصداره القرار , وبالتالي فإن إبطال القرار موضوع دعوى المسؤولية لا يعني صحة أو عدم صحة النتيجة التي انتهى إليها , إذ يبقى للمحكمة التي ستحال إليها الدعوى بعد قرار الإبطال اتخاذ الموقف القانوني منها .

الثاني : أن المحكمة التي تحال إليها القضية بعد الإبطال ليست مقيدة بفعل نص قانوني , برأي الهيئة العامة , فشرط وضوح الخطأ في الحكم تبعاً لوضوح خطأ القاضي , لا يترك مجالاً لإحتمال الاختلاف في الرأي بحيث يكون على المحكمة أن تنطلق منه كمعطى ثابت وأكد , لإعادة النظر في القضية . أما إذا كان من مجال لإختلاف في الرأي بين المرجعين

, الهيئة العامة والمحكمة المحال عليها, فإن القانون لم يوجد مرجعاً تكون له الكلمة الفصل . وأخيراً يبقى أن يكون الخطأ منتجاً في ما انتهى إليه القرار المشكومنه ومسبباً للضرر المرتب للمسؤولية وأن يكون تصحيحه من شأنه أن يؤدي بشكل أكيد إلى قلب النتيجة لمصلحة الشاكي ."(28)

إنطلاقاً من الإطار التشريعي المرسوم , بالشكل المذكور , كيف تعاطى الإجتهد اللبناني بموضوع الأخطاء القضائية ؟ وخارج نطاق العمل القانوني البحث وتصويب بعض المفاهيم , ما هي نتائج القراءة الواقعية للتطبيقات العملية المنبثقة عن دعوى المراجعة وما قد يواكبها من عوامل في القانون اللبناني ؟.

2- الخطأ القضائي : واقع ملتبس

إن تكريس وجود الخطأ القضائي في القانون اللبناني وترجمته من خلال دعوى المراجعة لمساءلة الدولة عن أعمال القضاة , ما زال تطبيقه محدوداً بسبب عدم القدرة على حصر كافة العوامل المؤدية إلى إنتاجه لأنها عملية تراكمية تستدعي أكثر من دعوى مساءلة . لذا يقتضي البحث , من الناحية العملية , بفعالية الممارسة لدعوى المراجعة بسبب الأحكام القضائية من جهة ومعاينة الحالات الأخرى التي من شأنها أن ترخي بظلالها على إنتاج مثل هذه الأخطاء من جهة أخرى .

أولاً : تطبيقات محدودة لدعوى المراجعة

لم يشهد الإجتهد اللبناني، عامة، غزارة في الإنتاج بما يتعلق بدعوى المسؤولية عن الأخطاء الناجمة عن أعمال القضاة إن على صعيد القضاء الجزائي أو القضاء المدني ولو كانت النسبة في القضايا المدنية أعلى منها في القضايا الجزائية. إلا أننا لاحظنا تغييراً واضحاً في نوعية القرارات الصادرة عن الهيئة العامة في الفترة الأخيرة.

1- في الأحكام الجزائية

الملفت في هذا المجال هو التفاوت الحاصل بين الضجيج الإعلامي الذي تناول ويتناول، بين الفينة والأخرى بعض الأحكام الجزائية التي يعتبرها مخطئة، وإحجام أصحاب العلاقة، المفروض أنهم متضررون منها، عن ممارسة حقهم بتقديم دعوى المراجعة بحجة عدم جدواها أو انحياز السلطة القضائية لأسباب لها علاقة بالدفاع عن استقلاليتها أو لأخرى سياسية، إنطلاقاً من الظروف التي مرّ ويمر بها لبنان منذ أواسط سبعينيات القرن الماضي. بالمقابل فإن المسار الجزائي بحد ذاته أي الأصول الجزائية المتبعة للوصول إلى المحكمة خاصة في الجنايات، تساهم في تغطية قسم كبير من الأخطاء التي قد تعترى التحقيقات الأولية والإستنتاجية نعتي بذلك الدور التي تلعبه الهيئة الإتهامية في إصدار مضبطة الإتهام. (29)

بالإضافة إلى قرينة القضية المحكوم بها التي غالباً ما تقف حاجزاً أمام ممارسة دعوى المراجعة (30)

لذا يفتقر الإجتهد اللبناني لوجود نماذج مهمة عن الأخطاء القضائية في الأحكام الجزائية، على غرار القضايا المعروفة في فرنسا (31) أو في الولايات المتحدة الأمريكية حيث سجل منذ سنة 1973 ولغاية اليوم 152 حالة تبرئة لمحكومين سابقين بعقوبات جنائية وسالبة للحرية طويلة الأمد (32).

على أن العدد المتوفر من الدعاوى المقامة بهذا الخصوص، وهي قليلة جداً، معظمها يستند إلى الخطأ الجسيم وكانت نتيجتها الرد (33).

2- في القضاء المدني

من خلال مراجعة سريعة للإجتهد اللبناني المنشور حول الموضوع يمكن استنتاج الأمور التالية :

أ - إن نسبة المراجعات اختلفت بعد تعديل 1983 عن قبله , من ناحية الكمية , وكان المفصل في التحول الحاصل , عدم إمكانية مدعاة القاضي بمفرده ومباشرة مع القانون الجديد , وحصر الدعوى بوجه الدولة بوصفها المسؤولة عن أعمال القضاة , على أن تعود على القاضي المخل بالتعويض إذا ثبت الخطأ . وهذا التدبير الجديد أعطى القاضي حصانة أكبر وأزال عنه التهديد المستمر بدعوى المخاصمة , فانعكس الأمر سلباً على نسبة الدعاوى المقدمة بهذا الخصوص .

ب - إن نسبة دعاوى مساءلة الدولة عن أعمال القضاة في القضايا المدنية هي الطاغية .

ج - إن أسباب هذه الدعاوى تستند بالدرجة الأولى , إلى الخطأ الجسيم . أما الأسباب الأخرى (الإستتلاف عن إحقاق الحق - الغش والخداع - والرشوة) فتكاد تكون معدومة , وهي إن توفرت فالأرجح أن لا تصل الى مرحلة الدعوى , وقد يكون للفتيش القضائي وهيئتي التأديب الدور الأكبر في اتخاذ الإجراءات اللازمة بحق القاضي (34).

د - في نتيجة هذه الدعاوى :

- عند تقديم دعوى المساءلة أمام الهيئة العامة يصار أولاً إلى درس شروطها الشكلية وإذا تبين أنها غير متوفرة ردت بالشكل . مثلاً عدم دفع التأمين من قبل المدعي أو وكيله , أو عدم توقيع الإستحضار من قبل محام , أو إهمال المدعي للجوء إلى طرق الطعن العادية.....(35).

- ولكن قد تقبل الدعوى في الشكل وترد في الأساس لعدم جدية الأسباب التي تبرر قبولها والشروع بإجراءاتها . لأن هذه المراجعة لا تنصب على قرار لأخطاء مدعى وقوعها فيه , وهي ليست طريقاً تسلسلية إضافية , وليست مراجعة تمييزية يتم من خلالها مراقبة قانونية قرار غير خاضع للمراجعات التسلسلية المعتادة أو استنفدت بشأنه هذه المراجعات (36) هي طريق غير عادي واستثنائي جداً (المادة 630 م.م.) يقتضي إشباعه درساً قبل السير فيه .

وتجدر الملاحظة , أنه عندما ترد دعوى المساءلة لأي سبب كان وتتسكّر بوجه من يعتبر نفسه متضرراً من الحكم القضائي كل الطرق , لا يبقى أمامه إلا إلتماس العفو الخاص لدى رئيس الجمهورية .

- كما قد يتم قبول هذه المراجعة في الشكل وبصار إلى درسها في الأساس سنداً (للمادة 750 م.م.). ولا يكون لهذا القرار، مبدئياً، مفعولاً موقفاً لتنفيذ الحكم (المادة 630 م.م.). إسوة بطرق الطعن الأخرى غير العادية، إلا إذا ارتأت الهيئة العامة النازرة بالدعوى غير ذلك فلها أن تصدر قرار بوقف تنفيذ الحكم المشكومنه (37) وإدخال من تراه مناسباً، ومن ثم إبلاغ هذا القرار للدولة خلال 3 أيام وتعيين جلسة للمرافعة على أن تجري المرافعة سراً.

على أن القول بصحة هذه الدعوى يؤدي إلى إبطال الحكم والتعويض عن الضرر اللاحق بالمدعي، أي إعادة القضية إلى الحالة التي كانت عليها قبل الحكم.

ويحق للدولة إذا حكم عليها بالتعويض أن تراجع به القاضي وذلك أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز، كما يمكنها الرجوع إلى الخصم الذي نُفذ القرار المُبطل لصالحه بالتعويض الذي تحمّله من جراء هذا التنفيذ.

أما إذا كان الحكم الصادر ضد الدولة، فلها أن تقيم الدعوى ضد القاضي أمام الهيئة العامة والمطالبة بإبطال الحكم والتعويض.

وتبلغ كل الأحكام الصادرة في الدعوى المقامة من الدولة أو عليها بسبب أعمال القضاة، إلى كل من مجلس القضاء الأعلى وهيئة التفيش القضائي لأخذ العلم واتخاذ ما يراه مناسباً.

وهكذا من خلال مراجعتنا للإجتهد الصادر حول الموضوع يتبين أن النسبة الأكبر من قرارات الهيئة العامة كانت قبول الدعوى في الشكل وردّها في الأساس لعدم جدية الأسباب، وخاصة بسبب الخطأ الجسيم (38)، وهذا ما عبّر عنه بعض الفقه (39) بالقول: "أنه في لبنان لم تصدر حتى تاريخه - المرجع صادر في 1999 - الأحكام المعقولة التي تبين أخطاء القاضي"

إلا أن السنوات العشر الأخيرة، وحتى منذ أوائل القرن الحالي، سجلت نسبة كبيرة من القرارات التي قبلت الدعوى وسارت بها، سواء بصورة مبدئية (40) أو نهائية، معترفة بوجود خطأ جسيم في تفسير القانون.. وألّزمت الدولة بالتعويض على المتضرر بناءً لطلبه (41). فكانت نقلة نوعية في موقف الهيئة

العامة لمحكمة التمييز ما يحفز القضاة العدليين من جهة، ويدق جرس الإنذار بشكلٍ جدي تجاه كل من يخطئ أو يهمل القيام بواجباته المهنية من جهة أخرى .

ثانياً : دعوى المراجعة : عملية تراكمية

لا يقتصر الخطأ القضائي، بالمعنى المتداول، على الأخطاء الواردة في الأحكام والتي تشكل خلال الدعوى والمحاكمة وصولاً إلى الحكم المشكومنه . لأن البعض منها يكون مزمنًا، إذا صح التعبير، ويرافق القضية منذ تكوينها في المراحل السابقة، كما قد يكون للسياسة القضائية نفسها دور ما في التسبب بجزء من هذه الأخطاء.

1- دور النظام الإجرائي : الأخطاء المزمنة

يتعلق هذا الموضوع بالمرحلة التسلسلية التي يمر بها الملف قبل الوصول إلى المحكمة أو خلalها عندما يستعين القاضي بذوي الخبرة فيستند إلى أقوالهم وتقاريرهم، وهو يطل القضاء الجزائي. الهدف ليس الدخول في متاهات الأصول الجزائية، ولكن فقط للفت النظر حول ما يمكن أن يشوب ملف الدعوى من شوائب خارج إطار المحكمة. بدءاً بجمع الأدلة والإثباتات من قبل الضابطة العدلية، ودور النيابة العامة في التحقق منها وصولاً إلى قاضي التحقيق، ودور الشهود ونوعيتهم ومدى مصداقيتهم وحريتهم في قول ما رأوا أو سمعوا بعيداً عن الضغط وأحياناً التعذيب..... يضاف إلى ذلك الضغط الاجتماعي والإعلامي الذي يلح على كشف الجرائم وبضئى على البطء في المحاكمات والتهاون في ملاحقة المجرمين. كل ذلك من شأنه أن يؤدي في بعض الأحيان إلى أخطاء معينة قد تؤثر على سير الدعوى والوصول إلى الحقيقة. (42)

2- دور السياسة القضائية : الأخطاء المستدرجة للأخطاء القضائية أسباب أخرى لا دخل لها بالقدرة الشخصية والعلمية للقاضي ولا بأخلاقيات المهنة القضائية ولكنها تتعلق بالجوانب وبالضغوطات التي تفرض عليه من السلطة إياها. فقلة عدد القضاة من جهة وتزايد عدد الدعاوى من جهة أخرى يخلق نوعاً من عدم التوازن بين ما يفترض أن يبذله القاضي من جهد لتجويد انتاجيته والتحصيص المضني والتدقيق في الأحكام التي يصدرها الأمر الذي يتطلب وقتاً وصفاً ذهن، وهاجس

البت بالدعاوى إتقاءً للانتقادات التي تتهمه بالبطء في المحاكمات. وبالتالي هناك شبه استحالة مادية لدى القاضي لملاءمة الإنتاج الكمي مع الإنتاج النوعي .

يضاف إلى ذلك إرساء سياسة تقييم القاضي على أساس معيار الإنتاجية. فخلال السنتين 2012 و 2013 أعلنت وزارة العدل اللبنانية نجاحها في تحسين إنتاجية المحاكم وأعطت مثلاً على ذلك، محاكم إستئناف بيروت التي بتت 400 ملف مقابل 200 ملف في السنوات السابقة أي بزيادة 100%. وهذا المعيار، بالإضافة إلى أهميته , قد يؤول عملياً، بنظر البعض, (43) إلى حث القضاة على تسريع وتيرة المحاكمات على حساب الجودة والدقة الضامن الأساسي لعدم الوقوع في الخطأ. خاصة وإن المناقالات القضائية ما زالت تتأثر بشكل أوبآخر بالسلطة السياسية, أقله النيابة العامة المربوطة تسلسلياً بوزير العدل .

وأخيراً نختم بهذا القول ل Roger collard (44) "عندما تستدعي السلطة المكلفة في المجتمع بتعيين القاضي, مواطناً لشغل هذه الوظيفة تقول له : عندما تجلس في المحكمة لاتدع في قلبك أي خوف , كن محايداً , فيجيبها المواطن : إنما أنا بشر وما تطلبيته فوق احتمال البشر , فأنت قوية جداً , وأنا ضعيف , صراعنا غير متكافئ وستكون الهزيمة لي فتجيبه : كن غير قابل للعزل ."

لائحة المراجع

- 1- 1 Jean –Marc Florand ,prisons .free.fr
- 2- Rene Floriot dans prisons.free.fr “l’homme le plus honnête ,le plus respecte ,peut etre un jour victime de la justice .Vous etes bon pere de famille ,bon epoux ,peu importe .Quelle fatalite pourrait un jour vous faire passer pour un malhonnête homme

voire un criminel ? Cette fatalité existe , elle porte un nom :
l'erreur judiciaire

3-Dictionnaire des sciences criminelles sous la direction de Gerard Lopez et Stamatis Tzitzis , Dalloz , 2004, p.373. Vocabulaire juridique , Gerard Cornu , puf- Delta, 1987, p.321

4- إدوار عيد , موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ , الجزء الخامس , 1986, ص.450.

5- عاطف النقيب , أصول المحاكمات الجزائية , منشورات عويدات , الطبعة الأولى , 1986, ص.21.

6- حلمي الحجار , القانون القضائي الخاص , ج.2, بيروت, ط.1996, ص.446.

7- مروان كركي , مبادئ أصول المحاكمات المدنية , ط.2 , 2000. وحلمي الحجار , مرجع سابق.

8- إدوار عيد , مرجع سابق ومروان كركي , مرجع سابق , ص.583.

9- حلمي الحجار , مرجع سابق , ص.446.

10- حلمي الحجار , نفس المرجع , ص.447 "على أن يبقى للقاضي حق التدخل في الدعوى
المقامة ضد الدولة .

11- وكانت هذه الدعوى تعرف في ظل القانون القديم "بمخاصمة القضاة" وكانت تقام على القاضي والدولة معاً للحكم عليها بالتعويض بالتكافل والتضامن مع القاضي المدعى عليه . ولكن بسبب إساءة استعمال هذه الدعوى في الماضي بحيث أصبحت تمارس وكأنها طريق طعن عادي للأحكام المبرمة , ووسيلة تهديد مستمرة لقضاة المحكمة العليا . كان لا بد إذن من إيجاد طريقة للتوفيق بين الضمان المفروض لتوفيره للقاضي في عمله وما يجب تأمينه للمتقاضين من ضمانات خاصة في الحالات التي يذكرها القانون على سبيل الحصر .

وهنا لا بد من التوقف عند الشبه بين القانون القديم ونص المادة 352 م.ج.ج.فقرة 4 "للمتضرر من فعل جرمي مسند إلى قاضٍ أن يطلب التعويض عليه تبعاً للدعوى العامة. وإذا كان ناشئاً عن الوظيفة أو بمناسبة فللمتضرر أن يقدم دعواه بوجه الدولة والقاضي معاً أو ضد أي منهما ."

12- نلاحظ أن ق.أ.م.ج. يتوجه إلى كافة القضاة دون أي استثناء بالنسبة للجرائم الناشئة عن الوظيفة أو بمناسبة .

13- ولكن ليس ما يمنع من قبول الدعوى بشأن أعمال أحد قضاة الهيئة العامة في حال الخداع أو الغش أو الرشوة التي تصدر عنه بالذات. أنظر : إدوار عيد , مرجع سابق , ص. 451

14- إدوار عيد , نفس المرجع , ص. 464

15- ترفع الدعوى بموجب استحضار موجه إلى الدولة يتضمن الحكم المشكومنه والأسباب موقع من محامٍ. ويجب إدخال المحكوم له في المحاكمة - م. 745 م.ج.- ويعود للقاضي أيضاً التدخل في أي وقت أو طلب إدخاله. يودع الإستحضار في القلم مع مبلغ التأمين الذي يعتبر شرطاً لازماً لقبول الدعوى.

16- الهيئة العامة لمحكمة التمييز , قرار رقم 12 تاريخ 1996/5/9, دعوى د. سمير جعجع على الدولة اللبنانية . نزيه شلالا, مخاصمة القضاة , منشورات الحلبي , بيروت لبنان , 1999, ص. 230

17- الهيئة العامة لمحكمة التمييز , قرار رقم 14 تاريخ 1987/12/23

18- وهذا النوع من الأخطاء يبرر المراجعة الإستثنائية عن طريق المخاصمة في أي طور من أطوار المحاكمة . نزيه شلالا, مرجع سابق , ص. 25

19- تمييز لبناني 1955/1/15 . مجموعة باز , ع. 3 , ص. 64 , رقم 12 و ص. 62 , رقم 10 و 1950/6/7 مجموعة حاتم , ع. 7 , ص. 31 , رقم 2

- 20- الهيئة العامة لمحكمة التمييز , تاريخ 12/11/1966 , مجموعة حاتم , ع. 14 , ص. 85 , رقم 11
- 21- ألغي نص المادة 350 بموجب المادة 15 من المرسوم الإشتراعي رقم 112 تاريخ 1983/9/16 وأُبدل بالنص الحالي الذي وسّع تعريف الموظف .
- 22- الهيئة العامة لمحكمة التمييز , قرار رقم 22 تاريخ 6/5/1993 , نزيه شلالا , مرجع سابق , ص. 44,
- 23- كالتسبب بضياح مستند أبرز في الدعوى . إدوار عيد , مرجع سابق , ص. 460
- 24- الهيئة العامة لمحكمة التمييز , قرار رقم 33 تاريخ 13/5/1993
- 25- إدوار عيد , نفس المرجع , ص. 461
- 26- وإن انطوى بالواقع على غلط . الهيئة العامة لمحكمة التمييز , قرار رقم 29 تاريخ 6/11/1964 وقرار رقم 7 تاريخ 7/1966 وقرار رقم 4 تاريخ 29/1/1965
- 27- هذا النوع لا يمكن ممارسته عن طريق المخاصمة ما زالت طرق المراجعة العادية ضد الحكم ممكنة . الهيئة العامة لمحكمة التمييز , قرار رقم 24 تاريخ 19/1974 , نزيه شلالا , مرجع سابق , ص. 25,
- 28- الهيئة العامة لمحكمة التمييز , قرار رقم 12 تاريخ 9/5/1996 , نزيه شلالا , مرجع سابق , ص. 220-227
- 29- أنظر قانون أصول المحاكمات الجزائية , الهيئة الإتهامية كسلطة اتهام , المواد : 129-134.
- 30- الهيئة العامة لمحكمة التمييز قرار رقم 15 تاريخ 4/6/2012.
- 31- قضية أوترو , فرنسا , 2001 وعودة الكلام عن خطأ قضائي في 8/11/2011

32- في الولايات المتحدة الأميركية عودة الكلام عن خطأ قضائي في قضية شخص اتهم بقتل زوجته وتمت محاكمته بناءً على شهادتها , وبعد سجنه مدة 16 سنة تبين أنه بريء لأن القاتل الحقيقي اعترف بارتكابه الجريمة بعد أن جرى القبض عليه بتهم أخرى , وكان الزوج ينادي طيلة هذه المدة ببراءته من التهمة دون جدوى .

33- الهيئة العامة لمحكمة التمييز , قرار رقم 5 تاريخ 2005/5/27 ,

34- في السنوات الأخيرة شهدنا إقالة و"استقالة" أكثر من قاض لأسباب مهنية من هذا النوع , وكان الدور الأكبر فيها للهيئات التأديبية ومجلس القضاء الأعلى .

35- الهيئة العامة لمحكمة التمييز , قرار رقم 20 تاريخ 1972/10/19 . وقرار تاريخ 1967/05/10 . وقرار تاريخ 1966/10/31

36- تابع قرار هيئة العامة لمحكمة التمييز في قضية د.سمير جعجع / الولة اللبنانية , نزيه شلالا مرجع سابق , ص. 226

37- الهيئة العامة لمحكمة التمييز , تاريخ 1991/9/3 , نفس المرجع , ص. 192

38- الهيئة العامة لمحكمة التمييز , تاريخ 1964/06/01 وقرار تاريخ 1966/11/12 وقرار تاريخ 1964/10/16 , وقرار رقم 7 تاريخ 1991/2/19 , وقرار رقم 4 تاريخ 2010/2/13 , وقرار رقم 15 تاريخ 2012 6/4 , انتهت الدعاوى كلها بالرد سواء لحسن تقدير الوقائع وعدم إقامة الدليل , أو لعدم توفر عناصر الخطأ الجسيم في الدعوى أولأنه لم يتبين بأن القضاة المشكومينهم قد أوردوا وقائع مشوهة أو مغلوطة أو عن سوء نية , أو لعدم تحوير المحكمة للقرار الأصلي واقتصار دورها على تفسير النصوص القانونية , أو لتوافر القضية المحكوم بها أو باختصار لعدم جدية أسبابها .

39- خليل جريج , معهد الدروس القضائية في خدمة القضاء , ص. 165 , بيروت , 1966 , وارد لدى نزيه شلالا , مرجع سابق , ص. 14

40- الهيئة العامة , قرار رقم 4 تاريخ 2005/5/4 .قرار رقم 5 تاريخ 2005/5/27 قرار رقم 6 تاريخ 2010/6/28 , وقرار رقم 7 تاريخ 2010 7/19, وقرار رقم 1 تاريخ 2013/2/4 ,قرارات مبدئية .اعتبرت الهيئة أن هذه الدعاوى تتسم بالجدية ويقتضي قبولها شكلاً والسير بها وفقاً للأصول وعملاً بأحكام المادة 752 م.م.

41- الهيئة العامة لمحكمة التمييز ,قرار رقم 35 تاريخ 2008/10/ 27 ,والقرار رقم 9 تاريخ 24 /2/ 2005 ,والقرار تاريخ 1991/9/3 , والقرار رقم 33 تاريخ 2008/10/27 قرارات إبطال, بسبب تحقق الخطأ الجسيم, أو الخلل في تحقيق العدالة المتمثل في تفويت فرصة المطالبة بالتعويض عن ترتب المسؤولية الجزائية والمدنية أولعدم تدقيق القضاة مصدري القرار المشكومهم بمدى تحقق كامل عناصر قوة القضية المحكوم بها .

42- قضية أوترو

43- نزار صاغية , المفكرة القانونية , في 2014/2/4

مفهوم الخطأ القضائي الموجب للتعويض في المادة الجزائية

الأستاذ علال فالي

جامعة محمد الخامس الرباط - المغرب -

يشكل الاعتراف بمسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية المرتكبة وسيلة فعالة من أجل ترشيد عمل مرفق القضاء كضامن للحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد داخل المجتمع، وكذا من أجل تحسين سير قواعد العدالة وصون الأمن القانوني والقضائي الذي يعتبر دعامة الأمن السياسي والاقتصادي والاجتماعي، ولهذا نص الفصل 122 من الدستور الحالي لسنة 2011 على "حق كل متضرر من خطأ قضائي في الحصول على تعويض تتحمله الدولة".

إلا أن مفهوم الخطأ القضائي الموجب للتعويض، وخاصة في المادة الجنائية، لا زال يتجاذبه توجهان أصبحت الهوة تتسع بينهما يوما بعد يوم بسبب العديد من المقررات القضائية التي أصبحت يتحفا بها القضاء الإداري، فإذا كانت الوضعية قبل صدور الدستور الحالي تجعل العمل القضائي في منأى عن أية مراقبة باستثناء الطعون المنصوص عليها في الفصول من 391 إلى 401 من قانون المسطرة المدنية والمتعلقة بمسطرة بمخاصمة القضاة، وذلك في حالة ادعاء ارتكاب تدليس أو غش أو غدر من طرف قاضي الحكم أثناء تهئ القضية أو الحكم فيها أو من طرف قاضي النيابة العامة أثناء

قيامه بمهامه أو إذا قضى نص تشريعي بمسؤولية القضاة يُستحق عنها تعويض، أو عند وجود إنكار العدالة¹، أوفي الحالة المنصوص عليها في المواد من 565 إلى 574 من قانون المسطرة الجنائية والمتعلقة بمسطرة المراجعة كطريق من طرق الطعن غير العادية². فإن التوجه القضائي الحالي، وخاصة على مستوى المقررات القضائية الصادرة عن القضاء الإداري، أصبحت توسع من مجال الأخطاء القضائية الموجبة للتعويض لتشمل مجالات كانت خارجة عن إطار المساءلة، وخاصة على مستوى التقصير الذي يمكن أن يسجل على مستوى عمل الأجهزة القضائية.

إلا أنه للأسف، لم يرتق بعد التشريع المغربي إلى مصاف التشريعات المقارنة التي تقر بمسؤولية الدولة عن بعض أنواع الأخطاء القضائية كثيرة الوقوع في الميدان العملي، ومنها الاعتقال الاحتياطي، حيث لا زال المبدأ السائد هو عدم مساءلة الجهاز أو الأجهزة القضائية المقررة لهذا الاعتقال عن الأضرار الناجمة عنه.

وبالتالي يفرض مبدأ العدالة، أن تتم بلورة مؤسسة التعويض عن الأخطاء القضائية في إطار قانوني مستقل يكون كفيلا بالإحاطة بمختلف الأخطاء المرتكبة خلال العمل القضائي، كما يحدد الجهة الموكول لها مهمة البت في طلبات التعويض، بحيث لا يقبل أن يكون القضاء خصما وحكما في هذا النوع من القضايا. يتعين أيضا في هذا الإطار القانوني إحداث صندوق خاص للتعويض عن هذه الأخطاء، وتحديد المسطرة اللازم اتباعها من أجل الحصول على التعويضات التي يمنحها.

¹ وفقا للفصل 400 من ق م م تكون الدولة مسؤولة مدنيا فيما يخص الأحكام بالتعويضات الصادرة بالنسبة للأفعال التي ترتبت عنها المخاصمة ضد القضاة مع إمكانية رجوعها على هؤلاء.

² نصت المادة 573 من ق م ج على أنه "يمكن استنادا إلى المقرر الجديد المترتبة عنه براءة المحكوم عليه، وبناء على طلبه الحكم له بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الإدانة. إذا كان ضحية الخطأ القضائي قد توفي، انتقل الحق في رفع طلب التعويض حسب نفس الشروط، إلى زوجه وأصوله وفروعه، ولا يمكن أن يؤول هذا الحق لأقارب آخرين أبعد صلة إلا إذا أدلوا بما يبرر أن ضررا ماديا لحقهم من العقوبة المحكوم بها.

يقبل طلب التعويض في سائر مراحل مسطرة المراجعة.

تتحمل الدولة ما يحكم به من تعويضات، على أنه يحق لها الرجوع على الطرف المدني أو الواسي أو شاهد الزور الذين تسببوا بخطئهم في صدور العقوبة، وتؤدي التعويضات كما تؤدي مصاريف القضاء الجنائي.

ستحاول هذه الدراسة إذن التطرق أولا لمحددات الخطأ القضائي الموجب للتعويض وثانيا، لمختلف مظاهر التعويض المعترف بها من طرف التشريع أو القضاء المغربي، وثالثا لأوجه النقص التي يتعين تداركها بالاستهداء بتجارب التشريعات المقارنة، ورابعا لمحاولة تأصيل نظام قانوني جديد مؤطر للتعويض عن هذه الأخطاء القضائية سواء من حيث مجال أو نطاق التعويض، أو من حيث الجهة المكلفة بمنحه، أو من حيث المسطرة اللازم اتباعها في هذا الإطار.

المبحث الأول: محددات الخطأ القضائي الموجب للتعويض في المادة الجزائية

يطرح مفهوم الخطأ القضائي العديد من التساؤلات والإشكالات التي ترتبط بحدوده والمجالات التي يمكن تصوره فيها والأشكال التي يمكن أن يأتي مغلفا بها، فإذا كان مفهوم الخطأ لا يطرح أي إشكال، فإن ارتباطه بوصف "القضائي" يجعل تحديده أمرا في غاية التعقيد، وما يزيد من هذه الصعوبة هو تداخله مع مفهوم آخر يشترك معه في بعض الخصائص ويفترقان في كثير منها، وهو مفهوم الغلط القضائي.

المطلب الأول: مدى توفيق المشرع في استعمال مفهوم الخطأ القضائي

تجدر الإشارة أولا إلى أن مفهوم "الخطأ القضائي" لم يتم استعماله من طرف المشرع المغربي في جميع النصوص التي كان يتم الرجوع إليها من أجل ترتيب مسؤولية القاضي أو الدولة عن بعض الأفعال التي كانت ترتب ضررا لبعض المتابعين المحكوم ببراءتهم أو الذين تم حرمانهم من بعض حقوقهم التي يكفلها لهم التشريع والاتفاقيات الدولية، وذلك باستثناء ما نصت عليه المادة 565 من قانون المسطرة الجنائية المتعلق بالطعن بالمراجعة كطريق من طرق الطعن العادية في المادة الجنائية، والتي جاء فيها على أنه "لا يفتح باب المراجعة إلا لتدراك خطأ في الوقائع تضرر منه شخص حكم عليه من أجل جناية أو جنحة...".

أما غير ذلك من النصوص المقررة لهذا النوع من المسؤولية فهي إما تحدثت عن الإخلال بمقتضيات المنصب، بحيث نص الفصل 81 من قانون الالتزامات والعقود على أن "القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه يسأل مدنيا عن هذا الإخلال تجاه الشخص المتضرر في الحالات التي يجوز فيها مخاصمته"، وإما تحدثت عن التدليس أو الغش أو الغدر، بحيث نصت الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية على أنه "يمكن مخاصمة القضاة في الأحوال الآتية: 1- إذا ادعى ارتكاب تدليس أو غش أو غدر من طرف قاضي الحكم أثناء تهئ القضية أو الحكم فيها أو من طرف قاض من النيابة العامة أثناء قيامه بمهامه؛ 2- إذا قضى نص تشريعي صراحة بجوازها؛ 3- إذا قضى نص تشريعي بمسؤولية القضاة يستحق عنها تعويض؛ عند وجود إنكار للعدالة".

وسيتغير هذا الوضع مع صدور الدستور الجديد لسنة 2011 الذي جاء بالعديد من المقتضيات المهمة على هذا المستوى التي تضمنت مفهوم الخطأ، ومنها على الخصوص الفصل 122 منه الذي جاء فيه على أنه "يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة".

إلا أن الترجمة الرسمية لهذا الدستور في الجريدة الرسمية تضمنت عبارة " **erreur judiciaire**" التي تفيد الغلط القضائي وليس الخطأ القضائي، وهو ما يطرح أكثر من تساؤل حول المقصود بهذين المصطلحين وحول العلاقة بينهما ومدى توفيق المشرع في اختيار التسمية العربية أو أن الترجمة إلى الفرنسية هي الأصح.

قبل هذا التمييز بين هذين المصطلحين، لا بد أولا من التطرق لمفهوم الخطأ ومفهوم الغلط، فبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود نجد أنه يعرف الخطأ في الفقرة الثالثة منه بأنه "ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"، أما الغلط فيمكن أن يكون في القانون ويكون سبب من أسباب إبطال الالتزام إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي وإذا

أمكن العذر عنه، ويمكن أن يكون على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته وهولا يخول الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب المدافعة إلى صدور الرضى من المتعاقد الآخر¹.

أما إذا ربط هذين المفهومين بوصف "القضائي" فيمكن القول أن المفهومين يتداخلان فيما بينهما في العديد من الجوانب، بحيث يترافقان في العديد من الأفعال أو التصرفات القضائية، ففي مسطرة المراجعة مثلاً يمكن أن يكون الخطأ المرتكب من طرف المحكمة ناتجاً عن تغليب من طرف شاهد أو الطرف المدني أو الواشي أو شاهد الزور، أو ناتجاً عن غلط في شخص المتهم. أما في حالة الاعتقال الاحتياطي (أو الحبس المؤقت وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري)، أوفي حالة تقصير النيابة العامة أو غيرها من الأجهزة القضائية في أدائها لمهامها فإننا نكون أمام حالة من حالات الخطأ القضائي المجرد من أي غلط، وإن كان هذا لا يستبعد توفر هذا الأخير في بعض الحالات، وخاصة في حالة الغلط في القانون المطبق أوفي الشخص موضوع المتابعة.

أما فيما يتعلق بحالات مخاصمة قضاة الحكم أو قضاة النيابة العامة، فإننا نعتقد أن الأمر لا يتعلق هنا بحالة من حالات الخطأ القضائي اعتباراً لعنصر القصد والعمد المتوفر لدى القاضي المخاصم، واعتباراً لكون حالات المخاصمة لا تكون إلا إذا تم ارتكاب تدليس أو غش أو غدر أو إنكار للعدالة، وهوما لا يستقيم مع مفهوم الخطأ القضائي، وبالتالي فإننا لن ندرج هذه الحالات ضمن التظاهرات التي يتخذها الخطأ القضائي. ولعل ما يعزز هذا التوجه هو أن المشرع لم يضمن المواد المنظمة لمسطرة المخاصمة مفهوم الخطأ أو الأخطاء، وإنما مفهوم الأفعال، بحيث نصت الفقرة الثانية من الفصل 400 من قانون المسطرة المدنية على أنه "تكون الدولة مسؤولة مدنيا فيما يخص الأحكام بالتعويضات الصادرة بالنسبة للأفعال التي ترتبت عنها المخاصمة ضد القضاة مع إمكانية رجوعها على هؤلاء."

إذن فمحددات مفهوم الخطأ القضائي الموجب للتعويض تتمثل فيما يلي:

¹ وذلك وفقاً للفصل 40 و 42 من ق ل ع.

أولاً، أن يكون الخطأ مرتكباً من طرف أحد الأجهزة القضائية المتدخلة في الخصومة الجزائية سواء تعلق الأمر بالنيابة العامة أو قضاء التحقيق أو هيئة الحكم، وبالتالي لا يعتبر خطأ قضائياً بعض الأفعال المرتكبة من طرف موظفي كتابة الضبط أو من طرف الشرطة القضائية (أو الضبط القضائي وفقاً للتشريع الجزائري). وفي هذا الإطار اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط عن حق بمقتضى الحكم رقم 1976 الصادر عنها بتاريخ 2012/5/24 في الملف رقم 282/12/2011، ما يلي "وحيث إن إشراف النيابة العامة على أعمال الشرطة القضائية طبقاً للمادة 16 وما يليها من قانون المسطرة الجنائية لا يمكن أن يترتب مسؤوليتها بصفة آلية عن الخطأ القضائي الذي تتحمله الدولة طبقاً للفصل 122 من الدستور مادامت لم يصدر عنها تعليمات مباشرة كانت سبباً في وقوع الخطأ المدعى بشأنه، لأن ضياع المحجوز بين يدي الضابطة القضائية يعتبر فعلاً مادياً يتحمل مرفق الأمن المسؤولية الإدارية المباشرة عنه تبعاً للمادة 23 من قانون المسطرة الجنائية؛ وحيث إن رفع الدعوى مباشرة في مواجهة الدولة دون إدخال كلا من الجهة الوصية على مرفق الأمن والوكيل القضائي للمملكة في دعوى المسؤولية الإدارية يجعل الدعوى مختلة شكلاً طبقاً للفصلين 1 و515 من قانون المسطرة المدنية وحليفها عدم القبول¹".

ثانياً، أن يكون الخطأ المرتكب من طرف إحدى الأجهزة القضائية مرتبطاً بالقضايا أو المتابعات القضائية المعروضة عليهم، بحيث أن كل خطأ يكون مرتبطاً بغير ذلك كالأخطاء المهنية أو المتعلقة بالتجرد والاستقلال أو بالوضعية الوظيفية، فإنها تعتبر أخطاء شخصية للقاضي توجب مساءلته تأديبياً عن ذلك من طرف المجلس الأعلى للسلطة القضائية، وفي هذا الإطار نصت الفقرة الثالثة من الفصل 109 من الدستور الحالي على أنه "يعد كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنياً جسيماً، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة"؛

ثالثاً، أنه ينبغي التمييز بين الأخطاء القضائية التي تترتب عن تطبيق مقتضيات القانون أو عن تأويله أو تفسيره كحالة الاعتقال الاحتياطي غير المبرر أو حالات الطعن بالمراجعة، بحيث تبقى مسؤولية تعويض المتضرر أو ذوو حقوقه كاملة على الدولة وفقاً لمقتضيات المادة 122 من الدستور الحالي

¹ حكم غير منشور.

والمادة 573 من قانون المسطرة الجنائية، ولا يمكن مساءلة قاضي التحقيق أو الهيئة القضائية مصدرة الحكم عن ذلك، وبين الأخطاء القضائية الناتجة عن تقصير أو إهمال أو تهاون من طرف الأجهزة القضائية في أدائها للمهام المنوطة بها قانونا، بحيث تكون الدولة مسؤولة عن تعويض المتضرر، مع إمكانية رجوعها على الجهاز القضائي المتسبب في هذا الضرر، وإمكانية مساءلته تأديبيا عن ذلك.

رابعا، أنه لا يمكن مساءلة قاضي الحكم أو قاضي النيابة العامة شخصا متى عمد إلى تأويل أو تفسير القانون تفسيراً رتب ضرراً لأحد أطراف القضية، بحيث يمكن الطعن في المقرر الصادر عنه وفقا لما ينص عليه القانون، وذلك باستثناء الحالة التي يثبت فيها أنه ارتكب غشا أو تدليسا أو غدرا وفقا لما ينص عليه الفصل 391 من قانون المسطرة الجنائية، أو إخلالا بمقتضيات منصبه وفقا للفصل 81 من قانون الالتزامات والعقود. وفي هذا الإطار جاء في القرار رقم 248 الصادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا- بتاريخ 29 يوليوز 1991 في الملف عدد 50/2255 أنه "حيث أن قاضي الحكم لا يتحمل أية مسؤولية عن الأحكام التي يصدرها ولوارتكب خطأ في تأويل وتطبيق القانون أو تحريف وذلك لكون الأطراف في استطاعتهم دائما اللجوء إلى طرق الطعن العادية للحصول على تعديل أو إلغاء الحكم، ونظرا لحجية الشيء المقضي به التي تتعلق بالحكم والتي تقوم على قرينة أن الحكم مطابق للحقيقة، لكن قاضي الحكم يكون مسؤولا مدنيا إذا ارتكب غشا أو تدليسا يتعين على مدعيه أن يقيم الدليل على ذلك وبالأخص عنصر سوء نية القاضي"¹.

المطلب الثاني: مظهرات الخطأ القضائي الموجب للتعويض

لا يعترف المشرع المغربي، لحد الآن، بالخطأ القضائي إلا في الحالات المنصوص عليها بالمادة 566 من قانون المسطرة الجنائية والمتعلق بالطعن بالمراجعة، ينضاف إليها الصياغة العامة التي جاء بها الفصل 122 من الدستور الحالي، والتي فتحت الباب واسعا للقضاء الإداري من أجل التوسع في هذا المفهوم، وترتيب مسؤولية الدولة عن العديد من الأخطاء القضائية التي كانت إلى عهد قريب خارج إطار المساءلة.

¹ قرار منشور بمجلة الإشعاع، العدد 7، يونيو 1992، ص 91.

الفقرة الأولى: مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية موضوع مسطرة المراجعة

يمكن أولاً تعريف المراجعة بأنها طريق غير عادي للطعن سمح به القانون في حالات تولى تحديدها على سبيل الحصر، بغية إصلاح ما علق بالمقررات القضائية الصادرة بالإدانة من أخطاء في تقدير الوقائع التي تأسست عليها¹.

تجد هذه المسؤولية أساسها في القسم الثالث من الكتاب الرابع من قانون المسطرة الجنائية المنظمة للمراجعة كطريق من طرق الطعن غير العادية يتم لتدارك خطأ في الوقائع تضرر منه شخص حكم عليه من أجل جنائية أو جنحة، وذلك بعد أن يصير المقرر القضائي المطعون فيه غير قابل لأي طريقة أخرى من طرق الطعن.

ويمكن أن يقدم طلب المراجعة أيًا كانت المحكمة التي بتت في الدعوى وأيا كانت العقوبة الصادرة فيها: 1- إذا صدرت عقوبة في دعوى القتل، وأدلى بعد ذلك بمستندات أوحجج ثبت منها قيام قرائن أو علامات كافية تدل على وجود المجني عليه المزعوم قتله؛ 2- إذا صدرت عقوبة على متهم، وصدر بعد ذلك مقرر ثان يعاقب متهما آخر من أجل نفس الفعل ولم يمكن التوفيق بين المقررين لما بينهما من تناقض يستخلص منه الدليل على براءة أحد المحكوم عليهما؛ 3- إذا جرت بعد صدور الحكم بالإدانة متابعة شاهد سبق الاستماع إليه وحكم عليه من أجل شهادة الزور ضد المتهم، ولا يمكن أثناء المناقشات الجديدة الاستماع إلى الشاهد المحكوم عليه بهذه الصفة؛ 4- إذا طرأت واقعة بعد صدور الحكم بالإدانة أوتم الكشف عنها أو إذا تم تقديم مستندات كانت مجهولة أثناء المناقشات ومن شأنها أن تثبت براءة المحكوم عليه².

تحال القضية إلى الغرفة الجنائية بمحكمة النقض من طرف الوكيل العام لهذه المحكمة، وتبت بقبول طلب المراجعة المحال إليها، وفي هذه الحالة تجري الغرفة إن اقتضى الحال إما مباشرة

¹ عبد الواحد العلمي، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية. الجزء الثالث: طرق الطعن في الأحكام (المقررات القضائية) التعرض، الاستئناف، النقض، إعادة النظر، المراجعة. مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى 2011، ص 285.

² وذلك وفقاً للمادة 566 من قانون المسطرة الجنائية.

أوبواسطة إنابة قضائية جميع الأبحاث والمقابلات والتحقيقات في هوية الأشخاص والتحريرات الكفيلة بإظهار الحقيقة¹.

ويمكن استنادا إلى المقرر الجديد المترتبة عنه براءة المحكوم عليه، وبناء على طلبه الحكم له بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الإدانة، وإذا كان ضحية الخطأ القضائي قد توفي، انتقل الحق في رفع طلب التعويض حسب نفس الشروط، إلى زوجه وأصوله وفروعه، ولا يمكن أن يؤول هذا الحق لأقارب آخرين أبعد صلة إلا إذا أدلوا بما يبرر أن ضررا ماديا لحقهم من العقوبة المحكوم بها؛ ويقبل طلب التعويض في سائر مراحل مسطرة المراجعة، وتتحمل الدولة ما يحكم به من تعويضات، على أنه يحق لها الرجوع على الطرف المدني أو الواشي أو شاهد الزور الذين تسببوا في صدور العقوبة².

وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء حكم بتاريخ 5 يونيو 2006³ قضى بمنح تعويض قدره 1.500.000.00 درهم للمحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية مدى الحياة قضت بها محكمة الاستئناف بالجديدة من أجل جنابة القتل العمد⁴، قضى المحكوم عليه من أجل ذلك عشر سنوات، ثم تبين بعد ذلك مرتكب الجريمة الحقيقي الذي تمت إدانته بالإعدام، وقد عمد إلى الطعن بالمراجعة بحيث ألغى المجلس الأعلى قرار الإدانة وحكم بالبراءة على المحكوم عليه بالمؤبد⁵، وهذا الأخير تقدم بطلب ضد الدولة المغربية كمسؤولة عن الخطأ القضائي قضت فيه المحكمة الإدارية بتحميل الدولة المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية.

الفقرة الثانية: مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية الناجمة عن التقصير

¹ وذلك وفقا لمقتضيات المادتين 568 و 570 من قانون المسطرة الجنائية.

² وهذا ما نصت عليه المادة 573 من قانون المسطرة الجنائية.

³ الحكم عدد 632 بتاريخ 05 يونيو 2006 في الملف رقم 2006/76. غير منشور.

⁴ وذلك بواسطة القرار رقم 93/175 الصادر بتاريخ 04 شتنبر 1993 في الملف رقم 93/57. غير منشور.

⁵ وذلك بواسطة القرار رقم 1/935 الصادر بتاريخ 09 يوليوز 2005 في الملف رقم 2005/5962. غير منشور.

استنادا لمقتضيات الفصل 122 من الدستور الحالي الذي قرر مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي، فقد حاول القضاء الإداري بالمغرب توسيع مجال الأخطاء التي يمكن أن ترتكب من طرف الأجهزة القضائية المتدخلة في الخصومة الجزائية، وفي هذا الإطار صدر حكم فريد للمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 25 يوليوز 2013 قضى بتحميل الدولة المسؤولية الإدارية عن الأضرار المعنوية والمادية الناجمة عن سوء تسيير وتدبير المرفق القضائي، ومما جاء في حيثياته " وحيث إن مرفق القضاء، وما يتفرع عنه من جهاز النيابة العامة المعتبر دستوريا هيئة قضائية، وباعتباره من المرافق العمومية للدولة شأنه شأن باقي الإدارات العمومية يخضع لقواعد المسؤولية الإدارية، ولا يحد من المسؤولية أوبليغها من حيث المبدأ استقلال القضاء أو خصوصية الأعمال القضائية، لأن السلطة القضائية ليست فوق المحاسبة أو المساءلة، طالما أن الشرعية أو المشروعية هي عماد المؤسسات وحصنها الأساسي لخضوع الجميع لمقتضياتها، حاكمين ومحكومين، وواجب المحاسبة المكرس دستوريا في الفصل 154 هو المحك الأصلي لإثبات وجودها وفعاليتها حماية لحقوق المتقاضين، وضمانا لقواعد سير العدالة المكرسة دستوريا وصونا للأمن القانوني والقضائي؛ وحيث نصت المادة 120 من الدستور على حق كل شخص في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول؛ وحيث نصت الفقرة الثانية من المادة 22 من الدستور على أنه لا يجوز لأحد أن يعامل الغير، تحت أي ذريعة، معاملة قاسية أولا إنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية؛ وحيث نصت المادة 122 من الدستور على "حق كل متضرر من خطأ قضائي من الحصول على تعويض تتحمله الدولة" وحيث نصت المادة 117 من الدستور على تولي القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون. وحيث نصت المادة 37 من قانون المسطرة الجنائية على تولي النيابة العامة السهر على تنفيذ المقررات القضائية؛

وحيث إن الثابت من وثائق الملف ولاسيما محاضر الجلسات الجنحية المدلى بها تخلف النيابة العامة عن تنفيذ أوامر المحكمة بإحضار المدعي المتابع لعدة جلسات أو إحضاره مع عدم إحضار المتابعين معه على ذمة نفس القضية (على سبيل المثال لا الحصر -محاضر جلسات: 17-1-2012 و 14-2-2012 و 1-3-2012 و 22-3-2012 و 5-4-2012 و 17-4-2012 و 29-5-2012 و 14-6-2012 و 21-6-2012) مما تسبب في تأخير المحاكمة

عقب كل تأخير لتنفيذ الإجراء القانوني المطلوب من طرف هيئة الحكم في الملف عدد 4090-2010-المحكمة الابتدائية الزجرية بالبيضاء؛

وحيث إن تقصير النيابة العامة في الرقابة على الشرطة القضائية بالزامها على تنفيذ الإجراءات بإحضار المتابعين أمام المحكمة، وتحريك الوسائل القانونية في مواجهتها تدعيما لمبدأ المحاسبة والمسؤولية تطبيقا للفصلين 128 و154 من الدستور وللфصول 18 و37 و40 و45 و364 من قانون المسطرة الجنائية، وعدم تدارك الخطأ، رغم الطلب المتكرر للدفاع والمحكمة لعدة جلسات، بشكل أصبح التأخير وتأجيل المحاكمة أمرا اعتياديا لا لبس فيه، يرتب مسؤولية النيابة العامة عن الخلل في سير مرفق القضاء وعرقلة نشاطه المعتبر خطأ جسيما، مما جعل صورة المرفق والثقة فيه تتضرر من كثرة التأجيلات وعشبية إجراءات المحاكمة التي لم يجدى منها شيء للإخلال بجميع مبادئ المحاكمة العادلة في جميع صورها (المادتين 23 و120 من الدستور) ولاسيما مبدأ قرينة البراءة والمحاكمة في أجل معقول، واحترام كرامة الأشخاص المتابعين وحرياتهم، والولوج السهل والسريع والشفاف للعدالة، وهيبة القضاء والدفاع ورجاله إن لم يكن المساس بمسؤولياتهم ونفسه وما يفرضه من مستلزمات جودة الخدمة القضائية التي أساسها احترام حقوق وحريات المواطن كان متابعا أوضحية، وضمنا الأمان القانوني والقضائي....؛

وحيث إن عدم تنفيذ النيابة العامة لمقرر المحكمة الزجرية بإحضار المتابعين لجلسات المحكمة بالمخالفة للأسس الدستورية والقانونية الوطنية والدولية ألحق ضررا مباشرا ماديا ومعنويا للمدعي تمثل في تفويت فرصة المحاكمة العادلة عليه وبقائه أكثر من سنة بدون محاكمة في حالة "اعتقال احتياطي" غير مبرر مس بمبدأ قرينة البراءة وبحقه في الحرية وإنسانيته، وما سببه ذلك من أثر نفسي ومعاناة وألم من جراء هذه الإجراءات الباطل، وتحملات مادية عن مصاريف الدفاع، فقد ارتأت المحكمة تبعا لقواعد العدل والإنصاف باعتباره أساس المسؤولية الإدارية الموضوعية، وتبعا

لسلطتها التقديرية في تحديد التعويض المناسب جبر الأضرار اللاحقة بالمدعي في مبلغ 100.000.00 درهم.¹

وقد شكل هذا الحكم موضوعا دسما للعديد من النقاشات الفقهية والقانونية حول مفهوم الخطأ القضائي، وحول المدى الذي يمكن أن تصله الصياغة الواسعة التي جاء بها الفصل 122 من الدستور، وكذا حول العلاقة ما بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي ومدى تحمل الدولة لها.

الفقرة الثالثة: محدودية التعويض عن الأخطاء القضائية الناجمة عن الاعتقال الاحتياطي غير المبرر.

من أهم هذه الأخطاء وأكثرها شيوعا في الواقع العملي تلك المترتبة عن الاعتقال الاحتياطي غير المبرر (أو الحبس المؤقت وفقا للتشريع الجزائري). إلا أن موقف المشرع المغربي بخصوص هذا النوع من الأخطاء اتسم بالخلل والاحتشام في مواجهة الأضرار والمخاطر الجسيمة المترتبة عن هذا الاعتقال، بحيث لم يتبع خطوات التشريع الفرنسي، خلافا لعادته، في هذا الإطار، وبقي مقتصرًا على ضمان نوع من التعويض المعنوي الهزيل الذي تضمنته الفقرة السادسة والسابعة من المادة 216 من ق م ج م²، دون الخوض في موضوع التعويضات المادية التي التزم السكوت بشأنها³، لرغبته في عدم

¹ الحكم رقم 2796 بتاريخ 25 يوليوز 2013 في الملف رقم 2012/12/613. حكم غير منشور. أنظر أيضا الحكم رقم 1895 الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 23 ماي 2013 القاضي باختصاص هذه المحكمة نوعيا بالنظر في هذه القضية.

² اقتصر المشرع على آلية النشر كنوع من الجبر المعنوي للمعتقل احتياطيا، حيث نصت الفقرة السادسة من المادة 216 من ق م ج م على أنه "يمكن لقاضي التحقيق أن يأمر بنشر القرار بعدم المتابعة كليا أو جزئيا بناء على طلب الشخص المعني أو بطلب من النيابة العامة بصحيفة أو عدة صحف"، ووفقا للفقرة السابعة من نفس المادة فإن قاضي التحقيق يحدد البيانات القابلة للنشر في الصحيفة أو الصحف التي يحددها، ويقبل هذا الأمر الطعن أمام الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف.

³ باستثناء ما نص عليه لفصل 34 من مجموعة القانون الجنائي الذي جاء فيه على أنه "إذا صدر حكم بالغرامة وكان المحكوم عليه قد قضى مدة ما رهن الاعتقال الاحتياطي، فإنه يجوز للمحكمة أن تقرر إعفاء المحكوم عليه من أداء تلك الغرامة كلاً أو بعضاً على أن تعلل قرارها بذلك تعليلا خاصا".

إلزام خزانة الدولة بنفقات إضافية تنضاف إلى تلك تجد نفسها مضطرة لتحملها بخصوص نفقة وكسوة وتطبيب هؤلاء المعتقلين احتياطيا خلال مدة اعتقالهم احتياطيا¹.

وفي هذا الإطار جاء في حكم للمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 23 يناير 2013 بأنه "... وحيث إن صدور حكم بسقوط الدعوى العمومية لتقادمها لا ينفي الصبغة الجرمية عن الفعل المرتكب سبب الاعتقال ولا يفيد البراءة منه، ولا يعني بالضرورة أن قرار الاعتقال الاحتياطي كان خاطئا، لكون قضاة محكمة الموضوع هم الجهة المختصة أساسا للبحث في مدى صحة الدفع بالتقادم المثار من طرف الشخص المتابع، وليس قضاة النيابة العامة الذين يتمتعون بسلطة الملاءمة إزاء الدعوى العمومية، اعتبارا لظروف كل قضية وملابساتها، مع حقهم في تقدير خطورة الفعل الجرمي وردود الفعل المحتملة بشأنه سواء من طرف الضحايا أو ذويهم أو المجتمع، فلا يعدو أن يكون قرار الاعتقال الاحتياطي في ضوء ما ذكر إلا استعمالا للسلطات المقررة قانونا؛ وحيث إن الحسم في تحقق واقعة التقادم في ظل وجود متابعة بجريمة النصب وعدم تنفيذ عقد، لا يكون إلا بمقتضى حكم قضائي يفصل في مسألة التقادم وعدم وجود ما يقطعه، والذي يستقل قضاة الحكم بتقديره، في ضوء المعطيات التي يتم عرضها خلال مناقشة القضية، وبالتالي لا يمكن تحميل المسؤولية في هذه الحالة للنياية العامة لعدم ثبوت أي تقصير من جانبها في تطبيق القانون، مما يعدم معه ركن الخطأ اللازم لانعقاد المسؤولية، ويكون مآل الطلب هو الرفض²."

ويعتبر هذا الموقف التشريعي غريبا نوعا ما بالنظر للارتفاع المهول في عدد المعتقلين الاحتياطيين في السجون المغربية، والذين تصدر في مواجهة نسبة كبيرة منهم أوامر بعدم المتابعة أو تتم تبرئتهم أو إعفاؤهم بعد ذلك من طرف المحكمة. وبالتالي كان على المشرع المغربي مجازاة العديد من

¹ ولعل هذا ما يلاحظ أيضا بخصوص مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية المعروضة حاليا للمناقشة، بحيث لم تنطرق تماما لمسألة التعويض عن الاعتقال الاحتياطي.

² الحكم عدد 188 بتاريخ 23 يناير 2013 في الملف رقم 2012/12/50. حكم غير منشور.

التشريعات الغربية والعربية (ومنها التشريع الجزائري) التي سارت في اتجاه مؤسسة التعويض لجبر مختلف الأضرار التي تلحق بالمعتقل احتياطياً¹.

وبالتالي يتعين التفكير في خلق صندوق خاص يتكفل بمنح هذه النوعية من المعتقلين الاحتياطيين، تعويضا يمكن من جبر الأضرار اللاحقة بهم نتيجة اعتقالهم بشكل غير مبرر². ويمكن الاستفادة من التجارب المقارنة في التصور العام لهذا الصندوق والتعويضات التي يمنحها والجهة الإدارية التي يتبعها وكذا الجهة القضائية المخول لها صلاحية النطق بهذه التعويضات.

المبحث الثاني: اختصاص النظر في الخطأ القضائي الموجب للتعويض

لم تكن مسألة الاختصاص القضائي بالنظر في الأخطاء القضائية تطرح أي إشكال أونقاش فقهي أو قانوني، وذلك اعتبارا لكون هذه الأخطاء لم تكن تخرج عن الحالات التي يسمح فيها قانون المسطرة الجنائية بسلوك الطعن بالمراجعة كطريق من طرق الطعن غير العادية، والتي كان الاختصاص بالنظر فيها محسوما بمقتضى مواد هذا القانون³.

¹ فالي علل، التعويض عن الاعتقال الاحتياطي غير المبرر كآلية لتحقيق العدالة الاجتماعية. مجلة القضاء الجنائي، العدد الأول، سنة 2015.

² ويمكن تمديد وظيفة هذا الصندوق ليشمل حتى المعتقلين احتياطيا الذين تتم تبرئتهم أو إعفاؤهم من طرف القضاء بمقتضى مقرر حائز على قوة الشيء المقضي به.

³ وإن أصبح القضاء الإداري يحاول بسط ولايته أيضا حتى على البت في التعويض الناجم عن حالة من حالات المراجعة، بحيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط صادر بتاريخ 2007/11/28 في الملفين 2006/6/41 و 2006/7/28 في ردها عن الدفع بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية لفائدة اختصاص الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى ما يلي: "لكن حيث إن عبارة: يقبل طلب التعويض في سائر مراحل مسطرة المراجعة الواردة في الفقرة الثالثة من المادة 573 من ق م ج لا تقيد حتما أن اختصاص القضاء الجنائي للبت في طلب التعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ القضائي المقدم من قبل من صدر قرار المراجعة لفائدته هو اختصاص مانع لا يزاحمه فيه القضاء الإداري، بل إن صدور هذا القرار لا يمنع المتضرر من تقديم طلب التعويض أمام المحكمة الإدارية استنادا إلى المادة الثامنة من القانون رقم 90/41 التي تمنح الاختصاص للمحاكم الإدارية للبت في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام بدليل أن هذه المادة استثنت فقط الأضرار التي تسببها في الطريق العام مركبات يملكها شخص من أشخاص القانون العام ولم تستثن الأخطاء الناتجة عن الخطأ القضائي موضوع نازلة الحال ويستنتج من ذلك أن للمتضرر

إلا أن هذا الهدوء سيتحول إلى عاصفة فقهيّة وقضائية بعد صدور الدستور الحالي لسنة 2011 الذي نص في فصله 122 على أن حق كل من تضرر من خطأ قضائي في الحصول على تعويض تتحمله الدولة، بحيث ظهرت العديد من الإشكاليات القانونية المرتبطة على الخصوص بالمقصود بمفهوم الخطأ القضائي الموجب للتعويض الذي تتحمله الدولة، وكذا بالجهة المختصة بالنظر في هذه الأخطاء القضائية وبالحكم بالتعويض لفائدة المتضررين منها.

ففيما يتعلق بالاختصاص غالبا ما يثار من طرف الوكيل القضائي للمملكة الدفع المتعلق بعدم اختصاص المحاكم الإدارية للبت في طلبات التعويض عن الأخطاء القضائية، من خلال التأكيد على أن مسؤولية الدولة تقتصر على حالات المراجعة المنظمة بمقتضى قانون المسطرة الجنائية والمحددة لاختصاص النظر فيها، وأن الخطأ المرتكب من طرف مرفق القضاء ليس خطأ مرفقيا يندرج في إطار الفصل 79 من ق ل ع، وبالتالي لا تسأل عنه الدولة.

وبمناسبة البت في هذا الدفع من طرف المحاكم الإدارية، لوحظ أن هناك اتجاهين قضائيين مختلفين، حاول الأول التمسك بحرفية الفصل 122 من الدستور وربطه بالنصوص السابقة عليه، بحيث قصر مساءلة السلطة القضائية على حالي المراجعة ومخاصمة القضاة وما يترتب عن ذلك من منح اختصاص النظر فيها للجهات القضائية المنصوص عليها قانونا، في حين حاول الاتجاه القضائي الثاني توسيع مفهوم الخطأ القضائي ليشمل العديد من الحالات التي لا تشملها النصوص السابقة معتبرا أن السلطة القضائية تخضع للمساءلة والمحاسبة كما هو الشأن بالنسبة لباقي السلط الأخرى، وبالتالي تبقى المحاكم الإدارية هي المختصة بالنظر في الأخطاء التي يمكن أن تنسب للسلطة القضائية في غير حالي المراجعة ومخاصمة القضاة.

وستولى في إطار هذا المبحث التطرق للاتجاهين معا والحديثات والمبررات التي اعتمدها كل اتجاه قضائي، على أن يتم فيما بعد تقييمهما ومحاولة الخروج بحلول لهذا التضارب والتعارض

من هذا الخطأ الخيار بين تقديم طلب التعويض أمام القضاء الجنائي في إطار مسطرة المراجعة الجارية أمام المجلس الأعلى أو أمام المحكمة الإدارية بعد صدور قرار المراجعة لفائدته. "قرار غير منشور.

الذي تشهده المحاكم الإدارية في هذه الفترة التي يحاول من خلالها تنزيل مقتضيات الدستور الحالي إلى أرض الواقع وتكريسها قضائيا حتى لا تبقى فقط حبرا على ورق ومبادئ لا تجد مجالا للتطبيق.

المطلب الأول: الاتجاه القضائي المقيد لمجال الخطأ القضائي الموجب للتعويض

سبقت الإشارة أعلاه إلى أن بعض الأحكام القضائية الصادرة عن بعض المحاكم الإدارية حاولت تفسير مقتضيات الفصل 122 من الدستور الحالي تفسيرا ضيقا يجعل من مساءلة السلطة القضائية عن أعماله مقصورا في حالي الطعن بالمراجعة المنظم بمقتضى قانون المسطرة الجنائية ومسطرة مخاصمة القضاة المنظمة بمقتضى فصول قانون المسطرة المدنية، ويمنح الاختصاص للمحاكم المنصوص عليها بهذه القوانين.

وفي هذا الإطار صدر قرار عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - قضى بأن الاختصاص النوعي في الحكم بالتعويض لفائدة ضحية الخطأ القضائي يرجع إلى الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى حسب الأحوال الواردة في المادتين 571 إلى 573 من المسطرة الجنائية¹.

وفي نفس الإطار صدر حكم للمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 17 شتنبر 2012 قضى بأنه² "وحيث إنه باستقراء نصوص قانوني المسطرتين المدنية والجنائية المنظمة لدور القضاة واختصاصاتهم انطلاقا من وضع اليد على القضية ومرورا بمسطرة التحقيق بشأن الإحالة إلى جهة قضائية من عدمها وانتهاء بصدور أحكام نهائية وقطعية في الموضوع، يتبين بجلاء أن كل أعمال السادة القضاة وقراراتهم تخضع لقواعد الطعن والتجريح والمخاصمة الواردة في المسطرتين السالفتين الذكر؛

¹ القرار عدد 558 بتاريخ 2007/06/27، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 111 نونبر - دجنبر 2007.

² طالب المدعي في هذه القضية بتعويض قدره 5000 درهما عن الاعتقال الاحتياطي الذي خضع له قبل تبرئته من طرف المحكمة، مع الأمر بإجراء خبرة قضائية في الموضوع.

وحيث استقر الاجتهاد القضائي ببلادنا على أنه لا يمكن تقرير مسؤولية الدولة بشأن الأعمال القضائية، وأن الدولة لا تسأل عن أعمال السلطة القضائية احتراماً لمبدأ حجية الأحكام وقوة الشيء المقضي به، وأنه لا يجوز مساءلتها عن الأعمال القضائية إلا في حالي: إعادة النظر في بعض الأحكام القضائية، ومخاصمة القضاة؛

وحيث إنه وإن كان دستور المملكة لسنة 2011 قد نص في فصله على أنه "يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة" إلا أن هذا الفصل وإن كان قد خول للمتضررين من الأخطاء القضائية الاستفادة من تعويضات تؤديها الدولة المغربية من خزنتها العامة، إلا أنه لم يحدد اختصاص جهة قضائية معينة أولجنا محدثة لتحديد التعويض المذكور، وبالتالي لا يمكن التسليم بأن المحاكم الإدارية هي المختصة، سيما وأن المادة 8 من القانون المحدث لهذا النوع من المحاكم قد حصرت نطاق اختصاص هذه الأخيرة في "دعوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام"، وعلى اعتبار أن العمل القضائي لا يعتبر عملاً من أعمال أو نشاطات القانون العام...؛

وحيث أنه بالترتيب على ذلك، ولما كان عمل القضاة عملاً قضائياً وليس عملاً إدارياً ولا نشاطاً من نشاطات شخص من أشخاص القانون العام التي يكون للخطأ المصلحي محل فيها، وكان اختصاص المحكمة الإدارية منحصر في البت في دعاوى التعويض المترتبة عن أعمال ونشاطات شخص من أشخاص القانون العام طبقاً للمادة 8 من قانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية، فإن اختصاص هذه المحكمة يبقى تأسيساً على ذلك، غير منعقد للبت في دعوى التعويض عن عمل قضائي، ويتعين التصريح بذلك¹.

المطلب الثاني: الاتجاه القضائي الموسع لمجال الخطأ القضائي الموجب للتعويض

¹ الحكم عدد 3239 الصادر بتاريخ 17 شتنبر 2012 في الملف رقم 2011/12/621. حكم غير منشور.

بمجرد صدور الدستور الحالي وتقريره لمسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية، قررت العديد من الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية اختصاصها بالنظر في العديد من الأخطاء القضائية التي تتجاوز المجالات التقليدية المنصوص عليها خاصة بقانون المسطرة الجنائية.

وفي هذا الإطار جاء في حكم للمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 23 ماي 2013 أنه "... حيث يهدف الطلب إلى الحكم بتحميل جامعة... في شخص ممثلها القانوني المسؤولية الإدارية عن الأضرار الناجمة عن الاعتقال والمحاكمة وقضاء العقوبة الحبسية بسبب الشكاية الكيدية مع تعويض مسبق قدره 10.000 درهم وإجراء خبرة طبية وحسائية قصد تحديد الأضرار اللاحقة بالمدعي والنفاد المعجل مع الصائر؛

وحيث دفعت المدعي عليها بعدم اختصاص المحكمة نوعيا للنظر في الطلب لفائدة المحكمة الابتدائية بالرباط لتعلق الطلب بالتعويض عن المسؤولية التقصيرية العادية؛ وحيث إن تعلق الطلب بمسؤولية الإدارة عن الأضرار اللاحقة عن تسيير المرفق بسبب التشكي غير المشروع والتي ترتب عنها اعتقال المدعي وحبسه يجعل الاختصاص منعقدا للمحكمة الإدارية لتعلقه بالمسؤولية عن الخطأ المرفقي طبقا للفصل الثامن من القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية.¹

وفي نفس الإطار قضت المحكمة الإدارية بالرباط بمقتض حكم صادر عنها بتاريخ 31 يناير 2013 أنه "وحيث إن مرفق القضاء وباعتباره من المرافق العمومية للدولة شأنه شأن باقي الإدارات العمومية يخضع لقواعد المسؤولية الإدارية على افتراض ثبوتها، ولا يحد من المسؤولية أوليغيتها من حيث المبدأ استقلال القضاء أو خصوصية الأعمال القضائية، لأن السلطة القضائية ليست فوق المحاسبة أو المساءلة، طالما أن الشرعية أو المشروعية هي عماد المؤسسات وحصنها الأساسي لخضوع الجميع لمقتضياتها، حاكمين ومحكومين، وواجب المحاسبة المكرس دستوريا في الفصل 154 من الدستور هو المحك الأصلي لإثبات وجودها وفعاليتها حماية لحقوق المتقاضين وضمانا لقواعد سير العدالة المكرسة دستوريا وصونا للأمن القانوني والقضائي؛

¹ الحكم عدد 1897 بتاريخ 23 ماي 2013 في الملف رقم 2013/12/47. حكم غير منشور.

وحيث ترتبها على ما ذكر، وتأسيسا على مقتضيات المادة 122 من الدستور والمادة الثامنة من مقتضيات القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية، يتعين التصريح باختصاص المحكمة الإدارية نوعيا للنظر في الطلب.¹

ولعل هذا ما تم تأكيده بمقتضى حكم حديث لنفس المحكمة صادر بتاريخ 30 دجنبر 2014 جاء فيه على أنه "لكن حيث إن الخطأ المدعى به صدر بمناسبة البت في دعوى معروضة أمام محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في إطار الوظيفة القضائية المسندة لمرافق القضاء الذي يعتبر مرفقا من مرافق الدولة، يخضع لقواعد المسؤولية التي تحكم هذا المرفق والعاملين به، وتبعا لسلطة المحكمة في تكييف طبيعة الخطأ، والتزاما بمقتضيات الدستور التي أوجبت التطبيق السليم والعادل للقانون، وبصرف النظر عن الإطار القانوني الذي أطر فيه المدعي دعواه، فغنه بعد دراسة كافة معطيات القضية تبين لها أنه لا يوجد ما يثبت كون الخطأ المنسوب للهيئة القضائية صدر عن غش أو تدليس أو غدر أو محاباة من القاضي لأحد الأطراف، وبالتالي لا يندرج ضمن حالات المخاصمة المقررة بموجب الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية التي توجب عند تحققها تحميل القاضي المخل بواجبات منصبه المسؤولية المدنية عن الخطأ المرتكب من طرفه طبقا للفصل 81 من قانون الالتزامات والعقود، على اعتبار أن دعوى المخاصمة هي دعوى مسؤولية مدنية ترمي إلى جبر الضرر عن طريق التعويض، فضلا على أن دعواه غير مشمولة بمقتضيات المادة 571 وما يليها من قانون المسطرة الجنائية، مما يتعين معه استبعاد الدفع بعدم اختصاص المحكمة نوعيا للبت في الطلب؛

وحيث إنه ما دام المشرع لم يحدد جهة قضائية معينة للبت في طلبات التعويض عن الخطأ القضائي المؤسسة على الفصل 122 من الدستور المغربي، فإن المحكمة الإدارية تبقى صاحبة الولاية العامة، استنادا إلى مقتضيات المادة الثامنة من القانون المحدث لها- للبت في طلب التعويض عن الخطأ المرتبط بسير مرفق عمومي والتحقق من قيام شروط مسؤولية الدولة عنه طبقا لقواعد المسؤولية

¹ الحكم رقم 325 مكرر بتاريخ 31 يناير 2013 في الملف رقم 2012/12/170. حكم غير منشور.

الإدارية المقررة بموجب الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، تأكيداً لخضوع مرفق القضاء لمبدأ المساءلة المقرر دستورياً؛

وحيث إن مجرد توخي الطلب الحكم لفائدة المدعية بتعويض عن خطأ قضائي مزعوم من قبلها لا يندرج ضمن حالات المخاصمة المنصوص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية وحالة مراجعة الأحكام طبقاً لمقتضيات المادة 571 من قانون المسطرة الجنائية، يجعل الاختصاص النوعي للبت في الطلب منعقدا لهذه المحكمة.¹

ونعتقد أن هذا الخلاف القضائي قد تم حسمه بمقتضى القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 14 فبراير 2013، والذي جاء فيه على أنه "...لكن حيث إن النزاع ناشئ عن طلب تعويض من جراء اعتقال المدعي لمدة تفوق ست سنوات ثم صدر قرار من غرفة الجنايات بتبرئته، وأن الفصل 8 من القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية يمنح الاختصاص لهذه المحاكم البت في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام والحكم المستأنف لما انتهى إلى ذلك كان في محله وواجب التأيد".²

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن الاتجاه القضائي القاضي بتوسيع مقتضيات الفصل 122 من الدستور الحالي هي الأجلر بالتأييد، على اعتبار أن مرفق القضاء هو كباقي مرافق الدولة لا ينبغي أن يبقى خارج إطار المساءلة، خاصة متى ثبت التقصير أو الإهمال من طرف بعض الأجهزة القضائية

المتدخلة في الخصومة الجزرية. كما أن هذا التوسيع يجد مبرره في الاتفاقيات والعهود الدولية التي صادق عليها المغرب ونشرها في الجريدة الرسمية وخاصة منها العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية الذي نص في المادة 9/5 منه على أنه "لكل شخص كان ضحية توقيف أو اعتقال غير قانوني

¹ الحكم رقم 6613 بتاريخ 30 دجنبر 2014 في الملف رقم 2014/7112/814. حكم غير منشور. وقد طالبت المدعية في هذه القضية بالتعويض عن الأضرار اللاحقة لها من جراء ارتكاب قضاة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء لخطأ قضائي يتمثل في عدم استقامة حيثيات القرار فضلا على قلب الوقائع وعدم الاعتماد على وثائق مدلى بها.

² القرار رقم 150 في الملف الإداري عدد 2013/1/4/12 بتاريخ 14 فبراير 2013. قرار غير منشور.

حق في الحصول على تعويض." وما يؤيد هذا الاتجاه أيضا هو أن المشرع المغربي لا يعترف إلى حد الآن بإمكانية منح المعتقلين احتياطيا الصادر في مواجهتهم أمر بعدم المتابعة من طرف قاضي التحقيق أو حكم حائز لقوة الشيء المقضي به يقضي ببراءتهم أو إعفائهم، أي تعويض، بشكل يتنافى مع مقتضيات ومتطلبات العدالة الاجتماعية. ويدوأن المشرع ماض في هذا التوجه على اعتبار أن مقتضيات مسودة قانون المسطرة الجنائية المعوضة للنقاش الحالية جاءت خالية من أية إشارة إلى التعويض عن الاعتقال الاحتياطي، بل وجاءت حتى مقيدة للأطراف الذين يحق لهم طلب الطعن بالمراجعة.

الاستثمار السياحي وتحقيق التنمية المستدامة

الأستاذة كريم كريمة - أستاذة محاضرة قسم أ- -

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة جيلالي لباس-

المقدمة

اهتم المشرع بالتنمية المستدامة¹ باعتبارها تنمية طويلة الأجل، تقوم على "التوفيق بين تنمية اجتماعية واقتصادية قابلة للاستمرار وحماية البيئة، بإدراج البعد البيئي في إطار تنمية تضمن تلبية حاجات الأجيال الحاضرة والأجيال المستقبلية"²، وهي تعد "نمط تنمية تضمن فيه الخيارات وفرص التنمية التي تحافظ على البيئة والموارد الطبيعية والتراث الثقافي للأجيال القادمة"³ وإذا ثم ربطها بالسياحة باعتبارها النشاط المهم والحساس لدورها المهم في الاقتصاد، فهي لا يمكن أن تتحقق إلا عبر مراحل وترتكز على التخطيط بداية- بالاعتماد على المخططات⁴، وتعتمد على مراعاة الشروط البيئية في البناء وتخطيط الأرض وليس التركيز فقط على إنشاء وحدات لقضاء العطل والإجازات.

لتحقيق ذلك جعل المشرع الجزائري⁵، المخططات التوجيهية تهتم بالبنا التحتية والخدمات ذات المصلحة الوطنية، من تلك المخططات المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية الذي يجعل التنمية

¹ - تعد قمة الأرض المنعقدة في نيويورك الولايات المتحدة الأمريكية 1997 هي التي تبنت فعليا فكرة الاستدامة في الصناعة السياحية، كما قد عرف الاتحاد الأوربي للبيئة والمتنزهات القومية عام 1993 التنمية السياحية المستدامة : النشاط الذي يحافظ على البيئة ويحقق التكامل الاقتصادي والاجتماعي ويرتقي بالبيئة المعمارية.

² - بناء على المادة 04/04 من قانون 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد، 43، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2003، ص.6.

³ - بناء على المادة 03/03 من قانون 01-03 المؤرخ في 17 فبراير 2003، المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة، ج ر عدد 11، الصادرة بتاريخ 19 فبراير 2003، ص.04.

⁴ - فالجزائر تعتمد على المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية SDAT 2025، وهو أحد مكونات المخطط الوطني للتهيئة الإقليمية SNAT 2015 الذي تبين الدولة من خلاله لجميع القطاعات والمناطق مشروعها السياحي الإقليمي لآفاق 2025.

⁵ - بموجب قانون 01-20 المؤرخ في ديسمبر 2001 المتعلق بتهيئة الاقليم وتنميته المستدامة، ج ر عدد 77، لسنة 2001، ص.08.

السياحية تتحقق: بتحديد سبل تطوير الأنشطة السياحية ومنشآتها بمراعاة خصوصيات المناطق وإمكانياتها واحتياجاتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مع واجب الاستغلال العقلاني والمنسق للمناطق والفضاءات السياحية، ويحدد قواعد المحافظة على المواقع ومناطق التوسع السياحي وشروط توطين المشاريع السياحية وكيفياتها وأصناف التجهيزات وخصائصها وطريقة استغلال المواقع من خلال تحديد دفاتر الشروط¹. لتتمحور أهدافه الخمسة في²: ترقية اقتصاد بديل للمحروقات وذلك بجعل السياحة أحد محركات النمو الاقتصادي، تنشيط التوازنات الكبرى وانعكاسها على القطاعات الكبرى ؛ التوفيق بين ترقية السياحة والبيئة أي تحقيق تنمية سياحية مستدامة؛ تهمين التراث التاريخي، الثقافي والشعائري مع مراعاة خصوصية كل التراب الوطني؛ تحسين صورة الجزائر السياحية وجعلها مقصدا سياحيا بامتياز باستقطاب أكبر عدد من السياح.

بناء على ذلك، فكيف يمكن للمشاريع السياحية أن تحقق التنمية الاقتصادية- وما يترتب عنه من نتائج اجتماعية- مع المحافظة على البيئة والموارد الطبيعية والتراث الثقافي للأجيال القادمة؟ وهل تنظيم وضبط وتوجيه النشاط السياحي يحقق تلك الأهداف المنشودة عن طريق التخطيط السياحي؟

ستتم الإجابة عن تلك التساؤلات، بدراسة دور الاستثمار السياحي في تحقيق التنمية الاقتصادية واستفادته من الدعم تحقيقا للمصلحة العامة -أولا-، ثم دراسته دوره في تحقيق التنمية البيئية بالاهتمام بالعقار السياحي وحماية البيئة -ثانيا-.

أولا: دعم الاستثمار السياحي لتحقيقه المصلحة العامة.

¹ - بناء على المادة 38 من قانون 01-20 المحدد أعلاه.

² - راجع أهداف مخطط التهيئة السياحية في آفاق 2025، البوابة الالكترونية لكل من: الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار على

الموقع الالكتروني www.andi.dz، وأيضا الوكالة الوطنية لتطوير السياحة على الموقع الالكتروني www.andt-

dz.org

باعتبار الاستثمار " استعمال لرأس المال سعياً لتحقيق الربح مهما كان شكل الاستعمال، كإنشاء مصنع، مشغل، مزرعة، فندق، ملكية عقارية"¹. فهو أحد المراحل الرئيسية في الدورة الاقتصادية التي تتمثل في الإنتاج، التوزيع، الاستهلاك، الادخار والاستثمار..، ويعتبر الاستثمار السياحي جزءاً من الاستثمارات الإجمالية للدولة وذلك بتخصيص رؤوس الأموال لتمويل مشاريع القطاع السياحي، وهو يخضع لقانون تطوير الاستثمار الصادر بموجب أمر 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001، باعتبار موضوعه إحدى النشاطات الاقتصادية المقدمة للخدمات والتي تنجز أيضاً عن طريق الامتياز و/أو الرخصة².

نتيجة لما تحقّقه ممارسة الأنشطة السياحية من نتائج، وقصد تحفيز الاستثمار فيها، فإن الدولة تدخلت لمنح امتيازات للمستثمر إما قبل إنشاء المشروع أو أثناء مباشرته - بموجب عدة تشريعات -، لأن المشرع اعتبر تنمية الأنشطة السياحية وترقيتها تكتسي طابع المصلحة العامة، وتستفيد بهذه الصفة من دعم الدولة والجماعات الإقليمية³، مادام تأثيرها يمس نشاطات ومجالات مختلفة. فاستمرارية المشروع السياحي مرتبط بتحقيق المصالح الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مع مراعاة البيئة التي تتكفل الدولة بتحقيقها.

I- خصوصية النشاط السياحي محل الاستثمار سبب منح الدعم والامتيازات

يعتبر الاستثمار في المجال السياحي فرصة كبيرة للربح لما تزخر به الجزائر من ثروات سياحية هامة: ثروات طبيعية، تنوع التضاريس - ساحل، جبال، صحراء -، تنوع المناخ، تراث ثقافي متنوع ومختلف حسب اختلاف المناطق، ثروات تاريخية وحضارية متنوعة، بالإضافة إلى موقعها الجغرافي ... والنشاط السياحي كمحل للمشروع الاستثماري يعد نشاطاً خدمياً بالدرجة الأولى، ويقصد به

¹ - مصطفى حمارة، الاقتصاد الأردني، المشكلات والآفاق، عمان: مركز الدراسات الإستراتيجية، الأردن 1994، ص 409.

² - تطبيقاً للمادة 01 من أمر 01-03 المحدد أعلاه: يحدد هذا الأمر: نظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة.

³ - بناءً على المادة 04 من قانون 01-03 المحدد سابقاً.

اعتمادا على المادة 1/03 من قانون 03-01 المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة¹: " كل خدمات تسويق أسفار أو استعمال منشآت سياحية بمقابل سواء شمل ذلك الإيواء أولم يشمل، والذي يعد عملا تجاريا تطبيقا لأحكام القانون التجاري، ومن نشاطات المنشآت المصنفة التي اهتم بها قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ورغم ذلك لها تأثير مهم على غيرها من المجالات الاقتصادية.

* 1* الطبيعة التجارية للمشروع السياحي:

بناء على المادة 1/03 من قانون 03-01 المحدد أعلاه، يمكن تصنيف النشاط السياحي الى قسمين: الخدمات المرتبطة بالتسويق للأسفار، وأعمال مرتبطة بالانتفاع واستعمال المنشآت السياحية، ولتحديد طبيعتها التجارية سيتم الاعتماد خاصة على أحكام المادتين 02 و 03 من القانون التجاري الجزائري النافذ المعدل والمتمم².

أ - الخدمات المرتبطة بالتسويق للأسفار

تتولى وكالات السياحة القيام بالخدمات المرتبطة بالتسويق للأسفار، والتي اعتبرها المشرع³ كل مؤسسة تجارية تمارس بصفة دائمة نشاطا سياحيا يتمثل في بيع مباشرة أو غير مباشرة رحلات وإقامات فردية أو جماعية وكل أنواع الخدمات المرتبطة بها كما هو منصوص عليها في المادة 04 أدناه"، وهذه الوكالات أو المكاتب السياحية⁴ لا تعد عملا تجاريا بحسب الشكل وهوما يعتبر بحق،

¹ - المؤرخ في المؤرخ في 17 فبراير 2003، المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة، ج ر عدد 11، الصادرة بتاريخ 19 فبراير 2003، ص.4

² - الصادر بموجب أمر 59-75 المؤرخ في 20 رمضان 1695 الموافق ل 26 سبتمبر 1975.

³ - بموجب المادة 1/03 من قانون 99-06 المؤرخ في 04 أبريل 1999 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، ج ر عدد، ج ر عدد 24 الصادرة بتاريخ 21 ذي الحجة 1419، ص.11.

⁴ - للتعرف على طبيعة الأعمال التي تمارسها مكاتب السياحة، راجع عصام حنفي محمود، القانون التجاري، الجزء الأول الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري، مطابع الدار الهندسية، القاهرة، 2007-2008، ص.198؛ علي فتاك،

خطأً أو خلطاً وقع فيه المشرع¹، بل تعد عملاً تجارياً بحسب الموضوع لأن المشرع اعتبرها " مؤسسة تجارية"، والتي يقصد بها مشروع تجاري **entreprise commercial** قد يكون مشروعاً فردياً أو جمعياً منظم في شكل شركة نشاطها تجاري² واشترط أن " تمارس بصفة دائمة نشاطاً سياحياً" والتي تمثل إحدى شروط وعناصر المشروع أو المقاوله وهي الاستمرارية والتكرار. وقد تكفلت المادة 04 من قانون 99-06 بتحديد الخدمات المرتبطة بنشاط وكالات السياحة والأسفار، على وجه الخصوص في:

-تنظيم وتسويق أسفار ورحلات سياحية وإقامات فردية وجماعية،

-تنظيم جولات وزيارات رفقة مرشدين داخل المدن والمواقع والآثار ذات الطابع السياحي والثقافي والتاريخي،

-تنظيم نشاطات القنص والصيد البحري والتظاهرات الفنية والثقافية والرياضية والمؤتمرات والملتقيات المكملة لنشاط الوكالة أو يطلب من منظميها،

-وضع خدمات المترجمين والمرشدين السياحيين تحت تصرف السياح،

- الإيواء أو حجز غرف في المؤسسات الفندقية وكذا تقديم الخدمات المرتبطة بها،

-النقل السياحي وبيع كل أنواع تذاكر النقل حسب الشروط والتنظيم المعمول بهما لدى مؤسسات النقل،

- بيع تذاكر أماكن الحفلات الترفيهية والتظاهرات ذات الطابع الثقافي أو الرياضي أو غير ذلك،

مبسوط القانون التجاري في مقدمة القانون التجاري، نظرية الأعمال التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 177-178.

¹ - وهو موقف، فتاك علي، المرجع السابق، ص 178.

² - على خلاف القانون المصري الذي يجعل ممارسة أنشطة الوكالات السياحية موكول للشركات السياحية المنظمة بموجب قانون 38-1977 المعدل بالقانون رقم 118-1983.

- استقبال ومساعدة السياح خلال إقامتهم،
- القيام لصالح الزبائن بإجراءات التأمين من كل المخاطر الناجمة عن نشاطاتهم السياحية،
- تمثيل وكالات محلية أو أجنبية أخرى قصد تقديم مختلف الخدمات والخدمات باسمها ومكانتها،
- كراء سيارات بسائق أو بدون سائق ونقل الأمتعة وكراء البيوت المنقولة وغيرها من معدات التخييم.
- على أن لا يقتصر نشاط الوكالة فقط على بيع تذاكر النقل لحساب ناقل أو عدة ناقلين للمسافرين-
- تطبيقا للمادة 05 من قانون 99-06-

ب - أعمال مرتبطة بالانتفاع واستعمال المنشآت السياحية.

تمثل هذه المنشآت السياحية في الفنادق، المطاعم السياحية ولا سيما المطاعم التقليدية ، الأماكن الترفيهية، أكثرها أهمية المؤسسات الفندقية¹ التي اعتبرها المشرع² " كل مؤسسة تمارس نشاطا فندقيا"، الذي يقصد منه " كل استعمال بمقابل للهيكل الأساسية الموجهة أساسا للإيواء وتقديم الخدمات المرتبطة به، وتتكون هذه الهياكل الأساسية من مؤسسات إيواء يستأجرها زبائن يقيمون بها من أسبوع واحد إلى شهر دون أن يتخذوها سكنا لهم" ، على كل، فنشاط المؤسسات الفندقية يمكن حصره في الأعمال التالية:

¹ - على خلاف القانون المصري الذي يميز بين المنشآت الفندقية والمنشآت السياحية بموجب قانون 01- لسنة 1973 بشأن تحديد المنشآت الفندقية والسياحية، فهو يعتبر المنشآت الفندقية: تتمثل في الفنادق - البنىونات - القرى السياحية - الفنادق العائمة - البواخر العائمة - البواخر العائمة - الاستراحات - البيوت والشقق المفروشة - الأماكن المعدة لإقامة السياح والتي يصدر بتحديدها قرار من وزير السياحة. أما المنشآت السياحية فتتمثل في : الملاهي - النوادي الليلية - الكازينوهات - الحانات - المطاعم - الأماكن المعدة لاستقبال السياح لتقلم المأكولات والمشروبات إليهم لاستهلاكها في ذات المكان والتي يصدر بتحديدها قرار من وزير السياحة.

² - بناء على المادة 02 من المرسوم التنفيذي 200-46 المؤرخ في أول مارس 2000، الذي يعرف المؤسسات الفندقية ويحدد تنظيمها وسيرها وكذا كيفية استغلالها، ج ر عدد 10، الصادرة بتاريخ 29 ذوالقعدة 1420، ص.03.

- تأجير الغرف، الذي اعتبره المشرع عملا تجاريا بحسب الموضوع تطبيقا للمادة 02 من القانون التجاري¹، متى تم في شكل مقالة أو مشروع.

- الإطعام²، والذي يندرج ضمنه بيع المواد الغذائية بعد استعماله في تحضير الطعام، والذي يحسب ضمن قيمتها تكلفة تلك المواد مع جهد الطهارة، وخدمات تقديم الطعام، وتجهيز المكان المخصص لذلك، وكلها ترتبط بتوافر عناصر المقالة، من تكرار وتنظيم مسبق للمشروع.

- تقديم خدمات مختلفة ترفيهية..، يمكن تتمثل في ألعاب ترفيهية، حفلات،...، والتي تندرج ضمن نشاط مقاولات لاستغلال الملاهي العمومية التي تعد أعمالا تجارية³

- النقل⁴، وذلك لتوافر عنصر المقالة أو المشروع في المؤسسة الفندقية، وهو العنصر الذي يمنح الصفة التجارية للنقل⁵.

خصوصية النشاط السياحي تكمن في ممارسته عن طريق مقالة أو مشروع- وبالتالي يخضع للقانون التجاري-، بتوافر أهم عناصره المتمثلة في السعي نحو تحقيق الربح عن طريق التنظيم المسبق لممارسة النشاط، والذي يترجم في مجموع العناصر المادية (من آلات ومعدات والمحل لممارسة

¹ - تنص المادة 3/02 من القانون التجاري الجزائري النافذ المعدل والمتمم: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه:- كل مقالة لتأجير المنقولات أو العقارات."

² - وبالرجوع للقانون المصري فالمنشأة السياحية هي الأماكن المعدة لاستقبال السياح لتقديم المأكولات والمشروبات إليهم لاستهلاكها في ذات المكان وهي الملاهي والنوادي الليلية والكازينوهات والحانات والمطاعم والتي يصدر بتحديدتها قرار من وزير السياحة، راجع في ذلك، سوزان علي حسن، التشريعات السياحية والفندقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص ص. 189-190.

³ - تنص المادة 9/02 من القانون التجاري المعدل والمتمم النافذ: "تعتبر أعمالا تجارية بحسب موضوعه:- كل مقالة لاستغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري."

⁴ - كما تعتبر منشأة سياحية في القانون المصري وسائل النقل المخصصة لنقل السياح في رحلات برية أو برية أو بحرية التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير السياحة.

⁵ - تنص المادة 08/02 من القانون التجاري المعدل والمتمم النافذ: "تعتبر أعمالا تجارية بحسب موضوعه: كل مقالة لاستغلال النقل أو الانتقال."

النشاط المرتبط بالعقار، الأرض والبناء فوقها...)، والبشرية (من عمال ومستخدمين سواء تمت ممارسة النشاط في ظل مشروع فردي أو مشروع جماعي - شركة-) والقانونية (باحترام كل الاجراءات والشكليات القانونية لممارسة هذا النشاط، والتي ترتبط أساسا في التعاقدات، والقيود في السجل التجاري، والحصول على الرخص المشترطة قانونا) لقيامه¹، إضافة إلى ممارسة النشاط السياحي في شكل متكرر وباستمرار والذي يترجم الاحترافية في ممارسة هذا النشاط.

2 اعتبار المشروع السياحي من المنشآت المصنفة.

كما يعد نشاط المشروع السياحي من مجال عمل المنشآت المصنفة، لأنه يرتبط بشكل مباشر بالمواقع والمعالم السياحية والبيئية التي تشكل أهم عوامل جذب للسياح، إضافة إلى أن نشاطها قد يتسبب في إلحاق أضرار بالبيئة والصحة والأنظمة البيئية والمواقع والمعالم والمناطق السياحية². وما يؤكد ذلك المرسوم التنفيذي 06-198 المؤرخ في 31 مايو 2006، الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، الذي اعتبر المنشأة المصنفة أنها "كل وحدة تقنية ثابتة يمارس فيها نشاط أو عدة أنشطة من النشاطات المذكورة في قائمة المنشآت المصنفة، المحددة في التنظيم المعمول به"³، وهي شروط تتوافر في المشروع السياحي..

3 علاقة النشاط السياحي بغيره من الأنشطة: أهم خاصية للنشاط السياحي، تتمحور حول اعتبارها قطاعا اقتصاديا هاما في الاقتصاد العالمي⁴، لأنه ذو صلة بعدة

¹ - وهو ما يفهم اشتراطها اعتمادا على المادة 14 من المرسوم التنفيذي 2000-46 المؤرخ في 01 مارس 2000 الذي يعرف المؤسسات الفندقية ويحدد تنظيمها وسيرها وكذا كفاءات استغلالها، ج ر عدد 10 لسنة 2000، ص. 03.

² - بمفهوم المادة 18 من قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المحدد سابقا.

³ - بناء على المادة 02/1 من المرسوم التنفيذي 06-198 المؤرخ في 31 مايو 2006، الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، ج ر عدد 37، الصادر بتاريخ 04 يونيو 2006، ص. 9.

⁴ - فقد أكد المجلس العالمي للسفر والسياحة (WTT) على أن السياحة تمثل أكثر من 10% من الناتج الوطني الخام العالمي، و 10.7% من الاستثمار، و 11.7% من الموارد الجبائية للدول والتي تمثل عوامل مهمة في التنمية الاقتصادية، راجع حول السياحة والاقتصاد، بالتفصيل، شبوطي حكيم، الدور الاقتصادي للسياحة مع الإشارة لحالة الجزائر"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، عدد 05 جويلية 2011، تصدر عن جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة، ص ص. 70-81.

أنشطة أخرى اقتصادية كانت أواجتماعية، فهي صناعة قائمة ومتكاملة: تتضمن التخطيط والاستثمار في المرافق التي لها علاقة بالنشاط السياحي والتسويق :

- فهي تساهم في تدفق رؤوس الأموال: وذلك بتوفير جزء من العملة الأجنبية اللازمة لتنفيذ خطط التنمية أمام نقص الرصيد من العملة الصعبة خارج قطاع المحروقات، والتي قد تستعمل في إنشاء الاستثمارات الضرورية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية¹، نقل التكنولوجيا الحديثة، تخفيض البطالة بتوفير مناصب شغل خلق وتنمية العلاقات بين القطاعات الاقتصادية والخدمات مع قطاع السياحة لإنشاء المشاريع السياحية والتوسع في المشاريع التي تقدم خدمات تكميلية أو حرفية ترافق النشاط السياحي، ليساهم ذلك في التوظيف المباشر للعمال في قطاع السياحة أو غير المباشر في الأنشطة التي تشبع حاجات السائح اليومية، والمساهمة في تحقيق التوازن الاقتصادي بين الأقاليم.

- كما أن زيادة المشاريع السياحية يؤدي إلى ظهور مشاريع جديدة في قطاعات أخرى لمواجهة الزيادة في عدد السياح وتلبية حاجياتهم مما يحقق التكامل بين القطاعات: بزيادة وسائل النقل المستعملة (وبالتالي تطوير قطاع النقل البري والجوي والبحري) مع توفير وتطوير البنية التحتية المرتبطة بالمواصلات من طرق وحطائر سيارات، وعدد المطاعم، وإنتاج المواد الغذائية (توسيع مجال الصناعات الغذائية)، والفنادق، الأماكن الترفيهية كدور السينما أو الملاعب، وحتى زيادة النشاطات الحرفية التي تعكس ثقافة وحضارة وتقاليد المنطقة السياحية. تحقيقا للتنمية الاقتصادية المحلية بتشجيع صغار المقاولين، إضافة الى وجود كفاءات بشرية تحفز السائح على الرجوع لما يقدمونه من معلومات حول التراث الثقافي والحضاري أو الطبيعي الذي تزخر به المناطق السياحية، مع حسن معاملتهم .

- كما قد يؤدي ذلك التكامل إلى تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي بين الأقاليم، بتدخل الدولة لتوزيع المشاريع السياحية بين الأقاليم المختلفة، مما يترتب عنه تنمية وتطوير تلك الأقاليم من الناحية

¹ - للتعرف على التدفقات التي قد تنتج من جلب العملة الصعبة عن طريق السياحة، راجع أحمد ماهر، عبد السلام أبو قحف، "تنظيم وإدارة المنشآت السياحية والفندقية"، الطبعة الثانية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 1999، ص. 18.

الاقتصادية والاجتماعية بخلق فرص عمل تتناسب مع محيط وخصائص تلك المناطق صحراوية كانت أو تدرج ضمن الهضاب العليا، مع تحسين مستوى وظروف المعيشة، مما يؤدي إلى إعادة توزيع الدخل بين المناطق الحضرية والريفية، وهوما تم تجسيده تشريعيا من خلال منح امتيازات إضافية جبائية ومالية للاستثمارات التي تنجز في المناطق الريفية أو النائية والصحراوية

II - الاستفادة من امتيازات خاصة نتيجة للاستثمار في المجال السياحي

إن الاستثمارات السياحية شأنها شأن أي نشاط استثماري في قطاعات أخرى تبحث عن ركيزتين أساسيتين لمباشرة نشاطها، وتتمثلان في الضمانات والحوافز، مع توافر بنية تحتية ملائمة، وانتشار ووعي سياحي بين مختلف شرائح المجتمع. فإذا كانت الركيزة الثانية ترتبط بنوع النشاط السياحي، فإن الركيزة الأولى ترتبط بتدخل الدولة بنصوص تشريعية تحدد تلك الامتيازات والمرتبطة أساسا بخصوصية النشاط السياحي.

وقد اهتم المشرع الجزائري، بهذا القطاع الحساس عن طريق تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، وهوما يعكسه قانون تطوير الاستثمار الصادر بموجب أمر 01-03¹، الذي يمنح مجموعة من الامتيازات جلها مالية إما مرتبطة بالضرائب أو بالأعباء المالية المرتبطة بإنشاء المشروع واستغلاله أو قصد الحصول على القروض البنكية، لتشجيع الاستثمار خاصة لو كانت المشاريع الاستثمارية ذات أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني والتي تعمل على المحافظة على البيئة وحماية الموارد الطبيعية وتؤدي

¹ - المؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار .

إلى تحقيق التنمية المستدامة¹، ويعد الاستثمار في المجال السياحي من تلك المشاريع، ويمكن تحديد أهم تلك الامتيازات² في :

- حرية الاستثمار لكل شخص طبيعي ومعنوي، وطني وأجنبي، وما يترتب عنه من تحويل لرؤوس الأموال وما يترتب عنها من فوائد إلى الخارج.

- يتكفل صندوق دعم الاستثمارات والترقية ونوعية النشاطات السياحية، بالنفقات المرتبطة بالترقية السياحية وكل النفقات الأخرى الخاصة بدعم إنجاز مشاريع استثمارية سياحية؛

- تخضع النشاطات السياحية لضريبة على أرباح الشركات بنسبة 19%، في حين تخضع النشاطات الأخرى لنسبة 25 % من هذه الضريبة؛

- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات لمدة 10 سنوات بالنسبة للمؤسسات السياحية التي ينشئها المقاولون الوطنيون أو الأجانب، باستثناء وكالات السياحة والأسفار، وكذا شركات الاقتصاد المختلط التي تنشط في قطاع السياحة؛ ونفس القاعدة تطبق على الرسم على النشاط المهني؛

- تستفيد الاستثمارات في المشاريع السياحية التي تنجز على مستوى ولايات الشمال ولايات الجنوب؛ على التوالي من تخفيض ب 3% و 4,5% من نسبة الفائدة المطبقة على القروض البنكية؛ أما عمليات تحديث المؤسسات السياحية والفندقية التي تنجز على مستوى ولايات الشمال وولايات

¹ - تنص المادة 10/ 1.2 من أمر 01-03 المحدد أعلاه: "تستفيد من مزايا خاصة : 1- الاستثمارات التي تنجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة. 2- وكذا الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، لا سيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة، وتحمي الموارد الطبيعية، وتذخر الطاقة وتفضي إلى تنمية مستدامة."

² - يجعل المشرع الاستثمارات التي تستفيد من المزايا المحددة في أمر 01-03 المحدد أعلاه، تخضع قبل إنجازها إلى تصريح بالاستثمار لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، بموجب المادة 2/04 من أمر 01-03. وحتى قانون المالية لسنة 2015 الصادر بموجب قانون 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014، ج ر عدد، 78، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2014، ص. 22. جعل إعفاء عقود منح الامتياز للأموال العقارية من حقوق التسجيل ورسم الشهر العقاري مرتبط بمراجعة التصريح بالاستثمار لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وذلك بموجب المادة 60 منه.

الجنوب، في إطار "مخطط نوعية السياحة"، فستفيد على التوالي من تخفيض ب 3٪ و 4,5٪ من نسبة الفائدة المطبقة على القروض البنكية؛

- الإعفاء الدائم من الرسم على النشاط المهني، بالنسبة للنشاطات السياحية، الفندقية والحموية؛ وإعفاء عقود منح الامتياز على الأملاك العقارية المبنية وغير المبنية من حقوق التسجيل ورسم الشهر العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية؛

- تطبيق النسبة المخفضة ب 7٪ من الرسم على القيمة المضافة، إلى غاية 31 ديسمبر 2019، فيما يخص الخدمات المرتبطة بالنشاطات السياحية والفندقية والحموية، وكذا نشاطات المطاعم السياحية المصنفة، والأسفار وتأجير سيارات النقل السياحي؛

- الإعفاء من رسم التسجيل بالنسبة لعمليات رفع رأس المال، وكذا تأسيس شركات في قطاع السياحة.

- تطبيق النسبة المخفضة للرسوم الجمركية فيما يخص إقتناء تجهيزات وأثاث غير مصنعة محليا، تدخل في إطار التأهيل، طبقا "لمخطط نوعية السياحة"؛

- من أجل التحفيز على تطوير قطاع السياحة على مستوى الجنوب والهضاب العليا، تستفيد عمليات منح الإمتياز على القطع الأرضية الضرورية لإنجاز المشاريع الإستثمارية السياحية من تخفيض بنسبة تقدر، على التوالي ب 50٪ و 80٪ ؛ كما أن المشرع بموجب قانون المالية لسنة 2015¹ قام بتخفيض الإتاوة الإيجارية السنوية التي تحددها مصالح أملاك الدولة المختصة لتصبح 33/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل منح الامتياز بدل 20/1 المحددة في أمر 08-04 المحدد سابقا.

¹ - وذلك بموجب المادة 62 منه، المعدلة للمادة 09 من أمر 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المحدد لشروط وكميات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدول والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية الصادر في الجريدة الرسمية رقم 49 بتاريخ 03 سبتمبر 2008 صفحة 03 .

- توسيع المزايا الممنوحة في إطار الترتيب الخاص بالوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، لفائدة الإستثمارات المرتبطة بالنشاطات السياحية والفندقية المصنفة .

يتضح مما سبق أن المشروع السياحي يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، ولكن ذلك غير كاف، بل لا بد من حماية البيئة والمحافظة عليها لضمان استمرارية المشاريع، وضمان وجود موارد طبيعية للأجيال المقبلة من جهة أخرى.

ثانيا: الاستثمار السياحي يحقق التنمية البيئية.

نتيجة لسياسة الاستثمار المبنية على الحرية وتشجيع المبادرات الخاصة، فإن دور الدولة ينحصر في توفير الشروط القانونية التي تكفل لها المراقبة والمتابعة من أجل قيام صناعة سياحية منسجمة بتقديمها التسهيلات مع تهيئة وتأمين إستغلال أمثل لمناطق التوسع السياحي. خاصة وأن المشروع السياحي منذ قيامه يبدأ بتخريب عناصر البيئة لما يتطلبه من تشييد للمنشآت قريبا أو بداخل المواقع السياحية القريبة من الحياة البرية والموارد الطبيعية، وإن كان في الوقت نفسه مباشرة النشاط السياحي هي التي تقوم بإبراز المعالم الجمالية للبيئة وبالتالي الاهتمام بالعناصر البيئية والعمل الجاد من الدولة للحفاظ عليها وحمايتها للأجيال المقبلة. ذلك التدخل يتمثل في مراقبة السلطة الإدارية قبل وأثناء ممارسة النشاط السياحي، عن طريق ضرورة الحصول على الترخيص، مع احتفاظ الدولة بملكية العقار السياحي محل الاستثمار لأنها من يتكفل بتهيئته والتحكم فيه.

I- إهتمام الدولة بالعقار السياحي لحماية البيئة بشكل مستديم

على الرغم من أن النشاط السياحي يرتبط أساسا بالخدمات، إلا انه يلحق أضرارا بالبيئة من عدة نواحي : فقد يهدد نظافة المحيط ويضر بالتراث الثقافي والحضاري(في حالة تنظيم وتسويق أسفار ورحلات سياحية وإقامات فردية وجماعية، مع تنظيم جولات وزيارات رفقة مرشدين داخل المدن والمواقع والآثار ذات الطابع السياحي والثقافي والتاريخي)؛ قد يتسبب في التلوث الجوي(إذا تعلق الأمر بالنقل وكثرة استعمال وسائل النقل، وحتى عند كراء السيارات ومعدات التخيم)؛ ارتباطه بنشاطات أخرى يؤدي إلى كثرة النفايات؛ كما قد يؤثر سلبا في التوازن البيئي بالتعدي على الحيوانات

والمحميات) أثناء القيام بتنظيم نشاطات القنص والصيد). وكل تلك النتائج مرتبطة باستعمال العقار لانجاز المشاريع السياحية، فاهتمام المشرع بالعقار السياحي لتحقيق التنمية البيئية يتحقق من خلال تهيئته ومن خلال الاحتفاظ بملكيته رغم قيام المشروع الاستثماري بتشييد بنايات فوقه.

1- تهيئة الدولة للعقار السياحي والتحكم فيه حماية للبيئة.

تم تهيئة العقار السياحي والتحكم فيه من خلال وضع نصوص قانونية متعلقة بالتنمية المستدامة، وهو ما تجسده مجموعة من التشريعات: خاصة قانون 03-01 المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة¹، وصدر قانون يهدف إلى تثمين وحماية الشواطئ للاستفادة منها؛ وقانون متعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية رقم 03-03 المؤرخ في 17 فبراير 2003: الذي تكفل بتعريف المواقع التي لها علاقة بالاستثمار السياحي: فاعتبر مناطق التوسع السياحي "كل منطقة أو امتداد من الإقليم يتمتع بصفات أو خصائص طبيعية، وثقافية، وبشرية، وإبداعية، مناسبة للسياحة مؤهلة لإقامة أو تنمية منشأة سياحية، يمكن استغلالها في تنشيط أو جعل السياحة ذات المردودية أكثر"، أما الموقع السياحي فهو "كل موقع أو منظر يتميز بجاذبية سياحية، بمظهره الخلاب أو بما يحتوي عليه من عجائب أو خصائص طبيعية، أو بنايات مشيدة عليه"، أما المنطقة المحمية فهي جزء من منطقة التوسع السياحي أو موقع سياحي". كما اهتم بالعقار السياحي²، بأن عرفته المادة 20: "يتشكل العقار السياحي القابل للبناء من الأراضي المحددة لهذا الغرض في مخطط التهيئة السياحية، ويضم الأراضي التابعة للأماكن الوطنية العمومية والخاصة، وتلك التابعة للخواص".

¹ - المؤرخ في 17 فيفري 2003، ج ر عدد 11، الصادرة بتاريخ، 19 فبراير 2003، ص. 14، الذي تمت الغاء أحكامه

المتعارضة مع أمر 04-08 المؤرخ في 01-09-2008 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية والذي ابتعد عن استعمال طريق التنازل أو بيع الأراضي للمستثمرين.

² - وذلك في الفصل الثالث من قانون 03-03 المحدد سابقا، من المادة 20 إلى المادة 28 منه.

فالعقار السياحي إذن قد يكون من ممتلكات الشخص، أو من الأملاك الخاصة للدولة يتم استغلاله عن طريق الامتياز¹، وهو ينقسم إلى عقار قابل للبناء وآخر لا يمكن استعماله لذلك، بشرط أن يتدخل مخطط التهيئة السياحية لتحديد بتلك الصفة، فهو الذي يحدد وضعية منطقة التوسع السياحي والتدابير المقررة لثمين تلك المنطقة وتجهيزها وتسييرها، المزايا العقارية السياحية والحماية أو الإستجمامية التي تزخر بها المنطقة، مع حالة البناء والنشاطات الاقتصادية والتجهيزات في المنطقة المعنية، فهو الذي يوحد الوعاء العقاري لضمان التهيئة والاستثمار².

أما مخطط التهيئة السياحية فهو الذي يهيئ ويتحكم في تحديد العقار السياحي خاصة لو كان داخل منطقة التوسع السياحي. ففي هذه الحالة تكون العقارات محمية لتواجدها داخل تلك المنطقة ZET- ويحدد أيضا المشاريع التي لا بد من إنجازها في ذلك الفضاء ويكون ذلك بعد التحقيق الإلزامي³. ويقصد منه⁴: مجموع القواعد العامة والخاصة بتهيئة واستعمال منطقة توسع سياحية والمواصفات الخاصة بالتعمير والبناء وكذا الارتفاقات المطبقة فيما يخص استعمال وحماية الأملاك

¹ - وقد تدخلت المادة 61 من قانون المالية 2015 المحدد أعلاه، المعدلة للمادة 02 من الأمر 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المعدل والمتمم المحدد لشروط وكيفية منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، وذلك من أجل استثناء بعض أصناف الأراضي متمثلة في: "الأراضي الفلاحية؛ القطع الأرضية المتواجدة داخل المساحات المنحمية؛ القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات البحث عن المحروقات واستغلالها ومساحات حماية المنشآت الكهربائية والغازية؛ القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات المواقع الأثرية والثقافية؛ القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية المستفيدة من إعانة الدولة؛ القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية التجارية التي تخضع لصيغة منح إمتياز قابل للتحويل إلى تنازل عند الإنجاز الفعلي للمشروع، طبقا لأحكام دفتر الشروط، والمثبت قانونا بموجب شهادة مطابقة".

² - بناء على المادة 16 من المرسوم التنفيذي 07-89 المؤرخ في 11 مارس 2007 المحدد لكيفيات إعداد مخطط التهيئة السياحية لمناطق التوسع والمواقع السياحية، ج ر عدد 17 الصادرة بتاريخ 14 مارس 2007، ص.10.

³ - راجع في ذلك الدليل الاستثماري الذي وضعته الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار السياحي، المحدد على موقعها الإلكتروني

www.andt.dz

⁴ - بناء على المادة 02 من المرسوم التنفيذي 07-89 المحدد لكيفيات إعداد مخطط التهيئة السياحية لمناطق التوسع والمواقع السياحية، المحدد سابقا.

والعقارات المبنية حسب الطابع السياحي للموقع، ويتكفل لاسيما بمواصفات التشريع المعمول به في مجال حماية الساحل والجبل والتهيئة المستدامة للإقليم¹.

يتم إعدادده ومراجعته وتعديله² بقرار من الوزير المكلف بالسياحة لكل منطقة توسع سياحية محددة ومصرح بها ومصنفة بانتظام، ويتم³ إرسال القرار المتضمن إعداد مخطط التهيئة السياحية من طرف الوزير المكلف بالسياحة إلى الجماعات المحلية المعنية لنشره لمدة شهر واحد بمقر البلديات المعنية، ليتكفل مدير السياحة بالولاية المعنية اقليميا⁴ بإعداد مخطط التهيئة السياحية تحت سلطة الوالي وبالتشاور مع الوكالة الوطنية لتنمية السياحة ومكتب دراسات معتمد قانونا ومؤهل في مجال التهيئة السياحية بعد جلسات التشاور الإلزامية⁵، ويتم عرض مشروع المخطط مرفقا بالوثائق المتعلقة بالتحقيق وغلقه مع رأي الوالي⁶، وذلك للمصادقة عليه بمداولة مجلس أو المجالس الشعبية للولاية المعنية⁷ بعدما كان محلا للإعلان والنشر بمقر الجماعات المحلية المعنية والتحقيق لمدة 60 يوما.

ويبقى العقار السياحي مملوكا من طرف الوكالة الوطنية للتنمية السياحية التي تم إنشاؤها بالمرسوم التنفيذي 98-70 المؤرخ في 21 فيفري 1998⁸، كأداة متخصصة ومسؤولة عن التسيير، التنمية، الحفاظ والاستغلال العقلاني للعقار السياحي وعليه فهي العامل الأساسي المكلف بتطبيق السياسة الوطنية للتنمية السياحية المستدامة، وتتعدد مهامها⁹ من الترويج والحفاظ على مواقع التوسع

¹ - بناء على المادة 03 من المرسوم التنفيذي 07-89 المحدد أعلاه.

² - بناء على المادة 24 من المرسوم التنفيذي 07-89 المحدد سابقا، التي تنص: "يعدل مخطط التهيئة السياحية ويراجع بنفس الأشكال المقررة لإعدادده".

³ - بناء على المادة 07 من المرسوم التنفيذي 07-89 المحدد أعلاه.

⁴ - بناء على المادة 01/08 المرسوم التنفيذي 07-89 المحدد أعلاه.

⁵ - والتي حددتها المادة 10 من المرسوم التنفيذي 07-89 المحدد أعلاه.

⁶ - بناء على المادة 15 المرسوم التنفيذي 07-89 المحدد أعلاه.

⁷ - بناء على المادة 11/1 المرسوم التنفيذي 07-89 المحدد أعلاه.

⁸ - ج ر عدد 11، الصادرة بتاريخ 02 ذوالقعدة عام 1418، ص.30.

⁹ - بموجب المواد من 04 إلى 08 من المرسوم التنفيذي 07-89 المحدد أعلاه.

السياحي في وقت واحد، كما لها حق الشفعة على كل عقار يدخل في منطقة التوسع السياحي، مع العمل على ترقية تلك المواقع بتهيئة العقارات الموجهة للاستثمار، والسهر على احترام التشريعات ومخططات التهيئة السياحية والعمرانية.

2- منح الدولة للعقار السياحي عن طريق الامتياز للحفاظ على ملكيته

يعد العقار السياحي من أهم شروط قبول ملف مشروع الاستثمار السياحي وفي بعض المرات يتطلب الأمر مساحات شاسعة وذات خصوصيات معينة حتى تتمكن من استيعاب كل المرافق الضرورية لنجاح مثل هذه الأنشطة السياحية، وغالبا ما تتوفر تلك الشروط في العقارات التي تنتمي للدومين الخاص للدولة، حيث يكون الطريق الوحيد للحصول عليها هو الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي بعد موافقة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حول الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي طبقا للمادة 34 من القانون رقم 12-12¹، يرجع سب ذلك اعتبار المشاريع السياحية ذات طابع الأولوية والأهمية الوطنية² لما يترتب عنها من نتائج اقتصادية واجتماعية وتعد بديلا للاقتصاد القائم على المحروقات.

¹ - المؤرخ في 26 ديسمبر 2012 المتعلق بقانون المالية لسنة 2013، عدلت المادة 34 منه المادة 05 من الأمر 04-08 المؤرخ في 01-09-2008 الذي يحدد شروط وكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدلة والمتمة بموجب المادة 15 من القانون 11-11 المؤرخ في 18 يوليو 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، وذلك بعدما كان أمر 04-08 يجعل إمكانية الامتياز قد تتم عن طريق المزاد العلني أو بالتراضي، وذلك بموجب المادة 03 منه.

² - فالمادة 14 من المرسوم التنفيذي 09-152 الذي يحدد شروط وكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المؤرخ في 02 مايو 2009، ج ر عدد 27، الصادرة بتاريخ 06 مايو 2009. ص. 04، قد حددت المشاريع الاستثمارية التي تستفيد من الامتياز بالتراضي وهي التي لها طابع الأولوية والأهمية الوطنية ...، وأن تكون محدثة لمناصب الشغل أو القيمة المضافة بشكل قوي وتعكس على الخصوص تقليص البطالة.

فالامتياز هو "الاتفاق الذي تحول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملائها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي، قصد استيعاب مشروع استثماري"¹.

يتم الامتياز عن طريق التراضي ليشكل أحسن سبيل لمتابعة الامتيازات الممنوحة لاسيما تلك المتعلقة باحترام دفتر الشروط النموذجي، وعند مخالفة بنوده يمكن إلغاء الامتياز عن طريق القضاء . كما أنه يساهم في تحقيق التنمية المستدامة التي تقوم على تحقيق العدالة بين الأجيال، بأن يتوافر للأجيال القادمة الثروات الطبيعية التي تحقق لهم نفس الفرص لتلبية احتياجاتهم كالجيل الحالي، مع ترشيد استخدام الموارد الطبيعية لضمان استدامة التنمية، اعتمادا على مبدأ الوقاية من التلوث الذي له فاعلية أكثر مقارنة بمعالجة التلوث بعد حدوثه وذلك بتجنب الأنشطة المهددة للبيئة ولصحة الإنسان. باعتبار الوكالة الوطنية للتنمية السياحية مالكة العقار المتواجد في مناطق التوسع السياحية²، تعمل باسم ولحساب ويأشراف الدولة ممثلة في وزارة السياحة، فهي الشخص الوحيد الذي يمكنه الموافقة أو رفض طلبات منح الامتياز على العقار السياحي، قبل النظر فيها من قبل الوالي المختص إقليميا³.

لذلك، يلزم المستثمر بتوجيه طلب إنجاز مشروع سياحي على العقار السياحي وتقديم ملفه الاستثماري إليها، في حالة الموافقة عليه يرسل إلى الوالي لإصدار قرار منح الامتياز، حيث تلتزم في هذا الإطار بتحديد الأراضي المعنية بالاستثمار بطريقة واضحة⁴.

¹ - اعتمادا على دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح الامتياز بالتراضي للأراضي التابعة للأمالك التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية عدد 27 الصادرة في 06 مايو 2009، ص. 12.

² - بناء على المادة 22 من قانون 03-03: "تباع الأراضي التابعة للأمالك الوطنية الخاصة المتواجدة داخل مناطق التوسع والمواقع السياحية والضرورية لإنجاز البرامج الاستثمارية المحددة في مخطط التهيئة السياحية، للوكالة الوطنية لتنمية السياحة طبقا لاتفاق ودي".

³ - بناء على المادة 18 من قانون 03-03 المحدد أعلاه.

⁴ - وذلك بتحديد موقع الأراضي داخل المنطقة المعنية ؛- سعر بيع الأراضي أو مبلغ الامتياز ؛- مساحة الأراضي وامتيازات التهيئة الناتجة عنها ؛- المشاريع المحددة في مخطط التهيئة السياحية وبرامج الاستثمار ؛- المداخل والروابط بالشبكات وكذا الارتفاقات ؛- الإعلانات والدعائم المالية المحتملة الممنوحة من طرف الدولة، اعتمادا على المرسوم التنفيذي رقم 07_23.

II - اشتراط الترخيص كوسيلة لحماية البيئة ومراقبة المشروع السياحي .

تنجز الاستثمارات في حرية تامة، ولكن مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة¹، وتطبيقا لذلك فعلى المشروع الاستثماري في المجال السياحي احترام الشروط التي حددها المشرع من أهمها الترخيص الذي لا يعد تقييدا لحرية الاستثمار بل الغرض منه جعل ممارسة النشاط تتم تحت رقابة الإدارة في كل مراحل الاستثمار. فالترخيص وثيقة إدارية تتخذ شكل قرار إداري² تثبت أن المشروع أو المنشأة المصنفة المعنية تطابق الأحكام والشروط المتعلقة بحماية وصحة وأمن البيئة المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، لاسيما أحكام المرسوم التنفيذي 06-198، وبهذه الصفة لا تحل محلها أي رخصة من الرخص القطاعية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما³، فهو يعد وسيلة لمراقبة الإدارة السابقة وحتى اللاحقة لنشاط المنشأة المصنفة، فدوره وقائي يسمح للإدارة منع حدوث اضطرابات وأضرار بالبيئة والمجتمع.

1- اشتراط الحصول على ترخيص للبناء لتشييد المشروع الاستثماري.

تدخل المشرع بموجب قانون 03-03، لتنظيم عملية البناء في منطقة التوسع السياحي بما يتناسب مع التهيئة السياحية، لخصوصيتها: فهي كل منطقة أو امتداد من الإقليم يتميز بصفات أو بخصائص طبيعية وثقافية وبشرية وإبداعية مناسبة للسياحة، مأهلة لإقامة أوتهيئة منشأة سياحية ويمكن استغلالها في تنمية نمط أو أكثر من السياحة ذات المردودية، يدخل ضمنها المناطق الساحلية والأثرية والغابية لخصوصيتها الطبيعية أو الثقافية أو البشرية - المادة 02 من قانون 03-03. يخضع

¹ - بموجب المادة 1/04 من أمر 03-01 المحددة أعلاه.

² - الترخيص الإداري: "هو عمل إداري يتخذ شكل قرار إداري باعتباره عملا أحادي الطرف صادر أصلا بموجب تأهيل تشريعي من جهة إدارية سواء من سلطات إدارية صرفة أو منظمات أو هيئات تابعة لها مباشرة، بحيث يتوقف على منحه أو تسليمه ممارسة نشاط أو إنشاء منظمة أو هيئة ولا يمكن لأية هيئة مهما كانت حيوية أن توجد أو تمارس بدون هذا الإصدار"، راجع في ذلك عزواي عبد الرحمان، "النظام القانوني للمنشآت المصنفة لحماية البيئة"، دار الخلدونية، الجزائر، ص. 40.

³ - بناء على المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-198 المحدد سابقا.

تسليم هذا الترخيص بالبناء إلى مخططات التهيئة السياحية المنجزة من قبل الإدارات المكلفة بالسياحة في إطار تشاوري مع الجهات الأخرى¹. ومنح الترخيص يمر بمرحلتين أساسيتين :

أ - مرحلة دراسة المشروع من الناحية الاقتصادية البحتة يجب من خلالها على كل مستثمر تتوفر فيه شروط الاستثمار السياحي، أن يقوم بتقديم ملف استثماري إلى مديرية السياحة التي يقع في دائرة اختصاصها المشروع السياحي، يتضمن طلبا إلى السيد الوزير، مع دراسة تقنية واقتصادية أولية من قبله مع مخططات أو مجسمات عن المشروع في شكل مصغر. ليتم إرسال الملف إلى مديرية التهيئة السياحية التي تقوم بدراسته وتهيئته لعرضه على اللجنة طبقا للمادة 47 من القانون رقم 01/99. -، التي تتولى دراسة تلك المشاريع اعتمادا على معايير تقنية واقتصادية وقانونية، وتأثيرها على المحيط والتنمية المحلية والوطنية ومطابقتها مع المخطط واحتياجات تطوير القطاع.

ب- مرحلة دراسة المشروع من الناحية التقنية : لقد نصت المادة 46 من القانون رقم 01/99 على ضرورة عرض المخططات ومطابقتها لقواعد البناء الفندقية على مصالح الوزارة المكلفة بالسياحة، بحيث يتم تشكيل ملف ثان من قبل المستثمر بعد متابعة المديرية الفرعية المكلفة بمتابعة مشاريع الإستثمار، ليعرض على اللجنة المختصة بدراسة مخططات المشاريع الفندقية، والمنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 131/2000، الذي جاء تطبيقا لأحكام المادة 47 من القانون رقم 01/99 سواء تعلق الأمر بتغيير أو توسيع أو تهديم مؤسسة فندقية أو سياحية متواجدة ضمن منطقة التوسع السياحي

إن عدم الحصول على الترخيص المسبق من قبل الإدارات المكلفة بالاستشارة المسبقة في مجال السياحة يعد بمثابة بناء بدون رخصة، وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون التهيئة والتعمير والمتعلقة بالمطابق، وتعرض صاحبها للمتابعة الجزائية. كما أنه في حالة عدم مطابقة الأشغال ضمن هذه المناطق مع أدوات التهيئة والتعمير ومخططات التهيئة السياحية ودفتر الشروط، تلجأ إدارة السياحة إلى القضاء المستعجل لتوقيف الأشغال، دون الأمر بالهدم². أما عدم مطابقة

¹ - بناء على المواد 13، 17 من قانون 03-03 المحدد أعلاه.

² - بالرجوع إلى أحكام المادتين 39 و40 من القانون رقم 03-03 والمتعلق بالمناطق التوسع السياحي المحدد سابقا.

البيانات المتعلقة بالمشاريع الفندقية مع المخططات المصادق عليها من الوزارة وعدم احترام النصوص القانونية، يمكن مطالبة صاحب المشروع بتوقيف الأشغال، وقد يكون ذلك الطلب على وجه الاستعجال بطلب من طرف وزير السياحة¹، وفي حالة البناء دون رخصة يتعرض صاحب المؤسسة الفندقية للمتابعة الجزائية.

2- الإجراءات القانونية الأخرى المرتبطة بممارسة النشاط.

باعتبار المشاريع السياحية مشاريع استثمارية² من طبيعة تجارية، ألزم المشرع لممارستها وقيدتها في السجل التجاري ضرورة احترام الشروط القانونية المرتبطة بحماية البيئة وبممارسة النشاط المقنن³، وعلى أن لا يخالف النشاط الممارس قانون التهيئة والتعمير⁴. فاشتراط الحصول على ترخيص⁵ وأ اعتماد لممارسة النشاط تحت طائلة المعاقبة الجزائية، فهو يسمح للإدارة بالتدخل بسلطتها التقديرية

¹ - طبقا للمادتين، 50 و 51 من قانون 99-01 المحدد سابقا.

² - بناء على المادة 1/04 من أمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار: "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة".

³ - وهوما تؤكد مجموعة من النصوص منها على وجه الخصوص: المادة 04 من قانون 04-08 المنظم لشروط ممارسة الأنشطة التجارية المؤرخ 14 غشت 2004، جريدة رسمية 52 المؤرخة في 18 غشت 2004، ص.4، والمادة 1/25 من قانون 04-08 المحدد سابقا تنص: "تخضع ممارسة أي نشاط أو مهنة مقننة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري إلى الحصول قبل تسجيله في السجل التجاري على رخصة أو اعتماد مؤقت تمنحه الإدارات أو الهيئات المؤهلة لذلك.

غير أن الشروع الفعلي في ممارسة الأنشطة أو المهن المقننة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري يبقى مشروطا بحصول المعني على الرخصة أو الاعتماد النهائي المطلوبين اللذين تسلمهما الإدارات أو الهيئات المؤهلة".

⁴ - بناء على المادة 27 من قانون 04-08 المحدد سابقا.

⁵ - الترخيص هو الإذن الصادر من الإدارة المتخصصة لممارسة نشاط معين لا يجوز ممارسته بغير هذا الإذن، وتقوم الإدارة بمنح هذا الترخيص إذا توافرت الشروط اللازمة التي يحددها القانون لمنحه، راجع في ذلك ماجد راغب الحلو، "قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص.138.

لفرض ما تراه مناسبة من احتياطات وقائية ومراقبة نشاط المنشأة أو المشروع، مع تحديد تبعات النشاط الاقتصادي على البيئة¹.

قد يمنح ذلك الترخيص الوزير المكلف بالسياحة إذا تعلق الأمر بمؤسسات فندقية ذات نجمية إلى خمس نجوم، أو يسلمها المدير الولائي أو المفتش الولائي المكلف بالسياحة بتفويض من وزير السياحة بالنسبة لباقي الأصناف². حيث تلزم الإدارة المعنية بالرد على طلب الترخيص في أجل لا يتعدى 30 يوما من استلام الطلب ليتمكن المستثمر من الطعن في حالة رفض الطلب. والرخصة المقدمة غير قابلة للتنازل أو نقل الملكية-استثناء في حالة وفاة مالكةا-³، وإذا لم يتم استعمالها لاستغلال المؤسسة الفندقية في مدة 06 أشهر تعلن الإدارة سحبها بنفس أشكال منحها⁴. كما قد يمنحه الوزير المكلف بالسياحة بعد الرأي المعلن للجنة المؤهلة من أجل إنشاء هذه الوكالات قصد استغلالها، إما رخصة من صنف-أ- أو من صنف ب- حسب نوع النشاط المباشر من الوكالة السياحية، وهي رخصة محددة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ولا يمكن التنازل عنها، وتكون مرفقة بدفتر الشروط⁵.

وباعتبار المشروع السياحي من المنشآت المصنفة، يلزم بإرفاق طلب الترخيص دراسة التأثير، مادام الترخيص المحصل عليه وزاريا فهي ترتب أضرارا خطيرة عند استغلالها⁶، لذلك يرفق طلبها

¹ - تطبيقا للمرسوم التنفيذي 06-198 الذي يحدد ويضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة، المحدد سابقا.

² - بناء على المادتين، 14، 15 من المرسوم التنفيذي 2000-46 المحدد سابقا

³ - تطبيقا للمادة 25 من المرسوم التنفيذي 2000-46 المحدد سابقا.

⁴ - بناء على المادتين: 26، 27 من المرسوم التنفيذي 2000-46 المحدد أعلا.

⁵ - بناء على المواد: 15، 02، 15 مكرر من المرسوم التنفيذي 2000-48 المحدد لشروط وكيفية إنشاء وكالات السياحة والأسفار واستغلالها المعدل والمتمم المعدل، المؤرخ في 01 مارس 2000، ج ر عدد 10 لسنة 2000، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 10-186، المؤرخ في 14 يوليو 2010، ج ر عدد، 44 الصادرة بتاريخ 21 يوليو 2010، ص.5..

⁶ - اعتمادا على المواد 19، 20، 21 من قانون 03-10 المحدد أعلاه.

بدراسة التأثير ودراسة الخطر باعتباره نظام تقييم¹: بأن يقوم صاحب المشروع بعرضه للنشاط المزمع القيام به، مع وصف للحالة الأصلية للموقع وبيئته اللذين قد يتأثران بالنشاط المزمع القيام به، ليتم بالنتيجة وصف للتأثير المحتمل على البيئة وعلى صحة الإنسان بفعل النشاط المزمع القيام به، وتأثيره على التراث الثقافي، وكذا تأثيراته على الظروف الاجتماعية-الاقتصادية، مع وضع الحلول البديلة التي قد تسمح بالحد أو إزالة، وإذا أمكن بتعويض، الآثار المضرة بالبيئة والصحة².

ومن أمثلتها³: - مشاريع تهيئة وبناء في مناطق سياحية ذات مساحة تفوق عشرة (10) هكتارات؛ - مشاريع بناء وتهيئة مركبات فندقية تتوفر على أكثر من ثمانمائة (800) سرير؛ مشاريع انجاز مركبات فندقية تتوفر على أكثر من ثمانمائة (800) سرير؛ - مشاريع انجاز وتهيئة منشآت ثقافية أو رياضية أو ترفيهية بإمكانها استقبال أكثر من خمسة آلاف (5000) شخص؛ - مشاريع انجاز وتهيئة حدائق تسلية تتسع لأكثر من أربعة آلاف (4000) زائر. أما المشاريع التي تخضع لموجز التأثير تتمثل في: - مشاريع انجاز منشآت ثقافية ورياضية أو ترفيهية بإمكانها استقبال ما بين خمسة آلاف (5000) إلى عشرين ألف (20.000) شخص؛ مشاريع تهيئة وإنشاء قرى للعطل تفوق مساحتها 02 هكتار؛ - مشاريع بناء منشآت فندقية ذات ثلاثمائة (300) إلى ثمانمائة (800) سرير؛ - مشاريع تهيئة مساحات للتخييم تفوق مائتي (200) موقع.

الخاتمة:

¹ - بناء على المادة 15 من قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المحدد سابقا، والتي تنص: "تخضع مسبقا وحسب الحالة، لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة، مشاريع التنمية والهياكل والمنشآت الثابتة والمصانع والأعمال الفنية الأخرى، وكل الأعمال وبرامج البناء والتهيئة، التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا، على البيئة، لا سيما على الأنواع والموارد والأوساط والفضاءات الطبيعية والتوازنات الإيكولوجية وكذلك على إطار ونوعية المعيشة. تحدد كفايات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

² - كما هو محدد في المادة 16 من قانون 03-10 المحدد سابقا.

³ - اعتمادا على قائمة للمنشآت المصنفة التي تخضع لدراسة التأثير، المحددة بموجب المرسوم التنفيذي 07-145 المؤرخ في 19 مايو 2007، الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكفايات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج ر عدد 34، الصادرة بتاريخ 22 مايو 2007، ص. 92، اعتمادا على الملحق الأول ص. 95، والملحق الثاني ص. 96.

أصبح المشروع السياحي، يعكس سياسة الجزائر نحو تحقيق التنمية السياحية بإيجاد نوع من التوازن الاقتصادي والاجتماعي في المناطق السياحية دون إهمال خصوصية تلك المناطق بحماية البيئة. الأمر الذي يتحتم على السلطات الادارية بوضع بنك للمعلومات متعلق بالعقارات السياحية المتواجدة للتسهيل على المستثمر انشاء مشروعه الاقتصادي والتسهيل على السلطات الرقابة العمل على حماية البيئة بمراقبة الاستثمار في هذه العقارات. وباعتبار النشاط السياحي ككل في تغير دائم يتأثر بالتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والبيئية والحضرية للمجتمع يؤثر فيها ، فكل تطور تعرفه تلك المجالات سيؤثر لا محالة على هياكل الاستثمار السياحي وانماطه.

فاستعمل تكنولوجيا المعلوماتية في كل مجالات الحياة ، سيجعل من السياحة التي تعتمد على المواقع الالكترونية تمارس بطريقة تقل معها صعوبة الحصول على العقار السياحي كما تساهم في التسويق إلى "مقصد الجزائر"¹، كما أن الابتعاد عن السياحة التقليدية أو ما يعرف بـسياحة الفنادق المؤثرة سلبا على الموارد الطبيعية لأن بناء فندق قد يؤدي إلى تدمير مساحات كبيرة من الطبيعة، وما ينتج عن البناء من نفايات، وهوما يعرف بالتوجه نحو السياحة البيئية التي تقوم على حماية البيئة وتشمل جميع أنماط السياحة الموجهة للمناطق الطبيعية والتمتع بمزاياها- شواطئ، جبال، بحيرات، أنهار، صحراء، غابات-، وذلك بإدخال المجتمعات المحلية كطرف أساسي في توفير خدمات السياحة البيئية (بتقديم المعلومات والخدمات من إطعام ومبيت وحمل أمتعة وحتى التنقل... وتقديم المنتجات اليدوية) مما قد تساهم في تنمية تلك المجتمعات اقتصاديا واجتماعيا. فما هو إذن مستقبل مشاريع السياحة التقليدية خاصة أمام المغريات التي تحققها السياحة البيئية؟

¹ - وهوما يتعين على وكالات السياحة والأسفار القيام به أثناء ممارستها لنشاطها، بناء على المادة 17 / 1 مكرر من المرسوم التنفيذي 2000-48 المعدل والمتمم.

الحماية القانونية والفنية للتوقيع الإلكتروني في مجال البيئة الرقمية

أ. بلحسيني حمزة

أستاذ مساعد قسم - أ - جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس -

مقدمة:

لقد أدى شيوع استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة، على رأسها الحاسب الإلكتروني إلى إحداث ثورة معلوماتية كبيرة دفعت المتعاملين إلى التوجه نحو عالم الرقميات كبديل لعالم المحسوسات، إلى عالم أقل ما يمكن القول عنه أنه عالم الكتروني لا يعتمد على أدى مرتكزات جغرافية ، ويقوم أساسا على تخزين البيانات في أنظمة خاصة تسمى أنظمة المعلومات، وذلك خلافا للعالم المادي الملموس القائم أساسا على حفظ المحررات الورقية في الملفات التقليدية ، ولقد كان من نتاج ذلك ظهور مصطلحات ومفاهيم التي لم تكن معهودة من قبل كالتجارة الإلكترونية والحكومة الإلكترونية، والمستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، ونظرا لأهمية هذا الأخير وحدثه، تعددت تسمياته إذ أجمع غالبية الفقه على تسميته بالتوقيع الإلكتروني، وذلك انطلاقا من اعتماده على الوسائل التكنولوجية التي تترجم الرسائل الالكترونية إلى لغة يفهمها القارئ ويتعامل معها رجال القانون

في مختلف المجالات ، في حين أطلق عليه البعض الآخر تسمية التوقيع الإلكتروني¹ ، وذلك استنادا إلى مختلف الإجراءات المتبعة والواجب احترامها لجعله عنصرا مكملا للكتابة الالكترونية باعتبارهما دعامتا المحرر الالكتروني .

ولاعتبار أن الثقة والأمان أساس كل التعاملات، فإنه وبالمثل تعتبر أهم الركائز في المجال الالكتروني ، سيم وأنه مجال يتم بين أشخاص لا يجمعهما مجلس عقد واحد ، وقد يتم بين متعاملين لا يعرفون بعضهم البعض . وكنيجة لهذا كله لابد من إحاطة هذا النوع من التعاملات بنوع من الحماية لضمان هوية المتعاقدين ولتحديد حقيقة التعامل ومضمونه من جهة، والمحافظة على حرمة الحياة الخاصة وتكريس سرية انتقال المعلومات من جهة أخرى .

أمام هذا الوضع ، سعت التشريعات جاهدة إلى التدخل لحسم الخلاف وتحديد الأطر القانونية لما أفرزته التقنيات الحديثة، وهوما تجسد عمليا بصدور العديد من النصوص القانونية الرامية إلى تكريس أمن وسرية المعلومات ، ومن تم ضمان حريات الأفراد وحقوقهم ، وكذا وضع الركائز الأساسية لمفيزات العالم الرقمي.

ولقد حاول المشرع الجزائري اللحاق بالركب في هذا المجال والتصدي للانتقادات الموجهة إليه، وكان ذلك من خلال إصداره لمجموعة من النصوص القانونية لتكون فيصلا فيما يثور من خلافات. وما يعرض من منازعات على القضاء، ولعل أهمها قانون 04-15 الصادر في سنة 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين² ، ولأهمية هذه الإصدارات في المنظومة الجزائرية، سنحاول تسليط الضوء على ماورد بها ، ودراسة جديد التوقيع الالكتروني وفقا لهذا القانون

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي ، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، دون تاريخ النشر ، ص 15.

² - قانون رقم 15 - 04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين ، الجريدة الرسمية العدد 06 لسنة 2015.

،والذي عرف فيه المشرع التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية بأنه : " بيانات في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة ببيانات الكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق". وعليه فهل تصدى المشرع الجزائي لمسألة الحماية القانونية والفنية للتوقيع الإلكتروني؟، وإلى أي مدى وفق المشرع في معالجة ما يشهده التوقيع الإلكتروني من إشكالات قانونية؟.

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال التطرق إلى :

-التشفير كوسيلة لتأمين التوقيع الإلكتروني(المبحث الأول).

- المصادقة على التوقيع الإلكتروني (المبحث الثاني).

1- المبحث الأول: التشفير كوسيلة لتأمين التوقيع الإلكتروني:

إن أكثر ما يهدد المعاملات والتجارة الإلكترونية هو المساس بأمن المعلومات وعدم تأمين عملية التوقيع الإلكتروني، ومن ثم عدم ضمان سلامة عملية تداول المعلومات الخاصة بإتمام المعاملات والصفقات ،ولعل سبب ذلك اتسام المعاملات الإلكترونية، وخاصة تلك المبرمة عبر الأنترنت بوجود طرف ثالث غير المتعاقدين، قد يكون الغير مستخدم الشبكة، كما قد يكون جهة أخرى، وكنتيجه لذلك كان لابد من إيجاد وسيلة لحفظ سرية البيانات وحمايتها حتى لا يستطيع أي شخص باستثناء المتعاقدين أو من يصرح له القانون بذلك الاطلاع عليها ¹.

وعليه ظهر التشفير كتقنية لتأمين التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، ذلك أنه إجراء يؤدي إلى توفير الثقة والأمان، فهو يقوم أساسا على استخدام أدوات وأساليب لتحويل المعلومات

¹ - هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة، دون ذكر سنة النشر

وإخفاء محتوياتها للحيلولة دون تعديلها أو استخدامها الغير المشروع¹. من هنا يتضح أن التشفير عملية تؤدي إلى تحويل المعلومات إلى رموز غير مفهومة ، بحيث لا يمكن لغير المرخص له بالاطلاع عليها أوفهمها إلا إذا تم إعادة تحويلها إلى صفتها الأصلية عن طريق استخدام المفتاح المناسب لفك الشفرة². ونظرا لأهميته ، عمدت التشريعات إلى محاولة تبنيه في نصوصها القانونية غير أن مواقفها تباينت في ذلك ، إذ بينما تعرض له البعض بصفة صريحة وخصه بتعريف دقيق كالقانون التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية في نص المادة الثانية منه³ ، فإن البعض الآخر لم يتطرق إلى تعريفه وشأن ذلك التشريع الجزائري قبل صدور قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الذي لم يتطرق له إلا بصفة ضمنية عن طريق إدراج شرط فني ضمن نص المادة 323 مكرر¹ من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، والتي إعترف بموجها بالكتابة في الشكل الإلكتروني، ومنح لها الحجية في الإثبات بحيث نصت على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"⁴.

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية، ص 204 .

² - سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ،مصر، 2001 ،ص 217-218.

³ - نصت المادة الثانية من القانون التونسي رقم 83 المؤرخ في 09 أوت لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه: " يقصد بالتشفير إما استعمال رموز أو إشارات غير متداولة أصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير، أو استعمال رموز وإشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها".

⁴ - أنظر القانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005 .

وعليه كان يستخلص من الشرط الفني السابق والمتمثل في " أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها" أن المشرع يستلزم توفر بعض الوسائل لحماية التوقيع الإلكتروني، وقد استمر الوضع رغم صدور قانون رقم 15-04 حيث لم يتطرق المشرع الجزائري فيه إلى تعريف التشفير ، بل اكتفى بتحديد أنواعه والنص عليه كلما اقتضت ضرورة استخدامه، وهوما يتضح من نص المادة الثانية في فقرتها الثامنة والتاسعة¹. والواقع أن هذا الموقف يحمّد عليه المشرع الجزائري ذلك أن عملية التشفير هي من اختصاص الفقه ، ومن تمّ يمكن القول أن التشفير هو مجموعة من الرموز والإشارات غير المتداولة تجعل من المعلومات المرسلة غير قابلة للفهم من قبل الغير إلا باستخدام رموز وإشارات أخرى لفك معناها .

من خلال هذا التعريف يتضح أن تقنية التشفير على اختلافها وتعدد طرقها لا تقوم بوظيفتها المتمثلة في حفظ وتأمين التوقيع الإلكتروني إلا عن طريق احترام مجموعة من الإجراءات والضوابط . ومن تمّ نتساءل عن - ما هي طرق التشفير؟ وما هي ضوابطه ؟ . وللإجابة على هذه التساؤلات سوف نتطرق إلى طرق التشفير (المطلب الأول) ، وضوابط التشفير (المطلب الثاني) . المطلب الأول: طرق التشفير:

إن نظام التشفير هو أحد فروع العلوم الرياضية، ولقد كان في الزمن الماضي يستخدم في الأغراض الحكومية والعسكرية فقط، أما حالياً فقد امتدت استخداماته وأصبح الآن يدخل في كثير من نظم المعلومات والشبكات، وهذا وقد مرّ التشفير بمراحل عديدة من التطور ومازال هذا النظام في تطور

¹ - حيث نص المشرع الجزائري في الفقرة الثامنة والتاسعة من المادة الثانية من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني على مفتاح التشفير العام والخاص وأعطى تعريف لكل منهما .

مستمر حتى الآن¹. وللإشارة فإن التشفير كوسيلة لتأمين التوقيع الإلكتروني والوثيقة الإلكترونية يمكن أن يتم بطريقتين، الأولى تسمى بالتشفير المماثل أو السيمتري، أما الثانية فتسمى بالتشفير اللامماثل.

أولاً: الطريقة الأولى: التشفير المماثل أو السيمتري LA Cryptographie Symétrique

في هذا النوع من التشفير يستخدم كل من المرسل والمرسل إليه أو مستقبل الرسالة نفس المفتاح السري لتشفير الرسالة، وفك شفرتها (أي أن المفتاح السري يكون معلوما للطرفين). حيث يتفق الطرفان منذ البداية على عبارة مرور: **mot de passe (un)** التي يتم استخدامها وتتكون عبارة المرور من حروف كبيرة وصغيرة ورموز أخرى، وبعد ذلك تقوم برمجيات التشفير بتحويل عبارة المرور إلى عدد ثنائي، وبشكل العدد الثاني الناتج مفتاح تشفير الرسالة. وبعد أن يتم استقبال الرسالة يستخدم المستقبل نفس عبارة المرور، وذلك لفك النص المشفر وتحويله إلى شكله الأصلي المفهوم. إلا أن أهم عيوب هذه الطريقة تكمن في عملية تبادل المفتاح السري، أي أن الرسالة يستطيع فك شفرتها شخص آخر غير المرسل إليه، وذلك بمجرد علمه أو حصوله على المفتاح السري مما أدى إلى عدم توافر الثقة في هذا النوع وما أدى إلى تراجع استخدامه²، وللإشارة فإن المشرع الجزائري لم ينص على هاته الطريقة في قانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني فهل تطرق للثانية؟

ثانياً: الطريقة الثانية: التشفير اللامماثل أو بطريقة المفتاح العام: LA Cryptographie ASymétrique

¹ - محمد أمين الرومي، النظام القانوني في التوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 32.

² - سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 219-220.

التشفير اللامائل سلسلة من الهندسة العكسية **Algorithm** تستعمل فيها الحسابات واللوغاريتمات، حيث يستخدم هذا التشفير مفتاحان أحدهما خاص والآخر عام¹.

ويتكون المفتاح الخاص من مجموعة من الرموز والأرقام والتي يمكن تخزينها على بطاقة إلكترونية، ويكون هذا المفتاح معروفا لطرف واحد فقط وهو المرسل والذي يظل محتفظا بسريته، ويستخدم هذا المفتاح لتشفير الرسالة وفك شفرتها²، وهوما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة الثانية الفقرة 08 من القانون 15-04 المذكور أعلاه إذ نص بأن: " مفتاح التشفير الخاص هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي".

أما المفتاح العام فهو أيضا يتكون من مجموعة من الرموز والأرقام التي يتم تبليغها للمرسل إليه ليتمكن من فك شفرة الرسالة التي تم تشفيرها بالمفتاح الخاص، ولكنه يختلف عن المفتاح الخاص في أنه يكون معروفا لطرفين أو أكثر. وهوما تعرض له المشرع في نص المادة الثانية الفقرة 09 وعرفه على أنه: " عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني". من خلال ما سبق يتضح إن المفتاح الخاص لا يعلمه سوى المرسل، أما المفتاح العام فقد يكون معروفا لطرفين أو أكثر والعبرة بالمفتاح الخاص. ورغم الاختلاف بينهما إلا أن كل من المفتاحين مرتبطين في عملهما، ويكمل كل منهما الآخر. وللاشارة فإن هذا النظام يعد أكثر أمان من الطريقة السابقة لأنه من يقع بحوزته المفتاح العام فلا يقع في علمه المفتاح الخاص، وبالتالي عدم إمكانية فك شفرة الرسالة³، خاصة وأن كلا

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 271.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، مرجع سابق، ص 31-32.

³ - أنظر في ذلك سمير حامد عبد العزيز جمال، مرجع سابق، ص 220-221.

المفتاحين له علامة رياضية معقدة لا يمكن معرفتها إلا من جانب صاحبها¹، وعليه يلاحظ أن أهمية هذا النوع هي التي دفعت المشرع إلى تبنيه في القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

المطلب الثاني: الضوابط الواجب توافرها في التشفير:

لا بد من توافر جملة من الضوابط في التشفير وذلك حتى يقوم بدوره كوسيلة حماية فنية للمعلومات والبيانات المعالجة إلكترونياً، وبخصوص هذه الضوابط والقواعد الواجب توافرها في التشفير الإلكتروني للبيانات، يلاحظ أن المشرع الجزائري وان لم يتطرق لها قبل صدور قانون 15-04، إلا أنه وبعد صدوره نجد أنه قد أشار لها في أكثر من موضع، إذ لم يبق الأمر مقتصرًا على ما كان قد أدرجه كشرط في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني. وعليه فإن دراسة ذلك ستكون استنادًا إلى ما ورد في هذا القانون، مع محاولة مقارنته بما جاء في ظل القانونين التونسي والمصري اللذان تمكن الرجوع إليهما لتحديد هذه الضوابط والمتمثلة في:

أولاً: أن تشفير البيانات والمعلومات التي يتم تدوينها عبر وسائط إلكترونية هو أمر مباح من الناحية القانونية: بالرجوع إلى التشريع التونسي مثلاً الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية نجد أنه أباح في الفصل الثالث استخدام التشفير في المرسلات عبر الإنترنت وفي تصرفات التجارة الإلكترونية، وفي كافة التصرفات التي تتم بوسائل إلكترونية، غير أن تلك الإباحة لم تكن مطلقة. بل أخضعها للقواعد التي تسري عليها كافة خدمات الاتصال في تونس، حيث توجد هناك قواعد قانونية وأنظمة خاصة بتنظيم الاتصال وهي الجهة التي تحدد وتنظم آلية التشفير². أما المشرع المصري فقد

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص 197.

² - محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية أركانه إثباته التشفير، التوقيع الإلكتروني دراسة مقارنة، دار

الثقافة، الأردن، 2008، ص 160.

أحال ذلك إلى لائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم 09 لسنة 2005 الصادرة في 15 ماي 2005 بشأن تحديد الضوابط الخاصة بتشفير التوقيع الإلكتروني وبطاقات الائتمان وغيرها من البيانات التي يتم نقلها وتخزينها عبر وسائط إلكترونية¹.

أما المشرع الجزائري فيلاحظ أنه قد أقر هذا الشرط في القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، حيث أشار في المادة الثانية الفقرة 06 إلى آلية التحقق من التوقيع الإلكتروني واعتبرها جهاز أوبرنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني ، والتي تعد حسب الفقرة الخامسة من المادة الثانية رموزا أو مفاتيح التشفير العمومية ، وكذا كل بيانات أخرى مستعملة للتحقق من التوقيع الإلكتروني ، كما وأشار في الفقرة الرابعة من نفس المادة إلى آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني واعتبرها جهاز أوبرنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات فريدة كالرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة المستعملة من الموقع لإنشاء التوقيع ، وذلك حسب ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة الثانية ، وأكثر ما يلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر في المادة التاسعة من قانون 05-14 التوقيع الإلكتروني مسألة قانونية لا يمكن رفض الاعتداد بها كدليل إثبات أمام القضاء.²

ثانيا: إحترام سرية البيانات المشفرة والإعتراف بحق أصحابها في الخصوصية :

وهذا يعتبر من ثاني الضوابط الواجب توافرها في التشفير، فمثلا نجد أن المشرع التونسي قد اعتبر الاعتداء على البيانات المرسلة بين طرفي العقد من خلال الإنترنت اعتداء على خصوصية طرفي العلاقة ، كما أكد أيضا على احترام سرية البيانات المشفرة ، وعاقب كل من يقوم أو يحاول القيام

¹ - للمزيد من التفاصيل ، أنظر محمد أمين الرومي ، مرجع سابق ، ص 31 ومايليها.

² - تنص المادة 09 من القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه : "بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه ، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب: 1- شكله الإلكتروني، 2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق الكتروني موصوفة أو، 3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني "

بالاعتداء عليها، سواء كان من خلال محاولة فك الشفرة، أم الإطلاع على محتوى البيانات بالشكل الحقيقي دون أخذ الإذن من طرفي العلاقة الذين أجريا عملية التشفير، هذا وقد وضع أيضا نصوصا في قوانين التجارة الإلكترونية تعاقب من يقوم بانتهاك البيانات المشفرة وسريتها وإفشائها¹.

أما فيما يتعلق بالمشروع الجزائري فقد عاقب في نص المادة 68 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين كل من يقوم بحيازة أو إفشاء أو استعمال بيانات إنشاء توقيع الكتروني موصوف خاصة بالغير ، وذلك كله حماية للحق في الخصوصية ،وقد تراوحت العقوبة بين تلك السالبة للحرية والغرامة المالية ، إذ قرر عقوبة الحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات ، وغرامة من 1000.000 دج إلى 5000.000 دج أو ياحدى هاتين العقوبتين. هذا فيما يتعلق بالشخص الطبيعي، أما إذا كان مرتكب الجريمة شخصا اعتباريا فتكون العقوبة هي الغرامة ، على أن تضاعف إلى 05 مرات الحد الأقصى المقرر للشخص الطبيعي وهذا ما نصت عليه المادة 75 من القانون المذكور.

ثالثا: أن يكون هذا التشفير صادرا من جهات مختصة:

وهذا يعتبر من ثالث الضوابط الواجب توافرها في التشفير الإلكتروني للبيانات، وسبب ذلك يكمن في أن عملية التشفير ترتبط بمعلومات هامة وسرية سواء تعلقت بالتجارة الإلكترونية، أو بالأسرار الخاصة بالأفراد أو الدولة²، وفي هذا أقر المشروع الجزائري في المادة 14 منه أن التأكد من مطابقة الآلية المؤقتة لإنشاء التوقيع الإلكتروني يتم من طرف الهيئة الوطنية المكلفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه.

2- المبحث الثاني: المصادقة على التوقيع الإلكتروني:

¹ - محمد فوز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص 161.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، مرجع سابق، ص 208.

إن شيوع التعاملات الإلكترونية يتوقف على قدر ما تتمتع به من أمان وثقة لدى مستخدمي وسائل وتقنيات الإتصال الحديثة، ولما كانت المستندات الإلكترونية بما فيها العقود تتم عن بعد بين أطراف قد يجهل بعضهم البعض، وهو الأمر الذي يتطلب توفير الضمانات ووسائل تكفل تحديد هوية المتعاقدين ، وتضمن التعبير عن إرادتهم على نحو صحيح وبطريقة يمكن معها نسبة التصرف إلى صاحبه، غير أن توفير هذا كله يتطلب إيجاد حلول تقنية لاسيما في ظل تنامي القرصنة الإلكترونية وإساءة استخدام أسماء الغير وتوقيعاتهم في أنشطة غير مشروعة عبر الإنترنت¹.

ولهذا ظهرت الحاجة وجود طرف ثالث محايد موثوق به، يتأكد بطرقه خاصة من صحة صدور التوقيعات الإلكترونية ، وكذا الإرادة التعاقدية الإلكترونية ممن تنسب إليه، ومن جدية هذه التوقيعات والإرادة بعدها عن الغش والإحتيال ويتمثل هذا الطرف الثالث المحايد في أفراد أو شركات أوجهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية ، يطلق عليها إسم سلطات التوثيق أو مقدمي خدمات التصديق².

وعليه فإن التصديق الإلكتروني يعرف على أنه وسيلة آمنة للتحقق من صحة التوقيع أوالمحرر حيث يتم نسبه إلى شخص أوكيان معين³. ومن تم فإنه وسيلة لضمان سلامة وتأمين التعامل عبر الأنترنت سواء من حيث أطرافه ومضمونه ومحلله وتاريخه، وبما أن مقدمي خدمات التصديق هم الذين يتولون مهمة المصادقة على التوقيع الإلكتروني، فإن هذا يدفعنا إلى طرح جملة من التساؤلات تكمن في : - ما المقصود بمقدمي خدمات التصديق ما هو دورها ؟ وما طبيعة عملها؟، ما هي نوع

¹ - لزهري بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، دار هومة ، الجزائر، 2012 ، ص 170-171.

² - إبراهيم الدسوقي أبوالمليل - التوقيع الإلكتروني ومدى أهميته في الإثبات (دراسة مقارنة) - مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد 03 ، سنة 2005، ص 125، 126 .

³ - محمد حسين منصور، الإثبات الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 209.

الشهادات التي تصدرها؟ للإجابة على هذه التساؤلات سوف نتطرق إلى مقدمي خدمات التصديق (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك سوف نلقي الضوء على الشهادة التصديق الإلكتروني (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مقدم خدمات التصديق:

يعرف مقدم خدمة التصديق بأنه جهة أو منظمة عامة، أو خاصة مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية مصدرة بذلك شهادة إلكترونية. ويرمز على هذه الجهة باختصار برمز (psc) *prestataires de services de certification* حيث تندخل هذه الجهة بناء على طلب شخصين أو أكثر بهدف إنشاء وحفظ وإثبات الرسائل الإلكترونية¹. هذا ولقد عرف قانون الأونسترال النموذجي لسنة 2001 المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية مقدم خدمات التصديق في نص المادة الثانية الفقرة (هـ) بأنه: "شخص يصدر شهادات ، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات الصلة بالتوقيعات الإلكترونية". أما التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 فلقد عرف هذه الجهة في المادة 02 فقرة 11 بأنها: "كل شخص طبيعي أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني، أو يتولى خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني"².

وعليه فإن دور جهات التوثيق يتمثل في التأكد من صحة التوقيع الإلكتروني ، ومن سلامته كما يتمثل في تحديد هوية المتعاملين في المعاملة الإلكترونية ، ومن أهليتهم القانونية للتعامل والتعاقد ، كما تعمل أيضا على التحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وجديته³ ، كما تقوم هذه الجهات كذلك بإصدار المفاتيح الإلكترونية سواء المفتاح الخاص، الذي بمقتضاه يتم تشفير التعاملات

¹ - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 172.

² - خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 209/208.

³ - مصطفى أبي مندور موسى ، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الإلكتروني ، دار النهضة العربية، القاهرة ، دون تاريخ النشر، ص 23.

الإلكترونية، أو المفتاح العام الذي يتم بواسطته فك التشفير، بل والأكثر من ذلك فإن من ضمن المهام التي تقوم بها جهات التصديق أيضا هوتعقب المواقع التجارية عبر الأنترنت، حيث تنحصر عنها وعن جديتها فإذا تبين لها عدم أمن أحد المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين توضح فيها عدم مصداقية الموقع¹. ومن تم فإن هذه الجهات تقوم بدور فعال وهام في ضمان التوقيعات الإلكترونية والإعتراف بها قانونا.

أما عن موقف التشريعات العربية من مؤدي خدمات التصديق فنجد أن المشرع التونسي كان سباقا في تنظيم جهات المصادقة على المعاملات الإلكترونية، وهذا بموجب القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية وسماها بمزودي خدمات المصادقة الإلكترونية وعرفها في نص المادة الثانية من القانون المذكور بأنها: "كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث أو يسلم أو يتصرف في شهادات المصادقة، ويسدي خدمات أخرى ذات صلة بالإمضاء الإلكتروني". كما نص في المادة الثامنة من نفس القانون على إنشاء الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية، واعتبارها مؤسسة عامة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، حيث جعلها تتولى منح تراخيص مزاولة نشاط مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية، وكذا مراقبة احترام تلك الجهات لأحكام القانون.²

أما عن موقف المشرع الجزائري من جهات التوثيق، فإننا نجد أنه هو الآخر اعترف بهذه الجهة وسماها بمؤدي خدمات التصديق، وعرفها بدايتا في نص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 162/07 الصادر في 30 ماي 2007 والمتعلق بنظام استغلال الشبكات بما فيها السلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، بأنها: "كل شخص في مفهوم المادة 8-8 من القانون رقم 2000 / 02 المؤرخ في 5 غشت سنة 2000 والمذكور أعلاه، يسلم

¹ - إبراهيم الدسوقي أبوالليل، مرجع سابق، ص 125.

² - زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 175.

شهادات أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني"¹. وإذا رجعنا إلى المادة 08 الفقرة 08 من القانون رقم 2000-03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية نجد أنه يعرف موفر الخدمات على أنه " كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية"².

ثم أصدر المشرع الجزائري بعد ذلك في بداية سنة 2015 قانونا يفصل فيه كل هاته المسائل ويشرحها وهو القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، بحيث أورد في نص المادة الثانية الفقرة 12 من القانون المذكور تعريفا لمؤدي خدمات التصديق وعرفه على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة ، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني " .

والجديد في المصادقة الالكترونية بالنسبة للتشريع الجزائري يتمثل في أن المشرع قد استحدث بموجب القانون 15-04 المذكور أعلاه ثلاثة سلطات للتصديق الالكتروني ، وفصل أحكامها في باب كامل من هذا القانون وهو الباب الثالث الذي سماه بسلطات التصديق الالكتروني وهذه السلطات تتمثل في : السلطة الوطنية والسلطة الحكومية وكذا السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني ، كما حدد مهام كل سلطة على نحو تكمّل كل منها عمل الأخرى ، وبصورة تضمن ترقية استعمال التوقيع والتصديق الإلكترونيين وتطورهما وتضمن موثوقية استعمالهما . حيث قرر بدايتا

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 30 ماي سنة 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 09 ماي سنة 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها السلكية والكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية. أنظر مرجع د/معوان مصطفى، التجارة الالكترونية ومكافحة الجريمة الالكترونية (قواعد الاثبات المدني والتجاري) ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2009، ص 682 وما يليها.

² - القانون رقم 2000-03 المؤرخ في جمادى الأولى عام 1421 الموافق 05 غشت 2000 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية العدد 48 لسنة 2000.

للسلطة الوطنية للتصديق الالكتروني عدة مهام من بينها : مهمة إعداد سياسة للتصديق الالكتروني¹، والسهر على تطبيقها كما أناط لها مهمة الموافقة على سياسات التصديق الالكتروني الصادرة عن السلطين الحكومية والاقتصادية للتصديق الالكتروني ، وبموجب نفس القانون أعطى المشرع للسلطة الوطنية الحق في أن تقترح على الوزير الأول ما تراه مناسبا من مشاريع تمهيدية للنصوص التشريعية والتنظيمية التي تتعلق بمجال التوقيع أو المصادقة الالكترونية، كما جعل دور هذه السلطة استشاري عند إعداد مشاريع النصوص التشريعية أو التنظيمية ذات الصلة بهذا المجال²، وهذا كله محاولتا من المشرع لجعل هذه السلطة طرفا فاعلا في إعداد النصوص التشريعية المتعلقة بهذه التقنية المستحدثة.

أما السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني فقد كلفها المشرع بموجب هذا القانون مهمة متابعة، ومراقبة التصديق الالكتروني، وكذا ضمان توفير خدمة التصديق لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي ، كما خول لها عدة مهام أخرى من بينها إعداد القواعد والإجراءات التنظيمية والتقنية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، وكذا السهر على تطبيقهما، وذلك بعد الحصول على موافقة من السلطة الوطنية، كما أناط لها كذلك مهمة إرسال كل المعلومات المتعلقة بنشاط التصديق الالكتروني إلى السلطة دوريا سواء بمفردها أو بناء على طلب من السلطة بذلك³.

أما السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني فقد وسع المشرع الجزائري من مهامها بموجب القانون المذكور حيث أعطى لها الحق في منح التراخيص لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني، وكذا

¹ - للإشارة فإن سياسة التصديق الالكتروني عرفها المشرع الجزائري في نص المادة الثانية الفقرة 15 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين على أنها : " مجموع القواعد والإجراءات التنظيمية والتقنية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين " .

² - أنظر المادة 18 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين .

³ - أنظر المادة 28 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين .

الموافقة على سياسات التصديق الصادرة عن هاته الهيئات ،وفي حالة عجز مؤدي خدمات التصديق عن تقديم خدماته فان المشرع قد خول للسلطة الاقتصادية الصلاحية في أن تتخذ كل التدابير اللازمة لضمان استمرارية الخدمات، بل والأكثر من ذلك فان المشرع قد أقر لهاته السلطة حتى صلاحية التحكيم في النزاعات القائمة بين مؤدي خدمات التصديق فيما بينهم أومع المستعملين. هذا وقد أعطاها الحق أيضا في أن تبلغ النيابة العامة عن كل فعل ذي طابع جزائي تكتشفه وهي تقوم بتأدية مهامها¹، والجدير بالذكر هوأن المشرع باستحدثه لهذا النص التشريعي فانه يكون قد ساهم بقسط وافر في إزالة الغموض حول عدة نقاط كانت تثار في السابق من طرف الفقه ورجال القانون.

وللإشارة فإن المشرع الجزائري قد اعتمد نظام التصديق الإلكتروني حتى في قطاع العدالة وذلك رغبة منه في عصرنه هذا القطاع ،وتحسين مستوى الخدمات ،وهو الأمر الذي جسده عمليا بصدور قانون 03-15 المؤرخ في 01 فبراير 2015 والمتعلق بعصرنه العدالة ، والذي بموجبه استحدثت منظمة معلوماتية مركزية للمعالجة الآلية للمعطيات وجعلها تابعة لوزارة العدل كما أجاز في نفس القانون أن تمهر الوثائق والمحركات القضائية التي تسلمها مصالح وزارة العدل بتوقيع الكتروني².

المطلب الثاني: شهادة التصديق الإلكتروني:

يعمل مقدمي خدمات التصديق على التوثيق التوقيع الإلكتروني مصدرة بذلك شهادة تبين بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح وصادر ممن نسب إليه، وأنه يستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه³. كما تؤكد هذه الشهادة أيضا أن البيانات الموقع عليها هي بيانات صحيحة، ولم يتم التلاعب

¹ - للمزيد من التفاصيل حول مهام السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني أنظر المادة 30 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين .

² - أنظر المادة 04 من القانون 03-15 المؤرخ في 1 فبراير 2015 المتعلق بعصرنه العدالة، الجريدة الرسمية، العدد 06 لسنة 2015.

³ - خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المعلومات الالكترونية ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 2008، ص117.

فيها سواء بالتعديل أو التغيير أو الحذف أو الإضافة أو التغيير وتسمى هذه الشهادة بشهادة المصادقة الإلكترونية والتي عرفها قانون الأونسترال النموذجي شأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 بأنها: "رسالة بيانات أو سجلا آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع". أما المشرع الجزائري فقد سماها بالشهادة الإلكترونية وعرفها بدايتا بموجب المرسوم التنفيذي 162/07 على أنها: "وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع"¹. ثم جاء المشرع بعد ذلك في القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين وأعطاهم تقريبا نفس التعريف². والجديد الذي جاء به المشرع الجزائري حول شهادة التصديق الإلكتروني بموجب هذا القانون هو أنه قد ميز لنا بين نوعين من شهادات التصديق الإلكتروني وهما شهادة المصادقة الإلكترونية العادية هذه الأخيرة التي أورد لها تعريفا في نص المادة الثانية الفقرة 07 من القانون المذكور. أما النوع الثاني المستحدث فهو يتمثل في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هذه الشهادة نجد أنه نظم أحكامها في نص المادة 15 من هذا القانون واشترط فيها ضرورة توفر بعض المتطلبات وبعض البيانات. فمن متطلبات هذه الشهادة فانه حسب هذا القانون يجب أن تمنح من طرف ثالث موثوق³ أو من قبل مؤدي خدمات تصديق الكتروني، طبقا لسياسة التصديق الموافق عليه وأن تمنح للموقع دون سواء، كما اشترط أيضا ضرورة أن تتضمن هذه الشهادة بعض البيانات من بينها التأشير فيها بأنها شهادة تصديق الكتروني موصوفة، وكذا تحديد هوية الطرف الذي أصدرها سواء كان طرفا ثالث موثوق أو مؤدي لخدمات التصديق الإلكتروني وكذا تحديد البلد الذي يقيم فيه. هذا ويشترط أيضا إدراج اسم الموقع وصفته عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال تلك الشهادة، كما يجب أن تتضمن أيضا بعض البيانات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني كذلك التي تتعلق

¹ - معوان مصطفى، مرجع سابق، ص 684.

² - أنظر المادة الثانية الفقرة 07 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

³ - عرف المشرع الجزائري الطرف الثالث الموثوق في الفقرة 11 من القانون رقم 04-15 المذكور بأنه: "شخص معنوي

يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

بالتحقق من هذا التوقيع، وكذا الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني زيادة على بعض البيانات الأخرى التي عمل المشرع الجزائري على بيانها في هذا القانون¹.

كما نص المشرع الجزائري في هذا القانون على صاحب شهادة التصديق الإلكتروني، وعرفه بأنه: "شخص طبيعي أو معنوي تحصل على شهادة التصديق الإلكتروني من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو طرف ثالث موثوق"². هذا وقد نظم أيضا بموجب هذا القانون مسؤولية صاحب هذه الشهادة حيث اعتبره المشرع مسؤول عن سرية بيانات إنشاء التوقيع، كما منع صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة من استعمال هذه الشهادة لأغراض أخرى غير تلك التي منحت من أجلها³.

وللإشارة فإن شهادات التصديق تتعدد وتختلف بحسب استخداماتها والغرض منها، فإلى جانب شهادة تصديق التوقيع الرقمي مثلا توجد شهادات مصادقة أخرى، مثل شهادة توثيق تاريخ الإصدار التي توثق تاريخ ووقت إصدار التوقيع الرقمي، حيث يقوم صاحب الشهادة بعد التوقيع عليها بإرسالها إلى جهة التوثيق. هذا وتوجد أيضا شهادة الإذن وبمقتضاها يتم تقديم معلومات إضافية عن صاحبها مثل عمله ومؤهلاته، والتراخيص التي يملكها. ومن هنا تظهر أهمية هذه الشهادات، ومدى خطورة المعلومات التي تتضمنها والتي يعتمد عليها الغير وعلى أساسها يحدد تعاملاته⁴.

أما فيما يخص شهادات التصديق الأجنبية أي الصادرة من مؤدي خدمات تصديق بلد أجنبي، فقد يثار السؤال والإشكال حول مدى قيمة وفعالية هذه الشهادات من الناحية القانونية؟

¹ - للمزيد من التفاصيل أنظر المادة 15 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

² - المادة الثانية الفقرة 14 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين .

³ - أنظر في ذلك المواد 61-62 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني، الدار الجامعية، مصر، 2007، ص 252.

وهل يمكن اعتبار هذه الشهادات المصادقة الأجنبية متساويا من حيث القيمة لشهادات المصادقة التي يسلمها مؤدي خدمات التصديق المحلي؟.

هذا الإشكال نجد بأن المشرع الجزائري قد جابو عليه حين وضع حلا لهذه المسألة في المادة 3 مكرر 01 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 بحيث تنص المادة 3 مكرر على ما يلي: " تكون للشهادات التي يسلمها مؤدي خدمات تصديق الإلكتروني مقيم في بلد أجنبي نفس قيمة الشهادات المسلمة بموجب أحكام هذا المرسوم ،إذا كان هذا المؤدي الأجنبي يتصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية"

وبالتالي من خلال هذه المادة نجد بأن المشرع الجزائري وضع مبدأ المساواة ما بين شهادة التصديق الإلكترونية الصادرة عن مزود خدمة الأجنبي وشهادة التصديق الصادرة عن مؤدي خدمات التصديق خاضع للقانون الجزائري، كما أكد المشرع هذا المبدأ أيضا في نص المادة 63 من القانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

الخاتمة:

إن توفير وسائل الحماية الفنية للتعاملات الإلكترونية بصفة عامة، وللتوقيع الإلكتروني بصفة خاصة يساهم في دعم التحول نحو عالم لا ورقي يأمن فيه كل متعامل على أمواله ومصالحه . كما أن التوسع في استخدام التوقيع الإلكتروني من شأنه أن يرفع من كفاءة العمل الإداري، ويساعد على الارتقاء بمستوى أداء الخدمات الحكومية بما يتفق مع إيقاع العصر ، خاصة وأن توجه الدول اليوم بما فيها الجزائر يصب نحو اعتماد الأسلوب الإلكتروني في المعاملات الإدارية، والحكومية التي أصبحت

ضرورة لا غنى عنها. وسمة من سمات المجتمع المعلوماتي، ونظرا لما لهذه التقنية من دور كبير وفعال في إضفاء الثقة والأمان على المعاملات الالكترونية، عمد المشرع الجزائري إلى محاولة تدليل مجمل الصعاب، وتفادي مختلف الانتقادات التي وجهت له في الآونة الأخيرة، خاصة بعد أن أصبح استخدام الوسائل الالكترونية حقيقة واقعة، لا غنى عنها، فأصدر قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وفيه أقر العديد من الضوابط بما يكفل الحفاظ على الحق في الخصوصية وضمان سرية المعلومات، مما يحول دون اختراق المعاملات الالكترونية وتقليد التوقيعات الالكترونية، ومن ثم التلاعب في مضمون هذه المعاملات، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل جرم العديد من الأعمال وقرر عقوبات رادعة لمرتكبي الجرائم، ولنأمل أن تكون هذه الالتفاتة بادرة خير من المشرع الجزائري لأن يصدر لنا قانونا يتعلق بالتجارة الالكترونية.

قائمة المراجع:

*- الكتب:

- 1- خالد إبراهيم ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، الدار الجامعية، مصر، 2007.
- أمن المعلومات الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- 2- سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- 3- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

- التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.
- التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 4- لزهري بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، دار هومة ، الجزائر، 2012.
- 5- محمد أمين الرومي، النظام القانوني في التوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008.
- 6- محمد حسين منصور، الإثبات الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.
- 7- محمد فواز محمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية أركانه إثباته التشفير، التوقيع الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- 8- مصطفى أبي مندور موسى ، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الإلكتروني ، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 9- معوان مصطفى ، التجارة الإلكترونية ومكافحة الجريمة الإلكترونية (قواعد الإثبات المدني والتجاري) ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر، 2009.
- 10- هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

*-المقالات:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، التوقيع الإلكتروني ومدى أهميته في الإثبات (دراسة مقارنة) ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد 03 ، سنة 2005 .
- *-النصوص القانونية:

- القانون رقم 2000-03 المؤرخ في جمادى الأولى عام 1421 الموافق 05 غشت 2000 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية. الجريدة الرسمية العدد 48 لسنة 2000.

- القانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005.

- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 30 مايوسنة 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 09 مايوسنة 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها السلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

- القانون رقم 15-03 المؤرخ في 01 فبراير 2015 المتعلق بعصنة العدالة ، الجريدة الرسمية العدد 06 لسنة 2015.

- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجريدة الرسمية العدد 06 لسنة 2015

تطبيق قانون القاضي(القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية

المشتملة على عنصر أجنبي

من إعداد: كمال سمية

أستاذة مساعدة "أ" جامعة أوبكر بلقايد - تلمسان -

مقدمة:

من خلال ثنائية قواعد الإسناد تظهر إمكانية تطبيق قانون القاضي على علاقات الأحوال الشخصية، بداية بالتكييف وقبول الإحالة من الدرجة الأولى الذي يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي وإمكانية تطبيق الشريعة الإسلامية على الأجانب ولو كانوا غير مسلمين، وترجيح جنسية دولة القاضي في حالة تعدد جنسية الشخص.

وقد اختلف الفقه في موقفه وفي تقدير موقف المشرع الجزائري.

كما أن تطبيق القانون الجزائري على علاقات الزواج والطلاق متى كان أحد الزوجين جزائرياً قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير ملائم خاصة إذا اكتسب الزوج الأجنبي الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى ليستفيد من حقه في الطلاق بإرادته المنفردة أولستفيد الزوجة من الخلع إذا اكتسبت الجنسية الجزائرية

الإشكالية: ماهو المجال المخصص لقانون القاضي، وفيما تظهر هيمنة قانون القاضي.

المبحث الأول: التطبيق الأصلي لقانون القاضي

يظهر التطبيق الأصلي من خلال إخضاع التكييف الأصلي لقانون القاضي وعند حماية الطرف الوطني من خلال قواعد الإسناد الإنفرادية، وكذلك عند ترجيح جنسية دولة القاضي.

المطلب الأول: إخضاع تكييف علاقات الأحوال الشخصية لقانون القاضي

حسب المادة 9 من القانون المدني يتم تكييف العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي وفقاً لقانون القاضي، فهو الذي يحدد المسائل التي تندرج ضمن الأحوال الشخصية، انطلاقاً من التمييز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية عند إبرام عقد الزواج وتحديد المسائل التي تندرج ضمن آثاره

والتمييز بين الآثار الشخصية والآثار المالية، وكذلك ما يحدّد من موانع الزواج، وحالات انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الانفصال الجسماني، وما يدخل ضمن آثاره.

1- المسائل التي تندرج ضمن الحالة المدنية:

يتفق الفقه على أن المقصود بحالة الشخص الطبيعي كل الصفات التي تحدده كالاسم والأهلية والموطن والجنسية، والمتفق عليه كذلك أن الجنسية لا تعتبر فئة إسناد وإنما ضابط إسناد.

يعتبر اللقب من عناصر الحالة المدنية لذلك رأى بعض الفقه الفرنسي أنه من مسائل الأمن المدني وبالتالي يخضع للقانون الإقليمي، غير أن القضاء الفرنسي أخضعه إلى القانون الشخصي باعتباره لصيقاً بالشخص ويميزه عن غيره وأنه يجب أن يتصف بالثبات والاستقرار¹. وأوجب المادة 28 من القانون المدني الجزائري أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده، كما يجب أن تكون الأسماء جزائرية، أما الأطفال المولودون من أبوين غير مسلمين فيمكن ألا تكون أسماءهم جزائرية.

والملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار ديانة الشخص عند تحديد الاسم، فإذا تعلق الأمر بجزائري غير مسلم فيمكن أن يحمل اسماً غير جزائري، ولكنه يخضع للقانون الجزائري. ومن هنا يظهر الاختلاف عند الاعتماد على الجنسية والديانة لتحديد القانون المطبق.

وبالنسبة للأطفال المولودون في الجزائر من أبوين مجهولين، فبالإضافة إلى ثبوت الجنسية الجزائرية لهم على أساس الإقليم، فتمنح لهم أسماء جزائرية وتخضع في هذه الحالة للقانون الإقليمي حيث يعتبر الاسم ضمن مسائل الأمن المدني.

أما الموطن، الذي يعتبر ضابط إسناد للأحوال الشخصية في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية، ونظراً لعدم وجود نص قانوني خاص فإنه يدخل ضمن الحالة المدنية.

¹ - الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيحة، الدويرة، 2008، ص

ويعتبر الموطن من الوسائل القانونية لتركيز الشخص بوصفه يقيم فيه بصفة مستمرة، ولا تمنح الأنظمة القانونية نفس التعريف للموطن¹، ومادام أنه يدخل ضمن الحالة الشخصية فهذا يعني خضوعه للقانون الشخصي أي قانون الجنسية، لكن ما يلاحظ هو أن فقه القانون الدولي الخاص الجزائري يتعرض للموطن في القانون الجزائري وكأنه يخضعه لقانون القاضي². وقد يذهب إلى اعتباره متعلقا بحالة الشخص وبالتالي يخضع للقانون الشخصي خاصة فيما يتعلق بموطن القاصر والمرأة المتزوجة³.

وفي هذا الصدد اختلفت الآراء الفقهية بين إخضاع الموطن للقانون الشخصي أولقانون الإرادة أولقانون القاضي أوللقانون الإقليمي، والراجح هو إخضاع الموطن لقانون القاضي وللقانون الإقليمي.

ففيما يخص تحديد الاختصاص القضائي المبني على أساس الموطن وتحديد مركز الأجانب من حيث الإقامة فإنه يخضع لقانون القاضي، أما فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس الموطن فإن الموطن يخضع لقانون الدولة التي يدعي الشخص أنه متوطن فيها أي القانون الإقليمي، أي عندما يستعمل الموطن كضابط اسناد فإنه يتحدد بحسب القانون الذي حدد الاسناد بموجبه⁴، وكذلك عند الإحالة من القانون الشخصي إلى قانون الموطن.

2- التمييز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية في الزواج.

يختلف مفهوم الزواج باختلاف الدول، فيعتبر في بعض الدول الرابطة المؤبدة وغير متعددة وفي دول أخرى يمكن أن يكون الرابطة التي تنحل بدون ترتيب أي التزام وفي الدول الإسلامية يعتبر الزواج قابلا للتعدد وللانحلال⁵، ويتأثر مفهوم الزواج بالدين والظروف الاجتماعية السائدة في كل دولة لهذا يقتضي

¹ - أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 211.

² - من خلال التعرض لتعريف الموطن وأنواعه في القانون الجزائري، انظر زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 149، أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 211، 212، عليوش قريوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 193، 194.

³ - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 212.

⁴ - زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 149.

⁵ - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 227.

من القاضي أن يبحث عن هذا المفهوم ليحدد طبيعته القانونية ولميزه عن غيره من العلاقات¹. وتختلف الدول كذلك في طريقة انعقاد الزواج ويمتد الاختلاف إلى آثاره وانحلاله، ففي بعض الأنظمة القانونية يرتب آثارا مالية وشخصية في حين أنه في أنظمة أخرى لا يرتب إلا آثارا شخصية، وتختلف الدول في مدى اعتباره رابطة مؤبدة أولا، كما تختلف في طريقة انحلاله باتفاق طرفيه أو أحدهما أو عن طريق القضاء².

ويتدخل قانون القاضي ليحكم ما يعتبر زواجا وما هو خارج عنه، وما إذا كان قابلا للانحلال أو أنه رابطة أبدية تنحل بالطلاق باتفاق الزوجين أو بالإرادة المنفردة لأحدهما، وما إذا كان رابطة مؤقتة، على سبيل المتعة، وما إذا كان عقدا دينيا يقوم على طقوس وشعائر دينية معينة أو رابطة مدنية، وما إذا كان يسمح بتعدد (حسب القانون أو الشريعة الإسلامية أو العادات) أوقائما على أساس الوحدانية، فتحدد طبيعة الزواج وشروطه يندرج ضمن عملية التكييف التي تخضع لقانون القاضي، ومن المفروض على القاضي أن يحدد الزواج بمفهومه العام المجرد في القانون المقارن ولا يتقيد بالتفاصيل المقررة في قانونه³. وهذه القاعدة العامة المتمثلة في إخضاع التكييف لقانون القاضي مقررة في أغلب الأنظمة القانونية، لكن قد يختلف الفقه في نطاق تطبيق قانون القاضي في تكييف ووصف شروط انعقاد الزواج⁴.

وتكييف ما يعد من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية يخضع لقانون القاضي⁵، ولم يفرق المشرع الجزائري بينها في قانون الأسرة، غير أنه في نطاق القانون الدولي الخاص تتم التفرقة بينهما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق حيث تخضع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي يحكم الشروط الشكلية⁶، كما لم يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بينهما¹، ويختص قانون القاضي بتفسير اصطلاح الشروط الموضوعية وتمييزها عن الشروط الشكلية.

¹ - صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، 2007، ص 8.

² - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 227.

³ - زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 158، 159.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 9.

⁵ - زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 160.

⁶ - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 228، 229.

ويرى الأستاذ زروتي الطيب أن ما "يدخل ضمن الشروط الموضوعية لصحة الزواج طبقا للقانون الجزائري رضا الزوجين وموافقة الولي على النفس للزوجة أو القاضي إذا اقتضى الأمر وشاهدان وصدّاق وتختلف الموانع الشرعية، أما طرق إظهار الزواج وإعلانه للغير وإثباته فتدخل ضمن الشكل"².

وتتمثل الشروط الموضوعية في الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية والتي يؤدي تخلفها إلى انتفاء الزواج وهي تتعلق بأركان عقد الزواج من تراض ومحل وسبب، في حين أن الشروط الشكلية فهي لازمة لإبرام الزواج وتكوينه وتتصل أساسا بالمظهر الخارجي للزواج وبها يتجسد لدى الغير اقتران الرجل بالمرأة شرعا³.

وبالاستناد إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع نص في المادة 4 أن الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة، وفي المادة 7 أكد سن الزواج بقدره الشخص عليه، وفي المادة 9 اعتبر أن الزواج ينعقد برضا الطرفين، وفي المادة 9 مكرر حدد شروط صحة عقد الزواج في الولي والصدّاق والشاهدين. فمن خلال هذه النصوص يتبين أن الرضا والأهلية ركنان أساسيان في الزواج بالإضافة إلى الاختلاف في الجنس وانعدام الموانع الشرعية وبالتالي تعتبر شروطا موضوعية أما شروط الولي والصدّاق والشاهدان فهي شروط صحة إذا انعقد الزواج بدون مراعاتها يبقى صحيحا ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل لكن بشرط ألا ينعقد الزواج بدون هذه الشروط مجتمعة أي إذا اختل شرط واحد فقط وهذا حسبما ورد في المادة 33-2 من قانون الأسرة، وبالتالي لا يمكن اعتبارها شروطا موضوعية وإنما من الشروط الشكلية مادام أن الزواج قد ينعقد بدونها (بدون أحدها)، بالإضافة إلى تسجيل العقد أو توثيقه وتحريره أمام هيئة إدارية.

ولم يميز المشرع الجزائري بين الآثار الشخصية والآثار المالية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق وتبقى خاضعة فيما يتعلق بتكييفها لقانون القاضي، وتجدر الإشارة إلى مسائل مثل اسم الزوجة وأهليتها لممارسة بعض التصرفات تندرج في الأصل ضمن الحالة الشخصية ويطبق عليها بالتالي القانون

¹ - صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 25.

² - زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 160.

³ - صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 25.

الشخصي وبعد الزواج يتم تكييفها على أنها من آثار الزواج وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكم آثاره وهذا ما أخذ به الفقه الفرنسي¹.

وفيما يتعلق بانحلال الزواج فيكيف وفقا للقاعدة العامة وفقا لقانون القاضي والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري وسع فئة الإسناد في المادة 12 من القانون المدني من خلال النص على الانفصال الجسماني المعروف في بعض الأنظمة القانونية الأجنبية وبالتالي يكون قد أخضع تكييف الانفصال الجسماني للقانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة².

المطلب الثاني: حماية الطرف الوطني

بعدما بينت المادتين 11 و 12 على التوالي القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وعلى آثاره والقانون المطبق على انحلال الزواج، أوردت المادة 13 استثناءا بتطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا، وتعتبر قاعدة الإسناد هذه قاعدة انفرادية لأنها تشير إلى حالة تطبيق قانون القاضي فقط، ويسري هذا الاستثناء إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

وقد تقرر هذا الحل لمواجهة بعض الحالات العملية التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي مثل زواج الجزائري المسلم من كاتبة يمنع قانونها زواجها مع غير من ينتمي إلى طائفتها أو العكس، باطلا طبقا للقانون الجزائري وصحيحا طبقا للقانون الأجنبي مثل زواج جزائرية مسلمة مغ غير مسلم، ويسري الاستثناء ولوغيّر الزوج أو الزوجة جنسيته بعد الزواج، وفي المقابل لا يسري إذا كان الزوجان أجنبيان وقت إبرام الزواج ثم تجنس أحدهما أو كلاهما بالجنسية الجزائرية³، لأن العبرة بوقت انعقاد الزواج، وهذا الاستثناء مقرر في معظم قوانين الدول العربية وقد تعرض للنقد لأنه إذا كان الهدف من تقريره هو حماية الطرف الوطني المسلم فإن الأخذ بفكرة النظام

¹ - انظر أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 253، 254.

² - لا يمكن تكييف الهجر في المضجع على أنه انفصال جسماني بسبب أن هذا الأخير يجب أن يثبت بموجب حكم قضائي.

³ - زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 163.

العام ما يحقق نفس النتيجة، كما أن الاسترسال في الأخذ به قد يؤدي لنتائج غريبة عندما يطبق القانون الجزائري على انحلال زواج بين أجنبية وجزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائري بعد زواجه في حين لا يطبق على انحلال زواج تم بين أجنبيين إذا اكتسب أحدهما أو كلاهما الجنسية الجزائرية بعد الزواج¹.

ويرى الأستاذ زروتي الطيب أن المادة 13 لا تطبق في حالة انحلال الزواج وإنما تبقى المادة 12 هي السارية بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بقوله: "...إلا فيما يخص انحلال الزواج الذي يطبق عليه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للفقرة الثانية من المادة 12 وليس المادة 13"². فإذا كان الزوج جزائريا وقت انعقاد الزواج ثم فقد جنسيته واكتسب جنسية أجنبية وقت رفع الدعوى فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق لأن العبرة بوقت انعقاد الزواج، أما إذا كان أجنبيا وقت انعقاد الزواج ثم اكتسب الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى فإن القانون الجزائري لا يطبق وفقا للمادة 13 وإنما يطبق وفقا للمادة 12، في حين يرى الأستاذ أعراب بلقاسم أن "من الأوفق أن يخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى"³.

لكن تطبيق القانون الجزائري على الطلاق متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير ملائم خاصة إذا اكتسب الزوج الأجنبي الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى ليستفيد من حقه في الطلاق بإرادته المنفردة أولستفيد الزوجة من الخلع إذا اكتسبت الجنسية الجزائرية مما يؤدي إلى مفاجأة الطرف الآخر بتطبيق قانون لم يكن يتوقعه عند انعقاد الزواج.

المطلب الثالث: ترجيح جنسية دولة القاضي

¹ - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 258.

² - زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 163.

³ - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 258.

يعترض تطبيق قانون الجنسية في مجال الأحوال الشخصية صعوبات لا يمكن تصورها عند تطبيق قانون الموطن، وتمثل هذه الصعوبات عندما يكون الشخص يحمل أكثر من جنسية، والرأي المعمول به هو أن يعتمد القاضي بقانون جنسيته إذا كانت ضمن الجنسيات المتزاحمة وهذا حسب المادة 22 فقرة 2 من القانون المدني.

والجدير بالذكر أن هذا الحل مجرد موحد لجميع المشاكل المترتبة يتميز بأنه مطلق وعام، كما أنه يمثل الاتجاه الغالب في القانون المقارن، ويبرر على أساس أن كل دولة تضع قواعدها الخاصة بتحديد جنسيتها وفقاً لظروفها ومصالحها وبالتالي يتعين على القاضي متى تبين له أن الشخص يحمل جنسية دولته أن يطبق قانونه، لكن هذا الحل منتقد لأنه يعطي الهيمنة والغلبة لقانون القاضي بغض النظر عن ارتباط الشخص أو عيشه أو ولائه للدولة القاضي، فهذا الحل يكرس عدم واقعية الجنسية، كما أن هذا الحل يؤدي إلى اختلاف الحلول في الأحكام القضائية بحسب المحكمة التي تنظر النزاع، وهذا ما يؤدي بالتبعية إلى عدم إمكانية تنفيذها في الدولة الثانية التي يحمل الشخص جنسيتها¹.

المبحث الثاني: التطبيق الاستثنائي لقانون القاضي

الأصل أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق لكن قد يطبق قانون القاضي في حالات خاصة وبصفة استثنائية، لأن قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون القاضي بسبب رفض الاختصاص من جانب القانون الأجنبي، بالإضافة لحلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد بسبب مخالفته للنظام العام.

المطلب الأول: قبول الإحالة من الدرجة الأولى

يرى الأستاذ إسماعيل بأنه لا يمكن قبول الإحالة في الأحوال الشخصية لأن هذه الأخيرة مستمدة من الشريعة الإسلامية التي تعرف تطبيقاتها تعددا طائفاً (سني، درزي، شيعي، مالكي، حنفي) وأن قبول الإحالة من الدرجة الأولى يؤدي إلى تطبيق الشريعة الإسلامية على الأجانب مما يؤدي إلى استفادتهم

¹ - انظر عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 661، 662، 670، 671، 672.

من نظم غير مقررّة في قوانينهم الشخصية مثل تعدد الزوجات، وطالما لم يتحول قانون الأحوال الشخصية إلى قانون علماني فإن اعتماد الإحالة يبدو مستحيلا، وينتقد بعض الفقه¹ هذا الرأي بسبب أن الخلاف بين المذاهب الإسلامية لا يرقى إلى مرتبة الخلاف التشريعي لأنها تستنبط أحكامها من الشريعة الإسلامية، ولأن الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية يوسع مجال تطبيق القانون الجزائري على الأجانب المتوطنين في الجزائر مادام أن قانونهم هو الذي يحيل على القانون الجزائري فلا خطر من ذلك.

أما الأستاذ علي سليمان فيرى العكس بضرورة الأخذ بالإحالة في مجال الأحوال الشخصية بحجة أن الجزائر مستوردة للسكان وكثير من الأجانب من أصل أنجلوأمريكي، ويلاحظ بعض الفقه² أن هذا الرأي يجهل الواقع الجزائري لأن الحقيقة أنها ليست مستوردة للسكان بل العكس هي مصدرة لرعاياها كما أنه غير صحيح أن الأجانب المقيمين فيها من أصل أنجلوأمريكي، ويذهب الرأي السابق إلى عدم قبول الإحالة في الأحوال الشخصية لأن أحكامها مستمدة في غالبية الدول من ديانتها وأن الأشخاص يريدون دائما الخضوع بشأنها إلى ما تمليه أحكام الديانة التي يعتنقونها.

ويمكن القول أنه في مجال الأحوال الشخصية التي تتعلق بحقوق لا يمكن للأفراد التنازل عنها والاتفاق على ما يخالفها يعتبر موقف المشرع الجزائري واضحا عند معاملة القانون الأجنبي كقانون ويمنح المحكمة العليا الحق في رقابة صحة تطبيقه، من هنا يلزم القاضي تطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه وبالتالي حتى ولو أحالت قواعد الإسناد في هذا القانون إلى تطبيق قانون القاضي فينبغي عدم قبول ذلك وتطبيق القواعد الموضوعية مباشرة وهذا ما تقضي به قواعد الإسناد في قانون القاضي مادام أن المشرع قد اختار الجنسية كضابط إسناد فيجب احترامه، وبالتالي ينبغي رفض الإحالة في مجال الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي

¹ - زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 125.

² - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 110.

يستبعد القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام في دولة القاضي وكذلك عند ثبوت الاختصاص له نتيجة الغش والتحايل.

إذا تم استبعاد القانون الأجنبي على إثر الدفع بالنظام العام فعلى القاضي أن يفصل في النزاع المعروف عليه والأبعد منكرًا للعدالة لأن الدفع بالنظام العام يؤدي إلى وضعية عدم وجود قانون يطبق على العلاقة خاصة إذا كان الاستبعاد كلياً، ويذهب القانون المقارن إلى إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، الذي قد يتم بصفة ضمنية أو صريحة، فيتدخل قانون القاضي ضمناً عندما يسمح القانون الأجنبي بقيام علاقة يمنعها قانون القاضي مثل زواج مثلي الجنس فيمنع قيام هذه العلاقة، وقد يتدخل بصفة صريحة عندما يترتب على تطبيقه إنشاء علاقة يرفضها القانون الأجنبي المستبعد كأن يمنع القانون الأجنبي الزواج بسبب الاختلاف في اللون، فهنا يستبعد ويطبق قانون القاضي¹.

وبالتالي يكون تدخل قانون القاضي سلبياً أو إيجابياً، فإذا كانت قاعدة النظام العام ناهية يكون تدخل النظام العام سلبياً فيستبعد القانون الأجنبي ويرفض الطلب مثل أن يطالب فرنسي مسيحي نصيبه من الإرث من قريبه الفرنسي المسلم أمام القاضي الجزائري الذي يرفض طلبه لعدم جواز التوارث بين مسلم وغير مسلم وهي قاعدة ناهية من النظام العام²، وإذا كانت قاعدة النظام العام آمرة مثل القاعدة التي تجبر إبرام الزواج في شكل ديني فيكون تدخل قانون القاضي إيجابياً لفرض هذا الشكل.

وهناك من الفقه³ من يرى أن قانون القاضي لا يطبق في حالة استبعاد القانون الأجنبي الذي يسمح بنشوء علاقة لا يسمح بها قانون القاضي مثل زواج المسلمة مع غير المسلم، أي عندما تكون قاعدة النظام العام ناهية، والاكتفاء بالأثر السلبي للنظام العام.

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، 206، 607، 608.

² - زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 281.

³ - أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 179.

لكن عندما يعجز القاضي عن إحلال قانونه محل القانون الأجنبي المستبعد في حالة عدم وجود قاعدة قانونية أولعدم ملائمة القاعدة القانونية الموجودة في قانون القاضي مع المنازعة المعروضة أمامه، فهنا يجب عليه أن يفصل في المنازعة وإلا كان منكرا للعدالة، ويذهب الفقه¹ إلى إمكانية تطبيق المبادئ العامة لقانون القاضي أوالمبادئ القانونية الموجودة في القوانين الأجنبية.

وأخذ المشرع الجزائري بما هو سائد في أغلب التشريعات وتطبيق القانون الجزائري بعد استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وهذا ما جاء في تعديل 2005 في المادة 24 من القانون المدني.

خاتمة:

من خلال التعرض لحالات تطبيق قانون القاضي، نجد أن المشرع الجزائري حاول إعطاء الهيمنة لقانونه ليطبق في مجال الأحوال الشخصية ، وإن كان لهذا التوجه مبرراته فإن له سيئاته والتي تتمثل في احتمال عدم ملائمة قانون القاضي لحكم العلاقة المعروضة عليه، مثلاً عند التكييف قد يؤدي إخضاعه لقانون القاضي إلى تطبيق هذا الأخير، وفي قبول الإحالة من الدرجة الأولى ما يؤدي إلى نتائج غير ملائمة، ولهذا تم انتقادها، كما أن ترجيح جنسية دولة القاضي وتطبيقه بصفة انفرادية ما يؤدي إلى الاخلال بتوقعات الأفراد وعدم الثقة في الزواج المختلط، بالإضافة إلى أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد قد يؤدي إلى عدم وجود أولى تطبيق قاعدة قانونية غير ملائمة.

قائمة المراجع :

- الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الفسييلة، الدويرة، 2008.

¹ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 617.

- أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2003.
- عليوش قريوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006.
- صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، 2007.
- عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

دور اعتبار الأمن القانوني في التفرقة بين

الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي

أ. صاري نوال

أستاذة محاضرة قسم 'ب'

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة جيلالي لباس-

تتحكم عدة اعتبارات في وضع القواعد القانونية ويُعد الأمن القانوني أحد هذه الاعتبارات المرعية. وبموجبه يتعين أن نضمن للأشخاص ومراكزهم القانونية، حدًا أدنى من الاستقرار والثبات. فهل هذا الاعتبار مرعي في كل القواعد القانونية أم أنه من بين الاعتبارات المتعددة، قد يحدث أحيانا أن يتفوق الأمن القانوني وأحيانا أخرى تتفوق الاعتبارات الأخرى: كاعتباري العدل والتطور؟

وتُعدّ قاعدة عدم رجعية القوانين أحد القواعد العامة التي يُضرب بها المثل فيما يخص مراعاة المشرع لحاجة الأمن القانوني: لأن التشريع يتأثر بعامل الزمن، فيجب حماية الأوضاع والمراكز القانونية الناشئة. على أنه يجوز للمشرع أن يخرج عن هذه القاعدة ويجعل للقوانين أثرا رجعيا في حالات معينة. وهذا "الأثر الرجعي للقانون" هو غير عادي، لأنه يمس باعتبار الأمن القانوني ويهدده. ولأن القاضي يرتبط بالقانون، فهو من يفسره ويشرحه، كانت رجعية الاجتهاد القضائي هي الأصل، لأنها تستجيب للحاجة الأساسية المتمثلة في تطور القانون وتكيفه مع الحالات الواقعية المستجدة.

هكذا من خلال إبراز الفرق بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي، سنبين المكان الذي يحفظه كل منهما لاعتبار الأمن القانوني. وفي نفس الوقت، سنظهر الآليات التي تقلل الاصطدام بين كل من الأثر الرجعي للقانون والاجتهاد القضائي واعتبار الأمن القانوني.

واعتباراً لحدود البحث والصعوبات المثارة، حصرنَا دراسة التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي في مجال القوانين المدنية والتجارية. حيث أن العمل بالرجعية في هذه القوانين يزعزع مراكز المتعاقدين أوالمسؤولين القانونية، مما يدفعنا إلى وضع حدود لهذه الرجعية بهدف الحفاظ على مصالح المتعاقدين وتجنبيهم قدر الإمكان عدم الاستقرار الناتج عن الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي.

أولاً: الاستثناء: الأثر الرجعي للقانون، الأصل: رجعية الاجتهاد القضائي

يرد على القاعدة العامة الواردة في المادة 2 من القانون المدني استثناء يتمثل في الأثر الرجعي للقانون. وفي الحالات الخاصة التي يطبق فيها هذا الاستثناء، نراعي تحقق بعض الشروط، لأننا من خلالها سنحدّ قدر الإمكان من المساس باستقرار المعاملات، فيما لواعتبرنا أن الأثر الرجعي يتناقض مع اعتبار الأمن القانوني⁽¹⁾.

على العكس، فإن الاجتهاد القضائي رجعي بطبيعته، لأن وظيفة القضاء الأساسية هي تفسير القانون وأن تغير الاجتهاد القضائي هو بمثابة تفسير أحسن للقانون ويجري تطبيقه على كل النزاعات القائمة. وهذا بلا شك يهدر باعتبار الأمن القانوني. لكن ألا يمكن الانتقاص من حدة هذه النتيجة على الاستقرار، توقعات الأفراد والثقة المشروعة، من خلال تقرير ترتيبات تحدّ من آثار القرارات القضائية التي تغيّر الاجتهاد القضائي؟

وعليه، سنبرز في الفقرة الأولى كيف أن الأثر الرجعي للقانون يقتصر على حالات معينة، تتوفر فيها شروط خاصة تجيز العمل به. ثم في الفقرة الثانية سنتحدث عن رجعية الاجتهاد القضائي ومدى إلزاميتها.

أ- "الأثر الرجعي للقانون" إمكانية مقيدة للمشرع

ما يمكن ملاحظته في المادة 2 من القانون المدني، أنها لم تعالج كل المسائل المرتبطة بمشكل تنازع القوانين من حيث الزمان. ولقد ساهم كل من الفقه والقضاء في إبراز الكثير من القواعد المعمول بها في هذا المجال ومن بينها، وضع قيود على قدرة المشرع على اتخاذ تشريعات رجعية، لأن اعتبار الأمن القانوني يُحتج به على القانون.

ولا نريد إعادة سرد الحالات التي يجوز فيها استثناء العمل بالأثر الرجعي للتشريع⁽²⁾، بل نريد استخلاص الشروط التي تجيز للمشرع الخروج عن الأصل العام المقرر في المادة 2 من القانون المدني. ويبدو من تحليل القضاء بخصوص "الأثر الرجعي للقانون" ومساهمات الفقه، أن الأمر ليس بالبساطة التي تعالج بها هذه المادة موضوع تنازع القوانين من حيث الزمان.

وحتى يسهل علينا إبراز هذه الشروط، ارتأينا أن نميز بين حالتين: نتحدث في الأولى عن شروط الرجعية بمعزل عن أية خصومة قائمة يوم إصدار القانون الجديد؛ وفي الثانية نعالج الأثر الرجعي للقانون الجديد في الخصومات القائمة.

الحالة الأولى: الأثر الرجعي للقانون دون خصومة قائمة

يجوز العمل بالاستثناء في مجال القوانين الخاصة الجديدة، لتصبح ذات أثر رجعي ويمكن تطبيقها على الحالات والمراكز الناشئة في ظل قوانين قديمة. وعموما يمكن إجمال شروط العمل بالاستثناء فيما يلي:

- وجود أسباب منطقية، بموجبها نقبل الأثر الرجعي للقانون بدون حرج. فإن كان القانون مفسرا لتشريع سابق، فإنه يسري من تاريخ نفاذ هذا الأخير ويُطبق القانون المفسر بشكل رجعي، لأنه يُشكل مع القانون المفسر وحدة، من حيث أنه يفسره ويشرحه. أيضا إذا نص المشرع في تشريع ما (ولولم

يكن تفسيرياً) صراحة وبوضوح على تطبيقه الرجعي. وهذا السبب هو الآخر منطقي، لأن مبدأ عدم رجعية القانون يقيد القاضي لا المشرع. هذا الأخير هو من يضع التشريع، فقد يُقدر وجود مصلحة عامة تستوجب تطبيق التشريع الجديد على الماضي⁽³⁾.

- في العقود التي تكونت في ظل تشريع قديم ولا تزال جارية بعد نفاذ التشريع الجديد، يصطدم تطبيق الأثر الرجعي مع الحرية التعاقدية وتوقعات المتعاقدين. فالعقد هو من أعمال التوقع، "ذلك أن الأشخاص الذين يربطون مصالحهم بما يرمونه من عقود، يكونون على علم مسبق بما ينتظرهم من نتائج تتولد عن الشروط الصريحة لهذه العقود أو من نصوص القانون التي تحكمها"⁽⁴⁾. وفيها يستمر العمل بالتشريع القديم -رغم إلغائه- بخصوص الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ولا تخضع للتشريع الجديد بما له من أثر مباشر، إلا إذا كان يتضمن قواعد آمرة متصلة بالنظام العام⁽⁵⁾. فهنا يمس كل من الأثر المباشر والأثر الرجعي للقانون الجديد، عندما يطبق على عقود سابقة التنظيم بتوقعات المتعاقدين وبالثقة المشروعة. لذلك يجب ملاحظة في الحالتين وجود مصلحة عامة كافية⁽⁶⁾ وإتباع التفسير الضيق، لأن الرجعية في العقود تفيد أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 26 مارس 2003، ومما جاء فيه أنه "يسري القانون الجديد الصادر بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة بما له من أثر فوري على ما يُستحق من الفوائد ابتداء من نفاذه على العقود المبرمة قبل هذا النفاذ. وإن قضاة الموضوع عندما جعلوا للقانون القديم أثراً مستمراً بالنسبة للآثار الجارية للعقود التي أبرمت قبل سريان القانون الجديد وألزموا الطاعن بدفعه نسبة الفائدة خلافاً للحد الأقصى المقرر للفائدة حسب القانون الجديد قد خرجوا على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 2 من القانون المدني دون استنادهم إلى نص خاص يسمح بهذا الخروج مما يعد خطأً في تطبيق القانون يُعرض قضاءهم للنقض"⁽⁷⁾. فالأحد الحد الأقصى لسعر الفائدة

هو من القواعد المتعلقة بالنظام العام، فإنها تسري بأثر فوري حتى على العقود الجارية التنفيذ والتي أبرمت في ظل القانون القديم.

- مراعاة القرارات القضائية التي حازت قوة الشيء المقضي فيه، ولأنها فصلت بخلاف ما ورد في القانون المفسر.

الحالة الثانية: الأثر الرجعي للقانون في الخصومات القائمة

يهدف الأثر الرجعي للقانون لتحقيق غاية محددة: وضع، تصحيح وحتى تطوير تفسير النص بالنسبة للقوانين المفسرة؛ بدافع مصلحة عامة أساسية، في حالة النص الصريح على الرجعية. لذا يجب أن لا يؤدي استعماله إلى انحراف مسار الخصومات القائمة أمام مختلف الجهات القضائية لمصلحة أحد الخصوم⁽⁸⁾، فهذا يسلب الطرف الآخر الحق في المحاكمة العادلة ويمس الأمن القانوني⁽⁹⁾، إلا إذا أمكن تبرير ذلك بوجود مقتضى من مقتضيات المصلحة العامة.

وهذا ما توضحه وقائع قضية عرضت على القضاء الفرنسي، في نزاع حول مراجعة بدل إيجار تجاري. حيث تمسك المستأجر باجتهاد قضائي لتفسير المادة 38-145 L من القانون التجاري، في حين أن المؤجر تمسك بقانون جديد لا يتطابق مضمونه مع هذا الاجتهاد. وللفضل في هذا النزاع، بحثت محكمة النقض في مسألة رجعية أو عدم رجعية هذا القانون وتطبيقه على الخصومة القائمة: حيث لم يظهر في القانون ولا في الأعمال التحضيرية أن سببا ملحا متعلقا بالمصلحة العامة أملى على المشرع تصحيح تفسير القضاء للمادة 38-145 L من القانون التجاري، ومن ثم يكون القانون رجعي. ولقد رفضت محكمة النقض تطبيق القانون الجديد على أساس المحاكمة العادلة، التي تعترض على تدخل السلطة التشريعية في القضاء للتأثير على مجرى العدالة وتطبق هذه القاعدة العامة مهما كان تكييف القانون ولولم تكن الدولة طرفا في النزاع⁽¹⁰⁾.

أي أن المشرع يستطيع دائما اتخاذ قوانين رجعية تُطبق على الخصومات القائمة والنزاعات بين أطراف عقود جارية التنفيذ، بشرط وجود سبب ملح متعلق بالمصلحة العامة. وكأن القاضي يصبح مراقبا للقوانين الرجعية وله بموجب هذه الرقابة، أن يستبعد تطبيقها إذا لم يلاحظ هذا السبب أو إذا لم يستطع الخصم الذي يتمسك بالرجعية إثباته (كما في النزاع المذكور: المؤجر).

فمن خلال الأسس المستعملة، توصلت محكمة النقض إلى رفض تطبيق القانون الجديد على النزاع. حيث ستتدخل بموجبه السلطة التشريعية في مجرى العدالة: عبر الأثر الرجعي، سيتخذ القضاء قرارا يهم السلطة العامة أوفئة من الأشخاص، دون إمكانية تبريره بالمصلحة العامة⁽¹¹⁾. ويلاحظ أنه عند تقدير الأثر الرجعي للقانون في الخصومات القائمة، فإننا لا ننظر إلى الرجعية في حد ذاتها وإنما إلى الطريقة التي استعملت بها: أئخذ القانون الرجعي أو المفسر، للتأثير على قرار قضائي يفصل في خصومة كانت الدولة طرفا فيها⁽¹²⁾ أو لمصلحة فئة من الأشخاص. وبالتالي يُعطّل الأثر الرجعي للقانون الجديد في الخصومات القائمة، على أساس المحاكمة العادلة، الأمن القانوني، عدم التدخل في مجرى العدالة وغياب المصلحة العامة الملحة⁽¹³⁾.

وفي هذه الحدود، يبقى الأثر الرجعي استثنائيا ومطبّقا في حدود ضيقة. وعلى العكس فإن الاجتهاد القضائي رجعي، يطبق حتى على ما وقع في ظل الاجتهاد القديم، فهل نقبل بهذه الرجعية من غير فحص أثرها على الأمن القانوني؟ هذا ما سنبينه فيما يأتي.

ب- رجعية الاجتهاد القضائي: حلّ يفسر القاضي من خلاله القانون

تعني رجعية الاجتهاد القضائي، تطبيق الاجتهاد الجديد على كل الخصومات، دون مراعاة لتاريخ الوقائع واما إذا كانت سابقة لتغير هذا الاجتهاد. ومثل هذا الأثر عادي، لأن الاجتهاد يفصل في مسائل سابقة لاتخاذ القرار⁽¹⁴⁾ ومنه طابعه الكاشف⁽¹⁵⁾. وإذا فهمنا رجعية⁽¹⁶⁾ الاجتهاد القضائي بهذا الشكل، لأمكننا القول أنها تمس باعتبار الأمن القانوني، وإن كان يجب أن لا يغيب هذا الاعتبار عن

ذهن القاضي أيضا: أليس في إخضاع المتقاضى لاجتهاد ناتج عن تفسير جديد ومختلف عن ذلك السائد في تاريخ الوقائع، مساس بتوقعاته⁽¹⁷⁾؟

ومن هنا يبرز أكثر الفرق بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي، لأن مبدأ عدم رجعية القانون المنصوص عليه في المادة 2 من القانون المدني لا يُطبق على الاجتهاد القضائي الجديد. فهو كما قلنا رجعي على الحالات التي وقعت في ظل اجتهاد مختلف. ونشير أن الاجتهاد القضائي لا يُعدل القانون، بل يُعدل شرحه وتفسيره، إذا ظهرت عدم صحة التفسير السابق⁽¹⁸⁾.

وحتى الحق في المحاكمة العادلة لا يعطينا صلاحية الاعتراض على تطبيق اجتهاد قضائي جديد، بخصوص وقائع سابقة على اتخاذه ولا يمكن للأمن القانوني أيضا أن يحول دون إمكانية تبدل الحلول التي قد يصل إليها الاجتهاد القضائي. هذا ما تمسك به طبيب في قضية مثارة أمام القضاء الفرنسي إذ في تاريخ الوقائع كان الاجتهاد القضائي يأخذ بالتزام ببذل عناية ولكنه تغير وأصبح يأخذ بالتزام بتحقيق نتيجة لتقرير المسؤولية المدنية للأطباء: العلاج قدم ما بين 1981-1982 وتغير الاجتهاد القضائي في 1999، فهل اعتبار الأمن القانوني يفرض على القضاة، وهم بصدد بحث المسؤولية في 2008، الرجوع إلى الاجتهاد القضائي السابق؟ حسب قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض فإن الاعتبار المذكور لا يكرس حقا مكتسبا، على أن لا يسلب الطرف الذي يشير الأمن القانوني من حق اللجوء للعدالة⁽¹⁹⁾.

على أن هناك اتجاها فقهيًا⁽²⁰⁾ وجد له صدى لدى القضاء⁽²¹⁾، يقول بالحد من رجعية الاجتهاد القضائي، وذلك من خلال ترتيبات انتقالية بخصوص الاجتهادات القضائية الجديدة، للتخفيف من الآثار السيئة للرجعية. غير أن موقفا آخر يتمسك برجعية الاجتهاد القضائي ويعترض على هذه الترتيبات التي تحد من آثار القرارات القضائية في الزمان، لأن الرجعية هي التي تكفل عندهم الحاجة

الضرورة لتطور وتكيف القانون، كما أن الاجتهاد القضائي نادرا ما يتغير وإذا تغير فإنه يكون مقبولا بل وفي بعض الأحيان يأمل الفقه في تغييره، إذا ما وجهت له الانتقادات وتبينت عيوبه⁽²²⁾.

ونحن من جهتنا لا نمنع تغير الاجتهاد القضائي ولكن حاجة الأمن القانوني تخرجنا وتدفعنا لإعادة النظر في رجعية الاجتهاد القضائي. ومن المسائل التي تؤخذ في الاعتبار عند تقدير تطبيق الاجتهاد الجديد مدى توقع حدوث التغير أو الآثار المهمة التي يلحقها هذا التغير بحقوق الأفراد⁽²³⁾. وحتى لا نبالغ في إثارة الأمن القانوني، لا نقبل عرقلة تغير الاجتهاد القضائي إلا استثناء⁽²⁴⁾، عندما تكون نتائج الرجعية سيئة، نستبعد التطبيق المباشر للاجتهاد القضائي الجديد، بالنظر للمصالح المتواجدة وحقوق المتقاضين الأساسية. والقاضي، في الخصومات المدنية التجارية التي تتميز بتعارض مصالح أطرافها يحاول أن يوازن بين هذه المصالح، بالنظر للنصوص وفكرة العدل. فلأن اجتهادا قضائيا كان في مصلحة أحد الأطراف، فإنه من دون شك سيكون ضد مصلحة الطرف الآخر. ولكن أليس من حق الطرف الذي كان الاجتهاد ضد مصلحته أن يستفيد من تطبيق الاجتهاد الجديد إذا نجح في إقناع القاضي بحجته!! أليس في هذا مساس بالأمن القانوني من حيث التوقع وهل ذلك يحفظ التوازن بين المصالح المتعارضة!! على كلٍ هناك اتجاه في الفقه والقضاء يسير في اتجاه قبول الحد من رجعية الاجتهاد القضائي في الزمان، يبقى أن نتبعه حتى نستخلص القواعد والنتائج: مثلا وافق القضاء على تقييد ممارسة النشاط المهني في نظير اشتراط المقابل المالي لصحة شرط عدم المنافسة ولأن هذا المقابل يحمي مسألة أساسية، فيتم تطبيقه مباشرة، ويجوز الحد من الأثر الرجعي للاجتهاد القضائي الجديد الذي يقرر التقادم، لأنه يسلب المتقاضي من حق اللجوء للعدالة، أيضا التطبيق المباشر للاجتهاد القضائي الجديد المتعلق بمخالفة التزام بتحقيق نتيجة لتقرير المسؤولية المدنية للطبيب طالما أن هذا التطبيق لم يسلبه من حق اللجوء للقاضي⁽²⁵⁾. وهذا يبين أن الحد من رجعية الاجتهاد القضائي ليس أبدا حقا للمتقاضي، بل يتوقف على ظروف كل قضية على حدة.

ثانيا: مكان الأمن القانوني في الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي

نأتي الآن لمسألة ترتيب الاعتبار التي تتحكم في وضع القواعد، لنبين المكان الذي يحفظه كل من الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي لاعتبار الأمن القانوني، فهل يجوز النصحية بهذا الأخير أمام الحاجة الملحة إلى تكيف القانون بالموازاة مع تطور الواقع؟

ولأن اعتبار الأمن القانوني يبرز في ميدان تطبيق القانون في الزمان، اعتبرناه أساسيا وموجها للأثر الرجعي للقانون، في حين أنه وبخصوص الاجتهاد القضائي، فإن حاجة الاستقرار (يبنى المتقاضون تصرفاتهم واتفاقاتهم على أساس اجتهاد ثابت، فكل تعديل يلحقه يؤدي إلى الاضطراب) لن تصمد أمام حاجة التطور (ضرورة تغيير اجتهاد أثبت ضعفه أو أنه أصبح لا يواكب التطورات في المجتمع)، ولهذا اعتبرنا الأمن القانوني موجها ثانويا في رجعية الاجتهاد القضائي.

أ- الأمن القانوني، اعتبار أساسي يوجه الأثر الرجعي للقانون

يتعين، إذا ما عدل التشريع، تحديد مجال تطبيق التشريع القديم والتشريع الجديد. ولتحديد هذا النطاق، على المشرع أن يراعي اعتبارين متناقضين: اعتبار الأمن القانوني، الذي يفرض عليه إبقاء القانون القديم أو اعتبار تطور القانون ووحدة التشريع وهو ما يعني ترجيح كفة القانون الجديد.

فاعتبار الأمن القانوني يفرض التقليل قدر الإمكان من المجال الزمني لتطبيق القانون الجديد، لأن الأفراد نظموا تصرفاتهم واتفاقاتهم وفق النظام القانوني الموجود أمامهم. وبالتالي، أي تعديل يطرأ عليه، يمس بصحة العقود أو الصيغ القانونية الأخرى أو تكيفها مع الأحكام القانونية الجديدة ومن ثم

ضرورة إخضاعها للقانون الذي تمت في ظله. في المقابل، اعتبار التطور يمنح نطاقاً أوسع للقانون الجديد، لأنه أحسن من القانون القديم. وبالتالي، ليس من العدل أن نحرم الأفراد من مزايا القانون الجديد، كما يجب معاملة المتقاضين المتواجدين في نفس المراكز بشكل متساوي، وهذا لن يتحقق إلا بالقانون الجديد.

هكذا سنقول عن قاعدة عدم رجعية القانون الواردة في المادة 2 من القانون المدني، أنها ترعى أمن الأفراد واستقرار المعاملات⁽²⁶⁾، من حيث أنها لا تجعل - كأصل عام - للقانون الجديد أي أثر رجعي وتبقي القانون القديم سارياً على ما حدث في ظله وهذا ما يضمن فعاليته وقبوله لدى المخاطبين به. فحاجة الأمن القانوني حاجة أساسية، تترجم بشكل شخصي⁽²⁷⁾، بعدم مباغاة الأفراد في تصرفاتهم، تقديراتهم وتوقعاتهم. ولقد اختصرت المادة المذكورة أعلاه مشكلة تطبيق القوانين في الزمان ومن ورائها اعتبار الأمن القانوني، الذي يضع قيوداً على شروط تطبيق القانون في الزمان.

فالاعتبار المذكور يشكل بذاته حماية ضد رجعية القوانين، يقوّي مراكز الأفراد ويؤمّن الاستقرار النسبي للمحيط القانوني. ولكل هذا تصبح قدرة المشرع على اتخاذ قوانين رجعية - لاسيما في المواد المدنية والتجارية - محدودة، وأن اضطراب المعاملات يحول دون إمكانية المشرع لاتخاذ قوانين رجعية وقوانين مفسرة. وهي - كما قلنا - الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها تطبيق القانون الجديد على الماضي، فهل تجاوزنا فيها فعلاً اعتبار الأمن القانوني؟ وهل هي مستعملة على نطاق واسع؟

في هذا الصدد، تقلص مسألة تكيف القانون المفسّر من مجال العمل به وبالتالي القبول برجيته، حيث لا يصح هذا التكيف، إلا إذا كان القانون يسوّي اختلافاً في التفسير دون أن يضيف شيئاً جديداً⁽²⁸⁾. ولكن هل يجب التقيّد بتكيف المشرع ولولم يكن متطابقاً مع مفهوم القانون المفسّر: بمعنى أنه لم يكتف بالشرح ورفع الغموض؟

هنا تختلف الآراء. حيث لا يكفي Ch.Larroumet بتكييف المشرع الذي قد يكون مضللاً⁽²⁹⁾. ولدى F.Terré، إذا كان المشرع يصف التشريع بأنه مفسّر، فما على القاضي سوى اتباعه⁽³⁰⁾. ويمكن أن نشير إلى رأي كل من J.Ghestin, G.Goubeaux & M.Fabre-Magnan الذين استندوا على قرار لمحكمة النقض الفرنسية خالفت فيه إرادة المشرع. حيث فسّروه على أنه إذا كان القانون رجعياً فيجب احترام إرادة المشرع، دون أن يتمتع التشريع بالرجعية المعززة للنصوص المفسّرة (La rétroactivité renforcée des textes interprétatifs) وتعني تطبيق القوانين على القضايا العالقة أمام محكمة النقض. وبالنسبة ل Roubier أمام تكييف غير صحيح، نعتبر أن القانون غير تفسيري ولكنه فقط رجعي⁽³¹⁾.

وإذا تقيّدنا بمفهوم القوانين المفسّرة، لأمكننا القول أنها تعدّ جزءاً من القانون الذي تقوم بتفسيره ومن الطبيعي أن نعمل فيها بأثر رجعي، يمتد إلى تاريخ صدور القانون المفسّر. والمهم أن اعتبار الأمن القانوني مرعي هنا أيضاً، لأن مثل هذه القوانين تجنّبنا الاختلاف في التفسير أو أنها تحسم الخلاف بين الجهات القضائية بخصوص هذه المسألة.

أما في حالة النص الصريح على رجعية القانون ولولم يكن مفسّراً، فإن الأمن القانوني محفوظ هنا أيضاً وذلك بالنظر لندرة⁽³²⁾ العمل بهذه الرجعية في المجال المدني والعقود بشكل خاص. فإذا كان للمشرع -عبر الرجعية- أن يفاجئ توقعات وتقديرات المتعاقدين، إلا أن الحرية التعاقدية واعتبار الأمن القانوني يحول دون تطبيق القانون الجديد. فالسائد هنا هو امتداد القانون القديم ويبقى للقانون الجديد مجال ضيق ألا وهو النظام العام.

ولأن رجعية القوانين المدنية تكون لمصلحة أحد الأطراف على حساب الآخر وتمس بتوقعاتهم، فمن الأحسن أن يستعمل المشرع هذه الإمكانية في إطار مصلحة أساسية تتعلق بالنظام العام⁽³³⁾، خصوصاً

بالنسبة للأثر الرجعي للقانون الجديد أثناء تنفيذ عقود مبرمة في ظل قانون قديم. فمن خلال هذه المصلحة الأساسية، لن يتم المساس بالعقود إلا في حدود ضيقة. وطالما أن رجعية القانون تعدي على الأمن القانوني، فإن هذا الأخير في ذاته يفرض تطبيقها الاستثنائي وتفسيرها الضيق.

ب- الأمن القانوني، اعتبار ثانوي يوجّه رجعية الاجتهاد القضائي

إذا كان اعتبار الأمن القانوني يفرض وضوح القانون، دقته وتوقعه⁽³⁴⁾، فإنه يتراجع في الاجتهاد القضائي، لأن القبول برجعية هذا الأخير، لا يتلاءم مع ثبات الاجتهاد وتوقعه. فالاجتهاد القضائي الثابت⁽³⁵⁾ لا يعني أبداً أن القضاء سيتبع في المستقبل، تفسيره لقاعدة ما في وقت معين. فكل اجتهاد يحتمل أن يطرأ عليه التطور والتغير ولو كان ثابتاً وقديماً، وخصوصاً إذا تبين أن الاجتهاد السابق منتقد: مساوئه تغلب على محاسنه أو أن النص المفسّر أصبح بعيداً عن السياق الاجتماعي والاقتصادي المتطور وهوماً يوجب تكييف التفسير مع هذا التطور. وصحيح أن القاضي ليست له سلطة وضع القانون ولا تغيير معنى النص عبر تفسيراته المحرفة ولكن بيده أن يطور التفسير ويكيّفه، مستهدياً في ذلك بروح النصوص التي يطبقها ويفسرها.

أما توقع الاجتهاد القضائي من خلال دور المحكمة العليا في توحيد هذا الاجتهاد وإتباع القضاة لما قضت به هذه المحكمة أوجهات قضائية أخرى، فيجب أن لا يصل إلى حدّ إيقاف الاجتهاد وتجميده، فذلك يصطدم مع ضرورة تكييف القانون مع التطورات ومرونة تطبيقه على الحالات الواقعية المستجدة.

هذا ما يتضح من قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 مارس 2000 والذي ضحّت فيه باعتبار الأمن القانوني لمصلحة تطور القانون، على الرغم من أن الطاعن بالنقض استند

على المحاكمة العادلة والأمن القانوني لاستبعاد تطبيق اجتهاد قضائي جديد. وتعلق الأمر بنزاع بين بائع ومشتري، أثار تفسير عبارة الأجل القصير الواردة في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي وأن انقضاء هذا الأجل يؤدي إلى سقوط حق المشتري. وفي الحقيقة، تغيّر موقف القضاء بخصوص تفسير هذه العبارة المرنة: حيث كان يعتبر في السابق أن للمشتري الذي يثير العيب الخفي في الشيء أن يتمسك بالضمان الخاص وفق المادة 1648 من القانون المدني وأيضاً المادة 1608 من ذات القانون، مما يعني أنه حتى لو سقط حق المشتري بموجب المادة 1648 لفوات الأجل القصير، تبقى الدعوى مقبولة على أساس المادة 1608. في هذا الصدد، غيّرت كل من الغرفة المدنية الأولى والغرفة التجارية من اجتهادهما، لتستبعدا الرجوع إلى المادة 1604 في حالة العيب الخفي: كل دعوى لها مجالها الخاص. وفي القضية انتقد المشتري أثر هذا التغيّر الذي يجعل دعواه على أساس المادة 1604 غير مقبولة، لأن الأجل القصير قد مضى وبالتالي لن تُقبل دعواه أيضاً على أساس المادة 1648، في حين أنه في السنوات الماضية كان الاجتهاد يقبل الدعوى. رفضت محكمة النقض الطعن على أساس عدم تكريس حقوق مكتسبة بموجب الاجتهاد القضائي⁽³⁶⁾.

فالمشتري لم يتوقع تغيّر التفسير لمرونة العبارة المستعملة في المادة 1648 من القانون المدني وبالتالي لم ننحه الأمن القانوني المنشود في القواعد القانونية. ولكن ليس عيباً أن تكون القاعدة القانونية مرنة، بل إن هذه الصياغة متعمّدة، حتى تكيف القاعدة مع التطور وتستوعب الحالات المختلفة ومثل هذه القواعد تجعل التفسير القضائي هو الآخر مرناً، فمن خلاله سيتضح مضمون القاعدة بما يستجيب مع الواقع المتطور. وإذا لزم الأمر تغيير الاجتهاد لتدارك نقص أو إصلاح عيب، فلا يكفي اعتبار الأمن القانوني لوحده لتقدير هذا الأمر.

تغيّر الاجتهاد القضائي⁽³⁷⁾ إذن هو الذي يضمن تكيف القانون مع التطورات والحاجات الجديدة: كيف كنا نتصور المسؤولية المدنية اليوم، لو لم نسمح للقضاء تكيف النصوص الموجودة مع السياق

المتطور الذي تطبق فيه! هل كنا نتصور أن منع الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق في قانون المنافسة كان سينطبق حتى على الممارسات المشروعة بطبيعتها، لولم يبرز مجلس المنافسة والجهات القضائية المختصة مفهوم التعسف في الهيكل الذي استوحي من تشريع المنافسة، ليطور بذلك المعنى الواجب إعطاؤه للاستغلال التعسفي، بما يحقق فعالية هذا التشريع!

فرجعية الاجتهاد القضائي هي مؤشر للحيوية والتكيف وتطور القانون، وهو ما يفرض علينا التضحية بالأمن القانوني ورفض الاعتراف بأي حق مكتسب على أساس اجتهاد سابق. أيضا، للمتقاضين في الخصومات المدنية مجرد أمل على أن يستمر العمل بالاجتهاد مستقبلا وللقاضي أن يغير اجتهاده، إذا رأى أن ذلك يتماشى مع النصوص ويحقق العدل.

وعليه، إن كنا نشجع على التخلي عن الاجتهادات السابقة وتعويضها بأخرى، يبقى أن نشير أن تغيير الاجتهاد لا يقع إلا في حالات قليلة واستثنائية، بالقدر الذي يجعله متفقا أكثر مع النصوص، متائما أكثر مع الواقع ومتماشيا أكثر مع التطور.

الخاتمة:

يتبين من دراسة التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي أنه على المشرع والقاضي أن يستعملانهما بحذر، لأنه في كليهما يكون اعتبار الأمن القانوني معنيا. فبالنسبة للمشرع، يكون العمل بالأثر الرجعي للتشريع مسبوqa بدراسة تبين تأثير القانون الجديد وذلك بالنظر لدواعي رجعية التشريع، الأشخاص المعنيين به وأثر الرجعية على القطاع المعني وإذا تطلب الأمر، استشارة المؤسسات المعنية التي قد تقدم معطيات مهمة بخصوص هذه المسألة. والمهم أنه يجب أن لا يغيب عن ذهن المشرع، أن الأثر الرجعي للتشريع لا يكون إلا لتحقيق مصلحة عامة ضرورية.

وبالنسبة للقاضي، فمن واجبه أيضا احترام اعتبار الأمن القانوني وعليه أن يراعي حدًا من الاستقرار وهويفسّر القانون. ومن المفيد، قبل أن يقرّر القاضي رجوعه عن الاجتهاد السابق، أن يدرس جيدا الآثار التي تترتب عن الحل الذي سيعطيه للإشكال المطروح عليه. وبهذا الشكل، لن نسلبه إمكانية التغيير ولكنه تغيير مدروس.

الهوامش:

(1) بالنسبة ل F.Pollaud-Dulian لا يتناقض الأثر الرجعي دائما مع الأمن القانوني.

Cf. F.Pollaud-Dulian, A propos de la sécurité juridique, in Revue trimestrielle du droit civil 2001, n°3, p.490.

(2) وحول هذه الحالات، أنظر: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، 2004، ص. 251 وما بعد؛

Cf. CH.Larroumet, introduction à l'étude du droit privé, tome I, 4^{ème} édition, 2004, ECONOMICA, France, p.146 et s. ; F.Terré, Introduction générale au droit, 3^{ème} édition, 1996, Dalloz, France, p.391 et s.

(3) من ذلك مثلا نص المادة 101 من الأمر 10-06 المؤرخ في 29 يوليو 2006 يعدل ويتم القانون 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتعلق بالمحروقات، التي فرضت منذ 01 أوت 2006 رسما على الأرباح الاستثنائية عندما يفوق سعر النفط سقف 30 دولار للبرميل ويطبق هذا الرسم بأثر رجعي على اتفاقات الشراكة وتقاسم الإنتاج التي تمت في إطار القانون السابق 86-14. علما أن التطبيق الرجعي للرسم المذكور أثار نزاعا بين شركة سونطراك وشركات بترولية دولية تم تسويته في 2012 أمام مركز تسوية المنازعات المتصلة بالاستثمار بواشنطن ومحكمة المنازعات بباريس. ولتأسيس طلب التعويض الذي قدمته الشركات البترولية الأجنبية أن اتفاقات الشراكة تم إبرامها قبل قانون 10-06 وهذا يشكل بالنسبة إليها تغييرا فجائيا وبأثر رجعي للتشريعات المطبقة. أما الطرف الجزائري فأكد على أحقية الحكومة في اعتماد تدابير سياسية لحماية عائداتها خاصة مع الارتفاع القياسي لأرباح الشركات الأجنبية. فصل في هذا النزاع لمصلحة الشركات البترولية الدولية بتعويض عيني وتعديل بعض الإجراءات الخاصة بال عقود خاصة منها المتعلقة بتقاسم الإنتاج. ويمكن القول أن فرض الرسم، من حيث المبدأ، صحيح وقانوني لتدعيم العائدات الجبائية

للدولة الجزائرية، لاسيما بعد ارتفاع أسعار النفط ولكن تطبيقه بأثر رجعي هو الذي أثار الإشكال وتحفظ الشركات البترولية الناشطة في الجزائر.

(4) أنظر، محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص.269. وفي نفس السياق:

« l'impératif de sécurité juridique conduit à considérer que, les parties au contrat ayant contracté en fonction d'un certain état de droit, elles ne doivent pas voir leur prévisions déjouées par un changement de législation ultérieure, car le commerce a besoin d'un minimum de prévisibilité. C'est pourquoi, en principe, dans ce domaine, la loi ancienne survie pour s'appliquer aux effets des contrats en cours, nonobstant la loi nouvelle ». Cf. F.Pollaud-Dulian, art.préc., p.492.

(5) أنظر، محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص.267؛

« Le législateur doit résister à la tentation (...) de l'application immédiate de quelque loi nouvelle aux accords en cours d'exécution, que bride également le conseil constitutionnel (...) en exigeant que l'atteinte portée à l'économie des conventions et contrats, légalement conclus (donc au principe de liberté contractuelle) soit justifiée par un « motif d'intérêt général suffisant » ». Cf. B.Teyssié, L'impératif de sécurité juridique, in Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, 2008, France, pp.999-1000.

(6) ويضيف F.Pollaud-Dulian شرط التناسب (l'exigence de proportionnalité) بين القاعدة الرجعية وهدف المصلحة العامة الذي يبررها. Cf. F.Pollaud-Dulian, art.préc., p.495.

(7) المجلة القضائية، العدد 2-2002، ص.217.

(8) قد يكون هذا الخصم الدولة أو أي شخص آخر، فمثلا في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2004/01/23 كان النزاع دائرا بين مؤجر ومستأجر.

(9) يشرح F.Pollaud-Dulian العلاقة بين الحق في المحاكمة العادلة واعتبار الأمن القانوني ولكنه في نفس الوقت يشكك في هذه الصلة كآلي:

« Il faut d'abord souligner le lien opéré entre principe de sécurité juridique et droit à un procès équitable. Il ne va pas de soi de faire découler le premier du second. En effet, lorsque l'on pose le principe du droit à un procès équitable, on peut, sans doute, en déduire que ce droit est bafoué si, en cours de procédure, l'une des parties, en particulier l'Etat, parvient à faire adopter une loi nouvelle qui lui assure le succès dans cette procédure. « Un joueur ne doit pas pouvoir changer les règles du jeu en cours de partie ». L'égalité des armes représente ainsi une garantie de la sécurité juridique à travers un procès équitable. Mais, à vrai dire, l'exigence d'un procès équitable dépasse amplement l'idée de sécurité juridique : la règle du contradictoire, l'indépendance de la magistrature, l'accès au service public de la justice, par exemple, en découlent tout aussi bien ». Cf. F.Pollaud-Dulian, art.préc., p.492.

(10) هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2004/01/23، وجاء في قرارها ما يلي:

« Si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion du procès équitable consacrés par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ; cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'Etat n'est pas partie au procès ». Assemblée plénière, cour de cassation,

23/01/2004, cité par P.-Y. Gautier, *Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le Bicentenaire du code civil*, Recueil Dalloz, 2004, n°16, p.1108.

⁽¹¹⁾ Cf. F. Pollaud-Dulian, art.préc., p.494

⁽¹²⁾ « Le législateur qui modifie les « règles du jeu » en cours de procès agit délibérément et exclusivement dans ce but, témoignant ainsi d'une déloyauté sanctionnable ; ce faisant, il transgresse le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs... En somme la rétroactivité est une faute pour le législateur, qui menace à une vaste échelle la stabilité des actes et des situations juridiques ». Cf. P. Morvan, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, In Recueil Dalloz, 2005, n°4, p.249.

⁽¹³⁾ « « L'intérêt général » s'oppose à « intérêts catégoriels », il faut donc que l'ordre public de direction, que son assise soit sociale, économique ou politique, soit particulièrement –« impérieusement »– impliqué pour que la norme votée soit dotée de rétroactivité saisisse les affaires en cours ». Cf. Y. Gautier, art.préc., p.1113.

⁽¹⁴⁾ طبقت محكمة النقض الفرنسية اجتهادا جديدا (في سنة 2002) أضاف المقابل المالي لصحة شرط عدم المنافسة (المدرج في عقد عمل مبرم في 1996 وأن الاجتهاد القضائي السائد آنذاك كان يعتبره صحيحا) والنتيجة هي بطلان الشرط بفعل رجعية الاجتهاد الجديد وتطبيقه المباشر على القضية المعنية. ولقد برّرت محكمة النقض التطبيق الرجعي لهذا الاجتهاد بالضرورة الملحة المتمثلة في "حماية وفعالية الحرية الأساسية لممارسة نشاط مهني". Cass. soc., 17/12/2004, Recueil Dalloz, 2005, n°2, p.110, note P. Guionard.

⁽¹⁵⁾ Cf. F. Terré, op.cit., p.399 ; « L'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque

des faits considérés ». Cass. 1^{re} civ., 09/10/2001, cité par B.Teyssié, art.préc., p.1002, réf. n°91.

⁽¹⁶⁾ « Le mot (revirement) ne doit pas, en effet, être employé à tort et à travers. Lorsqu'une pratique fait problème et qu'après des discussions plus ou moins vives, plus ou moins longues, la Cour de cassation arrête une position, il n'y a pas revirement ; simplement, la jurisprudence n'était pas fixée et désormais elle l'est, fut-ce à l'encontre d'une pratique dominante, voir unanime. Pour que l'on puisse pleinement faire état d'un revirement, il faut supposer que la Cour de cassation abandonne non pas même une solution isolée adoptée précédemment par elle ou telle de ces chambres, mais une position qu'en termes de jurisprudence, sinon constante, du moins suffisamment établie, elle est retenue dans le passé ». Cf. F.Terré, op.cit., p.400.

⁽¹⁷⁾ وحول الآثار المترتبة عن رجعية الاجتهاد القضائي، أنظر التقرير المعدّ في 2004 برئاسة N.Molfessis. وفيه أُبرزت الآثار السيئة لرجعية الاجتهاد القضائي، كما اقترح الحدّ في الزمان من آثار تغيير محكمة النقض لاجتهاداتها. هذا التقرير موجود على الموقع الإلكتروني الآتي: [www.lexeek.com/document/931-](http://www.lexeek.com/document/931-rapport-molfessis/)

[rapport-molfessis/](http://www.lexeek.com/document/931-rapport-molfessis/)

⁽¹⁸⁾ « Il y a... une différence essentielle entre une loi rétroactive et un revirement de jurisprudence : lorsqu'elle confère un certain sens à une règle, la jurisprudence fait corps avec celle-ci. Pourtant, cette règle est censée avoir toujours eu cette signification ». Cf. F.Terré, op.cit., p.400 ; « Le juge qui opère un revirement n'est animé que d'une volonté de promouvoir une solution conforme au droit, à la justice voire sa politique judiciaire ; ce faisant, il agit dans le cadre de son pouvoir

juridictionnel ». Cf. P.Morvan, art.préc., p.249 ; F.Pollaud-Dulian, art.préc., p.500.

⁽¹⁹⁾ « La sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ». Cass. civ., 1^{re}, 11/06/2009, cité par L.Kaczmarek, Revirements de jurisprudence et sécurité juridique : la Cour de cassation module sa position, note sous Cass. civ. 1^{re}, 11/06/2009, in Petites affiches, 09/10/2009, n°202, p.10 et s.; comparé avec Cass. civ., 1^{re}, 21/03/2000 : « la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de cette jurisprudence relevant de l'office du juge de l'application du droit », cité par F.Pollaud-Dulian, art.préc., p.500.

⁽²⁰⁾ اقترح C.Mouly -على غرار بعض القوانين الأجنبية والأوروبية- أن تسبب محكمة النقض قراراتها، حتى يكون تغير اجتهداتها متوقعا وهويرى أيضا، أنه لا شيء يعترض على إمكانية حد محكمة النقض من رجعية اجتهداتها، بالتمييز بين حجية الشيء المقضي فيه والوظيفة المعيارية للاجتهد وتحديد تاريخ نشر القرار في النشرة لتطبيق القاعدة الجديدة.

Cité par A.Debet, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, thèse (préface L.Leveneur), Dalloz, 2002, France, p.224.

وبالنسبة ل B.Teyssié، فإن كل قرار صادر عن محكمة النقض من شأنه أن يغير حلا سابقا أويفصل في مسألة كانت غير محسومة يجب أن تسبقه دراسة الآثار، حتى يتسنى للقاضي ملاحظة النتائج (ذات طابع اقتصادي، مالي، اجتماعي...) المترتبة عن الحلول المعتمدة. ويقترح أن قرار إجراء هذه الدراسة يكون بيد رئيس محكمة النقض باقتراح

من رئيس الغرفة المختصة وحتى لا يستغرق أجل إعداد هذه الدراسة مدة طويلة، اقترح تحديد أجل قصير لها.

P.Morvan, art.préc., p.247 et s. وأيضاً B.Teyssié, art.préc., 1003.

(21) « L'application immédiate de cette règle (...) dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable au sens de l'article 6 §1 » de la Convention européenne des droits de l'homme. Cass. civ. 2^e, 08/07/2004, cité par P.Morvan, art.préc., p.247 ; « La sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ». Cass. civ., 1^{re}, 11/06/2009, cité par L.Kaczmarek.

(22) Cf. F.Terré, op.cit., p.401 ; F.Pollaud-Dulian, art.préc., p.501.

(23) ومما جاء في التقرير المعدّ في 2004، أن المساس بالأمن القانوني والآثار السيئة لتغيير بعض الاجتهادات القضائية هي التي توجب الحدّ منها في الزمان وعلى محكمة النقض أن تضع معايير -بحسب الحالات- لمنع الأثر الرجعي، كضرورة حماية حرية ما أو مصلحة عامة وهي من الأمور التي تسمح تحديد ما هورجعي وما هوغير كذلك. وأيضاً اقترح التقرير تقدير إيجابيات الحدّ من الأثر الرجعي بالنظر للتوقعات المشروعة للمتقاضين، كما أنه خوّّل لمحكمة النقض صلاحية الفصل في مسألة تطبيق قراراتها في الزمان، بأخذ ملاحظات الأطراف في الاعتبار. التقرير موجود على الموقع الإلكتروني المذكور في الهامش رقم 17 وأنظر أيضاً مقال P.Morvan الذي يتحدث فيه عن النظام القانوني لرجعية الاجتهاد القضائي في المستقبل.

P.Morvan, art.préc., p.249 et s.

(24) Dans le même sens, v. F.Pollaud-Dulian, art.préc., p.502 ; P.Morvan, art.préc., p.249.

(25) ويفسر L.Kaczmarek لماذا لم يُسلب الطيب في قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2009/06/11 من حق ممارسة الدعوى بقوله:

«...Le médecin ne se trouve pas privé d'une action, même s'il en est débouté. Il a pu en effet tenter de convaincre les juges du fond et la Cour de cassation de revenir sur l'obligation de sécurité de résultat institué en 1999, au moins pour les faits accomplis antérieurement. La non-rétroactivité des revirements semble ainsi réservée à des hypothèses telles que la prescription, qui interdit toute action ». Cf. L.Kaczmarek, art.préc., p.10 et s.

(26) وفي نفس الوقت تستند على "أساس من العدل الذي يأبى أن تسري قواعد التشريع الجديد على وقائع أو تصرفات تمت في فترة زمنية سابقة على نفاذه: ذلك أن الأفراد تصرفوا على أساس التشريع الذي كان قائما حينئذ والذي كان يفترض علمهم به. أما التشريع الذي سيصدر لاحقا فلم يكن في وسعهم العلم به مسبقا. فإذا صدر هذا التشريع وطبق عليهم بأثر رجعي، فمعنى ذلك أنه تم إخضاعهم إلى تشريع كان يستحيل العلم به، وهذا ما يتعارض مع أبسط مبادئ العدل". أنظر، محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 246.

(27) « La sécurité juridique est une norme objective. Le prolongement de ce principe, dans les droits subjectifs, est le principe de confiance légitime. La sécurité juridique fait largement office de principe juridique orienté selon des critères objectifs, tandis que la reconnaissance d'une confiance légitime sert à la protection d'intérêts subjectifs. Par conséquent, si le principe de sécurité juridique peut jouer en faveur ou en défaveur de tout individu, le principe de confiance légitime ne joue qu'en sa faveur ». Cf. A.Debet, th.préc., p.195.

(28) حول مفهوم القانون المفسر، أنظر: F.Terré, op.cit., p392 ; A.Debet, th.préc., p.217.

(29) Cf. Ch.Larroumet, op.cit., p.146.

(30) « Si le législateur n'a rien spécifié, le caractère interprétatif ne peut être reconnu à une loi que si elle est intervenue à propos d'une question

controversée et si la solution qu'elle édicte s'adapte à la loi interprétée d'une manière telle que les tribunaux auraient pu eux-mêmes consacrer la solution ». Cf. F.Terré, op.cit., p.392.

A.Debet, th.préc., p.217, référence n°4.⁽³¹⁾ كلا الرأيين مشار إليهما في:

Cf. F.Terré, op.cit., p.391.⁽³²⁾

« Constitue un motif suffisant pour une loi rétroactive, la nécessité d'éviter un développement des contentieux d'une ampleur telle qu'il aurait entraîné des risques considérables pour l'équilibre financier du système bancaire et partant pour l'activité économique générale ». Cf. A.Debet, th.préc., p.213, référence n°4 et p.221.⁽³³⁾

Cf. B.Teyssié, op.cit., p.985 et s.⁽³⁴⁾

F.Pollaud-Dulian, وأنظر كذلك بالنسبة لعدم وضوح القواعد القانونية وتعارضه مع اعتبار الأمن القانوني: art.préc., p.496 et s. ويوصف هذا التحليل بأنه مغري في مواجهة تكيف القانون.

Jurisprudence constante) هي عبارة ترددها محكمة النقض وتعني:⁽³⁵⁾

« Un ensemble de décisions convergentes, posant une solution bien établie, voir même un seul arrêt de principe, par opposition à une jurisprudence incertaine et fluctuante ou encore à des arrêts d'espèce. C'est une formule qui décrit une tendance que découvrent la doctrine et les praticiens, qui scrutent les décisions des tribunaux et révèlent cette constance ». Cf. F.Pollaud-Dulian, art.préc., p.497.

أنظر الهامش رقم 19.⁽³⁶⁾

تبين المادة 18 من القانون العضوي رقم 11-12 الصادر بتاريخ 2011/07/26 الذي يحدّد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها (جريدة رسمية عدد 42 صادرة في 2011/07/31) الإجراءات المتبعة من طرف المحكمة العليا عند تغيير الاجتهاد القضائي⁽³⁷⁾

جريمة الرشوة الإنتخابية : دراسة مقارنة

الأستاذ طيفوري زواوي

أستاذ مساعد . أ.

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة سيدي بلعباس

تمهيد :

حماية لمبدأ حرية التصويت التي تعد من أهم المبادئ الحاكمة للإنتخابات والمؤشر الرئيسي على مصداقية ونزاهة هذه الأخيرة ، تعتمد التشريعات الإنتخابية إلى منع الإخلال بهذا المبدأ بحظر وتحريم جميع صور الضغوط التي تمارس على الناخبين مادية كانت أم معنوية التي تلجأ إليها بعض جهات النفوذ كالمرشحين أو رجال السلطة العامة للتأثير على إرادة الناخبين والذي يستخدم فيها المال لتوجيه الناخبين نحو تأييد مرشح معين أو قائمة معينة من المرشحين . ولا يختلف إثنان عن أهمية الدورة الذي

أصبح يحتله المال في العملية الانتخابية وسيطرته على كافة أطرافها إذ إستحال إلى آفة بالغة الخطورة على سلامة التمثيل النيابي للأمة وعلى مصداقية تعبير أفرادها عن إرادتهم.¹

ولم يعد الأمر يقتصر على التأثير على إرادة الناخب فحسب وإنما تعدى ذلك لتكون إرادة المرشح ذاته ضحية لتلك الآفة بحيث يخضع المرشح ويدين بالولاء لمن يدفع أكثر ، وبذلك تتوضح سيطرة جماعات الضغط والعصب التي تمتلك النفوذ والمال على مجريات العملية الانتخابية وتتضائل تبعاً لذلك الفرص أو تنعدم أمام ذوي المثل العليا والمبادئ المحققة للمصلحة العامة المجردين من مقدرات المال أو النفوذ للوقوف ندا لرأس المال وسيطرته على نتائج الانتخابات وبالتالي بلوغ عضوية المجالس النيابية وتحقيق المبدأ الأسمى المتمثل في السيادة ملك للأمة الذي تركز عليه نظم الحكم الديمقراطي .

وتعد جريمة الرشوة الانتخابية من أخطر الجرائم وأكثرها شيوعاً في الانتخابات ، وذلك لسهولة اللجوء إليها من قبل بعض المرشحين من أصحاب المال سواء بطريقة مباشرة أو عن طريق مندوبيهم أو أنصارهم وكذا لصعوبة إثباتها من الناحية القانونية فضلاً عن الصعوبات الإقتصادية التي تواجه بعض الأشخاص وحاجتهم للأموال تجعلهم يقبلون ببيع أصواتهم ويتكتمون على ذلك ، الأمر الذي يشجع المرشحين على اللجوء إلى مثل هذه الأساليب من أجل كسب أكبر عدد من الأصوات للفوز بالانتخابات.²

فالمرشح الذي يبلغ عضوية البرلمان عن طريق شراء ذمم الناخبين لا يمكن أن يؤدي وظيفته النيابية وواجبه التشريعي بنزاهة وأخلاق ويكون غاية حصوله على المقعد البرلماني تحقيق مآربه الشخصية لا خدمة لمصالح الناخبين أو تمثيلهم كما تقتضي ذلك صفته النيابية .

¹ أ/عدنان الفيل ، " جريمة الرشوة الانتخابية " دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر - 2012 ، ص 9 .

² د . ضياء الأسدي ، " جرائم الانتخابات " ، منشورات زين الحقوقية والأدبية ، صيدا ، لبنان ، 2009 ، ص 389 وما بعدها

وبالمثل أيضا فالناخب الذي يقبل العطية والهبات يكون متاجرا بصوته وبالتالي فلا يتصور منه أن يؤدي واجبه الانتخابي بحرية ونزاهة ولا يحتكم إلى ضميره أو مقتضيات وطنيته عند التصويت وإنما يخضع لما تمليه عليه إرادة من دفع إليه المال¹.

والغالب أن هذه الجريمة تتم من قبل المرشحين أو مندوبيهم ، ولكن من المتصور وقوعها من قبل الناخبين الذين يطلبون عطايا أو منافع أو فوائد لأنفسهم أو لغيرهم مقابل تصويتهم على وجه معين أو امتناعهم عن التصويت .

ومن أجل ضمان حرية الناخب في عملية التصويت تتجه التشريعات الانتخابية إلى تجريم كافة صور التأثير المادي والمعنوي على الناخبين ، وهناك إجماع من القوانين محل المقارنة على تبني سياسة تجريم جميع صور الرشوة المتعلقة بالانتخابات سواء كانت رئاسية أو برلمانية أو محلية.²

فالمشرع الجزائري وبموجب نص المادة 224³ من الأمر رقم 01/12 المتعلق بنظام الانتخابات جرم الرشوة الانتخابية باعتبارها أحد طرق التأثير على إرادة الناخبين وأحال على قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لتحديد العقوبات المقررة لهذه الجريمة المنصوص عليها في المادة 25 منه .

ولم يشذ المشرع الفرنسي عن نظيره الجزائري في تجريم هذا النوع من الجرائم الانتخابية ، إذ نصت المادة L106 من قانون الانتخاب الفرنسي على أنه "أي شخص يؤثر على تصويت شخص آخر أو العديد من الأشخاص بهبات ، أو تبرعات نقدية أو عينية ، أو بوعود بالمحاباة في الوظائف العامة

¹ د. فيصل عبد الله الكندري ، " أحكام الجرائم الانتخابية " دراسة في ضوء أحكام الواردة في القانون رقم 35 لسنة 1962 وتعديلاته بشأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة الكويتي وفي القانونين المصري والفرنسي " مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، 2000 ، ص 147

² د. عبد الله حسين عبد الله العمري ، " الجرائم الانتخابية " دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 2010 ، ص 224 .

³ فنصت المادة 224 من القانون الانتخاب الجزائري على أنه " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 25 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، على كل من قدم هبات ، نقدا أو عينا ، أو وعد بتقديمها وكذلك كل من وعد بوظائف عمومية أو خاصة ، أو بمزايا أخرى خاصة ، قصد التأثير على الناخب أو عدة ناخبين عند قيامهم بالتصويت ، وكل من حصل أو حاول الحصول على أصواتهم سواء مباشرة أو بواسطة الغير ، وكل من حمل أو حاول أن يحمل ناخبا أو عدة ناخبين على الإمتناع عن التصويت بنفس الوسائل .

– تطبق نفس العقوبات على كل من قبل أو طلب نفس الهبات أو الوعود .

– غير أنه يعفى من هذه العقوبة كل من قبل هبات ، نقدا أو عينا ، وأخطر السلطات المعنية بالوقائع " .

أو الخاصة أومزايا أخرى خاصة ، أوحصل أوحاول أن يحصل على أصواتهم مباشرة أوتدخل الغير أيا كان بذات الوسائل لحمل أومحاولة حمل أحدهم أوالعديد منهم على الإمتناع عن التصويت ، يعاقب بالحبس مدة سنتين والغرامة ب 15000 أورو، ويعاقب بذات العقوبات السابقة الذين يقبلون ويطلبون لأنفسهم ذات العطايا أوال تبرعات أوالوعود¹.

وباستقراء مضمون هذه المادة نجد أن المشرع الفرنسي آثر توسيع دائرة التجريم شأنه شأن المشرع الجزائري إذ يمتد نطاق التجريم في النصين L106 و 224 من قانون الانتخاب الفرنسي والجزائري على التوالي ليشمل أفعال تقديم الهبات أوالعطايا أوالمنفعة أوالوعد بها ، فضلا عن تجريمهما أفعال من يطلب أويأخذ أويقبل شيئا من ذلك أويتوسط في فعل أو أكثر من هذه الأفعال ومؤدى ذلك أن النصين يجرمان فعل الراشي والمرتشي والوسيط،² ولم يقتصر التجريم على حالات الرشوة الانتخابية الفردية بل وسع المشرع الفرنسي من دائرة التجريم شأنه شأن المشرع الجزائري³ بتجريمهما للرشوة الانتخابية الجماعية التي تبذل لجماعة من الناخبين ، إذ نصت المادة L108 من نفس القانون على أنه « يعاقب أي شخص قدم عطايا أوتبرعات أوووعود بتبرعات ، أوظدمات إدارية بغرض التأثير في تصويت هيئة إنتخابية أوجزء من هيئة إنتخابية في بلدية أوجماعة أيا كانت من المواطنين ، بالحبس لمدة سنتين والغرامة 15000 أورو ».

ويرى بعض الفقهاء⁴ أن نص المادة L106 على النحو الذي صيغ به يتضمن مصطلحات واسعة يلزم مجابتهها بمبدأ التفسير الضيق للنصوص العقابية ، حيث يصعب تطبيق هذا النص على بعض

¹ تم تعديل المادة L106 بموجب الأمر رقم 2000-916 الصادر في 19 سبتمبر 2000 بتغيير الغرامة المنصوص عليها بموجب القانون رقم 88-1262 الصادر في 30 ديسمبر 1988 واستبدالها من مائة ألف فرنك إلى 15000 أورو تماشيا مع الوحدة النقدية الأوروبية .

² د . حسام الدين محمد أحمد ، « الحماية الجنائية للمبادئ الحاكمة للإنتخاب السياسي في مراحل المختلفة » دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 168 .

³ تفيد عبارة « قصد التأثير على ناخب أو عدة ناخبين عند قيامهم بالتصويت » التي أوردها نص المادة 224 من القانون رقم 01/12 المتعلق بنظام الإنتخاب الجزائري على إتجاه المشرع الجزائري إلى تجريم الرشوة الانتخابية الجماعية فضلا عن الفردية .

⁴ André et Francine Demichel , « Droit électoral » , DALLOZ . paris 1973 . p 321 et s .

الأفعال التي تحدث في الواقع ، ومع ذلك فإن مجرد عرض رحلة بالطائرة لمجموعة من الناخبين حتى يتسنى لهم التصويت في المقاطعة المقيدين بها تقوم به الجريمة حتى ولو لم يتحدد رسميا المرشح الذي يجب التصويت لصالحه مقابل ذلك .

ومفهوم الرشوة الانتخابية لا يتعد عن الرشوة الوظيفية ، فكلاهما يهدف إلى حماية المصلحة العامة مع إختلاف القصد عنها لإرتباطه بالانتخاب ، ولهذا يرى البعض من الفقه أن تجريم الرشوة الانتخابية يعد خروجاً على الأصل العام في فلسفة التجريم والعقاب بالنسبة للرشوة الوظيفية والتي تستهدف حماية الوظيفة العامة ونزاهتها وتوفير الإحترام اللازم لها .

ولما كان تقديم المزية أو الفائدة أو أخذها أو طلبها أو الوعد بها لأداء عمل من الأعمال المطلوبة منهم أو الإمتناع عن عمل من هذا القبيل يعد رشوة ، فالناخب يعد مرتشياً إذا قبل عطية ليبيد رأيه على وجه معين في أمرهم الراشي.¹

ومن هنا برزت الحاجة إلى تجريم الرشوة الانتخابية والتشدد مع مرتكبيها ، وذلك لخطورتها على النظام الانتخابي كونها تؤدي إلى الإخلال بالثقة التي يتعين أن يوليها الناخبون للمرشحين ، كما أنها تؤدي إلى إنتفاء المساواة لإختلاف مقدرة المرشحين على دفع المقابل بإختلاف سعتهم المالية وبالتالي تستحيل الإنتخابات إلى سلعة يرسومزادها على من يدفع أكثر،² إذ أصبح التأثير على الناخبين بواسطة الوسائل المالية غير المشروعة من أحدث وسائل التأثير على عملية التصويت

كما أنه يصعب مواجهتها لتعدد صورها واشكالها .³

¹ د. جميل عبد الباقي الصغير ، « قانون العقوبات ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة » الكتاب الثاني ، دار النهضة العربية ، مصر 2004 ، ص 219 والذي أشار إلى الحكم التالي : ... 24 FeV 1893 Crim Cass .

² تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي جرم الرشوة الانتخابية للمرة الأولى بالقانون المؤرخ في 31 مارس 1914 .

³ يذكر أن أحد المرشحين في إيطاليا قدم لكل ناخب فرد حذاء للقدم اليمنى وأعدا إياه أن يعطيه فرد الحذاء الآخر للقدم اليسرى بعد إنتخابه الواقعة ذكرها د : أمين مصطفى محمد ؟

وسوف نتناول دراسة الشرط المفترض في الرشوة الانتخابية ثم الركنين المادي والمعنوي ، وننته بتناول العقوبة المقررة لردع الجريمة على النحو التالي :

أولا : الشرط المفترض : يتطلب النموذج القانوني لجريمة الرشوة الانتخابية وجوب توافر شرط خاص إلى جانب الأركان العامة على غرار بعض الجرائم التي تتطلب توافر مثل هذه الشروط الخاصة الخاصة لقيامها،¹ ويتمثل الشرط المفترض في جريمة الرشوة الانتخابية في شرط الصفة حيث لا تقوم الجريمة إلا بوجوده ويترتب على إنعدامه إنعدام الجريمة حتما.²

ورغم تطلب هذه الجريمة لصفة خاصة في فاعلها³ إلا أن هناك إختلاف في أهمية توافر هذه الصفة في فاعليها الذين يمكن حصرهم في ثلاثة فاعلين هم :-

1 - صفة الراشي : على منوال الصورة الأصلية لجريمة الرشوة العادية الواقعة على الوظيفة العامة والتي لا تتطلب المشرع الجنائي لقيامها أي صفة خاصة في الراشي ، سار المشرع الانتخابي في بناء النموذج القانوني لجريمة الرشوة الانتخابية فلم يتطلب لقيام هذه الجريمة صفة خاصة في الراشي فيستوى أن يكون الراشي أحد المرشحين في الانتخاب المعني أو أن يكون غيره ممن لا تتوافر بشأنه

¹ تتطلب النماذج القانونية لبعض الجرائم توافر شروط خاصة إلى جانب الأركان العامة وبين تلك النماذج جريمة الرشوة الوظيفية التي يتطلب لقيامها صفة الموظف العام ، أو توافر عقد من عقود الأمانة في جريمة خيانة الأمانة ... لمزيد من التفصيل ينظر ، د: محمد زكي أبو عامر ، « قانون العقوبات - القسم العام - الدار الجامعية ، بيروت 1993 ، ص 21 .

² يصطلح بعض الفقه على تسمية الشرط الخاص الواجب توافره لقيام الجريمة بالعنصر المفترض ... ينظر د: محمود محمود مصطفى ، « شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - » الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 ، ص 76 .

³ د. عبد العظيم وزير ، « الشرط المفترض في الجريمة » الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية القاهرة 1983 ، ص 76 .

هذه الصفة وذلك لعموم الصيغة التي جاء بها النص القانوني حيث لم يشترط المشرع الانتخابي أي صفة معينة للراشي.¹

2 - صفة المرئشي : خلافا للراشي الذي لم يتطلب المشرع الانتخابي توافر صفة معينة فيه كما سبق أن بيناه فإن المرئشي وهؤلاء الشخص الذي يأخذ أو يطلب أو يقبل الفائدة أو العطفة أو الوعد بها حيث يتعين أن تتوافر فيه صفة الناخب أي أنه يجب أن يكون أحد أعضاء هيئة الناخبين وقت ارتكابه للسلوك الإجرامي الذي حدده النص التجريمي دون توقف على إستمرار تمتعه بهذه الصفة بعد تمام الجريمة ، كما يشترط صحة قيده في جداول الإنتخاب وبالتالي فإن صفة الناخب تعد شرطاً مفترضاً يتعين توافره لقيام الجريمة ولا إكتمال لنموذجها القانوني بغير تحقق هذه الصفة.²

3 - صفة الوسيط : لا يشترط بالنسبة للوسيط في الرشوة الانتخابية تحقق أي صفة فيه فيستوي أن يكون أحد أعضاء هيئة الإنتخاب أو من الغير، مثله مثل الراشي في جريمة الرشوة الوظيفية ، ويرى بعض الفقه أنه ليس للوسيط عمل أصلي مستقل في جريمة الرشوة بل هو رسول أحد طرفيها إلى الآخر وقد يكون رسولا مشتركا بينهما ، فجريمته لا يمكن تصور وجودها منفصلة عن جرمي الراشي

¹ لم يخرج عن النهج التشريعي القاضي بعدم تطلب صفة معينة في الراشي في جريمة الرشوة الانتخابية إلا المشرعين العراقي والأردني حيث إشتراطا في الراشي صفة المرشح .

أ - إذ نصت المادة 25 من قانون رقم 16 لسنة 2005 بشأن قانون الإنتخابات العراقي على أنه "يحظر على أي مرشح أن يقدم خلال الحملة الانتخابية هدايا أو تبرعات أو أي مساعدات أخرى أو يعد بتقديمها بقصد التأثير على التصويت" .

- كما نصت المادة 20 من قانون الإنتخاب الأردني لسنة 2010 على أنه "أ - يحظر على أي مرشح أن يقدم من خلال قيامه بالدعاية الانتخابية هدايا أو تبرعات أو مساعدات نقدية أو عينية أو غير ذلك من المنافع أو يعد بتقديمها لشخص طبيعي أو معنوي سواء كان ذلك بصورة مباشرة أو بواسطة غيره بما في ذلك شراء الأصوات"

ب - يحظر على أنه شخص أن يطلب مثل تلك الهدايا أو التبرعات أو المساعدات أو الوعد بها من أي مرشح" .

² د. عبد الله حسين عبد الله العمري ، المرجع السابق ، ص 229 ، أ/ علي عدنان الفيل ، المرجع السابق ، ص 36 ، د. ضياء الأسدي السابق ، ص 395 .

والمرتشي ، الأمر الذي يتعين إعتباره شريكا لهما ومن شأن هذا التصور أن تكون فعلته معلقة بمصير جريمة من كلفه بالوساطة سواء في حالة التمام أوالشروع أوالإعدام¹.

ثالثا : الركن المادي : يتكون الركن المادي لجريمة الرشوة الإنتخابية من السلوك الإجرامي الذي يأتيه الجاني والذي يتخذ عدة صور منها الطلب والقبول وعرض الرشوة والأخذ من أجل تحقيق غرض معين من هذا السلوك وهو تحقيق النتيجة الإجرامية التي تتمثل في التأثير على إرادة الناخب من أجل تصويته على نحو معين أوامتناعه عن التصويت .

ويتحقق السلوك الإجرامي بالنشاط الذي يأتيه الجاني والمتمثل بالأفعال التالية :

1 - عرض الرشوة : وهو السلوك الذي يأتيه الراشي ويقصد به تقديم أوإعطاء أوعرض عطايا أوهبات أو مساعدات أو فوائد أو الوعد بها سواء من قبل المرشح نفسه أو من له مصلحة من وراء ذلك للناخب أو مجموعة من الناخبين لحمله أو حملهم على إبداء رأيه أورائهم في الإنتخاب أوالإستفتاء على وجه معين أوالإمتناع عنه.²

ويجب لتحقيق هذه الصورة أن يبذل الجاني سلوكا إيجابيا فعلا ينطوي على عرض الرشوة عرضا جديا في ظاهره بغرض التأثير على الناخب أو مجموعة الناخبين وبالتالي العبث بمجريات ومقتضيات العملية الإنتخابية³، ولا يتطلب القانون في العرض شكلا معينا ، فكما يحصل شفاهة بالقول قد يحصل بالكتابة أوبأية وسيلة من وسائل التعبير أوالتخاطب تدل على ذلك .

¹ المستشار : سمير ناجي ، " وسيط الرشوة الذي لم يتعد فعله العرض أوالقبول " المجلة الجنائية القومية ، المجلد 21 ، العدد الأول مارس 1978 . ص 80 وما بعدها . ود . ماهر عابد شوش الدرة . " شرح قانون العقوبات - القسم الخاص " الطبعة الثانية ، مطبعة جامعة الموصل . 1997 . ص 263 .

² د. أمال عثمان ، " شرح قانون العقوبات - القسم الخاص " دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 . ص 63 .

³ من أجل ذلك قضت محكمة النقض المصرية في الحكم المؤرخ في 10-03-1995 د " لا يؤثر في قيام جريمة عرض الرشوة أن تكون قد وقعت نتيجة تدبير لضبطها ، وألا يكون المرتشي جادا في قبوله الرشوة متى كان عرضها جديا في ظاهره ، وكان الغرض منها العبث بمقتضيات الوظيفة لمصلحة الراشي " الطعن رقم 23201 لسنة 63 ، مجموعة أحكام النقض السنة 46 ، ص 1055 .

والملاحظ أن جميع التشريعات الانتخابية التي حظرت وجزمت التأثير على إرادة الناخبين بتقديم الهدايا والعطايا والمنافع دأبت على تقديم سلوك العرض عن بقية صور السلوك الأخرى ولعل مرجع ذلك هو منع المرشحين وأصحاب المصالح من إبداء سلوكهم الأولي والذي ينجر عنه حتما إتيان الصور الأخرى من السلوك الإجرامي من قبل الفاعلين سيما إذا إقترن العرض بظروف إجتماعية وإقتصادية يعيشها المعروض لهم العطايا أو الموعود لهم بها وهي الظروف التي غالبا ما يستغلها بعض المرشحين أو مندوبيهم لتحقيق مكاسب سياسية.¹

2 - طلب الرشوة : الطلب هو إفصاح المرتشي وهو ذوصفة الناخب عن رغبة أو تعبير عن إرادة ويتمثل في حث الراشي لتقديم العطية أو المنفعة أو الفائدة أو الوعد بها ، ويكشف الطلب على مبادرة من جانب المرتشي يتوجه بها إلى صاحب المنفعة أو المستفيد منها بأن يقدم عطية أو منفعة أو وعدا بها لإبداء رأيه على الوجه الذي يخدم صاحب هذه المنفعة ، ويتحقق الركن المادي في هذه الصورة بمجرد حصول الطلب دون اشتراط إستجابة صاحب المنفعة أو الحاجة لذلك الطلب بل تقوم الجريمة حتى في حاله رفض صاحب الحاجة تلبية طلب المرتشي لأن مناط التجريم هو إتجاه إرادة الجاني الإتجار بواجباته الانتخابية وهو الأمر الذي قصد المشرع الانتخابي حظره وتجريمه .

والطلب الذي تقوم به الجريمة يجب أن يصدر عن الناخب ويوجه إلى صاحب الحاجة أو وسيطه ، والأصل أن يكون شفويا أو بأي شكل من أشكال التعبير الذي يستدل منه رغبة المتاجرة بالصوت الانتخابي كما لو في صورة إشارة ضمنية توحى طلب الرشوة كالشخص الذي يفتح درج مكتبه ويشير إلى صاحب الحاجة أو وسيطه لوضع المطلوب فيه،² وتتحقق جريمة الرشوة الانتخابية في هذه الصورة بمجرد طلب الناخب للفائدة لأنه بسلوكه هذا يكشف عن خطورة تتمثل بالعبث بالصوت الانتخابي

¹ فالمشرع الجزائري ونظيره الفرنسي والمصري جرموا سلوك العرض ابتداء في نصوصهم التجريبية في المواد 224 وكذا 48 و L106 من قوانين الانتخاب محل المقارنة على التوالي .

² د. حسن صادق المرصفاوي ، « المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص » منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1978 ، ص 55.

وإتخاذها وسيلة للكسب غير المشروع مما يترتب عنه الإضرار بالعملية الانتخابية ، وقد إستقرت أحكام القضاء الجنائي المصري على أن جريمة الرشوة تتم بمجرد الطلب الذي يقدمه الموظف العام لصاحب الحاجة وهوما يصلح القياس عليه في جريمة الرشوة الانتخابية.¹

3 - قبول الرشوة : يختلف القبول عن الطلب إذ يفترض القبول سلوكا أوليا من قبل الراشي سواء كان في صورة إعطاء للرشوة أو عرضها أو الوعد بها ، ويتطلب تحقق هذه الصورة تلاقي إرادتي الراشي والمرتشي معا حيث تنصرف إرادة هذا الأخير إلى قبول عرض الراشي المتمثل في العطية أو الفائدة أو الفائدة أي أخذها بعد عرضها من صاحب الحاجة أو وسيطه ، ولا يشترط في القبول شكلا معيناً ، ولكن يجب أن يكون القبول جديا ، فإذا ما تظاهر الناخب بقبول مبلغ الرشوة من أجل تسهيل ضبط العارض لها من قبل السلطات المختصة فلا تتحقق جريمة الرشوة ، وإنما تتم مسألة الراشي فقط.²

4 - أخذ الرشوة : والأخذ هو التناول الفوري أو المعجل للعطية أو الفائدة ، ويفترض الأخذ أيضا تصرفا أوليا من الراشي متمثلا في الإعطاء أو العرض الحقيقي للعطية أو الفائدة ، فبتسليم الفائدة وأخذها يتلاقى نشاط الراشي والمرتشي ويتحقق بذلك التنفيذ الفعلي للسلوك الإجرامي الذي حدده النص التجريمي ، ولا عبرة بنوع العطية أو الفائدة ولا عبرة أيضا بالطريقة التي قدمت بها .

وخلاصة القول إن السلوك الإجرامي الذي يأتيه الجاني في جريمة الرشوة الانتخابية بأخذ إحدى الصور التالية :

أ - عرض العطية في شكل هدية أو منحة نقدية أو عينية إلى أحد الناخبين أو مجموعة منهم .

¹ أنظر نقض 6 نوفمبر 1967 ، مجموعة أحكام النقض ، السنة 18 ، ص 1086 .

² نقض مصري صادر في 05-03-1987 ، ونقض آخر صادر في 21-02-1988 أشار إليهما د . محمد رفعت خفاجي « جرائم الرشوة في التشريع المصري والقانون المقارن » دار للطباعة والنشر ، القاهرة 1999 - ص 266 وفي نفس الإتجاه نص المشرع الجزائري على هذه الصورة في المادة 224 من القانون رقم 01/12 المتعلق بنظام الانتخابات بإعفاء الجاني من العقوبة في حالة إخطار السلطات المعنية بالوقائع إذ نصت الفقرة الثالثة منها على « غير أنه يعفى من هذه العقوبة كل من قبل هيأة نقدا أو عينا ، وأخطر السلطات المعنية بالوقائع » .

ب - تقديم الفائدة في أي شكل من أشكال التي يتحقق بها إشباعا لحاجة المرتشى ويستوى أن تكون هذه الفائدة نقدية أو عينية أو غيرها .

ج - الوعد بمنح العطايا أو المزايا إلى الناخب أو مجموعة من الناخبين مباشرة أو بواسطة الغير .

د - قبول الجاني للعطية أو الفائدة المعروضة عليه أو طلب ذلك سواء لنفسه أو لغيره .

كما يعد من قبيل الرشوة الانتخابية تلبية الإدارة والهيئات الحكومية طلبات المواطنين - قبل الإقتراع بفترة قصيرة - التي كانت ترفضها من قبل أو إقامة العديد من المشروعات الخدمية ، أو توزيع المشروبات أو المأكولات بطريقة عشوائية أو تقديم بدل الانتقال للناخب إذا ما ذهب للإدلاء بصوته ، أو فتح المرشح لحساب في نزل أو ملهى ليلي لدفع حساب كل نزيل وكل مرتاد لهذا المكان في حالة ما إذا أدلى بصوته لصالح المرشح.¹

وفي المقابل لا يعد من قبيل الرشوة الانتخابية القيام بتوزيع المشروبات أثناء الاجتماعات الانتخابية ، كما لا يعد من قبيل هذه الجريمة توزيع أرغفة الخبز على بعض السكان قبل عدة أيام من الإقتراع أو صرف وجبات طعام مجانية لطلبة المدارس.²

¹ قضت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية - في أحد قراراتها بتحقيق جريمة الرشوة الانتخابية في الحالة التي يقدم فيها بدل إنتقال الناخب إذا ما ذهب للإدلاء بصوته ، كما قضت في قرار ثان بقيام هذه الجريمة في حالة فتح المرشح لحساب في نزل أو ملهى ليلي لدفع حساب كل نزيل وكل مرتاد لهذا المكان في حالة ما أدلى بصوته لصالح المرشح ، وهما القرارين الصادرين محكمة النقض الفرنسية في القضيتين Cass Crim 5 Avr 1990 , Cass Crim 2 Avr 1992 على التوالي والذين أشار إليهما د : حسام الدين محمد أحمد ، المرجع السابق ، ص 172 ، و 173 .

² فاروق عبد الحميد محمود ، " حق الانتخاب وضماناته " دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس مصر 1998 ، ص 171 . إذ يشير إلى أن المشرع الانتخابي الإنجليزي يعتبر إعطاء أية مبالغ مالية أو عطايا من أكل أو شرب أو وسائل الترفيه ، أو غير ذلك من الأشياء الأخرى سواء قبل ، خلال أو بعد الانتخابات من أجل التأثير على أصوات الناخبين أو التصويت لأي مرشح أو منع الناخبين من التصويت في عداد الرشوة الانتخابية .

ويذهب بعض الفقه إلى أن الركن المادي للجريمة الانتخابية يتحقق أيضا بسلوك إيجابي أو سلبى من قبل المرشح إذا كان في حالة المرتشى وذلك مقابل تنازله عن الترشيح أو إثناءه عنه.¹

ثالثا : الركن المعنوي : جريمة الرشوة الانتخابية من الجرائم العمدية التي تتطلب لقيامها القصد الجنائي ، وقد ثار خلاف فقهي حول القصد اللازم لتحقيق جريمة الرشوة ، فهل يكفي لقيامها توافر القصد الجنائي العام ، أم أنه لا بد من توافر قصد خاصا؟ وانقسم الفقه إلى رأيين هما :

الرأي الأول : ذهب جانب من الفقه وهو الغالب إلى الإكتفاء لقيام هذه الجريمة بتوافر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة ، فيجب أن ينصرف علم الجاني إلى أن العطية التي إتجهت إرادته إلى طلبها أو قبولها أو عرضها هي مقابل قيامه بعمل أو الإمتناع عن عمل يتعلق بأداء واجبه الانتخابي يشكل جريمة ومع ذلك تتجه إرادته إلى طلب أو قبول الفائدة أو الوعد بها أي إتجاه إرادته إلى إتيان السلوك الإجرامي المكون للركن المادي للرشوة الانتخابية.²

الرأي الثاني : ويرى هذا الإتجاه إلى عدم كفاية القصد العام وحده ، بل يتعين أن يكون لدى الجاني نية إجرامية خاصة تتضح في غرضه أو غايته من تلقي العطية أو الفائدة أو الوعد بها وهذه الغاية في جريمة الرشوة الانتخابية هذ التأثير على الإنتخابات من خلال التصويت لصالح مرشح معين أو الإمتناع عن التصويت ، فهذا الإتجاه يتطلب توافر قصد خاص إلى جانب القصد العام ، وبذلك

¹ كما يرى جانب آخر من الفقه أن جريمة الرشوة الانتخابية تتحقق عند عرض رحلة بالطائرة لمجموعة من الناخبين حتى يتسنى لهم التصويت في المقاطعة المقيدون فيها حتى وإن لم يتم تحديد المرشح الذي يجب أن يستفيد من تصويتهم، وقد خالفت أحكام القضاء هذا الرأي تطبيقا لقاعدة التفسير الضيق للنصوص الجنائية ونفت وجود تأثيرا على الناخب لحمله على التصويت على وجه معين أو الإمتناع عنه.

لمزيد من التفصيل ينظر : د . حسام الدين محمد أحمد ، المرجع السابق ، ص 178 .

² د . مأمون محمد سلامة ، « قانون العقوبات - القسم الخاص ، الجزء الأول في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة » ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 ، ص 222 .

يشترط لتحقيق المسؤولية الجنائية أن تكون لدى الناخب أو المرشح أوالوسيط نية حقيقية للإنتجار بالواجب الإنتخابي .

وبالتالي فلا بد لقيام جريمة الرشوة الإنتخابية أن يعلم الجاني أنه يقوم بإقتراف فعل يحظره القانون وأنه بالرغم من علمه بالمخالفة والعناصر المكونة لها تتجه إرادته الحرة الواعية إلى إتيان الفعل المحظور وهذا هو القصد العام في الجريمة الإنتخابية.¹

ويكفي أن يقصد الناخب أن يتحصل على المزية أوالعطية المقدمة مقابل القيام بالتصويت أوالإمتناع عن التصويت ، فليس بالضرورة أن تنصرف إرادته إلى تحقيق العمل المطلوب ، فالجريمة تعد قائمة حتى ولولم يكن المتهم ناويا القيام بالعمل المطلوب مقابل العطية أوالفائدة ، وذلك لأن الرشوة تعد من جرائم الحظر أي من جرائم النشاط المحظور.²

وفضلا عن توافر القصد العام يتجه الرأي الثاني من الفقه إلى عدم كفاية القصد العام لقيام جريمة الرشوة الإنتخابية بل يتعين توافر قصد خاص يتمثل في نية إجرامية خاصة تستهدف الإخلال بمقتضيات الإنتخابات بالتأثير على أهم الفاعلين فيها وهو الناخب أوهيئة الناخبين بوجه عام من أجل تحقيق الوجه الذي يريده الراشي أوصاحب المصلحة في ذلك .

رابعا : العقوبة : عاقب المشرع الجزائري على هذه الجريمة بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 25 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، إذ أحال المشرع الإنتخابي تحديد العقوبة المقررة لردع جريمة الرشوة الإنتخابية على ما قرره المشرع الجنائي بخصوص مكافحه الجريمة الوظيفية ، ونصت المادة 25 من القانون رقم 06-01 المذكور آنفا على العقوبة التالية [»] يعاقب

¹ وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 23201 لسنة 63 بمابلي [»] القصد الجنائي في الرشوة يتوافر بمجرد علم المرتشي عند طلب أوقبول الوعد أوالعطية أوالفائدة أنه يفعل هذا لقاء القيام بعمل أوالإمتناع عن عمل من أعمال وظيفية أوالإخلال بواجباته وأنه ثمن إنتجاره بوظيفته وإستغلالها ، ويستنتج هذا الركن من الظروف والملابسات التي صاحبت العمل أوالإمتناع أوالإخلال بواجبات الوظيفة ... [»]

² المستشار مصطفى مجدي هرجة ، [»] التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء [»] طبعة ثانية ، 1992 . ص 459 .

بالحبس من سنتين إلى عشرة سنوات وبغرامة من 200000 دج إلى 1000000 دينار جزائري¹ .
أما المشرع الفرنسي فقد عاقب على هذه الجريمة بعقوبتين :

الأولى بسيطة : نص عليها بمقتضى المادة L106 من قانون الانتخاب وتمثل في الحبس لمدة سنتين والغرامة بمبلغ خمسة عشرة ألف أورو وهي نفس العقوبة المنصوص عليها في المادة L108 منه المتعلقة بالرشوة الجماعية الموجهة لوحدة بلدية أو جماعة أيا كانت من هيئة الناخبين .

الثانية مشددة : التي نصت عليها المادة L109 من نفس القانون والتي تستهدف مضاعفة العقوبة لردع المخالفين ذوي الصفة الوظيفية ومنعهم بالتالي من استعمال نفوذهم الوظيفي للتأثير على حرية الناخب أو مجموعة الناخبين إذ نصت المادة L109 على أن «تضاعف العقوبة في الحالات المذكورة في المواد L106 ، L108 إذا كان المذنب موظفا عاما»².

والملاحظ أن المشرع الفرنسي قرر جعل العقوبة ذات حد واحد سواء بالنسبة للعقوبة السالبة للحرية أو العقوبة المالية وبالتالي حرم القاضي من استعمال سلطته التقديرية في الاختيار بين إحداها وإنزال العقوبة عن الحد المحدد لها قانونا أرفعه عن هذا الحد .

وخلافا للمشرع الفرنسي فإن نظيره المشرع الجزائري جعل العقوبة المقررة للجريمة ذات حدين سواء بالنسبة للعقوبة السالبة للحرية أو المالية وبالتالي منح للقاضي حق الاختيار للعقوبة المناسبة بين الحدين غير أنهما حرماه من حرية إختيار إحدى العقوبتين .

¹ نصت المادة 25 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على ما يلي : يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200000 إلى 1000000 دينار جزائري .

1 - كل من وعد موظفا عموميا بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها بشكل مباشر أو غير مباشر ، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أوكيان آخر لكي يقوم بأداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل من واجباته .

2 - كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر ، مزية غير مستحقة ، سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر أوكيان آخر ، لأداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل من واجباته «

واختلفت العقوبة المقررة للجريمة التي نصت عليها التشريعات الانتخابية محل المقارنة من حيث الشدة وإن كان المشرع الجزائري يعد الأكثر تشددا سيما بخصوص العقوبة السالبة للحرية إذ جعل الحد الأقصى الممكن توقيعه على الجاني عشرة سنوات حبسا.¹

كما إنفرد المشرع الفرنسي عن نظيره الجزائري بإفراجه نصا خاصا يستهدف تحقيق فعالية أكبر لضمان عدم إستغلال الوضع الوظيفي لخدمة الأغراض والمصالح الخاصة في العملية الانتخابية بتشديده العقوبات المقررة في المادتين L106 و L108 إذا كان الجاني موظفا عموميا وهو الأمر الذي نطالب بأن يتفطن إليه المشرع الجزائري ويعزز بذلك حماية مبدأ حرية الإنتخاب بتضمين القانون الانتخابي نصا من هذا القبيل أسوة بالمشرع الفرنسي ، فضلا عن ضرورة تسليط عقوبة تبعية من أجل تعزيز هذه الحماية .²

الأمر الذي نطالب بأن يتفطن إليه المشرع الجزائري ويعزز بذلك حماية مبدأ حرية الإنتخاب وبالتالي تضمين القانون الانتخابي نصا من هذا القبيل أسوة بالمشرع الفرنسي ، فضلا عن ضرورة تسليط عقوبة

¹ عاقب المشرع الانتخابي العراقي عن هذه الجريمة بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن سنة وبغرامة التي لا تقل عن 500 ألف دينار ولا تتجاوز مليون دينار أو بإحدهما وهذا ما نصت عليه المادة 12/10 من النظام رقم 11 لسنة 2005 ، وجعلها المشرع المغربي الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وغرامة من 5000 إلى 20000 درهم بموجب نص المادة 100 من مدونة الإنتخاب .

² ومن قبيل تعزيز الحماية لمبدأ حرية الناخب ما نصت عليه المادة 168 من قانون تمثيل المواطنين الإنجليزي التي نصت على حرمان المرشح من ممارسة حقوقه السياسية لمدة سبع سنوات ، وكذا المادة L116 من قانون الإنتخاب الفرنسي التي قررت الحرمان من الحقوق الوطنية وكل وظيفة لمدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات ، كما تنص بعض التشريعات على وجوب شطب وإستبعاد إسم المرشح من الجداول الخاصة بالمرشحين وهوما نصت عليه المادة 103/3 من قانون الإنتخاب الفلسطيني ، والمادة 44 من قانون مجلس النواب الأردني .

تبعية كالحرمان من الحقوق المدنية لمدة معينة أو الشطب من الجداول الخاصة بالمرشحين من أجل تعزيز الحماية لمبدأ حرية الناخب.¹

"نظام التعاقد" أحد متطلبات عصنة الوظيفة العامة أم أحد أسباب فشل مسارات الإصلاح في القطاع؟

الأستاذة قدودو جميلة

أستاذة محاضرة - ب -

معهد العلوم التجارية والإقتصادية وعلوم التسيير قسم الحقوق

عين تموشنت

لأن الوظيفة العامة تجسد مظهرها من مظاهر سلطة الدولة وحتى تضطلع بدورها السياسي والإداري في النظام المؤسساتي كما يجب، فهي مطالبة بالتكيف مع مقتضيات العصرنة من خلال التحكم في مواردها البشرية كما ونوعاً، وتسخيرها وتعبئتها في خدمة التنمية المستدامة، لذا فأى تطوير

¹ ومن قبيل تعزيز الحماية لمبدأ حرية الناخب ما نصت عليه المادة 168 من قانون تمثيل المواطنين الإنجليزي التي نصت على حرمان المرشح من ممارسة حقوقه السياسية لمدة سبع سنوات ، وكذا المادة L116 من قانون الانتخاب الفرنسي التي قررت الحرمان من الحقوق الوطنية وكل وظيفه لمدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات ، كما تنص بعض التشريعات على وجوب شطب وإستبعاد إسم المرشح من الجداول الخاصة بالمرشحين وهما نصت عليه المادة 103/ 3 من قانون الانتخاب الفلسطيني ، والمادة 44 من قانون مجلس النواب الأردني .

أوإصلاح في هذا القطاع الحساس يعتبر مشروع سياسي بالدرجة الأولى، وهذا حتى تتأقلم مع التحولات السياسية والاقتصادية الجارية والتي تتطلب المرونة في المعاملات والترشيد في التسيير والديناميكية في التغييرات المؤسسية، بعبارة أخرى إعادة تكييف وتأهيل دورها ومواردها بما يمكنها من تحقيق الغرض من إنشائها، خاصة وأن الإدارة المعاصرة لم تعد إدارة سلطوية فحسب وإنما إدارة خدمات، ونجاح مرافقها في تقديم خدمة عمومية ذات جودة ونوعية مرهون بمدى فعالية إستراتيجيتها في استثمار المورد البشري وليس سياسة تسيير المورد البشري التقليدية، حتى أنه بدأ الإهتمام بشكل كبير في الوقت الحالي من طرف رجال القانون، أخصائيي الإدارة العامة ومسيري القطاع بما يسمى رأس المال البشري، والإعتماد على منطق الكفاءة بإعتباره معيار تمييز الثروة الحقيقية وهي الفئة الممكن تعبئتها خدمة للتنمية المستدامة.

فمن المسلم به أن كفاءة الأداء في الجهاز الإداري للدولة وفعاليتها في تحقيق أهدافه بنجاح، تتوقف على مدى قدرة هذا الجهاز في جلب واستقطاب الأشخاص المؤهلين لشغل الوظائف العامة به، في ضوء ما تجددته السياسة العامة لتسيير الموارد البشرية، والتي تبين حاجة الجهاز للأعوان العموميين من حيث عددهم واختلاف مستوياتهم الوظيفية، والشروط اللازم توافرها فيهم، وحيث أن الظاهرة السائدة في معظم دول العالم هي السعي نحو الحصول على الوظائف العامة من جانب الأفراد على كافة المستويات، فإن عملية الاختيار من بين المتقدمين لشغل الوظائف العامة تعد من العمليات الإدارية بالغة الأهمية، إذ على الإدارة أن تحسن إنتقاء موظفيها منذ البداية، وأن تلجأ إلى الوسائل العلمية الحديثة في هذا الصدد حتى تضمن ما أمكن أعلى مستوى من كفاءة وفاعلية الأداء والعمل الإداري.

لهذا عني المشرع الجزائري بإصلاح منظومتنا الإدارية، بحيث شكل هذا الإصلاح ولازال موضوع من المواضيع الآنية المطروحة بحدّة في الوقت الحالي، محوره الأساسي إعادة بلورة إستراتيجية جديدة للوظيفة العمومية، أخذا بعين الإعتبار مقتضيات التحولات الجديدة التي يفرضها مجتمعنا الحديث، منها التوسع في مهام الإدارة واللجوء إلى التوظيف المكثف للمستخدمين لسد الإحتياجات الضرورية لمرافقنا العمومية، مما فرض على السلطة إتخاذ إجراءات جديدة، وولوج باب أنظمة قانونية أخرى للعمل، منها الإعتماد على النظام التعاقدي في التوظيف والمنصوص عليه في

المواد 19، 20، 21، 22 من الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العامة(1) ثم صدرت كافة القوانين الأساسية الخاصة فيما بعد سنة 2007، كما أدرج أنماطا أخرى من عقود التشغيل المؤقتة منها عقود الإدماج المهني وعقود العمل المدعمة.. وهذا للتقليص من البطالة بالنسبة للشباب، وقد إستعارته من النظام المفتوح للتوظيف العامة وهذا لتنافي طبيعة الوظيفة العامة الجزائرية ذات البنية المغلقة التي تعتمد أساسا على القوانين الأساسية العامة والخاصة، مع مبادئ إدارة الكفاءات القائمة على المرونة والديناميكية في التسيير.

وقد شكل النظام التعاقدي في التوظيف عائقا للمصالح الإدارية، فمن جهة تحاول العديد من السلطات الإدارية تبنيه كطريقة للتوظيف نظراً لمزاياه، كتفادي تنظيم الإمتحانات والمسابقات والفحوص المهنية التي يتطلب تنظيمها عادة آجالاً قانونية يجب إحترامها، وهذا لقلّة المترشحين وإنعدام الوسائل المادية للتنظيم أو الإستعجال، غير أنه مع مرور الوقت يولد هذا النوع من التوظيف نفسية خاصة لدى المستخدمين في إطاره بمطالبتهم بالإدماج الآلي الذي يفتقر للإطار القانوني، وهو مصدر من مصادر المنازعات لدى بعض الجهات والنقابات، إذن الأمر 03/06 خصص الفصل الرابع منه لما سماه المشرع بأنظمة قانونية أخرى للعمل، فأخضع مناصب شغل معينة لنظام التعاقد وأخرى يمكن تطبيق عليها هذا النظام إستثناء.

فما هو النظام القانوني الذي وضعه المشرع الجزائري للتعاقد في مجال الوظيفة العامة؟ هل حقق بالفعل الأهداف المرجوة منه؟ هل ساهم في عصريّة القطاع أم عرقلة الإصلاح؟ للإجابة على هذا الإشكال سنتعرض للنقاط الآتية:

- 1- مفهوم عقد التوظيف.
- 2- موقف المشرع الجزائري من نظام التعاقد.
- 3- المركز القانوني للعون المتعاقد.
- 4- حالات إبرام عقد التوظيف والعقود الشبيهة .
- 5- شروط صحة التوظيف التعاقدي.
- 6- نهاية نشاط العون المتعاقد.
- 7- تبيين دور التوظيف التعاقدي في إصلاح الوظيفة العامة.

1- مفهوم عقد التوظيف:

عقد التوظيف كباقي العقود هو عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، ويعتبر عقد إداري لإحتوائه على شروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص من أهمها:

1- سلطات الإدارة في تأديب العون المتعاقد ومجموع القيود المفروضة عليه ، طريقة دفع المقابل وما قد يستقطع منه لمعاش التعاقد بعد إنتهاء الخدمة.

2- لإرتباط المتعاقد مع الإدارة بعمل في مرفق عام.

3- لإتصاف العمل المسند للمتعاقد بالطبيعة الإدارية في مرفق عام إداري.

أما عن مصطلح التوظيف فيعني تولية الوظائف العامة أو العمل المنتظم بكيفية معينة، في خدمة إحدى السلطات العامة، وفي عالم إدارة العاملين له معنيان، أحدهما عام ويشمل كافة شؤون العاملين من تعيين وترقية ونقل ومراتب وتأديب... أما المعنى الآخر، فخاص ويعني شغل الوظائف الحالية سواء بالتعيين أو بالترقية(2).

أما عقد التوظيف فهو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد يتولى بمقتضاه هذا الأخير تحت إشرافها أمر وظيفة عامة معينة يحصل منها على عدد من الحقوق أهمها الراتب ،مقابل إلزامه بأعباء هذه الوظيفة ومقتضياتها(3) وتمتع الإدارة بموجبه بعدد من الحقوق لا مقابل لها في عقود القانون الخاص، لتمكن عن طريقها من الإضطلاع بمهامها في تشغيل المرافق العامة تحقيقا للصالح العام، ويعتبر عقد التوظيف أهم العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة في معظم الدول خاصة في ظل سيطرة مبدأ الإحترافية شيئا فشيئا على نظام التشغيل والتوظيف.

ويرى أحمد محيو(4) أن الإدارة تستعمل عادة موظفين حددت وضعيتهم بقانون أساسي للوظيفة العامة، ولكن يمكنها أن تستخدم أعوانا توظفهم عن طريق التعاقد الذي يخضع للقانون الإداري، لهذا نستنتج أن المتعاقدين مع الإدارة الجزائية هم أعوان عامون لا يخضعون لأحكام القانون المدني ولا لقانون العمل، بل أعوان عموميين مؤقتين لأن عقدتهم مؤقت يوقع من الجهة الإدارية المختصة(5) ، ويرى الأستاذ رميلي "وضعية المتعاقدين القانونية مؤقتة، وإن كانت قريبة من الوضعية التنظيمية للموظفين العموميين، لأن العقد الذي يربط العون بالإدارة يتضمن نظاماً قانونياً محدداً وموحداً بالنسبة لكافة الأعوان..."(6).

إذن عقد التوظيف في الجزائر عقد إداري أي نظام قانوني خاص يختلف عن عقد العمل والعقد المدني، وقد أخذت الوظيفة العامة الفرنسية أيضا بهذا النمط من التوظيف أي نظام التوظيف التعاقدي (7).

2- موقف المشرع الجزائري من نظام التعاقد:

مسألة التعاقد الواردة بالأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة في الفصل الرابع تحت عنوان "أنظمة أخرى للعمل"، نلاحظ أن المشرع الجزائري إستعمل مصطلح العمل بدل مصطلح الوظيفة المستعمل في بقية المواد، حتى أنه ذهب إلى أبعد من ذلك حين إستعمل مصطلح (نشاطات) في المادة 19 من الأمر 03/06، ربما لأنه يرى أن المهام الموكلة لهذه الفئة لا ترقى إلى مستوى مفهوم العمل لخصوصياته البشرية، وبهذا يكون النص قد أصاب في عدم الخلط بين المصطلحات واحترام الاختلاف بين النظام القانوني الذي يحكم العلاقة بين الإدارة والموظف حسب المادة (07) من الأمر رقم 03/06، والذي يحكم المتعاقدين في المادة (19) منه، فعلاقة الموظف بالدولة تنظيمية لائحية تحكمها القوانين الأساسية والنصوص التنظيمية، بينما العلاقة العقدية بين العون المتعاقد والإدارة فينطبق عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولكن بما أن الإدارة طرفا بالعقد فهذا يجعله عقد إذعان وبهذا يكون أقرب إلى العلاقة التنظيمية منه إلى العقد.

إذن تم الإعتماد على مبدأ سلطان الإرادة في الوظيفة العامة بفعل تأثيرات إقتصاد السوق والتطور الحاصل في المجال العلمي والتكنولوجي، السياسي والإقتصادي، وإذا حللنا العنوان الذي جاء به المشرع في الفصل الرابع -أنظمة قانونية أخرى للعمل- نستنتج ما يلي:

- العبارة جاءت في صيغة الجمع مما يوحي إلى وجود انفصال بين النظام المبني على التعاقد والنظام المبني على ديمومة الوظيفة.

- العبارة توحي أيضا إلى احتمال وجود عدة أنظمة قانونية للعمل موازنة مع علاقة التوظيف والترسيم في المناصب، أي بمفهوم آخر ترك المشرع تنظيم أنواع أخرى من علاقات العمل دون تحديد شكلها، مختصرا في إعطاء نمطين لعقد العمل هو محدد المدة وغير محدد المدة، بالتوقيت الكامل وبالتوقيت الجزئي، قد يرجع إلى نية المشرع في إصدار قوانين أو نصوص أخرى مستقبلا لتنظيم علاقات عمل أخرى داخل إطار منظومة الوظيفة العمومية.

-الصيغة التي جاء بها المشرع في المادة 19 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية جاءت في شكل غير دقيق وغير شامل للحالات التي تبرر اللجوء إلى إبرام عقود عمل محددة المدة أو غير محددة المدة فهي تشير إلى النشاطات التي تبرر نظام التعاقد مثل نشاط الخدمات في المؤسسات والإدارات العمومية، مع العلم أن كل الهيئات التابعة للوظيفة العمومية تعتبر هيئات خدمات، فعبارة خدمات تجعل من مبدأ التعاقد في الوظيفة العمومية يتوسع أكثر فأكثر، بعد أن كان إستثناء ، وبالتالي فالمشرع أراد توسيع نطاق مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد لكن في شكل تنظيمي حيث يجعل إرادتي المستخدم والعون المتعاقد ضيقتين في إختيار أنماط وشروط التعاقد بصفة عامة.

-ويبدو أن المشرع قصد توضيح الفئة التي لا يجوز لها إكتساب صفة الموظف حتى ولو انتمت إلى المؤسسات العمومية للدولة الجزائرية التي يطبق عليها القانون الأساسي للوظيفة العامة، وهذا ما أكدته المادة 02/22 من نفس الأمر وهم الأعوان المتعاقدين المنصوص عليهم بالمادتين (19) و(21)، فالمشرع أضف عليهم صفة العون المتعاقد بدل العامل لإثبات أنه في موقع وظيفي داخل هيئة عمومية تابعة للدولة، وظف بموجب عقد توظيف وفق إجراءات تنظيمية وأن إرادته التعاقدية مقيدة بأحكام تنظيمية مسبقة.

والنشاطات في المادة 19 المشار إليها سابقا لا يمكن إعتبارها موضوعا وظيفية عامة، فالمشرع أخضعها للتعاقد فقط، ومنع أصحابها من إكتساب صفة الموظف العام وهذا ما يخلق لا مساواة بين الفئات المهنية هذه وفئة الموظفين، رغم إنتمائهم لنفس الهيئة المستخدمة المتمثلة في المؤسسات والإدارات العمومية، فمن الفقهاء من إعتبر هذا العيب دستوريا لما كان التفريق قد تم على أساس الإنتماء إلى فئة اجتماعية تحددت معالمها بسبب طبيعة العمل الذي تمتعته، وهذا ما يتنافى مع المادة (29) من الدستور الجزائري التي تؤكد أن كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن التذرع في التفرقة بينهم لسبب شخصي أو اجتماعي كما في هذه الحالة، التفرقة في المعاملة بين فئتين بنفس الهيئة المستخدمة، يمكن لهذا أن ينتمي إليها كموظف والآخر لا يخوله القانون ذلك بل كمتعاقد وما يستتبع ذلك من حرمانه من فرصة التمتع بمركز قانوني أكثر ضمانا وإستقراراً والمرجع في التفرقة إعتبرات اجتماعية دون الأخذ بعين الإعتبار مشاركتهم الفعلية في تحقيق أهداف المؤسسة.

وحين نرجع إلى قانون الوظيفة العامة لسنة 1966 نجده قد سبب وجود المتعاقدين بالآثار التي خلفها الإستعمار الفرنسي، ولكنه لم يحدد فئة المتعاقدين على أساس مهني، بل أخضعها لأمر إضافي ولذلك ومنعا لإستمرار الظاهرة فقد حدد إستعمال طريقة التعاقد بمجرد إستكمال إعداد القوانين الأساسية الخاصة، فليس من العدل أن توفر الإدارة لموظف الحماية والإستقرار وتفتح أمامه باب الترقية والزيادة في الأجر حسب الأقدمية، والآخر تحرمه حتى من الإستقرار النفسي وقد يعيش في خوف دائم من فقدان وظيفته بسبب إنتمائه لفئة مهنية معينة.

كما أن طريقة التعاقد ولاسيما إذا عرفنا أنه من الممكن أن تكون محدودة المدة وقابلة للتجديد، ستضع هؤلاء الأشخاص المتعاقدين تحت رحمة القائم بالتعيين ليتم التحكم فيهم مثل العبيد، أو ينتظرون الإستغناء عنهم عند نهاية فترة التعاقد، إذ أن المادة (22) تجيز صراحة أن يكون العقد محدود المدة بنصها: "... عن طريق عقود محددة المدة أو غير محدودة المدة، أي أن القائم بالتعيين حر في إختيار طبيعة العقد وهذا ما قد يفتح باباً واسعاً للسيطرة، في حين تنص المادة (08) من الدستور على جعل غاية المؤسسات التي يختارها الشعب هي القضاء على إستغلال الإنسان لأخيه الإنسان وليس وضع ميكانيزمات التي تركز هذا الإستغلال، فتربط مصير المتعاقد المعين بإرادة شخص آخر، إذ يبقى المتعاقد لفترة محددة من دون ضوابط تحميه من تعسف القائم بالتوظيف، وله كامل الحرية أن يبقيه أو يستبدله بشخص آخر أي سيكون عرضة للتبعية والإستغلال بشكل حتمي، عكس ما منعه المادة (09) من الدستور التي تمنع بشكل قطعي على المؤسسات إقامة علاقات الإستغلال والتبعية، والعيب في هذه الحالات ليس في نظام التعاقد وإنما في طريقة تطبيقه والإطار القانوني المنظم له الذي ميز بين فئتين قد يلتزمان بنفس الواجبات الوظيفية لكن لا يتمتعون بنفس الحقوق والإميازات وهذا ما جعل الأشخاص يتهربون من التوظيف بهذه الطريقة إلا إذا اضطروا لذلك.

ويمكننا تفادي هذه المساوي لوجعلنا التعاقد بعقود غير محددة المدة مع تمتع أصحابها بكل المزايا التي ينص عليها القانون الأساسي للوظيفة العامة، مع الحق في الإستفادة من الأقدمية لمدة تعاقد، أو النص على الأولوية للمتعاقد الذي إنتهت مدة عقده في التعاقد مرة أخرى في حال بقاء حاجة الإدارة إلى المنصب، أو ظهر ذلك بعد مدة إلا في حالة الرفض الصريح أو الضمني من قبل

المتعاقد، فمجال التبعية والإستغلال يزداد كلما فتحنا الباب أمام الإدارة في حرمان الشخص من حقه في تجديد العقد.

- كما يستحسن إشراف هيئة رقابية لتأكيد رقابة المشروعية في إبرام مثل هذه العقود، وهي مديرية التوظيف العمومي والمفتشيات التابعة لها واللجان متساوية الأعضاء أيضا.

- الإشارة إلى المادة (19) ضمن المادة (22) لاسيما الفقرة الثانية منها عديمة الجدوى مما يتطلب تعديلها جزئيا.

- الإقتداء بقانون 11/90 الذي جعل الأصل في عقد العمل أنه غير محدود المدة إلا لظروف إستثنائية حددها القانون نفسه، مما يمنع وضع العامل تحت سلطة رب العمل في إعتداد العقود محدودة المدة بشكل مطلق، لأن المشرع تنبه إلى أن العقد المحدد المدة يسهل إبتزاز العامل والإنتقاص من حريته، وحتى المساس بكرامته، وخاصة أن عدد الأعوان المتعاقدون في تزايد مستمر حتى قبل صدور المرسوم الرئاسي الخاص بهم رقم 308/07، فقط بلغ عددهم 283.563 عون أي 17,1% من بين عدد الموظفين لسنة 2009 وعدد نساء المتعاقدات 52.719 أي 10,8% من عدد الموظفات في الدولة البالغ عددهم 489.285 أي 29,5% من تعداد موظفي الدولة (8)

3- المركز القانوني للعون المتعاقد:

عرفنا أن عقد التوظيف هو عقد إداري لكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل يمكن إعتبار العون المتعاقد في إطار عقد التوظيف موظف عام، له نفس المركز القانوني الخاص به، بما يميزه من إلتزامات وحقوق تختلف عن حقوق وإلتزامات العامل في إطار القطاع الخاص بعقد العمل؟

لا يمكننا إضفاء صفة الموظف العام على الأعوان المتعاقدين خاصة لعدم توفر شروط إكتساب الصفة، فأين عنصر الثبوت في السلم الرئاسي وعنصر الدوام الذي يشترطه القضاء في الموظف العام؟، وقد نص القانون صراحة على عدم إصباح هذه الصفة على المتعاقدين في المادة (22) من الأمر 03/06، فالعون المتعاقد رغم أنه يلتحق بالوظيفة بناء على عقد فإن مركزه القانوني لا يعتبر مركزاً تعاقدياً خالصاً مشابهاً بمركز غيره من المتعاقدين في إطار القانون الخاص أو الإداري، بل كما قرر مجلس الدولة الفرنسي - مركز مركب مختلط- إذ يخضع العون المتعاقد لـ:

1) الشروط الواردة في العقد المبرم معه، عادة تعتبر قليلة، تقتصر أساساً على بيان نوع الوظيفة ومقدار الراتب ومدة العقد.

2) يخضع في نفس الوقت لكافة القواعد القانونية للنظام الوظيفي الذي يحكم الوظيفة المتعاقد عليها، فيما لم يرد بشأنه نص في العقد، وللإدارة تعديل قواعد النظام الوظيفي بما يتضمن من حقوق وواجبات، وليس للعون المتعاقد أن يعترض أو يتظلم ما دام التعديل لا يمس شروط العقد.

4- حالات إبرام عقد التوظيف:

تقر المادة (02) من المرسوم الرئاسي رقم 308/07 إلى أن هناك نوعين من عقود التوظيف وهي عقود محددة المدة وأخرى غير محددة المدة، وقد حدد القانون الحالات التي تخضع لهذا النوع من التعاقد.

أ- حالات اللجوء إلى عقد محدد المدة:

تنص المادة (04) من المرسوم الرئاسي رقم 308/07 على أنه يتم توظيف الأعوان المتعاقدون بعقود محددة المدة، مدته سنة واحدة يمكن تجديدها مرة واحدة ولنفس المدة، حسب ما تقررته المادة 2/8 من نفس المرسوم الرئاسي أعلاه إن كان العقد مخصص لـ

- شغل منصب شغل مؤقت.
- تعويض الشغور المؤقت لمنصب الشغل.
- في انتظار تنظيم مسابقة أو إنشاء سلك جديد للموظفين.
- للتكفل بعملية تكتسي طابعاً مؤقتاً.

ب- حالات اللجوء إلى عقود غير محددة المدة:

يتم اللجوء إلى عقود التوظيف غير محددة المدة إن كانت موجهة إلى شغل منصب شغل دائم، عندما تبرر ذلك طبيعة النشاطات أو ضرورات الخدمة، حسب المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07.

إذن نلجأ إلى التعاقد في الحالات التالية حسب ما قرره الأمر 03/06 والمرسوم الرئاسي رقم 308/07:

كأصل عام تخضع دائماً لنظام التعاقد النشاطات التالية:

1- نشاطات الحفظ. 2- نشاطات الصيانة. 3- الخدمات في المؤسسات والإدارات العمومية.

وتنقسم نشاطات الحفظ والصيانة والخدمات إلى مناصب شغل كالآتي:

- العمال المهنيون - أعوان الخدمة - سائقوا السيارات ورؤساء الحظائر - أعوان الوقاية والحراس حسب المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07.

2- لتوظيف مستشارون لهم تأهيل مطلوب لإنجاز أعمال خبرة ظرفية أو دراسة أو استشارة

لحساب المؤسسات والإدارات العمومية، ويحدد ذلك عن طريق التنظيم حسب

المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07.

إستثناءً يمكن اللجوء إلى نظام التوظيف التعاقدي في مناصب مخصصة أصلاً للموظفين، في الحالات التالية حسب المادة 20 و 21 من الأمر 03/06.

1- في انتظار تنظيم مسابقة توظيف أو إنشاء سلك جديد للموظفين.

2- لتعويض الشغور المؤقت لمنصب الشغل.

في هاتين الحالتين يوظف الأعوان المتعاقدون بعقود محددة المدة وتوقيت كامل، ويوضح

تطبيق هذه الأحكام القانون بموجب قرار صادر عن السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، حسب المادة 10 من المرسوم 308/07.

3- في إطار التكفل بأعمال تكتسي طابع مؤقت حسب المادة 21 من الأمر 03/06، إذ

يوظف الأعوان المتعاقدون في هذه الحالة بموجب عقد محدد المدة، في حدود

آجال إنجاز العمليات التي تكتسي طابعاً مؤقتاً، ويحدد تعداد مناصب الشغل ومدة

العقود بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني والسلطة

المكلفة بالوظيفة العمومية، حسب المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07.

أما فيما يخص مناصب الشغل الأخرى المخصصة للتعاقد، فيحدد تعدادها وتصنيفها ومدة العقد

بالنسبة لكل قطاع على مستوى الإدارة المركزية أو المصالح غير الممركزة أو اللامركزية، والمؤسسات

العمومية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني والسلطة المكلفة بالوظيفة

العمومية، حسب المادة 03/08 من المرسوم أعلاه مثل ما قررته وزارة التربية مؤخرا بالإستغناء عن قوائم الإحتياطية وإستبدالها بالتعاقد، وليس لهم الحق في إكتساب صفة الموظف العام أوالحق بالإدماج في رتب من رتب الوظيف العمومي حسب المادة 22 من الأمر 03/06، ما عدا الذين وظفوا قبل صدوره في نشاطات الحفظ والصيانة والخدمات في المؤسسات والإدارات العمومية، فيكتسبون صفة الموظف العام حسب المادة 23 من الأمر 03/06، إلا أنه قد يستفيد المتعاقدون في مناصب معينة ببعض الإمتيازات قد تساعدهم على الإلتحاق بالوظيفة العامة.

ج-أنماط أخرى من عقود التشغيل المؤقتة:

قد عالج المشرع أنماطاً أخرى من العقود المؤقتة والخاصة بالشباب هي عقود الإدماج المهني لحاملي شهادات التعليم العالي والتقنيين السامين خريجي المعاهد الوطنية للتكوين، وهي تشمل كل القطاعات العمومية أو الخاصة، الإقتصادية أو الإدارية (9)، وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 402/98 الذي تم إلغاؤه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 126/08 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني (10).

وقبله كان المرسوم الرئاسي رقم 234/96 المؤرخ في 1996/07/02 المتعلق بدعم تشغيل الشباب (11)، يختص بإنشاء مشاريع خاصة بالشباب أكثر من مجال التوظيف في المؤسسات العامة أو الخاصة.

وبعد صدور القانون الأساسي للوظيفة العامة 03/06 جاء المرسوم 126/08 المتعلق بجهاز الإدماج المهني الذي ينص على تشجيع الإدماج المهني لشباب طالبي العمل المبتدئين وتشجيع كافة الأنشطة المتعلقة بترقية تشغيلهم لاسيما عبر برامج التكوين، التشغيل والتوظيف، فخص ثلاث فئات هم:

الفئة الأولى: عقد إدماج لحاملي شهادات التعليم العالي والتقنيين السامين خريجي المؤسسات الوطنية للتكوين المهني.

الفئة الثانية: عقد إدماج مهني للشباب خريجي التعليم الثانوي للتربية الوطنية ومراكز التكوين المهني أو الذين تابعوا تربصاً تمهينياً.

الفئة الثالثة: عقد إدماج- تكوين للشباب بدون تكوين ولا تأهيل، ولم تكن هذه الفئة مدرجة في المرسوم رقم 402/98، ويتم تنصيب هذه الفئة خارج إطار المؤسسات والإدارات العمومية في ورشات أشغال تبادر الجماعات المحلية ومختلف قطاعات النشاط بإنشائها.

وهذه الأنواع من العقود تساعد على إمتصاص البطالة وتحضير يد عاملة متكونة للمستقبل، ومدة هذه العقود سنة واحدة في القطاع الإقتصادي، سنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة في قطاع المؤسسات والإدارات العمومية، سنة واحدة غير قابلة للتجديد بالنسبة للتكوين لدى الحرفيين المعلمين حسب المادة 06 من المرسوم 126/08 المذكور سابقا.

بعد إنتهاء عقد الإدماج المهني، أقر المشرع نمط آخر من العقود هو عقد العمل المدعم، مدته ثلاث سنوات لحاملي شهادات التعليم العالي وستين لخريجي التعليم الثانوي ومراكز التكوين، وسنة للشباب عديمي التكوين والتأهيل، وقد خصصت الدولة دعما لدفع رواتبهم مع تحديد نسبة 15% لا يجب أن يتجاوزها المستخدم في إعتماده على هذا النمط من التشغيل حسب المادة 07 من المرسوم رقم 126/08.

وهناك من القانونيين من لا يعتبر هذه العقود المبرمة في إطار تشغيل الشباب أوفي إطار الإدماج المهني عقود عمل بمفهومه الواسع بالنظر إلى الطبيعة القانونية للعقد المبرم وإختلاف الحقوق رغم بقاء الإلتزامات نفسها .

وبإنتهاء هذه العقود أي عقد الإدماج المهني وعقد العمل المدعم، المستخدم غير ملزم قانونا بإدماج العامل لا في قطاع الوظيفة العامة ولا في باقي القطاعات الأخرى، وبالتالي العودة إلى عالم البطالة مما يجعل التطبيق السيئ لهذا النظام يجعل البعض يعتبر التوظيف التعاقدي في الوظيفة العامة وعقود الإدماج المهني وعقود العمل المدعمة بطالة مقنعة لا غير، كما أصبحت الهيئات المستخدمة تعتمد كثيرا على العقود الأخيرة تهربا من التوظيف التعاقدي في إطار المواد 19, 20, 21, 22 من الأمر 03/06.

5- شروط صحة التوظيف التعاقدي:

أ) تتأكد الإدارة دائما من توافر الشروط العامة الواجب تحقيقها في الأشخاص المتقدمين لشغل المناصب الخاضعة لنظام التعاقد وحددت المادة 16 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07 من الفصل الثالث الذي جاء تحت عنوان شروط التوظيف وكيفيةاته وهي:

- أن يكون جزائري الجنسية.
- أن يبلغ من العمر 18 سنة على الأقل عند تاريخ التوظيف.
- أن تتوفر فيه الأهلية البدنية والعقلية وكذا المؤهلات التي يقتضيها الالتحاق بمنصب الشغل المطلوب.
- أن يكون في وضعية قانونية إزاء الخدمة الوطنية.
- أن يتمتع بحقوقه المدنية وأن يكون على خلق حسن.
- ألا تحمل صحيفة سوابقه القضائية ملاحظات يتنافى وممارسة منصب الشغل المطلوب.

ب) تشكيل الملف الإداري:

تطبيقا للمادة 20 من المرسوم الرئاسي 308/07 صدر قرار مؤرخ في 07 أبريل 2008 (13) من السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية يهدف إلى تحديد تشكيل الملف الإداري وكيفيةات تنظيم توظيف الأعوان المتعاقدين وكذا إجراءات الإعلان، إذ تنص المادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07 على أنه يجب على كل مترشح لمنصب شغل خاضع إلى نظام التعاقد أن يقدم ملفا إداريا قبل توظيفه يتكون من:

- طلب خطي.
- نسخة مصادق على مطابقتها لأصل الشهادة أو الإجازة أو المستوى الدراسي و/أو التكويني...
- نسخة مصادق على مطابقتها لأصل شهادة إثبات الوضعية إزاء الخدمة الوطنية.
- شهادة عمل تثبت الخبرة المهنية المكتسبة في تخصص له صلة مع منصب العمل المراد شغله عند الاقتضاء.
- مستخرج من صحيفة السوابق القضائية الوثيقة رقم -3- سارية الصلاحية.
- شهادة طبية تثبت تأهيل المترشح لشغل منصب العمل المقصود وبعد توظيفهم يجب على المترشحين إتمام ملفهم بالوثائق التالية:

- شهادة الميلاد.
 - شهادة عائلية عند الاقتضاء.
 - شهادة الجنسية الجزائرية.
 - 06 صور شمسية (المادة 02 من القانون أعلاه).
- ويتم تسجيل ملفات الترشح حسب الترتيب التسلسلي للاستقبال في سجل خاص مؤشر عليه ومرقم تفتحه السلطة الإدارية المعنية (المادة 03 من القرار أعلاه).
- ج) طرق التوظيف التعاقدي:
- تنص المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07 على أنه يتم توظيف الأعوان المتعاقدين حسب الحالة عن طريق:
- 1- الانتقاء بناء على دراسة الملف فيما يخص مناصب الشغل المطلوب شغلها بموجب عقد محدد المدة.
 - 2- اختبار مهني فيما يخص مناصب الشغل المطلوب شغلها بموجب عقد غير محدد المدة.
- يفتح التوظيف بقرار أو مقرر من السلطة التي لها صلاحية التعيين (المادة 04 من قرار 07 أبريل 2008) وتبلغ نسخة من القرار أو المقرر في أجل 08 أيام ابتداء من تاريخ توقيعه إلى المصالح المركزية أو المحلية للوظيفة العمومية حسب الحالة التي يجب عليها إبداء رأي بالمطابقة إزاءها في أجل لا يتجاوز 10 أيام وهذا ما نطلق عليه تسمية رقابة المشروعية في الوظيفة العامة، رقابة لاحقة حسب المادة 05 من القرار).
- د) مراحل التوظيف:
- أولاً: مقرر فتح التوظيف وأماكن إجرائه:
- يجب أن يوضح مقرر فتح التوظيف التعاقدي على الخصوص ما يأتي:
- مناصب الشغل المراد شغلها.
 - طبيعة التوظيف بالانتقاء بناء على دراسة الملف أو اختبار مهني.
 - عدد المناصب المالية المفتوحة بعنوان السنة المقصودة.
 - شروط التأهيل المطلوبة.

- طبيعة ومدة عقد العمل.
- عنوان وآجال وتاريخ نهاية إرسال أو إيداع ملفات الترشح.
- تاريخ ومكان إجراء الاختبار المهني.
- مكان التعيين.

وهذا حسب ما تشترطه المادة 06 من قرار 07 أبريل 2008.

يجب أن يتم إشهار مقرر فتح توظيف الأعوان المتعاقدين في شكل إعلان توظيف لمدة 20 يوماً على مستوى الوكالة الولائية للتشغيل والوكالة المحلية للتشغيل المختصة ومقرات الإدارة المعنية وفي كل مكان مناسب حسب المادة 07 من نفس القرار دون الإخلال بأحكام المادة 19 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07 أي أنه يمكن القيام بالتوظيف المباشر للأعوان المتعاقدين اعتباراً لمقتضيات الخدمة أو طبيعة النشاطات المرتبطة ببعض مناصب الشغل، في غير هذه الحالة يخضع توظيف الأعوان المتعاقدين إلى الإعلان ويحدد تاريخ إنجاز عمليات التوظيف كما هي محددة بموجب أحكام القرار أعلاه ب(45) يوماً ابتداءً من تاريخ أول إعلان للتوظيف، هذا وما تؤكدته المادة 17 من نفس القرار.

ثانياً: التوظيف بالانتقاء أو الاختيار حسب الحالة

أ) عقود محددة المدة:

يتم توظيف الأعوان المتعاقدين عن طريق الانتقاء بناءً على دراسة الملف من طرف ممثلين (02) مؤهلين عن السلطة الإدارية المختصة حسب المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07 والمادة 08 من القرار.

- تدون أشغال هذه اللجنة في محضر انتقاء المترشحين المقبولين نهائياً حسب درجة الاستحقاق وفي حدود المناصب المالية المطلوب شغلها.

- يبلغ المحضر للمصادقة عليه إلى المصالح المركزية أو المحلية للتوظيف العامة حسب الحالة في أجل 08 أيام ابتداءً من تاريخ توقيعه مرفقاً بإعلان التوظيف المؤشر عليه والمؤرخ قانوناً من طرف الوكالة الولائية للتشغيل والوكالة المحلية للتشغيل المختصة (المادة 09 من القرار).

ب) عقود غير محددة المدة:

يتم توظيف الأعوان المتعاقدين لفترة غير محددة المدة عن طريق الاختبار المهني (المادة 10 من القرار).

(هـ) أماكن إجراء التوظيف:

يسند التوظيف إلى مراكز التكوين المهني والتمهين فيما يخص تنظيم الاختبارات المهنية للتوظيف في المناصب الآتية:

العمال المهنيون، أعوان الخدمة، رؤساء الحظائر، أعوان الوقاية والحراس، ويسند إلى ممتحني رخصة السياقة المعنيين من طرف مدير النقل للولاية المعنية إجراء الاختبارات المهنية للتوظيف في مناصب سائقي السيارات حسب المادة 11 من القرار والمادة 09 من المرسوم الرئاسي.

أما عن مضمون الاختبارات المهنية فيختلف باختلاف المناصب المراد شغلها وقد حدد القرار الاختبارات الواجب أداؤها من قبل المترشحين على حسب المنصب.

-تحدد قائمة المترشحين الناجحين نهائيا في الاختبار المهني من طرف لجنة مجتمعة في هيئة لجنة مداولات مشكلة مما يأتي:

- ممثل السلطة الإدارية المختصة ← رئيساً.
- ممثل مركز الامتحان.
- مصصح واحد للاختبارات معين من طرف رئيس مركز الامتحان.

تدون أشغال اللجنة في محضر إعلان النتائج النهائية لاختبار المهني يبلغ المحضر قصد المصادقة عليه إلى المصالح المركزية أوالمحلية للوظيفة العامة حسب الحالة في أجل 08 أيام ابتداء من تاريخ توقيعه مرفقا بإعلان التوظيف المؤشر عليه والمؤرخ قانونا من طرف الوكالة الولائية للتشغيل والوكالة المحلية للتشغيل المختصة حسب المادة 15 من قرار 07 أبريل 2008، وعلى اللجان أن تضبط قائمة احتياطية حسب درجة الاستحقاق وهي اللجان المنصوص عليها في المادتين 08 و 14 من القرار لتعويض المترشحين المنتقین أوالناجحين الذين لم يلتحقوا بمناصبهم عند الاقتضاء حسب المادة 16 من القرار.

- يقتضي القانون على كل مترشح ناجح نهائيا ولم يلتحق بمنصب عمله في أجل 15 يوما ابتداءً من تاريخ تبليغه كتابيا بنجاحه، يفقد حق التوظيف ويتم تعويضه بالمترشح الموجود في القائمة الاحتياطية حسب الترتيب (المادة 19 من القرار).

- يتم توقيع العقد وتبلغ نسخة من عقد العمل كما هي محددة في القانون (14) حسب المادة 03 من المرسوم 308/07 في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ التوقيع عليه إلى المصالح المختصة للوظيفة العامة (المادة 20 من القرار).

- يخضع المترشحون الناجحون أي المنتقون نهائيا، بناء على دراسة الملف أو الناجحين في اختبار المهني إلى فترة تجريبية حسب القانون (15) (المادة 21 من المرسوم الرئاسي 308/07 والمادة 21 من القرار).

أما الأعوان المتعاقدون الذين وظفوا في مناصب حراس وأعوان الوقاية فإنهم يخضعون إلى تحقيق إداري بعد توظيفهم ويؤدي كل تحقيق سلمي إلى فسخ عقد العمل (المادة 28 من القرار) ويمكن أن يمتد هذا التحقيق إلى مناصب أخرى خاضعة لنظام التعاقد إذا ارتأت الإدارة المستخدمة ضرورة لذلك حسب المادة 22 من القرار.

إنقضاء العقد ونهاية نشاط العون المتعاقد:

نصت المادة 69 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07 على طرق انتهاء علاقة العمل بين العون المتعاقد والإدارة المستخدمة بنصها "تنتهي علاقة العمل بعنوان نظام التعاقد بفعل:

- انتهاء العقد.
- الاستقالة المقبولة بصفة نهائية.
- فسخ العقد دون إشعار مسبق أو تعويض.
- التسريح مع الإشعار المسبق أو التعويض.
- التقاعد - الوفاة.

كما نصت المادة 72 منه على آثار نهاية علاقة العمل. إذ يترتب عن انحلال الرابطة التعاقدية أثر مالي يتمثل في حصول العون المتعاقد على تعويض مالي ما لم يكن انتهاء العقد بسبب الفسخ دون إشعار مسبق أو تعويض، إضافة إلى أنه لانقضاء العقد أيضا أثر تنظيمي يتمثل في إلزام

الهيئة المستخدمة بمنح العون المتعاقد شهادة تحوي معلومات معينة هي: شهادة الخبرة، شهادة عمل تبين تاريخ التوظيف وتاريخ نهاية علاقة العمل وكذا المنصب أو مناصب الشغل التي تم شغلها من قبله والفترات الموافقة لها حسب المادة 72 من المرسوم 308/07، بالإضافة إلى ما يقرره القانون من حقوق مالية أو تعويض حسب الحالة.

7 - تبيين دور التوظيف التعاقدي في إصلاح الوظيفة العمومية:

إن مفهوم الوظيفة العامة مرتبط بمفهوم النظام السياسي للدولة، ففي الجزائر تعتبر الوظيفة العامة رسالة وخدمة والموظفون هم الذين يقدمون الخدمات للشعب باسم الدولة وهم بذلك أدواتها في تسيير مرافقها جزء لا يتجزأ من بنيانها الإداري، ويتمثلون مع السلطة العامة ليكونوا معها وحدة غير قابلة للانفصام، وهذا هو المفهوم الشخصي للوظيفة العامة أي إرباط الموظف بالخدمة في سلك معين وليس بوظيفة معينة فهل هذا النظام المغلق للوظيفة يحقق فعلا شعار القائل: "الموظف هو خادم الشعب"؟، حسب رأيي وما أثبتته الواقع المعاش مع غالبية مرافقنا العمومية تكون الإجابة بالنفي، كيف لا؟ إذا كان من أهم الآثار القانونية المترتبة عن الأخذ بهذا النظام الترسيم في الوظيفة، الترقية بالأقدمية، وكذا إلزام الدولة بدفع راتب شهري ثابت أو راتب تقاعدي مضمون.... وبذلك من أن تكون هذه عوامل تحفز الموظفين على التفاني والإخلاص في العمل، على العكس من ذلك سمحت لبعض الموظفين إن لم نقل أغليبتهم - باستغلال النفوذ والانحراف في استعمال السلطة لغير ما خصصت له.

- إنعدام الضمير المهني وعدم الإكتراث بالمصلحة العامة.

- الأنانية في العمل وعدم المبالاة وإخفاء روح الجماعة والتضامن أمام طغيان المصلحة الفردية.

- أصبح الفساد الإداري وكأنه عرف إداري متداول يعترف بالزاميته.

فكما يقول أنس قاسم جعفر: "الموظف العام ينظر إلى الوظيفة الحكومية كما لو كانت جزءا من أملاكه الخاصة وإلى الحكومة على أنها وسيلة لتنمية مصالحه لا على أنها مؤسسة عامة لخدمة المجتمع" خاصة وأن الترسيم في المنصب يضمن للموظف الاستقرار فالعلاقة تنظيمية وليست تعاقدية إذن هو محصن في موقعه لا يوجد عقد يجبره على إنهاء علاقته الوظيفية في أي وقت تشاء الإدارة

المستخدمة، حتى ولو لم يتم بواجباته الوظيفية كما ينبغي، حتى أن زوال الوظيفة لا يعني زوال المهنة، فالإدارة مجبرة على نقله إلى وظيفة أخرى وليس طرده أو التخلّص منه، كما أن النجاح في المسابقة أو المقابلة ولا إجتياز فترة التجربة بنجاح دليل على جدارة وكفاءة هذا الشخص للوظيفة، لأنه في الوقت الحالي ما يورق خريجي الجامعات مع أنهم الفئة المعول عليها للنهوض بالبلاد هوفقط الحصول على منصب مالي دائم دون الأخذ بعين الاعتبار التخصص الذي ظل لسنوات يدرس فيه، لدرجة أن البعض منهم بدأ يدخل مسابقات التوظيف في مناصب تتطلب شهادات أقل من تلك التي يملكونها مثلاً شخص متحصل على شهادة الليسانس والتي من المفروض تؤهله لمنصب متصرف إداري يدخل مسابقة عون إداري والتي لا تتطلب إلا مستوى الثالثة ثانوي أي ضحى بخمس سنوات من الدراسة والإجتهاد، وهذا دليل على إهتمام طالب الوظيفة الجزائري بضمن مورد مالي ثابت يكفل له الحد الأدنى من متطلبات المعيشة على الأقل وهذا ما يؤثر مستقبلاً على طريقة آدائه للعمل لأنه أصلاً غير مقتنع بالوظيفة التي يشغلها أي فشل السياسة الإصلاحية في تحقيق ثلاث قواعد أساسية هي:

-الشخص المناسب في المكان المناسب.

-تساوي الأجور إذا تساوت المؤهلات وصعوبة الإلتزامات الوظيفية.

-منح الأجر على قدر العمل.

فبتجسيد هذه القواعد فقط يمكن تحقيق الجودة والتنوعية في آداء الخدمة العمومية، وهذا ما حققته الدول التي تأخذ بالنظام المفتوح للوظيفة العمومية حيث تعتمد على مبدأ الجدارة لتولية الوظيفة العامة وعلى أساس التعاقد ومن يثبت ويبقى محافظاً على جدارته وكفاءته يبقى محتفظاً بالوظيفة على العكس من ذلك قد يتقلد مناصب أكبر بأجر وإميازات أكثر، فإذا كان تأقيت الوظيفة يشكل عدم إستقرار نفسي للعون المتعاقد إلا أنه من جهة ثانية ينبهه لضرورة المثابرة وحسن آداء العمل وكسب رضا رؤسائه للبقاء في الوظيفة.

لهذا فتعاقد في الوظيفة العامة يسمح للإدارة بالاستعانة بمن هي بحاجة إليهم فقط، والقضاء على ظاهرة كثرة الأعوان الخياليين والممارسات الإدارية المتعلقة بتخصيص مناصب مالية نظرية دون شغلها .

جعل الوظيفة العامة أكثر مهنية واحترافية بالإعتماد على مقارنة تقديرية لتعداد المستخدمين مع الوظائف والكفاءات، كما يقلل نظام التعاقد من التكاليف المالية، فقد تصرف إدارة ما الملايين من الميزانية لأجل إجراء مسابقة توظيف لمنصب إداري أو اثنين يذخلها الآلاف لينالها في الأخير موظف لا يكثر بالوظيفة وإنما براتبها ليتركها في أول فرصة تسمح له بالحصول على مرتب أعلى ولوفي القطاع الخاص فيذهب كل ما خسرت الدولة على المسابقة هباء .

لهذا فنظام التوظيف التعاقدي يشكل حلا سريعا وسهلا للنهوض بالقطاع شريطة تحضير الأرضية مسبقا لتطبيقه وليس إعتماده بشكل عفوي دون إعلام وتوجيه وإقناع أطراف سوق العمل من إدارات وطالبي الشغل بمفهومه ومزاياه مع إرساء قواعد قانونية سليمة مدعمة بالموظف المناسب في المكان المناسب، وغياب كل هذا كان السبب في إعتبار هذا النظام عرقلة أمام الإصلاحات المتوخاة في القطاع مع أن الحقيقة هي التطبيق غير السليم للنظام هو السبب في ظل الإصلاحات الترقية المختلفة التي باشرتها الإرادة السياسية للدولة، ولعل ما تشهده مختلف قطاعات التوظيف العمومي من اضطرابات وإضرابات في الآونة الأخيرة لخير دليل وأكبر مؤشر على ذلك مع أنه هناك الكثير من الأعوان المتعاقدين الذين خدموا الوظيفة العامة بتفاني لعدة سنوات دون أي احتجاج إلى غاية صدور الأمر 03/06 والمرسوم 308/07 المشار إليهما سابقا وغيرها التي بدلا من أن تساهم في تحقيق سياسة "إعادة تأهيل المرافق العمومية الإدارية" زادت من عرقلة تسيير المرفق العام بانتظام وإضطراب إن لم نقل شله نهائيا .

فلما نجحت فرنسا في تطبيقها لهذا النظام على مراحل كالآتي (15) :

الوظيفة العامة الفرنسية أيضا أخذت بنظام التعاقد في التوظيف (16)، إذ لا يمكن تلبية حاجات الإدارة من موظفين عموميين بسرعة دائما، وقد كانت علاقة الأعوان العموميين بالدولة تفسر

على أساس أنها علاقة تعاقدية والرضا بالوظيفة معناه الرضا بكل واجباتها وحقوقها الواردة في عقد الوظيفة العامة، لكن هذه النظرية انتقدت من قبل **Jèze** و **Hauriou** وهجرت منذ قرار **Dlle Minane** وهو مشابه لقرار **Winkell** (17).

والأعوان غير المرسمين في فرنسا هم أعوان عموميون وليسوا موظفين، وتوظيفهم يتم بدون مسابقة، يحكمهم القانون رقم 634/83 المؤرخ في 13 جويلية 1983م، وقانون 53/84 المؤرخ في جانفي 1984 على أساس المادة 136 من القانون 53/84، والنظام القانوني لهم يحدده المرسوم 145/88 المؤرخ 15 فيفري 1988 والعقد الذي وظفوا في إطاره، وتشير الإحصائيات إلى تزايد التعاقد في الوظيفة العامة الفرنسية بنسبة عقد لواحد من بين 6 موظفين.

فالعقد يمثل 16% من العمالة في القطاع العام، فأكثر من 840.000 شخص وظف على أساس عقد محدد المدة أو غير محدد المدة (18)، وهي عقود بموجب القانون العام على عكس عقود المساعدة، مثل عقود توظيف المعوقين فهي خاضعة للقانون الخاص **Contrats « aidés »** ونجد الأعوان المتعاقدين في الوظائف العامة الثلاثة في فرنسا، الوظيفة العامة في الدولة، الوظيفة العامة المحلية، الوظيفة العامة في المستشفيات، فالتعاقد يعتبر عملية أسهل وأبسط من إجراء مسابقة توظيف، لكن يبقى دائما إستثناء على القاعدة العامة وهي المسابقات، فهي أفضل وأنجع وسيلة للحفاظ على الشفافية، وتحقيق مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العامة (19).

كما يعتبر قانون 14 سبتمبر 1941 أول قانون للوظيفة العامة للدولة في المادة الثانية منه نص على إمكانية التوظيف في مناصب معينة عن طريق التعاقد بعقد خاضع للقانون العام، في وظيفة غير صناعية ولا تجارية، بعدها قانون 9 سبتمبر 1943 (20) إذ عرفت في هذه الفترة تسمية "الموظفين المتعاقدين"، لكن ابتداء من قانون 1946 هجرت تسمية الموظف المتعاقد، فالمادة الأولى من قانون 19 أكتوبر 1946 (21) والمادة 5 منه اعتبرت أنه لا يمكن إطلاق تسمية الموظف على الأعوان المتعاقدين، لأن الموظف تربطه بالإدارة علاقة تنظيمية لائحية، ويرسم في درجة من درجات الوظيفة العامة (22) وبقي النص كما هو في المادة 5 من القانون رقم 244/59 (23) والمادة 4 من قانون 634/83 المؤرخ 13 جويلية 1983.

ومع بداية تطبيق قانون 1983 كان عدد الموظفين غير المرسمين حوالي 500.000 في إدارات الدولة، وقد نص قانون 1984/53 أنه لا يمكن توظيف الأعوان المتعاقدين إلا في:

__ حالات خلق مناصب جديدة.

__ حاجات الإدارة الجديدة لا يمكن التصدي لها إلا بتوظيف أعوان متعاقدين.

__ عدم وجود عدد كافي من المترشحين المؤهلين للتوظيف العامة.

__ وظائف تستلزم تخصصات تقنية محددة أو خبرات معين (24).

- ويمكن أثناء توظيف عون متعاقد لتعويض شغور مؤقت لمنصب مخصص لموظف دائم حسب المادة 3 الفصل (3) والمادة 9 الفصل الخامس، كما أن قائمة المناصب الممكن إخضاعها لنظام التعاقد خاضعة لاستشارة اللجنة المتساوية التقنية المتواجدة على مستوى كل إدارة، ولا يمكن توظيف العون إلا وفق عقد لمدة محددة هي 3 سنوات كحد أقصى قابلة للتجديد مرة واحدة (25).

- ثم صدر قانون 30 جويلية 1987 وخفف من حدة الشروط السابقة وأصبح من الممكن توظيف أعوان متعاقدون، كلما بررت حاجات الإدارة أو طبيعة الوظيفة ذلك ولم يعد يشترط رأي اللجنة المتساوية التقنية، كما بقيت المدة المحددة للعقد 3 سنوات لكن يمكن تجديدها لعدة مرات **par reconduction expresse** (26) وتخضع العقود للقانون العام والقضاء الإداري (27).

أما الإصلاح الإداري لسنة 1987 فقد أخذ بنفس المبدأ وأصبح من حق القضاء الإداري رقابة صحة ملف توظيف العون على أساس التعاقد ومدى توافر الشروط القانونية لذلك (28)، ثم تحول العقد الإداري للتوظيف إلى عقد غير محدد المدة حسب المادة 34 من قانون 12 أبريل 2000 (29)، لكن لا يوجد تشريع خاص بالأعوان المتعاقدين فقط وبالتالي يقر بعض الفقه الفرنسي بوجود فراغ تشريعي، لأنه لحد الآن تطبق عليهم أحكام مستتبطة من قوانين مختلفة (30) وهذا لا يمنع من أن لهم حقوق من هذه القوانين، وأخرى من قواعد العدالة وحقوق الإنسان كالحق في عطلة الأمومة للموظفة المتعاقدة، والحق في الحصول على شهادة عمل تثبت تاريخ بداية ونهاية العقد وطبيعة

الوظيفة (31)، لكن هذه الضمانات لا تشبه تلك التي توفرها عقود العمل غير محددة المدة في قانون العمل وليس لهم مسار مهني تحميه العلاقة التنظيمية اللائحية والقانونية (32).

وبدأت النقابات تدافع عنهم وتناضل لأجل حماية أكبر وضمانات أكثر للأعوان المتعاقدين فأصبحت تؤخذ سنوات التعاقد كخبرة مهنية تؤدي إلى تفضيلهم في الإمتحانات والاختبارات المهنية للإلتحاق بالوظيفة العمومية وفق قانون 3 جانفي 2001 (33)، ولأكثر ضمان لهم يقترح الفقهاء جعل عقود التوظيف للأعوان المتعاقدين لمدة غير محدودة (34)، كما يخضع توظيفهم في إطار التعاقد لإجراء امتحانات ودراسة ملف ومناقشة شفوية مع المترشح (35)، والفقهاء الحديث يشجع على مواصلة الأخذ بنظام التعاقد في الوظيفة العامة، خاصة بعض الوظائف التقنية والتي تحتاج إلى خبرات (36) وتعتبر عقد التوظيف من عقود القانون العام لأجل محدد، على عكس ما يحدث في قانون العمل حيث هو عقد دائم، ويجوز للإدارة استخدام بعض الشروط التعاقدية من القانون الخاص إن سمح القانون بذلك، ولأن العقد اعتبر من عقود القانون الخاص مثل عقود المساعدة.

في الأخير يمكن القول أن:

العون المتعاقد يفقد لقسط كبير من الأمن والاستقرار الوظيفي نتيجة احتمال إنهاء عقده من جانب الإدارة ودون خطأ من جانبه أو تحقيق، كما يمكن للإدارة التخلص من العون المتعاقد بغير الطريق التأديبي بعدم تجديد العقد أو استنادا إلى الشرط الذي يجيز لكلا الطرفين إنهاء العقد مع توجيه إنذار للطرف الآخر بمدة معينة، ورغم أن هذا الحق لكلا الطرفين إلا أنه نادراً ما يتخذ العون المتعاقد بل الإدارة غالباً، وهذا يجعل الشرط مشابهاً أوله نفس آثار شرط أن يكون هذا من حق الإدارة وحدها فهي الطرف القوي في عقد التوظيف.

وبالتالي فإن كان إخضاع بعض المناصب لنظام التعاقد يساعد في امتصاص قدر من البطالة ويضمن التداول بعض مناصب الشغل بين طالبي العمل، إلا أن الإبقاء على مساوئ هذا النظام المذكورة أعلاه يؤدي إلى انتشار الفساد، فالمتعاقد يكون أكثر عرضة للضغوط المحتملة من جانب مدرائه، وسيكون أقل قدرة على مقاومة الفساد وعدم التستر عليه، كما يكون دوماً مهدداً بإلغاء التعاقد أو بعدم تجديده له وسيكون مهموماً بمحاولة إرضاء رؤسائه المسؤولين عن قرار تجديد التعاقد، بل وقد

يدفع نظام التعاقد بعض ضعفاء النفوس إلى المزيد من الفساد والرغبة في تحقيق أكبر قدرة من الاستفادة أثناء مكوثهم في الوظيفة نتيجة شعورهم بأنها أمر مؤقت وأكدت أن نظام التعاقد سيؤثر على مقدار موضوعيته وحياد الموظف الحكومي، وعلى علاقته بالسلطة السياسية مشيرة إلى أن العلاقة التعاقدية بين الموظف والحكومة ستجعل ولاء الموظف أكثر نحو من قام بالتعاقد معه وليس نحو الوظيفة مما سيضر بها وبالصالح العام.

لكن إن تفادينا العيوب التي ذكرناها سابقا وركزنا على إيجابيات نظام التعاقد في التوظيف كما طبقت الدول التي تأخذ بالنظام المفتوح للوظيفة العامة وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية فسنحقق الإرتقاء بهذا القطاع إلى مصف الدول المتطورة ونساير متطلبات العولمة وطرق الحديثة في تسيير رأس المال البشري على أساس الجدارة والكفاءة ولإعادة تأهيل مرافق القطاع وبالتالي تحسين علاقة الإدارة بالمواطن.

قائمة المراجع:

- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.ج. رقم 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006.
- المرسوم الرئاسي 308/07 المؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد كفاءات توظيف الأعوان المتعاقدين وحقوقهم وواجباتهم والعناصر المشكلة لرواتبهم، والقواعد المتعلقة بتسييرهم وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم، ج.ر.ج. رقم 61 المؤرخة في 30 سبتمبر 2007.
- قرار صادر عن مديرية التوظيف العمومي المؤرخ في 07 أبريل 2008، ج.ر.ج. رقم 20 المؤرخة 18 ماي 2008، ص 08.
- la loi de 02 Janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire.
- مصطفى الشريف، أعوان الدولة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.
- محمد باهي أبويونس، الاختيار على أساس الصلاحية للوظيفة العامة في النظام الإداري الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1999، ص. 2006.

- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، د.م.ج، الجزائر، 2003، ص.239.

-Francis HAMON, Droit des fonctions publiques, organisation et gestion, L.G.D.J, Paris, 2002.

- Mathieu GAUDEMONT, "Le développement de la contractualisation", Cahiers Français, N°346, Septembre – Octobre 2008, P.77.

الهوامش:

1- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.ج.ج رقم 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006، ص.3.

ونظم حقوق وواجبات الأعوان المتعاقدين، ومركزهم القانوني بصفة عامة المرسوم الرئاسي 308/07 المؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد كفايات توظيف الأعوان المتعاقدين وحقوقهم وواجباتهم والعناصر المشكلة لرواتبهم، والقواعد المتعلقة بتسييرهم وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم، ج.ر.ج.ج رقم 61 المؤرخة في 30 سبتمبر 2007، ص.17.

2- مصطفى الشريف، أعوان الدولة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص. 81.

3- محمد باهي أبويونس، الاختيار على أساس الصلاحية للوظيفة العامة في النظام الإداري الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1999، ص. 2006.

4- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، د.م.ج، الجزائر، 2003، ص.239.

5- مصطفى الشريف، المرجع السابق، ص.42.

6- مصطفى الشريف، المرجع أعلاه، ص.42، وص.19.

7- Francis HAMON, Droit des fonctions publiques, organisation et gestion, L.G.D.J, Paris, 2002, P. 38.

V. la loi de 02 Janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire.

V. Mathieu GAUDEMMENT, "Le développement de la contractualisation", Cahiers Français, N°346, Septembre – Octobre 2008, P.77.

8- إحصائيات من موقع مديرية الوظيف العمومي (D.G.F.P) على الأنترنت.

9-المرسوم التنفيذي رقم 402/98 المؤرخ في 1998/12/02،المتضمن الإدماج المهني لشباب حاملي شهادات التعليم العالي والتقنيين السامين خريجي المعاهد الوطنية للتكوين ج.ج.ج.ج.رقم91المؤرخة في 1998/12/06،المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 102/04 المؤرخ في 2004/04/01 ،ج.ج.ج.ج.رقم20 المؤرخة في 2004/04/04،ص.26.

المؤرخ في 2008/04/19 ج.ر.ج.ج. رقم 22 المؤرخة في 2008/04/30. 10-

11-ج.ر.ج.ج.رقم 41 المؤرخة في 1996/07/03، ص.11.

12- طربيت سعيد، النظام القانوني لعقد العمل محدد المدة، دار هوامه، الجزائر، سنة 2012، ص. 93،
 وبين صاري ياسين، عقد العمل محدد المدة، دراسة نظرية تطبيقية-مقارنة، دار هوامه، 2004.

13- قرار صادر عن مديرية الوظيف العمومي المؤرخ في 07 أبريل 2008، ج.ج.ج. رقم 20 المؤرخة 18 ماي 2008، ص.8.

14- فيما يخص ركن الشكلية، فإنه يمكن للمؤسسات والإدارات العمومية أن تقوم حسب الحالة ووفق الحاجات بتوظيف أعوان متعاقدين لمدة محددة أو غير محددة بالتوقيت الكامل أو بالتوقيت الجزئي (المواد 19، 20، 21 من الأمر رقم 03/06 والمادة (02) من المرسوم الرئاسي رقم 308/07 المشار إليه سابقا بعقود مكتوبة يجب توفرها على الشروط الآتية حسب ما يقرره القانون إذ تنص المادة (03) من المرسوم الرئاسي رقم 308/07 على: "يوظف الأعوان المنصوص عليهم في المادة (02) أعلاه بموجب عقد مكتوب كما تشترط نفس المادة أن يوضح العقد على الخصوص ما يأتي:

- تسمية منصب الشغل.

طبيعة ومدة العقد العمل.

تاريخ بداية سريان العقد.

الحجم الساعي للعمل أي على التوقيت الكامل أو الجزئي.

- الفترة التجريبية عند الاقتضاء.

- تصنيف منصب الشغل وعناصر الراتب.

- مكان التعيين.

كما يوضح العقد زيادة على ذلك الواجبات الخاصة التي يمكن أن ترتبط بمنصب الشغل.

15- فيما يخص فترة التجربة فقد لا تقصد الإدارة والعون المرشح للتعاقد الارتباط مباشرة بالعقد والالتزام بأحكامه إلا بعد تجربة كل منهما ما ينتج عن العقد حتى تكون الإدارة على بينة بقدرات العون المرشح للتعاقد وهذا الأخير على علم بظروف الوظيفة ويطلق على المدة هذه بفترة التجربة نصت عليها المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07: "يخضع كل عون يوظف بموجب عقد إلى فترة تجربة مدتها كالاتي:

"- 6 أشهر فيما يخص العقد غير محدد المدة.

- شهران فيما يخص العقد الذي تساوي مدته سنة واحدة أوتفوتها.

شهر واحد فيما يخص العقد الذي تتراوح مدته بين 6 أشهر وسنة واحدة، ويخضع العون المتعاقد خلال فترة التجربة لنفس الواجبات ويستفيد من نفس الحقوق التي يتمتع بها الأعوان المتعاقدون، وعن آثارها "يثبت العون المتعاقد إذا كانت الفترة التجريبية مجدية حسب المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 308/07، وفي حالة عدم نجاحه خلالها أثبت أنه غير مؤهل لشغل المنصب بالتعاقد لفسخ العقد دون إشعار مسبق أو تعويض حسب المادة 2/22 من المرسوم أعلاه.

16- المواد 3، 4، 5، 6، 27، 82 من القانون رقم 16/86 المشار إليه سابقا، والمادة 27 والمادة 20 لتوظيف المعوقين، المادة 34 من القانون رقم 321/2000 والمادة 20 من القانون رقم 843/2005.

17- Francis HAMON, Droit des fonctions publique, organisation et gestion, L.G.S.J, Paris, 2002, p.38.

V. la loi de 2 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire.

والذي حدد حالات خضوع بعض المناصب لنظام التعاقد وشروط ذلك.

Loi 13/7/83 D.O.F.P – Loi 26/1/84 F.P.T – Loi 11/1/84 F.P. Etat – Loi 9/1/84 F.P.H

V. Mathiew GAUDEMET. « Le développement de la contractualisation », cahiers français, N 346 septembre 2008, p.77 et s.

18- Emmanuel Glaser, « La situation des agents publics contractuels », Revue Française de droit administratif, n 1, ed Dalloz, février-janvier 2009, p.p90.

19- وفي عام 2005 قدر عدد المتعاقدين 1092000 ، بنسبة 20,5 من مجموع الموظفين العموميين - إحصائيات ورد في الأنترنت على الموقع الإلكتروني :

<http://www.WIKIPEDIA.org/>

20-المادة 06 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن والمادة 16 من قانون 13 جويلية 1983.

21 -La loi du 9 septembre 1943, Relative à l'organisation des cadres des services publics et des établissements publics de la commune.

22- La loi du 19 octobre 1946, Relative au statut général des fonctionnaires.

إذ نصت المادة الأولى أن هذا القانون لا يطبق إلا :-23

« Aux personnes qui nommées dans un emploi permanent, ont été titularisées dans un grade de la hiérarchie des cadres d'une administration centrale de l'Etat, des services extérieurs endépendant ou des établissements publics de l'Etat».

L'Article 5 «le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaires et réglementaire».

24- L'ordonnance N°59/244 du 04/02/1959 relative au statut général des fonctionnaires.

25-Art 4 de la loi 84/53 (26 Janvier 84) dispositions statutaires relative à la F.P. territoriales.

26- Francis Hamon, Droit des fonctions publiques, carieres-droits et obligations, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 65, 67, 148.

27-Art 4 titre II de la loi de la F.P territorial – Art 3 titre III de la loi de la F.P hospita – Art 9 titre VI de la loi de la F.P.

Ibid, p.55-66, and Emmanuel Glaser, op.cit., p.90.

28- C. E, 16 Mai 2001, A. J. F. P, N°5, 2001, p.4-11.

29- C. E, 12 Juin 1996, Communauté de communes du pays de Laval, A.J.F.P., 1996, p.49-52, ibid, p.66.

30 -V. A. J. F. P, 2001, p.11-13.

31 - Décret N°86/83, du 17/01/86 pour les agents de l'Etat – Décret N°88/14 pour les agents des collectivités territoriales .

Décret N°91/155 du 9 Janvier 1991 pour les agents hospitaliers – Décret du 5 Mars 1952 fixant le statut des agents contractuels du ministère de l'industrie et du ministère du commerce. – Décret N°69/697 du 18 Juin 1969 fixant le statut des agents contractuels en service à l'étranger. – Décret N°2003/1370 du 31 Décembre 2003 fixant les dispositions applicables aux agents contractuels de droit public de l'agence nationale pour l'emploi,

V. Carole MONIOLLE, Le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique » A.J.D.A., N12, 27 mars 2006, p.650 et &.

32-T. A. Rennes Dame G. 23/07/97, A. J. P. A. N° 2, p.49.

33-C. E., 15/01/1997, préfet du Ford, C. F. P 3/1997, p27.

34-Loi 3 Janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation de la fondation publique.

35- ففي القطاع الخاص اقترحوا تعديل المادة 511-1 من قانون العمل الفرنسي لأجل هذا.

36-Carole Moniolle, Op.Cit., p.649.

-Gilles JEANNOT, « Le renouvellement de la GRH dans la fonction publique », Cahiers français, N°346, septembre – Octobre 2008. P71.

– Jean Ludovic Silicani, livre blanc sur l'avenir de la fonction publique, faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France, ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, avril 2008.

– Fons. J. p. Meyer, J.-L, la « flexibilité » dans les fonctions publiques en Angleterre, en Allemagne et en France, Paris, D. G. A. F. P, la documentation française, coll « perspectives », 2005

التزام الصيدلي بتحليل الصيدلاني للوصفة الطبية

أستاذة : مصطفى صافية

أستاذة مساعدة - أ -

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة جيلالي لباس -

تعرف مهنة الصيدلة على أنها فن أو علم يهتم بتميز وجمع واختيار وتحضير المواد الوقائية والعلاجية من أي نوع ، وتركيبها لغرض استعمالها في علاج الأمراض ، أو هي مهنة تختص بتجهيز الأدوية والتعرف على خصائصها وصفاتها والوسائل التي تكفل الحفاظ عليها، بالإضافة إلى طرق تعاطيها وتحضيرها وفق أشكال وهيئات بحيث يكون من السهولة والآمن تناولها.¹

من خلال هذا التعريف، نلاحظ اعتماد المشرع على الأعمال التي يقوم بها الصيدلي بمناسبة مزاوله مهنة الصيدلة لتعريفها وتحديد مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتقه وذلك نظرا للطبيعة الخاصة التي تتحلّى بها المواد الصيدلانية والدواء بصفة خاصة² ، بحيث تكون هذه الالتزامات إلى جانب التزاماته كتاجر عادي طرفا في عقد البيع. ومجموع هذه الالتزامات الخاصة تندرج ضمن مصطلح واحد وهو صرف الأدوية **la dispensation du médicament**³ ، فعملية صرف الدواء ليست مجرد بيع عادي بمفهومه المدني الكلاسيكي ، وإنما هو عمل مهني يعكس فن الصيدلة.

¹ - طالب نور الشرع. مسؤولية الصيدلاني الجنائية الطبعة الأولى - دار وائل للنشر 2008 ص 16

² - المادة 115 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق ل 5 جويلية 1992، (ج ر 52 مؤرخة في 08 جويلية 1992) والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب : « تمثل الممارسة المهنية للصيدلة بالنسبة للصيدلي في تحضير الأدوية أو صنعها، ومراقبتها وتسييرها وتجهيز المواد الصيدلانية بنفسه، وإجراء التحاليل الطبية . ويتعين عليه أن يراقب مراقبة دقيقة ما لا يقوم به هو من أعمال صيدلانية »

³ - Caroline Maseret , Delphine Degroote ; Précis De Droit De L'officine, Edition De Santé 2008, Collection Hygilo ; page 79.

فقد نص قانون الصحة الفرنسي¹ في المادة (R.4235-47) على ما يلي : « على الصيدلي أن يضمن عند قيامه بصرف الدواء للمريض :

- التحليل الصيدلاني للوصفة الطبية في حالة وجودها .
- تحضير جرعات الدواء الواردة في الوصفة الطبية.
- الالتزام بالإعلام لضمان الاستعمال الصحيح والتسليم للدواء » .

وتنص المادة 144 من مدونة أخلاقيات الطب² على ما يلي: " يجب على الصيدلي أن يحلل الوصفة نوعيا وكميا لتدارك كل خطأ محتمل في مقادير الأدوية أودواعي عدم جواز استعمالها ،أوالتداخلات العلاجية التي لم يتفطن إليها، وأن يشعر عند الضرورة واصفها ليعدل وصفته، وإذا لم تعدل الوصفة أمكنه عدم الوفاء بها إلا إذا أكدها الواصف كتابيا، وفي حالة ما إذا وقع خلاف يجب عليه إذا رأى ضرورة لذلك أن يرفض تسليم الأدوية وأن يخطر الفرع النظامي الجهوي بذلك."

تعتبر الوصفة الطبية همزة الوصل أوالرابط بين كل من العمل الطبي والعمل الصيدلاني ، فهي آخر مرحلة من مراحل العمل الطبي وأول مرحلة من مراحل العمل الصيدلاني³. ونظرا للأهمية البالغة التي تكتسبها الوصفة الطبية ، فسوف نخصص المبحث الأول لدراسة الوصفة الطبية من خلال

¹ -Article R 4235-47 :le pharmacien doit assurer dans son intégralité l'acte de dispensation du médicament, associant à sa délivrance :

- L'analyse pharmaceutique de l'ordonnance médicale si elle existe.
- La préparation éventuelle des doses a administré.
- La mise à disposition des informations et les conseils nécessaire au bon usage du médicament.

² - المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن أخلاقيات الطب.

³ - احمد سعيد الرقرد،الروشتة "التذكرة" الطبية تبين المفهوم القانوني والمسؤولية المدنية للصيدلي ، دار الجامعة الجديدة 2007 ص 16.

التطرق إلى مفهومها وشروطها ، أما المبحث الثاني فسوف نخصصه لدراسة تحليل عناصر الوصفة الطبية.

المبحث الأول: ماهية الوصفة الطبية.

باعتبار الوصفة الطبية محل التحليل الصيدلاني، فيقع علينا إلزاما التطرق إلى تحديد مفهومها لمعرفة العناصر محل التحليل الصيدلاني

المطلب الأول: تعريف الوصفة الطبية وخصائص تحريرها

الفرع الأول: تعريف الوصفة الطبية

بالرجوع إلى كل من التشريعات الجزائرية المصرية والفرنسية فإننا نلاحظ أن المشرع لم ينص على تعريف دقيق ومباشر للوصفة الطبية ، أولم يعرفها أصلا ، إنما نص عليها بمناسبة اشتراط تقديمها للصيدلي عند تسليمه للدواء فتتص المادة 181 من قانون حماية الصحة ترفيتها الجزائري ¹ على ما يلي: "لا يسلم أي دواء الا بتقديم وصفة طبية ما عدا بعض المواد الصيدلانية التي تضبط قائمتها عن طريق التنظيم."

أما المشرع المصري فقد حظر صرف التذكرة الطبية من الصيدليات ما لم تكن محررة من طرف طبيب بشري، أوبيطري أو طبيب أسنان أو مولدة مرخص لها بمزاولة مهنة الطب في مصر وذلك في نص المادة 33 من القانون رقم 127 الصادر سنة 1955 ² ، فالوصفة الطبية هي ورقة يدون فيها الطبيب العلاج الموصوف الذي يراه مناسبا لعلاج حالة المريض ³ ،

¹ - القانون رقم 85.05 المؤرخ ف جمادى 26 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

² - أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق ص 15

³ - Caroline Mascaret, Delphine Degroote ; Op cite ; page 80

كما عرفها قاموس **Larousse médical** على أنها ورقة محررة من قبل طبيب ، تسلم للمريض أوأحد أفراد عائلته ، والتي يلخص من خلالها نتيجة الفحص الإكلينيكي، ويحدد العلاج المناسب للمريض¹. أما **Grand larousse** فقد عرفها على أنها عمل متمم للعمل الطبي ويجب أن تصرف من الصيدلية ، وعلى الصيدلي أن يكون على درجة عالية من الحرص والحذر عند صرفها²

فتحرير الوصفة الطبية هو حكر على الطبيب أو البيطري أو طبيب الأسنان أو القابلة المرخص لها بممارسة الطب ، أما تحليل الوصفة الطبية وتسليم الدواء حكر على الصيدلي ، ويجب في هذه الحالة التمييز بين نوعين من الصيادلة: الصيدلي الصانع (**le pharmacien fabricant**) ، وهذا الصيدلي دوره صناعة الأدوية ، إنتاجها وتوزيعها بالجملة على الصيدليات ولا يمكنه التعامل مع الجمهور من خلال صرف الدواء. والنوع الثاني الصيدلي البائع (**le pharmacien d'officine**) وهذا الأخير محتكر عمله في تحليل الوصفة الطبية وصرف الدواء، فقد عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 115 من مدونة أخلاقيات الطب : "تتمثل ممارسة المهنة للصيدلة بالنسبة للصيدلي في تحضير الأدوية أو صنعها ومراقبة تسييرها و تجهز المواد الصيدلانية بنفسه وإجراء التحاليل الطبية . ويتعين عليه أن يراقب مراقبة دقيقة ما لا يقوم به هو من أعمال صيدلانية "

الفرع الثاني: خصائص تحرير الوصفة الطبية

يتميز تحرير الوصفة الطبية بمجموعة من الخصائص، والتي تضمن صرف الدواء الأنسب لعلاج الحالة المرضية، كما تضمن سلامة المريض المستهلك للدواء، وهي حرية تحرير الوصفة الطبية و ضمان فعالية الأدوية الموصوفة.

¹ - Larousse Médicale, Sous Direction Du Professeur A.Pomart Libraire Larousse 1981 page 712.

² - L'ordonnance constitue l'aboutissement thérapeutique de l'acte médical, et son exécution requiert tout l'attention du pharmacien. Elle prescrit un ou plusieurs médicaments qui doivent être définis avec précisions par leur nom leur forme et leur posologie. Grand Larousse ,page 9348.

1- حرية الوصف (حرية تحرير الوصفة الدوائية)

يملك الطبيب كامل الحرية في وصف الدواء المناسب للعلاج بعد اختياره له من باقي مختلف أنواع الدواء الموجودة. في الأصل يملك الطبيب كامل الحرية في اختيار الدواء المناسب أولاً ثم وصفه بتحرير الوصفة الطبية على أساسه ثانياً. إلا أنه يوجد مجموعة من القيود تحد من حريته في وصف الدواء وهي نوعان، مباشرة وغير مباشرة.

- القيود المباشرة على حرية وصف الأدوية:

حالة القابلة أو المولدة **La sage femme** التي لا يمكن أن تصف إلا الأدوية الضرورية لممارستها لمهنتها¹، وكذلك جراح الأسنان الذي يمكن أن يصف كل الأدوية الضرورية لممارسته لقواعد مهنته كطبيب جراح للأسنان²

ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص في المادة 222 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "...يرخص للمساعدات الطبيات القابلات وصف أدوية وطرق أساليب حماية الأمومة دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في الفقرة أعلاه.

تحدد قائمة الأدوية والطرق والأساليب التي يمكن للقابلات وصفها من طرف الوزير المكلف بالصحة العمومية".

¹ -Article 370L code santé publique françaises : « les sages femmes ne peuvent prescrire que les examens ainsi que les médicaments nécessaires a l'exercice de leurs profession, la liste de ces examens et de ces médicaments est établie par arrêté de ministre chargé des la santé après l'avis de l'académie nationale de la médecine ».

² -Article L368 code santé publique française : « les chirurgiens dentistes peuvent prescrire tout les médicaments nécessaires a l'exercice de l'art dentaire ».

وعليه فإن المشرع الجزائري ألزم القابلة عند تحرير الوصفة الطبية بالتقيد بوصف الأدوية الضرورية لممارسة مهنتها، أي الأدوية والأساليب المتعلقة بالولادة وحماية الأمومة.

أما فيما يتعلق بجراح الأسنان، فقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 16 من الرسوم 92-276 المتضمن أخلاقيات الطب على ما يلي: "يخول الطبيب أوجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أوجراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته وإمكانياتها في الحالات الاستثنائية". وعليه، فإن جراح الأسنان هو الأخير مقيد بتحرير الوصفات الطبية التي تتضمن الأدوية التي تدخل ضمن اختصاصه العلاجي.

- القيود الغير مباشرة على حرية وصف الأدوية :

إلى جانب القيود المباشرة على مبدأ حرية الوصف نجد قيود غير المباشرة، فتشير المادة R163-2 من قانون الصحة الفرنسي بأن الاختصاصات الصيدلانية أو كل دواء مصنع لا يمكن التعويض عنه أو تتحمل تكلفته المؤسسات الضمان الاجتماعي إلا إذا ورد النص عليه في قائمة الأدوية المعوض عنها المعدة بواسطة قرار صادر من وزارة المكلّفة بالصحة والوزارة المكلّفة بالضمان الاجتماعي. على الرغم من كل هذا تبقى حرية الطبيب في اختيار الوصفة الطبية المناسبة موجودة بالنظر إلى عدد الأدوية المعوض عنها المدونة بالقائمة كالأدوية الجينية التي تم إدخالها وتبنيها في كل من قانون الصحة الفرنسي¹ والجزائري².

¹ - L'ordonnance du 24/Avril/1996, portant reforme de l'hospitalisation publique et privé

² - القرار رقم 116 لوص ع ، الصادر في 05 ديسمبر 1996 والمتضمن تحديد شروط تسجيل الأدوية الجينية

2- ضرورة الحماية من أضرار الأدوية وآثارها الجانبية

كل الأدوية يمكن أن تسبب آثارا غير مرغوب فيها وخطيرة غالبا ما تكون منسية ومستبعدة من طرف الأطباء وتكون المسؤولة عن مختلف الأضرار والوفيات الحاصلة، إلى جانب الحالة الفيزيولوجية *physiopathologique* للمريض والتي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تحرير الوصف الطبية كسكن المريض وحالته الصحية.

3- ضمان فعالية الأدوية الموصوفة *Efficacité* :

زادت قائمة الأدوية تعدداً، مما جعل الأطباء يملكون اختيارات كثيرة فيما يخص الأدوية الملائمة واللازمة للحالة المرضية المعروضة أمامهم ، وهذا ما يلزمهم بضرورة اختيار الأدوية المناسبة وضمان فعاليتها لعلاجها¹.

المطلب الثاني: شروط الوصفة الطبية

يقع إلزاما على الطبيب التقيد بمجموعة من الشروط عند تحريره للوصفة الطبية، ومن اختصاص الصيدلي التأكد من توفرها وله أن يرفض تسليم الدواء في حالة انتفاؤها، وهي نوعان شروط شكلية وشروط موضوعية.

الفرع الأول: الشروط الشكلية للوصفة الطبية

بالرجوع لقانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب نلاحظ أن المشرع حدد مجموعة من الشروط الواجب توافرها في الوصفة الطبية وذلك نظرا للأهمية البالغة التي تكتسبها في مراحل العلاج، وتمثل هذه الشروط فيما يلي:

¹ - تنص المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب: « يكون الطبيب وجراح الأسنان حزين في تقديم الوصفة الطبية التي يري أنها ملائمة للحالة، ويجب أن تقتصر وأعمالهما على ما هو ضروري في إطار ما ينسجم مع نجاعة العلاج، ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية »

1- أن يكون محرر الوصفة الطبية طبييا مرخصا له بمزاولة مهنة الطب، أويطريا أوطبيب أسنان أوحى قابلة في حدود اختصاصها بحيث يمكن لها وصف مجموعة من الأدوية والتي تكون عبارة عن مطهرات موضعية.

2- أن تتضمن الوصفة الطبية كل البيانات المتعلقة بالطبيب المحرر من خلال ذكر الاسم والعنوان، وكذا تحديد تاريخ تحرير الوصفة الطبية، إلى جانب كل البيانات المتعلقة بالمريض من اسم وسن وجنس، بحيث أن كل هذه المعلومات تسهل على الصيدلي قيامه بعملية التحليل الصيدلاني للوصفة الطبية وتمكنه من الاتصال بالطبيب في حالة وجود لبس معين.

وكذا في حالة ما إذا تضمنت الوصفة الطبية دواء مخدر، فإن الصيدلي ملزم بمسك دفتر وقيد الأدوية المخدرة الواردة والصادرة، وذلك تحت رقابة السلطات الخاصة وفي حالة صرفه لدواء من الأدوية المخدرة والموصوفة في وصفة طبية، فهو ملزم بقيد كل من اسم المريض والطبيب المحرر لهذه الوصفة وكذا تاريخ تحرير الوصفة وتاريخ صرف الدواء وكميته¹.

وقد قضت محكمة النقض المصرية على ما يلي: "وترى محكمتنا العليا أن القانون حين نص على أن كافة الجواهر المخدرة الواردة إلى الصيدلية أو المنصرفة منها يجب قيدها أولا بأول في دفتر خاص للوارد والمتصرف، وتكون صفحاته مرقومة ومختومة بخاتم وزارة الصحة، وإذا كان الصيدلي قد أهمل الدفتر المختوم من وزارة الصحة لانتهاه العمل فيه، ثم استعمل دفتر آخر غير مختوم، أخذ يقيد فيه الجواهر المنصرفة من الصيدلية فإن أدانته بمقتضى الفقرة الرابعة (04) من المادة 35 تكون صحيحة، ولا يشفع له أنه كان يقيد المواد المخدرة في دفتر التذاكر الطبية المختوم، وأنه كان يتردد على مكتب الصحة ليضع له الأختام على الدفتر الذي أخذ يستعمله وأنه لم يحصل تلاعب في

¹ - القانون المصري رقم 29 لسنة 1982 والقانون المصري رقم 122/1989 في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها - الجريدة الرسمية - العدد 26 مكرر الصادرة بتاريخ 04-07-1989.

المخدرات التي في الصيدلية ، وذلك لأن النص صريح في إيجاب القيد في دفتر خاص.¹ حيث يترتب على عدم الالتزام بإمساك الصيدلي للدفتر وقيد الأدوية من فئة مخدرات وكل المعلومات الواردة في الوصفة الطبية عقوبة جزائية إذ اعتبره قانون مكافحة المخدرات المصري جريمة في نص المادة 24، 18، 12 و 26 وكذا نص المادة 2/43.²

أما المشرع الجزائري، فقد نص في الفقرة الثانية من المادة 192 من قانون الصحة على ضرورة قيد المعلومات الواردة في الوصفة الطبية على سبيل الإلزام³، في حالة ما إذا كان مضمون الوصفة مواد مخدرة.

وعليه، فإن التزام الصيدلي بقيد المعلومات الواردة في الوصفة الطبية يلزم الطبيب بإدراج كل المعلومات الضرورية من اسمه وعنوانه، واسم المريض وسنه وجنسه في الوصفة الطبية. فتتص المادة 56 من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: "ينبغي أن تكون الوصفة أو الشهادة أو الإفادة التي يقدمها طبيب أو جراح أسنان واضحة الكتابة تسمح بتحديد هوية موقعها، وتحمل التاريخ وتوقيع الطبيب أو جراح الأسنان.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية للوصفة الطبية

بالرجوع إلى نص المادة 144⁴ مدونة أخلاقيات الطب نرى بأن المشرع قد حدد مجموعة من الالتزامات على الصيدلي تدخل في إطار الالتزام بتحليل الصيدلاني للوصفة الطبية، ولا يمكن

¹ - قرار محكمة النقض المصرية ، الدائرة الجنائية 27 يناير 1959.، أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق ، ص 28،

² - طالب نور الشرع مسؤولية الصيدلي ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى 2008 ص 143

³ - المادة 2/192: "..... يمنع بيع هذه المواد على حالتها في السوق الداخلية لهذه الفئات، ماعدا الصيدالة وهؤلاء لا يمكنهم تسليمها الا بمقابل وصفة طبية ويجب عليهم تسجيل مضمونها في سجل الوصفات الطبية ".

⁴ - المادة 144 من مدونة أخلاقيات الطب : "يجب على الصيدلي أن يحلل الوصفة نوعيا وكميا لتدارك كل خطأ محتمل في مقادير الأدوية أودواعي عدم جواز استعمالها، والتدخلات العلاجية التي لم يتفطن إليها، وأن يشعر عند الضرورة واصفها ليعدل وصفته، وإذا لم تعدل الوصفة أمكنه

للسيدلي أن يقوم بهذه الالتزامات على أكمل وجه إلا إذا توفرت مجموعة من الشروط في الوصفة الطبية ، تعرف بالشروط الموضوعية والتي هي:

1-توافق الأدوية الموصوفة في الوصفة الطبية مع الأصول العلمية المتعارف عليها:

لم يعرف المشرع الوصفة الطبية، وإنما ترك للطبيب مطلق الحرية في اختيار طريقة تحرير الوصفة الطبية¹. لكن التزام الصيدلي بتحليل الوصفة الطبية دفع الطبيب إلى الالتزام بمجموعة من القيود أهمها وصف أدوية تتوافق والأصول الطبية .

2- ألا يكون هناك تعارض بين الأدوية الموصوفة، كأن يؤثر تركيب دواء معين على دواء آخر يؤدي بدلا من علاج المريض إلى تفاقم حالته.

1- أن يكون الدواء الموصوف بهدف علاج المريض.

2- توافق الوصفة الطبية والدواء الموصوف فيها مع حالة المريض.

وما يجب أن يأخذ بعين الاعتبار في هذه الحالة أن تكون الوصفة متوافقة مع سن المريض وجنسه وحالته المرضية، وعليه فيجب إلى جانب ذكر بيانات المريض، تحديد عدد الجرعات وكمية الجرعة في المرة الواحدة.

المبحث الثاني: تحليل عناصر الوصفة الطبية

قبل صرف الأدوية يقع إلزاما على الصيدلي تحليل الوصفة الطبية من خلال التأكد من توفر بعض الشروط المتعلقة بشكل الوصفة الطبية، محررها ومضمونها.

عدم الوفاء بها ، إلا إذا أكدها الواصف كتابيا، وفي حالة ما إذا وقع خلاف يجب عليه إذا رأى ضرورة لذلك إن يرفض تسليم الأدوية وإن يخطر الفرع النظامي الجهوي بذلك " .

¹ -Caroline Mascaret, Delphine Degroote. Op cite page 80.

المطلب الأول: التحقق من شكل الوصفة الطبية ومحررها

مراقبة الجانب الشكلي للوصفة الطبية لا يقل أهمية عن مراقبة مضمون الوصفة وتركيبية الأدوية، فمن التزامات الصيدلي التحقق من محرر الوصفة الطبية وشكلها، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث.

الفرع الأول: التحقق من شكل الوصفة الطبية

يقع إلزام على الطبيب أوجراح الأسنان تحرير وصفة طبية واضحة الكتابة، لتسمح بتحديد هوية موقعها وتحمل التاريخ وتوقيع المحرر وهذا ما تنص عليه المادة 56 من المرسوم 92-276 المتضمن أخلاقيات الطب إلى جانب اسم وسن المرض. وعليه فعلى الصيدلي التأكد من وجود هذه الشروط الشكلية. وفي المقابل تنص المادة 144 من نفس المدونة على إلزام الصيدلي بتحليل الوصفة الطبية نوعيا وكميا.

فمن خلال التعرض لمفهوم الوصفة الطبية، والشروط الواجب توافرها فيها، فإن الصيدلي ملزم بالتأكد من توافر هذه الشروط يمكن أن تصل إلى رفض صرف الدواء خاصة إذا كان الدواء من الأدوية التي لا تسلم بدون وصفة طبية.

أما إذا كان الدواء من الأدوية التي تدخل ضمن العلاج الذاتي ففي هذه الحالة يمكن للصيدلي صرف هذا الدواء، إلى جانب تقديم النصح والإرشاد¹.

¹ Caroline macrt, Delphine Degroote, op, cit, page 80

الفرع الثاني: التحقق من محرر الوصفة الطبية

بالرجوع إلى نص المادة 144 من مدونة أخلاقيات الطب فإن المشرع ألزم الصيدلي في حالة وجود لبس أو خطأ في الوصفة الطبية أن يتصل بالطبيب محرر الوصفة، ومناقشة في هذه الملاحظة، وللتطبيق الفعال لهذا الالتزام، فعلى الصيدلي التزام أولي ألا وهو التحقق من مدى مشروعية الوصفة الطبية وصحتها (*l'authenticité de l'ordonnance*) ولذلك، فهو ملزم بالمطالبة بالوصفة الطبية الأصلية في حالة تقديم صورة عنها، والاتصال بمحررها في حالة الشك.

إلى جانب التأكد بكل الوسائل المتاحة من قبل أمام الصيدلي من أن محرر الوصفة الطبية هو شخص مرخص له لمزاولة مهنة الطب وتحرير الوصفة الطبية¹.

فقد ألزم القضاء الفرنسي الصيدلي التأكد من معلومات محرر الوصفة الطبية في قرار قديم جدا صادر عن محكمة الجench *seine* بتاريخ 15 نوفمبر 1995 أين قام الصيدلي بتنفيذ وصفة طبية موقعة بخط يستحال قراءة اسم الموقع، وفي ذلك مخالفة لالتزامه بمراقبة صحة الوصفة، ولقد دفع الصيدلي بأن هذه الورقة محررة لصفة جيدة "كان على الصيدلي على الأقل، طلب المعلومات من زبونه حول اسم الطبيب المعالج له ومفره، وإذا كان هذا الأخير غير معروف من طرفه التأكد من صحة أقواله باستعمال كافة الوسائل (الدليل الهاتفي، القائمة النظامية للأطباء...)..."² يجب أولا تحديد الأشخاص المخول لهم تحرير الوصفة الطبية، فينص المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب فقد نص في المادة 56 على ما يلي: "ينبغي أن تكون الوصفة أو الشهادة أو الإفادة التي يقدمها طبيب أو جراح الأسنان واضحة الكتابة تسمح بتحديد هوية موقعها، ويحمل التاريخ وتوقيع الطبيب

¹ Caroline mascret ; Delphine Degroote, op, cit, page 81

² TB. Cou de la seine ; 15.11.1995 ; D 1892 . 2 page 96

أوجراح الأسنان". نستنتج من خلال هذه المادة أنه من الأشخاص المخول لهم تحرير الوصفة الطبية الطبيب ومراح الأسنان.

والمادة 222 من قانون حماية الصحة وترقيتها فنصت على ما يلي:

"يجب على المساعدين الطبيين أن يقوموا بما يأتي:

- يعملون في الحدود المضبوطة والمحددة تبعا لتأهيلهم.
- يقتصر تدخلهم على تنفيذ ما وصفه أوبينه الطبيب أوجراح الأسنان أو الصيدلي.
- يلجأون فورا إلى تدخل طبيب أوجراح أسنان أو صيدلي، إذا حدث خلال ممارستهم عملهم أوتسكت أن تحدث مضاعفات لا يدخل علاجها في إطار الاختصاصات المسطرة لهم.

يرخص للمساعدات الطبيات القابلات بوصف أدوية وطرق وأساليب حماية الأمومة دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في الفقرات أعلاه

تحدد قائمة الأدوية والطرق والأساليب، التي يمكن للقابلات وصفها، من طرف الوزير المكلف بالصحة العمومية".

من خلال ما تقدم من مواد يمكن أن نستنتج أن المشرع الجزائري قد حضر عملية تحرير الوصفة الطبية في ثلاث أشخاص هم الطبيب، جراح الأسنان، إلى جانب المساعدة الطبية القابلة التي رخص لها تحرير الوصفة الطبية في مجال اختصاصها بموجب نص المادة 222 فقرة 2 و 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

أما القانون الفرنسي فقد ذكر تقريبا نفس الأشخاص لهم صلاحية تحرير الوصفة الطبية، وعلى الصيدلي أخذ هذه الوصفة بعين الاعتبار ويتمثل هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر¹ في:

- الطبيب
 - الطبيب البيطري
 - جراح الأسنان
 - المساعدة الطبية القابلة
 - مدير أو مساعد مدير لمخبر بيولوجي طبي
 - مختص العناية بالأطافر
- 1- الطبيب:

الأصل هو أن تحرير الوصفة الطبية من اختصاص الطبيب، فالوصفة الطبية المحررة من طرف طبيب هي وصفة صحيحة على أن تتضمن باقي الشروط الشكلية والموضوعية

2- الطبيب البيطري:

يمكن للصيدلي أن يقوم بطرف وصفة طبية محررة من قبل طبيب بيطري، وذلك في حالة إذا كان الدواء، بشريا موصوفا للاستعمال الحيواني، وعلى الصيدلي التأكيد على ذلك أثناء قيامه بصرف الدواء.

¹ Caroline Mascaret et Delphine Degroote op, cite , page 8

3- جراح الأسنان:

بالرجوع إلى نص المادة (L.4141-1)¹ من قانون الصحة العامة الفرنسي فإنه من صلاحيات جراح الأسنان تحرير وصفة طبية في إطار ممارسة لاختصاصه، دون الإخلال بالأحكام الواردة ضمن قانون أخلاقيات المهنة.

في المقابل لم يخص المشرع الجزائري جراح الأسنان بأحكام خاصة ، فقد جمع بينه وبين الطبيب في جميع المواد في كل من قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب عند التطرق إلى الالتزامات.

4- المساعدة الطبية القابلة:

منح المشرع الفرنسي للمساعدة الطبية القابلة صلاحية تحرير الوصفة الطبية، بشرط أن تكون ضمن مجال اختصاصها، مع حصر مجموعة الأدوية التي يمكن لها وصفها دون الخروج عنها، وفي حالة تجاوز هذه القائمة، فإن الوصفة الطبية تكون غير سليمة من الناحية القانونية

¹ Caroline Maseret, Delphine Degroote, op, cite, page 84

Article L 4141-1 « la pratique de l'art dentiste comporte a prévention, diagnostic et le traitement des maladies congénitales ou acquises, réels ou supposées, de la bouche, les dents des maxillaires et des tissus attenants, dans le respect des modalités fixées par le ode de déontologie de la profession mentionné à l'article L4127-1 »

Arrêt du 23 février 2004 fixant la liste des médicaments que aient prescrire la sage femme
Loi n° 2004- 806 relative à la politique de santé publique

5- مدير أومساعد مدير مخبر بيولوجي طبي:

وفقا لنص المادة (9-6221L) من قانون الصحة العام الفرنسي، فإنه من صلاحيات مدير أومساعد مدير مخبر بيولوجي طبي أن يحرر وصفة طبية بصفة مباشرة، بشرط أن تكون غي حدود احتياجاته الطبية وذلك مثل المخدر الموضعي الذي يحتاجه في بعض حالات سحب الدم من أجل التحليل.

6- مختص العناية بالأطافر:

يمكنه تحرير وصفة طبية تضمن مواد تطهير موضعية.

أما غيرهم من الأشخاص فلا يخول لهم القانون تحرير وصفة طبية وعليه، فالصيدلي ملزم برفض صرف الوصفات الطبية الصادرة عن غير هؤلاء الأشخاص، حتى ولو كان لهم علاقة بالطب. يذكر على سبيل المثال الشخص الذي يستعمل التنويم المغناطيسي لعلاج بعض الحالات المرضية، أو الوصفات الموصوفة من قبل الدجالين، فنص المشرع الفرنسي في نص المادة 10¹-4235L على ضرورة عدم قيام الصيدلي بكل ما يتنافى مع حماية الصحة العامة من نصائح وأعمال صيدلانية كما يجب عليه

¹ Article L6221-9: « Un laboratoire de biologie médicale fait procéder au contrôle de la qualité des résultats des examens de biologie médicale qu'il réalise par des organismes d'évaluation externe de la qualité.

Les organismes d'évaluation externe de la qualité transmettent à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé un rapport annuel, dont le contenu est déterminé par arrêté du ministre chargé de la santé, pris sur proposition du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. L'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé rend publique la synthèse annuelle de ces rapports. »

السهر على الوقاية من انتشار ظاهرة النصب وصرف الأدوية بصورة غير شرعية والامتناع عن صرف أي شئ يستعمل في هذا المجال.¹

المطلب الثاني: التحقق من مضمون الوصفة الطبية

من أهم التزامات الصيدلي التحقق من مضمون الوصفة الطبية لضمان الصرف السليم للأدوية الموصوفة،

الفرع الأول: تحديد القيود القانونية والطبية لمصطلح التحقق

تنص المادة 181 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "لا يسلم أي دواء إلا بتقديم وصفة طبية، ما عدا بعض المواد الصيدلانية التي تضبط قائمتها عن طريق التنظيم".

يتمثل التزام الصيدلي في التحليل الكمي والنوعي للوصفة الطبية²، وعليه التأكد من امتثال الطبيب لمجموعة من القيود الواردة على طريقة تحرير الوصفة الطبية خاصة إذا كانت تتضمن بعض المواد السامة والمخدرة ففي هذه الحالة ألزم المشرع الطبيب بالامتثال لمجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية والتي سبق التطرق إليها.

1 Article L4235-10 : « le pharmacien doit veiller à ne jamais favoriser ni par ses conseils par ses actes, des pratiques contraires à la prévention de la santé publique.

Il doit contribuer à la lutte contre le charlatanisme, notamment en s'abstenant de fabriquer, distribuer ou vendre tout objet ou produit ayant ce caractère »

² المادة 144 من المرسوم التنفيذي رقم 92. 276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ،

لكن الإشكال المطروح هو: هل الصيدلي في هذه الحالة يعد مراقبا للطبيب؟ للإجابة عن هذا التساؤل يجب تحديد مراحل العلاج والتي هي:

- 1- مرحلة الفحص الإكلينيكي
- 2- تحديد العلاج المناسب
- 3- تحرير الوصفة الطبية من طرف الطبيب
- 4- تسليم الوصفة الطبية للصيدلي
- 5- صرف الصيدلي للوصفة الطبية.

فالمرحلة الأولى والثانية والثالثة تدخل ضمن العمل الطبي، فهي من اختصاص الطبيب، أما المرحلة الخامسة فهي من اختصاص الصيدلي فهي تدخل ضمن العمل الصيدلاني.

وما ينبغي الإشارة إليه أن العمل الصيدلاني هو مستقل عن العمل الطبي، وأن الصيدلي عند صرفه للوصفة الطبية، وعند تحققه منها لا يعد مراقبا للطبيب، فبالرجوع إلى المادة 144 من مدونة أخلاقيات الطب نجدها تنص على ما يلي: "... أن يشعر عند الضرورة واصفها ليعدل وصفته".

أما المادة 145 من ذات المرسوم "للصيدلي الحق في تعويض اختصاص صيدلاني بآخر مماثل مع مراعاة أحكام المادة 144 أعلاه، ولا يمكنه أن يدخل تغييرا لا على الشكل، ولا على المعايير".

يتحقق الصيدلي من الوصفة الطبية والمعلومات الواردة فيها عن الطبيب المريض، كما يتحقق من الأدوية الموصوفة والتدخلات بينها، ومدى توافق هذه الأدوية مع حالة المريض، وفي حالة وجود أي إشكال، فيقع عليه إلزاما بالاتصال بمحرر الوصفة الطبية، والإشارة إلى هذا الإشكال، وله أن تمتنع

عن صرف الوصفة الطبية إذا رأى ضرورة لذلك ، وهذا ما تنص عليه المادة 144 من مدونة أخلاقيات الطب : "في حالة ما إذا وقع خلاف، يجب عليه إذا رأى ضرورة لذلك، أن يرفض تسليم الأدوية وأن يخطر الفرع النظامي الجهوي بذلك". فالعمل الصيدلاني والعمل الطبي هما عملاّن مستقلان، لكن يسعيان إلى هدف واحد هو علاج المريض.

أما المشرع المصري، فقد نص في المادة الأولى من القانون رقم 415 الصادر سنة 1954 الخاص بمزاولة مهنة الطب: "لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مرضية، أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الادميين للتشخيص الطبي المعملي بأية صفة كانت، أو وصف نظارات طبية أو بوجه عام مزاولة مهنة الطب بأي صفة كانت..."

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع قد منع أي شخص غير المرخص له بمزاولة مهنة من القيام بأي عمل يندرج ضمن الأعمال الطبية مهما كانت صفته، ومهما كانت علاقته بالعمل الطبي، بما فيه الصيدلي¹.

وعليه فالنتيجة التي نخلص إليها هي أن الصيدلي لا يعتبر مراقبا للطبيب وإنما عمله هو عمل صيدلاني، وعمل الطبيب هو عمل طبي بحت، وكل من العمل الصيدلاني والعمل الطبي مستقل عن الآخر، يسعيان معا إلى تحقيق الصحة العامة

الفرع الثاني: التحقق من نوع وطبيعة الأدوية الموصوفة

¹ طالب نور الشرع، المرجع السابق، ص 92.

إمكانية وجود خطأ أثناء عملية تحرير الوصفة هو أمر وارد، والخطأ الطبي لا يمكن التهاون به، فهو يمس سلامة المريض، ولهذا السبب، ألزم المشرع الصيدلي بالتحقق من نوع وطبيعة الأدوية الموصوفة، وذلك لتدارك أي خطأ تمكن أن يقع فيه الطبيب، وهذا ليس على سبيل المراقبة، وإنما على سبيل التكامل¹.

وأهم العناصر التي يمكن للصيدلي أن يحقق فيها هي:

1- التحقق من أن الدواء الموصوف مسجل في المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية:

تنص المادة 176 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "لا يمكن إستيراد ولا تسليم للجمهور في التراب الوطني إلا الأدوية المسجلة أو المرخص بها، والمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المصادق عليها المستعملة في الطب البشري". من خلال دراسة هذه المادة نلاحظ أن المشرع، رغم منحه حرية لمحرر الوصفة إلا أنه قيده بقائمة مذكورة على سبيل الحصر ضمن المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية. ونفس الشيء بالنسبة للقابلة وجراح الأسنان، فقد ألزمهم المشرع بتحرير الوصفة الطبية التي تتضمن أدوية في حدود تخصصهم الواردة في المرسوم 92-276.

أما الطبيب فمجاله أوسع من كل من المساعدة الطبية القابلة وجراح الأسنان، شريطة أن تكون هذه المواد الصيدلانية مصادق عليها، وهذا ما نصت عليه المادة 193 من قانون حماية الصحة وترقيتها: "يجب أن تخضع بعض المواد الصيدلانية وكذا المستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري، قبل تسويقها مجانا أو بمقابل، لمحرر مصادقة تمنحه الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، بعد أخذ رأي لجنة المصادقة على المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري المنشأة لدى هذه الوكالة".

¹ Caroline Mascaret, Delphine Degroote, op, cite, page 80

2- التحقق من أن التداخلات بين المكونات الكيميائية للأدوية الموصوفة ليس لها أي آثار غير مرغوب فيها على صحة المريض:

لا شك أن الدواء هو مجموعة من المكونات الكيميائية السامة التي تمزج مع بعضها بنسب معينة، تستعمل لعلاج أمراض معينة.

وعليه فعند الوصفة الطبية، على الطبيب أن يأخذ بعين الاعتبار التداخلات الكيميائية بين الأدوية الموصوفة، وفي حالة عدم تغطيته لهذا الأمر، يأتي دور الصيدلي للإشارة إلى هذا اللبس، والاتصال بالطبيب المعالج أو محرر الوصفة الطبية وإشعاره بالأمر، وفي حالة تمسك الطبيب بوصفته، ففي هذه الحالة يمكن للصيدلي رفض صرف الوصفة الطبية وهذا حسب نص المادة 144 من مدونة أخلاقيات الطب، دون أن يكون أن يترتب عن ذلك أي مسؤولية، مع إخطار الفرع النظامي.

3- التحقق من أن الدواء والجرعات المحددة ضمن الوصفة الطبية تتناسب مع شخص المريض، وجنسه وحالته الجنسية:

نص المشرع في المادة 115 من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب: "تتمثل الممارسة المهنية للصيدلية بالنسبة للصيدلي في تحضير الأدوية أو صنعها ومراقبتها وتسييرها، وتجهيز المواد الصيدلانية بنفسه، وإجراء التحاليل الطبية.

ويتعين عليه أن يراقب مراقبة دقيقة ما لا يقوم به هو من أعمال صيدلانية"¹.

أما المادة 14 من نفس المدونة: "يجب على الصيدلي أن يحلل الوصفة نوعيا وكميا لتدارك كل خطأ محتمل في مقادير الأدوية أودواعي عدم جواز استعمالها، أوالتدخلات العلاجية التي لم تفتن إليها..."

من خلال هذه المواد نرى أن المشرع ألزم الصيدلي بمناسبة قيامه بالتحليل الصيدلاني للوصفة الطبية، بالتدقيق في ما وصفه محرر الوصفة الطبية من علاج.

فالشهادة العلمية والتكوين المتحصل عليه من قبل الصيدلي في المجال الكيميائي ومجال الأدوية، من المقومات التي تدعم كفاءته عند تحليل الوصفة الطبية، إذ أنه باستطاعته ملاحظة ما إذا كان هناك خلل في الوصفة، وإخطار الطبيب بذلك، وأهم النقاط التي يمكن أن يقع فيها خطأ:

- وصف دواء مخصص للبالغين لطفل أورضيع
- وصف دواء مخصص للأمراض نسائية لرجل
- وصف جرعات دواء تفوق الاحتياجات الجسدية للمريض بالنظر إلى سنه وجنسه، وحالته الجسدية.

أما في حالة التركيب الصيدلاني، فالصيدلي ملزم بمراقبة المقادير الموصوفة في الوصفة الطبية بقدر كبير من الحيطة والحذر، والتأكد من كل مكون وكل مقدار، فقد تم إدانة صيدلي إلى جانب طبيب في حكم صادر عن محكمة انجيس¹، وتتلخص وقائع القضية في أن الطبيب حرر وصفة طبية غير واضحة الكتابة، تتضمن مادة سامة (audanim sydenham) فإلى جانب استعماله للأرقام العربية في الكتابة، الأمر الذي هو مخالف للتنظيم المعمول به في فرنسا، استعمل المختصرات التي حالت دون القراءة السلمية للوصفة الطبية فكتب عبارة (25 gt) بدلا من (25

¹ A. Angres, 11 avril 1946, J.C.P. ed. G 1946. 11. N° 316

goutte)، و**(25gt)** كتابة تشبه إلى حد كبير **(25 gm)** فأول خطأ هو خطأ الطبيب في الكتابة غير الواضحة للوصفة الطبية أما الخطأ الثاني فهو خطأ الصيدلي، الذي لم يمارس عمله الصيدلاني بتحليل الوصفة الطبية.

فكان يقع إلزاما على الصيدلي محاولة القراءة الدقيقة والسليمة للوصفة الطبية ، إلى جانب التفطن إلى أن 25 غرام من هذه المادة السامة هي جرعة كبيرة جدا، وخطيرة يمكن أن تصل إلى درجة الخطورة التي تسمم المريض وتؤدي إلى وفاته¹.

كحالة وصف دواء مخصص للبالغين لمريض طفل ومن أمثلة ذلك:

- وصف **(Aspégic 1000)** بدلا من **(Aspégic 100)** لطفل²
- وصف **(Risordan L.P 60)** بدلا من **(Rosordan L.P 20)**³
- وصف **(Molocide 50 mg)** وهي جرعة خاصة بالبالغين من طرف طبيب أطفال⁴
- وصف **(Gardenal dosé a 10 cg)** بدلا من **(Gordenal dosé a 1 cg)** لرضيع⁵

الخاتمة

¹ Bultin Medial n° 54 Avril 2010, page 07

² T.G.I ST- Malo, 18 septembre 1981 inf pharm, n° 237, page 1463

³ C.R.O.P Nord- pas de calais, 23 juin 1998, C.N.O.P 19 avril 1999 pharm n° 4068 Jan fév, 2004) page 15, 16

⁴ C.R.O.P d'aquitaine 16 dec 1999, C.N.O.P 19 avril 1999, doc pharm n° 4070 (mars, avril 2004) page 49 (interdiction d'exercice pendant un moi)

⁵ Trib. Pol, Montreuil – sous- bois 17 juin 1980, Now pharm n° 237 page 1463

عملية صرف الأدوية ليست بالعمل التجاري البحت، وإنما هي عملية فنية يقوم بها الصيدلي تحت إطار احتكار العمل الصيدلاني، وهي عملية مكملة للعمل الطبي، فالتزام الصيدلي بمجموعة من القواعد يضمن التنفيذ السليم للوصفة الطبية، كما يضمن حماية المريض ، في حالة الخطأ الوارد في الوصفة الطبية والصادر عن خطأ أو إغفال من الطبيب محررها.

وبالنظر إلى اعتبار الدواء مادة سامة، فقد قيد المشرع تداوله بمجموعة من القيود، أهمها ألا يتم صرفة إلا بموجب وصفة طبية، وهذا ما نصت عليه المادة 181 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

وتحرير الوصفة الطبية هو حكر على فئة حددها المشرع على سبيل الحصر وهي الطبيب، الطبيب البيطري، جراح الأسنان والمساعدة الطبية القابلة، وذلك لضمان التحرير السليم للوصفة الطبية، وحماية المريض من الاستعمال غير السليم للأدوية ولزيادة ضمان حماية المريض من خطر الأدوية فقد منح المشرع احتكار صرف الدواء للصيدلي، وفرض عليه مجموعة من الالتزامات تدخل في إطار العمل الصيدلاني، وذلك تكملة لعملية العلاج التي تبدأ بالفحص الإكلينيكي، وصولاً إلى عملية صرف الدواء، فهذه الأخيرة هي الأخطر على أساس أنها التعامل المباشر مع الدواء (المادة السامة)، والتي من صلاحية كل من الطبيب والصيدلي السهر على ضمان الاستعمال السليم لها.

ومن أهم هذه الالتزامات التحليل الصيدلاني للوصفة الطبية، ويشمل هذا التحليل شكل الوصفة الطبية ومضمونها كما ونوعاً. فالصيدلي ملزم بمراقبة شكل الوصفة الطبية من خلال التأكد من أنها محررة من طرف أشخاص لهم صلاحية تحرير الوصفة الطبية، أي الطبيب، جراح الأسنان، الطبيب البيطري وكذا المساعدة الطبية القابلة، إلى جانب تضمنها لمجموعة من البيانات على سبيل الإلزام خاصة اسم وعنوان وتوقيع محرر الوصفة، أما من ناحية المضمون، فالصيدلي ملزم بالتأكد من تناسب الدواء مع سن المريض وجنسه، وكذا التداخلات الكيميائية بين الأدوية الموصوفة، وله أن يرفض

تسليم الدواء في حالة تنافي هذا الشروط وعدم استجابة الطبيب المحرر لهذه الوصفة الطبية عند إخطاره بهذه الملاحظات.

ومن هذا المنطلق تمكن أن نستنتج أن الصيدلي ليس مراقبا لعمل الطبيب، وإنما العمل الصيدلاني هو مكمل للعمل الطبي، وكل في سبيل ضمان حماية المريض المستهلك وحماية الصحة العمومية.

وفي الأخير نقترح أن يضع المشرع تعريفا مباشرا للوصفة الطبية، لأنها هي وعاء التحليل الصيدلاني، مع تحديد الشروط الواجب توافرها فيها، وذلك لمنع أي ليس ولضمان الالتزام بالحدود القانونية والعلمية لكل من العمل الصيدلاني والعمل الطبي..

مكانة خطأ المستخدم في مجال المسؤولية عن حوادث العمل

أ.ولهاصي سمية بدر البدور

أستاذة محاضرة قسم ب

جامعة جيلالي لباس - سيدي بلعباس

مقدمة:

منذ تبني القضاء الغربي لنظرية المخاطر في مجال المسؤولية عن حوادث العمل، صار المضرور معفى من إثبات الخطأ لقيام مسؤولية المستخدم، إذ يكفي لذلك إثباته للضرر وارتباطه بحادث عمل. ومبرر ذلك - كما يرى الفقه القانوني - أن الثورة الصناعية جعلت أصحاب رؤوس الأموال يستفيدون من استغلال المواد والآلات الخطرة، وأن الطبقة الكادحة هي التي تتحمل عواقب تحقق المخاطر أثناء مزاولة العمل، فمن باب العدالة أن يعرضهم عن الأضرار اللاحقة بهم جراء ذلك.

لكن منذ نشوء نظام الضمان الاجتماعي، صارت مهمة التعويض عن حوادث العمل من اختصاص هيئة الضمان الاجتماعي، تدفعه للمصاب أولدوي حقوقه من صندوقها المدعم باشتراكات

المستخدمين والعمال. وهكذا خفف العبء عن أرباب العمل ، الذين قد تؤثر التعويضات المحكوم بها -للفائدة ضحايا حوادث العمل- على الوضعية الاقتصادية لمؤسساتهم، الأمر الذي هو في غير صالح العمال إن أدى ذلك إلى غلق المؤسسة لأبوابها.

غير أن هذا لا يعني هجر نظرية الخطأ؛ بل لازالت التشريعات المتعلقة بحوادث العمل تأخذه بعين الاعتبار. الأمر الذي يدفع إلى التساؤل عن ماهية الخطأ المعتبر من جانب المستخدم؟ وما الفائدة المرجوة من البحث عن الخطأ في حادث العمل ما دام للعامل الحق في التعويض على أساس المخاطر؟ ولمعالجة هذه الإشكالات، ارتأيت الاعتماد على القانونين الفرنسي والجزائري في هذا المجال.

أولاً- مفهوم خطأ المستخدم المثير للمسؤولية:

إن إدراك الخطأ المعتبر من جانب المستخدم في مجال حوادث العمل يقتضي التعرف على التطور التشريعي والقضائي لمفهومه.

1- في القانون الفرنسي:

إن الخطأ المعتبر من جانب المستخدم في المسؤولية عن حادث العمل في ظل التشريع الفرنسي هو الذي يظهر في صورة الخطأ غير المعذور أو في صورة الخطأ العمدي، هذا حسب قانون 09 أبريل 1898، وكذا قانون 07 يناير 1981¹. وقد تفادى المشرع الفرنسي مسألة الخوض في التعاريف تاركاً إياها للفقهاء والقضاة. كما أن محكمة النقض الفرنسية بدورها تجنبت زمناً طويلاً تعريف الخطأ غير المعذور، واعتبرته من صميم اختصاص قضاة الموضوع، وذلك إلى غاية 15 جويلية 1941 حيث صدر اجتهاد قضائي عن الغرف مجتمعة عرف الخطأ غير المعذور بأنه: "الخطأ ذو الخطورة الاستثنائية

¹ Voir : Xavier Prétot, Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale, deuxième édition 1998, Dalloz, Paris France, P 416.

الناجمة عن فعل أو إغفال إرادي، ومن الشعور بالخطر الذي كان يجب أن يتوافر في صاحبه دون وجود سبب مبرر، ومع انتفاء عنصر العمد"¹.

كما أن المشرع الفرنسي في القانون رقم 1097-82 المؤرخ في 23 ديسمبر 1982 ذكر حالة يعتبر فيها الخطأ غير معذور قانوناً، وذلك عند إخطار رب العمل بخطر يهدد حياة أو صحة العمال دون

اتخاذهُ للإجراءات اللازمة لوقايتهم منه"².

لكن منذ صدور قرار الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 فبراير 2002 خفف العبء على الضحية، بحيث لم يعد يستلزم تقدير درجة الخطر الذي تم تعريض العامل له، إذ ورد في القرار ما يلي: "بموجب عقد العمل الذي يربطه بعامله، المستخدم ملزم تجاهه بالالتزام بالسلامة-التزام بنتيجة- خصوصاً فيما يتعلق بالأمراض المهنية التي اكتسبها هذا العامل بفعل المواد المنتجة أو المستخدمة من طرف المؤسسة؛ بحيث مخالفة هذا الالتزام ذو طبيعة خطأ غير معذور بمفهوم المادة 1-452 L من قانون الضمان الاجتماعي، عندما كان لدى المستخدم أو كان ينبغي أن يكون لديه إدراك للخطر الذي عرض العامل له، والذي لم يتخذ بشأنه الاحتياطات اللازمة لوقايتة"³. إذن صار يكفي لتأسيس الخطأ غير المعذور للمستخدم إثبات توافر:

- الشعور بالخطر الذي يهدد سلامة العامل

¹ Voir : Xavier Prétot, op.cit, P 416.

² Voir : Yvonne Lambert- Faivre, Droit du dommage corporel. 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000, P 392.

³ Voir : Martial Mecquignon, Accident du travail ou maladie professionnelles : La faute inexcusable de l'employeur, Septembre 2006. <http://www.netpme.fr>

- عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقايته

فيما يتعلق بالخطأ العمدي للمستخدم فإنه لا يشير مشاكل حقيقية نظرا لنذرتة في مجال حوادث العمل، هذا من جهة، ولصعوبة إثباته، من جهة أخرى، كونه يتعلق بأمور خفية كامنة في النفس؛ إذ يعرف بأنه الخطأ المرتكب بفعل أو امتناع إرادي، مع اتجاه الإرادة إلى إحداث النتيجة المتمثلة في الضرر. وسوء النية هته هي التي تعطيه وصف الخطأ الجرمي، وتميزه عن الخطأ غير المعذور¹.

2- في القانون الجزائري:

أخذ المشرع الجزائري - مثل نظيره الفرنسي - بالخطأ العمدي والخطأ غير المعذور للمستخدم. وقد عرف الخطأ غير المعذور في الأمر 66-183² بأنه: "الخطأ الذي يكتسي خطورة استثنائية بسبب عمل أو نسيان تعدي والشعور بالخطر من قبل صاحبه وعدم وجود سبب مبرر"، وهو اقتباس من التعريف الذي جاء في الاجتهاد القضائي الفرنسي لسنة 1941 المذكور آنفا.

بينما عرف الخطأ غير المعذور في قانون 83-15 بأنه كل خطأ تتوافر فيه أحد الشروط التالية:

- خطأ ذو خطورة استثنائية،
- خطأ ينجم عن فعل أو عن تغاض متعمد،
- خطأ ينجم عن إدراك صاحب العمل بالخطر الذي يسببه،
- عدم استدلال صاحب العمل بأي فعل مبرر³.

¹ Voir : Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Les obligations, Tome 1, deuxième édition, IREY, 1988, P 529-533.

² هذا القانون ملغى بموجب المادة 82 من قانون رقم 83-13 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المعدل

والمتمم والمتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

³ المادة 45 من قانون 83-15 المؤرخ في 20 جويلية 1983، الملغى بموجب قانون 08-08 المؤرخ في 2008/02/23 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي.

وبذلك يكون المشرع قد تخلى -في هذه المرحلة- عن التعريف التقني للخطأ غير المعذور، حيث أخذ بهذا الخطأ الموصوف شكلا (أواصطلاحا)، بينما أخذ من الناحية الموضوعية بكل خطأ ولو كان بسيطا، وذلك باكتفائه بتوافر إحدى الصور الأربع المذكورة آنفا، فالصورة الأخيرة وهي "عدم استدلال صاحب العمل بأي فعل مبرر" نجدها في أي نوع من أنواع الخطأ، بما فيها الخطأ البسيط. ولعل ذلك راجع إلى رغبة المشرع في تيسير أمر تأسيس الخطأ غير المعذور للمستخدم على ضحية حادث العمل. لكنه تراجع بعد ذلك بموجب قانون منازعات الضمان الاجتماعي الجديد رقم 08-08 المؤرخ في 23 فبراير 2008 ليكتفي بتحديد صور الخطأ الذي يسأل عنه المستخدم - وهي الخطأ غير المعذور والخطأ العمدي- دون إعطاء تعريف لها، تاركا هذه المهمة للفقه والقضاء.

أما الخطأ العمدي، فقد عرفه في الأمر 66-183 بأنه كل فعل أو امتناع مع إرادة تحقيق النتيجة المتمثلة في الضرر الجسماني، بينما تجنب تعريفه في قانون 83-15 وأحالنا على مفهومه في الشريعة العامة، والذي بيناه سابقا عند حديثنا عن مفهوم الخطأ في حوادث العمل في القانون الفرنسي، وهويتفق مع التعريف الوارد في قانون 66-183، وهو الموقف ذاته الذي اتخذه المشرع في قانون 08-08 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي.

نخلص مما تقدم إلى أن المشرع الجزائري يأخذ بعين الاعتبار الخطأ غير المعذور والخطأ العمدي للمستخدم، فإذا ثبت أحدهما ضده قامت مسؤوليته.

ثانيا- أنواع الخطأ المنسوب إلى المستخدم:

سنوضح فيما يلي مقتضى "الخطأ غير المعذور" و"الخطأ العمدي"، باعتبارهما أساس المسؤولية الشخصية للمستخدم.

1- الخطأ غير المعذور:

حتى يقوم هذا الخطأ، ينبغي توافر أربع عناصر:

- خطأ ذوخطورة استثنائية:

إن هذا الخطأ من طبيعته أن يؤدي إلى خطر استثنائي، وبالمفهوم العكسي هوكل خطأ من طبيعته أن يؤدي إلى أخطار غير عادية.

والمخاطر العادية هي المخاطر التي يتعرض لها العامل يوميا رغم الحذر والاحتياطات المتخذة من قبل صاحب العمل، ويكون كل من العامل وصاحب العمل على علم بكونها من المخاطر العادية للعمل. ومثالها العامل في مطعم الذي من اختصاصه تقشير الخضر، فهو معرض يوميا لاحتمال الجرح بالسكين؛ مثال آخر: انزلاق العامل من أعلى السلم لتعثره؛ فهي مخاطر حتما تقع خلال حياة المؤسسة المستخدمة، فإن لم تقع للعامل (أ) و(ب) و(ج) ... فقد تقع للعامل (ف).

بينما المخاطر الاستثنائية هي التي لا يمكن توقعها في الظروف العادية، ولا يمكن -لمن هو معرض لها- دفعها¹، فهي مخاطر غير عادية. ومثالها العامل الذي ينظف مربعات النوافذ الواقعة في الطابق السادس لعمارة فيضع نفسه خارجا دون توافر احتياطات الأمن²؛ أيضا: أن يرسل المستخدم العامل للقيام بمهمة ظرفية خارجة عن نطاق اختصاصه، دون أن يعلمه بمخاطر هذه المهمة حتى يأخذ حذره منها، فإذا وقع حادث لهذا العامل، فحتى وإن كان من المخاطر العادية التي يتعرض لها العامل

¹ لأنه إذا كان بإمكان ضحية هذا الحادث دفع الخطر عن نفسه ولم يقد بذلك فيعتبر مرتكبا لخطأ.

² Voir Tayeb Belloula, La réparation des accidents de travail et des maladies professionnelles, édition DAHLAB, 1993, P 161.

المختص، فإنها تعتبر استثنائية بالنسبة للعامل غير المختص وغير العالم بها وبكيفية الاحتياط منها¹. ينبغي التنبيه إلى أن الخطورة المقصودة بالنص متعلقة بطبيعة الخطأ لا بنتائجه.

-فعل أوامتناع إرادي:

الخطأ بالفعل يتضمن خرقاً لالتزام قانوني سلبي، أي هويتان ما فرض القانون الامتناع عنه. أما الخطأ بالإمتناع فهو خرق التزام إيجابي، وذلك بالإمتناع عما يجب القيام به قانوناً، حيث يشترط اتجاه الإرادة إلى الفعل أو الامتناع. ومثال ذلك أن يرسل المستخدم العامل للقيام بأشغال في صهرج أو مكان مغلق أو خزان أو آفاوات الغاز أو ما شابه ذلك دون تطهير جو هذا المكان المغلق بجهاز تهوية ملائم ومستمر طوال مدة الأشغال، أو عدم تزويده بجهاز أمن ملائم ذا صلة بنوع الخطر الذي يتعرض له، أو عدم إمداده بعامل واحد على الأقل يتولى حراسته ببقائه خارج المكان المغلق².

ينبغي التنبيه إلى أن استعمال الآلات والمواد الخطرة في المشروع الاقتصادي هو عمل مشروع في حد ذاته، وإنما الخطأ في عدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة للحيلولة دون إحداثها للأضرار؛ كأن يطلب العامل من المستخدم تمكينه من نفقة إصلاح آلة بها خلل يشكل خطراً وشيكاً، فيمتنع المستخدم عن الإستجابة لهذا الواجب وعن الإتيان بمن يصلحها.

- إدراك صاحب العمل للخطر الذي يسببه:

أي أن يكون لديه شعور تام بالخطر الذي يهدد العامل وقت اقترافه للخطأ، وهذا الشرط يلتقي مع الخطأ الجسيم كما يلتقي مع الخطأ التدليسي وكذا مع الخطأ العمدي وغير العمدي؛ غير أن ميزته

¹ أنظر: د. عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية، الكتاب الأول، الجزء

الثالث، عالم الكتب، القاهرة، 1979، ص 195-196.

² المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 91-05 المؤرخ في 19 يناير 1991 المتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل.

الأساسية هي الأخذ بالتطبيق الموضوعي للشعور بالخطر (معيار الرجل العادي) وذلك بالنظر إلى خبرة الشخص وواجباته المهنية¹؛ فإذا كان صاحب الخطأ شخصا محترفا، وكان احترافه يفترض فيه الشعور بالخطر، ومع ذلك قام بالسلوك المؤدي إلى النتيجة الضارة، فحينئذ يعتبر هذا الشرط متوافرا. ومثال ذلك: حادث العمل الواقع بسبب خلل قديم نسبيا في آلة لها مسؤول عن مراقبتها دوريا، فهنا يفترض أنه يشعر بالخطر، أي توقعه لإمكانية حدوث النتيجة. أو أن ينجم الحادث عن آلة كان المستخدم على علم بأن بها عيبا في جهاز أمنها، إذ كان يجب أن يأمر بإبعادها إلى حين إصلاحها. وللضحية أن يستعمل لإثبات ذلك كافة الوسائل المتيسرة، كالسجل الخاص بالإشعارات المتعلقة بوجود خطر وشيك²، أو الإعذار الموجه إلى المستخدم من طرف مفتش العمل³.

- ألا يكون له سبب مبرر أي ألا تقوم حالة الضرورة التي تبرر قيام المستخدم أو من يقوم مقامه بنشاط هوفي الظروف العادية يشكل خطأ، وهوما يعبر عنه بـ: "ظروف استعجالية قاهرة للأعمال"⁴.

ولقيام حالة الضرورة يجب توافر الشروط الأربعة التالية:

- أن يوجد خطر حال يستدعي اتخاذ تصرف على سبيل الاستعجال يوقف أو يخفف من النتائج الضارة للخطر. ومثال ذلك نشوب حريق في الجناح المقابل لغرفة المواد الكيماوية سريعة الاشتعال.
- أن يكون سببه أجنبيا؛ أي لا دخل فيه لصاحب العمل، لأن ذلك يؤدي إلى تحميله المسؤولية كاملة؛ كما لم يتسبب فيه العامل، لأن ذلك يؤدي إلى انتفاء مسؤولية المستخدم.
- أن يكون الخطر مهددا للفاعل أو لغيره.

¹ Voir : Xavier Prétot, op.cit, P 417-421.

² المادة 34 من قانون 88-07 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

³ المادة 07 من قانون 90-03 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المعدل والمتمم، والمتعلق بمفتشية العمل.

⁴ Voir : La rupture du contrat de travail, revue judiciaire, n° 721, juin 1987, P 3.

- أن يكون الضرر الحاصل قليل الأهمية بالمقارنة مع الضرر الذي كان سينجم عن الخطر المحقق؛ وبالمفهوم العكسي: إذا كان الضرر الحاصل والضرر الذي تم تفاديه متساويان أو كان هذا الأخير أقل من الضرر الحاصل انتفت حالة الضرورة، واعتبر الفاعل متعديا وقامت مسؤوليته على أساس الخطأ¹. ولا جدال في أن الأخطار الجسدية أولى بالاعتبار من الأضرار المالية. ومثال ذلك أن يقع الحادث أثناء القيام بمهمة محفوفة بالمخاطر، على أن تكون هذه المهمة ضرورية ولازمة لتفادي أوللحد من آثار خطر أكبر².

2- الخطأ العمدي:

إذا كان الخطأ العمدي هو أيضا يقوم على فعل أو امتناع إرادي، إلا أنه لا يقتصر على مجرد الشعور باحتمال وقوع الضرر عند رجل حذر، وإنما يتعدى إلى أن الفاعل تنبه تلقائيا إلى أن الضرر سيقع ورغم ذلك قام بالفعل، قاصدا إحداث النتيجة المتمثلة في الضرر. وهذه النية السيئة هي التي تميز الخطأ العمدي عن الخطأ غير المعذور، ولأجل ذلك يسمى بالخطأ الجرمي؛ على عكس الخطأ غير المعذور الذي يفتقر إلى عنصر العمد، بحيث يكون ناجما عن إهمال، رعونة أو عدم احتراز.

ومثاله أن يقع نقاش مع المستخدم، فيتحول إلى شجار، فيدفع هذا الأخير العامل على آلة حادة فيصاب بجروح. أو أن يقوم المستخدم بنزع جهاز أمن الآلة التي يعمل عليها العامل الذي لديه مشاكل معه، أو أن يتواطأ مع أحد التقنيين في القيام بذلك، بهدف تسبب عجز دائم له، للتخلص من وجوده في المؤسسة.

ثالثا- مباشرة دعوى المسؤولية القائمة على خطأ المستخدم

¹ أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول: مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، ص 794-795.

² Voir : Xavier Prétot, op.cit, P 422.

بعد التعرف على الخطأ المعتبر من جانب المستخدم في حوادث العمل، ينبغي التطرق إلى دعوى المسؤولية.

1- طرق المطالبة بالحق

نص المشرع الفرنسي على البدء بالإجراءات الودية، هذه الإجراءات ينظمها صندوق الضمان الاجتماعي بين المستخدم والضحية أو ذوي حقوقه. ويتم خلالها الاتفاق على توافر الخطأ الموصوف وعلى مبلغ التعويضات التكميلية، فإذا لم يحصل اتفاق فيتم الانتقال إلى إجراءات المطالبة القضائية أمام المحكمة الاجتماعية، أو أمام جهة القضاء الجزائي التي تباشر أمامها المتابعة الجزائية للمستخدم أو نائبه، وذلك بأن يتأسس الضحية أو ذوي حقوقه كطرف مدني¹.

ولم يغفل المشرع الجزائري الإشارة إلى التسوية الودية بحيث اشترط مشاركة هيئة الضمان الاجتماعي وموافقتها الصريحة على هذه التسوية². أما في حال إتباع ضحية حادث العمل الطريق القضائي للحصول على التعويض التكميلي، فيجب عليه إدخال هيئة الضمان الاجتماعي في الخصومة³؛ وفي حال إذا بادرت هيئة الضمان الاجتماعي إلى رفع الدعوى لمطالبة المستخدم الذي ارتكب الخطأ بتسديد الأدعاءات التي تدفعها للضحية، فلهذا الأخير أولدوي حقوقه التدخل في الدعوى المرفوعة أمام القضاء الاجتماعي للمطالبة بالتعويضات التكميلية⁴. إذا قدمت شكوى أمام النيابة العامة ضد المستخدم فلضحية حادث العمل أو ذوي حقوقه المطالبة بالتعويضات المستحقة أمام القاضي الجزائي. أما في حال رفع دعوى المسؤولية المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية،

¹ Voir : La rupture du contrat de travail, revue judiciaire, n° 721, juin 1987, P 5.

² أنظر: المادة 76 من قانون 08-08 المؤرخ في 2008/02/23 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي.

³ أنظر: المادة 72 من قانون 08-08 المؤرخ في 2008/02/23 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي.

⁴ أنظر: المادة 73 من قانون 08-08 المؤرخ في 2008/02/23 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي.

فيوقف القاضي الاجتماعي السير في الدعوى إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية، فإذا نفى وصف الخطأ الجرمي عن فعل المستخدم

فهذا الحكم يكون ملزماً للقاضي الاجتماعي، وليس له أن يخالفه في ذلك، تبعاً لمبدأ الجزائي يقيد المدني¹.

2- التعويضات التكميلية

إذا كان ضحية حادث عمل يستحق تعويضات أصلية تمنحها له هيئة الضمان الاجتماعي، تتمثل في تغطية مصاريف العلاج وفقدان الأجر وريع العجز عن العمل المقدر بطريقة حسابية قائمة على نسبة العجز مضروبة في الأجر المرجعي للريع²؛ فإنه في حال ثبوت الخطأ غير المعذور أو الخطأ العمدي للمستخدم أمام القضاء، كان للمضروب -زيادة عن التعويضات الأصلية السابق ذكرها- الحق

في الحصول على تعويضات تكميلية³ في إطار الشريعة العامة، تتعلق بالضرر المعنوي⁴، والأضرار الشخصية **dommages extra patrimoniaux**، لاسيما منها:

-الضرر الجمالي؛ والذي يؤخذ فيه بعين الاعتبار الندوبات التي تخلفها الجروح الناجمة عن الحادث، وكذا التغيرات الشكلية **modifications morphologiques**، وبطبيعة الحال مهمة تقدير هذا الضرر تسند إلى خبير، كونها ذات طابع تقني.

1 أنظر: د. محمد الكشور، ود. بلعيد كرومي، حوادث الشغل والأمراض المهنية، مطبعة النجاح، الطبعة الثانية، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 2004، ص 399.

2 المادة 45 من قانون 83-13 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم.

3 المادة 72 من القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23/02/2008 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي.

4 يتعلق بالآلام النفسية اللاحقة به، أو بذوي حقوقه في حال وفاته.

- ضرر الألم؛ ويقصد به الآلام الجسدية التي تحملها الضحية أثناء الحادث وبعده بسبب الإصابة. هذا الضرر أيضا يسند تقديره إلى خبير، والذي يعتمد على إحدى طريقتين؛ إما على سلم أرقام محدد من "0" إلى "20" وإما على وصفه من "الضئيل جدا" إلى "الفضيع"¹.

- ضرر المتعة *préjudice d'agrément*؛ ويشمل ما يتعلق بفقدان الأفعال والنشاطات المرتبطة بالحياة الجارية للضحية، من قيام وليس، ذهاب وإياب من العمل، نوم، حرمان من التسلّيات المعتادة له كالنشاطات الرياضية والفنية، بل وحتى عجزه الدائم عن المزاولة المهنية يترتب ضرر متعة متى كان الضحية يجد فيها لذة الحياة².

- تفويت فرصة؛ ويشمل هذا الضرر فقدان أوتقليل إمكانيات الترقية المهنية، لكن يجب أن يثبت الضحية أنه قد كانت له فرصة جدية للترقية ضاعت أو قلصت بسبب الحادث، كما يشمل تفويت

فرصة المشاركة في مسابقة كان قد دعي إليها الضحية لتعليم أو تكوين. وأحقته في التعويض تكمن في أن الترقية أو النجاح في المسابقة محتمل إلا أن تفويت هذه الفرصة أمر محقق³.

إن الأضرار الجسدية المذكورة يقوم القاضي بتقدير التعويض عنها انطلاقاً من معطيات طبية مقدمة من طرف خبير، وللقاضي الحرية في تقدير ما خلص إليه هذا الأخير، بحيث قد يحكم به في شكل إيراد مرتب أو في شكل رأسمال؛ أما فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي والتعويض عن ضرر المتعة وعن تفويت فرصة، فيستقل القاضي في تقدير التعويض عنها دون حاجة إلى خبرة، والذي عادة ما يكون في شكل رأسمال⁴.

¹ أنظر: د. يحيى بن لعل، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرفي، باتنة، ص 43.

² Voir : Yvonne Lambert- Faivre, op.cit, P 153.

³ أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 862.

⁴ Yvonne Lambert- Faivre, op.cit, P 201.

ينبغي التنبيه إلى أنه في حال اشتراك خطأ الضحية أو خطأ الغير في حدوث الضرر، فإن القاضي لا يلزم المستخدم بالتعويض إلا في حدود مقدار مساهمته في إحداث الضرر¹.

خاتمة:

إن قوانين الضمان الاجتماعي بإقرارها حق ضحية حادث العمل في التعويضات التكميلية - ناهيك عن حقه في التعويضات الأصلية- إذا ثبت خطأ المستخدم الموصوف بـ "غير المعذور" أو "العمدى"، تكون قد أنصفت المضرور؛ كما أن التوسيع من مجال التعويضات المستحقة يجعل أرباب العمل يحرصون على الإلتزام بضوابط وإجراءات الوقاية، ويسارعون إلى الاستجابة لنداءات العمال ورؤساء الورشات المنبّهة إلى وجود خطر استثنائي في محيط العمل.

لكن صعوبة إثبات "شعور المستخدم بالخطر الاستثنائي الذي تعرض له العامل" تستدعي ضرورة التدخل التشريعي لإيجاد وسيلة إثبات كتابية محايدة -أي خارج المؤسسة المستخدمة- لتسجيل يومي للمخاطر الإستثنائية من طرف العمال الذين يتحاشون القيام بذلك داخل المؤسسة خوفاً من انتقام المستخدم، على أن يفتح مجال التسجيل لأي عامل وليس فقط لرؤساء الورشات، كأن يمسك هذا السجل لدى مفتشية العمل الولائية²، مع إلزام الجهة الممسكة للسجل بإشعار المستخدم المعني حتى يتسنى له اتخاذ الإجراء الوقائي المناسب.

¹ هذه القاعدة المعروفة في الشريعة العامة، يؤيدها مضمون المادتين 74 و 75 من القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23/02/2008 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي.

² بما أنها مكلفة بمراقبة تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بظروف العمل والوقاية الصحية وأمن العمال، طبقاً للقانون رقم 90-03 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المتعلق بمفتشية العمل، والقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 16/08/2005 المحدد لتنظيم مفتشية العمل للولاية.

نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بين الإباحة والتقييد.

الدكتور : خليل عمرو

أستاذ محاضر(أ) بجامعة البليدة -2-

مقدمة:

إذا كانت سنة الله في خلقه أن جعل الإنسان خليفة في الأرض مصداقا لقوله تعالى: { وهو الذي جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليلوكم في ما آتاكم } (1) هاته الخلافة قائمة بين ذكر وأنثى من أجل إنشاء أسرة التي تعتبر الخلية الأساسية وفقا لما ذهب إليه نص المادة 2 من قانون الأسرة بنصه (الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة) .

- وأن النظم التي تحكم الأسرة تقريبا في كل البلاد العربية نجد أن مرجعها الشريعة الإسلامية ، وإذا كانت الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع وأن أساس العلاقة بين الرجل والمرأة هو عقد الزواج الذي يبنى

على المحبة والمودة مصادقا لقوله تعالى: {ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون(2)} .

- وإذا كان من نوااميس الكون أن جعل الله العنصر الأنثوي أكثر من العنصر الذكري في كل شيء فإن الشريعة الإسلامية قد أباحت للرجل ان يتزوج أكثر من زوجة واحدة في حدود الأربعة بشروط ، إلا أن هذا التعدد في الوقت الحالي قد شغل الرأي العام في بلاد المسلمين وذلك بعد أن أصبحت المرأة تزاخم الرجل في كل مجالات الحياة ، بين من جعله ضرورة اجتماعية عند زيادة عدد النساء عن عدد الرجال ، وضرورة شخصية للرجل كأن تكون الزوجة مريضة أو عقيمة أو يكون للرجل قدرة جنسية تفوق قدرة المرأة ، وعلى هذا يجب إباحة التعدد في إطار ما أقرته الشريعة الإسلامية ، إلا أنه قد ظهر في نفس الآونة اتجاه ينادي بضرورة تقييد نظام التعدد بل هناك حتى من ناد بالمنع واعتباره هنا جريمة معاقب عليها نتيجة لما ينشأ بين الزوجات من خصام وتباغض وقد ينتقل ذلك إلى الأبناء، إذ هناك من اعتبره سبب من أسباب تشرد الطفولة، وكذا عدم تمكن الرجل في العدل بين الزوجات ونتيجة لهذا كانت القوانين العربية متباينة بين مانع للتعدد ومقيد له بشروط شبه مستحيلة، وهناك من قيده بشروط تفتقد الى جزاء يترتب على مخالفتها.

- وإذا كان نظام التعدد من الثوابت الأساسية في الأحوال الشخصية لا يمكن منعه لكن يمكن تنظيمه وعلى هذا الأساس ، سوف تكون دراستنا نظام التعدد في فقه الشريعة وما أقرته القوانين الوضعية بين الإباحة والتقييد وقد اخترنا لذلك نماذج من القوانين بداية بقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية وما جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وكذا ما جاء في كل من القانون المصري والسوري مع الإشارة إلى الجزاء المترتب على مخالفتها .

وبهذا سنقوم بتسليط الضوء في دراستنا أولا على مفهوم التعدد وأحكامه في ظل الشريعة الإسلامية ثم نتناوله في قانون الأسرة وبعض القوانين العربية ثانية.

المبحث الأول: التعدد بين الإباحة والتقييد في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: التعدد في الشريعة الإسلامية

التعدد ظاهرة اجتماعية قديمة إذ لم تكن الشريعة الإسلامية أول من أباح نظام التعدد حيث وجد هذا النظام في الشرائع قبلنا وفي الشرائع الوثنية وفي قانون حمورابي 1751 ق. م وقد عرفه الإغريق والهنود والفراعنة والصينيون واليابانيون وفي الشريعة اليهودية في عهد داود وابنه سليمان حيث روي أن داود نكح حوالي 100 امرأة وسليمان كان له 300 امرأة و700 جارية والله اعلم، وعلى هذا فالشريعة الإسلامية أقرت نظاما كان موجودا قديما وهذبتة حيث حددته بعدد معين مما يكفل حاجة الرجل ، وأوجبت على الرجل أن يعدل في مطالب الحياة بين هذه الزوجات حتى يكون أبعد عن الظلم والميل والانحراف ، هذا والشريعة الإسلامية تخاطب الناس كافة الأبيض والأسود والأحمر لأنها تتجاوز أقوام العرب وتتضمن أحكاما ملزمة في السياسة والإدارة والحكم والقضاء والتنفيذ والناس يتفاوتون في أمزجتهم وشهواتهم بتفاوت مناطقهم المناخية لذلك اتسمت بالمرونة بم يرضي المعتدل ويهذب المفرط من غير أن يضيق القيد فينخلع من الرقبة والاقتصار على واحدة هو الأمثل، غير أن الناس ليسوا جميعا في أمزجتهم سواء بل ليس المثالي بملزم الاقتصار على زوجة واحدة لأن الصحابة كانوا مثالين بلا شك وهم الذين أثنى الله عليهم في آيات كثيرة (3) وكثير من هم كان في عصمته أكثر من زوجة وفيهم الموسر والمعسر ولم يثبتن أنه عليه السلام فرق بين صحابي وزوجته للتعدد.

وقد يكون التعدد علاجا اجتماعيا لنقص يعرض الأمة في رجالها ، فقد يقل عدد الرجال في بعض الأمم بسبب الحروب حيث ذكر بعد الحرب العالمية الأولى في أوروبا قل عدد الرجال الصالحين للزواج حتى صار كل رجل قادر يعادل ثلاث نساء صالحات للزواج وهنا يكون التعدد مطلوبا ليصون المرأة من الرجز ولتنموا الأمة ، وبعد الحرب العالمية الثانية زاد عدد النساء في ألمانيا زيادة فاحشة حتى ناد بعض المصلحين فيها بإباحة التعدد (4).

كما أن التعدد ليس شرا على المرأة فقد تكون مريضة أو عقيمة فيكون الزوج بين أمرين إما الفراق أو الزواج ولا شك أنه من مصلحتها التعدد .

وإذا رجعنا إلى النصوص التي تنظم التعدد فنجد أنه لم يكن مطلقا ، قال تعالى : { وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا } (5) فمن هذه الآية نجد أن التعدد قيد بقيدين هما العدل والقدرة على الإنفاق .

أ- العدل: في قوله تعالى : { فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة } حيث أن إباحة التعدد مقيدة بالعدالة أي إن خفتم في القسم والعشرة والخوف من الجوع ومجانبة العدل بين الأربعة والثلاثة والاثنين فواحدة، فالمنع هو من الزيادة التي تؤدي إلى ترك العدل في القسم وحسن العشرة وذلك دليل على الوجوب (6).

والعدل المطلوب هو العدل الظاهر وهو القسم بين الزوجين والمساواة في الإنفاق والمعاملة الظاهرة دون العدل في المحبة الباطنة حيث لا يستطيعه أحد ولا يكلف الله نفس إلا ما يكون في الوسع وكان عليه الصلاة والسلام لا يسوي بين أزواجه في المحبة القلبية حيث كان يقول عند قسمه بين أزواجه (اللهم إن هذا قسمي فيما أملك فلا تواخذني فيما تملك ولا أملك) إذ لو كانت المحبة القلبية هي المطلوبة لكان النبي عليه الصلاة والسلام غير عادل بين أزواجه وهذا غير مقبول ولا معقول (7).

وبهذا المعنى وقف الفقهاء والعلماء بين العدل المطلوب في هذه الآية والعدل المنفي في قوله تعالى: {ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة } (8)

فالآية تدل على نفى الاستطاعة في العدل القلبي ولذلك لم يطلبه سبحانه وتعالى من عباده ودل ذلك في قوله تعالى : { ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل } (9) .

حيث يقول أبوزهرة فهو أجاز أن لا يكون ولكنه طلب أن يحرص وأن لا يفرط وبذلك تتلاقى الآيتان لأن العدل في الآية التي تطلبه في غير الآية التي نفتته وأكدت نفيه (10).

ب- القدرة على الإنفاق : وهذا الشرط يفهم من قوله تعالى : { أدنى ألا تعولوا } (11) ففيها دلالة واضحة على أن التعدد يلزمه القدرة على الإنفاق وقد فسر الشافعي كلمة تعولوا تكثر عيالكم فهذا القيد خوفاً من أن يكون في التعدد مظنة الإكثار من العيال من دون أن يكون عنده من أسباب الرزق ما يستطيع معه للإنفاق عليهم هذا وقد اتفق الفقهاء والمفسرون على أنه لا بد من توفر هذين الشرطين لكل من يريد الزواج بامرأة ثانية وإذا لم يتوفرا فإنه يكون إثماً يحاسبه الله سبحانه تعالى على الجور ولكن العقد يكون صحيحاً لأنهما ليسا من شروط صحة عقد الزواج والتي نصت عليه المادة 9 والمادة 9 مكرر من قانون الأسرة ، أما غير هذين الشرطين فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا أي شرط آخر على الإطلاق في القديم ، أما في العصر الحديث فقد نادى بعض العلماء بتقييد نظام التعدد باعتبار أنه أصبح يجلب المفسدة أكثر من المصلحة ومن هؤلاء الإمام محمد عبده كما سنرى فيما يلي.

المطلب الثاني : تقييد نظام التعدد في الفقه الإسلامي :

نادى في العصر الحديث بعض الفقهاء في مصر بتقييد نظام التعدد ومن هؤلاء الفقهاء الشيخ محمد عبده في تقرير قدمه إلى ناظر الحقانية 1899م ومن ضمن مقالاته : { كان للتعدد في صدر الإسلام فوائد أهمها صلة النسب والصهر الذي تقوى به العصبة ولم يكن له من الضرر مثل حاله الآن لأن الدين كان متمكناً من نفوس النساء والرجال وكان أذى الضررة لا يتجاوز ضررتها ، أما اليوم فإن الضرر ينتقل من كل ضرة إلى ولدها وإلى والده وإلى سائر أقاربه ، فهي تغري بينهم العداوة والبغضاء... إلى أن قال فيجب على العلماء النظر في هذه وخصوصاً الحنفية منهم الذين يبدع الأمر وعلى مذهبهم الحكم فهم لا ينكرون أن الدين أنزل لمصلحة الناس وخيرهم وأن من أصوله منع الضرر والضرار فإذا

ترتب على شيء مفسدة في زمن لم تكن تلحقه فيما قبله فلا شك في وجوب تغيير الحكم وتطبيقه على الحاضرة بمعنى على قاعدة (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) (12) .

وعلى ذلك نجد أن الإمام محمد عبده يقارن نظام التعدد في صدر الإسلام بنظام التعدد في عصرنا الحاضر الذي أصبح يورث العداوة والبغضاء بين الأبناء والأقارب ، وأن هذا ليس عيبا في نظام التعدد وإنما نتيجة الإساءة إلى نظام التعدد وهو الجهل وسوء التربية الدينية والخلقية ، مما جعل بالإمام ينادي بتقييد التعدد.

وأنه لا يكون إلا بناء على أمر من القاضي وذلك لما أصبح ما بين الزوجات من خصام حتى تصير الحياة بينهم نكد وينتقل ذلك إلى الأبناء إذ يصبح الأخ عدولاً أخيه.

وفي هذا المجال يقول الدكتور مصطفى السباعي : (فمن مساوئ التعدد أن ينشأ بين الزوجات عراك وتحاسد وتنافس يؤدي إلى تنغيص عش الزوجية، وانشغال بال الزوج بتوافه الخصام بين الزوجات، مما يجعل حياته معهن جحيما لا يكاد يطاق، وحياتهن فيما بينهن نكداً لا يكاد ينتهي (13)

إلا انه رد على هذا القول :

1- بأن الشريعة الإسلامية قد نظمت تعدد الزوجات تنظيماً وافياً صالحاً لكل زمان ومكان وهذا التنظيم يحقق المصلحة الدائمة فإذا ما تدخل الحاكم لتقييد المباح أو منعه بإجتهد منه فإن هذا التقييد يكون لا أساس له وقد ورد نظام التعدد بنص قرآني ثابت فلا يجوز تقييده أو منعه.

2- إن تنبأ القاضي بما لم يكن أن يكون عليه العبد في المستقبل من انه سيعدل أولاً يعدل حتى يمكنه أن يعلم من سيظلم مستقبلاً ومن لا يظلم حتى ولو كانت هناك وسائل يستشهد بها كشهادة الشهود ووجود قرائن في القدرة على الإنفاق إلا أن ذلك يبقى نسبياً .

3 - إن أفضل حماية لإقامة العدل في تعدد الزوجات هو أن تضع نصوص زجرية في قانون العقوبات لمن يسيء استعمال تعدد الزوجات وأن عقوبات هاته النصوص تكون أكثر حماية لنظام التعدد من القول بتقييده.

4- إن نظام التعدد هو نظام أخلاقي إنساني، فهو أخلاقي لأنه لا يسمح للرجل أن يتصل بأي امرأة في أي وقت شاء، إذ لا يجوز له أن يتصل بأكثر من أربع نساء وأنه يجب أن يكون ذلك عن طريق عقد شرعي ويجب تسجيله كحماية للأبناء، وأنه إنساني في كونه كذلك أنه يأوي امرأة لا زوج لها ينقلها من مصاف العانسات أو المطلقات إلى مصاف المتزوجات المحصنات وقد ينتج عن ذلك نسلا للأمة، كما أنه يضاعف مسؤولية الرجل ومتاعه نتيجة إرضاء شهواته وغرائزه وعليه فهو عكس تعدد الغربيين الذي هو ليس بأخلاقي ولا إنساني (14).

ونحن نرى أنه زيادة على العقوبات الزجرية فإن تقييد التعدد بترخيص من القاضي يكون أكثر ضمانا للأسرة والمجتمع خاصة في عصرنا الحاضر الذي أصبح فيه الناس لا يعيرون أي اهتمام للحياة الزوجية وقل فيهم الوازع الديني تجاه العدل بين الزوجات وعليه فإذا ما قيد نظام التعدد برخصة من القضاء وعلى من يريد التعدد أن يقدم المبررات الداعية إلى ذلك ككون الزوجة الأولى عقيمة أو مريضة وأنه قادر على كل مشتملات النفقة المطلوبة لكل زوجة وبذلك تكفل مصلحة الأسرة ويسود العدل فيها .

وعليه فإن كان هذا هو موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من نظام التعدد باختصار حيث أفاض في ذلك الفقهاء لرى التعدد في التشريع القانوني .

المبحث الثاني: نظام التعدد في القوانين الوضعية

المطلب الأول: نظام التعدد في قانون الأسرة وبعض التشريعات العربية.

أ- نظام التعدد في قانون الأسرة الجزائري (التعدد وفقا لنصوص المواد 8،8 مكرر ، 8 مكرر1 والمادة 22 من قانون الأسرة)

- نصت المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري على انه: (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.
- يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وان يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.
- يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية).
- المادة 08 مكرر (في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق).
- المادة 08 مكرر1 يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيص من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه .
- ومن خلال تحليلنا لهاته النصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري قد أباح نظام التعدد إلا أنه قيده بمجموعة من القيود بعض هاته القيود لم يقلل بها فقهاء الشريعة الإسلامية إذ بالرجوع إلا نص المادة 08 نجد أنها تتضمن القيود التالية :

1- وجود المبرر الشرعي : هذا الشرط مستحدث في قانون الأسرة الجزائري ودخيل على الشريعة الإسلامية وانه جاء مبهما إذ انه لم يبين لنا ضوابط المبرر الشرعي الذي يمكن على أساسه إباحة التعدد من عدمه ، إلا انه هناك من فسره بالعقم والمرض المزمن وهاتين الصفتين لم يقلل بهما فقهاء الشريعة الإسلامية (15) ، إلا انه إذ ما بحثنا في تاريخ الشعوب القديمة نجد مثل هذا التفسير في

قانون حمورابي (1752 ق.م) إذ أباح التعدد في حالة المرض والعقم ، وانه لا يمكن بأي حال أن نرجع إلى ما قبل التاريخ لنجد حلا للمجتمع الجزائري الأمر الذي يجعل هذا الشرط غير مستصاغ .

2- توفير نية العدل : شرط العدل هو ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية أما عبارة نية العدل فهي عبارة غامضة إذ أن النية أمر نفسي داخلي باطني يستحيل التوصل إلى حقيقتها وجعلها من مسائل الواقع ، وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يكتفي بالشروط المتفق عليها في الشريعة الإسلامية فيكون النص يسمح بالتعدد بأكثر من زوجة واحد في حدود الشريعة الإسلامية ، فيفهم منها الشرط العددي والعدل والقدرة على الإنفاق.

3- إخبار الزوجة الأولى والمرأة التي سيقبل على الزواج بها :

إذ بالنسبة للزوجة الأولى يجب إخبارها وذلك عن طريق السيد رئيس المحكمة المقيمين فيها وهنا يمكن لها أن تقبل بهذا الزواج الثاني أو ترفض .

ونفس الشيء بالنسبة للزوجة الثانية يجب إخبارها انه متزوج وترضى بذلك بعد إخبارها عن طريق السيد رئيس المحكمة.

وهنا يثور التساؤل بالنسبة للزوجة الأولى ، فإن لم ترضى فماذا يمكن أن تفعله ، إما أن تطلب الطلاق وهذا ليس بحل خاصة إذا ما كان بينهما أطفال فبعد أن تكون زوجة محترمة تعيش هي وأبنائها في عش الزوجية قد ترمي بنفسها في تعداد المطلقات سوف تندم عليها يوم لا ينفع الندم إذ تنزل عليها مصيبتان بدلا من مصيبة واحدة وإما أن تبقى كزوجة مع المطالبة بحقوقها وعليه فتحمل الضرة مع العدل أولى من الطلاق وتشردا وتشرد الأبناء ، فكان على المشرع أن يشدد من مبدأ العدل والنفقة ويرفقه بجزاءات عقابية صارمة ولا يفتح الباب أمام النساء للمطالبة بالطلاق الذي أصبح يتزايد يوم بعد يوم.

هذا وما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 08 هو أن هذا الترخيص يخضع للسلطة التقديرية للقاضي بعد أن يتأكد من موافقة كلا الزوجتين وأثبت الزوج المبرر الشرعي الذي هو أمر غامض والقدرة على توفير العدل وذلك أمر مستقبلي يصعب إدراكه وتوفر الشروط الضرورية للحياة الزوجية وأن هاته ضوابط يمكن للقاضي على أساسها منح الترخيص أو منعه.

- وهنا يثور التساؤل كذلك إذا أقدم على الزواج من امرأة ثانية وكان الدخول فماذا يمكن أن يكون الجزاء إذ بالنسبة للزوج المعدد لا حرج في ذلك ، أما بالنسبة لكلا الزوجتين فالشيء الوحيد الذي أعطي لهما حق طلب الطلاق وفقا لنص المادة 08 مكرر، وأن هذا كما سبق القول ليس بحل على الإطلاق وأن مثل هذا الحل يزيد من نسبة تفكك الأسرة بدلا من العمل على الحد منها ، إذ مشكلة الطلاق أصبحت ظاهرة خطيرة في المجتمعات يجب التفكير على الحد منها بكل الوسائل الممكنة.

- أما نص المادة 08 مكرر 01 نجد أنها تنص على أن الزواج الجديد يفسخ قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المحددة في نص المادة 08 ومن تحليلنا لهذا النص نجد أنه بعيد كل البعد عن حقيقة الواقع وأنها قاعدة قانونية لا يمكنها أن تحكم سلوكات الأفراد في المجتمع إذ تفتقد لكونها قاعدة سلوك ، فالمعروف أن الذي يعدد حتى يقبل توثيق عقده لا بد من إذن السيد رئيس المحكمة وأن هذا الإذن لا يصدر إلا موافق لنص المادة 08 ، وعليه فكيف يمكن أن نفسخ زواج غير موثق وكيف يمكن للمرأة أن تطالب بفسخ هذا الزواج أمام المحكمة إذ لم تكن فيه البيئة وهي العقد في حد ذاته الأمر الذي يجعل لا يمكن العمل بهذا النص.

- وعليه فنرى بأن هذا النص بعيد عن المجتمع الجزائري إذ ما نراه في الواقع أن الشخص يعدد ويدخل بزواجه الثانية ، وهنا الزوجة الأولى توضع أمام الأمر الواقع إما أن تقبل وتطالب بحقوقها الزوجية وهذا أفضل حل في رأينا وإما أن تطالب بالطلاق وهذا ليس بحل لها.

- هذا وإذا أردنا أن نرجع إلى فكرة التعدد إنها فكرة واقعية إذ لا يمكن أن يتعدد الشيء على شيء إلا إذا كان المتعدد فائض فإذا كان المتعدد فائض فطبيعيا أن يتعدد ولنفرض أن جماعة دخلوا حجرة

بها 10 كراسي وهم 10 فكل واحد يجلس على كرسي فإذا دخل العشرة فوجدوا 12 عشر كرسي فيمكن أن يجلس على كرسي ويتكى على كرسي آخر ولا يمكن أن يعدد لنفسه كرسيين إلا إذا كان هناك فائض ، إذا فالتعدد لا يكون إلا عن فائض كما يقول فضيلة الشيخ متولي الشعراوي.

وإذا نظرنا لعالم التكاثر نجد أن الذكر يخصب أكثر من أنثى وهي لا تخصب من ذكرين.

لذا يمكن القول أن نظام التعدد ليس فيه ما يعيبه إذا ما استعمل في إطاره الشرعي وأن تدخل المشرع في تنظيمه فهو أمر جائز إذ لومنعنا التعدد لخلقنا مشكل اجتماعي إذ أثبتت الإحصائيات أن عدد النساء يساوي 52% والذكور 48% أثناء مناقشة ملف الأسرة سنة 1983 فإذا نحن زوجنا 48 فتاة بمثل ذلك من الذكور يكون قد بقي لنا 04 بدون زواج وهنا نجد أنفسنا أمام أمرين إما التعدد بضوابطه الشرعية وإما نتركهن للتعس وفعل الرذيلة، وكما قيل سابقا ان التعدد لا يكون إلا لفائض، وعلى ذلك فخير ضابط هو الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وختاما لهذا يحضرنى قول الإمام أبوزهرة أن ظل الشريعة مع الأسى والأسف قد انكمش فلم يستظل المسلمون بظله واستعاروا قوانين هي بالنسبة لشريعة القرآن كنسبة النقص إلى الكمال ولقد ارتضوا هذه القوانين الناقصة وتركوا كمال الشريعة القرآنية ولذلك حلت الأهواء محل العدل وحل الفساد محل الصلاح وضاع المسلمون لأنهم أضاعوا القرآن والشريعة .

- أما إذا رجعنا إلى نص المادة 22 من قانون الأسرة نجد أنها قد أفرغت المادة 08 من محتواها وجردتها من أحكامها ، كل شخص يريد أن يوثق زواجه الثاني فما عليه إلا أن يتقدم بدعوى أمام المحكمة قسم شؤون الأسرة لإثبات زواجه الثاني ، وبذلك يمكن عن طريق الحكم القضائي تسجيل الزواج الثاني وفقا للقانون دون قيام أية مسؤولية وهذا ما هوشائع اليوم بالعقد عن طريق المحكمة وهنا نبرز كذلك ظاهرة عدم انسجام النصوص القانونية إذ انه مادام أن كل من يريد أن يعدد فما عليه إلا إجراء العقد الشرعي ثم توثيق ذلك العقد عن طريق حكم قضائي فما جدوى النصوص المتعلقة بالتعدد .

المطلب الثاني: نظام التعدد في القانون المصري :

نصت على ذلك المادة 11 مكرر على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول .

ويجوز للزوجة التي تزوج عليها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولولم تكن قد اشترطت عليه في العقد أن لا يتزوج عليها .

فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقه بانه ويسقط حق الزوجة في طلب التطلق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا ويتجدد حقها في طلب التطلق كلما تزوج بأخرى.

- وإذا كانت الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطلق كذلك(16).

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع المصري قد أباح نظام التعدد إلا انه قد كبله ببعض القيود لم يقلل بها فقهاء الشريعة الإسلامية من ذلك :

1. على الزوج أن يقر إن كان متزوجا بزوجاته اللاتي في عصمته ومكان تواجدها أو تواجدهن إن كن متعدّدات ، كما يجب عليه ان يخطر هاته الزوجات بأنه سوف يتزوج عليهن مع العلم بذلك ، حتى تتمكن أي واحدة في استعمال حقها في ذلك .

2. أن يترتب على هذا الزواج ضرر مادي أو معنوي ويقع على طالبة التطلق إثبات الضرر فإذا لم تستطع إثبات هذا الضرر فإن طلبها لا يستجاب له ، إذ حق طلب الطلاق مقرون بإثبات الضرر وهذا الشرط لم يقل به المشرع الجزائري ونرى أنه شرط ضروري لإعطاء حق التفريق إذ أن العلة ومناطق

التفريق هو الضرر وما دام أن الضرر غير متوفر سواء كان ضرر مادي أو معنوي فإنه ليس للمرأة أن تطلب التطليق وعليه كان على المشرع الجزائري أن ينص على هذا الشرط .

وأن يكون هذا الضرر يتعذر معه دوام العشرة أن يكون واقعا ومحققا وهنا تثار مسألة كيفية تحديد الضرر المعنوي ومعرفته وهو حالة نفسية لا يمكن للغير الإحساس بها أو تقديرها _ ولهذا قال الأصوليون أن الضرر النفسي لا يتعلق به حكم شرعي ، إذ الحكم هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين لا بعواطفهم ولا بأهوائهم ، وعلى ذلك فإن الضرر النفسي من الصعب حصر صورته (17).

3. وأن هذا الحق لا تملكه الزوجة على سبيل الدوام بل لا بد من استخدامه خلال مدة معينة وإلا سقط هذا الحق فالمشرع اشترط مدة سنة من تاريخ العلم بذلك سواء كان الأمر بالنسبة للزوجة الجديدة أو الزوجة الأولى وهذا الشرط كذلك أغفله المشرع الجزائري إذ أنه شرط وجيه حتى لا يترك لفك الرابطة الزوجية من المرأة في أي وقت تشاء لهذا السبب .

المطلب الثالث: نظام التعدد في القانون التونسي :

نص الفصل 18 تحت عنوان موانع الزواج كما يلي : تعدد الزوجات ممنوع .

فكل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبات ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.

- ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجاً على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 4 محرم 1377 (أول أوت 1957) والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية ، ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرة زوجته الأولى.

- ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يتعمد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين.

- ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجزائي المتعلق بظروف التخفيف على الجرائم المقررة لهذا الفصل كما ورد في نص الفصل 36 من قانون الحالة المدنية بمايلي (يعتبر الزواج المبرم خلافا لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلا ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن ثلاثة أشهر)

ومن خلال هذا النص بصفة عامة نجد أن المشرع التونسي قد منع التعدد منعا باتا اذ جعل التعدد ضمن قانون العقوبات يعاقب عليها الشخص إذا تزوج بامرأة ثانية وأن عقوبته تصل إلى سنة حبس وأن هذا الحكم يطبق على التي يراد الزواج بها وهي تعلم بأنه متزوج إذا التزوج بامرأة ثانية جريمة يعاقب عليها كما يعاقب على مجرد التزوج على خلاف الصيغ القانونية وهنا يكون المشرع التونسي قد أبطل حكم شرعي منصوص عليه بموجب نصوص القرآن الكريم .

- وإذا وقعت تبعات جزائية بمقتضى أحكام الفترة السابقة يقع البت بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج وإذا استأنف الزوجان على المعاشرة رغم التصريح بإبطال زواجهما بعاقبان بالسجن مدة ستة أشهر ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجزائي على المخالفات المقررة بهذا الفصل وعلى هذا إذا كان الزوج يعاشر امرأة أخرى عن طريق الزواج فانه بإمكان المرأة الأولى أن تقدم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية باعتبار أن ذلك جريمة يعاقب عليها القانون مع إبطال عقد الزواج الثاني.

المطلب الرابع: نظام التعدد في القانون المغربي:

إذا رجعنا إلى القانون المغربي نجد انه قد نظم تعدد الزوجات والشروط الخاصة به في نصوص المواد 40، 41، 42، 43، 44، 45، 46 من مدونة الأسرة

بالرجوع إلى نص المادة 40 تنص أن التعدد ممنوع منعا باتا في حالتين وذلك متى اشترطت الزوجة الأولى في عقد زواجها عدم الزواج عليها إذ بهذا الشرط يصبح التعدد ممنوع في القانون المغربي وفقا لنص المادة 40 من المدونة .

- والحالة الثانية التي يمنع فيها التعدد إذ أضيف عدم العدل بين الزوجات ذلك اعتمادا على قرائن قلبية وهنا يمكن أن يمنع الرجل من التعدد بمجرد الخوف من العدل بين الزوجات إذ بهذا النص أصبح التعدد ممنوع وهذا النص شبيه إلى ما ذهبت إليه مدونة الأحوال الشخصية التونسية

أما في حالة عدم وجود شرط من الزوجة بعدم التعدد فان نصوص المواد 41 ، 42 ، 43 ، 44 ، 45، 46 من خلال دراستها وتحليلها نجد أنها تقتضي مجموعة من الشروط التعجيزية فيما يلي:

1- تقديم طلب إلى قسم قضاء الأسرة:

على من يريد التعدد أن يقدم طلبا للمحكمة . يثبت من خلاله المبرر الموضوعي الاستثنائي وفقا لما تنص عليه المادة 41 من مدونة الأسرة على انه : لا تأذن بالتعدد.

إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي ، ومن هاته الفقرة نجد أن النص لم يوضح ماذا يقصد بالمبرر الموضوعي الاستثنائي وإنما تبقى السلطة التقديرية في تكييفه وتحديده للمحكمة إلا أن ذلك يمكن أن يتضح عن طريق الاجتهاد القضائي وهناك من الشارحين للمدونة من رأى أن المقصود بالمبرر الموضوعي الاستثنائي (ما لا تستقر بغيره جوانب مادية أو معنوية من حياة الإنسان ، ومن ذلك أن تكون المرأة عاقرا أو تنفر كثيرا من الاتصال الجنسي، أو أن تكون مصابة بمرض عضال يقعدها عن الفراش)(18) .

2 - إثبات وجود الموارد الكافية لإعالة أسرتين :

- إذ ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 41 لا تأذن المحكمة بالتعدد (إذ لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة أسرتين وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة)

- وذلك يعتمد على القدرة الاقتصادية للزوج الراغب في التعدد وعليه أن يثبت دخله ومقوماته المادية وهذا ما أكدته المادة 42 من المدونة أن يكون طلب الإذن بالتعدد مرفقا بإقرار عن وضعيته المادية ، وأن تقديم الموارد الكافية وفقا لنصي المادتين 41 ، 42 تخضع لتقدير وتكييف القاضي إذ المسالة تقديرية ولم تحدد بضوابط يمكن على أساسها تحديد الموارد الكافية لإعالة أسرته .

3- الإجراءات الواجب إتباعها في منح الإذن من عدمه :

بالرجوع إلى نصي المادتين 43، 44 من المدونة نجد أن هاذين النصين يقضيان انه حتى يمكن منح الإذن لابد من إتباع مجموعة الإجراءات القانونية والتي تتمثل حسب نص المادتين كمايلي : انه على المحكمة أن تستدعي الزوجة الأولى المراد الزواج عليها فإذا توصلت شخصا ولم تحضر أو امتنعت عن تسلم الاستدعاء توجه إليها المحكمة عن طريق كتابة الضبط إنذار إذا لم تحضر في الجلسة المحددة فانه يبت في طلب الزوج في غيابها ، كما يبت في الطلب إذا تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاءها فيه وأكدت النيابة تعذر ذلك .

- أما إذا كان سبب عدم توصلها بالاستدعاء ناتج عن إخفاء وغش من الزوج فانه تطبق عليه العقوبة المقررة في نص المادة 361 من القانون الجنائي إذ ما طلبت الزوجة ذلك (19).

4- محاولة التوفيق بين الزوجين في حالة طلب التعدد :

بالرجوع إلى نص المادة 44 من المدونة فان المحكمة ملزمة بإجراء مقابلة بين الزوجين قصد التوفيق بينهما وهذا إذا رأت المحكمة جدوى التعدد فإنها تأذن بذلك ، وخاصة توفر الأسباب

الموضوعية الاستثنائية ، وهنا المحكمة بعد الإذن تقيد الزوج بشروط لفائدة الزوجة وأطفالها كتنخيص مسكن مستقل وأداء النفقة الواجبة ، وإقامة العدل بين الزوجتين.

5- تعذر استمرار العلاقة الزوجية في حالة الإذن بالتعدد وإصرار الزوجة على المطالبة بالتطليق:

إذا أصرت الزوجة المراد التعدد عليها على المطالبة بالتطليق فإن ما يكون على المحكمة إلا إلزام الزوج بإيداع مبلغا ماليا قصد ضمان حقوقها وأولادها في خلال سبعة أيام من تاريخ صدور الإذن وانه بمجرد إيداع المبلغ تصدر المحكمة حكما بالتطليق إلا أن تقدير المبلغ يخضع لسلطة القاضي، وأن الحكم بالتطليق غير قابل لأي طعن فيما يخص إنهاء الرابطة الزوجية

أما إذا لم يدفع المبلغ من طرف الزوج خلال سبعة أيام يعتبر عن الإذن وهذا ما نصت عله المادة 45 من المدونة في فقراتها 1، 2، 3.

6- إذا لم تطلب الزوجة التطليق: وتمسك الزوج بالإذن فإن هذه تطبق مسطرة الشقاق حيث انه بالرجوع إلى نص المادة 45 الفقرة الأخيرة والتي تنص (فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها ، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 وبعده) هاته المواد تتضمن تعيين حكّمين قصد إصلاح ذات البين فإن وفقا في ذلك وهذا هو الأساس إذ التوفيق هو الأصل (20) وإذ لم يستطيعا التوفيق بينهما تحكم المحكمة بالتطليق بينهما .

7- أما بالنسبة للزوجة الثانية:فانه بالرجوع إلى نص المادة 46 من المدونة فإن العقد لا يتم معها إلا بعد علمها عن طريق المحكمة بأنه متزوج بغيرها وانه يجب على المحكمة أن تدون رضاها في محضر رسمي.

- وبناء على ما تقدم نستطيع القول أن التعدد في مدونة الأسرة المغربية ممنوع إذا ما اشترطت المرأة في العقد عدم الزواج عليها، وهنا تحديد المبرر والموارد الكافية لإعالة أسرتين تقديرهما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ثم إن إجراء منح الإذن يحتوي على إجراءات تعجيزية يصعب الوصول إليها مما يجعل التعدد وفقاً لنصوص المدونة في حكم الممنوع أكثر منه في حكم الإباحة وبذلك فهو قريب من المشرع التونسي وبعيد عن ما جاء به الفقه الإسلامي.

خاتمة :

وكخاتمة لموضوعنا هذا نقول أن الشريعة الإسلامية كمبدأ عام قد أباحت التعدد وجعلت له شروط يجب مراعاتها وهما شرط العدل بينهن والقدرة على الإنفاق دون سواهما ، كما أن الشريعة الإسلامية تنظر إلى التعدد انه قد يكون ضرورة اجتماعية وشخصية ، فضرورة اجتماعية عند زيادة النساء على عدد الرجال وخاصة في أعقاب الحروب التي تلتهم صفوف الرجال والشباب فمن مصلحة المرأة أن تكون ضرة بدل من أن تعيش العمر كله عانس محرومة من الحياة الزوجية التي أساسها الرحمة والمودة والسكون والإحصان ، خير من أن تكون بيد الرجال المفسدين وما قد يترتب عن ذلك من أطفال غير شرعيين ، وأما بالضرورة الشخصية فقد تكون الزوجة عقيماً والرجل يحب الذرية ، أو تكون مريضة بمرض مزمن، أو يكون لديه قوة جنسية وهي غير قادرة على ذلك.

- هذا وإذا رجعنا إلى القوانين الوضعية نجد أنها من منحت التعدد بصفة قطعية كتونس بل اعتبرته جريمة معاقب عليها، وهناك من قيده بشروط تعجيزية حتى كاد أن يكون التعدد في حكم المنع كما رأينا في مدونة الأسرة المغربية وهناك من كبله بشروط إلا أن هاته الشروط غير مقترنة بأي جزاء إذا ما خالفها الرجل في ذلك كما هو واضح من خلال نصوص قانون الأسرة، إلا انه من خلال دراستنا للموضوع سواء فيما يخص ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية أو القوانين الوضعية أن التعدد أمر مباح

يمكن تقييده إذا أسيئ استعماله في مجتمع ما إذ المباح يمكن تقييده حسب ما تمليه مصلحة المجتمع إذ التقييد حماية للحق العام من التعسف في استعمال الحق الخاص

الهوامش :

- 1- سورة الأنعام ، الآية 165 .
- 2- سورة الروم ، الآية 21.
- 3- الإمام محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الثالثة ، 1957، ص 92.
- 4- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون ، دار الوراق ،السعودية ، الطبعة 7 ، 1999، ص 69 .
- 5- سورة النساء ، الآية رقم 03 .
- 6- القرطبي ، ج 05 تفسير ص 20.
- 7- الإمام محمد أبوزهرة ، مرجع سابق ، ص 10 .
- 8- سورة النساء ، الآية رقم 129.
- 9- نفس الآية من السورة السابقة .
- 10- الإمام محمد أبوزهرة ، مرجع سابق، ص 90 .
- 11- سورة النساء ، الآية 03 .
- 12- رضا شعبان جاد حرب ، تعدد الزوجات في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية ، جامعة الأزهر 1980 ، رسالة دكتوراه ، ص 413 .
- 13- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون ص 77 مرجع سابق.
- 14- نفس المرجع السابق.
- 15- المنشور رقم 102 الصادر في 1984/12/02 المتضمن كيفية تطبيق نص المادة 08 من قانون الأسرة الصادر عن وزارة العدل ، مديرية الشؤون المدنية.

- 16- هذه المادة معدلة من القانون 29/25 بموجب القانون 1985/100.
- 17- محمد كمال إمام . محمد أحمد سراج - أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، جامعة الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ص122.
- 18- محمد الكشور شرح مدونة الأسرة -الجزء الأول الزواج ط الدار البيضاء ص 213.
- 19- تنص المادة 361 من القانون الجنائي (من توصل بغير حق إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق أحوال ذلك إما عن الإدلاء ببيانات غير صحيحة إما عن طريق انتحال اسم كاذب أوصفة كاذبة وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 120 إلى 300 درهم ..)
- 20- محمد الأزهر شرح مدونة الأسرة ص 158

قائمة المراجع :

- 1- القرآن الكريم .
- 2- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون ، دار الوراق ، السعودية ، الطبعة 7 ، 1999.
- 3- الإمام محمد أبوزهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، مصر ، الطبعة الثالثة ، 1957.
- 4- القرطبي ، أبوعبد الله محمد بن احمد المالكي ، الجامع لأحكام القرآن بيروت ، لبنان .
- 5- رضا شعبان جاد حرب ، تعدد الزوجات في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية ، جامعة الأزهر 1980 ، رسالة دكتوراه.
- 6- محمد كمال إمام . محمد أحمد سراج - أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، جامعة الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ص122.
- 7- محمد الكشور شرح مدونة الأسرة -الجزء الأول الزواج ط الدار البيضاء.

القوانين :

- 01- القانون 84-11 الصادر في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 جوان 1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- 02- المنشور رقم 102 الصادر في 1984/12/02 المتضمن كيفية تطبيق نص المادة 08 من قانون الأسرة الصادر عن وزارة العدل ، مديرية الشؤون المدنية.
- 03- القانون المصري : قانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل وبالقانون رقم 100 لسنة 1985.
- 04- مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بتاريخ 13 أوت 1956.

قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص - تأصيل وتجديد-

جندولي فاطمة الزهراء

أستاذة مساعدة قسم -أ-

جامعة جيلالي لباس-سيدي بلعباس-

مقدمة:

لقد ترتب على تطور وسائل الاتصال والمواصلات تحول العالم إلى قرية كونية صغيرة، ينتقل فيها الأشخاص بين حدود الدول، ويدخلون في علاقات متعددة الجوانب اقتصادية، اجتماعية، وثقافية...، وهو الأمر الذي طرح مشكل عدم كفاية النصوص القانونية لحسم ما تثيره العلاقات الخاصة الدولية، أي العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي.

وأمام هذا الوضع تدخلت التشريعات لحسم هذه المشاكل، خاصة مشكل تنازع القوانين، وذلك عن طريق سن قواعد الإسناد التي تسمح ببيان القانون الواجب التطبيق على العلاقة المشتملة على العنصر الأجنبي، ولاعتبار أن قاعدة الإسناد قاعدة وطنية،¹ فإنه يتوجب على القاضي وهوبصدد إعمالها المرور بمراحل ضرورية وتشمل التكييف، الإحالة، والتنازع المتحرك.

ومما لا شك فيه أن الإحالة تعد أحد أهم المراحل الأساسية -شأنها في ذلك شأن التكييف والتنازع المتحرك- لبيان القانون الواجب التطبيق، وهي من المشاكل التي تثور بسبب اختلاف قواعد الإسناد من دولة إلى دولة أخرى.

ذلك أن أغلب التشريعات بما فيها المشرع الجزائري تعول على ضابط الجنسية -كأصل عام- لحل مشكلة تنازع القوانين، في حين تعول تشريعات دول أخرى وهي الدول الأنجلوأمريكية على ضابط الموطن، وأمام هذا الاختلاف البين يتعين على القاضي قبل إعماله للقانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية بيان المقصود من القانون الأجنبي، ومن ثم بيان موقف دولته من الإحالة.

بحيث إذا كان المقصود من القانون الأجنبي المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية القواعد الموضوعية المباشرة لحل النزاع كان مذهب تلك الدولة رفض الأخذ بالإحالة، أما إذا كان المقصود بالقانون الأجنبي قواعد الإسناد إلى جانب القواعد الموضوعية المباشرة كان مذهب تلك الدولة الأخذ بالإحالة.

ولكن ونظرا لأهمية الإحالة، لم يعد الأمر مقتصرًا على هذه الطروحات التقليدية، بل برزت اتجاهات حديثة تتجاوز مسألة المقصود بالقانون الأجنبي لتقف على الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها في تحديد القانون المختص بحل النزاع.

وعليه إلى أي مدى تطورت نظرية الإحالة؟ وما موقف التشريعات وخاصة المشرع الجزائري منها؟

¹ -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الثانية عشر، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 67.

هذا ما سنحاول بيانه من خلال التعرض للإحالة حسب التوجه التقليدي (المبحث الأول)، ثم للتوجه الحديث للإحالة نحو فكرة الحل الوظيفي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإحالة حسب التوجه التقليدي

من المقرر فقها أن اختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى يؤدي إلى وجود نوعين من التنازع؛ تنازع إيجابي وآخر سلبي، إذ بينما تتمسك في الفرض الأول قواعد الإسناد في القوانين المتنازعة باختصاصها، تتخلى قواعد الإسناد في الفرض الثاني عن نظر النزاع.¹

وعليه يطرح الإشكال في أي فرض تنور نظرية الإحالة؟ هل في التنازع الإيجابي أم في التنازع السلبي أم في كليهما معا؟

وهل يقتصر إعمال هذه النظرية ما بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية؟ أم يتعداه ليشمل القانون الذي قد تشير إليه قاعدة الإسناد الأجنبية؟

ولارتباط النظرية التقليدية بالحلول الكلاسيكية القائمة أساسا على التمييز بين الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية، فيألى أي مدى تأثرت التشريعات وبصفة خاصة المشرع الجزائري-بطرح التوجه التقليدي لتجاوز مشكلة الإحالة؟

هذا ما سنحاول التعرض إليه من خلال التطرق لمفهوم الإحالة (المطلب الأول)، ولموقف التشريعات من الإحالة وفقا للتوجه التقليدي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الإحالة

¹-Cité par, Henri Batiffol, Paul Lagarde, traité de Droit international privé, Tome1, 8^{ème} éd, L.G.D.J, E.J.A. Paris, 1993, p.227.

يستلزم تحديد مفهوم الإحالة التعرض لتعريفها والوقوف على أهم القضايا التي طرحت بصدد، وكذا بيان أنواعها سواء تلك المقررة قانونا أو المعالجة قضاء، ولذلك سنتطرق إلى تعريف الإحالة (الفرع الأول)، ثم إلى صورها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الإحالة

تعرض مشكلة الإحالة بصدد التنازع السلبي الذي تُقرر بموجبه قاعدة الإسناد في كل من القانونين الوطني والأجنبي، الاختصاص التشريعي لقانون القاعدة الأخرى أول قانون ثالث¹، ويمكن تعريفها بأنها: "الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا".²

وفي الواقع تعود الجذور التاريخية لنظرية الإحالة إلى القضاة الإنجليز والألماني³، غير أن القضية التي أسالت الحبر هي القضية التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية ألا وهي قضية فورجو "Forgo" والتي تتخلص وقائعها في أن (فورجو) ولد طبيعي وُلد بإقليم بافاريا بألمانيا، ثم بعد ذلك انتقلت به أمه وهو في سن الخامسة من عمره إلى فرنسا، وأقاما بها إقامة فعلية، ذلك أن القانون الفرنسي كان يتطلب للتوطن القانوني بفرنسا الحصول على ترخيص إداري وهو ما لم يحصل عليه.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2006، ص 83.

² - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 48.

³ - تعود الجذور التاريخية لنظرية الإحالة إلى القضاء الإنجليزي 1841 والقضاء الألماني 1861، غير أنها لم تتبلور كنظرية واضحة المعالم إلا من خلال اجتهادات القضاء الفرنسي إثر قضية Forgo سنة 1878. يراجع، موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، (قواعد التنازل)، ترجمة فائز أنجق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، 1989، ص 195.

وبعدما كبر فروجوتزوج من امرأة فرنسية ثرية، توفيت هذه الأخيرة وتركت له ثروة منقولة كبيرة، وعندما بلغ الثامنة والستين من عمره توفي بفرنسا، ولم يكن له ورثة مباشرين، أي لم يكن له أب، أم، إخوة، ولا حتى أبناء، مع العلم أن القانون الفرنسي آنذاك لم يكن يمنح الحق في ميراث الولد الطبيعي إلا لورثته المباشرين، وعليه استولت مصلحة الأملاك الفرنسية (الدومين العام) على هذه الثروة باعتبارها تركة بلا وارث.

ولكن حدث أن نوزع في ذلك الأمر، إذ طالب الحواشي من عائلة "DITCHEL" الألمانية أقارب أمه بحقهم في الميراث مستندين في ذلك إلى قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد الطبيعي.

وفي ذلك قضت محكمة استئناف **Peau** (بو) برفض طلبهم في 11 مارس 1874، على أساس أن فورجومتوطن في فرنسا وعليه يسري على ميراثه القانون الفرنسي وهوقانون الموطن، وهذا القانون يحرمهم من الميراث.

غير أن أقارب أمه طعنوا في الحكم أمام محكمة النقض لاعتبار أن فورجولم يكن متوطنا في فرنسا، وعليه فإن موطنه القانوني بافاريا ويطبق على ميراثه القانون البافاري، فقبل الطعن بتاريخ 15-05-1875 وأحيلت القضية إلى محكمة إستئناف **BORDEAUX** (بوردو) التي قضت لصالح الورثة وطبقت قواعد القانون البافاري الداخلية.

غير أن مصلحة الأملاك الفرنسية طعنت مرة أخرى في الحكم مستندة إلى قواعد القانون البافاري التي تساوي في الميراث بين الموطن القانوني والموطن الفعلي.

فقبلت محكمة النقض الفرنسية الطعن للمرة الثانية بتاريخ 24-06-1878 لأن محكمة بوردوطبقت مباشرة القواعد الداخلية في القانون البافاري دون استشارة قواعد الإسناد فيه التي تسند

ميراث المنقول إلى قانون موطن المتوفي الفعلي وهو القانون الفرنسي، وأحالت القضية مرة أخرى إلى محكمة إستئناف (تولوز) التي قضت في 22 ماي 1880 بما أشارت له محكمة النقض.¹

فطعن الورثة من جديد في الحكم أمام محكمة النقض لأن الحكم طبق قواعد الإسناد في القانون البافاري دون القواعد الداخلية، غير أن محكمة النقض رفضت بتاريخ 22 فبراير 1882 الطعن ودون أن تصرح بقبولها لفكرة الإحالة.²

وبعد أن فرغنا من تحديد المقصود بالإحالة، والوقوف على أهم قضية طرحت بصدد هذا وجب التعرض لصورها.

الفرع الثاني: صور الإحالة

يجمع الفقه على وجود نوعين من الإحالة، إحالة من الدرجة الأولى وأخرى من الدرجة الثانية غير أن القضاء الإنجليزي يقر بوجود ما يسمى بالإحالة المزدوجة.

فأما الإحالة من الدرجة الأولى، فيقصد بها تخلي قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عن الاختصاص المنعقد لها إلى قانون القاضي، وهي ما يطلق عليها الإحالة البسيطة أو الإحالة الحقيقية أو إحالة الرجوع.³

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 99-100.

2- زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء الأول، مطبعة الفسييلة، الدويرة، سنة 2008، ص 116.

3 - cité par, Nouhad Rizkallah, Droit International privé, M.A.J.D., entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L.), 1^{ème} éd, BEYROUTH, Liban, 1985, p.44.

أما الإحالة من الدرجة الثانية، فيقصد بها تخلي قاعدة الإسناد الأجنبية عن الاختصاص المنعقد لها، بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، تماما كما هو الشأن في الصورة الأولى، غير أن قاعدة الإسناد في هذه الحالة، تحيل الاختصاص إلى قانون دولة أجنبية ثالثة، وليس إلى قانون القاضي نفسه.¹

ونظرا لما تثيره الإحالة من مشاكل، نجد أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في 15/06/1955، قضت بقبولها فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية من قانون الجنسية إلى قانون الموطن ورفضتها في الحالة العكسية، لأنه يترتب على الإحالة في الحالة الأولى عودة الاختصاص إلى قانون القاضي وهو الأمر الذي سيساهم في توحيد الاختصاصين التشريعي والقضائي،² وذلك على خلاف الحالة العكسية.

وإلى جانب أنواع الإحالة السابق ذكرها، ابتدع القضاء الإنجليزي الحديث نظرية الإحالة المزدوجة (TOTAL RENVOI)، أو ما يصطلح على تسميتها نظرية المحكمة الأجنبية (FOREIGN COURT THEORY)،³ وطبقا لهذه النظرية يتعين على القاضي الإنجليزي أن يفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي طبقا للحل الذي كان يمكن أن ينتهي إليه القاضي الأجنبي الذي تحيل على قانونه قاعدة التنازع الإنجليزية.⁴

ومما قضى به القضاء الإنجليزي في هذا الصدد نجد قضية (روس) ROSS، والتي تتعلق بميراث إنجليزية متوتنة في إيطاليا، إذ في هذه القضية تعين تطبيق القانون الإيطالي إعمالا لقاعدة الإسناد الإنجليزية، باعتباره قانون آخر موطن للمورث، ولكن برجع القاضي الإنجليزي إلى القانون الإيطالي، وجد أن قاعدة الإسناد الإيطالية تحيل الاختصاص إلى القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية المورث، فهنا وضع القاضي الإنجليزي نفسه مكان القاضي الإيطالي، وتبنى الحل الذي كان سيتوصل إليه هذا الأخير لو طرح النزاع عليه، وبما أن القاضي الإيطالي ووفقا لما يقرره قانونه يرفض

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2002، ص 153.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 55.

³ - موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 198.

⁴ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 54.

الإحالة، فقد طبق القاضي الإنجليزي القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي، أي قانونه الوطني إعمالاً لنظرية المحكمة الأجنبية.¹

من خلال ما سبق، يتضح أن هذه النظرية وإن كانت تستجيب لمقتضيات التعاون بين الدول في مجال المنازعات ذات الطابع الدولي، غير أن ما يُعاب عليها من الناحية الشكلية تجاهلها لوظيفة القاضي في المجتمعات الوطنية إذ تفترض أن القاضي المطروح عليه النزاع قد تجرد من صفته كقاضي وطني، وتقلد وظيفة القضاء بشكل مؤقت في الدولة الأجنبية التي يخضع النزاع لقانونها، وهذا الافتراض يتنافى مع واقع حياة المجتمع الوطني والمجتمع الدولي على حد سواء.²

ويعد أن عرضنا لهذا كله، سنحاول بيان موقف التشريعات من طرح أنصار التوجه التقليدي لفكرة الإحالة.

المطلب الثاني: موقف التشريعات من الإحالة وفقاً للتوجه التقليدي

لقد تباينت مواقف التشريعات بخصوص الطرح الكلاسيكي المعول عليه لتجاوز ما تطرحه الإحالة من مشاكل، وهو الأمر الذي يستدعي الوقوف على موقف التشريعات من الإحالة بين المعارضة والتأييد (الفرع الأول)، وكذا التعرض لموقف المشرع الجزائري في هذا الشأن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف التشريعات من الإحالة بين المعارضة والتأييد

لقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن نظرية الإحالة بين مؤيدين ومعارضين، وانعكس ذلك على التشريعات الداخلية، بحيث طبقت بعض الدول نظرية الإحالة، في حين رفضت دول أخرى الأخذ بها، وعلى الخلاف من ذلك نجد أن من الدول من لم توضح موقفها.

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 1997، ص 117.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 177.

فمن التشريعات الأجنبية التي أخذت بنظرية الإحالة نجد القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 في المادة 14 منه، القانون المكسيكي لسنة 1987 في المادة 14 منه، القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982 في المادة 3/2 منه، القانون البولندي لسنة 1965 في المادة 4 منه، والقانون النمساوي لسنة 1978 في المادة 5 منه، وكما أن هناك من الدول التي أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى كالقانون المجري لسنة 1979 في المادة 4 منه، والقانون المدني الإسباني بموجب تعديل 1974، والقانون البيروفي لسنة 1984.¹

أما الدول التي رفضت الأخذ بها نجد القانون الإيطالي لسنة 1942 في المادة 30 منه، القانون المدني اليوناني لسنة 1940 في المادة 32 منه، القانون المدني لمقاطعة كييك لسنة 1991 الساري المفعول منذ الفاتح يناير 1994 في المادة 3080 منه، القانون الهولندي، وقوانين الدول الإسكندنافية.²

هذا عن موقف التشريعات الأجنبية من نظرية الإحالة، أما عن موقف التشريعات العربية فيلاحظ أن أغليبتها رفضت الأخذ بها ومن ذلك نجد القانون المدني المصري في المادة 27 منه، القانون المدني العراقي في المادة 2/31 منه، القانون المدني السوري في المادة 29 منه، القانون المدني الأردني في المادة 28 منه، القانون المدني الكويتي في المادة 72 منه، والقانون المدني الليبي في المادة 28 منه، وعلى الخلاف من ذلك لم ينص القانون المغربي ولا القانون اليمني على الإحالة قبولاً أو رفضاً.³

وإذا فرغنا من بيان موقف التشريعات سواء الأجنبية أو العربية من الإحالة، وجب التعرض لموقف المشرع الجزائري منها.

¹ - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان، سنة 2005، ص 135.

² - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 124؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 108.

- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 124.³

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الإحالة

لقد سبق الذكر أن التشريعات تباينت بخصوص موقفها من الإحالة، فهناك تشريعات رفضت الأخذ بها، في حين أن هناك تشريعات أخرى أخذت بها، أما عن موقف المشرع الجزائري فيمكن أن نستشفه من خلال الأمر رقم 10/05 المتضمن تعديل القانون المدني¹ والذي نص في المادة 23 مكرر¹ منه: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين من القانون الأجنبي المختص".

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري قد رفض الأخذ بالإحالة في الفقرة الأولى، غير أنه وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من ذات المادة يلاحظ أنه قد صرح بقبوله الإحالة من الدرجة الأولى، أي في حالة ما إذا أحالت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص الاختصاص للقانون الجزائري، ومن ثم أخذ المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية.

ولعل العبرة من ذلك تكمن في التيسير على القاضي الذي يكون على علم بالقوانين الوطنية السارية المفعول في الدولة التي يباشر بها مهامه، وكذا محاولة تجاوز مسألة الدوران في الحلقة المفرغة سيما وأن الإحالة قد تتوالى في نظر الفقه إلى مالا نهاية.

ومثال الإحالة من الدرجة الأولى أن ترفع دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري بين انجليزين متوطنين في الجزائر، فيعمد القاضي الجزائري إلى استشارة قواعد الإسناد في القانون الجزائري

¹ - قانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، ج.ر. العدد 44 لسنة 2005.

(م 2/12 ق.م)¹ التي تشير إلى تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الزوج، وبما أن القاضي الجزائري قبل أن يطبق الأحكام الموضوعية الداخلية في القانون الإنجليزي، يتوجب عليه استشارة قواعد الإسناد الواردة في القانون الإنجليزي التي تقضي بتطبيق قانون الموطن ألا وهو القانون الجزائري، فإنه سيفصل في النزاع وفقا للأحكام الموضوعية الداخلية في القانون الجزائري احتراماً لنص المادة 2/23 مكرر¹ من القانون المدني.

هذا عن الإحالة من الدرجة الأولى، أما الإحالة من الدرجة الثانية، والتي رفض المشرع الجزائري الأخذ بها فمثالها أن يعرض على القاضي الجزائري دعوى طلاق، بين انجليزين متوطنين في فرنسا. فحسب قاعدة التنازع الجزائرية تسند العلاقة القانونية إلى القانون الإنجليزي (م 2/12 ق.م.ج) ولكن القانون الإنجليزي يرفض الاختصاص ويسنده إلى القانون الفرنسي الذي يقبل ذلك حسب (م 309 ق.م.ف)²، وبما أن المشرع الجزائري يرفض الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، فإنه يتوجب على القاضي الفصل في النزاع وفقاً للأحكام الموضوعية الداخلية في القانون الإنجليزي.

وإذا فرغنا من تحديد موقف المشرع الجزائري من الإحالة، فإنه ينبغي الذكر أن المادة 23 من القانون المدني لا تندرج ضمن نظرية الإحالة، وإن كان البعض من الفقه يطلق عليها تسمية الإحالة

– تنص المادة 2/12 ق.م.ج: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى."¹

² – Art 309 du Code Civile Français (inséré pour l'ordonnance N°2005-759 du 4 Juillet 2005 art.2 J.O du 6 Juillet 2005 en vigueur la 1^{er} Juillet 2006) qui dispose :
« le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi Française :

- Lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité Française,
- Lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire Français,
- Lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence alors que les tribunaux

Français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

الداخلية،¹ أوالتفويض،² ذلك أن هذا النص يتعلق بحالة الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا إقليميا أو طائفيا. بحيث يبرز التعدد الإقليمي، عندما تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، في حين يبرز التعدد الشخصي أو الطائفي المؤسس على اعتبارات الديانة أو الجنس، عندما تخضع كل طائفة من المتمتعين بجنسية دولة ما لشريعة خاصة بهم لضبط المسائل المتعلقة بحالتهم الشخصية، وذلك ما نجده في كل من مصر ولبنان.³

في هذا الشأن يلاحظ أن حل مشكلة الإحالة الداخلية مقرر في المادة 23 من القانون المدني الجزائري المعدل،⁴ والتي تستلزم تطبيق التشريع المحدد بمقتضى القانون الداخلي للدولة التي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصها، بيد أنه وعند عدم تحديد التشريع الواجب التطبيق من طرف

¹ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2003، ص 130؛ حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 189.

² - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 432.

³ - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، سنة 2007، ص 100.

⁴ - نص المادة 23 من ق. م. ج: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي"

القانون الداخلي لتلك الدولة، يطبق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي، والتشريع المطبق في عاصمة البلد في حالة التعدد الإقليمي.

من خلال ما سبق، يلاحظ أن هناك اختلافا بين الإحالة المعروفة في القانون الدولي الخاص والتفويض، بحيث يثبت الاختصاص في الإحالة لقانون دولة أجنبية، غير أن ذلك القانون يتخلى عن الاختصاص المقرر لمصلحته إلى قانون آخر ويكون إما قانون القاضي (إحالة من الدرجة الأولى) وإما قانون أجنبي (إحالة من الدرجة الثانية)، أما في الإحالة الداخلية فالقانون المختص لا يتخلى عن ولايته لحكم النزاع، بل يركز اختصاصه في تشريع معين من التشريعات الداخلية المتعددة، التي ينظمها بمقتضى القواعد الداخلية في دولته.

وبعد أن تعرضنا لمفهوم الإحالة وصورها، وحددنا موقف المشرع الجزائري منها باعتباره من التشريعات التي ما زالت تبني النظرية الكلاسيكية، وجب التعرض إلى التوجه الحديث.

المبحث الثاني: التوجه الحديث لنظرية الإحالة نحو فكرة الحل الوظيفي

نظرا لعيوب الاتجاه التقليدي الذي تبناه المشرع الجزائري-على غرار غيره من التشريعات- والمتمثل في الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية، برز اتجاه حديث يقضي بانتهاج فكرة الحل الوظيفي¹، والتي مفادها عدم قبول أرفض فكرة الإحالة إلا بعد تحديد الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها.

ونظرا لحدثة هذا الطرح، سنحاول التطرق إليه من خلال عرض التوجه الحديث لنظرية الإحالة (المطلب الأول)، وبيان موقف التشريعات من فكرة الحل الوظيفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عرض التوجه الحديث لنظرية الإحالة

¹ - عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1428هـ-2008م، ص109.

رغم وجاهة الحلول التي تبناها المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات بخصوص مشكلة الإحالة-قبولا أو رفضا-، إلا أن هناك اتجاها فقهيًا حديثًا في كل من فرنسا ومصر يرى ضرورة انتهاج فكرة الحل الوظيفي، والتي بمقتضاها لا يمكن التأكيد على قبول أو رفض الإحالة إلا بعد تحديد الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها¹، وذلك من خلال إتباع منهج تحليلي يركز على تفسير غائي لكل قاعدة من قواعد الإسناد، إذ لا يجب أن يتم التقيد بحل مسبق، وإنما يفترض في الحل المعتمد أن يكون ثمرة تحليل يضع فيها الباحث نصب عينيه طبيعة وغاية قاعدة الإسناد، فإذا تبين له أن الإحالة تحقق وظيفة قاعدة الإسناد أخذ بها، وعلى النقيض من ذلك هجرها متى تبين له أن في الأخذ بها إهدار لغاية قاعدة الإسناد، وانتهاك صارخ لتوقعات الأفراد، ذلك أن المشرع يحرص على إخضاع العلاقة لأكثر القوانين توقعًا بالنسبة للأفراد، حتى لا يفاجئوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل التنبؤ بإمكان خضوع علاقتهم له، وبذلك فإن الإحالة تصحح في بعض الفروض مسار قاعدة الإسناد.²

فلنفرض مثلاً أن زوجين إسبانيين، أبرما زواجهما وفقاً لقانون جنسيتهما المشتركة والذي يحظر التطليق، غير أنه في تاريخ لاحق على الزواج طلب الزوج أمام القضاء الجزائري طلاق زوجته، وفقاً لقانون جنسيته الجديدة (الجنسية الكويتية) التي اكتسبها وحده دون زوجته فاقداً بذلك جنسيته القديمة، بطبيعة الحال القاضي الجزائري يسعى إلى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أي القانون الكويتي، وهو قانون يجيز له ذلك، غير أن قاعدة الإسناد في القانون الكويتي تقضي بتطبيق قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان.³

¹ - عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1998، ص 60.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 236.

³ - نص المادة 40 من المرسوم الأميري الكويتي 05 لسنة 1961: "يسري على الطلاق والتفريق الجسماني قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى، فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة يسري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج". يراجع، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 257؛ فتحة يوسف عماري، "قواعد التنازع في بعض المسائل من

لا شك أن إعمال الحل الوظيفي كان سيؤدي إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة، وهو حل يصح مسار قاعدة الإسناد الجزائرية، لذلك فقبول أرفض الإحالة حسب هذا الاتجاه، لا يمكن أن يتقرر بناء على أفكار عامة ذات طابع نظري بحث ومطلق، وإنما استنادا إلى الوظيفة التي يمكن للإحالة أن تقوم عليها، ومن ثم ترتبط الإحالة بمسألة أخرى هي مسألة الغاية من قاعدة الإسناد والوظيفة التي تؤديها، وهوما يؤدي حسب الكاتب الألماني "Ziteleman" إلى نقل نظرية الإحالة من المفهوم الشكلي المجرد إلى المفهوم الغائي.¹

ولكن على الرغم من صحة هذا الطرح، إلا أنه لم يلق تأييدا من الفقه، إذ مازالت الآراء الكلاسيكية هي السارية المفعول، وعليه سنحاول التعرض إلى موقف التشريعات من فكرة الحل الوظيفي.

المطلب الثاني: موقف التشريعات من فكرة الحل الوظيفي

لم تتبن معظم التشريعات فكرة الحل الوظيفي، بل أقرت غالبيتها الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى كما فعل المشرع الجزائري، في حين رفضت التشريعات الأخرى الأخذ بها كما فعل المشرع المصري، بيد أنه وبالرجوع إلى التشريع التشيكي لسنة 1963 نجد أنه قضى في المادة 5 من القانون الدولي الخاص: "إذا ما عينت نصوص القانون الدولي التشيكي إحالة إلى قانون دولة ما أو أحالت إلى قانون دولة أخرى. فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان من شأن ذلك الوصول إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع".

قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 37، العدد 2، سنة 1999، هامش ص 115.

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 144.

من خلال هذا النص يتضح، أن المشرع التشيكي ترك للقاضي الحرية في الأخذ بأي نوع من أنواع الإحالة المهم أن يكون في ذلك تحقيق للعدالة،¹ كما قرر المشرع الألماني الأخذ بفكرة الحل الوظيفي فنص في المادة الرابعة (1/4) من القانون المدني: "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعينة الموجودة فيه بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية.

ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني".

حسب هذا النص المشرع الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، كما يأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية متى توافر شرطان لازمان، أولهما ألا يكون في الأخذ بالإحالة مساس بروح قاعدة الإسناد الألمانية، وثانيهما أن تشير قاعدة الإسناد الألمانية إلى تطبيق القواعد الموضوعية وحدها في القانون الأجنبي.²

حسب هذا التحليل التوفيقى الصائب، فإنه كان من الأجدر على المشرع الجزائري عند تعديله لنصوص القانون المدني أن ينص على الأخذ بالحل الوظيفي، لاسيما وأن قاعدة التنازع قاعدة مزدوجة تسعى إلى تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة محل النزاع.

¹ - عيب على الحل المقرر في القانون التشيكي، منحه القاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من تطبيق القاعدة القانونية بشكل مختلف متخف تحت ستار تحقيق العدالة، ولكن هذا النقد ليس له أساس من الصحة، فالقاضي ليس مطلق الإرادة في الأخذ بالإحالة من عدمها، بل هو في ذلك مقيد بمبدأ عام هو ضرورة التوصل إلى الحل العادل والمعقول وهي مسألة قانونية تجسد فكرة الأمان القانوني وتسمح بتطبيق القانون الملائم خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، وما تخلفه من آثار نظرا لارتباطهما بالمعتقدات الدينية. يراجع، عكاشة عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق، ص 60-61.

² - حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 145.

ومن تم التسليم بقبول الإحالة أرفضها، يجب أن يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية، والتنسيق بينها وبين قواعد التنازع الأجنبية، ليتم بعد ذلك إما الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أو الإحالة من الدرجة الثانية سعياً لتصحيح المسار الذي بدأته قاعدة التنازع في قانون القاضي.¹

خاتمة :

على الرغم من الآثار المترتبة على الإحالة وفقاً لطرح التوجه التقليدي، سيما تلك المتعلقة بمفاجأة الأشخاص باختصاص قانون غير متوقع، وكذا تنظيم روابطهم الأسرية وفقاً لقانون يختلف ومعتقداتهم الدينية، إلا أن المشرع الجزائري وعلى غرار غيره من التشريعات ما زال يتبنى هذا الطرح، إذ أكد في المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، دون الإحالة من الدرجة الثانية.

وعليه كان من الأجدر تبنيه للتوجه الحديث الذي يسمح للإحالة بتصحيح مسار قاعدة الإسناد، من خلال الوقوف على وظيفتها والغاية منها، وفي هذا الشأن نأمل تدخل المشرع الجزائري لتعديل هذه المادة بما يتلاءم ومقتضيات الجماعة الدولية، خاصة بعد ازدياد ولوج الجالية الأجنبية إلى الجزائر، وكذا نزوح الجالية الوطنية إلى الخارج.

قائمة المراجع

1- الكتب :

أ- باللغة العربية :

¹ - يراجع في ذلك المثال السابق ذكره المتعلق بطلاق الإسبانيين الذي اكتسب الزوج فيه الجنسية الكويتية. ففرضا في ذلك المثال لأخذ المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الثانية لتمكن القاضي من تصحيح مسار قاعدة الإسناد ولطبق القانون الذي كان الزوجان على علم به، وهو "القانون الإسباني"، نفس المقال، ص 9.

- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 1997.

- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول الطبعة الثانية عشر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011.

- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء الأول، مطبعة الفسييلة، الدويرة، سنة 2008.

- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2006.

- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1428هـ-2008.

- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2002.

- عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.

- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، سنة 2007.

- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان، سنة 2005.

- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، (قواعد التنازل)، ترجمة فائز أنجق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، 1989 .
- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2003.
- ب- باللغة الفرنسية:

-Henri Batiffol, Paul Lagarde, traité de Droit international privé, Tome1, 8ème éd, librairie générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A. Paris, 1993.

-Nouhad Rizkallah, Droit International privé, M.A.J.D., entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L.), 1^{ème} éd, BEYROUTH , Liban, 1985.

2- المقالات:

- فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 37، العدد2، سنة1999.

3- النصوص القانونية:

- قانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، ج.ر العدد44 لسنة2005.
- l'ordonnance N°2005-759, du 4 Juillet 2005 Relative aux code civile,J.O., du 6 Juillet 2005 .

فعالية " إجراء الرأفة " في قانون المنافسة

أ. لأكلي نادية

- أستاذة مستخلقة بكلية الحقوق جامعة وهران

المقدمة:

يعتبر قانون المنافسة قانونا ردعيا يعاقب كل مؤسسة تحاول عرقلة أو تقييد المنافسة في السوق من خلال ما يُعرف بالممارسات المقيدة للمنافسة كالاتفاقات والتعسف في وضعية الهيمنة نظرا للاثار السلبية لهذه التصرفات على السوق بصفة عامة، وعندما نقول السوق فلا نقصد بالضرورة باقي المؤسسات المتنافسة فحسب بل كذلك المستهلك الذي يشكل عاملا اساسيا في السوق. ولذلك توقع سلطات المنافسة عقوبات صارمة في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة ومن أهم هذه العقوبات " الغرامة المالية "، حيث تلتزم المؤسسات القائمة بتصرفات مقيدة للمنافسة بدفع غرامات مالية يختلف مبلغها حسب خطورة الممارسة وأثرها على السوق.

غير انه تبنت معظم التشريعات مؤخرا- بما فيها التشريع الجزائري - إجراءات يسمح بإعفاء المؤسسة المساهمة في الفعل المُجرم من العقوبة المالية بشكل كلي أو جزئي، ولكن عند توافر بعض الشروط أهمها قيام هذه المؤسسة بالكشف عن التصرف المحظور والتبليغ عنه لدى سلطة المنافسة قبل اكتشافه من طرف هذه الاخيرة، وهذا ما يسمى ب " إجراء الرأفة " ¹. وبالتالي تهدف سلطات المنافسة من وراء هذا الاجراء الى اضعاف مرونة على قواعد المنافسة من خلال التخفيف من العقوبة المالية مقابل الكشف عن التصرف المحظور من قبل أحد أطرافه، وتجدر الملاحظة الى أنه يتعلق هذا الاجراء بالاتفاقات المقيدة للمنافسة فقط نظرا لتعدد المساهمين فيها مقارنة بوضعية الهيمنة التي تُمارس من قبل مؤسسة واحدة ².

I. إدراج إجراء الرأفة في قانون المنافسة

لقد أصبح إجراء الرأفة وسيلة لا يمكن الاستغناء عنها في كل من التشريع الأوروبي والأمريكي نظرا لفعالية هذا الإجراء في مكافحة الاتفاقات المقيدة للمنافسة، لاسيما تلك المتعلقة بتحديد الأسعار

¹ La procédure de clémence.

² يكون التبليغ عن الاتفاق المحظور من قبل أحد المساهمين فيه، بينما لا يمكن تصور الكشف عن التعسف في وضعية الهيمنة من قبل المؤسسة المتعسفة بل يكون من طرف ضحية الممارسة.

والتي تشكل خطورة كبيرة على مبدأ حرية المنافسة خاصة أنها تظهر في شكل اتفاق ضمني بحت مما يصعب على سلطات المنافسة إثباتها. ورغم أنه لم يصدر لحد الان قرار عن مجلس المنافسة الجزائري يمنح من خلاله هذا الإجراء، غير أنه لا يعني هذا تجاهل هذا الاجراء من قبل سلطة المنافسة وانما عدم توافر قضايا في هذا المجال. وسنتطرق اولا الى مفهوم هذا الاجراء ثم نتعرف على أهميته في مجال المنافسة.

1. مفهوم إجراء الرأفة

يُقصد بإجراء الرأفة ذلك الاجراء الذي تُعفى من خلاله مؤسسة مساهمة في اتفاق مقيد للمنافسة من الغرامة المالية بشكل كلي أو جزئي رغم أثره المنافي للمنافسة، شريطة أن تكون هذه المؤسسة أول من بلغ عن الاتفاق لدى سلطة المنافسة مع الاستمرار في التعاون مع هذه الاخيرة من خلال توفير وسائل الاثبات. وتهدف التشريعات من وراء إدراج هذا الاجراء في قانون المنافسة الى حث المؤسسات المساهمة في اتفاقات مقيدة للمنافسة على الكشف عن هذه الاخيرة مقابل إعفائها من العقوبة المالية، غير أنه تجدر الملاحظة الى أنه لا يؤدي هذا الاجراء الى الاعفاء من العقوبات المدنية أو الجزائية في حالة رفع دعوى من طرف ضحية الاتفاق المحظور.

يهدف " إجراء الرأفة " إلى تحسين فعالية متابعة الممارسات المُقيدة للمنافسة من خلال حث أطراف الاتفاق على كشف تصرفاتهم المنافية للمنافسة، وبالتالي يمكن لسلطات المنافسة مكافحة الاتفاقات المنافية للمنافسة من خلال أطرافها. فكلما ازداد حث سلطات المنافسة على اللجوء إلى إجراء الرأفة، كلما انخفضت شدة التواطؤ وبالتالي انخفاض عرقلة المنافسة في السوق¹. بل يرى

¹ P. BOUGETTE, C. MONTET, F. VENAYRE, L'efficacité économique des programmes de clémence, 2006, p. 3: www.halshs.archives-ouvertes.fr.

البعض¹ أنه " يعتبر إجراء الرأفة الإجراء الوحيد الذي يمكن اعتباره حثا للمؤسسات على كشف ممارساتها المنافية للمنافسة قبل بداية التحقيق ".

ولقد ظهر هذا النظام لأول مرة في التشريع الأمريكي سنة 1978² ثم تبنته باقي التشريعات. وتطرّق المشرع الجزائري لهذا الإجراء لأول مرة في المادة 60 من الأمر 03-03 المتعلّق بالمنافسة³ حيث ينص على أنّه: " يمكن لمجلس المنافسة أن يُقرّر تخفيض مبلغ الغرامة أوعدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتعاون في الاسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق احكام هذا الامر.

لا تُطبّق أحكام الفقرة الأولى أعلاه، في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المُرتكبة."

ولقد تمّ إدراج هذا الإجراء كذلك في القانون الفرنسي، وينصّ هذا الأخير على إمكانية الإعفاء الكلّي أوالجزئي للعقوبة المالية في حالة مساهمة المؤسسة في إعداد حقيقة الممارسة والتعريف بأصحابها من خلال معلومات لم تكن بحوزة مجلس المنافسة⁴.

بينما كرّست لجنة المجموعة الأوروبية إجراء الرأفة لأول مرّة سنة 1996⁵، ثم شددت على هذا الإجراء سنة 2006 حيث تمنح اللجنة الأوروبية الإعفاء الكلّي من الغرامة المالية لأول طرف من

¹ A. VIALFONT, Le droit de la concurrence et les procédures négociées, Revue internationale de droit économique, De Boeck Université, 2007, p. 160: www.cairn-info/revue-internationale-de-droit-économique-2007-2-page-157.htm.

² Leniency program

³ الصادر في 19 جويلية 2003، ج. ر. 20 جويلية 2003، ع. 43، ص.2.

⁴ Art. L.464-2 §4 C. com. : « une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou un organisme...s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement... ».

⁵ Communication de la commission C.E. relative à la non-imposition ou la réduction du montant des amendes, 18 juill. 1996, J.O.C.E. n° C 207 du 18 juill. 1996, p. 4.

أطراف الاتفاق المحظور، والذي يقدم معلومات كافية تسمح باكتشاف الجريمة بسهولة¹. وتشرط اللجنة من أجل الإعفاء الكلي أو الجزئي أن تكون المؤسسة المعنية أول من يقدم معلومات حول اتفاق سرّي²، التعاون الكلي، المتواصل والسريع مع سلطات التحقيق³، الالتزام بإيقاف المساهمة في الممارسة المحظورة⁴ وعدم إكراه مؤسسات أخرى على المساهمة في الممارسة المحظورة⁵.

ولكن تسمح اللجنة بإمكانية الاستمرار في الاتفاق المقيد للمنافسة من قبل المؤسسة المُبلّغة عندما يكون الأمر ضروريا من أجل المحافظة على إكمال التحقيقات⁶.

2. أهمية إجراء الرأفة:

تظهر فائدة إجراء الرأفة من خلال حث أطراف الاتفاق المقيد للمنافسة على الكشف عن هذا الأخير، وبالتالي مساهمتهم في إجراءات التحقيق وتسهيلها على سلطة المنافسة وكذلك تقديم أكبر قدر ممكن من الأدلة المتعلقة بالتصرف المحظور. وعليه يساهم إجراء الرأفة في تجديد وسائل التحقيق المُتّبعة من قبل سلطة المنافسة، فبعدما كان يقتصر دور هذه الأخيرة على مراقبة السوق واتباع إجراءات تحقيق تقليدية أصبح بإمكانها استعمال تقنية حديثة في التحقيق من خلال تدخل المؤسسة الطرف في اتفاق مقيد للمنافسة. كما يسمح هذا الاجراء بتسهيل عملية الإثبات بمساهمة المؤسسة المعنية، خاصة عندما يتعلق الأمر باتفاقات سرية يصعب على سلطة المنافسة اثباتها.

¹ Communication de la commission C.E. relative à l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, 8 déc. 2006, J.O.C.E. C-298/11, 8 déc. 2006, pts. 8 a et 10.

² Communication de la commission C.E., 18 juill. 1996, pts. 8a et 8b.

³ Communication de la commission C.E., 18 juill. 1996, pt. 11a.

⁴ Communication de la commission C.E., 18 juill. 1996, pt. 11b.

⁵ Communication de la commission C.E., 18 juill. 1996, pt. 11c.

⁶ Communication de la commission C.E., 8 déc. 2006, pt. 12-b.

في بداية التسعينات كانت معظم التشريعات تركز فقط على الطابع الردعي لقانون المنافسة وذلك من خلال توقيع عقوبات صارمة في حالة ارتكاب تصرفات منافية للمنافسة، دون التركيز على إيجاد طرق تساعد على كشف هذه التصرفات. وكانت تعتمد سلطات المنافسة على الكيفيات الكلاسيكية في التحقيق كطلب معلومات من المؤسسة المتضررة من ممارسة غير مشروعة. ولم تشهد وسائل التحقيق المُتبعة من قبل سلطات المنافسة في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة أي تجديد لسنوات طويلة مما أدى الى تعرّف الاعوان الاقتصاديين على حدود الوسائل المُتبعة من قبل سلطة المنافسة وبالتالي الى اللجوء الى بعض الممارسات الخفية التي من شأنها عرقلة المنافسة، إلى غاية إدراج إجراء الرأفة ضمن قواعد قانون المنافسة كتقنية جديدة لمكافحة هذه الممارسات من خلال أطرافها المساهمين فيها.

حدّد المشرع الجزائري لأول مرة اجراءات التحقيق المُتبعة من أجل اكتشاف الممارسات المقيدة للمنافسة بصفة عامة من خلال المادتين 79 و 81 من الأمر رقم 95-06¹⁵، حيث كان يسمح للمحققين بتفحص جميع المستندات المالية والمحاسبية أو أي مستندات أخرى مهما كانت طبيعتها دون أن يُمنعوا من ذلك بحجة السر المهني. كما كان يمنح الحق للمحققين بدخول المحلات التجارية والمكاتب والمُلاحقات وأي مكان بهدف تسهيل اجراءات التحقيق باستثناء المحلات السكنية. بينما اكتفى من خلال المادة 51 من الأمر 03-03 بالوسائل الوثائقية والمعلوماتية وألغى الزيارات التحقيقية التي كان ينص عليها سابقا رغم فعاليتها في اكتشاف الممارسات المقيدة للمنافسة بسهولة حيث تنص المادة بأنه : " يمكن المقرر القيام بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني.

ويمكنه أن يطالب باستلام أية وثيقة حشما وجدت ومهما تكن طبيعتها وحجز المستندات التي تساعد على أداء مهامه. وتضاف المستندات المحجوزة إلى التقرير أو ترجع في نهاية التحقيق.

¹⁵ المورخ في 25 يناير 1995 والمتعلق بالمنافسة، ج. ر. 22 فيفري 1995، ع. 9، ص. 13.

يمكن أن يطلب المقرر كل المعلومات الضرورية لتحقيقه من أية مؤسسة أو أي شخص آخر. ويحدد الاجال التي يجب أن تسلم له فيها هذه المعلومات".

نلاحظ من خلال استقراء نص المادة أنه ركز المشرع الجزائري في مجال التحقيق على الوثائق مهما كانت طبيعتها وامكانية طلب معلومات تخص الممارسة المحظورة من أي مؤسسة أو أي شخص، فيمكن أن تُطلب هذه المعلومات من قبل مسير الشركة مثلا ولا يحق لهذا الأخير رفض تقديم المعلومات بحجة السر المهني لأنه يتعلق الأمر بالنظام العام الاقتصادي. غير انه تعتبر هذه الوسائل غير كافية لمكافحة الاتفاقات المقيدة للمنافسة فقد تكون المعلومات المُقدمة غير كافية أو خاطئة، لذلك استعان المشرع الجزائري بإجراء الرأفة من أجل توسيع نطاق التحقيق حيث يسمح هذا الإجراء بتطوير اجراءات البحث والتحقيق مع الابقاء بالإجراءات الكلاسيكية المُتبعة من قبل. كما ساهم اجراء الرأفة بشكل فعال في تسهيل إثبات الاتفاقات المقيدة للمنافسة باللجوء إلى " محقق مساعد" والمتمثل في أحد أطراف الاتفاق المحظور في حد ذاته حيث يمتلك هذا الأخير جميع المعلومات والوثائق المتعلقة بالاتفاق مما يسمح للمحققين بتجاوز مرحلة البحث عن أدلة الادانة الى مرحلة الادانة¹. وحتى في حالة عدم امكانية تقديم أدلة وثائقية لسلطات المنافسة من قبل هذا الشخص، يبقى وجوده جوهريا في توضيح بعض الوثائق التي يصعب على المحققين تفسيرها أثناء قيامهم بزيارات مفاجئة للمؤسسات المعنية². كما قد يلعب وجود " محقق مساعد" دورا فعالا في مجال الاتفاقات العالمية التي تُبرم بين مؤسسات متواجدة في مختلف أنحاء العالم، وبالتالي يسمح اجراء الرأفة بتسهيل اكتشاف الاتفاقات المقيدة للمنافسة من جهة وتجاوز صعوبة اثبات الاتفاقات القائمة بين مؤسسات تابعة لشركة قابضة لاسيما عندما يتعلق الامر بفروع متواجدة في دول مختلفة.

وبالتالي خفف اجراء الرأفة من عبء الاثبات على سلطات المنافسة من خلال تقديم أدلة كافية وصريحة من قبل المؤسسة المعنية مقابل إعفاء هذه الأخيرة من العقوبة المالية، وتجدر الملاحظة الى أنه تعمّدت سلطات المنافسة في التمييز بين المؤسسات في الاستفادة من اجراء الرأفة، حيث تتحصل

¹ J-CH. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, P.U.D.M 2008, p. 104, n°95.

² J-CH. RODA, *op. cit.*, p.90.

أول مؤسسة مُبلّغة عن الاتفاق المقيد للمنافسة على اعفاء كلي من الغرامة المالية، بينما تستفيد ثاني مؤسسة مُبلّغة من الاعفاء من جزء بسيط من الغرامة فقط وهكذا دواليك. والهدف من هذا التمييز هو خلق نوعا من " التسابق في إجراء الرأفة " بغية تشجيع المؤسسات للإبلاغ عن الاتفاق المحظور لدى سلطات المنافسة وبالتالي اعفاء هذه الأخيرة من البحث عن أدلة الإثبات¹.

II. شروط الاستفادة من إجراء الرأفة

تخضع الاستفادة من إجراء الرأفة الى ضرورة توافر بعض الشروط الموضوعية التي غالبا ما يتم تحديدها من خلال خطوط توجيهية أو من خلال تقارير وذلك بسبب غياب النصوص القانونية المُحددة لهذه الشروط. ويقصد بالشروط الموضوعية، تلك الشروط الواجب توافرها في المؤسسة المُبلّغة عن الاتفاق المقيد للمنافسة سواء تعلق الامر بالشروط الاصلية التي يمكن للمؤسسة المعنية الاستفادة من الاعفاء الكلي من الغرامة من خلالها، أو الشروط التكميلية التي تسمح للمؤسسة المعنية الاستفادة من الاعفاء الجزئي فقط من الغرامة المالية².

وتجدر الملاحظة الى تطرق المشرع الجزائري شروط الاستفادة من إجراء الرأفة بشكل سطحي حيث اشترط للحصول على هذا الاعفاء ضرورة اعتراف المؤسسة بالممارسة المحظورة بالإضافة الى مساهمتها في اجراءات التحقيق وتعهدها بعدم ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة، دون التمييز بين الاعفاء الكلي والجزئي من الغرامة المالية³ بالإضافة الى غياب الاجتهادات القضائية في هذا المجال، بينما تم تحديد هذه الشروط بدقة من قبل التشريعين الأمريكي والأوروبي.

1. شروط الاستفادة من الاعفاء الكلي من الغرامة المالية

¹ V. VAQUETTE, *L'efficacité des programmes de clémence ; l'exemple du droit communautaire de la concurrence*, mémoire du 4^{ème} année d' I.E.P. dirigé par M^{me} V. MICHEL, université de Strasbourg, juin 2009, p. 22.

² J-CH. RODA, *op. cit.*, p. 250.

³ انظر المادة 60 من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر.

ضرورة الكشف عن الاتفاق المقيّد للمنافسة من قبل المؤسسة المعنية

لا يمكن للمؤسسة المعنية الاستفادة من إجراء الرأفة إلا في حالة كشفها للاتفاق المقيّد للمنافسة أمام سلطات المنافسة قبل اكتشافها من قبل هذه الأخيرة وهذا ما يسمى ب " المساهمة الفعلية " للمؤسسة المعنية¹، وبالتالي عليها تقديم كل المعلومات المتعلقة بالاتفاق المقيّد للمنافسة والاجابة على كل الأسئلة التي قد توجه اليها من قبل سلطة المنافسة. وتجدر الملاحظة أنه يُمنع عن المؤسسة المعنية إبلاغ باقي أطراف الاتفاق بلجوتها إلى سلطة المنافسة وذلك من أجل تجنب تهرب هؤلاء من العقوبة. كما ينبغي على المؤسسة المعنية تقديم جميع الأدلة التي بحوزتها والتي من شأنها تسهيل إجراءات التحقيق، ويمكن أن تتجلى هذه الأدلة من خلال اجتماعات منافية للمنافسة، مكالمات هاتفية، رسائل متبادلة... الخ².

ضرورة انسحاب المؤسسة المعنية من الاتفاق المقيّد للمنافسة:

يجب على المؤسسة المعنية انسحابها من الاتفاق المقيّد للمنافسة بمجرد ايداعها لطلب اجراء الرأفة وذلك من أجل تبيان حسن نيتها. ولكن تجدر الملاحظة أنه يُشكل هذا الشرط المبدأ المعمول به، وبما أنه لكل مبدأ استثناء فقد تسمح سلطات المنافسة للمؤسسة المعنية بمواصلة التزامها مع باقي أطراف الاتفاق بهدف تجنب الشك الذي قد يراود هؤلاء بانسحاب أحد الاطراف وبالتالي عرقلة اجراءات التحقيق³، وكذلك من أجل حصول المؤسسة المعنية على أكبر قدر ممكن من الأدلة وتقديمها إلى سلطة المنافسة.

¹LINDA ARCELIN, Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles et droit interne et communautaire, Presses Universitaires de Rennes 2009, p. 224.

² M.-C.BOUTARD LABARDE, G.CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM, J.VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J, 2008, p. 69.

³ Point 8 de la communication de la C.E. de 2002 sur la clémence, art. L.464-2 IV du c. com. Fr.

2. شروط الاستفادة من الاعفاء الجزئي من الغرامة المالية

ضرورة تقديم أدلة مكتملة للأدلة المتحصل عليها من قبل سلطة المنافسة:

قد تقرر المؤسسة المعنية إفضاء الاتفاق المقيّد للمنافسة لسلطة المنافسة ولكن بعد اكتشاف هذه الأخيرة لهذه الممارسة، في هذه الحالة لا يمكن للمؤسسة المعنية الاستفادة من الاعفاء الكلي للغرامة المالية ولكن من الاعفاء الجزئي شريطة تقديمها لأدلة مكتملة لتلك المتحصل عليها من قبل سلطة المنافسة والتي من شأنها تسهيل اجراءات التحقيق.

يجب أن تُشدد الأدلة الممنوحة من قبل المؤسسة المعنية من قدرة مجلس المنافسة على تحليل الواقعة الإجرامية¹، ويتم تقدير الغرامة المُخفضة من قبل مجلس المنافسة على قوة الادلة الممنوحة من قبل المؤسسة المعنية لاسيما عندما يتعلق الامر بأدلة مكتوبة نظرا لفعاليتها. وتختلف فعالية الادلة حسب تاريخ تقديمها، حيث تشكل الادلة المُقدمة أثناء إبرام الاتفاق المقيّد للمنافسة عنصرا أكثر فعالية من تلك المُقدمة في تاريخ لاحق لإبرام الاتفاق. فالوثيقة الأساسية للاتفاق والمتضمنة لشروط اقتسام الاسواق مثلا تشكل دليلا أقوى من مجرد وثيقة لاحقة لتاريخ إبرام الاتفاق المحظور².

وجود مساهمة فعلية، سريعة ومستمرة من قبل المؤسسة المعنية:

لا يكفي تقديم الادلة التكميلية من قبل المؤسسة المعنية من أجل استفادتها من الاعفاء الجزئي للغرامة المالية، وانما يجب أن تبين حسن نيتها في مساعدة سلطة المنافسة في اجراءات التحقيق وذلك من خلال سعيها المستمر في البحث عن أكبر قدر ممكن من الأدلة وفي وقت قصير.

¹ L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 226.

² Rapport du conseil de la concurrence français 2005, p. 167.

ويسهل على المؤسسة المعنية تحقيق هذا الشرط في حالة السماح لها بالاستمرار في الاتفاق المقيد للمنافسة¹.

الخاتمة:

يتجلى مما سبق أنه يشكل إجراء الرأفة استثناء للمبدأ الردعي لقانون المنافسة ويساهم في مكافحة الاتفاقات المقيدة للمنافسة بالاستعانة بأحد أطراف الاتفاق، وعليه يسمح هذا الاجراء للمؤسسة المتعاونة مع سلطة المنافسة بالإعفاء من الغرامة المالية مقابل تراجعها عن التصرف المقيد للمنافسة من جهة والكشف عنه من جهة أخرى، كما يسمح لسلطة المنافسة باكتشاف الاتفاق المحظور وبالتالي مكافحته وذلك من خلال بتسهيل اجراءات التحقيق.

وتجدر الملاحظة انه نظرا لعدم تحديد نسبة تخفيض الغرامة المالية فترك السلطة التقديرية لمجلس المنافسة في تحديدها أخذا بعين الاعتبار الأدلة المُقدّمة من قبل المؤسسة المعنية، كما لا يمكن لهذه الأخيرة الاستفادة من هذا الاجراء في حالة عودتها لارتكاب نفس التصرف المنافي للمنافسة وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 60 من الأمر 03-03 في فقرتها الثانية². غير أنه لا يؤدي إجراء الرأفة إلى الاعفاء من العقوبات المدنية أو الجزائية في حالة رفع دعوى من قبل ضحية هذه الاتفاقات المقيدة للمنافسة، بل يقتصر الامر على الاعفاء من الغرامة المالية فقط.

¹ M.-C.BOUTARD LABARDE, G.CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM, J.VIALENS, *op.cit.*,p. 70.

²⁷ "... لا تُطبّق أحكام الفقرة الأولى أعلاه، في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة.".

قائمة المراجع:

- الامر رقم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995 والمتعلق بالمنافسة، ج. ر. 22 فيفري 1995، ع. 9، ص. 13.
- الامر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج. ر. 20 جويلية 2003، ع. 43، ص. 2.
- 1.A. VIALFONT, Le droit de la concurrence et les procédures négociées, Revue internationale de droit économique, De Boeck Université, 2007: www.cairn-info/revue-internationale-de-droit-economique-2007-2-page-157.htm
- 2.J-CH. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, P.U.D.M 2008,
- 3.LINDA ARCELIN, Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles et droit interne et communautaire, Presses Universitaires de Rennes 2009.
- 4.M.-C.BOUTARD LABARDE, G.CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM, J.VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J, 2008.
- 5.P. BOUGETTE, C. MONTET, F. VENAYRE, L'efficacité économique des programmes de clémence, 2006, www.halshs.archives-ouvertes.fr
- 6.V. VAQUETTE, *L'efficacité des programmes de clémence ; l'exemple du droit communautaire de la concurrence*, mémoire du 4^{ème} année d'I.E.P. dirigé par M^{me} V. MICHEL, université de Strasbourg, juin 2009

المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة تلويث البيئة

دراسة في أحكام قانون العقوبات وقوانين البيئة

بن دريس حليلة

أستاذة محاضرة ب

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجبالي الياس سيدي بلعباس

مقدمة :

عمل الإنسان منذ خلقه على الأرض على استغلال موارد الطبيعة من أجل بناء حضارة يعيش من خلالها ، تسهل له سبل الحياة وتمهد له وسائل للتمتع بحياة رغدة ، إلا أن وتيرة إستغلال هذه الموارد إزدادت بصورة سريعة ومذهلة خلال القرون المتتالية إلى أن بلغت ذروتها في الوقت الحالي الأمر الذي أدخل بالتوازن الطبيعي للحياة عن طريق تلويث هذه الطبيعة .

فالانتهاكات التي تتعرض لها البيئة هي نتيجة مباشرة لسلوك الأشخاص الطبيعية والمعنوية سواء كانوا أشخاص معنوية عامة أم خاصة فلهما دور كبير ومؤثر في ذلك بسبب التلوث الصناعي الناجم عن مشاريعها الاقتصادية. وإزاء تطور ظاهرة التلوث البيئي وخطورة المشاكل الناتجة عن ذلك إزدادت جهود الدول من أجل الحد من ظاهرة التلوث عن طريق سن قوانين جزائية ردعية للحد من الممارسات الضارة والمدمرة للبيئة. ولما كان الأمر كذلك كان على تشريعات الدول أن تواكب هذه التطورات من خلال إدراج المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية من أجل إيجاد أمن بيئي يكفل صيانة البيئة ومكافحة كل أنواع التعدي على مكونات النظام البيئي .

و تأتي أهمية موضوع المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية عن جرائم البيئة ، من خلال الترابط المطروح بين جرائم البيئة من جانب ، والمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية عنها من جانب ثاني كما تأتي أهمية الموضوع أيضا من خلال العناية الكبيرة التي توليها الدولة لمواجهة جرائم البيئة في ظل وجود الإشكالات المرتبطة بمساءلة الأشخاص المعنوية جزائيا.

وعليه فإن إشكالية هذه الدراسة تدور حول مدى حدود المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جريمة تلويث البيئة في قانون العقوبات وقوانين البيئة الجزائرية؟.

تم هذه الدراسة وفقا للمحاور التالية :يتضمن المحور الأول أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ، أما المحور الثاني فيتضمن نطاق تطبيق المسؤولية الجنائية عن جريمة تلويث البيئة ، والمحور الثالث يتضمن العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي عند تقرير المسؤولية الجنائية عليه في جريمة تلويث البيئة وموانع هذه المسؤولية .

المحور الأول: أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة تلويث البيئة.

أثارت المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي جدلا فقهيًا كبيرا ، فإنقسم الفقه بين مؤيد لهذه المسؤولية ومعارض لها ، الأمر الذي أدى إلى تأثير التشريعات المقارنة بهذا الجدل بما فيهم التشريع الجزائري وعليه سيتضمن هذا المحور موقف الفقه من تقرير المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي أولا ، وثانيا موقف المشرع الجزائري من المساءلة الجنائية للشخص المعنوي وثالثا الأشخاص المعنوية المعنية بالمساءلة الجنائية.

أولا : موقف الفقه من المساءلة الجنائية للشخص المعنوي

إن الشخص المعنوي هو مجموعة من الأشخاص والأموال أسبغ عليه المشرع المدني الشخصية المعنوية و إعترف له بكافة الحقوق المدنية من ذمة مالية و أهلية التقاضي بإستثناء الحقوق للصيقة بالشخص الطبيعيⁱ ، ومن ثم فالأشخاص المعنوية تسأل مدنيا سواء كان في مجال المسؤولية العقدية

أو المسؤولية التقصيرية ، أما في مجال المسؤولية الجنائية فهذا محل جدل فقهي إذ إنقسم الفقه بين معارض ومؤيد لتقرير المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي .

1-الرافضون للمساءلة الجنائية للشخص المعنوي: الفكرة السائدة لدى الفقه القديم هي أن الأشخاص المعنوية لا تسأل جنائيا عما يقع من ممثليها من جرائم أثناء قيامهم بأعمالهم ولو كان هذا العمل لحسابها ولمصلحتها لأن قيام المسؤولية الجنائية في حق الشخص تقتضي توفر الأهلية الجزائية والإرادة الحرة فالأهلية الجزائية هي صلاحية الشخص لتحمل هذه النتيجة ، وهذه الصلاحية لا تتحقق إلا إذا توفرت لديه القدرة على الإدراك التي تمكنه من التمييز بين الصواب والخطأ ومن ثم فالأهلية الجزائية هي شرط لقيام المسؤولية الجنائية ووجود الشخص المعنوي و أهليته محددان بالغاية التي أنشأ من أجلها وتلك الغاية ليست هي إرتكاب الجريمة ، و بالنسبة للإرادة فيرى هذا الاتجاه أن الشخص المعنوي هو مجرد وهم و إفتراض و بهذه الصفة يفتقد الإرادة الذاتية الحرة المستقلة عن أعضائه ومكونيه ومن ثم تنعدم إرادته ، لذلك يتوجب أن تنتفي مسؤوليته الجزائية لأنه يكون عاجزا عن إرتكاب الفعل الذي يجرمه القانون ii .

إن المسؤولية الجنائية تقع على من إرتكبها إستنادا لمبدأ شخصية العقوبة الذي تقتضيه التشريعات الجنائية ، الذي ينحصر في عدم جواز تطبيق العقوبة الجزائية إلا على ذات الشخص الذي إرتكب الجريمة دون سواه ، فإذا كنا بصدد تطبيق عقوبات جزائية على الشخص المعنوي كالغرامة أو المصادرة مثلا ، فلا ريب أن تلك العقوبات سوف تمتد حتما إلى الأشخاص الطبيعية المساهمين في تكوين الشخص المعنوي ، إضافة إلى أن العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي إنما شرعت أصلا للتطبيق على الأشخاص الطبيعيين إذا ما ثبت إدانتهم ، وذلك أن المخاطبين بالنصوص الجزائية هم البشر من دون الأشخاص المعنوية وكان من الطبيعي أن تتحدد تلك العقوبات بما يتلائم مع الإنسان و يوافق طبيعته البشرية ، أما الأشخاص المعنوية فلا يمكن إنزال أغلب العقوبات الجزائية عليها ، وذلك أن طبيعتها الاعتبارية غير آدمية تتناقض مع هذه العقوبات و لا تقبلها كونها ليس لها ضمير أو روح حتى تتأثر بالعقاب ، ناهيك على أن الغرض من العقوبة هو الردع وإصلاح الجاني وهذان الأمران لا يمكن الوصول إليهما عن طريق معاقبة الشخص الاعتباري ، وعلى فرض إمكان

تطبيق العقوبة الجزائية عليه، فإنها لا تحقق الفائدة المرجوة منها ، وهم يرون أنها تصبح مسألة ضارة تصيب المذنب والبريء معا ، إذ يمتد أثارها إلى العاملين كافة في الشخص المعنوي على قدم المساواة بينهم مما ينشأ عنه في نفوس الأفراد إحساس بإنعدام العدالة و يحثهم هذا الأمر إلى عدم احترام القانون الجنائي .iii

2- المؤيدون للمساءلة الجنائية للشخص المعنوي : يرى المؤيدون للمساءلة الجنائية أن ما أثاره المذهب الرافض لهذه المسؤولية من خلال قولهم أن وجود الشخص المعنوي و أهليته محددان بالغاية التي أنشأ من أجلها ، بما يعني أن وجوده و أهليته ينعدمان إذا ما ارتكب جريمة لأنه لم يخلق لها و لم تكن ضمن غاياته ، هو قول غير صحيح لأنه ينطوي على إفراط وتفريط على حد سواء فالإنسان لم يخلق لإرتكاب الجريمة و مع ذلك يتحمل المسؤولية الجنائية إذا ارتكب الجرم ، فإذا كان الشخص المعنوي قد أنشأ لتحقيق غايات أو أغراض معينة ليس من بينها إرتكاب الجرائم فهذا لا يمنع مسؤوليته عنها حال إرتكابها ، ومن ثم فإن تخصيص الشخص المعنوي لأمر معين لا يتعارض مطلقا مع إمكان إسناد الجريمة إليه ، ذلك أن الجريمة يتصور حدوثها من نطاق تخصصه كما يمكن حدوثها خارج تلك النطاق و إن لم تكن ضمن أغراضه، أما بالنسبة للإرادة فينظر المؤيدون للمساءلة الجنائية للشخص المعنوي على أن هذا الأخير هو شخص حقيقي ذي إرادة مستقلة و من ثم جواز مسألته جنائيا وهم يعيرون على الاتجاه الرافض للمسؤولية الجنائية بأن هؤلاء أقروا بالمسؤولية المدنية للشخص المعنوي وهذا إقرار ضمني منهم بتوافر الإرادة الحقيقية للشخص المعنوي.iv.

أما القول بمعاقبة الشخص المعنوي خروج على مبدأ شخصية العقوبة هو قول غير سديد لأن تعدية العقوبة للشخص المعنوي تقتضيه الضرورة والمصلحة العامة ، أما بالنسبة لإستحالة تطبيق بعض العقوبات على الشخص المعنوي فردهم أنه بإمكان تطبيق عقوبات تتلائم وطبيعة الشخص المعنوي كالغرامة وحل الشخص الاعتباري ، أما بالنسبة لعدم نفعية العقوبة فيرى المؤيدون للمسؤولية الجنائية أن فرض العقوبة على الشخص المعنوي يؤدي الى دفع القائمين عليه ليكونوا أكثر حرص وحذر للمحافظة على القوانين و حقوق الغير ، و أن الغرض من العقوبة ليس هو فقط الإصلاح والتهديب بل هو أيضا السعي الى تحقيق أغراض أساسية من الردع و هي الوقاية ، فالعقوبة عندما تفرض على

الشخص المعنوي تحقق الجدوى ذاته عندما تفرض على الشخص الطبيعي ، فزيادة الاشخاص المعنوية في المجتمع، جعلتها في حالة تنافس إقتصادي و تجاري ، ما أدى الى سلوكها سبلا غير مشروعة ما يتطلب إيقاع عقوبة عليها لدى تسببها في أي ضرر، و إيقاع العقوبة عليها سيؤدي بطبيعة الحال ألى إلحاق الضرر بها v .

إن الانتقادات التي وجهت للرافضين للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي جاء بها الفقه الحديث من أجل المطالبة بتقرير المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي على أساس إنتشار الشركات والمؤسسات و إتساع دائرة نشاطها ، وكثرت أخطارها و من ثمة أصبح لزاما إخضاعها للمساءلة الجنائية vi.

ثانيا : موقف القانون الجزائري من المساءلة الجنائية للشخص المعنوي

تبنى المشرع الجزائري موقف الفقه الحديث وأقر المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وإقرار المسؤولية الجنائية نجده في قانون العقوبات والذي نص صراحة على ذلك بنصه على أنه vii " بإستثناء الدولة والجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام ، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك "، و الإقرار بالمسؤولية الجنائية نجده أيضا في القوانين خاصة كقوانين البيئة من بينها نص المادة 56 من القانون رقم 01- المتعلق بتسيير النفايات و إزالتها319viii بنصها على أنه " يعاقب بالغرامة مالية كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو أي نشاط آخر ، قام برمي أو ياهمال النفايات المنزلية وما شابهها أو رفض إستعمال نظام جمع النفايات وفرزها والموضوعة تحت تصرفه من قبل الهيئات المعنية ..."، وأيضا أقر القانون رقم 03- 09ix المتعلق بجمع جرائم مخالفة أحكام إتفاقية حظر إستحداث و إنتاج و تخزين الأسلحة الكيميائية بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وذلك في المادة 18 منه بقولها "يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب ..."، و نفس الاتجاه أخذ به القانون رقم 03- 10x المتعلق بحماية البيئة إذ نص في المادة 18 منه على أنه " تخضع لهذا القانون كل المصانع والورشات والمشغل و المقالع والمناجم و بصفة عامة المنشأة التي يشتغلها أو يملكها كل شخص طبيعي أو معنوي ، عمومي أو

خاص و التي قد تسبب في أخطار على الصحة العمومية و النظافة والأمن والفلاحة و الأنظمة البيئية والموارد الطبيعية والمعالم والمناطق السياحية ، أو قد تسبب في المساس براحة الجوار .

إن الإقرار بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة تلويث البيئة تتلائم مع السياسة الجنائية الفعالة لحماية البيئة من التلوث ، إلا أن النصوص العقابية الخاصة بتجريم الشخص المعنوي تطرح إشكالية تحديد الأشخاص المعنوية المسؤولة جنائيا .

ثالثا : الأشخاص المعنوية المسؤولة جنائيا عن جريمة تلويث البيئة

تنقسم الأشخاص المعنوية إلى قسمين أشخاص معنوية عامة تخضع للقانون العام ، وأشخاص معنوية خاصة تخضع لأحكام القانون الخاص ، هذه الأخيرة لا تثير أي إشكال فجل التشريعات الجنائية أقرت بالمسؤولية الجنائية لها ، وعلى خلاف ذلك يختلف الفقه ومعه التشريعات الجنائية حول إخضاع الأشخاص المعنوية العامة و التي بدورها تنقسم الى أشخاص معنوية عامة إقليمية على رأسها الدولة و الوحدات الادارية الاخرى ، و أشخاص معنوية مرفقية من المسائلة الجنائية بين مؤيد لهذه المسألة وبين رافض لها .

1-موقف الفقه من المسائلة الجنائية للأشخاص المعنوية العامة :

رفض بعض الفقه المسائلة الجنائية للشخص المعنوي العام على أساس أن مسائلة هذا الاخير يؤدي إلى المساس بسلطاته و بدوره في تلبية الحاجات العامة التي تقتضيها المصلحة والمنفعة العامة للمجتمع ، كما أن المرفق العام يخضع لمبدأ الاستمرار وتطبيق عقوبة الحل عليه يؤثر على تلبية الحاجات العامة التي تقتضيها المصلحة والمنفعة العامة للمجتمع ، ويضيف هذا الفقه أن هناك اختلاف حقيقي وجوهري بين الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص المعنوية الخاصة ، ولا يمكن المساواة بينهما في المسائلة الجنائية على اعتبار أن الأشخاص المعنوية العامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، بينما العكس لدى الأشخاص المعنوية الخاصة إذ تهدف إلى تحقيق الربح والمنفعة العامة ، كما أنه لا يتصور في ظل مبدأ سيادة الدولة أن تسأل هذه الأخيرة جنائيا و أن تكون محل

للعقوبة الجنائية ، كما أن الدولة في رأيهم هي التي تملك سلطة العقاب و من ثم فمن غير المنطق أن توقع الدولة العقاب على نفسها xi.

وعلى النقيض من ذلك يتجه غالبية الفقه الحديث إلى تحميل الأشخاص المعنوية العامة المسؤولية الجنائية في جرائم تلويث البيئة و على رأسهم الألماني "أوغست" و الفرنسي "دونيريو فايرا"، لأنه ليس من العدل متابعة الأشخاص المعنوية الخاصة عن جرائم تلويث البيئة بينما لا يتابع الأشخاص المعنوية العامة عن ذات الجرائم، ويردون على فكرة سيادة الدولة على أنها فكرة مردود عليها بإعتبار أن السيادة لا يجب أن تتعارض مع تطبيق القانون و إنما تخضع له ، و فيما يخص عدم وجود سلطة عليا توقع الجزاء على الدولة فردهم أن طبيعة الجزاء و أو ضاع تقريره و مدى فعاليته تختلف في القانون الدولي عنه في القانون الداخلي و بإعتبار أن جريمة تلويث البيئة هي جريمة دولية تسأل عنها الدولة و فق قواعد القانون الدولي الجنائي xii .

2- موقف التشريع الجزائري من مساءلة الأشخاص المعنوية العامة :

بالنسبة للتشريع الجزائري فإن موقفه متباين بين قانون العقوبات والقوانين الخاصة المتعلقة بالبيئة ،

إذ إستبعد من المساءلة الجنائية الأشخاص المعنوية العامة في قانون العقوبات إذ نصت المادة 51 مكرر منه على مايلي " بإستثناء الدولة والجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه عندما ينص القانون على ذلك .

أما قانون حماية البيئة فنص صراحة على المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية العامة إذ نصت المادة 18 من قانون حماية البيئة 03-10 على أنه "يخضع لأحكام هذا القانون المصالح والورشات و المشاغل و مقالع الحجارة و المنازل و بصفة عامة المنشآت التي يستغلها أو يملكها كل شخص طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص ، والتي قد تسبب في أخطار على الصحة العمومية و النظافة والأمن

و الفلاحة و الأنظمة البيئية و الموارد الطبيعية و المواقع والمعالم و المناطق السياحية ، أو قد تسبب في المساس براحة الجوار"

المحور الثاني : نطاق تطبيق المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة تلوث البيئة

يعرف الفقه جريمة تلوث البيئة على أنها "كل سلوك إيجابي أو سلبي غير مشروع سواء كان عمديا أو غير عمدي يصدر من شخص طبيعي أو معنوي يضر أو يحاول الإضرار بأحد عناصر الطبيعة سواء يشكل مباشر أو غير مباشر يقرر له البيئي عقوبة أو تدابير احترازية" ^{xiii}

وبالرجوع الى القانون عرفها قانون حماية البيئة 03-10 التلوث بأنه " كل تغيير مباشر

أو غير مباشر للبيئة يتسبب فيه فعل يحدث وضعية مضرّة بالصحة وسلامة الإنسان والنبات والحيوان والهواء والجو والماء والأرض والممتلكات الجماعية والفردية " ^{xiv}، من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع ركز في تعريفه للتلوث على فكرة التغيير الطارئ على البيئة ، و أن يكون هذا التغيير بما يخل بالتوازن البيئي ، سواء كان هذا التلوث على الماء أو الهواء أو التربة ، ومن ثمة فإن نطاق تطبيق المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جريمة تلوث البيئة تقتضي منا تحديد عناصر التلوث البيئي وأنواعه .

أولاً: عناصر التلوث :يرز التعريف السابق للتلوث ثلاث عناصر لإحداثه وهي إدخال مواد ملوثة أيا كان شكلها في الوسط البيئي ، وأن تحدث هذه المواد تغيير بيئي ضار ، وأن يكون هذا التلوث بفعل الإنسان .

1-إدخال عناصر ملوثة في الوسط البيئي : يحدث التلوث بسبب إدخال مواد ملوثة أيا كان شكلها في الوسط الطبيعي فتحدث خللا في الأنظمة البيئية ،وتسبب ضرر للكائنات الحية والإنسان ^{xv} ويستوي أن يكون الضرر حالا أو مستقبلا ^{xvi}.

2- حدوث تغيير بيئي ضار: يحقق إدخال عناصر ملوثة في الوسط البيئي إلى إحداث تغيير بيئي ضار ، تتضح معالمه في إختلال التوازن الطبيعي المبني على عناصر ومكونات البيئة ، وذلك بإختفاء بعضها أو تقلص حجمها بالمقارنة بمشيلاتها xvii .

3- أن يكون التلوث بفعل الإنسان :وبمقتضى هذا الشرط يستبعد من تطبيق الأحكام القانونية التلوث الذي تحدثه الطبيعة كالبراكين و الزلازل وغيرها من حوادث الطبيعة ، و في مجال مسؤولية الشخص المعنوي فيجب أن يكون إرتكاب الفعل المجرم من قبل شخص طبيعي له حق التعبير عن إرادة الشخص المعنوي ، و في هذا نصت المادة 51 من قانون العقوبات الجزائري على أنه " يكون الشخص المعنوي م

مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك "

ثانيا : أنواع التلوث. يقسم التلوث البيئي إلى أنواع مختلفة إستنادا إلى معايير متباينة ، حيث يقسم بالنظر إلى مصدره ، وإما إستنادا إلى درجة خطورته على النظام البيئي ، وإلى نوع البيئة التي يحدث فيها التلوث و إلى نطاقه الجغرافي وهذه الأنواع يمكن أن تكون متداخلة وذلك بحسب نظرتنا إليها .xviii

1-أنواع التلوث بالنظر إلى مصدره: يقسم هذا النوع من التلوث الى نوعين ، يتعلق الأول بالتلوث الطبيعي وهذا الأخير يجد مصدره في الطبيعة كالغازات المنبعثة من البراكين ، كما تساهم بعض الظواهر المناخية كالرياح والأمطار في إحداث بعض صور التلوث البيئي و من ثمة فإن مصادر هذا التلوث هي طبيعية ولا دخل ليد الإنسان فيها ، هذا النوع من التلوث يخرج عن تطبيق القواعد القانونية عليه وذلك راجع لإستحالة السيطرة عليه ومراقبته ، لكن هذا لا يعفي السلطات الإدارية من إتخاذ الإجراءات اللازمة للحد من تأثيراته السلبية xix، أما النوع الثاني من التلوث فهو التلوث الصناعي وهذا الأخير ناتج عن النشاط الصناعي والزراعي للإنسان وهو الذي يخضع للمساءلة الجنائية xx .

2-أنواع التلوث بالنظر إلى درجة خطورته على البيئة : ينقسم هذا التلوث إلى تلوث معقول وتلوث خطير وتلوث مدمر، يمثل الأول درجة محددة من درجات التلوث ، ولا يخلق مشاكل بيئية خطيرة و إنما يؤدي تراكمها إلى فقد البيئة جمالها ، أما النوع الثاني فيمثل مرحلة متقدمة من التلوث البيئي تبدأ في التأثير السلبي على عناصر البيئة الطبيعية بكافة أشكالها وهو ناتج بالدرجة الأولى من مخلفات النشاط الصناعي كمخلفات المصانع ، أما التلوث المدمر فهو أخطر أنواع التلوث لأنه يؤدي إلى إنهيار النظام البيئي نظرا لاختلال التوازن فيه بشكل كبير كإستعمال الأسلحة النووية في الحروب . xxi

3- التلوث بالنظر إلى أنواع البيئة : تنقسم أنواع البيئة القابلة للتلوث إلى هواء و ماء وتربة فتلوث الهواء هو أكثر أشكال التلوث البيئي إنتشارا نظرا لسهولة إنتقاله و إنتشاره ، ويؤثر هذا النوع من التلوث على الإنسان والحيوان والنبات تأثير مباشر و يخلق آثار بيئية وصحية و إقتصادية واضحة متمثلة في التأثير على صحة الإنسان و إنخفاض كفاءته الإنتاجية ، كما أن التأثير ينتقل الى الحيوان ويصبه بالآثار المختلفة مما يقلل من قيمتها الاقتصادية ، أما التلوث المائي فهو التغير في طبيعته و خواصه و في مصادره الطبيعية المختلفة ، حيث يصبح غير صالح للكائنات الحية التي تعتمد عليه في إستمرار بقائها ، في حين أن تلوث التربة هو إحداث تغير في الخواص البيولوجية لها وينتج من إستخدام المبيدات و الأسمدة الكيماوية و من مخلفات المصانع و النفايات الإشعاعية و الأمطار الحمضية .xxii

بالرجوع إلى قانون حماية البيئة 03-10 عرف التلوث بالنظر إلى أنواع البيئة من خلال تعريفه للتلوث الهوائي على أنه xxiii " إدخال أية مادة في الهواء أو الجو بسبب إنبعاث غازات أو أبخرة أو أدخنة أو جزيئات سائلة أو صلبة من شأنها التسبب في أضرار وأخطار على الإطار المعيشي " ، أما التلوث المائي فعرفه نفس القانون ح على أنه " إدخال أية مادة في الوسط المائي من شأنها أن تغيرا لخصائص الفيزيائية أو الكيماوية أو البيولوجية للماء ويمس بجمال المواقع أو تعرق أي إستعمال طبيعي آخر للمياه xxiv ، أما تلوث التربة فإن المشرع البيئي لم يشير إلى تعريف هذا النوع من التلوث

، إلا أنه نص عن مقتضيات حماية التربة من التلوث وهذا في الباب الثالث من الفصل الرابع المعنون بمقتضيات حماية الأرض وباطن الأرض xxv.

المحور الثالث : الطبيعة القانونية لجريمة تلويث البيئة والعقوبات المقررة للشخص المعنوي عن جرائم تلويث البيئة

أولاً: الطبيعة القانونية لجريمة تلويث البيئة: إن جرائم البيئة لا تنشأ بمعزل عن ما تم ذكره من عناصر التلوث و أنواع التلوث وبالتالي فهي إما سلوك إيجابي أو سلبي عمدي أو غير عمدي يصدر من شخص طبيعي أو معنوي يضر أو يحاول الأضرار بإحدى عناصر البيئة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة . وجرائم البيئة من الجرائم التي يعتد فيها بقيام المسؤولية الجنائية بتحقيق الضرر تارة وتارة أخرى بمجرد التعريض للخطر.

1-قيام المسؤولية الجنائية عن جريمة التلوث على قيام عنصر الضرر: إن الجرائم القائمة على عنصر الضرر هي التي يتطلبها القانون الجنائي لقيام الركن المادي للجريمة ، وجريمة تلويث البيئة هي من الجرائم المادية التي يعتد بها القاضي من خلال تحقق نتيجة الضرر، سواء كان الفعل بقصد أو دون ذلك . بالرجوع لأحكام التشريع البيئي إعتد هذا الأخير بالضرر البيئي كما نص على ذلك في المادة 100 من قانون حماية البيئة 03-10 و التي نصت على أنه "يعاقب... كل من رمى أو أفرغ أو ترك تسربا في المياه السطحية أو الجوفية أو في مياه البحر الخاضعة للقضاء الجزائي بصفة مباشرة أو غير مباشرة بمادة أو مواد يتسبب مفعولها أو تفاعلها في الإضرار و لو مؤقتا بصحة الإنسان أو النبات أو الحيوان ، أو يؤدي إلى تقليص إستعمال مناطق السباحة "، كما نصت المادة 52 من نفس القانون على أنه " مع مراعاة الأحكام التشريعية المعمول بها و المتعلقة بحماية البيئة البحرية يمنع داخل المياه البحرية الخاضعة للقضاء الجزائي كل صب أو غمر أو ترميد لمواد من شأنها، الإضرار بالصحة العمومية و الأنشطة البيئة البحرية ، عرقلة الأنشطة البحرية بما في ذلك الملاحة و التربة المائية و الصيد البحري ، التقليل من القيمة الترفيهية و الجمالية للبحر و المناطق السياحية و المساس بقدرتها السياحية".

وفي قانون العقوبات أدرج المشرع الجزائري جرائم الاعتداء على الأشجار والغابات بحيث يعاقب بالسجن لمدة تتراوح بين 10 و 20 سنة كل شخص يتسبب عمدا في إبرام النار في الغابات و الحقول الأمر الذي يؤدي الى تلويث البيئة الهوائية xxvi.

لم يكتف المشرع بإقرار وقوع الضرر للمساءلة الجنائية و إنما أقر أيضا مبدأ الحيطة للبيئة وهو عدم تعريض البيئة للخطر وتفادي وقوع الضرر xxvii، ولو أن هذا المبدأ يؤدي إلى توسيع مفهوم مبدأ شرعية التجريم .

2-قيام المسؤولية الجنائية على أساس التعريض للخطر : في هذا النوع من المساءلة الجنائية لا يتطلب القانون تحقيق نتيجة و إنما يكفي فيها التهديد بإهدار مصلحة أو حق محمي قانون، سواء كان بقصد أو من دون قصد ، وهذا خشية وقوع الضرر .

يعرف التعريض للخطر على أنه سلوك ينشأ عنه خطر والذي قد يؤدي الى حدوث ضرر بالمصلحة المحمية قانونا ، و يقسم التعريض الذي يكون محل المتابعة الجزائية إلى عدة أنواع ، منها التقسيم على أساس احتمال وقوع الضرر بين التعريض للخطر القريب والتعريض للخطر البعيد فالأول يكون احتمال وقوع الضرر كبير ، بينما الثاني فإن احتمال وقوع الضرر يكون بعيد ويقسم التعريض للخطر بالنظر إلى مدى توافر العناصر الداخلية في تكوين العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة ، ومن ثمة يقسم إلى مباشر وغير مباشر ، فالأول تتوفر فيه جميع الظروف والعوامل التي تؤدي إلى إحداث الضرر ، أما الثاني فهو الذي يتوقف حدوث الضرر فيه على حدوث عوامل أخرى في المستقبل xxviii .

أقر المشرع الجزائري أيضا التعريض للخطر المجرد ، وفي هذا النوع من الجرائم لا يعد التعريض للخطر عنصرا في السلوك المكون للجريمة ، حيث يهتم المشرع باتخاذ تدابير لحماية المصالح التي يراها جديرة بالحماية xxix، و إدخال التعريض للخطر كأساس للتجريم في كثير من جرائم البيئة هو من أجل و ضع حلول لعدة مشاكل قانونية منها صعوبة إثبات الضرر البيئي و صعوبة إثبات العلاقة السببية بين السلوك المادي و النتيجة الإجرامية .

أدخل المشرع الجزائري العديد من جرائم تلويث البيئة في نطاق جرائم التعريض للخطر حيث نصت المادة 87 مكرر من قانون العقوبات على تجريم كل فعل إرهابي أو تخريبي يكون الغرض منه الاعتداء على المحيط أو إدخال مادة أو تسريبها في الجو أو في باطن الأرض أو إلقائها عليها أو في الماء بما فيها المياه الإقليمية من شأنها جعل صحة الإنسان أو الحيوان أو البيئة الطبيعية في خطر، و نصت المادة 66 من القانون 01-19 المتعلق بتسيير النفايات و مراقبتها و إزالتها على معاقبة كل من يستورد النفايات الخاصة الخطرة أو تصديرها ، أو العمل على عبورها ، و أضافت المادة 10 من ذات القانون على حضر إستعمال المنتوجات المرسكلة التي يحتمل أن تشكل خطر على الأشخاص، و في قانون حماية البيئة 03-10 نصت المادة 57 على أنه " يتعين على كل ربان سفينة تحمل بضائع خطيرة أو سامة أو ملوثة و تعبر بالقرب من المياه الخاضعة للقضاء الجزائري ، أو داخلها أن يبلغ عن كل حادث ملاحى يقع في مركبه و من شأنه أن يهدد بتلويث أو فساد الوسط البحري و المياه و السواحل الوطنية"

ثانيا: العقوبات المقررة للشخص المعنوي عن جريمة تلويث البيئة وموانع المسؤولية الجنائية

1-العقوبات المقررة للشخص المعنوي عن جريمة تلويث البيئة : أخذ المشرع الجزائري بالمساءلة الجنائية للشخص المعنوي ، ولما كانت طبيعة هذا الشخص تختلف عن الشخص الطبيعي أقر التشريع الجنائي جملة من العقوبات الخاصة بتلائم وطبيعة الشخص المعنوي إضافة إلى جملة من التدابير الاحترازية التي أخذ ها بها تشريع البيئة . نص قانون العقوبات xxx على عقوبات أصلية وأخرى تكميلية .

-العقوبات الأصلية : تعتبر الغرامة العقوبة الأصلية الوحيدة التي تطبق على الشخص المعنوي والتي تساوي خمس مرات من الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، ومن أمثلة عقوبة الغرامة نجد المادة 56 من القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها حيث نصت على أنه " يعاقب بغرامة مالية من عشر آلاف دج الى خمسين ألف دج كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا صناعيا أو حرفيا أو أي نشاط آخر ، قام برمي أو إهمال النفايات المنزلية و ماشابها أو رفض

إستعمال نظام جمع النفايات أو فرزها الموضوع تحت تصرفه من طرف الهيئات المعنية في المادة 32 من هذا القانون ، وفي حالة العود تضاعف الغرامة "

-العقوبات التكميلية: تضمن قانون العقوبات في نص المادة 18 مكرر منه على جملة من العقوبات التكميلية وهي:

-المصادرة : عرفتھا المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري على أنها " الایلوله النهائيه الى الدولة لمال أو مجموعه أموال معینه أو ما یعدل قيمتها عند الاقتضاء " ، وتكون المصادرة إما وجوبية أو جوازیه للقاضي (المادة 18 مكرر1)، ومن أمثلة هذه العقوبة ما نصت علیه المادة 89 من القانون 01-11 المتعلقة بالصید البحري على أنه " في حالة إستعمال مواد متفجرة تحجز سفینه الصید إذا كان مالکها هو مرتکب المخافه "

-نشر الحكم : تضمن قانون العقوبات نص يقضي بنشر الحكم القاضي بإدانة الشخص المعنوي ، وللمحكمة أن تأمر بنشر الحكم كله أو جزء منه، أو أسبابه أو منطوقه، ولها أن تحدد عند اللزوم ملخص الحكم أو العبارات التي تنشر منه (المادة 18 مكرر)، ونشر الحكم كعقوبة يهدف الى المساس بمكانة و ثقة الشخص المعنوي أمام الجمهور مما يؤثر على نشاطه مستقبلا.

-الغلق المؤقت للشخص المعنوي : هو جزاء عيني يتمثل في منع الشخص المعنوي من مزاوله نشاطه الذي تسبب في تلويث البيئة ، تضمنت المادة 18 مكرر من قانون العقوبات هذه العقوبة ونصت على الغلق المؤقت للمنشأة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ، وفي قانون حماية البيئة 03-10 تضمنت المادة 85 هذه العقوبة بنصها على أنه" و عند الاقتضاء يمكنه الأمر بمنع إستعمال المنشأة أو أي عقار أو منقول آخر يكون مصدر التلوث الجوي ، وذلك حتى إتمام إنجاز الأشغال والترميمات اللازمة"، وذات الحكم ورد أيضا في المادة 86 من نفس القانون و التي نصت على أنه "...كما يمكن أيضا الأمر بحضر إستعمال المنشأة المتسببة في التلوث إلى حين إنجاز الأشغال أو أعمال التهيئة أو تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها " .

-الحل النهائي للشخص المعنوي : تعتبر هذه العقوبة التكميلية من أقصى العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي ، أوردها المشرع في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات ، ولا نجد لها ما يقابلها في قوانين البيئة.

-الوضع تحت الحراسة القضائية : تضمنتها المادة 18 مكرر من قانون العقوبات هذه العقوبة وهي عقوبة مؤقتة لا يجوز أن تتجاوز خمس سنوات .

- الإقصاء من الصفقات العمومية : تضمنتها أيضا المادة 18 مكرر من قانون العقوبات ، ولا يتجاوز الإقصاء من الصفقات العمومية خمس سنوات ، هذه العقوبة تجعل المنشأة غير قادرة على التعاقد بشأن الصفقات العمومية .

2- التدابير الاحترازية : إن الهدف من هذه التدابير هو حمل المنشأة على أخذ التدابير الوقائية للحفاظ على البيئة والسلامة العامة ، من هذه التدابير ما هو عام يتمثل في إيداع كفالة أو تقديم تأمينات عينية لضمان حقوق الضحايا ، ومنها ما هو خاص كالمنع من إصدار الشيكات و بطاقات الدفع أو المنع من ممارسة بعض الأنشطة إضافة إلى الأمر بالوضع تحت الرقابة القضائية ، وفي هذا المجال نصت المادة 65 مكرر4 من قانون الاجراءات الجزائية على أنه "يجوز لقاضي التحقيق أن يخضع الشخص المعنوي لتدبير أو أكثر من التدابير الاتية ، إيداع كفالة ، تقديم تأمينات عينية لضمان حقوق الضحية ، المنع من إصدار الشيكات أو استعمال بطاقات الدفع مع مراعاة حقوق الغير المنع من ممارسة بعض النشاطات المهنية والاجتماعية المرتبطة بالجريمة ...".

إن العقوبات الجزائية والتدابير الاحترازية يمكن أن لا تطبق على الشخص لمعنوي حتى لو كان مسؤولا جنائيا عن جريمة تلويث البيئة وذلك لوجود مانع من موانع المسؤولية الجنائية، وعليه سنتناول فيما يلي موانع المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

3-موانع المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في جريمة تلويث البيئة

تضمنت قوانين البيئة موانع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ، ومن هذه الموانع حالة الضرورة ، وهي الحالة التي يجد الشخص نفسه أمام خطر جسيم و شيك الوقوع لا يمكنه دفعه إلا بارتكاب فعل مجرم قانونا ، ويشترط لقيام حالة الضرورة أن يكون هناك خطرا جسيما و حالا و واقعا على النفس بحيث لا تكون لإرادة الفاعل دخلا في وقوعها ، ويشترط القانون التناسب بين الخطر المراد تفاديه و الضرر الذي وقع xxxi، و نصت المادة 97 الفقرة 3 من قانون حماية البيئة 03-10 بشأنها على أنه "لا يعاقب بموجب هذه المادة عن التدفق الذي بررته تدابير إقتضتها حالة الضرورة لتفادي خطر جسيم وعاجل يهدد أمن السفينة أو حياة البشر أو البيئة "، كما تضمنت ذات القوانين حالة القوة القاهرة كمانع من موانع المسؤولية للشخص المعنوي و بشأنها نصت المادة 54 من ذات القانون على أنه "لا تطبق أحكام المادة 53 أعلاه في حالات القوة القاهرة الناجمة عن التقلبات الجوية أو عن كل العوامل الأخرى ، أو عندما تتعرض للخطر حياة البشر أو أمن السفينة أو الطائرة ".

إن الأخذ بحالة الضرورة كمانع من موانع المسؤولية الجزائية بالنسبة للأشخاص المعنوية يطرح إشكالية كيف يمكن للمشرع أن يقبل بمخالفة القانون في إطار حالة الضرورة مع وجود نظام التراخيص ، ومن هنا نذهب الى حالة جديدة في موانع المسؤولية وهي حالة الترخيص الإداري ، يهدف هذا الأخير إلى تحديد تبعات النشاطات الاقتصادية على البيئة ، وعليه ينص القانون على وجوب حصول الشخص المعنوي على ترخيص قبل القيام بنشاطه وهذا من أجل تمكين الإدارة من فرض ما تراه مناسبا من إحتياطات وقائية، وتنقسم المنشآت التي تستفيد من الترخيص في التشريع الجزائري إلى أربع فئات: الفئة الأولى إلى ترخيص من وزير البيئة ، أما الفئة الثانية فتخضع لترخيص من الوالي المختص إقليميا و الفئة الثالثة تخضع لترخيص من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا ، أما الفئة الرابعة فتخضع لنظام الترخيص لدى المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا xxxii ، من بين النصوص القانونية التي نصت على ضرورة الحصول على ترخيص نجد المادة 15 من القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات ومعالجتها حيث تنص هذه المادة على مايلي : "لا يمكن معالجة النفايات الخاصة إلا في المنشآت المرخص لها من قبل الوزير المكلف بالبيئة و ذلك و وفقا للأحكام التنظيمية المعمول بها "، و نصت المادة 55 من قانون حماية البيئة 03-10 على أنه " يشترط في

عمليات الشحن أو التحميل كل المواد أو النفايات الموجهة للرمي في البحر الحصول على ترخيص
يسلمه الوزير المكلف بالبيئة "

خاتمة :

إن مشكلة تلويث البيئة تعد بحق من أخطر المشاكل التي أصبحت تهدد أمن وسلامة المحيط البيئي و الذي يؤثر بشكل مباشر في صحة وسلامة الإنسان . ولما كانت معظم جرائم تلويث البيئة ترتكبها الأشخاص المعنوية فإن هذا الأخير أقرت له مساءلة جزائية سواء تلك التي تضمنها قانون العقوبات والتي بموجبها يقر المساءلة الجنائية للأشخاص المعنوية الخاصة فقط ، ولما أصبحت حماية البيئة من أولويات الدولة تضمن التشريع البيئي مساءلة جنائية للأشخاص المعنوية الخاصة والعامّة على السواء .

إلا أن ما يلاحظ على النصوص التشريعية في تجريمها للشخص المعنوي سلكت مسلك وقائي أكثر منه عقابي وذلك بنصها على جملة من القواعد التي يتعين على الشخص المعنوي إحترامها مثل دراسة الخطر، ومع ذلك تعد التدابير الاحترازية على قدر كبير من الأهمية في الوقاية من التلوث البيئي .

إنه ورغم وجود القدر الكافي من النصوص العقابية التي تسلط على الشخص المعنوي في جريمة تلويث البيئة ، إلا أن الواقع يبرز أن هذه القوانين لا تشكل ردعا للمنشأة عن إرتكابها لجريمة تلويث البيئة وذلك راجع لعدم وجود متابعة جزائية للشخص المعنوي في الكثير من الحالات إضافة إلى ذلك غياب الوعي والثقافة البيئية لدى المجتمع الجزائري الذي يضعف الاستهجان لديه فيما يخص أفعال التلوث ، ناهيك عن عدم مرد ودية الأداء الجماعي فيما يخص هذا المجال .

المراجع:

1. وناس يحي ، الاليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان سنة 2007 ، ص339.
2. شريف السيد كامل المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1997 ، ص14 وما بعدها
3. محمد نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1996 ص482
4. حسام عبد المجيد جادو ، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ، ص108
5. حسام عبد المجيد جادو ، المرجع نفسه ، ص135
6. أشرف هلال ، جرائم البيئة بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الاولى سنة 2005 ، ص45 وما بعدها.
7. المادة 56 من القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 ، جريدة رسمية مؤرخة في 11 جوان 1966 ، العدد 49
8. المؤرخ في 12-12-2001 والمتعلق بتسيير النفايات وإزالتها ، جريدة رسمية رقم 77 لسنة 2001
9. المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، الجريدة الرسمية رقم 43 لسنة 2003
10. - المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، جريدة رسمية مؤرخة في 20 جويلية 2003 ، العدد 43
11. - شريف السيد كامل ، المرجع السابق ، ص97.

- 12.- شريف السيد كامل ، المرجع السابق ، ص 98
13. أشرف هلال ، المرجع السابق ، ص 36.
14. المادة 4 الفقرة 09 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة والتنمية المستدامة
- 15.- منصور مجاجي ، المدلول العلمي والمفهوم القانوني للتلوث البيئي ، مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد الخامس ، ص 104.
16. المادة 4 الفقرة 9 من القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة " كل تغيير مباشر أو غير مباشر للبيئة يتسبب فيه كل فعل يحدث أو قد يحدث وضعية مضرة بالصحة وسلامة الانسان والحيوان .."
17. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون حماية البيئة ، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الاولى 2003 ، ص 74.
- 18.- أشرف هلال ، المرجع السابق ، ص 69 وما بعدها
- 19.- إبراهيم الدسوقي عطية ، الأمن البيئي ، النظام القانوني لحماية البيئة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، طبعة 2009 ، ص 193.
20. منصور مجاجي ، المرجع السابق ، ص 107
21. منصور مجاجي ، المرجع السابق ، ص 108.
22. حسونة عبد الغني ، الحماية القانونية للبيئة في إطار التنمية المستدامة ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، السنة الجامعية 2012-2013 ، ص 20
23. المادة 14 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة

24. المادة 4 الفقرة 10 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة
25. المواد من 59 إلى 62 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة
26. المادة 396 الفقرة 4 من قانون العقوبات الجزائري
27. - حسن محمد بوادي ، الخطر الجنائي ومواجهته تأثيما وتجرىما ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، طبعة 2008 ، ص59.
28. حسين محمد البوادي ، المرجع السابق ، ص60.
29. المادة 87 مكرر من قانون العقوبات
30. المادة 18 مكرر من قانون العقوبات
31. و ناس يحي ، المرجع السابق ، ص368.
32. المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198 المتعلق بضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة ، جريدة رسمية مؤرخة في 4 جولية 2006 ، العدد 37

L'appréciation de la liberté d'expression

chez le fonctionnaire

Par Nora Talha,

Maitre Assistant, classe « A »

Faculté de droit et des sciences politiques,

Université Djilali Liabes, Sidi Bel Abbès.

Introduction

«*Le fonctionnaire est homme de silence, il sert, il travail, il se tait* »¹ telle était la conception de la liberté d'expression du fonctionnaire de Michel Debré *homme d'Etat Français*, telle aussi se fondait l'idée implicite que ce fonctionnaire n'est pas un salarié typique. Il est l'agent de l'Etat et à ce titre, il doit répondre à certaines exigences bien particulières qui lui imposent un régime dérogatoire et plus restrictif. A cet effet, l'intérêt personnel doit par nécessité s'estomper derrière l'intérêt général. Or la minoration de cet intérêt personnel conduit à la restriction de l'expression. La parole de l'agent public doit alors se concilier avec celle de l'intérêt général.

Malheureusement cette conception de la vision entre l'intérêt général et l'intérêt personnel est bien relative car derrière le fonctionnaire il y a un individu, un citoyen, qui a aussi des droits et des libertés.

A ce titre la liberté d'expression est un droit fondamental du citoyen. Ce droit est consacré par l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme, les constitutions successives de la république Algérienne démocratique et populaire de 1963², 1976³, 1989⁴, et 1996⁵, ainsi que toutes les déclarations nationales ou internationales, locales, et régionales. La garantie de cette liberté concerne tous les citoyens d'un état. C'est ainsi que le fonctionnaire en sa qualité de citoyen en bénéficie. Mais par les nécessités liées à sa fonction des exceptions et des restrictions peuvent être imposés sans pour autant interdire cette liberté⁶.

¹ Michel Debré, la mort de l'Etat républicain, Gallimard, 1947 p.217.

² Promulgation de la constitution ;JORADP N°64 du 10/09/1963.P887.

³ Ordonnance n°76-97 du 22/11/1976 portant promulgation de la constitution de la République Algérienne Démocratique et Populaire, JORADP 94 du 24/11/1976 P1040.

⁴ Décret Présidentiel n°89-18du 28/02/1989 relatif à la publication au journal officiel de la république Algérienne démocratique et populaire de la révision constitutionnel adopté par referendum du 23/02/1989 P 182.

⁵ Décret Présidentiel n°96-438du 01/12/1996 JORADP N°76 du 8 décembre 1996 modifiée par :

Loi n°02-03 du 10 avril 2002 JORADP N°25 du 14 avril 2002

Loi n°08-19 du 15 novembre 2008 JORADP N°63 du 16 novembre 2008

⁶ On doit insister sur les mots et ne pouvant être amené à utiliser le mot ' interdiction' car il se heurte au principe fondamental de la liberté d'expression, donc comme l'ont fait auparavant tout les législateurs aussi le législateurs constitutionnel Algérien, on ne peut que restreindre la liberté d'expression.

A l'opposé de la liberté d'opinion, la liberté d'expression du fonctionnaire n'est pas garantie par le statut général de la fonction publique. Il appartient donc dans ce contexte, au juge administratif et non à la loi de fixer au cas par cas les limites à la liberté d'expression des fonctionnaires qu'impose, par exemple l'obligation de réserve¹

Au préalable et avant d'entamer cette recherche sur la liberté d'expression du fonctionnaire, il serait bien utile de cadrer l'explication du terme « fonctionnaire », stricto sensu. Le fonctionnaire est « au regard du statut général de la fonction publique : « La personne nommée dans un emploi permanent et titularisé dans un grade de la hiérarchie »².

Mais il faut bien noter que d'autres catégories d'agents publics sont assimilées à cette définition.

L'agent public répond à une définition plus large que celui du fonctionnaire car il s'agit d'un terme générique désignant :

-Tout collaborateur d'un service public le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif. Un grand nombre d'entre eux ont la qualité juridique de fonctionnaires et sont soumis à des règles générales uniformes.

Les différents services publics emploient également des salariés soumis au droit privé au nombre plus au moins grand selon la nature de leurs activités³.

La déontologie du fonctionnaire trouve sa source dans l'intérêt général. C'est donc ce dernier qui justifie les obligations à charge du fonctionnaire⁴, à la fois, règle de cette déontologie et, sources d'exécution de nombreuses obligations.

¹ Olivier Dord, droit de la fonction publique, presse universitaire de France, 2007 p.281

² Lexique des termes juridiques (ouvrage collectif) Dalloz ,15e° édition Italie 2005 p.295

³ Tell a était le cas depuis les lois n°88/01_ n°88/02 _ n°88/03 .

⁴ Jean Marie Auby Jean Bernard, Didier Jean Pierre, Alain Taillefait : droit de la fonction publique. Précis Dalloz, 6em édition 2009 ; P34.

Le principe d'obéissance hiérarchique impose au fonctionnaire¹ de « se conformer aux instructions du supérieur hiérarchique »². Dans ce sens la cour suprême Algérienne dans son arrêt du **07/12/1985**, établi « que le non respect de l'obligation d'obéissance hiérarchique dans et hors du service constitue une faute passible de sanctions disciplinaires allant jusqu'à la révocation »³.

La distinction « en service » et « en dehors du service » est aussi particulièrement importante. Le fonctionnaire est en service lorsqu'il exerce sa mission (son travail). Il en est dispensé lorsque son temps de travail est terminé.

Quelques règles déontologiques à priori, distinguent essentiellement les notions spatiales de termes « en service », et « hors du service » qui nous laissent perplexe vis-à-vis du cadre de la vie privée du fonctionnaire.

Parallèlement, il semble s'opérer une extension des garanties pour les fonctionnaires, ce qui est logique car, la faute disciplinaire n'a ni définition, ni liste exhaustive⁴.

On peut la définir en général par un manquement aux obligations professionnelles écrites ou orales, elle est ensuite vérifiée par le juge administratif : avec un contrôle normal sur la qualification de la faute disciplinaire pour compenser l'incertitude de la définition, ainsi un jugement de relaxe en action pénale ne peut être la motivation de l'action disciplinaire⁵,

¹ Notons bien que ce principe est accentué pour quelques fonctionnaires ; dont les militaires régis non pas par le code de la fonction publique mais le code de justice militaire : ordonnance n°71-28 du 22/04/1971 portant code de justice militaire modifié et complété JORADP 38 du 11/05/1971 P 470 notamment art 307.

² واجب طاعة الرؤساء هو انقياد الرؤوس للأوامر الصادرة له من سلطته الرئاسية والعمل على تنفيذها بدقة وأمانة شريطة أن تكون هذه الأوامر متطابقة مع القانون ولا تمس بالمصالح العمومية وعدم تقيد الموظف العام بهذا الواجب يعتبر خطأ تترتب عنه مسؤولية الموظف التأديبية

محمد عبد الحميد أبو اليزيد، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1988، ص 87.

سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2013، ص 222.³

⁴ Jean Marie Aubry et autre op cit, P36

⁵ مجلس الدولة 2001/07/09 قرار 580 والي تلمسان ضد (ع.ج) سايس جمال نفس المرجع ص 1600
مجلس الدولة 2007/11/14 رقم 039009 لحسين بن شيخ اث ملويا"المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الرابع، دار هومة 2012 ص 271

Conseil état le 15/06/2005 Mr. Rivero Actualité juridique du droit administratif. P.1689.

et un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix de la sanction,¹ aussi le choix de la qualification des faits²

Ces obligations particulières, sont définies par le statut général de la fonction publique.

Ainsi les obligations restreignant directement l'expression du fonctionnaire sont extrêmement fluctuantes. Elles sont évidemment distinctes selon que l'agent soit en service ou pas.

-Chapitre I : Le fonctionnaire en service : l'obligation de neutralité

L'obligation de neutralité est directement liée à la fonction de l'agent de l'Etat. En effet elle ne se conçoit que comme un attribut du service public

La neutralité suppose l'impartialité. Il s'agit d'une nécessité pour que l'état ne sombre pas dans l'arbitraire. Or L'état c'est notamment sa composante humaine à travers l'image du fonctionnaire .Ce dernier doit donc être le garant de cet Etat, traitant ses citoyens de manière impartiale. De cette nécessité résulte l'obligation de neutralité du fonctionnaire.

Section I : L'obligation de neutralité et l'impartialité du service.

-A/ : L'égalité entre les citoyens : Tel est le principe primordial dans un état démocratique. Le législateur constitutionnel à bien édicté ce principe dans le fondement des constitutions.

D'autre part, l'impartialité du service vise à assurer l'égalité entre les citoyens.

-B/ :La garantie de l'égalité dans le service public .

Comme principe général, le fonctionnaire doit se plier à l'astreinte d'objectivité sachant qu'une autre obligation peut s'assimiler à cette dernière,

¹ CE, 09/06/ 1978 : recueil Lebon p.24.Afin de vérifier la proportionnalité de la sanction par rapport à la faute commise ce qui apparaît comme logique a l'égard du caractère discrétionnaire de ce pouvoir de l'administration.

²مجلس الدولة 1999/07/26 قضية برجة يوسف ضد مديرية التربية والتعليم لولاية سيدي بلعباس، لحسين بن شيخ اث ملويا"المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة الطبعة الرابعة 2006 ص 183 مجلس الدولة 2001/07/09 قرار 580 والي تلمسان ضد(ع.ج)سايس جمال نفس المرجع ص1600

en l'occurrence celle de neutralité, alors que dans la pratique on conçoit mal la différence entre l'objectivité et la neutralité.

-Pour le Professeur Jean Rivero : la neutralité est la loi commune de tous les agents publics dans l'exécution de leur service, tous sont tenus par la même obligation de principe¹.

On déduit l'application de cette obligation pour l'ensemble des corps régis par la fonction publique mais, celle ci n'est pas définie réellement. Comme le relève également Geneviève Koubi Maître de conférences, Université de Toulouse I (en 1990), professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes (en 1995). Professeur agrégé de droit public, *elle est co-directrice du Centre d'études et de recherches Fondements du droit public et collabore au Centre de théorie du droit (en 2003)*.², « il y a un problème de netteté, même si l'on peut rattacher l'obligation à la notion d'intérêt du service ». Aussi Jean Rivero explique : « Entre le bon fonctionnement du service, tourné vers l'efficacité et l'intérêt du service, est considéré comme une fin en soit, la pente est donc glissante ».

Vassilios Kondylis Maître Assistant à l'École de Droit de l'Université d'Athènes, ancien référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne, tente d'apporter une définition plus complète³ en distinguant d'abord un double aspect de la neutralité : « Elle serait parfois positive lorsqu'elle suppose un comportement impartial et objectif, et parfois négatif si elle exige une absence de parti pris ».

Ensuite il divise l'obligation en trois catégories :

-La neutralité-protection qui est celle garantissant la protection du fonctionnaire contre le pouvoir politique.

- La neutralité-impartialité qui découle directement du principe d'égalité et renvoi d'avantage à l'aspect positif.

¹ Jean Rivero note sous l'arrêt conseil d'état, demoiselle Pasteau 08/12/1948. Recueil Sirey 1949 p.43

² Genevieve Koubi : A la recherche d'une définition spécifique de l'obligation de neutralité des fonctionnaires et agents public LPA 26/01/1991 _ n° 76.

³ Vassilios Kondylis : Le principe de neutralité dans la fonction publique. Thèse Paris 1 LGDJ tome 168/ 1994 p.6- 8.

-La neutralité-abstention qui est l'abstention du fonctionnaire, et incidemment restreint ses libertés dont celle d'expression. Elle serait d'avantage liée à l'aspect négatif.

Il nous semble alors que l'obligation de neutralité devrait obéir à un critère finaliste qui résiderait dans la notion d'intérêt du service. Cet intérêt du service serait l'impartialité du fonctionnaire assurant l'égalité dans, et devant le service¹.

On peut alors constater que l'obligation de neutralité s'impose à tous les fonctionnaires même si elle peut être à des degrés divers. Sa violation entraînera une sanction disciplinaire qui en vertu du préalable serait déterminée par la tutelle sous contrôle du juge administratif. De se fait la violation de l'obligation par l'agent constitue une faute personnelle et non, une faute de service².

L'obligation de neutralité dans la plupart des pays francophones est considérée comme libérale lorsqu'elle est circonscrite au service, le fonctionnaire demeure donc, libre de son expression en dehors du service sauf, en ce qui est du respect de l'obligation de réserve. Donc le domaine de l'expression est quasiment couvert par la neutralité³. Ainsi une simple mise adhésion à une association constitue une violation de l'obligation de neutralité. En ce sens, l'obligation de neutralité limite l'expression du fonctionnaire.

-C/ : Les cas de renforcement de l'obligation de neutralité.

Si on aborde l'obligation de neutralité du fonctionnaire, on ne peut que constater qu'elle préserve, aussi l'utilisateur du service public, d'où le renforcement de cette obligation dans certains cas. On pourrait rattacher cette logique aux : « neutralités abstention », et « neutralité impartialité », cette

¹ : Geneviève Koubi : Neutralité du service, neutralité dans le service, Recueil Dalloz et Morizot 2000 p.747.

² : 02/06/1098 Gi godet et Morizot recueil p.597 tribunal correctionnel.

³ Ce fait de renforcement est généralement générer de l'idée qu'un usage du service public est plus fragile certaines catégories s d'usage crient en quelque sorte des présomptions tel les élèves qui ne sont pas murent intellectuellement et inapte a user d'esprit critique. En conséquence pour leur professeur l'article garantie la liberté d'opinion et d'expression mais elle est particulièrement surveiller.

situation engendre plus qu'un simple comportement neutre : une loyauté à la fonction et au service public¹.

Parfois, la neutralité de l'agent est renforcée en raison de la particularité de sa fonction. On se situe alors à un croisement entre l'obligation de neutralité et le principe d'obéissance hiérarchique. La neutralité est tellement accentuée qu'elle impose un quasi négation de l'expression personnelle au profit d'un relai de la parole officielle supérieure. En ce sens ce n'est pas une loyauté envers la nation qui s'institue, mais envers l'autorité hiérarchique.

Jean Pierre Didier définit cette obligation comme le fait, pour le fonctionnaire de « s'abstenir d'exprimer des opinions de nature à compromettre l'autorité de l'exécutif ou à faire douter de sa loyauté politique² ». Il en va ainsi pour certains emplois à discrétion du gouvernement, et également pour les fonctions supérieures de l'état³

Section II : Les atténuations des obligations de neutralité:

A l'inverse de ce qui était avancé dans certains cas, l'obligation de neutralité ne saurait se combiner au service public sans diminuer la qualité du dit service.

¹ Même si dans certain pays telle la France le religieux est dons une moindre mesure de politique jouent généralement le rôle de pierre d'achoppement, tribunal administratif chaton sur Marne 21/04/1959 Mathieu recueil le bon p.314 des mesures sont aussi prises à l'encontre des professeurs tenant des propos révisionniste ou négationniste, ce n'est pas de même avec les enseignants d'université. Il semble peut opportun que l'individu sensé apprendre à l'enfant e dispense une vision fausse ou plus que partial des choses il s'agirait là beaucoup plus qu'une simple expression mais un véritable prosélytisme.

Aussi on peut citer pour la fragilité de l'usage du service public les personnes handicapées ou encore à l'intérieure des hôpitaux....

² Didier Jean Pierre, L'éthique du fonctionnaire civile thèse Aix Marseille LGDJ Bibliothèque de droit public tome 202/1999 p.117.

³ Devant la cours de cassation français ont peut relever le renforcement de l'obligation de neutralité dans l'usage de l' internet par le fonctionnaire CE 15/10/2003 **dent** de ministère de la jeunes ou la cours rappelle que la virtualité ne fait pas échec à l'application des règles déontologique dans un autre arrêt CCASE, CH 02/10/2001 SANIKON France/ Frédéric le juge juridique garantit la distinction entre en service/nos service dans le domaine virtuel et garantit l'inviolabilité des correspondance même si l'usage de la boite e-mail professionnel est réalise à des finition professionnel.

L'exemple de cette atténuation de l'obligation de neutralité est le statut de l'enseignant chercheur¹.

L'appréciation des caractéristiques de l'usage du service public est encore au cœur de la justification de l'atténuation. L'auditoire de l'enseignant chercheur est désormais considéré comme apte à se forger sa propre opinion.

Ainsi l'obligation de neutralité est quasi inexistante. On peut cependant dégager des limites, qui constituent le fondement de cette obligation : Nous citerons à titre indicatif, l'objectivité du savoir et le pluralisme des opinions

La cour européenne des droits de l'homme est venue rappeler l'indépendance et la liberté d'expression des universitaires par trois décisions :

* Une première, qui rappelle les libertés de l'enseignement².

* La seconde c'est attaché à défendre le caractère de la recherche³.

* Et enfin la dernière garanti le droit de critique de l'universitaire, y compris sur le système qui le régit⁴.

Cette liberté d'expression ainsi que l'indépendance des enseignants chercheurs en Algérie est consacrée dans le cadre des franchises universitaires⁵, en application de la loi n°99-05 du 04 avril 1999 –modifié– qui stipule, à travers son article 60 : « Les personnels enseignants de l'enseignement supérieur jouissent d'une entière liberté d'expression et

¹ En France c'est avec la décision du constitutionnel n°38-165 recueil critique Dalloz du 20 janvier 1984 que l'indépendance et la liberté d'expression des enseignants chercheurs deviennent puissamment garanties, pour M. Louis Favoreu . Ce principe s'agit comme une garantie de la liberté d'expression de base car les professeurs en seraient les principaux garants.

Louis Favoreu, note sous conseil constat décision n°83-165 recueil critique Dalloz .Revue droit public 1984p.702.

-Carole Moniolle, indépendance et liberté d'expression des enseignants chercheurs ; actualité juridique du droit administratif ; 2001 ; p.226.

² Lombardi Vallauri/ Italien n°39128/05 CEDH 27/07/2010.

³ Aksu c / Turquie n° 41049/04.

⁴ CEDH 23/06/2009 Soruç c. Turquie n°17089/03.

⁵ En France c'est la loi n°2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités universitaires.

d'information dans l'exercice de leur activité d'enseignement et de recherche... »¹

Chapitre 2 : le fonctionnaire en dehors du service :

l'obligation de réserve :

Si comme on a pu le constater préalablement le problème de définition que pose l'obligation de neutralité du fonctionnaire trouve son cap par le caractère restrictif propre au service public. Il en va bien différemment de l'obligation de réserve, à cet effet le Professeur Jean Rivero décrit cette situation : « Mais invité, à dire en quoi consiste exactement l'obligation de réserve. Ce qu'elle interdit et ce qu'elle autorise, l'exégète doit avouer son embarras : chacun emploie le terme comme si son sens relevait de l'évidence et semble sous entendre une définition claire dont on peut se demander si elle existe vraiment en l'état actuel des textes et de la jurisprudence² .»

Il s'agit de la coexistence de l'intérêt général et de l'intérêt personnel issu de la vie privée.

Pour une part de la doctrine, l'obligation de réserve s'impose également durant le service, bien que ceci nous paraisse allégué. L'intérêt ne semble que résiduel. En effet l'obligation de neutralité étant bien plus contraignante que celle de réserve.

Section I : Une obligation ancrée dans les faits :

La réserve : dans un sens littéral est « une sorte de prudence qui nous retient de dire ou de faire ». En ce sens, l'expression est au centre du problème, les approches négatives sont pléthores mais ne sont pas satisfaisantes. En effet, elles ne sont utiles que postérieurement à la matérialité de l'expression. Néanmoins, quelques auteurs s'essayent à une approche

¹ **Loi n°99-05** du 4 avril 1999 portant loi d'orientation sur l'enseignement supérieur modifiée par la loi n° 2000-04 du 6 décembre 2000 et modifiée et complétée par la **loi n°08-06** du 23 février 2008 J. ORADP n°10 du 27/02/2008

² Jean Rivero, sur l'obligation de réserve, Actualité juridique droit administratif, 1977 p.580.
[293]

positive de l'obligation de réserve. Mr. Dominique Dord, *homme politique Français*, considère que : « l'obligation impose aux fonctionnaires, en dehors de leur fonction, de s'exprimer avec une certaine retenue de ton, d'éviter toute expression outrancière d'opinions et de critique injurieuses ou erronées. De façon générale, l'argent public doit s'abstenir de toute manifestation, car c'est le fondement même, du service public qui est alors mis en cause ».

Pour, Didier Jean-Pierre, *avocat (CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon) et Professeur agrégé de Droit public à l'université Aix-Marseille*) « la liberté d'expression du fonctionnaire devra être prudente et mesurée. La prudence selon le même auteur est à rapprocher de la publicité, cette dernière ne doit pas être trop importante, y compris de manière indirecte »¹.

Il apparaît cependant impossible de dresser une liste de ce qui est autorisé et ce qui ne l'est pas.

L'approche matérielle de chaque litige prime. Mais il n'y a pas de mal à dégager une grille à titre d'exemple. Ainsi la violation de l'obligation de réserve peut être le fruit tant de la parole (parole qui peut être injurieuse, diffamations ou encore outrancière), que d'un écrit ou encore un acte (tel la participation on a une manifestation). Et peut se constituer à l'égard du supérieur hiérarchique direct, jusqu'à l'offense au président de la république. D'autres formes peuvent violer l'obligation de réserve comme la simple présence physique ou encore la tenue vestimentaire.

Section II : L'obligation antérieure au service :

En matière d'accessibilité à la fonction publique, l'Algérie demeure un pays libéral. Pourtant un certain nombre d'indices laisse à penser qu'une certaine forme d'obligation de réserve préexiste au service².

¹ Didier Jean Pierre, op Cit p.268

² En France on peut citer l'arrêt Abbé Bouteyre , Barel 1912/1954.

Néanmoins, certains auteurs nient l'existence d'une véritable obligation de réserve antérieure au service. Le Professeur Jean Rivero va même jusqu'à délier l'intérêt du service d'une application de cette obligation pour les simples candidats à l'accession à la fonction publique

Selon cette logique l'administration n'apprécierait les qualités du candidat qu'à l'aune du loyalisme attendu d'un fonctionnaire et n'imposerait pas de réelle réserve.

On comprend bien qu'il soit requis du candidat un loyalisme envers l'état, la nation, et l'administration. Mais imposer une véritable obligation de réserve à l'individu en dehors de la fonction publique soulève une question épineuse quant au fondement de l'obligation.

La réserve relève du statut légal du fonctionnaire, or le candidat n'a encore aucune position statutaire¹.

Cette obligation de réserve, en plus d'être antérieure au service l'est aussi pour le fonctionnaire admis à la retraite. Ainsi expliqua Christian Vigouroux : « un agent public qui a pris sa retraite reste un agent public »².

Avec la retraite les obligations directement liées au service disparaissent (tel la neutralité), mais les autres perdurent de manière atténuées et notamment celles de la discrétion et du secret professionnel³.

Section III : Une obligation d'intensité variable :

Il y aurait plusieurs facteurs pouvant aggraver l'obligation de réserve qui pèse sur le fonctionnaire. C'est le cas d'abord de sa place dans la hiérarchie.

L'obligation s'apprécie à la mesure des responsabilités que les fonctionnaires assurent dans la vie sociale, en raison de leur rang dans la hiérarchie »¹.

¹ Le fait d'avoir à dix huit ans mariés les pavés contre les gardiens de l'ordre public, qui constitue un manque de réserve certain, peut difficilement faire préjuger la façon de service du candidat à un emploi public. Jean Rivero Op Cite p.581.

² Christian Vigouroux, déontologie des fonctions publiques PARIS, Dalloz 2006 p.563.

³ Malheureusement on n'a pas pu trouver une jurisprudence Algérienne à ce sujet.

A cet effet, les postes à discrétion du gouvernement imposent plus qu'un devoir de réserve, une obligation de loyauté ou ce qu'on peut appeler de loyalisme gouvernemental². Il en va de même pour les postes supérieurs de la fonction publique. Ce genre de postes à discrétion du gouvernement suppose une réserve toute particulière qui par sa violation justifie la sanction disciplinaire.

Mais la notion de place dans la hiérarchie est plus large que l'emploi à discrétion du gouvernement, c'est le cas où un fonctionnaire méconnaît la réserve de par l'usage qu'il peut faire de sa qualité de haut fonctionnaire, c'est ensuite en fonction de la nature de ses fonctions³.

Ainsi l'on peut citer le cas des magistrats qui du fait de leur fonction sont astreints à un devoir de réserve renforcé⁴, ainsi l'article 07 du statut de la magistrature prévoit « En toute circonstance, le magistrat est tenu à une obligation de réserve, de se préserver de toute suspicion attitude portant préjudice à son impartialité et indépendance » ainsi l'obligation de réserve est motivée par l'impartialité et l'indépendance présumée dans un Etat de droit. On peut aussi citer le renforcement de l'obligation de réserve des militaires, qui selon l'article 24 de l'ordonnance 06-02 portant statut général des personnels militaires⁵, sont tenu à l'obligation de réserve en tout lieu et en toute circonstance. Ils doivent s'interdire selon le même article tout acte ou comportement de nature à compromettre l'honneur ou la dignité de leur qualité ou à porter atteinte à l'autorité et à l'image de marque de l'institution militaire. Le législateur ne manque pas à travers l'ordonnance 06-02 de citer plusieurs actes d'expression qui sont soumis à une réglementation stricte ou sont carrément interdit pour les militaires⁶.

A travers cet état de fait, on peut donc affirmer qu'il existe une unification de la fonction avec la vie privée¹.

¹ Jean Yves Vincent : l'obligation de réserve des agents public 2 Revue administratif 1973 p.285.

² La liste des traits fonctionnaire de l'état..

³ Arrêt conseil d'état 10/03/1971 sieur Jeunés, recueil Lebon p.202, telle est donc le cas des magistrats et des militaires.

⁴ Art 07 de la **Loi Organique n°04-11** du 06/09/2004 portant statut de la magistrature, JORADP n°57 du 08 /09/2004.

⁵ Ord 06-02 du 28 février 2006 portant statut general des personnels militaires , JORADP n°12 du 01 Mars 2006.

⁶ Art de 25 à 32 ord 06-02 op cit.

C'est aussi corrélé à des circonstances de lieu. Ainsi, le fonctionnaire en poste à l'étranger subit un renforcement de l'obligation de réserve.²

Notre attention a été attirée par le renforcement de certaines obligations dont celle de réserve lors de circonstances exceptionnelles que peut connaître un Etat. C'est ainsi que le législateur Algérien a légiféré, le 16 Février 1993 les textes du décret exécutif n°93-54 déterminant ainsi certaines obligations particulières applicables aux fonctionnaires et agents publics ainsi qu'aux travailleurs des entreprises publiques. Ces mesures sont liés à une situation bien terminée qu'a vécu le pays afin de préserver, et assurer la pérennité de l'état.³

A l'inverse, il existe des facteurs d'atténuation de l'obligation de réserve, c'est d'abord les cas du fonctionnaire détenant un mandat électif. L'agent public qui est élu est placé en détachement et évidemment retrouve une liberté d'expression renforcée, nécessaire pour pourvoir à sa fonction d'élu. C'est aussi le cas du fonctionnaire disposant d'un mandat syndical, à condition que celui-ci reste dans le champ d'action syndical. C'est ainsi que « la carrière du fonctionnaire candidat à un mandat électif politique ou syndical, ne peut, en aucune manière, être affecté par les opinions qu'il émet avant ou pendant son mandat » selon l'article 29 de l'ordonnance 06/03.

Conclusion

De ce qui précède et en manière générale, si l'état de droit confère au citoyen une liberté absolue dans le choix des opinions, il n'en demeure pas moins que celles-ci doivent s'exprimer avec mesure et dans le respect de celles des autres. Ce qui est donc valable pour le citoyen l'est encore plus pour le

¹ Ainsi le conseil d'état en date du 05/05/0982 .Bidalou recueil Lebon p.662 à estimé que c'était une violation de l'obligation de réserve, l'expression publique sur une affaire traitée.

² Conseil d'état arrêt sieur Leblanc 13/07/1966 Ministre des finances C/Sieur Leblanc recueil Lebon p.476.

³ JORADP n°11 du 17 février 1993 P.04 Note : l'état d'urgence a été levé en exécution de l'ordonnance 11-01 du 23 février 2011 ordonnant l'abrogation du décret législatif n°93 -02, portant prolongation de la durée de l'état d'urgence établi par le décret présidentiel n°92-44 du 09 février 1992, sans pour autant que soit abrogé le décret exécutif 92/54du 16/02/1996.

fonctionnaire .En effet, l'expression de ses opinions s'inscrit dans un cadre particulier qui impose certaines limites à cette liberté.

Bibliographie

Textes Réglementaires :

-Constitution de la République algériennes Démocratique et Populaire :

* JORADP N64 du 10/09/1963.P887portant promulgation de la constitution de 1963.

* Ordonnance 76-97 de la 22/11/1976 portante promulgation de la constitution de la République Algérienne Démocratique et Populaire, JORADP 94 du 24/11/1976 P1040.

* Décret Présidentiel 89-18du 28/02/1989 relatif à la publication au journal officiel de la république Algérienne démocratique et populaire de la révision constitutionnel adopté par referendum du 23/02/1989 P 182.

* Décret Présidentiel 96-438du 01/12/1996 JORADP N°76 du 8 décembre 1996

modifiée :

-Loi n°02-03 du 10 avril 2002 JORADP N°25 du 14 avril 2002

-Loi n°08-19 du 15 novembre 2008 JORADP N°63 du 16 novembre

2008

*Loi n°99-05 du 4 avril 1999 portant loi d'orientation sur l'enseignement supérieur modifiée par la loi n 2000-04 du 6 décembre 2000 et modifier et complétée par la loi n08-06 du 23 fevrier2008 J.O10 ;du 27/02/2008.

* la Loi Organique n°04-11 du 06/09/2004 portant statut de la magistrature JORADP n°57 du 08 /09/2004.

*le code de justice militaire : ordonnance n 71-28 du 22/04/1971 , portant code de justice militaire modifier et complétée ,JORADP 38 du 11/05/1971, P 470.

*ordonnance 11-01 du 23 février 2011 ordonnant l'abrogation du décret législatif n°93 -02, portant prolongation de la durée de l'état d'urgence établi par le décret présidentiel n°92-44 du 09 février 1992

*Ordonnance n° 06-02 du 28 fevrier 2006 portant statut general des personnels militaires ,JORADP n°12 du 01 Mars 2006

*Ordonnance n°06-03du 15/07/2006 portant statut General de la fonction publique JORADP n°46 du 16/07/2006.

OUVRAGES

- *Carole Moniolle, indépendance et liberté d'expression des enseignants chercheurs actualité juridique du droit administratif 2001.
- *Christian Vigouroux, déontologie des fonctions publiques praxis Dalloz 2006
- *Didier Jean Pierre, L'éthique du fonctionnaire civile thèse Aix Marseille LGDJ Bibliothèque de droit public tome 202/1999.
- *Geneviève Koubi, à la recherche d'une définition spécifique de l'obligation de neutralité des fonctionnaires et agents public LPA 26/01/1991 _n 76 .
- *Geneviève Koubi, à, Neutralité du service, neutralité dans le service, Recueil Dalloz et Morizot 2000.
- *Jean Marie Auby Jean Bernard, Didier Jean Pierre, Alain Taillefait : droit de la fonction publique. Précis Dalloz, 6eme édition 2009.
- *Jean Rivero note sous l'arrêt conseil d'état, demoiselle Pasteau 08/12/1948. Recueil Sirey 1949.
- *Jean Rivero, sur l'obligation de réserve ; Actualité juridique droit administratif 1977.
- *Jean Yves Vincent : l'obligation de réserve des agents public 2 ; Revue administratif 1973.
- *Lexique des termes juridiques (ouvrage collectif) Dalloz ,15e° édition Italie 2005.
- *Louis Favoreu, note sous conseil constat décision 83-165 recueil critique Dalloz .Revue droit public 1984.
- *Michel Debré, la mort de l'état républicain, Gallimard, 1947.
- *Olivier Dord, droit de la fonction publique, presse universitaire de France, 2007.
- *Vassilios Kondylis : le principe de neutralité dans la fonction publique. Thèse Paris 1 LGDJ tome 168/ 1994.

*محمد عبد الحميد أبو اليزيد، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1988.

* سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري ،الجزء الاول ،الطبعة الاولى 2013.

سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري ،الجزء الاول ،الطبعة الاولى 2013 ،

* لحسين بن شيخ اث ملويا"المنتقى في قضاء مجلس الدولة،الجزء الرابع ،دار هومة.2012

