
مجلة الحقوق والعلوم السياسية

دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والسياسية
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962
جامعة الجيلالي ليابس - سيدي بلعباس - الجزائر

العدد 13 2017



منشورات كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الجيلالي ليابس

سيدي بلعباس

الإيداع القانوني: 195-2005
رجمد: ISSN1112-5993

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والسياسية
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962
جامعة الجيلالي لياس - سيدي بلعباس - الجزائر

العدد 13 2017

سبل تأمين البنك من خطر إفلاس عميله في عقد فتح الاعتماد المستندي
بن قراش كلتوم

علاقة وزير المالية بمحافظ بنك الجزائر
ختير فريدة

ملاحظات حول التزامات مزود الوصول إلى الانترنت لوقف نشر المحتوى غير المشروع

بعد إضافة المادة 394 مكرر 8 ق.
عكو فاطمة الزهرة

النظام القانوني لعقد الإرشاد البحري في ظل القانون البحري الجزائري
بن جبارة عباس

الخطأ كشرط محايد في المسؤولية دون خطأ
مالح صورية

الحماية الدستورية لمبدأ سرية المعلومات الضريبية في التشريع الجزائري
عادل ذوادي

الشهر العقاري كإجراء جوهري لحماية الملكية العقارية في التشريع الجزائري
هشماوي آسية

جدوى اللجوء لنظام تراخيص الاستيراد والتصدير في الجزائر
شبة سفيان

الإقتطاع من القروض كإجراء قانوني لتحصيل اشتراكات الضمان الإجتماعي
لعيماش غزالة

المركز القانوني للمستثمر الأجنبي
هواري ليلي

الخطأ كأهم الأسباب المؤدية لوقوع التصادم البحري وطرق إثباته
قرارية قويدر

تأثير التهديدات الإقليمية على الأمن في الجزائر وإستراتيجية محاربتها
عاصي عبد القادر

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والسياسية
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962
جامعة الجيلالي لياس - سيدي بلعباس - الجزائر

العدد 13 2017

بلالة جيلالي

دور البنوك في الوقاية من تبييض الأموال

السعيد طيب

تكوين المنتخب المحلي في الجزائر (باللغة الفرنسية)

يلس شاوش نسيمة

التهرب الدولي من خلال نقل ارباح الشركات (باللغة الفرنسية)

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والسياسية
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962
جامعة الجيلالي ليايس - سيدي بلعباس - الجزائر

العدد 13 2017

مدير المجلة :

الأستاذ مفاشو مراد، رئيس جامعة الجيلالي ليايس ، سيدي بلعباس

مدير التحرير :

الأستاذ كراجي مصطفى ، عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليايس ، سيدي بلعباس

اللجنة العلمية :

1. احمد محيو، أستاذ فخري، عميد كلية الحقوق بالجزائر العاصمة سابقا، المدير السابق لمعهد البحوث والدراسات في العالم العربي والإسلامي (فرنسا).
2. جون فالين ، أستاذ مميز ، رئيس جامعة روبرت شومان ستغاسبورغ سابق (فرنسا).
3. هيجز كنفاك ، أستاذ الجامعات، عميد كلية الحقوق تولوز (فرنسا).
4. جميل سايح ، أستاذ الجامعات، جامعة غرنوبل (فرنسا).
5. مصطفى بن لطايف ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق ، جامعة تونس المنار (تونس).
6. عبد القادر شربال ، أستاذ التعليم العالي ، مدير عام لمركز البحث في الأنثروبولوجيا الاجتماعية و الثقافية وهران (الجزائر).
7. وليد العقون ، أستاذ التعليم العالي، المدرسة الوطنية للإدارة (الجزائر).
8. إدريس بوكراع ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر (الجزائر).
9. كمال بومدين ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس (الجزائر).
10. عبد الوهاب بموسات ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس (الجزائر).
11. عبد القادر قاسم العيد ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس (الجزائر).
12. محمد بودالي ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس (الجزائر).
13. مصطفى معوان ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس (الجزائر).
14. عباس بوسنودة ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس (الجزائر).

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والسياسية
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962
جامعة الجيلالي ليابس - سيدي بلعباس - الجزائر

العدد 13 2017

15. بوزيان مكلل ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس (الجزائر).
16. العربي بوكعبان، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس (الجزائر).
17. بن علي قادة بن ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس (الجزائر).
18. بن علي طيبي، أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سعيدة (الجزائر).
19. بشير يلس شاوش ، أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق ، جامعة وهران (الجزائر).
20. بن علي بن سهلة ثاني، أستاذ التعليم العالي، عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان (الجزائر).
21. الطيب سعيد، أستاذ التعليم العالي، المدرسة الوطنية للإدارة (الجزائر).
22. عبد القادر كاشر ، أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو (الجزائر).
23. محمد بن عمار، أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان (الجزائر).
24. محمد كحلولة ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تلمسان (الجزائر).
25. مسعود منتري ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق ، جامعة عنابة (الجزائر).
26. يوسف بن ناصر، أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة وهران (الجزائر).
27. بومدين فيلاي ، أستاذ التعليم العالي ، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير ، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس (الجزائر).
28. فوزي نعيمى ، أستاذ التعليم العالي ، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير ، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس (الجزائر).
29. نصر الدين بن طيفور، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تلمسان (الجزائر).
30. مراد بدران، أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان (الجزائر).

لجنة القراءة :

1. رشيد بردان ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس (الجزائر).
2. عبد المجيد محي الدين ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس (الجزائر).
3. فايدة رزق ، أستاذة محاضرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس (الجزائر).
4. صورية شايب ، أستاذة محاضرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس (الجزائر).
5. نجية بوراس ، أستاذة محاضرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس (الجزائر).

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والسياسية
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962
جامعة الجيلالي ليابس - سيدي بلعباس - الجزائر

العدد 13 2017

6. عبد القادر يوبي ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس(الجزائر).
7. سليمان قصاب ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس(الجزائر).
8. عواطف محي الدين ، أستاذة محاضرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس(الجزائر).
9. كريمة كريم ، أستاذة محاضرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس(الجزائر).
10. سيد احمد صمود ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس(الجزائر).
11. زينب كريم ، أستاذة محاضرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس(الجزائر).
12. سفيان شبة ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس(الجزائر).
13. طيب ابراهيم ويس ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس(الجزائر).
14. رشيد مسعودي ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سعيدة (الجزائر).

لجنة التحرير

1. عبار عمر ، أستاذ مساعد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس(الجزائر).
2. باي عمر راضية ، أستاذة مساعدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس(الجزائر)
3. خنتر حياة ، أستاذة مساعدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس(الجزائر).
4. جندولي فاطمة الزهراء ، أستاذة مساعدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس(الجزائر).
5. رحالي محمد ، أستاذ مساعد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس(الجزائر).

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والسياسية
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962
جامعة الجيلالي ليايس - سيدي بلعباس - الجزائر

العدد 13 2017

قواعد النشر في المجلة

- يمكن تحرير المقالات باللغة العربية و الفرنسية أو الإنجليزية مصحوبة بملخصات باللغة الفرنسية إذا تم كتابة المقال باللغة العربية أو اللغة العربية إذا تم كتابة المقال باللغة الفرنسية أو الإنجليزية.
- تكتب المقالات المقدمة باللغة العربية بخط Traditional Arabic رقم 14 و الخط Times New Roman رقم 12 بالنسبة للمقالات باللغة الفرنسية أو الإنجليزية.
- يجب أن تكون العناوين و العناوين الفرعية بخط عريض.
- تتم الإشارة إلى الهوامش في أسفل الصفحة بخط Times New Roman رقم 10 و بأرقام متتالية.
- يجب أن تتضمن الصفحة الأولى اسم و لقب صاحب المقال، صفحته، عنوانه الوظيفي و البريد الإلكتروني و ينبغي أن لا تظهر هذه المعلومات ضمن المقال.
- لا يجب أن يتجاوز المقال 25 صفحة.
- المقالات المقدمة إلى لجنة التحرير ستكون موضوع تقييم و مراجعة من قبل لجنة القراءة أو خبراء خارجيين.
- تحتفظ لجنة التحرير بحق إرجاع المقالات لأصحابها مع الملاحظات التقييمية قبل نشرها.
- المجلة غير ملزمة بإرجاع المقالات غير القابلة للنشر.
- لا يجب أن تكون المقالات المعروضة للنشر موضوع تقديم آخر لدى مجلة أخرى.
- لا تعبر المقالات المنشورة إلا عن آراء أصحابها.
- يجب إرسال المقالات المقترحة إلى العنوان التالي :

Revue.drsp.sba@gmail.com

كلية الحقوق و العلوم السياسية 19 مارس 1962

جامعة الجيلالي ليايس

سيدي بلعباس

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والسياسية
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962
جامعة الجيلالي لياس - سيدي بلعباس - الجزائر

العدد 13 2017

المفهرس

الصفحة	عنوان المقال
	الافتتاحية
10	سبل تأمين البنك من خطر إفلاس عميله في عقد فتح الاعتماد المستندي بن قراش كلتوم
30	علاقة وزير المالية بمحافظ بنك الجزائر ختير فريدة
45	ملاحظات حول التزامات مزود الوصول إلى الانترنت لوقف نشر المحتوى غير المشروع بعد إضافة المادة 394 مكرر 8 ق.ع عكو فاطمة الزهرة
64	النظام القانوني لعقد الإرشاد البحري في ظل القانون البحري الجزائري بن جبارة عباس
89	الخطأ كشرط محايد في المسؤولية دون خطأ مالح صورية
105	الحماية الدستورية لمبدأ سرية المعلومات الضريبية في التشريع الجزائري عادل ذواوي
137	الشهر العقاري كإجراء جوهري لحماية الملكية العقارية في التشريع الجزائري هشماوي آسية
162	جدوى اللجوء لنظام تراخيص الاستيراد والتصدير في الجزائر شبة سفيان
178	الإقتراع من القروض كإجراء قانوني لتحصيل اشتراكات الضمان الإجتماعي لعيماش غزالة
189	المركز القانوني للمستثمر الأجنبي هواري ليلي
206	الخطأ كأهم الأسباب المؤدية لوقوع التصادم البحري وطرق إثباته قرارية قويدر
232	تأثير التهديدات الإقليمية على الأمن في الجزائر وإستراتيجية محاربتها عاصي عبد القادر

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والسياسية
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962
جامعة الجيلالي لياس - سيدي بلعباس - الجزائر

العدد 13 2017

255	بلالة جيلالي	دور البنوك في الوقاية من تبييض الأموال
12	السعيد طيب	تكوين المنتخب المحلي في الجزائر
29	يلس شاوش نسيمية	التهرب الدولي من خلال نقل ارباح الشركات

Revue de droit et sciences politiques

REVUE ACADEMIQUE SPECIALISEE EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES 19 MARS 1962

UNIVERSITE DJILLALI LIABES - SIDI BEL ABBES-ALGERIE

Numéro **13** 2017



PUBLICATIONS DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

UNIVERSITE DJILLALI LIABES

SIDI BEL ABBES

ISSN: 1112-5993

Dépôt légal : 2005-195

Revue de droit et sciences politiques

REVUE ACADEMIQUE SPECIALISEE EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES 19 MARS 1962

UNIVERSITE DJILLALI LIABES - SIDI BEL ABBES-ALGERIE

Numéro **13** 2017

● **EDITORIAL**

- Les moyens d'assurance de la Banque contre le risque de faillite de son client dans le contrat d'ouverture de crédit documentaire.

BENGUERECH Keltoum

- La relation du Ministre des finances avec le gouverneur de la Banque d'Algérie.

KHATIR Farida

- Observations sur les obligations du fournisseur d'accès Internet pour empêcher la diffusion des contenus illicites conformément à l'article 394 bis 8 du code pénal.

AKOU Fatima Zohra

- Le Régime juridique du contrat de guide maritime en droit maritime algérien.

BENDJEBARA Abbes

- La faute comme condition neutre en matière de responsabilité sans faute.

MALEH Soraya

- La Protection constitutionnelle du principe du secret des informations fiscales en droit algérien.

DOUADI Adel

Revue de droit et sciences politiques

REVUE ACADEMIQUE SPECIALISEE EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES 19 MARS 1962

UNIVERSITE DJILLALI LIABES - SIDI BEL ABBES-ALGERIE

Numéro **13** 2017

● La publicité foncière comme condition essentielle pour la protection de la propriété foncière en droit algérien. HACHEMAOUI Assia

● L'utilité du recours au régime des autorisations d'importation et d'exportation en Algérie.

CHEBBA Sofiane

● La Déduction des prêts comme mesure légale pour la perception des cotisations de sécurité sociale. LAIMECHE Ghezala

● Le Statut juridique de l'investisseur étranger.

HOUARI Leila

● La faute comme cause principale de l'abordage maritime et les moyens de sa preuve.

KRARIA Kouider

● L'impact des menaces territoriales sur la sécurité en Algérie.

ASSI Abdelkader

● Le Rôle des Banques dans la prévention du blanchiment des capitaux.

BLALA Djillali

● La formation de l'élite locale en Algérie.

Essaid TAIB

● L'évasion fiscale internationale par la délocalisation des bénéfices des sociétés.

Nassima YELLES CHAOUCHÉ

Revue de droit et sciences politiques

REVUE ACADEMIQUE SPECIALISEE EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES 19 MARS 1962

UNIVERSITE DJILLALI LIABES - SIDI BEL ABBES-ALGERIE

Numéro **13** 2017

Directeur de la Revue

Prof. Mourad MEGHACHOU , Recteur de l'Université Djillali Liabes ,Sidi Bel Abbes.

Directeur de Rédaction

Prof. Mustapha KARADJI, Doyen de la Faculté de Droit et sciences politiques,

Université Djillali Liabes ,Sidi Bel Abbes.

Comité Scientifique

1. AHMED MAHIOU, Professeur émérite, Ancien doyen de la Faculté de Droit d'Alger, Ancien Directeur de l'IREMAM (France).
2. JEAN WALINE, Professeur émérite, Ancien Président de l'Université Robert Schumann de Strasbourg (France).
3. HUGUES KENFACK, Professeur des Universités, Doyen de la Faculté de Droit, Toulouse Capitole (France).
4. JAMIL SAYAH, Professeur des Universités, Université de Grenoble (France).
5. MOSTEFA BEN LTAIEF, Professeur, Faculté de Droit de Tunis, Université de Tunis El Manar (Tunisie).
6. ABDELKADER CHERBAL, professeur, directeur général du CRASC, Oran (Algérie).
7. WALID LAGOUNE, Professeur, Ecole National d'administration (ENA), Alger (Algérie).
8. IDRIS BOUKRAA, Professeur, Faculté de Droit, Université d'Alger (Algérie).
9. BOUMEDIENE KAMEL, Professeur, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
10. ABDELOUAHAB BEMMOUSSAT, Professeur, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
11. ABDELKADER KACEM-ELAID, Professeur, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
12. MOHAMED BOUDALI, Professeur, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
13. MOSTEFA MAOUENE, Professeur, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
14. ABBES BOUCENDA, Professeur, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).

Revue de droit et sciences politiques

REVUE ACADEMIQUE SPECIALISEE EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES 19 MARS 1962

UNIVERSITE DJILLALI LIABES - SIDI BEL ABBES-ALGERIE

Numéro **13** 2017

15. BOUZIANE MEKELKEL, Professeur, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
16. LARBI BOUKABENE, Professeur, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
17. BENALI KADABEN, Professeur, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
18. BENALI TAIBI, Professeur, Faculté de Droit, Université de Saida (Algérie).
19. BACHIR YELES CHAOUCH, Professeur, Faculté de Droit, Université d'Oran (Algérie).
20. BENALI BENSANLA TANI, Professeur, Doyen de la faculté de Droit et sciences politiques, Université de Tlemcen (Algérie).
21. TAIEB ESSAID, Professeur, ENA, Alger (Algérie).
22. ABDELKADER KACHER, Professeur, Faculté de Droit, Université de Tizi Ouzou (Algérie).
23. MOHAMED BENAMMAR, Professeur, Faculté de Droit, Université de Tlemcen (Algérie).
24. MOHAMED KAHLOULA, Professeur, Faculté de Droit, Université de Tlemcen (Algérie).
25. MESSAOUDI MENTRI, Professeur, Faculté de Droit, Université de Annaba (Algérie).
26. YOUSEF BENACEUR, Professeur, Faculté de Droit, Université d'Oran (Algérie).
27. BOUMEDIENE FILALI, Professeur, Faculté de Sciences Economiques et de Gestion, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
28. FAOUZI NAIMI, Professeur, Faculté de Droit, Faculté de Sciences Economiques et de Gestion, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
29. NASSREDINE BENTIFOUR, Professeur, Faculté de Droit, Université de Tlemcen (Algérie).
30. MOURAD BEDRANE, Professeur, Faculté de Droit, Université de Tlemcen (Algérie).

Comité de Lecture

1. RACHID BERREDANE, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
2. ABDELMADJID MAHIEDDINE, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
3. FAIDA REZEQ, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
4. SORAYA CHAIB, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
5. NADJIA BOURRAS, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).

Revue de droit et sciences politiques

REVUE ACADEMIQUE SPECIALISEE EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES 19 MARS 1962

UNIVERSITE DJILLALI LIABES - SIDI BEL ABBES-ALGERIE

Numéro 13 2017

6. ABDELKADER YOUNI, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
7. SLIMANE GUESSAB, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
8. AOUATIF MAHIEDDINE, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
9. KARIMA KRIM, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
10. SID-AHMED SEMMOUD, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
11. ZINEB KRIM, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
12. SOFIANE CHEBA, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
13. TAIEB-BRAHIM OUIS, Maître de Conférences, Faculté de Droit et sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
14. RACHID MESSAOUDI, Maître de Conférences, Faculté de Droit, Université de Saida (Algérie).

Comité de Rédaction

1. HAYET KHENTEUR, Maître assistante, Faculté de Droit et des sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie)
2. RADIA BEY OMAR, Maître assistante, Faculté de Droit et des sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
3. OMAR ABBAR, Maître assistant, Faculté de Droit et des sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie)
4. FATIMA ZOHRA DJENDOULI, Maître assistante, Faculté de Droit et des sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).
5. REHALI MOHAMMED, Maître assistant, Faculté de Droit et des sciences politiques, Université Djillali Liabes, Sidi Bel-Abbès (Algérie).

Revue de droit et sciences politiques

REVUE ACADEMIQUE SPECIALISEE EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES 19 MARS 1962

UNIVERSITE DJILLALI LIABES - SIDI BEL ABBES-ALGERIE

Numéro 13 2017

Règles de publication dans la revue

-Les articles soumis peuvent être en arabe, en français ou en anglais mais obligatoirement accompagnés d'un résumé en français si l'article est rédigé en arabe ou en arabe si l'article est rédigé en français ou en anglais.

-Les articles soumis en arabe doivent être en **Traditional Arabic 14**, et en **Times New Roman 12** pour les articles en Français et en anglais.

-Les titres et les sous titres doivent être en gras.

-Les notes de bas de page doivent être mentionnées en bas de chaque page en **Times New Roman 10** et en numéro continu.

-La page de garde doit impérativement mentionner le nom et prénom(s) du soumissionnaire, sa qualité, son adresse professionnelle et son adresse électronique. Ces renseignements ne doivent en aucun cas figurer sur l'article qui doit être anonyme.

-L'article ne doit pas dépasser 25 pages.

-Les articles soumis au comité de lecture feront l'objet d'une évaluation anonyme par le comité de lecture ou des experts extérieurs.

-Le comité de rédaction se réserve le droit de faire retour des articles aux intéressés avec les observations des évaluateurs avant leur publication.

-La revue n'est pas obligée de faire retour des articles non retenus pour publication.

-Les articles soumis ne doivent pas faire l'objet d'une soumission auprès d'autres revues.

-Les avis mentionnés dans les articles n'engagent pas la responsabilité de la revue.

-Les propositions d'articles doivent être adressées à l'adresse suivante :

[Revue .drsp.sba@gmail.com](mailto:Revue.drsp.sba@gmail.com)

Faculté de droit et sciences politique 19 mars 1962

Université Djillali LIABES

Sidi Bel Abbés

Revue de droit et sciences politiques

REVUE ACADEMIQUE SPECIALISEE EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES 19 MARS 1962

UNIVERSITE DJILLALI LIABES - SIDI BEL ABBES-ALGERIE

Numéro **13** 2017

Sommaire

EDITORIAL	
Les moyens d'assurance de la Banque contre le risque de faillite de son client dans le contrat d'ouverture de crédit documentaire. BENGUERECHE Keltoum	10
La relation du Ministre des finances avec le gouverneur de la Banque d'Algérie. KHATIR Farida	30
Observations sur les obligations du fournisseur d'accès Internet pour empêcher la diffusion des contenus illicites conformément à l'article 394 bis 8 du code pénal. AKOU Fatima Zohra	45
Le Régime juridique du contrat de guide maritime en droit maritime algérien. BENDJEBARA Abbes	64
La faute comme condition neutre en matière de responsabilité sans faute. MALEH Soraya	89
La Protection constitutionnelle du principe du secret des informations fiscales en droit algérien. DOUADI Adel	105
La publicité foncière comme condition essentielle pour la protection de la propriété foncière en droit algérien. HACHEMAOUI Assia	137
L'utilité du recours au régimes des autorisations d'importation et d'exportation en Algérie. CHEBBA Sofiane	162
La Déduction des prêts comme mesure légale pour la perception des cotisations de sécurité sociale. LAIMECHE Ghezala	178
Le Statut juridique de l'investisseur étranger. HOUARI Leila	189

Revue de droit et sciences politiques

REVUE ACADEMIQUE SPECIALISEE EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES 19 MARS 1962

UNIVERSITE DJILLALI LIABES - SIDI BEL ABBES-ALGERIE

Numéro **13** 2017

La faute comme cause principale de l'abordage maritime et les moyens de sa preuve. KRARIA Kouider	206
L'impact des menaces territoriales sur la sécurité en Algérie. ASSI Abdelkader	232
Le Rôle des Banques dans la prévention du blanchiment des capitaux. BLALA Djillali	255
La formation de l'élue local en Algérie. Essaid TAIB	12
L'évasion fiscale internationale par la délocalisation des bénéficiaires des sociétés. Nassima YELLES CHAUCHE	29

Editorial

Vivre ensemble à l'Université

Sur initiative de l'Algérie, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 8 décembre 2017, la résolution n° 72/130 décrétant la journée du 16 mai comme journée internationale du vivre-ensemble en paix. Pour cette institution, le vivre-ensemble en paix « *c'est accepter les différences, être à l'écoute, faire preuve d'estime, de respect et de reconnaissance envers autrui et vivre dans un esprit de paix et d'harmonie* » en faisant appel aux milieux universitaires pour jouer un rôle important dans « *la promotion du dialogue...* ». Un premier constat dans nos établissements universitaires dénote bien qu'on manque grandement de cette vertu qui par le temps devient un produit rare en raison de la rupture du lien social, ô combien précieux dans nos établissements. Pourtant, l'université est l'institution la plus appropriée pour prescrire un tel remède à son propre corps en particulier et à la société en général. En effet, de par sa fonction d'enseignement et de formation, l'université apprend à ses étudiants l'esprit de synthèse, du dialogue et de la critique constructive par une démarche méthodologique axée sur l'écoute, l'échange car le vivre-ensemble « *nous forme, nous déforme et nous transforme, au moins autant que nous le formons, le déformons, le transformons* » et que dans cette attitude « *de réciprocité acceptée ou refusée se joue notre rapport au monde* »¹. Le vivre-ensemble n'est pas une recette miracle mais une construction graduelle. Il doit être enseigné, accompagné et développé au fur et à mesure de sa mise en pratique. Mais à regarder les conflits qui traversent l'institution universitaire, la violence aussi bien verbale que physique, il est légitime de se questionner sur les moyens à mettre en œuvre pour reconquérir cette valeur. Est-il suffisant de proclamer dans le préambule de notre Constitution que « *Le peuple algérien entend garder l'Algérie à l'abri de*

¹ J'emprunte cette citation à Dominique COTTEREAU qui utilise la notion d'environnement dans son livre *Chemins de l'imaginaire : pédagogie de l'imaginaire et éducation à l'environnement*, La Caunette ; Babio, 1999, p.11-12, cité par Lucie SAUVE, *Vivre ensemble, sur terre : Enjeux contemporains d'une éducation relative à l'environnement*, Education et francophonie, Volume XXXVII, 2, automne, 2009, p.4.

la Fitna, de la violence et de tout extrémisme, en cultivant ses propres valeurs spirituelles et civilisationnelles, de dialogue, de conciliation, et de fraternité... » si cette valeur du vivre-ensemble n'est pas l'enjeu éthique, politique, économique et social le plus exigeant et le plus fondamental de notre société dans la mesure où le vivre-ensemble comme valeur doit s'incarner dans les décisions, les choix et les politiques publiques et dans ce cadre l'exemple le plus frappant de ce vivre-ensemble vécu en Algérie est la Charte pour la paix et la réconciliation nationale. Une telle charte, de par sa dimension multiple, ne peut être que source d'inspiration. L'université donc, est appelée à éduquer et former au vivre-ensemble dans la différence qui va permettre de renforcer le lien social entre la composante humaine, l'institution publique et l'Etat. Faute de quoi, le vivre-ensemble ne sera qu'une halte célébrée le 16 mai de chaque année sans impact manifeste sur la vie sociale. Il est temps pour la communauté universitaire (Enseignants, étudiants et administration) de faire de ce vivre-ensemble un outil pour le développement du savoir vivre intellectuel. Mais un tel souhait, légitime d'ailleurs, nécessite des sacrifices, des concessions et des compromis Sur ce, vivement le vivre-ensemble à l'université.

Mustapha KARADJI

Le Directeur de la rédaction

سبل تأمين البنك من خطر إفلاس عميله في عقد فتح الاعتماد المستندي
بن قراش كلثوم ، أستاذة مساعدة أ
كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة جيلالي ليايس

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/01/20

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/03

تاريخ إرسال القبول 2017/06

المقدمة:

تحتل التجارة مكانة الصدارة في المعاملات الاقتصادية الدولية ، ولاشك في أن نجاح وتعاضم التبادل التجاري الدولي الذي يقوم أساسا على ميكانيزمات التصدير والاستيراد ، - والذي أصبح يحظى بتنافس شديد الاقتضاب - هو مرهون بتدليل ما قد يعترض تنفيذ العقود التجارية التي تتم في خضمه من مخاطر وصعوبات ، من أبرزها مخاطر الائتمان والوفاء نظرا للفواصل المكاني الموجود بين كل من المصدر (البائع) والمستورد (المشتري)، وبسبب جهل كل منهما للآخر، ومن تم عدم الاطمئنان إلى بعضهما البعض¹. من هنا بات أكثر من ضروري إيجاد وسيلة فعالة للتوفيق بين الحاجات المتباينة لكل من الطرفين.

¹- محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية و المصرفية ، عمليات البنوك - دراسة مقارنة - ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2008 ، ص 153.

وبغية تحقيق ذلك ابتكرت المجتمعات والأوساط التجارية ما يعرف بالاعتماد المستندي le crédit¹ documentaire حيث ابتدع هذا الأخير كوسيلة للتوفيق بين الحاجات المتباينة لكل من البائع والمشتري المتباعدين مكانيا.

ويعود للبنوك الدول الكبرى في تجميع وتوحيد القواعد والعادات المنظمة للاعتمادات المستندية وتطويرها ، وفق ما يتماشى والتغيرات الاقتصادية ، سيما تلك التغيرات الناتجة عن التطورات التكنولوجية إلى أن وصلت إلى ماهي عليه الآن²، وأصبح للاعتماد المستندي منذ ظهوره في القرن 18 بعد الثورة الصناعية، الأهمية البالغة في ضمان التعامل التجاري وتنفيذه³.

¹ - لم ينشأ الاعتماد المستندي كنظام قانوني له جذوره وأصوله القانونية، وإنما نشأ كنظام خلقته حاجة العمل لتسوية عقود البيع الدولية ولتوفير الأمن والثقة لكل من المصدر (البائع) والمستورد (المشتري) ، وأقل ما يمكن قوله حول نشأة الاعتماد المستندي أنها مرتبطة بالبلاد الأنجلوساكسونية ، حيث نشأ وتطور بما ثم خرج وانتشر إلى أوروبا وباقي أنحاء العالم وكان أول من استعمله الحكام المحليون للحصول على سلف التأمين مرتبات خدمهم. وإن نشأة الاعتماد المستندي في بدايتها الأولى، كانت من أجل تلبية حاجة التجار الذين كانوا يضطرون إلى نقل الأموال وهم خارج بلادهم لشراء ما يحتاجون إليه من بضائع وكانت هذه الأموال عرضة لمخاطر الضياع والسرقة والسطو من طرف قطاع الطرق، ومن هنا ابتدع الاعتماد المستندي كوسيلة للوقاية من هذه المخاطر ، فهو يضمن للتاجر شراء البضائع من خارج بلده دون أن يضطر إلى نقل الأموال معه . يراجع تفصيلا حول هذه النشأة: دياب حسن، الاعتمادات المستندية دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1999، ص7؛ عبد النبي جمال يوسف، الاعتمادات المستندية، مركز الكتاب الأكاديمي، الطبعة الأولى، عمان، 2001، ص15.

² - يراجع تفصيلا حول كيفية نشأة وتوحيد القواعد والعادات المنظمة للاعتمادات المستندية: بردان رشيد " حماية المستهلك في عقود التمويل: الاعتماد المستندي " ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد1، جامعة الجيلالي ليايس ، سيدي بلعاس، الجزائر 2005، ص 256 .

³ - حيث كان يستعمل خاصة لتمويل تجارة القطن ، وأصبح منذ الحرب العلمية الأولى الوسيلة الأولى لتمويل التجارة الخارجية سيما بين الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا، غير أنه انخفض نمو الاعتمادات المستندية بعد الحرب العالمية الثانية بسبب الصعوبات التي كانت تتعرض لها بعض الدول فيما يخص توفير النقد الأجنبي ، وفي المقابل تبنى دول أخرى نظرية الاكتفاء الذاتي، إضافة إلى العجز الذي كان يعاني منه ميزان المدفوعات الخارجية للعديد من الدول، غير أنه شيئا فشيئا وفي إطار السياسة الاقتصادية العالمية المنتهجة أعيدت للاعتمادات المستندية هيبتها، حيث بلغ وفي

غير أنه حتى يقوم الاعتماد المستندي بهذا الدور، يجب أن يكون الوسيلة المتفق عليها لتسوية عقد الأساس¹، ويتولى المستورد (المشتري) تنفيذها لهذا الاتفاق فتح اعتماد مستندي لدى بنك مختار لصالح البائع المستفيد، وتنفيذا لشروط عقد فتح الاعتماد يقوم البنك بإصدار خطاب اعتماد وتبليغ المستفيد به تعبيرا منه عن قبوله تنفيذ الاعتماد في حدود القيمة المحددة ضمن خطاب الاعتماد². ويبدو واضحا الفرق بين عقد فتح الاعتماد المستندي³ والاعتماد المستندي ذاته أو ما يسمى بخطاب الاعتماد، والذي يأتي هذا الأخير كتتويج لتنفيذ البنك لالتزاماته المترتبة عليه في عقد فتح الاعتماد،

غضون السنوات الأخيرة حجم التعامل بالاعتماد المستندي في ميدان التجارة الدولية حوالي نسبة 40%. حسن دياب، المرجع السابق، ص 7؛

Olivier Berthier., « commerce international (le crédit documentaire à l'heure d'internet) », Banque magazine, N639,2002, p. 64 .

¹ - يقصد بعقد الأساس العقد الذي تُفتح الاعتماد المستندي لتسويته وتنفيذه، وليس هناك نوعا معينا من العقود التي يمكن تسويتها أو تنفيذها عن طريق الاعتماد المستندي، فقد يكون : عقد أداء خدمات كعقد النقل و الإستصناع وإجارة الخدمة...، وقد يكون عقد توريد، بحيث ينفذ فيه الالتزام وفق آداءات دورية، كما قد يكون العقد الذي يصدر الاعتماد المستندي لتسويته عقد بيع، بل وغالبا ما يكون كذلك، بحيث يتفق بمقتضاه البائع والمشتري على أن يتم دفع الثمن بواسطته، مقابل تقلص البائع المستندات المحددة له في العقد. ديب (محمد)، الاعتماد المستندي (وثيقة الشحن، وثيقة الضمان، عقد النقل، البحري)، (بدون ناشر)، طرابلس، 1980، ص 64

Jean Louis Rives –Lange &Manique Contamine- Raynaud., Droit Bancaire, paris, DALLOZ , 4^{ème} Edition, 1986, p . 794 ; Jean Pier Mattout ., Droit Bancaire International , p. 313-314.

² - وبعد تقلص المستفيد المستندات المطلوبة منه- وفقا للشروط المتفق عليها ضمن خطاب الاعتماد - والمثبتة لإرسال البضاعة التي تمثلها هذه المستندات، وبذلك لم يعد دور البنك قاصرا على مجرد أداء وظيفته التقليدية، وهي الوساطة بين المقرضين والمقترضين بغية تحقيق الربح، بل أصبح يلعب دورا مهما عن طريق الاعتماد المستندي في تمويل وتنفيذ عقود التجارة الدولية. علي الأمير ابراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 18.

³ - وإن كان يعتبر فتح الاعتماد عملية مصرفية وتقنية بالدرجة الأولى، إلا أن ذلك لا ينفي عنه الطابع العقدي أو بالأحرى الصيغة التعاقدية، والتي نلمسها من خلال ذلك الطلب الخاص بفتح الاعتماد، والذي يقدمه العميل (المشتري) إلى البنك وبناء على ذلك يتولى البنك إعداد صيغة نموذجية يتولى العميل تعبئة بياناتها. وطالما أنه لا يوجد نص خاص عاجل كيفية تكون هذا العقد لا في القواعد والعادات الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية ولا في

غير أن الالتزام الذي يضعه على عاتقه البنك ، والمتمثل في الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي المفتوح لصالح المستفيد، لا ينشأ إلا بمقتضى هذا الخطاب¹ وهو ما يفسر طبيعة هذا الالتزام في كونه التزاماً نهائياً مباشراً، مجرداً، ومستقبلاً عن العقود السابقة عن نشأته منها عقد فتح الاعتماد².

التشريعات الداخلية للدول الخاصة بالاعتمادات المستندية، فإنه يكفي لتكوينه توفر الأركان المعروفة في ظل النظرية العامة للعقود طبقاً لمبدأ سيادة تطبيق الشريعة العامة فيما لم يرد فيه نصاً خاصاً وهي التراضي، الأهلية، المحل، السبب والشكلية. حول ذلك يراجع تفصيلاً: بسام هلال مسلم القلاب، الاعتماد المالي - دراسة مقارنة-، دار الراجحي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2008، ص 82 وما يليها.

¹ - والذي غالباً ما يجرى في شكل ورقة غير قابلة للتداول. محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الثاني، النسر الذهبي للطباعة، (بدون بلد نشر)، 2001، ص 1135 و 1136؛

V. Dans le même sens : Jean -Louis Rives -Lang & Manique Contamine-Raynaud., op.cit, p.797 ; Jean Pierre Mattout., op.cit , P.318-319 ; Jean Michel Jacquet & Philippe Delebeque., Droit du commerce international , Dalloz, 1997, p. 205 .

² - غير أنه تجدر الإشارة إلى أن وفاء البنك بقيمة الاعتماد لصالح المستفيد وفاءاً نهائياً- أي غير قابل للرجوع فيه إلا إذا كان هذا الوفاء لقاء تسوية مشروطة بتحفظ أو ضمان أو في حالة غش المستفيد -، مباشراً - أي بصفته أصيلاً وليس بصفته وكيلاً أو ضامناً للعميل الأمر-، مستقلاً ومجرداً - أي أن وفاء البنك بقيمة الاعتماد يتحدد انطلاقاً من شروط وبيانات خطاب الاعتماد بغض النظر عما إذا كانت هذه المستندات مخالفة لعقد فتح الاعتماد الذي يربط البنك بالعميل الأمر أو لعقد البيع الذي يربط المشتري (العميل) بالبائع (المستفيد)، ويتربط على مبدأ الاستقلالية أنه لا يجوز للبنك التمسك في مواجهة المستفيد بالدفع التي كانت له قبل عمله الأمر، كما لا يجوز لهذا الأخير المعارضة في الوفاء إلا في حالة غش المستفيد أو في الحالة التي يطلب فيها العميل الأمر الحجز على الاعتماد تحت يد البنك -، لا ينتج أثره إلا ابتداءً من تاريخ وصول خطاب الاعتماد إلى علم المستفيد هذا إذا كان الاعتماد المستندي المفتوح غير قابل للإلغاء، أما إذا كان الاعتماد قابلاً للإلغاء، فلا ينتج أثره اتجاه المستفيد إلا من تاريخ استلام البنك الفاتح للاعتماد من المستفيد المستندات المطلوبة منه ضمن خطاب الاعتماد، وخلال مدة صلاحية الاعتماد وفي حالة عدم تحديد نوع الاعتماد المستندي المفتوح فيعتبر هذا الأخير غير قابلاً للإلغاء طبقاً لبعض المادة (06) من القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية النشرة رقم 500 لسنة 1993. يرجع تفصيلاً حول ذلك: عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية وعمليات البنوك) الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2007، ص 436 و 437؛ علي جمال الدين عوض الاعتمادات المستندية (دراسة للقضاء والفقهاء المقارن)،

ولما كان عقد فتح الاعتماد المستندي - بهذا المعنى - عبارة عن مرحلة سابقة عن الاعتماد المستندي كان له من الأهمية والخطورة في آن واحد، بحيث إذا لم يحتاط البنك قبل صدور قبوله بفتح الاعتماد المستندي وحتى بعد صدور قبوله، لاشك أن البنك في مثل هذه الحالة سيكون في موقف خطير، قد يحمله عواقب وخيمة، سيما إذا كانت الوضعية المالية لعميله الأمر مضطربة، ويعاني من ذائقة مالية يحاول تغطيتها من خلال عقد فتح الاعتماد.

لذلك فإن البنك حرصا منه على حماية مصالحه وعدم تعريضها للخطر، يسعى إلى اتخاذ مجموعة من الاحتياطات، أقل ما يمكن أن يقال عنها أنها واجبات وظيفية، يتحدد دورها ومضمونها في ضوء فكرة المخاطر اللازمة لعمليات الائتمان المصرفي بصفة عامة، وعن عمليات الاعتمادات المستندية بصفة خاصة نظرا لضخامة المبالغ التي تمثلها هذه الأخيرة¹.

غير أن هذه الاحتياطات وحدها لا تكفي لتحسين البنك مما قد يتعرض له من مخاطر عدم الوفاء بقيمة الاعتماد في حالة قبوله فتح اعتماد مستندي، لذلك يحاول البنك من جهته إضافة إلى ما يتخذه من احتياطات، الحصول على أقصى الضمانات التي تسمح له باستيراد حقوقه في مثل هذه الحالة.

والإشكال المطروح في هذه المقالة يتمحور أساسا حول ماهية هذه الاحتياطات والضمانات التي تتخذها البنوك في هذا المجال، وإلى أي مدى تستطيع هذه الأخيرة تحقيق الهدف المنشود وهو تأمين البنك من خطر فلاس عميله الأمر؟

وستتم الإجابة على هذه الإشكالية في مطلبين نتناول في المطلب الأول: الاحتياطات التي تتخذها البنوك قبل فتح الاعتماد المستندي.

دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 148 وما يليها؛ أكرم إبراهيم حمدان الزعبي، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي - دراسة مقارنة وفقا لأحكام النشرة 500-، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2000، ص 111؛ السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 86

¹ - كينج ماهر شكري، العمليات المصرفية الخارجية، الحامد، (بدون بلد نشر)، 2004، ص 375.

أما المطلب الثاني: فسنخصصه لدراسة الضمانات المطلوبة من البنك عند قبوله فتح الاعتماد المستندي .

المطلب الأول : الاحتياطات التي تتخذها البنوك قبل فتح الاعتماد

المستندي

تشكل هذه المرحلة حجر الزاوية في تحديد سياسة الائتمان المنتهجة من قبل البنك من جهة، وفي إرساء القرار الذي سيتخذ من قبله حول مدى قبول فتح الاعتماد من عدمه من جهة أخرى، لذلك فيجب على البنك وهو بصدد دراسة مدى قبول فتح الاعتماد من عدمه أن يتخذ مجموعة من الاحتياطات، هي في الحقيقة أقل ما يمكن أن يقال عنها أنها واجبات وظيفية يتحدد دورها ومضمونها في ضوء فكرة المخاطر اللازمة لعمليات الائتمان المصرفي بصفة عامة، وعن عملية الاعتمادات المستندية بصفة خاصة، نظرا لضخامة المبالغ التي تمثلها هذه الأخيرة والحديث عن هذه الاحتياطات التي تتخذها البنوك قبل فتح الاعتمادات المستندية¹، يقتضي الإشارة الى الجهة المختصة داخل البنوك التي تتولى القيام بهذه المهمة وهي الجهة المنوط بها إدارة عمليات الاعتمادات المستندية، بحيث تتولى هذه الأخيرة تنظيم عمليات الاعتمادات المستندية عن طريق "توزيع تلك العمليات بين أقسام وشعب²، تتضمن بدورها مناصب إدارية، قد تبدأ من أول السلم الإداري وتنتهي في آخره. يحتاج إلى أنظمة مساعدة لضمان تنفيذ العمليات على النحو الذي تشده إدارة البنك، لتقدم أكفأ

¹ - كينج ماهر شكري، المرجع السابق، ص 375.

² - "يتم تنظيم الاعتماد المستندي من قبل قسم موجود على مستوى دائرة العمليات الخارجية الموجودة على مستوى البنوك، بحيث يحتوي هذا القسم على تصنيفات مختلفة بين شعب مختلفة، فمثلا قد يكون التصنيف المعتمد فيها، بحيث يكون هناك شعبة لفتح الاعتمادات وشعبة لمتابعتها وتعديلها وشعبة لتسديدها وشعبة أخرى لمحاسبتها، أو قد يكون إداريا بحيث تكون هناك شعبتين واحدة للاعتمادات الصادرة وأخرى للاعتمادات الواردة، وإذا كانت عمليات الاعتمادات المستندية ضخمة فيتم وضع عدة أقسام داخل البنوك ويتم توزيع العمليات عليها حسب نوعية وأهمية العمليات، بحيث تعطى العمليات الضخمة والمعقدة إلى قسم والبقية إلى قسم آخر....". يراجع تفصيلا: نفس المرجع، ص 375 و 376.

الخدمات وبأقل التكاليف"¹، وحسن إدارة عمليات الاعتمادات المستندية يتوقف على حسن اختيار أعضاء هذه الإدارة، الذين يعتبرون المرآة التي تعكس صورة البنك ومدى نجاحه . وتعد مرحلة البحث والتحري عن هؤلاء العملاء أخطر وأهم مرحلة على الإطلاق تقوم بها البنوك في مختلف عملياتها الائتمانية وخاصة عند فتح الاعتمادات المستندية بحيث تزداد هذه المرحلة أهمية وخطورة ، لأن الاعتماد المستندي يغلب عليه الطابع الدولي أكثر منه الطابع المحلي ، فإذا كان بإمكان البنك المصدر للاعتماد أن يتحرى على عميله المشتري المقيم في نفس البلد فإنه من الصعب أن يتحرى على المستفيد من هذا الاعتماد وهو البائع، الذي غالبا ما يكون أجنبيا عن بلد المشتري وبنكه المحلي

كما يشمل البحث و التحري أيضا ، البضاعة التي فتح الاعتماد للوفاء بتمنها و الظروف التي تعيش فيها البلاد وذلك كما يلي :

الفرع الاول : الاحتياطات التي تتخذها البنوك قبل العميل الأمر بفتح

الاعتماد و المستفيد

وتتمثل هذه الاحتياطات فيما يلي :

اولا: الاحتياطات المتخذة قبل العميل الأمر

إن قبول البنك لطلب عميله الأمر بخصوص فتح الاعتماد المستندي، يرتبط وجودا وعدمها بالثقة التي توليها البنوك في عملائها، وبلوغ هذه الثقة يقتضي من البنك التعرف على شخصية العميل وأهليته وعلى مركزه المالي، وذلك كما يلي:

¹ - نفس المرجع ، ص 375 و 376.

1. التعرف على شخصية وهوية العميل الأمر

وعليه فيجب أن ينصب اهتمام البنك ابتداء بالتحقق من الجوانب الشخصية والأخلاقية لعميله الأمر، وأن يتحقق من حالته المدنية ومن أهليته خاصة ما إذا كان بها عارض من عوارض الأهلية¹ المعدمة أو المنقصة.

2. التعرف على المركز المالي للعميل الأمر

كما أن التعرف على المركز المالي للعميل، يعتبر الشغل الشاغل للبنوك لضمان ما قد تتعرض له من مخاطر ضياع أموالها، ولاشك في أن التحقق من الملاءة المالية للعميل وسمعته التجارية، يعتبر من أولى المسائل التي يسعى البنك للتحقق منها بشتى الطرق والوسائل المتاحة أمامه، بحيث إذا كان العميل من الأشخاص الذين سبق التعامل معهم فيعتمد البنك على تلك سوابق التعامل لبحث وضعيته المالية . أما إذا كان العميل قد سبق وأن تعامل مع بنوك أخرى، فلا حرج في أن يطلب البنك المعني بالأمر من هذه البنوك موافاته بكافة المعلومات الضرورية حول المركز المالي والشخصي لهذا العميل ، ولا يوجد ما يمنع البنوك في مساعدة بعضها البعض في مثل هذه الأمور، طبقا لما يندرج ضمن ما يعرف باسم "قواعد المعاملة بالمثل"²، كما يمكن للبنك أن يستعلم على المركز الشخصي والمالي لعميله من خلال الهيئات التي تتولى عملية الإشراف والرقابة على البنوك.

وقصد تسهيل مهمة البنك في الوصول إلى مثل هذه المعلومات أنشأ المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 08 من الأمر رقم 10-04 الصادر بتاريخ 26 أوت 2010³ المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11 الصادر بتاريخ 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض⁴ - تحديدا المادة 98 منه-، مصلحة تسمى بمركزية مخاطر المؤسسات ومركزية مخاطر العائلات ومركزية المستحقات غير المدفوعة، يُعنى بنك الجزائر بتنظيمها وتسييرها، حيث تتولى هذه المصلحة مركزة المخاطر، وتكلف بجمع أسماء

¹ - يراجع حول عوارض الاهلية: المادتين 42 و43 من القانون المدني الجزائري .

² - حسن دياب ، المرجع السابق، ص66.

³ - المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

⁴ - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

المستفيدين من القروض وطبيعة القروض الممنوحة وسقفها والمبالغ المسحوبة ومبالغ القروض غير المسددة والضمانات المعطاة لكل قرض من جميع البنوك والمؤسسات المالية. ويتعين على هذه الأخيرة الاخذ في مركزية المخاطر وتزويدها بكافة هذه المعلومات. ويتولى بنك الجزائر إبلاغ البنوك والمؤسسات المالية بجميع المعلومات التي يتلقها عن زبائن المؤسسة، على ألا تُستعمل هذه المعلومات المبلغة إلى البنوك والمؤسسات المالية إلا في إطار قبول القروض وتسييرها.

ولقد ازدادت أهمية التحقق من هوية العميل الأمر ومركزه المالي في إطار مكافحة جريمة تبييض الأموال، حيث عُرف التحقق من هوية العميل الأمر ومركزه المالي بمبدأ "اعرف عميلك" والذي أكدته على المستوى الدولي مبادئ لجنة بازل لسنة 1988 وتوصيات مجموعة العمل المالي الدولي FATF لسنة 1990 بالإضافة إلى اتفاقيات أخرى¹، وعلى مستوى التشريع الداخلي، وبالتحديد التشريع الجزائري، نظام بنك الجزائر رقم 05-05 المؤرخ في 13 ذي القعدة عام 1426 الموافق لـ 15 ديسمبر 2005 والذي يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، حيث تم تخصيص الباب الأول منه لدراسة كيفية التعرف على الزبائن² والعمليات.

وطبقا لما ورد في نص المادة 05 من هذا النظام فإذا كان العميل الأمر هو شخص طبيعي، فيجب التحقق من هويته من خلال إلزامه بتقديم وثيقة رسمية أصلية سارية الصلاحية متضمنة للصورة ويتعين جمع المعلومات الخاصة بنسب المعني بالأمر، أما إذا كان شخصا معنويا فيجب التأكد من هويته من خلال إلزام ممثله القانوني بتقديم أصل قانونه الأساسي وأي وثيقة تثبت تسجيله أو اعتماده

¹ أشار إلى هذه الاتفاقيات: بردان صافية ، الاعتماد المستندي كوسيلة لغسيل الأموال، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص (قانون الأعمال)، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2008-2009، ص 89.

² يقصد بالزبون "كل شخص أو كيان صاحب حساب لدى البنك أو الذي يتم فتح حساب باسمه (الصاحب الفعلي للحساب)، المستفيدين من العمليات التي ينجزها الوسطاء المحترفون، الزبائن الغير الاعتياديين، الوكلاء والوسطاء الذين يعملون لحساب الغير، كل شخص أو كيان مشترك في عملية مالية من قبل وسيط بنك أو مؤسسة مالية أو المصالح المالية لبريد الجزائر." هذا ما نصت عليه المادة 04 من نظام رقم 05 - 05 المؤرخ في 15 ذي القعدة عام 1426 الموافق لـ 15 ديسمبر 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 26 المؤرخة في 23 افريل 2006 .

وبأن له وجودا وعنوانا فعليا أثناء إثبات شخصيته، ويتم التأكد من العنوان بتقديم وثيقة رسمية تثبت ذلك وإرجاع وصل الإيداع لمراسله مرسلة إلى العنوان المصرح به... ويجب على البنك الاحتفاظ بنسخة من كل وثيقة تثبت الهوية والعنوان، بالإضافة إلى الوثائق المتعلقة بالعمليات التي أجراها الزبائن بعد تنفيذ العملية لمدة 5 سنوات بعد غلق الحسابات أو وقف علاقة التعامل بهذه الوثائق ، وتوضع تحت تصرف السلطات المختصة طبقا للمادة 8 من الباب الخاص بحفظ الوثائق.

ويجب أن تكون هذه الوثائق التي يقدمها العميل المشتري إلى البنك والمثبتة لهويته ومركزه المالي سليمة وصادقة، وإلا اعتبر هذا الأخير مرتكبا لجريمة النصب والاحتيال وذلك على أساس أنه قدم مستندات تتنافى مع الواقع، بقصد دفع البنك إلى قبول إبرام عقد فتح الاعتماد لصالح البائع المستفيد¹.

ثانيا: الاحتياطات المتخذة قبل المستفيد

إذا لم يقتنع البنك كثيرا بالمعلومات الخاصة بالعميل الأمر، والتي تحصل عليها من خلال تحرياته فمن حقه أن يجري دراسة للاضطلاع على المركز الشخصي والمالي للمستفيد الذي سيفتح الاعتماد لمصلحته، غير أن ما يمكن قوله في هذا الصدد، أنه حتى وإن حصل البنك على معلومات كافية حول هوية عميله الأمر ووضعيته المالية، فلا يوجد هناك ما يمنع البنك من التحري أيضا على هوية المستفيد ووضعيته المالية، وذلك بطلب المساعدة من البنوك التي سبق وأن تعامل معها هذا الأخير، لأنه ما الفائدة التي يجنيها البنك من تحريه على عميله دون المستفيد، والبنك في بعض الحالات لا يستطيع أن يمارس حقه في الرجوع بقيمة الاعتماد سوى على المستفيد، كما لو قام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد نتيجة غش المستفيد² أو قام بالوفاء له لقاء تسوية مشروطة بتحفظ أو ضمان³ ، ورفض العميل الأمر فيما بعد قبول المخالفة التي تتضمنها المستندات، فللبنك أن يمارس

¹ - بردان صفية، المرجع السابق، ص 90.

² - حسن دياب ، المرجع السابق، ص 66 و 67.

³ - يراجع تفصيلا حول التسوية المشروطة بتحفظ أو ضمان المادة 14 من القواعد والعادات الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية المنشرة رقم 500 لسنة 1993 ؛ وفي نفس المعنى أيضا : السيد محمد اليماني ، المرجع السابق ص 340 ومايليها .

حقه في الرجوع على المستفيد بقيمة ما وفاه إليه، طالما أن هذا الوفاء كان مشروطا بتحفظ أو ضمان. كما ازدادت أهمية التعرف على هوية المستفيد ووضعيته المالية في إطار مكافحة جريمة تبييض الأموال، ومن ثم فإن تطبيق "مبدأ اعرف عميلك" لم يعد قاصرا فقط على العميل الأمر، بل امتد أيضا ليشمل البائع المستفيد¹، رغم أن التزام البنك اتجاه البائع المستفيد لا ينشأ إلا من لحظة إصدار خطاب الاعتماد وتبليغه إلى علم البائع المستفيد².

الفرع الثاني : الاحتياطات التي تتخذها البنوك على البضائع التي فُتِح

الاعتماد للوفاء بثمنها و قبل الظروف التي تعيشها البلاد

وتتمثل هذه الاحتياطات فيما يلي :

أولا : الاحتياطات المتخذة على البضاعة التي فتح الاعتماد للوفاء بثمنها

باعتبار أن البنك هو الملتزم قبل المستفيد بالوفاء بثمن البضاعة، فيجب على البنك إذا كان أكثر حرصا على مصالحه أن يتأكد من طبيعة البضاعة المستوردة، من خلال البحث والتحري عما إذا كانت هذه الأخيرة هي فعلا من متطلبات الأسواق التجارية الوطنية، وعما إذا كانت هذه الأخيرة مؤمن عليها قبل شحنها وحتى بعد شحنها وتفريغها وإيداعها بالمخازن ، حتى لا يتكبد البنك ما قد يلحقه من خسائر جراء هلاك البضاعة أو تلفها³.

ثانيا: الاحتياطات المتخذة بالنظر إلى الظروف التي تعيشها البلاد

بالإضافة إلى التزام البنك بالبحث والتحري على شخصيتي العميل والمستفيد ووضعهما المالي من جهة وعلى طبيعة البضاعة التي فُتِح الاعتماد للوفاء بثمنها من جهة أخرى، فيجب على البنك

¹ - بردان صفية ، المرجع السابق، ص91.

² - هذا إذا كان الاعتماد غير قابل للرجوع فيه، أما إذا كان الاعتماد قابلا للرجوع فيه، فإن التزام البنك اتجاه المستفيد لا ينشأ الا من تاريخ وصول المستندات إلى البنك وقبل إلغائه للاعتماد. أكرم ابراهيم حمدان الزعبي ، المرجع السابق ، ص 111 .

³ - حسن دياب ، المرجع السابق، ص 67 و 68.

أيضا دراسة الظروف التي تعيشها البلاد سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو طبيعية أو قانونية....ومراعاة مدى ملاءمتها لعملية الاستيراد أو التصدير التي فتح الاعتماد لتنفيذها¹.

خلاصة القول أنه لاشك في أن مرحلة البحث والتحري جد مهمة ودقيقة، بحيث تعتبر أول خطوة يقوم بها البنك بشأن تحديد موقفه نحو قبول أو رفض فتح اعتماد مستندي، ولكن بقدر أهمية هذه المرحلة بقدر صعوبتها، لأن أي خطأ أو سوء تقدير لأي معلومة حصل عليها البنك تخص العميل أو المستفيد أو البضاعة، ستنعكس سلبا على ما يتخذه من قرارات في هذا الشأن.

وإذا أفضى البحث والتحري الذي قام به البنك إلى وجود ما يوحي على السمعة السيئة للعميل أو المستفيد، وعلى تدني وتدهور وضعهما المالي أو أن البضاعة، ربما لا تتلاءم ومتطلبات السوق التجارية أو أن البلاد مثلا في وضعية لا تسمح لها بالقيام بعمليات الاستيراد والتصدير في تلك الفترة....فللبنك الحق في رفض فتح اعتماد مستندي طبقا لمبدأ حرية التعاقد، طالما أنه لم يصدر ممن يملك حق التعبير عن إرادته² ما يوحي على قبوله فتح الاعتماد على حد قول الفقيه " Jean Stoufflet"³ وعلى البنك إخطار عميله بذلك في أقرب وقت ممكن أي خلال مدة معقولة، ودون أن يلزم بذكر أسباب الرفض ودون أيضا أن يقوم بإعلانها أو إشهارها حفاظا على أسرار المهنة⁴. ويمكن القول في هذا الشأن انه وإن كان فعلا للبنك الحرية في رفض التعاقد طبقا لمبدأ سلطان الإرادة إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل هي مقيدة بشرط جوهري وهو عدم التعسف في استعمال الحق، وفي حالة الإخلال بهذا الشرط يعتبر البنك مسؤولا ولا مناص حين ذاك من تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عليه.

¹ - نفس المرجع ، ص 68 ومايليها

² - والذي يملك حق التعبير عن إرادة البنك بوصفه شخصا معنويا- غالبا ما يتخذ شكل شركة مساهمة- هو ممثله القانوني. عبد الحميد الشواربي ، ادارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية و القانونية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 ص 1530 .

³ - أشار الى رأي الفقيه " Jean Stoufflet " : علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية (دراسة للقضاء المصري و الفقه المقارن وتشريعات البلاد العربية)، المكتبة القانونية، طبعة مكررة، 1993، ص 500.

⁴ - نفس المرجع، ص 1207 و 1210.

كما أن إلزام البنك بإخطار عميله بقرار الرفض خلال مدة معقولة، كما يرى الفقه، هو من أجل إعطاء فرصة للعميل الأمر من أجل البحث عن بنك آخر قد يقبل له فتح الاعتماد، ولهذا السبب فإن عبارة مدة معقولة في حد ذاتها تطرح العديد من الإشكالات، سيما إذا استغرقت فترة البحث والتحري التي يقوم بها البنك - قبل إصدار قبوله - أكثر من المدة المتفق عليها في عقد البيع، ورفض البنك فتح الاعتماد، وبالتالي سوف يتم تبليغ هذا الرفض بعد نهاية المدة المتفق عليها في عقد البيع، مما قد يدفع ذلك لا محالة بالبائع إلى طلب فسخ العقد والتعويض طبقاً للقواعد العامة كجزاء لتأخر المشتري بفتح الاعتماد، ولا يمكن للمشتري أن يحتج على البائع بأن تأخره كان بفعل قوة القاهرة، لأن المشتري يعلم مسبقاً بإمكانية أن تستغرق مرحلة البحث والتحري فترة طويلة. والقوة القاهرة هي حادث لا يمكن توقعه كما لا يمكن أن يحتج بأن تأخره كان راجعاً إلى البنك، وبالتالي إلى عقد فتح الاعتماد لأن عقد فتح الاعتماد هو مستقل عن عقد البيع... والحل يكمن في أن المدة المعقولة يمكن تحديدها بالمدة المخصصة لفتح الاعتماد والمتفق عليها في عقد البيع، فصدور قبول البنك أو رفضه لفتح الاعتماد يجب حماية للمشتري وحتى ضماناً للبائع، أن يكون في إطار المدة المتفق عليها بين البائع والمشتري في عقد فتح الاعتماد.

المطلب الثاني : الضمانات المطلوبة من البنوك عند قبولها فتح الاعتماد

المستندي

يلتزم العميل المشتري في مقابل قبول البنك فتح اعتماد مستندي لصالح البائع المستفيد بتقديم الضمانات المطلوبة منه ويجاوب البنك من جهته الحصول على أقصى الضمانات التي تسمح له باسترداد حقوقه في حالة رفض العميل المشتري أداء ما يتوجب عليه بمقتضى هذا الاعتماد المفتوح¹. وتتمثل هذه الضمانات فيما يلي :

¹ - مازن عبد العزيز فاعور ، الاعتماد المستندي و التجارة الالكترونية في ظل القواعد و الاعراف الدولية و التشريع الداخلي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الاولى ، لبنان ، 2006 ، ص 188.

الفرع الأول : غطاء الاعتماد

غالبا ما يطلب البنك من العميل أن يوافيه مسبقا بقيمة الاعتماد المفتوح وهذا ما يسمى " بغطاء الاعتماد " ، وأن يكون هذا الغطاء كاملا ، سيما إذا لم يكن هناك تعامل سابق بينه وبين عميله وفي هذه الحالة على العميل أن يزوده بكامل قيمة الاعتماد من أجل فتحه وتنفيذه نتيجة انعدام الثقة بينهما.

كما يمكن أن يطلب البنك من العميل أن يكون هذا الغطاء جزئيا ، أي أن يمول العميل المشتري البنك بجزء من قيمة الاعتماد مقابل تقديم ضمانات تكفل للبنك الحصول -ودون مشاكل- على المبلغ المتبقي والذي يعتبر العميل مدينا به للبنك . و قد تكون هذه الضمانات شخصية كالكفالة ، أو عينية كالرهن (سواء كان رسميا أو حيازيا)¹.

وترجع الأسباب في تحديد مقدار هذا الغطاء إلى مدى ملاءة العميل المشتري وما يتمتع به من سمعة تجارية من جهة وطبيعة البضاعة التي فُتح الاعتماد للوفاء بضمنها من جهة أخرى². ولكن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد هو: هل يشترط أن يكون الغطاء نقديا؟ وما تكييف هذا الغطاء؟

أولا: أنواع الغطاء

قد يكون الغطاء الذي يطلب البنك من العميل تمويله به مسبقا نقديا أو عينيا، وغالبا ما يكون الغطاء نقديا ، بحيث إذا كان للعميل حسابا جاريا على مستوى هذا البنك فيتم قيد مبلغ الغطاء في الجانب المدين للحساب الجاري للعميل، وإذا لم يكن له حسابا جاريا على مستوى هذا البنك فيقوم العميل بالدفع مباشرة لدى الخزينة، وفي كلتا الحالتين ينقل البنك مبلغ الغطاء من الحساب الجاري الشخصي للعميل إلى حساب احتياطي غير شخصي يخصص لمعالجة تنفيذ البنك لالتزامه اتجاه المستفيد، ولا يمكن للعميل الأمر التصرف في هذا الحساب³، كما قد يكون هذا الغطاء

¹ - نفس المرجع، ص 189.

² - محي الدين اسماعيل علم الدين ، المرجع السابق، ص 1262؛ السيد محمد اليماني ، المرجع السابق، ص 140.

³ - وفي الجزائر يتم قيد غطاء الاعتماد عن طريق أمر تحويل للمبلغ الذي يمثل قيمة الغطاء، أما في فرنسا فإن هذا المبلغ يقيد في حساب خاص تحت عنوان مقابل الوفاء ولا يذكر فيه اسم العميل حتى لا يختلط بحسابه الجاري. أشار

النقدي بعملة محلية أو بعملة أجنبية. و إذا تمّ الاتفاق على أن يكون الاعتماد المستندي المفتوح بعملة أجنبية، فيقوم البنك الفاتح في هذه الحالة بشرائها من البنك المركزي وفقا لقواعد الرقابة المعمول بها داخل دولته ، على أن يقوم البنك بقيد ما يعادل قيمة هذه العملة الأجنبية بالعملة المحلية في الجانب المدين من حساب العميل الأمر¹. وفي بعض الأحيان قد يكون الغطاء عينيا، كالرهن على منقولات سواء كانت هذه المنقولات مادية كرهن بضاعة معينة، أو منقولات معنوية كرهن محل تجاري أو أوراق مالية أو تجارية²، وقد يرد الرهن على عقار ولكن غالبا ما لا تقبل البنوك على أن يكون محل الغطاء هو رهن رسمي على عقار ، نظرا لتعقد وطول الإجراءات التي يقتضيها إنشاء هذا الرهن وتنفيذه³.

كما قد يتخذ غطاء الاعتماد صور أخرى من صور الضمان ، كأن يستصدر العميل لصالح البنك خطاب ضمان من بنك آخر يتعهد فيه بدفع قيمة الاعتماد، وإن كانت هذه الصورة هي غير شائعة في العمل⁴.

و عموما أيا كان نوع الضمان المقدم، فعلى العميل تقديمه عند إبرام عقد فتح الاعتماد وليس الانتظار إلى غاية إصدار خطاب الاعتماد، لأن تقدم الضمانات هي من الالتزامات التي تقع على

الى ذلك: بردان رشيد، الاعتماد المستندي في اطار التطبيق التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص جامعة الجليلي ليايس سيدي بلعباس، 2007-2008، ص 191.

¹ - السيد محمد اليماني، المرجع السابق، ص 140 ؛ محي الدين اسماعيل علم الدين ، المرجع السابق، ص 1262.

² - ففي حالة الاتفاق على تقديم أوراق مالية، يجب أن تتضمن هذه الأخيرة قيمة الغطاء المتفق عليه، أما في حالة الاتفاق على تقديم أوراق تجارية يكون فيها العميل هو المستفيد من قيمتها، فيلتزم العميل الأمر بتظهيرها إلى البنك تظهيراً تأمينياً وعندما يجل أجل استحقاقها يقوم البنك بتحصيل قيمتها ، وفي هذه الحالة يتحول الغطاء العيني إلى غطاء نقدي يملكه البنك. السيد محمد اليماني ، المرجع السابق، ص 140 .

³ - نفس المرجع ، ص 141؛ محي الدين اسماعيل علم الدين ، المرجع السابق، ص 1264.

⁴ - محي الدين اسماعيل علم الدين ، المرجع السابق، ص 1264 .

العميل الأمر عند إبرام عقد فتح الاعتماد¹ الذي يعتبر عقدا مستقلا عن خطاب الاعتماد ، كما سبق توضيح ذلك.

ثانيا: تكييف الغطاء

لا إشكال يطرح إذا كان غطاء الاعتماد المقدم من طرف العميل إلى البنك غطاء عينيا ، بحيث يعتبر الغطاء العيني في هذه الحالة رهنا تجاريا، و من ثم يخضع للقواعد العامة التي تحكم الرهن من حيث إنشائه وانقضائه، وكذلك من حيث التنفيذ على الأموال المرهونة، أما إذا كان الغطاء نقديا فتعتبر مسألة تكييفه من المسائل الخلافية، التي لم تلق تكييفا موحدا بحيث هناك من الفقه من أرجع تكييفه الى فكرة مقابل الوفاء المعروفة في الاوراق التجارية². و على هذا الأساس يعتبرون أن غطاء الاعتماد المقدم من طرف العميل على البنك، يُعد بمثابة مقابل وفاء للسفاتج المستندية التي يسحبها البائع المستفيد على البنك . و هناك من أرجع تكييفه إلى فكرة الرهن التجاري الناقص³. والراجح فقها أن غطاء الاعتماد النقدي يعتبر تنفيذا معجلا لالتزام العميل⁴ بدفع قيمة الاعتماد إلى البنك وفي حدود النسبة المتفق عليها للغطاء، و تطبيقا لهذه الفكرة فالعميل الأمر بمجرد تقديمه للغطاء إلى البنك يتجرد من ملكيته، و بالتالي لا يملك حق التصرف فيه، ومن تم فلا يستطيع

¹ - يراجع في هذا المعنى: السيد محمد اليماني ، المرجع السابق، ص 159.

² - يراجع تفصيلا حول هذا الرأي و الانتقادات التي وجهت إليه : السيد محمد اليماني، المرجع السابق، ص 142 و ما يليها.

³ - "بمجرد تسلم البنك لقيمة الغطاء يملكه ويصبح مدينا برد مبلغ يوازي ما تسلمه إلى العميل إذا انقضى أجل الاعتماد دون أن يستخدمه . أما إذا استخدم الاعتماد قبل انقضاء أجله فإن المقاصة القانونية تقع بقوة القانون بين الغطاء النقدي وبين المدفوع من قيمة الاعتماد في حدود الأقل منهما مقدارا وذلك لتوفر شروط المقاصة القانونية في الدينين فهما دينان متقابلان متماثلان محلا (مبلغ من النقود) صالحان للمطالبة بحما قضاء محققان وجودا، معلومان مقدارا مستحقان للأداء وقابلان للحجز". يراجع تفصيلا : محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق ، ص 1265 و 1266.

⁴ - نفس المرجع، ص 1264 و ما يليها.

دائنيه الحجز عليه و لا يمكن إدخاله ضمن أموال التفليسة، على خلاف فكريتي مقابل الوفاء و الرهن التجاري الناقص¹.

الفرع الثاني : الرهن الحيازي للبضاعة

إذا قام البنك بتنفيذ قيمة الاعتماد لصالح المستفيد فإنه سيرجع حتما على عميله الأمر للوفاء بهذه القيمة ، وعموما بجميع المصاريف التي تكبدها البنك عند تنفيذه للاعتماد المستندي هذا إذا كان الاعتماد المفتوح لم يغطى بالكامل، فإذا قبل العميل الأمر بدفع قيمة الاعتماد وما يتوجب عليه من مصاريف فلا إشكال يطرح، غير أنه إذا رفض هذا الأخير الوفاء للبنك بما يتوجب عليه ، وأيا كان سبب هذا الرفض فلاشك في أن البنك في مثل هذه الحالة سيكون في موقف خطير قد يحمّله عواقب وخيمة، لذلك فإن البنك حرصا منه على حماية مصالحه وعدم تعريضها للخطر، فإنه لا يكفي بإلزام العميل بتقسيم غطاء الاعتماد فقط، بل يلزمه إلى جانب ذلك بتقسيم رهن حيازي للبضاعة -التي فتح الاعتماد المستندي للوفاء بثمرتها- التي تمثلها المستندات والتي هي في حيازته².

ولكن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد يتعلق بكيفية حصول البنك على هذا الرهن، خاصة وأن البائع المستفيد غالبا ما يتجرد من ملكية البضاعة بمجرد شحنها على ظهر السفينة، كما أن العميل الأمر عندما يطلب من البنك فتح اعتماد لصالح المستفيد لا يكون قد تملك بعد البضاعة التي لا يبدأ البائع المستفيد في شحنها على ظهر عنابر السفينة، إلا بعد إصدار خطاب الاعتماد ووصوله إلى علم البائع المستفيد وقبول هذا الأخير لشروطه .

رغم اختلاف الآراء حول هذه المسألة إلا أن الرأي الراجح فقها³ يقضي بأن البائع هو الذي يتولى مهمة إبرام عقد الرهن على البضاعة التي تمثلها المستندات إلى البنك، بصفته وكيلًا عن المشتري العميل الأمر، الذي تملك البضاعة وكان قد وعد البنك عند إبرام عقد فتح الاعتماد برهنها له،

¹ - السيد محمد اليماني، المرجع السابق، ص 144 وما يليها.

² - مازن عبد العزيز فاعور، المرجع السابق، ص 189 وما يليها؛ السيد محمد اليماني، المرجع السابق، ص 153؛ السيد محمد الفقي، القانون التجاري (الافلاس- العقود التجارية - عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (بدون سنة طبع)، ص 413.

³ - السيد محمد اليماني، المرجع السابق، ص 153 وما يليها.

ويستفاد الوعد بالرهن والوكالة التي تمنح للبائع من أجل إبرام عقد الرهن لصالح البنك ونيابة عن العميل الأمر ، إّما بالاتفاق الصريح أو الضمني الذي تتجه إليه إرادة الأطراف، وفقا لظروف التعاقد وما يجري عليه العرف وعلى القاضي أن يتأكد من مدى وجود هذا الاتفاق، لأن مجرد حيازة البنك للمستندات لا تخوّله حق الرهن على البضاعة، سيما إذا كانت المستندات صادرة باسم العميل الأمر أو لأمره أو للحامل، ويجب على البائع أن يذكر على متن هذه المستندات أن "القيمة موضوعة ضمانا" أو "القيمة موضوعة رهنا" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد الرهن الحيازي، وإذا لم توضع مثل هذه العبارات على متن المستندات المقدمة إلى البنك فيجوز لهذا الأخير أن يطلب من عميله الأمر تظهير المستندات إليه تظهيرا تأمينيا .

وإذا امتنع العميل عن ذلك -أي عن تقديم هذا الرهن - رغم وجود اتفاق سابق بينهما ، فللبنك أن يمارس حقه في الحبس على المستندات إلى أن يتمكن من التنفيذ على البضاعة عن طريق القضاء واقتضاء حقه من ثمنها¹.

ومقتضى الحق في الحبس طبقا للمادة 200 الفقرة (01) من ق المدي الجزائري هو أنه: "لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباطا بالتزام المدين، أو مادام الدائن لم يقدم بتأمين كاف بالتزامه هذا".

إذن فسواء كانت المستندات تتضمن عبارة القيمة موضوعة ضمانا أو أي عبارة أخرى مشابهة، أو حتى ولو جاءت المستندات خالية من هذه العبارة ، ورفض العميل الوفاء بقيمة الاعتماد لصالح البنك فلهذا الأخير الحق في حبس المستندات، ويكون البنك في مركز الدائن المرتهن إلى أن يفي بجميع التزاماته. غير أن حق البنك في حبس المستندات يزول مفعوله إذا قام بتسليم هذه المستندات إلى العميل . أما إذا تحصل العميل على هذه المستندات دون علم حائزها (البنك)، فلهذا الأخير أن يطالب باستردادها في أجل 30 يوما من الوقت الذي يعلم فيه بخروج المستندات من يده ، ما لم تنقضي سنة من وقت خروجها وإذا استمر العميل الأمر في رفض الوفاء بقيمة الاعتماد أو كانت البضاعة من النوع المعرض للهلاك والتلف، فيجوز للدائن المرتهن (الحابس) وهو البنك الحصول

¹ - السيد محمد اليماني ، المرجع السابق، ص 156.

على إذن من القضاء لبيعها في المزاد العلني طبقا للمادة 971 من ق المدني الجزائري ، ويستوفي حقه من ثمنها بطريق الأولوية على الدائنين العاديين للمشتري (العميل الأمر)¹ .
كما يجوز للبنك أيضا في حالة هلاك البضاعة أو تلفها -بوصفه دائما مرتحنا لها-، الحصول على قيمة التعويض من طرف شركة التأمين عن طريق مستند التأمين الذي يجوزته² .

أما إذا كانت المستندات صادرة لإذن البنك أو لأمره مباشرة، فتكون حيازة البنك للمستندات على سبيل التمليك لا على سبيل الرهن، وإذا امتنع العميل عن الوفاء بقيمة الاعتماد لصالح البنك فعلى البنك استلام البضاعة وبيعها واقتضاء حقه من ثمنها، بوصفه مالكا ودون حاجة إلى إتباع طرق التنفيذ المنصوص عليها طبقا لقواعد الرهن³

الخاتمة:

يلعب الاعتماد المستندي بالمقارنة مع وسائل الدفع الأخرى، دورا حيويا في تسوية عقود البيع الدولية، لما يوفره من ضمان وائتمان في نفوس المتعاملين به. ولا شك أن هذا الضمان والائتمان منبثق عن جملة المبادئ التي يقوم⁴ عليها والتي تميزه عن مختلف وسائل الدفع الأخرى⁵ .

¹ - وهذا ما قد أكدته العديد من الاجتهادات القضائية سواء تلك الصادرة عن القضاء اللبناني أو المصري، وفي نفس المعنى أيضا كان قانون التجارة -المصري الجديد- رقم 17 لسنة 1999 "والذي يعتبر أن للبنك على سبيل الضمان حق حبس المستندات، ويجوز له كذلك -إذا لم يدفع العميل الأمر خلال ستة أشهر من تاريخ إبلاغه بوصول المستندات- التنفيذ على البضاعة بإتباع إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهنا تجاريا. مازن فاعور عبد العزيز، المرجع السابق، ص 192 ؛ وفي نفس المعنى أيضا: منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي ، اعمال البنوك ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، 2000 ، ص 180.

² - مازن عبد العزيز فاعور، المرجع السابق، ص 193؛ السيد محمد الفقي، المرجع السابق، ص 413؛ مصطفى كمال طه وعلي البارودي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، الافلاس ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، 2001 ، ص 661 .

³ - السيد محمد اليماني ، المرجع السابق، ص 155 و 156.

⁴ - في كونه اعتماد نهائي ، مباشر ، مجرد و مستقل عن العقود السابقة عن تكوينه .

⁵ - كالتحصيل المستندي، خصم السحب المستندي، قبول سندات السحب....

ويعتبر عقد فتح الاعتماد كمرحلة سابقة عن تكوين الاعتماد المستندي أهم وأخطر مرحلة، فأى خطأ أو تهاون يصدر من البنك أثناء إدارته لهذه المرحلة قد يعرض مصالحه إلى خطر لا يحمد عقباه. والملاحظ أن حسن إدارة الاعتمادات المستندية بشكل عام و عقود فتح الاعتماد بشكل خاص، يتوقف على حسن اختيار أعضاء هذه الإدارة ، فهؤلاء يعتبرون المرآة التي تعكس صورة البنك ومدى نجاحه. وللوصول إلى ادارة ذات كفاءة عالية وذات خبرة ومصداقية ، فيجب من باب أولى أن يتم اختيار أعضاء هذه الإدارة من بين الأشخاص الذين تتوفر فيهم المؤهلات والكفاءة اللازمة ، وهذه الكفاءة ينبغي تطويرها من خلال تنظيم دورات وندوات علمية لاكتساب الخبرة في مجال العمليات المصرفية وبالتحديد في مجال الاعتماد المستندي والذي يعتبر من أخطر العمليات وأكثرها تعقيدا ، خاصة و أن المشرع الجزائري اعتبر أن الاعتماد المستندي ، أو كما سماه بالائتمان المستندي في نص المادة 69 من الامر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009¹ الوسيلة الوحيدة لتمويل جميع الواردات ، والملاحظ أيضا أن معيار نجاح البنوك أصبح يقاس بسمعة عملائها لا بعددهم، لذلك تعد مرحلة البحث والتحقق من هوية عملائها ومركزهم المالي أخطر وأهم مرحلة على الإطلاق خاصة وأن تحديد مقدار غطاء الاعتماد هو مرهون بما تسفر عليه مرحلة البحث والتحري من نتائج حول مدى ملاءة العميل الأمر وما يتمتع به من سمعة تجارية من جهة ، وطبيعة البضاعة التي فتح الاعتماد للوفاء بضمنها من جهة أخرى.

ويمكن القول في هذا الشأن انه على الرغم من تطور وسائل الاتصال عن بعد ، والتي بإمكانها ان تزود البنك بما يحتاجه من معلومات في هذه المرحلة ، إلا ان هذه المعلومات المتاحة عبر هذه الوسائل قد لا تكون لها المصداقية الكاملة ، وعلى البنك ان يتحقق منها جليا و ألا يركن لها مباشرة.

¹ - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد ، 44 الصادرة بتاريخ 26 يوليو، 2009 ، ص 15 .

علاقة وزير المالية بمحافظ بنك الجزائر

ختير فريدة ، أستاذة مساعدة – أ – بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي لياس – سيدي بلعباس

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/02

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/03

تاريخ إرسال القبول 2017/06

مقدمة

تعمل الجزائر حاليا على القيام بجملة من الإصلاحات في العديد من القطاعات، ويعد المجال المصرفي أحدها كونه يمثل حجر الزاوية في المجال الاقتصادي، حيث تقوم الجزائر على إصلاح المنظومة المالية وبشكل خاص العلاقة بين الخزينة العمومية وبنك الجزائر مما يدفع إلى الإشارة إلى العلاقة القائمة بين محافظ بنك الجزائر باعتباره المشرف على القطاع المصرفي ووزير المالية، استنادا إلى الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم والذي يربط وزير المالية بالمحافظ في العديد من الوظائف. من هذا المنطلق، يمكن التساؤل عن دور المحافظ على رأس بنك الجزائر وعلاقته بوزير المالية؟ من أجل الإجابة على هذا السؤال ارتأينا أن نقسمه إلى نقطتين اثنتين:

- 1- تحديد النظام القانوني لمحافظ بنك الجزائر.
- 2- دور وزير المالية في القطاع المصرفي وارتباطه بمحافظ بنك الجزائر.

أولاً: النظام القانوني لمحافظ بنك الجزائر.

إن وظيفة أو منصب محافظ بنك الجزائر من بين أهم الوظائف داخل الجهاز المصرفي، وضعها المشرع الجزائري عند إصداره للقانون رقم 62-144 المؤرخ في 13 ديسمبر 1962 والمتضمن إنشاء البنك المركزي وتحديد قانونه الأساسي، والمحافظ يمثل أعلى سلطة في النظام المصرفي وترجع له العديد من المهام والوظائف على قدر أهمية مركزه.

1- تعيين المحافظ واستقلاليتته:

أعطى الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم¹، بموجب نص المادة 32 منه لرئيس الجمهورية صلاحية تعيين محافظ بنك الجزائر وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال أحكام الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض² المعدل والمتمم في نص مادته 13 جاء فيها: « يتولى إدارة بنك الجزائر محافظ، ويساعده ثلاثة نواب محافظ يعين جميعهم بموجب مرسوم من رئيس الجمهورية». من خلال استقراء نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أفرد رئيس الجمهورية صلاحية سلطة تعيين المحافظ، فإذا رجعنا للقانون الأساسي المتضمن إنشاء البنك الجزائري في الجزائر نجد هذه الصلاحية كانت لرئيس الجمهورية بناء على اقتراح وزير المالية³، ذلك لأنه لم تكن ثمة آنذاك استقلالية للبنك المركزي.

إن تعيين المحافظ⁴ يصدر في شكل مرسوم رئاسي⁵، غير أن المشرع لم يحدد مدة عهدة المحافظ، وإنما تركها من غير تحديد، على خلاف ما كان عليه في ظل القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض⁶ السابق، حيث حدد مدة عهدة محافظ بنك الجزائر لمدة ست سنوات ويمكن تجديد هذه العهدة مرة واحدة وفقاً لنص المادة 22 في لفقرتها الأولى والثانية.

إن مسألة عدم تحديد مدة عهدة المحافظ، تشير إلى مسألة أهم وهي استقلالية المحافظ، أي أن عدم تحديد مدة العهدة يجعل المحافظ عرضة للعزل من قبل رئيس الجمهورية في أي وقت كان،

ويدون حتى وجود أي خطأ أو سبب لأنه وطبقاً لمبدأ توازي الأشكال فيتم عزل المحافظ من قبل رئيس الجمهورية وذلك وفقاً للصلاحيات المخولة له قانوناً، على عكس ما كان عليه سابقاً حيث أنه تنهى مهام المحافظ بنهاية العهدة القانونية المحددة أو في حال العجز الصحي المثبت قانوناً أو الخطأ الفادح⁷. ولعل هدف المشرع من عدم تحديد هذه المدة هو عدم التقييد وخصوصاً أن المجال المصري هو مجال مخاطر وعليه لرئيس الجمهورية تغيير المحافظ كلما كان هناك عدم التحكم في التغيرات والتسيير الجيد للقطاع المصري لأنه يمس مباشرة بالاقتصاد الوطني هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن فكرة تحديد مدة العهدة يضمني استقلالية المحافظ في أداء مهامه. لذا ومن الأفضل على المشرع الرجوع للنص القديم وتحديد مدة عهدة المحافظ حتى تتأكد استقلاليته في المجال المصري.

زيادة على هذا، وقصد ضمان استقلالية محافظ بنك الجزائر، وضع المشرع الجزائري مبدأ

الحياد والذي يتضمن بدوره مبدأ التنافي وإجراء الامتناع.

جسد مبدأ التنافي من خلال نص المادة 14 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض

المعدل والمتمم والذي يمنع أن يجمع المحافظ بين وظيفته على رأس بنك الجزائر، مع كل عهدة انتخابية، وكل وظيفة حكومية، وكل وظيفة عمومية.

كما لا يمكنه أن يمارس أي نشاط أو مهنة أو وظيفة أثناء عهده ولا يمكنه بأي حال من

الأحوال اقتراض أي مبلغ من أي مؤسسة جزائرية كانت أم أجنبية ولا أن يقبل أي تعهد عليه توقيع أحدهم في محفظة بنك الجزائر، ولا محفظة أي مؤسسة عاملة في الجزائر.

حتى يتجسد مبدأ حياد المحافظ تجسيدا حقيقيا، فإن القانون منعه من القيام ببعض الأعمال

حتى بعد إنهاء مهامه، بحيث يمنع عليه خلال مدة سنتين بعد نهاية عهده أن يسير أو يعمل في مؤسسة خاضعة لسلطة أو مراقبة بنك الجزائر أو شركة تدير عليها مثل هذه المؤسسة، كما لا يستطيع أن يعمل كوكيل أو مستشار لمثل هذه المؤسسات أو الشركات.

من خلال ما تقدم، يظهر أن المشرع الجزائري لم يحدد شكل دقيق وشامل لمسألة تعيين المحافظ واستقلاليتته وذلك بعدم تحديده الشروط القانونية الواجب توافرها في المحافظ كون أن هذا المنصب منصب ذو طابع وظيفي تقني مما يتطلب تحديد الكفاءة العلمية والخبرة في هذا المجال، كما أنه لم يعط الاستقلالية التامة للمحافظ في أداء وظائفه وذلك كونه عرضة للعزل في أي وقت كان، في حين أنه نظم مسألة الراتب وجعله يحدد بموجب مرسوم، ويتحمل نفقاته بنك الجزائر، كما ذهب لأبعد من هذا حيث أعطى للمحافظ وكذا ورثته في حال الوفاة، تعويضا عند انتهاء المهام يساوي مرتب سنتين باستثناء أي مبلغ آخر ولا يكون هذا التعويض مستحقا للمحافظ أو ورثته في حال العزل بسبب خطأ فادح⁸.

2- صلاحيات محافظ بنك الجزائر:

تعود لمحافظ بنك الجزائر العديد من الصلاحيات المنصوص عليها ضمن أحكام الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، وله مكانة بارزة من خلال إشرافه على القطاع المصرفي ككل، ويظهر هذا جليا من وجوده على رأس كل الهيئات المصرفية⁹، سواء التنظيمية أو الرقابية.

1) المراكز التي يحتلها محافظ بنك الجزائر:

يتولى المحافظ إدارة شؤون بنك الجزائر، ويظهر هذا في رئاسته لمجلس إدارة بنك الجزائر، وترجع له مسألة تنظيم انعقاد المجلس من خلال استدعائه له للانعقاد وتحديد جدول أعمال دوراته، وله أن يستدعيه كلما دعت الضرورة إلى ذلك¹⁰، أما في مجال القرارات التي تتخذ خلاله، فصوت المحافظ يكون حاسما في حال تساوي عدد الأصوات¹¹.

يرأس المحافظ أيضا مجلس النقد والقرض، هذا الأخير الذي تعود له العديد من الصلاحيات خاصة في مجال إصدار الأنظمة البنكية، حيث يلعب دور السلطة التشريعية للمجال المصرفي، ونظراً لهذا الدور الكبير للمجلس، كان لا بد أن يتواجد على رئاسته المحافظ، الذي له صلاحية استدعاء

هذا المجلس للانعقاد وتحديد جدول أعماله، ينعقد هذا المجلس في أربع دورات عادية في السنة ويمكن للمحافظ أن يستدعيه للانعقاد في دورات غير عادية، كلما دعت الضرورة لذلك، ويرجح صوته في مجال اتخاذ القرارات في حال تساوي عدد الأصوات¹².

إن مسألة استدعاء المحافظ لمجلس إدارة بنك الجزائر ومجلس النقد والقرض في غير الدورات العادية يؤكد على دور المحافظ على رأس هذه الهيئات، إلا أن المشرع لم يحدد الحالات التي تدخل في حكم الضرورة والتي على أساسها يتم استدعاء هذه الهيئات للانعقاد، مما يجعل المسألة متروكة للسلطة التقديرية للمحافظ وهو الذي يحدد طابع الضرورة.

وضع المشرع الجزائري اللجنة المصرفية على الصعيد الرقابي، كهيئة رقابية على القطاع المصرفي تعمل على مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها، وتقوم بالمعاقبة على الإخلالات التي يتم معابنتها وتسهر على سلامة القطاع المصرفي من كل ما يمكن أن يعرقل نظامه.

نظرا لدورها الرقابي، فقد عمل المشرع على ضبط تشكيلة هذه الهيئة الرقابية، وما يميزها هو وجود المحافظ مرة أخرى على رأسها بصفته رئيساً لها وفقاً لنص المادة 106 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتم، ويرجح صوته في اتخاذ القرارات في حالة تساوي الأصوات¹³. ما يميز اللجنة المصرفية، هو احتفاظ المشرع بالمحافظ كرئيس لها رغم التغيرات التي طرأت عليها، بموجب الأمر رقم 10-04 المعدل والمتمم للنقد والقرض عندما تم من خلاله التعديل في تشكيلة اللجنة المصرفية، مما يؤكد على الدور الكبير الذي أوكل للمحافظ، وهذا حتى يكون على علم شامل ودقيق بكل ما يحدث داخل القطاع المصرفي.

2) مهام محافظ بنك الجزائر:

أعطى المشرع الجزائري لمحافظ بنك الجزائر العديد من المهام التي تعد لبّ وظيفته وأوردها في جملة من المواد.

ترجع للمحافظ العديد من المهام سواء على المستوى الداخلي والخارجي في إطار القطاع المصرفي، فيتمتع بمهام تمثيلية، فيمثل بنك الجزائر من خلال التوقيع باسمه على جميع الاتفاقيات والمحاضر المتعلقة بالسنوات المالية والحصائل وحسابات النتائج، كما يمثل بنك الجزائر لدى السلطات العمومية في الجزائر ولدى البنوك المركزية الأجنبية ولدى الهيئات الدولية، ولدى الغير بشكل عام، ويقصد هنا تمثيل بنك الجزائر أمام جميع الهيئات سواء الوطنية أو الأجنبية كلما كانت مشاركته مطلوبة.

أما على الصعيد القضائي، يمثل المحافظ بنك الجزائر أمام الهيئات القضائية كون أن الدعاوى القضائية ضد بنك الجزائر ترفع باسم محافظ بنك الجزائر، ويدافع عنها بناء على متابعته وتعجيله ويتخذ جميع الإجراءات التحفظية التي يراها ضرورية¹⁴.

ضف إلى هذا، أن المحافظ يستدعى أمام الهيئات القضائية ولا يتمتع بأي حصانة، وتتخذ في حقه جميع الإجراءات القانونية التي يتطلبها التحقيق في النزاعات البنكية، والتي تعود له باعتباره ممثلا لبنك الجزائر¹⁵.

يتولى المحافظ إدارة شؤون بنك الجزائر، وله أن يتخذ جميع التدابير التنفيذية، ويقوم بجميع الأعمال التي تدخل في إطار القانون باعتباره مشرفا أولا على القطاع، وله أن يقوم بكل شراء للأموال العقارية المرخص بها قانونا والتصرف فيها.

ينظم المحافظ، مصالح بنك الجزائر ويحدد مهامها عن طريق تنظيم وتسيير مصلحة مركزية المخاطر، ومركزية المستحقات الغير المدفوعة، وتكون هذه المركزيات تحت إشرافه، يتم من خلالها جمع جميع أسماء المستفيدين من القروض وطبيعة القرض الممنوحة وسقفها والمبالغ المسحوبة ومبالغ القروض غير مسددة والضمانات المعطاة لكل قرض من جميع البنوك والمؤسسات المالية¹⁶.

تساعد هذه المصالح على تحديد الوضعية النقدية والاقتصادية للقطاع، ومن خلال معطياتها يمكن لمحافظ بنك الجزائر تحرير التقرير السنوي الاقتصادي والنقدي للبلاد¹⁷، فضلا عن تقارير تقدم

إلى رئيس الجمهورية مع تبليغها إلى الوزير الأول ومجلس النقد والقرض. تتضمن هذه التقارير تقرير حول تسيير احتياطات الصرف، وتقرير حول تسيير الديون الخارجية يتضمن تحليلا حول وضعية وآفاق قدرة الاقتصاد على الوفاء بالديون الخارجية¹⁸.

أما في مجال تعيين الموظفين، فللمحافظ صلاحية توظيف أعوان بنك الجزائر وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون الأساسي للمستخدمين، فله صلاحية تعيينهم في مناصبهم وترقيتهم وعزلهم وفصلهم، كما يعين ممثلي بنك الجزائر في مجالس المؤسسات الأخرى عندما يكون هذا التمثيل مقررًا، ويختار من بين إطارات بنك الجزائر وكلاء خاصين. يحدد المحافظ صلاحيات كل نائب من نوابه ويوضح سلطاتهم¹⁹.

3) دور المحافظ في تأسيس البنوك والمؤسسات المالية:

يخضع تأسيس بنك أو مؤسسة مالية وكذا إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية داخل التراب الوطني لإجراءين اثنين، الأول يتمثل في الحصول على الترخيص كإجراء أولي يمنح من قبل مجلس النقد والقرض²⁰ بعد التأكد من توفر الشروط القانونية سواء بالنسبة لمؤسس هذا الكيان وتوفر برنامج النشاط وإثبات الإمكانات المالية والتقنية²¹، مما يسمح بإنشاء شركة تخضع للقانون الجزائري ولا يمكن أن يعط لها وصف البنك أو المؤسسة المالية إلا بعد إتمام الإجراء الثاني المتمثل في الحصول على الاعتماد. هذا الأخير هو الذي يعطي الوصف المصرفي لهذه الشركة، أو يسمح لها بالبداية في القيام بالعمليات المصرفية المحددة في القانون الأساسي لهذا الكيان المصرفي المنشأ، إن الحصول على الاعتماد يكون من قبل محافظ بنك الجزائر لا غير، ويصدر في شكل مقرر ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية²².

إن الغاية من نشر هذا المقرر في الجريدة الرسمية هي إعلام الغير بالوجود القانوني للكيان

المنشأ سواء بنك أو مؤسسة مالية أو فرع بنك، هذا لحماية الغير المتعامل مع هذا النوع من المؤسسات، لهذا يلزم الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض طبقا لنص المادة 93 منه، محافظ

بنك الجزائر بتحديد قائمة البنوك والمؤسسات المالية محيئين وفقا لكل تطور سواء بإدراج بنوك ومؤسسات جديدة أو سحب اعتماد منها، وتنشر هاتان القائمتان كل سنة في الجريدة الرسمية وينشر كل تعديل يطرأ عليها.

ثانياً: علاقة محافظ بنك الجزائر بوزير المالية.

تشارك في المجال المالي العديد من القطاعات، ويظهر التكامل بينها، ومن أهمها تلك العلاقة التي تربط محافظ بنك الجزائر بوزير المالية.

باعتبار المحافظ المشرف الأول على القطاع المصرفي والعين الساهرة على سلامته وصلابته، إلا أنه يظهر في المقابل دور وزير المالية في المجال النقدي استنادا لما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 95-54 المؤرخ في 15 فبراير 1995 المتضمن تحديد صلاحيات وزير المالية²³، إذ يعطي هذا الأخير لوزير المالية صلاحيات في مجال النقد، وفقا للفقرة الثانية من نص المادة 02 منه، حيث أوكلت له صلاحية إعداد أي نص يتعلق بالنقد أو القيام بأي تدبير أو إجراء يساهم في تسيير الأدوات النقدية، كما له أن يقوم بأي تدبير أو عمل ضبط الوتيرة من شأنه أن يدرج السياسة النقدية ضمن تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية في برنامج الحكومة²⁴.

1- صلاحيات وزير المالية في المجال البنكي:

إن وزارة المالية، وفي إطار تنظيم الإدارة المركزية بها، نجد المديرية العامة للخرينة، وتضم هي الأخرى خمس مديريات من بينها مديرية البنوك العمومية والسوق المالية وتتكفل هذه المديرية بما يلي²⁵:

- « جمع وتحليل كل المعلومات والمعطيات المتعلقة بتطور الأسواق والمشاركة في كل الأشغال الرامية إلى تطوير وعصرنة النظام البنكي والمالي.
- تنظيم متابعة وتحليل وتقييم البنوك العمومية وغيرها من المؤسسات المالية العمومية.

- تنظيم متابعة وتحليل وتقييم مساهمات الدولة في البنوك والمؤسسات المالية.
- ترقية الآليات الجديدة لتمويل الاقتصاد عن طريق الأسواق المالية.
- التقييم الدوري لسير وأداء مؤسسات السوق واقتراح أي تدبير يرمي إلى تحسين فعاليتها.
- إبداء الرأي في أي نص تبادر به سلطات السوق المالية.
- اقتراح أي تدبير يهدف إلى تعبئة الادخار وتطوير الوساطة المالية».
- وفي أدائها لمهامها تنقسم هذه المديرية إلى ثلاث مديريات فرعية، وهي المديرية الفرعية للمؤسسات البنكية، المديرية الفرعية للسوق المالية، والمديرية الفرعية لعصرنة الأسواق وإدماجها وترجع لكل مديرية فرعية صلاحيات محددة.

● **المديرية الفرعية للمؤسسات البنكية وتكفل بما يلي:**

- التقييم الدوري للوضع المالية ونشاط البنوك.
 - ضمان تسيير مساهمات الدولية في القطاع البنكي في إطار ممارسة وزير المالية سلطات وصلاحيات الجمعية العامة، بتحضير وعقد الجمعيات العامة العادية وغير العادية، وكذا متابعة تنفيذ لوائح هذه الجمعيات.
 - المبادرة بأي عمل من شأنه أن يسمح بالتأهيل المؤسساتي وعصرنة البنوك العمومي، والمساهمة في ذلك.
 - اقتراح أي تدبير يرمي إلى تحسين تسيير البنوك العمومية.
 - اقتراح أي عمل للإصلاح المؤسساتي للقطاع البنكي والمساهمة في تنفيذه.
 - إعداد أي وثيقة للتخليص السنوي حول وضعية تطور القطاع البنكي وآفاقه.
- **المديرية الفرعية للسوق المالية، وتكلف بما يأتي:**

- اقتراح أي تدبير يرمي إلى تنشيط السوق المالية وتطوير منتجات مالية جديدة والتنظيم والتطوير المؤسساتي لسوق رؤوس الأموال.
- التقييم الدوري للإطار المؤسساتي للوساطة المالية واقتراح التدابير التي من شأنها أن تدعم فعاليتها.
- اقتراح كل التدابير التي من شأنها التشجيع على استثمار الادخار في الأسواق المالية، بالاتصال مع الهياكل المعنية.
- إعداد أي وثيقة للتخليص السنوي حول وضعية تطور السوق المالية وآفاقها.
- **المديرية الفرعية لعصرنة الأسواق وإدماجها، وتكلف بما يأتي:**
 - جمع المؤشرات الاقتصادية والمالية وإعدادها وتحيينها.
 - القيام بالتحليل الكمية والنوعية انطلاقاً من المؤشرات الاقتصادية والمالية.
 - تحليل ظروف تمويل الاقتصاد عن طريق وساطة الأسواق المالية.
 - اقتراح أي تدبير يرمي إلى إزالة عراقيل الأسواق المالية في مجال تغطية مجمل عمليات إنضاج المنتجات (مدى قصير ومتوسط وطويل) وكذا على مستوى تناسق قواعد تسييرها.

باستقراء وظيفة مديرية البنوك العمومية والسوق المالية، وكذا وظائف كل من مديرياتها الفرعية يظهر جلياً دور وزير المالية في القطاع المصرفي، إذ يسعى هو الآخر إلى تطوير وعصرنة القطاع المصرفي، من خلال الاقتراحات التي يقدمها في هذا المجال إلى محافظ بنك الجزائر، والهدف منها تطوير القطاع المصرفي. هذا ما نلمسه في الوقت الحالي باتجاه الأنظار إلى القطاع المصرفي في إطار تطور المنظومة المالية والمصرفية، ففي الثلاثي الأخير من سنة 2017، وفي مجال الإصلاحات المالية والجبائية التي قامت بها الجزائر، أصدر وزير المالية الحالي دخول المنتجات المصرفية الإسلامية المجال المصرفي وذلك في ثلاث بنوك وهي: الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، بنك التنمية المحلية وبنك البركة²⁶،

غير أن المحافظ وبناء على صلاحياته في الإشراف على القطاع المصرفي أصدر قرارا بتجميد قرار وزير المالية، على أساس عدم وجود نصوص قانونية تنظم مجال الصيرفة الإسلامية في الجزائر، مما يصعب التعامل مع المنتجات الإسلامية واصطدامها مع النظام المصرفي التقليدي كون أن هذه البنوك ستواجه العديد من العقبات، إذ أن بنك الجزائر يعمل وفقا للنظام المصرفي التقليدي القائم على أساس نظام الفوائد وهو ما يتعارض ومبدأ البنوك الإسلامية التي لا تعمل بنظام الفوائد أخذا أو عطاء وهي الربا المحرمة شرعاً.

2- دور بنك الجزائر في تمويل الخزينة العمومية:

إضافة إلى هذا، فالمشروع الجزائري بتعديله للأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض بموجب قانون المالية لسنة 2018 أضاف نص المادة 45 مكرر والتي تنص على منح بنك الجزائر تمويل غير تقليدي لفائدة الخزينة العمومية وذلك بغرض استعادة توازنها وذلك في أجل أقصاه خمس سنوات، وتطبيقا لهذا النص صدر المرسوم رقم 18-86 المؤرخ في 5 مارس 2018 يتضمن آلية متابعة التدابير والإصلاحات الهيكلية في إطار تنفيذ التمويل غير تقليدي²⁷. هذا المرسوم يوضح العلاقة بين وزير المالية ومحافظ بنك الجزائر، هذا الأخير الذي يقوم على الإشراف على عمليات التمويل وكذا متابعتها باعتباره المشرف على إدارة شؤون بنك الجزائر. وفي هذا المجال، فإن بنك الجزائر يعتمد في القيام بمهمته المسندة إليه على لجنة تتكون من ممثليه وممثلي وزارة المالية، فبالنسبة للمثلي بنك الجزائر، فإنه يتم تعيينهم من قبل محافظ بنك الجزائر، وهذا في إطار الصلاحيات المحددة له طبقا لنص المادة 16 في فقرتها الثامنة.

تعمل هذه اللجنة بالتواصل مع وزير المالية من جهة ومحافظ بنك الجزائر من جهة أخرى.

فمن جهة العمل مع وزير المالية، فإنها تقترح عليه البرنامج التقديري لإصدار سندات الدولة، وتعمل على اعتماد مستوى اللجوء إلى التمويل غير التقليدي²⁸، يقوم وزير المالية بإعلام اللجنة في أداء مهامها كل ثلاثة أشهر بالأعمال والتدابير المحققة والمتعلقة بإنجاز البرنامج المرفق.

أما بالنسبة لعلاقة اللجنة مع محافظ بنك الجزائر، فهي ملزمة بإرسال كشف تفصيلي يبين مدى تنفيذ التدابير والإصلاحات المحققة لإنجاز البرنامج المرفق، كما يبين الكشف الفصلي وضعية المعطيات المالية المتعلقة بخزينة الدولة والتوازنات الخارجية، ضف إلى هذا توضيح مستوى اللجوء إلى التمويل غير التقليدي بالرجوع للأهداف المحولة²⁹.

3- دور وزير المالية في إصدار الأنظمة والرقابة على القطاع المصرفي:

إن علاقة وزير المالية بمحافظ بنك الجزائر لا تتوقف على التعاون بينهما في مجال تسيير المجال المالي، وإنما تمتد إلى إصدار أنظمة بنك الجزائر حيث يفرض الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم على المحافظ تبليغ مشاريع الأنظمة إلى الوزير المكلف بالمالية، والذي يتاح له أجل عشرة أيام لطلب تعديلها بعد الاطلاع عليها، إذا رأى وجوب تعديلها، قبل إصدارها خلال اليومين الذين يليان موافقة مجلس النقد والقرض عليها³⁰.

في حال وجود تعديل مقدم من قبل وزير المالية على مشاريع الأنظمة، فإن المحافظ يستدعي مجلس النقد والقرض وجوبا للاجتماع في أجل خمسة أيام، ويعرض عليه التعديل المقترح، ويكون القرار المتخذ في هذه الحالة نافذا مهما كان مضمونه³¹.

أما في حالة عدم وجود اعتراض من وزير المالية على القرار المتخذ بعد تقديم التعديل، فلا يكون له حق الاعتراض أمام مجلس النقد والقرض، وإنما يكون القرار في هذه الحالة محل دعوى إلغاء يقدمها وزير المالية أمام مجلس الدولة في أجل ستين يوما من تاريخ نشره تحت طائلة رفضه شكلا³².

أما في الجانب المحاسبي فيظهر دور وزير المالية وعلاقته بالمحافظ من خلال التقارير التي يرسلها محافظ بنك الجزائر إلى وزير المالية المتضمنة وضعية حسابات البنك المقفلة في نهاية كل شهر وتنشر في الجريدة الرسمية³³. غير أن الواقع العملي خلاف ذلك، إذ أن بنك الجزائر لا ينشر هذه الحسابات كما جاء في نص المادة 31 وإنما النشر لأشهر مختلفة وبين فترات متباعدة وهذا ما يؤثر على متابعة ورقابة النشاط المصرفي.

يمارس وزير المالية رقابته على القطاع المصرفي وبالتحديد على بنك الجزائر من خلال اطلاعه على التقارير التي يرسلها له مراقب بنك الجزائر كل سنة خلال الأربعة أشهر التي تلي لختام السنة المالية وتقدم نسخة أخرى من التقرير الرقابي هذا للمحافظ، حيث يسمح هذا التقرير للمحافظ باتخاذ الإجراءات التي يراها ضرورية في مجال الإخلالات التي يرصدها المراقبان، وبالمقابل لوزير المالية تقديم الاقتراحات أو الملاحظات التي يراها ضرورية بناء على التقرير والمعطيات المدونة في سجل المداومات خاص بمجلس إدارة بنك الجزائر³⁴.

الخاتمة:

إن التنظيم والإشراف على القطاع المصرفي يقتضي بالضرورة تضافر الجهود من أجل تطويره والنهوض بها إلى مصف الأنظمة المصرفية العالمية، لذا فإن دور المحافظ يعد دوراً بالغ الأهمية إلا أن المحافظ لا يستطيع لوحده الإمام بكل ما يحدث لذا فالمشرع الجزائري أعطى لوزير المالية دوراً في المجال المصرفي مما يتعين التعاون بين هذين الهيئتين، غير أن المحافظ يحتاج لاستقلالية أوسع وذلك من خلال إعادة النظر من قبل المشرع في مسألة تحديد العهدة للمحافظ وذلك حتى يتجسد استقلاله استقلالاً حقيقياً، وإن مسألة تدخل وزير المالية في القطاع المصرفي لا يمس بمبدأ استقلال السلطات وإنما يعد وصفاً حقيقياً للتكامل في الاختصاصات داخل القطاع المالي والبنكي.

الهوامش:

- 1- الدستور الجزائري لـ 28 نوفمبر 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996 والمعدل والمتمم.

- 2- الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم الصادر بتاريخ 26 أوت 2003، الجريدة الرسمية العدد 52 الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003.
- 3- أيمن بن عبد الرحمن، تطور النظام المصرفي الجزائري، دار بلقيس للنشر، بدون سنة، الجزائر، ص 26.
- 4- أول من عين في منصب محافظ بنك الجزائر- البنك المركزي سابقا- هو السيد صغير مصطفاي بموجب المرسوم الرئاسي رقم 62-150 المؤرخ في 28 ديسمبر 1962، الجريدة الرسمية العدد 1 لسنة 1963.
- 5- نص المادة 13 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المشار إليه سابقاً.
- 6- القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 14 أبريل 1990، الجريدة الرسمية العدد 16 الصادرة بتاريخ 18 أبريل 1990.
- 7- نص المادة 3/22 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض المشار إليه سابقاً.
تجدد الإشارة أن نص الفقرة السابقة لم يتم احترامه وذلك ما حدث عند تعيين السيد عبد الرحمن الرستمي حاج ناصر محافظا للبنك المركزي بتاريخ 15 أبريل 1990 حيث تم إنهاء مهامه بدون أي سبب بتاريخ 21 جويلية 1992.
- 8- نص المادة 15/211 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المشار إليه سابقاً.
- 9- أيمن بن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 27.
- 10- نص المادة 22 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المشار إليه سابقاً.
- 11- نص المادة 3/24 من نفس الأمر.
- 12- نص المادة 58 و60 من نفس الأمر.
- 13- نص المادة 107 من نفس الأمر.
- 14- نص المادة 3/16، 4، 5، من نفس الأمر.
- 15- استدعي المحافظ السابق محمد لكساسبي أمام القضاء في قضية بنك خليفة.
- 16- نص المادة 98 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المشار إليه سابقاً.
- 17- نص المادة 30 من نفس الأمر.
- 18- نص المادة 29 من نفس الأمر.
- 19- نص المادة 7/16، 8 ونص المادة 17 من نفس الأمر.
- 20- نص المادة 80 من نفس الأمر.
- 21- نص المادة 1/91 من نفس الأمر.
- 22- نص المادة 3/91، 4 من نفس الأمر.
- 23- المرسوم التنفيذي رقم 95-54 مؤرخ في 15 فبراير 1995 يحدد صلاحيات وزير المالية، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 19 مارس 1995.

- 24- نص المادة 80 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المشار إليه سابقاً.
- 25- نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 95-54، المحدد لصلاحيات وزير المالية، المشار إليه سابقاً.
- 26- بنك البركة بنك إسلامي منذ تأسيسه وضمن قانونه الأساسي يعمل وفق المنتجات المصرفية الإسلامية.
- 27- المرسوم التنفيذي رقم 18-86 مؤرخ في 5 مارس 2018 يتضمن آلية متابعة التدابير والإصلاحات الهيكلية في إطار تنفيذ التمويل غير التقليدي، الجريمة الرسمية ع. 15 الصادر بتاريخ 7 مارس 2018.
- 28- نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-86، المشار إليه سابقاً.
- 29- نص المادة 6 من نفس المرسوم.
- 30- نص المادة 1/63 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المشار إليه سابقاً.
- 31- نص المادة 2/63 من نفس الأمر.
- 32- نص المادة 1/65، 2 من نفس الأمر.
- 33- نص المادة 31 من نفس الأمر.
- 34- نص المادة 4/27، 6 من نفس الأمر.

ملاحظات حول التزامات مزود الوصول إلى الانترنت لوقف نشر
المحتوى غير المشروع ب عد إضافة المادة 394 مكرر 8 ق.ع في
القانون 16-02

عكو فاطمة الزهرة، أستاذة محاضرة قسم ب

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/03

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/04

تاريخ إرسال القبول: 2017/06

مقدمة

توفر شبكة الانترنت خدمات متنوعة ومتعددة لمستخدميها عبر العالم، منها ما تطرق إليها
المشرع الجزائري بالمادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 98-257¹ الذي يضبط شروط وكيفيات
إقامة خدمات "انترنت" واستغلالها، كالتصفح عبر خدمات الشبكة العنكبوتية العالمية (WWW)،
البريد الإلكتروني، منبر التحاور، ...²، مما أدلى تيسير كل أنواع التعاملات بين الأشخاص العامة

¹ - المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "انترنت"
واستغلالها، الجريدة الرسمية عدد 63، سنة 1998، ص05.

² - لأكثر تفاصيل أنظر مرجع فاطمة الزهرة عكو، المسؤولية المدنية لمقدمي الخدمة الوسيطة في الانترنت، رسالة دكتوراه
في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015/2016، ص2.

والخاصة، وبين الأشخاص المعنوية والأشخاص الطبيعية، سواء كانت تلك التعاملات مدنية، تجارية أو حتى إدارية. وهذا يخفف الكثير من أعباء الاتصال بين الأشخاص، ويلغي العديد من الحواجز التي كانت تعيق تداول المعلومات عبر شبكة الانترنت بينهم.

إلا أن نشر المعلومات وتداولها عبر الانترنت ووصول المستخدم إلى شبكة الانترنت والحصول على تلك المعلومات، يتطلب تدخل مجموعة من الأشخاص لهم أدوار متعددة، يطلق عليهم مصطلح "مقدمي خدمات الانترنت". وبما أن هؤلاء الأشخاص هم الذين يكمن دورهم في تقديم الخدمات لنشر المعلومات عبر الانترنت، فهم الذين لهم القدرة على حجب تلك المعلومات ووقف نشرها عبر الانترنت عندما تكون غير مشروعة. إلا أنه لا يمكنهم القيام بذلك من تلقاء أنفسهم، وإنما لابد من توافر القواعد القانونية التي تحدد مقدمي الخدمات الذين يقع على عاتقهم منع نشر المحتوى غير المشروع، والالتزامات التي تقع على عاتقهم لمنع نشر هذا المحتوى، والمسؤولية المترتبة عن إخلالهم في تنفيذ تلك الالتزامات.

لم يضع المشرع الجزائري قواعد قانونية متكاملة تنظم شبكة الانترنت، يحدد فيها التزامات كل من مستخدمي شبكة الانترنت ومقدمي خدمات الانترنت، والمسؤولية الواقعة على عاتقهم، إلا أنه كانت له تدخلات متواضعة في هذا المجال، تضمنت تنظيم بعض القواعد المتعلقة بمقدمي خدمات الانترنت، من بينها القواعد التي تلزم مقدم خدمات "أنترنت" خلال ممارسة نشاطه باتخاذ الإجراءات اللازمة لتأمين حراسة لمضمون الموزعات المفتوحة لمشركيه، قصد منع النفاذ إلى الموزعات التي تحوي معلومات تتعارض مع النظام العام والآداب الواردة بنص المادة 8/14 من المرسوم التنفيذي 98-257 السالف ذكره، والقواعد التي تضع على عاتق مقدمي خدمة "الإنترنت" التزاما بوقف نشر المحتوى غير المشروع الواردة بنص المادة 12 من القانون 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية

من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها¹، والقواعد التي تحدد العقوبات المقررة على مقدمي خدمات "الإنترنت" بمفهوم المادة 2 من القانون 09-04 السالف ذكره، عندما لا يقومون بوقف نشر المحتوى غير المشروع الذي يشكل جرائم منصوص عليها قانونا الواردة بالمادة 394 مكرر 8 من ق.ع التي تمت إضافتها بمقتضى المادة 2 من القانون 16-02 المتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات².

وما نلاحظه من خلال قراءة نص المادة 12 من القانون 09-04 والمادة 394 مكرر 8 ق.ع، أن المادة 12 من القانون 09-04 حددت التزامات معينة يقوم بها مقدمو خدمة "الإنترنت" لوقف نشر المحتوى غير المشروع دون أن تحدد الجزاءات التي تترتب عليهم في حالة إخلالهم بتنفيذ تلك الالتزامات. وتتمثل هذه الالتزامات في الالتزام بسحب المحتوى غير المشروع وتخزينه أو جعل الدخول إليه غير ممكن، ووضع ترتيبات تقنية لحصر إمكانية الدخول إلى المحتوى المخالف للنظام العام والآداب.

وحددت المادة 394 مكرر 8 ق.ع عقوبات معينة في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الواقعة على مقدمي خدمات "الإنترنت" لمنع المحتوى غير المشروع عندما يشكل جريمة منصوص عليها قانونا. فهل تعتبر المادة 394 مكرر 8 ق.ع استدراكا للنقائص الموجودة بالمادة 12 من القانون 09-04؟ وما الجديد الذي جاءت به المادة 394 مكرر 8 ق.ع، لم يكن واردا في نص المادة 12؟

¹ - القانون رقم 09-04 المؤرخ في 5 أوت 2009، الجريدة الرسمية عدد 47، سنة 2009، ص 8.

² - القانون رقم 16-02 مؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016، يتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 37، سنة 2016، ص 4.

للإجابة عن التساؤلات السالفة الذكر سنحاول البحث في التزامات مزود خدمة الوصول إلى الانترنت لوقف نشر المحتوى غير المشروع، من خلال بعض المواد القانونية التي لها علاقة بذلك وأهمها المادة 12 من القانون 09-04 والمادة 394 مكرر 8. وستتم دراسة ما سبق باتباع المنهج التحليلي، حيث سيتم تحليل المواد السالفة الذكر، والتعليق عليها، للبحث عن مدى كفايتها، وعن النقائص الواردة فيها، وتقديم الملاحظات اللازمة عن كل ذلك.

دراسة هذا الموضوع تتم من خلال أربعة مطالب:المطلب الأول- تحديد مفهوم الأشخاص الملزمين بوقف نشر المحتوى غير المشروع، المطلب الثاني- الالتزام بسحب المحتوى غير المشروع وتخزينه أو جعل الدخول إليه غير ممكن، المطلب الثالث- الالتزام بوضع ترتيبات تقنية لمنع الدخول إلى المحتوى غير المشروع، المطلب الرابع-الجزاء المترتبة عن الإخلال بالتزامات منع نشر المحتوى غير المشروع.

المطلب الأول:تحديد مفهوم الأشخاص الملزمين بوقف نشر المحتوى

غير المشروع

لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلحات مختلفة لتحديد الأشخاص الملزمين بوقف نشر المحتوى غير المشروع، فتارة يستعمل مصطلح مقدمي خدمات "الانترنت" في النص باللغة العربية، وتارة يستعمل مصطلح مزود خدمة الوصول إلى الانترنت في النص باللغة الفرنسية، وللتعليق على المصطلحات التي جاء بها المشرع الجزائري،ينبغي أولاً تحديد المقصود بمصطلح مقدمي خدمات الانترنت (الفرع الأول)، والمقصود بمصطلح مزود الوصول إلى الانترنت (الفرع الثاني)، من أجل إمكانية تحديد الأشخاص الملزمين بوقف نشر المحتوى غير المشروع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف مقدمي خدمات أنترنت Les fournisseurs de service internet

لمقدمي خدمات الانترنت مصطلحات أخرى منها مقدمو الخدمات الوسيطة في الانترنت، والوسطاء في خدمة الانترنت، وسمو بالأشخاص الوسطاء لأن دورهم ينحصر في تمكين المستخدم من الدخول إلى شبكة الانترنت والتحول فيها، والاطلاع على ما يريد، فمنهم من ينقل الخدمة ومنهم من يمكن المستخدم من الوصول إلى الموقع ومنهم من يخزن المعلومات أو ينتجها أو يوردها¹.

وقد تم تعريف مقدمي الخدمات من طرف المشرع الجزائري، في المادة 2/د من القانون 09-04 السابق ذكره التي تنص على ما يلي: مقدمو الخدمات:

- 1- أي كيان عام أو خاص يقدم لمستهلمي خدماته، القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام للاتصالات.
- 2- وأي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو لمستهلميها".

وقد خص المشرع الجزائري في تعريفه مقدمي الخدمات التقنية فقط، فالمادة تضمنت معالج ومخزن المعطيات وهي خدمة تقنية، وكذا مقدم خدمة الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات وكلاهما عمل تقني. ودور مقدمي الخدمات لا يقتصر فقط على الدور التقني، وإنما هناك

¹- عبد الفتاح بيومي حجازي، الجرائم المستحدثة في نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009، ص93.

أشخاص آخرون لهم دور رئيسي يسمون موردي المعلومات، فهم الذين يقومون بتوريد المحتوى المعلوماتي في شبكة الانترنت¹.

فوسطاء الانترنت أو مقدمو خدمات الانترنت يتنوعون حسب الدور الذي يقومون به حسبما ذكرناه سابقا حيث نجد بالإضافة إلى مورد المحتوى المعلوماتي، مزود الوصول، مزود الإيواء، ناقل المعلومات، مزود خدمة البحث وخدمة إنشاء خطوط الربط بالمادة المعلوماتية، منشئ الموقع، مسجل اسم النطاق ...².

الفرع الثاني: تعريف مزود الوصول إلى الانترنت Le fournisseur d'accès à l'internet

يطلق على مزود الوصول إلى الانترنت أسماء كثيرة منها متعهد الوصول، متعهد الدخول، مورد المنافذ، مورد الدخول، مزود الدخول، مزود خدمة الدخول، وهو قد يكون شخصا من أشخاص القانون العام أو جمعية أو شركة تجارية، ودوره يتمثل في توفير إمكانية الاتصال بشبكة الانترنت للجمهور، وعن طريقه يتم اتصال مستخدمي الانترنت بالمواقع التي يرغبون في الدخول إليها، بعد إمدادهم بالوسائل المادية التي تمكنهم من استخدام شبكة الانترنت، ومن هذه الوسائل المودم (Modem)³.

لم يعرف المشرع الجزائري مقدم الخدمة إلا أنه تطرق إلى الدور الذي يؤديه عند تعريفه مقدمي الخدمات في المادة 2/د من القانون 04-09. ومن بين مزودي الوصول إلى الانترنت في الجزائر نجد

¹-فاطمة الزهرة عكو، المرجع السابق، ص25.

²-لأكثر تفاصيلاً أنظر مرجع فاطمة الزهرة عكو، المرجع السابق، ص25 وما يليها.

³-علي كحلون، المسؤولية المعلوماتية: محاولة لضبط مميزات المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها، مركز النشر الجامعي، تونس، 2005، ص75.

مقدم الخدمة DJAWEB و FAWRI في القطاع العام، ASSILA BOX و EEPAD في القطاع الخاص¹.

وبمأن الدور الأصلي لمزود الوصول إلى الانترنت هو أن يتعهد فقط بأن يؤمن للمشاركين الوسائل التقنية اللازمة لاستعمال الانترنت، وتيسير إمكانية الاطلاع على المعلومات من خلال المنفذ الذي يعده لهذا الغرض، فإنه لا يكون على علم بالمعلومات المنقولة على شبكة الانترنت، لكن يمكن لمزود الخدمة هذا أن يتعدى دوره ليقدم خدمات إضافية بأن يصبح موردا للمعلومات والخدمات التي تنشر على الشبكة، أو مزودا لخدمة البريد الإلكتروني، أو استضافة المواقع². وبذلك يمكن أن يتحقق علمه بالمعلومات المنشورة على شبكة الانترنت.

الفرع الثالث: تحديد مقدمي خدمات الانترنت المعنيين بوقف نشر المحتوى

غير المشروع

لقد فرض المشرع الجزائري على مقدمي خدمات الانترنت التزامات تقع على عاتقهم، دون غيرهم من مقدمي خدمات الإعلام والاتصال، وذلك بالمادة 12 من القانون 09-04 والتي تنص على أنه "زيادة على الالتزامات المنصوص عليها في المادة 11 أعلاه، يتعين على مقدمي خدمات الانترنت....". وما يلاحظ على نص هذه المادة باللغة العربية أن المشرع يخاطب كل مقدمي خدمات الانترنت دون تمييز فيما بينهم، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة باللغة الفرنسية جاء فيه أن الأشخاص المخاطبين بما هم « les fournisseurs d'accès »، ويقصد بهذا المصطلح مزودي

¹-بمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة في العلوم، تخصص قانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2011، 2012، هامش ص34.

²-محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الإنترنت، بدون دار نشر، 2004، ص38.

الوصول إلى الإنترنت فقط دون غيرهم من مقدمي خدمات الإنترنت، لأن المقصود بمقدمي خدمات الإنترنت باللغة الفرنسية هو « les fournisseurs de service internet ». وبذلك هناك تناقض بين النص العربي والفرنسي في تحديد الأشخاص المعنيين بنص المادة 12 من القانون 04-09، الذين تقع على عاتقهم التزامات معينة لمنع نشر المضمون غير المشروع، فهل المادة 12 من القانون 04-09 تخاطب كل مقدمي خدمات الإنترنت، أم هي تتعلق بمزودي الوصول إلى الإنترنت فقط¹.

يلاحظ حسب الباحثة هجيرة بودر، أن المادة 12 من القانون 04-09 ما هي إلا تذكير بالالتزامات الواقعة على عاتق مقدمي خدمة الإنترنت الواردة بالمرسوم التنفيذي 98-256، الذي يعدل ويتمم بعض أحكام الجزء التنظيمي من الأمر 75-89 المتضمن قانون البريد والمواصلات. والمأخوذة - عند تحرير النص - من كراسة الشروط الموضوعة من طرف سلطة ضبط البريد والمواصلات لفائدة كل طالب ترخيص من أجل ممارسة نشاط تقديم خدمات الإنترنت².

وإذا رجعنا إلى المادة 394 مكرر 8 ق.ع في نصها العربي، جاءت بعقوبات تسلط على مقدم خدمات الإنترنت بمفهوم المادة 2 من القانون 04-09، حيث تنص على أنه "دون الإخلال بالعقوبات الإدارية ... يعاقب بالحبس ... مقدم خدمات "الإنترنت" بمفهوم المادة 2 من القانون رقم 04-09 ..."

¹-فاطمة الزهرة عكو، المرجع السابق، ص164.

²- BOUDER (Hadjira) Orientations de la politique pénale de prévention et de lutte contre la criminalité liées aux TIC en Algérie, R A S J E P, n°02, année 2011, p153.

والمادة 2 من القانون 09-04 حددت فئتين من مقدمي الخدمات حسب الدور الذي يقومون به، الفئة الأولى مقدمي الخدمات الذين يوفران الاتصال بالهاتف والاتصال بالانترنت أي أن مزود الاتصال بالهاتف ومزود الوصول إلى الانترنت، يدخلان ضمن هذه الفئة، والفئة الثانية تتضمن مقدمي الخدمات الذين يوفران خدمة معالجة أو تخزين المعطيات المعلوماتية، أي يدخل ضمن هذه الفئة مقدم خدمة إنشاء موقع، ومقدم خدمة الإيواء.

يستخلص من خلال نص المادة 2 من القانون 09-04 أن الأشخاص المخاطبين بنص المادة 394 مكرر 8 ق.ع في نصها العربي، هم مقدمو خدمات الانترنت بما فيهم مزود الوصول إلى الانترنت، وعندما نرجع إلى نص المادة 394 مكرر 8 ق.ع باللغة الفرنسية فيلاحظ أنها جاءت لتسلط العقوبات في حال الإخلال بالتزامات معينة من طرف مزود الوصول إلى الانترنت بمفهوم المادة 2 من القانون 09-04 حيث تنص على أنه « le fournisseur d'accès à ... » « ... internet au sens de l'article 2 de la loi n°09-04 ».

وإذا بحثنا عن المقصود بمزود الوصول إلى الانترنت في المادة 2 من القانون 09-04 فإنه يلاحظ أن هذه المادة لم تعرف مزود الوصول إلى الانترنت، ولم تعرف أيضا مقدمي خدمات آخرين، وإنما عرفت الدور الذي يقوم به مقدمو الخدمات، ومن بينهم مزود الوصول إلى الانترنت. ولمعرفة الدور الذي يقوم به مزود الوصول إلى الانترنت في المادة 2 من القانون 09-04، علينا أن نرجع فقط إلى الفقرة الأولى منها لأنها هي التي تعرف الدور الذي يقوم به هذا الشخص، أما الفقرة الثانية فهي تعرف الدور الذي يقوم به مقدمو خدمات معالجة المعطيات كمنشئ الموقع، ومقدمي خدمات تخزين المعطيات كمقدم خدمة الإيواء.

نستنتج من كل ما سبق أن هناك تناقضا آخر واردا في نص المادة 394 مكرر 8 ق.ع بين النص باللغة العربية والنص باللغة الفرنسية، فبينما يتحدث النص باللغة العربية عن مقدمي خدمات

الانترنت بما فيهم مزود الوصول إلى الانترنت، يتحدث النص باللغة الفرنسية عن مزود الوصول إلى الانترنت فقط.

عند اختلاف النص باللغة العربية عن النص باللغة الفرنسية فإنه حسب الرأي الراجح لدى الفقه والقضاء المقارن ينبغي البحث عن نية المشرع التي لا يمكن بلوغها إلا بالرجوع إلى النص الأصلي، وطالما أن النص الأصلي لقانون العقوبات هو النص الفرنسي فالاحتكام يكون أصلا للنص الفرنسي¹. وبذلك فإن المعنيين بوقف نشر المحتوى غير المشروع، حسب النص الفرنسي الراجح، هم مزودي الوصول إلى الانترنت "Les fournisseurs d'accès" دون مقدمي الخدمات الآخرين.

المطلب الثاني: الالتزام بسحب المحتوى غير المشروع وتخزينه أو جعل

الدخول إليه غير ممكن

يلتزم مزود الوصول إلى الانترنت بالتدخل الفوري لسحب المحتوى غير المشروع بمجرد علمه بذلك وتخزينه أو جعل الدخول إليه غير ممكن، وبذلك فإن إخلاله بهذا الالتزام يكون عند العلم بوجوده في الانترنت (الفرع الأول)، دون التدخل الفوري لسحب المحتوى وتخزينه (الفرع الثاني)، وعدم جعل الدخول إليه غير ممكن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: العلم بوجود المحتوى غير المشروع عبر الانترنت

القاعدة التي تتضمنها المادة 12 من القانون 09-04 أن مزود الوصول إلى الانترنت لا يفترض علمه بمحتوى المعلومة التي ينقلها، وعليه لا يعد مسؤولا عن المعلومات المنشورة على شبكة الانترنت،

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص61.

وعن المعلومات التي يتولى نقلها، بالمقابل فإنه يعد مسؤولاً إذا كان يعلم بالطابع غير المشروع لها سواء بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، واستناداً إلى ذلك كله فإن مسؤوليته تبدأ بمجرد علمه بوجود المحتوى غير المشروع. لكن ما هو العلم المطلوب لإقامة مسؤوليته¹؟

لقد قرر أغلب الفقه في هذا المجال أن العلم الذي يمكن أن يستند إليه لإقامة مسؤولية مزود الوصول إلى الانترنت، هو العلم المؤكد بالطابع غير المشروع للمحتوى، فهو ليس فقط العلم المفترض، أو الناتج عن تسلم شكوى من أي كان، بل إن العلم المعتد به هو ذلك العلم الناتج من أن المعلومة غير مشروعة، وبشكل جلي، وطالما لم يحصل مزود الوصول على تأكيد بأن المعلومة غير مشروعة، فهو غير ملزم بالتصرف لحظر، وحجب المعلومة².

عند الرجوع إلى المادة 12 من القانون 09-04 يلاحظ أنه لا تفرض تشكيلات معينة لإعلام أو تبليغ مزود الوصول إلى الانترنت، كما أنها لم تضع طرقاً محددة لكي يحصل هذا الأخير على العلم بالمحتوى غير المشروع، وإنما يأخذ بالعلم بغض النظر عن طريقة العلم سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، وبالتالي ما يهم هو إثبات أن مزود الوصول إلى الانترنت على علم بالمحتوى غير المشروع، أما طريقة العلم لم يتم بتوضيحها نص المادة 12 من القانون 09-04³.

ومحاولة منه تجنب جزء من الغموض الذي يعتري موضوع العلم بالمحتوى غير المشروع من طرف مزود الوصول المنصوص عليه بالمادة 12 من القانون 09-04، حدد المشرع ثلاث طرق بالمادة

¹ -فاطمة الزهرة عكو، المرجع السابق، ص170.

² -محمد إبراهيم العرسان أبو الهيجاء، علاء الدين عبد الله الخصاونة، المسؤولية التقصيرية لمزودي خدمات الانترنت عن المحتوى غير المشروع: دراسة في التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 2000 والقانون الفرنسي، مجلة الشريعة والقانون، السنة 2004، العدد 42، سنة 2010، ص19.

³ -فاطمة الزهرة عكو، المرجع السابق، ص170.

394 مكرر8، وذلك بعد تعديل قانون العقوبات بالقانون رقم 16-02 في مادته الثانية، يتم من خلالها حصول علم مزود الخدمة بهذا المحتوى غير المشروع. وتمثل هذه الطرق في: أولاً إعداد مزود الوصول إلى الانترنت من الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها المنصوص عليها في القانون 09-04. ثانياً صدور أمر قضائي يلزم مزود الوصول. ثالثاً صدور حكم قضائي يلزم مزود الوصول.

يلاحظ أن المادة 394 مكرر8 ق.ع بإيرادها لطرق علم مزود الخدمة بالمحتوى غير المشروع، حتى يمكن مساءلته جزائياً خففت من المسؤولية التي كانت واقعة على عاتقه، حيث من جهة لا تقوم مسؤوليته إلا في حالة العلم بإحدى الطرق الثلاثة الواردة بالمادة السالفة الذكر، وبذلك لا يسأل جزائياً إذا ما حصل علمه بالمحتوى غير المشروع بشكل مباشر أي من تلقاء نفسه. ومن جهة أخرى أن إثبات عدم مشروعية المحتوى يحصل عليه من الجهات المختصة، سواء كان ذلك من الهيئة الوطنية أو من الجهات القضائية، معنى هذا أنه ليس المدعي أو المدعى عليه هو الذي يثبت لمقدم الخدمة مشروعية أو عدم مشروعية المحتوى، والادعاء بعدم مشروعية المحتوى لن يكون أمام مقدم الخدمة هذا بل يكون أمام الجهات المختصة.

الفرع الثاني: تقييم المحتوى غير المشروع من أجل التدخل لسحبه

قد أورد المشرع في المادة 12 من القانون 09-04، التزام مزود الوصول إلى الانترنت بالتدخل الفوري لسحب المحتويات غير المشروعة وتخزينها، أو أن يجعل الدخول إليها غير ممكن. والمحتوى الذي يقوم بسحبه مقدم الخدمة، يقتضي أن يكون غير مشروع، يعني أنه قبل قيامه بعملية السحب، عليه تقييم المحتوى ليتأكد من عدم مشروعيته طبقاً لنص المادة 12 من القانون 09-04.

أما بالرجوع إلى نص المادة 394 مكرر8 من ق.ع، فإن مقدم الخدمة هذا ليس هو من عليه تقييم المحتوى، وإنما يظهر من خلال هذه المادة أن الجهات المختصة هي التي تقوم بتقييم

المحتوى، وتكون المادة السالفة 394 مكرر 8 من ق.ع قد جنبت مقدم الخدمة العديد من الأدوار التي يقوم بها لتقييم المحتوى، واعتباره غير مشروع، أدوار ليست من اختصاصه أصلاً باعتبار دوره الأساسي تقنيا وليس قانونياً، فالهيئة الوطنية والجهات القضائية حسب المادة السالفة الذكر، يلعبان دوراً أساسياً في هذا المجال لتقدير عدم مشروعية المحتوى لأن مقدم الخدمة ليس أهلاً لتقدير تصرفات الأفراد، ولا يمكنه تقدير ما إذا كانت مشروعة أم لا.

الفرع الثالث: إجراءات سحب المحتوى غير المشروع

تتحقق مسؤولية مزود الوصول إلى الإنترنت، عند امتناعه عن وقف نشر المضمون رغم علمه بعدم مشروعيته، والعلم مقترن بالتبليغ، لذا لكي تنور مسؤولية مزود الخدمة هذا عن المضمون غير المشروع يلزم إثبات تبليغه بعدم مشروعيته، وبالتالي إثبات سلبيته بوضع حد للمخالفة أو تجنب وقوعها. فما هي الإجراءات الواجب اتباعها في هذا الإطار من طرف صاحب الحق في طلب وقف بث المضمون غير المشروع¹؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة؟

يلاحظ أنه في المادة 12 من القانون 90-04 لم يبين المشرع الإجراءات الواجب اتباعها، فلم تبين هذه المادة من له الحق في طلب سحب المحتوى غير المشروع من مزود الوصول إلى الإنترنت، وإلى أي جهة يلجأ ليقدم طلبه هذا، وكيف يتم إعلام مقدم الخدمة هذا، ليلزمه بسحب المحتوى غير المشروع، وبذلك فإن القواعد العامة المتعلقة بالإجراءات هي التي يمكن أن يتبعها من له مصلحة لمطالبة مزود الوصول بوقف بث المحتوى غير المشروع، بأن يلجأ إلى القضاء العادي أو إلى القضاء الاستعجالي.

¹ - أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدمي خدمات الإنترنت، دراسة تحليلية مقارنة، المنارة، المجلد 13، العدد 9، 2007، ص 370.

لكن بإضافة المادة 394 مكرر 8 ق.ع جاء المشرع بقواعد جديدة لم تكن مذكورة بنص المادة 12 من القانون 04-09 السابق ذكره، المتمثلة في تحديد الجهة المختصة التي تلزم مزود الوصول وقف بث المحتوى غير المشروع، وتحديد طبيعة الإجراء الذي يصدر من هذه الجهات، حيث أوكل هذه المهمة لجهتين: الجهة الأولى، المتمثلة في الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته، تعتبر جهة إدارية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-261 الذي يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها¹، ويصدر عنها إعدار.

وهذا الإعدار يعتبر أحد الأدوار التي تقوم بها الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته، إلى جانب الأدوار الأخرى الموكلة لها بموجب المرسوم الرئاسي 15-261 السالف ذكره، لكن ما يلاحظ أن هذا الدور لم يتم النص عليه في المرسوم الرئاسي السالف ذكره، فهل يجوز للهيئة أن تقوم بأدوار أخرى غير تلك الأدوار التي جاء بها هذا المرسوم؟ وهو الذي جاء ليحدد تنظيم وكيفية سير الهيئة.

أما من له الحق في رفع طلب وقف بث المحتوى غير المشروع إلى الهيئة الوطنية، وكل الإجراءات المتعلقة به، فهو ليس مبينا في المادة 394 مكرر 8 ق.ع، ويبقى التساؤل مطروحا على المشرع الجزائري ينبغي الإجابة عنه من خلال التشريعات اللاحقة حتى لا تبقى إجراءات الإعدار محل غموض.

¹ -المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-261، مؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1436 الموافق 8 أكتوبر سنة 2015، يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية العدد 53، سنة 2015، ص16، التي تنص على أنه "الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالخصخصة المعنوية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالعدل".

وتعتبر الجهة الثانية قضائية، ويصدر عنها إما حكم قضائي إذا تم اللجوء إلى رفع الدعوى في موضوع الحق. أو يصدر عنها أمر قضائي، يكون طبعاً عند وجود حالة استعجال، والتي ترفع أمام القضاء الاستعجالي.

أما باقي الإجراءات والمتمثلة في الإجابة عن صاحب الحق في طلب وقف بث المحتوى غير المشروع، وكيفية رفع الطلب، وكل ما يتعلق بذلك، إلى غاية صدور الأمر أو الحكم القضائي فلا وجود في المادة 394 مكرر 8 ق.ع ما بينها، مما ينبغي الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة المتعلقة بالإجراءات.

المطلب الثالث: الالتزام بوضع ترتيبات تقنية لمنع الوصول إلى المحتوى غير

المشروع

لقد فرض المشرع الجزائري طبقاً لنص المادة 12/ب من القانون 09-04 التزاماً على مزود الوصول إلى الانترنت، يتمثل في حصر إمكانية الدخول إلى الموزعات التي تحوي معلومات مخالفة للنظام العام والآداب العامة وإخبار المشتركين لديهم بوجودها. وما يلاحظ على هذا الالتزام أنه ما هو إلا إعادة للالتزام القانوني المترتب عن إبرام مزود الوصول إلى الانترنت عقداً مع المشتركين في خدماته¹، المفروض عليه طبقاً لنص المادة 14 فقرة أخيرة من المرسوم التنفيذي 98-257، والمتمثل في "اتخاذ الإجراءات اللازمة لتأمين حراسة دائمة لمضمون الموزعات المفتوحة لمشركيه، قصد منع النفاذ إلى الموزعات التي تحتوي معلومات تتعارض مع النظام العام".

كما فرض المشرع الجزائري طبقاً لنص المادة 394 مكرر 8 ق.ع عقوبة في حالة الإخلال بالالتزام مزود الوصول إلى الانترنت، تتمثل في الالتزام بوضع ترتيبات تقنية تسمح بسحب أو تخزين المحتويات

¹ - فاطمة الزهرة عكو، المرجع السابق، ص 182، 183.

التي تتعلق بالجرائم المنصوص عليها في الفقرة أ من المادة السالفة الذكر أو لجعل الدخول إليها غير ممكن. فهل الالتزام نفسه الوارد بالمادة 12/ب من القانون 04-09 الواقع على عاتق مزود الوصول إلى الانترنت؟

إن المدقق في المادة 394 مكرر8/ب ق.ع يرى أنها حددت حالتين لوضع ترتيبات تقنية، تتمثل الحالة الأولى في سحب المحتويات، وتتمثل الحالة الثانية في تخزين المحتويات، عندما ذكرت "... تسمح بسحب أو تخزين المحتويات ...". فيطرح التساؤل في الحالة الأولى لوضع الترتيبات التقنية المتمثلة في السحب، ألن يقوم مزود الوصول بعد سحبه المحتوى بتخزينه، أم أنه بعد سحبه يستطيع محوه؟ وطبعا الجواب المنطقي هو أنه عندما يسحب المحتوى الذي يتعلق بجرمة معينة لن يحويه لأنه سيمحو ما يبين حصول الجريمة، وإنما عليه تخزينه، وبذلك على المشرع أن يستبدل أداة الفصل بين السحب والتخزين بأداة الجمع بالشكل التالي "... بوضع ترتيبات تقنية تسمح بسحب وتخزين المحتويات ...". وهو ما ذكرته المادة 12 من القانون 04-09 التي استعملت أداة الجمع بين السحب والتخزين وليس أداة الفصل بينهما.

وما تجدر الإشارة إليه أنه فيما يتعلق بطبيعة المحتوى الذي يلتزم مزود الوصول إلى الانترنت بسحبه أو وضع الترتيبات التقنية لمنع الدخول إليه ذكرت المادة 12/أ من القانون 04-09 أن المحتوى المخالف للقوانين هو الذي يتم سحبه وتخزينه، أما المادة 12/ب فنصت على أن المحتوى المخالف للنظام العام والآداب هو الذي يتم من أجل اكتشافه وحجبه، وضع الترتيبات التقنية اللازمة. وفي المادة 394 مكرر8 من ق.ع المحتوى الذي يشكل جريمة منصوص عليها قانونا هو الذي يتم سحبه وتخزينه ووضع ترتيبات تقنية من أجل ذلك.

معنى ما سبق أن المادة 394 مكرر8 تتعلق بالمحتوى الذي يشكل جريمة فقط، والمادة 12/ب تتعلق بالمحتوى المخالف للنظام العام والآداب العامة فقط، أما المادة 12/أ فتتعلق بالمحتوى

المخالف للقوانين بمفهوم واسع، سواء كان ما هو مخالف للقانون يشكل جريمة أم لا يعتبر كذلك بحيث يترتب على الإخلال به جزء من نوع آخر قد يكون مدنيا أو إداريا. كما قد يكون هذا المحتوى المخالف للقوانين مخالفا للنظام العام والآداب، كما قد لا يكون كذلك ورغم ذلك فهو مخالف لقوانين معينة لا تتعلق بالنظام العام.

يظهر من خلال ما سبق أن المشرع استعمل مصطلحات مختلفة في كل من المادة 12 من القانون 09-04، والمادة 394 مكرر 8 من ق.ع لتحديد طبيعة المحتوى غير المشروع.

المطلب الرابع: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالتزامات وقف نشر

المحتوى غير المشروع

يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط مقدم خدمات "الإنترنت"

كما هو معلوم أن الجزاء نوعان مدني يتمثل في التعويض، وجزاء جنائي يتمثل في العقوبة وتدابير الأمن. والملاحظة التي ينبغي الإشارة إليها هنا، هي أن العقوبات المنصوص عليها بالمادة 394 مكرر 8 ق.ع لا تعتبر جزاء للإخلال بكل الالتزامات الواردة بنص المادة 12 من القانون 09-04، وإنما فقط الالتزامات الواقعة على عاتق مزود الوصول إلى الإنترنت عندما يشكل المحتوى جريمة، أما في حالة المحتوى المخالف للقانون، ولا يشكل جريمة، وإنما يترتب جزاء مدنيا فقط، فإن المشرع لم يبين الجزاء، مما يترك الباب مفتوحا للبحث عن القواعد المطبقة لتحديد الجزاء الواجب تطبيقه في الحالة الأخيرة.

إن العقوبات المنصوص عليها في المادة 394 مكرر 8 ق.ع المتمثلة في الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج، أو بإحدى هاتين

العقوبتين، المقررة على مقدم خدمات "الإنترنت" في حالة عدم وقف نشر المحتوى الذي يشكل جريمة، لا تقوم إلا عند علم مقدم الخدمة بوجود ذلك المحتوى عن طريق إما إعداره من الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، وإما بصدر أمر أو حكم قضائي. وبالتالي طرق العلم بالمحتوى الذي يشكل جريمة، محددة على سبيل الحصر في المادة 394 مكرر 8 ق.ع. أما طرق العلم بالمحتوى غير المشروع المذكورة بالمادة 12 من القانون 09-04 فتحمل مفهوما أوسع "العلم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة".

وبذلك يلاحظ أن مقدم الخدمات إذا علم بوجود المحتوى غير المشروع عن طريق آخر غير الطرق المذكورة بالمادة 394 مكرر 8 ق.ع، ولم يتم بوقف نشر المحتوى غير المشروع، لا يشكل فعله هذا جريمة وفقا لنص 394 مكرر 8 ق.ع، لكن قد يترتب عن فعله هذا جزاء تطبيقا لقواعد أخرى غير تلك الواردة بالمادة السالفة الذكر. بحيث قد يكون هذا الجزاء مدنيا يلزمه التعويض، أو جنائيا إذا توافرت فيه أركان جريمة أخرى.

الخاتمة

لقد تعرفنا على الالتزامات التي تقع على عاتق مزود الوصول إلى الإنترنت باعتباره أحد مقدمي الخدمات الوسيطة في الإنترنت، لمنع نشر المحتوى غير المشروع في التشريع الجزائري من خلال كل من نص المادة 12 من القانون 09-04 والمادة 394 مكرر 8 ق.ع.عالتى حاول المشرع بإضافتها إلى قانون العقوبات استدراك النقائص التي كانت تعترى نص المادة 12 من القانون 09-04، إلا أنه لا تزال هناك نقائص أخرى على المشرع الجزائري استكمالها. ومن أجل ذلك سنبين مجموعة من الملاحظات والتوصيات نأمل من المشرع الجزائري أن يأخذها بعين الاعتبار في التعديلات اللاحقة. والمتمثلة فيما يلي:

1- ضرورة تحديد المقصود بمصطلح "مقدمي خدمات الانترنت" المعنيين بوقف نشر المحتوى غير المشروع بشكل دقيق، لا يعتمد فيه على نصوص قانونية أخرى، ولا يكون فيه تناقض بين النصين باللغة العربية والفرنسية، بحيث يضبط المصطلحات، ويقوم بالترجمة الصحيحة لتلك المصطلحات.

2- فيما يتعلق بالتزام مزود الدخول إلى الانترنت بسحب المحتوى غير المشروع وتخزينه أو جعل الدخول إليه غير ممكن، يستحسن من المشرع الجزائري أن يوضح القواعد القانونية المتعلقة بعلم مقدم الخدمة هذا بوجود المحتوى غير المشروع عبر الانترنت، والقواعد القانونية المتعلقة بتقييم المحتوى غير المشروع من أجل التدخل لسحبه، وإجراءات سحب هذا المحتوى.

3- فيما يتعلق بوضع ترتيبات تقنية لمنع الوصول إلى المحتوى غير المشروع، يستحسن من المشرع الجزائري أن يتدارك الخطأ المادي الذي وقع في نص المادة 394 مكرر 8/ب ق.ع باستبدال أداة الفصل بأداة الوصل بين وضع الترتيبات التقنية لسحب المحتويات وتخزينها. كما يستحسن أن يضبط المصطلحات بشكل دقيق يحدد فيها طبيعة المحتوى الذي يلتزم مزود الوصول إلى الانترنت بسحبه، ووضع ترتيبات تقنية من أجل تحقيق ذلك.

4- فيما يتعلق بالجزاءات، فإنه نأمل من المشرع الجزائري أن يبين الجزاءات المترتبة عن إخلال مقدم الخدمة بالتزامات وقف نشر المحتوى غير المشروع في حالة علمه بوجود هذا المحتوى غير المشروع بطرق أخرى غير تلك المذكورة بالمادة 394 مكرر 8 ق.ع.

وفي الأخير صفوة القول هي أن الخدمات المقدمة من طرف "مقدمي الخدمات الوسيطة في الانترنت" معظمها تقنية تحتاج إلى دراسة تقنية وقانونية وترجمة متخصصة من أجل وضع نصوص قانونية تضبط فيها المصطلحات بشكل دقيق، لتحديد دور مقدمي خدمات الانترنت في تداول المعلومات أو منع تداولها والمسؤولية الواقعة على عاتقهم حيال ذلك.

النظام القانوني لعقد الإرشاد البحري في ظل القانون البحري الجزائري

بن جبارة عباس، أستاذ محاضر قسم ب

كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة جيلالي لياس

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/04

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/05

تاريخ إرسال القبول: 2017/09

المقدمة:

يعتبر النقل البحري عاملا هاما من عوامل التجارة الخارجية حيث تتأثر به وكلما ازدادت أنشطة التجارة الخارجية زادت الكميات المنقولة بحرا والعكس صحيح¹.

وقد شهد النقل البحري ازدهارا متزايد في الآونة الأخيرة بسبب تطور أساليب بناء السفن والنقلات الضخمة لاسيما بسبب التطورات الفنية في صناعة السفن التي قللت استهلاك الوقود من ناحية وزادت السرعة من ناحية أخرى². وكذا تطور أساليب الشحن والتفريغ في مرفئ العالم، الأمر

¹ - أنظر: د. إيمان الجميل، الحوادث البحرية، التصادم البحري، الإنقاذ البحري، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،

مصر، ط1، 2013، ص05.

² - د. عبد القادر العطير، د. باسم محمد ملحم، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دراسة مقارنة، دار الثقافة،

الأردن، 2009، ص21.

الذي دفع وحفز الدول والشركات على شراء سفن والاهتمام بأساطيلها التجارية، نظرا لما يقدمه النقل البحري من خدمات على أوسع نطاق وبتكلفه نقل عن وسائل النقل الأخرى¹.

والسفينة كأداة للملاحة البحرية تقوم بعدة نشاطات وخدمات بحرية فضلا عن الخدمات التي يقدمها البحارة، إلا أنه عند دخولها وخروجها من الموانئ أو في سيرها في القنوات المائية وبعض الخلجان تحتاج إلى إرشاد كي تتجنب العوائق البحرية. كما تتجنب المياه الضحلة التي لا تناسب غاطسها².

ولم يعد الريان يقدر على مباشرة اختصاصه في قيادة السفينة بمفرده في كافة الظروف التي تمر بها الرحلة البحرية إذ تحتاج دائما في المناطق البحرية الخطيرة إلى خدمات ذوي الاختصاص الذين لهم دراية بالتيارات البحرية الخطيرة ومناطق المد والجزر³.

لذا كان الكلام محصورا حول ماهية النظام القانوني للإرشاد البحري؟ وما هي الآثار المترتبة عن تكوين عقد الإرشاد البحري؟ وماهي سبل ترتيب المسؤولية بشأنه.؟.

¹ - محمد عسان الصابوني، القضايا البحرية، منشورات فرع نقابة المحامين في دمشق، 1979، ص 09.

² - راجع، د.عبد القادر العطير، نفس المرجع، ص 186.

³ - أنظر: د. محمد فريد العريبي ود: محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، إسكندرية،

ط 01، 2005، ص 269.

المبحث الأول: الإرشاد البحري وآثاره

يعد الإرشاد البحري من أهم العمليات البحرية التي يتم الاستعانة بها الى درجة اجماع و استقرار أغلب التشريعات البحرية على فرض ازامية الاستعانة به ، نظرا لما يحققه من السلامة و الحماية من الأضرار التي قد تنجم عن الرسو و الدخول إلى رصيف الميناء و الخروج منه. لذا يتعين تبيان ماهيته و آثاره .

المطلب الأول: ماهية الإرشاد البحري

سنتناول بالايجاز تعريف عملية الإرشاد البحري ثم تحديد طبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف الإرشاد البحري

لقد تعددت التعاريف التي قيلت في شأن الإرشاد البحري فمنهم من عرفه بأنه: " هو اتفاق يتعقد بين المرشد وربان السفينة محدد المدة يلتزم فيه الأول بمقتضاه بإرشاد السفينة لدى دخولها في الميناء أو خروجها منه نظير رسم معين يدفعه الثاني"¹.

كما تم تعريفه لدى البعض بأنه: "علاقة قانونية بين الربان كنائب عن المجهز وبين المرشد تأخذ شكل العقد المسمى مؤقت يلتزم المرشد بمقتضاه بإرشاد الربان لدى دخول السفينة إلى الميناء أو خروجها منه نظير رسم تحدده اللوائح والقوانين"².

و هناك من يعرفه بأنه: "عقد ملزم لجانبيين يلتزم المرشد بمقتضاه بإرشاد السفينة لدى دخولها إلى الميناء مقابل أجر معين يفرضه القانون أو تحدده اللوائح"¹.

¹ - د. مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط الأولى، 2006،.

² - راجع: د. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 272، 1997، ص 857.

و يعد الارشاد البحري أمرا وجوبيا و اجباريا، إذ بمجرد دخول السفينة للمياه الداخلية و اقتراكها من رصيف الميناء فعليها الاستنجاد بقوارب الارشاد و هو ما تتفق عليه أغلب التشريعات التي نظمت الملاحة البحرية ،و كان المشرع الجزائري قد ساير هذا الوضع و الزم كل السفن الجزائرية و الاجنبية بالاستعانة بالمرشد البحري².

غير أن المادة 178 من القانون البحري وضعت استثناء على قاعدة الارشاد الاجباري حيث أعفى المشرع الجزائري بعض السفن من اجبارية الارشاد وهي:

أ- السفن الشراعية التي لا تتجاوز حمولتها أكثر من 100 طن
ب- السفن ذات الدفع الالي بقل حملتها الصافية عن 100 طن.

ج- السفن ذات الدفع الالي و المخصصة فقط لتحسين و صيانة و مراقبة الموانئ و مداخلها كالمقارنات و الناقلات و الجرافات و الصنادل البحرية .

د- سفن المنارات و العلامات.

المطلب الثاني: تحديد الطبيعة القانونية لعملية الإرشاد

كان الإشكال الفقهي والقضائي يتعلق بشأن الطبيعة القانونية لعملية الإرشاد، هل هي علاقة تعاقدية أم لا تعدو أن تكون مجرد علاقة ذات الطبيعة النظامية؟ وظهر هناك اتجاهين:

¹ - د. كمال حمدي، القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر. 1977، ص312.

- راجع المادة 172 من القانون البحري الصادر بموجب الأمر 80/76 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المعدل² والمتمم بالقانون 05/98 المؤرخ في 1998/06/5 وكذا القانون رقم 04/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 .

الفرع الأول: الاتجاه الأول: عملية الإرشاد عقد

يتجه الفقه في فرنسا¹، إلى اعتبار أن عملية الإرشاد إنما تتم بموجب عقد يبرم بين الربان والمرشد، وأنه عقد ملزم لجانين، باعتبار أن الالتزامات فيه متبادلة بين المرشد والمتمثل في إرشاد السفينة لدى دخولها الميناء، والربان (الذي غالبا ما ينوب عن المجهز) الذي يلتزم بدفع أجرة الإرشاد. وتأثر الفقه المصري بذلك أيضا². غير أن هذا الاتجاه تردد حول تكييف عقد الإرشاد، فذهب الاتجاه الأول إلى تصنيفه كعقد عمل مؤقت يقوم بين المرشد و ربان السفينة بوصفه نائبا عنه، يصبح بموجبه الثاني متبوعا للأول أثناء تواجده على ظهر السفينة³.

في حين يرى الاتجاه الثاني أن عقد الإرشاد يأخذ حكم عقد المقاوله من نوع خاص ذلك أن المرشد وإن كان يضع خبيرته تحت تصرف المجهز إلا أنه مع ذلك يحتفظ باستقلاله⁴.

¹ - أنظر:

PODIERE (R). et PONTAVICE (E.du): Droit Maritime, DALLOZ, 10^{ème} éd paris, 1986.p 08.

²- أنظر: د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص252، د. محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ، 2008 ، ص582.

³- أنظر: د. كمال حمدي، المرجع السابق، ص857. ولتفصيل أكثر، راجع: أ. عائشة طويسات، المركز القانوني للمرشد البحري، رسالة الماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص41 وما يليها.

⁴ - راجع: BONASSIES (Pierre), Scapel (christian) op.cit .p171.

الفرع الثاني: الاتجاه الثاني: عملية الإرشاد هي نظام قانوني

خلافا للرأي الأول، يرى هذا الاتجاه بأن علاقة الريان بالمرشد لا يمكن أن تكون علاقة تعاقدية وذلك لانعدام كل عناصر العقد، وأن هذه العلاقة هي ذات طبيعة نظامية والقانون هو من يتدخل لترتيب آثارها¹، ولأجل تأكيد هذا الطرح قدم أنصار هذا الاتجاه الحجج التالية:

- إن حرية الريان منعدم في اختيار مرشد والاستعانة به، كما أنه ليس حرا في عدم أداء رسم الإرشاد من عدمه²، وهو ما لا يتوافق مع الأحكام التي تنظم تكوين العقود.
- إن أجر المرشد تحدده اللوائح ولا يخضع لتقدير أطرافه.
- الريان يدفع رسم الإرشاد، وهذا الأخير لا يأخذ وصف الأجر لأن هذا الرسم واجب الأداء سواء استعان بالمرشد أم لا.
- أكثر من ذلك يمكن فرض رسم إضافي فضلا عن رسم الإرشاد في حالة عدم الاستعانة بخدمة الإرشاد.³
- إن امتناع المرشد عمدا عن القيام بعملية الإرشاد لسفينة تكون في حالة خطر رغم تكليفه بإرشادها، يعرضه إلى عقوبة جنائية، وهو جزاء لإيثار في معرض الإخلال بالتزامات تعاقدية.⁴

¹ - د. كمال حمدي، المرجع السابق، ص 857.

² - د. علي جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 70.

³ - د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 583.

⁴ - أنظر: د. كمال حمدي، المرجع السابق، ص 858.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

اهتم المشرع الجزائري منذ القدم بنظام الإرشاد نظرا لاتساع الشريط الساحلي الممتد من الشرق إلى الغرب على طول 1200 كم، الأمر الذي أدى إلى بذل مساعي حثيثة لضبط وتنظيم هذه العملية¹.

وقد عرفت المادة 171 الفقرة الثالثة من القانون البحري² الإرشاد بأنه: "المساعدة التي تقدم إلى الربابنة من قبل مستخدمي السلطة المينائية³ المرخص لها من قبل الدولة لقيادة السفن عند الدخول إلى الموانئ والفرس والمياه الداخلية والخروج منها".

في حين تم تعريف المرشد البحري كذلك في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08/06 المؤرخ في 09 جانفي 2006 الذي يحدد الإرشاد و المؤهلات للمرشدين وقواعد ممارسة عملية الإرشاد في الموانئ⁴ بأنه: "كل شخص طبيعي مؤهل لمساعدة الريان في قيادة سفينته عند الدخول إلى الموانئ والمراسي والمياه الداخلية وفقا للشروط المحددة" أما المرسوم التنفيذي رقم 01/02 المؤرخ في 06 جانفي 2002 الذي يحدد النظام العام لاستغلال الموانئ وأمنها⁵ فقد تكلم عن الإرشاد وعرفه في

¹ - ظهر هذا الإهتمام في بداية الاستقلال عندما كان يحتم على الجزائر تطبيق النصوص القانونية الفرنسية المنظمة لهذا النشاط لاسيما قانون 1928 الذي عدّل بالأمر 1969 الذي استمر العمل به لغاية صدور الأمر 80/71 المؤرخ في جوان 1971 المتعلق بنظام الإرشاد البحري.

³ - كان يطلق عليها في الأمر 80/76 قبل تعديله ب "الديوان الوطني للموانئ". وذلك بموجب المادة 19 من قانون 05/98.

⁴ - الجريدة الرسمية الجزائرية 02 الصادرة بتاريخ 15 يناير 2006 .

⁵ - الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 01 الصادرة بتاريخ 06 يناير 2002 .

المادة 90 منه بأنه: "يقصد بالإرشاد في مفهوم هذا المرسوم عملية إمساك حبال السفن والقيام بعقدتها وفكها في الأجهزة المخصصة لهذا الغرض على مباني الإرساء".

إن القراءة لهذه النصوص القانونية يفيد استخلاص الملاحظات التالية:

- لم يتم ذكر عقد الإرشاد بل تم الاكتفاء بتحديد دور المرشد كأحد أطراف العلاقة، مما يوحي أن المشرع الجزائري لا يستصيح فكرة العقد بل يعتبره نظام قانوني يتحدد شروطه وفقا للقانون.
- تضارب واختلاف في مفهوم الإرشاد، فتارة يتكلم عن الإرشاد بصفته يشمل مجموعة من الأعمال والأقوال التي يستعملها الشخص الطبيعي المؤهل والمعتمد للوصول إلى إنهاء عملية الدخول إلى الميناء أو الخروج منه بأفضل الوسائل وأسلم الطرق، في حين أن التعريف الذي أوردته المادة 90 من المرسوم التنفيذي 01/02 فإنه تناول بالتفصيل أشكال الأعمال التي يقوم بها المرشد البحري والذي حصره فقط في إمساك حبال السفن وعقدتها وفكها دون النظر إلى الجوانب الأخرى لعمل المرشد¹.
- إسناد مهمة وعملية الإرشاد إلى أشخاص معنوية "السلطة المينائية" وتارة يسندها إلى أشخاص طبيعية وكان بالأحرى أن يجمع الأمر بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية.
- يخلص القول هنا أن المشرع الجزائري يميل إلى الاتجاه الذي يعتبر عملية الإرشاد البحري ذو طبيعة نظامية، وتحديد آثارها يتم بموجب القانون مستبعدا بذلك فكرة العقد.

¹ - أنظر: عائشة طويسات، المرجع السابق، ص 07.

الفرع الرابع: تقدير الطبيعة القانونية لعملية الإرشاد

إن الحجج والتبريرات التي تضيفي فكرة المركز القانوني على عملية الإرشاد دون فكرة العقد لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها¹، فهي اعتبارات غير قاطعة البيان، وذلك على أساس ما يلي:

- إن تدخل القوانين واللوائح في تحديد أجرة عملية الإرشاد لا ينال من الطبيعة العقدية لهذه العملية ذلك أن المشرع يتدخل في عديد من العقود بغية تحديد المقابل الذي يتعين على الأطراف أدائه وذلك لاعتبارات معينة. ففي عقود النقل العمومي تخضع أجرة النقل لتعريفه تصدرها وتحدددها السلطة العامة المختصة، كما تخضع أجرة عمليات الشحن والتفريغ لتحديد بنصوص قانونية. ومع ذلك لا يؤثر على طبيعتهما العقدية و القول بأن كل من عقد التفريغ والشحن، وعقد النقل العمومي، هما ذوا الطابع النظامي².

- إن مجرد انتماء القائم بالعمل إلى هيئة ما أو أدائه للعمل وفقا للوائح المقررة لا يعني إضفاء وصف الخدمة العامة على ذلك العمل، كما أن اعتبار الإرشاد خدمة عامة هو جانب من الجوانب التي تحدددها عملية الإرشاد وهو حماية منشآت الميناء وتأمين سلامة الملاحة في الميناء، في حين أن الجانب الأهم الذي تحققه تلك العملية هو الخدمة التي تؤدي للسفينة التي يتم إرشادها، والتي هي في الغالب مشروع تجاري يستهدف الربح³.

¹ - راجع: د. أحمد زكي عويس، الارشاد البحري، المكتبة القانونية، مصر، 1998 ص75.

² - أنظر: علي جمال عوض، المرجع السابق، ص98.

³ - راجع: د. كمال حمدي، المرجع السابق، ص859.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن عملية الإرشاد

يقوم بين المرشد وريان السفينة عقد مسمى ذو مدة محددة¹، يلتزم المرشد بمقتضاه بإرشاد السفينة لدى دخولها في الميناء أو خروجها منه مقابل أجر أو رسم معين.

وبناء على ذلك يولد هذا العقد إلتزامات متقابلة بين المرشد والريان - الذي ينوب عنه- و التي يمكن جمعها في الأتي:

الفرع الأول: إلتزامات المرشد

يلتزم المرشد بتوجيه ريان السفينة وتزويده بكافة ما لديه من المعلومات وخبرة عن مسالك الميناء وخط السير الواجب إتباعه² وهذا لا يعني أن يتولى المرشد قيادة السفينة وتسيير دفتها لأن ذلك من إختصاص الريان وحده³ الذي تبقى له الحرية التامة في رفض ما يديه له المرشد في حالة ما إذا رأى الريان أن في هذا الإرشاد خطر على السفينة⁴.

¹ - يرى كل من د. مصطفى كمال طه أن حقيقة هذا العقد هو عقد عمل محدد المدة يلتزم بموجبه المرشد بأداء عمل

الريان، وهو رأي يؤيده فيه د. محمد فريد العريني راجع مرجعه السابق، ص 168.

² - أنظر: د. محمد فريد العويني ود. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 273.

³ - د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 168.

⁴ - د. يعقوب يوسف صرخوه، الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، الطبعة

الثانية، 1988، ص 268.

01- الإلتزام بإجابة طلبات الإرشاد:

تتفق أغلب التشريعات الحديثة على أنه من أهم إلتزامات المرشد البحري وواجباته تجاه الريان هو الإلتزام بالاستجابة لطلبات السفن التي تريد دخول الميناء الذي يزاول فيه عمله، فبمجرد رؤيته للإشارة الخاصة بطلب الإرشاد، أو التقاطه اتصالا لاسلكيا¹، أما إذا كانت السفينة تنوي مغادرة الميناء وتلقي المرشد إيجابا عن ذلك فعليه كذلك إرشادها بالخروج².

فقد ورد في المادة 175 من القانون البحري على أنه: "يلزم المرشد بمجرد صعوده على متن السفينة بتقديم خطة رسو السفينة إلى رباؤها، ويكون لهذا الأخير تعديليها. "كما أكدت المادة 42 الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 08/06 الذي يحدد الإرشاد و المؤهلات للمرشدين وقواعد ممارسة عملية الإرشاد في الموانئ، بأن عملية الإرشاد تبدأ بحضور المرشد أمام السفينة أو صعوده على متنها. هذا ما يفيد استثناء جوازية استعمال وسيلة اتصال عن بعد عندما تكون الظروف الجوية لا تسمح له بالقيام بالرحلة. فليس هناك ما يمنع ريان السفينة من استعمال هذه الوسيلة لضمان التسيير الحسن لسفينته بأكثر تدابير أمنية³. وما يؤكد ذلك هو ما ورد في المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 08/06 التي أجازت تبادل المعلومات بين الريان والمرشد بلغة يتفقان عليها.

وفي حالة تعدد طلبات الإرشاد فإنه يتعين على المرشد أن يلتزم بخدمة وإرشاد السفينة التي تتقدم أولا أو التي يصل ترتيبها او دورها أولا،. فهو ليس حرا في أي من الطلبات التي تقدم إليه⁴، إذ

¹ - د. أحمد زكي عويس، المرجع السابق، ص440.

² - أنظر: أ. عائشة طويسات، المرجع السابق، ص56.

³ - راجع: د. محمد فريد العويني ود. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص273.

⁴ - راجع المادة للفقرة الأولى من نص المادة 176 من القانون البحري.

يجب عليه عدم التفضيل أو التمييز بين السفن الطالبة للخدمة إلا بمراعاة الترتيب بشأن توقيت تقديم الطلبات¹.

والتزام المرشد بالإجابة لطلبات الإرشاد هو إلتزام ببذل العناية للمرشد ملزم بتزويد الريان بالمعلومات والإرشادات اللازمة عن دروب الميناء وخط السير الواجب إتباعه من طرف الريان² هذا يعني أنه ليس هناك إلزامية بتحقيق النتيجة المرجوة من التوجيه والإرشاد ألا وهي ضمان رسو السفينة أو إنطلاقها بسلامة دون إحداث أضرار لها أو لغيرها من السفن أو المنشآت البحرية³. وكل ما في الأمر هو إلتزام المرشد باستغلال مؤهلاته الفنية كاملة دون أن يعتريها أي إهمال أو تقصير منه.

02- الإلتزام بمساعدة السفينة في حالة خطر:

يعد هذا الإلتزام كاستثناء من الإلتزام الأول، فللمرشد يقوم بإرشاد جميع السفن حتى ولو لم تكن محتاجة إلى إرشاده لذا يتعين عليه بالمقابل أن ينقذ السفن المعرضة لخطر التلف والهلاك.

ولقد حرصت أغلب تشريعات البحرية على فرض الإلتزام بالمساعدة للسفن البحرية عندما تكون في حالة الخطر وجعله التزاما إجباريا لأن إنقاذ الأرواح والأموال في عرض البحر أولى من إرشاد السفن التي لا خطورة عليها إن تم تأخير مساعدتها.

ولقد ساير المشرع الجزائري هذا التوجه، فألزم المرشد البحري في الفقرة الثانية من المادة 176 من القانون البحري، بأن يتخلى عن كل خدمة أخرى لأي سفينة طلبت إرشادها، فيقدم أولا خدماته إلى

¹ - أنظر: د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 175.

² - د. علي يونس، المرجع السابق، ص 276.

³ - راجع: أ. عائشة طويسات، المرجع السابق، ص 57.

السفينة التي هي في خطر حتى لو لم يأتي دورها، وذلك عندما يتأكد من الخطر المحدق بالسفينة أو عندما يخبر به¹.

ولم يتوقف المشرع الجزائري عند ذلك بل رتب عن التقيد بهذا الإلتزام، تمكين المرشد من مكافأة مالية نظير الأموال والحمولة التي تم إنقاذها وإسعافها، على أن توزع المكافأة بين مالك السفينة وطاقمها بعد إقتطاع مصاريف عمليات الإنقاذ².

03- التزام المرشد في الوقاية من الكوارث البحرية:

يلتزم المرشد عند قيامه بعملية إرشاد السفن بتدوين كل المعلومات والحوادث والملاحظات حول الحالة الداخلية للسفينة المرشدة والتي من شأنها أن تؤثر سلبا على الملاحة وعلى البيئة البحرية أو على حالة الميناء لا سيما إذا تعلق الأمر بإرشاد السفن ذات الحجم الكبير والضحخم، فقد يحدث أن يتفاجأ المرشد البحري في بداية أو أثناء عملية الإرشاد بعدم أهلية أو تأهيل الطاقم البحري الذي يشرف على السفينة محل الإرشاد³.

فالمرشد البحري يلعب دور المراقب أثناء عملية الإرشاد للتأكد من مدى احترام السفن المرشدة للشروط السلامة والوقاية حتى يسمح لها بالدخول إلى الموانئ، وعليه بإبلاغ السلطات البحرية في أقرب الآجال، عن الأشياء الموجودة على متن هذه السفن والتي من شأنها أن تؤثر سلبا على حماية

¹ - راجع المادة 336 من القانون البحري

² - أكثر تفصيل راجع المواد 348 إلى 357 من القانون البحري.

³ - عائشة طويسات، المرجع السابق، ص 60.

الملاحة والأشخاص¹. وهو ما أكدته المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 08/06 الذي يحدد تنظيم الإرشاد والمؤهلات المهنية للمرشد به وقواعد ممارسة عملية الإرشاد.

الفرع الثاني: إلتزامات المجهز والريان

قد لا يوجد المجهز أثناء إبرام عقد الإرشاد، فهنا ينوب عنه ريان السفينة المرشدة، هذا الأخير يترتب عليه جملة من الإلتزامات وهي:

1- الإلتزام بطلب المرشد عند الدخول والخروج من الميناء:

تكاد تجمع أغلب القوانين المنظمة للإرشاد البحري على أن كل سفينة خاضعة للإلتزام بالإرشاد أن تتبع القواعد التي تحددها سلطات الميناء أو السلطة المختصة بطلب الإرشاد قبل دخولها منطقة الإرشاد أو تحركها فيها أو خروجها منها² في مدة تتراوح بين 12 إلى 24 ساعة قبل ميعاد الوصول وغالبا ما يتم هذا الاتصال بمحطة اللاسلكي على شفرة النداء، كما يتوجب على الريان إبلاغ سلطة الميناء بتاريخ الوصول التقريبي، وكذا إفادتها بكل المعلومات المتعلقة بالسفينة كاسمها ووزنها وطولها وسرعتها القصوى وغطاس المقدمة والمؤخرة بالأمتار³.

¹ - راجع:

BIGNAULT. (Louise-Adélaïde). Le pilotage maritime. mémoire de CDMT. - Université Aix-Marseille III .2002.p34.

² - د. أحمد زكي عويس، المرجع السابق، ص442.

³ - أغلب الدول تفضل أن يكون الإتصال عن طريق رفع الإشارة الدولية (P) على مقدمة السفينة حول ذلك راجع:

CHAPON (J). Travaux maritime, édition EYOROLLES, paris 1994. p118.

أما بشأن مغادرة السفينة للميناء فيتعين على الريان مراجعة إدارة الميناء الذي تتواجد فيه قبل الموعد التقريبي لمغادرتها قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمغادرة السفينة رصيف الميناء وتهيئة المستلزمات المطلوبة¹.

2- الإلتزام بتسهيل مهمة المرشد:

يجب على الريان بعد أن يطلب إرشاده من طرف المرشد بأن ييسر مهمة هذا الأخير واتخاذ الإجراءات اللازمة لتمكينه من القيام بعمله على أكمل وجه ومن ذلك: تزويده بالمعلومات الفنية المتعلقة بالسفينة، كما يجب أن يمكن المرشد من الصعود إلى السفينة ونزوله منها بطريقة آمنة وسالمة، وإلا كان مسؤولاً عن الأضرار اللاحقة به أو بسفينته².

هذا الإلتزام أكدته المادة 175 من القانون البحري التي أوجبت على الريان تسهيل الصعود للمرشد ومدته بجميع الوسائل الضرورية للرسو لإتمام عمله في أحسن شروط أمنية كما ألزمه بنفس الواجب عند إنتهاء العملية³.

ويحق للمرشد إذا لم يجد تعاوناً من الريان أن يعتبر ذلك رفضاً لخدمته بكل ما يترتب على ذلك من نتائج ومنها إلتزامه بدفع المقابل المالي، فضلاً عن توقيع عقوبات جزائية⁴.

¹ - أ. عائشة طويسات، المرجع السابق، ص 59.

² - د. أحمد زكي عويس، المرجع السابق، ص 443. د. عبد الفضيل أحمد، المرجع السابق، ص 101.

³ - حول ذلك راجع: أ. عائشة طويسات، المرجع السابق، ص 60.

⁴ - راجع المادة 188 من القانون البحري.

وفي إطار تنفيذ هذا الإلتزام ألزمت المادة 180 من القانون البحري على ريان السفينة الخاضعة للإرشاد بدفع مقابل مالي نظير خدمة الإرشاد (رسوم الإرشاد) حتى ولو لم تحصل هذه السفينة على خدمات الإرشاد أو لم يستعن الريان بالمرشد أصلا.

وأكثر من ذلك إذا ثبت إمتناع ورفض الريان الاستعانة بالمرشد فإنه ملزم بدفع رسم إضافي كعقوبة له¹، ومرد توقيع هذا الجزاء على الريان هو تحقيق مصلحة الملاحة البحرية ومنشآت الميناء و بصورة خاصة مصلحة السفينة ذاتها².

3- الإلتزام بمكافأة المرشد:

لقد أقر المشرع الجزائري في المادة 332 من القانون البحري على ضرورة إلتزام الريان بدفع مكافأة مالية خاصة للمرشد الذي يقوم بمساعدة سفينته المعرضة للخطر، لأن المرشد قد يكون مضطرا لترك سفينته ليقوم بإنقاذ السفينة المهتدة بالخطر، مما يؤدي إلى فقدان مقابل الإرشاد من جهة، وكمقابل لمجهوده الخاص المبذول منه من جهة أخرى.

4- الإلتزام بقيادة السفينة:

من بين إلتزامات الريان التي يرتبها عقد الإرشاد هو إلتزامه بقيادة السفينة المرشدة أو المخدومة³، بإعتباره ممثلا عن المجهز ونائبا عنه، ولا يجوز له أن يتخلى عن هذا الدور لصالح المرشد

¹ - ثار الخلاف حول طبيعة الرسم الإضافي الذي يفرض على السفينة فمنهم من رأي أنه دين ممتاز في حين يعتبره البعض أنه عقوبة تكميلية يأخذ صورة الغرامة المالية. حول ذلك راجع: د. كمال حمدي، المرجع السابق، ص 863.

² - راجع: د. علي يونس، المرجع السابق، ص 273.

³ - المقصود هنا بالسفينة محل الإرشاد وليس زورق الإرشاد المشار إليه في المادة 02 من المرسوم التنفيذي 08/06.

طبقا للقاعدة السائدة في مجال الملاحة البحرية التي تقضي بأن مستشار الريان لا تثبت له قيادة السفينة حتى ولو وجد المرشد على متن السفينة المرشدة.

وكان المشرع الجزائري قد أكد في نص المادة 177 من القانون البحري على أن المرشد يبقى تحت إمرة ريان السفينة المرشدة¹. وهذا على خلاف النظرية القديمة التي ترى أن الريان عند حضور المرشد يجب عليه أن يتخلى عن القيادة ويترك له السيطرة بصفة وقتية، فالقيادة تثبت لهذا الأخير وحده والريان يخضع له أيضا حيث أن سلطات الريان تنحصر في الوظائف التجارية دون الملاحية².

و كانت المادة 175 من القانون البحري المعدلة والمتممة بموجب المادة 18 من قانون رقم 98-05، أكدت على ذلك بقولها: " يلتزم المرشد بمجرد صعوده على متن السفينة بتقديم خطة رسو السفينة إلى ريانها ويمكن هذا الأخير من تعديلها ". وعليه يبقى الريان هو صاحب السلطان على السفينة وقيادتها وإدارتها وله كامل السيادة عليها، في حين يبقى عمل المرشد مقتصر على تحديد خط السير للسفينة وسرعتها وتحديد الزمان والمكان الذي ترسو فيه وتزويد الريان بالمعلومات عن مسالك الميناء.

¹ - أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد نصت على أنه: " لا يعفى الريان من مسؤوليته باستعماله خدمات المرشد

بالنسبة لتحركات السفينة"

² - عائشة طويسات، المرجع السابق، ص 63، وحول تبريرات أنصار هذه النظرية راجع: د. فاضل ضرغام حسين

العلي، المركز القانوني للمرشد البحري "مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 09، العدد 16، الصادرة

بتاريخ 06 ماي 2006، ص 06.

5- الإلتزام بدفع رسوم الإرشاد:

لما كان عقد الإرشاد من قبيل عقود التبادلية التي تتقابل فيها الإلتزامات، فإنه يتعين على الربان الإلتزام بدفع مقابل مالي للمرشد أو الهيئة المرشدة وهو ما يعرف ب "رسوم الإرشاد".

غير أن العلاقة العقدية والإتفاق المبرم بين الطرفين لا يمكن أن يمتد إلى تحديد قيمة رسوم الإرشاد بل ينحصر سلطان الإرادة هنا في تحديد مضمون العلاقة فقط، أما عن تحديد قيمة رسوم الإرشاد وإجراءات وطرق دفعه فهي من قبيل الرسوم التي تقررها الدولة، ويلزم بأدائه من يستفيد من الخدمة ومصدره المباشر هو القانون الذي يتولى تحديد معالمه.

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية في عملية الإرشاد البحري

المطلب الأول: مسؤولية المرشد

يكون المرشد مسؤولاً تجاه المجهز عن الأخطاء الشخصية التي تنتج عن عملية الإرشاد، كجهله لمسالك الميناء، أو عدم إطاعته لأوامر الربان، أو إذا قبل قيادة السفينة مع أن مهمته تنحصر في إرشاد الربان فقط¹.

كما يكون مسؤولاً تجاه الغير مسؤولية تقصيرية طبقاً للقواعد العامة عن أخطائه الجسيمة، كما في حالة التصادم البحري الناشئ عن عملية الإرشاد². ويتحمل المرشد أيضاً وبجارته مسؤولية

3- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص168.¹

- راجع: د. يعقوب يوسف صرخوه، المرجع السابق، ص268.²

الضرر الذي يلحق بالسفينة أو ببحارته متى ثبت أن الضرر نشأ عن خطئه الجسيم¹ أثناء تنفيذه لعملية الإرشاد².

ويكون الخطأ جسيماً متى ثبت أنه في صميم الأعمال الفنية التي تدخل في مهنته لأن الإرشاد مهنة تفرض على من يمارسها واجب الإلمام بأصول هذه المهنة، وأن عدم مراعاتها أو جهلها يعد إخلالاً بذلك الواجب يأخذ وصف الخطأ الجسيم³.

وما يلاحظ هنا هو أن المشرع الجزائري خرج عن القواعد العامة في المسؤولية، وأقر بإعفاء المرشد من جميع الأخطاء التي تقع منه أثناء قيامه بعملية الإرشاد، سواء نتج عن خطئه أضرار بالسفينة أو بالغير، ولم يضع له استثناء إلا إذا ثبت أن هذه الأضرار كانت نتيجة خطأ جسيم منه⁴. طبقاً للمادة 184 من القانون البحري.

ولما كان المرشد في القانون الجزائري مجرد عامل⁵ في محطة الإرشاد والتابعة بدورها للسلطة المينائية الخاصة بكل ميناء، فيكون مسؤولاً تأديبياً إذا خالف الأوامر والتعليمات.

1 - عبر عنه المشرع الجزائري "بالخطأ الغليظ" المادة 184 ق.ب.¹

2 - جمال مكناس، عمليات القطر والإرشاد البحري، مقال منشور على الرابط التالي:²

<http://www.arab- eney.com/ details.law.php ?ful>.

3 - أنظر : د. أحمد زكي عويس، المرجع السابق، ص 92.³

4 - حول تبريرات هذا الحكم أو الموقف راجع: د. كمال حمدي، المرجع السابق، ص 853.⁴

5 - هناك من الفقهاء من اعتبر المرشد موظف عام، راجع في ذلك، أ. ضرغام حسين العلي، المرجع السابق،⁵

في حين أن المادة 186 من القانون البحري سارت على نهج المشرع المصري والفرنسي بتأكيد أن السلطة المينائية لا تتحمل أية مسؤولية عما يتسبب فيه المرشد من ضرر أو هلاك للمجهاز أو للسفينة المرشدة¹، والتي يتحملها مجهاز السفينة². باعتبار أن المرشد أثناء عملية الإرشاد يبقى تحت تبعية المجهاز يخضع لرقابته وتوجيهه³ كل ذلك ما لم يثبت أن المرشد لم تكن تتوافر فيه شروط الخبرة المهنية.

المطلب الثاني: مسؤولية المجهاز

تتعقد مسؤولية المجهاز مدنيا ويكون مسؤولا عن تعويضه الأضرار التي لحقت بالبضاعة أو الأشخاص أثناء عملية الإرشاد.

غير أن قواعد الإرشاد البحري في القانون الجزائري تورد أحكاما مغايرة تماما للقواعد العامة في المسؤولية المدنية وأساسها القانوني إذ يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ميز بين الخسائر التي تقع على الغير والخسائر التي تمس المرشد وسفينته وأجهزتها، والأضرار التي تقع على السفينة المرشدة.

1 - جاء في الفقرة الأولى: لا تعتبر السلطة المينائية مشؤولة تجاه مجهاز السفينة المرشدة عن الأضرار المسببة من أحد

المرشدين إلا في حالة عدم توفر شروط الخبرة.

2 - يتفق أغلب الفقهاء أن أساس هذه المسؤولية هي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

3 - راجع: د. أحمد محمود حسني، قضاء النقض البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1998، ص 23.

الفرع الأول: مسؤولية المجهز تجاه الغير

يكون المجهز مسؤولاً وحده عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب الأخطاء التي تقع من المرشد بمناسبة قيامه بعملية الإرشاد البحري¹، وأساس هذه المسؤولية هو مسؤولية

المتبوع عن أعمال تابعه². فالمجهز (المتبوع) يسأل عن أخطاء المرشد باعتباره تابعه.

ذلك أنه رغم وجود المرشد فالمجهز هو قائد السفينة والمنفذ لمناورتها كما أن مراقبة المرشد والإشراف عليه أثناء وجوده على ظهر السفينة المرشدة من واجبات المجهز الأساسية، لأن مجرد صعود المرشد إلى السفينة يعد كأحد أفراد طاقم السفينة طبقاً للمادة 183 من القانون البحري³.

وغالباً ما تظهر الأضرار اللاحقة بالغير بخطأ من المرشد أثناء عمليات المناورات، كما لو قام المرشد بحركة ترتب عنها ارتطام السفينة برصيف الميناء فأتلفه أو اصطدم بقارب كان يعبر الميناء فأغرقه، فكل هذه الأخطاء تنسب للمرشد، ولكن طبقاً للمسؤولية عن فعل الغير يتحملها المجهز⁴.

ولا ينفي مبدأ مسؤولية المجهز قبل الغير عن أخطاء المرشد أن يكون الإرشاد إجبارياً، إذ تقوم مسؤولية المجهز بحكم أنه متبوع عن أعمال تابعه (المرشد) حتى ولو لم يكن المجهز حراً في اختيار

¹ - راجع: د. كمال حمدي، المرجع السابق، ص 867.

² - نظمتها المادتين 136 و 137 من القانون المدني.

³ - جاء فيها: "يعتبر مجهز السفينة المرشدة مسؤولاً تجاه الغير عن الأضرار الناتجة عن المرشد والتي تعد كأنها أضرار حصلت من أحد أفراد طاقم السفينة"

⁴ - أكثر تفصيلاً راجع: د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 169.

تابعه، متى كانت له سلطة فعلية عليه في الرقابة والتوجيه¹ ذلك أنه وفقا للقواعد العامة فان الرابطة التبعية تقوم و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه طالما أن التابع (المرشد) يؤدي عمله لحساب المجهز (المتبوع)². وهو الحكم الذي أكدته معاهدة بروكسل (1910/12/22) الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالتصادم البحري³.

الفرع الثاني: مسؤولية المجهز عن الضرر اللاحق بالمرشد.

تتفق جل الأحكام والتشريعات الوضعية على جعل المجهز مسؤولا عن الأضرار التي تلحق المرشد أو البحارة التابعين له والموجودون على متن سفينة الإرشاد لأن عقد الإرشاد يضع على عاتق مجهز السفينة إلتزام بتوفير الحماية اللازمة التي تضمن تنقل وانتقال طاقمه بما فيها المرشد⁴، كمسؤولية المجهز عن الأضرار اللاحقة بالمرشد بسبب سقوطه عند صعوده السفينة لعدم وضع عمود الإنارة على متن السفينة المرشدة⁵.

¹ - أنظر: د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 274.

² - د. أحمد زكي عويس، المرجع السابق، ص 458، ود. كمال حمدي، المرجع السابق، ص 867.

³ - جاء فيها: "تبقى المسؤولية المقررة حول مسؤولية المجهز في حالة إذا ما حصل التصادم بسبب خطأ المرشد، حتى

ولو كان الإرشاد إجباريا.

⁴ - راجع: أ. عائشة طويسات، المرجع السابق، ص 84.

⁵ - أنظر: د. فاضل ضرغام حسين العلي، المرجع السابق، ص 241.

وقد جاء في نص المادة 184 من القانون البحري على أنه: "تكون نتائج الحوادث الحاصلة للمرشد أو أحد أفراد وحدة الإرشاد خلال عملية الإرشاد أو خلال حركات صعود أو إنزال المرشد على عاتق مجهزة السفينة المرشدة إلا في حالة إثبات خطأ غليظ للمرشد أو أحد أفراد وحدة الإرشاد".

يفهم من هذا النص أن المرشد لا يقع عليه عبء إثبات خطأ المجهز، ذلك أن مسؤولية المجهز مفترضة، وهذا الأخير لا يستطيع دفعها أو التخلص منها إلا بإقامة الدليل على وقوع الخطأ الجسيم من المرشد¹، أي أن المرشد لا يسأل عن الخطأ اليسير وانه يقع على المجهز إثبات جسامته الخطأ الذي ارتكبه.

وهذا الحكم هو أحد المواطن التي خرج فيها المشرع البحري عن حكم القواعد العامة التي تقتضي بأن يكون المرشد مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالسفينة محل الإرشاد بسبب خطئه².

كما يتحمل المجهز المسؤولية ودفع التعويض عن الأضرار التي تلحق بزورق الإرشاد، ذلك أن المناورات التي يقوم بها المرشد وبجارته للإقتراب من السفينة المرشدة قد

تلحق بزورق الإرشاد أضراراً كثيرة³.

¹ - أنظر: أ. عائشة طويسات، المرجع السابق، ص 84.

² - راجع: د. كمال حميدي، المرجع السابق، ص 872.

³ - هناك من يرى أن طبيعة هذه المسؤولية هي تقصيرية، راجع: د. عبد الفضيل أحمد، الإرشاد البحري، ص 192.

المطلب الثالث: مسؤولية هيئة الإرشاد أو الدولة عن أخطاء المرشدين.

يكاد يستقر الفقه على أن هيئة الإرشاد لا تكون مسؤولة عن أخطاء المرشدين التابعين لها¹ طالما أن المرشد مؤهل علميا وحاصلا على الشهادة التي قررها القانون وتتوافر فيه الشروط اللازمة لقيامه بهذا العمل².

وهو الموقف الذي إعتنقه المشرع الجزائري في المادة 186 من القانون البحري بقولها: "لا تعتبر السلطة المينائية، مسؤولية تجاه مجهزة السفينة المرشدة عن الأضرار المسببة من أحد المرشدين إلا في حالة عدم توفر شروط الخبرة المهنية". هذا بالرغم من أن المرشد يعمل لحساب ومصالحته هيئة الإرشاد وبالتالي فإنه يعتبر تابعا لها وهو مسؤول تأديبيا إذ خالف أي نص جنائي³.

وتبرير ذلك مرده أن تبعية المرشد عند قيامه بعمله على ظهر السفينة تكون للمجهز لا لهيئة الإرشاد طالما أن هذه الأخيرة تنحصر مهمتها على مراعاة توافر الشروط القانونية لمهمة الإرشاد في المرشد⁴. وبالتالي فالمرشد رغم أنه تابع لهيئة الإرشاد (السلطة المينائية) إلا أنه عند مباشرته لعملية

¹ - أنظر: د. علي يونس، المرجع السابق، ص 237، ود. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 102.

² - راجع: د. أحمد زكي عويس، المرجع السابق، ص 448.

³ - يتجلى الجزاء التأديبي في السحب المؤقت أو النهائي لاعتماد المرشد البحري (المواد من 27 من المرسوم التنفيذي

08/06.

⁴ - حول شروط المؤهلات المهنية للمرشدين البحريين راجع المواد من 11 إلى 14 من المرسوم التنفيذي رقم 08/06

المحدد لتنظيم الإرشاد والمؤهلات المهنية للمرشدين.

الإرشاد تنتقل تبعيته إلى السفينة التي يتولى إرشادها¹. ويكون خلال فترة العمل في حكم العامل المنتدب أو المعار للسفينة المخدومة المرشدة رغم تبعيته إداريا للسلطة المينائية.

¹ - أنظر: د. كمال حمدي، المرجع السابق، ص 874.

الخطأ كشرط محايد في المسؤولية دون خطأ

مالح صورية ، أستاذة مساعدة أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/05

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/06

تاريخ إرسال القبول: 2017/09

مقدمة

إذا كانت المسؤولية المستندة إلى الخطأ تبقى النظام العام للمسؤولية الإدارية، فإن الصلة التقليدية بين الخطأ والمسؤولية تبقى مركزا للغموض الاصطلاحي الذي ترعاه فكرة "المسؤولية المستندة إلى الخطأ" و"المسؤولية دون خطأ". فمن جهة يمكن للمسؤولية المستندة إلى الخطأ ألا تحتوي على خطأ فعلي، كما يؤكد ذلك الخطأ المفترض، الذي يفترض الخطأ دون إعطاء أية ضمانات على وجوده الحقيقي، ومن جهة أخرى فقد لا يستبعد الخطأ من المسؤولية دون خطأ، بل فقط تقتصر على عدم الإصرار عليه، وفي هاته المرحلة نعتبر أن الخطأ ليس شرطا مطلقا للمسؤولية ولا للتعويض، فهو نسبي لأنه حيادي دوما في المسؤولية دون خطأ.

إن دراسة المسؤولية دون خطأ تستنفذ غالباً في تعداد فرضياتها حول مجالها الكلاسيكيين: الخطر¹ وخرق المساواة إزاء الأعباء العامة، فقد يلاحظ في هاته المسؤولية أن الخطر هو أيضاً واقعة منسوبة إلى شخص نشكو منه، لأنه أنشأها أو استفاد منها، وأن الخطر والخطأ ليس سوى مظهرين مختلفين لفكرة واحدة.

هذا ما يجعلنا نقف أمام إشكالية ما إذا كان يوجد مفتاح يوزع النشاط بين نظام المسؤولية دون خطأ و نظام المسؤولية المستندة إلى الخطأ، على الرغم من أن هذا الإثبات يمكن أن يشمل مجالات أخرى²، إذ أن نظام الأمن (police) يكفي لبيان أن هذا التمييز لا يميزه أي معيار، بحيث أن مسؤولية الأشخاص العامة بسبب نشاطاتهم الأمنية، تنشأ فعلاً سواء بالخطأ أو بدون خطأ، فيمكن أن يستخدم أولاً على أرضية الخطر الناجم عن النشاطات الأمنية، ويكون الأمر هكذا فيما يتعلق بتعويضات المتعاونين المؤقتين مع الشرطة الإدارية أو القضائية، وتعويضات ضحايا الأضرار الناجمة عن استعمال الأسلحة النارية من قبل السلطات الأمنية.

¹-il range par exemple dans cette catégorie la responsabilité sans faute en raison d'un risque spécial (choses, méthodes et situations dangereuses), la responsabilité au profit des collaborateurs des services publics, la responsabilité sans faute au profit des tiers victimes d'accidents de travaux publics et la responsabilité de l'Etat du fait des attroupements et rassemblements : **RENE Chapus**, « droit administratif général », Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, t. 1, n°1487 s. aussi, la responsabilité du fait pour risques d'un aléa thérapeutique (CE. Sect., 3/11/1997 Hôpital Joseph Imbert d'Arles), FALLIT PAS FAIRE DU DROIT, La référence de droit en ligne, p.3, disponible sur le site : www.fallitpasfairedudroit.fr, consulté le 21 aout 2016 à 15 :00.

²- ينظر على سبيل المثال: في مادة المسؤولية الاستثنائية أو الأشغال العامة التعايش بين المسؤولينتين.

ويمكن أن تترتب المسؤولية كذلك استنادا إلى خرق المساواة إزاء الأعباء العامة التي تسببها نشاطات الشرطة في حال إصدار تنظيم قانوني للأمن¹، أو الرفض القانوني لاستعمال السلطات الأمنية².

إن مثل هذا الطرح ليس كلاسيكيا، فهناك روابط تقوم بين فكريتي المسؤولية بشكل يؤدي إلى مفارقة يحتل فيها الخطأ مكانا في المسؤولية دون خطأ (المبحث الأول)، وتؤدي هذه الأفعال المتبادلة إلى تحديد المركز الخاص بالمسؤولية دون خطأ في المسؤولية المستندة إلى خطأ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مكان الخطأ في المسؤولية دون خطأ

ماسيتم دراسته في هذا المبحث ليس مخصصا للاعتراف بنوع ثالث للمسؤولية متميز عن المسؤولية المستندة إلى خطأ والمسؤولية دون خطأ، فكما ذكرت السيدة « Liorens-Fraysse »: "إما أن يكون الخطأ مطلوبا أو غير مطلوب، لكنه لا يمكن أن يكون مطلوب وغير مطلوب في آن واحد"³.

¹ - CE 22 février 1963, Commune de Gavarnie, Rec.113, disponible sur le site : www.revuegeneraledudroit.eu, consulté le :12/01/2016 à 20 :04.

² - L'arrêt Couitéas marque le point de départ de la jurisprudence reconnaissant la responsabilité sans faute de l'administration pour rupture de légalité devant les charges publiques, CE 20 novembre 1923, Couitéas. Rec.789, disponible sur le site : www.conseil-etat.fr, consulté le 14/01/2017 à 14 :48.

³ - « Ou bien la faute est exigée ou bien elle ne l'est pas. Mais elle ne peut être exigée et ne pas l'être tout à la fois », **F.Liorens-Fraysse**, « La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité », Paris, LGDJ, coll. bibliothèque de droit public, 1985, p.144. Cité par **Benoit DELAUNAY**, « La faute de l'administration », L.G.D.J , Paris, 2009, p.289

إن المقصود فقط هو إظهار أن المسؤولية دون خطأ تقبل احتمال وجود خطأ، الأمر الذي يوجب إعطاء عدة مظاهر لذلك.

فتطبيق المسؤولية دون خطأ يخفي أحيانا وجود الأخطاء، لكن هذه الأخيرة لا يحددها أبدا القاضي لأنها لا تكون ضرورية في الحالة المعروضة عليه، من أجل ترتب مسؤولية الإدارة، وهكذا كان بإمكان مفوضي الحكومة في بعض القضايا استنتاج المسؤولية دون خطأ بعد اعتمادهم على عدم أهمية من أن تكون الإدارة قد ارتكبت خطأ أم لا. فعندما يطبق نظام المسؤولية دون خطأ يصبح الخطأ دون أهمية والمسؤولية تترتب حتى دون خطأ.

وأفضل الأمثلة على ذلك، الاجتهاد القضائي الكلاسيكي¹ «Thouzellier» -والذي عرف تطورات حديثة- الخاصة بالأضرار التي يسببها القاصرون الموضوعون في مؤسسات تربية عامة تحت المراقبة، حيث كان من السهل على القاضي من أجل إقرار المسؤولية في هذا المجال، أن يؤسس على الخطأ الناجم عن النقص في الرقابة كما فعل سابقا في فرضيات تتعلق بموقوفين فارين من مؤسسات عقابية والمعتهين الفارين من مستشفيات نفسانية، وأيضا لعسكريين الفارين من الثكنات والأماكن النظامية، وإذا كان مفوض الحكومة آنذاك «Christophe DEVYS» قد تبني هذا الاتجاه إلا أن القاضي قام باختيار المسؤولية دون خطأ، واثقا دون شك أن إمكانيات الفرار واسعة موجودة في مراكز التربية والمراقبة هذه.

وعندما نعود للتشريع الجزائري، فقد اتخذ المشرع عدة قوانين تتعلق بالنظام الخاص بالأحداث وتنظيم السجون، وإعادة تربية المساجين، وحماية الطفولة وإنشاء مراكز متخصصة، وعلى سبيل المثال

¹ - CE Sect. 3 février 1956, Thouzellier, RFDA, 2005, p.595, disponible sur le site : achu.dalloz-etudiant.fr, consulté le 14/01/2016 à 15 :15.

فقد أشار قانون 04/05¹ إلى أن المساجين الذين يمارسون عمل أثناء مدة العقوبة، لهم الحق في التعويض عن الأضرار والمخاطر التي يسببها المساجين المحاورين للمؤسسات العقابية لهم، كما أشار إلى مسؤولية الإدارة عن تعويض المتضرر من أضرار، قد يسببها مريضاً عقلياً سواء كان داخل المستشفى أو كان متشرداً وأحدث ضرراً للغير ففي هذه الحالة ستتحمل البلدية المسؤولية، باعتبارها مكلفة بالتدابير الوقائية لسلامة الأشخاص والأموال، وبمساهمة من المجلس الشعبي الولائي². وبموجب القرار المؤرخ في 2011/03/31 فقد أقر مجلس الدولة أن الوالي بصفته أمراً ثانوياً بالصرف لصندوق التعويض ضحايا الإرهاب يتحمل مسؤولية تعويض المتضررين عن الأضرار الجسمانية اللاحقة بهم دون خطأ نتيجة الحوادث الواقعة في إطار مكافحة الإرهاب³.

إن المسؤولية المستندة إلى الخطر في الحالات السابقة تبدو قريبة من الخطأ، فهي تشير إلى الحالات التي تنشئ فيها الإدارة خطر الأضرار للغير، بمناسبة قيامها بنشاط مفيد لها، وعليها أن تستجيب إذا تحقق الخطر. وفي حال تحققه، يصبح حادثاً أو واقعة مضرة غير عادية، أي واقعة خاطئة بالقوة «un fait potentiellement fautif». وقد يكون من الخطأ بالنسبة للإدارة إنشاء الخطر عند قيامها بنشاط خطير فيسبب عملها هذا ضرراً لعدد من الأشخاص يستوجب منحهم التعويض لإعادة الضرر، فلا يتم تقييم الخلل استناداً إلى الواقعة المضرة ولكن حسب الضرر.

ومن ثمة لا بد التمييز بين المكان الذي يحتله الخطأ في المسؤولية المستندة إلى الخطر (المطلب الأول) وفي خرق المساواة إزاء الأعباء العامة (المطلب الثاني).

¹- القانون رقم 04-05، المؤرخ في فبراير 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر. 12، الصادرة بتاريخ 13 فبراير 2005.

²- المادة 94 من قانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 جوان 2011، ج.ر. رقم 37، الصادرة بتاريخ 3 جويلية 2011، المتعلق بالبلدية، والمادة 95 من قانون رقم 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، ج.ر. رقم 12، الصادرة بتاريخ 29 فبراير 2012 المتعلق بالولاية.

³- قرار رقم 058739 المؤرخ في 2011/03/31، مجلة مجلس الدولة، 2012، ص 112.

المطلب الأول: وجود الخطأ في المسؤولية المستندة إلى الخطر

ينبغي الإشارة إلى أن الفقيه هوريو قد أكد تحت قرار Cames على الفكرة القائلة بأن إعمال المسؤولية دون خطأ لم يكن استبعاداً للاعتراف بالخطأ: "لا يصبح من الممكن أبدا إثارة الخطأ من قبل أعوان الإدارة، وبالإضافة إلى أنه لم يرتكبه في الغالب، وقد التزموا بدقة قوانينهم، فإذا ارتكب خطأ، فإن النتائج تختفي أمام الاعتبارات العليا للمخاطر الخاصة بالعملية¹".

هذه الفكرة تقدم مؤشر على وجود الخطر الذي لا يلغي وجود الخطأ ولكن وجوده لا يؤثر على ترتيب المسؤولية. ويمكن أن نأخذ أساسين، الأول من الحوادث الحاصلة للمتعاونين مع المرفق العام، والثاني من الخطر الخاص بالضرر. فبالنسبة للمسؤولية دون خطأ نتيجة لفعل المتعاونين مع المرفق العام، فإن اجتهاد Cames لم يتح إلا القليل من الفرص لكي يطبق في هذا المجال، حيث حلت قواعد المساعدة المعيشية بالنسبة للموظفين وحوادث العمل، محل نظام المسؤولية دون خطأ، وبقيت تطبق هاته الأخيرة على الأضرار الجسدية فقط وظل التعويض عن الأضرار المادية مستمرا في خضوعه لإثبات الخطأ².

¹ - « il n'y aura point à invoquer de faute de la part des agents de l'administration ; outre que bien souvent il n'en aura pas été commis l'administration s'étant strictement tenue dans son droit, alors même qu'il eu aurait commis une, les conséquences en dis paraîtraient devant la considération supérieure des risques spéciaux de l'opération » **Maurice HAURIUO**, note sous CE 21 juin 1895, Cames, S1897, c'est nous qui soulignons. En revanche, le commissaire du gouvernement Romieur a montré qu'aucune faute n'avait été commise, le dommage ne résultant selon lui que du « fait l'industrie », Cité par **Benoit DELAUNAY**, op.cit, P.294.

² - ومثال ذلك التعويض عن الأضرار اللاحقة بمتعاون، سببه اختلاس جندي لمبلغ من المال مودع في مكتب الموزع العسكري، عرف مجلس الدولة هنا بأن التنظيم السيء- خطأ الإدارة- لمرفق مكتب التوزيع هو الذي جعل هذا الاختلاس للأموال ممكنا:

CE 7 juillet 1954, Sieur Monsaigeon, Rec.432., « Les droits et libertés du fonctionnaire dans les jurisprudences, disponible sur le site : thèses-univ-poitiers.fr, consulté le 15/01/2016 à 19 :50.

و قد امتد قرار « comes » في النزاع المتعلق بالمسؤولية عن فعل المتعاونين الظرفيين أو المتطوعين، حيث أثبت المدعي الخطأ واستجاب مجلس الدولة لطلبه، مؤكدا هكذا أن نظام المسؤولية دون خطأ لا يستبعد وجود الخطأ. ومثال ذلك حالة التقني الخاص المكلف من قبل وزارة الجو، بصفة متعاون علمي في أبحاث خاصة بتحويل محرك الطيران، والذي تعرض لجرح خطير أثناء تجربته. خاصة وأن الاجتهاد حول المتعاونين الظرفيين منذ عدة سنوات، قد رتب فيه مجلس الدولة مسؤولية الإدارة على قاعدة الخطأ: "ليس ثمة اعتراض على أن احتمال ترتب مسؤولية السلطة العامة عند حصول حادث ناجم عن خطأ المرفق العام، في الظروف التي يمارس فيها هذا التعاون¹. وهنا نستنتج قبول القاضي لإثارة المدعي خطأ المرفق في فرضيات كان باستطاعته الحصول على تعويض فيها على أساس المخاطر.

أما بالنسبة للاجتهاد القضائي الجزائري، فقد أقر قيام مسؤولية الإدارة حتى في حالة انعدام الخطأ اتجاه الأشخاص الضحايا عندما يدعون لتقاسم مساهمتهم وهذا في قضية الشاب بلحسن علي الذي وقع له حادث أثناء قيامه بتدريب أعوان الجمارك أدى إلى وفاته، وهذا في الوقت الذي كان يشتغل فيه في الإدارة على الآلة الراقنة².

وبخصوص المسؤولية دون خطأ بسبب خطر خاص بالضرر، فقد تعلقت بالأشياء والأوضاع الخطرة، ومثال ذلك قضية « Regnault Desroziers » الخاصة بالمتفجرات، إذ تحاشى مجلس الدولة اتخاذ القرار في مسألة الخطأ، ولكن مفوض الحكومة آنذاك « corneille » استنتج وجود خطأ

¹ - « il n'est pas contesté que, dans les conditions où s'exerçait cette collaboration la responsabilité de la puissance publique pouvait éventuellement se trouver engagée en cas d'un accident dû à une faute du service public », CE 27 juillet 1951, Sieur Serruys, Rec.446, cité par : **Benoit DELAUNAY**, op.cit, p.296.

² - قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، المؤرخ في 1989/03/11، ملف رقم 55235 في قضية أرملة بلحسن ضد وزير المالية، مشار إليه عند: **حميش صافية**، الضرر القابل للتعويض في المسؤولية الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص 65.

ملاحظا: "أنه علينا أن نرى في عدم شرعية عمل المرفق العام، أخطاء خدمة تترتب عليها مسؤولية الدولة"، وأشار كذلك إلى أن: "حصول الضرر مربوط باكتفاء السلطة العسكرية بتعليب مشوب بالعيب وخطر، وبأن تكس الصناديق المصنوعة بشكل سيء، بطريقة متدهورة وبأن تستخدم في عمليات النقل الصعبة والدقيقة أشخاصا غير مؤهلين ومتعبن"¹.

كما أن الخطأ لا يتقارب فقط مع الأشياء الخطرة بل حتى مع الأوضاع الخطرة، عندما يتعرض موظفين مثلا يمارسون عملهم في الخارج لأضرار مادية من جراء نهب أموالهم في فترة الاحتلال كمدينة كوريا الشمالية ومدينة لاوس، فاعترف مجلس الدولة أنهم في وضع خطر وقرر تعويضهما على أساس المسؤولية دون خطأ استنادا إلى المخاطر².

¹ - CE.28 mars 1919, Renault Desroziers, 1919 -Rec. Lebon, p.329 , disponible sur le site : www.conseil-etat.fr.

وتتلخص وقائع هذه القضية في انفجار مخزون للذخيرة الحية في 4 مارس 1916 في قلعة " La Double Couronne " في شمال " Denis Saint " أدى هذا الانفجار إلى وقوع عشرات القتلى والجرحى من العسكريين والمدنيين في محيط القلعة، وإلى أضرار مادية بالغة الخطورة. ويراجع في ذلك: بريك عبد الرحمان، المسؤولية الإدارية دون خطأ وأهم تطبيقاتها في القضاء الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة حاج لخضر، باتنة، الجزائر 2011، ص 121. جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2008، ص 494-495.

²- cette hypothèse concerne les situations dangereuses. En effet, certaines personnes se trouvent placées dans une situation dangereuse, en conséquence des obligations qui leur sont faites. Il en va, ainsi, d'un consul devant rester à son poste à Séoul pendant les hostilités durant lesquelles ses biens ont été pillés. CE Sect, 19 octobre 1962, Sieur Perruche. la responsabilité du fait pour risques d'un aléa thérapeutique(CE. Sect., 3/11/1997 Hôpital Joseph Imbert d'Arles), op.cit, p.4.

Perte de biens suite à des bombardements d'un couple, l'un étant vétérinaire inspecteur principal de l'élevage, l'autre professeur de lycée au titre de la coopération technique internationale entre la France et le Laos. En raison des liens existants entre l'Etat et eux, ils avaient été dans l'obligation de rester à leur poste. CE 16 octobre 197, Epoux Martin, Rec.593. Clément BENALBAZ, « la responsabilité de la puissance

ثم بعد عدة سنوات ظهر نزاع آخر يشابهما، حيث أن أحد الأشخاص كان مديراً لإحدى المدارس، واضطر مغادرة الجزائر نتيجة التهديدات التي تعرض لها وقد حثته السلطات الفرنسية على المغادرة، ففقد أمواله أثناء غيابه. هنا في هذه القضية، عوض مجلس الدولة الضحية على أساس الإهمال الخاطيء للإدارة التي لم تؤمن على أمواله طوال 7 سنوات¹، فتم استبعاد المسؤولية دون خطأ لمصلحة المسؤولية المستندة إلى خطأ.

و قد أكد الأستاذ GUETTIER بأن فكرة المخاطر تخترق المسؤولية المستندة إلى الخطأ قائلاً: "أن المخاطر تختفي في مجالها الطبيعي -المسؤولية دون خطأ-، ولكنها تتطور على أرضية المسؤولية المستندة إلى الخطأ"²، وهو يذكر دعماً لتحليله قضية مادة الأميونت التي نجم عنها أن الإدارة لم تستعلم بصورة كافية حول المخاطر التي تعرض لها العمال من استنشاق غبار الأميونت، ولو لم تأخذ تدابير حماية كافية لمنع ذلك، وهذا اقتضى التمييز بين تحقق الخطر الذي يمكن أن يرتب المسؤولية دون خطأ للإدارة وبين الوقاية غير الكافية من خطر يمكن أن يشكل خطأ. وفي الحقيقة مجلس الدولة في هذه القضية، طبق فقط النظرية الكلاسيكية لاجتهاده.

أما بالنسبة للاجتهاد القضائي الجزائري، فقد جاء في قضية بن حسان أحمد ضد وزير الداخلية بخصوص المخاطر الاستثنائية للحوار بسبب المتفجرات أن تلخص وقائعها، في أنه شب حريق في مستودع سيارات محافظة الشرطة المركزية للجزائر إثر انفجار خزان للوقود، أدى هذا إلى وفاة زوجة المدعي وحينها وابنتها صغية. وجاء في قرار الغرفة الإدارية أن الظروف التي أقيم أثناءها هذا

publique face à l'histoire », 2017, disponible sur le site : hal.archives-ouvertes.fr, consulté le 15/12/2017 à 13 :47.

¹ -CE 25 avril 2003, Dardenne, concl.Silva.LPA 8 octobre 2003, p.11.

² -« Dans la responsabilité, il considère que le risque décline sur son terrain naturel d'élection qu'est la responsabilité sans faute mais se développe sur le terrain de la responsabilité pour faute », cité par C.GUETTIER, « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », AJDA, 2005, p.1499.

الخزان من رف الشركتين سوناترا وكالتزام، لا تعفى بأي حال السلطة الإدارية من مسؤولية الحادث. مع أن المخاطر التي تعرض لها الأشخاص والأموال الخاصة والأضرار التي لحقتها في هذا الظرف، تتجاوز بخطورتها التكاليف التي كان من المفروض اعتياديا تحملها من الخواص¹.

المطلب الثاني: وجود الخطأ في المسؤولية بسبب خرق المساواة إزاء

الأعباء العامة

يعتبر مبدأ المساواة إزاء الأعباء العامة وسيلة تسمح للقاضي الإداري بخلق نظام المسؤولية *résolument proche* في القانون الإداري: "المساواة تطرح فكرة الخطر"².

وحتى نتأكد من أن المسؤولية بسبب خرق المساواة إزاء الأعباء العامة تحفظ مكانا للخطأ، يقتضي منا العودة إلى قرار Couitéas³. فإذا تفحصنا بدقة تصرف الإدارة في هذه القضية، يمكننا

¹ - قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى المؤرخ في 1977/07/09، ملف رقم 1326، مشار إليه عند حميش صافية، المرجع السابق، ص 64.

² - **Camille BROUELLE**, « Le risque en droit administratif "classique" (fin du XIXe, milieu du XXe siècle) », RDP, p.1516 cité par **Benoit CAMGHILHEM**, « Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif université Panthéon-Assas, France, 2012, p.126.

³ - قد برر القضاء الإداري قبول التعويض على هذا النوع من الضرر بالاستناد إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ومن خلال هذا القرار: كويتياس اليوناني الأصل، الذي أقرت محكمة سوسة التونسية حقه في ملكية قطعة أرض اكتسبها من الدولة، لكن الحكومة التونسية رفضت منح الترخيص للقوة المسلحة (العمومية) لتنفيذ الحكم وطرد القبيلة التونسية الحائزة للأرض منذ مدة من الزمن والرافضة للخروج منها، وذلك بحجة الحفاظ على النظام العام. أقر مجلس الدولة الفرنسي شرعية الامتناع عن التنفيذ في هذه القضية كون الحكومة لم تستعمل سوى صلاحياتها في الحفاظ على النظام والأمن العموميين. وفي نفس الوقت أقر حق المدعي كويتياس في التعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء عدم تمكنه من تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته، لأن هذه الأضرار لا يمكن اعتبارها من تلك الأعباء التي يتحملها المدعي بصفة عادية أي أن مجلس الدولة منح التعويض للسيد كويتياس تجسيدا لمبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة والتكاليف العامة.

CE 20 novembre 1923, Couitéas. Préc.

الاعتقاد بأنها ترتكب خطأ بعدم تقديم مساهمة القوة العمومية من أجل تنفيذ القرار القضائي أو التأخر في القيام بذلك، وقد أشار هوريو في تعليقه على هذا، أن هذه القضية كانت قابلة لتقديم دعوى قائمة على خطأ الإدارة. لكن تم إلغاء الخطأ وطبقت المسؤولية دون خطأ استناداً إلى مبدأ المساواة إزاء الأعباء العامة، لأن تنفيذ القرار قد بررته اعتبارات كلياً للنظام العام، وقد كان قرار Couitéas واضحاً حيث نص على أنه: " لم تقم الحكومة إلا باستعمال سلطاتها الممنوحة لها من أجل الحفاظ على النظام العام والأمن العام¹ .

ومن هنا نستنتج أن الخطر والخطأ هما بالفعل -des sanctions- لمخالفة القواعد في العمل الإداري، في حين أن حرق المساواة إزاء الأعباء العامة يشير إلى عدم قانونية الضرر اللاحق بالمتعاملين مع الإدارة. معنى ذلك أن المسؤولية دون خطأ استمرت في احتلال مكان في القانون الفرنسي، وهي بناء يتعلق به القاضي بصورة شرعية، مع إمكانية التساؤل عما إذا كان ارتكاب الخطأ في قضية ينظر فيها القاضي على أرضية المسؤولية دون خطأ، لا يدفع به أحياناً إلى أخذه في الحسبان، وهذا ما لا نجد في القانون البريطاني، ذلك أن هذا الأخير تعتبر فيه المسؤولية دون خطأ أضيّق بكثير منها في فرنسا، إذ لا توجد المسؤولية بسبب حرق المساواة إزاء الأعباء العامة إلا في استثناءات نادرة تستند إما إلى قرارات منفردة بصورة قانونية أو إلى قوانين، أما بالنسبة لمسؤولية المخاطر التي أقرت بقرار Rylands ضد Flether ، فلم تعرف التطور الذي توقعوه، خاصة و أن جرم الإيذاء وحده يمكن مقارنته إلى حد ما من المسؤولية دون خطأ من أجل الأضرار الدائمة الناجمة عن الأشغال العامة، فحسب القانون البريطاني، فلا الخطأ ولا الواقعة غير الخاطئة يكفيان لترتب المسؤولية بصورة مباشرة، بما أنهما يجب أن يرتبطا بجرم مدني محمي ومحدد (ابتعاد عن الصواب)، ذلك أنه يقتضي الإثبات أن كل ابتعاد عن الصواب يمكن أن يترتب المسؤولية المستندة إلى الخطأ والمسؤولية دون خطأ.

¹ - « L e gouvernement n'a fait qu' user des pouvoirs qui lui sont conférés en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique. », ibid.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فحدث وأخذ بفكرة المسؤولية هذه، الغرفة الإدارية في قرارها الصادر بتاريخ 1971/04/09 في قضية دخلي ضد والي ولاية الجزائر، إذ قام هذا الأخير بغلق محل المدعي ووضعه بصفة غير مشروعة تحت حماية الدولة ليعيده إليه فيما بعد، مما جعل السيد دخلي يطالب بالتعويض، الذي منحه القاضي الإداري إياه على أساس أن اللامشروعية في حد ذاتها جسيمة¹.

وفي الأخير إن تناقض بعض الحلول الملائمة جدا للضحايا التي تؤدي إلى تحميل أشخاص القانون العام أضراراً لم يكن يقتضي أن تتحملها منطقياً، يفسر عبر إرادة القاضي الإداري في ألا يمس حتى بصورة غير مباشرة بعض الامتيازات².

المبحث الثاني: مكان المسؤولية دون خطأ بالنسبة للمسؤولية المستندة إلى

خطأ

ما ينبغي الإشارة إليه أن المسؤولية دون خطأ والمسؤولية المستندة إلى خطأ أصبحتا سببان قانونيان متميزان للمسؤولية³، بحيث يذهب أنه عندما يطلب التعويض عن الضرر الذي نتج عن خطأ كأساس للمسؤولية، فهو يستند إلى سبب قانوني متميز عن الطلب الذي يستند إلى الخطر أو إلى خرق المساواة أمام الأعباء العامة. من الناحية الإجرائية يمكن أن نترجم هذا التمييز في أن سقوط دعوى المسؤولية المستندة إلى الخطر لا يؤدي بالضرورة إلى سقوط دعوى المسؤولية المستندة إلى خطأ،

¹ - حميش صافية، المرجع السابق، ص 55.

² - E. Fantôme, « Audaces et prudences en matière de ses responsabilité de la puissance publique », AJDA 1999, n°spécial, p.94, disponible sur le site : www.persee.fr, consulté le 12/01/2017 à 12 :30.

³ - Paul. AMSELEK, « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », in mélange Charles Eisenmann, Cujas, 1975, p.233 ; cité par ; Benoit DELAUNAY, op.cit, p.302.

ولفائدة هذه الملاحظات يمكن أن نحدد المكان الخاص لنظامي المسؤولية من خلال معايير سنتفحصها في مطلبين.

المطلب الأول: صفة السبب المرتبط بالنظام العام للمسؤولية دون خطأ

عندما تكون المسؤولية دون خطأ وسيلة تابعة للنظام العام، فهي تصبح مسألة ذات أهمية يمكن أن تجعل القاضي يتجاهل قاعدة القانون التي من واجبه تطبيقها إذا لم يهتم بذلك القرار القضائي.

ونشوء هذه الصفة يعود إلى القرار الذي ذكرناه سابقاً¹ Regnault-Dessoziers لعام 1919 الخاص بالخطر الناشئ عن الأشياء الخطرة، حين قدم المدعوون حججهم استناداً إلى الخطأ وقام القاضي من تلقائه باستبدال ذلك بقاعدة الخطر، وقد تكرر هذا الاجتهاد بعد مرور سنة بخصوص انفجار مخزن البارود الحربي المودع في مخازن المدعوة ب:liberté² من أجل المناورات البحرية²، فقد طلب ورثة البحار المتوفي التعويض عن وفاته التي حدثت بسبب الانفجار المستند إلى الخطأ، وبصورة أدق إلى العيب الموجود في البارود الناجم عن إهمال البحرية، إلا أن القاضي حكم بالتعويض على أساس الخطر، ومنذ ذلك الوقت أصبحت صفة النظام العام ركيزة للمسؤولية على أساس الخطر أو على أساس خرق المساواة إزاء الأعباء العامة.

ولذلك فأساس صفة الوسيلة التابعة للنظام العام في المسؤولية دون خطأ متعلق بدور القاضي في القضية، فإذا كان قد رد الطلب فيجد المدعي نفسه مضطراً لتقديم دعوى جديدة جاعلاً من

¹ - CE .28 mars 1919, Regnault-Desroziers, Préc.

² - CE. 21 mai 1920, Epoux Colas, Rec.532.

المخاطر سببا للطلب. وهنا ينسق الحل المعتمد في الدعوى ويذهب في مصلحة المدعي، إلا أنه لا يمكن قبول هذه الفرضية لأنها المسألة المتعلقة بنتيجة وليس بالعمل الذاتي للقاضي.

وفي هذا المجال نادى السيد Amselek بأنه من المفروض أن يتوفر للقاضي سلاح يمكنه من منح التعويض للضحية في غياب الخطأ المرتكب من قبل الإدارة ووجود الضرر اللاحق بالضحية، دون أن ننسى بأن رفض صفة النظام العام للمسؤولية دون خطأ- والتي تكون في الغالب أكثر ملائمة للمدعي- يقود بالضرورة إلى التقليل من الفائدة التي يتوخاها المدعون، ويكون القاضي في نفس الوقت مكرها على الاستناد إلى خطأ الإدارة الذي يصعب إثباته، فحين تبقى المسؤولية دون خطأ متوقفة على طلب أصحاب المصلحة فقط¹.

وينبغي الإشارة إلى أنه إذا لم يطالب المدعي إلا بأعمال المسؤولية دون خطأ، فلا يمكن أن يذهب القاضي إلى أبعد من ذلك ويحكم على الإدارة على أساس الخطأ²، ونحن نعلم أن في المسؤولية المستندة إلى الخطأ، يقع عبء الإثبات على عاتق المدعي، وإذا أثار القاضي هذا السبب-صفة الوسيلة التابعة للنظام العام في المسؤولية المستندة إلى الخطأ- فإنه يحل بذلك محل المدعي ويصعب عليه إثبات الخطأ.

المطلب الثاني: الصفة الاحتياطية للمسؤولية دون خطأ تبقى المسؤولية دون خطأ كحالة

استثنائية يلجأ إليها بعيدة عن التعميم الذي كان يراه بعض الفقهاء، والذي يناشد بأن الدولة هي

¹ - Paul. AMSELEK, op.cit, p.233 ; cité par Benoit DELAUNAY, op.cit, p.307.

² -CE 13 juillet 1965, Dame Venue Bande et Dame Lâchât, 62621, cité par Adamas, « Affaires Publiques, Jurisprudences », juillet 2016, p.11, disponible sur le site : www.adamas-lawfirm.com, consulté le 20/12/2016 à 21 :20.

الضامن للمخاطر الإدارية¹، وفي حد ذاتها هذه الأخيرة لاقت خصوما يدعون بفكرة الانطلاق من الاعتبار الأساسي الذي يدل على أن القانون العام للمسؤولية الإدارية يستوحي دائما فكرة الخطأ².

فمن ناحية لا تقوم المسؤولية دون خطأ إلا في فرضيات محددة ومحصورة من قبل التشريع أو الاجتهاد، والدليل واضح في قرار Cames أن المسؤولية دون خطأ في مجال المخاطر المهنية لم يكن ممكنا نشوئها إلا في غياب الخطأ، فيما أنه لا وجود لخطأ العامل، ولا لخطأ الدولة، فنحن إزاء فعل الصناعة والحادث المفاجئ والخطر المهني الناجم عن استعمال الآلات في الظروف العادية³.

ومن ناحية ثانية فحتى في حال وجود نظام المسؤولية دون خطأ المكرس في القانون أو الاجتهاد، فثمة شروط أخرى غير الشروط الخاصة بالضرر وبالرابطة السببية، يجب أن تتوفر، ومثال ذلك المسؤولية الناجمة عن استعمال السلاح الناري ولنا اجتهاد قضائي جزائري في هذا المجال، أقر فيه مجلس الدولة في 2007 مسؤولية مرفق الأمن لحادث وقع داخل مركز الأمن والذي أدى إلى وفاة عون نتيجة استعمال زميله سلاح الخدمة لما يشكله السلاح الناري من مخاطر سواء بالنسبة لعون الأمن أو بالنسبة للغير⁴.

إلا أن الاجتهادات اللاحقة أضافت شرطا ثالثا خاصا بوضعية الضحية، حاصرة الاستفادة من مسؤولية المخاطر بالغير، بالنسبة للعملية التي أدت إلى استعمال السلاح الناري، فإذا لم يتوفر أحد هذه الشروط، فإنه يتم تطبيق النظام التقليدي للخطأ. وبالفعل لا يمكن إعمال المسؤولية دون

¹ - Dans les années 1900, Hauriou voyait en l'Etat un futur assurer des risques administratifs, cité par **Benoit DELAUNAY**, op.cit, p.311-312

² - CE 9 mars 1966, Ministre de la justice, C. Trouillet, cité par **Bernard PACTEAU**, « Jurisprudence administrative, Répertoire analytique », presse universitaire de France, 1985, p.257. disponible sur le site : www.jstor.org consulté le 01/01/2017 à 21 :47.

³ - CE 21 juin 1985, Cames, Rec, Lebon, P.509 , disponible sur le site : www.conseil-etat.fr consulté le 15/01/2017 à 22 :03.

⁴ - قرار مجلس الدولة بتاريخ 2007/07/25، ملف رقم 033628، مجلة مجلس الدولة، 2009، ص 98.

خطأ إلا استثناء من نظام الخطأ. وهكذا عندما لا يكون ضحايا استعمال هذه الأسلحة من الغير إنما فقط من الأشخاص المستهدفين بالعملية الأمنية، فلا تترتب مسؤولية الإدارة إذا ارتكبت هذا الخطأ.

ومن ناحية ثالثة إذا عرضت على القاضي الوسيطتان، فهو يبدأ دوماً بالنظر أولاً على أساس الخطأ، وهكذا يتم إلغاء القرار القضائي الذي لا يحكم على أساس خطأ الإدارة في حين كانت هذه الوسيلة مثارة من قبل المدعى عليهم.

خاتمة:

إن فائدة الاعتراف بخطأ في نظام المسؤولية دون خطأ يمكننا من استنتاج عدة دروس، أولها المقارنة بين مسؤولية المخاطر والمسؤولية بسبب خرق المساواة إزاء الأعباء العامة، حيث أن هاتاه الأخيرة تشير إلى عدم قانونية الضرر اللاحق بالمتعاملين مع الإدارة، فمن جهة نرى بأن التطور الحديث لفرضيات المسؤوليات دون خطأ يستند إلى أسس القانون المدني، ومن جهة ثانية يمكن تفسير إمكانية وجود الخطأ في المسؤولية دون خطأ بالعودة إلى الظروف التي حكمت نشوءها. وفي الغالب، إن تبعية أنظمة المسؤولية دون خطأ لأنظمة المسؤولية المستندة إلى الخطأ، لم يكن مقصوداً منه استبعاد الخطأ ولكن إقرار تعويض أسهل، وإن عدم فائدة شرط الخطأ لم يكن إلا نتيجة لذلك. وفي هذه الأنظمة لم يختفي أبداً الخطأ بالكامل لكنه لم يعد مطلوباً فقط.

الحماية الدستورية لمبدأ سرية المعلومات الضريبية في التشريع الجزائري

عادل ذواوي ، أستاذ مساعد قسم ب

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة محمد ليمين دباغين سطيف 2

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/09

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/10

تاريخ إرسال القبول: 2017/12

مقدمة:

نظرا لضرورات تمتع الدولة بالأموال اللازمة لتمكينها من النهوض بالأعباء الملقاة على عاتقها، فإنه كان لابد عليها من تحسين قدراتها على تمويل نفسها داخليا، وهذا حتى تتفادى كل الآثار السلبية التي يتسبب فيها عادة التمويل الخارجي، سواء على الصعيد الاقتصادي أو على الصعيد الاجتماعي. وباعتبار أن الضريبة تعد من أهم مصادر التمويل الداخلي للإنفاق العمومي، فإن الدولة توليها اهتماما وعناية كبيرين، حتى تستطيع استغلالها بالشكل الذي يضمن لها تحقيق الحصيلة الأمثل من الإيرادات الضريبية¹، في حال وصول إدارة الضرائب فيها إلى مستوى من الكفاءة يؤهلها إلى رفع

¹ - عياد محمد علي باش، عامر عمران كاظم المعموري، العوامل المحددة للطاقة الضريبية في العراق للمدة 1980 – 1996، المجلة العراقية للعلوم الاقتصادية، كلية الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، العدد 09، 2006، ص135.

نسبة مساهمة كل مكلف بالضريبة في تمويل الخزينة العمومية - حسب قدرته (طاقته) الفعلية - مع المحافظة على وجوده واستمراره في نشاطاته¹.

ونجاح إدارة الضرائب في تحقيق هذا المستوى من الأداء مرهون بقدرتها على توفير عدة عوامل لازمة لذلك، من بينها بناء علاقة ثقة بينها وبين المكلفين بالضريبة، وهذا حتى يسهل عليها الوصول إلى حقيقة الأوعية الضريبية، من خلال تشجيع كل مكلف بالضريبة على التصريح برقم أعماله الحقيقي، دون أن يخشى إن أقدم على ذلك خطرا على نشاطه الاقتصادي الذي يزاوله، وذلك بأن يتم اتخاذ كل التدابير والاحتياطات لضمان عدم خروج أو إفشاء المعلومات السرية الخاصة به للغير، مما قد يعرض مصالحه المشروعة للتهديد.

والتزام إدارة الضرائب بالحفاظ على سرية المعلومات الضريبية²، التي يدلي بها كل مكلف بالضريبة، لا يعتبر أمرا لازما فقط لنجاحها في تحقيق فعالية النظام الضريبي التي ترحو وتسعى الدولة إلى تحقيقها³، وإنما يعد أمرا لازما كذلك للمحافظة على رؤوس الأموال، وبالأخص المحلية منها، من الهجرة نحو ما يسمى بالملاذات (أو الجنات) الضريبية، وهي الدول التي تتمتع أنظمتها المصرفية بقوانين صارمة تحافظ على سرية حسابات عملائها الأجانب، مما يساعدهم على التهرب من دفع الضرائب في بلدانهم الأصلية⁴.

¹ - عبد الباسط علي جاسم الزبيدي، العدالة الضريبية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015، ص 69.

² - مصطفى عبد الحسين علي المنصوري، مدى موازنة السلطة المالية بين إجراءات الفحص الضريبي وسرية المعلومات الضريبية، مجلة المثنى للعلوم الإدارية والاقتصادية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة المثنى، العدد 01، 2015، ص 60.

³ - ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي بين النظرية والتطبيق، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 03.

⁴ - راجع: ملاذ ضريبي، بتاريخ 2016/12/28، على الموقع: <https://ar.wikipedia.org/wiki>

وبذلك فسرية المعلومات الضريبية قد أضحّت مبدأً ينبغي أن يحكم أداء إدارة الضرائب لعملها¹، وهذا على الرغم من أنه قد تلحقه بعض الاستثناءات² التي تبيح لموظفي الإدارة، وفق مجموعة من الضوابط، تقديم بعض المعلومات التي يجوزتهم حول الوضعية المالية والضريبية لعدد من المكلفين إلى الجهات وفي الحالات التي يحددها القانون³.

ولما كان مبدأ سرية المعلومات الضريبية يرتبط بشكل وثيق بما يجب أن يتمتع به المكلفون بالضريبة من حرية فردية (شخصية⁴) في إتيان التصرفات وممارسة النشاطات التي يريدون، متى كانت ضمن الحدود والشروط التي يقرها القانون⁵، فإن ذلك يفترض تدخلا من المؤسس الدستوري حتى يضمن حماية أكبر على هذا المبدأ. ومنه فالإشكالية التي قد تطرح بهذا الصدد تتعلق بـ: مدى وجود ضمانات دستورية من شأنها أن تكفل حماية مبدأ سرية المعلومات الضريبية في التشريع الجزائري؟

¹ - فضيلة عباس غائب، مبدأ سرية المعلومات الضريبية في قانون ضريبة الدخل العراقي ذي الرقم 113 لسنة 1982 المعدل النافذ، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العدد 46، 2010، ص 299.

² - راجع مثلا: قبس حسن عواد البداري، المركز القانوني للمكلف الضريبي، الطبعة الأولى، دار المناهج، عمان، 2005، ص 120.

³ - أنظر المواد: 65 - 68 من قانون الإجراءات الجبائية المؤسس بموجب القانون رقم 21/01 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 والمتضمن قانون المالية لسنة 2002 (الجريدة الرسمية عدد 79 الصادرة في 23 ديسمبر 2001).

⁴ - يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للحق في الخصوصية، المؤتمر القانوني الدولي الثاني لكلية القانون الكويتية العالمية حول: "التحديات المستجدة للحق في الخصوصية"، يومي: 15 - 16 فبراير 2015، بتاريخ 2016/12/29.

<http://kilaw.edu.kw/Conference/index.php/ar/ct-menu-item-10/377-2016-12-28-10-59-41>

⁵ - قبس حسن عواد البداري، المرجع نفسه، ص 117.

وفي سياق الإجابة على هذه الإشكالية، فقد ارتأينا التطرق أولا إلى الحقوق التي تستند إليها إدارة الضرائب في التشريع الجزائري لاستقاء المعلومات التي تعتبر بالنسبة إليها ضرورية لتحديد القدرة الضريبية الفعلية لكل مكلف على حدى، وذلك امثالاً للمؤسس الدستوري الجزائري الذي يوجب، تحقيقا للعدالة الضريبية، على كل واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العمومية حسب قدرته الضريبية¹. وعليه تم تقسيم هذا البحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: حق إدارة الضرائب في الحصول على المعلومات الضريبية والتحقق منها

المطلب الثاني: الضمانات الدستورية للمحافظة على سرية المعلومات الضريبية

المطلب الأول: حق إدارة الضرائب في الحصول على المعلومات الضريبية

والتحقق منها

بغض النظر عن الأهداف الأخرى² التي يمكن أن يقوم النظام الضريبي ويعمل في سبيل تجسيدها، فإن الهدف المالي، والمتمثل في توجيه الضريبة نحو تغطية الأعباء العمومية³، يبقى يحظى بالأولوية⁴ من وراء تولي الدولة عمليات فرضها وتحصيلها. ومن هنا فقد أخذت الضريبة من قاعدة وفرة الحصيلة⁵ خاصية لها، أو كما تعرف أيضا بخاصية الإنتاجية¹، والتي تعني ضرورة أن تعطي الضريبة

¹ - أنظر: المادة 78 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 بعد تعديل 2016.

² - محمد خالد المهاني، خالد شحادة الخطيب، المالية العامة، منشورات جامعة دمشق، 2000، ص204. رضا خلاصي، شذرات المالية العامة، دار هومة، الجزائر، 2016، ص319.

³ - أمعر بجياوي، مساهمة في دراسة المالية العامة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص95. علي زغدود، المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص178.

⁴ - محمد عباس محرزي، المدخل إلى الجباية والضرائب، دار ITCIS، الجزائر، 2010، ص28.

⁵ - خالد شحادة الخطيب، أحمد زهير شامية، أسس المالية العامة، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، 2005، ص152.

الضريبة أحسن حصيلة ممكنة لها مقارنة بتكلفة تحصيلها. وحتى يمكنها ذلك فلا بد على إدارة الضرائب مراعاة عدة عوامل، من بينها²: إلزام جميع المكلفين بما بأدائها من دون استثناء أي فئة منهم، ما عدا أولئك الذين يعفيهم القانون منها، وعليها (أي إدارة الضرائب) اتخاذ كل التدابير والإجراءات لمنع المكلفين بما من التهرب منها أو الغش في مبالغها المستحقة.

ولأن إدارة الضرائب لا يمكنها السهر على التزام المكلفين بالضريبة بأداء واجباتهم الضريبية على الوجه الأكمل من دون أن تكون لها معلومات وافية عن كل ما يتعلق بهم وبمشارطاتهم الخاضعة للقانون الضريبي، فإن المشرع الجزائري وبعد الفراغ التشريعي الذي كان موجودا من قبل قد استحدث، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 364/07³، مديرية خاصة لهذا الغرض على مستوى إدارة الضرائب، وهي مديرية الإعلام والوثائق الجبائية، والتي تتكون من ثلاث مديريات فرعية، هي: المديرية الفرعية للبحث عن المعلومات والوثائق، المديرية الفرعية لمعالجة المعلومات وتحليلها، والمديرية الفرعية لتنظيم دائرة المعلومات. وهذا من دون إغفال الدور الهام والحساس الذي تقوم به المديرية الفرعية للأبحاث والتحقيقات الجبائية، التابعة لمديرية الأبحاث والتدقيقات، التي هي مكلفة:

- بتحديد إجراءات جمع واستغلال وحفظ ومراقبة استعمال المعلومات الجبائية،
- السهر على التطبيق الدائم لحق الإطلاع والتحقيق والتفتيش والتأكد من التطبيق الصحيح للأحكام القانونية التي تحكمها،
- البرمجة والقيام، في كل منطقة من التراب الوطني، بأي ثمر وتحقيق وبحث يتعلق بمتابعة الوضعية الجبائية للمكلفين بالضرائب.

¹ - محفوظ برهماني، المالية العامة في التشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 81.

² - المرجع نفسه والصفحة نفسها.

³ - المؤرخ في 28 نوفمبر 2007 والمتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية (الجريدة الرسمية عدد 75 الصادرة في 02 ديسمبر 2007).

ومنه فلا مجال للشك في أن لإدارة الضرائب قانونا الحق في الحصول على المعلومات الضريبية (الفرع الأول) والتأكد والتحقق من صدقيتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق إدارة الضرائب في الحصول على المعلومات الضريبية

حتى لا يكون لإدارة الضرائب عذر في عدم أداء المهام الموكلة لها¹، وبالتحديد عذر في عدم اتخاذ كل التدابير الضرورية لإعداد وعاء الضرائب وتصنيفتها وتحصيلها من جهة، ولعدم تنفيذ جميع التدابير اللازمة لمكافحة الغش والتهرب الجبائيين من جهة أخرى، فقد حولها المشرع الجزائري حق ممارسة عديد الصلاحيات التي تسمح لها - عن طريق كل من مديرية الأبحاث والتدقيقات ومديرية الإعلام والوثائق الجبائية - بالحصول على ما يلزمها من المعلومات حول المكلفين بالضريبة الخاضعين للقانون الضريبي الجزائري. فقد منح لها على سبيل المثال سلطة²:

- مراقبة مداخل الأشخاص الطبيعيين (مراقبة الوضعية الشخصية) من خلال علامات الثراء الخارجية، ومستوى المعيشة والممتلكات، في إطار إخضاع المداخل الخفية للحماية.
 - تنسيق مهام جمع المعلومات على المستوى المحلي بين هيكلها (أي إدارة الضرائب).
 - ضمان التنسيق بين المركز الوطني للإعلام الآلي والإحصائيات الجمركية والديوان الوطني للإحصائيات والمركز الوطني للسجل التجاري وصناديق الضمان الاجتماعي.
 - توطيد المعلومات المتعلقة بتكوين ممتلكات ومداخل كل الأشخاص الذين تم تقييمهم.
- هذا ويتجلى حق إدارة الضرائب في الحصول على المعلومات الضريبية بشكل واضح في تمتعها بممارسة جملة من الحقوق، من أهمها:

¹ - أنظر: المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 364/07.

² - أنظر في ذلك: دوما المرسوم التنفيذي رقم 364/07.

أولاً: تلقي التصريحات الضريبية

لقد أُلزم المشرع الضريبي الجزائري المكلفين بالضريبة باكتتاب تصريحات تخص نشاطهم الخاضع للضريبة وتقديمها لإدارة الضرائب في آجال محددة، قصد السماح لها بتأسيس وعائها (أي الضريبة المعنية) وتحديد مبلغها الواجب الدفع بالنسبة لكل واحد منهم¹. ولذلك فالنظام الضريبي الجزائري يوصف بأنه نظام تصريحي².

فبالنسبة للضريبة على الدخل على الدخل الإجمالي **IRG**، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 18 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة³ على أنه: (يتعين على المكلفين بالضريبة المشار إليهم في المادة 17 أعلاه، أن يكتتبوا على الأكثر يوم 30 أبريل من كل سنة تصريحا خاصا عن مبلغ ربحهم الصافي للسنة أو للسنة المالية السابقة، ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 152) بينما أكدت المادة 19 من ذات القانون على أنه: (يجب أن يحتوي التصريح الخاص على كل الوثائق والمعلومات المنصوص عليها في المادتين 152 و 153).

وقد نصت المادة 99 من نفس القانون على أنه: (يجب على الأشخاص الخاضعين للضريبة على الدخل الإجمالي، حتى يتسنى إقرار أساس هذه الضريبة، أن يكتتبوا ويرسلوا، على الأكثر يوم 30 أبريل من كل سنة إلى مفتش الضرائب المباشرة لمكان إقامتهم، تصريحا بدخلهم الإجمالي الذي تقدم مطبوعته من قبل

¹ - زويدة كربي، المراقبة الجبائية كسبب رئيسي للمنازعة الضريبية، مجلة مجلس الدولة، الجوائز، العدد 07، 2005، ص12.

² - منصور بن اعمار، إجراءات الرقابة المحاسبية والجبائية، دار هومة، الجزائر، 2011، ص11.

- Mansour Ben Amara, Bouznad Hocine, Le droit fiscal des affaires en Algérie, éditions Houma, Alger, 2012, p47.

³ - المتضمن بالأمر رقم 104/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية عدد 70 الصادرة في 02 أكتوبر 1977).

الإدارة الجبائية...) وبينت الفقرة الأولى من المادة 100 بأنه: (يجب على المصرحين أن يقدموا كل المعلومات اللازمة بخصوص وضعهم وتكاليفهم العائلية) في حين أوجبت المادة 101 على المكلفين بالضريبة بأن يصرحوا كذلك بالعناصر الآتية:

- الإيجار أو القيمة الإيجارية والعنوان: 1- السكن الرئيسي،

2- محلات الإقامة الثانوية في الجزائر وخارجها.

- السيارات السياحية وعربات السكن، واليخوت أو سفن الترفيه، والطائرات السياحية، وقوة كل واحدة منها أو حمولتها،

- الخدم، المربون، والحاضنات.

وأما بالنسبة للضريبة على أرباح الشركات **IBS**، فإن الفقرة الأولى من المادة 151 نصت

على أنه: (يتعين على الأشخاص المعنويين المذكورين في المادة 136 أن يكتسبوا قبل 30

أفريل على أكثر من كل سنة لدى مفتش الضرائب الذي يتبع له مكان تواجد مقر الشركة أو الإقامة الرئيسية لها، تصريحاً بمبلغ الربح الخاضع للضريبة الخاص بالسنة المالية السابقة

(وقد أوضحت المادة 152 في فقرتها الأولى ماهية البيانات والمعلومات التي يجب أن تتضمنها

التصريحات الضريبية بالقول: (يجب على المكلفين بالضريبة المذكورين في المادة 136 أن

يذكروا في التصريح المنصوص عليه في المادة 151، مبلغ رقم أعمالهم، ورقم تسجيلهم في

السجل التجاري، وكذا لقب المحاسب أو المحاسبين أو الخبراء المكلفين بمسك محاسبتهم

وعناوينهم أو تحديد أو مراقبة النتائج العامة لمحاسبتهم، مع ذكر ما إذا كان هؤلاء التقنيون من

بين المستخدمين الأجراء لمؤسستهم. ويجب عليهم إرفاق تصريحاتهم بالملاحظات الأساسية

والخلاصات الموقعة التي استلموها من الخبراء المحاسبين أو المحاسبين المعتمدين الذين

كلفوهم، في حدود اختصاصهم، بإعداد ومراقبة وتقييم حواصلهم وحساباتهم الخاصة بنتائج

(النشاط)

وبالإضافة إلى ذلك، فقد قررت المادة 153 بأنه: (يتعين على المكلفين بالضريبة المشار إليهم في المادة 136 أعلاه، أن يقدموا في آن واحد مع التصريح بالنتائج الخاص بكل سنة مالية، جدولاً يتضمن الإشارة إلى تخصيص كل سيارة سياحية مقيدة في أصولها أو التي تحملت بشأنها المؤسسة مصاريف أثناء تلك السنة المالية...) وللإشارة، فإن هذه المادة من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة قد رتب، في فقرتها الأخيرة، غرامة وفرضتها على أولئك المكلفين بالضريبة الذين يتبين لإدارة الضرائب بأنهم قدموا لها تصريحات شابتها إغفالات أو نقائص في المعلومات.

ثانياً: حق الإطلاع

لقد أسست لهذا الحق في قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة كل من:

- المادة 20، وذلك بنصها على أنه: (يجب على الأشخاص المشار إليهم في المادة 17، أن يمسكوا محاسبة نظامية، طبقاً لأحكام المادة 152، وعليهم أن يقدموها، عند الإقتضاء، عند كل طلب، لأعوان الإدارة الجبائية، وهذا طبقاً لتنظيم الساري المفعول)

- الفقرة الأخيرة من المادة 152 التي نصت بأنه: (ويتعين على المصرح بالضريبة أن يقدم، كلما طلب منه ذلك مفتش الضرائب، كل الوثائق الحسابية والجروود ونسخا من الأوراق والوثائق الخاصة بالإيرادات والنفقات التي من شأنها إثبات صحة النتائج المبينة في التصريح).

وبالنسبة لحق الإطلاع الممارس في مواجهة المؤسسات والهيئات التي ليست لها صفة التاجر والتي تدفع أجوراً أو أتعاباً أو مرتبات مهما كانت طبيعتها، فقد أسست له المادة 18 من قانون الإجراءات الجبائية التي جاء فيها بأنه: (يتعين على المؤسسات والهيئات المعنية أن تقدم للإدارة الجبائية بناءً على طلبها، الدفاتر والوثائق التي تتوفر عليها).

وعن فحوى حق الإطلاع والمقصود منه، فإن المشرع الجزائري قد بين بأنه¹ يسمح لأعوان إدارة الضرائب بتفصيح الوثائق والحصول على المعلومات مهما كانت وسيلة حفظها، وذلك قصد تأسيس وعاء الضريبة ومراقبتها. ويعرف بعض الفقه حق الإطلاع بأنه²: "حق إدارة الضرائب في الإطلاع على الأوراق والوثائق كلها التي تمكنها من تحديد وعاء الضرائب المختلفة ومن ربطها ومنع التهرب من أدائها". وحق الإطلاع يسمح لإدارة الضرائب، بحسب الحالة، إما بإتمام المعلومات التي تحصلت عليها من قبل بكيفيات أخرى، أو بالتأكد من صحة المعلومات التي استخرجتها عند دراستها للملفات والبيانات التي لديها³. وتجدر الإشارة إلى أن تمتع إدارة الضرائب بممارسة حق الإطلاع ليس مطلقا، بل إن المشرع الجزائري⁴ قيده وأورد عليه عدة استثناءات لا يجوز فيها لإدارة الضرائب أن تتمسك بممارسته خلالها.

ثالثا: حق المعاينة والحجز

هذا الحق يتجسد في تنقل أعوان إدارة الضرائب إلى مكان تواجد نشاط المكلف الخاضع للضريبة⁵، وقيامهم بتفقد المواقع بأنفسهم⁶ قصد البحث والحصول على المعلومات التي قد يكون تنامي إلى علم الإدارة بأن المكلف يعتمد إخفاءها و/أو يقوم بتدليسها والتحايل في حقيقتها، وعلى الأعوان في هذه الحالة تحرير محاضر بكل ما يتم معاينته وجمعه من معلومات، سواء كانت متعلقة

¹ - أنظر المادتين : 45 و 59 في فقرتها الأخيرة من قانون الإجراءات الجبائية.

² - حسن المرصفاوي، حق الاطلاع لموظفي الإدارة الضريبية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، القاهرة، العدد 03، 1962، ص05. نقلا عن: عبد الباسط علي حاسم، حق الإطلاع الضريبي لموظفي الإدارة الضريبية في التشريع الضريبي

العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العدد 41، 2009، ص206.

³ - ناصر مراد، التهرب والغش الضريبي في الجزائر، الطبعة الأولى، دار قرطبة، الجزائر، 2004، ص40.

⁴ - أنظر المواد: 46، 48، 49 من قانون الإجراءات الجبائية.

⁵ - أنظر: المادة 22 من قانون الإجراءات الجبائية.

⁶ - مروان الدزيري، التكلفة الجبائية لإنشاء المؤسسة في الجزائر، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص91.

مثلاً¹ بطبيعة النشاط الممارس (هل نفسه المصرح به)، المحلات التي يزاول فيها، أنواع السلع والبضائع وكمياتها، وجود آلات ومعدات وعمال من عدمه... الخ. وتجدد الإشارة هنا إلى أن المعاينة في المادة الضريبية ليست مجرد معاينة مادية، بمعنى معاينة تقتصر على استعمال العين المجردة لمشاهدة وملاحظة ما يوجد في المكان محل المعاينة، ثم تدوين المعلومات المستقاة من هذه العملية في محاضر، فالمعاينة التي يقوم بها أعوان إدارة الضرائب تعدى ذلك بكثير، وذلك لأنها تنطوي على أعمال التفتيش والبحث والتحرري عن كل الوثائق والمستندات والبيانات، مهما كانت وسيلة حفظها، والتي تنتهي غالباً بعمليات حجزها قصد تفويت الفرصة على المكلف المعني للقيام بمناورات الهدف منها تهريبها أو إتلافها للتملص من التزاماته الضريبية إما بشكل كلي أو جزئي. وهو ما يؤكدته المشرع الجزائري، في المادة 34 من قانون الإجراءات الجبائية، بقوله: (... عندما توجد قرائن تدل على ممارسات تدليسية، يمكن للإدارة الجبائية أن ترخص، ضمن الشروط المبينة في المادة 35 أدناه، للأعوان الذين لهم على الأقل رتبة مفتش ومؤهلين قانوناً، القيام بإجراءات المعاينة في كل المحلات قصد البحث والحصول وحجز كل المستندات والوثائق والدعائم أو العناصر المادية التي من شأنها أن تبرر التصرفات الهادفة إلى التملص من الوعاء والمراقبة ودفع الضريبة)

ونظراً لما يمثله حق المعاينة من مساس خطير بحقوق وحرية المكلفين بالضريبة، وإن كان تبرره ضرورة الدفاع عن مصلحة الدولة في المحافظة على حقوق الخزينة العمومية ضد من يحاولون الإضرار بها، فإن المشرع الجزائري قد جعل ممارسة إدارة الضرائب لهذا الحق تتم تحت نظر القضاء ورقابته؛ بحيث أكدت المادة 35 من قانون الإجراءات الجبائية بأنه: (لا يمكن الترخيص بإجراء حق المعاينة إلا بأمر من رئيس المحكمة المختصة إقليمياً أو قاض آخر يفوضه هذا الأخير... تتم المعاينة وحجز الوثائق والأموال التي تشكل أدلة على وجود طرق تدليسية، تحت سلطة القاضي

¹ - وفاء عبد الباسط، فض منازعات الضرائب على الدخل بالطريق الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص20.

ورقاته. ولهذا الغرض، يقوم وكيل الجمهورية بتعيين ضابط من الشرطة القضائية ويعطي كل التعليمات للأعوان الذين يشاركون في هذه العملية).

الفرع الثاني: حق إدارة الضرائب في التحقق من المعلومات الضريبية

لا يمكن الاعتماد على تصريحات المكلفين بالضريبة دون مراقبتها والتحقق منها من قبل المصالح الضريبية المختصة، وذلك لأن الممارسة قد أثبتت بأن البيانات والمعلومات التي تتضمنها هذه التصريحات قلما تكون صحيحة وصادقة؛ بحيث لا تكاد تخلو من الأخطاء - سواء عن حسن أو سوء نية - التي من شأنها أن تمكن المكلف من التملص ولو جزئيا من دفع الضريبة المستحقة عليه¹. ولتجنب حدوث ذلك، نصت المادة 18 من قانون الإجراءات الجبائية على أنه: (تراقب الإدارة الجبائية التصريحات والمستندات المستعملة لفرض كل ضريبة... كما يمكنها أن تمارس حق الرقابة على المؤسسات والهيئات التي ليست لها صفة التاجر والتي تدفع أجورا أو أتعابا أو مرتبات مهما كان طبيعتها...).

ويعرف حق إدارة الضرائب في التحقق من المعلومات الضريبية (الرقابة الجبائية) بأنه²: "السلطة الممنوحة للإدارة الجبائية لأجل متابعة ومراقبة مدى التزام المكلف بالضريبة بالنظام الجبائي والضريبي السائد في البلاد بهدف التقليل ومحاوله الحد من التهرب الضريبي والمحافظة على موارد الخزينة العمومية وكذلك تحقيق العدالة الاجتماعية بين المكلفين بالضريبة". كما يعرفه البعض³ بأنه: "

¹ - محمد سعيد بوسعدية، مدخل إلى دراسة قانون الرقابة الجزائري، دار القصبية، الجزائر، 2014، ص 268. منور

أوسرير، محمد حمو، جباية المؤسسات، الطبعة الأولى، مكتبة الشركة الجزائرية بوداود، الجزائر، 2009، ص 200.

² - مصطفى عوادي، الرقابة الجبائية على المكلفين بالضريبة في النظام الضريبي الجزائري، الطبعة الأولى، مطبعة مزوار، الوادي، 2009، ص 11.

³ - سهام كردودي، الرقابة الجبائية بين النظرية والتطبيق، دار المفيد، عين مليلة، 2011، ص 47.

فحص لتصريحات وكل سجلات ووثائق ومستندات المكلفين بالضريبة الخاضعين لها سواء كانوا ذو شخصية طبيعية أو معنوية وذلك بقصد التأكد من صحة المعلومات التي تحتويها ملفاتهم الجبائية".¹ ويمكن تعريف حق إدارة الضرائب في التحقق من المعلومات الضريبية، أو كما أسماه المشرع الجزائري بحق الإدارة في الرقابة¹، بأنه الحق الذي يخولها فحص وتدقيق كل ما من شأنه أن يوصلها إلى معلومات مؤكدة عن حقيقة الأوعية الضريبية التي يملكها المكلف؛ فكما لها أن تراقب نظامية الوثائق والمستندات التي على أساسها اكتتب تصريحاته الضريبية، لها كذلك حق التشكيك في صدقها، وصدق الاتفاقيات التي قد يبرمها، وتكون تخفي المضمون الحقيقي للعقد عن طريق بنود تهدف إلى تجنب أو تخفيض أعبائه الضريبية².

ولما كان دور هذا التحقيق الضريبي، الذي تتولى القيام به مصالح محددة في إدارة الضرائب³، هو التأكد من صحة المعلومات التي تعكس مدى التزام المكلفين بالضريبة بأداء واجباتهم الضريبية⁴، فإن المشرع الضريبي قد خولها بصدده القيام بعدة أنواع من الرقابة، وهي بإيجاز:

¹ - أنظر: عنوان الباب الأول من الجزء الثاني لقانون الإجراءات الجبائية.

² - المادة 19 مكرر من قانون الإجراءات الجبائية، التي أضيفت بموجب المادة 25 من القانون رقم 08/13 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 والمتضمن قانون المالية لسنة 2014 (الجريدة الرسمية عدد 68 الصادرة في 31 ديسمبر 2013).

³ - راجع حول من هم أصحاب الاختصاص بإجراء عمليات التحقيق الضريبي من أعوان وهيئات ومصالح: عباس عبد الرزاق، التحقيق المحاسبي والنزاع الضريبي، دار الهدى، عين مليلة، 2012، ص 25 - 29. شريف إسماعيل، أساسيات حول النظام الجبائي الجزائري بين المفهوم القانوني والتطبيقي، الطبعة الأولى، دار طليطلة، الجزائر، 2015، ص 130.

⁴ - محمد براق، ماهية المراجعة الضريبية ومهمتها، المحلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 03، 2007، ص 278.

- Maurice Colin, La vérification fiscale, Economica, Paris, 1985, p37.

أولاً: الرقابة الشكلية

تعتبر الرقابة الشكلية أول عملية رقابية تخضع لها التصريحات التي يدلي بها المكلفون بالضريبة لإدارة الضرائب بغرض تأسيس وعائها، لتقدر بناء عليها الإدارة مبلغ الضريبة المستحق دفعه. وهذه الرقابة تتم سنوياً، وهدفها التأكد من احترام المكلفين للشكليات والمعلومات الواجب احترامها في اكتتاب التصريحات الضريبية، من هوية كاملة، عنوان، العناصر المكونة للوعاء... الخ. ومنه فهذه الرقابة لا تعمل على التأكد من صحة المعلومات المصرح بها ومقارنتها بالمعطيات التي تملكها إدارة الضرائب؛ وإنما تكتفي بمبدئياً بتصحيح ما قد يقع في التصريحات من أخطاء مادية دون قصد. فبحسب الفقرة الأولى من المادة 18 من قانون الإجراءات الجبائية على إدارة الضرائب أن تراقب التصريحات والمستندات المستعملة لفرض كل ضريبة.

ثانياً: الرقابة على الوثائق

الرقابة على الوثائق ثاني عملية تتم في إطار التحقيق الضريبي، وهي تعد مهمة مقارنة بالأولى التي تعد تمهيدية فقط. وتستمد هذه الرقابة أهميتها من كون المفتش يجري من خلالها على مستوى مصلحة التحقيق بالإدارة تحقيقاً معمقاً لما تضمنته تصريحات المكلف بالضريبة من معلومات. ولأن هدف هذه الرقابة هو التأكد من صحة التصريحات المدلى بها وصدقيتها، خصوصاً عندما تكون ثمة شبهة حولها استناداً لما يكون قد توفر لإدارة الضرائب من معلومات تحصلت عليها من دراستها للملفات، ومن إدارات أخرى لديها معطيات تدحض ما أدلى به، فإن المشرع الضريبي وللتصدي لهكذا حالات قد خول للمفتش القائم بالتحقيق عدة صلاحيات، منها¹: طلب توضيحات وتبريرات كتابية، طلب دراسة الوثائق المحاسبية المتعلقة بالبيانات والعمليات والمعطيات موضوع الرقابة، كما له أن يستمع للمعنيين إذا تبين أن استدعاءهم لهذا الغرض ضروري. ومنه فهذه الرقابة تنبني على دراسة

¹ - المادة 19 من قانون الإجراءات الجبائية.

معمقة ونقدية للبيانات التي تشكل أساس فرض الضريبة، وذلك بفحصها والتدقيق فيها عبر عدة مصادر بما فيها المكلف نفسه.

ثالثا: الرقابة في عين المكان

في هذه المرحلة الأخيرة من الرقابة، ينتقل التحقيق العميق من داخل إدارة الضرائب إلى خارجها، وبالتحديد إلى الأماكن التي يزاول بها المكلف نشاطاته، ولذلك فقد أطلق عليه المشرع الجزائري بالتحقيق في عين المكان¹. وفيه يقوم أعوان إدارة الضرائب بالتدخلات اللازمة لفحص المستندات والوثائق المحاسبية التي قد تكون بحوزة المكلف المعني، وإجراء تحريات ميدانية بشأن ما تضمنته من معلومات وبيانات للتأكد من صديقتها ونزاهتها، أو العكس الكشف عن وجود محاولة تهرب ضريبي كلي أو جزئي. والتحقيق الضريبي في عين المكان قد يكون:

1- تحقيقا محاسبيا عاما (شاملا): وقد عرفه المشرع الجزائري بالقول²: (يعني التحقيق في المحاسبة مجموعة العمليات الرامية إلى مراقبة التصريحات الجبائية المكتتبه من طرف المكلفين بالضريبة) ويخص، في الواقع، هذا التحقيق أكثر المكلفين الملزمين قانونا بمسك محاسبة والاحتفاظ بها³، وذلك لأنه بغياب هذه المحاسبة لا يمكن إجراء هذا التحقيق، لأنه سيكون بدون موضوع⁴. وللإشارة، فإن هذا التحقيق قد ارتبط في الممارسة بفحص المحاسبات المسوكة من قبل

¹ - أنظر: المادة 20 من قانون الإجراءات الجبائية.

² - الفقرة الثانية من المادة 20 من قانون الإجراءات الجبائية.

³ - أنظر مثلا: المواد 09، 10، 10 مكرر، 12 من القانون التجاري بالنسبة للتجار، والمادة 39 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتضمن تنظيم مهنة الموثق بالنسبة للموثق، والمادة 34 من القانون رقم 03/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي بالنسبة للمحضر القضائي (الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 08 مارس 2006).

⁴ - أنظر بشأن ذلك مثلا: قرار مجلس الدولة رقم 11327 الصادر في 2004/02/17. نقلا عن: جمال سايس، المنازعات الضريبية في الاجتهاد القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2014، ص 255.

المؤسسات أكثر¹، وهذا لأن عدد الأشخاص الطبيعيين مقارنة بالأشخاص المعنوية يعتبر كبيرا جدا لا يمكن، إن لم نقل يستحيل، على إدارة الضرائب تغطيته.

2- تحقيقا محاسبيا مصوبا: لقد تأسس هذا التحقيق بموجب المادة 20 مكرر من قانون الإجراءات الجبائية² التي نصت على أنه: (يمكن لأعوان الإدارة الجبائية إجراء تحقيق مصوب في محاسبة المكلفين بالضريبة لنوع أو عدة أنواع من الضرائب، لفترة كاملة أو جزء منها غير متقادمة أو لمجموعة عمليات أو معطيات محاسبية لمدة تقل عن سنة جبائية. ويتم كذلك التحقيق عندما تشكل الإدارة الجبائية في صدق المستندات أو الاتفاقيات التي تم إبرامها من طرف المكلفين بالضريبة والتي تخفي المضمون الحقيقي للعقد عن طريق بنود تهدف إلى تجنب أو تخفيض الأعباء الجبائية...) ويجدر التنبيه إلى أن القراءة الصحيحة لمصطلح "مصوب" هي "مُصَوَّب"، وليس "مُصَوَّب"، وذلك لوجود فرق بين القرائتين؛ فالأولى يقصد بها: التحقيق الموجة³ أو المستهدفة لشيء محدد بدقة، أما القراءة الأخرى فيقصد بها: التحقيق المصحح لشيء ما. وعليه فعلى إدارة الضرائب عندما تريد إجراء هذا النوع من التحقيق الضريبي أن تصوبه وتحدد موضوعه بشكل دقيق قبل الشروع فيه، وهذا لأنه لا يمكنها بعد الشروع فيه أن تحولها إلى تحقيق محاسبي عام (شامل)، وذلك لأن المشرع الجزائري رفض ذلك بشكل مطلق وبات؛ بحيث جاء في المادة المذكورة أعلاه أنه: (لا يمكن أن ينتج عن هذا التحقيق، بأي حال من الأحوال، فحص معمق ونقدي لمجمل محاسبة المكلف بالضريبة) وإن كانت الفقرة الأخيرة من ذات المادة قد عادت وأكدت على: (إن ممارسة التحقيق المصوب لا تمنع الإدارة الجبائية من إمكانية إجراء

1- راجع: ميثاق المكلفين بالضريبة الخاضعين للرقابة، المديرية العامة للضرائب، الجزائر، 2013، ص 13.

2- استحدثت هذه المادة المعدلة والمتمة لأول مرة بموجب المادة 22 من الأمر رقم 02/08 المؤرخ في 24 يوليو 2008 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008 (الجريدة الرسمية عدد 42 الصادرة في 27 يوليو 2008)

3- راجع: التعريف المقدم له في موقع المديرية العامة للضرائب، بتاريخ 2016/07/21،

التحقيق المعمق في المحاسبة لاحقا والرجوع إلى الفترة التي تمت فيها المراقبة...) وفي حال قيام إدارة الضرائب بذلك، فإنه عليها مراعاة النتائج التي توصل إليها التحقيق المصوب، وهذا بحسب نفس الفقرة التي نصت: (ولكن يجب أن تأخذ (أي إدارة الضرائب) بعين الاعتبار الحقوق المطالب بها نتيجة لإعادة التقييم المتمم عند التحقيق المصوب) وعلى كل، فإن التحقيق المصوب في المحاسبة يخضع مبدئيا لنفس القواعد المطبقة على التحقيق العام في المحاسبة، ما عدا تلك التي استثناها المشرع¹.

3- تحقيقا معمقا في الوضعية الجبائية الشاملة: نصت على هذا التحقيق المادة 21 من قانون الإجراءات الجبائية بقولها: (يمكن لأعوان الإدارة الجبائية أن يشروعوا في التحقيق المعمق في الوضعية الجبائية الشاملة للأشخاص الطبيعيين بالنسبة للضريبة على الدخل الإجمالي، سواء توفر لديهم موطن جبائي في الجزائر أم لا، عندما تكون لديهم التزامات متعلقة بهذه الضريبة...) وعليه فهذا التحقيق أضيق من التحقيقين السابقين، وذلك لأنه لا يتعلق من جهة إلا بجزء واحد فقط من المكلفين، وهم الأشخاص الطبيعيين، ولا ينصب من جهة أخرى إلا على نوع واحد فقط من الضرائب، وهي الضريبة على الدخل الإجمالي. وعلى العموم، فهذا التحقيق المعمق في مجمل الوضعية الجبائية الهدف منه هو التأكد من صحة الدخل المصرح به، وهذا من خلال البحث هل هو منسجم فعلا مع ما يملكه المكلف في ذمته المالية من سيولة نقدية، وأرصدة بنكية، عقارات، منقولات... الخ، بالإضافة إلى البحث هل هذا الدخل متناسق حقيقة مع نمط معيشتة وعائلته أم لا. وبناء على النتائج التي يتوصل إليها هذا التحقيق، يمكن لإدارة الضرائب الفصل هل ثمة هناك حالة تهرب ضريبي أم لا، وذلك في حال تبين للإدارة بأن تصريحات المكلف التي أدلى بها مطابقة فعلا للواقع.

¹ - أنظر المادتين: 20 مكرر و20 من قانون الإجراءات الجبائية.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه، بالإضافة إلى أنواع التحقيق السابق ذكرها أعلاه، يوجد هناك أيضا ما يعرف بالتلبس الجبائي، وهو عبارة عن إجراء رقابي تبادر به إدارة الضرائب، بعد الموافقة المسبقة للإدارة المركزية، عندما تجتمع لديها مؤشرات مقبولة على وجود مناورات يقوم بها أحد المكلفين بهدف الإضرار بالديون الضريبية المستقبلية. ويخول هذا الإجراء لإدارة الضرائب التدخل لوقف الغش الممارس، ويسمح لها بالحصول على الاستعمال المباشر للوثائق المحاسبية والمالية والاجتماعية للأشخاص المعنيين في الوقت المناسب، وهذا بغض النظر عن انقضاء آجال الالتزام بالتصريح من عدمه¹.

المطلب الثاني: الضمانات الدستورية للمحافظة على سرية المعلومات الضريبية

فكما أن حق إدارة الضرائب في الحصول على المعلومات التي تخص المكلفين بالضريبة والتحقق منها يعد لازما لتمكنها من أداء الدور المنوط بها، وهو ضمان قيام كل مكلف بأداء ما عليه من التزامات ضريبية لصالح الخزينة العمومية، وهذا حتى تتمكن الدولة بدورها من الاضطلاع بمختلف المهام التي تتحملها، من خلال وجود موارد مالية كافية لتغطية التكاليف والنفقات العمومية، وكذلك المكلفون بالضريبة فإنهم ولتمكثهم من مواصلة مزاوله نشاطاتهم في أمان، والحفاظ على مصالحهم المشروعة، فهم في حاجة للتمتع بقدر معين من السرية، لا سيما فيما يتعلق بالمعلومات التي تعد بحكم طبيعتها وأهميتها لا تقبل إطلاع الغير عليها، وذلك لتفادي مثلا المنافسة غير النزيهة. خاصة إذا ما أدركنا الأهمية والخطورة التي تمثلها حاليا المعلومات في الاقتصاد المعاصر، حتى أنه بات يعرف باقتصاد المعرفة² و/أو المعلومات¹.

¹ - أنظر: المادة 20 مكرر3 من قانون الإجراءات الجبائية.

² - راجع مثلا: عامر بشير، دور الاقتصاد المعرفي في تحقيق الميزة التنافسية للبنوك، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2012، ص03. كمال منصوري، عيسى خليفني، اندماج اقتصاديات

هذا ولما كانت المعلومات الضريبية التي رخص لإدارة الضرائب بالاطلاع عليها، لدواعي المصلحة العامة، تتصل أساسا بكشف كل ما يتعلق بنشاط المكلفين بالضريبة ونمط معيشتهم وعائلاتهم، وهذا بغية قياس ومعرفة مستوى دخلهم من أجل تحديد حقيقة قدرتهم الضريبية على الدفع، فإن ذلك يعد بلا شك مساسا منها (أي إدارة الضرائب) بالحق الدستوري لكل مكلف (شخص) في ستر حياته الخاصة، والذي كرسته وأكدت عليه المادة 77 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 بعد تعديل 2016 بنصها: (يمارس كل واحد جميع حرياته، في إطار الحقوق المعترف بها للغير في الدستور، لا سيما الحق في الشرف، وستر الحياة الخاصة، وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة).

وحتى يبقى هذا المساس بسرية المعلومات الضريبية من طرف إدارة الضرائب في إطاره المشروع، فإنه يتعين أن يتم دوما ضمن إطار قانوني تحترم فيه الضمانات الدستورية التي أقرها المؤسس الدستوري الجزائري بهذا الصدد لأجل المحافظة على سرية المعلومات، مما يكفل للجميع العيش في كنف من الخصوصية.

وتتمثل هذه الضمانات الدستورية بشكل أساسي في: حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة (الفرع الأول)، تقييد الحق في الحصول على المعلومات ونشرها (الفرع الثاني)، وحماية الحق في سرية المعطيات ذات الطابع الشخصي (الفرع الثالث).

البلدان العربية في اقتصاد المعرفة: المقومات والعوائق، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، مخبر العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، العدد 04، 2006، ص 49.

¹ - راجع: بكر ياسين محمد اشتية، واقع اقتصاديات المعلومات في فلسطين وآفاقها، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2004، ص 23.

الفرع الأول: حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة

يعتبر الحق في حرمة الحياة الخاصة من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، وذلك لأنه لا يمكن لأي شخص أن يعيش بشكل طبيعي وينمي نفسه وحياته الخاصة مستباحة من قبل الغير. ويعد الحق في حرمة الحياة الخاصة قديما قدم الإنسان نفسه¹، ومن ثم فهو أقدم وأسبق في الوجود من الدولة. وهذه الأخيرة كما تسعى لحماية أسرارها في مواجهة الدول الأخرى، فهي بدورها مطالبة دستوريا² بحماية حرمة حياة المواطن الخاصة وعدم انتهاكها، سواء من طرفها هي أو من طرف أي جهة أخرى كانت.

والحق في حرمة الحياة الخاصة، أو كما يسمى أيضا بالحق في الخصوصية أو الحق في السرية³، على أهميته إلا أنه لم يلق في تعريفه وتحديد مضمونه إجماعا ولا حتى تقاربا من قبل الفقهاء. ولأن المقام لا يسمح بمحاولة استقصاء كل الآراء الفقهية التي قيلت في هذا الشأن، فإنه سنكتفي بالتعريف الذي اعتمده مؤتمر رجال القانون المنعقد باستوكهلم في ماي 1967، والذي جاء فيه بأن⁴: " الحق في الحياة الخاصة يعني حق الفرد في أن يعيش حياته بمنأى عن الأفعال الآتية: التدخل في حياته الأسرية أو المنزلية، والتدخل في كيانه البدائي أو العقلي، أو حرته الأخلاقية أو العقلية،

¹ - علي أحمد عبد الزعي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2004، ص13.

² - أنظر: الفقرة الأولى من المادة 46 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 بعد تعديل 2016. سوزان عدنان الأستاذ، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الانترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 03، 2013، ص423.

³ - فضيلة عاقل، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2012، ص77.

⁴ - نقلا عن: سليم جراد، الحق في الخصوصية بين الضمانات والضوابط في التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2013، ص16.

والاعتداء على شرفه أو سمعته، ووضعه تحت الأضواء الكاذبة، وإذاعة وقائع تتصل بحياته الخاصة، واستعمال اسمه أو صورته، والتجسس والتلصص والملاحظة، والتدخل في المراسلات، وسوء استخدام وسائل الاتصال الخاصة المكتوبة أو الشفوية، وإفشاء المعلومات المحصّلة بحكم الثقة والمهنة".

وبذلك فحماية الحق في حرمة الحياة الخاصة تقتضي بالضرورة حماية حق الشخص في عدم إفشاء معلوماته السرية التي يحتفظ بها لتكون بعيدة عن تدخل الغير¹. ومن المعلومات التي يرى الفقه والقضاء بأنها من الواجب أن تخضع للسرية وعدم إطلاع الغير عليها تلك المتعلقة بالذمة المالية للشخص²، وذلك سواء بشكل مباشر أو غير مباشر. وبناء على ذلك فقد اعتبر القضاء الفرنسي³ بأن قيام إدارة الضرائب بنشر معلومات تتضمن حجم ما يقوم به المكلف من عمليات مالية يستوي مع نشرها لمبلغ الضريبة الواجب على المكلف دفعه، لأنه في هذه الحالة الأخيرة يكون من السهل عندئذ على الغير معرفة مقدار الدخل السنوي للمكلف المعني بمجرد القيام بعملية حسابية.

الفرع الثاني: تقييد الحق في الحصول على المعلومات ونشرها

لإضفاء شفافية أكبر على كفاءات تسيير الشأن العام من طرف مؤسسات الدولة من جهة، ولأجل من جهة أخرى السماح لصاحب السيادة في الدولة ومصدر السلطة فيها⁴، وهو الشعب، بممارسة دوره الرقابي، فإن المؤسس الدستوري الجزائري⁵ وبموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 قد ضمن لكل مواطن حق الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات المملوكة للدولة.

¹ - بسدات لحبيب، الضمانات الدستورية لحماية حرمة الحياة الخاصة والاستثناءات الواردة عليها، 2016/12/31،

<http://rdoc.univ-sba.dz/bitstream/123456789/648/1/BESSADET.pdf>

² - صافية بشار، الحماية القانونية للحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 244.

³ - فضيلة عاقل، المرجع السابق، ص 360.

⁴ - المادة 07 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 بعد تعديل 2016.

⁵ - الفقرة الأولى من المادة 51 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 بعد تعديل 2016.

وحق المواطن في الحصول على المعلومات المملوكة للدولة وعلى الرغم من كونه حقا قائما بذاته إلا أنه في الواقع يتصل بشكل مباشر بممارسة جملة من الحريات التي تعكس وعي المواطن واهتمامه بالدفاع عن المصلحة العامة من وجهة نظره، والتي عادة ما يكون لها (أي هذه الحريات) تأثير في تشكيل رأي عام بخصوص مسألة و/أو قضية معينة ذات بعد معين داخل أوساط المجتمع. ونقصد بهذه الحريات تحديدا كل من: حرية الرأي¹ والتعبير²، وحرية النشر³.

وقد عرف البعض حق الحصول على المعلومات بأنه⁴: " حق الفرد الذي يعيش في مجتمع ما أن يحصل على معلومات كافية من الإدارة أو السلطة التي تحكم هذا المجتمع، وذلك حول الأمور العامة التي تعنيه ويرغب في معرفتها".

ويعتمد حق الحصول على المعلومات ونشرها في قيامه وتحقيقه على مجموعة من المبادئ، من

أهمها⁵:

1. مبدأ الكشف عن المعلومات: ويقصد به أن تصبح كل المعلومات التي تملكها الدولة متاحة للإطلاع عليها ما عدا منها تلك التي يستثنيها بشكل صريح نص في القانون.
2. مبدأ وجوب نشر المعلومات: بحيث لا ينبغي تفسير حق المواطن في الحصول على المعلومات على أنه فقط قادر على طلبها من مصدرها، وإنما ينبغي كذلك فهمه على أنه يوجب على سلطات الدولة، المخولة قانونا، أن تنشر وعلى نطاق واسع المعلومات ذات الأهمية بالنسبة للجمهور.

¹ - المادة 42 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 بعد تعديل 2016.

² - المادة 48 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 بعد تعديل 2016.

³ - الفقرة الثالثة من المادة 50 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 بعد تعديل 2016.

⁴ - بلال البرغوثي، الحق في الإطلاع أو حرية الحصول على المعلومات، الهيئة الفلسطينية لحقوق الإنسان المستقلة، رام الله، 2004، ص 06.

⁵ - المرجع نفسه، ص 11 وما بعدها.

3. مبدأ وجوب تسهيل إجراءات الحصول على المعلومات: ويعني ذلك عدم وضع العراقيل والمعوقات التي من شأنها أن تثني من هم في حاجة للمعلومات من طلب الاطلاع والحصول عليها. ولمنع حدوث ذلك، يتعين تحديد الجهة المكلفة بتوفير المعلومات لطالبيها، والتي يجب عليها معالجة الطلبات في آجال معقولة، وبكيفية لائقة، وينبغي التخفيض من قيمة الرسوم التي تقتضيها الدولة من وراء تقديمها لهذه الخدمة في حال ما إذا نص عليها القانون، كما يجب أن تعطى لطالبي المعلومات حق الطعن قضائياً في القرار الذي يرفض طلبه في الحصول عليها.

4. مبدأ تمكين الجمهور من حضور الاجتماعات العامة: ويراد بالاجتماعات هنا الاجتماعات الرسمية، أي الاجتماعات التي تعقدتها الهيئات التداولية المكلفة بتسيير و/أو رقابة الشؤون العامة، ومن ثم فلا يمكن الاحتجاج بحق الحصول على المعلومات من أجل مثلاً حضور اجتماعات منظمة المحامين أو المجلس الأعلى للقضاء... الخ. ويقتضي الحق في حضور الاجتماعات العامة ضرورة إخطار طالب الحضور بمكان وتاريخ الاجتماع بمدة كافية قبل انعقاده من أجل تمكينه من ممارسة هذا الحق.

وكغيره من الحقوق، فإن الحق في الحصول على المعلومات ونشرها ليس حقاً مطلقاً، فقد قيده المؤسس الدستوري الجزائري بجملة من الضوابط والقيود، هي¹: أن يتم وفقاً للكيفيات التي يحددها القانون من جهة، وأن يمارس من جهة أخرى بشكل لا يمكن أن يمس بحياة الغير الخاصة وبحقوقهم وبالمصالح المشروعة للمؤسسات ومقتضيات الأمن الوطني. وفي ضوء ذلك، يمكن القول وأنه إذا كان يمكن لإدارة الضرائب في إطار تمكين المواطنين من ممارسة حقهم في الحصول على المعلومات ونشرها أن تقوم بتقديم ونشر معلومات ووثائق وإحصائيات تتعلق بحصيلة نشاطها والأرقام التي تحوزها بشأن الشأن الضريبي، في منطقة معينة أو في الدولة ككل، إلا أن ذلك يجب أن يبقى في الإطار العام دون إعطاء تفاصيل شخصية تتعلق بالوضع المالي والضريبي لمكلف بعينه، وإلا فإنها تكون قد ارتكبت محظوراً دستورياً، وهو المساس بالحياة الخاصة لذلك

¹ - الفقرة الثانية من المادة 51 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 بعد تعديل 2016.

الفرع الثالث: حماية الحق في سرية المعطيات ذات الطابع الشخصي

بعد عديد المشاكل التي كانت عرفتها إدارة الضرائب¹ في أداء المهام الموكلة لها²، فقد تم اعتماد سنة 1995 إدخال تحديثات عليها³، والتي كان من أهمها عصرنه وسائل العمل من خلال إدخال خدمة الإعلام الآلي⁴، وذلك لأن هذا الأخير يعتبر أداة فعالة وذات نجاعة في مراقبة المكلفين بالضريبة، وتحديد كل مصادر الثروة في البلاد، كما يسهل على أعوان إدارة الضرائب وموظفيها عمليات تحديد وعاء الضريبة وتحصيلها، وتحسين مردود الرقابة الجبائية، عن طريق برمجة معلوماتية (تقنية) للملفات التي تم مراقبتها، مما يسهل على الإدارة التفتن والكشف عن الوضعيات الاحتمالية، وبالتالي المساهمة في الحد من تفاقم مشكلة التهرب الضريبي⁵ التي لها آثار جد خطيرة على الاقتصاد الوطني، ناهيك عن إخلالها الجسيم بمبدأ العدالة الضريبية، من خلال أن المتهربين لا يتحملون، بنسبة أو بأخرى، العبء الضريبي الذي كان واجبا عليهم تحمله، فيزيد الضغط الضريبي بشكل غير مبرر على أولئك المكلفين الذين يلتزمون بكل نزاهة بأداء واجباتهم الضريبية المفروضة عليهم. وقصد مواجهة وردع المكلفين الذي يحاولون إخفاء حقيقة مركزهم المالي و/أو حجم وعائهم الضريبي، فإن المشرع الجزائري قد رخص لأعوان لإدارة الضرائب مخالفة الأحكام التي تلزمهم بالسرية المهنية، وذلك بالسماح لهم بالإدلاء بالمعلومات التي هي

¹ - راجع: عبد المجيد قدي، فعالية التمويل بالضريبة في ظل المتغيرات الدولية، أطروحة دكتوراه، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1995، ص 250.

² - مصطفى عوادي، نصر رحال، الغش والتهرب الضريبي في النظام الضريبي الجزائري، مكتبة بن موسى السعيد، الوادي، 2010، ص 64.

³ - جمال بدري، عملية الرقابة الجبائية على الغش والتهرب الضريبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2009، ص 49.

⁴ - حميد بوزيدة، النظام الضريبي الجزائري وتحديات الإصلاح الاقتصادي في الفترة (1992 - 2004)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2006، ص 95.

⁵ - ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي وإشكالية التهرب: دراسة حالة الجزائر، أطروحة دكتوراه، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2002، ص 308.

في حوزتهم؛ بحيث نصت المادة 69 من قانون الإجراءات الجبائية على أنه: (مخالفة للأحكام التي تلزمهم بالسر المهني، يرخص لأعوان الإدارة الجبائية، في حالة وجود نزاع يتعلق بتقدير رقم الأعمال الذي أنجزه مدين بالضريبة، بالإدلاء بالمعلومات التي هي في حوزتهم، والتي من شأنها أن تبين الأهمية الحقيقية للأعمال المنجزة من قبل هذا المدين بالضريبة).

ومع أن ذلك يخل بحق المكلفين بالضريبة في سرية الأعمال¹، إلا أنه وبالنظر إلى أن حقوق الخزينة العمومية هي الأولى بالحماية القانونية في حال تعارضها مع حقوق المكلفين، فإن المشرع الجزائري قد قرر إهدار الحق في سرية الأعمال بالنسبة للمكلفين الذين يثبت لإدارة الضرائب عدم نزاهة التقديرات التي يصرحون بها لها عن رقم أعمالهم.

وللإشارة، فإن الأعمال التي يقوم بها المكلفون بالضريبة قد شهدت، مع التطور السريع والمستمر لتقنيات الإعلام الآلي والاتصالات الإلكترونية، تحولا مذهلا نحو ما يعرف حاليا بالمعاملات الإلكترونية² بدل تلك التقليدية، التي وإن لم تُزل إلا أنها ما فتئت تلقي منافسة متزايدة من قبل نظيرتها الإلكترونية، وهذا خاصة في الدول التي تعرف تطورا كبيرا في مجال خدمات الانترنت.

والتجارة الإلكترونية ترتبط ارتباطا وثيقا بالبرمجيات الرقمية التي تلعب في أنشطة التسويق والبيع الإلكترونيين، والمصارف الرقمية وغيرها التي تدير عمليات التبادل التجاري، دورا محوريا لا يقل أهمية عن السلع والخدمات نفسها. وتتضمن هذه اللوجستيات المعلوماتية برامج متخصصة في إدارة

¹ - نادية محمد معوض، أثر المعلوماتية على الحق في سرية الأعمال، بتاريخ 2017/01/02،

<http://www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part1.pdf>

² - علي خليل إسماعيل الحديشي، ماهية المعاملات الإلكترونية وتبعات التنازع القانوني فيها، حولية المنتدى، المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة، بغداد، العدد 07، 2011، ص64. رأفت رضوان وآخرون، الضرائب في عالم الأعمال الإلكترونية، بتاريخ 2017/01/02،

http://www.arab-api.org/images/publication/pdfs/144/144_j2-2.pdf

الأعمال، والتعامل مع الزبائن، وتخطيط قواعد البيانات وغيرها، وأجهزة لإدارة العمل الإلكتروني، مثل تخزين المعلومات وتأمينها، وكذا إدارة الاتصالات الإلكترونية نفسها¹.

وإن كان هذا النمو المتواصل للتجارة والمعاملات الإلكترونية قد أثار مسألة وجوب إخضاع الدخل الناتج عنها للاقتطاع الضريبي² من عدمه، إلا أن هذه المسألة لا تزال محل جدل فقهي³، بالإضافة إلى أنها تطرح العديد من التحديات التي تواجه إدارة الضرائب⁴ بشأن قدرتها الفعلية على حصر وتتبع هكذا معاملات إلكترونية، لأنه بدون ذلك لن يكون بإمكانها التعرف على المكلفين بالضريبة⁵ قصد إلزامهم على الامتثال للنظام الضريبي الخاضعين له (في حال وجوده طبعا). وهذا بالنظر إلى أن كون التجارة والمعاملات الإلكترونية لا يمكن أن تتم إلا عن طريق الحواسيب وأجهزة التواصل الذكية المزودة والمتصلة بخدمة الانترنت⁶، فإن ذلك قد جعل إثباتها - سواء أمام الإدارة الضريبية

¹ - سالم صلال راهي الحسناوي، التجارة الإلكترونية العربية: المقاييس والملامح، مجلة القادسية للعلوم الإدارية والاقتصادية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة القادسية، العدد 04، 2007، ص50.

² - سهاد كشكول عبد، أثر التجارة الإلكترونية في فرض الضرائب، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، العدد 68، 2012، ص461.

³ - إحسان شاكر عبد الله وآخرون، موقف الفقه من الضريبة على الدخل الناجم من التجارة الإلكترونية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة تكريت، العدد 14، 2012، ص144.

⁴ - يوسف قاشي، فعالية النظام الضريبي في ظل إفرزات العمولة الاقتصادية: دراسة حالة النظام الضريبي الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية علوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2009، ص87.

⁵ - محمد التهامي طواهر وآخرون، تحديات التجارة الإلكترونية للنظم الضريبية، بتاريخ 2017/01/02،

<http://manifest.univ-ouargla.dz>

⁶ - قيس حسن عواد، مشكلات فرض وتحصيل الضرائب في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العدد 43، 2010، ص208.

أو أمام القضاء الضريبي - مستبعدا أن يكون مبدئيا بموجب طرق الإثبات المعروفة في التجارة والمعاملات التقليدية¹.

فالتجارة والمعاملات الإلكترونية تعتمد في إثباتها أساسا على ما يتم تحريره وتخزينه من بيانات ومعطيات داخل ذاكرة الوسائط التي تتم بواسطتها² (أي داخل أجهزة الكمبيوتر ووسائل الاتصال الرقمية المتطورة). هذا وعلى الرغم من تلقاه هذه المحررات والمستندات الإلكترونية من صعوبات وإشكالات في التطبيق³، وذلك نظرا لما تتيحه الوسائط الإلكترونية لمستخدميها من إمكانية لإعادة معالجة المعطيات التي تتضمنها؛ الأمر الذي يجعل المعلومات والبيانات التي تتضمنها المحررات والسندات الإلكترونية عرضة للتعديل و/أو التغيير فيها (أي التحريف⁴) بعد إتمام إبرام العقد الإلكتروني سواء من قبل أطرافه أو من قبل الغير، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن المحررات والسندات الإلكترونية ما تزال تطرح عدة مسائل، منها: حجية التوقيع الإلكتروني⁵ وقوته في الإثبات⁶، وكذا مدى تعارضها مع مبدأ عدم جواز أن يصطنع الخصم دليلا لنفسه¹.

¹ - عمار كريم كاظم، نارمان جميل نعمة، القوة القانونية للمستند الإلكتروني، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد 07، 2008، ص173.

² - رغد فوزي عبدالشكيلة في العقد الإلكتروني: شرط للانقضاء أم للإثبات، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، العدد 33، 2015، ص536 - 537.

³ - حسن عبد الباسط جعيمي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية (طبعة منقحة مضاف إليها أحكام إثبات التصرفات المدونة على الوسائط الإلكترونية)، مطبعة أكتوبر الهندسية، القاهرة، دون ذكر سنة النشر، ص221.

⁴ - أنسام عوني رشيد، التجارة الإلكترونية: دراسة قانونية، مجلة الأستاذ، كلية التربية ابن رشد، جامعة بغداد، العدد 214، 2015، ص615.

⁵ - راجع مثلا: زينة قدرة لطيف، التوقيع الإلكتروني وحجتيه في الإثبات، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العدد 01، 2013، ص265 وما بعدها.

⁶ - راجع مثلا: علي أبو مارية، التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات، مجلة جامعة الخليل للأبحاث، العدد 02، 2010، ص117 وما بعدها.

وفي ضوء هذا كله، فإن إدارة الضرائب وبموجب ما يخوله لها حقها في الحصول على المعلومات الضريبية، يمكنها الإطلاع على هذه المعلومات والبيانات الإلكترونية - داخل مقراتها - سواء من خلال قيام المكلفين بالضريبة بنسخها وطباعتها وتقديمها لها، أو من خلال قيامهم بنقلها لها بواسطة وسائل مخصصة لهذا الغرض، كالتصديقات (الأقراص المضغوطة أو المدججة - CD والتي هي اختصار للمصطلح الإنجليزي Compact Disc) والفلاشات الخارجية (بالفرنسية: flash (disque). كما أنه في حال كانت هناك شبهة أو شكوك حول وجود محاولات لإخفاء حقيقة هذه البيانات والمعلومات الضريبية ذات الطابع الإلكتروني، فإن إدارة الضرائب أن تفعل - وفق الضوابط والقيود المنصوص عليها أعلاه - حقها في معاينة وحجز الوسائط الإلكترونية للتأكد مما احتوته دعائمها من معلومات وبيانات مخزنة. فقد نصت المادة 34 من قانون الإجراءات الجبائية على أنه: (من أجل ممارسة حقها في الرقابة وعندما توجد قرائن تدل على ممارسات تديسية، يمكن للإدارة الجبائية أن ترخص، ضمن الشروط المبينة في المادة 35 أدناه، للأعوان الذين لهم على الأقل رتبة مفتش ومؤهلين قانوناً، القيام بإجراءات المعاينة في كل المحلات قصد البحث والحصول وحجز كل المستندات والوثائق والدعائم أو العناصر المادية التي من شأنها أن تبرر التصرفات الهادفة إلى التملص من الوعاء والمراقبة ودفع الضريبة).

وفي الواقع إذا كان إطلاع إدارة الضرائب وكشفها للمعطيات الإلكترونية ذات الطابع الشخصي له ما يبرره قانوناً، وهو تمكينها من النجاح في الحفاظ على حقوق الخزينة العمومية للدولة في مواجهة أولئك المكلفين بالضريبة الذين يريدون الإضرار بها، من خلال التهرب من دفع المستحقات الضريبية المفروضة عليهم، إلا أن إطلاع الغير وكشفه لتلك المعطيات الشخصية بدون رضا صاحبها وموافقته ليس له ما يسوغه من الناحية القانونية، بل هو لا يخرج عن كونه فعلاً غير

¹ - عباس العبودي، مدى تعارض الإثبات بالسندات الإلكترونية مع قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلاً لنفسه، مجلة جامعة كربلاء العلمية، العدد 04، 2007، ص 116.

مشروع يتعين على المشرع الجزائري التصدي له والمعاقبة على إتيانه. وهو ما قد كرسه وأكد عليه المؤسس الدستوري الجزائري مؤخرا بموجب الفقرة الثالثة من المادة 46 من دستور 1996 - بعد تكييفه وفقا لتعديل 2016 - التي نصت على أنه: (حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه).

وللاشارة، فإنه وبالرغم من أهمية هذه الضمانة الدستورية في المحافظة على سرية المعلومات الضريبية، إلا أنه يعاب عليها أن مداها جاء قاصرا على الأشخاص الطبيعيين فقط، وهذا مع أن الأشخاص المعنوية (الشركات) تعتمد هي الأخرى في ممارسة عملها¹ وتأمينه على الوسائط الإلكترونية التي أضحت اليوم شرطا ضروريا لبقاء الأشخاص المعنوية في المنافسة، وفرض نفسها في السوق كمتعامل اقتصادي له وزنه ومكانته، هذا من دون إغفال ظهور ما يعرف بالشركات الإلكترونية² التي لم يعد نطاق نشاطها مقتصرًا على تزويد زبائنها بالخدمات والمنتجات الإلكترونية، بل تعداه إلى منافسة وبقوة الشركات التقليدية في نشاطات لا طالما كانت حكرا عليها³، فمثلا: الشركات الإلكترونية استطاعت التفوق على دور النشر التقليدية التي لا يمكنها توفير كتاب ما لأحد الزبائن إلا بعد القيام بإجراءات دفع ثمنه، عادة وفق حوالة ترسل إلى حسابها البريدي، ليتم بعد مدة من الزمن - نادرا ما تكون قصيرة - شحن الكتاب وتوصيله إلى صاحبه، بينما الشركات الإلكترونية توفره في

¹ - بان توفيق نجم، أقبال حاسم جعفر، دور التجارة الإلكترونية في تفعيل أنشطة الشركات، مجلة العلوم الاقتصادية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة البصرة، العدد 24، 2009، ص 138.

² - راجع حولها أكثر: منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، الشركات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 11 وما بعدها.

³ - زينة غانم عبد الجبار الصفار، الشركات الإلكترونية وطبيعتها القانونية، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العدد 39، 2009، ص 116.

ظرف قياسي؛ بحيث لا يتطلب الأمر إلا دقائق معدودات لدفع ثمنه، وفق إحدى وسائل الدفع الإلكتروني المعتمدة¹، ليسمح له بعدها مباشرة بتنزيل الكتاب المطلوب².

خاتمة:

تعتبر السرية بلا شك من الأمور التي يحس الإنسان بحاجة فطرية إلى إشباعها؛ فأى إنسان سوي تراه يتخذ من التدابير والاحتياطات التي يحفظ بها بقاء معلوماته الخاصة في طي الكتمان والسرية، وهذا في مواجهة الغير الذي قد يكون يترصدها للظفر بها من أجل تحقيق أغراض معينة. ومن أهم المعلومات التي لا يتوانى أي شخص في إخضاعها لمبدأ السرية نجد المعلومات المتعلقة بوضعه المالي التي لا يرضى الأشخاص العاديون بكشفها وإطلاع الغير عليها، فما بالك بالتعاملين الاقتصاديين. ولأجل ذلك فهم يحرصون عادة بشدة على عدم تمكين الغير من تلك المعلومات، وهذا إما بشكل مباشر من خلال التمسك بالحق في السر المصرفي (البنكي) الذي يتيح لو كُشف معرفة حجم ومقدار الثروة التي يمتلكها المعني، أو بشكل غير مباشر من خلال التمسك كذلك بالحق في السر الضريبي (الجباثي) الذي لو يتم - بطريقة أو بأخرى - الحصول عليه، فإنه سيسهل على الغير معرفة الوضعية المالية للمكلف بالضريبة من خلال ما يطلع عليه من معلومات ضريبية تخص وضعيته الجباثية.

هذا الحق كان ليكون ضعيفا في مواجهة إدارة الضرائب التي يعترف لها التشريع الجزائري بسلطات وصلاحيات واسعة في مجال البحث وتحصيل المعلومات الخاصة بالمكلفين بالضريبة، وذلك

¹ - راجع مثلا: يوسف واقد، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 51 وما بعدها.

² - عبد الستار حمد أنجاد، الضريبة على الشركات الإلكترونية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد 06، 2013، ص 190.

لولا أن المؤسس الدستوري الجزائري قد أقر مجموعة من الضمانات التي من شأنها أن توفر الحماية لمبدأ سرية المعلومات الضريبية، وهي الضمانات التي يتعين على المشرع الضريبي الجزائري - تحت طائلة عدم الدستورية - مراعاتها، وذلك بإلزامه بشكل واضح وصارم إدارة الضرائب وأعوانها باحترام وعدم مخالفة ما تضمنه (أي الضمانات الدستورية) من حقوق للمكلفين بالضريبة بهذا الصدد. وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن إن إدارة الضرائب الجزائرية قد أبدت في الواقع وبشكل صريح - في إطار تحسين علاقتها بالمكلفين بالضريبة ومد جسور الثقة معهم - أنها ملتزمة وأعوانها باحترام مبدأ سرية المعلومات الضريبية، وهو ما يظهر جليا في موقعها على الانترنت الذي جاء فيه تحت عنوان الحق في سرية المعلومات¹:

" إلزامية ضمان سرية المعلومات

إن المعلومات التي بحوزتنا والتي تخصصكم، مؤمنة بواسطة السر المهني.

المادة 301 من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج، ... جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك".

يمنع أي شخص من أعوان الضرائب، تحت طائلة العقوبات التأديبية والجزائية، أن يفشي لطرف آخر أي معلومة تتعلق بوضعيتكم الجبائية والمحاسبية والمالية، سواء بمناسبة ممارسة مهامهم وخارجها، كأن يفشي إلى طرف آخر الوضعية الجبائية لمنافس ما أو أن يطلع طرف آخر غير مؤهل على أرقام حساباتكم البنكية.

¹ - ارجع للابط: <http://www.mfdgi.gov.dz/index.php/ar/2014-05-29-08-29-13/2014->

إن رأيتم أن حقكم لم يحترم فيما يخص حماية وسرية المعلومات، ندعوكم لإبلاغ المسؤول السلمي عن ذلك".

الشهر العقاري كإجراء جوهري لحماية الملكية العقارية في التشريع الجزائري

هشماوي آسية، أستاذة محاضرة أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة معسكر

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة 2017/05

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/06

تاريخ إرسال القبول 2017/09

المقدمة

تخضع العقارات بحكم طبيعتها لنظام قانوني خاص يميزها، يقضي بإخضاع جميع التصرفات القانونية الواردة على العقارات، والتي من شأنها إنشاء الحقوق العينية أو نقلها أو تعديلها أو زوالها، لإجراءات شهر معينة، و من مجمل هذه الإجراءات يتكون ما يسمى بنظام الشهر العقاري⁽¹⁾. يعرف الشهر العقاري بأنه مجموعة الإجراءات و القواعد المعينة لتحديد هوية العقار وشهره⁽²⁾، كما يعرف كذلك بأنه عمل في يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها إظهارا بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها⁽³⁾، فهو بذلك نظام قانوني يتضمن مجموعة من الإجراءات و الشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق مصلحة عمومية تسمى بالمحافظة العقارية، ويضمن هذا النظام توفير الإعلام حول الحقوق الموجودة على العقارات بغية حماية الملكية العقارية و الحقوق الأخرى العينية العقارية، فهو ذا فائدة قصوى إذ صمم خصيصا لإنشاء حالة مدنية حقيقية للممتلكات العقارية⁽⁴⁾.

يعتبر نظام الشهر العقاري أو الإشهار، الإجراء الأخير الذي يلي التسجيل، قصد تثبيت الملك في حق المالك الجديد وإعلام الغير وكل من له مصلحة في ذلك بوضعية العقار القانونية وكذا الحقوق العينية الواردة عليه.

لقد اعتبر المشرع الجزائري نظام الشهر العقاري النظام الأساسي الذي تقوم عليه الملكية العقارية، بل وأكثر من ذلك اعتبره قاعدة من القواعد الأساسية التي تضمن الاستقرار و الاستمرارية في تنظيم وضبط العلاقات والتصرفات القانونية التي قد يكون محلها حقا عينيا.

إن نظام الشهر العقاري يهدف إلى ضبط و تنظيم هوية كل عقار بطريقة تتقارب إلى حد كبير مع بطاقة الحالة المدنية للأشخاص، و هو ما دفع معظم الدول إلى الأخذ بنظام الشهر العقاري، الذي ينقسم بدوره إلى نظامين، نظام يتم فيه شهر التصرفات القانونية التي ترد على العقارات بالاعتماد على أسماء أطرافها، ونظام يتم الشهر فيه على أساس العقار ذاته⁽⁵⁾.

فإذا كان الهدف من نظام الشهر العقاري هو الحفاظ على إستقرار الملكية العقارية، وإعطاء ضمانات أكثر للتصرفات المبرمة بين الأشخاص و المتضمنة إنشاء أو نقل أو تعديل أو حتى إنقضاء حق عيني عقاري، فإن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد يدور حول مدى نجاح نظام الشهر العقاري في تحقيق هذه الأهداف وحماية وتثبيت الملكية العقارية لأصحابها من خلال وسائل الإثبات التقليدية والمستحدثة ؟

لعالجة هذه الإشكالية لابد من الوقوف عند أنظمة الشهر المعتمدة مابين أهمية كل نظام مع التركيز على العقبات التي توجه هذه الأنظمة(المبحث الأول)، مع تحديد موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر العقاري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أنواع أنظمة الشهر العقاري

يعتبر نظام الشهر العقاري أساس وجود الحق العيني العقاري سواء كان أصليا أم تبعا، لما له من أهمية بالغة في تحقيق الاستقرار اللازم للمسائل العقارية وتكريس مبدأ الثقة في المعاملات الواردة عليها.⁽⁶⁾

يعتبر الشهر إجراء جوهري في تثبيت أحقية العقار لمالكه من جهة، وتبيان أصل الملكية من جهة أخرى، لذلك فإن غالبية التشريعات تبنت نظام الإشهار العقاري وسلكت في ذلك نظامين مختلفين، اعتمد أولهما في شهر التصرفات القانونية الواردة على العقارات على أسماء أصحابها، أما النوع الثاني فيتم الشهر فيه على أساس العقار عينه حيث يخصص لكل عقار بطاقة عقارية خاصة في السجل العقاري.

لكن مهما اختلف هذين النظامين من حيث المبدأ، إلا أنهما يتفقان من حيث الهدف الذي يرمي إليه الشهر كطريقة فعالة لدعم الائتمان العقاري ولهذا سنتطرق في هذا المبحث إلى أنواع هذه الأنظمة في مطلبين متتالين.

المطلب الأول: نظام الشهر الشخصي

يعتبر نظام الشهر الشخصي أول نظام للشهر العقاري، ظهر بالدول اللاتينية كفرنسا وإيطاليا و تبنته بعد ذلك العديد من الدول ومازالت، حيث تعتبره أساسا لثبات العقار من خلال الدلالة على أطرافه المتغيرة، حسب نوعية التصرف الواقع على العقار.

الفرع الأول: تعريفه

إن هذا النظام يتخذ من أسماء الأشخاص أساسا لشهر التصرفات العقارية، التي تصدر عنهم، ولا يعتد بالعقار محل التصرف، ومن هنا جاءت تسمية هذا النظام بنظام الشهر الشخصي، و التي تفيد بأن الشخص هو محل اعتبار في التصرفات العقارية.

تتم عملية طبقا لنظام الشهر الشخصي في نوعين من السجلات، سجل يمسك حسب الترتيب الزمني لتقديم العقود المتضمنة معاملات عقارية لإجراء الشهر، وسجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية السابقة⁽⁷⁾.

و يعتبر اسم كل شخص محل اعتبار، ولا يعتد بمواصفات العقار محل التعامل من موقع وحدود، مساحة، و إنما ينظر إلى الهوية الكاملة للأشخاص المالكين أو الذين تعاملوا فيه سابقا.⁽⁸⁾

و يلاحظ أن السجل الذي يمسك على أساس أسماء الأشخاص، ترتب فيه التصرفات العقارية حسب الحروف الأبجدية لأسماء المتصرفين حيث يخص لكل حرف من الحروف الهجائية صفحة أو عدة صفحات من السجل، و ذلك حسب أسبقية الاسم من حيث النوع أو الندرة ، فإن كان اسم المتصرف نادرا فيمكن أن تخصص له صفحة واحدة فقط ولكن إذا كان الاسم شائعا فتخصص له عدة صفحات حتى يمكن ذلك من استيعاب كل التصرفات التي يبرمجها الأشخاص الذين يحملون هذا الاسم⁽⁹⁾.

فهو إذا نظام من نظم شهر المعاملات العقارية التي تتخذ من أسماء المتصرفين محورا و أساسا تدور حوله بل و تركز عليه عمليات القيد في السجلات العقارية.⁽¹⁰⁾

في ظل هذا النظام ينشأ في البلد سجل عام واحد أو عدة سجلات تقيد فيها كل التصرفات التي من شأنها إنشاء حقوق عينية عقارية.

الفرع الثاني: خصائص نظام الشهر الشخصي.

من خلال تعريف نظام الشهر الشخصي يتضح أن هذا النوع من الشهر يتميز بخصائص تظهر جليا أثناء تنفيذه.

1- العلانية.

الشهر في هذا النظام وسيلة للعلانية، ولا يعد سببا ناقلا للحقوق العينية العقارية فالانتقال الصحيح للحق العيني العقاري يستند إلى تصرف صحيح لا تشوبه شائبة، لذلك فإن تسجيل الحق العيني العقاري باسم شخص معين لا يعني أنه صاحب هذا الحق، ويستطيع كل ذي مصلحة أن يطعن في هذا التصرف وأن يطلب إبطاله.⁽¹¹⁾

2- الشخصية.

يرتكز هذا النوع من الشهر العقاري على بيانات صاحب العقار حتى يمكن الاطمئنان إلى التصرف الوارد على العقار، حيث يتم التعرف على اسم مالك العقار و اسم أبيه وجده و لقب عائلته، و ليس على أساس العقارات كما هو الحال في نظام الشهر العيني.⁽¹²⁾

مما لا شك فيه أن تشابه الأسماء يمكن أن يؤدي إلى نتائج غير صحيحة، و بالتالي إلى الإخلال بالثقة في صحة البيانات الشخصية، بالإضافة إلى المشقة في البحث عن تسلسل الملكية، وكثرة الأخطاء التي تفقد هذا النظام ميزة تحقيق الثقة في البيانات المشهورة من أجل تحقيق الاستقرار في المعاملات و توفير الثقة اللازمة في سوق الائتمان العقاري.

3- عدم حصر الملكيات العقارية.

لا يسمح هذا النظام بحصر الملكيات العقارية، أو القيام بالأعمال الإحصائية مما يضيع الفرصة على الدائنين في تتبع أموال المدينين بهدف استيفاء ديونهم كذلك ، فإن ذلك يضيع على الدولة كذلك الفرصة في فرض الضرائب العقارية أو ضرائب الإيراد العام على أساس النسب التصاعدية.⁽¹³⁾

4- انعدام القوة الثبوتية.

ليس لنظام الشهر الشخصي أية قوة ثبوت، ذلك أن التصرفات التي يتم شهرها في هذا النظام لا تخضع للتدقيق و البحث عن مدى صحتها بل تشهر كما هي، فإن كانت باطلة أو قابلة للإبطال أو للفسخ ظلت كذلك حتى بعد شهرها، مما يعطي الحق لكل ذي مصلحة الطعن فيها رغم شهرها⁽¹⁴⁾.

على هذا الأساس، يستنتج أن الشهر الشخصي لا يطهر العقد من عيوبه التي يمكن أن تشوبه أو تعثره عند إنشائه.

الفرع الثالث: تقييم نظام الشهر الشخصي.

من خلال تعريف نظام الشهر الشخصي، وتبيان خصائصه، نستنتج عيوب ومزايا هذا النظام.

1- عيوب نظام الشهر الشخصي.

يعتري نظام الشهر الشخصي عيوب كثيرة تحول دون تحقيق أهداف الشهر العقاري و هي

كما يلي:

*فصور الشهر الشخصي عن تحقيق الهدف المرجو من نظام الشهر العقاري، و المتمثل في استقرار الملكية العقارية وتقوية الائتمان العقاري.

* صعوبة معرفة المالك الحقيقي للعقار.

* الشهر الشخصي لا يفيد ثبوت الحق للمتصرف إليه بصفة نهائية.

* خطر تشابه الأسماء.

* خطر ضياع الملكية بالتقادم المكسب، ما دام أنه لا يحصن حق المتصرف إليه، عليه تصبح هذه السجلات عاجزة عن الإدلاء بالبيان الصحيح بشأن ملكية العقار و الأعباء الموقعة عليه. (15)

* قابلية التصرفات المسجلة في ظل هذا النظام للطعن، فإذا كانت هذه التصرفات قابلة للإبطال أو الفسخ، تبقى كذلك مهددة بالزوال إلى أن تزول برفع دعوى إبطال فسخ أو تصحيح بالإجازة أو التقادم المسقط.

* خطر تعارض سندات ملكية عقار واحد، فاحتمال وجود عدة سندات تفيد ملكية عقار واحد و ذلك راجع لصعوبة البحث لمعرفة المالك الحقيقي لعقار معين.

* هذا النظام معيب من ناحية الحجية، فحجيته نسبية لأن التصرفات التي تشهر لا يتحرى عادة عن صحتها، بل تشهر كما هي فإن كانت صحيحة بقيت على حالتها و إن كانت معيبة بسبب من أسباب البطلان، أو كانت مزورة بقيت كذلك (معيبة أو مزورة)، فالشهر في هذا النظام، لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا، بل هو طريق للعلائية لمعرفة التصرف كما هو، صحيحا كان أو باطلا سليما كان أو معيبا. (16)

2- إيجابيات نظام الشهر الشخصي.

رغم كل الانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي، إلا أنه يبقى نظاما قائما بذاته و يؤدي دوره في إعلام الجمهور بوقوع تصرفات عقارية معينة، كما أن مجرد شهر هذه التصرفات يعد قرينة على ملكية العقار من طرف الشخص الذي سجل التصرف و إن كانت هذه القرينة القانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، فإنه يلاحظ في أغلب الأحيان أنه يصعب إثبات عكسها لسبب أو لآخر.

بالإضافة إلى أنه كثيرا ما يكون المتصرف في العقار هو المالك الحقيقي و بالتالي لا تتور مسألة الطعن في التصرفات المشهورة.

كما أن إجازة الطعن في التصرفات المشهورة، تعد بمثابة حماية للمالك الحقيقي من تصرف الغير في ملكه، زيادة على أن هذا النظام لا يتطلب عملية مسح الأراضي كما هو الحال في نظام الشهر العيني و التي تتطلب تكاليف باهضة لا يمكن لكل الدول توفيرها⁽¹⁷⁾.

و نظرا للانتقادات العديدة التي وجهت لنظام الشهر الشخصي و قلة مزاياه فقد دعا غالبية الفقه إلى ضرورة إلغائه، و إحلال نظام آخر محله ولو بشكل تدريجي، بحيث يكون ناجحا و فعالا في تحقيق أهداف الشهر العقاري⁽¹⁸⁾، هذا النظام هو نظام الشهر العيني أو السجل العيني الذي سنتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني: نظام الشهر العيني

إن نظام الشهر العيني أو السجل العيني، ظهر نتيجة للانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي، حيث لجأت له الدول كنظام بديل يهتم بمحل التصرف أكثر من شخص المتصرف.

إن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف الشهر العيني، كما لم يعرف الشهر الشخصي و لكن يمكن أن نستنتج ذلك من خلال الجانب العملي و الإجرائي.

فالشهر العيني الذي هو ثاني نظام معروف كطريقة لتثبيت الملكية العقارية و انتقالها إلى الغير، يختلف تمام الاختلاف من حيث مفهومه و مبادئه و خصائصه التي يقوم عليها عن نظام الشهر الشخصي، وهو نظام اتجهت إليه غالبية الدول و منها الجزائر.

الفرع الأول: تعريفه

يرتكز هذا النظام على خلاف نظام الشهر الشخصي في شهر التصرفات العقارية على أساس العقار المتصرف فيه، وليس وفقا لأسماء الأشخاص الصادرة عنهم التصرفات، و من هنا جاءت تسميته بنظام الشهر العيني، فلكل عقار في هذا النظام بطاقة خاصة ضمن السجل العقاري، يسجل فيها كل ما يقع على العقار من تصرفات، كما تحوى كذلك الوصف المادي لهذا العقار فتحدد مساحته و موقعه⁽¹⁹⁾.

فهو بذلك مجموعة الصفائف التي تبين أوصاف كل عقار و حالته القانونية و الحقوق المترتبة عليه و المعاملات و التعديلات المتعلقة به.⁽²⁰⁾

ما يميز نظام الشهر العيني بأن الملكية بل و سائر الحقوق العينية الواردة على العقار لا تكسب إلا بعد عملية الشهر، سواء كانت حقوقا عينية أصلية أو تبعية و أيا كان سبب اكتسابه.

فوظيفة الشهر العيني تطهير جميع عيوب التصرف وهو ما يجعل من يكتسب حقا عينيا مشهر في السجل العيني مالكا لهذا الحق بصورة نهائية، فلا يجوز منازعته فيه و لكل من له مصلحة في التعرف على الحالة القانونية لعقار معين أن يرجع إلى مصلحة الشهر العقاري حيث يمكنه التعرف على العقار ذاته و مالكه وما يقرر عليه من حقوق عينية دون خطأ⁽²¹⁾.

الفرع الثاني: مبادئ نظام الشهر العيني

يتميز نظام الشهر العيني بجملة من المبادئ جعلته يحقق الأهداف التي وجد من أجلها والتي تتمثل فيما يلي:

1- مبدأ قوة الثبوت المطلقة

كل ما هو مقيد في السجل العيني يمثل الحقيقة، كما أن قوة الثبوت المطلقة هي قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحق العيني، وهي لا تقبل إثبات العكس و الهدف من ذلك هو دعم الائتمان العقاري.

إن هذا المبدأ يمثل الفكرة الأساسية الفاصلة بين نظام الشهر العيني و نظام الشهر الشخصي⁽²²⁾.

و تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد ما هو مطلق على إطلاقه، فكل تصرف مهما كان نوعه أو طبيعته فهو نسبي، فقد يكون للشهر العيني قوة ثبوتية و لكن مطلقة فهذا غير مضمون دائما خاصة أمام تطورا وسائل الإجرام، كما أن هناك بعض الدول لم تأخذ بهذا المبدأ مثل ألمانيا وانتقده الفقه المصري أيضا و ذلك لنسبيته ككل الإجراءات.⁽²³⁾

2- مبدأ القيد المطلق

القيد في السجل العقاري هو مصدر الحقوق العينية العقارية ، فهو الذي ينشئ الحقوق و هو الذي يعدلها وهو الذي يزيلها، فكل حق عيني غير مشهر لا وجود له سواء كان في مواجهة المتعاقدين أو في مواجهة الغير، و بالمقابل كل حق مقيد في السجل العيني يعتبر حجة على الكافة، و على هذا النحو يكون للقيد أثر منشئ و ناقل للحقوق العينية في ظل الشهر العيني.

3- مبدأ الشرعية

على الموظف المكلف بعملية الشهر أو القيد في السجل العيني التحقق بدقة وتمعن من كافة السندات التي تجري بموجبها عملية الشهر في السجل العيني، حتى لا تشهر إلا الحقوق المشروعة فعلا، أي أن يقوم بعملية المراقبة المسبقة دون أن يتعدى ذلك المساس بأصل السند أو تعديله⁽²⁴⁾.

إن مبدأ الشرعية لا يسمح في ظل نظام الشهر العيني من شهر التصرفات الباطلة أو القابلة للإبطال، لذلك أوجب المشرع على أعوان المحافظة العقارية التأكد من مدى استيفاء المحررات المراد شهرها على الشروط الشكلية و الموضوعية المطلوبة في التصرف، فالمحافظ العقاري يقتصر دوره على مراقبة وإثبات ما إذا كان هناك وإثبات ما إذا كان هناك نقص في البيانات⁽²⁵⁾.

وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 105 من المرسوم 63/76⁽²⁶⁾ " يحقق المحافظ بمجرد إطلاعها على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل و صوح " .

4- مبدأ التخصيص

يتميز نظام الشهر العيني بأن يخصص لكل وحدة عقارية بطاقة عقارية في السجل العقاري تقيد فيها كل التصرفات الواردة على العقار، كما تحدد وضعيته من الناحية القانونية و الواقعية حيث تعد هذه الصحيفة أو البطاقة العقارية كوثيقة هوية، وللتعرف على الحالة القانونية و المادية للعقار يكفي الاطلاع على البطاقة العقارية المحصنة له، و مجموعة هذه البطاقات تكون ما يعرف بالسجل العيني الذي إستمد منه نظام الشهر العيني تسميته⁽²⁷⁾.

5- مبدأ عدم اكتساب الحقوق المشهورة بالتقادم

يعتبر التقادم سبب من أسباب كسب الملكية العقارية، كما هو منصوص عليه في القانون المدني الجزائري وتحديدا في المادتين 828/827، غير أنه في ظل نظام الشهر العيني فإن كل من يثبت اسمه في السجل العيني كمالك للعقار، يصبح في مأمن من أن يفاجأ بإدعاء أي شخص وضع يده على عقاره و يزعم أنه قد تملكه بالتقادم لما في ذلك من تعارض مع نظام الشهر العيني، و بمفهوم المخالفة فإن كل الحقوق الغير مشهورة يمكن اكتسابها بالتقادم دون أن يعتبر ذلك خروجاً على مبدأ حضر التقادم، ففي نظام الشهر العيني ليس هناك ما يبرر و يثبت حقوق المالك سوى عملية الشهر فليس هناك مالك آخر سوى ذلك المقيّد بهذه الصفحة في بطاقة العقار. (28)

كما أن السماح باكتساب الحقوق العينية العقارية بالتقادم في ظل نظام السجل العيني يؤدي إلى الاضطراب و الفوضى في ترتيب عملية انتقال الملكية و الحقوق العينية الأخرى. (29)

الفرع الثالث: تقييم نظام الشهر العيني

يتميز نظام الشهر العيني بجملة من الخصائص ميزته عن نظام الشهر الشخصي، و جعلته يتفادى الكثير من عيوب هذا النظام، وهو الأمر الذي جعل نظام الشهر العيني يحقق الأهداف التي يقوم عليها من استقرار للملكية العقارية و دعم الائتمان العقاري، و رغم ذلك فإنه لم يسلم من بعض الانتقادات.

أولا - مزايا نظام الشهر العيني

تتمثل مزايا نظام الشهر العيني في ما يلي:

أ- توفير الحماية للمتعاقدین .

يقوم نظام الشهر العيني على أساس القوة المطلقة للشهر والقوة الثبوتية، ولهذا فكل ما هو مشهر ومقيد في السجل العقاري يعتبر عنوانا للحقيقة بالنسبة للغير⁽³⁰⁾.

و تتميز نظام الشهر العيني بهذه الميزة كونه يفرض تمحيصا سابقا و دقيقا، لمستندات المالك عند إجراء القيد الأول كي لا يتم هذا القيد على اسم غير المالك الحقيقي، و إذا فرض و أن حدث ضرر نتيجة تطبيق هذه القاعدة فإن القانون يعطي المتضرر حق مطالبة مسبب الضرر بالتعويض بعد رفع دعوى قضائية عليه⁽³¹⁾.

ب- معرفة الحالة القانونية للعقار

حسب نظام الشهر العيني فإن كل عقار أو وحدة عقارية تخصص له صحيفة أو بطاقة عقارية يسجل بها جميع التصرفات الواردة على هذا العقار و المنشئة أو الناقلة أو المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية، و كذلك الأحكام النهائية المثبتة لذلك.

تعتبر البطاقة العقارية تاريخ حياة العقار وبالتالي يمكن معرفة حقيقة المركز القانوني للعقار، وهذا على عكس نظام الشهر الشخصي الذي لا يساعد على معرفة المركز القانوني للعقار إلا بعد بذل كثير من الجهد و النفقات.⁽³²⁾

ج- سهولة معرفة المالك الحقيقي للعقارات

إن نظام الشهر العيني يضمن معرفة الحالة القانونية للعقار، وهو ما يسهل معرفة مالك العقار الحقيقي دون الوقوع في إشكالية تشابه الأسماء و المخاطر المترتبة عن ذلك.

د- عدم تعارض سندات الملكية

من أهم مميزات هذا النظام أنه يضمن عدم تعارض سندات الملكية على أساس أنها تستخرج من مصدر واحد وهو البطاقة العقارية فتخزن هذه السندات مطابقة للبيانات المدونة في هذه البطاقة.⁽³³⁾

ه- تبسيط إجراءات الشهر

نظام السجل العيني في اتخاذه العقار أساسا لقيّد التصرفات و الحقوق الواردة عليه يساعد على سرعة و تبسيط إجراءات الشهر العقاري، وهو بذلك يقضي على المساوئ المترتبة عن نظام الشهر الشخصي، من تعقيد لمعرفة صاحب العقار و العقار نفسه.⁽³⁴⁾

ي- سهولة و سرعة انتقال الملكية العقارية.

إن حق الملكية لا ينتقل بمجرد العقد كما هو الحال عليه في التشريع الفرنسي، بل ينتقل بتسجيل التصرفات وشهرها، كما هو معمول به في الجزائر و ألمانيا و سويسرا... الخ، والعقد لا يرتب سوى التزامات شخصية، وإن صح التعبير فجميع الحقوق العينية المنشئة أو الناقلة أو المغيرة أو الزائلة لا أثر لها إلا بالقيّد⁽³⁵⁾، ذلك بمجرد قيدها و التأكد من أن القيد هو الوسيلة الوحيدة التي تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى، كل هذا يؤدي إلى ربح الوقت و الجهد الذي يبذل في البحث و التحري عن العقار في ظل نظام الشهر الشخصي.

ثانيا- عيوب نظام الشهر العيني.

رغم المزايا التي يتمتع بها نظام الشهر العيني، إلا أن له مجموعة من العيوب تذكرها كما يلي:

أ- كثرة النفقات.

تطبيق نظام الشهر العيني يتطلب إمكانيات مادية و بشرية كبيرة، كونه مرتبط بعملية المسح الشامل لكل أراضي الدولة.

غير أنه في حقيقة الأمر كل ما يقدم من نفقات و جهد من أجل مسح الأراضي سوف يعود بالفائدة على الدولة واقتصادها بالنظر إلى ما يحققه المسح من فوائد كثيرة، و هذا ما يؤدي إلى ازدهار البلاد و بالتالي يعوض النفقات و التكاليف التي صرفت من أجل تأسيس هذا النظام.⁽³⁶⁾

ب- تفتيت الملكية.

نظام الشهر العيني يؤدي إلى تفتيت الملكية العقارية، فقد تنقسم عن طريق الميراث أو القسمة، حيث يصبح كل شخص يملك جزء صغير جدا من العقار المشهر و في هذه الحالة يكون تخصيص صحيفة عقارية لكل جزء صغير أمرا صعب التطبيق، غير يمكن تفادي هذا الأمر بوضع مساحة معينة كحد أدنى لإعتبار القطعة الأرضية وحدة عقارية⁽³⁷⁾.

في الأخير يمكن القول أن هذه العيوب التي وجهت لنظام الشهر العيني لا تقلل من أهميته ومكانته مقارنة بنظام الشهر الشخصي، و الدليل على ذلك أن غالبية دول العالم أخذت به إما لأول مرة أو إما عن طريق إحلاله محل النظام الشخصي.

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظامي الشهر

لا تنتقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري إلا بالتسجيل و الشهر، غير أن إجراء الشهر و كما سبق القول ينقسم إلى نظامين مختلفين تماما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني هذا الأخير الذي اعتمده غالبية الدول لما له من فائدة عملية، وهنا نتساءل عن

موقف المشرع الجزائري من هذين النظامين ؟

المطلب الأول: النظام المطبق قبل صدور الأمر 74/75

قبل صدور الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، فإنه يمكن التمييز بين مرحلتين أساسيتين في تاريخ الجزائر و هما، مرحلة الاحتلال الفرنسي ومرحلة ما بعد الاستقلال.

الفرع الأول: مرحلة الاحتلال الفرنسي للجزائر

كما هو معلوم فإن السلطات الفرنسية منذ احتلالها للجزائر سنة 1830، عملت على تطبيق القوانين الفرنسية في الجزائر ومن بين جملة هذه القوانين التي طبقت في الجزائر آنذاك القانون المدني الذي تولى تنظيم المعاملات العقارية.⁽³⁸⁾

و قد عرفت الجزائر أثناء فترة الاحتلال ازدواجية في نظام الشهر العقاري المطبق آنذاك، نظام للشهر الشخصي المستمد من القانون الفرنسي و الذي كان مطبقا على الأراضي المحررة عقودها سابقا، أما النظام الثاني فهو مستمد من الشريعة الإسلامية الذي يستند على الكتابة العرفية و الإشهاد و الحياة كان مطبقا على العقارات التي لم تحرر عقودها بالصفة الرسمية أثناء التواجد العثماني في الجزائر، و بقيت القوانين المتعلقة بالملكية العقارية تصدر من حين لآخر إلى غاية صدور المرسوم رقم 1190/59 المؤرخ في 1959/10/21 المتضمن التغيير الجذري لنظام الشهر العقاري في الجزائر.⁽³⁹⁾، و الذي حددت مهلة تطبيقه ابتداء من 1961/03/10.

و يلاحظ بأن هذا المرسوم قد جاء مطابقا للقواعد و الإجراءات التي نظمها المرسوم رقم 22/55 المؤرخ في 1955/01/04 المتضمن التغيير الجذري لنظام الشهر العقاري في فرنسا الذي كان يحتوي على مبادئ نظام الشهر الشخصي، لكن مع إدخال تنظيم جذري على نظام الشهر المعمول به

سابقا و لذلك فإن المرسوم رقم 1190/59 قد جاء بنفس الضوابط التي نص عليها المرسوم رقم 22/55 ولا سيما وجوب إفراغ التصرفات الواردة على الملكية العقارية في شكل رسمي مع تبيان كامل هوية الأطراف في العقد بناء على شهادات الميلاد، و كذا القيام بتعيين العقارات محل المعاملة، وتأسيس أصل الملكية من قبل صاحب الحق باستثناء السندات التي اكتسبت تاريخا ثابتا قبل الشروع في تطبيق هذا القانون أي قبل 961/03/01 ، حيث يمكن الرجوع إليها والارتكاز عليها لنقل الملكية ولو كانت غير مشهورة.⁽⁴⁰⁾

ولكن نتجة لعدم الاستقرار و الفوضى الكبيرة في المعاملات العقارية و ذلك نتيجة العيوب العديدة لنظام الشهر الشخصي من جهة و لعدم شمولية تطبيق المرسوم 1190/59 على كل المعاملات العقارية حيث كان جزء منها يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية الأمر الذي أدى بالمستعمر إلى إلغاء النظام الذي جاء به المرسوم 1190/59 ليصدر بعد ذلك قانونا مؤرخا في 1959/11/03 و الذي يرمي إلى تأسيس و معاينة حقوق الملكية و الحقوق العينية الأخرى و تحديد الأملاك حسب الطريقة الهندسية لأجل إقامة مخطط صحيح.

ومن أجل التطبيق الأمثل لهذا القانون أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 185/61 المؤرخ في 1961/02/22 المتضمن تنظيم الإدارة العمومية المكلفة باحترام و تطبيق هذا القانون، حيث تم حضر تسجيل العقود العرفية الواردة على العقار و كذا إلزام الموثقين ووكلاء الدعاوي و القائمين بالتنفيذ و السلطات الإدارية بإشهار كل العقود و القرارات القضائية و الإدارية المحررة من طرفهم أو بمساعدتهم .

كما يلاحظ أن قانون 1959 الملغي، تضمن أحكام نظام الشهر العيني، حيث شرع في تطبيق عملية مسح الأراضي على سبيل التجربة في منطقة ملاكوف (بوقادير حاليا).

و بذلك فإن نظام الشهر المطبق في الجزائر في تلك الفترة تحول من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني و إن كان هذا التحول مجرد تحول نظري لأن قانون 1959 لم يطبق في الجزائر إلى غاية الاستقلال أي في سنة 1962⁽⁴¹⁾

الفرع الثاني: مرحلة ما بعد الاستقلال

بعد استقلال الجزائر أصدرت الحكومة الوطنية أمرا يقضي بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية التي كان يعمل بها من قبل كمرحلة إنتقالية، إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية وتعاليم الدين الاسلامي.

وسرعان ما أصدر المشرع قوانين وطنية تتكفل بالوضعية السائدة فيما يخص المعاملات العقارية من كل جوانبها سواء تعلق الأمر بشكل التصرفات العقارية أو إثباتها أو المحافظة عليها عن طريق إرساء نظام إشهاري عقاري فعال⁽⁴²⁾، ومنها قانون التوثيق سنة 1970 و قانون الثورة الزراعية لسنة 1971 (الملغى) و قانون إثبات الملكية الخاصة لسنة 1973 العقارية و القانون المدني لسنة 1975 الخ...

المطلب الثاني: النظام المطبق بعد صدور الأمر 73/75

إن نظام الشهر العقاري الشخصي الذي ورثته الجزائر عن التشريع الفرنسي، لم يبق ساريا على إطلاقه لأن المشرع بدأ يتجه إلى نظام الشهر العيني من خلال جملة القوانين التي أصدرها و من أهمها الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الذي جسده فيه صراحة الأخذ بنظام الشهر العيني.

الفرع الأول : الاتجاه نحو الأخذ بنظام الشهر العيني

بصدور الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري وكذلك المرسومين الصادرين لتطبيق هذا الأمر و هما المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، تبين بشكل واضح موقف المشرع الجزائري بالأخذ بنظام الشهر العيني .

تنص المادة الثانية من الأمر 74/75 المتعلق بمسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري عن موقف المشرع الجزائري و الذي جسد فيه صراحة الأخذ بنظام الشهر العيني حيث نصت على ما يلي: " إن مسح الأراضي العام يحدد و يعرف النطاق الطبيعي للعقارات و يكون أساسا ماديا للسجل العقاري "

أما المادة الرابعة فقد أشارت إلى ذلك كما يلي " يتم على مجموع التراب الوطني تحديد الملكيات قصد إعطاء مخطط منظم وتأسيس مسح الأراضي "

الفرع الثاني: تجسيد نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري

إن معرفة مدى تجسيد المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني، يتطلب منا الوقوف عند مدى أخذ المشرع وتطبيقه لمبادئ هذا النظام من خلال النصوص المتعلقة القانونية.

أولاً: مبدأ الشرعية.

إن مبدأ الشرعية يلزم الموظف المكلف بالشهر في السجل العقاري التأكد و التحقق من كافة السندات التي يجب قيدها في السجل حتى لا يتم شهر أي محرر أو وثيقة باطله وهو ما يؤكد الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري من خلال مواده، فالمادة 22 مثلا تنص على أن: " يحقق المحافظ العقاري في هوية و أهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات و كذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار "

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أجاز لكل من تضرر من قرارات أو أخطاء المحافظ العقاري أن يطعن في هذه القرارات أمام القضاء.

ثانياً : مبدأ القيد المطلق

حسب هذا المبدأ لا يتم إكتساب الملكية العقارية ولا سائر الحقوق العينية المتعلقة بها إلا بعد عملية الشهر العقاري.

فبالرجوع إلى نص المادة 16 من الأمر رقم 74/75 و التي جاء فيها ما يلي: "إن العقود الإدارية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها بين الأطراف حجية إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، فالشهر هو المصدر الأساسي بل و الوحيد لكل الحقوق العينية، على أن تبقى التصرفات الغير مشهورة من دون أثر.

و كذلك ما جاء به نص المادة 85 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري " : إن دعاوي القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 4/14 من الأمر رقم

74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و إذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار".

ثالثا: مبدأ حضر التقادم

من النتائج العملية لنظام الشهر العيني مبدأ حضر التقادم في الحقوق التي تم اكتسابها وشهرها في السجل العيني، غير أن المشرع الجزائري لم يعالج هذا المبدأ في شكل صريح في الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، وكذا المرسومين التنفيذيين له 62/76 و 63/76.

رغم أنه لا يزال يقر بالتقادم كطريقة للاكتساب في العقارات في القانون المدني وهنا يطرح الإشكال حول شهر ملك مكتسب بالتقادم المكسب و مشهر بسند رسمي بالمحافظة العقارية.

إن هذا الإشكال أدى إلى ظهور أحكام واجتهادات قضائية متناقضة، فمنهم من يرى أنه لا يجوز شهر ملكية مكتسبة بالتقادم إذا كان لهذا الملك سند رسمي و مشهر لأن ذلك يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر و لأن الحيازة قرينة على الملكية والملكية هنا ثابتة بالشهر، فكسب الملكية بهذه الحالة يفقد الشهر قوته الثبوتية، وهذا ما تبنته الغرفة الإدارية للمحكمة في قرارها رقم 129 947 الصادر بتاريخ 1998/03/09 كما يلي: " لا يخضع العقار المملوك بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب"⁽⁴³⁾،

ومنهم من يرى ضرورة شهر ملكية مكتسبة بالتقادم على أساس المادة 827 من القانون المدني، إذا استوفت الحيازة أركانها و أصبحت خالية من عيوبها، لأن القانون يحمي الحيازة لذاتها، بغض النظر عما إذا كان الحائز مالكا أو غير مالك، كما أن اكتساب الحائز ملكية العقار محل

الحيازة، إذا استغرقت الحيازة المدة المقررة في القانون، فهو يرتب أثره عليها بصرف النظر عما إذا كان للعقار محل الحيازة مالك بسند رسمي أو عرفي مشهر أو غير مشهر⁽⁴⁴⁾.

ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني كأصل عام مع إبقاء العمل بنظام الشهر الشخصي ريثما ينتهي مسح الأراضي.

الخاتمة

لا بد من الأخذ بنظام مستقر وثابت للشهر العقاري، لأن ذلك سيؤدي حتما إلى تدعيم الملكية العقارية وتوفير الإئتمان العقاري، وخاصة أن المشرع الجزائري قد خطى خطوة إيجابية بتبنيه لنظام الشهر العيني.

فشهر الحق العيني في السجل العقاري يعد دليلا أكيدا على شرعية هذا الحق، لأن نظام السجل العقاري لا يعرف مالكا للحق العيني خلافا لما هو مشهر، ولا يجوز لأي شخص أن يدعي حقوقا عينية غير مشهورة في السجل العقاري مهما طال مدة حيازتها لأن الأخذ بالتقدم المكسب يتعارض مع قوة الثبوت المطلقة في نظام السجل العقاري، فالشهر وحده هو مصدر الحق العيني.

حتى يتم إعمال نظام الشهر العيني لا بد من إزالة كل ما يتعارض مع مبادئه كحظر التقدم المكسب المنصوص عليه في القانون المدني، بالإضافة إلى توفير الإمكانيات المادية والبشرية لتنشيط عملية مسح الأراضي وتحديد آجال صارمة لإتمامها.

الهوامش

- 1- حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، دون سنة النشر، ص 11.
- 2- محمد شمس الدين، نظام التسجيل العقاري في لبنان وسوريا، المؤسسة الحديثة للكتاب، دون طبعة، طرابلس، لبنان، 1987، ص 93.
- 3- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 11.
- 4- كريمة فردي، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة فسنطينة، السنة الجامعية 2007/2008، ص 16.
- 5- جمال بوشنافة شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة 2006، ص 13.
- 6- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008، ص 09.
- 7- جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 15.
- 8- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري الجزائري، المرجع السابق، ص 14.
- 9- إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، دار الفكر العربي، مصر، طبعة 1978، ص 27.
- 10- إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق ص 28.
- 11- حسن عبد الباسط جمعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 37.
- 12- جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 16.
- 13- حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق ص 38.
- 14- أسعد ديات و القاضي طارق، أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الثانية، لبنان، 1994، ص 22.
- 15- جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 21.

- 16- كريمة فردي، المرجع السابق، ص32.
- 17- جمال بوشنافة ، المرجع السابق، ص 23.
- 18- عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، دار محمود للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، مصر، 1989، ص 10.
- 19- وجدي شفيق فريخ، الوسيط في شرح قانون السجل العيني في ضوء الفقه القانون و التعليمات، حيدر جروب للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2000، ص 10.
- 20- كريمة فردي، المرجع السابق، ص33.
- 21- جمال بوشنافة ، المرجع السابق، ص 31،
- 22- إبراهيم أبو نجا ، المرجع السابق ص 18.
- 23- محمود العنابي، قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الحيلوي، دون طبعة، مصر 1973 ص 10.
- 24- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص25.
- 25- المرسوم رقم 63/76 مؤرخ في 1976/03/25 المعدل بالمرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13 و المعدل بالمرسوم 123/93 المؤرخ في 1913/05/19 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- 26- خالد رمول، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، دون طبعة، قصر الكتاب، البلدية، الجزائر، 2001، ص22.
- 27- جمال بوشنافة ، المرجع السابق، ص 32 و 33.
- 28- إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، ص 47.
- 29- خالد رامول، المرجع السابق، ص 24.
- 30- جمال بوشنافة ، المرجع السابق ص 34.
- 31- وجدي شفيق فريخ، المرجع السابق ص 15.
- 32- جمال بوشنافة ، المرجع السابق ص 35.
- 33- وجدي شفيق فريخ ، المرجع السابق ص 17.

- 34- نور الدين رحيمي، موقف النظم الحديثة من مبدأ انتقال الملكية، مقال منشور في مجلة الموثق، العدد 10، 2000، ص30.
- 35- جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 36.
- 36- كريمة فردي، المرجع السابق، ص38.
- 37- عازب فرحات، مسح الأراضي و السجل العقاري، مقال مقدم في الندوة الوطنية للقضاء العقاري، وزارة العدل مديرية الشؤون المدنية زلدة ليومي(15-16) ديسمبر 1993، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر 1995، ص 49.
- 38- خالد رامول، المرجع السابق، ص 27.
- 39- جمال بوشنافة المرجع السابق ص41.
- 40- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء أحر التعديلات و أحدث الأحكام، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2000، ص64.
- 41- محمد بغدادي، المنازعات العقارية المتعلقة بأملاك الدولة وأملاك الخواص، محاضرة أُلقيت في الندوة الوطنية للقضاء العقاري، مديرية الشؤون المدنية، وزارة العدل، 1995، ص97.
- 42- جمال بوشنافة، المرجع السابق ص 55.
- 43- حمدي باشا، المرجع السابق، ص 230.
- 44 - حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، عقد الشهرة، شهادة الحيازة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 81.

جدوى اللجوء لنظام تراخيص الاستيراد والتصدير في الجزائر

شبة سفيان، أستاذ محاضر أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/09

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/10

تاريخ إرسال القبول: 2017/12

مقدمة

لقد أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 15-15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المعدل والمتمم للأمر 03-04 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات الاستيراد والتصدير¹، وأعقبه بالمرسوم التنفيذي رقم 15-306 المؤرخ في 6 ديسمبر 2015 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات والبضائع². والذي أسس بمقتضاها نظام تراخيص الاستيراد والتصدير. ولكن بعد تطبيق لمدة سنتين تداركه المشرع الجزائري بتعديلات جديدة في قانون المالية لسنة 2018، الصادر بالقانون رقم 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017³. وهو ما يجعلنا نتساءل عن جدوى اللجوء لنظام تراخيص الاستيراد والتصدير.

¹ - جريدة رسمية عدد 41 المنشورة بتاريخ 29 يوليو 2015.

² - منشور بالجريدة الرسمية عدد 66 بتاريخ 9 ديسمبر 2015.

³ - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 76 بتاريخ 28 ديسمبر 2017.

هذا ونشير أن هذا القانون صدر في ظل ظروف معينة دفعت الدولة دفعا إلى اتخاذه من أجل الحفاظ على ميزان المدفوعات من جهة وذلك عقب انخيار أسار النفط، ومن جهة أخرى لمحاولة حماية بعض الأنشطة والقطاعات الاقتصادية من المنافسة غير المتوازنة لتجارة الحاويات.

ولكن هل نجح هذا النظام في تحقيق الأهداف المسطرة له بعد تطبيقه لمدة سنتين تقريبا؟.

للإجابة عن هذه الإشكالية الأساسية نعالج ما يلي: ما هو السياق العام الذي صدر فيه هذا التعديل القانوني لنظام التصدير والاستيراد؟، ما هو محتوى نظام تراخيص الاستيراد والتصدير؟، هل الجزائر أول مرة تطبق نظام التراخيص المتعلقة بالاستيراد والتصدير؟، وإذا لم تكن أول مرة فما الذي يميز نظام التراخيص الحالي عن سابقه؟، تقييم نظام تراخيص الاستيراد والتصدير الحالي.

أولا- السياق العام الذي صدر فيه نظام تراخيص الاستيراد والتصدير في الجزائر:

لقد كثفت الجزائر منذ بداية الألفية الجديدة مساعيها للانضمام إلى منظمة التجارة الدولية OMC¹، كما أبرمت اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوربي²، وانضمت كذلك إلى المنطقة العربية الكبرى للتبادل الحر وذلك بمصادقتها في 03 أوت 2004 على اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين

¹ - تقدمت الجزائر في 03 جوان 1987 بطلب الانضمام لنظام التجارة المتعددة الأطراف، المتمثل في الاتفاقية العامة حول التجارة والتعريفات الجمركية (GATT)، ومنذ ذلك التاريخ والمفاوضات قائمة . راجع الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة التجارة الجزائرية، www.mincommerce.gov.dz

² - راجع المرسوم الرئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل سنة 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والجماعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، الجريدة الرسمية رقم 31، الصادرة بتاريخ 30 أبريل 2005.

الدول العربية الممضية من قبل أعضاء الجامعة العربية بتونس في 27 فبراير 1981¹. ولذلك سعت الجزائر إلى تطوير منظومتها التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتجارة الخارجية بما يتناسب مع الطموحات والتوجهات الجديدة للبلاد. حيث تبنت مبدأ حرية التجارة الخارجية، وفي هذا الصدد قامت الجزائر برفع كل الحواجز غير الجمركية، بإلغاء قائمة المواد الممنوعة من الاستيراد وتلك التي كانت تتطلب ترخيصا مسبقا. وقامت بتبسيط التعريفات الجمركية بتخفيض عدد النسب إلى أربعة فقط وهي نسبة الإعفاء 0%، النسبة المخفضة 05%، النسبة الوسيطة 15%، والنسبة المرفوعة 30%، وبتخفيض أقصى نسبة إلى 30% منذ الفاتح يناير 2002، بدلا من 100% سابقا².

وقد صدر سنة 2003 الأمر 04-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالقواعد العامة المطبقة في عمليات استيراد البضائع وتصديرها³، وأهم ما يميز هذا النص الجديد هو تحريره للتجارة الخارجية، وفي هذا الصدد تنص المادة الثانية منه، في فقرتها الأولى على أنه: "تنجز عمليات استيراد المنتجات وتصديرها بحرية...". ومع تحرير التجارة الخارجية أصبحت الجزائر تستورد تقريبا كل شيء، حتى المواد الكيماوية وبعض المواد غير الضرورية.

ولكن انخيار أسعار النفط دفع بالجزائر إلى وضع نظام تراخيص الاستيراد والتصدير، حيث أنخفض سعر البترول بطريقة كبيرة في سنتي 2013 و2014، مع العلم أن مداخيل البترول في الجزائر

¹ - راجع المرسوم الرئاسي رقم 04-223 المؤرخ في 03 أوت 2004 يتضمن المصادقة على اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية المحررة بتونس في 27 فبراير 1981، الجريدة الرسمية عدد 59، الصادرة بتاريخ 08 أوت 2004، الصفحة 05.

² - راجع المادتين 3 و5 من الأمر رقم 01-02 المؤرخ في 20 أوت 2001 يتضمن تأسيس تعريفات جمركية جديدة، الجريد الرسمية عدد 47، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001. وراجع أيضا المرسوم التنفيذي رقم 10-89 المؤرخ في 10 مارس 2010 يحدد كينيات متابعة الواردات المعفاة من الحقوق الجمركية في إطار اتفاقيات التبادل الحر، الجريدة الرسمية عدد 17 الصادرة بتاريخ 14 مارس 2010، الصفحة 06.

³ - الجريدة الرسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003، الصفحة 33.

تشكل 35٪ من الناتج الداخلي الخام P.I.B، وتشكل 97 ٪ من الصادرات، و60٪ من المداحيل الجبائية¹. وأن عجلة التنمية في الجزائر تحتاج إلى الإنفاق بشكل متزايد، خصوصا المشاريع المبرجة. وأن الجزائر كانت في حاجة إلى الحفاظ على ميزان المدفوعات، لذلك لجأت إلى ضبط التجارة الخارجية، وتحديد حجم الواردات للحفاظ على العملة الصعبة كحل مباشر.

مع العلم أن الحفاظ على العملة الصعبة يشكل هاجسا بالنسبة للجزائر، ففي آخر تقرير للمنظمة العالمية للإندماج المالي *Global Financial Integrity* الصادر في 2014 والمتعلق بالحركة غير الشرعية لرؤوس الأموال من الدول النامية في الفترة من 2003 إلى 2012، جاء أن الجزائر في المرتبة 46 عالميا من حيث حجم رؤوس الأموال المهربة، وأنها فقدت خلال 10 سنوات التي شملتها الدراسة حوالي 15 مليار دولار كعملة صعبة مهربة بطريقة غير شرعية²، وللإشارة فأن تهريب العملة الصعبة بلغ ذروته سنة 2012³ بأزيد من 2,6 مليار دولار⁴.

لذلك يعتبر نظام تراخيص الاستيراد والتصدير من بين الحلول المباشرة التي وضعتها الجزائر للحفاظ على توازن ميزان المدفوعات والحفاظ على العملة الصعبة، خصوصا أن احتياطي الصرف في تآكل

¹ - إحصائيات منشورة من قبل وزارة التجارة الجزائرية بمناسبة الملتقى الوطني الخاص بالتجارة الخارجية المنعقد بالجزائر في 30 و31 مارس 2015.

² - *Illicit Financial Flows From Developing Countries ; 2003-2012. Global Financial Integrity .December 2014. P. 30.*

³ . Ibid.

⁴ - للإشارة فإن هذا التقرير له مصداقيته لأن فريق البحث الذي أعده اعتمد على الأرقام الرسمية الصادرة عن البنوك المركزية للدول بما فيها البنك المركزي للجزائر، وكذلك المؤسسات المالية الدولية ومنها FMI والبنك الدولي، وأنه قام فقط بحساب الهوة بين العملة الصعبة التي دخلت الدول بطريقة رسمية والتي خرجت بطريقة رسمية ليعرف الفرق الذي ذهب للسوق السوداء، وهذا مع تحفظ أن بعض المعاملات المالية التي لها طرق رسمية ولكنها بفواتير مضخمة أو وهمية. (راجع الصفحة 3 وما بعدها من التقرير المتعلقة بمنهجية إعدادده).

مستمر منذ 2013، ولو استمرت وثيرة الاستيراد الحالية دون قيود فإن ذلك قد يجعل الجزائر في عجز مزمن في ميزان المدفوعات قد يؤدي بها إلى خلل هيكلية واستدانة خارجية.

حيث أعلن محافظ بنك الجزائر عن انخفاض احتياطي الصرف نهاية ديسمبر 2016 إلى 114,1 مليار دولار، بعدما كان في نهاية 2015 يبلغ 144 و1 مليار دولار، ما يعني أنه فقد 30 مليار دولار في سنة واحدة، وهذا معدل رهيب. ولقد كان احتياطي الصرف في تصاعد ليبلغ ذروته في 2014 بقيمة 195 مليار دولار، ليبدأ بعدها في التناقص منذ ذلك التاريخ. وسبب ذلك انخفاض سعر البترول ليصل لحد 30 دولار للبرميل بعدما كان يفوق 115 دولار خلال بداية 2013¹.

هذه المعطيات كلها دفعت بالجزائر إلى العمل على ضبط التجارة الخارجية عن طريق نظام تراخيص الاستيراد والتصدير.

ثانيا- ماهو محتوى نظام تراخيص الاستيراد والتصدير؟:

لقد أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 15-15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المعدل والمتمم للأمر 03-04 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات الاستيراد والتصدير²، وأعقبه بالمرسوم التنفيذي رقم 15-306 المؤرخ في 6 ديسمبر 2015 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات والبضائع³. والذي أسس بمقتضاها نظام تراخيص الاستيراد والتصدير الذي يعتبر وسيلة لإدارة التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في ذات القانون أو في الاتفاقيات الدولية، والتي تهدف في الأساس لحماية الموارد الطبيعية القابلة

¹ - تصريحات محافظ بنك الجزائر السيد محمد لوكال، للصحافة، في 29/01/2017 منشور في الموقع الإلكتروني:

www.echoroukonline.com/ara/articles/512381.html

² - جريدة رسمية عدد 41 المنشورة بتاريخ 29 يوليو 2015.

³ - منشور بالجريدة الرسمية عدد 66 بتاريخ 9 ديسمبر 2015.

لنفاذ، أو لضمان المواد الأولية الموجهة للصناعة الوطنية التحويلية، أو وضع تدابير لمواجهة حالة الندرة للمواد الأساسية، أو للحفاظ على التوازن المالي الخارجي وتوازن السوق¹.

هذا ويقوم نظام التراخيص على مبادئ جوهرية: أهمها الحيادية تجاه المتعاملين

الاقتصاديين، والعدالة والإنصاف، والشفافية. والتقليل من البيروقراطية حيث لا تطلب إلا الوثائق الضرورية للسير الحسن لنظام الرخص، وعدم التعسف في تطبيق القانون حيث لا يمكن رفض المنتوجات المستوردة أو المصدرة طبقا لنظام التراخيص بسبب فوارق طفيفة في القيمة أو الكمية أو الوزن بالمقارنة مع الأرقام الواردة في الرخصة والناجمة عن فوارق بسبب النقل أو شحن البضائع غير المعبأة أو أية اختلافات طفيفة أخرى تتوافق مع الممارسات التجارية العادية².

وتنقسم الرخص إلى نوعين رخص تلقائية ورخص غير تلقائية كما هو منصوص عليه في

المواد 6 مكرر 4 وما بعدها من القانون 15-15 وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 15-306 المؤرخ في 6 ديسمبر 2015 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات والبضائع³.

فالرخص التلقائية هي رخص تمنح عند الطلب، بحيث لا تفرض قيود كمية على الواردات والصادرات، فهي تهدف إلى التأكد من مدى مطابقة المنتوجات للمعايير التقنية المعدة من قبل القطاعات الوزارية المختلفة حسب طبيعة المنتج، كوزارة الفلاحة بالنسبة للأغذية، ووزارة الصحة بالنسبة للأدوية ووزارة الصناعة بالنسبة للمنتجات الصناعية، وهكذا⁴ وهي رخص مفتوحة لكل شخص طبيعي أو معنوي مستوفي للشروط القانونية والتنظيمية المطلوبة للقيام بعمليات الاستيراد

¹ - راجع المادة 6 والمادة 6 مكرر من القانون 15-15 المشار إليه أعلاه.

² - المادة 6 مكرر 1 و6 مكرر 2 من القانون 15-15.

³ - منشور بالجريدة الرسمية عدد 66 بتاريخ 9 ديسمبر 2015.

⁴ - المواد 3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 15-306 المشار إليه أعلاه.

والتصدير، فتقدم طلبات الرخصة في أي يوم عمل قبل حمركة البضاعة، وتمنح الرخصة التلقائية في مدة أقصاها عشرة أيام¹.

أما الرخص غير التلقائية فتنشأ لتسيير حصص المنتجات والبضائع عند الاستيراد والتصدير، ويمنح هذه الرخص وزير التجارة بناء على اقتراح من لجنة منشأة لهذا الغرض يرأسها الأمين العام لوزارة التجارة، وبعضوية ممثلين عن وزارة المالية (المديرية العامة للجمارك والمديرية العامة للضرائب)، وممثل عن وزارة الصناعة والمناجم، ممثل عن وزارة الفلاحة والتنمية الريفية والصيد البحري، وممثل عن وزارة التجارة، يعينون بمقرر من الوزير الأول بناء على اقتراح الوزراء المعنيين². وتكلف هذه اللجنة بدراسة طلبات رخص الاستيراد بالرجوع إلى الاحتياجات المعبر عنها والإحصائيات الناتجة عن استغلال المعطيات المتحصل عليها/أو المقدمة من من القطاعات الوزارية وكذا من ممثلي الجمعيات المهنية وجمعيات أرباب العمل المعتمدة. كما أنها تقدم الاقتراحات لوزير التجارة بخصوص تعيين وتعيين قائمة المنتجات والبضائع موضوع الحصص، تحديد الأحجام الكمية للحصص، اختيار طرق وكيفيات توزيع نسبة الحصص التي تمنح للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين، نتائج استغلال وفحص طلبات رخص الاستيراد أو التصدير للمنتجات والبضائع³.

هذا وتفتح الحصص بمقتضى إعلان صادر عن وزارة التجارة ينشر في الجرائد الوطنية وفي الموقع الإلكتروني للوزارة وبأي وسيلة أخرى مناسبة، ويجب أن يتضمن الإعلان الآجال القصوى لتقديم طلبات الرخص المتعلقة بكل حصة ومكان الإيداع، الآجال القصوى لفتح وغلق الحصص، كميات كل منتج وبضاعة، وكذا الطريقة المتبعة لتوزيع الحصص. الوثائق والمستندات المطلوب إرفاقها بالطلب.

¹ - المادة 6 مكرر 6 من القانون 15-15 المبين أعلاه.

² - المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 15-306 المشار إليه أعلاه.

³ - المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 15-306 المشار إليه أعلاه.

ثالثا- هل الجزائر أول مرة تطبق نظام التراخيص المتعلقة بالاستيراد والتصدير؟،
وإذا لم تكن أول مرة فما الذي يميز نظام التراخيص الحالي عن سابقه؟:

لقد سبق للمشرع الجزائري أن طبق نظام تراخيص الاستيراد والتصدير كاستثناء عن احتكار الدولة للتجارة الخارجية الذي كرسه القانون رقم 78-02 المؤرخ في 11 فبراير 1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية¹، الذي ينص في المادة الأولى منه بوضوح على أن: "استيراد وتصدير البضائع والسلع والخدمات بجميع أنواعها من اختصاص الدولة وحدها." حيث كان يمارس احتكار الدولة للتجارة الخارجية في إطار المخطط الوطني للتنمية والبرنامج السنوي العام للتجارة الخارجية². وتطبيقا لهذا البرنامج كان نائب الوزير للتجارة الخارجية يسلم للهيئات التابعة للدولة الرخص الإجمالية للاستيراد والرخص الإجمالية للتصدير³. كما كان يسلم للمؤسسات الخاصة الجزائرية في إطار البرنامج العام للتجارة الخارجية سندات التصدير، وكانت تسلم لهم أيضا رخص للاستيراد قصد توفير حاجياتها الخاصة في الإنتاج إذا كانت هيئات الدولة المكلفة بممارسة احتكار الدولة لا توفر شروط التحكم في سير المنتجات المطلوب استيرادها⁴. لكن في سنة 1988 قام المشرع الجزائري بإلغاء القانون رقم

¹ - جريدة رسمية الصادرة بتاريخ 14 فبراير 1978، عدد 7، ص. 171.

² - أنظر المادة الأولى من المرسوم رقم 84-390 المؤرخ في 22 ديسمبر 1984، المتعلق بتطبيق احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 1984، العدد 70، ص. 2398. وانظر كذلك المادة 3 من المرسوم رقم 83-642 المؤرخ في 5 نوفمبر 1983، ج. ر. عدد 46 لسنة 1983، الصفحة 2835.

³ - المادة 4 من المرسوم رقم 84-390 المؤرخ في 22 ديسمبر 1984. و راجع المادة 4 من المرسوم رقم 83-642 المؤرخ في 5 نوفمبر 1983، السالف ذكرهما.

⁴ - المادة 8 من المرسوم 84-390 السالف الذكر.

78-02 السالف الذكر¹، وإصدار القانون رقم 88-29 المؤرخ في 19 يوليو 1988. الذي قام من خلاله بالتخفيف من حدة احتكار الدولة للتجارة الخارجية عن طريق منحه امتيازات للمؤسسات العمومية² أو المؤسسات الخاصة³. وقد سمح هذا القانون الأخير، للمؤسسات الخاصة بالقيام بعمليات التصدير والاستيراد. فسمح للتجار الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري والذين يمارسون بصفة احترافية أعمال التصدير بالحصول على بطاقة مصدر صالحة لمدة 5 خمسة سنوات قابلة للتجديد. أما إذا كانوا يمارسون نشاطا ظرفيا له علاقة بالتصدير والاستيراد فتسلم لهم شهادة بالنسبة لكل عملية⁴.

ومع بداية تسعينات القرن الماضي دخلت التجارة الخارجية الجزائرية في مرحلة تحول انتقالية، بدأت بصدر المرسوم التنفيذي رقم 91-37 المؤرخ في 13 فبراير 1991 المتعلق بشروط التدخل

¹ - القانون رقم 88-29 المؤرخ في 19 يوليو 1988 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 20 يوليو 1988، العدد 29، ص. 1062. والمادة 27 منه تتضمن إلغاء أحكام القانون 78-02 السالف الذكر.

انظر كذلك المرسوم التنفيذي رقم 89-01 المؤرخ في 15 يناير 1989 الذي يضبط كيفية تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 19 يناير 1989. العدد 3، الصفحة 69.

² - المادة 5 من القانون 88-29 المؤرخ في 19 يوليو 1988 و المادتين 2 الفقرة 2 و 10 من المرسوم التنفيذي رقم 89-01 المؤرخ في 15 يناير 1989 السابق الذكر

³ - انظر المرسوم التنفيذي رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988 المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة. الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19 أكتوبر 1988، العدد 42، صفحة 1427. وأنظر كذلك المادتين 9 و 19 الفقرة الأولى من القانون رقم 88-29 السالف الذكر. والمادتين 3 و 10 من المرسوم التنفيذي رقم 89-01 السابق ذكرهما.

⁴ - أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 89-01 السالف الذكر.

في مجال التجارة الخارجية¹، والمرسوم التنفيذي رقم 94-135 المؤرخ في 5 يونيو 1994 الذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 91-37 السالف الذكر². وقد سمح المرسوم التنفيذي 91-37 المذكور أعلاه للتجار الأشخاص الطبيعيين والمعنويين بممارسة التجارة الخارجية³. وتنص المادة 4 من ذات المرسوم أن الوزير المكلف بالتجارة يحدد الشروط العامة لممارسة وظيفة التاجر بالجملة وعند الحاجة الشروط الخاصة لنشاطات معينة. وفي هذا الصدد صدر قرار مؤرخ في 10 أبريل 1991 يحدد شروط ممارسة تاجر بالجملة في التجارة الخارجية⁴. غير أن هذا القرار ألغي بموجب المادة الأولى من القرار المؤرخ في 2 يوليو 1994⁵.

-
- ¹ - المرسوم التنفيذي رقم 91-37 المؤرخ في 13 فبراير 1991 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 20 مارس 1991، عدد 2، الصفحة 418.
- ² - المرسوم التنفيذي رقم 94-135 المؤرخ في 5 يونيو 1994 الذي يعدل المرسوم التنفيذي 91-37 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1994، العدد 37، الصفحة 7.
- ³ - تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 91-37 على أنه: "التجار والأشخاص المعنويين المذكورين في المادة الأولى أعلاه هم:
- كل مؤسسة تنتج سلعاً وخدمات مسجلة في السجل التجاري.
 - كل مؤسسة عمومية.
 - كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس وظيفة تاجر بالجملة مسجل في السجل التجاري يعمل لحسابه أو لحساب الغير بما في ذلك الإدارة.
- ⁴ - القرار المؤرخ في 10 أبريل 1991 يحدد شروط ممارسة نشاط تاجر بالجملة في التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12 يونيو، 1991 العدد 29، الصفحة 2004.
- ⁵ - القرار المؤرخ في 2 يوليو 1994 المتضمن إلغاء أحكام القرار المؤرخ في 10 أبريل 1991 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 21 أوت 1994، العدد 53، الصفحة 27.

لكن ما يلاحظ أن نظام تراخيص الاستيراد والتصدير الذي كان قائما آنذاك يعتبر كاستثناء عن الأصل الذي هو احتكار الدولة للتجارة الخارجية. بخلاف النظام الحالي الذي هو استثناء عن مبدأ حرية التجارة الخارجية.

رابعاً- تقييم نظام تراخيص الاستيراد والتصدير الحالي:

لا بد أن نشير أن الجزائر قبل أن تدرج نظام تراخيص الاستيراد والتصدير الحالي سبق لها أن تبنت مجموعة من الأنظمة الاستثنائية في إطار الأمر 03-04 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالقواعد العامة المطبقة في عمليات استيراد البضائع وتصديرها¹ حيث وضع هذا الأمر قيودا واستثناءات على حرية التجارة الخارجية تتماشى مع التزامات الجزائر الدولية، وتنحصر هذه القيود الواردة على حرية الاستيراد والتصدير في:

1- منع عمليات استيراد وتصدير المنتوجات التي تخل بالأمن وبالنظام العام وبالأخلاق².

2- أسست المادة الثالثة من الأمر 03/04 لمجموعة من العوائق والضوابط التقنية التي تحد من حرية التجارة الخارجية، وهي تخضع المنتوجات إلى رقابة وقيود صارمة خصوصا إذا كانت تمس

¹ - الجريدة الرسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003، الصفحة 33.

² - راجع الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر 03-04 المذكور أعلاه. راجع كذلك المرسوم التنفيذي رقم 97 - 254 المؤرخ 08 يوليو 1997، و المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج أو استيراد المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص.

بالصحة البشرية¹ والنباتية² والحيوانية³، أو تمس بالبيئة⁴، أو تشكل خطرا على التراث الثقافي في الجزائر⁵.

¹ - راجع المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 14 يناير 1997، يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية. والقرار المؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 06 يوليو سنة 2005، يحدد دفتر الشروط التقنية الخاصة باستيراد المنتجات الصيدلانية الموجهة للطب البحري. والقرار المؤرخ في 07 نوفمبر 1995، يتعلق بالمواصفات التقنية والقواعد التي تطبق على المواد الغذائية عند استيرادها.

² - راجع المرسوم التنفيذي رقم 04-320 المؤرخ 07 أكتوبر 2004، و يتعلق بشفافية تدابير الصحة و الصحة النباتية والعراقل التقنية للتجارة. وراجع كذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 ديسمبر 2002، يعدل و يتم قائمة نقاط الدخول إلى التراب الوطني المتعلقة بمراقبة صحة النباتات على مستوى المراكز الحدودية. و القرار المؤرخ في 14 يوليو 2002، يحدد قائمة النباتات الخاضعة للترخيص التقني المسبق للاستيراد، والقواعد الخاصة بصحة النباتات. والقرار المؤرخ في 24 ديسمبر 2000، يمنع استيراد وإنتاج توزيع وتسويق واستعمال المادة النباتية المغيرة وراثيا. والقرار المؤرخ في 07 نوفمبر 1995، يتعلق بالمواصفات التقنية والقواعد التي تطبق على المواد الغذائية عند استيرادها. والقرار المؤرخ في 21 مايو 1995، يحدد المقاييس التقنية والصحية للنباتات عند استيراد البذور، أنواع البقول والأشجار المثمرة والكروم والغرائس الكبرى وشتائلها. والقرار المؤرخ في 13 يناير 1993، المتعلق بشروط الصحة النباتية لاستيراد الأغراس وأجزاء الأغراس الحية من أصناف الفاكهة ونباتات الفاكهة ونباتات الزينة.

³ - راجع المرسوم التنفيذي رقم 09-261 مؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد الإجراءات المطبقة عند استيراد وتصدير الأدوية ذات الاستعمال البيطري، ج. ر. عدد 16، الصادرة بتاريخ 15 مارس 2009، ص. 06. وراجع كذلك المرسوم التنفيذي رقم 09-261 المؤرخ في 24 مارس 2009 يتعلق بإعفاء المواد الكيماوية والعضوية المستوردة من طرف صانعي الأدوية ذات الاستعمال البيطري، الجريدة الرسمية عدد 49 الصادرة بتاريخ 30 أوت 2009، ص. 02.

⁴ - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 26 فبراير 1992، يتضمن وقف تصدير المرجان الخام أو شبه المصنع.

⁵ - المرسوم رقم 69-82 المؤرخ في 13 يونيو سنة 1969، يتعلق بمنع تصدير الأشياء ذات الفائدة الوطنية من الناحية التاريخية و الأثرية

3- إقرار الأمر 03-04 السالف ذكره لتدابير الدفاع التجاري، بهدف حماية الإنتاج

الوطني عن طريق فرض تعريفات جمركية على المنتجات التي تهدده.

وتنقسم هذه الإجراءات الحمائية إلى، تدابير وقائية تجاه منتج ما إذا كان مستوردا بكميات متزايدة تلحق أو تهدد بإلحاق ضرر جسيم لفرع من فروع الإنتاج الوطني. وفي هذه الحالة يمكن توقيف استيراد ذلك المنتج كليا أو جزئيا، أو رفع نسبة الحقوق الجمركية. وقد صدر في هذا الصدد المرسوم رقم 05- 220 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يحدد شروط تنفيذ التدابير الوقائية وكيفيةها¹، والقرار المؤرخ في 03 فبراير 2007 يحدد كيفيةات وإجراءات تنظيم التحقيق في مجال تطبيق التدابير الوقائية².

وتدابير ضد المنتجات المدعمة في بلد المنشأ بشكل يهدد الإنتاج الوطني المماثل، وهو ما تنص عليه المادة 13 من الأمر 03-04 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة في عمليات استيراد البضائع وتصديرها، التي تنص على فرض حق تعويضي على المنتجات التي يثبت أنها مدعمة من السلطات العمومية في بلد المنشأ، مما يجعلها في وضعية تنافسية مريحة مقارنة مع الإنتاج الوطني، وتلحق به ضرا جسيما أو تهدده بإلحاق ضرر جسيم. ويتمثل هذا الحق التعويضي في رسم جمركي يساوي قيمة الدعم الممنوح للمنتج في بلده الأصلي، وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 05- 221 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يحدد شروط تنفيذ الحق التعويضي وكيفيةاته³، والقرار المؤرخ في 03 فبراير سنة 2007 يحدد كيفيةات تطبيق الحق التعويضي⁴، لتطبيق المادة 13 من الأمر 03-04 المذكور أعلاه.

¹ - الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، ص. 7.

² - الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2007، ص. 14.

³ - الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، ص. 09.

⁴ - الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2007، ص. 16.

وتفرض المادة 15 من الأمر 03-04 المذكور أعلاه أيضا تدابير حمائية ضد الإغراق. ويعتبر إغراقا إذا دخل منتج معين إلى السوق الوطنية بسعر أدنى من القيمة العادية لمنتج مماثل، ويتحدد هذا السعر المماثل بسعره في بلد المنشأ أو سعره في البلدان الأخرى. ويكون من شأن الإغراق إلحاق أضرار جسيمة بفروع الإنتاج الوطني المماثلة. وقد صدر المرسوم التنفيذي 05-222 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يحدد شروط تنفيذ الحق ضد الإغراق وكيفياته¹، والقرار المؤرخ في 03 فبراير 2007 يحدد كيفية وإجراءات تنظيم التحقيق في مجال تطبيق الحق ضد الإغراق².

لكن الملاحظ أن الجزائر ومنذ 2003 تاريخ صدور الأمر المتعلق بالقواعد العامة المطبقة في عمليات استيراد البضائع وتصديرها، وكذلك 2005 تاريخ صدور المراسيم التنفيذية المتعلقة بالتدابير الاستثنائية المختلفة المتعلقة بالتجارة الخارجية المشار إليها أعلاه، وكذلك في 2007 تاريخ صدور القرارات الوزارية المتعلقة بنفس التدابير، وإلى حد 2015 تاريخ صدور نظام تراخيص الاستيراد والتصدير لم تعلن إطلاقا وزارة التجارة عن حالة من حالات تدابير الدفاع التجاري أو التدابير ضد المنتوجات المدعمة أو التدابير ضد الإغراق رغم اعتراف وزراء في الحكومات المتعاقبة بإغراق السوق الجزائرية وتهديد قطاعات اقتصادية كاملة بخطر الانهيار من جراء الاستيراد المكثف، ولم تتخذ أية إجراء من الإجراءات الحمائية المخولة لها قانونا. لذلك فالمسألة لاتتعلق بالنصوص القانونية بقدر ما تتعلق بالتطبيق السليم واليقظ لتلك النصوص.

حيث أن نظام تراخيص الاستيراد والتصدير ما هو إلا وسيلة من الوسائل الحمائية الأخرى كنظام تدابير الدفاع التجاري، أو نظام التدابير ضد الإغراق أو التدابير ضد الدعم. التي تهدف إلى وضع تدابير حمائية مؤقتة للاقتصاد الوطني أو ميزان المدفوعات. وأنه ليس غاية في حد ذاته كما

¹ - الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، ص. 14.

² - الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2007، ص. 19.

حصل في بداية تطبيق هذا النظام لسنتي 2016 و2017 حيث أثبت عجزه لوحده عن تحقيق الأهداف الحمائية لميزان المدفوعات وللقطاعات الاقتصادية المستهدفة بالحماية. إنما شكل أدوات عرقلة بيروقراطية للتجارة الخارجية فقط، وهذا بصريجات لوزراء في الدولة.

هذا الوضع دفع بالجزائر إلى تدارك الأمر في قانون المالية لسنة 2018، الصادر بالقانون رقم 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017¹. حيث قام بمقتضى المادة 115 منه برفع الحقوق الجمركية على 129 منتج بين نسبة تعرفه بـ 30 بالمئة و 60 بالمئة. وفي نص المادة 116 منه عدل أحكام المادة 16 من الأمر 03-04 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد وتصدير البضائع، حيث سمح باتخاذ تدابير وقائية للحفاظ على ميزان المدفوعات، تتمثل في منع بعض البضائع من الاستيراد إلى غاية ضبط توازن ميزان المدفوعات، مع إحالته على التنظيم في شأن اتخاذ التدبير المناسب وكذا تعيين قائمة البضائع.

خاتمة:

يجدر بالذكر في الختام أن الانظمة الاستثنائية التي وضعتها الجزائر لتقييد مبدأ حرية التجارة الخارجية سواء في ظل الأمر 03-04 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد وتصدير البضائع، كنظام تدابير الدفاع التجاري أو التدابير ضد الإغراق أو التدابير ضد الدعم. أو نظام تراخيص الاستيراد والتصدير المنشأ بمقتضى التعديل الحاصل بالقانون 15-15 السالف الذكر. أو حتى التعديل الجديد للأمر 03-04 بمقتضى قانون المالية لسنة 2018، لم يأت من العدم، وليست بدعت أتت بها الجزائر دون سواها من الأمم. فكل البلدان تحاول حماية اقتصادها الوطني ومصالحها

¹ - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 76 بتاريخ 28 ديسمبر 2017.

الاستراتيجية أولا وقبل كل شيء. حتى أن المنظمة العالمية للتجارة ومن قبلها الجات هي من سنة الأنظمة الاستثنائية التي تطبقها الجزائر حاليا، وكان ذلك في سنة 1979 في ختام جولة مفاوضات طوكيو. حيث سنت اتفاقيات خاصة بنظام تدابير الدفاع التجاري والتدابير ضد الإغراق والتدابير ضد الدعم، والتدابير الخاصة بحماية ميزان المدفوعات، ونظام تراخيص الاستيراد والتصدير. وأن الجزائر قامت بمطابقة قوانينها الخاصة بالاستيراد والتصدير مع مقاييس المنظمة العالمية للتجارة.

حيث أن ما ينقص الجزائر حاليا هو تفعيل هذه القواعد الاستثنائية المقيدة لحرية التجارة الخارجية بطريقة ديناميكية تتماشى مع معطيات السوق. حيث تحتفظ بالأصل وهو حرية التجارة الخارجية، ولكن مع فرض حماية لميزان المدفوعات وحماية للقطاعات الاقتصادية الإنتاجية التي تلقى منافسة غير متكافئة وتهدد مناصب العمل والاقتصاد الوطني. فتنحذ في هذا الشأن تدابير مناسبة أما بمنع الاستيراد أو فرض رسم جمركي مرتفع، وذلك لفترة محددة كقيلة برد التوازن.

الإقطاء من القروض كإجراء قانوني لتحصيل اشتراكات الضمان الإجتماعي

لعيمش غزالة أستاذة محاضرة ب

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/04

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/05

المقدمة

إن هيئة الضمان الاجتماعي تسعى لتحقيق للمصالح العام ولضمان استمرار المرفق العام وسييره بصفة طبيعية وعادية⁽¹⁾، حفاظا على ذلك منح المشرع امتيازات بغرض ضمان تحصيل اشتراكات المبالغ المستحقة عن طريق إجراءات خاصة تتميز بالسرعة، وهذا ما يجسده القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي وهي مذكورة على سبيل الحصر من خلال فحوى المادة 45 من نفس القانون والمتمثلة في:

- التحصيل عن طريق الجدول،
- الملاحقة،
- المعارضة على الحسابات الجارية البريدية،
- الاقتطاع من القروض.

لكن في حالات كثيرة، ورغم وجود هذه الاجراءات إلا أن هيئة الضمان الاجتماعي لا تتحصل على مبالغ الاشتراكات المستحقة، فبالضرورة يبقى أمامها حل وحيد، وهو اللجوء إلى رفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المختصة والقيام بالتدابير الاحتياطية واستعمال طرق التنفيذ الواردة في القانون العام وهذا ما نصت عليه المادة 66 من القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

تفاديا للجوء إلى القضاء قمنا بدراسة قانونية لنوع من إجراءات التحصيل والمتمثل في الاقتطاع من القروض والذي يعتبر الوسيلة أو الإجراء القانوني الرابع من وسائل التحصيل الجبري لأموال

ومستحقات هيئة الضمان الاجتماعي الدائنة لأصحاب العمل الذين يتخلفون عن تسديد مبالغ الاشتراكات المستحقة، والذين قاموا باقتراض مبالغ مالية معتبرة من البنوك لتغطية مصاريف انجاز مشاريعهم خلال الاقتطاع المباشر للمبالغ المستحقة من طرف الهيئة المقرضة⁽²⁾، وما تتم ملاحظته أن مشروعنا أتى بشيء جديد لم يكن في القانون القديم رقم 83-15 الملغى.

كما أن دفع الإشتراكات المستحقة لدى هيئة الضمان الاجتماعي تكون من طرف المكلف بها اختياريا إذا ما حل ميعاد استحقاقها، لكن إذا تقاعس صاحب العمل المدين بالوفاء، كانت محل اقتضاء بكافة الطرق القانونية الممنوحة لهيئة الضمان الاجتماعي، وهذا ما نصت عليه المادة 44 من القانون رقم 08-08 السالف الذكر والتي احتوت على: " يقصد بالتحصيل الجبري لاشتراكات الضمان الاجتماعي في مفهوم هذا القانون الإجراءات الخاصة المطبقة من قبل هيئة الضمان الاجتماعي ضد المكلفين المدنين لتحصيل المبالغ المستحقة".

لكن قبل اللجوء إلى هذه الإجراءات يتعين على هيئة الضمان الاجتماعي اعدار المدين ودعوته إلى تسوية وضعيته في أجل ثلاثين يوما وهذا وفقا لما جاء في المادة 45 من نفس القانون، وعليه ما يتم استنتاجه أن إعدار صاحب العمل - المدين - ملازم لهيئة الضمان الاجتماعي - الدائنة - قبل اللجوء إلى إجراء التحصيل الجبري، وتكمن أهميته في قطع التقادم وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 79 من القانون رقم 08-08⁽³⁾، وأيضا لفت انتباه ونظر المدين إلى ضرورة تسديد الديون قبل اللجوء إلى اجراءات التحصيل الجبرية، والمتابعة القضائية، وفي حالة عدم الاستجابة للإعدار من طرف صاحب العمل المدين تبدأ إجراءات التحصيل كالاقتطاع من القروض الذي هو أساس دراستنا.

لهذا يتوجب علينا معرفة الطبيعة أو الأساس القانوني لإجراء التحصيل عن طريق الاقتطاع من القروض من خلال الإجابة على التساؤلات القانونية التالية :

■ ما هي الشروط الواجب توافرها في صاحب العمل بغية الاستفادة من القرض ؟

- كيف يتم التحصيل عن طريق الاقتطاع من القروض ؟
- ما هي الوضعية القانونية للبنوك في حالة عدم احترام المادتين 62-63 من القانون رقم 08-08 ؟

- في حالة ما إذا باء هذا الإجراء بالفشل، أي عدم التمكن من تحصيل الاشتراكات لهيئة الضمان الاجتماعي فلا بد من اللجوء إلى القضاء لكن إجراء الاقتطاع من القروض.
- هل له وجود في الواقع كإجراء التحصيل الجبري لاشتراكات الضمان الاجتماعي ؟

الإجابة على هذه التساؤلات تكون بدراسة النقاط القانونية التالية :

أولاً: الشروط القانونية الواجب توافرها لاستفادة صاحب العمل من القرض.

ثانياً: شروط التحصيل عن طريق الاقتطاع من القروض.

ثالثاً: المسؤولية المدنية للبنوك.

أولاً: الشروط القانونية الواجب توافرها لاستفادة صاحب العمل من القرض :

إلى جانب الشروط العامة الواجب توافرها في صاحب العمل لكي يستفيد من القرض المالي من المؤسسات المالية والمصرفية والمتمثلة في تقديم الطلب كإثبات أنه تحصل على مشاريع وهو بصدد تمويلها وكذا تقديم شهادة التصنيف المهني مثلاً، إلا أن مشرعنا وضع شرطاً خاصاً جديداً في فحوى المادة 62 من القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، إذا احتوت على: " يتعين على البنوك والمؤسسات المالية أن تشتترط على المكلفين الذين يطلبون قروضا تقديم شهادة استيفاء اشتراكاتهم مسلمة من هيئات الضمان الاجتماعي المختصة".

من خلال هذه المادة سنقوم بدراسة نقطتين ثانويتين هما :

- شروط منح شهادة استيفاء اشتراكات الضمان الاجتماعي.
- المصلحة التي تمنح هذه الشهادة.

1- شروط منح شهادة استيفاء اشتراكات الضمان الاجتماعي:

- أن يكون صاحب العمل قد سدد كل الاشتراكات الواجب دفعها وهي على الخصوص الاشتراكات الأساسية لمستحقات الضمان الاجتماعي سواء كانت كل شهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر حسب الحالة فضلا عن تسديد كل الديون المترتبة في ذمة صاحب العمل.
- التأكد من أن صاحب العمل غير متوقف عن العمل.
- التأكد من عدم وجود فترات غير مصرح بها .
- التأكد من أن كل الكشوفات السنوية مدفوعة، وأن كشف كل سنة مطابق للتصريحات بالنشاط لتلك السنة .
- التأكد من أن وعاء الاشتراك الذي صرح به صاحب العمل لا يقل عن الأجر الوطني الأدنى.
- التأكد من تسديد غرامات التأخير وزيادات التأخر⁽⁴⁾
-

2- المصلحة التي تمنح هذه الشهادة:

إن طلب الاستفادة من شهادة أداء مستحقات الضمان الاجتماعي تقدم إلى قسم الاشتراكات بمصلحة أداء المستحقات SERVICE MISE A JOUR من طرف صاحب العمل المعني إلى العون المكلف في هذه المصلحة وفق نموذج خاص، فيقوم صاحب العمل بكتابة الطلب ووضع فيه جميع المعلومات مع وضع توقيعه وختمه.

لكن فيما يخص قطاع البناء يجب تقديم نسخة من شهادة التأهيل والتصنيف وبعدها يقوم العون المكلف في هذه المصلحة من التأكد من الشروط السالفة الذكر في البند الأول مع التأكد من شهادة

التأهيل ودرجتها هل تتطابق مع عدد العمال المصرح بهم أم لا ؟ وفي حالة الشك يجيل العون الملف إلى مصلحة مراقبة أصحاب العمل للتأكد من ذلك.

أما إذا أثبت التأكد من صحة المعلومات التي صرح بها صاحب العمل وأنه سدد كل الاشتراكات والديون والالتزامات المترتبة في ذمته، فيقوم العون المكلف بتحرير شهادة أداء المستحقات والتي تحمل المعلومات التالية :

- رقم الشهادة - اسم ولقب المستخدم - تاريخ استخراج الشهادة- فترة آخر دفع لاشتراكات الضمان الاجتماعي - عدد العمال المصرح بهم في آخر فترة دفع - مع العلم أن تاريخ صلاحية شهادة أداء المستحقات هو ثلاثة أشهر بالنسبة لأرباب العمل الذين لديهم حتى 09 عمال، وشهر بالنسبة لأرباب العمل الذين لديهم أكثر من 09 عمال.

ويتم إمضاء شهادة أداء مستحقات الضمان الاجتماعي من طرف رئيس مصلحة الإشتراكات، وتمنح في الأخير لصاحب العمل الذي تقدم بالطلب⁽⁵⁾.

ثانيا: شروط التحصيل عن طريق الاقتطاع من القروض :

إن التحصيل عن طريق الاقتطاع من القروض لدى المؤسسات المصرفية، لا بد أن يحتوي أو يتضمن الشروط التالية:

■ أن يكون المكلف قد أعذر طبقا للمادة 46 من القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي والتي جاء فيها على أنه : "يتعين على هيئة الضمان

- الاجتماعي قبل اللجوء إلى تطبيق الإجراءات المذكورة أعلاه، أو أي دعوى أخرى، أو متابعة اعدادار المدين ودعوته إلى تسوية وضعيته في أجل ثلاثين يوما..."
- أن يكون الدين المطالب به محدد المقدار محقق الوجود ومستحق الاداء.
 - أن يتم الاقتطاع من القروض بموجب طلب يقدم لمدير هيئة الضمان الاجتماعي إلى المؤسسة المالية أو البنكية المعني بالاقتطاع، ويبين فيه المبلغ المراد إقتطاعه، كما يجب ان يكون هذا الطلب موقع ومختوم من طرف مدير هيئة الضمان الاجتماعي.
 - أن تكون الهيئة المقترضة بنك أو مؤسسة مالية.

ثالثا: المسؤولية المدنية للبنوك :

إن مشرعنا من خلال نص المادة 64 من القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات على أنه تكون البنوك والمؤسسة المالية مسؤولة مدنيا في حالة عدم احترام المادتين 62 و 63 أعلاه".

لو حاولنا تحليل هذه المادة فإنها تحيلنا إلى ضرورة دراسة المادتين 62، 63 من نفس القانون السالف الذكر حيث نجد المشرع من خلال هاذين النصين يفرض التزامين على البنك أو المؤسسة المالية المعنية بالاقتطاع من القروض، الالتزام الأول يتمثل في عدم تقديم أي قرض لصاحب العمل المعني، والذي يريد تمويل مشروعه إلا إذا قدم شهادة استفاء مستحقات الضمان الإجتماعي، أما الالتزام الثاني يتمثل في اقتطاع المبالغ المستحقة ودفعها لهيئة الضمان الاجتماعي الدائنة لصاحب العمل اذا تقدمت بطلب الاقتطاع من القرض مع توفر الشروط المطلوبة.

فبناء على ذلك اذ قدم قرض صاحب العمل من طرف البنك أو المؤسسة المالية دون توافر الالتزامين فان هذا يجعل مدير البنك مسؤولا مدنيا في حالة امتناع الطرف الآخر الاستجابة لطلب مدير هيئة الضمان الاجتماعي المعنية والتي تقدمت بطلب الاقتطاع من القرض الممنوح لرب صاحب العمل.

لكن ما الذي يترتب عن هذه المسؤولية المدنية :

يترتب عن هذه المسؤولية المدنية والرامية في مجملها إلى التعويض وهذا بالرجوع إلى أحكام الشريعة العامة بحيث تنص المادة 124 من القانون المدني على أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض "

وبالتالي فالتعويض هو أساس المسؤولية المدنية للمؤسسات المالية والبنوك في حالة ثبوت خطأ ما وتحمل هيئة الضمان الاجتماعي بأضرار جزء مخالفة المؤسسات المالية لالتزاماتها المفروضة عليها طبقاً للمادتين 62 و 63 من القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

النتيجة المتوصل إليها أن هذه الدراسة احتوت على الجانب النظري وانعدام الجانب التطبيقي ولواقعي وهذا بسبب أن هيئات الضمان الاجتماعي لا تلجأ إلى هذا النوع من التحصيل لمبالغها المستحقة بالرغم من أن مشروعنا نص على هذا الإجراء صراحة ضمن الفصل الخامس من الباب الثاني تحت عنوان إجراءات التحصيل الجبري في صلب القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي خاصة وأنه إجراء جديد لم يكن له وجود في القانون القديم الملغى رقم 83-15.

لكن هذا لا يمنع من ضرورة تطبيقه وجعله من أساليب التحصيل الجبري، لذا يجب على هيئة الضمان الاجتماعي أن تقوم بما يلي:

- ضرورة تحضير أيام دراسية وندوات علمية مشتركة مع البنوك والمؤسسات المالية لدراسة آليات تفعيل هذا الإجراء مما يؤدي لتحقيق السرعة في تحصيل مبالغ اشتراكات الضمان الاجتماعي، خاصة أنه يتميز بالبساطة والسهولة.

الخاتمة :

إن صناديق الضمان الاجتماعي تركز على مهمة تحصيل اشتراكات المبالغ المستحقة بغية إعادة توزيعها على شكل أداءات وهذا ما أدى بمشرعنا إلى منح صلاحيات واسعة متمثلة في ضرورة اعداد صاحب العمل ودعوته إلى تسوية وضعيته قبل اللجوء إلى إجراءات التحصيل الجزري قبل 30 يوما، فإذا لم يتمكن صاحب العمل من تسوية وضعيته يحق لهيئة الضمان الاجتماعي اللجوء إلى :

- إجراء تحصيل الاشتراكات عن طريق الجدول.
- إجراء التحصيل عن طريق الملاحقة.
- المعارضة على الحسابات الجارية البريدية والبنكية.
- إجراء التحصيل عن طريق الاقتطاع من القروض.

ومحور دراستنا نصب على النوع الرابع وما تم استخلاصه أنه رغم وجود هذا النوع في القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالمنازعات في الضمان الاجتماعي إلا أننا من الناحية الميدانية لا وجود له ولم تقم هيئة الضمان الاجتماعي بالاعتماد عليه كوسيلة قانونية لتحصيل الاشتراكات عن طريق الاقتطاع من القروض وهذا لسببين :

- التخوف من تطبيق هذا الإجراء وعدم وجود ثقافة قانونية .
- نقص فادح في عدد العمال داخل مصلحة المنازعات والتي لها مهمة مراقبة الآلاف من المنخرطين على هذا النوع مما يتطلب ضرورة وضع التوصيات التالية :

- ضرورة اشتراط شهادة الانتساب وشهادة دفع مستحقات الضمان الاجتماعي للحصول على السجل التجاري وهذا لضمان انتساب أصحاب العمل وتسديدهم لاشتراكات الضمان الاجتماعي.
- ضرورة تحسين هياكل الاستقبال وتقريبها من أصحاب العمل المنخرطين.
- توعية أصحاب العمل بشتى الوسائل بغية تفادي عواقب عدم التصريح والتأخر في التصريح، وهذا من خلال إنشاء خلايا اتصال على مستوى مصالح الصندوق للتحسيس والإعلام.
- يجب عصرنه نظام الإعلام الآلي الخاص بنظام التحصيل والتي تلي متطلبات هيئات الضمان الاجتماعي باعتماد معايير عالمية حديثة.
- ضرورة إعادة النظر في بعض الجزاءات المالية كالغرامات التي تفرضها هيئات الضمان الاجتماعي فيما يخص التأخير عن تسديد الاشتراكات.
- وأيضاً ضرورة وجود عقوبات جزائية أي تكليف على أساس جنح يعاقب عليها جزائياً بالحبس او الغرامة حتى يضمن عليها طابع الردع وهذا كله تحقيقاً لسرعة الإجراء وفعاليتيه.
- ضرورة استفادة عدد معتبر من إطارات صناديق الضمان الاجتماعي المتممين لمديرية التحصيل من تكوين طويل المدى في معاهد متخصصة كالمدرسة العليا للضمان الاجتماعي الكائن مقرها في بن عكنون مثلاً.
- ضرورة الرفع من التكوين القانوني لأعوان مديرية التحصيل والمنازعات وهذا بسبب التأخر في تبليغ قرارات هيئة الضمان الاجتماعية من الناحية التطبيقية سواء في مرحلة قبل المتابعة أو مرحلة التحصيل الجبري لاشتراكات الضمان الاجتماعي.

- يجب تفعيل إجراء التحصيل عن طريق الاقتطاع من القروض إذ لوحظ أن هيئات الضمان الاجتماعي لم تستعمل هذا الإجراء إلى يومنا هذا، مع أن نص المواد من 62 إلى 64 من القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي نصت صراحة على اعتبار أن الاقتطاع من القروض إجراء من إجراءات التحصيل خاصة.
- ضرورة إدراج مادة الضمان الاجتماعي ضمن برنامج تكوين الطلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء بغية وجود قضاة متخصصين في هذا المجال.

قائمة الهوامش :

1. عبد الرحمان خليفي، الوجيز في منازعات العمل والضمان الإجتماعي، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2008، ص 131-132.
2. سماتي الطيب، منازعات هيئات الضمان الاجتماعي تجاه أصحاب العمل على ضوء القانون الجديد، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 240.
3. المادة 79 من القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي : "تتقدم الدعوى والمتبعات التي تباشرها هيئات الضمان الاجتماعي لتحصيل المبالغ المستحق لها بأربع سنوات، يسري هذا الأجل ابتداء من تاريخ الاستحقاق، غير أن الاعذار المنصوص عليه في المادة 46 أعلاه يسقط التقادم ابتداء من تاريخ استلام التبليغ".
4. جمال المغربي، الآليات القانونية والإجتماعية والإجتهادات القضائية في حل نزاعات الضمان الإجتماعي - دراسة مقارنة، سلسلة منشورات مجلة القانون المغربي، العدد 1، دار السلام للطباعة والنشر و التوزيع، الرباط، 2015، ص 234.
5. جمال المغربي، المرجع السابق، ص 236.

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد 13/2017

المركز القانوني للمستثمر الأجنبي

هوارى ليلي، أستاذة محاضرة قسم أ - المركز الجامعي غليزان

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/05

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/06

تاريخ إرسال القبول: 2017/09

مقدمة

تلعب عقود الاستثمار الأجنبية دورا كبيرا في الاقتصاد الوطني لكل من الدول المضيفة، و الدول التي يتبعها المستثمرون. فهي بالنسبة للدول المضيفة، و التي غالبا ما تكون من الدول النامية، الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة للدولة، و تنظيم بنيتها الأساسية، و إدارة مرافقها العامة على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا، في تحقيق خططها الاقتصادية، كما تشكل بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمرون مزيدا من فرص العمل و الاستثمارات و نموا لرأس المال. ولعل في واقع ما نشاهده، على الساحة الوطنية خير دليل على ذلك.¹

و مما لا شك فيه أن اتجاه المستثمر الأجنبي إلى بلد معين يتوقف على مجموعة الحوافز و الضمانات المقدمة من طرف الدولة المضيفة لجذبه من جهة، و على التقليل من الحواجز و العوائق التي تواجهه من جهة أخرى.² فالدول تحرص على توفير الإطار القانوني الذي يضمن الحماية لإستثمارات الأجنبية، و هو ما أكد عليه الدستور الجزائري الصادر في 6 مارس 2016، حيث أكدت المادة 43 منه على الإعتراف بحرية الإستثمار، و ذلك بتوفير الدولة المناخ المناسب له، بالإضافة إلى تشجيع الإستثمار بصفة عامة و الإستثمار الأجنبي بصفة خاصة.³ و من خلال وضع المؤسس الدستوري هذه القاعدة، تبادر إلى أذهاننا الإشكالية المتمثلة في كيفية معاملة المستثمر الأجنبي في الجزائر مادام قد التعديل الدستوري قد فتح المجال أمام الإستثمار الأجنبي؟

ويعد الاستثمار من أهم الموضوعات و أكثرها دراسة من الناحية القانونية، بيد أن الفقه لم يتفق على تعريف موحد للاستثمارات الأجنبية، لذلك ارتأينا معالجة هذه الإشكالية من خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول: مفهوم الإستثمار

إن الوعي بدور الإستثمار الأجنبي في تطوير الإقتصاد الوطني لم يبرز في الدول النامية إلى في فترة الثمانينات، هذه الفترة التي توفرت فيها ظروف المناخ الإستثماري الذي يشجع الإستثمارات الأجنبية ومن بين العوامل الأساسية التي شجعت الإستثمار هي أزمة المديونية ، و نقص القروض البنكية تجاه الدول النامية من جهة، بالإضافة إلى اعتراف الدول النامية بالدور المتزايد للإستثمار الأجنبي و إيجابياته.⁴

كما يعد الإستثمار من أكثر الموضوعات التي نالت قسطا كبيرا من اهتمام فقه القانون الدولي بفرعيه الخاص و العام، و باتت المكتبات القانونية تزخر بمؤلفات فقهية مطولة تناولت هذا الموضوع. خاصة بعد أن أصبح قانون الإستثمار هو قانون العمليات المالية ذات الصبغة العالمية.

المطلب الأول: تعريف الإستثمار

عرف جمع اللغة العربية الإستثمار بأنه: "استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات و المواد الأولية، و إما بطريقة غير مباشرة كسواء الأسهم و السندات".
وعرف بعض الفقه الإسلامي الإستثمار بأنه: "مباشرة الوسائل و المعاملات المتنوعة التي توصل إلى تكثير المال و تنميته بالطرق المشروعة".⁵
نظرا لأهمية الإستثمار الأجنبي بكل أنواعه في الوقت الراهن، فإن تعريف هذا الأخير قد شهد اختلافا متباينا بين القانونيين و الإقتصاديين.

الفرع الأول: تعريف الإستثمار اقتصاديا

في تعريف الإستثمار ذهب بعض فقهاء الإقتصاد إلى تعريفه بأنه: " قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد المالية و التكنولوجية و الخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة".⁶

في حين ذهب آخرون إلى أن الإستثمار هو عبارة عن: "عملية إئتماء للذمة المالية لبلد ما من خلال حركة رؤوس الأموال المملوكة له عبر الحدود و دخولها في مشروعات اقتصادية تعمل على توفير احتياجات مختلفة، تحقيق أرباح مالية.⁷

الفرع الثاني: تعريف الإستثمار قانونا

عرف فقهاء القانون الإستثمار على أساس أنه إنتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي، و بما يكفل زيادة في الإنتاج و التنمية في الدولة المضيفة.⁸ وحسب الإتفاقيات الدولية، فإن عبارة استثمار، تشير إلى الأموال، كالأموال و الحقوق باختلاف أنواعها

و إلى جانب كل عنصر من الأصول، من سلع أو حقوق مرتبطة بالإستثمار، مهما كانت طبيعتها، و إلى كل حصة مباشرة نقدية كانت أم عينية أم خدمات مستثمرة أو أعيد إستثمارها في أي قطاع و في أي نشاط إقتصادي مهما كان نوعه.⁹

سعت الدولة الجزائرية إلى توفير الأدوات القانونية الملائمة مع مرحلة التطور الإقتصادي و الإجتماعي و السياسي، من أجل إنعاش الإقتصاد الوطني و خلق المناخ الملائم لدفع و تنشيط الإستثمارات الوطنية و الأجنبية بكيفية تمكن من تحفيز الإقتصاد و خلق مناصب عمل عن طريق الإستغلال الأمثل للقدرات الإنتاجية الوطنية من جهة، و تشجيع قدوم المستثمرين الأجانب من جهة أخرى بتوفير الضمانات و الحوافز المشجعة لهم. واشترطت المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 12/93 أن يتعلق الأمر بالإستثمارات الخاصة و الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الخاصة بإنتاج السلع و الخدمات غير المخصصة صراحة للدولة أو لفروعها أو لأي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي.¹⁰

و بصدر القانون 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار الصادر في 20 أوت 2001، تناولت

المادة الأولى.¹¹ و الثانية.¹² منه تعريف الإستثمار و أزلت اللبس و الغموض بشأنه. كما عرفه الأمر

08/06 المؤرخ في 2006/07/15 أيضا في المادة¹³. 02. وقد اعتمد القانون رقم 09/16 المؤرخ

في 2016/08/03 المتعلق بترقية الإستثمار نفس التعريف.¹⁴

أما المستثمر الأجنبي فقد عرفه بعض الفقه بأنه: " شخص غير وطني يوظف أموالا أو خبرة أو إدارة في مشروع محدد بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقا لما يقرره له القانون من حقوق و ما يترتب عليه من إلتزامات.¹⁵

ووفقا لما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 420/90 المتضمن المصادقة على اتفاقية تشجيع و ضمان الإستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 1990/07/23.¹⁶ عرف المستثمر على أنه: " المواطن الذي يملك رأسمال و يقوم باستثماره في أحد بلدان اتحاد المغرب العربي".

المطلب الثاني: السياسة العامة للإستثمار في الجزائر

عاجلت الجزائر مسألة الإستثمار منذ الإستقلال عن طريق مجموعة من القوانين المتعاقبة تضمنت في مجملها العديد من الحوافز و المزايا للمستثمر. فقد أصدر المشرع عدة أوامر و مراسيم سواء المحلية منها أو الخارجية، قصد تشجيع الإستثمار الأجنبي بصفة عامة و الشراكة الأجنبية بصفة خاصة، و توسيع نطاق الإستثمار في الجزائر خارج نطاق المحروقات، و قد عرفت هذه القوانين عدة تعديلات تهدف مجملها إلى جلب المستثمرين الأجانب و الإيفتاح على الشراكة الأجنبية.

الفرع الأول: قوانين الإستثمار قبل 1980

أول نص تشريعي صدر بالجزائر بخصوص الإستثمار كان بقانون 277/63، الذي يتجه إلى تنظيم الإستثمارات الأجنبية، فقد نصت المادة 03 منه على اعتراف الدولة بجرية الإستثمار للأشخاص الطبيعية و المعنوية الأجنبية.¹⁷ أما المادة 23 من نفس القانون، فقد صرحت بأن الإستثمار الأجنبي الخاص المعتمد، لا بد أن يدخل ضمن أهداف الدولة المسطرة، كما يجب أن تتوفر لدى المستثمر الأجنبي، مجموعة من الشروط لإنجاز استثماره فوق التراب الوطني.¹⁸

إلا أنه تم تعديل هذا القانون بإصدار قانون الإستثمار رقم 284/66 بتاريخ 1966/09/15 و المتعلق بالإستثمار الوطني.¹⁹ و الذي يهدف إلى سد الثغرات التي ظهرت في القانون رقم 277/63 و ذلك بتعريف المبادئ التي يقوم عليها رأس المال الخاص سواء الأجنبي أو الوطني، و تحديد الضمانات و المنافع المتوفرة له.

الفرع الثاني: قوانين الإستثمار في فترة الثمانينات وما بعدها

اتضح نية الجزائر في رفضها للإستثمار المباشر بتدخل رأسمال أجنبي، و ذلك سنة 1982 بصدر القانون رقم 13/82 المؤرخ في 1982/08/28 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الإقتصاد و سيرها، و تأكد هذا الأمر بالقانون 13/86 المؤرخ في 1986/08/13 المعدل و المتمم للقانون رقم 13/82. كما يعتبر القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد و العرض للبنية الأساسية التي جسدها المشرع في تغيير وضعية الأنظمة التي تسري على الإستثمارات الخاصة، و الإفتتاح على الإستثمارات الأجنبية. و قد فتح هذا القانون الطريق لكامل أشكال الشراكة بدون تخصيص، و ذلك بتكريس مبدأ حرية الإستثمار الأجنبي.

تم إصدار القانون رقم 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار المؤرخ في 2001/08/03.²⁰ و تمثلت غاية المشرع من إصدار هذا القانون إلى تعميق هذه الإصلاحات و تحسين فعاليتها.²¹ إذ قام بتحديد النظام الذي يطبق على الإستثمارات الأجنبية المنجزة في النشاطات الإقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات، و كذا الإستثمارات التي تنجز في إطار منح الإمتياز أو الرخصة، كما تم تحديد مفهوم الإستثمار.

ثم تم إصدار القانون رقم 08/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن قانون الإستثمار، حدد النظام الذي يطبق على الإستثمارات الوطنية و الأجنبية المنجزة في النشاطات الإقتصادية المنتجة

للسلع و الخدمات و كذا الإستثمارات التي تنجز في إطار الإمتياز أو الرخصة.²² حيث أصبح بموجبه تدخل الدولة لا يتم إلا بهدف تقديم الإمتيازات التي يطلبها المستثمر، و ذلك عن طريق الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار التي أسست لهذا الغرض، كما أكد هذا القانون على عدة ضمانات مثل ضمان تحويل رؤوس الأموال، و إمكانية اللجوء للتحكيم الدولي في حالة نشوب نزاع، كما وضع مجموعة من الإمتيازات الضريبية و الإجرائية، و بالتالي أصبح المستثمر الأجنبي يحضى بحماية أكبر.²³ و قد تم تعديل هذا القانون بصدور القانون رقم 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الإستثمار.²⁴ و الذي قام بتحديد مجال تطبيق هذا القانون، كما تعرض إلى مختلف المزايا الممنوحة للمستثمرين الوطنيين و الأجانب، مع تحديد أهم الضمانات التي يستفيد منها المستثمر، مع تحديد أجهزة الإستثمار.

المبحث الثاني: معاملة المستثمر الأجنبي

لا ينتقل الإستثمار الأجنبي إلى الدول إلا إذا توافرت له حماية قانونية، لأن المستثمر الأجنبي، و لعدم ثقته بوسائل الحماية الوطنية يبقى دائما متخوفا من استثمار أمواله خارج بلده، و في حاجة دائمة لحمايته لضمان حقوقه.²⁵

عمد المشرع الجزائري من خلال التعديلات المتعاقبة لقانون الإستثمار إلى الرقي بمركز المستثمر الأجنبي، و ذلك بهدف جلب أكبر عدد من المستثمرين الأجانب، فقد وسع من الإمتيازات الممنوحة للمستثمرين الوطنيين و الأجانب، فهو لا يميز بين المستثمر الأجنبي و الوطني من حيث الحقوق و الإلتزامات، ما جعله جد محفز لإستقطاب الشركات الأجنبية للإستثمار في الجزائر، و هذا ما سنحاول استعراضه في المطلبين التاليين

المطلب الأول: ترقية الإستثمار الأجنبي

تبت الدول المضيفة للإستثمار ثلاث اتجاهات لمعاملة الإستثمارات الأجنبية، فرحبت دول بالإستثمارات الأجنبية الخاصة في كافة القطاعات الإقتصادية وقررت لها حوافز و ضمانات لتشجيعها، في حين فرضت دول أخرى قيودا على الإستثمار الأجنبي في معظم قطاعاتها الإقتصادية. و أما الإتجاه الثالث من الدول فحرص على جذب الإستثمار الأجنبي، و في نفس الوقت حافظ على سيطرة العناصر الوطنية على القطاعات الإقتصادية الأساسية المؤثرة في الحياة الإقتصادية و أباح للمستثمرين الأجانب حرية الإستثمار في قطاعات اقتصادية معينة.²⁶

تبنى المشرع الجزائري عدة مبادئ مستمدة من القانون الدولي، فحاول تكريس مبدأ الحرية في الإستثمار، و ذلك عملا بنص المادة 43 من دستور 2016 التي نصت: "حرية الإستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية..."²⁷ كما أن الأمر رقم 03/01 نص صراحة في المادة 04 منه على مبدأ حرية الإستثمار، كما تبنى مبدأ حرية تنقل رؤوس الأموال قد كرسهت الدولة الجزائرية كل الجهود في سبيل خلق المناخ الملائم لإستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية على كل المستويات.²⁸ وما يمكن ملاحظته، أن المشرع الجزائري فتح المجال، بإصدار قانون 2001 أمام الإستثمارات الأجنبية بصورة واسعة. بحيث أصبح بإمكانه الإستثمار في جميع النشاطات باستثناء الغاز و البترول.²⁹ كما أنه نص على ضمان تسوية النزاعات وديا و قضائيا. و ما يميز هذا القانون أنه منح للمستثمر الأجنبي مجموعة من الضمانات القانونية و الحوافز الضريبية و شبه الضريبية.

من الضمانات القانونية المعتبرة الممنوحة للمستثمرين الأجانب كفالة التسوية بينهم وبين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريين الخواص والأجانب، و كذلك بين المستثمرين الأجانب أنفسهم مع مراعاة أحكام القانون. و ذلك عملا بنص المادة 14/فقرة 01 من القانون رقم 01/03 التي تنص على أن: "يعامل الأشخاص الطبيعيين و المعنويين الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص

الطبيعيون و المعنويون الجزائريون في مجال الحقوق و الواجبات ذات الصلة بالإستثمار". و هي نفس الأمور تقريبا جاء بها القانون رقم 08/06 الذي أنشأ أجهزة لتطوير الإستثمار. بصدر القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار أكد على أهم هذه الإمتيازات، فقد حيث أصبح بموجبه دور الدولة محفزا للإستثمار الأجنبي، و ذلك عن طريق الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار التي أسست لهذا الغرض، و ذلك حسب نص المادة 26 من هذا القانون التي نصت: "الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار المنشأة بموجب أحكام المادة 06 من الأمر 03/01 المؤرخ في 10 اوت 2001 المعدل و المتمم و المذكور أعلاه، مؤسسة عمومية إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية و الإستقلال المالي تكلف:

...ترقية الإستثمارات في الجزائر و الترويج لها في الخارج، ...دعم المستثمرين و مساعدتهم و مرافقتهم،" كما أكد هذا القانون على عدة ضمانات مثل ضمان تحويل رؤوس الأموال، و إمكانية اللجوء للتحكيم الدولي في حالة نشوب نزاع، كما وضع مجموعة من الإمتيازات الضريبية و الإجرائية، و بالتالي أصبح المستثمر الأجنبي يحضى بحماية أكبر.³⁰

المطلب الثاني: الإمتيازات و الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي

إن انفتاح الجزائر على الإستثمارات الأجنبية من خلال انتهاج سياسة جديدة تهدف إلى المنافسة و دخول اقتصاد السوق، و منح الإمتيازات جعلها تمنح ضمانات لهذه الإستثمارات على كل من الصعيد الداخلي و الخارجي، وقد عمدت الجزائر كغيرها من دول العالم التي تعيش في صراع، و ذلك لمواكبة ركب العولمة بهدف التنمية التي لم تجد وسيلة لتجسيدها إلى تشجيع الإستثمارات الأجنبية بنوعيتها وذلك بإعطاء بعض الإمتيازات التي وردت في المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ

في 05/10/1993 المتضمن ترقية الإستثمار، و بعده القانون رقم 01/03 المؤرخ في 20/08/2001 المتعلق بتطوير الإستثمار، وصولا إلى آخر تعديل بصدر القانون رقم 16/09 المتعلق بترقية الإستثمار.

تنوع الإمتيازات المقدمة من الدول المضيفة بين الإعفاء من الرسوم الجمركية ، و توفير الحماية الجمركية، تقديم تسهيلات للحصول على القروض، الإعفاءات الضريبية. و قد تناول المشرع الجزائري أهم الإمتيازات في قانون الإستثمار من جهة ، وقوانين خاصة أخرى من جهة أخرى. و ما يمكن ملاحظته فيما يخص الحوافز الجبائية و الإعفاءات التي يمنحها قانون الإستثمار الجزائري للمستثمرين الأجانب أنها تضاهي نظريا في أهمية حجمها و درجة انفتاحها أكثر القوانين تفتحا على الرأس المال الخارجي.³¹

حاول المشرع الجزائري، اتخاذ تدابير ملائمة و مشجعة للإستثمار، من دون تمييز بين الطبيعة القانونية لأنواع الإستثمارات.³² فقد تم تجسيد إعفاءات ضريبية، لصالح عمليات شراء الممتلكات الخاصة بالتجهيز الموجه للإستثمارات التي تمثل الأولوية لخطوة التنمية للبلاد في المخطط الوطني لسنة 2001 و المتمثلة في استصلاح الأراضي، التنقيب عن المياه، انتاج الكهرباء.

إن الدول بوضعها امتيازات، يستفيد منها المستثمر الأجنبي، تضع في حسابها أن هذه الإمتيازات غير كافية، مما يؤدي بها إلى العمل، على توفير الضمانات اللازمة لنجاح الإستثمار الأجنبي في تلك الدولة. و ضمانات الإستثمار تختلف من دولة إلى أخرى، و ما هو متعارف عليه، أنه يجب توفير الإستقرار السياسي و الإقتصادي داخل الدولة المستقبلية للإستثمار الأجنبي، مع توفير وسائل الحماية للإستثمارات الأجنبية .

حاول المشرع الجزائري تكريس مبدأ المساواة القانونية و عدم التمييز بين الإستثمارات الأجنبية و الوطنية. و ذلك ما نصت عليه المادة 14 من القانون رقم 03/01.³³ أما القانون رقم 16/09 فقد نص على المساواة المنصفة و العادلة بخصوص معاملة المستثمرين الأجانب، حيث نصت المادة 21

على : " مع مراعاة أحكام الإنفاقيات الثنائية و الجهوية و المتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الأجانب معاملة منصفة و عادلة، فيما يخص الحقوق و الواجبات المرتبطة باستثماراتهم" وذلك بموجب التقيد بأحكام الإنفاقيات المبرمة بين الجزائر و الدولة التي يكون المستثمر من رعاياها، إلى جانب ذلك قد تتخذ الدولة المضيفة للإستثمارات الأجنبية في علاقتها بالمستثمر الأجنبي عدة تصرفات من شأنها أن تؤثر على حقوق هذا الأخير، تجعل المستثمرين المحتملين ينظرون إلى التزام الدولة بتعهداتها القانونية نظرة ريبية. ومن المخاطر التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي، نزع الملكية، مشكل تحويل رؤوس الأموال، و هو ما يوجب اللجوء إلى القضاء للحصول على هذه الحقوق.³⁴ و هو ما كفله المشرع الجزائري في التعديل الأخير عملا بنص المادة 24 التي تضمنت حق المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة في حال نشوب أي خلاف، أو اللجوء إلى المصالحة و التحكيم في حالة وجود إتفاقية بين المستثمر و الدولة أو إتفاقية دولية ثنائية أو متعددة.

فحماية الإستثمارات الأجنبية، لا تقتصر فقط على الحماية القانونية، بل على مدى فاعلية هذه القوانين، عند ظهور المنازعات، و قدرة المستثمر الأجنبي، على اللجوء إلى السلطات القضائية، في حالة نشوء تلك المنازعات، بينه و بين الدولة المضيفة.³⁵ و يعتبر ضمان تسوية منازعات الإستثمار من أهم الضمانات التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي في الدول المضيفة للإستثمار، حيث أن المناخ العام للإستثمار يتأثر بتسوية منازعات الإستثمار في مرحلة الحركة.³⁶

و بالرجوع إلى القانون الجزائري نجده بعدما كان يستبعد التحكيم في حل النزاعات الخاصة بالإستثمار، أقره بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية في سنة 1993 و أكده في قانون إجراءات إدارية سنة 2008.³⁷ بالإضافة إلى أنه تعرض إلى التحكيم الدولي في نص المادة 1039 من نفس القانون.³⁸ و بالتالي فإنه قد أقر أغلب طرق الإحتكام من أجل حل النزاعات التي يقع فيها المستثمرون المحليون و الأجانب عبي السواء.

الخاتمة

لقد توصلنا من خلال هذا البحث الموجز إلى أن المشرع الجزائري قد حول المستثمر الأجنبي حقوقا معينة تشجيعا لمساهمة رؤوس الأموال الأجنبية في مشاريع التنمية الإقتصادية. ومن أبرز ما تضمنه النظام القانوني الجزائري للإستثمار هو إعلانه عن حرية الإستثمار، و هي حرية شبه مطلقة، إلا في حالات استثنائية. بحيث يمكن الإستثمار في جميع نشاطات انتاج السلع و الخدمات، ماعدا بعض النشاطات المقننة التي تلزم صاحب المشروع الحصول على رخصة، و بأي شكل كان مثل إقامة مشروع جديد أو توسيع طاقات الإنتاج أو إعادة تأهيل مشاريع قائمة.

توصلنا إلى اعتماد المشرع الجزائري على حوافز لتشجيع الإستثمار الأجنبي، و منها الإعفاءات الجبائية إلا أن الحوافز الجبائية غير كافية لإجتذاب الإستثمارات الأجنبية، مما أدى به في التعديلات الأخيرة إلى إضافة حوافز شبه جبائية أو جمركية.

توصلنا أيضا إلى أن المشرع الجزائري حاول و مازال يحاول تجميع و توحيد ضمانات و حوافز الإستثمار المنصوص عليها في قوانين مختلفة، و ذلك بخضوع المستثمرين الأجانب لقانون جامع للإستثمار.

و قد خلصنا إلى أنه و من أجل ترقية الإستثمار حاولت الدولة الجزائرية إنشاء عدة أجهزة لتطوير هذا الأخير، و كان أهمها إنشاء الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار. كما تضمن قانون الإستثمار الجزائري مجموعة من الإمتيازات المحفزة لتدفق الإستثمارات الأجنبية على الجزائر.

الهوامش

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى،

- 2- عماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، 2011/2010، ص02
- 3- تنص المادة 43 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14 المؤرخة في 7 مارس 2016 على: "حرية الإستثمار والتجارة معترف بها، وتمازس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية...".
- 4- عبد المجيد أونيس، الإستثمار الأجنبي في المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، واقع و آفاق، الملتقى الدولي حول متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الدول العربية، يومي 17/16 أفريل 2006، ص251
- 5- بدر الدين بن علي الجمرة، ضمانات الإستثمار وفقا للقلنونين المصري و اليمني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2012، دار النهضة العربية، القاهرة، ص07.
- 6- ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الإستثمار الأجنبي في الدول العربية، الطبعة الأولى، 2009، دار النهضة العربية، القاهرة، ص09.
- حازم جمعة ، الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، رسالة دكتوراه، حقوق، عين شمس، 81، ص. 157 7
- 8- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي و الدولي، 1990، بدون دار نشر، ص 40.
- 9- BOUDHAN(M), Le nouveau Fondement et Cadre de L`investissement en
Algerie, El Malakia, Alger, 2000, p20
- 10- تنص المادة 01 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 على: "يحدد هذا المرسوم التشريعي النظام الذي يطبق على الإستثمارات الوطنية الخاصة و على الإستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة

الإقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات غير المخصصة صراحة للدولة أو لفروعها أو أي شخص معنوي صراحة بموجب نص تشريعي".

11- تنص المادة 01 من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20/08/2001 المتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية رقم 47، العدد 01/47 على: "يشمل كل الإستثمارات الوطنية و الأجنبية المنجزة في النشاطات الإقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات و كذلك الإستثمارات التي تنجز في إطار منح الإمتيازات و الرخصة"

12- تنص المادة 02 من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20/08/2001 المتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية رقم 47، العدد 01/47 على: " - إقتناء أصول تدرج في إطار إستحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة تأصيل أو إعادة هيكلة.

- المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

- استعادة النشاطات في إطار حوصصة جزئية أو كلية".

13- تنص المادة 02 من القانون رقم 06/08 المؤرخ في 15/07/2006 على: " يقصد بالإستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

- إقتناء أصول تدرج في إطار إستحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة تأصيل أو إعادة هيكلة.

- المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

- استعادة النشاطات في إطار حوصصة جزئية أو كلية".

14- تنص المادة 02 من القانون رقم 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، المؤرخة في 03/08/2016 على: " يقصد بالإستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

- إقتناء أصول تدرج في إطار إستحداث نشاطات جديدة و توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل.

- المساهمات في رأسمال شركة".

15- عبد العزيز سعد يحيى النعماني، مركز الأبحاث، المبادئ القانونية العامة في ظل القانون اليمني دراسة مقارنة

بالتفقه الإسلامي، طبعة 2006، صنعاء، ص 25.

16- المرسوم الرئاسي رقم 420/90 المؤرخ في 1990/12/22 المتضمن المصادقة على اتفاقية تشجيع و ضمان

الإستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في 1990/07/23، الجريدة الرسمية رقم 06.

- قانون رقم 63 / 288 الصادر في 1963/07/26 يتضمن قانون الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد

17 1963./53

18- تنص المادة 23 من القانون رقم 288/36 الصادر فففي 1963/07/26 المتضمن قانون الإستثمار

على: "إن الدولة تتدخل بواسطة الإستثمارات العمومية بإنشائها بمؤسسة وطنية أو مؤسسات ذات اقتصاد مختلط

بمشاركة الرأس المال الأجنبي و الوطني من أجل جمع شمل الشروط الأساسية لتحقيق اقتصاد اشتراكي خاصة في القطاع

ذو النشاطات التي تمثل أهمية حيوية بالنسبة للإقتصاد الوطني"

- الأمر رقم 284/66 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، الجريدة الرسمية رقم 80 المؤرخة في 17 سبتمبر 1966.

20- أمر رقم 03/01 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية رقم 47 الصادرة في 22

أوت 2001.

21- محمد يوسف، مضمون أحكام الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 و

مدى قدرته على تشجيع الإستثمارات الوطنية و الأجنبية، مجلة الإدارة، عدد 02، 2001، ص 22-32.

- القانون رقم 08/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن قانون الإستثمار الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 47. 22

23- لعماري وليد، مرجع سابق، ص 03

24- القانون رقم 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، المؤرخة

في 2016/08/03

25- حمدي فلة، حمدي مريم، الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بين التحفيز القانوني و الواقع المعيق، مجلة المفكر،

جامعة بسكرة، العدد 10، ص332.

-BERNARD HUGONNIER, Investissement Directs- Cooperation 62

Internationale et Firmes Multinationales, Economics, 1984, p238-239.

27- تنص المادة 43 القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7

مارس 2016 المتضمن الدستور الجزائري على: " حرّية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمازس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق. ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة.

28- حسين نواره، الحماية القانونية للملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2013،

ص04.

29- لعماري وليد، مرجع سابق، ص03

- TLAHITE(F), Les investissements directs étrangers, facteurs d'attractivité 30

et de délocalisation, Paris-Rabat, le Harmattan-Toubkal, 1998., p244

31- محمد سارة، الإستثمار الأجنبي في الجزائر، دراسة حالة أوراسكوم، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة،

2010/2009، ص39

- 32- مرسوم تشريعي رقم 18/93 مؤرخ في 1993/13/29 يتضمن قانون المالية لسنة 1993 الجريدة الرسمية المؤرخة في 1993/12/30، العدد 88.
- 33- تنص المادة 14 من الأمر رقم 01/03 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2001/08/22، العدد 47 على: "يحضى الأشخاص الأجانب بنفس المعاملة التي يحضى بها الأشخاص الجزائريين من حيث الحقوق و الإلتزامات فيما يتصل بالإستثمار. و يحضى جميع الأجانب بنفس المعاملة، مع الإحتفاظ بأحكام الإنفاقيات المبرمة بين الدولة الجزائرية و الدولة التي يكون هؤلاء الأشخاص من رعاياها".
- بدر علي بن علي الحمرة ، مرجع سابق، ص 4339
- بدر علي بن علي الحمرة ، نفس المرجع ، ص 53168
- ناصر عثمان محمد عثمان ، مرجع سابق، ص. 6360
- 37- تنص المادة 02/1006 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم. و لا يجوز للأشخاص المعنية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".
- 38- تنص المادة 01/1006 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على: " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل".

الخطأ كأهم الأسباب المؤدية لوقوع التصادم البحري وطرق إثباته

قرارية قويدر

السنة الثالثة دكتوراه، القسم: قانون خاص (تخصص قانون بحري والنقل)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/05

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/06

تاريخ إرسال القبول: 2017/09

مقدمة :

أصبح التصادم البحري أكبر خطر يهدد السفن ويكفي لإدراك هذه الحقيقة أن نعلم أن حوادث التصادم تقع بمعدل 1500 حادث سنويا في كافة بحار العالم وهو رقم مرتفع جدا إذا قيس بحوادث التصادم في القرن التاسع عشر أو ما قبله، فضلا على أن النتائج التي يخلفها التصادم في العصر الحديث تتجاوز بكثير النتائج التي كانت تترتب عليه في الماضي¹ وقد أشارت دراسات تمت في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن الخطأ البشري هو السبب الرئيسي لوقوع التصادم البحري، في حوالي 70% ويتجسد ذلك في الأخطاء الملاحية والخطأ في تطبيق قواعد منع التصادم ووجود إهمال وعدم إتخاذ الحيطة من قبل الربان والطاقم والمجهز وأخطاء الغير مثل خطأ المرشد، خطأ قائد السفينة القاطرة وخطأ سلطات الميناء².

ولا صعوبة في الأمر إذا كان هناك عقد بين المنشآت التي يحدث بينها التصادم، إذ تخضع المسؤولية الناشئة عنه لأحكام المسؤولية العقدية، كما هو الحال عند وقوع تصادم بين سفينة القطر والسفينة المقطورة أو بين الإرشاد والسفينة التي استخدمتها، لكن الصعوبة تثور بالنسبة للمسؤولية التقصيرية الناشئة عن التصادم حيث أخضعها المشرع لأحكام خاصة نظمها القانون البحري في المواد من 273 إلى 293 وبما أن التصادم في الواقع غالبا ما يحدث بين سفن تابعة لدول مختلفة مما يثور معه مشكلة تنازع في قوانين هذه الدول، فقد كانت الحلول بصفة عامة على أن يخضع التصادم الذي يحدث في المياه الإقليمية لدولة معينة لقانون هذه الدولة، أما التصادم الذي يحدث في عرض البحر لقانون الدولة التي تتبعها السفن المتصادمة إذا كانت تابعة لدولة واحدة ولقانون القاضي إذا كانت تابعة لدول مختلفة، غير أن الضرورة اقتضت أن يكون هناك تشريع دولي ينظم المسؤولية الناجمة عن

التصادم البحري و يقضي في نفس الوقت على تنازع القوانين وانتهت الدول إلى عقد معاهدة دولية لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالتصادم البحري بتاريخ 23 سبتمبر 1910³. ولكن بالرغم من أن هذه الاتفاقية حققت توحيداً في القواعد الموضوعية غير أنها أغفلت التعرض لموضوع الاختصاص رغم أهميته البالغة، مما أوجب على المجتمع الدولي إكمال هذا النقص التشريعي والذي لا يكتمل توحيد لقانون الدولي إلا به، لذلك ظهرت معاهدتان في هذا الشأن الأولى هي المعاهدة الدولية الخاصة بالتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالاختصاص الجنائي في مجال التصادم وحوادث الملاحة الأخرى والثانية هي الاتفاقية الخاصة بتوحيد بعض القواعد الخاصة بالاختصاص المدني في التصادم البحري في 9 ماي 1952 وتطبق أحكام المعاهدة على جميع أصحاب الشأن عندما تكون السفن المتصادمة تابعة لدول موقعة على الاتفاقية أو منضمة إليها، أما إذا كان هؤلاء تابعين لنفس الدولة التي ترفع الدعوى أمام محكمتها طبق قانون هذه الدولة دون المعاهدة طبقاً لأحكام المادة 12 من المعاهدة⁴.

ومن جانب آخر فإن منع حوادث التصادم أو التقليل منها يقتضي فهم الأسباب التي كانت وراء ذلك وغالباً ما يضيع الجهد في تفحص النتائج دون معرفة أسبابها ولعل أهم المشاكل التي تعيق ذلك تكمن في أن مسرح الحادث لا يبقى ثابتاً بعد وقوع التصادم فالسفن محل التصادم لا تبقى في مكانها بعد التصادم لإجراء معاناة على الطبيعة مثل حوادث السيارات في الطرقات العامة، كما أن الظروف البيئية المحيطة تتغير باستمرار وليس بالإمكان دراسة العلاقات المتداخلة التي أدت إلى وقوع التصادم على أحسن تقدير، كما قد تغرق السفن المتصادمة بعد الحادث دون الوصول إلى الأسباب⁵، هذا ما كوّن اقتناعاً لدى الباحث بأهمية الموضوع وجدوى هذه الدراسة وذلك من خلال البحث في أهم ما جاءت به اتفاقية 1910 بخصوص الخطأ، حيث أن الاتفاقية هدمت قرينة الخطأ المفترض صراحة على خلاف بعض التشريعات التي تقضي بأنه في حالة وقوع تصادم بين سفينة راسية وسفينة أخرى سائرة يفترض أن التصادم قد وقع بخطأ من ربان السفينة السائرة⁶ مما يدفع على طرح التساؤل التالي: هل إقصاء المعاهدة لقرينة الخطأ المفترض في نصوصها كان حكماً صائباً؟ وبصياغة أخرى هل طبيعة المسؤولية التقصيرية الخاصة في التصادم البحري تقتضي استبعاد قرينة الخطأ؟

سنحاول الإجابة عن ذلك من خلال دراسة الخطأ باعتباره السبب الرئيسي في حصول التصادم مع التنطرق لما جاءت به القواعد الدولية لمنع التصادم لسنة 1972 وفي الأخير إلى وسائل الإثبات

المعتمدة في مجال التصادم البحري، على هذا فقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى محورين أساسيين هما:
أحكام المسؤولية في التصادم البحري (مبحث أول)، صور الخطأ في حوادث التصادم البحري وطرق
إثباته.

المبحث الأول: مفهوم التصادم البحري ونطاقه

ترتكز المسؤولية في التصادم البحر يسواء في ظل معاهدة لسنة 1910 أو في ظل القانون البحري
الجزائري على أساس الخطأ الواجب الإثبات، فهنا الأمر يتعلق بوجه من أوجه المسؤولية التقصيرية
ومادام الأمر يتعلق بخطأ واجب للإثبات فلا مجال لافتراض الخطأ وهو ما حرصت على تأكيده المادة
من 2/2 الاتفاقية والمادة 1/ 282 من القانون البحري الجزائري حيث نصت على أنه: " لا محل
لافتراضات الخطأ المشروعة فيما يخص مسؤولية تصادم السفن في البحار". وبالتالي لا يمكن رفع
دعوى المسؤولية في حالة وقوع تصادم بين سفن على أحكام المسؤولية عن حراسة الأشياء لأنها قائمة
على افتراض الخطأ⁷ ويقع عبئ الإثبات على مدعي وجود الخطأ. و تأسيسا على ما تقدم سنتعرض
مطلبين نتناول فيها على التوالي: مفهوم التصادم البحري(مطلب أول)، نطاقه (مطلب ثاني)

المطلب الأول: تعريف التصادم البحري وشروطه

لضبط مفهوم التصادم البحري يتطلب الأمر التعرض لتعريفه(فرع أول)، التعرض للشروط التي يجب
توافرها في الحادث لاعتباره تصادما بحريا وفقا للتشريع الدولي والداخلي(فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف التصادم البحري

يعرف التصادم البحري بأنه ارتطام أو احتكاك سفينة بسفينة أخرى أو بوحدة عائمة أخرى تسبب
أضرارا أو خسائر لواحدة أو أكثر من السفن أو الوحدات المتصادمة، على ما يبدو على هذا
التعريف أنه لم يحدد مكان وقوع الارتطام أو الاحتكاك بل ترك المسألة مطلقة ومع ذلك لا ينطبق
معنى التصادم إذا ارتطمت السفينة بالصخور أو الأرصفة أو المنشآت الثابتة⁸.

كما عرفه فقه آخر بأنه ارتطام مادي يقع في البحر بين سفينتين ومركب ملاحية داخلية، غير أن هذا
التعريف يلاحظ عليه تضيق نطاق تطبيق أحكام التصادم، إذ لم يعتبر التصادم بحريا إلا إذا حصل في
البحر⁹ وهناك من التعريفات من جمعت بين المفاهيم السابقة موسعة من نطاق التصادم فعرفته بأنه
الارتطام الذي يقع بين السفن البحرية أو بين سفن بحرية ومراكب ملاحية داخلية دون اعتبار للمياه

التي يحصل فيها التصادم، فقد يكون التصادم مباشرا كما لو اصطدمت سفينة بسفينة أخرى أو بطريقة غير مباشرة مثلما هو عليه الحال عند اصطدام سفينة بسفينة أخرى فاصطدمت هذه الأخيرة بسفينة ثالثة نتيجة لدفع السفينة الأولى، إذ يكون عندئذ مالك السفينة الثالثة الرجوع على مالك السفينة الأولى للتعويض عن الأضرار الحاصلة.

وقد يقع التصادم بين سفن مملوكة لأشخاص مختلفين، كما قد يقع بين سفن مملوكة لشخص واحد وهو ما يسمى بالتصادم بين السفن الشقيقة¹⁰ وهو ما أخذت به معاهدة بروكسل لسنة 1910 الخاصة بتوحيد الأحكام المتعلقة بالتصادم البحري عند تعريفها للتصادم في سياق المادة الأولى منها بأنه يعتبر تصادما الذي يحصل بين سفينتين بحريتين أو بين سفينة بحرية ومركب ملاحية داخلية بغض النظر عن المياه التي يقع فيها التصادم¹¹.

الفرع الثاني: شروط التصادم البحري

من خلال تعريف التصادم البحري يستنتج أنه لا اعتبار الحادث تصادما بحريا يجب توافر ثلاث شروط:

أولا : ارتطام بين منشأتين عائمتين:

أي أن يحصل التصادم بين منشأتين عائمتين فإذا ارتطمت السفينة بجسم ثابت كرصيف أو حاجز أو أمواج أو صخور، فلا يعد الحادث تصادما بحريا بل تطبق عليه المبادئ العامة في المسؤولية وكذلك الحكم فيما لو ارتطمت السفينة بجسم عائم لا يعتبر سفينة أو مركب ملاحية داخلية كرافعة أو حطام أو زورق¹²، أو زحافات هوائية Aéroglisseurs وبخصوص هذه الأخيرة فقد اختلف الفقه بشأنها، فمن الرأي من كان يرى عدم إخضاعها لأحكام التصادم البحري والتي كانت سببا فيه¹³، بينما ذهب رأي آخر إلى عكس الرأي السابق وقال أنه مثلما تظل السفينة محتفظة بوصفها كسفينة حتى لو وجدت في مكان آخر غير البحر فإنه لا تزول أيضا صفة المنشأة البحرية عن الزحافات الهوائية مادام أنها تعمل بشكل رئيسي في البحر، حتى ولو كانت محطات توقفها عند نهاية كل رحلة هي اليابسة، ثم إن هذه الزحافات وبممارستها الملاحة البحرية تكون عرضة لمخاطر البحر كالتصادم والغرق وهذا سبب كافٍ لإخضاعها للقانون البحري¹⁴.

ثانيا: صفة المنشأة

ولا يكفي لاعتبار الحادث تصادما بحريا أن يحصل بين منشأتين عائمتين بل يجب أن تتكون إحدى المنشأتين على الأقل سفينة بحرية ، سواء في ذلك أكانت صادمة أو مصدومة وسواء وقع الحادث في المياه البحرية أو الداخلية وكثيرا ما يقع التصادم في المياه الداخلية للوصول إلى بعض الموانئ الهامة كميناء لندن ،بورديو ،هامبورغ ،فلا أهمية لنوع السفينة التي تدخل في التصادم إذ تسري أحكام التصادم البحري إذا كانت إحدى المنشأتين سفينة تجارية أم سفينة صيد أم نزهة¹⁵ .

وقد أدخل المشرع في بعض التشريعات كمصر وفرنسا في تحديد مفهوم المنشآت العائمة التي يمكن أن تصطدم بها السفينة البحرية حتى نكون بصدد تصادم بحري فهو لم يكتف في هذا الشأن بمراكب الملاحة النهرية أو مراكب الملاحة الداخلية ، وإنما جعل مفهوم المنشأة العائمة يمتد ليشمل كل عائمة غير مقيدة بمرسى ثابت ،فالتصادم الذي يخضع للقانون البحري هو الذي يقع بين عائمات غير مقيدة تملك كل منها حرية الحركة ومن ثم يمكن أن تكون مصدرا للحادث¹⁶ .

أما القضاء الفرنسي فقد ذهب إلى أبعد من ذلك ،حيث اعتبرت محكمة Bordeaux في حكم لها صادر بتاريخ 1991/06/17 أن تحطيم شبك الصيد من قبل سفينة بمثابة حادث تكون فيه المسؤولية خاضعة لأحكام التصادم البحري¹⁷ .

ثالثا: ارتطام مادي

قبل صدور قانون التجارة الفرنسي لسنة 1915 كان القضاء في بعض الأحكام يشترط لاعتبار الحادث تصادما أن يحصل احتكاك أو ارتطام مادي بين المنشأتين العائمتين ورفض اعتبار الحادث الذي أدى إلى إلحاق أضرار بسفينة نتيجة أمواج حركتها سفينة أخرى جراء مناورات قامت بها تصادما بحريا¹⁸ ومثاله أن تسير سفينة على مقربة من سفينة أخرى دون مراعاة السرعة أو المسافة التي تقضي بها قواعد السير في البحر فتتحرك الأمواج من حولها وتسبب لها ضررا¹⁹ ،غير أن المعاهدة لم تشترط لاعتبار الحادث تصادما تسري عليه أحكامها أن يحصل تصادم مادي ،فقد نصت في المادة 13 منها على تعويض الخسائر التي تسببها سفينة لسفينة أخرى أو لأشياء أو أشخاص الذين يكونون على ظهرها ، من جراء مناورة أو إغفال عمل مناورة أو عدم اتباع اللوائح ولو لم يكن هناك تصادم وبناء عليه يعتبر ناتجا عن تصادم بحري ذلك الضرر اللاحق بالسفينة من جراء اضطراب الأمواج الذي يحدثه مرور سفينة أخرى أو جذب محركها²⁰ وهو مأخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 3/272 ق ب ج ، فيتم تسوية التعويضات المستحقة عن الأضرار التي تلحق السفن والأشياء

الموجودين عليها طبقا لأحكام المادة 275 من نفس القانون والتي تحيل تقدير التعويض لقواعد مسؤولية المالك المحدودة.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق أحكام التصادم البحري

هناك حالات بالرغم من أنها تتوفر على شروط التصادم لكن لا تسري عليها أحكامه وهي كالاتي:
1- لا تطبق أحكام التصادم على السفن الحربية وسفن الدولة المخصصة لمرفق عام وذلك لخروجها عن نطاق القانون الخاص²¹ وهذا ما قضت به المادة 11 من معاهدة بروكسل لسنة 1910. وبمفهوم المخالفة لهذا النص يستشف أنه إذا كانت السفينة تدخل ضمن أملاك الدولة غير أنها ليست مخصصة للخدمة عامة في حالة وقوعها لتصادم فإنها تخضع لأحكام المعاهدة، أما اصطدام السفن الحربية والتابعة لدولتين مختلفتين فتخضع للمبدأ العامة في تنازع القوانين .

2- يتفق القانون البحري الجزائري مع أحكام معاهدة بروكسل لسنة 1910 على استبعاد أحكامهما²² الخاصة بالتصادم البحري في حالة ما إذا كانت هناك رابطة عقدية بين المنشآت المتصادمة ووقع تصادم بمناسبة مثل السفينة القاطرة والمقطورة ، حيث يتم تقدير المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن ذلك وفقا للأحكام المتعلقة بالعقد لا سيما المواد 866، 867، 868 ق ب ج وتتم عمليات القطر تحت إدارة ربان السفينة المقطورة وتبعاً لذلك يتقيد ربان السفينة القاطرة بالأوامر الملاحية لهذا الأخير وكل ضرر مهما كان نوعه إذا وقع خلال هذه العمليات يكون على عاتق مجهز السفينة المقطورة إلا إذا ثبت خطأ السفينة القاطرة وهو ما قضت المحكمة العليا تطبيقاً لنص المادة 866 ق ب ج ، في قرارها الصادر بتاريخ 19/11/1999²³.

ضف إلى ذلك أن سمحت المادة 867 ق ب ج لأطراف بناء على اتفاق صريح ومكتوب تكليف ربان السفينة القاطرة للقيام بإدارة عمليات القطر وفي هذه الحالة تكون الأضرار الحاصلة خلال عمليات القطر على عاتق مجهز السفينة القاطرة إلا إذا أثبت خطأ السفينة المقطورة ، يعتبر مجهز السفينتين القاطرة والمقطورة مسؤولين تضامنياً أمام الأطراف المتضررين من عمليات القطر إلا إذا أثبتا بأن الأضرار الحاصلة للغير كانت بسبب الغير أو أنها حصلت بسبب قوة قاهرة طبقاً للمادة 869 ق ب ج .

3- وكذلك في حالة وقوع تصادم بين سفينة الارشاد والسفينة التي استخدمته للاسترشاد به وفي هذه الحالة يكون مجهز السفينة المرشدة هو المسؤول عن الأضرار التي لحقت بسفينة الارشاد حتى ولو كان بسبب خطأ المرشد حسب ما قضت به المادة 183 ق ب ج وما يبرر ذلك هو وجود علاقة تبعية بين المرشد ومجهز السفينة المرشدة، إذ يكون المرشد خلال عمليات الارشاد تحت إمرة ربان هذه السفينة حسب ما قضت به المادة 1/177 .

وإذا كانت دائما وحسب أحكام المعاهدة أنه يشترط لتطبيق أحكامهما عند وقوع تصادم بحري يشترط عدم وجود رابطة تعاقدية على النحو المبين سابقا، لكن التساؤل الذي يطرح في حالة ما كان الارشاد إجباريا إذ يصعب في هذه الحالة القول بوجود علاقة تعاقدية بين السفينة المصدومة وسفينة الارشاد التي صدمتها وتعد في هذه الحالة المسؤولية المترتبة عن التصادم مسؤولية تقصيرية تخضع للمبادئ العامة لتنازع القوانين، غير أن المعاهدة في المادة الخامسة نصت على سريان أحكام المعاهدة في حالة إذا حصل التصادم بسبب خطأ المرشد حتى ولو كان الارشاد إجباريا²⁴، لكن بشرط أن تتفق الدول المتعاقدة على مسؤولية ملاك السفن ومعنى ذلك أنه في حالة ما إذا تصادمت سفينتين تابعتين لدول متعاقدة ليس بسبب خطأ ربان إحدهما، وإنما بسبب خطأ المرشد الذي يقودها فإن مالك السفينة الصادمة يعد مسؤولا وفقا لأحكام المعاهدة، بشرط أن تكون السفن المتصادمة تابعة لدول قد انضمت إلى معاهدة بروكسل لعام 1924 الخاصة بسندات الشحن ومعاهدة 1957 في شأن تحديد مسؤولية ملاك السفن وعليه إذا لم يتم الاتفاق على تحديد مسؤولية المالك على هذا النحو يرجع إلى المبادئ العامة في تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق على مدى مسؤولية مالك السفينة عن خطأ المرشد فيما لو كان الارشاد إجباريا²⁵ .

المبحث الثاني : صور الخطأ في التصادم البحري وطرق اثباته

ساهمت القواعد الدولية لمنع التصادم بدور لا يستهان به في وضع تنظيم على الصعيد الدولي لتجنب وقوع التصادم البحري وكذا توحيد هذه القواعد وقد أصبح هذا التنظيم يتجدد كلما ظهرت تقنيات

جديدة²⁶ وقد برزت في هذا المجال القواعد الدولية لمنع التصادم لسنة 1972 أبرمت في لندن، تعرف باسم CORLEGS وهي عبارة عن قواعد دولية ذات طابع فني خاصة بمنع التصادم²⁷، حددت هذه المعاهدة مجال انطباقها فنصت في القاعدة الأولى منها على أن جميع السفن التي تمارس الملاحة في أعالي البحار وجميع الأماكن الصالحة لهذه الملاحة تخضع لقواعد التصادم، كما أوصت أن لا تكون هذه القواعد متعارضة مع التنظيمات والقرارات التي تضعها أية دولة لتنظيم الملاحة في الأنهار والقنوات والبحيرات والموانئ و يجب قدر الإمكان أن تكون القواعد التي تخضع لها السفن الحربية والسفن التي تبحر في قوافل أو القائمة بالصيد مطابقة لهذه القواعد²⁸.

وبهذا تكون هذه الأخيرة قد بينت معالم الخطأ البشري فمخالفتها تعتبر خطأ والذي أدى في أغلب الأحيان إلى تصادم، غير أنه لا يكفي لقيام المسؤولية على المدعى عليه إثبات الخطأ وإنما على المدعي أن يثبت أن هذا الخطأ هو السبب في وقوع التصادم وتطبيقاً لهذا المبدأ فإن القضاء كثيراً ما حكم بأن مجرد مخالفة لائحة من لوائح تجنب التصادم لا يؤدي إلى المسؤولية ما لم تكن المخالفة سبباً في حدوث التصادم أو في زيادة الضرر²⁹ وتأسيساً على ذلك استلزم دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين: صور الخطأ في التصادم البحري (مطلب أول)، طرق إثبات الخطأ المؤدي لوقوع التصادم (مطلب ثاني).

المطلب الأول: صور الخطأ في التصادم البحري

يتخذ الخطأ في بوجه عام في التصادم البحري صورتين: أولاً في شكل أخطاء ناشئة عن خرق قواعد منع التصادم في البحر (فرع أول)، ثانياً في صورة أخطاء ناجمة عن إهمال أو عدم احتياط المسؤولين عن قيادة السفينة مثل الريان، الطاقم، المجهز والمرشد (فرع ثاني).

الفرع الأول: أخطاء ناشئة عن خرق قواعد منع التصادم في البحر

تشتمل القواعد الدولية لمنع التصادم على 38 قاعدة علاوة على أربع ملحقات إضافية وهي في مجملها تتضمن قواعد السير في أي حالة من حالات الرؤية وسلوك السفن عندما تكون على مرأى من بعضها البعض وكذلك تصرف السفن في حالة الرؤية المحدودة، كما تغطي هذه القواعد الأنوار والأشكال المختلفة التي يجب على السفن والعائمات البحرية بمختلف أشكالها وأحجامها أن ترفعها في مختلف الظروف الجوية وأخيراً الإشارات الضوئية والصوتية الواجب إصدارها على حسب الأحوال

، أما الملاحق الأربعة فهي تغطي مواقع الأنوار والأشكال والتفاصيل الفنية الخاصة بها والاشارات الإضافية لسفن الصيد والتفاصيل الفنية لأجهزة الإشارات الصوتية و إشارات الاستغاثة³⁰ .

1- قواعد السير والمناورات:

أ- الالتزام بالسرعة الآمنة:

تنص القاعدة 19/ب من القواعد الدولية لمنع التصادم أنه على كل سفينة الإبحار بسرعة آمنة وفقا للظروف السائدة وحالة الرؤية المحدودة ، فعلى السفينة ذات المحرك الميكانيكي أثناء الإبحار أن تكون ماكيناتها مستعدة للإستخدام الفوري وعليه يجب على كل السفن أن تحافظ على هذه السرعة في كل وقت وفي حالات الرؤية المختلفة ولا يوجد عذر على الاطلاق يجعل السفينة تبحر خلال الضباب بسرعة عالية بحجة الوصول طبقا للوقت المحدد في مخطط الرحلة ، لكن وإن كان من النادر أن يؤدي إبحار السفن بسرعة بطيئة إلى حدوث تصادم، إلا أنه في قضية تصادم وقعت بين السفينة White Hurst والسفينة Hoyanger فحكمت المحكمة بتحمل السفينة الأولى كل المسؤولية بسبب الإبحار بسرعة بطيئة في مياه بلغت حوالي 5 عقدة³¹ مما نجم عنها عدم التحكم في حركة السفينة وحدث التصادم .

ب- المراقبة الجيدة:

تعتبر المراقبة الجيدة من أهم عناصر قواعد السير والمناورات وتعني تتبع ومعرفة الأحداث والتصرفات التي تقع في منطقة الإبحار ، فتشمل المراقبة البصرية والسمعية والقراءة الدقيقة للمعلومات المستخرجة من مختلف شاشات الأنظمة الملاحية ويجب على القائم بالمراقبة أن يكون أهلا لذلك و أن يحوز قدرا مناسباً من الخبرة وعلى علم تام بواجباته فالفشل في المراقبة من الأسباب الهامة في وقوع التصادم وخاصة في البحار المفتوحة ، حيث تعطي المساحات الشاسعة من المياه اطمئنانا زائفا وانطبعا بأن فرصة حدوث التصادم قليلة أو معدومة ومن ثم يفقد الملاح حذره وحرصه في متابعة واجبات المراقبة الجيدة، من بين الأخطاء الشائعة عن المراقبة السيئة وانعدامها نضرب مثلا التحدث في غرفة القيادة بين الضابط المناوب والشخص المنوط له القيام بعملية المراقبة ، أو التحدث بين شخصين في غرفة القيادة بالقرب من هذا الأخير مما يعمل على تشتت انتباهه وعدم التركيز في أداء واجباته³² .

ومن بين الأجهزة التي تتم بها المراقبة الجيدة الرادار ولهذا ركزت القواعد الدولية لمنع التصادم بالنسبة للسفن التي عليها الرادار أن تراعي بعض التوجيهات وهي كالتالي³³:

أ- خواص ، كفاءة وحدود قدرات جهاز الرادار ، تأثير حالة البحر والطقس وأي مصادر أخرى للتشويش على قدرة الرادار في اكتشاف الأهداف ، احتمال عدم اكتشاف الرادار للسفن الصغيرة والثلوج والأهداف الأخرى العائمة وهي على بعد مناسب ، عدد وموقع وتحركات السفن الظاهرة على شاشة الرادار .

ب- التقسيم الأمثل للرؤية التي تمكن من استخدام الرادار لتحديد المسافة السفن أو الأهداف الأخرى المحيطة.

وعليه فإن عدم مراعاة هذه التوجيهات سيشكل خطرا قد يؤدي إلى حصول تصادم مثلما وقع في حادثة تصادم نجمت عن الاستخدام السيئ للرادار ، حيث وقع اصطدام بين السفينة BOVENKREK والسفينة ANTONIO CARLOS وقد وقع التصادم أثناء وجود الضباب وإهمال المراقبة الرادارية مع الإبحار بسرعة عالية³⁴ .

ج- تحديد خط السير الواجب اتباعه

تنص الفقرة 1 من القاعدة 14 من قواعد منع التصادم لسنة 1972 على أنه عندما تتقابل سفينتان مسيرتان آليا على خطوط سير عكسية أو عكسية تقريبا بحيث ينجم عن ذلك خطر التصادم يجب على كل منهما أن تغير خط سيرها إلى اليمين بوضع تمر فيه كل منهما على الجانب الأيسر للسفينة الأخرى ، كما نصت القاعدة 15 من القواعد ذاتها على أنه : " عندما تتقاطع خط سير سفينتين آليتين لدرجة تعرضهما لخطر التصادم يجب على السفينة التي تكون سفينة أخرى إلى جانبها الأيمن أن تخلي الطريق وعليها إذا سمحت ظروف الحال أن تتجنب قطع خط سير السفينة الأخرى ويجب أن تلتزم كل سفينة بخط السير الذي اختارته ولا تنحرف عنه إلا اضطرارا ويكون ذلك بإصدار إشارات صوتية متفق عليها³⁵ .

2- الأنوار و الأشكال الواجب اظهارها في الظروف المختلفة

تضمنت القواعد الدولية لمنع التصادم في البحار لسنة 1972 قواعد تتعلق بالأنوار الخاصة بالسفن والطائرات المائية والواجب عليها اظهارها للكشف عن نوع السفينة ،طولها ،اتجاه اجارها وهل هي سفينة شراعية أم بمحرك ميكانيكي ،سائرة أم واقفة ، تسير منفردة أم قاطرة أو مقطورة محدودة القدرة على المناورة وهناك 12 قاعدة مخصصة لهذا الجزء ويعد خطأ مخالفة هذه القواعد كعدم الإضاءة الكلية أو أن الإضاءة غير كافية فتطبق هذه القواعد من غروب الشمس إلى شروقها طبقا للقاعدة 20/36⁶ ومهما كانت حالة الطقس وكل مخالفة لهذا الالتزام قد يكون سببا في حصول تصادم ،كأن لا تحمل السفينة هذه الأنوار أصلا أو أنها ضعيفة لا ترى عن بعد أو تضيئها بكيفية مخالفة لما هو متعارف عليه دوليا، مما يؤدي إلى تضليل السفن الأخرى عن أبعاد السفينة أو وضعها في الطريق أو حركتها ،فالاستعمال الجيد للأنوار يمكن من معرفة نوعها (كبيرة أو صغيرة) وحالها و بالتالي تفادي التصادم معها³⁷.

وكثيرا ما يقع التصادم بسبب مخالفة هذه القواعد ،إذ تكثر المخالفات من السفن الصغيرة التي قد تكون غير مزودة بكل الأدوات المطلوبة ويتشدد القضاء في محاسبة السفن المخطئة وتطبيقا لذلك حكمت المحكمة الأميرالية بمسؤولية البحرية الإنجليزية عن اغراق سفينة بضائع، بسبب غواصة لأن الغواصة كانت تحمل أنوارا كالتى تحملها صغار السفن ولم تتبع القواعد الدولية بهذا الشأن، مما جعل سفينة البضائع تظن أنها صغيرة³⁸ وهناك حكم آخر قضى ضد السفينة التي تعطلت آلاتها ولم ترفع النور الخاص بذلك تعد مخطئة وحدها، إذ اعتقدت السفن الأخرى أنها في حالة عادية وتابعت سيرها على هذا الأساس فوقع التصادم³⁹.

وبالإضافة إلىالقواعد الخاصة بالأنوارأوجبت الفقرة د من نفس القاعدة على السفن أن تضع علامات نهارية وهي عبارة عن أشكال توضع في النهار ، من أجل توضيح وضعية السفينة الحقيقية خلافا لوضعها الظاهر مثل السفينة التي يكون بها عطل، إذ يجب عليها أن ترفع كرات سوداء وفي غياب هذه الإشارات تعتبر السفن مخطئة وسببا رئيسيا للتصادم⁴⁰.

3-القواعد الخاصة بالإشارات الصوتية

جاءت القواعد الدولية لمنع التصادم لسنة 1972 بتعريف لبعض الإشارات وأجهزة الإشارات الصوتية وكيفية استعمالها أثناء المناورات بالنسبة للسفن الميكانيكية ، حيث تكون للسفن التي تكون على مرأى من بعضها البعض مع إمكانية ادماجها بإشارات ضوئية ويستفاد من القواعد 32 إلى 37 ما يلي :

أ-تختلف هذه الإشارات الصوتية بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالقيام بالمناورات أو ابداء إشارات التنبيه أو بخطة الرؤية المحدودة

ب-أثناء الرؤية المحدودة تختلف مدة الأصوات التي تطلق بواسطة الصفارات حسب ما إذا كانت السفينة سائرة (صفرة واحدة طويلة لمدة دقيقتين) ، أو واقفة (صفتين طويلتين لمدة دقيقتين) ، كما تستعمل السفينة الراسية دقات سريعة على الجرس لمدة لا تتجاوز دقيقة وتتبع بثلاث صفرات احداهما طويلة .

إن استعمال الإشارات الصوتية أثناء قيام السفينة ببعض المناورات هو أمر تقتضيه ظروف الملاحظة فيقع التصادم الحاصل بين سفينتين أثناء الرؤية المحدودة كله على عاتق السفينة التي أهملت إصدار إشارات صوتية ، بينما لم يثبت خطأ السفينة الأخرى المتوفرة على أنوار كافية والمستعملة جيدا لإشارات الضباب⁴¹ في كثير من الأحيان ما يرجع السبب في التصادم إلى عدم استعمال الإشارات الصوتية في الوقت المناسب وتطبيقا لذلك قررت محكمة استئناف "بواتيه" Poitier أن الاستعمال المتأخر لصفارة الضباب يعد خطأ⁴² .

الفرع الثاني : الأخطاء الناشئة عن إهمال أو عدم احتياط المسؤولين عن قيادة السفينة
بعد أن تحدثنا في الفرع الأول عن الصورة الأولى للخطأ في التصادم البحري والمتمثلة في خرق القواعد الدولية لمنع التصادم تنتقل الآن للحديث عن الصورة الثانية والتي تتجسد في الأخطاء الناجمة عن إهمال أو عدم احتياط المسؤولين عن قيادة السفينة وهم كل من الريان ، الطاقم ، المحجم والمرشد.

أولا: أخطاء الريان والطاقم

الإدارة الداخلية للسفينة وبالإضافة إلى الأشخاص المذكورين يدخل في تكوين الطاقم عدد آخر من البحارة لمساعدة الريان والضباط والمهندسين البحريين في أعمالهم أو القيام بخدمة عامة في السفينة كرئيس الخدم والطهاة⁴⁷.

وقد يصاب أفراد الطاقم بعجز مؤقت يجعله يفقد كفاءته وعلى ذلك يصبح غير مؤهل وتصبح السفينة معرضة للخطر بسبب تناول الخمر والمواد المخدرة، الإرهاق وعدم أخذ قسط وافر من الراحة لأسباب وقد أسفرت البحوث التي قامت بها إدارة سلامة النقل بالولايات المتحدة الأمريكية أن الكثير من الحوادث يرجع سببها إلى الإرهاق والعمل مدة طويلة وبصفة متصلة وفي سبيل إيجاد الحلول لهذه المشكلة تضافرت جهود عدة اتفاقيات أهمها اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 147 لسنة 1976 ، التي وضعت مستوى أدنى للطاقم المؤهل ، ساعات العمل ، شروط العمل على متن السفن ، مستلزمات الحياة على السفينة وصممت هذه الاتفاقية لتحسين الكفاءة ، سلامة الملاحة ، حماية البيئة البحرية ، حماية صحة البحارة والسلامة ، ظروف العمل وحقوق العمال إلا أن الاتفاقية لم تنص على ساعات عمل محددة أو ساعات الراحة ، لكن جاء النص على المستوى المطلوب صراحة في بنود اتفاقية سلامة الأرواح على السفينة ، حيث حددت ساعات العمل التي من خلالها يمكن التأكيد على سلامة الأرواح على السفينة عامة وهكذا تتضح أهمية الحرص على عدم اجتهاد أو إرهاق أفراد الطاقم البحري ، حيث أن سلامة السفينة وسلامة الأرواح تعتمد على العنصر البشري الذي يسير السفينة باتباع تلك الاتفاقيات الأخيرة⁴⁸.

ثانياً: أخطاء المجهز

كما هو معلوم أن استغلال السفينة في النقل البحري يتم وفق نوعين من العقود، أولهما عقد مشاركة ايجار السفينة وثانيها عقد نقل البضائع عبر البحر⁴⁹ ويتفرع عن ذلك عدة حالات لتحديد من يكون له وصف المجهز وهي كالآتي⁵⁰:

1- أن يستعمل المالك سفينته في نقل بضائعه وهو ما يعرف بالنقل الخاص، مثاله شركات السكك الحديدية، شركات البترول التي تملك سفناً لنقل ما تحتاجه من وقود وفي هذه الحالة يتولى المالك بتجهيز السفينة للرحلة البحرية ويعتبر بذلك المالك المجهز.

2- أن يقوم مالك السفينة بتأجيرها للغير دون أن يزودها بالمؤن والطاقم وهو ما يعرف بإيجار السفينة عارية أو غير مجهزة، فيتولى المستأجر تجهيز السفينة للإبحار وعليه يكون للمستأجر صفة المجهز.

3- أن يتولى مالك السفينة تأجيرها مجهزة بكل ما تحتاجه في رحلتها، ليستغلها هذا الأخير لحسابه وتتعدد أشكال هذا الإيجار فيما أبرم لمدة محددة Time charter أو لرحلة معينة voyage charter ويعتبر المالك في هذه الحالة هو المجهز⁵¹.

4- وأخيرا يقوم مالك السفينة باستغلالها في نقل البضائع للشاحنين فيقوم بتجهيز السفينة للملاحة البحرية وبطبيعة الحال يكون للمالك وصف المجهز. ومن خلال الحالات السابقة يستنتج أنه لا ارتباط بين بين صفة المالك والمجهز.

وقد عرفت المادة 572 من القانون البحري الجزائري المجهز بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستغلال السفينة على اسمه إما بصفته مالكا وإما بناء على صفات أخرى تحوله الحق باستعمال السفينة"، كما نصت المادة 573 من نفس القانون أنه يجب على المجهز قبل البدء في استغلال السفينة أن يصرح بذلك كتابيا مع الامضاء المصادق عليه في دفتر تسجيل السفن بعد تقديم الوثائق المطلوبة .

ويتعين على المجهز بأن يسهر على تقديم سفينة صالحة للملاحة بكل ما يحمله هذا الالتزام من تزويدها بطاقم كاف ومؤهل مع توفير له الظروف الصحية للبحارة على متن السفينة⁵² وتموين السفينة بالمؤن والوقود ومستلزمات الملاحة البحرية المحددة بموجب الأنظمة المعمول بها طبقا لنص المادة 574 ق ب ج، كما يتحمل هذا الأخير أعباء عمليات الصيانة الدورية التي يتطلبها جعل السفينة دائما في هذه الصلاحية و بهذا يكون المجهز مسؤولا عن أعماله وأعمال وكلائه في البر والبحر الذين يساعده في استغلال السفينة وفقا لأحكام القانون العام ما عدا حالة تحديد المسؤولية المذكورة في المواد من 93 إلى 115 من ذات القانون.

وقد يكون الضرر ناشئا عن خطأ المجهز الشخصي كأن يستخدم سفينة غير صالحة للسفر ، بسبب النقص في درجة متانة بدن السفينة ، أو نقص في التجهيز ، أو المعدات ، أو التطعيم ، أو الخرائط

البحرية وعدم تحديثها وفي هذا الشأن حكم مجلس اللوردات بمسؤولية مالك السفينة The Norman حيث جنحت السفينة على صخرة ليست موجودة على الخريطة uncharted rock بالرغم من وجود تحذير مكتوب على الخريطة، يفيد بعدم إتمام عملية المسح surveys وضرورة استخدام الخريطة بحرص⁵³، كذلك على ملاك السفن عدم الاكتفاء بإمداد سفنهم بالمطبوعات والخرائط الملاحية بل لابد من تأسيس نظام للإشراف والتأكد من صلاحية هذه المطبوعات وأنها تستوفي أحدث التصحيحات⁵⁴.

ثالثاً: أخطاء المرشد

المرشد هو الشخص الذي يساعد الريان في توجيهه على خط السير الواجب اتباعه، أثناء الدخول والخروج من الموانئ أو القنوات⁵⁵ ويعرف الارشاد البحري بأنه اتفاق مقتضاه خدمة قصيرة المدة، يؤديها المرشد بطلب من الريان أو وكيل السفينة باعتبارهما نائبين عن الناقل، فيقوم بموجب ذلك بإرشاد السفينة وقت دخولها أو خروجها من الميناء مقابل أجره معينة وترجع العلة وراء تقرير نظام الارشاد إلى أن الموانئ تزخر بالصخور والشعاب أو بحطام السفن الغارقة، التي تعرقل سير السفينة وتعرضها للخطر فيما لو ارتطمت بهذه العوائق، فضلاً عما يترتب على ذلك من شل حركة الملاحة في الميناء لزمّن غير قصير، مما يتوجب على الريان أن يستعين بالمرشد لإمامته بعوائق الميناء ومسالكه⁵⁶.

ولا يعتبر المرشد موظفاً عاماً إذا كانت الدولة تتدخل في تعيين المرشدين وترقيتهم وتأديبهم فهذا يشبه ما هو عليه الحال في تدخلها في تعيين الملاحين وتنظيم عملهم، فهي بذلك مدفوعة بالرغبة في حماية مصالح جديدة بالحماية دون أن يصل الأمر إلى حد اعتبارهم موظفين عموميين⁵⁷، أما في العلاقة التي تجمع المرشد بالمجهاز فقد اختلفت الآراء فمنهم من يرى بأنه عقد مقاوله من نوع خاص، يمكن تقريبه من العقد الذي يربط الخبير بالعمل وأساس ذلك أن المرشد وإن كان يلزم بأن يضع خبرته تحت تصرف الجهاز إلا أنه يحتفظ باستقلاله، فهو لا يعمل تحت سيطرة متبوعة فالمرشد هو الوحيد الذي يقرر ماذا يفعل لإرشاد السفينة⁵⁸، ويذهب الرأي الغالب إلى خلاف ما سبق إذ يعتبر عقد الارشاد بأنه عقد عمل وبالتالي فهو تابع للمجهاز، الذي يؤدي عمله تحت اشراف الريان وسلطانه⁵⁹ وهذا أخذ به المشرع الجزائري في المادة 183 ق ب ج .

ويكون المرشد مسؤولاً عن أخطائه الشخصية قبل الجهاز في تنفيذ مهمته المذكورة ، كما لو كان جاهلاً بمسالك الميناء وترتب عن ذلك ضرر للسفينة أو ما عليها ، أو خروجه عن حدود مهمته كقبوله قيادة السفينة بنفسه ، كما يسأل قبل الغير عما يلحق بهم من أضرار جراء خطئه في الإرشاد⁶⁰ ونجم عنه تصادم السفينة وبهذا يمكن للمضروب إما رفع الدعوى ضد المرشد عن خطأه الشخصي طبقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري وإما أن يرفعها ضد جهاز السفينة المرشدة على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه حتى ولو كان الإرشاد اجبارياً طبقاً للمادة 283 ق ب ج ، لأن هذه المسؤولية قائمة على الخطأ في الرقابة والتوجيه ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه حسب ما جاء في المادة 136 ق م ج .

المطلب الثاني: طرق اثبات الخطأ في التصادم البحري

بوجه عام يقع عبئ الإثبات على مدعي وجود الخطأ وهو إثبات يرد على واقعة مادية ، إذ يجوز اثباته بكافة وسائل الإثبات وهي لا تختلف عن طرق الإثبات المعمول بها في نطاق القواعد العامة ولا شك أن وجود القواعد الدولية لمنع التصادم وما تعرضه من واجبات ييسر إثبات الخطأ ، إذ يكفي إثبات مخالفة اللوائح وقواعد السير كإثبات أن قائد السفينة مثلاً لم يلتزم بقاعدة السير على اليمين عند التواجه مع السفينة الأخرى ووفقاً للقواعد العامة يلزم لقيام المسؤولية إثبات هذا الخطأ أياً كانت صورته وقد جرى العمل في مجال التصادم البحري أن يستعان بوسائل اثبات واقعية تستنبط من خلال القرائن القضائية (فرع أول) وأخرى تتعلق بوثائق السفينة المتورطة في التصادم البحري (فرع ثاني) ، وأخرى تتعلق بمهام الربان في الحوادث غير العادية كالقرار البحري (فرع ثالث) .

الفرع الأول: القرائن القضائية

القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول وهي تنقسم إلى نوعين: قرائن قانونية وأخرى قضائية ، فالقرينة القانونية ما يستنتجها المشرع بنفسه من حالات يغلب وقوعها عملاً في صيغة عامة ومجردة ، فهي لا تعتبر أدلة بمعنى الكلمة وإنما هي تنقل عبء الإثبات

من على عاتق المكلف به إن كانت بسيطة ، أو تعفي من الإثبات نهائيا إن كانت قاطعة وأما القرينة القضائية فهي ما يستنبطه القاضي من وقائع الدعوى المعروضة عليه وذلك باستخدام الوقائع التي تثبت له للدلالة على وقائع أخرى⁶¹.

والثابت أنه في ظل غياب القرائن القانونية⁶² في أحكام معاهدة بروكسل لسنة 1910⁶³، يلجأ القضاء في بعض الدول إلى عدة قرائن واقعية لافتراض الخطأ من جانب إحدى السفن في حوادث التصادم، فمثلا إذا وقع تصادم بين سفينة بخارية وأخرى شرعية يفترض وقوع الحادث بخطأ من السفينة البخارية، على اعتبار السفينة الأولى أسهل حركة من الثانية لقدرتها على الحركة والمناورة لتفادي الاصطدام، كما أن القواعد الدولية تلزم السفينة البخارية باحلاء الطريق أمام السفن الشرعية، كما كانت هناك قرينة أخرى كان القضاء يأخذ بها وهي إذا حدث تصادم بين سفينة راسية وأخرى متحركة فيفترض الخطأ من جانب السفينة المتحركة، كذلك إذا وقع تصادم بين سفينتين ورفضت إحدهما تقديم المساعدة للأخرى يفترض أن الخطأ قد وقع من جانب السفينة التي رفضت تقديم المساعدة⁶⁴ وكذلك ينطبقا قيل سابقا على السفن المنحدرة في حال تصادمها مع سفينة صاعدة، حيث تنزل المنحدرة بمنزلة السائرة والسفينة الصاعدة بمنزلة الواقفة⁶⁵.

الفرع الثاني: وثائق السفينة المتورطة في التصادم

ويدخل في اطار وسائل الإثبات الهامة والموجودة على متن السفينة المتصادمة دفتر يومية السفينة، يومية الماكينة ويومية الراديو.

1- دفتر السفينة: ويطلق عليه بدفتر يومية السفينة ومن بين البيانات المذكورة في هذا الدفتر ما يلي⁶⁶:

- أ- حالة الزمن والرياح في كل يوم.
- ب- سير السفينة في كل يوم وفي حالتي السرعة والبطء.
- ج- درجة العرض أو الطول الجغرافي التي تكون فيها السفينة يوما بيوم.
- د- جميع الاتلافات التي تحصل للسفينة والبضائع وأسبابها.

و- بيان جميع ما يهلك بحادثة وما يقطع أو يترك.

ح- الطريق الذي اختار السير فيه، مع بيان أسباب الانحراف عنه سواء كان اختياريا أو جبريا.

ز- جميع ما صمم عليه الريان أثناء السفر بمشاركة الضباط ورجال البحر.

هـ- اجازات الانصراف المعطاة للضباط والبحارة مع بيان أسبابها.

ي- الايراد والمنصرف المتعلقان بالسفينة والبضائع المشحونة.

وقد ألزمت المادة 202 ق ب ج كل ريان بمسك دفتر السفينة⁶⁷ ويجب أن تكون صفحاته مرقمة ويأشر عليه من قبل السلطة الإدارية البحرية كل ستة أشهر ويجب أن يتضمن سردا لجميع الحوادث الطارئة على متنها والمقررات المتخذة خلال الرحلة وبيان حالة البحر والملاحظات اليومية الخاصة بالطرق التي سلكتها السفينة وكشفا بالعمليات التجارية⁶⁸.

2-يوميات الماكينة:

وتكون تحت يد رئيس الميكانيك وهي تتضمن وجوبا كمية الوقود المأخوذة عند الذهاب والاستهلاك اليومي لجهاز الدفع، كذلك ما يخص سير وخدمة الماكينة ويؤشر عليها على غرار دفتر السفينة حسب ماورد في المادة 204 ق ب ج.

3-يوميات الراديو:

وتمسك من طرف ضابط البرق اللاسلكي أو الضابط الذي يحل محله ويجب أن تتضمن يومية الراديو التبليغات اللاسلكية والبرقية الصادرة أو الواردة وكل ما يخص مصلحة الراديو وبخصوص حجية دفتر اليومية ويوميات الماكينة والراديو قضت المادة 208 ق ب ج بأن لها قوة الاثبات بالنسبة للحوادث والظروف المدرجة فيها حتى ثبوت العكس.

وفي إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها في أن السفينة السويدية كانت تسير بسرعة 16 عقدة في الضباب الكثيف سمعت بجوارها إشارة فخفضت من سرعتها إلى 4 عقدة، أبدت السفينة المسموعة التي سجلت وجود الناقلة عدة إشارات لتشير إلى أنها لا تتوفر على سرعة الاندفاع وأنها تترك حق المرور وهكذا شرعت الناقلة بالسير إلى الأمام ببطء، لكن بعد مضي دقيقتين وقع الاصطدام بالسفينة الأخرى وهي ناقلة بترول LEBEL FORD ورفعت دعوى ضد هذه الأخيرة قصد تحميلها المسؤولية واتضح أنها كانت تتابع سيرها بدون سرعة الاندفاع وبالإضافة إلى ذلك فإنه قد تم تصحيح

دفتر السفينة بتغيير عبارة "إلى الأمام ببطء" بعبارة "الكل إلى الورا" والدليل على سيرها إلى الأمام ناتج عن شريط فوتوغرافي التقطه أحد المسافرين على ظهر الناقل البريدية⁶⁹.

ويستنتج من هذا الحكم الذي قضى بعدم جدية البيانات السابقة أنه لا يكفي بالزام الريان بمسك دفتر يومية السفينة وإنما يتعين أن تكون المعلومات الواردة فيه مطابقة للحقيقة وأن لا يلحق بها أي مساس وذلك نظرا لما تعبر عنه هذه الوثيقة من وقائع مختلفة قد تكون حجة للمسؤول عنها أوضده⁷⁰.

الفرع الثالث: التقرير البحري

يلتزم الريان عند حدوث أضرار للسفينة بسبب حوادث وقعت للسفينة كالتصادم البحري تحرير تقرير خلال 24 ساعة من وصوله إلى أول ميناء، يبين فيه ظروف الحادث ويقدمه مفصلا إلى السلطة البحرية الإدارية المختصة، أما في الخارج فيقدمه للسلطة القنصلية الجزائرية ويتسلم بدوره إيصالا بذلك.

وتكمن الحكمة من وراء تقديم الريان لتقرير خلال 24 ساعة من وصول السفينة إلى الميناء المقصود، أو المرسى الاختياري أو الاضطراري، ذلك حتى لا تكون أمامه فرصة لإخفاء حقيقة ما، أو تزوير في العبارات الواردة في التقرير بشكل يتفق مع مصلحته ويدفع عنه المسؤولية⁷¹، كما يشترط في حجية التقرير البحري الصحيح الذي يحرره الريان أربعة شروط⁷²:

1- أن يقدمه الريان في مدة 24 ساعة من الوصول إلى الميناء المقصود، فإن تأخر ضاعت قيمة التقرير لأن الشك يتسرب إلى صدق ما فيه.

2- الأصل أن يقدم الريان التقرير إلى السلطة المختصة حسب القانون وإذا أخطأ وقدمه إلى سلطة غير مختصة فلا يؤثر ذلك في قيمته.

3- أن يتم تحقيقه بواسطة المختصة باستجواب البحارة والركاب وهذا إجراء هام يضيف إلى قيمة التقرير فهو إقرار من الريان وشهادة أشخاص آخرين.

4- أن يكون التقرير متماسكا في بياناته بحيث لا يناقض بعضها بعضا وألا يتناقض مع دفتر اليومية فإذا وقع ذلك فقد حجيته ومع ذلك أمكن استخدامه كقرينة عادية⁷³.

والتقرير بتوافر شروطه يعتبر حجة بما فيه إلى غاية اثبات العكس والدليل عكسي جائز بكل الطرق فيمكن أن يكون هذا الدليل العكسي مجرد شهادة مراقب الميناء بحالة البحر وإنما يجب أن يكون

الدليل أو القرينة العكسية محددة وقاطعة ، كما يعتبر حجة على الريان لأنه إقرار منه ويستطيع التمسك به المؤمن على السفينة ومالك السفينة الأخرى المتصادمة مع سفينة الريان صاحب التقرير ولاحظ أنه لا يجوز تجزئة هذا الإقرار .

ويرى الفقيه "ريبر" Ripert أن التقرير البحري ليس حجة مستقلة وإنما هو تقرير من جانب واحد وللمحكمة أن تعتبره مجرد عنصر تستنير به في الدعوى⁷⁴ وتبدوا قيمة هذه الحجية في حالة التصادم ، لكن في حالة تقديم كل ريان تقرير يتعارض مع الآخر عندئذ تبحث المحكمة عن دليل آخر⁷⁵ .

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة يتضح أن ما قامت به اتفاقية بروكسل لسنة 1910 والمتعلقة بتوحيد أحكام التصادم البحري من الغاء قرينة الخطأ المفترض في مادة التصادم البحري على خلاف بعض القوانين كان خطوة سديدة لأنه ليس من العدل في شيء أن تكون هناك قرينة قانونية تخدم إحدى السفينتين المتصادمتين في غياب أساس شرعي يفيد ذلك ولأن افتراض الخطأ ضد سفينة دون سفينة أخرى يكون فيه تفضيل طرف على طرف آخر دون مبرر يقتضي هذا الحكم في المسؤولية التقصيرية نظرا لتساوي المتصادمتين في المركز القانوني ، على خلاف ما هو عليه الحال في المسؤولية العقدية إذ في عقود الإذعان يكون هناك طرفان أحدهما أقوى مركزا من الثاني مما يتوجب على المشرع وضع نص يقضي بافتراض الخطأ من الجانب الطرف الأول مما يؤدي إلى تشديد مسؤوليته بغية في حماية مصلحة الطرف الثاني وإعادة التوازن العقدي .

ومن جهة أخرى فإن خروج الاتفاقية على القواعد العامة في حراسة الأشياء المبنية على الخطأ المفترض افتراضا قطعيا هو أمر منطقي لا يمكن تصوره إلا في حالة الارتطام السفن بالأشياء الجامدة وهو حقيقة ما أخذ به المشرع في المادة 282فقرة2 من القانون البحري الجزائري وهي حالة التصادم السفينة بالمنشآت الثابتة أو الأشياء الثابتة المملوكة للدولة الجزائرية ويستثنى من ذلك ان يحدث ذلك التصادم بقوة قاهرة وبشرط توافر في تلك المنشآت أو الأشياء قواعد الإشارة .

كما يتعين أن نشيد بالدور الكبير الذي أدته التوجيهات والإرشادات المفصلة التي جاءت بها قواعد الدولية لمنع التصادم لسنة 1972 وتعديلاتها المختلفة في الوقاية والتقليل من حوادث التصادم البحري

وكذلك ما قدمته من مساعدة للقضاة في تحديد المسؤول عن التصادم لأنها تعتبر بمثابة المعيار الذي ساهم في كشف الخطأ عند مخالفة قواعدها.

الهوامش:

- 1- علي جمال الدين عوض، القانون البحري، دار النهضة العربية، سنة 1987، ص 467.1
- 2- محمد عبد الفتاح ترك، التصادم البحري ودور العنصر البشري في وقوعه، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2003، ص 14، هامش رقم 1.
- مصطفى الجمال، دروس في القانون البحري، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر بمصر، سنة 1968، ص 127. 3.
- 4- المرجع السابق، ص 128، بالنسبة للجزائر في تلك الفترة كانت تحت الاستعمار الفرنسي فقد ضلت أحكام التصادم خاضعة للقانون التجاري الفرنسي ل 15/07/1915 بموجب مرسوم 18/07/1916، الذي يقضي بتطبيق ذلك القانون في جميع المستعمرات الفرنسية وبقي الأمر على ذلك الحال حتى بعد الاستقلال بمقتضى الأمر 62/157 المؤرخ في 31/12/1962 الذي نص على استمرار العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما خالف منها السيادة الوطنية ولم يتوقف العمل بالقوانين الفرنسية إلا بصدور القانون البحري الجزائري بتاريخ 23/10/1976 الصادر بمقتضى الأمر رقم 76/80 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 29 الصادر بتاريخ 10/04/1977: بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2008/2009، ص 12.
- 5- محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 15
- René Rodière, Emmanuel du Pontavice, Droit maritime, 12^{ème} édition 1997, 6 Dalloz. Delta, paris 1997, N°439, p43
- Georges Ripert, droit maritime, T III, 3^{ème} édition Arthur Rousseau, 7 Paris 19, N° 2088, p 38.52
- 8- محمود مختار أحمد بيري، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص 505.
- 9 يوسف حسن يوسف، تنازع القوانين في القانون البحري، الطبعة الأولى، المركز القانوني لإصدارات القانونية بالقاهرة، سنة 2015، ص 400.
- الموضع نفسه. -المرجع السابق 10
- 11- عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع بالمنصورة بمصر، سنة 2012، ص 587.

12- لقد تبني المشرع الجزائري نفس التعريف الذي أخذت به معاهدة بروكسل لسنة 1910 ، حيث نصت 273 ق ب ج في النص باللغة الفرنسية وذلك لوجود خطأ في الترجمة في النص باللغة العربية والترجمة الصحيحة لهذا النص هو : "يعد تصادم السفن في البحار كل ارتطام مادي أو اصطدام بين السفن البحرية أو بين السفن وبواخر الملاحة الداخلية دون الأخذ في الاعتبار للمياه التي وقع فيها التصادم ". لكن المشرع خالف الاتفاقية ي نص المادة 2/ 274 في محاولة لتوسيع مفهوم التصادم البحري إذ أضاف إليه حالات الارتطام الحاصلة بين سفينة ومنشأة ثابتة أو شيء ثابت في نقطة معينة وواقعة في الأملاك العمومية البحرية . وبذلك يكون قد خالف ما استقرت عليه المعاهدة وأنهاجها للرأي الذي يرى أن العبرة في التصادم البحري بالمنشآت التي يحصل بينها التصادم وليس بالمياه التي يحدث فيها التصادم :مصطفى الجمال ،المرجع السابق ،ص 129 .

13-René Rodière , Emmanuel du Pontavice , op-cit , p433.

14-مصطفى كمال طه ،الوجيز في القانون البحري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ نشر ،ص 369 .

- Martine RemondGouilloud,Droit maritime,2éme édition pédone,1993,n°43.51

-PiereBonassies et Christian scapel , Traité de droit Maritime , L.G. D.J, 61

2006, N° 149,p107;AntoineVialard, Droit maritime,Presses universitaire de France 1997, N°28,p24.

17-مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ،ص 369 وما يليها.

18-عبد الفتاح ترك، المرجع السابق ،ص 34.

Antoine Vialard, op-cit,N°34,p47,note N°3.--19

Georges Ripert, op-cit ,N°2017,p17; Martine Remond Gouilloud,op---

citN°393,p251.

21- إيمان الجميل ،الحوادث البحرية(التصادم البحري ،الانقاذ البحري ،الحسارات البحرية المشتركة ،الشحط والجنوح

،الحريق ،الحطام)، المكتب الجامعي الحديث بمصر ،سنة 2013 ،ص 15 .

22-المرجع السابق ،الموضع نفسه.

23-محمد نعيم علوه ،موسوعة القانون الدولي العام -القانون البحري -، مكتبة زين الحقوقية ،مركز الشرق الأوسط

الثقافي ،سنة 2012 ،ص 284 .

المادة 10 م معاهدة بروكسل لسنة 1910 ،المادة 284 من القانون البحري الجزائري . 24-

25-القرار رقم 207184 منشور في القانون البحري في ضوء الممارسة القضائية ،الطبعة الرابعة ،بربي للنشر ،سنة

2012 ،ص 286 .

26- المادة 278 ق ب ج ،المادة 239 من القانون البحري العراقي لسنة 1987 ، المادة 297 من القانون البحري

المصري ، المادة226 من قانون التجارة البحرية الكويتي ، المادة 238 من قانون التجارة البحرية الأردني: يوسف

حسن يوسف ،المرجع السابق ،ص 407 ،هامش 2.

27-مصطفى الجمال ،المرجع السابق ،ص 130 .

- 28- المرجع السابق،الموضع نفسه .
- 29-ملك شقلمب ، مخاطر التصادم البحري في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريع العربي ،الطبعة الأولى ،مكتبة الوفاء القانونية بالإسكندرية ،سنة 2016 ، ص65 .
- 30-المرجع السابق، ص 22.
- 31-نفس المرجع، ص 68.
- 32- Gand التجارية 11 يناير 1938، Fécamp التجارية 4 نوفمبر 1953 : مشار إليهما لدى علي جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، ص 495 .
- 33-عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 84.
- 34-White hurst ,the(1976)1Lloyd's Rep26.37- مشار إليه لدى عبد الفتاح ترك ،ص 93 .
- 35- المرجع السابق ، ص 98 ومايليها.
- 36-القاعدة 6/ب من قواعد منع التصادم لسنة 1972 .
- 37-37:63Lloyd's Rep(1973)1The Bovenkrek- مشار إليه لدى عبد الفتاح ترك ،المرجع السابق ، ص 95 .
- 38-بن عيسى حياة، أمن المنشآت المينائية والسفن في ظلالقانون الجزائري والمعاهدات الدولية ،رسالة دكتوراه في القانون الخاص بجامعة تلمسان ،السنة الجامعية 2014 / 2015 ، ص 133 .
- 39-المرجع السابق، ص 134 .
- 40-طالب محمد كريم ، المسؤولية المترتبة عن التصادم البحري ، المجلة الجزائرية القانون البحري و النقل ، جامعة تلمسان ، مكتبة الرشد للطباعة والنشر، العدد الثاني 2014 ، ص 134
- 41-3 Oct 1951DMF1952,p273:Haute cour d'amiraute
- مشار إليه لدى علي جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، ص 490 .
- 42-انقرس التجارية 22 أبريل 1926 ، مشار إليه لدى المرجع السابق، الموضع نفسه.
- 43-أحمد محمود حسني، الحوادث البحرية التصادم والإنقاذ، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 66 .
- 44- محكمة استئناف برين 24 مارس 1964، DMF 1956، ص 539 مشار إليه لدى المرجع السابق، ص 78.
- ص، 1950 مشار إليه لدى المرجع السابق، ص 79 . DMF 1969 محكمة استئناف 15 أكتوبر 1968
- 45-
- 46-سميحة القبليوي ، موجز القانون البحري ، مكتبة القاهرة الحديثة ، الطبعة الأولى سنة 1969، ص232.

47- إيمان الجميل، الريان، (المركز القانوني، الحقوق والالتزامات، المسؤوليات، السلطات)، المكتب الجامعي الحديث بمصر، سنة 2014، ص 7 .

48- سميحة القليوبي، المرجع السابق، الموضوع نفسه

49- مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري، المرجع السابق، ص 144 .

50- محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة 1978، ص 175.

51- محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 156 .

52- Mohammed Benamar, La concession en matière de transport maritime en droit algérien, DMF N°609, Nov 2000, p928.

المرجع السابق، ص 185. محمود مختار أحمد بريري، 53-

54- علي جمال الدين عوض، مشارطات إبحار السفن، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 1987، ص 236 و 284 .

-Antoine Vialard, op-cit, N°209, p185.55

56: The england(1973)1 Liloyd's Rep. p373, and p383.

مشار إليه لدى عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 162 .

57: Liloyd's Rep 1:2 (1984) -

مشار إليه لدى المرجع السابق، الموضوع نفسه.

58: René Rodière , Emmanuel du Pontavice , op-cit , p240.

59 - مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون البحري، المرجع السابق، ص 193.

60 - Fatima Boukhatmi, les auxiliaires du transport maritime en droit en droit algérien, DMF 690, Mars 2008, p267.

61. -PiereBonassies et Christian scapel , op-cit, p171.

62- مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون البحري، المرجع السابق، ص 198، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 164، سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 308.

63- مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 165.

64- شريف أحمد الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية (الجزء الأول)، دار الفكر والقانون بمصر، سنة 2012، ص 516.

65- وفي هذا المجال نصت المادة 337 ق م ج على أن القرينة القانونية تغني من تقرررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

- 66- تبني المشرع الجزائري في المادة 1/282 ق ب ج نفس ما أخذت به اتفاقية بروكسل لسنة 1910 في الغاء قرينة الخطأ في التصادم بين السفن أو بين السفن ومراكب الملاحة الداخلية، لكنه في الفقرة الثانية من نفس المادة أعمل قرينة افتراض الخطأ في الارتطام الذي يحصل بين السفن بمنشآت الثابتة أو بأشياء ثابتة على نقطة معينة موجودة في الأملاك العمومية البحرية جاز افتراض مسؤولية السفينة الصادمة ويستثنى من ذلك حالة القوة القاهرة وبشرط أن تتوافر في هذه المنشأة أو الشيء قواعد الإشارة.
- 67- أعفت المادة 208 ق ب ج من مسك دفاتر السفينة السفن التي تقوم بأعمال الملاحة المينائية فقط وبصورة عامة السفن التي تنقص حمولتها الاجمالية عن 30 طنا.
- 68- المادة 203 ق ب ج.
- 69- حكم بتاريخ 20 سبتمبر 1938 صادر عن محكمة منطقة الجنوب بنيويورك مشار إليه لدى ملك شقلب، المرجع السابق، ص 117 .
- 70- نفس المرجع، الموضوع نفسه.
- 71- عبد الرحيم محمد عوض العمودي، المركز القانوني للريان وسلطاته، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2005 ، ص 104.
- 72- علي جمال الدين عوض ، النقل البحري للبضائع، دار النهضة العربية، سنة 1992 ، ص 13 ومايليها.
- 73- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق ، ص 170 .
- 74- مشار إليه لدى علي جمال الدين عوض ، النقل البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 15 .
- 75- المرجع السابق ، الموضوع نفسه.

تأثير التهديدات الإقليمية على الأمن في الجزائر وإستراتيجية محاربتها

عاصي عبد القادر طالب دكتوراه تخصص أمن دولي وعلاقات دولية - جامعة
أحمد بن أحمد - وهران، أستاذ مساعد أ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة
جيلالي ليايس - سيدي بلعباس

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/09

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/10

تاريخ إرسال القبول: 2017/12

مقدمة

لقد أصبح الأمن المعادلة الصعبة في الأجنداث الحكومية، في ظل بروز تهديدات أمنية جديدة عابرة للحدود تتميز بسرعة الانتشار والتعقيد والتشابك متجاوزة بذلك القدرات الأمنية والدفاعية للدولة، وهو ما يصعب عملية التصدي للتهديدات الإقليمية الخارجية المصادر، والتي تنتقل تبعاتها لدول الجوار الجغرافي، وبالتالي تضاعف المتاعب الأمنية للدولة التي تجد نفسها في وضع أمني معقد وهش، ويتطلب تكاليف مالية كبيرة لأجل وضع وتنفيذ إستراتيجية أمنية شاملة، خاصة فيما يتعلق بعمليات التسلح النوعي وبضبط الحدود والتحكم في تدفق اللاجئين.

والجزائر تتعرض لتهديدات أمنية إقليمية رهيبية بسبب موقعها الجيوإستراتيجي، أين تتوسط منطقة تعاني من أزمات أمنية وسياسية مستعصية، خاصة بعد أن صنع التدخل الأجنبي من ليبيا دولة فاشلة، وجوارها دول قوس الأزمات على مستوى الساحل الصحراوي، وتضاف لها قضية الصحراوية من الجانب الآخر. ولتحديد مصادر التهديدات الأمنية الإقليمية ومدى تأثيرها على الأمن الوطني، نطرح الإشكالية التالية:

- إلى أي مدى الأمن في الجزائر مهدد ومن مصادر إقليمية؟

أولا: الإطار المفاهيمي والنظري.

1. مفهوم الأمن:

وردت كلمة الأمن في القرآن الكريم في مواطن عدة وجاءت مرادفة للسكينة والطمأنينة والعافية والسلام، في قوله تعالى: ﴿وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا قَرْيَةً كَانَتْ آمِنَةً مُطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِنْ كُلِّ مَكَانٍ فَكَفَرَتْ بِأَنْعُمِ اللَّهِ فَأَذَاقَهَا اللَّهُ لِيَّاسَ الْجُوعِ وَالْخَوْفِ بِمَا كَانُوا يَصْنَعُونَ﴾⁽¹⁾. كما أكد رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهمية أمن الإنسان في الجماعة التي يعيش فيها، فقال: «مَنْ أَصْبَحَ مِنْكُمْ آمِنًا فِي سِرِّهِ مُعَاتَى فِي جَسَدِهِ، عِنْدَهُ قُوَّةٌ يَوْمَهُ فَكَأَنَّمَا حُيِّرَتْ لَهُ الدُّنْيَا»⁽²⁾.

كلمة الأمن مرادفة للطمأنينة ومعاكسة للخوف «ليهتم الملك كل الاهتمام بأمن السبل والمسالك وتهديب الطرق والمغاز، لينتشر الناس في مسالكهم آمنين، ويكونوا على أنفسهم وأموالهم مطمئنين»⁽³⁾.

حسب "مارتن غريفيش" و"تيري أوكالاهان": «أن تكون آ مناً أي سليماً ولا تتعرض للأذى والتهديد، لكن لا أحد آمن بالكامل، ولا يمكنه تحقيق ذلك، لأن البشر معرضون للحوادث والموارد قد تزول والأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية معرضة للتغيير والتطور والأمراض والموت والحروب، والأكد أن الحاجة إلى الشعور والإحساس بالأمن قيمة إنسانية جوهرية أساسية»⁽⁴⁾.

عرّفت موسوعة السياسة الأمن الوطني (القومي) **National Security** على أنه: «تأمين سلامة الدولة ضد أخطار خارجية وداخلية قد تؤدي إلى الوقوع تحت سيطرة أجنبية نتيجة ضغوط خارجية أو انهيار داخلي»⁽⁵⁾.

وقد عرّفه قاموس بنغوين للعلاقات الدولية على أنه: «مصطلح يشير إلى غياب ما يهدد القيم النادرة، وهو قيمة جوهرية وهدف أسمى لسلوك الدول»⁽⁶⁾.

أما الأمن الإقليمي فهو « عبارة عن سياسة مجموعة من الدول تنتمي إلى إقليم واحد، تسعى للدخول في تنظيم وتعاون عسكري أمني لدول الإقليم، لمنع أية قوة أجنبية من التدخل في هذا الإقليم، بالاعتماد على قاعدة التنسيق والتكامل الأمني والعسكري على جبهاتها الداخلية»⁽⁷⁾.

كما يعرف كذلك بأنه: « ذلك النظام الذي تتحد معاملة ضمن عناصر مشتركة، بين كافة الدول التي تنتمي لذلك الإقليم لأجل حماية مصالحها وأمنها الإقليمي المشترك من التهديدات»⁽⁸⁾.

2. مفهوم التهديد:

لقد أكد **Barry Buzan** على وجود علاقة قوية بين الأمن والتهديد حيث عرّف الأمن على أنه: « التحرر من الخوف والتهديد»⁽⁹⁾.

التهديد في مفهومه الإستراتيجي هو: « بلوغ تعارض المصالح والأهداف القومية مرحلة يتعذر معها إيجاد حل سلمي يوفر للدولة الحد الأدنى من أمنها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والعسكري، مقابل قصور قدراتها لموازنة الضغوط الخارجية»⁽¹⁰⁾.

كما أكد **Alain Plantey**: « أن الخوف ينشأ عادة من تصرفات إرادية تعبر عن نفسها بالكلام أو بالحركات ويُنظر إليها على أنها عدوانية حتى وإن كان تكييفها غير ذلك، كما أن هناك سياسات تحمل التهديد في طياتها بشكل منتظم وتوجهه بطريقة لإيهام الغير بتفوقها وتقبل ادعاءاتها»⁽¹¹⁾.

3. التصور الواقعي للأمن:

تنطلق المدرسة الواقعية الكلاسيكية من الفرضية التي تؤكد بأن "الدول هي في سعي دائم لأجل زيادة قوتها"، إذ أكد **Hans Joachism Morgenthau** على أن: «جوهر السياسة الدولية يقوم على ركنين أساسيين: القوة والمصلحة، بحيث أن المصلحة الوطنية تتحكم في تحديدها قوة الدولة، الأمر الذي يجعل الدول مجبرة على البحث عن امتلاك القوة وهذا السلوك موجود في الطبيعة البشرية»⁽¹²⁾.

كما اعتبر **Hans Joachism Morgenthau** أن: «الأمن هو الحد الأدنى الذي لا يمكن إنقاظه أو العنصر الضروري لمصلحة وحدة ما اتجاه الوحدات الأخرى»⁽¹³⁾.

تعتبر النظرية الواقعية أن العلاقات الدولية والمجتمع الدولي في صراع دائم نحو هدف أساسي، يتمثل في زيادة قدرات قوة الدولة واستخلاصها بالكيفية التي تمليها عليها مصالحها أو إستراتيجيتها، بدون الأخذ في الاعتبار التأثيرات التي قد تلحقها في مصالح الدول الأخرى⁽¹⁴⁾، أي الدولة تركز على أولوية مصالحها الوطنية مهما كانت التأثيرات الجانبية.

لخص رائد المدرسة الواقعية الكلاسيكية **Hans Joachism Morgenthau**

إستراتيجية الأمن القومي للدول حسب أهمية قوتها وحجمها بحيث:

- تركز الدول الصغيرة على حماية أمنها القومي لأجل بقائها والحفاظ على استقلالها، وبذلك فالاهتمامات الأمنية للدول الصغيرة تتوقف على حماية مصالحها الحيوية، إذا استطاعت تحقيق ذلك.
- وترتكز الدول العظمى على حماية أمنها القومي إضافة إلى مستوى آخر من الاهتمامات الأمنية يشمل الهيبة والهيمنة والرغبة التوسعية على حساب مصالح الدول الصغيرة، وبذلك فزيادة الاهتمامات الأمنية للدول القوية تتحكم فيها الزيادة في المصالح والخوف من تهديدها، حيث تعتبر نفسها مسئولة على أمن العام⁽¹⁵⁾.

فالرؤية الجيوإستراتيجية للأمن القومي الأمريكي تعتبر المساس بأمن مصادر النفط في الخليج العربي تهديد للأمن الوطني للولايات المتحدة الأمريكية، هذه النظرة الإستراتيجية تم اعتمادها بعد أن استخدم العرب ورقة النفط للضغط في حربهم ضد إسرائيل 1973.

يقول "فريدريك شومان" في دراسة له عام 1933 أنه: « في ظل نظام دولي يفتقد الحكومة المشتركة من الضروري لكل دولة أن تعمل على حماية أمنها وبالاعتماد على قدراتها الخاصة، ولكن عليها أن تحذر من قوة الدول المجاورة لها»⁽¹⁶⁾.

أما الواقعية الجديدة (البنوية) فترى أن سبب النزاعات والحروب هو الصراع الدائم وراء المصالح من طرف الدول، كما أن بعض الدول تقوم بالحرب لأجل تحقيق أمنها القومي وأن الفوضى تحدث نتيجة للإستراتيجيات الأمنية التي تعتمد عليها الدول لأجل تحقيق أمنها، وبذلك طرحت الواقعية الجديدة فكرة المأزق الأمني الذي حدده **Robert Jervis** على أنه: «تلك الوضعية التي تعمل فيها الدول على زيادة أمنها وإضعاف أمن الآخرين»⁽¹⁷⁾.

لقد أكد "جوزيف كاميلي" على أن: « سبب زيادة الدولة لقوتها العسكرية هو شعورها بنسبة أقل من الأمان، وتكديسها للأسلحة العسكرية لأجل إخافة العدو وردعه، ولكن تراكم القدرات العسكرية الكبيرة يزيد فقد من الشعور بعدم الأمان، وبالتالي يؤدي إلى سباق تسلح عنيف لا نهاية له»⁽¹⁸⁾.

وينتج عن ذلك المأزق الأمني **Security Dilemma** الذي يحدث بسبب الإستراتيجية التي تتخذها الدولة في إطار زيادة قدراتها الأمنية، لأغراض قد تكون دفاعية فقط، ولكن تفسر من طرف الدولة الثانية على أنها لأغراض هجومية تستهدف أمنها⁽¹⁹⁾.

4. التصور النقدي للأمن:

لقد أكد **Jean-Jacques Roche** في كتابه **“Théories des relations internationales”** على أن النظرية النقدية هي نتاج مدرسة **Francfort** أين دار نقاش حول التطور التاريخي للبناء الاجتماعي⁽²⁰⁾.

أما مدرسة كوبنهاجن لعبت دورا كبيرا قدمت من خلاله إطار نظري يثبت أن الأمن مفهوم ديناميكي وليس ثابت ويخضع للبيئة الاجتماعية، وبذلك يمكن توسيعه إلى مجالات وأبعاد أخرى وليس فقط القوى العسكرية للدول (القطاع العسكري)، ومن هنا برزت فكرة الأمن في إطاره الموسع، لأن التهديدات اللاتماثلية (من غير الدول) التي برزت خاصة بعد نهاية الحرب الباردة لم تكن مألوفة من قبل وعجزت القوة العسكرية على التصدي لها، لأن مثل هذه القوة تكوينها مركز على صد العدوان الخارجي للدول وليس على معضلة الأمن الداخلي.

لقد أجرى **Barry Buzan** دراسة حول التعقيدات الأمنية في ثمانينيات القرن الماضي **“Regional Security Complexes”** على مجموعة من الدول لها نفس الاهتمامات الأمنية، حيث درس المساحة الجغرافية الموجودة ما بين الأقاليم التي تتميز بالاضطرابات الأمنية وعدم الاستقرار، من ناحية وجود أشكال عديدة للنزاع، مروراً بالدول المؤمنة والتي تشكل تهديدا لبعضها البعض، ولكنها خففت من حدة ذلك من خلال بعض الترتيبات، أما مجتمعات الأمن الجماعي لم تعد في حاجة إلى اتفاقيات تفرض الاستخدام المتبادل للقوة، كما حدد **Barry Buzan** عوامل الاستقرار الإقليمي فيما يلي⁽²¹⁾:

1- عدد الدول الفاعلة في وضع أممي معقد ومحدد.

2- طرق التعامل العدائية والودية.

3- توزيع القوة بينهما.

تركز المقاربات الحديثة للأمن وعلى رأسها النظرية النقدية على الفرد كموضوع أساسي للأمن، لأن العمل على حماية الجماعة الإنسانية عامة يؤدي إلى البحث عن وسائل وإستراتيجيات لضمان الأمن العالمي الشامل **Global Strategy** والأمن البشري وهما مفهومات أساسيان للنظرية النقدية في الدراسات الأمنية⁽²²⁾.

إن تجديد الدراسات الأمنية الذي انفرد به **Barry Buzan** انطلق من عدم اقتناعه وكذا الحاجة إلى تطبيق النظرية مع الواقع الأمني، وبذلك مهد للدراسات النقدية بداية من الثمانينيات، لأن الأمن الموسع أصبح ضرورة تفرض نفسها حيث أن فكرة بقاء الدولة لم تعد مبنية على تهديد القوة العسكرية بل أصبح من الضروري إدماج أبعاد أخرى اقتصادية، سياسية، بيئية ومجتمعية، لقد استطاعت مدرسة كوبنهاجن **“Research Copenhagen Peace Institute”** أن تتميز بأبحاث **Barry Buzan** وأول ويفر **“Olo Weaver”** بناء إطار نظري للدراسات الأمنية خلال التسعينيات وتميزت بالمفهوم الموسع للأمن بقطاعاته الخمسة (عسكري- سياسي- اقتصادي- مجتمعي- بيئي)⁽²³⁾.

ثانياً: مصادر التهديدات الإقليمية لأمن الجزائر.

لقد أصبح العالم في ظل العولمة أكثر تعقيداً⁽²⁴⁾ وهي بيئة دولية جديدة للأمن تتسم بزيادة التفاعلات بين البشر والمجتمعات وزيادة الانتشار في التبادلات عبر القومية، ومن ضمنها انتشار التهديدات الأمنية المختلفة⁽²⁵⁾ والجديدة والتي تتمثل في الإرهاب وتجارة المخدرات والأسلحة الصغيرة والجريمة المنظمة، وهي تهديدات أولى بالمواجهة في ظل العولمة⁽²⁶⁾.

والجزائر بحكم موقعها الجيوإستراتيجي تعرف تعقيدات أمنية متشابكة، تضاعفت بسبب تداعيات الأزمة الليبية (الربيع العربي 2011) وأبعادها الإقليمية، إذ ولأول مرة منذ حرب الرمال 1963 أصبح الأمن الوطني مهددا من دول الجوار، لكن هذه المرة مصدر التهديد الخارجي يختلف عن قوة عسكرية مصدرها العدوان، بل أخطر من ذلك لأنه يتمثل في مجموعة تهديدات لاتماثلية تختلف من حيث النوع والمصدر وسرعة الانتشار وهي ذات أبعاد إقليمية.

وعليه نحلل الأمن في بعده الإقليمي، حيث ميز **Barry Buzan** بين مستويين رئيسيين لتحليل القضايا الأمنية وهما المستوى الإقليمي والمستوى العالمي، مع إقراره بصعوبة وضع حد فاصل بين ما هو إقليمي وما هو عالمي، فنتيجة للعولمة يزداد التأثير للديناميكيات الأمنية إقليما حتى ولو كان التهديد مصدره دولة واحدة، ولنا المثال الحيّ في الأزمة الليبية التي تعدت كونها مشكلة أمنية وطنية وأصبحت معضلة أمنية إقليمية⁽²⁷⁾ تضررت منها دول المنطقة بكاملها خاصة دول الساحل الصحراوي الفاشلة، والتي عرفت أزمات أمنية حادة ومعقدة (قوس الأزمات)، نتيجة لهشاشة بنيتها وضعف قدراتها الدفاعية وإمكاناتها الاقتصادية.

لقد ازدادت المتاعب الأمنية لدول المنطقة بسبب التدخل الخارجي، « حيث يؤدي الوجود العسكري الأجنبي على أراضي دولة ما، إلى تورطها في صراعات نابعة من خارج محيطها، ولا تهدد بالضرورة أمن الدولة صاحبة الوجود، ولكنها تتورط فيها بناء على تقدم مصالحها»⁽²⁸⁾.

ونظراً للأهمية الجيوإستراتيجية لمنطقة المغرب العربي هي نموذج آخر المفتاح التدخل الأجنبي لأنها تقع ضمن دائرة اهتمام المصالح الغربية⁽²⁹⁾، وتتقارب اهتماماتها الأمنية بحكم قربها من أوروبا، واعتبارها مصدر ومنطقة عبور تهديدات الأمن الأوروبي خاصة في قضايا الإرهاب والهجرة غير الشرعية. « وعليه فالأوروبيون يركزون على أولوية الأمن على التعاون وكذلك حكومات دول المغرب العربي، هذه الآلية فرضت عقب نهاية الحرب الباردة وانفجار نزاعات داخلية في عدد من دول جنوب

المتوسط وإن كان للتعاون كذلك أبعاد أمنية»⁽³⁰⁾، خاصة الأزمة الأمنية التي عرفتها الجزائر بداية من جانفي 1992 والتي دامت عشرية كاملة، أين كانت أوروبا حاضنة وداعمة للجماعات المسلحة لضمان استمرار تدخلها في الشؤون الداخلية للجزائر، وفي إطار التنافس الأمريكي الفرنسي على المنطقة.

لقد نتج عن التدخل العسكري في ليبيا إفشال الدولة وبروز تهديدات صلبة للأمن الإقليمي عامة والأمن الوطني الجزائري خاصة، حيث تعرض أمن دول الجوار لتهديدات أمنية مباشرة وخطيرة، ولنا المثال الحيّ في الهجوم الإرهابي على تفتنورين 2013، هذه الحادثة الأمنية بيّنت للحلف الأطلسي بأنه ارتكب حماقة كبيرة بإسقاطه النظام الليبي ! وبالتالي وقعت في خطأ إستراتيجي أمني تصعب معالجته، لأن تداعيات التدخل العسكري في ليبيا مست المصالح الأوروبية في المنطقة، وضربت تهديدات الهجرة والإرهاب والعنف لأن أمن أوروبا وحلفائها في الداخل، على عكس المقاربة الجزائرية فيما يتعلق بالتدخل العسكري في ليبيا والتي كانت رافضة لذلك، لأنها تدرك تمام الإدراك أن التدخل الأجنبي يتفاعل عضويا ووظيفيا مع زيادة الفوضى وتفاقم الأزمة، ولنا الدرس في التدخل الأمريكي على العراق !

وبذلك أصبح الأمن الوطني مهددا مباشرة من تداعيات الأزمة الليبية، وهو الأمر الذي ضاعف المتاعب الأمنية لدى الحكومة الجزائرية خاصة في ظل حدود طويلة وبيئة صحراوية قاسية تتطلب إمكانات عسكرية واقتصادية وبشرية ضخمة، لأجل ضبط وحماية حدود التراب الوطني.

إن انعكاسات تهديدات الأزمة الليبية على الأمن الوطني خاصة والأمن الإقليمي عامة، زادت من ديناميكية الجماعات الإرهابية والجريمة المنظمة ومافيا التهريب في دول الساحل، بسبب التدفق الكبير للأسلحة الليبية على المنطقة، خاصة في دولتي النيجر ومالي، ولنا المثال الحيّ في الأزمة المالية، والتدخل الفرنسي الذي ضاعف المتاعب الأمنية. ونتيجة لذلك أصبحت دول الساحل البيئية

الحاضنة التعقيدات الأمنية، وهي دول أصلا تعاني من الفشل الدولاتي والهشاشة، وضاعفت الأزمة الليبية معاناتها الأمنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، وهو الأمر الذي جعلها مصدر التهديدات الأمنية الإقليمية الجديدة.

« الدول الإفريقية عبارة عن مجتمعات قديمة ودول حديثة، وما زال الولاء للعرق قويا داخل الإطار القومي، وازداد منذ خروج الاستعمار إن هناك عودة للقبيلة **Retribalization** أو إحياء للوعي القبلي في الدول الإفريقية الحديث، ففي دراسة ميدانية لـ "بورت نرفو" خرج C. "Tardits" بأنه: « بدلا من أن يتفكك النظام القبلي فإن الإفريقي يزداد إحساسه القبلي»⁽³¹⁾. ولا تزال الدول الغربية تستخدم قضايا المكوّن القبلي والإثني والأقليات التي تجمعها عوامل مشتركة كاللغة والتاريخ والثقافة والأصل والدين⁽³²⁾ للتدخل الأجنبي في المنطقة، في بعض القضايا الإقليمية، والشؤون الداخلية لبعض الدول التي لا تزال تعاني من الموروث الاستعماري.

حسب "برهان غليون": « لم تطرح مسألة الأقليات في أي حقبة من حقبة التاريخ العربي الإسلامي بالحدّة التي تطرح بها اليوم»⁽³³⁾.

ولا تزال الجزائر مهددة في أمنها الوطني بسبب الأزمات الأمنية المتتالية التي يحدثها التدخل الأجنبي على مستوى قبائل الطوارق، للضغط على الحكومة الجزائرية لتقديم بعض التنازلات في القضايا الإقليمية التي يختلفون معها في وجهة النظر، مثل القضية الصحراوية، لذلك كل ما تقوم الدبلوماسية الجزائرية بمجهود كبيرة للتوصل إلى اتفاق سلام، تعمل الأطراف المعادية على تقويضه وإفشاله! فالسلام المتوصل إليه يحمل في طياته الهشاشة لأن أطرافه لها الولاء للقبيلة بدل الدولة، وللخارج بدل الداخل.

وبذلك تعتبر دول الساحل الصحراوي مصدر لتهديدات الأمنية الإقليمية الجديدة، بسبب معاناتها من الفقر، نتيجة لتعرضها للأزمات والصراعات والجفاف والتصحر والأمراض والانقلابات العسكرية، لقد أكد "ميشال كامدسيس" Michel Camdessus المدير السابق لصندوق

النقد الدولي -FMI- سنة 2000 على أن: « الفقر هو التهديد الأساسي الشامل الذي تواجهه البشرية، إذ تحمل الفجوات المتوسعة بين الأمم الغنية والفقيرة إمكانية انفجار اجتماعي، إذا ما ترك الفقر بدون أمل فإن الفقر سيقوض المجتمعات من خلال المواجهة، العنف والفوضى الأهلية»⁽³⁴⁾.

يبقى الفقر مصدراً أساسياً للتهديدات الإقليمية، خاصة في ظل غياب التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، لأن الواقع أثبت لنا بأنه أينما يوجد التخلف والفقر توجد الفوضى والنزاعات والحروب وانعدام الأمن. في ظل الانتهاكات الحادة لحقوق الإنسان. «إن التهديدات المروعة لحياة البشر والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان هي من أكبر التحديات للأمن الإنساني»⁽³⁵⁾.

ففي ظل هذا المناخ تتضاعف التهديدات الأمنية، مثل الهجرة والجريمة المنظمة والاتجار بالبشر ومختلف الآفات الاجتماعية، وفي ظل العولمة التي لا تعترف بالحدود السياسية، تزحف هذه المخاطر والتحديات إلى دول الجوار الجغرافي، أين يكون لها تأثير مباشر على الأمن الوطني، وواقع الهجرة غير الشرعية في الجزائر اليوم (2017) يعكس ذلك، فالمهاجرون موجودون في كل مكان بكل ما يحملونه من تهديد للأمن الوطني، لأن المهاجر بطرق غير قانونية لا يمكننا إثبات هويته، أو انتمائه، أو أي مرض ينقل؟ أو أي جماعة ينتمي إليها؟ بغض النظر عن الديانة واللغة، كما يمكن أن يستخدم في جرائم ضد أمن الدولة مثل الجوسسة! والتزوير، فالواقع الأمني أثبت بالأدلة تورط المهاجرين في عدة قضايا أمنية، وللتذكير نحن هنا لسنا بدعاة التمييز العنصري، ولكن هي ضرورة أمنية، فالتفكير الواقعي بمنطق حماية المصالح الوطنية يجعلنا نضع الأخلاق جانباً.

كذلك يتعرض أمن الجزائر لأخطر مصدر من مصادر التهديدات الإقليمية، والذي يتمثل في إستراتيجية إغراق التراب الوطني بالمخدرات، سواء على مستوى الحدود الغربية (الحشيش)، أو على مستوى الحدود الجنوبية (الكوكايين)، ولسنا هنا بصدد المبالغة لأن الكميات المحجوزة من طرف المصالح الأمنية تجعلنا ندرك مدى خطورة التهديد! لقد استطاعت الجماعات المسلحة على مستوى

الحدود في دول الجوار، أن تسيطر على إدارة عمليات التهريب ويتواطئ من جماعات مختلفة فاعلة في المنطقة عبر طرق ومنافذ يدركونها جيدا⁽³⁶⁾، وبذلك أصبح الأمن المجتمعي مهددا بالإدمان والتفكك، لأن الفرد المدمن يكون ولاءه للجهات الممونة للسلعة ولا يهتمه الأمن الوطني، والواقع الأمني أثبت لنا مدى خطورة الجرائم التي ترتكبها هذه الفئة.

«لا تزال المجموعات الضاربة التي تنخرط في العنف الإجرامي وتستغل الفوضى التي يقدمها اقتصاد الحرب تنتشر في مناطق النزاع، وتمارس العنف المسلح الذي يعكس مجموعة دوافع الجهات الفاعلة المسلحة وهوياتها ومستويات نشاطها»⁽³⁷⁾.

كما لا يمكننا إغفال التهديدات التي فرضتها ثورة المعلومات على الأمن الوطني، وليس في إمكان الدولة ضبطها بسبب التطور المذهل والمتنامي للمعلوماتية⁽³⁸⁾.

ولذلك أكدت "إليزابيث سكونز" على أن: «قلة هي النزاعات المسلحة الرئيسية داخل الدول التي تبقى محتواة في البلد نفسه، فغالبا ما يكون لها تأثير في البلدان المجاورة، حيث تتأثر بلدان الجوار بقوة في الغالب من اضطراب الأنشطة الاقتصادية وتدفق اللاجئين»⁽³⁹⁾.

ثالثاً: الإستراتيجية الأمنية لمواجهة التهديدات الإقليمية.

يرى جون ميرشيمر **Johns Mearsheimer** أن السلوك الإستراتيجي للدولة هو: «مجموعة الخطوات المتخذة من قبل الدولة من أجل كسب الحرب أو منعها، واحتواء معتدي أو الحفاظ على توازن القوى، أو القضاء على تهديد معين للأمن القومي»⁽⁴⁰⁾.

أما الجنرال "بوفر" فيرى أن: «الهدف من الإستراتيجية العسكرية هو تأمين بالوسائل العسكرية الشروط التي تتحقق فيها الأهداف التي وضعت لها»⁽⁴¹⁾. ويجب أن تتوافق الأهداف السياسية والإستراتيجية للدولة، مع قدراتها الدفاعية.

تتضمن الإستراتيجية أهداف المصلحة الوطنية التي تسعى الدولة لحمايتها، في مختلف المجالات خاصة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وبالدرجة الأولى زيادة حماية الأمن الوطني من خلال محاربة التهديدات، ويرى "كيسنجر" أنه: « لتطوير إستراتيجية الحرب المحدودة يجب إدراك المصالح التي لا تصل أهميتها إلى حد تهديد وجود الدولة أو بقائها». كما انه على صانع القرار أن يمتلك القدرة على ضبط الرأي العام⁽⁴²⁾.

أما سياسات الأمن الوطني فتعرف بأنها: « ذلك الجهد المخطط والمنظم الذي يصدر عن الدولة لتنمية ودعم الأنشطة الرئيسية، السياسية، الاجتماعية والتربوية، والاقتصادية، والعسكرية، ودفع أي تهديد أو أي أضرار داخلية أو خارجية بتلك الأنشطة»⁽⁴³⁾.

إن تصدي الدولة للتهديدات الفعلية والمحتملة على المستوى الداخلي أو الخارجي ليس بالعملية السهلة، فهي عملية صعبة ومعقدة تتطلب تجنيد كل الوسائل المادية والبشرية والمالية: المدنية والعسكرية، وكل أجهزة الدولة لأجل وضع خطة إستراتيجية الهدف منها هو تأمين قطاعات الدولة وحشد طاقاتها استعدادا لأي عدوان خارجي. ويشمل إعداد الدولة للدفاع عدة عناصر تتمثل في: إعداد السياسة الخارجية، والقوات المسلحة، والاقتصاد الوطني، وأراضي الدولة وأجهزتها والشعب⁽⁴⁴⁾.

ويجب على الدولة أن تولى كل الاهتمام البالغ لجميع المخاطر والتحديات في بيئتها الداخلية والخارجية، وتحاول خلق نوع من التوازن بين التهديدات الداخلية والخارجية للأمن الوطني، والقيام بتعطيل العملية التنموية بحجة تركيز الجهود على محاربة التهديدات الخارجية هو خطأ إستراتيجي يؤدي إلى إضعاف الجبهة الداخلية واختراقها⁽⁴⁵⁾.

إن دراسة مصادر التهديدات تسهل عملية صناعة السياسة الأمنية الوطنية وفق مراحل أساسية تتمثل في⁽⁴⁶⁾:

- إدراك التهديدات في بيئة الدولة الداخلية والخارجية.
 - رسم إستراتيجية تنمية قوى الدولة والحاجة إلى الانطلاق المؤمن لها.
 - توفير القدرة على مواجهة التهديدات.
 - اتخاذ إجراءات مواجهة التهديدات.
- كما أن عملية صناعة سياسة أمنية وطنية بأبعادها الداخلية والخارجية يدب أن تأخذ في الاعتبار مستويات الأمن الوطني، والتي تتمثل في:

المستوى الأول: الأمن المتعلق بالحياة اليومية للمواطن.

المستوى الثاني: المتعلق بالاستقرار الأمني، وبالأمن والسلوك الاجتماعي.

المستوى الثالث: المتعلق بأمن الكيان الوطني، وضمن المصالح الوطنية أمام الصراعات والعدوان.

هذه المستويات هي حلقات مترابطة ومتشابكة لصناعة السياسات والإستراتيجيات الأمنية⁽⁴⁷⁾.

عندما تبحث الدولة عن منهج تحقق من خلاله أمنها الوطني تجد نفسها أمام خيارين⁽⁴⁸⁾:

- **الأول:** تركز جهودها على زيادة قوتها ونفوذها وسيطرتها إلى أقصى حد ممكن، وهو طرح يؤكد على أن أمن الدولة هو صورة عاكسة لقوتها، وهو ما يكرس الصراع الدولي.
- **الثاني:** تركز جهودها من أجل زيادة التعاون بين الدول وبالتالي إضعاف دور القوة في العلاقات الدولية، وهو طرح يؤكد على أن الأمن الوطني يحققه تعاون وحسن الجوار.

ولكن التسليم بذلك هو في حد ذاته تهديد للأمن الوطني، لأن اعتماد زيادة القوة يخلق المأزق الأمني ما بين الدول ويزيد من حدة السباق نحو التسلح، وبالتالي شعور دائم بعد الأمن، كذلك إهماله يؤدي إلى ضعف الدولة، أما الخيار الثاني الذي يركز على التعاون وحسن الحوار هو طرح جميل ومثالي، لكن هو تهديد للدولة لأنه ليست جميع دول الحوار مسالمة مثل الجزائر، فهناك من له أطماع توسعية، لذلك على السياسات الأمنية العليا للبلاد أن تركز على الخيارين.

إن القول أن الإستراتيجيات والسياسات الأمنية تصنع لأجل مواجهة مصادر التهديدات الداخلية والخارجية، هو طرح يناقضه الكاتب "أحمد داود أوغلو" في كتابه "العمق الإستراتيجي: موقع تركيا ودورها في الساحة الدولية"، حيث يرى أن: « الدول التي تمتلك طموحات معينة تقوم بتحديد التهديد الذي يواجه إستراتيجيتها، أما الدول السلبية فتقوم بتكوين إستراتيجيات حسب تصوراتها الخاصة للتهديد»⁽⁴⁹⁾.

كما لا يمكن أن نتكلم عن دولة آمنة إلا إذا كانت خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فعّالة، خاصة في الجانب الاقتصادي أين يتحقق الأمن الوظيفي للفرد، مما يجعله فعال في المجتمع. وتساهم التنمية على المستوى الإقليمي في زيادة فعالية الديناميكية الاقتصادية والتجارية، مما يؤسس لروابط اجتماعية بين الدول⁽⁵⁰⁾.

التنمية الاقتصادية هي أساس بناء الإستراتيجيات والسياسات الأمنية وبالتالي هي شرط محوري وجوهري لتحقيق الأمن الوطني، فالوضع الاقتصادي للجزائر خلال التسعينيات عانى كثيرا من صدمات خارجية وداخلية، بسبب تهديدات خارجية تمثلت في المديونية وتراجع أسعار النفط⁽⁵¹⁾، وهو الأمر الذي أطلت وفاقم الأزمة الأمنية خلال عشرية الحث عن الأمن (1992-2002).

فالدولة مطالبة بإعادة النظر في بنيتها المؤسسية وفي طريقة إدارتها للأمن الوطني، نحو أساليب وطرق جديدة خاصة فيما يتعلق بالتعاون الأمني على مستوى المنظمات الدولية والإقليمية والعالمية، نتيجة للطبيعة الدولية للتهديدات الأمنية⁽⁵²⁾.

ويبقى الأمن في المنطقة رهينة لاهتمامات الدول المتنافسة في إطار حرب المصالح، ولم يعد يقتصر على النفوذ الفرنسي، وإنما دخلت روسيا والصين والولايات المتحدة الأمريكية التي وضعت إستراتيجية الأفريكوم.

لقد أكدت "كلوديا أنياسو" مديرة مكتب الدبلوماسية العامة والشؤون العامة لإفريقيا في وزارة الخارجية الأمريكية على أنه: « بعد خمسين عاما بدأت وزارة الدفاع بالتسليم بأهمية إفريقيا الإستراتيجية»⁽⁵³⁾.

كما أكدت "كوندوليزا رايس" وزيرة الخارجية الأمريكية سابقاً على أن: « اهتمام القوى العظمى لا يقتصر على شؤونها فقط»⁽⁵⁴⁾.

ولا يمكننا إغفال تأثير المتغيرات الإستراتيجية والتي أدت إلى اختلافات في نوعية وحجم المخاطر والتهديدات الناجمة عن فراغات القوة والنزاعات الإقليمية، التي أنتجت أوضاعاً أمنية متأزمة، ومشكلات إستراتيجية تتعلق بوسائل وطرق محاربة هذه التهديدات التي يعتبرها العالم مهددة للأمن الدولي⁽⁵⁵⁾.

وتلخص الدراسة إلى أن التهديدات الإقليمية مفروضة على الجزائر، لأن دول الجوار مصدر لها، وبذلك لا تستطيع ضبطها ومحاربتها خارج حدودها، وأن هناك جهود كبيرة من طرف الدولة خاصة على مستوى ضبط الحدود، ولكن الثغرات الأمنية موجودة، ولنا المثال في حازمة تيفنترون (2013)، كما توجد قضايا عالقة مع دول الجوار تهدد بالتدخل الأجنبي. لخص "كامل داود" وهو

كاتب مقالات ذلك في قوله: « إن الوجود العسكري الغربي عند المحاصرة الجنوبية للبلاد ضار بالنسبة للجزائر المحاصرة بالفعل بجزيران غير ودودين»⁽⁵⁶⁾، كان يقصد التدخل الفرنسي في مالي (2013).

ولمواجهة التهديدات الأمنية الإقليمية يجب اعتماد سياسات وإستراتيجيات أمنية تعتمد على متغيرات البيئة الداخلية والخارجية للأمن الوطني، حسب أولوية المصالح الوطنية باعتماد الخطوات التالية:

- 1- مضاعفة دعم الجهود التنموية خاصة على مستوى المناطق الحدودية في الجنوب.
- 2- مضاعفة جهود مكافحة تهريب المخدرات لضمان الأمن الصحي للأفراد.
- 3- محاربة الهجرة غير الشرعية لأنها ناقل للتهديدات.
- 4- الاستمرار في محاربة بقايا الجماعات، لأن كميات الأسلحة التي يضبطها الجيش يومياً تبيّن أن نوايا الجماعات ليست بريئة.
- 5- مضاعفة جهود ضبط الحدود، بالاعتماد على وسائل أكثر تطوراً مثل الطائرة بدون طيار، لأن البيئة قاسية.
- 6- مضاعفة الجهود الاستخباراتية المتعلقة بالأمن الوطني، مع تجنب التضيق على الحريات.
- 7- إدارة الأزمات الداخلية بسرعة وفعاليتها، لأن أي تأخر يعطي الفرصة للتدخل الأجنبي مثل سرعة التدخل في أزمة تيفنتروين قطعت الطريق على المساومة من أجل التدخل الأجنبي.
- 8- محاربة الفساد لأنه يقوض كل الجهود السابقة.

ثانياً: التعاون مع دول الجوار.

لأن العلاقات الإقليمية تركز على « الاعتماد المتبادل وهو عند أنصار الوظيفة الجديدة يتمثل في وجود علاقات وظيفية بين مجموعة من الأطراف، و كل طرف ينتج وظيفة ويتلقى حاجة، وأي خلل يحدث في بيئة طرف معين يؤثر مباشرة في بيئات الأطراف الأخرى»⁽⁵⁷⁾.

ويمكن تحقيق ذلك عن طريق:

- 1- مساعدة دول الجوار الفاشلة اقتصاديا، لأنها مصدر التهديدات الأمنية الإقليمية للأمن الوطني، وفي كلتا الحالتين تدفع الجزائر فاتورة الأمن سواء بمساعدة جيرانها مباشرة أو عليها تحمل تبعات وأعباء الهجرة غير الشرعية « الوقاية خير من العلاج».
- 2- التعاون السياسي والأمني مع دول الجوار، لأن تهديدات العولمة عابرة للحدود ولا يمكن محاربتها داخل التراب الوطني فقط.
- 3- الوساطة في حل أزمات دول الجوار ومتابعتها.
- 4- مضاعفة جهود هيئة قيادات الأركان المشتركة.

الهوامش

- 1- القرآن الكريم: سورة النحل، الآية 112.
- 2- ينظر، عبد الله بن عبد المحسن التركي، الأمن في حياة الناس وأهميته في الإسلام، ص12.
- 3- سميح دغيم، موسوعة مصطلحات العلوم الاجتماعية والسياسية في الفكر العربي والإسلامي، ط1، لبنان: بيروت، ناشرون، 2000، ص ص 169 - 170.
- 4- مارتن غريفيش، تيري أوكالاهان، المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، ط1، الإمارات العربية المتحدة: دبي، مركز الخليج للأبحاث، 2008، ص 78.
- 5- عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسة، ج1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ص331.

- 6- غراهام إيفانز، جيفري نويهام، قاموس بنغوين للعلاقات الدولية، ترجمة: مركز الخليج للأبحاث، ط1، مركز الخليج للأبحاث، 2004، ص 671.
- 7- خليل حسين، نظام الأمن الإقليمي في القانون الدولي، ص 14.
<http://www.bnkhalilhussein.blogspot.com> (2009/01)
- 8- محمد عوض الهزاعمة، قضايا دولية: تركة قرن مضى وحمولة قرن أتى، ط1، الأردن، عمان، 1425 - 2005، ص 78.
- 9- صالح زباني، "تحولات العقيدة الأمنية الجزائرية في ظل تنامي تهديدات العولمة"، مجلة المفكر العدد (5)، جامعة بسكرة، ص 288.
- 10- سليمان عبد الله الحربي، "مفهوم الأمن: مستوياته وصيغته وتهديداته: دراسة نظرية في المفاهيم والأطر"، المجلة العربية للعلوم السياسية، ص 27.
- 11- آلان بلانتي، في السياسة بين الدول مبادئ في الدبلوماسية، ترجمة: نور الدين خندودي، ط1، الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2006، ص 76.
- 12- سعد حقي توفيق، مبادئ في العلاقات الدولية، ط3، الأردن: عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2006، ص 93.
- 13- عبد العزيز جراد، العلاقات الدولية، الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1992، ص 46 - 47.
- 14- هبة الله أحمد خميس بسويوني، فلسفة العلاقات الدولية، ط1، مصر: الإسكندرية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، 2012، ص 296.
- 15- عامر مصباح، تحليل السياسة الخارجية، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2010، ص 97.
- 16- جيمس دورتي، روبرت بالاستغراف، النظريات المتضاربة في العلاقات الدولية، ترجمة: وليد عبد الحفي، ط1، لبنان: بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، 1406 - 1985، ص 61.
- 17- عامر مصباح، الاتجاهات في تحليل العلاقات الدولية، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 230 - 231.
- 18- عبد الخالق عبد الله، العالم المعاصر والصراعات الدولية، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، العدد (133)، يناير 1989، ص 79.

- 19- سمير قلاص ضروس، مقدمة في دراسات السلام والأمن في نظرية العلاقات الدولية، ط1، الجزائر: وهران، دار ابن ندیم للنشر والتوزيع، 2017، ص 105.
- 20- Jean Jacques Roche, Théories des relations internationales, 4^{ème} édition, paris, édition entièrement refondue, pp. 189- 190.
- 21- محمد أحمد عبد الغفار، فض النزاعات في الفكر والممارسة الغربية: دراسة نقدية وتحليلية لدبلوماسية الوقائية وصنع السلام، ج1، الجزائر: دار هومة، 2003، ص 186.
- 22- منيرة بلعيد، "الديناميكيات الجديدة في الإقليم المتوسطي: دور الجزائر الأمني كفاعل في المنطقة"، ورقة مقدمة في: الملتقى الدولي: الجزائر والأمن في المتوسط واقع وآفاق، المنظم من قبل: فرع العلوم السياسية والوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي، ومركز الشعب للدراسات الإستراتيجية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص 2.
- 23- شوقي مريم، "التصور الأمني لمدرسة كوبنهاجن"، ص 01.
<http://www.M.ahewar.org/s.asp> (2014/1)
- 24- Michel Bergès, Penser les relations internationales, l'université du Québec à Chicoutimi, paris, l'Harmattan, 2008, p 28.
- 25- عبد القادر عبد العالي وآخرون، فهم الأمن القومي الجزائري من مدخلي الأمن الوطني والدفاع الوطني، ط1، الأردن: عمان: دار حامد للنشر والتوزيع، 1435- 2015، ص ص 101- 102.
- 26- محمد السيد سليم، تطور السياسة الدولية في القرن التاسع عشر والعشرين، ط1، مصر: القاهرة: دار الأمين للنشر والطباعة والتوزيع، 1423- 2002، ص 654.
- 27- عامر مصباح، المنظورات الإستراتيجية في بناء الأمن، ط1، مصر: القاهرة، دار الكتاب الحديث، 1434- 2013، ص ص 304- 316.
- 28- أرشد مزاحم مجبل الغريزي، الاتفاقيات الأمنية والعسكرية العربية والأمريكية وأثرها على الأمن القومي العربي، ط1، الأردن: عمان، مركز الكتاب الأكاديمي، 2013، ص ص 248- 251.
- 29- إبراهيم أبو خزام، الحروب وتوازن القوى: دراسة شاملة لنظرية توازن القوى وعلاقتها الجدلية بالحرب والسلام، لبنان: بيروت، دار الكتاب الجديدة المتحدة، 2007، ص 263.
- 30- محمد بوعشة، التكامل والتنازع في العلاقات الدولية الراهنة دراسة في المفاهيم والنظريات، ط1، لبنان: بيروت، دار الجبل، 1420- 1999، ص 188.

- 31- محمد عبد الغني سعودي، قضايا إفريقيا، عالم المعرفة، العدد (34)، أكتوبر 1980، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ص ص 198-199.
- 32- Ashutash Varshney, "Ethnicity and Ethnic Conflicts", on the Oxford books of political science, chapter 12, first published, published in the United States by Oxford University Press, New York, 2007, p 217.
- 33- برهان غليون، المسألة الطائفية ومشكلة الأقليات، ط3، لبنان: بيروت، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسة، الدار العربية للعلوم ناشرون، 2012، ص 23.
- 34- كارولين توماس، "الحكومة العالمية للتنمية والأمن الإنساني"، ترجمة: محمد الصديق بوحريص، ص 5.
- 35- لجنة إدارة شؤون المجتمع العالمي: تقرير حيران في عالم واحد، ترجمة: مجموعة من المترجمين، دورية عالم المعرفة، العدد (201)، سبتمبر 1995، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ص 88.
- 36- ولفرام لاجر، "الجريمة المنظمة والصراع في منطقة الساحل والصحراء"، مؤسسة كارنيغي للسلام الدولي، 2012.
- <http://www.carnegieendowment.org> (2012/11/12)
- 37- إكاترينا ستيبانوفا، وآخرون، التسليح ونزع السلاح والأمن الدولي، الكتاب السنوي 2008، معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي، ترجمة: عمر الأيوبي وآخرون، لبنان: بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، نوفمبر 2008، ص ص 98-99.
- 38- عبد اللطيف علي المياح، وحنان علي الطائي، ثورة المعلومات والأمن القومي العربي، الأردن: عمان، مجدلاوي، ط1، 2003، ص 88.
- 39- إليزابيث سكوز، وآخرون، التسليح ونزع السلاح والأمن الدولي، الكتاب السنوي 2005، معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي، ترجمة: مجموعة، لبنان: بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 2005، ص 439.
- 40- عامر مصباح، نظريات التحليل الإستراتيجي والأمني للعلاقات الدولية، ط1، مصر، دار الكتاب الحديث، 2010، ص 119.
- 41- مجموعة باحثين، الإستراتيجية السياسية العسكرية، ج1، سوريا: دمشق، مكتبة دار طلاس، 2011، ص 369.
- 42- جيمس دورتي، مرجع سبق ذكره، ص ص 84-87.

- 43- فيصل بن معيض آل سمير، إستراتيجيات الإصلاح والتطوير الإداري ودورها في تعزيز الأمن الوطني، الأردن: عمان، الأكاديميون للنشر والتوزيع، 1435-2014، ص 33.
- 44- بلمول نسيم، وآخرون، فهم الأمن القومي الجزائري من مدخلي الأمن الوطني والدفاع الوطني، ط1، الأردن: عمان، دار حامد للنشر والتوزيع، 1435-2015، ص ص 49-50.
- 45- عبد اللطيف علي المياه، حنان عليه الطائي، مرجع سبق ذكره، ص 52.
- 46- هشام محمود الإقداامي، تحديات الأمن القومي المعاصر مدخل تاريخي سياسي، مصر: الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 2007، ص 68.
- 47- فايز محمد الدويري، الأمن الوطني، ط1، الأردن: عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2013، ص ص 76-77.
- 48- محمد رضا فودة، وآخرون، تحديات العالم العربي في ظل النظام العالمي الجديد، ط2، لبنان: بيروت، مركز الدراسات العربي الأوروبي، 1997، ص 144.
- 49- أحمد داود أوغلو، العمق الإستراتيجي: موقع تركيا ودورها في الساحة الدولية، ترجمة: محمد جابر برشلجي وطارق عبد الجليل، ط1، لبنان: بيروت، الدار العربية للعلوم ناشرون، 1431-2010، ص 86.
- 50- إجلال محمود رأفت، وآخرون، تحديات العام العربي في ظل النظام العالمي الجديد، نفس المرجع، ص 270.
- 51- عبد الفتاح عربال عميد فخري، وآخرون، تحديات العالم العربي في ظل النظام العالمي الجدي، نفس المرجع، ص 416.
- 52- عبد القادر عبد العالبي، وآخرون، مرجع سبق ذكره، ص 104.
- 53- خيري عبد الرزاق جاسم، "قيادة عسكرية أمريكية جديدة لإفريقيا فرصة أمريكية ومحنة إفريقية"، المجلة العربية للعلوم السياسية، ص 88.
- 54- باراج خاننا، العالم الثاني السلطة والسطوة في النظام العالمي الجديد، ترجمة: دار الترجمة، ط1، لبنان: بيروت، الدار العربية للعلوم ناشرون، 1430-2009، ص 21.
- 55- سعيد فاضل حسن، وآخرون، تحديات العالم العربي في ظل النظام العالمي الجديد، مرجع سبق ذكره، ص 421.
- 56- أنور بوخرص، "الجزائر والصراع في مالي"، مؤسسة كارنيجي، ص ص 19-20.
- endowment.orghttp://www.carnegie
- 57- عامر مصباح، المنظورات الإستراتيجية في بناء الأمن، مرجع سابق، ص 301

دور البنوك في الوقاية من تبييض الأموال

بلالة جيلالي طالب باحث في الدكتوراه

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة جيلالي ليايس

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/09

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/10

تاريخ إرسال القبول: 2017/12

مقدمة

تعد جريمة تبييض الأموال من بين أهم الظواهر الاقتصادية والمالية والنقدية غير المشروعة التي بدأت تتغلغل في اقتصاديات معظم الدول. متخذة من الأساليب التكنولوجية الحديثة وسيلة لإخفاء أنشطتها عن أعين رجال الأمن والقانون. كل ذلك نتيجة التطور المستمر في العمل المصرفي والمالي، سواء من ناحية الربط الإلكتروني والمالي بين البنوك، أو من ناحية الوسائل المصرفية الحديثة. الأمر الذي من شأنه تيسير عملية تبييض الأموال، نظرا لما توفره هذه التطورات من سهولة نقل الأموال عبر الحدود، كما أن افتراضية الحدود بين الدول جراء ما يعرف بالعمولة، جعلت الجريمة البيضاء موزعة على أقاليم جغرافية متباعدة مما أحر هذه الأخيرة في مكافحتها.

وحرصا من المشرع الجزائري على الوفاء بالالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي صادقت عليها الجزائر، لم يكتف بالتجريم فقط لمواجهة عمليا تبييض الأموال، وإنما لجأ إلى إصدار القانون رقم 05/01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما الذي تضمن العديد من الآليات الكفيلة بمكافحة جريمة تبييض الأموال، كما وضع مجموعة من الآليات المتعلقة بالبحث والتحقيق في جريمة تبييض الأموال من بينها إصدار المرسوم التنفيذي رقم 06/348 المؤرخ في 05 نوفمبر 2006 المتعلق بالتقسيم القضائي والذي بموجبه أنشأت محاكم ذات اختصاص موسع تختص في معالجة هذه الظاهرة، وتعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 06/22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، والذي جاء في إطار إصلاح المنظومة التشريعية والقضائية، وضمانا لفاعلية وسرعة التحقيق في القضايا المتعلقة بالجريمة المنظمة ومنها جريمة تبييض الأموال.

وعلى غرار التشريعات الأجنبية فقد تناول المشرع الجزائري المتابعة الجزائية للشخص المعنوي ضمن قواعد خاصة في المادة 51 مكرر من قانون العقوبات، بالإضافة إلى مجموعة من الأحكام الخاصة التي وضعت خصيصا لهذا الموضوع في قانون الإجراءات الجزائية .

والملاحظ على النصوص التي كرس بموجبها المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي خاصة على جريمة تبييض الأموال لم ترد أي إجراءات خاصة بمتابعة البنك، رغم أنه يعد أهم شخص معنوي يتم من خلاله تبييض الأموال.

وكان من الأحسن أن يخصص لمتابعة هذا الشخص قواعد خاصة، لن تلك القواعد العامة لا تحقق الملائمة مع طبيعة وخصوصية النشاط البنكي ، كما أنها تؤدي إلى الإضرار بالعمل المصرفي سواء بالنسبة للعملاء أو البنك.

وعليه لا بد من وضع نصوص تجريم خاصة بالأعمال البنكية فيما يخص المتابعة القضائية للمؤسسات المصرفية عن جريمة تبييض الأموال، لأنها تعاني من قصور خاصة في الجانب الإجرائي، إذ كتفت بوضع العقوبات فقط وهي لا تختلف عن العقوبات المقررة للشخص المعنوي عن الجرائم العادية، مع العلم أن جريمة تبييض الأموال من الجرائم الاقتصادية التي تفرض وضع نصوص خاصة تبين إجراءات التقاضي والمتابعة وحتى العقوبات في إطار قانوني يحقق الملائمة بين الطابع الردعي لهذه القواعد من جهة والحفاظ على الائتمان المصرفي من جهة أخرى.

ومن هذا المنطلق نطرح الإشكال التالي: ما هي إجراءات رفع الدعوى العمومية ضد البنك عن جريمة تبييض الأموال؟ وما هي العقوبات الموقعة على البنك في هذا المجال؟ وبذلك فإننا نتطرق لدراسة هذا الموضوع إلى الأحكام الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية ضد البنك عن جريمة تبييض الأموال (المطلب الأول) ، ثم نتطرق إلى العقوبات الموقعة على البنك (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الأحكام الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية ضد البنك عن

جريمة تبييض الأموال

إن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل إجراءات مباشرة الدعوى العمومية ضد الشخص الطبيعي يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي لاسيما البنك؟، أو هل أن هذا الأخير يخضع لإجراءات مباشرة الدعوى العمومية ضده لأحكام خاصة؟

إن تكريس التشريعات الحديثة لمبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي يعني خضوع البنك باعتباره شركة تجارية يتمتع بالشخصية المعنوية لإجراءات التحقيق والمحاكمة كأى شخص له وجود قانوني. غير أنه اختلفت القوانين في كيفية تنظيمها، فهناك من نظمها بنصوص خاصة ومنها من وحدها في إجراءات مباشرة الدعوى العمومية ضده مع الاحتفاظ بطابعه الخاص على أنه مؤسسة مصرفية مرتكبة لأحد الأفعال المكونة لجرمة تبييض الأموال. وعلى هذا الأساس يتم التعرض لإجراءات الضبط والتحقيق في هذه الجريمة (الفرع الأول) ، ثم يتم تسليط الضوء على الأحكام الخاصة بتحرك الدعوى العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجراءات الضبط والتحقيق في الجرائم البنكية المرتبطة بعمليات تبييض الأموال

إن الدعوى العمومية هي الأداة القانونية لإستيفاء حق الدولة في العقاب. فهي تخضع لإجراءات تدريجية تبدأ بمرحلة البحث والتحري من طرف أعوان الضبط القضائي، بعد فتح تحقيق تمهيدي للكشف عن الأدلة وجمع الاستدلالات لإثبات الواقعة الإجرامية.

إن هذه المرحلة يتخذ بشأنها إجراءات شبه قضائية تسبق إحالة القضية إلى النيابة العامة التي يعود إليها الاختصاص في عرض القضية على جهات التحقيق القضائي ، أو إحالة الملف مباشرة إلى جهات الحكم أو اتخاذ قرار بحفظ الملف وعليه سنتطرق إلى إجراءات البحث والتحري في الجرائم البنكية المرتبطة بتبييض الأموال (أولاً) ، ثم نتناول ضوابط التحقيق لهذه الجريمة (ثانياً).

أولاً: إجراءات البحث والتحري في الجرائم البنكية المرتبطة بتبييض الأموال

عملاً بنص المادة 27 من قانون الإجراءات الجزائية والتي جاء فيها على أنه ((يباشر الموظفون وأعوان الإدارات والمصالح العمومية بعض سلطات الضبط القضائي التي تناط بهم قوانين خاصة

وفق الأوضاع وفي الحدود المبينة بتلك القوانين)). يتبين من هذه المادة أن القوانين الخاصة بكل قطاع يعود لها الاختصاص المانع في إضفاء صفة ومهام الضبط الإداري لأعوانه مع بقاء خضوعهم في مباشرتهم لهذه المهام لأحكام المادة 13 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري¹. وتتمثل الفئات المحددة بقوانين خاصة المخول لها صفة الضبط القضائي في أعوان الجمارك²، وأعوان إدارة الضرائب³، ومفتشوا الأقسام والمفتشون والمراقبون التابعون لمصالح مراقبة الجودة وقمع الغش⁴، ومفتشوا العمل المكلفون بمعاينة المخالفات⁵، وأعوان البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية⁶، أما

¹ بوسقيعة أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، يبرقي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 16.

² المادة 41 من الأمر رقم 79-104 المؤرخ في 19 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الجمارك، الجريدة الرسمية، العدد 30 الصادرة في 1979/07/24.

³ المادة 504 من الأمر رقم 104/76 المؤرخ في 19 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الضرائب المباشرة، الجريدة الرسمية، عدد 70، الصادرة في 1977/02/02.

⁴ القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 التعلق بحماية المستهلك، الجريدة الرسمية، العدد 15 الصادرة في 2009/03/08.

⁵ المادة 140 من القانون رقم 03/90 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق باختصاصات مفتشية العمل، الجريدة الرسمية، العدد 06 الصادرة في 1990/02/07.

⁶ المادة 121 من القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد رقم 48، الصادرة في 2000/08/06.

موظفين البنوك فقد التزم المشرع الصمت بشأنهم مما يجعلنا نتساءل عن من هم أعوان الضبط القضائي في الجرائم البنكية، فهل تخضع لقواعد خاصة تملئها خصوصية العمل المصرفي؟.

اختلفت التشريعات في تنظيمها لهذه المسألة ، فهناك من أخضعها لنظام خاص، حيث تستقل الجرائم البنكية بقواعد خاصة ومن بينها التشريع المصري الذي حول موظفي البنك المركزي صفة مأموري الضبط القضائي وذلك عملا بنص المادة 130 من القانون رقم 88/03 الخاص بالبنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد والتي جاء فيها على أنه ((يكون لموظفي البنك المركزي الذي يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع محافظ البنك المركزي صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة للجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذا له وتكون متعلقة بأعمال وظائفهم)).

وبهذا يكون لموظفي البنك المركزي صفة الضابط القضائي حيث يحق لهم الإطلاع على المستندات والأوراق المتعلقة بكل الأعمال المصرفية والعمليات الائتمانية وكل الحسابات الخاصة بالبنوك لرقابة وإشراف البنك المركزي.¹

أما المشرع الجزائري فإنه لم يخضع قواعد الضبط القضائي في الجرائم البنكية لأحكام خاصة إلا بعد تعديله وإتمامه للقانون رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض بموجب الأمر رقم 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، حيث حول القانون لبنك الجزائر سلطة القيام ببعض مهام الضبطية القضائية في حالة الاستعجال بالبحث والتحري عن المخالفات ومعاينتها وإبلاغ اللجنة المصرفية بنتائج ذلك، حيث نصت في هذا الصدد المادة 108 مكرر من القانون السالف الذكر على ما يلي: ((

¹ هيثم عبد الرحمان البقلي، الأحكام الخاصة بالدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 164.

يمكن لبنك الجزائر في حالة الاستعجال أن يقوم بأي عملية تحري ويبلغ اللجنة بنتائج هذه التحريات)).

يلاحظ على هذه المادة أن المشرع قد اكتفى بالنص على تخويل بنك الجزائر صفة الضبط القضائي دون الإشارة إلى هذا المصطلح ودون توضيح أو أي تفسير، وإنما يستفاد ذلك من عبارات النص، أضف إلى ذلك فإنه ربط ممارسته لهذه السلطة بحالة الاستعجال، وهذا الأمر يثير إشكال آخر وهو عدم تحديد ما هي حالة الاستعجال. مما يفهم أن البحث والتحري في الجرائم البنكية يخضع كقاعدة عامة للقواعد المقررة للضبط القضائي المحددة في قانون الإجراءات الجزائية. ولا تكون خاضعة لإجراءات خاصة إلا استثناء، حيث يكون التحقيق التمهيدي من اختصاص بنك الجزائر واللجنة المصرفية.

هذه الأخيرة حول لها المشرع كذلك بعض سلطات الضبط القضائي كالتب في نتائج البحث والتحري التي توصل إليها البنك وكذلك إبلاغ الممثل الشرعي للمؤسسة المعنية بنتائج التحقيق فضلا عن استدعائه إلى مقر اللجنة والسماع إليه بمفرده أو مع وكيله.¹

فإذا كانت هذه القواعد تخص الضبط القضائي بصفة عامة للجرائم البنكية . فماذا عن جريمة تبيض الأموال عبر القنوات البنكية؟

¹ تنص المادة 114 مكرر من الأمر رقم 04/10 ((عندما تبنت اللجنة المصرفية فإنها تعلم الكيان المعني بالوقائع المنسوبة إليه عن طريق وثيقة غير قضائية أو بأية وسيلة أخرى ترسلها إلى ممثله الشرعي. كما تنهي إلى علم الممثل الشرعي للكيان المعني بإمكانية الإطلاع بمقر اللجنة على الوثائق التي تثبت المخالفات المعانية . يجب أن يرسل الممثل الشرعي للكيان المعني ملاحظاته إلى رئيس اللجنة في أجل ويستدعي الممثل الشرعي لكيان المعني بنفس القواعد المتبعة سابقا للاستماع إليه من طرف اللجنة ويمكن أن يستعين بوكيل)).

إن القوانين الخاصة بمكافحة هذه الجريمة بالإضافة إلى الأحكام السابقة باعتبارها جريمة بنكية فقد أخضعت التحقيق التمهيدي لهذه الجريمة لأحكام خاصة، إذ خول المشرع بموجب القانون رقم 01/05 الهيئة المتخصصة (خلية معالجة الإستعلام المالي) سلطات الضبط القضائي وذلك بحكم اختصاصها في جمع المعلومات والبيانات والبحث والتحري عن طبيعة الأموال ومصدرها وصاحبها التي تكون موضوع الإخطار بالشبهة.

كما تقوم في هذا الإطار بتحليل ومعالجة كل المعطيات التي ترد إليها سواء عن طريق البنوك أو عن طريق التقارير السرية المرسلة إليها من قبل السلطات المؤهلة كبنك الجزائر ومديريات الجمارك والضرائب وكذلك أصحاب المهن الحرة كالمحامين والموثقين والمحضرين القضائيين ... إلخ وذلك عملا بنص المادة 15 من الأمر رقم 02/12 التي نص على أنه ((تتولى الهيئة المتخصصة تحليل واستغلال المعلومات التي ترد إليها من السلطات المختصة والخاضعين قصد تحديد مصدر الأموال ووجهتها . كما يمكنها أن تطلب من السلطات المختصة أو من الخاضعين في إطار كل إخطار بالشبهة أو تقرير سري تسلمه، أي معلومات إضافية تراها ضرورية لممارسة مهامها)).

وتجدر الإشارة إلى أن سلطات الهيئة المتخصصة محدودة، غدا لا ملك الحق في التصرف في محاضر التحقيق والنتائج التي توصلت إليها، لأنها بعد الإنتهاء من ذلك ترسل الملف إلى وكيل الجمهورية المختص لأخذ ما يراه مناسبا وذلك تطبيقا لنص المادة 16 من القانون رقم 01/05 الآتي نصها ((تسلم الهيئة المتخصصة وصل الإخطار بالشبهة وتقوم بجمع كل المعلومات والبيانات التي تسمح باكتشاف مصدر الأموال أو الطبيعة الحقيقية للعمليات موضوع الإخطار وتقوم بإرسال الملف لوكيل الجمهورية المختص طبقا للقانون في كل مرة يحتمل فيها أن تكون الوقائع المصرح بها مرتبطة بجريمة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب)).

يستفاد مما سبق أن تحريك الدعوى العمومية في الجرائم البنكية عامة وجريمة تبييض الأموال خاصة تخضع للقواعد العامة، حيث تختص النيابة العامة كقاعدة عامة عن طريق ممثلها وكيل الجمهورية في تحريكها بناء على المحاضر والوثائق المرسلة إليها من الهيئات المتخصصة.

ثانيا: ضوابط التحقيق القضائي في الجرائم البنكية المرتبطة بتبييض الأموال

يعتبر التحقيق القضائي من أهم مراحل مباشرة الدعوى العمومية، لأنه من خلال النتائج المتحصل عليها يتقرر إما إحالة القضية إلى المحكمة المختصة للبدء في إجراءات المحاكمة إذا توفرت أسباب الاتهام، وإما ينتهي بصدور أمر من قاضي التحقيق بألا وجه للمتابعة إذا لم تكن الأدلة كافية للإتهام. ويتحدد اختصاص النيابة العامة من خلال الصفة والدرجة التي يحملها، فالنسبة للنائب العام يتحدد النطاق الإقليمي لنشاطه بنطاق المجلس القضائي الذي يعمل في حدود اختصاصه، أما وكيل الجمهورية ومساعديه فيتحدد اختصاصهم الإقليمي بنطاق المحكمة التي يباشرون فيها عملهم¹. غير أنه ورد في الفقرة الثانية من المادة 37 من القانون المذكور أعلاه استثناء على الاختصاص الإقليمي حيث يمتد لوكيل الجمهورية اختصاص خارج نطاق دائرة المحكمة الذي يمارس عمله فيها إلى محاكم أخرى في بعض الجرائم كجريمة تبييض الأموال... إلخ .

وهذا ما أكدته المادة 2/37 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي جاء فيها على أنه ((يجوز تمديد الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى عن طريق التنظيم

¹ تنص المادة 1/37 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه ((يتحدد الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية بمكان وقوع الجريمة ومحل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم فيها أو بالمكان الذي تم في دائرته القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى ولو حصل هذا القبض لسبب آخر)) .

في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بالمعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف)).

وإذا كان الأصل في تحريك الدعوى العمومية من اختصاص النيابة العامة في القانون الجزائري، فهل هو كذلك بالنسبة للجرائم البنكية لاسيما تلك المرتبطة بجريمة تبييض الأموال؟.

لقد جاء المشرع الجزائري بأحكام المتابعة الجزائية للشخص المعنوي في المواد من 65 مكرر إلى 65 مكرر 4 من قانون الإجراءات الجزائية إثر تعديله بموجب القانون رقم 14/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004¹، غير أنه ما يلاحظ على هذا القانون أن المشرع أكتفى بوضع بعض القواعد الخاصة بالاختصاص المحلي للجهة القضائية التي يختص بمحاكمة الشخص المعنوي²، وكذلك قواعد التمثيل أمام القضاء الجزائري³.

وتجدر الإشارة إلى أن الإجراءات التي يمكن اتخاذها ضد الشخص المعنوي أثناء المحاكمة تركا ما لم ينص عليه المشرع بنص خاص لقواعد المتابعة الجزائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، وذلك ما يتبين من نص المادة 65 مكرر من القانون رقم 14/04 والتي جاء فيها على أنه ((تطبق على الشخص المعنوي قواعد المتابعة والتحقيق والمحاكمة المنصوص عليها في هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا الفصل)).

¹ القانون رقم 14/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 الذي عدل قانون الإجراءات الجزائية.

² المادة 65 مكرر 01 من القانون رقم 14/04 السالف الذكر.

³ المادة 65 مكرر 02 و 03 من القانون رقم 14/04 السالف الذكر.

يفهم من ذلك أن الأصل في المتابعة الجزائية للشخص المعنوي يكون وفقا لما تقضي به القواعد العامة إلا ما خصه المشرع بنص صريح. وتطبق هذه القاعدة على كل الأشخاص المعنوية بغض النظر عن طبيعة النشاط أو القطاع التي تنتمي إليه. وهذا عكس ما ذهب إليه المشرع المصري حيث أخضع الجرائم البنكية إلى قواعد متابعة خاصة¹، إذ لم يترك سلطة النيابة العامة مطلقة في تحريكها، بل قيدها بصدور طلب من محافظ البنك المركزي أو من رئيس مجلس الوزراء، وذلك عملا بنص المادة 131 من القانون رقم 88/03 المتضمن قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الآتي نصها ((لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذا له وفي المادتين 116 و 116 مكرر (أ) من قانون العقوبات في نطاق تطبيق أحكام هذا القانون إلا بناء على طلب من محافظ البنك المركزي أو طلب من رئيس مجلس الوزراء))².

يستخلص من ذلك أن الطلب المذكور في المادة أعلاه يقدمه صاحب الإختصاص إلى النيابة العامة التي يبقى لها دائما سلطة تحريك الدعوى العمومية. وباستلامه لهذا الطلب يزول القيد وتسترجع سلطتها في تحريكها، وتبقى سلطات النيابة العامة مقيدة بطلب الجهة الإدارية المذكورة. فإذا كان الطلب يشمل على إجراء التحقيق فإن سلطة النيابة العامة تتوقف عند حدود هذا الطلب ولا يمكنها تقديم المتهم إلى المحاكمة.³

¹ زينب سالم، المرجع السابق، ص 137-138.

² المرجع نفسه، ص 138.

³ هيثم عبد الرحمان البقلي، المرجع السابق، ص 183.

أما المشرع الفرنسي فقد نظم بموجب المواد من 41//706 إلى 46/706 من القانون رقم 1336/92 المؤرخ في 16/02/1992¹ المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، القواعد الخاصة بمحاكمة الشخص المعنوي ، وشملت قواعد الاختصاص المحلي للمتابعة الجزائية للشخص المعنوي وكذلك القواعد المتعلقة بالتمثيل أمام القضاء الجزائي بالإضافة إلى الأحكام الخاصة بالإجراءات والتدابير المتخذة ضد الشخص المعنوي أثناء سير الدعوى. أما غير ذلك فهو يخضع للقواعد العامة لمتابعة الشخص الطبيعي.²

يستخلص مما سبق أن كل من المشرعين الجزائري والفرنسي أخضعا قواعد المتابعة الجزائية للشخص المعنوي للنيابة العامة، حيث لم يقيدا سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية ضد البنك سواء في الجرائم البنكية العادية أو تلك المتعلقة بتبييض الأموال. كما جعل كليهما التحقيق القضائي من اختصاص قاضي التحقيق بعد إحالة الملف من وكيل الجمهورية، فهذين القانونيتين لم يخصصا للجرائم البنكية أي قواعد استثنائية سواء تعلق الأمر بقواعد المتابعة أو التحقيق وحتى المحاكمة، إلا ما ورد بنص خاص وهو قانون مكافحة جريمة تبييض الأموال الذي يخضع التحقيق التمهيدي لأحكام تملئها الطبيعة الخاصة لهذه الجريمة، خاصة من حيث أحكام الضبط القضائي الذي يعد من اختصاص خلية الاستعلام المالي في الجزائر وهيئة **TRACFIN** في فرنسا، أما ما عدا ذلك فهو يخضع للقواعد العامة لمتابعة الأشخاص المعنوية.

¹ Jean francois Renucci, code de procédure penale (annotation de jurisprudence et bibliographie) 45 eme edition , dalloz ,2004, p de 979 a 981.

² حزيط محمد ، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة سعد دحلب، البلدة، كلية الحقوق، 2011- 2012 ، ص 2016.

الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بالمحاكمة الجزائية للجرائم البنكية المرتبطة بتبييض الأموال

يعد تحريك الدعوى العمومية أول إجراء تستأثر النيابة العامة كقاعدة عامة بسلطة تحريكها ، فبعد الانتهاء من التحقيق القضائي يقوم القاضي بإحالة المتهم إلى الجهة القضائية المختصة .

غير أنه تثير مسألة الاختصاص المحلي لمتابعة الشخص المعنوي بصفة عامة والبنوك بصفة خاصة إشكال الجهة القضائية المختصة إقليمياً بمحاكمته . فهل يعود الاختصاص لمكان وقوع الجريمة أي محل وجود الشخص المعنوي (البنك)؟ ، أم يعود الاختصاص في ذلك إلى محل إقامة الشخص الطبيعي المرتكب للجريمة، لأن الشخص المعنوي لا يرتكب الفعل بنفسه وإنما يشترط لكي ينسب إليه الفعل توفر صفة الممثل أو العضو أو الجهاز ، بمعنى صدور الفعل من المرخص لهم قانوناً بالتعبير عن إرادته.

كما أن مسألة الإثبات الجزائي أو الأدلة المثبتة لوقوع الجريمة البنكية التي تستند عليها المحاكم تثير مسألة حجيتها في اتخاذها كأدلة يعتمد عليها القاضي للنطق بالأحكام، خاصة مع ظهور المعاملات المصرفية الإلكترونية التي أصبحت تغزو العمل المصرفي.

وعليه فإننا نتطرق في هذا الفرع إلى تنظيم المحاكم ذات الاختصاص الموسع ثم قواعد الاختصاص المحلي للجرائم البنكية المرتبطة بتبييض الأموال (أولاً) ثم نتناول قواعد الإثبات الجزائي للجرائم البنكية المرتبطة بتبييض الأموال.

أولا : قواعد الاختصاص المحلي للجرائم البنكية وتنظيم المحاكم ذات الاختصاص الموسع

نتناول في هذا العنصر قواعد الاختصاص المحلي للجرائم البنكية وتنظيم المحاكم ذات الاختصاص الموسع وذلك كما يلي:

1- قواعد الاختصاص المحلي للجرائم البنكية المرتبطة بتبييض الأموال.

وضع المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي قواعد الاختصاص المحلي¹ عند إقراره للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بموجب المادة 65 من قانون الإجراءات الجزائية ، وقد ميز بين حالتين حالة متابعة الشخص المعنوي لوحده دون الشخص الطبيعي ، بينما الحالة الثانية وهي حالة متابعة أشخاص طبيعية في الوقت نفسه مع الشخص المعنوي عن الجريمة ذاتها. —حالة متابعة الشخص المعنوي دون الشخص الطبيعي. تخضع قواعد الاختصاص المحلي للجرائم البنكية الناتجة عن جريمة تبييض الأموال لقواعد الاختصاص المحلي لمتابعة أو محاكمة الأشخاص المعنوية العادية ، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 1/65 من قانون الإجراءات الجزائية التي

¹ يفهم من نص المادة 65 مكرر من ق إ ج أن الاختصاص النوعي بشأن متابعة الشخص المعنوي لا يطرح أي إشكال أي تخضع كل الأشخاص المعنوية مهما كانت صفتها إلى اختصاص القضاء العادي، وهو عكس ما ذهب إليه المشرع المصري حيث استثنى الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم البنكية وجعلها من اختصاص المحاكم الاقتصادية التي تم إنشائها بموجب قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم 120/08 حيث أنشأت محاكم اقتصادية بدائرة اختصاص كل من محكمة استئناف القاهرة والإسكندرية وطنطا والمنصورة والإسماعيلية وبنى سويف وأسيوط وقد تم تنظيمها في تقاضي على درجتين، محاكم اقتصادية درجة أولى ومحاكم اقتصادية درجة استئنافية، تختص هذه المحاكم نوعيا بالدعاوى الجزائية المترتبة على الجرائم البنكية المنصوص عليها في قانون العقوبات وقانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد. أما المشرع الجزائري فقد تخلى عن الاختصاص النوعي للجرائم الاقتصادية منذ إلغاء الأمر رقم 180/66 المتعلق بإنشاء المجالس الخاصة بقمع الجرائم الاقتصادية.

تنص على أنه ((يتحدد الاختصاص المحلي للجهة القضائية بمكان ارتكاب الجريمة أو مكان وجود المقر الإجتماعي للشخص المعنوي)).

وعليه وباعتبار أن جريمة تبييض الأموال من الجرائم الاقتصادية فإنه يخضع الاختصاص المحلي للجرائم البنكية المرتبطة بهذه الجريمة للأحكام الخاصة السابقة، وينبغي التذكير أن المشرع الجزائري لم ينص على أي إجراء استثنائي خاص لمحاكمة البنوك عن جريمة تبييض الأموال سواء في القانون المصري أو في القوانين المتعلقة بمكافحتها.

إلا أنه يستحسن أن يعود المشرع إلى الفصل بين الجرائم العادية والجرائم الاقتصادية عن طريق إنشاء محاكم اقتصادية تختص نوعيا وإقليميا بقمع الجرائم الاقتصادية والمالية أو تلك المرتبطة بالإجرام المنظم، كما نرى ضرورة إخضاع هذا النوع من الجرائم لاسيما جريمة تبييض الأموال التي تمر عبر القنوات البنكية لقواعد خاصة.

ب- حالة متابعة أشخاص طبيعية في الوقت نفسه مع الشخص المعنوي عن الجريمة نفسها.
تناول المشرع الجزائري هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة 65 مكرر 01 من قانون الإجراءات الجزائية بنصه ((غير أنه إذا تمت متابعة أشخاص طبيعية في الوقت ذاته مع الشخص المعنوي، تختص الجهات القضائية المرفوعة أمامها دعوى الأشخاص الطبيعية بمتابعة الشخص المعنوي))¹.

¹ المادة 65 مكرر 01 من قانون الإجراءات الجزائية.

بمعنى أنه إذا ارتكب ممثل البنك جريمة تبييض الأموال باسم البنك وحسابه فإن المحكمة المختصة بمتابعته هي تلك التي يقع فيها محل إقامة الشخص الطبيعي الممثل له أو تلك المرفوع أمامها دعوى الشخص الطبيعي أو محكمة محل الجريمة أو محل القبض عليه وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 1/329¹ من قانون الإجراءات الجزائية، التي تحدد الاختصاص المحلي لجرائم المكيفة جنحة

والتي تختص بالنظر فيها محل الجريمة أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم ولو كان القبض لسبب آخر. غير أنه ورد استثناء في الفقرة الرابعة من المادة أعلاه، حيث يمتد الاختصاص الإقليمي لبعض المحاكم إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى في بعض الجرائم الموصوفة، ومن بينها جريمة تبييض الأموال. حيث وسع المشرع الجزائري من الاختصاص لبعض الجهات القضائية ومنح لها سلطة النظر بصفة استثنائية بالإضافة إلى اختصاصها العادي في هذه الجريمة بغض النظر عن محل إقامة المتهم أو المقر الإجتماعي للبنك أو محل القبض على المتهم وذلك تطبيقاً لما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 348/06 المؤرخ في 05 أكتوبر 2006 المتعلق بتمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق.

وقد تم تحديد بموجب المواد 2 و 2 و 4 منه أربعة (04) محاكم تم توزيع اختصاصها²، المحلي للنظر في الجرائم الموصوفة المرتكبة على كافة التراب الوطني. ويتعلق الأمر بمحكمة سيدي محمد ومحكمة قسنطينة ومحكمة وهران.

تنص المادة 1/329 من تقنين الإجراءات الجزائية على أنه ((تختص محلها بالنظر في الجنحة محكمة محل الجريمة أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم ولو كان القبض لسبب آخر)).

² إن تمديد المشرع الجزائري لبعض المحاكم بالنظر في الجرائم الموصوفة المرتكبة على كافة التراب الوطني لم يقصد به إنشاء أقطاب قضائية متخصصة، كما أنه لا يعني نية المشرع في إثارة إشكال الاختصاص النوعي من جديد مثل ما كانت عليه المجالس القضائية الخاصة (الجزائر، وهران و قسنطينة) التي كان لها الاختصاص المانع في النظر في الجرائم الاقتصادية دون غيرها، لأن جريمة تبييض الأموال لا تختص بالنظر فيها

غير أنه ينبغي الإشارة إلى ما نصت عليه المادة 05 من القانون رقم 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المعدل والمتمم، فيما يخص قواعد الاختصاص المحلي بشأن هذه الجريمة التي يستخلص منها أن الجهات القضائية تختص بالنظر في الأفعال المكيفة بتبييض الأموال إذا كانت الجريمة الأصلية أي الركن المفترض المرتكب في الخارج يشكل جريمة في البلد الذي ارتكب فيه الفعل وفي القانون الجزائري، أما إذا لم يتحقق ذلك فإن المحاكم الجزائرية تقضي بالأول وجه للمتابعة¹.

2- تنظيم المحاكم ذات الاختصاص الموسع (الاختصاص المحلي والنوعي).

تعتبر الجزائر من الدول المعنية بظاهرة تبييض الأموال، وتداركا لخطورة هذه الظاهرة فقد وضعها المشرع الجزائري موضع التجريم بالنص الصريح كما أعطى لها أهمية لارتباطها بالجريمة المنظمة، بل عمل على استحداث محاكم ذات اختصاص موسع في خطوة اعتبرت سابقة من نوعها في القانون الجزائري، خطى بموجبها القضاء نحو التخصص في المعالجة القضائية لطائفة من الجرائم .

إن توجه الدول نحو التخصص القضائي، يهدف إلى إنشاء تشكيلات قضائية من قضاة متخصصين على مستوى النيابة العامة، التحقيق، والمحاكمة، تستأثر بالاختصاص في القضايا ذات الصلة بالجرائم الخطيرة عللا غرار الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية وجريمة تبييض الأموال... إلخ

تلك المحاكم التي تم تمديد أو توسيع اختصاصها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 348/06 وإنما تختص بالنظر في هذه الجريمة المحاكم المتواجدة على التراب الوطني.

¹ تنص المادة 05 من القانون رقم 01/05 المعدل والمتمم على أنه ((لا يمكن اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية من اجل تبييض الأموال و / أو تمويل الإرهاب إلا إذا كانت الأفعال الأصلية المرتكبة في الخارج تكتسي طابعا إجراميا في قانون البلد الذي ارتكبت فيه وفي القانون الجزائري

في شكل أقطاب متخصصة توضع لدى بعض المحاكم التي يتم توسيع اختصاصها المحلي ليشمل اختصاص محلي لمحاكم أخرى على امتداد مناطق ذات بعد جغرافي.¹

بالإضافة إلى ذلك تمتاز الجرائم المعنية بالمحاكم ذات الاختصاص الإقليمي الموسع بالخطورة الشديدة والتعقيد وسرعة تحركها في داخل الإقليم وخارجه بالنظر إلى عدة اعتبارات لعل أهمها خطورة العناصر الإجرامية والوسائل المستخدمة في التخطيط وارتكاب الجريمة والآثار التي تخلفها على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي والسياسي.

وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 06/348 المؤرخ في 05 أكتوبر 2006 الجهات القضائية ذات الاختصاص الإقليمي الموسع في أربع محاكم على المستوى الوطني ويتعلق الأمر بكل من محكمة سيدي احمد ، محكمة قسنطينة، محكمة وهران ومحكمة ورقلة.

وقد حرص المشرع الجزائري على توفير الضمانات القانونية من أجل أن لا تتحول هذه المحاكم إلى ما يشبه المحاكم الخاصة أو الاستثنائية، لاسيما في المادة الجزائية ، الأمر الذي يمكن معه أن يسبباً الحق في محاكمة عادلة المكرس دستورياً، وذلك بحصر مسألة تشكيل هذه لأقطاب المتخصصة وإحالة الاختصاص النوعي لها وإجراءات التقاضي أمامها مع كل ما توفره من ضمانات ، في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونصوص قانون الإجراءات الجزائية.²

¹ محمد بكارشوش ، "الاختصاص الإقليمي الموسع في المادة الجزائية في التشريع الجزائري"، مجلة دفتر السياسة والقانون، العدد الرابع عشر، جانفي 2016، ص 313.

² عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة الثالثة، إيتاك ، الجزائر، 2012، ص 31.

وفيما يتعلق بالاختصاص النوعي للمحاكم ذات الاختصاص الموسع فقد حصرها المشرع الجزائري في مجموعة من الجرائم الحديثة نوعا ما التي تشكل خطرا على الأمن والاقتصاد الوطني¹، ويتعلق الأمر بجرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنشطة المعالجة الآلية للمعطيات والجرائم المتعلقة بمخالفة التشريع الخاص بالصرف وحركة رؤوس الأموال وجريمة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

إن جريمة تبييض الأموال قد حصرها المشرع ضمن الجرائم النوعية والخطيرة والي ولى اختصاص البحث والتحقيق فيها إلى المحاكم ذات الاختصاص الموسع، إلا أن المشرع خصها بالوصف الجنحي وذلك من خلال طبيعة العقوبات المقررة لها التي تراوحت ما بين التبييض البسط والتبييض المشدد.² تكون المتابعة في جريمة تبييض الأموال وفق إجراءات خاصة نصت عليها المواد من 40 مكرر 1 إلى 40 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث يتعين على ضابط الشرطة القضائية متى رأى أن الملف المكون من طرفه في مرحلة البحث والتحري يشكل جريمة تبييض أموال أن يخبر فورا وكيل الجمهورية لدى المحكمة الكائن بها مقر ارتكاب الجريمة. ويقدم له أصل الملف مرفق بنسختين، ثم يقوم وكيل الجمهورية فورا بإرسال النسخة الثانية إلى النائب العام لدى المحكمة المختصة ذات الاختصاص الموسع، وبعد إطلاع النائب العام على الملف واعتباره ضمن اختصاص المحكمة ذات الاختصاص الموسع " أي ضمن الجرائم السالف ذكرها " يحيله إلى هذه الأخيرة

¹ جباري عبد المجيد، دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء أهم التعديلات الجديدة، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر التوزيع، الجزائر، 2013، ص 73.

² كروري عبلي، البحث والتحقيق في جريمة تبييض الأموال في التشريع الجزائري، مقال منشور على الإنترنت، 04 أكتوبر 2017، ص 08.

ليتلقى ضباط الشرطة القضائية التعليمات المباشرة من وكيل الجمهورية للمحكمة ذات الاختصاص الموسع بمباشرة التحريات.¹

ثانيا: القواعد الخاصة بالإثبات الجزائي للجرائم البنكية المرتبطة بتبييض الأموال

يستوجب عند النطق بالأحكام في الدعاوى الجزائية أن تسبب وتوضح الأدلة التي اعتمد عليها القاضي في إدانة المتهم، لأن الأصل في كل متهم البراءة وفقا للمبدأ الأساسي - المتهم بريء حتى تثبت إدانته- فعدم استظهار الحكم لمضمون الأدلة التي عول عليها القاضي وإثبات توفرها يؤدي إلى قصوره. إذ يجب قانونا لصحة الحكم في أي جريمة أن يتضمن وقائع الحادث وكيفية ارتكاب الخطأ المنسوب إلى المتهم بالإضافة إلى كل ما يتوفر من أدلة إثبات توحى بإسناد الفعل إليه .

إن القاعدة الأساسية في القانون الجزائي تقتضي أن عبئ الإثبات تقع على النيابة العامة باعتبارها ممثلة الإدعاء ، فهي تقوم بدور إيجابي بتحملها عبئ تقديم الدليل ضد المتهم الذي يحاول بدوره أن ينكرها أو التشكيك فيها، لأن الشك يفسر لمصلحته رغم اختلافها وتعددتها عن تلك الخاصة بالقانون المدني الذي يهدف إلى حماية المصالح الخاصة للأفراد، وفي هذا الإطار نصت المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه ((يجوز إثبات الجرائم بأي طريق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاعتقاده الخاص)). يقصد المشرع من هذه المادة أن النيابة العامة والمحكمة يلتزمان بإثبات وقوع الجريمة وتوفرها لكل عناصرها وأركانها ونسبتها إلى المتهم، كما يفرض عليهما القانون البحث في مدى ارتباط المتهم بأحد الظروف التي تبرئه أو تعفيه من المسؤولية كأسباب الإباحة او وجود أي مانع من موانع المسؤولية أو موانع العقاب أو أي سبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية أو العقوبة كالتقادم.

¹ المادة 40 مكرر وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية.

ونظرا للطابع الخاص الذي تتميز به جريمة تبييض الأموال، فإن المشرع الجزائري وضع آليات جديدة تم تكريسها في قانون الإجراءات الجزائية إثر تعديله بموجب القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20/12/2006 في القسم الرابع والخامس منه وتمثل فيما يلي:

تتمثل أساليب التحري والتحقيق الخاصة لجمع الأدلة الخاصة بالشرطة القضائية في عمليات التسرب، واعتراض المراسلات، وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، والتسليم المراقب للعائدات الإجرامية، وهي أساليب لم تكن معهودة من قبل تم استحداثها في التشريع الجزائري إذا تعلق الأمر بجرائم المخدرات وجرائم الإرهاب والجريمة المنظمة العابرة للحدود وجرائم الفساد وجرائم مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وجريمة تبييض الأموال

1- عملية التسرب

أعطى المشرع الجزائري بموجب المادة 65 مكرر 11 من قانون الإجراءات الجزائية لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية الصلاحية بأن يأذن تحت رقابته حسب الحالة بمباشرة عملية التسرب، عندما تقتضي ضرورات التحري أو التحقيق في إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 5 من نفس القانون.¹

¹ تتمثل الجرائم الواردة في المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف أو جرائم الفساد.

يقصد بعملية التسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكاب جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف.¹

ولهذا الغرض أجازت المادة 65 مكرر 13 لضباط وأعاون الشرطة القضائية المرخص لهم بإجراء عملية التسرب والأشخاص الذين يستخرونهم لهذا الغرض، دون أن يكونوا مسئولين جزائيا، القيام باقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتوجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها، واستعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي وكذلك وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الاتصال.

ونظرا لخطورة إجراء التسرب، فقد أخضعه المشرع الجزائري لشروط وضوابط، فلا يمكن القيام بعملية التسرب إلا عندما تقتضي ضرورات التحري أو البحث في بعض الجرائم، وبمفهوم المخالفة فإن وجود أدلة كافية تعزز الاشتباه أو الاتهام فإنه لا داعي للمخاطرة بإجراء عملية التسرب²، كما أوجبت المادة 65 مكرر 15 من قانون الإجراءات الجزائية تحت طائلة البطلان أن يكون الإذن بعملية التسرب مكتوبا ومسببا، على أن لا تتجاوز مدة عملية التسرب أربعة أشهر مع إمكانية تجديدها حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية.

¹ المادة 65 مكرر 12 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

² زوزو هدى، التسرب كأسلوب من أساليب التحري في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 11، جوان 2014، ص 118.

بعد انتهاء عملية التسرب تتمكن جهات البحث والتحري في جريمة تبييض الأموال وعلى رأسها وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق من الوقوف على التفاصيل الأساسية لارتكاب الجريمة، وكذا تحرير محاضر تشكل أدلة تخدم الدعوى وتعطي نظرة عميقة حول ما يحدث داخل العصابات الإجرامية، كما تطرح أمام جهات الحكم بما لديها من حرية في تقدير ما يعرض عليها من أدلة مختلف المحاضر المحررة بطرق احترمت فيها الشروط الشكلية والموضوعية.¹

2- اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور.

تم إدراج اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور كأسلوب للتحري إذا تعلقتم الوقائع المعروضة أمام قاضي التحقيق بإحدى أنواع الجرائم التالية: جرائم المخدرات والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال أو الإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وجرائم الفساد المنصوص والمعاقب عليها في القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد، ضمن الفصل الرابع المتمم للباب الثاني من الكتاب الأول بمقتضى القانون 22/06 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ويشمل المواد من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10.

¹ زوزو هدى، المرجع السابق، ص 122.

قد تضطر الشرطة القضائية لاستعمال كاميرات خفية أو أجهزة تصنت لكن يجب أن يكون ذلك في إطار احترام الشرعية الإجرائية حفاظا على كرامة الحياة الخاصة بالإنسان، كما يمكن لضابط الشرطة القضائية تسجيل المكالمات أو الأحاديث الخاصة بعد إذن مسبق من طرف الجهات القضائية المختصة وفق ما نصت عليه أحكام المادة 46 من الدستور التي نصت على: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون. سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة. لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلل من السلطة القضائية. ويعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم. حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه".

إن سير مفعول هذه المادة ليس مطلقا بل ترد عليه بعض الاستثناءات عن طريق تشريع قواعد إجرائية من أجل حسن سير التحريات والتحقيقات القضائية، كل هذه القواعد نظمها القانون 22/06 حيث منح للشرطة القضائية حق اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية¹ ووضع ترتيبات تقنية دون موافقة المعنيين من أجل التقاط الصور وتثبيت واث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن عامة أو خاصة.²

¹ نصت الفقرة 21 من المادة 8 من القانون 03/2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية على أنه يقصد بالمواصلات السلكية واللاسلكية: "كل تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة عن طريق الأسلاك أو البصريات أو اللاسلكي الكهربائي أو أجهزة أخرى كهربائية مغناطيسية".

² المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

تنفذ هذه الإجراءات بموجب إذن من وكيل الجمهورية ويخص فقط التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي بالجرائم المتعلقة بالمخدرات والجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية وجرائم المعالجة الآلية للمعطيات وجريمة تبييض الأموال تمويل الإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع المتعلق بالصرف وكذا الجرائم المتعلقة بالفساد.

يسمح الإذن الممنوح من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق لغرض وضع الترتيبات التقنية بالدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها خارج المواعيد القانونية (قبل الساعة الخامسة صباحاً وبعد الساعة الثامنة مساءً)¹ وبغير علم ورضا الأشخاص الذين لهم الحق على تلك الأماكن وذلك تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية المختص أو قاضي التحقيق في حالة فتح تحقيق قضائي.

يؤهل الإذن الممنوح من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق ضابط الشرطة القضائية تسخير كل عون مؤهل لدى مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلوكية واللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية للعمليات، وكذا مترجم لترجمة المكالمات التي تتم باللغات الأجنبية كما يلزم القانون ضابط الشرطة القضائية المأذون له بإجراء هذه العمليات تحرير محضر عن كل عملية اعتراض وتسجيل المراسلات ووضع الترتيبات التقنية والاتقاط والتثبيت والتسجيل الصوتي أو السمعي البصري كما يجب على ضابط الشرطة القضائية وصف أو نسخ المراسلات أو الصور أو المحادثات المسجلة والمفيدة في إظهار الحقيقة على محضر يودع بملف القضية.²

¹ المادة 47 من نفس قانون.

² المادة 65 مكرر 9 و 65 مكرر 10 من نفس القانون.

ولما كانت عمليات اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور تشكل مساسا بالحق في الحياة الخاصة للإنسان، فقد أولى المشرع العقابي الجزائري موضوع حماية الحياة الخاصة عناية أكيدة، إلا أن تجسيدها في الواقع جاء متأخرا مقارنة بالمقارنة مع كثير من الدول التي سبقت تشريعاتها في تكريس وحماية هذه الحماية مبكرا¹. هكذا أعلن المشرع الجزائري عن حماية هذا الحق بصدور القانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات. وقد نص عليها تحت عنوان الاعتداءات على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم وإفشاء الأسرار، حيث نصت المادة 303 مكرر على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج، كل من تعمد المساس بجمرة الحياة الخاصة للأشخاص، بأية تقنية كانت وذلك:

- 2- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة، أو سرية، بغير إذن صاحبه أو رضاه،
- 2- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه".

3- عمليات التفتيش.

¹صفية بشارتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص398.

التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق، يهدف إلى السعي لكشف الحقيقة عن طريق البحث بمناسبة جريمة وقعت فعلا ويجري التحقيق بشأنها، وليس من إجراءات البحث والتحري عن الجرائم التي لم يتم التأكد من وقوعها.¹

تسمح عملية التفتيش بدخول المساكن التابعة لأشخاص يظهر أنهم ساهموا في الجناية أو أنهم يجوزون أوراقا أو أشياء لها علاقة بالأفعال الجنائية المرتكبة بعد الحصول على إذن مكتوب صادر عن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق مع وجوب الاستظهار بهذا الأمر قبل الدخول إلى المنزل أو الشروع في التفتيش.²

يكون الأمر كذلك في حالة التحري في الجنحة المتلبس بها أو التحقيق في إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين 37 و40 من قانون الإجراءات الجزائية، المتمثلة في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.³

¹نجيمي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي (دراسة مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص387.

² الفقرة 01، المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

³ الفقرة 02، المادة 44 من نفس القانون.

خولت المواد من 79 إلى 81 من قانون الإجراءات الجزائية قاضي التحقيق سلطة الانتقال إلى الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة، سواء كانت تلك الأماكن تقع في دائرة اختصاصه أو دوائر المحاكم المجاورة للدائرة التي يباشر فيها وظيفته.¹

ويجوز لقاضي التحقيق إذا تعذر عليه شخصيا القيام بعملية التفتيش أن يرخص لضابط الشرطة القضائية للقيام بهذه العملية نيابة عنه، وذلك بموجب إنابة قضائية متضمنة الإذن بالتفتيش، تحمل بيان ساعة وتاريخ صدورها واسم من أصدرها واسم المأذون بالتفتيش والمهمة المقصودة من وراء التفتيش والمهلة المحددة لإجرائه.

المطلب الثاني: العقوبات المقررة للبنك على جريمة تبييض الأموال

يكتسب البنك شخصيته من تاريخ حصوله على الاعتماد ونشره في الجريدة الرسمية ثم تسجيله في قائمة البنوك. وبإكمال هذه الإجراءات يحيا البنك حياة قانونية وتمنح له الشخصية القانونية وأهلية ممارسة الأعمال المصرفية المنصوص عليها في المواد من 66 إلى 69 من قانون النقد والقرض رقم 11/03 المعدل والمتمم وكذلك وفقا لما نص عليه النظام رقم 01/13 المؤرخ في 2013/04/08 . وكل مخالفة لقواعد المهنة المصرفية يمكن أن يعرضه لعقوبات وجزاءات كأبي شخص طبيعي، ماعدا العقوبات التي لا تتناسب مع طبيعته والتي وضعها القانون خصيصا للشخص الطبيعي كالسجن والحبس.

¹محمد حزيط، المرجع السابق، ص170.

وبناء عليه وضعت التشريعات الحديثة قواعد قانونية تكرس مبدأ الشخص المعنوي ورسدت له عقوبات تتلائم مع طبيعته القانونية بالإضافة إلى جزاءات أخرى تأديبية أطلق عليها التدابير الاحترازية أو التحفظية، وقد تم التأكيد على ذلك في المؤتمر الدولي لقانون العقوبات المنعقد في بوخاريس في 1929، وأيده المؤتمر الدولي السابع المنعقد في أثينا في سنة 1957 الذي انتهى بتوصية تضمنت " لايسأل الشخص المعنوي عن الجريمة إلا في الأحوال التي يحددها القانون ". وتطبيقا لذلك تم تجريم عمليات تبييض الأموال بفرض عقوبات على البنك وفقا لما تقرر قواعد قانون العقوبات في الفصل الخاص بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي (الفرع الأول) ، كم تم فرض تدابير وعقوبات خاصة على البنك في القوانين المتعلقة بالوقاية من تبييض الأموال وفي بعض القوانين الخاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجزاءات المقررة للبنك عن جريمة تبييض الأموال في قانون العقوبات

يخضع البنك في مسؤوليته الجزائية للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 50 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية ، لكن ثمة تساؤل يثور حول طبيعة الجزاءات التي يخضع لها . فهل هي نفس الجزاءات التي تخضع لها الأشخاص المعنوية العادية أو رصد له المشرع جزاءات أخرى مختلفة لمكافحة جريمة تبييض الأموال؟ .

أولا: الجزاءات الماسة بالشخصية المعنوية للبنك

تعتبر الجزاءات الماسة بالشخصية المعنوية للبنك من أخطر العقوبات التي توقع على الشخص المعنوي، لأنها تؤثر على وجوده وحياته ومنعه نهائيا من ممارسة نشاطه (كالحل والعلق) ، كما قد تنقرر هذه العقوبات بصفة مؤقتة ولمدة زمنية محدد (كالمنع من مزاوله النشاط لمدة معينة) تضاف إليها تلك العقوبات التي تؤثر على سمعته وذلك بنشر الحكم الصادر ضده (العقوبات المعنوية).

يخضع البنك في مسؤوليته الجزائية للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 50 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية ، لكن ثمة تساؤل يثور حول طبيعة الجزاءات التي يخضع لها . فهل هي نفس الجزاءات التي تخضع لها الأشخاص المعنوية العادية أو رصد له المشرع جزاءات أخرى مختلفة لمكافحة جريمة تبييض الأموال؟ .

أولا: الجزاءات الماسة بالشخصية المعنوية للبنك.

تعتبر الجزاءات الماسة بالشخصية المعنوية للبنك من أخطر العقوبات التي توقع على الشخص المعنوي، لأنها تؤثر على وجوده وحياته ومنعه نهائيا من ممارسة نشاطه (كالحل والغلق) ، كما قد تتقرر هذه العقوبات بصفة مؤقتة ولمدة زمنية محدد (كالمنع من مزاولة النشاط لمدة معينة) تضاف إليها تلك العقوبات التي تؤثر على سمعته وذلك بنشر الحكم الصادر ضده (العقوبات المعنوية)

1- إنهاء الشخصية المعنوية للبنك عن طريق الحل:

نص على هذه العقوبة المشرع الجزائري في المادة 18 مكرر /02 واعتبرها من العقوبات التكميلية نظرا لخطورتها، لأنها تؤثر على الوجود القانوني للشخص المعنوي وتؤدي إلى انتهاء شخصيته القانونية كالموت عند الشخص الطبيعي. وعليه اعتبرها فقهاء القانون الحديث كعقوبة الإعدام¹، مع الإشارة إلى أن عقوبة الإعدام عند الشخص الطبيعي تعد من العقوبات الأصلية في مواد الجنايات، أما الحل فقد صنفه المشرع من العقوبات التكميلية في مواد الجنايات والجرح، ولا يجوز الحكم بها مستقلة عن العقوبة الأصلية، ما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة. وهي إما أن تكون إجبارية أو اختيارية.

¹ محمد حزيط ، المرجع السابق، ص 276.

2- العقوبات التي تحد من الشخصية المعنوية للبنك.

تعتبر هذه العقوبات من العقوبات التكميلية، ويعني بها منع البنك من مواولة نشاطه المصرفي بصفة مؤقتة وحرمانه من الشخصية القانونية خلال فترة مدة الحكم، ويدخل ضمن هذه الطائفة من العقوبات تلك التي نصت عليها المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري والمتمثلة فيما يلي:

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات .
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات .
- المنع من مواولة نشاط أو عدة نشاطات مهنية أو اجتماعية بصفة مباشرة أو غير مباشرة، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن هذه العقوبات ملزمة للشخص المعنوي عن ارتكابه لأي جريمة تبيض الأموال، لأن المشرع الجزائري في المادة 398 مكرر 7 لم يتطرق إلى عقوبة الغلق ولا لعقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية ولا حتى لعقوبة الوضع تحت الحراسة القضائية، واكتفى فقط بعقوبة المنع من مواولة نشاط مهني أو اجتماعي لمدة لا تتجاوز خمس سنوات واعتبرها من العقوبات الجوازية أو الاختيارية كالحل.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع العقابي الجزائري ترك بعض الجزاءات لهيئات الرقابة والإشراف (بنك الجزائر و خلية الاستعلام المالي واللجنة المصرفية) ، لأن عقوبتها تكون أكثر فاعلية وملائمة وأنسب من تلك التي يرصدها قانون العقوبات.

3- العقوبات الماسة بسمعة البنك.

ويقصد بها العقوبة الماسة بالجانب المعنوي للشخص الاعتباري عن طريق نشر حكم أو قرار الإدانة¹، وقد نص المشرع الجزائري على هذه العقوبة بصفة عامة في المادة 12/9 من قانون العقوبات الجزائري عندما تناول العقوبات التكميلية وأعاد ذكرها في المادة 18 مكرر عندما حدد العقوبات التكميلية المطبقة على الأشخاص المعنوية. إلا أنه لم يشر إليها في المادة 389 مكرر 7 من قانون العقوبات الجزائري المشار إليها سابقا والتي حددت عقوبات الشخص المعنوي عن جريمة تبييض الأموال على سبيل الحصر. كون هذه العقوبة تؤدي إلى فقد الثقة في هذه المؤسسة وتراجع نشاطها المصرفي بسبب هروب الزبائن المتعاملين معه، لأن نشر حكم الإدانة يعني إعلام الناس به لمدة شهر² وهي مدة كافية حتى يصل الخبر إلى كافة الجمهور. مما يترتب عنه آثار سلبية في نشاطه المستقبلي لن البنك يحقق مكاسبه وأهدافه من خلال الجمهور.

ثانيا: العقوبات الماسة بالذمة المالية للبنك

لقد جعل المشرع المال أداة أو وسيلة لارتكابه نشاطات إجرامية كجريمة تبييض الأموال، وعليه جعل المشرع المال محل اعتبار في توقيع العقوبة على الشخص المعنوي واعتبرها من العقوبات الملائمة والمناسبة لطبيعته، وهذه العقوبات هي الغرامة والمصادرة. 1- الغرامة:

لقد جعل المشرع الغرامة من العقوبات الأصلية المرصدة للشخص المعنوي لسهولة تطبيقها عليه. ومفادها أن يلتزم الشخص المعنوي المحكوم عليه بدفع مقدار الغرامة إلى الخزينة العمومية حسب ما نص عليه الحكم الصادر بذلك. وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد

¹ بدر الدين خلاف، جريمة تبييض الأموال في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2011، ص 275.

² المادة 18 من قانون العقوبات الجزائري نصت على أنه ((... على أن لا تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا)).

تناول عقوبة الغرامة للشخص المعنوي أكثر من مرة في الجزاء وحدد مقدارها إذا كانت الجريمة التي ارتكبها الشخص المعنوي جناية أو جنحة، تمثل حداها الأقصى في مبلغ لا يتجاوز 05 مرات من الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي عن الجريمة نفسها. وباعتبار جريمة تبييض الأموال جنحة فإنه يتعرض أي شخص معنوي لهذه الجريمة لمثل هذه العقوبة ومن بينها البنوك.

وحتى يكون المشرع الجزائري أكثر وضوحا في كيفية تطبيق أو تحديد مقدار الغرامة كعقوبة للشخص المعنوي تناول في المادة 18 مكرر 2 حالة عدم تحديد مقدار الغرامة للشخص الطبيعي وقيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي (البنك) فإن الحد الأقصى للغرامة المحتمسبة لتطبيق النسبة القانونية المقررة لعقوبة تكون كالتالي: 2000000 دج عندما تكون الجناية معاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد . و 1000000 دج عندما تكون الجناية معاقب عليها بالسجن المؤقت و 500000 دج عندما تكون الجريمة جنحة.

وإلى جانب الأحكام السابقة أفراد الأحكام السابقة أفرد المشرع الجزائري في القانون نفسه خاصة لعقوبة الغرامة في حالة ارتكاب البنك لجريمة تبييض الأموال. وهذا يعني عدم تطبيق القواعد السابقة والعمل بما جاء في المادة 07/389.

2- المصادرة :

لقد اعتبرها المشرع الجزائري من العقوبات التكميلية في مواد الجنايات والجنح، غير أن المشرع تراجع عن هذا الموقف في المادة 389 مكرر من قانون العقوبات واعتبر المصادرة عقوبة أصلية ووجوبه للبنك عن ارتكابه جريمة تبييض الأموال.

وباعتبار المصادرة من العقوبات التي العينية فإن الأشياء التي ترد عليه قد تكون إما على الممتلكات والعائدات التي تم تبييضها فهنا يكون البنك قد قام بتنفيذ الجريمة واستكمل كل

عناصرها مما يؤدي إلى الاستيلاء على كل الممتلكات¹، التي تم تحويلها من المصدر غير المشروع إلى أموال مشروعة لكن ذلك يثير إشكال حول ما إذا تم تحويل الأموال المبيضة إلى مشاريع اندمجت فيها الأموال المشروعة فكيف يتم الفصل بين الأموال المبيضة والأموال الصافية.

وعليه يستخلص مما سبق أن الغرامة تعد من أهم وأنسب العقوبات المرصودة للشخص المعنوي خاصة في مجال تبييض الأموال، لأنها محددة قانونا حتى ولو كان التحديد اقتصر على حدها الأقصى تاركا الدولة في مكافحة هذه الجريمة وتحقيق الردع العام ناهيك عن مساهمتها في زيادة إيرادات الدولة وموارد الخزينة العمومية²، إلا أنه يثير إشكالا في تطبيقها لاصطدامها مع مبدأ هام من مبادئ العمل المصرفي وهو عدم قابلية الحساب للجزئية . وعليه كان على المشرع الجزائري أن يأتي بعقوبات بديلة للشخص المعنوي مثل ما فعل بالنسبة للشخص الطبيعي، عندما جعل من عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس إثر تعديله لقانون العقوبات بموجب المرصدة للبنك ب القانون رقم 01/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009.

الفرع الثاني: العقوبات المقررة للبنك في قوانين الوقاية من جريمة تبييض

الأموال

تظهر نية المشرع في مكافحة وردع جريمة تبييض الأموال من خلال توسيع دائرة تجريمها ومتابعة البنك عن أي عمل أو امتناع عن عمل يترتب عنه الإضرار بالإئتمان المصرفي. فضلا عن السياسة

¹ محمد علي العريان، عمليات غسيل الأموال وآليات مكافحتها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 ، ص 190.

² عادل عكروم، جريمة تبييض الأموال دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق جامعة البليدة، 2011، ص 103.

الجناية المنتهجة في تجريم عمليات تبيض الأموال في القواعد العامة (قانون العقوبات)، فإن معظم التشريعات ومنها التشريع الجزائري والفرنسي والمصري كانوا حريصين على تدعيم هذه السياسة بوضع قواعد وسياسة جزائية موازية ومكملة من شأنها تضمن الوقاية من هذه الجريمة قبل وقوعها وسهولة اكتشافها بعد إتمامها. لذلك نتطرق إلى العقوبات المرصدة للبنك في قوانين الوقاية من تبيض الأموال وتمويل الإرهاب (أولا)، ثم نتطرق إلى العقوبات المرصدة للبنك في قوانين خاصة (ثانيا).

أولا: العقوبات المرصدة للبنك في قوانين الوقاية من تبيض الأموال وتمويل الإرهاب

نص المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى على مجموعة من الالتزامات القانونية تقع على عاتق البنوك، بعضها ينصب على فعل إيجابي كالالتزام بالإخطار بالشبهة والالتزام بالتحقيق عن هوية العملاء وحفظ السجلات، كما قد يكون الواجب القانوني المفروض على البنك التزام سلبي كالالتزام بالامتناع عن التبليغ بوجود إخطار بالشبهة والالتزام بالامتناع عن فتح حسابات لمجهولي الهوية، فكل هذه الالتزامات في مجملها سواء كانت سلبية أو إيجابية تعد تدابير وقائية، ووكل مخالفة لها يشكل جرائم يعاقب عليها وفقا لقانون الوقاية من تبيض الأموال.

1- مخالفة تدابير الوقاية عن طريق الامتناع.

أعطى المشرع الجزائري في الفصل الثاني من القانون رقم 01/05 المتعلق بالوقاية من تبيض الأموال أهمية كبيرة للوقاية من هذه الجريمة عن طريق فرضه لعدة التزامات أهمها:

أ- الامتناع عن التحقق عن هوية العملاء قبل فتح حساب أو دفتر أو حفظ سندات أو قيم أو إيصالات أو تأجير صندوق أو القيام بأي عملية أو ربط أي علاقة أعمال أخرى¹، فتقع على البنوك الخاضعون الالتزام بالاستعلام عن شخصية وهوية زبائنه عند أي عملة مصرفية منصوص عليها في المادة 07 من القانون رقم 01/05.

فمهما كانت العملية المصرفية التي يقوم بها الزبون مع البنك يجب الاستعلام عن مصدر الأموال التي يتم بها . وإذا امتنع البنك عن تنفيذ ذلك الالتزام ترتبت مسؤوليته الجزائية واستحق العقاب جراء ذلك. وتمثلت العقوبة في غرامة مالية بين 10000000 دج و 5000000 دج.²

ب- الامتناع عن الاحتفاظ بالسجلات والوثائق المتعلقة بهوية الزبائن وعملياتهم المصرفية:

يقع على عاتق البنوك التزام بالاحتفاظ لمدة لا تقل عن 05 سنوات بكل الوثائق والسجلات الخاصة بالعمليات المصرفية المنجزة مع الزبائن، لتسهيل عملية الكشف عن عمليات تبييض الأموال واستخدامها كدليل إثبات . فإن تقاعس البنوك عن القيام بهذا الالتزام بعدم الاحتفاظ بالسجلات أو إتلافها أو عدم جعلها في متناول السلطات المختصة يعد جريمة يعاقب عليها بغرامة تساوي ما نصت عليه المادة 34 من القانون رقم 01/05 وهي الغرامة من 10000000 دج إلى 50000000 دج.

¹ المادة 07 من القانون رقم 01/05 المعدل والمتمم المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

² تنص المادة 2/34 من القانون رقم 01/05 المعدل والمتمم على أنه ((ويعاقب الأشخاص المنصوص عليهم في هذه المادة بغرامة من 1000000 دج إلى 5000000 دج)) . يتضح لنا أن المشرع قد شدد من العقوبة المرصدة للشخص المعنوي برفع مقدار الغرامة عند تعديله للمادة 2/34 بموجب القانون رقم 01/12 كانت تتراوح بين 50000 دج و 1000000 دج.

ج- الامتناع عن الإخطار بالشبهة:

تضمنت المادة 32 من القانون رقم 01/05 الأحكام الخاصة بجريمة الامتناع عن الإخطار بالشبهة وحددت العقوبة المرصدة للبنك فجاء في المادة على أنه ((يعاقب كل خاضع الذي يتمتع عمدا وعن سابق معرفة عن تحرير وإرسال الإخطار بالشبهة المنصوص عليه في هذا القانون بغرامة من 1000000 دج إلى 10000000 دج دون الإخلال بعقوبات أشد أو بأية عقوبة تأديبية أخرى)).

يستفاد من هذا النص أن المشرع ألزم الخاضعين (البنوك) بإبلاغ الهيئة المتخصصة (خلية الاستعلام المالي) بكل عملية يكون محلها أموال يشتبه فيها أنها ذات مصدر إجرامي أو يبدو أنها موجهة لتبييض الأموال أو تمويل الإرهاب¹. كما يمكن أن يؤدي الامتناع عن الإخطار إلى عقوبات أخرى غير الغرامة كالحل أو المصادرة أو وقف النشاط ناهيك عن عقوبات تأديبية أو قضائية أخرى تصدرها هيئات الإشراف والرقابة كعقوبة وقف تنفيذ لمدة 72 ساعة أي عملية بنكية تقع عليها شبهات قوية على أنه ترتبط بعمليات التأشير على الإشعار بوصول الإخطار بالشبهة إلى البنك المعني².

2- مخالفة تدابير الوقاية عن طريق القيام بفعل يمنعه القانون.

¹ المادة 20 من القانون رقم 01/05 السالف الذكر.

² المواد 16 و 17 و 18 من القانون رقم 01/05 السالف الذكر.

يقصد بذلك صدور تصرف إيجابي من البنك يتناقض مع الالتزامات السابقة وهو قيامه بإبلاغ صاحب الأموال أو العمليات المشتبه فيها بوجود إخطار بالشبهة وإعلامه بالنتائج المتوصل إليها. ويشترط أن يكون فعل التبليغ صادر قصد تنبيه الشخص المشتبه فيه وحمله على اتخاذ أي تصرف كالهروب ، بمعنى توفر الصفة الإرادية للبنك عن هذا التبليغ، وقد رصد المشرع عقوبة الغرامة التي تتراوح بين 2000000 دج و 20000000 دج مع إمكانية فرض عقوبات أشد وعقوبات تأديبية أخرى لم تنص عليها المادة 33 من قانون رقم 01/05 المعدل والمتمم.

ثانيا: العقوبات المرصدة للبنك في قوانين خاصة.

يعتبر قانون النقد والقرض من أهم القوانين الخاصة التي رصدت عقوبات شديدة على البنوك في حالة مخالفتها لقواعد حسن سير المهنة المصرفية بصفة عامة. سواء تعلق الأمر بمخالفة تدابير الوقاية من تبييض الأموال أو قواعد مصرفية أخرى . كما تتضمن أنظمة مجلس النقد والقرض سياسة تجريرية عقابية خاصة اتجاه البنوك جراء عملية تبييض الأموال، ناهيك عن تلك المرصدة له في قوانين أخرى ترتبط بجريمة الفساد، ولتوضح ذلك نتناول العقوبات كما يلي:

1- العقوبات المفروضة على البنك في قانون النقد والقرض:

حول المشرع الجزائري اللجنة المصرفية بموجب المواد 144 144 مكرر و 115 من القانون رقم 11/03 المعدل والمتمم سلطة فرض مجموعة من العقوبات على البنك إذا ثبت إخلاله باتزاماته في مكافحة جريمة تبييض الأموال وهي كما يلي:

أ-العقوبات التأديبية.

رتب المشرع الجزائري العقوبات التأديبية التي يمكن للجنة المصرفية اتخاذها إزاء البنك كما يلي:

- التحذير: نصت على هذا التدبير المادة 111 من القانون رقم 11/03 ، حيث يستفيد البنك الذي يخل بإحدى قواعد حسن سير الهيئة المصرفية بفرضه توضيح وتقديم تفسير لمسيرها بسبب الإخلال.

- الإنذار والتوبيخ: جعل المشرع هاتين العقوبتين من الجزاءات التأديبية الموجهة للبنط في حالة إخلاله بأحد الأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة بنشاطه وتأتي هذه العقوبة في حالة عدم أخذه في الاعتبار للتحذير السابق المنصوص عليه في المادة 144 من قانون 11/03 المعدل والمتمم.

ب- المنع من ممارسة بعض العمليات المصرفية.

يلاحظ أن المشرع لم يحدد المدة التي يتم فيها المنع من مزاوله النشاط مثل ما فعل في قانون العقوبات حيث حددها بمدة 05 سنوات.

وضع المشرع مجموعة من العقوبات ضد أي شخص معنوي ومنها البنوك إذ تبين إخلالها ومخالفتها للتشريع الخاص بحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج وأخضعه لجزاءات مالية ثقيلة كالغرامة التي لا تقل عن 04 مرات من قيمة محل المخالفة ومصادرة محل الجنحة والوسائل المستعملة في الغش¹ ، ويلاحظ أن المشرع قد وضع عقوبات أخرى جوازية في الفقرة الثانية من المادة 07 من الأمر رقم 22/96 تتمحور أساسا في عدة جزاءات مؤثرة على نشاط البنك وهي مؤقتة لا تتجاوز 05 سنوات تتمثل في ما يلي:

- المنع من مزاوله عمليات الصرف والتجارة الخارجية والإقضاء من الصفقات العمومية.

¹ المادة 25 من النظام رقم 03/12 المؤرخ في 2012/11/28 الذي ألغى النظام رقم 05/05 المؤرخ في 15/2005/12/ المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

- المنع من الدعوة العلنية إلى الادخار.
- المنع من ممارسة نشاط الوساطة في البورصة.¹

الخاتمة

باعتبار أن البنك مؤسسة مصرفية تقوم بتقديم الائتمان لربائنها من خلال عمليات مصرفية مختلفة، أصبحت بالمقابل وهي تقوم بهذا الدور هدفا لعمليات تبييض الأموال، مما أدى إلى انتشارها بشكل واسع ، حيث لا يمكن لمرتكبي هذه الجريمة إتمام نشاطهم الإجرامي خارج الجهاز المصرفي بسبب فشلهم في إتمام جريمتهم للتبييض التقليدي.

وهذا ما أدى إلى تطور مفهومها من مفهوم تقليدي بسيط ينحصر سلوكها المادي في تطهير العائدات الإجرامية الناتجة عن تجارة المخدرات، أو عن طريق تهريبها بكافة الطرق لإخفاء مصدرها، على مفهوم مصرفي حيث يقوم الجناة باستغلال البنوك لتبييض أموالهم من خلال عمليات مصرفية، لا تختلف في طريقتها ولا في أسلوبها عن العمليات المصرفية العادية المشروعة ، وتلبس لباس غير المشروعة من خلال اكتشاف الغرض الحقيقي منها بعد اكتشاف محاولة ارتكاب هذه الجريمة أو تم ارتكابها بإخفاء هذه الأموال والتمويه بمصدرها الإجرامي.

ويترتب على ما سبق التطرق إليه أن جريمة تبييض الأموال عبر القنوات البنكية تتميز بطابع خاص، فهي تختلف عن جريمة تبييض الأموال العادية التي حدد أحكامها قانون العقوبات في المادة 389 مكرر، عن تلك التي نصت عليها قوانين الوقاية من تبييض الأموال ومكافحتها.

¹ المادة 07 من الأمر 22/96 المؤرخ في 09 جويلية 1996، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، الجريدة الرسمية، العدد رقم 12 ، الصادرة في 2003/02/23 .

ويستخلص في هذا الإطار أن التبييض البنكي لا يقوم على أساس فكرة الخطأ ، وإنما يعتبر من الجرائم المادية، حيث أنه بمجرد وقوع الأفعال المنصوص عليها في قانون العقوبات أو تلك التي وردت في قانون الوقاية من تبييض الأموال ، فإنه تتقرر مسؤولية البنك التأديبية والجزائية، لأن العلم بالمصدر غي المشروع للأموال أمر مفترض يصعب للبنك إثبات عكسه ، في إطار وجود الالتزام بالبحث والتحري عن هوية العملاء.

كما خلصنا من هذه الدراسة أن تبييض الأموال عبر القنوات البنكية من أخطر أنواع التبييض، وعليه يستوجب الكثير من التبصر والحيطه والحذر واليقظة لأجل حماية كيانها القانوني والحفاظ على سمعتها، خاصة أنها مؤسسة تقوم على ضمان الثقة والائتمان لربائنها.

كما أن عدم وجود قواعد خاصة بالمتابعة الجزائية للبنك عن جريمة تبييض الأموال أدى إلى بقاء النصوص القانونية السارية المفعول بشأن مسؤوليته الجزائية غير فعالة، وهذا ما يفسر انعدام الأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع .

وأخيرا لوحظ غياب قواعد إجرائية خاصة تتعلق بالضبط والتحقيق في الجرائم البنكية إذ تخضع إجراءات رفع الدوى العمومية ضد البنك لنفس الأحكام التي يخضع لها أي شخص معنوي، فالمشرع الجزائري لم يقيد هذا الموضوع بقواعد خاصة ما عدا تلك المتعلقة بالتحقيقات التي تقوم بها هيئات الرقابة والإشراف، لكن دورها ينتهي عند جمع المعلومات المالية وتحليلها. لذا نرى من الضروري أن يتدخل المشرع الجزائري لإخضاع القواعد الإجرائية لمتابعة البنك لأحكام خاصة بالضبط والتحقيق ورفع الدعوى العمومية.

La formation de l' élu local en Algérie

Essaid TAIB

Professeur à l' Ecole nationale d' administration d' Alger

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/09

L' élu local est à la tête d' un territoire, répond aux besoins de la population, réalise le développement local, protège l' environnement, gère un budget ; tout cela, parfois, dans des proportions très importantes. L' élu local endosse de lourdes responsabilités, encourt un risque pénal, subit une sanction électorale. Les collectivités territoriales souffrent d' un lourd déficit de gestion, les résultats négatifs sur le terrain sont largement constatés depuis de nombreuses années ; l' une des causes réside dans le manque de compétences de l' élu local, initialement non destiné à la gestion d' une collectivité territoriale.

Il est indéniable que la formation constitue un levier déterminant pour la réussite de n' importe quelle organisation. Et, pourtant, la législation n' est venue que tardivement reconnaître le droit de l' élu local à la formation. L' administration centrale accorde concrètement la priorité à la formation du fonctionnaire territorial, l' élu local, particulièrement celui de la commune, ne bénéficie que de rares actions de formation. Améliorer la gestion des collectivités territoriales passe nécessairement par la formation de l' élu local.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

- 1. UN DROIT A LA FORMATION INSUFFISAMMENT GARANTI**
 - 1.1. L'ELU A BESOIN DE FORMATION
 - 1.2. UN DROIT A LA FORMATION TARDIF ET TIMORE16
 - 2. LE CADRE INSTITUTIONNEL DE LA FORMATION EST ASSEZ DENSE 17**
 - 2.1. L'ADMINISTRATION CENTRALE17
 - 2.2. LES COLLECTIVITES TERRITORIALES19
 - 2.3. LES ACTEURS SOCIAUX20
 - 2.4. LA COOPERATION INTERNATIONALE21
 - 3. LE BILAN DE LA FORMATION DEMEURE PAUVRE23**
 - 3.1. LES FORMATIONS NATIONALES23
 - 3.2. LES FORMATIONS ETRANGERES25
 - 3.3. QUELQUES PISTES PRIORITAIRES DE FORMATION
- CONCLUSION27**

Le pays s'est engagé dans des réformes économiques et politiques à dominante libérale. Les collectivités territoriales sont de plus en plus appelées à se soumettre aux règles de l'efficacité de gestion, de la performance territoriale et de la sanction électorale. Une compétition se fait jour entre elles pour attirer des investisseurs nationaux et étrangers du fait.

Le pays se démocratise de plus en plus. Les élus sont tenus d'être très attentifs aux attentes des électeurs, devenus bien plus exigeants, voir virulents avec l'ouverture démocratique. Les comportements ont changé par rapport à l'époque du monopartisme où l'élus n'avait de compte à rendre qu'au parti unique ; effectivement, les exigences d'une démocratie pluraliste font que les élus sont désormais comptables devant leurs élus. Le champ associatif a explosé avec la liberté associative retrouvée depuis la Constitution de 1989. Les citoyens s'intéressent à la gestion des affaires locales, parfois s'y impliquent activement par le biais des associations, soit directement, soit dans le cadre de la gestion participative, dont certaines se spécialisent dans le développement local en créant des emplois et des activités génératrices de revenus, plus particulièrement en direction des jeunes chômeurs et de la femme rurale.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

La décentralisation enjoint aux élus locaux, notamment communaux, la responsabilité de prendre en charge les affaires locales. Gouverner une municipalité, c'est s'investir sur des territoires parfois très étendus, faire face aux demandes multiples et complexes d'une population estimée, dans certains cas, à plusieurs centaines de milliers d'individus; gérer un budget lourd; c'est dire l'ampleur de leurs responsabilités. L'évaluation de l'action des élus est immédiate du fait de la visibilité et de la proximité de l'action locale.

Quelles que soient les considérations, qu'elles tiennent à la décentralisation, aux réformes, à l'encadrement ou à la carrière, la seule vérité qui compte est que les collectivités territoriales assure des missions nombreuses et variées, encadrée par une réglementation dense, complexe et en perpétuelle évolution. Ces missions touchent principalement à la satisfaction des besoins de service public et aux exigences du développement local; de plus en plus fortes, pressantes et incompressibles. Elles sont placées en première ligne, notamment la commune, pour répondre aux demandes des territoires et de la population; de ce fait, elles sont confrontées à des défis en matière de gouvernance locale, dans un contexte qui est en perpétuelle évolution et de plus en plus difficile. La gestion du local devient de plus en plus complexe, celle d'une ville est l'une des questions les plus difficiles qui soit.

Les responsabilités sont particulièrement lourdes, politique car les partis politiques sont jugés sur leurs résultats à travers leurs élus; voire pénales car le président de l'assemblée populaire communale prend des décisions, passe des contrats et est ordonnateur du budget. Les élus locaux sont parfois critiqués, pour ne pas dire plus, soit pour leur incompétence parce que leur formation d'origine ne les prépare pas à l'exercice d'une fonction électorale, soit parce qu'ils ne disposent pas d'une autonomie de gestion suffisante, soit parce que les moyens font défaut. Dans certaines localités et avant même l'échéance électorale, la population, mécontente de la gestion de ses élus, réagit par des actions véhémentes de protestation, se plaignant de la non-satisfaction de leurs besoins, du chômage, du cadre de vie ou de la mauvaise qualité du service. Malgré toutes ces considérations, la formation de l'élu est négligée sur le plan réglementaire, insignifiante sur le plan opérationnel. Les élus n'ont bénéficié que de très peu d'actions de formation, c'est dire combien la formation des élus n'a fait l'objet que d'une faible attention de la part des pouvoirs publics. La formation des élus demeure pourtant une question primordiale comme levier pour une bonne gouvernance.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

1. Un droit à la formation insuffisamment garanti

Il n'existe pas de statut de l' élu local, par conséquent, le droit à sa formation est ignoré. Il faut examiner des textes épars pour trouver quelques rares dispositions relatives à la formation de l' élu local, règle proclamée plus comme une obligation que comme un droit.

1.1. L' élu a besoin de formation

Les élus ne sont pas préparés à la gestion locale. Beaucoup d'entre eux découvrent pour la première fois, une fois élus, la gestion car ils sont en majorité issus autres horizons, parfois totalement étrangers à l'exercice d'un mandat électoral local et à la gestion publique locale. L' élu est directement confronté, sans préparation aucune, à la gestion d'une collectivité territoriale, plus particulièrement la commune, s'étendant parfois sur une grande surface, où vivent des centaines de milliers d'habitants, exprimant des besoins difficiles à satisfaire et, parfois incompressibles. La ville est une organisation extrêmement difficile à gérer. Si l' élu départemental ne gère pas directement la wilaya, il doit être quand même en mesure de discuter avec l'administration et d'évaluer l'action du wali.

A ce jour, à la différence de la wilaya, la commune souffre encore d'un déficit en encadrement quantitatif et qualitatif en matière de ressources humaines¹ ; les élus de la commune ne disposent pas encore d'une administration compétente qui puisse les seconder et les accompagner efficacement dans l'exercice de leurs missions.

Un élu exerce un mandat de cinq ans renouvelable, c'est une durée suffisante, aussi un investissement dans la formation est utile et même nécessaire. Un citoyen peut faire une carrière politique, soit dans une même collectivité car le mandat est renouvelable ; soit en gravissant les échelons en exerçant d'abord un mandat communal, ensuite départemental, enfin national comme député ou sénateur. Ils sont 26 000 élus communaux et départementaux, c'est dire que le marché est très large et est fortement demandeur de formation.

Pour permettre aux élus de se consacrer effectivement à la gestion des affaires de la commune, les présidents et les vice-présidents d'assemblée accomplissent de manière permanente l'exercice de la fonction électoral, c'est-à-dire que, fonctionnellement, ils sont dans la même situation qu'un fonctionnaire. Les autres élus sont tout aussi

¹ Essaid TAIB, La formation du personnel communal en Algérie, in CMERA, L'administration territoriale au Maghreb, Rabat, Guessous, 1989, page 114.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

sollicités, notamment ceux qui président une commission, d'autres encore peuvent se spécialiser pour prendre en charge une fonction de gestion, un secteur d'activité, un territoire de la collectivité² ou un segment de la population³. En définitive, sur le plan des conditions effectives de travail, rien ne distingue certains élus du fonctionnaire. On peut en conclure que l'élu a effectivement besoin de formation, et pourtant le droit à la formation n'est pas suffisamment assuré.

1.2. Un droit à la formation tardif et timoré

Ni le code communal de 1967⁴, ni la loi relative à la commune de 1990⁵ n'évoquent la formation de l'élu. Il a fallu attendre la loi de 2011 relative à la commune⁶ pour qu'une obligation de suivre les cycles de formation et de perfectionnement organisés à l'intention des élus soit prescrite (article 39) ; mais il ne s'agit pas d'un droit à la formation, c'est-à-dire que les élus ne peuvent pas exiger de la formation ; mais d'une obligation qui dépend du bon vouloir de l'administration centrale ou de la wilaya, qu'en sera-t-il alors d'un élu qui ne veut pas suivre une formation. Pour les élus qui ne sont pas permanisés dans leurs fonctions, les employeurs sont tenus d'accorder à leur personnel, membres d'une assemblée populaire communale, le temps nécessaire pour l'exercice de leur mandat électif. La convocation aux travaux de l'assemblée et aux sessions de formation organisées au profit des élus tient lieu de justification d'absence⁷.

Le droit à la formation n'est pas reconnu par les différents codes de la wilaya⁸. Certes, la loi relative à la wilaya⁹ a prévu plusieurs dispositions concernant la formation mais elles ne concernent pas l'élu à proprement parler. L'Assemblée populaire de wilaya forme en son sein des commissions permanentes pour les questions relevant de son domaine de compétence, notamment celles relatives à l'éducation, l'enseignement supérieur et la formation professionnelle¹⁰ ; normalement, la commission

² Cela est fait pour les grandes villes, un élu prend en charge un secteur urbain.

³ Des élus peuvent se spécialiser dans les questions de la jeunesse du troisième âge ou de la femme.

⁴ Ordonnance n° 67-24 du 18 janvier 1967 portant code communal, JO n° 06.

⁵ Loi n° 90-08 du 07 avril 1990 relative à la commune, JO n° 15.

⁶ Loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune, JO n° 37.

⁷ Articles 38 et 39 de la

⁸ Ordonnance n° 69-38 du 23 mai 1969 portant code de la wilaya, JO n° 44 ; Loi 90-09 du 7 avril 1990 relative à la wilaya, JO n° 15.

⁹ Loi n° 12-07 du 21 février 2012 relative à la wilaya, JO n° 12.

¹⁰ Article 33 de la loi n° 12-07.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

en charge de la formation doit organiser des actions dans ce sens ; à défaut, elle peut en créer une¹¹. L'article 77 dispose que, « l'assemblée populaire de wilaya exerce des compétences en matière d'éducation, d'enseignement supérieur et de formation » ; sans qu'il ne soit précisé en quoi consiste exactement ces compétences ; par exemple si elles concernent également la formation des élus ou si elles ne visent que la collectivité territoriale. Il faut faire une large interprétation des dispositions légales pour espérer trouver un droit à la formation pour les élus ; en tous les cas, il est nettement moins bien affirmé que pour les élus de la commune.

2. Le cadre institutionnel de la formation est assez dense

Les acteurs susceptibles d'organiser des formations pour les élus sont potentiellement nombreux, mais il reste que l'administration centrale détient le monopole quasi-exclusif, en tous les cas, elle en a le pouvoir juridique, les infrastructures et les moyens financiers.

2.1. L'administration centrale

Au niveau du ministère de l'intérieur, il existe une direction de la formation, rattachée à la direction générale des ressources humaines, de la formation et des statuts ; elle comprend quatre sous directions dont une porte sur la formation des élus et des cadres¹². Le ministère peut intervenir par le biais de l'Ecole nationale d'administration¹³ et des centres nationaux de formation, de perfectionnement et de recyclage du personnel des collectivités locales¹⁴. L'article 177 de la loi n° 12-07 dispose que « le fonds de solidarité des collectivités locales verse aux wilayas des subventions d'encouragement à la recherche, à la formation et à la communication ». Ce fonds été remplacé par une caisse de garantie et de solidarité¹⁵ à laquelle est reconnue la prérogative de participer au

¹¹ 24 wilayates ont plus de 30 communes dont 4 plus de 60.

¹² Décret exécutif n° 14-104 du 12 mars 2014 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'intérieur et des collectivités locales, JO n° 15.

¹³ Décret n° 64-155 du 08 juin 1964 portant création d'une école nationale d'administration, JO n° 48 ; Décret présidentiel n° 05-440 du 12 novembre 2005 conférant au ministre de l'intérieur et des collectivités locales le pouvoir de tutelle sur l'Ecole nationale d'administration, JO n° 79.

¹⁴ Décret exécutif n° 94-450 du 19 décembre 1994 fixant les règles de création, d'organisation et de fonctionnement des centres nationaux de formation, de perfectionnement et de recyclage du personnel des collectivités locales, JO n° 85

¹⁵ Décret exécutif n° 14-116 du 24 mars 2014 portant création, missions, organisation et fonctionnement de la caisse de solidarité et de garantie des collectivités locales, JO n°

19. Cette caisse est placée sous la tutelle du ministère de l'intérieur.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

financement des actions de formation et de perfectionnement des élus et fonctionnaires appartenant à l'administration des collectivités locales¹⁶ ; heureusement que le décret exécutif n°14-116 a apporté davantage de précisions en y incluant les élus .

L'Ecole nationale d'administration forme des cadres de conception, sélectionnées à la suite d'un concours sur épreuves parmi les candidats détenteurs d'un niveau de baccalauréat plus quatre. En troisième année, une option de spécialité est dédiée à la gestion des collectivités locales, mais seulement aux cadres administratifs. Ses locaux abritent parfois des formations pour les élus locaux.

Le Centre national de formation, de perfectionnement et de recyclage du personnel des collectivités locales remplace l'ancien centre de formation administrative (CFA)¹⁷. Le centre national de formation, de perfectionnement et de recyclage du personnel des collectivités locales a pour mission d'assurer la formation, le perfectionnement et le recyclage du personnel des collectivités locales sur la base d'un programme général défini par l'autorité de tutelle¹⁸. Contrairement à ce que laisse sous entendre son intitulé, le centre a une compétence régionale. Le centre est destiné au personnel des collectivités locales, ce qui exclut les élus, d'ailleurs, et curieusement, il n'y a aucun élu dans son conseil d'administration. Cette anomalie a été corrigée puisque le conseil d'administration comprend désormais un président d'une assemblée populaire de wilaya et un président d'une assemblée populaire communale¹⁹. Il en existe actuellement trois en fonctionnement à Oran, Bechar et Ouargla ; certains sont en cours d'aménagement et de réhabilitation à Constantine et Djelfa ; d'autres sont en cours de réalisation à Blida, Tlemcen, Tiaret, Alger et Annaba.

16 Ibid. article 5, alinéa 9,

17 Dès le lendemain de l'indépendance, trois centres de formation administrative (CFA) sont créés au niveau d'Alger, Oran et Constantine, voir le décret n° 63-434 du 7 novembre 1963, page 1142. En 1977, les annexes de wilaya existantes au nombre de 25 sont érigées en CFA, voir le décret n° 77-132 du 8 octobre 1977, page 213.

18 Décret exécutif n° 94-450 du 19 décembre 1994 fixant les règles de création, d'organisation et de fonctionnement des centres nationaux de formation, de perfectionnement et de recyclage du personnel des collectivités locales, JO n° 85.

19 Décret exécutif n° 05-471 du 13 décembre 2005 modifiant et complétant le décret exécutif n° 94-450 du 19 décembre 1994 fixant les règles de création, d'organisation et de fonctionnement des centres nationaux de formation, de perfectionnement et de recyclage du personnel des collectivités locales, JO n° 81.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

Le centre d'information et de documentation des élus locaux offre des services pour les élus locaux (CIDEL)²⁰. La formation n'est pas directement évoquée en tant que telle mais elle est présente à travers l'activité d'animation destinée à l'information des élus locaux sous formes de colloques, séminaires et journées d'études. En pratique de nombreuses activités de formation se sont déroulées, plutôt sous forme de séminaires. Les statuts du CIDEL doivent prochainement connaître un réaménagement afin de pouvoir prendre en charge des actions de perfectionnement²¹. Hélas, ce centre a par la suite disparu, et on ne sait pas pour quelles raisons, il n'a ni été remplacé, ni ses attributions transférées à un autre organisme ; c'est bien dommage car les élus ne disposent plus d'aucun organe de rencontres, d'échanges et de formation. Il est plus que nécessaire de réhabiliter un centre de ce genre en lui donnant toutefois plus de prérogatives et de moyens.

Théoriquement plusieurs établissements d'enseignement, que ce soit les universités, les écoles ou les instituts²² sont habilités et en mesure de dispenser des formations pour les élus, même si cela n'est pas inscrit dans leurs statuts. Cependant, ils ne peuvent le faire que s'ils sont sollicités dans ce sens ; pour l'instant, ils ne proposent pas à leur initiative de produits de formation même si le marché est réellement porteur.

2.2. Les collectivités territoriales

Les services de la wilaya sont normalement dotés de structures chargées de missions en matière de formation, mais ce n'est pas toujours le cas. Les services de la réglementation, des affaires générales et de l'administration locale²³ ont pour mission d'étudier et de développer toutes les actions de perfectionnement et de formation des personnels, donc une activité parmi d'autres, ce qui, a priori, exclut les élus puisque, juridiquement, ils ne font pas partie du personnel, à moins que d'entretenir une large compréhension de la notion de personnel. La wilaya d'Alger, avec ses cinquante sept communes, ne semble pas accorder une

20 Décret n° 82-291 du 21 août 1982 portant création d'un centre d'information et de documentation des élus locaux, JO n° 34 ; Décret exécutif n° 97-293 du 02 août 1997 portant dissolution du centre d'information et de documentation des élus locaux, JO n° 51.

21 Il est question aussi de la création d'une revue et de l'élaboration d'un guide de l'élu, non réalisés à ce jour.

22 Par exemple, l'Institut supérieur de gestion et de planification.

23 Décret exécutif n° 94-217 du 23 juillet 1994 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement des services réglementation, des affaires générales et de l'administration locale, JO n° 48.

attention particulière à la formation, encore moins pour les élus. Le décret exécutif n° 96-417 institue une direction des ressources humaines²⁴, transformée en direction des ressources humaines et de la formation par le décret exécutif n° 97-480²⁵. Il se peut que des wilayates sollicitent des établissements d'enseignement supérieur pour organiser des formations de perfectionnement ou de recyclage ; que ce soit de manière ponctuelle ou dans le cadre d'un plan de formation. D'ailleurs, l'article 83 de la loi n° 12-07 relative à la wilaya autorise l'assemblée populaire de wilaya à développer des actions de synergie et de mise en réseaux entre les opérateurs économiques, les institutions de formation et de recherche scientifique et les administrations locales, en vue de promouvoir l'innovation dans les secteurs économiques. D'une certaine manière, la synergie avec les universités peut avoir pour objet la formation des élus.

L'organigramme de la commune n'est pas publié au journal officiel. Le président de l'assemblée populaire communale dispose d'un pouvoir de gestion sur son personnel²⁶. Si l'on prend le terme de personnel comme englobant les élus, le président de l'assemblée populaire communale est en mesure d'organiser des actions de formation pour ses élus, en tout cas rien ne l'en empêche, a fortiori dans une grande commune où l'effectif d'une assemblée peut aller jusqu'à quarante trois membres.

2.3. Les acteurs sociaux

Les partis politiques sont obligés de former leurs élus pour que ceux-ci soient performants, et espérer ainsi se construire une crédibilité pour pouvoir engranger le maximum de représentants lors des compétitions électorales. C'est parmi le vivier des élus locaux que les partis politiques vont puiser des candidatures pour les élections nationales et étoffer leur encadrement. Quelques partis politiques, comprenant l'enjeu de la formation, tentent des actions dans ce sens²⁷. Néanmoins, tous les partis ne sont pas logés à la même enseigne, les partis

²⁴ Décret exécutif n° 96-417 du 20 novembre 1996 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'administration de la wilaya d'Alger, JO n° 72.

²⁵ Décret exécutif n° 97-480 du 17 décembre 1997 portant organisation et fonctionnement du gouvernorat du Grand Alger, JO n° 83.

²⁶ Décret n° 90-99 du 27 mars 1990 relatif au pouvoir de nomination et de gestion administrative à l'égard des fonctionnaires et agents des administrations centrales des wilayas et des communes ainsi que les établissements publics à caractère administratif en relevant, JO n° 13.

²⁷ Il s'agit plutôt de séminaires que de véritables sessions de formation.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

gouvernementaux²⁸ ont plus de moyens que d'autres, ne serait-ce que par les cotisations de leurs membres où l'ont compte des membres du Gouvernement, des députés et des sénateurs qui ont des revenus élevés. Des partis politiques ont organisé des formations pour leurs élus. Une navigation dans les sites des partis politiques montre que ceux-ci, les plus importants d'entre eux, à savoir, le Front de libération nationale (FLN)²⁹, le Rassemblement national démocratique(RND)³⁰, le Front des forces socialiste (FFS), le Parti des travailleurs (PT), le Mouvement de la société pour la paix (MSP) n'ont pas organisé de formations pour leurs élus. Un seul parti, en l'occurrence, le Rassemblement pour la culture et la démocratie (RCD) a organisé au niveau du bureau régional de Bejaïa une troisième session de formation pour ses élus portant sur la gestion des projets et les marchés publics³¹.

Les associations peuvent aussi apporter leur contribution à la formation des élus. Certaines d'entre elles se sont spécialisées dans le développement local, et ont acquis une réelle expertise³². Souvent, elles manquent de moyens. Certes, les administrations et les collectivités territoriales sont autorisées à leur accorder des subventions ; cependant, face au faible soutien public ; elles sont obligées de faire appel à des financements extérieurs³³. Il n'y a pas d'associations de communes, d'associations d'élus ou de présidents d'assemblée populaires communales, certaines ont connu une existence éphémère. Pourtant, ce genre d'organisations est à même de contribuer efficacement et d'une manière autonome à la formation des élus.

2.4. La coopération internationale

La coopération internationale contribue à la formation des élus, le plus souvent en finançant des actions ponctuelles ; plus rarement en créant des établissements de formation. Parmi les acteurs de la

²⁸ Le Front de libération nationale et le Rassemblement national démocratique.

²⁹ Il dispose d'une structure chargée de la formation, mais son site web ne donne aucune information, site consulté le 06 octobre 2015

³⁰ Il annonce sur son site un « guide de l' élu », en format PDF téléchargeable, le téléchargement indique « not found », consulté le 6 octobre 2015.

³¹ <http://www.rcd-algerie.org/carousel/97-bejaia-le-rcd-organise-un-seminaire-sur-la-gestion-des-projets>.

³² Certaines sont listées Union européenne, Projet d'Appui aux Associations Algériennes de Développement ONG, Répertoire des Associations, 201 pages.

³³ La dernière loi relative aux associations a rendu extrêmement difficile et complexe le recours à l'aide étrangère ; Loi n° 12-06 du 12 janvier 2012 relative aux associations, JO n° 2.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

coopération internationale, on trouve des organisations internationales, la coopération bilatérale, des collectivités territoriales et des organisations non gouvernementales

Il a été créé sous l'égide de l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR), le centre international de formation des acteurs locaux du Maghreb (CIFAL Maghreb)³⁴, placé sous la tutelle du ministre de l'intérieur³⁵. Le centre a pour mission d'élaborer et de dispenser des programmes de formation au profit des acteurs locaux en matière de développement social, économique, environnemental et des villes durables. Les élus locaux font partie du public bénéficiaire des activités du centre mais ils n'ont aucun représentant au niveau du conseil d'administration. Les Nations Unies ont créé également l'Institut de l'université des Nations Unies pour le développement durable (UNU-IRADDA)³⁶. Il va de soit que l'objet de cet institut intéresse au plus haut point les collectivités territoriales ; il aura, entre autres, à mettre en place des programmes de formation au profit des spécialistes, en coopération avec les acteurs locaux, nationaux et internationaux.

La coopération décentralisée reste une pratique assez méconnue en Algérie, si ce n'est par le biais de quelques actions de jumelage³⁷. Elle commence à prendre de l'ampleur depuis les années 2000. Il existe de nombreuses organisations internationales dédiées aux territoires, aux collectivités locales, aux villes et au développement local. L'Algérie a adhéré à certaines d'entre elles soit en tant qu'Etat, soit par le biais de ses collectivités territoriales : l'Assemblée Régionale et Locale Euro-méditerranéenne (ARLEM), la Conférence Africaine de la Décentralisation et du Développement Local (CADDEL) ; Cités et Gouvernements Locaux Unis (CGLU) avec une section africaine,

34 Décret exécutif n° 13-137 du 10 avril 2013 portant création, organisation et fonctionnement du centre international de formation des acteurs locaux du Maghreb (CIFAL-Maghreb), JO n° 21.

35 Ses locaux se trouvent au sein de l'Ecole nationale d'administration d'Alger.

36 Décret présidentiel n° 15-117 du 13 mai 2015 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et l'Université des Nations Unies sur la création, le fonctionnement et l'emplacement de l'institut de l'université des Nations Unies pour le développement durable (UNU-IRADDA) à Alger (Algérie), signé à Alger le 22 décembre 2013, JO n° 25 .

37 Essaid TAIB, La coopération décentralisée des collectivités territoriales algériennes, Faculté de sciences politiques, Université d'Alger, Revue algérienne des politiques publiques, n° 5, Octobre 2014.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

l'Organisation des Villes Arabes (AVO)³⁸. Sur le plan de la coopération bilatérale, des accords de coopération décentralisée ont été surtout signés entre collectivités algériennes et françaises pour des raisons aisément compréhensibles, l'objet de certains d'entre eux y inclut des actions de formation.

La coopération décentralisée peut se pratiquer également par le biais des associations. Il existe un réseau international : Association internationale des maires francophones, Cités et gouvernement locaux unis. Hélas, l'Algérie ne tire pas suffisamment profit de ces organisations qui organisent et financent des formations. Il faut souligner l'effort particulier fait par une association étrangère, « Touiza Solidarité » domiciliée à Marseille ; avec le concours d'une association algérienne, « Association nationale de volontariat Touiza » dont le siège est à Alger. Touiza Solidarité a obtenu des financements de la part de différents bailleurs et a organisé des formations au profit de cadres et élus algériens, élargis au Maroc et à la Tunisie à partir de 2004.

Le spectre des acteurs potentiels initiateurs ou organisateurs de formation au profit des élus est assez large. Cependant, les résultats sur le terrain sont loin d'être à la hauteur des besoins des élus en matière de formation.

3. Le bilan de la formation demeure pauvre

Les bénéficiaires de la formation sont principalement les fonctionnaires des collectivités territoriales, les élus sont négligés pour ne pas dire plus si l'on s'en tient à une évaluation quantitative. Pourtant, les collectivités se sont vues confier des missions nombreuses, variées et lourdes. Outre leur nombre, certains élus occupent leurs fonctions de manière permanente ou intensive à l'image des présidents et des vice-présidents d'assemblée, et des présidents de commissions. L'élu fait partie de la catégorie de personnel communal qui a le moins bénéficié de l'attention des pouvoirs publics en matière de formation ou de perfectionnement.

3.1. Les formations nationales

Quelques rares actions ont été organisées par le centre d'information et de documentation des élus locaux (CIDEL). Durant l'année 1988, deux conférences ont été tenues sur la lutte contre la

³⁸ La 16^{ème} conférence s'est tenue à Doha le 16 mai 2013, sur le thème « villes et défis du développement durable » ; la prochaine conférence se tiendra à Constantine.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

bureaucratie³⁹ d'une part, sur les ressources financières locales des communes d'autre part. Des cycles d'information se sont également déroulés et ont porté sur le thème suivant : organisation, fonctionnement et mission des institutions locales. Ces cycles ont touché 7945 présidents d'assemblée populaire communale et de présidents de commissions, présidents d'assemblée populaire de wilaya et de commissions départementales.

Le site du ministère de l'intérieur donne quelques indications. Des journées d'études ont été organisées au profit des présidents d'assemblées populaires communales sur le nouveau budget communal ; des stages bloqués sont prévus sur le même thème et pour le même public⁴⁰. D'autres actions de formation sont indiquées sur ce site mais destinées aux cadres des collectivités locales⁴¹. Le ministère de l'intérieur a organisé une formation au profit de 1541 présidents d'assemblées populaires communales ayant pour objet le projet de proximité de développement rural intégré⁴².

Les formations au profit des élus de la wilaya sont bien moins nombreuses. En mars 2015, s'est tenu à Sétif un séminaire au profit des présidents de l'assemblée populaire de wilaya sur l'organisation et fonctionnement de la wilaya, la gestion locale et les finances locales.

D'une manière générale, les actions de formation tourne autour de thèmes classiques tels que l'organisation et le fonctionnement de la collectivité territoriale, la gestion des ressources humaines, les finances locales, le contentieux. Ces thèmes sont certes nécessaires mais ils ont loin de refléter l'ampleur des besoins, a fortiori quand on se situe dans des problématiques « modernes », à titre indicatif, telles que le management public, la gouvernance territoriale, l'évaluation des politiques publiques, les technologies de l'information et de la communication, la e-administration.

En définitive, les actions de formation de courte durée, autrement dit de recyclage ou de perfectionnement, ne constituent pas le support d'une politique nationale de formation, soutenue par un plan de formation normalement d'une durée de trois ans. Les actions de formations sont

³⁹ Et encore dans le cadre d'une campagne nationale de lutte contre la bureaucratie.

⁴⁰ <http://www.interieur.gov.dz/Dynamics/frmItem.aspx?html=1&s=4>.

⁴¹ Promotion de l'approche participative dans le développement local, valorisation et mise à niveau des cadres des collectivités locales.

⁴² Source : site du ministère de l'intérieur. Il n'est donné ni la date, ni le programme.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

organisées de manière ponctuelle à l'initiative de l'administration centrale.

3.2. Les formations étrangères

Le PNUD a organisé et monté des projets de développement local pour les acteurs locaux, y compris donc les élus, et qui contiennent une activité relative à la formation⁴³. Ils portent sur le renforcement des capacités locales pour un développement durable au profit de la daïra de Charouine, un appui pour un développement local pour les « routes des ksour », un appui au renforcement des capacités humaines pour la mise en œuvre du renouveau rural.

Touiza solidarité a mis en place un programme de formation qui s'est étalé de 2000 à 2009, plusieurs sessions de formation ont été organisées et auxquelles ont participé des élus locaux ; elles ont porté sur les thématiques suivantes⁴⁴ :

1. La participation citoyenne à la gestion locale et la dynamisation du territoire ;
2. La pratique de la gestion de la coopération décentralisée à travers l'expérience des collectivités territoriales françaises ;
3. Le tri et la valorisation des déchets ;
4. La gestion participative de projets de développement local ;
5. La gestion économique durable des ressources en eau ;
6. Aménagement du territoire et gestion urbaine ;
7. La gestion des centres d'enfouissement techniques ;
8. La Gestion participative de projets de développement local durable
9. Le traitement et la réutilisation des eaux usées

Touiza Solidarité a organisé, avec le concours de l'Ecole nationale d'administration d'Alger, un lourd programme de formation intitulé « Gestion participative territoriale : formation/action d'experts du développement local ». La formation s'est déroulée de mai 2003 à février 2005 à raison de sept sessions de dix jours, organisées alternativement en

43 http://www.dz.undp.org/content/algeria/fr/home/operations/projects/poverty_reduction/daïra-de-charouine--appui-au-renforcement-des-capacites-locales-.html;
http://www.dz.undp.org/content/algeria/fr/home/operations/projects/poverty_reduction/les-routes-des-ksour--appui-au-developpement-local-integre.html;
http://www.dz.undp.org/content/algeria/fr/home/operations/projects/womens_empowerment/appui-a-la-participation-politique-effective-et-durable-des-femm.html

44 Touiza Solidarité, Programme de renforcement des capacités des collectivités locales maghrébines, bilan 2000-2009, Marseille, doc. Ronéotypé, 12 pages.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

Algérie et en France. Ce programme s'est appuyé sur une pédagogie active, des stages de terrain en France et la soutenance d'un mémoire de projet, sanctionné par la remise d'un certificat et non d'une simple attestation de participation.

Faute de pouvoir citer tous les accords de coopération entre collectivités algériennes et étrangères ; d'autant plus que l'information n'est pas complète⁴⁵, on peut relever des actions de formation inclus dans ces accords de coopération décentralisée : Constantine-Grenoble : communication ; Larbaa Nath Irathen-Saint Denis : gestion de la commune ; Adrar-bordeaux : formation des élus et des cadres. D'autres accords incluent la formation mais sans donner de détails ni sur l'objet, ni sur le public : Skikda-Belfort, Oran-bordeaux. D'une manière générale, les thèmes de formation qui touchent de près les communes algériennes sont l'environnement, la gestion urbaine.

3.3. Quelques pistes prioritaires de formation

Quand on examine les missions confiées aux élus locaux, on constate qu'elles sont très larges, elles se caractérisent par une certaine complexité et technicité. Or, les élus viennent d'horizons divers, parfois très éloignés de la gestion locale. Sans en faire des gestionnaires aguerris, les élus doivent avoir quelques capacités à gérer la commune car c'est d'elle qu'il s'agit en priorité ; ceux de la wilaya doivent être en mesure d'analyser leur territoire, recenser les besoins, élaborer des projets et des évaluations au niveau des commissions de wilaya et de discuter avec l'administration locale. L' élu n'est pas un gestionnaire, sauf peut être, et dans une certaine mesure, le président de l'assemblée populaire communale, de surcroît dans les petites communes où il peut assumer seul et directement toutes les fonctions de gestion.

Une connaissance minimale des règles du droit administratif, du fonctionnement de l'administration, des finances publiques, des marchés publics s'avère plus que nécessaire, car le président de l'assemblée populaire communale encourt dans certaines situations sa responsabilité pénale sans être au fait des risques qu'il prend. Les méthodes modernes de gestion, inspirées du management public, constituent un impératif. L'introduction des technologies de l'information et de la communication relèvent désormais d'un enjeu fondamental car elle apporte des ressources décisives pour améliorer la gestion, réduire les coûts, abolir les contraintes d'espace et de temps.

⁴⁵ A partir d'une recherche sur le web.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

le président d'une assemblée locale, globalement, peut être un pilote, un stratège, un planificateur, un communicateur, un évaluateur, et c'est dans cette direction qu'il faut lancer des actions de formation en matière de performance du développement local durable et de qualité du service public, tout en les nuanciant en fonction de la taille et de la nature de la commune. Les principales actions de formation peuvent porter sur le diagnostic du territoire, la définition et les enjeux du développement local, le montage d'un projet, la planification stratégique, le système de pilotage, la communication institutionnelle, l'évaluation des politiques publiques, la gouvernance électronique.

L'élu, plus spécialement, a fortiori, quand il est vice-président de l'assemblée ou préside une mission peut avoir besoin de formations et de spécialiser dans trois directions. La première consiste à s'intéresser à des fonctions ou à des actes de gestion tels que la gestion financière, l'urbanisme, les marchés publics. La seconde consiste à s'investir dans des thématiques tels que l'environnement, l'économie locale, la jeunesse, le troisième âge, le genre. La troisième consiste à s'intéresser de manière globale et intégrée à des territoires de la collectivité, à savoir les quartiers ou les zones rurales.

Conclusion

La prise en charge institutionnelle de la formation des élus communaux demeure nettement insuffisante⁴⁶ et encore limitée à des conférences et à des cycles d'information sans commune mesure avec une réelle action de formation ou de perfectionnement. Elle reste tributaire de la formation sur le tas ou par compagnonnage. Les associations et les partis politiques sont loin d'avoir les moyens nécessaires. Les collectivités locales, notamment les communes, ne sont pas organisées en associations pour défendre leurs intérêts.

Les élus sont en permanence confrontés aux enjeux et défis d'un monde qui évolue rapidement du fait de l'obsolescence des connaissances, de l'impact de la mondialisation, des progrès apportés par les technologies de l'information et de la communication, d'une pression permanente du citoyen qui désire un service rapide et de qualité. Ils sont appelés à s'adapter à un environnement changeant, parfois hostile, en perpétuelle évolution.

⁴⁶ Il est paradoxal de constater que le fonds commun communal de garantie et de solidarité ne s'intéresse pas à la formation de l'élu, Voir les articles 266 et 267 de la loi 81-09 qui citent « les agents de l'administration locale, des entreprises et des services publics ».

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

L'élue est le représentant des citoyens au niveau de la collectivité territoriale. Ceux-ci lui confient un mandat pour gérer les affaires locales. De ce fait, il occupe une position stratégique dans le dispositif institutionnel de l'Etat, situé en première ligne, en contact direct et immédiat avec la population laquelle concentre sur lui l'essentiel de la demande sociale. Il gère des budgets importants, les dépenses d'une petite commune sont parfois supérieures à celle d'une grosse entreprise. Ses préoccupations portent sur des populations atteignant parfois plusieurs centaines de milliers d'individus et sur des territoires d'une grande étendue. Il engage son territoire dans une compétition économique parfois à l'international pour attirer des investisseurs ; d'ailleurs les pouvoirs publics envisagent de faire de certaines villes des métropoles qui auront un rayonnement à l'échelle méditerranéenne.

Le retour du bâton est que l'élue est le premier vilipendé en cas d'insatisfaction et de mécontentement, parfois exprimés de manière véhémement, sinon virulente. Les élus sont les parents pauvres de la formation, principalement destinée aux fonctionnaires territoriaux. Un élu peut accomplir plusieurs mandats. Pour toutes ces raisons, l'investissement dans la formation des élus est plus qu'une nécessité pour le bien-être de la collectivité.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

L'ÉVASION FISCALE INTERNATIONALE PAR LA DELOCALISATION DES BÉNÉFICIAIRES DES SOCIÉTÉS

Nassima YELLES CHAOUICHE

Doctorante en Droit Public Economique
Faculté de Droit et de Sciences Politiques
UNIVERSITE ORAN 2

تاريخ إرسال المقال إلى المجلة: 2017/09

تاريخ الإرسال إلى المحكم: 2017/10

تاريخ إرسال القبول: 2017/12

INTRODUCTION

SECTION 1 : LA DELOCALISATION DES BÉNÉFICIAIRES PAR LA VOIE DES PRIX DE TRANSFERT

Sous-section 1 : Les éléments constitutifs des prix de transfert

Sous-section 2 : Les instruments préventifs de l'évasion fiscale internationale

SECTION 2 : LA DELOCALISATION DES BÉNÉFICIAIRES PAR L'INVESTISSEMENT À L'ÉTRANGER

Sous-section 1 : Les formes d'installation

Sous-section 2 : Les dispositifs anti-évasion

CONCLUSION

INTRODUCTION

L'évasion fiscale ou « *la fraude licite* », selon le terme utilisé par certains auteurs, consiste en des manipulations de la loi fiscale. Le contribuable utilise alors des manœuvres tout aussi légales, tels que les

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

failles de la loi fiscale ou les vides juridiques, pour échapper totalement ou partiellement à l'impôt⁴⁷.

Ce concept d'évasion fiscale consiste d'une manière générale à réduire la matière imposable soit en augmentant les charges soit en diminuant les recettes, tout en respectant les textes fiscaux. Les cas les plus répandus consistent à comptabiliser des charges qui n'ont aucun lien direct avec l'activité de l'entreprise. Ainsi, est considéré comme une évasion fiscale, par exemple, le cas où une entreprise prend en charge un billet d'avion pour un déplacement à l'étranger alors que ce déplacement n'a aucun lien avec l'activité de l'entreprise⁴⁸. C'est ce qu'on appelle l'évasion fiscale *interne*.

Avec la libéralisation de l'économie, l'Algérie se trouve de plus en plus confrontée à une nouvelle forme d'évasion d'une ampleur internationale. En effet, l'économie de marché et les nombreux accords internationaux à caractère économique signés par l'Algérie⁴⁹ ont favorisé l'implantation de nombreuses entreprises étrangères sur le territoire national, de même qu'ils ont permis aux entreprises algériennes, (quoiqu'à une moindre mesure), de se déployer à l'étranger, en y créant des exploitations directes (établissement stable) ou des exploitations indirectes (filiales).

Cette tendance à l'internationalisation des entreprises a eu pour conséquence des mouvements de capitaux et le transfert des bénéfices d'un pays à un autre et leur soumission à des législations fiscales de pays

⁴⁷ - Ahmed SADOUDI, « *Fraude fiscale et évasion fiscale : intérêt de la distinction* », Annales de la faculté de droit, Actes du colloque international sur « *Attractivité et évasion fiscales* » du 7 et 8 décembre 2011, numéro spécial, 2013, p. 180.

⁴⁸ - Ahmed SADOUDI, « *Droit fiscal* », SHP édition, 1ère édition, Alger, 2014, p. 115.

⁴⁹ - L'Accord d'association Algérie - Union européenne (2005), prévoit dans son article 39 l'obligation pour les parties d'assurer la « *libre circulation des capitaux* », ainsi que « la liquidation et le rapatriement du produit de ces investissements et tout bénéfice en découlant ». La Convention unifiée pour l'investissement des capitaux dans les pays arabes (1995) institue l'engagement des Etats arabes à autoriser les mouvements de capitaux arabes entre eux en toute liberté, à encourager et faciliter les investissements. A ces conventions, il faut ajouter les 54 accords bilatéraux signés par l'Algérie relatifs à la promotion et la protection réciproques des investissements. A titre d'exemple, l'article 2 de l'accord signé avec l'Autriche, dispose que « chaque partie contractante encourage et crée des conditions favorables aux investisseurs de l'autre partie contractante qui effectuent des investissements sur son territoire, et admet ces investissements conformément à ses lois et règlements » JORA n° 65/2003.

différents. En effet, en vertu du principe de souveraineté, chaque Etat (Etat d'origine et Etat d'accueil des investissements) leur imposera sa propre législation avec le risque d'un double traitement fiscal. D'où les surcharges fiscales ainsi que les doubles impositions auxquelles sont confrontées ces entreprises -en particulier en l'absence de convention fiscale. Ces inconvénients vont inciter les entreprises à délocaliser leurs bénéfices sociaux vers des territoires d'accueil complaisant tout en tirant profit des avantages fiscaux qui y sont offerts. On constate alors l'existence d'une relation étroite entre la délocalisation des bénéfices et l'évasion fiscale.

Il convient de montrer, à la lumière de la législation algérienne et du droit conventionnel, quand est-ce qu'une délocalisation des bénéfices est constitutive d'une évasion fiscale internationale et par quels moyens s'effectue cette délocalisation ? Pour répondre à cette interrogation, nous explorerons principalement deux formes d'évasion fiscale : « *la délocalisation des bénéfices par la voie des prix de transfert* » quand il s'agit d'entreprises étrangères implantées en Algérie (section 1) ; et leur « *délocalisation par l'investissement à l'étranger* » quand c'est une entreprise de droit algérien qui se lance dans une opération d'investissement à l'étranger (section 2).

SECTION 1 : LA DELOCALISATION DES BENEFICES PAR LA VOIE DES PRIX DE TRANSFERT

Il y a lieu de préciser en premier que le problème du transfert indirect de bénéfices à l'étranger est lié aux sociétés apparentées⁵⁰, un problème qui a commencé à prendre des proportions inquiétantes avec l'arrivée sur le marché national des groupes multinationaux⁵¹.

Les bénéfices réalisés par les sociétés étrangères ayant une installation en Algérie sont réputés distribués à leurs associés ou actionnaires dont le domicile fiscal ou le siège social est à l'étranger. La part transférée à chacun, appelée dividende, est imposable en Algérie au

⁵⁰ - « Deux entreprises sont apparentées, lorsque l'une a la capacité d'exercer directement ou indirectement, un contrôle ou une influence notable sur toutes les décisions de l'autre », circulaire de la D.G.I. n° 674/MF/DGI/DLRF/SD2/2013 du 6 août 2013 relative aux prix de transfert-Bénéfices indirectement transférés.

⁵¹ -EL HADJI Dialigue Ba, « *Le droit fiscal à l'épreuve de la mondialisation : la réglementation des prix de transfert au Sénégal* », Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris-Est, 2011 ; CHAIB BAGHDAD, « *Les firmes internationales* », Editions Houma, 2014.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

titre de l'impôt sur le revenu global (IRG) ou de l'impôt sur les bénéfices des sociétés (IBS) suivant la nature du bénéficiaire. Ce qui fait que tous les revenus transférés à une société étrangère non résidente par une filiale ou une succursale établie en Algérie ou toute autre installation professionnelle relève de la souveraineté fiscale algérienne, sauf dans le cas où une convention fiscale bilatérale prévoit le partage du droit d'imposition⁵². Il s'agit d'un « transfert direct de bénéfices » qui garde un caractère tout à fait licite. En revanche, le transfert de bénéfices devient illicite, lorsque des moyens détournés sont utilisés pour optimiser les revenus réalisés par une implantation étrangère en les soustrayant à l'impôt. Cette pratique porte le doux nom de « prix de transfert ».

Sur le plan doctrinal, les définitions abondent. « Les prix retenus pour les transactions entre sociétés apparentées résidentes d'Etats différents. En d'autres termes, il s'agit du prix des opérations intra-groupe et transfrontalières »⁵³. Ou encore ce sont « les prix appliqués par une société transnationale à l'ensemble des échanges des biens matériels et immatériels intervenus dans la commerce intra-firme développé à l'intérieur de son espace intégré »⁵⁴. Pour l'Algérie, faute d'une définition légale, la Direction générale des impôts propose une définition qui va dans le même sens : « les prix de transfert désignent tout flux intra-groupe et transfrontalier, relatif à des achats et ventes de biens, prestations de service, redevances, intérêts, garanties, honoraires, cession, ou concession de biens incorporels tels les marques, brevets et savoir-faire, etc. »⁵⁵.

Le problème des prix de transfert n'a retenu l'attention du législateur algérien qu'à partir de 2007 quand une législation sur le sujet a été progressivement mise en place. La loi de finances pour 2007 a complété le code des impôts directs par un article 141 bis traitant pour la

⁵² - Le taux d'imposition est de 15% (art. 46-9 et 104 du C.I.D.), toutefois ce taux n'est applicable qu'aux bénéficiaires de dividendes résident d'un pays avec lequel l'Algérie n'a pas signé de convention bilatérale de lutte contre la double imposition. Cette convention, prise selon le modèle de l'OCDE, répartit le droit d'imposer entre le pays de résidence du bénéficiaire et le pays de source de ces dividendes, c'est-à-dire le pays où est réalisé l'investissement.

⁵³ - Patrick RASSAT, Thierry LAMORLETTE, Thibault CAMELLI, *Stratégies fiscales internationales*, Maxima, Paris, 2010, p. 219.

⁵⁴ - Mounir SNOUSSI, *Les Stratégies juridiques des sociétés transnationales : l'exemple des prix de transfert*, *Revue Internationale de Droit Economique (RIDE)*, 2003, p. 445.

⁵⁵ - D.G.I., *Circulaire relative au « Traitement fiscal des prix de transfert »*, *Bulletin d'information fiscale* n° 5, 2010.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

première fois des prix de transfert⁵⁶. La loi de finances pour 2009⁵⁷ a introduit par la suite un article 182 ter au Code des impôts directs instituant « l'obligation déclarative » auxquels sont soumis les transferts de fonds à l'étranger. Quant à la définition proprement dite des prix de transfert, il a fallu attendre la loi de finances de 2010 qui a apporté un complément à l'article 141 bis précité. Même si cet article ne fait toujours pas référence explicitement à la notion de prix de transfert, il donne néanmoins quelques éléments permettant son identification. La nouvelle formulation de l'article 141 bis est ainsi rédigée :

« Lorsqu'une entreprise exploitée en Algérie ou hors d'Algérie, selon le cas, participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une autre entreprise exploitée en Algérie ou hors d'Algérie ou que les mêmes personnes participent, directement ou indirectement, à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise exploitée en Algérie ou d'une entreprise exploitée hors d'Algérie et que, dans les deux cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations, commerciales ou financières, liées par des conditions qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfiques qui auraient été réalisés par l'entreprise exploitée en Algérie, mais n'ont pu l'être du fait de ces conditions différentes, sont inclus dans les bénéfiques imposables de cette entreprise. Ces règles s'appliquent également aux entreprises liées exploitées en Algérie ».

Il ressort de cet article que les relations commerciales ou financières effectuées par des entreprises apparentées mais qui sont différentes de celles convenues entre des entreprises indépendantes constituent des prix de transfert auxquels l'administration fiscale peut les inclure dans le bénéfice imposable de l'entreprise de droit algérien. Pour faire face à ces pratiques dommageables, la législation algérienne a prévu plusieurs instruments permettant d'identifier cette forme d'évasion fiscale internationale.

Sous-section 1 : Les éléments constitutifs d'un prix de transfert

⁵⁶ - Il est créé par art. 8 de loi de finances pour 2007, modifié par art. 9 loi de finances pour 2008 et complété par l'art. 4 loi de finances pour 2010.

⁵⁷ - Loi n° 08-21 du 30 décembre 2008 portant loi de finances pour 2009, J.O.R.A. du 31 décembre 2008, n° 74, p. 3.

Selon la définition donnée par l'article 141 bis CID, trois éléments constitutifs d'un prix de transfert apparaissent, à savoir, la dépendance, le transfert indirect de bénéfice et la recherche d'un avantage fiscal⁵⁸.

A. *Le critère de dépendance*

Le critère de dépendance peut être juridique ou économique.

La dépendance juridique a donné lieu à plusieurs définitions législatives, généralement fondées sur un critère financier. L'article 138 bis du CID, dans sa définition du groupe de sociétés, fait mention d'une détention directe de 90 % ou plus du capital de la filiale par la société mère, alors que l'article 729 du Code de commerce la fixe à plus de 50 %. L'administration fiscale définit, par contre, la dépendance juridique suivant deux critères, l'un « financier » et l'autre « directorial ». Le contrôle qu'exerce une société sur une autre se manifeste soit par la détention d'une fraction du capital d'une autre société, c'est ce qu'on appelle « *le contrôle financier* » ; soit par l'intervention dans la gestion de la société, c'est « *le contrôle directorial* ». Ainsi, une entreprise est placée sous la dépendance d'une autre, lorsque cette dernière possède une part prépondérante de son capital ou dispose d'une majorité absolue des suffrages ou bien lorsqu'elle exerce des fonctions comportant le pouvoir de décision⁵⁹.

Quant à la dépendance de fait ou économique, elle repose sur « l'intérêt distinct », critère retenu par la jurisprudence française qui se résume comme suit : « *le lien de dépendance se caractérise par l'absence auprès de l'entreprise dominée d'un intérêt propre, distinct de celui de l'entreprise dominante* »⁶⁰. Cependant, dans le cas où l'administration fiscale ne peut établir le lien de dépendance juridique ou économique entre les deux entreprises, l'article 141 quater du CID suggère le recours à la théorie de l'acte anormal de gestion.

B. *Le transfert indirect de bénéfice*

⁵⁸ - Voir à ce propos la circulaire de la D.G.I. n° 674/2013 du 6 août 2013 précitée.

⁵⁹ - Circulaire d'application des dispositions fiscales de la loi de finances pour 2008, n°06/MF/DGI/DLRF/LF08 ; et la circulaire de la D.G.I. n° 674/2013 précitée relative aux Prix de transfert.

⁶⁰ - PICARD J-F, Chronique à la RJF 11/1984, p. 655 et s. Cité par PLAGNET Bernard, « *Les mesures de lutte contre l'évasion fiscale en matière de prix de transfert* », Revue Tunisienne de Fiscalité publiée par la Faculté de Droit de Sfax, Actes du colloque international « *La lutte contre la fraude fiscale* », n° 16, 2011, p. 254.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

En raison de cette dépendance, il est évident qu'une filiale continue de nouer des relations économiques avec sa société mère. Ceci pourra poser problème lorsque les relations intragroupes prennent la forme de transactions commerciales ou financières dont les prix facturés ne correspondent pas au prix de pleine concurrence, voir au prix du marché résultant de l'offre et de la demande, mais à des prix décidés par l'autorité compétente au sein du groupe⁶¹. Les transactions entre entreprises liées qui supposent le passage d'une frontière est le second élément constitutif des prix de transfert⁶².

En outre, le transfert indirect de bénéfices peut également s'effectuer vers des « paradis fiscaux ». En effet, les sociétés mères tendent souvent de minimiser leurs bénéfices ou gonfler ceux de leurs filiales situées dans un Etat à faible taux d'imposition. La pratique des prix de transfert leur permet alors de localiser les revenus là où ils sont le moins taxés et, corrélativement, de positionner leurs charges dans les pays à taux d'imposition plus élevé.

Ce jeu du transfert indirect de bénéfice peut prendre plusieurs formes énoncées à l'article 141 bis :

- Majoration ou diminution des prix d'achat ou de vente ;
- Versement de redevances excessifs ou sans contrepartie ;
- L'octroi de prêts sans intérêts ou à un taux réduit ;
- La renonciation aux intérêts stipulés par les contrats de prêt ;
- L'attribution d'un avantage hors de proportion avec le service obtenu ;
- Ou de tout autres moyens.

Pour clarifier davantage ces pratiques, prenons les exemples suivants :

- Une filiale A établie en Algérie vend un bien à la filiale B installée en Tunisie. Le prix de vente est facturé à 1.000.000 DA alors que le prix du marché est de 1.200.000 DA.

⁶¹ - Bernard CASTAGNEDE, « *Précis de fiscalité internationale* », 3ème édition, PUF, 2010, p. 97.

⁶² - Christian LOPEZ, « *La pertinence des critères de pleine concurrence dans les prix de transfert* », Annales de la faculté de droit, Actes du colloque international sur « *Attractivité et évasion fiscales* » du 7 et 8 décembre 2011, numéro spécial, 2013, pp. 131-132.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

- Une société algérienne importe une marchandise en provenance d'une société B pour une valeur de 1.200.000 DA alors que le prix sur le marché est 1.000.000 DA.
- Une société mère fait un prêt sans intérêts ou à taux réduit au profit de sa filiale au Maroc.

Partant de ces exemples, la société mère vendra des produits à sa filiale à des prix les plus bas possible. Cela revient au même lorsque cette dernière achètera ses produits à des prix les plus élevés. Les avantages consentis entre sociétés apparentées par le biais de montages - généralement complexes- constituent alors des prix de transfert dont la finalité est de réduire la matière imposable pour payer moins d'impôts.

C. *La recherche de l'avantage fiscal*

En plus du lien de dépendance, l'administration fiscale doit apporter la preuve que l'objectif visé par le biais du transfert indirect de bénéfice entre des entreprises dépendantes est la recherche d'un avantage fiscal, donc l'existence d'une volonté manifeste de payer le moins d'impôt possible. Elle doit également établir qu'un avantage commercial ou financier a été consenti par la première à la seconde (tel que la vente à un prix préférentiel ou le versement de redevances excessives ou sans contrepartie).

Ceci dit, il ne s'agit là que d'une « *présomption simple* » dont l'entreprise peut toujours apporter la preuve contraire en justifiant par exemple le caractère normal de l'avantage consenti, que les opérations répondent à des nécessités commerciales réelles et à des contraintes de concurrence ou bien encore que l'avance sans intérêt est consentie à une filiale en raison des difficultés passagères qu'elle subit⁶³. Par contre, si les preuves apportées par l'entreprise ne sont pas pertinentes, l'administration fiscale est fondée à redresser la société de droit algérien et d'inclure dans les bénéfices imposables de celle-ci les sommes indirectement transférées. La solution pour l'administration fiscale consiste à corriger les bénéfices en s'appuyant sur le principe de pleine concurrence, pour comparer les prix pratiqués par des entreprises dépendantes avec « ceux des entreprises similaires exploitées normalement »⁶⁴.

⁶³ -Maurice COZIAN, « *Précis de fiscalité des entreprises* », 31ème édition, Litec, 2007-2008, p. 268.

⁶⁴ - Art. 189 du C.I.D. Voir SADOUDI Ahmed, « *Fraude fiscale et évasion fiscale : intérêt de la distinction* », ouvrage précité, p. 192.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

Sous-section 2 : Les instruments préventifs de l'évasion fiscale internationale

Pour rendre plus transparent le transfert des capitaux et lutter contre le transfert illicite des bénéficiaires par le biais des prix de transfert, la législation interne a soumis les sociétés apparentées à un certain nombre d'obligations liées à l'information ; tandis que le droit conventionnel algérien a mis en place un mécanisme d'échange international de renseignements à des fins fiscales.

A- Les obligations des sociétés apparentées vis-à-vis du fisc

A partir de 2009, la législation fiscale a mis à la charge des sociétés apparentées un certain nombre d'obligations telles que la déclaration préalable au fisc toute opération de transfert, la tenue d'une documentation justifiant la politique des prix de transfert et la tenue d'une comptabilité analytique.

- La déclaration des transferts auprès du fisc

Les transferts à quelque titre que ce soit, de fonds au profit de personnes physiques ou morales non résidentes en Algérie doivent être préalablement déclarés aux services fiscaux territorialement compétents. Il est remis au déclarant, dans un délai de 7 jours à compter de la date du dépôt de la déclaration, une attestation précisant le traitement fiscal des sommes objet du transfert. Les établissements bancaires doivent exiger, à l'appui de la demande de transfert, cette attestation⁶⁵. Ceci permet à l'administration de n'autoriser le transfert que si le contribuable a rempli régulièrement ses obligations fiscales.

- La documentation justifiant la politique des prix de transfert

La loi de finances complémentaire pour 2010⁶⁶ a introduit un nouveau dispositif au Code de procédures fiscales, l'article 169 bis, par lequel il est exigé de l'entreprise de fournir une documentation à l'administration fiscale lui permettant de connaître la politique des prix de transfert pratiquée par les sociétés apparentées. Cette documentation est

⁶⁵ - Art. 182 ter du code des impôts directs.

⁶⁶ - Art. 21 de l'ordonnance n° 10-01 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, J.O.R.A du 29 août 2010, n° 49, p. 02.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

définie dans l'arrêté ministériel du 12 avril 2012⁶⁷ qui détermine les entreprises concernées, la forme de la documentation, ainsi que les sanctions prévues en cas de défaut de production de cette documentation.

Les entreprises exerçant des activités dans le domaine des hydrocarbures, les sociétés de capitaux ainsi que les sociétés implantées en Algérie membres de groupes étrangers doivent mettre à la disposition de la Direction des Grandes Entreprises, en même temps que la déclaration annuelle, une documentation permettant de justifier la politique des prix de transfert appliquée dans le cadre des opérations de toute nature réalisées avec des sociétés liées⁶⁸. La documentation comprend une documentation de base, décrivant la nature des activités, l'organisation ainsi que les pratiques en matière de prix de transfert du groupe et une documentation spécifique à l'entreprise, détaillant ses liens avec les autres sociétés apparentées⁶⁹.

Le défaut de production ou la production incomplète de la documentation exigée, dans le délai de 30 jours à partir de la notification, par pli recommandé avec avis de réception, d'une mise en demeure, entraîne l'application d'une amende de 1.000.000 DA⁷⁰. Par ailleurs, si ultérieurement, un contrôle est engagé à l'encontre de l'entreprise qui a failli à cette obligation et suite à ce contrôle, il est constaté un transfert indirect des bénéficiaires à l'étranger, il sera procédé, en plus de l'amende précédente, à l'application d'une amende supplémentaire égale à 25% du montant rappelé relatif au bénéfice indirectement transféré à l'étranger⁷¹.

- La demande d'information lors d'une vérification

L'article 17 de la loi de finances complémentaire pour 2010 a créé au sein du code de procédures fiscales un article 20 ter, à l'effet de renforcer les moyens de contrôle des vérificateurs quand il s'agit de

⁶⁷ - Arrêté ministériel du 12 avril 2012 relatif à la documentation justifiant les prix de transfert appliqués par les sociétés apparentées, J.O.R.A., du 20 janvier 2013, n° 4, p. 20.

⁶⁸ - Art. 169 bis du code des procédures fiscales introduit par l'article 21 de l'ordonnance 10-01 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, J.O.R.A., du 29 août 2010, n° 49, p. 02.

⁶⁹ - Art. 4 de l'arrêté ministériel du 12 avril 2012 précité.

⁷⁰ - Cette amende était de 500.000 DA seulement, la loi de finances pour 2017 a doublé son montant pour la rendre plus persuasive.

⁷¹ - Art. 192-3 CID modifié par la loi de finances pour 2010. Voir Circulaire N° 01 /MF/DGI/DLRF/LF13.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

sociétés apparentées. Lors d'une vérification de comptabilité ou d'une vérification ponctuelle et en cas de présence d'éléments faisant présumer des transferts indirects de bénéfices, les vérificateurs sont en droit de « *demander à l'entreprise des informations et documents précisant la nature des relations entre cette entreprise et une ou plusieurs entreprises situées hors d'Algérie, la méthode de détermination des prix de transfert liés aux opérations industrielles, commerciales ou financières avec les entreprises situées hors d'Algérie, le cas échéant, les contreparties consenties, les activités exercées par les entreprises situées hors d'Algérie liées par des opérations industrielles, commerciales ou financières à l'entreprise vérifiée ainsi que le traitement fiscal réservé à ces opérations* ».

Le défaut de réponse à cette demande entraîne la détermination des produits imposables par l'administration fiscale à partir d'éléments dont elle dispose et par comparaison avec les produits imposables des entreprises similaires exploitées normalement⁷².

Les informations demandées par le vérificateur peuvent ne pas être suffisamment détaillées et ne pas contenir l'ensemble des informations dont pourrait avoir besoin l'agent vérificateur. Pour combler cette insuffisance, la loi de Finances pour 2013⁷³ a institué l'article 11 au CPF qui consiste à élargir les informations que peut demander le vérificateur, en cas de présomption de transferts indirects de bénéfices à *la présentation de documentation justifiant la politique des prix de transfert appliquée* par l'entreprise, exigée par l'administration fiscale des sociétés relevant de la Direction des Grandes Entreprises.

Pour renforcer encore davantage les moyens de contrôle de l'administration fiscale, la loi de finances pour 2017 a institué une nouvelle obligation pour les entreprises apparentées : la tenue d'une comptabilité analytique qu'elles doivent présenter à toute réquisition de l'agent vérificateur. Elle permet d'obtenir des informations très précises sur les coûts et les produits relatifs aux différentes fonctions de l'entreprise.

Bien que l'administration se soit dotée d'instruments d'information et de contrôle multiples et variés, tant qu'ils restent limités

⁷² - Art. 141 bis al. 2 CID.

⁷³ - Loi n° 12-12 du 26 décembre 2012 portant loi de finances pour 2013, J.O.R.A. n° 72, du 30 décembre 2012, p. 03.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

à la sphère interne de l'Etat, ils seront insuffisants pour contrôler une activité de dimension internationale exercée par les sociétés multinationales. D'où la nécessité de recourir à la coopération internationale en matière d'échange de renseignements, une coopération qui est régie principalement par les conventions internationales bilatérales.

B. – La coopération internationale en matière d'échange d'information à des fins fiscales

Pour prolonger son droit d'information à l'étranger sur des opérations relevant de sa juridiction fiscale, l'Algérie a signé des conventions fiscales bilatérales avec plus d'une trentaine de pays en vue de la lutte contre la double imposition. Ces conventions sont prises sur le Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune. Elles traitent principalement des problèmes de la double imposition internationale et de l'échange de renseignements à des fins fiscales. C'est à l'article 26 de ces conventions que l'échange international de renseignements est abordé : « *Les autorités compétentes des Etats contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination...* ». Un point sur lequel nous reviendrons plus loin.

Le souci de l'Algérie pour la lutte contre l'évasion fiscale internationale s'est traduit également par la ratification en 2016 de la convention signée avec les Etats-Unis pour l'échange automatique de renseignements en matière fiscale et financière concernant les ressortissants américains⁷⁴. Cette convention a pour objet de mettre en œuvre la loi américaine FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) du 18 mars 2010 imposant à toutes les banques à travers le monde l'échange automatique de renseignements en matière fiscale⁷⁵. Il s'agit donc d'un

⁷⁴ - D.P. n° 16-328 du 14 décembre 2016 portant ratification de la convention entre le Gouvernement de la RAPD et le Gouvernement des Etats Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers, signée à Alger, le 13 octobre 2015, J.O.R.A.n° 74, 2016.

⁷⁵ - Voir à ce propos : Carol P. TELLO et Jacques MALHERBE, *Le foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales*, Revue de Droit Fiscal, n° 3, 2014, p. 23 ; Laetitia

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

texte extraterritorial qui s'impose hors du territoire américain aux instituts financiers étrangers⁷⁶. Les banques algériennes et les filiales des grandes banques installées en Algérie n'ont pas échappé à cette règle ; en vertu de cette convention, elles sont tenues d'identifier les clients détenteurs de la nationalité américaine ou liés aux Etats-Unis et d'exercer une surveillance active de leurs comptes et de transmettre ces renseignements à la partie américaine⁷⁷. Il est à observer toutefois que cette convention ne prévoit pas l'échange réciproque de renseignements.

Pour donner un caractère plus concret à ces dispositions conventionnelles relatives à l'échange de renseignements et faciliter leur mise en œuvre, la loi de finances pour 2015 a introduit l'obligation faite aux banques, aux établissements financiers, aux sociétés d'investissement, aux fonds communs de placement, aux sociétés d'assurance et toute autre société ou organisme financier, « *de communiquer à la direction générale des impôts, dans les formes et délais requis, les informations concernant les contribuables des Etats ayant conclu avec l'Algérie un accord d'échange de renseignements à des fins fiscales* »⁷⁸. Ainsi le droit interne prend en charge directement une disposition conventionnelle.

Si l'administration fiscale doit se préoccuper des entreprises étrangères qui viennent s'installer en Algérie, elle ne doit pas également perdre de vue les entreprises algériennes qui s'implantent à l'étranger en procédant à des transferts de fonds qui pourraient constituer une autre forme de délocalisation des bénéficiaires.

LLAURENS, FACTA, un dispositif clair-obscur, *Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires*, n° 40, 2014, p. 34

⁷⁶ - Dans un communiqué de presse daté du 13 octobre 2015, l'Ambassadeur des Etats-Unis a déclaré l'issue de la signature de cette convention que : « *La loi FATCA est devenue une norme mondiale dans le cadre des efforts déployés pour réduire l'évasion fiscale* » et que les Etats-Unis ont signé des accords internationaux avec 75 juridictions.

⁷⁷ - Dans ce cadre, la banque HSBC implantée en Algérie a adressé une note à ses clients sur le territoire algérien les avertissant que « *suite à un changement substantiels déployés par les régulateurs, les gouvernements et les banques, pour assurer la protection et la sécurité à long terme à la fois du système financier et des intérêts de non clients, à compter du 30 juin 2014, la banque est signataire du FATCA, un nouvel instrument du Département américain du Trésor et de l'Internal Revenue Service (IRS) pour contrer l'évasion fiscale aux Etats-Unis* ».

⁷⁸ - Art. 79 de la loi de finances pour 2015.

SECTION 1 : LA DELOCALISATION DES BENEFICES PAR L'INVESTISSEMENT A L'ETRANGER

Les opérateurs économiques, qu'ils soient des personnes physiques ou des entreprises, ont le droit d'investir à l'étranger. Ce droit est consacré par la Constitution⁷⁹ ainsi que par un certain nombre de conventions internationales dont notamment l'accord d'association euro-méditerranéen⁸⁰ et la cinquantaine de conventions bilatérales signées par l'Algérie relative à la promotion de l'investissement, qui font référence au principe de la liberté d'établissement et celui de la liberté d'entreprendre. En effet, sur le plan juridique, rien n'interdit aux entreprises algériennes de créer des entités à l'étranger pour y développer leur activité (sous-section 1). Toutefois, cette forme d'investissement peut constituer un moyen pour les investisseurs de droit algérien de délocaliser les bénéfices vers des Etats à fiscalité moins élevée en s'abstenant de les rapatrier. Pour faire face à ce risque, le législateur algérien a mis en place un dispositif « anti-évasion » qu'il convient d'analyser (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les formes d'installation⁸¹

Parmi les questions qui se posent aux entreprises algériennes voulant investir à l'étranger, celle de la forme que doit revêtir leur investissement. Le choix étant généralement fait entre la création d'une nouvelle société « filiale » implantée à l'étranger, ou la constitution d'un simple établissement de la société mère.

La création de filiales à l'étranger est la pratique la plus utilisée par les entreprises voulant investir dans d'autres Etats puisqu'elles présentent des avantages certains sur le plan juridique et surtout fiscal. D'abord, la filiale est considérée comme une société distincte et autonome

⁷⁹ - Art. 43 de la Constitution de 2016 : « La liberté d'investissement et de commerce est reconnue. Elle s'exerce dans le cadre de la loi ». Cette liberté était formulée autrement dans la constitution de 1996 : art. 37 : « La liberté de commerce et de l'industrie est garantie. Elle s'exerce dans le cadre de la loi ».

⁸⁰ - Décret présidentiel n° 05-159 du 27 avril 2005, portant ratification de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre la République algérienne démocratique et populaire d'une part et la communauté européenne et ses Etats membres d'autre part, signé à Valence le 22 avril 2002, ainsi que ses annexes 1 à 6, les protocoles n° 1 à 7 et l'acte final y afférents, J.O.R.A. n° 31 du 30 avril 2005, p. 3.

⁸¹ - Art. 2, 3 et 5 du règlement n° 14-04 du 29 septembre 2014 fixant les conditions de transfert de capitaux à l'étranger au titre de l'investissement à l'étranger par les opérateurs économiques de droit algérien, J.O.R.A. du 22 octobre 2014, n° 63, p. 32.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

par rapport à la « société-mère » dans la mesure où elle possède tous les attributs de la personnalité morale⁸² -ce qui la distingue des autres entités telles que l'établissement stable ou l'agence. Elle a donc un patrimoine affecté exclusivement au gage de ses créanciers sociaux, une capacité d'exercice, un domicile propre, un représentant pour exprimer sa volonté et le droit d'ester en justice. Cela dit, l'autonomie de la filiale n'est pas absolue puisqu'elle reste subordonnée à la société mère. Le Code de commerce, dans sa définition de la filiale, se base sur un critère financier qui se traduit par la détention de plus de 50 % du capital de la filiale par la société mère⁸³.

Quant à la succursale, celle-ci n'est qu'un simple établissement dépourvu de personnalité juridique, c'est-à-dire un simple prolongement de la société mère dont elle contribue à réaliser l'objet social. La succursale est considérée également comme un établissement stable : « *installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité* »⁸⁴.

La distinction entre filiale et établissement a des conséquences fiscales très importantes qui résident essentiellement dans les risques de double imposition. La succursale est considérée comme un établissement dépourvu de personnalité juridique distincte de la société mère mais disposant toutefois d'une personnalité fiscale. De ce point de vue, les bénéfices qu'elle y réalise sont rattachables aux autres résultats des succursales. Ce qui fait que, si l'Etat d'accueil décide d'imposer les mêmes résultats fiscaux, la succursale sera soumise à une double imposition⁸⁵, dans l'Etat d'implantation, puis dans l'Etat de la société mère. Tel n'est pas le cas pour les filiales. Dotée d'une pleine personnalité juridique et fiscale, les filiales de sociétés algériennes installées en Tunisie, par exemple, ont la qualité de contribuable tunisien et non celle de contribuable algérien. Ce qui fait que les bénéfices qu'elles y réalisent ne seront taxés qu'en Tunisie.

D'autres formes d'installations sont aussi autorisées telles que l'ouverture des bureaux de représentation et la prise de participation dans des sociétés existantes.

⁸² - Art. 50 du code civil.

⁸³ - Art. 729 du C.I.D.

⁸⁴ - Art. 5 de la convention modèle de l'OCDE

⁸⁵ -Maurice COZIAN, ouvrage précité, p. 258.

Les bureaux de représentation ou les bureaux de liaison ne disposent pas de personnalité morale, juridique et fiscale propre, à l'instar des succursales. Leur rôle consiste juste à représenter la société mère dans d'autres lieux en assurant la publicité, en recueillant des informations d'ordre commercial et en l'aidant aux travaux préparatoires nécessaires à la conclusion de contrats.

La prise de participation permet aux sociétés de droit algérien de reprendre des sociétés étrangères par l'achat d'actions ou de parts sociales ou la souscription à une augmentation de capital. La prise de participation consiste alors à devenir associé ou actionnaire dans des sociétés déjà existantes. Selon le règlement de la Banque d'Algérie, la prise de participation doit être concrétisée sous forme d'apport en numéraires (argent) ou en nature (tels que : fonds de commerce, brevets, marque de fabrique...).

Sous-section 2 : Les dispositifs anti-évasion

A. Le dispositif conventionnel anti-évasion

La coopération internationale entre Etats en matière fiscale se construit et se développent de plus en plus, elle tire son fondement juridique des conventions bilatérales préventives de double imposition qui s'inspirent du Modèle de convention de l'OCDE⁸⁶. L'article 26 de cette dernière institue le mécanisme de l'échange de renseignements à des fins fiscales⁸⁷, un mécanisme qui a pour principale mission, d'une part, l'application des dispositions de la convention ainsi que celles de la législation fiscale interne des Etats contractants⁸⁸ et, d'autre part, la répression de la fraude et de l'évasion fiscales internationales. Pour donner plus de consistance à cette obligation d'échange de renseignements, les paragraphes 4 et 5 de l'article 26 suscités disposent que si des renseignements sont demandés par un Etat contractant conformément à cet article, l'autre Etat contractant doit utiliser les

⁸⁶ - Voir OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune. Sur la base de ce modèle, l'Algérie a signé plus d'une trentaine de conventions essentiellement avec les pays avec lesquels elle entretient des relations économiques (pays arabes, pays européens...)

⁸⁷ - Art. 26 « *Les autorités compétentes des Etats contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination...* ».

⁸⁸ - Art. 27 de la convention modèle de l'OCDE.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

pouvoirs dont il dispose pour obtenir les renseignements demandés, même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales. En outre, un Etat contractant ne peut, en aucun cas, refuser de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci sont détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne. Autrement dit le secret bancaire ou financier ne peut lui être opposé. Ces dispositions sont reprises telles qu'elles par les conventions signées par l'Algérie.

S'agissant des modalités d'échange de renseignement, la convention modèle de l'OCDE en prévoit une seule : le renseignement sur demande. Mais c'est la convention multilatérale d'assistance administrative mutuelle en matière fiscale qui a institué plusieurs formules : le renseignement sur demande, le renseignement automatique et le renseignement spontané, auxquels il faut ajouter les contrôles fiscaux simultanés et les renseignements contradictoires⁸⁹.

Pour ce qui est des conventions fiscales bilatérales signées par l'Algérie : les modalités d'échanges varient en fonction des pays avec lesquels la convention est signée. La plupart des conventions se limitent au renseignement sur demande. Mais celle conclues avec la France⁹⁰ et l'Ukraine⁹¹ prévoient deux formules : en plus du renseignement sur demande, le renseignement d'office. Seule la convention avec la Belgique comporte une troisième formule : l'échange automatique de renseignements⁹².

⁸⁹ - C'est une convention multilatérale préparée par l'OCDE, elle a été ouverte à la signature en 2008, et a connu plusieurs amendements (2010 et 2014). Jusqu'en mai 2017, 111 pays sont signataires de cette convention. Contrairement aux autres pays maghrébins et arabes, l'Algérie n'est pas encore signataire de cette convention. Voir texte de la convention sur le site de l'OCDE : www.oecd.fr/ctp/convention

⁹⁰ - Voir texte de la convention algéro-française en vue d'éviter la double imposition et de prévenir la fraude et l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur le capital, J.O.R.A.n° 24, 2002.

⁹¹ - Voir texte de la convention algéro-ukrainienne, J.O.R.A.n° 27, 2004.

⁹² - « Les renseignements sont échangés soit sur demande concernant un cas précis, soit automatiquement en ce qui concerne une ou plusieurs catégories de revenus, soit spontanément en ce qui concerne les revenus dont la connaissance présente un intérêt pour un Etat contractant » art. 26§3 de la convention fiscale algéro-belge signée en 1991, J.O.R.A.n° 82, 2002. Voir également à ce propos, Nacer BENCHADLI, « *La pratique conventionnelle algérienne en matière d'assistance administrative* » Annales de la faculté de droit, Actes du colloque international sur « *Attractivité et évasion fiscales* » du 7 et 8 décembre 2011, numéro spécial, 2013, p. 70.

B. Le dispositif anti-évasion de la Banque d'Algérie

Soucieux de préserver les intérêts du trésoret de prévenir la fuite de capitaux par le canal de l'investissement à l'étranger, la Banque d'Algérie amis en place un dispositif que l'on pourrait qualifier d'anti-évasion fiscale, consacré par un règlement du 29 septembre 2014⁹³. Celui-ci a fixé les conditions de transfert de capitaux à l'étranger au titre de l'investissement à l'étranger par les opérateurs économiques de droit algérien. Parmi ces conditions, les opérateurs économiques doivent obtenir au préalable *une autorisation* du Conseil de la Monnaie et du Crédit. La demande de cette autorisation ne peut être déclarée éligible à examen que si l'investissement projeté est envisagé dans un pays :

- qui est transparent sur le régime fiscal ;
- dont la législation n'empêche pas l'échange d'informations et qui coopère avec les autres Etats en matière judiciaire et fiscale ;
- et surtout qui n'est pas tolérant envers « *les sociétés écrans ayant une activité fictive* »⁹⁴.

Même si le texte ne fait pas explicitement référence aux paradis fiscaux, il donne néanmoins les caractéristiques essentielles de ces derniers⁹⁵. Il en résulte en effet, d'après le règlement de la Banque d'Algérie, que le transfert de capitaux au titre de l'investissement projeté à l'étranger par des opérateurs économiques de droit algérien ne devrait être envisagé que dans un Etat qui dispose d'un régime fiscal transparent,

⁹³ - Règlement de la Banque d'Algérie n° 14-04, précité.

⁹⁴ - Art. 6 du règlement de la Banque d'Algérie n° 14-04, précité.

⁹⁵ - Selon l'OCDE, les critères permettant l'identification du « *paradis fiscal non coopératif* » sont :

- des impôts insignifiants ou inexistants ;
- l'absence de transparence sur le régime fiscal ;
- l'absence d'échanges de renseignement fiscaux avec d'autres Etats ;
- l'absence d'obligation pour une personne morale ou physique d'exercer une activité substantielle.

Sur les paradis fiscaux voir notamment : Jean-Luc ALBERT, « *OCDE, du pluriel au singulier* » in sous la Direction Thierry Lambert, "*La fin des paradis fiscaux ?* », Collection Montchrestien, 2011, p. 21 ; Christian CHAVAGNEUX, « *A quoi servent les paradis fiscaux ?* », Revue Française de Comptabilité, n° 452 - mars 2012, pp.42-47 ; du même auteur, « *Peut-on éradiquer les places offshore ?* », Alternatives Economiques, n° 324 - mai 2013, pp. 61-63 ; Michel FOURRIQUES, « *La localisation des bénéficiaires des sociétés dans des paradis fiscaux : Le recours aux sociétés offshore* », Petites Affiches, 25 janvier 2013, n° 19, pp. 3-7.

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

permettant l'échange d'information entre les administrations fiscales et coopérant avec les autres Etats en matière judiciaire et fiscale et qui ne tolère pas la création de sociétés écrans.

- La transparence et l'échange de renseignement

Les opérateurs économiques de droit algérien ne peuvent obtenir une autorisation du Conseil du Crédit et de la Monnaie pour transférer les capitaux à l'étranger, dans la mesure où le pays d'accueil ne dispose pas d'un régime fiscal transparent, permettant l'échange d'information entre les administrations fiscales et coopérant avec les autres Etats en matière judiciaire et fiscale. L'investissement projeté à l'étranger ne doit concerner donc que les Etats ou territoires qui ont conclu avec le gouvernement algérien une convention d'assistance administrative, tant lors de l'établissement de l'impôt que lors de son recouvrement⁹⁶.

- Les sociétés écrans

Le règlement de la Banque d'Algérie ajoute, en plus de ce qu'a été exposé plus haut, que le pays devant accueillir l'investissement algérien ne doit pas autoriser la création de sociétés *offshores*. Des sociétés « extraterritoriales » qui sont constituées, ou immatriculées dans un Etat où l'activité n'est pas réellement exercée ; des sociétés dont le siège social est situé dans un Etat différent de celui où se situe le siège de direction (conseil d'administration et assemblée générale), ce qui explique qu'elles sont *non résidentes*. Ces sociétés sont souvent créées dans des paradis fiscaux pour y fixer les bénéfices provenant d'opérations douteuses ou pour les mettre à l'abri de la fiscalité applicable par l'Etat de résidence des bénéficiaires.

CONCLUSION

Il ressort de ce qui précède, que l'Etat algérien soucieux de la complexité des activités économiques de dimensions internationales et des répercussions qu'elles peuvent avoir sur le plan fiscal, met en place progressivement un dispositif de prévention contre l'évasion fiscale et de lutte contre l'érosion de la base imposable.

⁹⁶ - Il est à remarquer cependant que le nombre de pays avec lesquels l'Algérie est liée par une convention fiscale reste réduit, il ne dépasse pas les 32 pays (voir liste sur le site de la Direction Générale des Impôts : www.mfdgi.gov.dz).

Revue de droit et sciences politiques

N°13/2017

La délocalisation des bénéfices sociaux par le biais des prix de transfert ou par l'investissement à l'étranger reste un problème de dimension internationale. L'institution de la déclaration des transferts à l'étranger ou encore la tenue de la documentation justifiant la politique des prix de transfert sont des armes nécessaires contre l'évasion fiscale, mais elles demeurent insuffisantes. En effet l'ensemble du dispositif mis en place, y compris celui de la Banque d'Algérie, ne peut avoir pour l'instant qu'un effet réduit du fait que l'évasion ainsi que la fraude fiscale prennent de plus en plus une dimension transfrontalière et que, de ce fait, l'efficacité des moyens internes se révèle de plus en plus limitée. Certes, l'Algérie a signé plus d'une trentaine de conventions bilatérales dont l'objet principal est la lutte contre la double imposition et accessoirement, l'échange de renseignements à des fins fiscales. Et c'est justement cet aspect accessoire de l'échange de renseignement insuffisamment développé dans ces conventions, qui rend ce dispositif inefficace pour lutter contre l'évasion fiscale internationale.

Il est regrettable de constater que l'Algérie n'a pas encore signé la « *Convention multilatérale d'assistance administrative mutuelle en matière fiscale* »⁹⁷, une convention qui, pourtant, fournit une coopération internationale plus étendue et plus complète. Elle offre aux administrations fiscales toutes les formes possibles de coopération pour lutter contre l'évasion et la fraude fiscales internationales et d'obtenir de tous les pays signataires des informations sur les avoirs et revenus étrangers des contribuables relevant de leur juridiction. Le nombre de signataire ne cesse d'augmenter, il s'élève en 2017 à 111 pays ; d'où le succès que connaît cette convention. Il est donc de l'intérêt de l'Algérie de l'adopter, car elle constitue une arme redoutable pour combattre efficacement l'évasion fiscale internationale et particulièrement la fuite des capitaux à l'étranger.

⁹⁷ - Les pays signataires sont ceux du G20, de l'OCDE, du BRIICS ainsi qu'un nombre important de pays en voie de développement dont : l'Afrique du Sud (2011), la Tunisie (2012), le Maroc (2013), l'Arabie Saoudite (2013), le Nigéria (2013), le Gabon (2014), le Liban, le Koweït et les Emirats Arabes Unies (2017).