

مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية

دورية متخصصة ومحكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة ابن خلدون بتيارت- الجزائر



العدد الأول مارس 2015

المراسلات و النشر

ترسل جميع المراسلات باسم مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية بكلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة ابن خلدون بتيارت- ص.ب 78 زعرورة تيارت 14000 الجزائر

العنوان الإلكتروني: majalet_kolya@yahoo.fr

مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية

دورية متخصصة ومحكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة ابن خلدون بتيارت - الجزائر

قواعد النشر بالمجلة

تنشر مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية الدراسات العلمية والفكرية في تخصصات الحقوق والعلوم السياسية المكتوبة باللغة العربية والفرنسية أو الانجليزية.

كيفية تقديم المقالات

تكتب المقالات المقدمة للمجلة وعلى آلة الكمبيوتر بخط 14 مقاس simplified Arabic شريطة ألا يزيد عدد صفحات البحث عن 14 صفحة بما فيها الجداول و الإشكال و المراجع، و يكون مصحوبا بقرص مضغوط، أو بالبريد الإلكتروني لتسهيل عملية الطباعة.

ينظم البحث كالآتي:

عنوان البحث ، اسم الباحث، الكلية و الجامعة و البلد، ملخص البحث باللغتين، ثم البحث.

المراجع

تكتب المراجع داخل النص حسب الطريقة التالية: إذا كان كتابا يكتب اسم و لقب المؤلف، عنوان الكتاب، الجزء، الطبعة، سنة الطبع، الصفحة أما إذا كان مجلة يذكر أسماء المؤلفين، عنوان البحث، سنة النشر، اسم المجلة، رقمها و عدد الصفحات المستغلة. أما إذا كان قانونا يذكر رقمه، عنوانه، تاريخه، الجريدة الرسمية، العدد، الصفحة. كما يتوجب على الباحث إتباع القواعد المتفق عليها عالميا في مجال الإحالات والاختصارات و المصطلحات .

ملاحظة:

بعد نشر البحث يتلقى الباحث نسخة أصلية مع مستلتي مجانا.

إن البحوث المنشورة في هذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها.

البحوث التي لا تنشر لا ترد إلى أصحابها.

مدير المجلة :

الأستاذ الدكتور عليان بوزيان عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية .

رئيس تحرير المجلة :

الدكتور ويس فتحي .

هيئة التحرير :

د. عجالى بخالد

د. اقوسم حاج غوتي

أ. براهيمى الوردي

أ. عبد الصدوق خيرة

دحماني عائشة .

كاتبة المجلة :

قاسيمي عقيلة

الهيئة العلمية للمجلة

| | | | |
|------------------------|--|--------------------------|-----------------------|
| أ.د- معاشو عمار | جامعة تيزي وزو | د. مقني بن عمار | جامعة تيارت |
| أ.د- مروان محمد | جامعة وهران | د. هنان مليكة | المركز الجامعي بالبيض |
| أ.د- شهيدة قادة | جامعة تلمسان | د. بلقنيشي الحبيب | جامعة تيارت |
| أ.د- فتات فوزي | جامعة سيدي بلعباس | د. ويس فتحي | جامعة تيارت |
| أ.د- طيبي بن علي | جامعة سعيدة | د. مكّي خالدية | جامعة تيارت |
| أ.د- عزي الزين | جامعة بسكرة | د. بوراس عبد القادر | جامعة تيارت |
| أ.د- فتاك علي | جامعة تيارت | د. بن عمارة محمد | جامعة تيارت |
| أ.د- عليان بوزيان | جامعة تيارت | د. حساني علي | جامعة تيارت |
| د. ملزي عبد الرحمن | جامعة الجزائر | د. مبطوش الحاج | جامعة تيارت |
| د. خليل عمرو | جامعة البليدة | د. عبد العالي عبد القادر | جامعة سعيدة |
| د. جمعي ليلي | جامعة وهران | د. بومهدي بلقاسم | جامعة الجزائر |
| د. شوتري احمد | جامعة الجزائر | د. عجالى بخالد | جامعة تيارت |
| د. بوسماحة الشيخ | جامعة تيارت | د. حبشي لزرقي | جامعة تيارت |
| د. عبد الرحمن الشرفاوي | جامعة الرباط (المملكة المغربية) | د. حمر العين عبد القادر | جامعة تيارت |
| د. بشرى نذير | جامعة الرباط (المملكة المغربية) | | |
| د. شواخ الأحمد | جامعة دار العلوم - الرياض (المملكة العربية السعودية) | | |

كلمة مدير المجلة

قل الحمد لله وسلام على عباده الذين اصطفى، نستفتحُ بالذي هو خير، ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير، بالرُّغم من تزايد عدد المجلات الوطنية في العلوم القانونية والسياسية التي تحتضنها الكثير من الجامعات الجزائرية إلا أنها تبقى غير كافية لاستيعاب العروض البحثية في مجال الفكر وصناعة المعرفة.

وقد راود إدارة الكلية بمعية مجلسها العلمي منذ تأسيسها القانوني بموجب القرار الوزاري رقم 47 المؤرخ في 2010/02/24 فكرة إنشاء مجلة متخصصة في الحقوق والعلوم السياسية رغبة منها في سد النقص إلا أن ظروفًا حالت دون إخراجها، وها هي اليوم الفكرة ترى النور بعد مرور خمس سنوات لتسطع شمس مجلة البحوث القانونية والسياسية من أرض الحضارة بتبهرت وبأقلام أكاديمية من ثلة من الباحثين من هيئة التدريس بالكلية بين الأساتذة والباحثين في مجال التواصل العلمي خصوصاً بين المتخصصين منهم، لتقدّم لقرائها الكرام العدد الأول من إصدارتها المحكمة لتساهم مع مثيلاتها من الإصدارات القانونية والسياسية في بناء البحث العلمي القانوني والسياسي، ونرجو بهذا الإسهام أن تساهم في التنمية المعرفية المنظمة.

وقد حفل هذا العدد بالعديد من البحوث والدراسات التي تنهل من مشارب قانونية متنوعة دولية ووطنية، وبموضوعات حديثة لازال البحث فيها خصبا، ورجاؤنا كما ورد في صدر هذه الافتتاحية أن يكون هذا العدد إسهاماً طيباً في خدمة البحث العلمي وفي تشجيع الباحثين لمواصلة الإسهام في هذه المجلة بقصد إغناء المكتبة الجامعية. والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل.

مدير المجلة

أ.د - عليان بوزيان

فهرس العدد

| الصفحة | عنوان المقال | مؤلف المقال |
|--------|---|--|
| 01 | فكرة النظام العام الجمالي وتطبيقاتها في التشريع الجزائري | أ. د/ عليان بوزيان كلية الحقوق جامعة تيارت أ. د/ فتاك علي كلية الحقوق جامعة تيارت |
| 38 | دور التشريعات في تخطيط عمراني يحمي البيئة (العراق نموذجاً) | أ. براءة منذر كمال عبد اللطيف جامعة تكريت - العراق |
| 54 | التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين ضمن تعديلات 2005 | د. قتال حمزة - جامعة البويرة |
| 83 | التشريع البيئي الجزائري | د. بوساحة الشيخ - جامعة تيارت |
| 93 | الشكلية في التصرفات القانونية | د. الصالح بوغرة - جامعة تيارت |
| 125 | لعقات الإجرائية في إثبات الجريمة الإلكترونية | د. مبطوش الحاج - جامعة تيارت أ. سواعدي الجيلالي - المركز الجامعي لمخيس مليانة |
| 136 | قصور قواعد ضمان العيوب الخفية في المنتجات الصناعية | د. بن عمارة محمد - جامعة تيارت |
| 152 | التحليل البيئي للقانون | أ. آيت عودية بلخير محمد جامعة غرداية |
| 161 | الفساد الإداري كحاجز لعلاقة الإدارة بالمواطن في الجزائر | د. عيسى لحاق - جامعة الأغواط |
| 185 | ركز البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معاً في عملية تعديل الدستور | د. شامي أحمد - جامعة تيارت. |
| 195 | حدود الحق الاستثنائي للبراءة بين الواقع التكنولوجي والصحة العامة | د. حساني علي - جامعة تيارت |
| 216 | تحديد مسؤولية مالك السفينة بين مقتضيات تشجيع الاستثمار في النشاط البحري وحماية البيئة البحرية | أ. بن عصان جمال - جامعة تلمسان |
| 231 | الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة | د. أحمد دغيش - جامعة بشار |
| 246 | التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني | د. محالي بخالد - تيارت |
| 257 | تحديات التفاوض الجماعي الفعال | د. بلعبدون عواد - جامعة مستغانم |
| 278 | تطبيقات آليات دعم التشغيل في الجزائر خلال خمسين سنة من الإستقلال | د. عبد الله قادية - جامعة معسكر |

فكرة النظام العام الجمالي وتطبيقاتها في التشريع الجزائري

أ.د/ عليان بوزيان كلية الحقوق جامعة تيارت

أ.د/ فتاك علي كلية الحقوق جامعة تيارت

الملخص

من أهم الأهداف الحديثة لسلطات الضبط حفظ النظام العام الجمالي باعتباره أحد أهم المجالات التي صارت تحظى بالأولوية التشريعية والتنظيمية في السياسة العمرانية الوطنية للدولة، وقد خصص لها القانون الإداري سلطة متخصصة تمثلت في سلطة الضبط الإداري العمراني بمساعدة جهاز الشرطة العمرانية والبيئية، مما يدل على إستراتيجية المشرع في الحفاظ على جمال المدن وترقية العمران الحضري باعتباره أحد أهم العناصر المكونة للمصلحة العامة في الدولة، وعليه فإن إشكالية هذه المقالة تتركز حول إبراز دور فكرة النظام العام الجمالي من خلال تمتع سلطات الضبط العمراني أو البيئي استعمال امتيازات السلطة العامة في الحد من مشكلة تشوه المنظر الجمالي للمدن والحد من التلوث البيئي الناتج عن سوء التنظيم داخل المدينة تحقيقا للمصلحة العامة العمرانية.

مقدمة

يحتأجر تجمع مدني إلى منظومة من القواعد الضابطة لسلوك الأفراد ونشاطهم؛ منظومة تعبر عن أولوية المصلحة العليا للجماعة على الإرادات الفردية والمصالح الخاصة، وتمتع بسلطات الأمر والنهي لحفظ النظام العمومي، وقد تطورت هذه المنظومة بتطور وظائف الدولة وتغير المعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية السائدة في كل عصر ومصر؛ وهي التطورات التي جعلت الدولة المعاصرة دولة معيارية ضابطة بامتياز في ظل تعقد المشاكل الاجتماعية، فبالإضافة إلى المشكلة السياسية التي لازمت كل المجتمعات الإنسانية ظهرت المشكلة الاقتصادية لتبرز للوجود سلطة الضبط الاقتصادي؛ ثم كانت المشكلة العمرانية وما تقتضيه من وجود سلطة الضبط العمراني؛ ثم كانت المشكلة البيئية ولا زالت لتبرز ضرورة إيجاد سلطة الضبط البيئي، مما جعل فكرة النظام العام باعتبارها أحد أهم وسائل إقناع الجماعة بالخضوع للقواعد القانونية الصارمة، تتوسع لتشمل عناصر حديثة تعكس الوظيفة الجديدة لسلطات الضبط الرامية إلى صيانة الحياة الاجتماعية من كل جوانبها، فإلى جانب العناصر التقليدية للنظام العام المادي ظهرت فكرة النظام العام الاقتصادي والاجتماعي؛ كما ظهرت فكرة النظام العام العمراني والبيئي؛ انتهاء بفكرة النظام العام الجمالي، وحماية كرامة الإنسان فكلمها أهداف حديثة أقر

القضاء الإداري المعاصر لسلطات الضبط الإداري تمتعها حيالها بسلطة تقديرية واسعة للتدخل من أجل تأمين حمايتها بمختلف الأساليب القانونية والمادية.

ولعل من أهم الأهداف الحديثة لسلطات الضبط حفظ النظام العام الجمالي باعتباره أحد أهم المجالات التي صارت تحضي بالأولوية التشريعية والتنظيمية في السياسة الوطنية للدولة، وقد خصص لها القانون الإداري سلطة متخصصة تمثلت في سلطة الضبط الإداري العمراني بمساعدة جهاز الشرطة العمرانية والبيئية، مما يدل على إستراتيجية المشرع في الحفاظ على جمال المدن وترقية العمران الحضري باعتباره أحد أهم العناصر المكونة للمصلحة العامة في الدولة. وهو ما يستدعي تمتع سلطات الضبط العمراني أو البيئي استعمال امتيازات السلطة العامة في حفظ النظام العام الجمالي .

ونظرا لأهمية هذا العنصر الحديث من عناصر فكرة النظام العام التوجيهي صدر في الجزائر القانون التوجيهي للمدينة 06-06 ليعبر عن التدخل التشريعي وفرض الرقابة الصارمة من خلال السهر على احترام قوانين العمران والبيئة والمدن وفقا للأدوات المعدة له، وهو بذلك يضمن حماية النظام العام العمراني باعتبارها الوسيلة القانونية التي أمكن للمشرع من خلالها الوصول إلى تأطير محكم للنشاط العقاري والعمراني.

وعليه فإن إشكالية هذه المقالة تتركز حول إبراز دور فكرة النظام العام الجمالي في الحد من مشكلة تشوه المنظر الجمالي للمدن والحد من التلوث البيئي الناتج عن سوء التنظيم داخل المدينة تحقيقا للمصلحة العامة العمرانية. وهو ما يقودنا إلى دراسة الآليات والوسائل القانونية والإدارية الممنوحة للإدارة العمومية حفظا للنظام العام الجمالي، خصوصا الوسائل القانونية الممنوحة لرئيس البلدية في إطار الضبط العمراني البلدي في مجال التعمير من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : ذاتية فكرة النظام العام الجمالي في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

المبحث الثاني : تطبيقات حفظ النظام العام الجمالي في التشريع الجزائري

المبحث الأول: ذاتية فكرة النظام العام الجمالي في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

لا شك أنه ما من تجمع بشري إلا ويحس أفراده بحاجتهم الشديدة إلى النظام والضبط الاجتماعي، ولهذا يقال إن مرفق الضبط هو أول المرافق العامة نشأة في التاريخ؛¹ مما يعني أن مهمة حفظ النظام كانت من أولويات واجبات الدولة عند ظهورها، بل إنها ضرورة اجتماعية نلمسها في كل

1 - د. مصطفى أبو زيد فهمي؛ مبادئ الأنظمة السياسية؛ الناشر دار الجامعة الجديدة؛ الإسكندرية؛ طبعة 2003؛ ص 13

المجتمعات والمنظمات الحديثة،¹ ومن ثم تربط فكرة النظام العام بفكرة الضبط وفكرة القانون من حيث الاشتراك في غاية تحقيق المصلحة العامة، وفي هذا يقول فقيه القانون الإداري الفرنسي أندري دي لو بادير "إن الهدف الذي يرمي إليه الضبط الإداري هو تأمين حسن النظام، والسلامة؛ والصحة العمومية"² ، وهي الوظائف التي فرضت بحكم التطور العمراني والاقتصادي في المدن المعاصرة التدخل الوقائي الصارم في تنظيم المدينة من خلال فرض قيود على المواطنين تحد من حرياتهم في مجال بناء السكنات والمحلات والممتلكات من أجل الحفاظ على النظام العام المستدام في المجتمع ممثلا في النظام العام الجمالي والبيئي والثقافي.³

كل ذلك أدى إلى البحث عن ضابط صارم تركز عليه السلطة الإدارية المكلفة بحماية المصالح العليا للدولة بما فيها المصلحة العامة العمرانية، ومن ثم فقد تم اللجوء إلى فكرة النظام العام الجمالي كعنصر من عناصر النظام العام التوجيهي، لتكون الأداة القانونية في الضبط الإداري العمراني كتييد على النشاط العقاري والعمراني، وكنوع من الرقابة الوقائية لتفادي تزايد مخاطر الفوضى العمرانية بسبب عدم احترام القوانين والنصوص التنظيمية؛ ومن هنا فقد تدخل المشرع الجزائري بالقانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير والذي أخضع الأراضي القابلة للتعمير لقيود من النظام العام المرن وهو احترام مخطط شغل الأراضي وفقا للمرسوم 91-176 ليتطور الأمر من خلال اتجاه المشرع إلى فكرة النظام العام الجمالي من خلال القانون التوجيهي للمدينة وقوانين البلدية 11-10 وقانون الولاية 12-07 بهدف إحكام الرقابة القبلية والبعديّة في مجال الضبط العمراني للمدن؛ مضمون توسع به المشرع ليوطنه في توسيع سلطات الإدارة في مجال الضبط العمراني.

وترتب على هذا التوظيف لمقتضيات النظام العام الجمالي التأثير المباشر في طبيعة قوانين التعمير والتي أصبحت ذات طبيعة إدارية محضة تخضع لمبادئ القانون الإداري وذلك من خلال توسيع أعمال فكرة النظام العام المرنة والمتطورة بطبيعتها، إعمالا لقاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. وهو ما يمكن ملاحظته من خلال استقراء الصياغة التي ظهرت بها أغلب القوانين والمراسيم

1- د/ سليمان محمد الطاوي، "الضبط الإداري دراسة مقارنة" مجلة الأمن والقانون، السنة الأولى، ع1، جانفي 1993م، ص 284.
2 - De Laubadere , Traité de Droit administratif, Paris, L. G. D. J, T1, 10e Ed, 1988, p: 643 .

3 - د/ ناصر لباد؛ القانون الإداري؛ ج2؛ مطبعة لباد؛ ط1، سنة 2004؛ ص08.

4- ينظر دة/ مرياني فريدة؛ دور العقار في التنمية المحلية؛ مقالة بمجلة دفاتر السياسة والقانون؛ العدد 06؛ جامعة ورقلة؛ جانفي 2012؛

التي لها علاقة بتنظيم التعمير في تعديلاتها خصوصا قانون الترقية العقارية الجديد 04/11، والقانون التوجيهي للمدينة 06-06 المكرسين لصرامة القاعدة العمرانية؛ وتضمينها الجزاء الجنائي الرادع.

المطلب الأول: تأصيل فكرة النظام العام الجمالي

تمثل المشكلة العمرانية أحد أهم التحديات الكبرى في الدولة المعاصرة لخطورة آثارها على البيئة، وعلى المظهر الجمالي والسياحي للمدن من خلال التشوه الذي أصبح يميز المدن الجزائرية، نتيجة مخالفة قوانين العمران وعدم صرامة تطبيقها؛ مما ساهم في انتشار البناءات غير الشرعية وبدون تراخيص في ظل ضعف الرقابة العمرانية، وعدم الالتزام بالشروط الفنية مما أدى إلى انهيار العديد من المباني، وتشويه الطابع الجمالي للمدن من خلال مظاهر البناء العشوائي للتجمعات السكانية على ضواحي المدن، على حساب اختفاء المساحات الخضراء، وبدون مراعاة للطابع العمراني والجمالي للأماكن العمرانية. ومن ثم كان لزاما الاستنجاذ بمقتضيات فكرة النظام العام أحد أهم الأدوات القانونية لضبط حركة المجتمع والسيطرة على تطوراتها، لما تتمتع به من قدرة في بث القيم والأصول التي تؤمن بها الجماعة في شكل قواعد قانونية قسرية لا يملكون حيالها سوى الالتزام والانصياع، ومن ثم القضاء على الاختلالات التي أصابت التوازن الاجتماعي، حيث تلجأ الدولة إذا ما رغبت في توفير أكبر قدر من الاحترام والانصياع لبعض تشريعاتها الضرورية، من التي لها الأولوية إلى تسخير فكرة النظام العام بأن تمنحها وصف القاعدة فوق العادية وهذا ما تم من خلال إبداع العقل القانوني الأوروبي لفكرة النظام العام الجمالي والبيئي والعمراني باعتبارها من الأهداف الحديثة، بمقتضاها يمنع كل ما يفسد جمال المدينة، ومنها الملصقات الدعائية إلا في الأماكن الخاصة بها.²

ولعل هذه الوظيفة تمثل أهم الأدوار التي سنؤسس عليها فكرة النظام العام في مجال التعمير كضرورة لتثبيت دور الدولة الضابطة للنشاط العمراني والمناعة للفوضى العمرانية حفاظا على المصلحة العامة.³

1- وجدير بالذكر أن النظام العام في هذا الدور يمثل الحد الأدنى من الحماية للأسس التي تقوم عليها الجماعة أما الباقي فهو من اختصاص لقاضي الذي له دور إنشائي في مواكبة التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والخلقي بإدخال عناصر جديدة تحت مظلة النظام العام الجدير بالحماية بل يمكن أن يذهب إلى حد بعيد بإخراج عناصر من مكنت النظام لم تعد متصلة بالمصلحة العامة. ينظر تفصيلا أكثر إلى: د/ محمد بدران؛ مضمون فكرة النظام العام؛ ص 20

2- د/ ناصر لباد، القانون الإداري، ج 2، النشاط الإداري، ط 1، 2004، ص 21 وما بعدها.

3- د/ الزين عزري؛ دور الجماعات المحلية في مجال التهيئة والتعمير؛ مجلة الاجتهاد القضائي؛ العدد السادس؛ نشرية مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع؛ سنة 2009؛ ص 30

الفرع الأول: النظام العام الجمالي في الشريعة الإسلامية

من أهم مقاصد خلق الله للإنسان بعد مقصد التعبد مقصد عمارة الأرض غرسا وبناء، ولا يكون ذلك إلا بتوكيل واستخلاف من الله في إدارة شؤون الكون حفظا و تنمية وتسخيـرا، وهو ما تجسد في تلك الحضارات التي شيدها الإنسانية عبر الزمن من خلال المدنية والعمران،¹ ولا نعدم لها تطبيقات في القرآن الكريم فقد امتدح مدينة سبأ بنظامها العمراني والجمالي حيث يقول تعالى ﴿كَانَ نِزْلًا لِّعَيْنِ أَطْرَافِي وَتَشْمَسُ الْمَكَاتِكُ وَأَمْرٌ مِنْ رِزْقِ رَبِّكُمْ وَاشْكُرُوا لَهُ بَلْدَةٌ طَيِّبَةٌ وَرَبٌّ غَفُورٌ﴾ - سبأ:15. فالآية الكريمة تلفت النظر إلى أهمية اختيار مواقع المدن والتجمعات العمرانية من حيث المناخ الجيد والهواء الطيب، كما تلفت النظر إلى علاقة وجود الجنات الأرضية وتأثيرها على تحسين مناخ هذه التجمعات.

لقد أشارت الآية إلى وجود جنتين عن يمين وشمال مساكن بلدة سبأ،² وهو مما يلفت نظر المصممين إلى أهمية تواجد الحدائق في التجمعات العمرانية كعنصر جمالي وبيئي في الوقت نفسه، كما يجب ألا تغفل دور إحاطة المساكن عن يمينها وشمالها بالحدائق، لأنه يحميها من الرياح المحملة بالرمال في حالة هبوبها على هذه التجمعات السكنية، لبيان أهمية دراسة الموقع قبل بناء المبنى. وفي تفسير الطبري لقوله وتعالى: ﴿جَعَلَ لَكُمُ الْخَلَائِقَ ظِلًّا لَأَنَّكُمْ﴾ (النحل:81)؛ قال ابن كثير رحمه الله، فقد أورد في تفسير الآية الكريمة ما يلي: قال قتادة: يعني الشجر.³

وعلى هذا فالجمال نعمة أُرشد الله إليها الخلق، ومنّ بها عليهم كما في قولها ﴿تَكْمِلُ فِيهَا جَمَالَ حَرِينٍ تَرِيحُونَ وَحَرِينٌ تَسْرَحُونَ﴾، "فكل ركن من أركان هذا الكون الذي سوّاه الخالق الأعظم، متقن وجميل ومنظم ومتناسق ومتكامل؛ وكلها أوصاف للجمال الذي أودعه الله في خلقه." صنع الله الذي أتقن كل شيء فهو الإحساس الذي يبدو عندما يبلغ الشيء قدراً من الإتقان والكمال وتشير الدراسات إلى أنّ التناسق والانسجام والوضوح هي أهم خصائص الجميل، ومن ذلك قوله تعالى في مطلع سورة ق: "أفلم ينظروا إلى السماء فوقهم كيف بنيناها وزيناها وما لها من فروج"، فقد وصف السماء بتمام البناء وجمال الزينة، والتكامل والانساق الذي لا تشوبه شائبة من غير شقوق ولا فتوق أو صدوع، وقد

1- عبدالله سعد الفوري، الإطار القانوني لتنظيم المدن التاريخية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون معهد الدراسات والبحوث العربية، ص1، على الرابط <http://historicalcities.wordpress.com>.
 2- ينظر تفسير الآية:15 من سورة سبأ في "الجامع لأحكام القرآن الكريم"، للإمام القرطبي مشار إليه د/ يحيى وزيري، توافق العمران مع الظروف البيئية؛ ص7.
 3- مشار إليه عند: د/ يحيى وزيري، توافق العمران مع الظروف البيئية، مجلة حراء، اسطنبول، تركيا، العدد 24، ماي 2011، ص8.

أثبت علماء الفلك تأكيداً لقوله تعالى **(بَيِّنَاتُهَا)**¹ على أن السماء هي عبارة عن بناء، في أبحاثهم، حيث اكتشفوا وجود هندسة كونية رائعة تستطر على الكون وتتحكم فيه، فهناك أعمدة وجسور وخيوط محبوكة جميعها تتركب من النجوم والمجرات، تتجمع في بناء محكم على شكل تجمعات مجرية مما يدل على إحكام بناء السماء ورفعها بغير عمد مرئية، وتزينها² بالكواكب والنجوم والبروج، وسلامتها من كل نقص يمكن أن يعيبها في شيء، ومن كل خلل يمكن أن ينهاها، ومن مظاهر إحكام البناء وجماله قوته وتوسيعه،³ والساء بنيناها لأبد وإنا لموسعون³ جعلناها سقفا محفوظا رفيعا أي: بقوة قاله ابن عباس، ومجاهد، وقتادة، والثوري، وغير واحد.

ومن براءة الكون اقتبس المبدعون والمهندسون القوانين الجمالية، والأنسجة العمرانية، التي تستجيب للفطرة الإنسانية والحاجات العمرانية فهو ليس مجرد ترف في حياة الإنسان، بل هو أساسي لحضارة الإنسان ورقبه، ومظهر تقدم المجتمع، والحق تبارك وتعالى كما أخبر رسول الله: "جميل يجب الجمال فهو مثال وأصل كل جمال، والحياة بلا جمال مملة مقفرة لا يحب الإنسان أن يحيها.

ومن المقاصد الشرعية المعتمدة في الشريعة الإسلامية المقاصد التحسينية والجمالية والتزيينية التي تحتل المرتبة الثالثة بعد مرتبة الضروريات والحاجيات، بحيث تمثل ذروة الحضارة وقمة العمران؛ ومن هنا يتوافق التحضر مع المقاصد الشرعية في بناء الحياة وتحقيق كماليتها وجمالياتها وزينتها.⁴ قال الغزالي: "الرتبة الثالثة ما لا يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة ولكن يقع موقع التحسين والتزيين للمزايا والموائد، ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات."⁵ ووسع ابن عاشور من مضمونها عند الغزالي والشاطبي وجعلها شاملة ووافية لتحسينات الحياة الفردية وحال الأمة فقال: "هي ما كان بها كمال حال الأمة في نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة ولها بهجة في مرأى بقية الأمم، .. مرغوبة في الاندماج فيها." فهي عنده

¹ - وقد جاءت مادة (بني) بمختلف مشتقاتها في القرآن الكريم في اثنين وعشرين موضعاً منها سبع مرات متعلقة ببناء السماء وخمس عشرة مرة متعلقة بالبناء على الأرض، وفي كل الحالات خصت السماء بالوصف (بناء) وخص تشييد الإنسان على الأرض بالوصف (بنيان)، .

² - وجاء الفعل (زين) بمختلف مشتقاته في القرآن الكريم ستاً وأربعين مرة منها ست مرات متعلقة بالساء، وأربعون مرة متعلقة بزينة

الناس

³ - زغلول النجار من أسرار القرآن قضايا وآراء على الرابط <http://www.islamicmedicine.org/zaghool/19.htm>

⁴ - د/ نور الدين الخادمي: أبحاث في مقاصد الشريعة: مؤسسة المعارف لبنان؛ طبعة 1، سنة 2008، ص162

⁵ - الغزالي، المستصفى؛ ص175

كما يرى د. الريسوني تشمل المنظر العام للأمة وأحوالها الذي يجب أن تكون ذات بهجة وحسن وجاذبية للإعجاب والاحترام لدى الناظرين والزائرين والمتطلعين.¹

أولاً: نشأة فكرة النظام العام الجمالي

الإحساس بالجمال قديم قدم الوجود البشري يظهر ذلك في الرسومات والزخارف التي تزخر بها الكهوف والآثار العمرانية للحضارات القديمة، ولقد حضّ الدين الإسلامي على إتقان العمل وإحسانه وتجميله تحت طائلة المسؤولية الدينية، كما شجّع على الزينة والنظافة والطهارة وحماية البيئة والاعتناء بحسن المظهر، وجعل الجمال والكمال صِْنُونَيْنِ فظهر الفكر الجمالي الإسلامي في كثير من المجالات الحياتية، ومن المنطلق السابق يمكن القول بأنّ الجمال مظهر هام من مظاهر رقي الحضارة وتقدمها، وعكسه القُبْح الذي يدل على التخلف والانحطاط، غير أن الاحتكاك بالحضارات وتطور وسائل النقل، كان له تأثير في تعديل النظام العمراني للمدينة الإسلامية، وتغيير ملامح العمارة التي أصبحت كتلاً من المنشآت تنهض على حافة الطرق التي أصبحت شُرْبان المدينة الحامل للعلاقات الاجتماعية والاقتصادية في المدينة.²

لقد قام التنظيم العمراني الحديث على تهيئة الإقليم لبناء عمارات مفتوحة الجوانب على الطرقات مباشرة، أو على الحدائق المحيطة، وهكذا تحولت المنشآت من أولوية النظام الداخلي إلى أولوية النظام الخارجي، حيث صار جمال الرواء وروقه وظيفه من وظائف السلطة التنظيمية، وازداد الاهتمام الحكومي بالواجهات المعمارية والحدائق الخارجية، وضعف اهتمامه بالعمارة الداخلية، في ظل أزمة السكن، فبعد أن كانت أقسام المسكن العربي تنفتح على الفناء ذي الهواء النقي المعتدل، أصبحت مفتوحة مباشرة على الهواء الملوث الخارجي، وعلى المؤثرات المناخية والحرارية وعلى الضجيج، كما أصبحت مكشوفة أمام فضول الجوار، وانتهى عهد حرمة المسكن نهائياً في ظل عولمة العمران الغربي، ولقد كان للتطور العلمي وظهور وسائل النقل الحديثة تأثير على العمارة الإسلامية وعلى الهندسة المدنية والمعمارية للمدن الحديثة، فبعد أن كانت العمارة أساس تنظيم عمران المدينة، أصبح عمران المدينة يتحكم في شكل المبنى وطبيعته، وفي التصميم العمراني والمعماري وفي التقاليد الاجتماعية.³

1- د/ احمد الريسوني؛ محاضرات في مقاصد الشريعة؛ دار السلام؛ طبعة 1، سنة 2009، ص191.

2- د/ عفيف البهنسي، العمارة العربية (الجمالية، الوحدة، التنوع) نشر المجلس القومي للثقافة العربية، الرباط، طباعة، روما، 1990م.

3- د/ عفيف البهنسي، فنون العمارة الإسلامية وخصائصها في مناهج التدريس، على الرابط <http://historicalcities.wordpress.com>

ثانيا: خصوصية جمالية العمران الإسلامي

الإسلام دين الفطرة؛ والإنسان مفطور بطبعه تواق إلى الجمال في أي زمان ومكان، ومما يؤكد ذلك سعى الإنسان الدائم للبحث عن الجمال والإحساس به والتعبير عنه، ومن مظاهر تميز الفكر الجمالي العمراني في الإسلام فكرة المقياس الإنساني الذي يختلف بحسب أذواق الناس وما يريدون وبحسب تخطيط السلطة لقيام المدن، وأول هذه التعاليم صدرت عن الخليفة الثاني عمر بن الخطاب، إذ أمر والي البصرة والكوفة بالتحديد بأبعاد حدودها للشوارع والأزقة ولالتصاق الدور، وارتفاعها والتفافها نحو المسجد ودار الإمارة، ولقد قدم الفلاسفة والمفكرون مثل ابن سينا وابن خلدون وابن قتيبة مبادئ معمارية هامة مشابهة، ومثال ذلك ما قدمه ابن الرازي (ت 376 هـ) في كتابه (الإعلان بأحكام البنين) من قواعد تنظيمية وتطبيقات فقهية مهمة، منها قوله: "هذا الذي بنيانه في طريق المسلمين لا يخلو أن يكون يضر بالناس أو لا يضر فإن نُصِرَ بالناس في ممرهم هدم ما بني قلّ أو كثر باتفاق أهل المذهب "المالكي" وان لم يضر... فالمشهور في المذهب الهدم؛ قال أشهب: "يهدم بأمر السلطان ولا ينبغي لأحد أن يزيد من طريق المسلمين شيئا" كما توسع في بيان الأخطاء المعمارية وآثارها، مثل عدم حماية المبنى من الدخان والروائح والضوضاء والشمس، فتحدث عن توجيه المباني باتجاه الريح، وعن زراعة الخضار لتزويد السكان وتلطيف الجو، وعن توفير الماء وتنظيم الري؛ كما تحدث عن مقياس العمران مثل فرض احترام حرمة الآخرين بعدم الإطلال على الجوار، وعدم إفساح مجال لإطّلاع المارة على داخل المسكن، كما تطوع المباني مع البيئة الحضرية .

ومن بين هذه المقاييس التي لازالت معمول بها في التشريعات العمرانية الحديثة الخاصة ببناء المدن الجديدة وتنظيمها ما ذكره المؤرخ ابن قتيبة من تشبيه الدار التي تسكن بالقميص، فحيث يخاط القميص حسب مقياس صاحبه، كذلك يبني البيت حسب مقياس ساكنه، وبهذا يُعدُّ ابن قتيبة أول من تحدث عن المقياس الإنساني في العمارة الإسلامية كما تحدث عن انسجام الشكل المعماري مع المضمون الوظيفي، فعمارة المسجد تختلف عن عمارة المدرسة أو المشفى أو البيت، بحيث يكون من السهل على الغريب عن المدينة تحديد وظيفة المبنى من خلال شكله المعماري، ويمتاز الفن الإسلامي وبخاصة العمارة بالتنوع في الأساليب والطراز والأشكال، مما يكشف عن الحرية الإبداعية لدى الفنان والمعماري.²

1- د/ عكاشة رجع؛ حرية التنقل والإقامة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه كلية الحضارة الإسلامية؛ جامعة وهران الجزائر؛ 2013، ص 205

2- د/ عفيف البهسي، فنون العمارة الإسلامية وخصائصها في مناهج التدريس، على الرابط <http://historicalcities.wordpress.com>

ولقد تميزت الحضارة المعارية في المدن الإسلامية بأنها وليدة التشريع الإسلامي المفصل لنواحي الحياة باعتبار أن المدينة هي الحضارة وإن من أهم لصفات التي اتسم بها النمط الحضري للمدينة العربية الإسلامية: ¹المقياس الإنساني وجمالية التصميم، ²الامتداد الأفقي ومحدودية البناء العمودي. -التناسق في الأداء الوظيفي والتآلف الاجتماعي. -التكيف البيئي ومعالجة التلوث حسب اتجاهات الرياح ودراسة الحرارة وتضليل الشوارع. -إبعاد المصانع والأفران عن الوحدات السكنية حماية للبيئة من التلوث.

-سهولة الوصول وانسيابية الحركة من خلال شبكة الطرق المتناسقة. -تحقيق التوازن بين الخصائص الوظيفية والجمالية للعارة.

ويعد التصميم البيئي أحد فروع علم العارة، بدراسة العناصر البيئية والمناخية التي تؤثر على تصميم المباني والفراغات الخارجية من أجل تهيئة وتوفير المناخ المناسب لراحة الإنسان، سواء داخل المباني أو في الفراغات الخارجية في المحيط العمراني وبدراسة العديد من الآيات القرآنية، تبين لنا أن القرآن الكريم قد لفت أنظار المسلمين إلى أهمية مراعاة العوامل البيئية في التصميم العمراني والمعماري. لذلك فإن هذا المقال يهدف إلى إبراز المفاهيم التي وردت في بعض الآيات القرآنية ذات الصلة بمجال التصميم البيئي، وهو ما يؤكد على أن مراعاة البعد البيئي هو أحد الضوابط التي يجب مراعاتها في العمران الإسلامي. ونلمح معنى المشار إليه أعلاه في قول الله سبحانه وتعالى: ﴿فِيهَا عَلَى الْأَرْضِ كَرِيمٌ﴾. ويقول ابن كثير رحمه الله في شرح معنى قوله تعالى: ﴿لَا يَرَوْنَ فِيهَا شَمْسًا وَلَا زَلَمَةً هَرِيرًا﴾ (الإنسان:13)، أي ليس عندهم حر مزعج ولا برد مؤلم، بل هو مزاج واحد دائم سرمدى ﴿لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَالًا﴾ (الكهف:108)، كما جاء في التفسير الميسر أن المقصود: "لا يرون فيها حر شمس ولا شدة برد"، والزهرير في اللغة هو شدة البرد. وهو ما يتطابق مع تعريف مصطلح "الراحة الحرارية" الموجود في علم التصميم البيئي وهو ما يلفت نظر المصممين إلى أهمية العمل على توفير هذه الراحة بقدر المستطاع في مباني أهل الأرض تأسياً ببيئة الجنة المثالية التي هي فوق خيال البشر.²

الفرع الثاني: اتساع مضمون فكرة النظام العام إلى عنصر النظام الجمالي في القانون الإداري

يصعب وضع تعريف قانوني جامع مانع لمفهوم النظام العام، كون فكرته مرنة ومتطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان، بل وباختلاف المذاهب السياسية والأسس الفلسفية والاجتماعية السائدة

1- د/كامل الكنانى، تخطيط المدينة العربية الإسلامية - الخصوصية والحداثة-مجلة المخطط والتنمية؛ العدد15، سنة 2005؛ ص4

2- د/ يحيى وزيري، توافق العمران مع الظروف البيئية، مجلة حراء، اسطنبول - تركيا، العدد 24، ماي 2011، ص 10.

في الدولة،¹ ولذلك لم تضع التشريعات المختلفة تعريفا لمفهوم النظام العام، بل أشارت إليه كهدف للضبط الإداري دون التطرق لتحديد مضمونه أو محتواه.² ويصف الدكتور السنهوري القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام بأنها تلك: "القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية، أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد." ثم يفرع على هذا الأصل قوله: "فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم؛ حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة أما عن النسبية والمرونة التي توصف بها فراجع إلى تدخل الظروف الزمنية والمكانية في تقديره."³ ومن ثم تربط قواعد النظام العام بفكرة المصلحة العامة التي لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها.

وعلى هذا ففهوم النظام العام في القانون الإداري قد تطور بتطور الوظيفة الإدارية للدولة، فالدولة الحديثة لم تعد متدخلة فقط، بل أصبحت فضلا عن وظائفها السابقة، طرفا هامة في المعادلة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مما أدى ذلك إلى توسع هام في وظائف الإدارة العامة، وتطور لمختلف المفاهيم السائدة، بما فيها فكرة النظام العام.

وبذلك فقد توسع مفهوم النظام العام، بحيث لم يعد يقتصر على مجرد حماية ووقاية المجتمع من الاضطرابات المادية الخارجية لإقامة الأمن، السكينة والصحة العامة، بل تعداه إلى مجالات أخرى استجابة لتطور المجتمع وازدياد تدخل الدولة في مجال النشاطات الغذائية وقد أكد الفقيه بول برنارد (Paul BERNARD) على هذا التوجه بقوله أن النظام العام التقليدي قاصرا نظرا لسلبياته التي تجعله يتوقف عند حد النتيجة المباشرة المتمثلة في عدم وجود الاضطراب المادي في المجتمع، بل هو نظام حي ديناميكي لأنه نتيجة وثمره لعمل بناء ومجهودات كبيرة مدعمة بوسائل كثيرة وموجهة لأهداف متعددة من أجل هدف اجتماعي عام وشامل فهو تنظيم منسجم لكل العلاقات الإنسانية، الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية، الفكرية والأخلاقية الكائنة في حياة مجموعة معينة."⁴

1- ينظر تفصيلا عن أبعاد فكرة النظام العام ومختلف تطبيقاتها عند د/عماد طارق البشري؛ فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقرونة بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلاميين؛ أصلها رسالة دكتوراه منشورة؛ جامعة الإسكندرية؛ كلية الحقوق سنة 2002؛ الناشر المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، ص 49

2- د/ رمضان محمد بطيخ، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 736.

3- د/ السنهوري؛ الوسيط في شرح القانون المدني؛ ج 1؛ ص 434.

4- سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة مذكرة ماجستير في القانون كلية الحقوق جامعة تيزي وزو؛ سنة 2003-2004، ص 25

ومن هنا فان أهداف الضبط الإداري المتمثلة في الحفاظ على العناصر التقليدية الثلاثة للنظام العام، هي أهداف الدولة الحارسة؛ لكن حديثا انبثقت عن الدولة المتدخلة التي طورت هذه الأهداف لتشمل مجالات أخرى كالنظام العام الاقتصادي فهنا يكون التدخل لمواجهة أزمة اقتصادية، أو تنظيم أحكام المنافسة الاقتصادية كعامل مهم في الحفاظ على النظام العام، من هنا تغيرت وسائل الضبط من استعمال المنع إلى أساليب أخرى كاللتنظيمات والمراقبة للحد من نشاط الخواص. لكن دون المساس بالحريات العامة للأفراد،

ومن ثم لم يعد مفهوم فكرة النظام العام مقتصرًا على العناصر المادية الثلاثة، بل توسع مع تنوع نشاط الدولة واتساع مجالاته، بحيث لم يعد المفهوم التقليدي كافيًا لتغطية كافة أغراض الضبط الإداري، رغم اكتفاء بعض الفقه بها لشموليتها خلافا لمن ينادي بالنظام العام المتخصص المشرع خصوصا المشرع الفرنسي الذي اكتفى بتحديد العناصر المادية المكونة لمضمون النظام العام وذلك في المادة 97 القانون المؤرخ في 05 أبريل 1884 المتعلق بالبلدية هدف البوليس البلدي هو ضمان حسن النظام، الأمن العام، والصحة العامة.¹

أما المشرع الجزائري فلقد سائر نظيره الفرنسي، حيث لم يتكفل بتحديد مفهوم النظام العام، بل اقتصر على تحديد العناصر المادية الثلاثة المكونة للنظام العام، بموجب القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية حيث نصت المادة 88 فقرة 2 منه على أنه: "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت إشراف الوالي بما يأتي:- السهر على النظام والسكينة والنظافة العمومية." فضلا عن اختصاصات أخرى وفي هذا الإطار يكلف قانون البلدية بسلطات واسعة في مجال حماية النظام العام الجمالي والثقافي والبيئي طبقا لنص المادة 94: "في إطار احترام حقوق وحريات المواطنين يكلف رئيس المجلس الشعبي البلدي على الخصوص بما يأتي: ... السهر على احترام المقاييس والتعليمات في مجال العقار والسكن والتعمير وحماية التراث الثقافي المعماري. السهر على نظافة العمارات وضمان سهولة السير في الشوارع والساحات والطرق العمومي. السهر على احترام تعليمات نظافة المحيط وحماية البيئة،" وقد رتب البعض من الفقه على هذا التحديد عدم إمكانية التوسع سلطات الضبط الإداري في التدخل في تقييد حريات الأفراد، وهذا يشكل خطرا على القاعدة التي مفادها أن الحرية هي الأصل والتقييد هو الاستثناء فكلمًا تم التوسع في نطاق النظام العام إلا وحصرنا من مجال الحريات وانطلاقا من هذا التحديد الضيق لمضمون النظام

1 -l'article 97 alinéa 1 de la loi du 05-04-1884 du code municipal stipule que la police municipale a pour objet le bon ordre, la sûreté et la salubrité publique.

العام، فليس لسلطات الضبط الإداري أن تقيد حريات الأفراد بهدف صيانة النظام العام الجمالي، أو حماية الآداب العامة، لكونها لا تدخل في نطاق أهداف سلطات الضبط الإداري وفقا للمفهوم التقليدي للنظام العام.¹

غير أن هناك قوانين خاصة نصت على ضرورة الحفاظ على جمال المدن وعلى تصنيف المساحات الخضراء فيها؛ وعلى كفاءات حماية البيئة ومخططات التصرف في النفايات الصلبة؛ فضلا عن التنظيمات المتعلقة بمنع وضع المصققات الانتخابية أو الاشهارية إلا في الأماكن المخصصة لها احتراماً لقدسية المدينة وجمالها واحتراماً للنظام والقانون، وهي كلها تطبيقات عملية لفكرة النظام العام الجمالي كغاية لسلطات الضبط الإداري المعاصر.

و من ثم ترتبط فكرة النظام الجمالي بالنظام العام البيئي بل أن بعض الفقه يربط بينهما فيقال: النظام العام الجمالي للبيئة² حفاظاً على جمال الرونق والرواء ومن ثم مشروعية تدخل سلطات الضبط الإداري في حالة تعرض عذرية الطبيعة للانتهاك البشري بفعل التلوث البيئي.

فتحت تأثير التقدم الصناعي الهائل على الطبيعية والنظام الجمالي للمدينة؛ مما أفقدها اخضرارها ونقاوة هوائها، بات واجبا عند أغلب فقهاء القانون الإداري³ فسخ الطريق أمام سلطات الضبط الإداري للتدخل وحماية رونق المدن وجمال الطبيعة من التلوث، ولذلك تجيز القوانين لهيئات الضبط استخدام سلطتها لتنسيق المدن والمحافظة على جمال مظهرها.

وبذلك أصبح الجمال والرونق والرواء غرض آخر من أغراض الضبط الإداري؛ خاصة في مجال إزالة الأوبئة ومصادر الروائح الكريهة التي تهدد النظام العام الجمالي. ولعل هذا العنصر يكون وراء إقدام السلطة التنفيذية في النظام السياسي الجزائري على استحداث منصب وزير منتدب للمدينة وتهيئة الإقليم خاصة المدن الكبرى منها.

1- سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة مذكرة ماجستير في القانون كلية الحقوق جامعة تيزي وزو؛ سنة 2003-2004، ص 25

2- ينظر د. عصام الدبس؛ القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، سنة 2010؛ ص 172

3- ينظر د. صلاح الدين فوزي؛ المبادئ العامة للقانون الإداري؛ ص 57؛ و رسالة د/ عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده؛ ص 259

المطلب الثاني: مضمون فكرة النظام العام الجمالي

تعتبر فكرة النظام العام الجمالي أمراً مبتكراً للغاية لم يترسب مضمونه في القانون الإداري إلا حديثاً، نظراً لارتباطه بالتنمية وتطور المدينة فلا يمكن الحديث عن جمال المظهر والمنظر والأفراد يعانون من أزمة السكن والفقر والحرمان ومع ذلك لا نعدم له تطبيقات قضائية وتشريعية وتنظيمات تستهدف المحافظة على المظهر الفني والجمالي للشارع العام الذي يرتاده المارة، حفاظاً على السكينة النفسية للأفراد²، كون الإدارة مسؤولة عن حماية مشاعر الفن والجمال لدى المارة، كمسؤوليتها عن حماية حياتهم وسلامتهم، وان للإنسان الحق في حماية حياته الأدبية والثقافية والروحية، علاوة على حياته المادية، باعتبارها كلها جوانب لازمة للوجود البشري المتكامل³.

ولهذا فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له الصادر في 3 حزيران 1936 في قضية (مصانع رينو) بشرعية لأئحة أصدرها أحد المحافظين في فرنسا تحظر توزيع الإعلانات والنشرات على المارة في الطرقات في الطرقات العامة خشية قيام هؤلاء المارة بتصفحها وإلقاءها في الشارع فيتشوه بذلك منظر الطرق والحدائق العامة بما يتناسب مع الجانب الجمالي للمكان ويحفظ حسن الأحياء السكنية⁴. ورغم طعن اتحاد نقاب المطابع والنشر في باريس في هذه اللائحة، مطالباً بإلغائها لخروج أهدافها عن الأهداف المرسومة لسلطات الضبط الإداري، رفض مجلس الدولة ذلك الطعن مؤكداً أن حماية الرونق الرواء تعتبر من أغراض الضبط الإداري، بوصفها إحدى عناصر النظام العام الجديرة بالحماية فأصدر حكمه بحق هيئات الضبط في إصدار هكذا لوائح تحمي جمال منظر الطرقات وتحافظ على رونق وجمال الأحياء السكنية.

- 1- د/ محمد جمال جبريل، الترخيص الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس سنة 1992، ص 102.
- 2- د/ محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط -دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه منشورة دار النهضة العربية؛ ط 1/ سنة 2003؛ ص 76؛ ويسميه بالنظام العام الجمالي للبيئة ويكفيه على أنه أحد مكونات السكينة العامة التي تمثل أحد عناصر النظام العام الشامل؛ ينظر المرجع نفسه؛ ص 78.
- 3- د/ محمود عاطف البناء، حدود سلطة الضبط الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة، العددان الثالث والرابع، السنة 48، 1978 ص 549.

4- C.E.23/10/1936 union parisienne des syndicats de l'imprimerie, R.P.906

مشار إليه لدى: د/ محمود عاطف البناء، حدود سلطة الضبط الإداري، المرجع السابق، ص 550، كذلك د. رمضان بطيح، المرجع السابق، ص 740.

وبذلك الحكم أضاف القضاء الإداري غرضا جديدا غير تقليديا لأغراض الضبط لم يكن مسلما به من ذي قبلوا إلى جانب هذا، فإن المشرع الفرنسي ساير موقف القضاء، وذلك بتكريس الجمال كعنصر من عناصر النظام العام وأبعد من ذلك أحدث العديد من أنواع البوليس الخاص تتكفل بحمايته وصيافته.²

أما المشرع الجزائري، فإنه لم يخرج على هذا الاتجاه، بل ساير هذا التطور وأعتبر الجمال عنصرا من عناصر النظام العام، تتكفل سلطات الضبط الإداري بحمايته وصيافته وهذا ما يظهر جليا من خلال استعراض أحكام المرسوم رقم 81-267 متعلق بصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص الطرق والنقاوة والطمأنينة العمومية، وكذا منع المصقات العشوائية حيث تلزم المادة 195 من قانون الانتخابات الجديد 01-12 وجوب تخصيص أماكن عمومية في كل دائرة انتخابية للإصاق الترشيحات توزع بالمساواة، ويمنع أي شكل آخر للإشهار خارج المساحات المخصصة لها. كما خصص قانون البلدية 10-11 فصلا للنظافة وحفظ الصحة من خلال سهر البلدية ومصالحها التقنية على جمع النفايات الصلبة ونقلها ومعالجتها طبقا للمادة 123 فقرة 03 منه، فضلا عن مسؤوليتها في التكفل بتهيئة المساحات الخضراء طبقا للمادة 124 من قانون البلدية.

وكذا يستفاد من نص المادة 35 من قانون العضوي 05-12 المؤرخ في: 12 جانفي 2012 المتعلق بالإعلام أن بيع النشريات الدورية بالتجول أو في الطريق العام أو في مكان عمومي يخضع إلى تصريح مسبق لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي. كما أن مراجعة قانون الترقية العقارية 04-11 في المادة 08 منه والتي تفيد انه: " يجب أن تسعى كل عملية تجديد عمراني إلى جمال الإطار المبني وتحسين راحة المستعملين وكذا مطابقتها للمعايير العمرانية السارية"، وكذا نص المادة 10: " يجب أن يؤخذ في الحسبان الانسجام المعاري والعمراني والطابع الجمالي بالنسبة للمجموعة العقارية الأصلية عند تصميم البناية أو البنائات التي تكون موضوع عملية توسيع مشروع عقاري".

وبالنسبة للقضاء الإداري الجزائري فلقد أكد على حق الإدارة في حماية النظام العام الجمالي، وذلك في العديد من المناسبات نذكر على سبيل المثال قراره الصادر بالتاريخ 15 أفريل 2003 والذي جاء فيه: " حيث اتضح لمجلس الدولة بعد الاطلاع على كل ما احتوى عليه ملف الدعوى من وثائق ومستندات انه حقيقة تحصل المستأنف على ترخيص من المستأنف عليها بوضع كشك جاهز بشرط أن

1- ينظر د/ محمود سعد الدين الشريف، المرجع السابق، ص 292

2- سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة مذكرة ماجستير في القانون كلية الحقوق جامعة تيزي وزو؛ سنة 2003-2004، ص 26

يكون هذا الأخير في حالة ملائمة لا تشوه المنظر العام واحترام قواعد النظافة حيث أن الإدارة لها سلطة الضبط الإداري والمحافظة على جمالية عمران البلدية.¹ ومن تطبيقاتها في التشريعات المقارنة من أجل المحافظة على جمال المدينة ونضارتها قرارات إزالة المقعرات الهوائية من على شرفات العمارات ووجوب إزالة كل ما يعرق السير الحسن للراجلين على الأرصفة.²

ومن هذا القبيل تدخل سلطات الضبط لإلزام مالكي العقارات بالقيام وعلى نفقتهم الخاصة، بتنظيف الواجهات الخارجية لآي بناء سيء المنظر، أو يشوه الحي أو الشارع أو المدينة، أو إزالة أي بناء مؤقت تعتبره مشوها للجوار أو المنظر العام للمدينة، ولها أن تأمر بهدم أي بناء، إذا كان ذو منظر منفر وبشع، وتحقيقا لذات الغرض تتدخل عادة التشريعات لتنظيم عملية الإعلانات الدعائية في الشوارع والميادين، من حيث تحديد أبعاد وأنواع ومظهر الإعلانات والوسائل الدعائية ومواقع عرضها، ويجب أن تتلاءم اللوحات والإعلانات مع طبيعة المنطقة وخصوصيتها لاسيما إذا كانت المنطقة تتمتع بطابع أثري، وقد قصرت محكمة العدل العليا مفهوم المنظر العام على المنظر العام للمدينة، لأن القانون هو قانون تنظيم للمدن وليس قانون لتنظيم أحياء المدن،³ ومن ثم لم تجيز المحكمة إزالة الأبنية وهدم العقارات إلا إذا كانت مشوهة للمنظر العام للمدينة أو ذات منظر منفر وبشع، وإذا لم يستند القرار الإداري الصادر بإزالة

1- قرار مجلس الدولة رقم: 10048 الصادر بتاريخ: 15-04-2003، قضية هـ م- ضد بلدية حاسي مسعود، موسوعة الاجتهاد القضائي الجزائري، قرارات المحكمة العليا وقرارات مجلس الدولة، الإصدار الرابع، 2006. انظر كذلك قرار مجلس الدولة رقم 9618 الصادر بتاريخ: 25-02-2003، قضية ع ب- ضد بلدية حاسي مسعود، موسوعة الاجتهاد القضائي الجزائري، قرارات المحكمة العليا وقرارات مجلس الدولة، الإصدار الرابع، 2006.

2- ومن بين هذه القرارات الضبطية الخاصة بالنظام العام الجمالي تعليمية والي العاصمة 2009 القاضيّة مع تركيب الهوائيات المقعّرة ومكيفات التبريد على شرفات البناءات الخاصة والحكومية بهدف المحافظة على الواجهة العامة للشوارع الكبرى في الجزائر، بعدما أصبحت تشوه منظرها الخارجي والتوجه نحو استعمال ما يعرف بالآلياف البصرية أو الانترنت، أو باعتماد الهوائيات الجماعية المشتركة ليدفع المواطنون حق الاشتراك عن طريق البطاقة الإلكترونية شأن ذلك الأعباء الخاصة بالكهرباء و الغاز. ينظر تفاصيل ومضمون التعليمات جريدة الشروق بتاريخ: 14 مارس 2009 نسليمة حادي، قرار بإزالة كل المقعرات الهوائية والمكيفات من أسطح وواجهات العمارات على الرابط <http://www.echoroukonline.com/ara/?news=33976>

3- حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم 1974/34، مجلة نقابة المحامين لسنة 1974، ص 1287. مشار اليه عند د/عصام الدبس؛ القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، سنة 2010؛ ص 173

الأبنية إلى ذلك، وإلّا استند إلى كون الأبنية تراثية وقديمة فإن القرار يكون مخالفا للقانون¹، ويكون المجلس البلدي، والحالة هذه، ملزما بتعويض المالك عن الضرر الذي لحق به من جراء هدم ملكه.²

ومن النماذج المشرفة في مجال حفظ النظام العام الجمالي للمدينة الجديدة "تفيلالت" بغرداية، التي تحاكي الطابع العمراني للمنطقة من خلال استنساخ مدينة بني يزفون المصنفة في قائمة التراث العالمي من قبل اليونسكو عام 1982 في قوالب عصرية؛³ حيث تشكل هذه المدينة نموذجا فريدا من نوعه، وتجربة إنسانية وعمرانية لا مثيل لها في العالم العربي وإفريقيا بشهادة الغرب حيث فاز مصممها بميدالية أحسن ثلاثة مشاريع عمرانية في إفريقيا، حيث استطاع بإشراك سكان المدينة القديمة واستشارتهم ليكون المحي الجديد معبرا عن ثقافتهم وملبيا لحاجياتهم، كما حظي بزيارة الرئيس بوتفليقة الذي أشاد بالتجربة واعتبرها نموذجا يستحق أن يعمّم في الجزائر كلها، ووجه الإعجاب بها صعوبة تصور قيام مدينة حديثة دون حاجة المواطنين فيها إلى شرطة ومحاكم ومجالس، ودون حدوث أي خلل في النظام العام للسكان، فهي بحق مدينة فاضلة، كما يقول أحد الغربيين عنها متعجبا كيف لمدينة كاملة أن تعيش بدون هيئات ردعية مثل الشرطة والمحاكم ودون أن يحدث فيها أي اختلال.⁴

حيث تخضع إدارة شؤون المدينة لانضباط في تسيير الأمور اليومية، حيث يعتمد عقلاء وكبار القصر على أسس مدروسة ومختارة في ضمان سير الحياة اليومية بدون تعقيد وبسلاسة، فهي تقدم نموذجا حضاريا وعصريا ملموسا في كيفية تعامل الإنسان مع محيطه بعقلانية وأصالة تحافظ على النمط الأصيل للعمارة الأمازيغية المتميزة وللنمط المعيشي للمدينة الأمازيغية الأصيلة وحمائته من الاندثار.

- 1- ينظر حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم 1969/70، مجلة نقابة المحامين لسنة 1969، ص 896. كذلك حكما في القضية رقم 1972/51، مجلة نقابة المحامين لسنة 1972، ص 1461.
- 2- ينظر حكم محكمة لتمييز الأردنية في القضية رقم 435/1976، مجلة نقابة المحامين، سنة 1977، ص 518.
- 3- ينظر إلى الطابع المعماري الجمالي والحضاري لقصر تفيلالت الذي انطلقت الأشغال به في 13 مارس عام 1997 وتربع المدينة على مساحة 22.5 هكتارا، منها 91574 متر مربع مساحة سكنية. انطلقت بها الأشغال في عام 1997 لإنجاز 1000 مسكن، وتم إنجاز 870 وحدة سكنية، من خلال الموقع الإلكتروني <http://www.tafilelt.com/presentation.htm>
- 4- ومن المعجبين بالنمط العمراني لقصر "تفيلالت" بغرداية السفير الأمريكي السابق بالجزائر، روبرت فورد، الذي أعجب بفكرة التسيير الإنساني للمناطق الحضرية الذي يعتمد فيها على إشراك المواطن في التسيير اليومي لشؤون الحي أو المدينة، حيث أقرّ السفير الأمريكي سبق أن الولايات المتحدة والجمعات الغربية عموما قد تكون سبقت هذا المجتمع في التطور التكنولوجي، لكنها محتاجة لأن تتعلم منه الكثير في إدارة الأحياء والمدن إنسانيا. ينظر تحقيق زهية منصر؛ منشور بجريدة الشروق الجزائرية يوم: 24 أبريل 2011م على الرابط

ويبرز النظام العام الجمالي في قصر "تفيلات" بغربية في كونه يمثل تجربة إنسانية جدّ خاصة بالمقاربات التي تطرحها مكاتب الدراسات المعمارية، سواء اقتصاديا وثقافيا وحتى إيكولوجيا، حيث يعتمد السكان في حياتهم اليومية في القصر على نفس أنماط التسيير التي تميز بها المجتمع الميزابي طوال قرون من الزمن، حيث لكبار الحي سلطة تسيير الحياة اليومية، على أسس من المفاهمة والعرف الذي لا يخرج عنه أحد، حيث يتعاون السكان على نظافة المحيط وصيانة مرافقه وضمان سير مصالح الناس، وشريعتهم في ذلك عقد معنوي مبني على احترام الكبير والعقلاء وترجيح كفة التجربة والخبرة في الحياة التي تسمح بتسيير شؤون الناس. من خلال الاتفاق على مجموعة من المعايير التي يجب توافرها في المساكن التي تنقسم إلى مساكن فردية وعائلية، تشيد حسب رغبة الأفراد، استجابة لنمط الحياة العصرية.

حيث ينتقد المهندسون وخبراء التعمير سياسة الدولة في تصميم المدن وتخطيط الأحياء، بحجة عدم الاهتمام بالأبعاد الجمالية وإهمال النوعية مقابل الاهتمام بالكم فقط، لمواجهة الطلب المتزايد على السكن، غير أن إهمال الأبعاد الجمالية والتخطيط نجده أيضا حتى في تصميم البيوت التي يشيدها عامة الناس لأنفسهم فعادة الجزائري إذا حصل على قطعة أرض أن يبني كل شبر من التراب ولا يترك أي واجهة خضراء أو مساحة فارغة لاستعمالات الأخرى، فالطابق الأرضي يتخذ كمحلات أو مستودعات للتأجير والطابق العلوي للسكن. أما الأبعاد الجمالية فهي آخر اهتمامات الجزائريين حتى الميسورين منهم، الذين نجدهم يشيدون عمارات وفيلات ضخمة، لكن بدون أي لمسة فنية أو جمالية خاصة، قد تترك أظباعا في نفس من تقع عينه عليها أنها تحيل إلى حضارة معينة¹.

ويعود أساس هذه المشكلة العمرانية إلى تخلي الدولة عن الاستغلال المباشر في إنجاز الأشغال العمرانية مما تسبب في وجود فوضى عمرانية واستنزاف للأراضي المنتجة وإضرار بالاقتصاد البيئي وكان يجب إدراك أن الانتقال من مرحلة الدولة المتدخل إلى مرحلة الدولة الضابطة لا يعني انسحاب الدولة كلية من النشاط العقاري والعمراني؛ وهذا ما أدركه المشرع الجزائري متأخرا، فقد أفصح المشرع بإرادته الصريحة لمواجهة وضبط كل ما يمس بالمصلحة العامة العمرانية من خلال عملية الضبط التشريعي لكل أوجه النشاط العمراني؛ مانحا للإدارة سلطات وأدوات الرقابة والمتابعة².

ومن بين مجالات الضبط التشريعي المرتبطة بجوهر حفظ النظام العام الجمالي تسيير النفايات الحضرية أمام توسع المدن وتغير أنماط الحياة، مما أدى إلى تزايد كمية النفايات الصلبة الحضرية، الأمر

1- جريدة الفجر ليوم الأربعاء 22 ماي 2013م الموافق لـ 12 رجب 1434 <http://www.al-fadjr.com/ar/special/dossier/238326>

2- د/ الزين عزري؛ دور الجماعات المحلية في مجال التهيئة والتعمير؛ مجلة الاجتهاد القضائي؛ العدد السادس؛ مرجع سابق؛ ص 33

الذي يتطلب جعلها إحدى أهم اهتمامات الدولة في إطار مفهوم التنمية الحضرية المستدامة كبديل مناسب لمعالجة إشكالية التدهور البيئي بسبب تراكم النفايات الصلبة وفي هذا المجال صدر القانون رقم 19/01 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتسيير النفايك ومراقبتها وإزالتها تسييراً جبرياً يخضع للمقاييس البيئية العالمية، بما يحفظ الصحة العامة والبيئة المحيطة بالعمران البشري من التلوث، ويصون النظام الجمالي للمدن بطريقة وقائية صارمة. وفي هذا الإطار أُلزم القانون 19/01 البلديات بإنشاء مخطط بلدي لتسيير النفايات المنزلية طبقاً للمادة 29، ويجب أن يكون هذا المخطط مطبقاً للمخطط الولائي للتهيئة وبعد مصادقة الوالي وتحت مسؤولية البلدية باعتبارها خدمة عمومية غايتها تلبية الحاجات الجماعية لمواطنيها في مجال جمع النفايات المنزلية ونقلها ومعالجتها من خلال نظام لفرزها وتثمينها عند الاقتضاء طبقاً للمادتين 34 و 32 من نفس القانون؛ وتحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي طبقاً للمادة 31 بحكم اندراجها في صل اختصاصاته في مجال النظافة، وقد نص القانون على أحكام جزائية لحماية النظام الجمالي والبيئي للمدينة من خلال تجريم فعل رمي أو إهمال النفايات المنزلية أو رفض استعمال نظام جمع النفايات حيث نصت المادة 55 على عقوبة الغرامة المالية من خمسمائة إلى خمسة آلاف دينار ضد كل شخص طبيعي قام بالأفعال السابقة، وتضاعف العقوبة إلى خمسين ألف دينار بموجب المادة 56 إذا كان هذا الشخص يمارس نشاطاً صناعياً أو تجريبياً أو حرفياً وقام برمي أو إهمال أو رفض استعمال نظام الفرز مخالفاً أحكام المادة 32 من هذا القانون.

ويظهر البعد القيمي للنظام الجمالي في هذا القانون جلياً من خلال نص المادة 57 التي خصصت الأفعال المجرمة السابقة إذا كان رميها أو إهمالها أو تم إيداع النفايات الهامدة في غير الموقع المخصص لها لاسيما على الطريق العمومي - بمقتضى أحكام المادة 37-، حيث رصدت له عقوبة مالية تتراوح ما بين عشرة آلاف دينار إلى خمسين ألف دينار وفي حالة العود تضاعف العقوبة، نظراً لارتباط هذه الجريمة بأحداث ضرر من خلال الروائح الكريهة المنبعثة من جراء إهمالها في غير موضعها فضلاً عن تشويه المنظر الجمالي للمدينة.¹

1- وجدير بالإشارة التنويه بجهود الدولة في مجال تسيير النفايات المنزلية التي وضعتها وزارة تهيئة الإقليم والبيئة كأولوية إستراتيجية وطيلة من خلال وضع مخطط وطني لتسيير النفايات المنزلية وإلزام البلديات بوضع مخطط خاص بها لتسيير النفايات المنزلية على مستوى إقليمها، حيث أمهل القانون البلديات لوضع مخططاتها سنتان من تاريخ نشر القانون 19/01 وحسب تصريحات وزارة تهيئة الإقليم فإنه توجد أكثر من ألف بلدية وضعت مخططات لتسيير تلك النفايات. إلى جانب ذلك تم وضع مراكز لردم النفايات التقنية والتي يقارب عددها على المستوى الوطني الـ 115 مركزاً ومكنت من تعويض الطريقة القديمة في ردم هذه النفايات فضلاً عن الاهتمام بالمرغزات العمومية المراقبة والتي يصل عددها إلى 118 على المستوى الوطني ووضعت في بلديات ذات كثافة سكانية كبيرة ويمكنها أن

كما يظهر البعد الجمالي في قانون حماية التراث الثقافي رقم: 89-04 المؤرخ في: 15 يونيو 1998 فطبقا للمادة الأولى منه فإنه يستهدف سن القواعد العامة لحماية التراث الثقافي والمحفوظة عليه وتثمينه، وطبقا للمادة 2 منه: "بعد تراثا ثقافيا للأمة، في مفهوم هذا القانون، جميع الممتلكات الثقافية العقارية...؛ والتي يمكن لأهميتها أن تكون محل تأميم ودمج ضمن الأملاك العمومية التابعة للدولة طبقا للمادة 5 من نفس القانون:" عن طريق الاقتناء بالتراضي، أو عن طريق نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أو عن طريق ممارسة الدولة حق الشفاعة أو عن طريق الهبة"، وكذا المادة 46 التي نصت صراحة على إمكانية أن تقوم الدولة بنزع ملكية الممتلكات الثقافية العقارية المصنفة أو المقترح تصنيفها من أجل المنفعة العامة لتأمين حمايتها وصيانتها"، والتي تتمتع بعد تصنيفها بحصانة قانونية عن التعديل في معالمها خاصة منها المعالم التاريخية طبقا للمادة 17: التي عرفتها بأنها أي إنشاء هندسي معماري منفرد أو مجموع يقوم شاهدا على حضارة معينة أو على تطور هام أو حادثة تاريخية، كالمباني المعمارية الكبرى، والرسم، والنقش، والفن الزخرفي، والخط العربي، والمباني أو المجمعات العلمية الفخمة ذات الطابع الديني أو العسكري أو المدني أو الزراعي أو الصناعي، وهياكل عصر ما قبل التاريخ و المعالم الجنائزية أو المدافن، والمغارات، والكهوف واللوحات والرسوم الصخرية، والنصب التذكارية، والهياكل أو العناصر المعزولة التي لها صلة بالأحداث الكبرى في التاريخ الوطني. وتخضع هذه المعالم للتصنيف بقرار من الوزير المكلف بالثقافة..."، ومن ثم يخضع النظام العام الجمالي المتخصص بحماية التراث الجمالي للأمة لسلطة الضبط الإداري الخاص لوزير الثقافة الذي خولته المادة 6 سلطة منح الترخيص أو رفضه في كل ما يتعلق بنشر بالتراث الثقافي الوطني إلى ترخيص الوزير المكلف بالثقافة، وفي إطار هذه الصلاحيات يمنع القانون طبقا للمادة 34: "إنشاء أي بناء أو مشروع في الحماية الأثرية بموجب قرار الوزير المكلف بالثقافة كما يمكنه أن يأمر بإيقاف أي مشروع في الحماية. يشترط الحصول على الموافقة المسبقة من الوزير المكلف بالثقافة قبل مباشرة إنجاز أي مشروع بناء أو تجزئة من أجل البناء على الحماية الأثرية المقترح تصنيفها أو المصنفة، ويشترط الحصول على الموافقة المسبقة من الوزير المكلف بالثقافة لإنجاز أي مشروع بناء للحصول على رخصة بناء أو رخصة لتجزئة الأرض من أجل البناء." ومن ثم يلزم القانون الجهات المختصة بحماية التراث الثقافي للأمة طبقا للمادة 36: "إعلام وإطلاع السلطات المكلفة بإعداد مخططات التوجيه والتعمير ومخططات شغل الأراضي في مستوى كل بلدية على المحميات المسجلة في قائمة الجرد الإضافي أو المصنفة

المبحث الثاني: تطبيقات حفظ النظام العام الجمالي في التشريع الجزائري

تعدّ قواعد التهيئة والتعمير في أي مجتمع انعكاسا وترجمة للحضارة العمرانية لذلك البلد فمن خلال فن تنظيم البناء والعمران، يعرف درجة تقدم المجتمع، حيث تعدّ نوعية البناءات وشكلها وطابعها شاهدة على عمق الانتماء الحضاري للأمة ودليل على تميزها وبطاقة هوية جزء لا يتجزأ من هوية المجتمع وتاريخه وقد تطوّرت هذه المفاهيم المترسبة لتصبح قوانين سامية ملزمة للجميع يمكن أن نطلق عليها قواعد النظام العام الجمالي والثقافي، غير أن التوسع العمراني الذي سببه النزوح الريفي والنمو الديمغرافي المفرط وعدم فعالية القوانين والتنظيمات فضلا عن تواطؤ الجهات الإدارية الوصية على العمران في ظل غياب الجزاء ترتب عنه ظهور مدن باكملها وبنيات كبيرة ومنشآت من العدم تفتقر لأدنى قواعد التهيئة العمرانية والصحية ودون احترام لأدنى المقاييس والشروط المطبقة في هذا المجال أو على أراضي زراعية جد خصبة أو في مناطق تسمى اليوم محمية ومصنفة دوليا وداخليا، كما أطلق على نوع منها اسم البناءات الفوضوية والتي فرضت وجودها كحتمية مما يتطلب الأمر ظهور قانون لتصحيح هذه الأوضاع والاعتراف بها.

مما سبق بيانه تظهر العلاقة الوثيقة بين التعمير والتخطيط الحضري للمدن، بحيث يجب أن يكون التخطيط العقاري مواكبا للتخطيط العمراني والجمالي، وهو ما يستوجب التدخل من أجل وضع آليات لضبط جمال المدن، وهو التدخل الذي يجب أن يكون مضبوطا بدوره بفكرة حفظ النظام العام كغاية عليا لمنح الدولة أساليب الضبط الإداري.

وتطبيقا لهذه الأساليب تمتلك هيئات الضبط العمراني سلطات تقديرية واسعة حسب طبيعة ظروف المنطقة الاجتماعية والاقتصادية والإقليمية في اختيار الأساليب الضبطية الأنسب لكل منطقة وبدرجات متفاوتة حيث يلاحظ أن سياسة المشرع العمرانية تتماشى مع الأساليب الوقائية التي تكون قبل ممارسة النشاط العقاري أو العمراني من خلال أسلوب التنظيم المسبق لكيفية ممارسة النشاط العقاري وكذا أسلوب المخططات التوجيهية وزيادة على ذلك أخذ المشرع بالأسلوب العلاجي من خلال أسلوب الجزاءات الإدارية لعلاج الفوضى العمرانية من خلال التدخل الصارم عن طريق قرار الهدم فضلا عن توقيع الجزاء الجنائي في حالة مخالفة قوانين التعمير.

المطلب الأول: تطبيقات فكرة النظام العام الجمالي في التشريع الجزائري

تبرز أهمية إقام النظام العام الجمالي في السياسة التشريعية العمرانية من خلال الوقوف على أهميته في الحفاظ على هوية الأمة الثقافية والحضارية، فضلا عن مساهمته في الحفاظ على الطابع الجمالي

للمدينة، مما يبعث على الراحة النفسية والسكنية الاجتماعية ونظافة المحيط وحماية البيئة. فجمال المدن يرتبط بالطابع الهندسي المعماري الثقافي للأمة، كما يرتبط بنظافة الشارع العام كما يرتبط بغياب مظاهر تشوه المحيط، وغياب مظاهر التلوث البيئي كربط المدن بشبكات الصرف الصحي فضلا عن احترام قوانين التهيئة العمران في مجال احترام المسافة بين البناء والطرق العمومية، وبين العمران وخطوط السكك الحديدية والمطارات والأودية والمصانع؛ فضلا عن الآثار الاقتصادية الناتجة عن التوسع الرأسي على حساب الأراضي الزراعية الخصبة والمواقع الحساسة ذات الطابع السياحي،¹ مما يستوجب القيام بدراسة التأثير على البيئة كما حددها المرسوم التنفيذي 145-07 المؤرخ في 19-05-2007 المتعلق بدراسة وموجز التأثير على البيئة.

كما يرتبط النظام الجمالي بغياب السكنات الهشة والبناءات غير الشرعية في ضواحي المدن بسبب التوسع العمراني على حساب الأراضي الزراعية والمواقع السياحية وعدم إخضاع الأراضي المشيد عليها الأسس وضوابط التخطيط العمراني حيث تمثل الأراضي الفلاحية ذات الطابع الزراعي والثقافي جزء لا يتجزأ من عناصر النظام العام الجمالي.

أولا: تطبيقات فكرة النظام العام الجمالي في القانون رقم 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم

يشكل هذا القانون، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 175/91 المتعلق بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير، المرجعية التشريعية الأساسية للتهيئة والتعمير في الجزائر، وطبقا للمادة الأولى منه فإن أهداف التهيئة والتعمير تتمثل في: "وقاية المحيط والأوساط الطبيعية والمناظر والتراث الثقافي والتاريخي"، كما تُلزم المادة 11 من نفس القانون هيئات البلدية "بوقاية النشاطات الفلاحية وحماية المسافات الحساسة والمواقع والمناظر"، وأصبح حق البناء في ظلّه مرتبطا "بملكية الأرض ويمارس مع الاحترام الصارم للأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة باستعمال الأرض ويخضع وجوبا لرخصة البناء والرقابة على حسن تنفيذه".² وأما المرسوم التنفيذي رقم 175/91 فقد نصت المادة 05 منه على: "منح السلطات البلدية سلطة رفض رخصة البناء أو التجزئة، إذا كانت الأعمال المبرمجة لها عوائق ضارة بالبيئة..."، كما تنص المادة 18 منه على: "وقف منح رخصة البناء للمؤسسات الصناعية وعلى قرض حتمية معالجة مائة لتصفية الملوث والمواد الضارة بالصحة العمومية والضجيج".

1- ذكر بعضها د/ الزين عزري؛ دور الجماعات المحلية في مجال التهيئة والتعمير؛ مجلة الاجتهاد القضائي؛ العدد السادس؛ نشرة مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع؛ سنة 2009؛ ص 32

2- د/ مزياي فريدة؛ دور العقار في التنمية المحلية؛ مقالة منشورة بمجلة دفاتر السياسة والقانون؛ مرجع سابق؛ ص 56

وقد نصت المادة 113 من قانون البلدية على إلزامية أن : "تتروذ البلدية بكل أدوات التعمير المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما بعد المصادقة عليها." ومن ثم تكلف البلدية بالمحافظة على وعائها العقاري وحسن استثماره وفقا لمبدأ الاقتصاد الحضري وبعيدا عن التوسع الأفقي للنسيج العمراني. وعند تحليل أدوات التهيئة والتعمير الجزائرية ممثلة في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير PDAU ومخطط شغل الأرض POS يوضح الاهتمام بالبعد البيئي والجمالي في دراسة ومنهجية إعدادها، وذلك لأن القضايا المرتبطة بمعالجة مشاكل الإسكان والمرافق، تؤثر في عملية اتخاذ القرارات وفي تحديد أولويات التهيئة والتعمير بالنسبة لصور استغلال الأرض واستعجال تنفيذ البرامج. ومن هنا فقد نصت المادة 9 منه : "يجب أن تنجز عمليات الترميم العقاري والتجديد العمراني وأعادة التأهيل وأعادة الهيكلة وكذا التدعيم ضمن احترام المخططات الموافقة عليها من طرف السلطات المؤهلة، مما يعني وجود احترام أدوات التعمير المعدة لكل بلدية بما يضمن تحقيق التنمية المستدامة."

ومن ثم فإن أهم الضمانات التي جاء بها قانون التعمير هو أنه قن أدوات التعمير وجعلها ملزمة للغير وللجميع بما فيها الإدارة ذاتها، وهذا عندما نص " في المادة 41 من القانون 29/90 بقولها "وتلتزم السلطة التي وضعتها باحترام محتواها"، ونصت المادة 10 منه كذلك على أنه: "لا يجوز استعمال الأراضي أو البناء يتناقض مع تنظييات التعمير دون تعريض صاحبه للعقوبة المنصوص عليها في القانون." فأدوات التعمير هي التي تحدّد كيفية استعمال الأرض وشروط وحقوق البناء ومن ثم وجوب احترام الجميع للوجهة القانونية والتنظيمية التي حدّتها تلك الأدوات للأرض.¹

1 - المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية : P.D.A.U وهو عبارة عن أداة للتخطيط والتسيير المجالي والحضري نظم أحكامه القانون 29/90 في المواد 16 إلى 30 بحدّد فيه التوجيهات الأساسية للسياسة العمرانية وضبط التوقعات المستقبلية للتعمير آخذا بعين الاعتبار تصاميم التهيئة ومخططات التنمية ويضبط الصيغ المرجعية لمخطط شغل الأراضي، ويشمل هذا المخطط تقرير توجيهي يحدّد التوجهات العامة للسياسة العمرانية وآفاق التنمية العمرانية انطلاقا التي سوق يطبّق فيها، ويحدّد توسّع المباني السكنية وتمركز المصالح والنشاطات وموقع التجهيزات الكبرى والأساسية. كما يحدّد مناطق التدخل في الأنسجة الحضرية والمناطق الواجب حمايتها.²

1- /د- محمد الهادي لعروق؛ التهيئة والتعمير في صلاحيات الجماعات المحلية؛ مرجع سابق؛ ص 33
2- وقد صدر المرسوم التنفيذي 91-177 المؤرخ في 28-05-1991 الذي يحدّد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه.

2- مخطط شغل الأراضي : P.O.S وهو أداة من أدوات التعمير؛ نظم أحكامه القانون 29/90 بموجب المواد 31 إلى 38¹، تحدد فيه وبصفة مفصلة قواعد وحقوق استخدام الأراضي والبناء من حيث الشكل الحضري للبنىات الكمية الدنيا والقصوى من البناء المسموح به ، المظهر الخارجي للبنىات، المساحات العمومية والحضراء، الارتفاعات الشوارع؛ النصب التذكارية؛ مواقع الأراضي الفلاحية الواجب حمايتها وفي إطار احترام القواعد التي تضمنها المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير. وهو ما يدل على الأهمية الكبيرة التي أولها المشرع لهذه الأدوات والوظيفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتنفيذية التي تؤديها، لأنه وبعد المصادقة عليها تصبح أدوات التعمير وما جاءت به من قواعد وأحكام ملزمة للجميع بما فيها الهيئات الإدارية التي أعدتها وصادقت عليها.

وعليه فقد حدد القانون بدقة إجراءات إعداد أدوات التعمير والمصادقة عليها وأخضعها للاستشارة الواسعة محاولا اشتراك الجميع في إعدادها من خلال اشتراك الهيئات والمؤسسات والمجتمع المدني وكذا الجمهور لتمكينهم من التعبير عن انشغالهم وإدراج اقتراحاتهم قبل المصادقة عليها قانونا.² كما فرض القانون 04-05 المؤرخ في 14-08-2004 المعدل والمتمم لقانون التهيئة والتعمير إلزامية أن تعد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء من قبل مهندس معماري ومهندس مدني معتمدين في إطار عقد تسيير المشروع.

كما انه بموجب المرسوم التشريعي 94-07 المؤرخ في 18-05-1994 المعدل لبعض أحكام القانون 90-29 والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، يلزم كل شخص يرغب في الحصول على رخصة البناء باللجوء إلى مهندس معماري معتمد لإنجاز مشروع البناء طبقا للمادة 55 من قانون التهيئة والتعمير، لإعطاء دور للمهندس المعماري والذي كان مقصى لفترة من الزمن أصيب خلالها الإطار المبني بتشويه لا يمت بأي صلة للطابع الحضري و الجمالي للجزائر، ورغم النص القانوني الملزم لإشراك المهندس في عملية تصميم الجوانب الجمالية للمدن، والذي يقر إنشاء لجان ولائية للهندسة

1- المرسوم التنفيذي 178-91 المؤرخ في 28-05-1991محدد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي و المصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة به.

2- وحرصا من البولة على مبدأ المشاركة والمشاورة والتنسيق ولأهميته في الارتقاء بمستوى ومردود هذه الأدوات، تقتضي إجراءات إعداد مخططات التهيئة والتعمير على أن يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بعرض المشروع للتحقيق العمومي خلال 45 يوما بالنسبة للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، و 60 يوما لمخطط شغل الأراضي، لتمكين السكان من إبداء رأيهم وملاحظاتهم على أن يعدل المشروع عند الاقتضاء، للأخذ بعين الاعتبار خلاصات التحقيق وطريقة الإعلام والإشهار. حيث يلزم التشريع، البلديات بإشهار واسع لأدوات التهيئة والتعمير، لتمكين المواطنين من الحصول على المعلومات حول وضعية مدينتهم، وتطورها وآفاقها، ضمانا للشفافية، د/ محمد الهادي لعروق؛ التهيئة والتعمير في صلاحيات الجماعات المحلية؛ مرجع سابق؛ ص 34

والتعمير والبيئة، وصدر القانون الذي ينصب هذه اللجان عام 2006 لكنها لم تنصب إلى اليوم، الأمر الذي يعني أن التخطيط العمراني يعد غائبا أو ثانويا في السياسات السكنية في الجزائر.

كما أنه أُلزم كلا من رئيس المجلس الشعبي البلدي والأعوان المؤهلين زيارة كل البنايات في طور الإنجاز والإطلاع على وثائقها واستبدال في ظلّه الجهاز الخول بضبط مخالفات التعمير المنصوص عليه بالمرسوم التشريعي 07-94 بشرطة خاصة تدعى شرطة التعمير تتولى ضبط المخالفات التي من بين ما ينجر عليها هدم البناء المشيد بدون رخصة فورا بقرار رئيس البلدية. فضلا عن تقييم نص المادة 76 المتعلقة بكيفية ضبط مخالفات التعمير بالمواد 76 مكرر؛ 67 مكرر 1؛ 2؛ 3؛ 4؛ 5؛ بهدف قمع كل أشكال التعمير المخالفة بالتنظيم كترجمة لتفعيل النظام العام العمراني والجمالي تحت الرقابة الصارمة.¹

وفي آخر تعديل لقانون التعمير بموجب القانون 08-15 بتاريخ 20-07-2008 المحدد لتقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها حارب المشرع ظاهرة طول آجال التنفيذ والتعمير عن طريق استحداث آجالا لتنفيذ رخصة البناء حفظا للنظام العام الجمالي خاصة تلك الأشغال المنجزة بجوار عمارات سكنية والتي تتسبب في تطاير الرمال والاسمنت كما أنه أضاف إلى ملف طلب رخصة البناء شهادة الربط بالشبكات والتهيئة بالنسبة لمشروع البناء الواقع ضمن تجزئة.

ثانيا: تطبيقات فكرة النظام العام الجمالي في قانون تهيئة الإقليم وتميئته المستدامة القانون 01-20

من ضمن ما يهدف إليه هذا القانون المؤرخ في 12-12-2001 و الذي أُلغى القانون 03-87 المتعلق بالتهيئة العمرانية و طبقا للمادة الأولى منه " ضمان تنمية منسجمة ومستدامة، مع إشراك المواطنين في السياسة الوطنية لتهيئة الإقليم طبقا للمادة 2 منه، وهي السياسة التي تهدف من ضمن ما تهدف إليه طبقا للمادة 4 فقرة 8: "حماية و تثمين الموارد التراثية والطبيعية والثقافية وحفظها للأجيال القادمة"؛ وقد نص القانون على العديد من أدوات تهيئة الإقليم ومنها ما نصت عليه المادة 7 من تعداد الخمس مخططات وطنية لإعطاء توجيهات لتهيئة الإقليم والساحل ومكافحة التصحر، فضلا عن مخططات جهوية وولائية، ومخططات توجيهية أخرى خاصة بالبنى التحتية نصت عليها المادة 22 من نفس القانون؛ غير أن ما يهمننا في هذه الدراسة هو المخطط الوطني لتهيئة الإقليم بموجب المادة 8 و9 حيث أكدت

1- د/ الزين عزري؛ دور الجماعات المحلية في مجال التهيئة والتعمير؛ مجلة الاجتهاد القضائي؛ العدد السادس؛ مرجع سابق؛ ص 36

هذه الأخيرة على استهدافه: "حماية التراث التاريخي والثقافي وترميمه وتثميته." وهو الهدف الذي تكاد كل المخططات تتغياها.¹

ثالثا: تطبيقات فكرة النظام العام الجمالي في قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة القانون رقم: 10-03

تعاني البلدان التي تتسم بتزايد سكاني كبير من مشكلات بيئية نتيجة سوء خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية وذلك لعدم مراعاة القضايا البيئية المتعلقة باستغلال المصادر الطبيعية، مما أثر سلبا على الطابع الجمالي لمدينتها. ومن ثم فقد تجاوز خطر التدهور البيئي مرحلة الوعي والتفكير ليصل إلى مرحلة العمل الميداني الذي من خلاله يتم وضع السياسات البيئية حيز التنفيذ لإعادة التوازن البيئي واسترجاع النظام الجمالي للمدينة. ومن ثم يغلب على التشريعات البيئية تركيزها على عام الحماية ووقاية المحيط الجوي والمياه والغابات والصحة والنفايات والضجيج وطبقا لهذا القانون المؤرخ في: 19 جوان 2003 والذي انشأ بموجب المادة 17 أنظمة قانونية خاصة بالمؤسسات المصنفة والمجالات المحمية، نظرا لطابعها الجمالي والبيئي، وهكذا تخضع مخططات التهيئة والتعمير في معظم مدن العالم إلى احترام المقاييس البيئية في التنمية الحضرية، على اعتبار أن مستقبل الحياة في المدن واستمرارها مرتبط أساسا بتحقيق التوازن بين متطلبات النمو الحضري والاقتصادي ومقتضيات حماية البيئة والمحافظة على إطار معيشي مناسب للسكان.

رابعا: فكرة النظام العام الجمالي في القانون التوجيهي للمدينة 06-06، إنشاء المدن الجديدة 08-02

يعتبر القانون التوجيهي للمدينتان الأكثر ارتباطا بفكرة النظام العام الجمالي حيث عرف المدينة بموجب المادة 3: "بأنها تجمع حضري ذو حجم سكاني يتوفر على وظائف إدارية واقتصادية واجتماعية وثقافية" كما جعل من بين معايير التصنيف للمدن الحضرية معيار التراث التاريخي والثقافي والمعماري طبقا لنص المادة 05 منه، وهي تهدف طبقا للمادة 6/6، 2: "تهدف سياسة المدينة إلى: القضاء على السكنات الهشة وغير الصحية. وحماية البيئة." وطبقا للمادة 09 يهدف المجال الحضري فضلا

1- ينظر المواد: 14، 15، 16، 21، 39، من نفس القانون.

2- القانون 06-06 المؤرخ في: 12 فيفري 2006، والمتضمن القانون التوجيهي للمدينة، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ: 12 مارس 2006.

عن تصحيح الاختلالات الحضريتها عادة هيكلية وتأهيل النسيج العمراني وتحديثه المحافظة على التراث الثقافي والتاريخي والمحافظة على المساحات الخضراء وترقيتها.¹

وقد نص القانون على تأسيس جهة مختصة بالسهر على احترام النظام العام المستدام بإنشاء المرصد الوطني للمدينة طبقا للمادة 26: "ينشأ مرصد وطني للمدينة ويلحق بالوزارة المكلفة بالمدينة ويضطلع بمتابعة تطبيق سياسة المدينة ويقوم بإعداد دراسات حول تطور السياسة الوطنية لتهيئة الإقليم إعداد مدونة المدن وضبطها وتحسينها؛ واقتراح كل التدابير التي من شأنها ترقية السياسة الوطنية للمدينة على الحكومة؛ إضافة عن المساهمة في ترقية التعاون الدولي في ميدان المدينة وكذا اقتراح إطار نشاط يسمح بترقية مشاركة واستشارة المواطن على الحكومة وأخيرا يكلف بمتابعة كل إجراء تقرره الحكومة في إطار ترقية سياسة وطنية للمدينة."²

وطبقا للقانون 08-02 المؤرخ في: 8 ماي 2002 والمتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وتميئتها فانه الهدف منه هو إعادة توازن البنية العمرانية وتخفيف الضغط على المدن الكبرى وما يترتب عليها من ضرورة مراعاة مقاييس التعمير خصوصا بيانات المخطط الوطني لتهيئة الإقليم طبقا للمادة 03 منه؛ ومن ثم فلا يمكن إنشاء مدن جديدة إلا في الهضاب العليا والجنوب طبقا للمادة 4 منه؛ وبموجب مرسوم تنفيذي طبقا للمادة 06.

ورغم كل ما تبذره الدولة من مجهودات في رصد أغلفة مالية معتبرة في مجال الإسكنا وإنشاء المدن، إلا أن واقع المشكلة العمرانية لم يتغير، ذلك أن مشاريع المدن الجديدة، ظل بعيدا عن التأطير القانوني المحكم الذي في ظل غيابها مجرد تجمعات سكنية لا هوية عمرانية لها ولا علاقة لها بالنمط الحياتي للجزائريين،³ وبلا احترام للمعايير الجودة العمرانية، فعدم إعطاء الدراسات التي تسبق الإنجاز مكانتها، في ظل الاهتمام بالإنجاز العشوائي، دون إنباء النوعية أهمية، يمكن أن يكرس غياب سياسة وطنية للعمارة والسكن، فجزء كبير من فوضى العمران يرجع إلى عدم وجود مخطط واستراتيجية وطنية للسكن والعمران، واستنساخ الأنمط العمرانية غير المناسبة للمحيط، وكذا إعادة النظر في طرق الإنجاز ودقاتر الشروط التي لا تحترم المعايير، فضياع الهوية في العمران الجزائري خلق أزمة جالية المدينة.

1- د/ خوايحية سميحة جنان؛ تقييد الملكية العقارية الخاصة؛ مجلة المفكر؛ العدد الرابع؛ مرجع سابق؛ ص 244

2- د/ محمد الهادي لعروق؛ التهيئة والتعمير في صلاحيات الجماعات المحلية؛ مرجع سابق؛ ص 31

3- لقد كان لانتشار الإجرام والسرفات والاعتداء على ممتلكات الغير، مساس بالنظام الجمالي للمدينة؛ فظواهر مثل السياج الحديدي للنوافذ والأب حوّلت بيوت الجزائريين إلى أقباص مشوهة المنظر، فضلا عن ما توجيهه للسائح من قلق وتوتر لأنها توحى دائما بالخطر.

خامسا: تطبيقات فكرة النظام العام في قانون المساحات الخضراء 06-07

تمثل المساحات الخضراء رئة المدينة وتعد أهم معيار يحدد مدى التوازن بين الإنسان والبيئة كما أنها مؤشر بالغ الدلالة على نوعية الحياة ودرجة الرفاه في المدن، ويتضح تأثير المجالات الخضراء في انعكاساته الإيجابية على حياة الأفراد ونوعية الوسط بالنظر لوظائفها المتعددة التي تؤديها في خدمة السكان، فمن الناحية الاجتماعية والثقافية توفر المساحات الخضراء إطار يثمن ويشجع النشاطات الاجتماعية والترفيهية والثقافية، والجوارية بين السكان، ويقوي من شعورهم بالانتماء والألفة لمناطق إقامتهم، زيادة على ترقية أذواقهم وحسهم المدني وثقافتهم البيئية ومن ثم نصت المادة 2 من قانون المساحات الخضراء على إلزامية إدراج المساحات الخضراء في كل مشروع بناء جديد؛ نصت على صيانة وترقية وتوسيع المساحات الخضراء بالتناسب مع المساحات المبنية.

ومن الناحية الجمالية ترتبط صورة المدينة عموما بهندسة مساحتها الخضراء وحدائقها لما تضيفه عليها من لمسات جمالية بنباتاتها المختلفة وأشكال تهيئتها وتجهيزاتها مما يخلق التوازن والانسجام، ويوفر إطار حياة وظيفي مرجح، ومن ثم أوجب المشرع الجزائري بموجب المادة 28 في كل إنتاج معماري / أو عمراي ضرورة إقامة مساحات خضراء وفق المقاييس المعمول بها من حيث مراعاة طابع الموقع والتراث العمري للمنطقة؛ طبقا للمادة 29 من نفس القانون. وقد رتب المشرع على ذلك صلاحية رفض رخصة البناء إذا لم يكن الإبقاء على المساحات الخضراء مضمونا، أو أدى إلى تدمير الغطاء النباتي طبقا للمادة 16 منه؛ بل انه القانون منع كل بناء على مسافة تقل على 100 متر من حدود المساحة الخضراء بموجب المادة 15، كما منع كل تغيير يمس من طبيعتها بعد تصنيفها وفقا للمادة 4. تحت طائلة المسؤولية الجزائية المادة 34 من نفس القانون ويعتبر عملية التصنيف للمساحة الخضراء شرطا أساسيا للحماية القانونية؛ ومحل مخطط تسيير طبقا للمادة 25 من نفس القانون من خلال مجموعة التدابير الخاصة بالصيانة والاستعمال بقصد المحافظة عليها وضمان استدامتها المادة 26.

ومن الناحية البيئية، فهي تعمل على تلطيف وتنقية الهواء وتوفير الظل والتخفيف من الضوضاء، إضافة إلى دورها في حماية المناطق الحساسة، كالأراضي المعرضة للانزلاق والتعرية والانجراف. ومن ثم منع المشرع قطع الأشجار دون رخصة مسبقة بموجب المادة 18 تحت طائلة المسؤولية الجزائية طبقا للمادة 37 من نفس القانون. كما منعت المادة 17 تحت طائلة المسؤولية وضع الفضلات أو النفايات في

1- القانون 06-07 المؤرخ في: 13 ماي 2007، المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتمييزها الجريدة الرسمية العدد 31 الصادرة بتاريخ: 13 ماي 2007،

المساحات الخضراء باعتبارها تضر بالطابع الجمالي والبيئي لها؛ وفي هذا الإطار يعاقب القانون كل من يتسبب في تدهور المساحات الخضراء أو قلع الشجيرات بعقوبة الحبس تصل إلى ستة أشهر طبقا للمادة 39؛ كما يعاقب كل من يهدم كلا أو جزءا من مساحة خضراء مع نية الاستحواذ على الأماكن وتوجيهها لنشاط آخر بعقوبة الحبس تصل إلى 18 شهرا زيادة على الغرامة المالية التي تصل إلى مليون دينار جزائري طبقا للمادة 40 من قانون 06-07.

وبهذا تحضى المساحات الخضراء في القانون الجزائري رغم البعد عن مطابقة المقاييس العالمية بالحماية القانونية حيث يعتبرها المشرع من النظام العام الجمالي للبيئة ومن صميم عمليات التهيئة والتعمير وليس مجرد إجراءات ظرفية لتجميل المحيط. حيث نصت المادة 30 من قانون المساحات الخضراء على وجوب الأخذ بعين الاعتبار تأمين وتخصيص مواقع للمساحات الخضراء داخل المناطق الحضرية عند إعداد ومراجعة أدوات التعمير.

ومع هذه الحماية المقررة للمساحات الخضراء إلا أن التداخل في الاختصاصات بين الهيئات الإدارية، وقلة الموارد المالية المخصصة لميزانية التسيير والصيانة، جعل المساحات الخضراء مهددة بالنقصان.¹

سادسا: تطبيقات فكرة النظام العام الجمالي في قانون البلدية 10-11

رغم أن حماية البيئة والطابع المعماري للمدينة من النظام العام إلا أن الواقع الميداني يوضح قلة اهتمام الجماعات المحلية بقضايا النظام الجمالي والبيئي بالنظر لصعوبات التكفل بأزمة المدينة السكنية، ومع ذلك فواجب الجماعات المحلية يبقى متواصلا من أجل بعث روح المواطنة الحضرية التي تسمح بالارتقاء بذهنية المجتمع الحضري والاستجابة لمطالبته في حق العيش في مدينة متوازنة.

واستجابة للتضخم السكاني الكبير جاءت نصوص قانون البلدية مشجعة للترقية العقارية وفقا للضوابط المعمارية والحضرية والثقافية حيث نصت المادة 119 من قانون البلدية الجديد: "توفر البلدية في مجال السكن الشروط التحفيزية للترقية العقارية؛ كما تبادر أو تساهم في ترقية برامج السكن، تشجع وتنظم بصفة خاصة كل جمعية سكان تهدف إلى حماية وصيانة وترميم المباني أو الأحياء." كما نصت المادة 110 قانون البلدية: "يسهر المجلس الشعبي البلدي على حماية الأراضي الفلاحية والمساحات الخضراء ولا سيما عند إقامة مختلف المشاريع على إقليم البلدية"، كما نصت المادة: 114 منه: "يقتضي إنشاء أي مشروع

1-د/زاهية شويشي، البيئة في الجزائر التأثير على الأوساط الطبيعية واستراتيجيات الحماية مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية العدد 16 ديسمبر 2012؛ ص 12.

يحتل الإضرار بالبيئة والصحة العمومية على إقليم البلدية موافقة المجلس الشعبي البلدي باستثناء المشاريع ذات المنفعة الوطنية التي تخضع للأحكام المتعلقة بحماية البيئة." فضلا عن اشتراط شهادة دراسة موجز التأثير على البيئة في كل مشاريع التهيئة."

ومما له علاقة بالنظام الجمالي الحفاظ على الطابع التاريخي للمدن الذي يعكس الخصوصية الحضارية للمجتمع وطبقا لنص المادة 116 من قانون البلدية:"في إطار حماية التراث المعماري وطبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما المتعلق بالسكن والتعمير والحفاظة على التراث الثقافي وحمايته تسهر البلدية بمساهمة المصالح التقنية المؤهلة على المحافظة وحماية الأملاك العقارية الثقافية والحماية والحفاظ على الانسجام الهندسي للتجمعات السكنية." ومن ثم فان رئيس البلدية مكلفا بالرقابة الصارمة في مجال احترام النظام العام التوجيهي من خلال السهر على احترام قوانين التعمير وفقا للأدوات المعدة له فعلى سبيل المثال نصت المادة 115:"ضمن الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما ومساهمة المصالح التقنية للدولة تتولى البلدية."

سابعا: تطبيقات فكرة النظام العام الجمالي في ظل قانون الترقية العقارية 04/11

يقصد بقواعد النظام العام في مجال التعمير والنشاط العقاري مجموعة القواعد التي تعتبر قيودا على الحق في بناء سكن حيث يجب ترشيد استعمال المساحات العقارية للبناء، وان لا يكون ذلك على حساب النشاطات الفلاحية والمساحات الحساسة والمواقع والمناظر، ومن هذا القبيل اشترط القانون الإطار للعمران في الجزائر القانون 29/90 المعدل والمتمم بالقانون 04/05 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بالتهيئة والتعمير:"أن لا يكون ضارا بالاقتصاد الحضري وأن لا يخلّ بالتوازنات البيئية، وأن تكون متلائمة مع حماية المعالم الأثرية والتاريخية والثقافية وان يكون غير معرض للكوارث الطبيعية طبقا لنص المادة 04 المعدلة والمتممة.

ومن ثم فإن انتهاك قواعد التهيئة والتعمير في مجال البناء - يولد المسؤولية الجزائية للمخالفين باعتبارها جرائم يعاقب عليها بنص خاص؛ وهذا لاعتبارها قواعد قانونية من النظام العام وجوهرية مقترنة بجزاء ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ولأنها تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية واجتماعية واقتصادية وثقافية تعلوا على المصالح الفردية.

وقياسا على هذه المعايير يلاحظ أن أغلبية مواد قانون الترقية جاءت بصيغة الأمر أو النهي إضافة إلى تذييلها بأحكام جزائية صارمة فمن مجموع 81 مادة مضمنة في هذا القانون؛ نجد 10 مواد منها متعلقة العقوبات الجزائية تجعل منها قواعد من النظام العام؛ فضلا عن تخصيص شرطة العمران وحماية البيئة زيادة على منح صفة الضبطية القضائية لكل من: "المصرفون الإداريون والمهندسون والمهندسون المعماريون والأسلاك التقنية الأخرى التابعة لإدارة السكن والعمران؛ التي تحدد قائمتهم عن طريق التنظيم."

كما نصت عليها نص المادة 11: لا يمكن إنجاز إلا المشاريع العقارية التي تتطابق مع مخططات التعمير وتتوفر على العقود والرخص المسبقة والمطلوبة بموجب التشريع والتنظيم لمعمول بها ولاسيما منها التي تكون متواجدة في الحدود التي تتوافق مع أهداف الحفاظ على التوازنات الأيكولوجية عندما تكون في المواقع الطبيعية والمواقع الأثرية والحظائر الطبيعية ومحيطاتها المجاورة والتي تحترم الاقتصاد العمراني حين تكون متواجدة داخل الأجزاء العمرانية في المدن."

المطلب الثاني: الضبط الإداري العمراني في مجال حفظ النظام العام الجمالي

تمثل وظيفة الضبط الإداري وظيفه من أهم وظائف الدولة الأصلية التي تمارسها لتنظيم الأنشطة الخاصة عن طريق التدخل بأوامر ونواه فردية أو بتوجيهات ملزمة للأفراد صيانة للنظام العام²عناصره الثلاثة الأمن العامة والصحة العامة والسكينة العامة عن طريق إصدار القرارات التنظيمية والفردية واستخدام القوة المادية مع ما يتتبع ذلك من فرض قيود على الحريات الفردية يستلزمها تنظيم الحياة الاجتماعية³ بهدف المحافظة على لنظام العام أو إعادة هذا النظام في حالة اضطرابه⁴ وعموما فإن الضبط الإداري ما هو إلا حماية وقائية لعناصر النظام العام، وهو قائم في كل دولة تسعى إلى تنظيم ما يبعث على استقرارها بالحفاظ على نظامها العام. وهي فكرة محورية ومصدر إلهام في تشييت قانونية أعمال

1 - قانون رقم 04 - 11 المؤرخ في: 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ: 06 مارس 2011، ويعد مرقبا عقاريا في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها.

2 - ينظر: د/ طعمية الجرف؛ القانون الإداري؛ ص 225

3 - د/ طعمية الجرف، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم نشاط السلطات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 471.

4 - د/ سعاد الشرفاوي، "القانون الإداري"، دار النهضة العربية، 1983، ص 13.

5 - د/ محار عوايدي، القانون الإداري، ج 2، نشاط الإدارة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2005، ص 10.

الضبط الإداري، فأعمال الضبط مخصصة الأهداف، وهو صيانة النظام العام والخروج عن هذا، يؤدي إلى الانحراف بالسلطة، ويستوجب رقابة القضاء ولا يكفي في مشروعيتها أن تكون مخصصة الأهداف بل يجب أن تكون هناك أسباب جدية تهدد الأمن والنظام.

وهذا أصبح من المبادئ الراسخة لدى القضاء أن تخضع إجراءات الضبط الإداري لرقابته في إطار من المشروعية والملائمة، وذلك كتطبيق لفكرة النظام العام في مجال ضبط أعمال الضبط الإداري حتى في الظروف الاستثنائية.

لقد خول المشرع لهيئات الضبط الإداري على المستوى الوطني والمحلي سلطات واسعة ومختلفة لأجل الحفاظ على النظام العام الجمالي، وهذا باستخدام سلطات الضبط الإداري بنوعيه العام والخاص.¹ فإذا كان الأصل أنه للمالك الحرية في استعمال ملكيته العقارية واستغلالها والتصرف فيها وكذا ممارسة جميع الأنشطة العمرانية التي يراها تحقق مصلحته الخاصة من لب أولى الحق في البناء، إلا أنه وبالمقابل فإن هذه الحرية مقيدة بأن لا تعارض مع النظام العام الجمالي والبيئي التي تقتضي وضع الضوابط وإحكام الرقابة لا سيما على عمليات البناء والتشييد، وهذا لضمان صلاحيتها في حد ذاتها وحتى تنشأ متوافقة مع التوازنات البيئية والخصوصيات المعمارية.

الفرع الأول: أسلوب التنظيم عن طريق المخططات التوجيهية في مجال حماية النظام العام الجمالي

تسمح الثقافة العمرانية بنشأة أحياء جميلة تسعد ناظرها وتعكس شخصية سكانها، وأكبر دليل على ذلك هي فوضى العمران، من خلال شيوع تلك البنائات غير المتممة في كل المدن الجزائرية والتي أفقدت الأحياء جمالها، بسبب البناء العشوائي وعدم الاعتماد على مخطط عمراني منسجم، يستجيب للمعايير المعمول بها، حيث يؤكد خبراء العمران أن الكثير من المدن الجزائرية تفتقر إلى مسحة جمالية تضي البهجة على زائرها، وهذا بسبب اكتظاظ العمارات خصوصا في المدن المليونية كالجزائر العاصمة ووهران وقسنطينة وعنابة، لاسيما وأن الكثير من الأحياء لم تشيد بهندسة تأخذ بعين الاعتبار خصوصية الجزائريين وقيمهم وهويتهم ومضمون حضارتهم الضاربة في أعماق التاريخ فجاءت هندسة خالية من الجمال في زمن تصنع فيه الهندسة المعمارية في جهات المعمورة حظائر آية في الإلتقان وتشكل واجهة ثقافية سياحية يتوافد عليها السياح بلا انقطاع.²

1- د/ محمد الهادي لعروق؛ التهيئة والتعمير في صلاحيات الجماعات المحلية؛ مرجع سابق؛ ص 42

2- فريق صحفي، "الجزائر الجديدة" تسلط الضوء على معضلة فوضى العمران بالعاصمة، جريدة الجزائر الجديدة تاريخ النشر: 07 مارس 2013؛ على الرابط: <http://www.eldjazairdjdjida.dz>

ورغم صدور القانون: 08-15 للمحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها الذي يهدف إلى القضاء على فوضى العمران، ووضع حد للفوضى والاعتناء بالمظهر الجمالي خاصة بالنسبة للبناءات غير المتممة الحائزة على الرخص، والتي لم يهتم أصحابها بالواجهة الخارجية لإعطاء صورة جمالية للمدينة الجزائرية، على غرار معظم مدن العالم التي تتميز بنسق عمراني موحد، إلا أنه بالرغم من كونه خطوة إيجابية نحو تسوية وضعية البناءات غير المكتملة وغير المعنى بواجهاتها، وبعد مرور خمس سنوات عليه لازالت فوضى العمران مستفحلة، ومن بين أهم الخطوط العريضة للقانون الاستفادة من رخصة الإتمام لأصحاب البناءات غير المكتملة عند نهاية الأجل الممنوحة، كما أنه يمكن أصحاب البناءات المتممة وغير المطابقة لأحكام رخصة البناء المسلمة أن يستفيدوا من شهادة مطابقة، ويمكن أيضا لأصحاب البناءات المتممة، التي أُنجزت بدون رخصة أن يستفيدوا من رخصة بناء على سبيل التسوية.¹

ومع كل ذلك لم يلق هذا القانون استجابة واسعة حيث لا يزال يتأرجح بين عزوف المواطنين ونقص الجانب التوعوي بأهمية هذه الخطوة التي أصبحت أكثر من ضرورية لتنظيم الواجهة في نسيج عمراني متناسم بعيد عن فوضى ركام البناء التصاعدي دون الالتفات لأي حسابات جمالية ولا تمد بصلة للهوية الوطنية، فخل الاهتمام منصب على الاعتناء بالجمال الداخلي دون إعطاء أهمية للواجهة الخارجية.

ويظهر أسلوب التنظيم من خلال أدوات التعمير ومن أجل ذلك قام المشرع بانتهاج أسلوب المخططات لتنظيم سياسة وطنية للمدينة تراعي النظام العام الجمالي والبيئي والتنموي، من خلال نصا لمادة 19 من القانون التوجيهي للمدينة 06/06: "أدوات التخطيط المحلي والحضري: وهي المخطط الوطني لتهيئة الإقليم، المخطط الجهوي لجهة البرنامج؛ المخططات التوجيهية لتهيئة فضاءات الحواضر الكبرى، مخطط تهيئة الإقليم الولائي؛ المخطط التوجيهي للتهيئة والعمران؛ مخطط شغل الأراضي؛ مخطط

1- ولوضع حد لفوضى العمران نظمت الوزارة ندوة حضرها 1200 خبير ومهندس معماري ومسؤول وأستاذ علم اجتماع حضري، للتباحث حول كيفية إعداد خطة متكاملة لإعادة التهيئة العمرانية العصرية والجمالية للمدن، وخلاص المشاركون إلى توصيات عديدة لخصها وزير السكن تأكيد على ضرورة مواصلة العمل مع شركات البناء الأجنبية، وبخاصة الصينية، لإنجاز أبراج سكنية وتسيير المشاريع الكبرى قصد بناء مدن جديدة ذات نمط عمراني جمالي ومتكامل، وأكد الوزير أن من بين نقاط الضعف التي يعاني منها البلد: نقص المعارين ومكاتب الدراسات المتخصصة في العمران القادرة على تسيير مشاريع البناء الكبرى، كما طالب شركات البناء المحلية بضرورة تحسين نجاعتها لبناء مدن حقيقية ذات مسحة عمرانية جمالية وتتضمن كل المرافق الضرورية خلال الخطة الخمسية الجديدة 2010-2014. ينظر: يومية الموعد فريق صحفي، [عراقيل إدارية وملفات تنتظر التسوية. فوضى العمران... بين لامبالاة السكان وعدم تجسيد القانون 15/08 بتاريخ: 17 مارس 2013 على الرابط](#)

تهيئة المدينة الجديدة؛ المخطط الدائم لحفظ القطاعات استصلاحها؛ مخطط الحماية واستصلاح المواقع الأثرية والمنطقة المحمية التابعة لها، المخطط العام لتهيئة الحظائر الوطنية."

فضلا عن تأشير مهندس معماري ومهندس في الهندسة المدنية معتمدين: حيث تنص المادة 55 من القانون 29/90 المعدل والمتمم بالقانون 05/04:"يجب أن يتم إعداد مشاريع البناء الخاصة من طرف مهندس معماري ومهندس في الهندسة المدنية معتمدين معا في إطار عقد تسيير المشروع¹. غير انه ورغم النص القانوني الملزم لإشراك المهندس في عملية تصميم الجوانب الجمالية للمدن، أن التخطيط العمراني يعد غائبا أو ثانويا في السياسات السكنية في الجزائر. فتخطيط المدن مهمة يشارك فيها المهندس وعالم الاجتماع ومختصون آخرون، ومن مهام المهندس تصميم، لكن المنتخبين المحليين من ولاية ورؤساء بلديات، لا يحترمون هذه المعايير في إنجاز البرامج السكنية. ومما زاد في تردي وضع المدن والأحياء الجزائرية في ظل الانغاس في لغة الأرقام لجوء الوزارة الوصية بحجة التأخر في الانجاز إلى الخبرة الأجنبية "مكتب صينية" دراسة وإنجازا مما شكل تعديدا للهوية العمرانية الحضارية للبلاد. حيث يتم التسويق لتغليب الأنماط الأجنبية التي لا تتماشى مع نمط الحياة الجزائرية. فلا بد من تقويم هذا الانحراف بإعطاء أهمية أكبر للدراسات التي لا يجب أن يقل الوقت الذي تستغرقه عن سنتين، فيما لا يجب أن تتعدى مدة الإنجاز سنة واحدة².

الفرع الثاني: الجزاءات الإدارية الضبطية في مجال الحد من فوضى العمران

رغم الثورة العمرانية الضخمة من أجل القضاء على مشكل السكن الهش والمخالف لقواعد التهيئة والتعمير، إلا أن ذلك الحلم لم يتحقق ففوضى العمران لازالت منتشرة خصوصا في ضواحي المدن، والبنابات غير التامة هي الأكثر عددا في الكثير من المدن؛ وحتى سياسيا لم يدرج البعد الجمالي في سلم الأولويات الواجبات العمرانية، مما جهل المشرع في اغلب القوانين التي لها علاقة بالنظام العام الجمالي والعمراني والبيئي والثقافي يلجأ إلى تذييلها بأحكام جزائية ردية، وهي غالبا غرامات مالية كما هو مشار إليه أعلاه بخصوص قانون تسيير النفايات و قانون تسيير المساحات الخضراء وقانون حماية البيئة... الخ.

1 - وقد كان نص المادة 55 من القانون 29-90، قبل التعديل تشترط تأشير مهندس معماري معتمد فقط؛ " يجب أن توضع مشاريع البناء الخاضعة لرخص البناء من قبل مهندس معماري معتمد." لكن بعد زلزال 2003 وبعد التعديل الذي طرأ على قانون 29-90 بمقتضى القانون 05-04 المؤرخ في 14 أوت 2004 طرأ بمقتضى المادة 5 من هذا القانون تعديل على المادة 55 من القانون 29-90 اذ أن المشرع الجزائري أصبح لا يكتفي بتأشير المهندس المعماري المعتمد بل اشترط بالإضافة إلى ذلك تأشير مهندس في الهندسة المدنية معتمد .

2- جريدة الفجر ليوم الأربعاء 22 ماي 2013 م الموافق لـ 12 رجب 1434 <http://www.al-fadjr.com/ar/special/dossier/238326>

فرييس المجلس الشعبي البلدي وفي إطار سلطات الضبط الإداري العام ملزم باتخاذ التدابير الوقائية لأجل الحفاظ على سلامة وأمن الأشخاص، وبالخصوص له أن يأمر بهدم الجدران أو المباني أو البنايات المتداعية، كما له أن يرخص بذلك في الظروف العادية¹. وهذا طبقا لنص المادة 89². يتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار القوانين والتدابير المعمول بها كل الاحتياطات الضرورية والتدابير المؤقتة لسلامة وحماية الأشخاص والممتلكات في الأماكن العمومية التي يمكن أن تحدث فيها أي كارثة أو حادث... وبموجب الفقرة الثالثة منها: "كما يأمر ضمن نفس الأشكال بهدم الجدران والعمارات والبنايات الآيلة للسقوط مع احترام التشريع والتنظيم المعمول به لا سيما المتعلق بحماية التراث الثقافي.

وقد منحه المشرع لتحقيق هذه الغاية وسائل متنوعة لفرض احترام قواعد التعمير من خلال احتكار صلاحية منح أو رفض الكثير من الرخص بعدما استثنى القانون 05/04 سلطة الوالي في هذا الشأن³. كما هو الحال بالنسبة لرخصة الهدم ورخصة التجزئة ورخصة البناء في إطار الرقابة القبيلية قبل الشروع في عملية البناء،

كما خوله سلطة اتخاذ الكثير من القرارات والتدابير والقيام بمراقبة عملية البناء أثناء سيران الأشغال أو بعد الانتهاء منها كما هو الحال بالنسبة لزيارة المباني في طور الإنجاز وإصدار فرار الهدم في حالة الأشغال الغير مرخص بها، أو تنفيذ قرار العدالة في حالة الأشغال الغير مطابقة لرخصة البناء أو إصدار رخصة المطابقة في إطار الرقابة البعدية، مما يعد تقييدا صريحا لحرية الأفراد في التصرف في ملكيتهم بكل حرية متى كان تقييدا لمصلحة النظام العام طبقا لنص المادة 95⁴: "يسلم رئيس المجلس الشعبي البلدي رخص البناء والهدم والتجزئة حسب الشروط والكيفيات المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بها. يلزم بالسهر على احترام التشريع والتنظيم المتعلق بالعقار والسكن والتعمير وحماية التراث الثقافي لمعاري على كامل إقليم البلدية⁵.

وفي هذا الإطار لا يمكن الشروع في أي نشاط معماري على العقار إلا بموجب ترخيص إداري مسبق طبقا للمادة 109 قانون البلدية الجديد 10/11 بموجب على ضرورة أخذ رأي المجلس الشعبي البلدي قبل الشروع في أي نشاط عقاري عمراني على إقليم البلدية حيث نصت على: "تخضع إقامة أي

1-د/صليح سعد؛ سلطات الضبط الإداري لرئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران؛ مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية كلية العلوم و العلوم الإنسانية جامعة سكيكدة العدد 06- نوفمبر 2010؛ ص 298

2- عادل بن عبد الله؛ تأثير توسيع اختصاص البلدية في مجال العمران على مسؤوليتها؛ مجلة الاجتهاد القضائي؛ مرجع سابق ص 208

3- عادل بن عبد الله؛ مرجع سابق؛ ص 207

مشروع استثمار/ أو تجهيز على إقليم البلدية أو أي مشروع يندرج في إطار البرامج القطاعية للتنمية؛ إلى الرأي المسبق للمجلس الشعبي البلدي ولا سيما في مجال حماية الأراضي الفلاحية والتأثير في البيئة،¹ وظاهر أن هذا الرأي بمثابة رقابة قبلية تجعله يقدر درجة الخطر الذي ستتأثر المنطقة العمرانية باعتباره ممثلاً للدولة يجب أن يراعي المصلحة العامة لاسيما عدم الإضرار بالموارد الفلاحية والتوازنات البيئية، والغرض منه ليس تقييد الحق في البناء وإنما تنظيم استعماله بما لا يضر بالصالح العام.

وعلى هذا تكيّف رخصة البناء بأنها من رخص الضبط الإداري التي تستهدف حماية النظام العام بالأساليب الوقائية في إطار الرقابة قبلية للتأكد من مدى احترام المقاييس الفنية والتقنية والتنظيمات الواردة في قانون التهيئة والتعمير ومراسيمه التطبيقية وكذا في القوانين المتعلقة بالمناطق المحمية.² وذلك من خلال القيام بالمعاينات الميدانية التي تتجسد في محاضر المعاينة وفرض عدة التزامات وواجبات تقع على عاتق المرخص له بالبناء أو صاحب رخصة التجزئة أو الهدم، وقد خول المشرع ممارسة للإدارة سلطة معاينة الأشغال ومراقبة جميع عمليات البناء عن طريق التقصي والمعاينة وتحرير المحاضر من طرف الأعدان المؤهلين وكذا في توقيع الغوات المالية على المخالفين وإلزامهم بتوقيف الأشغال أو القيام بابتقتها أو هدمها وهذا أثناء إنجاز الأشغال أو بعد إتمامها، وفي حالة استمرار المخالف في الأشغال بعد إنذاره بوقف الأشغال من قبل شرطة التعمير فإن المادة 53 منه أجازت للإدارة حق الهدم

1- من المقرر قانوناً انه لا يجوز للجار أن يكون له على الجار مطل مواجها على مسافة تقل عن مترين ومن تم فإن النعي على القرار المطعون فيه يخرق القانون غير سديد يستوجب رفضه. و لما كان من الثابت -في قضية الحال - أن الخبر أثبت أن الطاعن فتح مطلات مواجحة لجاره تقل عن مترين فإن قضاة الموضوع الذين منعوا الطاعن من فتح النوافذ المطلة على جاره طبقوا القانون و متى كذلك استوجب رفض الطعن نقلاً عن: د/ الزين عزري؛ دور الجماعات المحلية في مجال التهيئة والتعمير؛ مجلة الاجتهاد القضائي؛ العدد السادس؛ مرجع سابق؛ ص 34

2 - وفي هذا الإطار فقد أقام المسمى ع، م، دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بسكرة ضد رئيس بلدية بسكرة ملتمساً فيها إلغاء قرار رفض منحه رخصة البناء والقضاء على بلدية بسكرة بتمكينه من رخصة البناء. حيث أن بلدية بسكرة كانت قد بررت رفضها بمنح الرخصة على أساس أن البناية المراد تشييدها تقع في منطقة خطرة تحت التيار الكهربائي لكن بعد إجراء خبرة تبين أن البناية تقع بعيدة عن الخطر بمسافة 18.85 م مما جعل الغرفة الإدارية تستجيب لطلب المدعي وقد أيد قرارها مجلس الدولة بموجب القرار المؤرخ في 2004/02/10 ينظر ملخص القرار عند: د/ صليح سعد؛ سلطات الضبط الإداري لرئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران؛ مرجع سابق؛ ص 303

وعلى نفقة المخلف ودون اللجوء إلى القضاء،¹ وما على الإدارة سوى إخطار الجهة القضائية الإستعجالية من أجل تثبيت أمر توقيف الأشغال وتحقيق المطابقة وذلك إضافة إلى المتابعات والعقوبات الجزائية.²

ويجسد مهام الرقابة رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا عن البلدية والمسؤول على تنفيذ القوانين والحفاظ على النظام والأمن العموميين بها، لاسيما قوانين التعمير إذ يعد "أحد الأطراف الفاعلة في التطبيق السليم للقانون وأنظمة المتعلقة بالتعمير"، و يلزم بمساعدته في ذلك الأعوان المؤهلون طبقا للمرسوم التنفيذي 55-06 المؤرخ في 30-01-2006 المعدل والمتمم،

ومن بين مظاهر الرقابة البعدية لحماية للطابع الجمالي والمعماري وللمساحات الخضراء بمناسبة إقامة مختلف المشاريع، قرار الهدم والإزالة³ كأخطر جزء ضبطي فموجب المادة 73 من قانون 90-29 بعد تعديلها بموجب القانون 05/04 من صيغة الإمكان إلى صيغة الإلزام: "يجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي وكذا الأعوان المحلفين المفوضين في كل وقت زيارة البنايات الجاري تشييدها وإجراء التحقيقات التي يعتبرونها مفيدة وطلب إبلاغهم في كل وقت بالمستندات التقنية المتعلقة بالبناء⁴ وفي هذه الحال تلتزم الإدارة بإصدار قرار بالهدم وإعادة الأماكن إلى حالتها الأصلي أو تنفيذ الأشغال اللازمة للتهيئة. كما أنه طبقا للمادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 178/91 المتعلق بإجراءات إعداد مخطط شغل الأرض حيث منح القانون للبلدية: سلطة رفض رخصة البناء في حالة التعدي على المساحات الخضراء، إذا كانت تمثل أهمية كبيرة، أو إذا كان إنجاز مشروع ينجر عنه، هدم عدد كبير من الأشجار، كما يمكن للبلدية منح رخصة البناء شريطة إنشاء وتهيئة مساحات خضراء متناسبة مع أهمية وطبيعة المشروع..".

1- عادل بن عبد الله: تأثير توسيع اختصاص البلدية في مجال العمران على مسؤوليتها؛ مجلة الاجتهاد القضائي؛ جامعة بسكرة؛ العدد السادس؛ 2009؛ ص 208

2- وقد استحدثت المادة 78 من القانون 15-08 المتعلق بتحقيق و مطابقة البنايات عقوبات جديدة في حالة عدم إنجاز البناء في الاجال المحددة فيعاقب: «إغرامة من خمسين ألف دينار إلى مائة ألف دينار ، كل من لا ينجز البناية في الأجل المحدد في رخصة البناء»

3- د/مزياني فريدة؛ دور العقار في التنمية المحلية؛ مقالة منشورة بمجلة دفاتر السياسة والقانون؛ العدد 06؛ ص 53

4/د/صليح سعد؛ سلطات الضبط الإداري لرئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران ؛ مرجع سابق؛ ص 300

5 ينظر م.بوطريكي، منازعات رخصة البناء بين اختصاص القضاء الإداري و القضاء العادي يوم الثلاثاء، 11 مايو، 2010 على الرابط الإلكتروني http://bdroit.blogspot.com/2010/05/blog-post_1580.html

الخاتمة:

تعاني المدن الجزائرية من اختلالات حضارية وعمرانية أفقدتها هويتها الحضارية والجمالية، وجعلتها لا تتناسب مع النمط المعيشي الجزائري، ذلك أن المدينة ليست فقط تجمعا سكانيا لأشخاص يتقاسمون المكان، لكنه أيضا نمط معيشي معين ينتج قيا وأفكارا تميز منطقة عن أخرى وإن عدم احترام الجماليات في التصميم العمراني من شأنه خلق عدة مشاكل ليس أقلها انتشار الانحرافات والعنف والشذوذ، وغيرها من المظاهر السلبية التي صارت تهدد المجتمع على المدى الطويل بالانفجار في ظل الاستسناخ الأعمى للأشكال العمرانية الميّمة، التي نجدتها متشابهة ومستنسخة بطريقة غير مدروسة في ربوع الوطن، وهذا ما جعل المدن الجزائرية تحتل المراتب الأخيرة في التصنيفات العالمية، حيث احتلت مثلا مدينة الجزائر المرتبة 146 في آخر تصنيف للمدن التي يصعب العيش فيها عبر العالم .

ومن هنا يتساءل المختصون عن أسباب افتقار السياسة العمرانية في الجزائر للمعايير العمرانية والأبعاد الجمالية والحضارية بالرغم من أن أرض الجزائر كانت مهدا لحضارات عريقة مكنته من أن يتوفر على تراث زاخر في العمران والهندسة والجمال المعاري؟

وهي الأسباب التي يرجعها الباحثون في العمران الحضاري، إلى الاهتمام الحكومي بسياسة الكم وبعدد السكنات المنجزة على حساب النوع، في ظل أزمة السكن الخائفة، مما جعل قضية الكيف ومعايير جماليات المحيط أولوية ثانوية حيث تعاني الأحياء المنجزة من غياب الفضاءات الحرة والمساحات الخضراء الأمر الذي دمر هوية العمران الجزائري، وهو ما يشبه ما حدث في أوروبا بعد الحرب العالمية الثانية، حيث كان الاهتمام منصبا على الكم على حساب النوع لمواجهة الضغط على الطلب، ما أنتج مدنا أوروبية تعاني من انتشار الجريمة والانحراف في فرنسا وأمريكا، وهذا ما دفع خبراء العمران هناك إلى إعادة النظر في السياسة العمرانية المتبعة.

ومن هنا ظهرت الدراسة التأكيد على الدور الرئيس الذي يجب أن تنبؤه فكرة النظام العام الجمالي في التصميم العمراني نتيجة للأدوار الهامة التي تضطلع بها هذه الفكرة؛ في الحفاظ على الهوية الحضارية وحماية البيئة والمحيط بحيث يمكن أن تمثل مصدرا حيويا للقيود الواردة على التصرف في استعمال واستغلال الملكية العقارية الخاصة للأفراد وللبلديات والدولة.

دور التشريعات في تخطيط عمراني يحمي البيئة (العراق أنموذجاً)
أ.براءة منذر كمال عبد اللطيف
كلية القانون - جامعة تكريت - العراق

المقدمة

بات الاهتمام بالبيئة يكلى هاجساً وطنياً ودولياً على مختلف الصعد والميادين ، ومن بينها التخطيط العمراني. فالتخطيط العمراني أصبح أداة ووسيلة لتحقيق المصلحة العامة، لكافة قطاعات وفئات المجتمع، من خلال وضع تصورات ورؤى لأوضاع مستقبلية مرغوبة ومفضلة، لتوزيع الأنشطة والاستثمارات المجتمعية في المكان الملائم وفي الوقت المناسب. وبما يحقق التوازن بين احتياجات التنمية في الحاضر والمستقبل القريب، من ناحية، وبين احتياجات التنمية لأجيال المستقبل البعيد، من ناحية أخرى، أي تحقيق ما يعرف بالتنمية المستدامة. وبما يحقق التوازن بين الرؤى الإستراتيجية والطموحات والرغبات، من ناحية، وبين محدودات الموارد والإمكانات الواقعية، من ناحية أخرى مع ضمان تحقيق التنسيق والتكامل في استيفاء احتياجات ومتطلبات القطاعات التنموية الشاملة، سياسية واقتصادية واجتماعية و بيئية،... الخ، من خلال التزويد بالخدمات والمرافق العامة وشبكات البنية الأساسية بأنواعها المختلفة. ومن خلال وضع الاستراتيجيات والسياسات العامة و المخططات العمرانية بمستوياتها المختلفة وطنية وإقليمية ومحلية، وبنوعياتها المتعددة ووضع وتحديد البرامج والمشروعات العمرانية.

والتخطيط العمراني لا يمكن أن يكون مجاً ومنظماً ما لم تكن هناك تشريعات قانونية تنظمه وفقاً لرؤى مستقبلية تراعي ابعاداً مختلفة، اقتصادية، اجتماعية، وبيئية . ومن هنا نجد أن الكثير من الدول قد شرعت قوانين تهتم في مجال التخطيط العمراني للمدن السكنية و الصناعية و تخطط المناطق الزراعية و المناطق التي تعد محميات طبيعية مراعية الأبعاد التي ذكرناها.

وكما كانت للمشرع نظرة مستقبلية واعدة في الجانب البيئي مبنية على استراتيجيات وأسس علمية، كلما انعكس ذلك بشكل إيجابي على البعد البيئي فيها، ومن هنا تبرز أهمية البحث، فالتخطيط العمراني لن يكون ناجحاً ومكافئاً ما لم توجد هناك تشريعات عمرانية تهدف إلى حماية البيئة.

وعلى هدي ما تقدم سنقسم دراستنا إلى مبحث تمهيدي نتناول فيه التطور التاريخي للتخطيط العمراني، ومن ثم نعرض في المبحث الاول على ماهية التخطيط العمراني وحماية البيئة، أما المبحث الثاني

فستناول فيه دور التشريعات العمرانية الوطنية في حماية البيئة ، ثم نهي البحث بحاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

مبحث تمهيدي: التطور التاريخي للتخطيط العمراني

إن الاهتمام بالبيئة في التخطيط العمراني لم يقتصر على العصور الحديثة وإنما له جذور تاريخية قديمة، وعلى هدي ما تقدم سمنهد لموضوع البحث ببيان التطور التاريخي للتخطيط العمراني في الحضارات القديمة، ومن ثم في العارة الاسلامية .

المطلب الاول: التشريع العمراني في الحضارات القديمة

خضعت المستوطنات البشرية التي تشكلت في مهد الحضارات القديمة وباستمرار إلى عمليات (تخطيط وإعادة التخطيط) بسبب تباين القوى المسيطرة والموجهة للحياة في مراحل تطور المدن التي ظهرت حوالي سنة 4000 ق م في وادي الرافدين، أمثال مدن نينوى وآشور وبابل وأور، وفي وادي النيل مثل ممفيس وطيبة ، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال ما بقي من الآثار المعمارية والتخطيطية لهذه المدن .

وعلى الرغم من أن تفاصيل المدن قد لا تعكس واقع العلاقات الوظيفية التي كانت سائدة ، إلا أنها لم تكن مقتصرة على المعابد والقصور والقلاع مثلاً ، فالمدينة ليست للحكام فقط ، بل هي أماكن للسكن والعمل والحركة والاجتماع والترفيه ، فهي كائن حي متعدد ومتجدد الوظائف ، وإن التقدم الحضري فيها لا يقاس بالأبنية الشاهقة والضخمة وتطورها التقني فحسب، وإنما من خلال قياس مدى درجة ارتفاع سكان المدينة بالعناصر الوظيفية لهذه المدن .

وكان أهم ما يميز هذه الحضارات هو تسلط الحكام على شعوبهم لدرجة العبودية كما كان سائدا عند الفراعنة في مصر ، ومن هنا نجد أن العناصر البنائية قد ركزت جل اهتماماتها على الأبنية العامة ، التي بنيت لتلبية لرغبات وأوامر الفرعون نفسه ، وفي هذا الإطار يظهر مدى التأثير الذي كانت تمارسه النظم السياسية المتسلطة السائدة آنذاك ، على القرار التخطيطي وبكافة مستوياته وصولاً إلى التفاصيل العمرانية التي تعكس أنماط البناء وغيرها .

وكانت المحددات التخطيطية لتنظيم استعمالات الأرض في هذه المدن قد اعتمد مبدأ الهرمية الوظيفية الدينية والدنيوية، حيث كان عرض الشوارع هو الذي يحدد ارتفاع الأبنية، وبالنسبة لتفاصيل الوحدات السكنية فكانت تتكون من طابقين في الغالب ، أما في مجال البنى التحتية فقد تطورت وفقنا للاحتياجات المتباينة للسكان. ومن الملاحظ أن الأحكام المتعلقة بشكل ووظيفية البناء كانت وراء

عملية تنظيم وتوقيع الفعاليات في المستوطنات الحضرية القديمة ، ويمثل هذا أول دور تشريعي ، كما كان من أهم واجبات الإدارة الحضرية وضع قواعد معمارية وتخطيطية تنفذ بوسائل صارمة تفضي بمجملها إلى إنشاء صروح تقاوم العوامل الزمانية ، وهذا ما يعلل بقاءها بمرور الزمن مقارنة مع مساكن ومرافق عموم السكان والتي لم تستطع المقاومة بسبب ضعف وبساطة البناء⁽¹⁾ .

ويبدو هذا بشكل واضح في زمن (حمورابي 1972 ق.م) والذي وضع شريعته المشهورة باسمه ، والمؤلفة من مجموعة من القواعد والنظم التي يعجز الفكر الإنساني عن الاتيان بها آنذاك ، حيث ورد في بعض فقراتها جملة من الإجراءات المرتبطة بتنظيم ورقابة العمران ، ومنها الإجراءات التنظيمية المتعلقة بالبناء ، حيث كانت تخضع إلى قوانين ملزمة التنفيذ ، وتعتبر عن وجود أدوات للردع والتقييم الدقيق ، فالأحكام الرادعة بحق العاملين في قطاع البناء والتشييد من (بنائين ومعماريين) ممن تثبت أداتهم بعدم الإخلاص في الأعمال الموكلة إليهم ، تنوعت وتوسعت حتى وصلت عقوبتها إلى حد الإعدام.

وما يهمننا في هذا المقام كدراسة تاريخية لقوانين التخطيط العمراني أن شريعة حمورابي ، كانت من أولى الشرائع التي احتوت ضمن فصولها على القواعد القانونية المرتبطة بأحكام الأراضي والدور والبناء وأحكام الزراعة والري ، ومنها العقوبات المنصوص عليها في هذا الشأن كما في المادة 229 التي تقرر عقوبة قتل البناء الذي لم يتقن عمله وانهار البيت الذي بناه وأدى إلى وفاة صاحب البيت ، والمادة 230 التي تقرر قتل ابن البناء إذا قتل ابن صاحب البيت الذي انهار⁽²⁾ .

مما تقدم يظهر أن الكيفية التي كانت تدار بها المنطقة او المستوطنة الحضرية كانت تركز على وظيفيتين أساسيتين ، الأولى تتعلق بوجود التشريع اللازم للعمل البلدي ، والثاني أنها كانت أداة تنفيذية تمارس صلاحيات وسلطات واسعة في التخطيط والتنفيذ سواء اكان ذلك مبنياً على أسس وأساليب قسرية أو ترغيبية إلا أنها في نهايتها تعني وجود قانون ملزم للتنفيذ.

(1)علي كريم العار : مفهوم الإدارة الحضرية في فلسفة الحضارات القديمة والفكر المعاصر ، بحث مقدم لجامعة بغداد ، المعهد العالي للتخطيط الحضري والإقليمي ، 2007 ، ص 12 .

(2) عبد الغني عمرو الرويمض : تاريخ النظم القانونية (نشأة القانون - مصادره - تطوره - المدونات القانونية) ، هامش ص 64 و ص 197.

كما يبدو أن النظم والتشريعات العمرانية وسنها قد ظهر مع التوسع العمراني وازدياد التحضر في المستقرات الحضرية وظهور بعض المشاكل العمرانية والبيئية ، مما يعني بدايات التفكير بالحلول المنطقية الخاضعة للفكر البشري⁽¹⁾ .

المطلب الثاني: التشريع العمراني في عصر الاسلام

إن الإسلام دين تحضر وحضارة ، وقد تميزت الحضارة الإسلامية بحركة عمرانية ومعمارية واسعة النطاق ازدهرت وتجسدت في مختلف المستويات الحضرية ، ابتداء من تنظيم عيون الماء لسقي المارة ثم المساجد والأسواق والحصون والقلاع والقصور والمباني العامة ، و انتهاء بالمدن والمستوطنات البشرية .

ويرى البعض بأنه على الرغم من أن العمران البشري أو التحضر لم يعرف تقنيا أو تشريعا متكاملًا ومتميزًا إلا في القرن الماضي ، إلا أن تحليل مجموع الوثائق والمصنفات والتخرجات الفقهية في تراثنا الإسلامي يبين أن وضع أسس التشريعات العمرانية والمعمارية قد بدأ منذ العصر الإسلامي الأول وتجسد بشكل أكبر في العهد العثماني .

وقد ولدت أولى التشريعات العمرانية مع نشأة الدولة الإسلامية في المدينة المنورة ، حيث بدأ تخطيط المدن والعمرارة الإسلامية منذ هجرة النبي صلى الله عليه وسلم إلى المدينة المنورة التي تحولت من مجرد قرى متباعدة إلى مدينة منظمة ، وكانت نواة التخطيط الأولى ببناء المسجد النبوي في أرض وسط المدينة ، ابتيعت للمسجد ، ثم شقت طرق رئيسية تصل المسجد بالضواحي .

وأحدث الإسلام ثورة تمدن في تاريخ البشرية حيث أضاف نحو 450 مدينة إلى رصيد المستوطنات البشرية في العالم ، هذه المدن لم تكن مجرد إضافة عددية ، فقد اهتم المسلمون بوضع معايير لتخطيط المدن وتنظيم الحياة المدنية ، بقدر ما اهتموا بتفاصيل البناء⁽²⁾ .

وقد رافق توسع الدولة الإسلامية ، تأسيس العديد من المدن والقواعد العسكرية التي تحولت فيما بعد إلى مدن كان أهمها البصرة في 633 والكوفة في 638 والفسطاط في 642 والقيروان في عام 670 ميلادي وقد تشابه تخطيط هذه المدن إلى حد كبير فيما بينها ، كما تشابهت مع تخطيط المدينة المنورة⁽³⁾ .

(1) علي كريم العار : المصدر السابق ذاته .

(2) مصطفى بن حموش : جوهر المدن الإسلامي - دراسات في فقه العمران ، دار قابس ، ص 155 - 156 .

(3) خالد مصطفى عزب : تخطيط وعمرارة المدن الإسلامية ، كتاب الامة ، ع 58 ، السنة 17 ، بدون سنة نشر ، ص 54 .

وجاءت الأحاديث النبوية مع أفعال الصحابة الكثيرة الدالة على الاهتمام بتنظيم المدن ، ويمكن الوقوف على أهم الضوابط والمعايير والتشريعات العمرانية الرئيسية التي قام عليها تخطيط المدن الإسلامية.

لقد استعرض ابن خلدون في مقدمته، المبادئ الرئيسية لاختطاط المدن وشروط بناؤها مما يكون أساساً ومعياراً في كيفية إنشاء المدن، فانطلق من دفع المضار بالحماية وجلب المنافع وتسهيل المرافق لها وهو ما يعرف في وقتنا الحاضر بعوامل الأمن والحماية والملائمة البيئية وسهولة الوصول وهي من الأسس الهامة في اختيار مواقع المستوطنات البشرية .

فأما طرق الحماية من المضار فيراعى فيها ما يلي :

- أن يدار على منازلها جميعاً الأسوار وأن تكون على هضبة أو باستدارة بحر أو نهر فيصعب منالها على العدو ويتضاعف امتناعها وحصنها .

- الحماية من الاقوات السايوية وطيب الهواء للسلامة من الأمراض ، فالمدن التي يكون هواؤها راکداً خبيثاً أو مجاوراً لمياه فاسدة أو مرافق متعفنة ، أسرع إليها العفن والمرض للإنسان وللحيوان الكائن فيها لا محالة ، ولا يكاد ساكنها أو طارقتها يخلص من حمى العفن بوجه عام .

وأما جلب المنافع فيكون من خلال الأمور التالية :

- تسهيل المرافق للبلد و منها الماء بأن يكون البلد على نهر أو بإزائها عيون عذبة .

- طيب المراعي للسائمة فإذا كان قريباً طيباً كان ذلك أرفق بحال الساكنين .

وجود المزارع والأشجار ، فالزروع وهي الأقوات إذا كانت بالقرب من البلد كانت أسهل في التحصيل ، وكذلك الشجر للحطب والبناء .

- القرب من البحر لتسهيل الحاجات القاصية من البلاد النائية⁽¹⁾ .

كما عرفت المدن الإسلامية نظام استعمال الأراضي للمناطق التي يقضي بوضع كل نشاط حضري في منطقة معينة من المدينة بما يحقق التوازن في استعمالات الأرض الحضرية ، فكانت المناطق

(1) عبد الرحمن بن محمد بن خلدون ولي الدين: تحقيق: عبد الله محمد الدرويش، مقدمة ابن خلدون، دار يعرب، بدون مكان نشر، ط1، مج1، 2004، ص245-246 .

السكنية هي المناطق المحيطة بالمنطقة المركزية ، ويتم تقسيمها إلى خطط أو قطائع ، وكانت الأنهج (الطرق الرئيسية) تفصل فيما بينها ⁽¹⁾ .

وقد اهتم المسلمون بالجانب التقني والحرفي في الاستعمالات غير السكنية ، فوضعوا الضوابط التي تتحكم بمناطق الأنشطة الصناعية والتجارية والحرفية ، ومعايير الحكم بالضرر الناتج عنها ، حيث عرفت المدينة الإسلامية تكاثر الحرف والصناعات التي تطورت على مر التاريخ الحضري الإسلامي فكانت بعض الأنشطة محظورة في المناطق أو الأحياء السكنية (كالحدادين والفخارين والطواحين) وذلك لسببين الأول الدخان المنبعث منها ، والثاني هو خطر الحريق ، وهذا ما استدعى وجود قانون يلزم أصحاب هذه الصناعات في المناطق المخصصة لها ، بتوفير كمية من الماء بغرض الاحتياط لإطفاء الحرائق ⁽²⁾ .

وظهر تنظيم الأسواق وفق مبادئ الحسبة في الإسلام ، فقد كان المحتسب على الأسواق يجعل لأهل كل صناعة منهم سوقا يختص بهم وتعرف صناعتهم فيه ، فإن ذلك لقاصدهم أرفق ، ولصانعهم أنفق إضافة إلى إبعاد الصناعات المحتاجة إلى النار كالحداد والحجاز عن سوق العطارين والبزازين (محللات الألبسة) لعدم التجانس وحصول الضرر ⁽³⁾ .

المبحث الأول: ماهية التخطيط العمراني وحماية البيئة

يلعب التخطيط الاقليمي وتخطيط المدن دوراً رئيساً ومهماً في عمليات التنمية المستدامة التي يتم الاعتماد عليها أكثر فأكثر في تنمية وتطوير البيئة الى مستويات متقدمة وذلك بالمساعدة على إيجاد الوضع العام الذي ينبض بالحياة ويساعد المخططون على خلق التجمعات السكنية (المجمعات) المستدامة من خلال تقريب وربط التجمعات بعضهم ببعض ودورهم البناء والهام في المساعدة على تعزيز التكافؤ الاجتماعي والصحي وبناء الاقتصاديات المحلية البديلة ومساهماتهم في بناء مجتمعات يقل الاعتماد فيها على وسائل النقل الخاصة (المركبات) ويمكنهم أخيراً حماية التوازن البيئي الطبيعي والعمل على ترميم وتطوير المفردات البيئية التي تعرضت للتشويه ⁽⁴⁾ .

(1) مصطفى بن حموش: جوهرة القمدن الإسلامي ، ط1 ، دار قابس للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون مكان نشر ، 2011 ، ص 184.

(2) المصدر نفسه ، ص 177.

(3) المصدر نفسه ، ص 182-183 .

(4) درؤوف محمد علي الانصاري: مهندس عراقي يقدم رؤية علمية لمفردات برنامج الاعمار والتنمية في العراق ، مقال منشور على الانترنت على شبكة نون الحبرية على الرابط : <http://www.non14.net/48398> . آخر زيارة بتاريخ 2014/11/26

وقد ظهرت نظريات عديدة في التخطيط العمراني هدفت إلى إيجاد وسائل وحلول ليتم من خلالها توزيع عناصر المدينة بشكل متوازن ومنظم وإيجاد علاقات مرنة وسلسلة بين مختلف العناصر لتأمين راحة السكان. واستطاع منظمو المدن من خلال هذه النظريات ان يتغلبوا على الكثير من المشاكل ، ولكن مع تعقد مكونات المدن واتساع رقعتها واستحداث آلات وصناعات جديدة . فقد ظهرت مشاكل أخرى كثيرة لا تزال المحاولات جارية للتغلب عليها ، ومن اهم هذه المشاكل هي التلوث البيئي الناتج من عوامل كثيرة مثل المخلفات الصناعية ، وتصاعد الاتربة والعوالق الصلبة من الكسارات والمناطق المفتوحة وما تبثه السيارات ومحطات الكهرباء من عوادم، بالإضافة إلى التلوث البصري والضوضائي وانتشار المخلفات الصلبة وتلوث المياه كل هذه الملوثات البيئية وغيرها زادت من تعقيدات الحياة في المدن واصبح من الضروري ان تتحدد علاقة واضحة بين انظمة التخطيط والقضايا البيئية للمدينة بصورة عامة⁽¹⁾ .

المطلب الاول: مفهوم التخطيط العمراني والبيئة وحمايتها

التخطيط كمفهوم ومصطلح هو اسلوب ومنهج في التفكير المنطقي والعقلاني ويتم ممارسته من قبل الجميع وعلى كل المستويات بدءاً من المستوى الفردي والعائلي وحتى المستويات المحلية والوطنية والعالمية ، وهو يتعلق بتصور ورؤية لوضعية معينة في المستقبل مطلوب الوصول اليها، ومن ثم وضع الوسائل والاجراءات الكفيلة بتحقيقها . وتتعدد صفات التخطيط بتعدد المستويات والقطاعات ، حيث نجد تخطيط استراتيجي ووطني واقليمي و محلي ، وتخطيط بعيد المدى، متوسط المدى، وقريب المدى ، سياسي، اقتصادي، بيئي ، قانوني ، تكنولوجي ، تربوي وعسكري وتنموي ... الخ .

والتخطيط العمراني عندما تلحق به صفة العمراني يصبح مفهوم مستقل ومن هنا تبدأ اشكالية حقيقية يتصف بها هذا المفهوم وهي صفة و اشكالية التعميم والشمولية ودرجة عالية في عدم الاتفاق على مفهوم واحد⁽²⁾ .

(1) د. عبد الرحمن نصر غالب الخطامي أثر تخطيط المدن على البيئة في المدن اليمنية، رسالة دكتوراه مقدمة الى اكااديمية العلوم والطاقة، اذريجان ، 2006، ص 8 .

(2) فائق جمعة المنديل: سياسات التخطيط العمراني ودورها في التنمية المستدامة والشاملة للمجتمعات العربية ، بحث مقدم للمؤتمر الاقليمي للمبادرات والابداع التنموي للمدينة العربية ، المملكة الاردنية الهاشمية ، عمان، للفترة من 14-17 كان الثاني ، ص 6، 2008.

ويهدف التخطيط العمراني إلى تقييم الحياة العمرانية والريفية، وإيجاد حلول هندسية للمشاكل العمرانية مثل التضخم السكاني، العشوائيات، أزمات المرور، تنظيم الحركة بين السكان والخدمات. وهناك نظريات متعددة للتخطيط الإقليمي والعمراني تهدف إلى تنظيم الحياة العمراني.

والتخطيط يجب أن يكون شاملاً ومرناً ومستقراً حيث يمكن تعديل مساره حسب ما يستجد من الظروف⁽¹⁾. وأول من استعمل مصطلح التخطيط هم علماء الاقتصاد قبل مائتي عام من خلال معالجة النمو الاقتصادي، وقد تعددت التعريفات لنفس الكلمة، فيعرف التخطيط بأنه الأسلوب العلمي الذي يهدف إلى تقديم الحلول أو بدائل الحلول للمشكلات الحالية أو المتوقعة للمجتمع وذلك في إطار خطة منظمة ذات سياسة وأهداف واضحة، خلال فترة زمنية محددة، تأخذ في الاعتبار الإمكانيات والموارد والمحددات الحالية أو المستقبلية سواء كانت بشرية أو طبيعية.

ويعرف التخطيط العمراني أيضاً بأنه محاولة لتهيئة المناخ المناسب الذي يسمح للمجتمعات بايجاد الوسائل الضرورية لتحقيق اطار معيشي ملائم لسكانها وتتوفر فيه اسباب الراحة والرفاهية داخل المدن⁽²⁾.

اما التخطيط الحضري فهو التخصص الذي يعنى بكافة مناحي المنطقة الحضرية ويشمل تخصصات متعددة مثل الإدارة والسياسة والقانون والاقتصاد وعلم الاجتماع والهندسة والبيئة وغيرها. التخطيط الإقليمي مشابه له إلا أنه يشمل منطقة أوسع من التخطيط العمراني أو الحضري. يصعب تصنيف التخطيط العمراني ضمن مصنف واحد لتعدد الاختصاصات المتعلقة ولكنه أكاديمياً يصنف ضمن البيئة المبنية أو الهندسة⁽³⁾.

المطلب الثاني: مفهوم البيئة وحمايتها

البيئة بصفة عامة هي كل ما يحيط بالإنسان من موارد طبيعية وكائنات حية تحيط بالإنسان والمكان الذي يعيش فيه. والبيئة من وجهة نظر العمارة والعمران تتكون من بيئتين أساسيتين:

البيئة الطبيعية: وهي من صنع الله سبحانه وتعالى وتشمل كل ما يقع على السطح الجغرافي وما عليه من كائنات حية والجو المحيط به من مناخ ونجوم وكواكب وأبراج، وعلم الفلك بصفة عامة، وذلك لإعتقاد

(1) ويكيبيديا: تخطيط عمراني، مقال منشور على الانترنت على موقع الموسوعة الحرة (ويكيبيديا) على الرابط: ar.wikipedia.org. آخر زيارة بتاريخ 2014/11/26.

(2) مصطفى مدوكي: التخطيط العمراني، بحث مقدم الى كلية العلوم والتكنولوجيا، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2014، ص 3

(3) اد شفق الوكيل: التخطيط العمراني (مبادئ - اسس - تطبيقات)، ج 1، 2006، ص 18.

الإنسان القديم بأن هذه المخلوقات لها تأثير كبير على البيئة وال عمران وراعاها المعارى القديم فى تشييد المعابد والمنازل، كما وضح جليا فى تصميم بعض المعابد الفرعونية.

البيئة الحضريّة: وهى من صنع الإنسان وهى البيئة المبنية التى تتكون من المستوطنات البشرية وما بها من كائنات حية ومبانى وحدائق، ... إلخ ⁽¹⁾.

إن الباحث عن تعريف محدد للبيئة يدرك أن الفقه القانوني يعتمد، بصفة أساسية على ما يقدمه علماء البيولوجيا والطبيعة من تحديد للبيئة ومكوناتها، ومن بين تعريفات البيئة، ما قال به البعض من أن البيئة مفهومين يكمل بعضهما الآخر " أولهما البيئة الحيوية، وهى كل ما يختص لا بحياة الإنسان نفسه من تكاثر ووراثة فحسب، بل تشمل أيضا علاقة الإنسان بالمخلوقات الحية، الحيوانية والنباتية، التى تعيش معه فى صعيد واحد. أما ثانيهما، وهى البيئة الطبيعية، فتشمل موارد المياه والفضلات والتخلص منها، والحشرات وتربة الأرض والمسكن والجو ونقاوته أو تلوثه والطقس وغير ذلك من الخصائص الطبيعية للوسط."

إذا كانت مشكلة حماية البيئة قد جذبت عناية رجال العلوم الطبيعية أو البيولوجية منذ وقت بعيد، فلن الفقه القانوني قد تأخر نسبيا فى التنبه إلى المشكلة القانونية التى تثيرها المخاطر التى تهدد البيئة. ونظرا لكون البيئة قد أصبحت عرضة الاستغلال الغير الرشيد مع ميلاد الثورة الصناعية فى النصف الثانى من القرن 19لوا دخل الملوثات من مواد كيميائية وصناعية ونفايات المصانع ، عندئذ أصبحت الحاجة ملحة لقواعد قانونية أو نظامية تضبط سلوك الإنسان فى تعامله مع بيئته، على نحو يحفظ عليها توازنها الإيكولوجي فكان ميلاد قانون حماية البيئة، الذى يمكن تعريفه: " بأنه مجموعة القواعد القانونية، ذات الطبيعة الفنية، التى تنظم نشاط الإنسان فى علاقاته بالبيئة، والوسط الطبيعي الذى يعيش فيه، وتحدد ماهية البيئة وأتملت النشاط المحظور الذى يؤدي إلى اختلال التوازن الفطري بين مكوناتها، والآثار القانونية المترتبة على مثل هذا النشاط".

من هذا التعريف يتضح جوهر موضوع قانون حماية البيئة، ألا وهو البيئة والنشاط الإنساني الذى يتصل بها ويشكل اعتداء عليها بما يهدد بالخطر مظاهر الحياة فيها. فزيادة الأخطار التى تهدد البيئة الإنسانية أدت بالدول إلى وضع أنظمة قانونية لمواجهة الأخطار البيئية فصدرت العديد من القوانين البيئية فى الولايات المتحدة الأمريكية وكندا وإنگلترا وفرنسا، على أن بعض الدول قد ذهب اهتمامها بالبيئة إلى

(1) د. يحيى وزيرى: العارة الاسلامية والبيئة، مكتبة مدبولي، القاهرة، 1999، ص144.

حد جعل الحفاظ عليها مبدأً دستورياً، كالدستور الهندي لسنة 1976 أين نصت مادته 48 " على الدولة أن تعمل على حماية البيئة وتحسينها، وتحافظ على سلامة الغابات والحياة البرية للبلاد".

و لهذا فلباحث في تعريف محدّد للبيئة يُدرك أن الفكر القانوني يعتمد بصفة أساسية على ما يُقدّمه علماء البيولوجيا والطبيعة للبيئة ومكوّناتها كما سبقت الإشارة إليه وسيظهر هذا جلياً من خلال بعض التعاريف القانونية المختلفة من دولة إلى أخرى، والتي سنقدّمها كما يلي:

❖ القانون المصري رقم 4 لسنة 1994 عرف البيئة بأنها: "المحيط الحي الذي يشمل الكائنات الحيّة، وما يحتويه من مواد، وما يُحيط به من هواء وماء، وما يُقيمه الإنسان من منشآت".

❖ القانون المغربي عرف البيئة بأنها: "مجموعة العناصر الطبيعية والمنشآت البشرية، وكذا العوامل الاقتصادية والاجتماعية التي تُمكن من وجود الكائنات الحية والأنشطة الإنسانية، وتُساعد على تطورها".

❖ القانون الليبي أقرّ بأن البيئة هي: "المحيط الذي يعيش فيه الإنسان وجميع الكائنات الحيّة، ويشمل الهواء والماء والتراب والغذاء" (1).

❖ وعرف المشرع العراقي البيئة بأغلب التشريعات التي عاجت موضوع البيئة فقد وردت ، البيئة بالفقرة (4) من المادة (2) من قانون حماية البيئة العراقية رقم 3 لسنة 1997 حيث أشارت إلى أنها: "المحيط بجميع عناصره الذي تعيش فيه الكائنات الحية". كما عرفت المادة (1) من قانون وزارة البيئة العراقية رقم (37) لسنة 2008 البيئة، حيث نصت على أنها: "المحيط بجميع عناصره الذي تعيش فيه الكائنات الحية والتأثيرات الناجمة عن نشاطات الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية". أما الفقرة (5) من المادة (2) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقية رقم (27) لسنة 2009 فإنها قد عرفت البيئة على إنها: (المحيط بجميع عناصره الذي تعيش فيه الكائنات الحية والتأثيرات الناجمة عن نشاطات الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) (2).

وإذا نظرنا إلى هذه التعريفات السالفة الذِكر نجد أنها تختلف باختلاف الأنظمة القانونية، لكنها تتفق في الإطار العام الحاكم للمفهوم.

(1) ينظر: محمد ابو بكر بن يونس: المعرفة - موسوعة التشريعات العربية -

(2) هالة صالح الحديثي: ملاحظات تقنية حول قانون حماية وتحسين البيئة العراقية رقم 27 لسنة 2009 ، بحث منشور على الانترنت على الرابط : <http://www.fcds.com/articles/132.html> ، آخر زيارة بتاريخ 2014/11/26

المبحث الثاني: التشريعات العمرانية الوطنية ودورها في حماية البيئة

في هذا المبحث سنحاول تسليط الضوء على التشريعات الوطنية المتعلقة بالتخطيط والاعمار وبيان البعد البيئي فيها ، من خلال استعراض بعض التشريعات العربية المقارنة.

المطلب الاول: تشريعات التخطيط العمراني في جمهورية مصر العربية

مرت المدن المصرية بمراحل تاريخية تفتقد فيها إلى التخطيط الشامل الذي ينظم عملية النمو فيها غياب القاعدة التشريعية الواضحة ، فكانت تتحكم في عملية التنمية الحضرية فيها وتوجيهها خطط مرفقيه أو زمنية محدودة وغير متكاملة ، مما نتج عنه امتداد العمران وفقا لرؤية المستثمرين من تجار الأراضي والعقارات ، فداخلت الاستعمالات وتغلغت الصناعات داخل المساكن واختلطت الأنشطة المختلفة ببعضها، وهبطت القيم الاجتماعية والمستويات الإنسانية للبيئة العمرانية وأدت هذه المشاكل إلى وجود بعض التشريعات اللازمة لتنظيم العمران ، ومن أهمها التشريعات المتعلقة باشتراطات المناطق ، واشتراطات تقسيم الأراضي، وتشريعات المباني والإسكان والصحة العامة والوقاية من الحريق والضوابط الخاصة بمنح التراخيص للمشروعات، ويوجد حاليا أنواعا متعددة من التشريعات القائمة بمصر تغطي العديد من المجالات المرتبطة بالتخطيط العمراني والتي تهدف الى حماية البيئة ، وهي كالآتي :

1- **تشريعات التخطيط العمراني** : تهدف إلى تحسين البيئة الفيزيائية وجعلها بيئة صحية ومفيدة وجميلة تؤدى وظيفتها بكفاءة عالية ، وذلك عن طريق إعداد خطط وبرامج التنمية الحضرية المستدامة على مستوى الجمهورية .

2- **تشريعات الحفاظ على الأراضي الزراعية** :وتهدف إلى حماية مساحة رقعة الأراضي الزراعية من النمو العمراني والعشوائى عليها، وحظر تجريف الأرض الزراعية وتحويلها إلى أراضي بور غير مزروعة .

3- **تشريعات تنظيم أعمال البناء** : الخاصة بالإشراف على أعمال البناء ، وتتضمن الأسس والمعايير اللازمة لتوفير مقتضيات الأمن والأمان والصحة العامة والراحة للسكان ، بالإضافة إلى كونها أداة لتنفيذ المخططات العامة والتفصيلية ولوائح تقسيم الأراضي والتحكم في الكثافات السكانية البنائية .

4- **تشريعات حماية الآثار** وتهدف إلى التحديد العلمى الدقيق للآثر و ضمانات حماية الآثار واعتبارها من الأملاك العامة ، وحظر الاتجار فيها ، ووضع القيود على التنقيب والحفر والبحث عن الآثار .

5- **تشريعات إنشاء وإدارة المحال الصناعية والتجارية والمحال العامة والملاهي** : تستهدف وقاية المدينة أو القرية من الآثار الضارة نتيجة تشغيل هذه المحال .

6- تشريعات الصرف الصحي: والتي تنظم عمليات صرف المخلفات السائلة للعقارات في شبكة مجارى المدن والمجارى المائية أو في الأماكن التي لا توجد بها شبكة مجارى عامة .

7- تشريعات النظافة العامة: تستهدف الرقابة على جمع القمامة والتخلص منها ونقل المخلفات السائلة وتسوير الأراضي الفضاء للمحافظة على جمال المدينة وحسن تنسيقها .

8- تشريعات الإدارة المحلية: التي تنظم عمل الأجهزة المحلية الشعبية والتنفيذية والمسئولة عن إدارة وتنمية الوحدات المحلية والارتقاء بالمستوى العمراني والاجتماعي والاقتصادي له ، مع الحفاظ على البيئة الطبيعية الواقعة في نطاق اختصاصها .

وكان صدور قانون تقسيم الأراضي رقم 52 لسنة 1940 يمثل خطوة هامة في مجال التخطيط العمراني ، وأتبع بعدد كبير من التشريعات الأخرى والتي كان أهمها قانون التخطيط العمراني رقم 3 لسنة 1982 ، وآخرها قانون البناء الموحد (1) .

المطلب الثاني: تشريعات التخطيط العمراني في العراق

بعد أن كان العراق يسمى في ماضيه «أرض السواد» لشدة خضرته، بات يعاني اليوم من اتساع رقعة المناطق الصحراوية، وباتت العاصمة بغداد وأغلب المدن العراقية تعاني من مشكلات التغير البيئي الناتجة عن العديد من الأسباب، أبرزها النفط، مولدات الكهرباء، الغازات السامة، المواد الكيماوية، الصرف الصحي، هذا بالإضافة إلى استخدام مختلف أنواع الأسلحة والذخائر خلال الحروب ولا يخفى على أحد بأن النكبات الكبيرة التي حلت بالهجم العراقي منذ أكثر من ثلاثة عقود وحتى الان أَلقت بظلالها على البيئة العمرانية للمدن العراقية مروراً بغياب التشريعات وقوانين التنظيم وإغفال دور التخطيط الإقليمي في المحافظة على التوازن البيئي العمراني للمدن ، وأكثر ما أصاب ذلك التخطيط السليم عاصمة العراق بغداد، ودفع بيئتها الحضرية لتسير في نفق مُظلم لا نهاية له، بحيث أصبحنا نلاحظ مشكلات التلوث الناتجة عن مصادر متنوعة، بعد ما أصبح التخطيط (ن وجد في مجالاته الضيِّمة) فهو يلهث وراء النمو العشوائي للعمران ولا يستطيع اللحاق به، بينما كان يجب أن يسبقه ويتبناه، ويقدر حجم تأثيراته السلبية وتأخرت وتحلفت التشريعات والقوانين عن مواكبة المتطلبات المعاصرة للمجتمع الذي يُعاني من تشوهات اقتصادية واجتماعية وتربوية، ويواجه مُستجدات مُتلاحقة. ولاشك إن كل توطن

(1) محمود حميدان قديد: التخطيط الحضري ودور التشريعات التخطيطية في النهوض بعملية التنمية العمرانية - (مارة دبي نموذجاً) ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد -الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك ، دبي ، 2010 .

صناعي لا بد وأن ترافقه مشكلة التلوث البيئي التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتزايد النشاط الصناعي من جهة وزيادة حجم مشكلة طرح المخلفات الصناعية من جهة أخرى ولما لذلك من خطورة على الموارد الطبيعية والنظم البيئية نتيجة وجود المشاريع التنموية (لاسيما الصناعية منها) . والمتنوع لأماكن المناطق الصناعية الحرفية في قلب بغداد يجعل من أمكانية التلوث البيئي واردة وبنسبة كبيرة لما لهذه المناطق من خصوصية التعامل مع المواد التي تنبعث منها الغازات والأبخرة السامة وخطرها على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي والتقني والبيئي والصحي (1) .

وبالنظر لتزايد الاخطار البيئية وتفاقم مشكلات التلوث فقد استأثرت هذه باهتمام المشرعين من خلال اصدار القوانين والتعليقات والانظمة البيئية الصارمة وتنوع الإجراءات والسبل التي تتخذ حيال ذلك. ويرجع اصدار القوانين والنظم المتعلقة بحماية البيئة الى ما قبل القرن التاسع عشر حيث اصدر العديد من الاحكام في دول ومقاطعات كثيرة قوانين وانظمة تحرم القاء او صب او تفريغ القاذورات او القمامة او مخلفات المصانع الى القنوات والترع والانهار والبحيرات حفاظاً على الصحة العامة . ومن بين العشرات من القوانين والانظمة والتعليقات التي صدرت في هذا المجال والتي لا يسعنا ذكرها جميعاً نذكر مثلاً :

- تشريعات متعلقة بالقطاع الزراعي والبيئة الطبيعية : ومنها : قانون امراض الحيوانات العفنة رقم 68 لسنة 1936 ، قانون التشجير رقم 43 لسنة 1943 ، قانون النفط رقم 27 لسنة 1943 ، قانون المقلع رقم 19 لسنة 1950 ، قانون صيانة الثروة النفطية والمواد الهيدروكربونية رقم 229. ، قانون وزارة البيئة رقم 37 لسنة 2008. .. الخ .

- تشريعات المتعلقة بالقطاع الخدمي والعمراني : ومنها : 1- قانون الآثار القديمة رقم 59 لسنة 1936 ، قانون منع تشييد الصرائف رقم 44 لسنة 1965 ، قانون تنظيم مناطق تجميع الاتقاض رقم 67 لسنة 1986....

والجدير بالذكر أن القانون الجنائي يسعى بشكل خاص الى حماية القيم والمصالح المختلفة في المجتمع وذلك بفرض الجزاء الجنائي على من يخالف او يعتدي على تلك القيم ومن هنا يثور التساؤل عن مدى امكانية تدخل المشرع الجنائي لحماية البيئة من الاعتداءات الماسة بها بوصفها قيمة اجتماعية جدية بالحماية؟ وواقع الامر يشير الى ان تدخل القانون الجنائي لحماية البيئة ليست مسألة جديدة على الفكر القانوني اذ ان قانون العقوبات يضم بين جوانبه بعض الاحكام التي يمكن تفسيرها على انها حماية للبيئة

(1) التلوث البيئي في العراق طاعون العصر والموت الهادئ ، مقال منشور على موقع نافذة ذي قار ، منشور على الانترنت على الرابط <http://thiqarwindow.com/news.php?action=view&id=40> ، آخر زيارة بتاريخ 2014/11/26.

بطريق غير مباشر من ذلك مثلاً تجريم الاعتداءات المتعلقة بالصحة العامة والاضرار بالحيوانات والاعتداء على الاشجار والحضرة النابتة. ونظراً لاختلاف المنهج الذي يعتنقه المشرع من دولة الى اخرى فقد انعكست هذه المنهجية على اتجاهات الفقه القانوني حول الدور الذي يمكن ان يضطلع به القانون الجنائي في حماية البيئة ويمكن القول ان هناك نوعين من المناهج في ما يمكن ان يلعبه القانون من دور وقائي او علاجي في حماية عناصر البيئة ضد اخطار التلوث (1).

وقد اوجد قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 حماية لبعض عناصر ومكونات البيئة الانسانية مثال ذلك المواد 479 و 482 و 488 و 491 و 497 و 499 وهي في مجملها تشكل حماية غير مباشرة لعناصر البيئة الممثلة بالاعتداء على الاشجار او اتلافها او الحاق الاضرار بالحيوانات او ايداء المارة عن طريق وضع مواد او احداث لفظ او ضوضاء او اصوات مزعجة للغير قصداً او اهمالاً او اطلاق الراحة العامة.

الخاتمة

اولاً : الاستنتاجات

إن البعد البيئي في التخطيط العمراني رغم كونه يمتد إلى جذور قديمة إلا أن العقود الاخيره بدأت تشهد اهتماماً متزايداً فيه، وهذا ما انعكس بدوره على التشريعات العمرانية المعنية بالتخطيط، وإذ كانت الدول المتقدمة قد قطعت شوطاً كبيراً في هذا المجال ، إلا أن معظم الدول العربية وللأسف لا يزال البعد البيئي في تشريعاتها العمرانية ضعيفاً نسبياً ، كما أن تطبيق القوانين الخاصة بحماية البيئة يعاني تلكؤاً ملحوظاً فيها .

ثانياً : التوصيات

- 1 - حث المشرع العراقي على سن تشريعات والقوانين وإقرار الإجراءات اللازمة لكي تُسرّع إطلاق كافة عمليات التخطيط على مستوى الدولة الاتحادية والحكومات المحلية (المحافظات).
- 2-تحديد الأولويات التي يجب التعامل وفقها لمعالجة المشاكل التي تواجه المدن العراقية والتي تعاني جميعاً من التوسع العشوائي خصوصاً في السكن وضعف وتدني مستوى الخدمات كافة (الصحة العامة والتعليم والدفاع المدني والبيئة والشرطة ومكافحة الارهاب والجريمة، وانتشار البطالة، وتشجيع ودعم منظمات المجتمع المدني الفاعلة التي تتعامل مع النشاطات الاجتماعية والثقافية والبيئية والاقتصادية والتي لها دور

(1) الدكتور نوار دهام الزبيدي : الأطار القانوني لحماية البيئة في العراق ، بحث منشور على الانترنت على موقع مجلة التشريع والقضاء على الرابط : http://tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=454 ، آخر زيارة بتاريخ 2014/11/27 .

هام ومفيد في أعمال التخطيط) لان أهم المشاكل التي تواجه المدن العراقية اليوم هي: السكن ، الطرق والمواصلات ، الخدمات العامة ، حماية البيئة وسلامتها.

3- ضرورة تشريع قوانين الحماية والمحافظة على التراث المعماري للمدن العراقية وتشجيع إقامة المنظمات التي تعنى بحماية التراث والبيئة و دمج تشريعات وقوانين البناء والتخطيط العمراني بمفاهيم الاستدامة

4- الأهتمام بتنفيذ القوانين النافذة وعدم الاكتفاء بتشريع القوانين وعدم متابعة حسن تطبيقها في الواقع العملي.

5- أهمية إنشاء مراكز إقليمية على مستوى الدول العبية على غرار الأكاديمية المجتمعات المستدامة بالمملكة المتحدة، إنشاء مركز وطني بكل دولة يشرف عليها المركز الإقليمي.

قائمة المراجع

اولا :الكتب والأبحاث

- 1) شفق الوكيل : التخطيط العمراني (مبادئ - اسس - تطبيقات) ، ج 1 ، 2006 .
- 2) عبد الرحمن بن محمد بن خلدون ولي الدين: تحقيق عبد الله محمد الدرويش ، مقدمة ابن خلدون ، دار يعرب، بدون مكان نشر ، ط 1 ، مج 1 ، 2004.
- 3) عبد الرحمن نصر غالب الخطابي :أثر تخطيط المدن على البيئة في المدن اليمنية، رسالة دكتوراه مقدمة الى أكاديمية العلوم والطاقة ، اذريجان ، 2006.
- 4) عبد الغني عمرو الرويمض : تاريخ النظم القانونية (نشأة القانون - مصادره - تطوره - المدونات القانونية) دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ، بدون مكان نشر ، 2004 .
- 5) علي كريم العمار : مفهوم الإدارة الحضرية في فلسفة الحضارات القديمة والفكر المعاصر ، بحث مقدم لجامعة بغداد ، المهده العالي للتخطيط الحضري والإقليمي ، 2007.
- 6) فائق جمعة المنديل سياسات التخطيط العمراني ودورها في التنمية المستدامة والشاملة للمجتمعات العربية بحث مقدم للمؤتمر الاقليمي للمبادرات والابداع التنموي للمدينة العربية ، المملكة الاردنية الهاشمية ، عمان، للفترة من 14-17 كان الثاني ، 2008.
- 7) محمود حميدان قديد :التخطيط الحضري ودور التشريعات التخطيطية في النهوض بعملية التنمية العمرانية - (مارة دبي نموذجاً) ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد -الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك ، دبي ، 2010 .
- 8) مصطفى بن حموش :جوهر التمدن الإسلامي ، ط 1 ، دار قابس للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون مكان نشر ، 2007 .

- 9) مصطفى مدوكي: التخطيط العمراني، بحث مقدم الى كلية العلوم والتكنولوجيا، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2014 .
- 10) محمد ابو بكر بن يونس : المعرفة - موسوعة التشريعات العربية -
- 11) يحيى وزيري : العمارة الاسلامية والبيئة، مكتبة مدبولي ، القاهرة ، 1999.

ثانيا: المراجع من الانترنت

- 1) التلوث البيئي في العراق طاعون العصر والموت الهادئ ، مقال منشور على موقع نافذة ذي قار ، منشور على الانترنت على الرابط : <http://thiqarwindow.com/news.php?action=view&id=40> .
- 2) خالد مصطفى عزب :تخطيط وعارة المدن الإسلامية، كتاب الامة ، ع58، السنة 17، بدون سنة نشر
- 3) الدكتور نوار دهام الزبيدي: الأطار القانوني لحماية البيئة في العراق ، بحث منشور على الانترنت علموقع مجلة التشريع والقضاء على الرابط: http://tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=454 .
- 4) رؤوف محمد علي الانصاري: مهندس عراقي يقدم رؤية علمية لمفردات برنامج الاعمار والتنمية في العراق، مقال منشور على الانترنت على شبكة نون الخيرية على الرابط:
- 5) <http://www.non14.net/48398>
- 6) هالة صالح الحديثي : ملاحظات تقنية حول قانون حماية وتحسين البيئة العراقية رقم 27 لسنة 2009، بحث منشور على الانترنت على الرابط : <http://www.fcdrs.com/articles/132.html> .
- 7) ويكيبيديا: تخطيط عمراني، مقال منشور على الانترنت على موقع الموسوعة الحرة (ويكيبيديا) على الرابط : ar.wikipedia.org .

ثالثا : التشريعات القانونية

- 1- القانون المصري رقم 4 لسنة 1994
- 2- قانون البيئة المغربي
- 3- قانون حماية البيئة العراقية رقم 3 لسنة 1997
- 4- قانون البيئة الليبي

التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين ضمن تعديلات 2005

د. قتال حمزة - جامعة البويرة

مقدمة

تعتبر أحكام تنازع القوانين من المواضيع الأكثر حساسية بالتطور الدولي السياسي والاقتصادي والاجتماعي، لذا فإن تفتح المجتمع الجزائري على المجتمعات الأخرى مع تطور وسائل النقل والاتصال، وتزايد العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الجزائريين وغيرهم، وتطور أساليب التعامل التجاري، وتبني الجزائر نظام الاقتصاد الحر، ورغبتها الواضحة للانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، كل هذه الأسباب دفعت المشرع إلى الشروع في مراجعة النصوص المتعلقة بتنازع القوانين بموجب القانون 10.05⁽¹⁾ لـ"جل" ...مطابقتها مع المعايير والأسس الموحدة للتعامل في عالم اليوم والقيم الإنسانية المشتركة، المكرسة في المواثيق والعقود والاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الجزائر...⁽²⁾.

ونريد أن نحدد مظاهر تأثر النصوص المعدلة المنظمة لمبادئ تنازع القوانين بهذه المعايير والقيم العالمية، وما إذا استطاع المشرع أن يواكب التطورات الحاصلة في العلاقات الدولية الخاصة، وذلك من خلال دراسة التعديلات التي خصت بها آليات إعمال قواعد الإسناد (المبحث الأول)، ثم آليات التعامل مع القانون الأجنبي المختص (المبحث الثاني).

المبحث الأول: استحداث آليات جديدة لإعمال قواعد الإسناد

لقد اعتمد المشرع الجزائري ضابط الجنسية كأصل عام في مسائل الأحوال الشخصية لتحديد القانون المختص لحكم هذه المسائل، غير أن إعمال هذا الضابط يثير مشاكل وصعوبات، وهذا ما جعل المشرع يعتمد حولا لمواجهةها (المطلب الأول) ولأجل التيسير على القاضي في تطبيق القوانين الأجنبية ومواجهة الصعوبات التي تواجهه، وتحقيق التنسيق بين الأنظمة القانونية اعتمد المشرع الإحالة من الدرجة

1- القانون 10.05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، ج ر 2005، 44، ص 17.
2- ضمن كلمة وزير العدل حافظ الأختام، في الجلسة العلنية المنعقدة للمجلس الشعبي الوطني في 2005/03/15 المتضمنة لتقديم مشروع القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني، ج ر للمداولات، 2005، 147، ص 4. بعد أن قال "...إن مشروع تعديل القانون المدني يأتي إذن، في سياق السياسة العامة للدولة ومنحائها نحو التفتح على المجتمع الدولي وشعوب العالم بغرض التكامل والتواصل معها في شتى المجالات لضمان تقدم بلادنا ورفاهية شعبنا. ولذلك فهو يهدف إلى ملاءمة الأحكام الأساسية في قانوننا المدني الحالي مع الحاضر السياسي والواقع الاقتصادي للبلاد...".

الأولى (المطلب الثاني)، كما أنه قد تعرض على القاضي مسائل يفترق النظام القانوني الوطني لقواعد إسناد تنظيمها، فأوجد المشرع حلا للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مواجهة مشكلات أعمال ضابط الجنسية

يثير ضابط الجنسية صعوبات عديدة من الناحية العملية، وذلك عند إعماله من طرف القاضي الوطني، وقد وضع لها المشرع حلولاً خاصة بها في حالة اختصاص قانون دولة متعددة الشرائع (المطلب الأول)، وحالات انعدام أو تعدد الجنسية (المطلب الثاني).

الفرع الأول: اختصاص قانون دولة متعددة الشرائع⁽¹⁾

قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فيثير هذا التعدد التشريعي مشكلة للقاضي في تحديد التشريع الداخلي الذي يطبق على النزاع، فهل يترك القاضي هذه المهمة للدولة متعددة الشرائع أم أنه يسترشد بقانونه في تحديد التشريع الداخلي الواجب التطبيق؟ وقد اقترح الفقه عدة حلول لحل هذا المشكل (أولاً)، ما لم يتصدى المشرع فيضع آلية ترشد القاضي الوطني لتحديد التشريع المختص (ثانياً).

أولاً: الخلاف الفقهي حول تحديد التشريع الداخلي المختص

عرفت مسألة تحديد التشريع الداخلي المختص في قانون دولة مركبة خلافاً فقهيًا بين رأي يقول بتطبيق قانون القاضي (1) ورأي آخر يقول بتطبيق القانون الأجنبي المختص (2).

1- تطبيق قواعد الإسناد لقانون القاضي

يرى اتجاه في الفقه (2) بأن تحديد التشريع المختص من بين التشريعات الداخلية في الدولة المركبة هو من اختصاص قاعدة الإسناد ذاتها التي أشارت باختصاص قانون هذه الدولة، ويحتاج هذا الرأي بالحجج الآتية⁽³⁾:

1- راجع، د/ عمر بلماي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 174، 173.
2- كالفقيه «R Ago» أشار إليه د/عبد الكريم أحمد سلامة، الأصول في النزاع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 221.
3- راجع: د/إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون دار نشر، جامعة عين شمس، مصر، ص 221؛ د/عبد الكريم أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 222.

- لا تتمتع القواعد القانونية الأجنبية بالصفة القانونية إلا إذا تم استقبالها في النظام القانوني الوطني، فلا يمكنها إذن حل أي مشكلة قانونية، كتحديد الاختصاص مثلا إلا إذا تم هذا الاستقبال.
- التنازع بين التشريعات الداخلية في دولة مركبة وإن كان داخليا فهو يعد جزءا من القانون الدولي الخاص، تختص بحكمه قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي.
- تطبيق قواعد الإسناد لقانون القاضي يمليه الأصل التاريخي لتنازع القوانين، حيث كانت مهمة قواعد الإسناد هي حل التنازع بين أعراف المدن الإيطالية، ولم يكن حينذاك تنازع دولي.
- إن إعمال قاعدة الإسناد لقانون الدولة المركبة، لتحديد التشريع الداخلي المختص، يستلزم من القاضي إعمال ضابط إسناد قد يكون مختلفا عن المعتمد في قاعدة الإسناد الوطنية، وتكييفها يعتمد مفاهيم أجنبية، قد تساعد على إهدار الاعتبارات التي تنهض عليها قاعدة الإسناد الوطنية.
- و يفرق أنصار هذا الاتجاه في إعمال قاعدة الإسناد الوطنية بين ضوابط الإسناد، فإذا كان الضابط ماديا، كالموطن وموقع المال مثلا، فالأمر سهل لأنه يتعلق بالإقليم الذي يتوطن فيه الشخص، أو يقع فيه المال.
- أما إذا كان الضابط معنويا، لا يمكن إدراكه بالحس، كضابط الجنسية أو ضابط الإرادة مثلا، فإن الأمر صعب نوعا ما، فبالنسبة لضابط الجنسية، فقانون الجنسية هو المختص، ويطبق تشريع العاصمة عند البعض، والبعض الآخر يرى بوجود النظر إلى طبيعة الدولة فإذا كانت فيدرالية فيتعين إحلال ضابط الرعية المحلية أو الانتماء إلى الولاية محل ضابط الجنسية، وإذا كانت دولة بسيطة فيطبق ضابط الموطن بدل الجنسية⁽¹⁾.
- أما بالنسبة لضابط الإرادة، ففي حالة اتفاق الأطراف، صراحة أو ضمنا، على تشريع داخلي فهو الذي يطبق، أما إذا اقتصر اتفاقهم على قانون الدولة دون أحد تشريعاتها الداخلية، فإنه يتم الرجوع إلى قواعد هذا القانون لتحديد التشريع الداخلي المختص، على أساس أن إرادتهم قد انصرفت ضمنا إلى ذلك حينما اختاروا قانون تلك الدولة، أما إذا انعدمت هذه القواعد تطبق ضوابط الإسناد الاحتياطية في قاعدة الإسناد الوطنية، كضابط الموطن المشترك، أو محل الإقامة⁽²⁾.

1- د/إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 121.

2- د/عبد الكريم أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 224.

2 تطبيق قواعد القانون المختص (قاعدة التفويض)

يرى الفقه الغالب⁽¹⁾ بوجود إعمال قواعد التنازع للقانون المختص لتحديد التشريع الداخلي المختص، ويطلق على هذه العملية اصطلاح "التفويض" باعتبار أن مشرع دولة القاضي يفوض القانون الأجنبي في تعيين الشريعة الداخلية واجبة التطبيق⁽²⁾، ويستند إلى عدة حجج هي⁽³⁾:

- إن وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية هي فض التنازع بين قوانين دول وليس بين شرائع داخلية لدولة ما.
- إن القانون واجب التطبيق هو الأقدر على رسم نطاق تطبيق قواعده الداخلية، وهو يكفل التحديد الدقيق للشريعة الداخلية المختصة.

- إن الرجوع إلى القانون الواجب لتحديد أي من تشريعاته الداخلية مختصا لا يعني قبول الإحالة التي تكون بين قوانين دول وليس بين قوانين داخلية في دولة واحدة، كما أن الأمر يتعلق بتكليفات ثانوية تخضع للقانون واجب التطبيق.

ثانيا: موقف المشرع من حالة تعدد الشرائع

لقد حسم المشرع مسألة تحديد التشريع الداخلي في الدولة متعددة التشريعات، وذلك بموجب المادة 23 من القانون المدني⁽⁴⁾، التي عالجتها عن طريق إعمال قاعدة التفويض، أي تفويض القانون الأجنبي المختص نفسه ليحدد أي من الشرائع الداخلية هي المختصة في حل النزاع⁽⁵⁾.

1- كالفقيهين « Battifol » و « Lagarde » والفقيهين « Lousouarn » و « Bourel » راجع: د/عبد الكريم أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 326.

2- د/إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 122.

3- راجع: د/إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 122؛ د/عبد الكريم أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 325.

4- تنص المادة 23 من القانون المدني التي تنص "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.
إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة تلك البلد في حالة تعدد الإقليم".

5- يختلف التفويض عن الإحالة، أنه في التفويض لا يتخلى القانون المسند إليه عن اختصاصه لقانون دولة أخرى كما في الإحالة، إنما يستند إلى تشريع داخلي في الدولة نفسها، وقد اختلف الفقه حول نطاق هذا التفويض فيما إذا كان يخص فقط الضوابط التي لا تسمح بحد ذاتها إطلافا بتعيين التشريع الداخلي، كالجنسية مثلا، أم أن إعماله يشمل كل الضوابط، راجع، د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007، ص 121، لكن أمام عموم نص المادة 23 سالفه الذكر يتبين أن نطاق التفويض يشمل جميع الضوابط .

وقد جاءت المادة في صياغة عامة وشاملة تتسع لجميع أنواع الضوابط، و و صريحة لتشمل صور التعدد التشريعي كلها سواء كان إقليميا، أو شخصيا، وأجابت على التساؤل حول فرضية خلو القانون المختص من قواعد هذا التحديد.

ف تكون بصدد التعدد الإقليمي عندما يختص كل تشريع بحكم نطاق إقليمي معين في الدولة متعددة الأقاليم⁽¹⁾، كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية مثلا، وطبقا للمادة سالفه الذكر فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع من التشريعات الإقليمية يجب تطبيقه، أما إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، يكون التشريع المطبق في عاصمة تلك البلد هو المختص بحكم النزاع.

وتكون بصدد التعدد الشخصي عندما تختص كل طائفة من السكان في الدولة بتشريع معين، وغالبا ما يكون أساس هذا التعدد هو الديانة أو الجنس⁽²⁾، كما هو الشأن في لبنان ومصر وباقي دول الشرق الأوسط مثلا، وطبقا للمادة سالفه الذكر فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع من التشريعات الشخصية يجب تطبيقه، أما إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، يكون التشريع الغالب في البلد هو المختص بحكم النزاع.

الفرع الثاني: حالة تعدد الجنسية أو انعدامها

قد تطرأ أمام القاضي صعوبات عملية عندما يريد تحديد قانون الجنسية ومن ثمة تطبيقه على المسألة المعروضة أمامه، وذلك بشأن الأشخاص الذين يتمتعون بأكثر من جنسية (أولا)، أو الذين ليست لهم جنسية أصلا (ثانيا)، وقد تصدت لهذا الإشكال المادة 22 من القانون المدني⁽³⁾، فحددت القانون المختص في هذه الحالات.

1- د/ عليوش كربول كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 110.

2- د/ عليوش كربول كمال، المرجع والموضع نفسه.

3- تنص المادة 22 من القانون المدني "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

أولاً: تعدد الجنسيات

لقد ميزت المادة 22 من القانون المدني في حالة تعدد الجنسيات لشخص واحد بين حالتين:

1- تمتع الشخص بعدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية

لوثار نزاع يخص شخصا يتمتع بجنسيات عديدة، وكان من بينها الجنسية الجزائرية، فطبقاً للمادة 22 من القانون المدني فإن القاضي يعتد بالجنسية الجزائرية، حيث يعتبر هذا الشخص جزائرياً فيطبق عليه القانون الجزائري في المسائل التي يتم فيها أعمال ضابط الجنسية، كمسائل الأهلية أو مسائل الزواج مثلاً.

ويبرر الفقه هذا الموقف بالصفة السيادية للدولة في تحديدها للأفراد الذين يشكلون رعاياها، وتحديدها لعنصر السكان فيها⁽¹⁾. فبعض التشريعات لما أسندت مسائل الأسرة إلى قانون الجنسية، فهي قد استندت إلى أسس متعددة مستمدة من فكرة سيادة الدولة على رعاياها، بالإضافة إلى أسس أخرى دينية واجتماعية وثقافية تسمح للدولة أن تتبع رعاياها ولو كانوا خارج إقليمها⁽²⁾.

2- تمتع الشخص بعدة جنسيات ليس من بينها الجنسية الجزائرية

عند تمتع الشخص بجنسيات عديدة، وليس من بينها الجنسية الجزائرية، فطبقاً للمادة 22 من القانون المدني فإن القاضي يعتد بالجنسية الحقيقية، أي الجنسية الفعلية، أو الواقعية، أي الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها⁽³⁾، ويظهر ذلك من الوقائع والظروف التي تحيط بالشخص. والملاحظ على هذا الموقف أن المشرع لم يستند فقط على معيار تبعية الشخص سياسياً إلى دولة ما، إنما على معيار التبعية الفعلية والواقعية إلى الدولة⁽⁴⁾.

1- د/ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، ص 111.

2- د/ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 111.

3- لقد استعمل المشرع مصطلح الجنسية "الحقيقية"، وهو يفهم منه الجنسية المكتسبة طبقاً لأحكام القانون، وهذا لا ينطبق على جنسية الدولة الأكثر ارتباطاً بالشخص « *nationalité effective* » راجع، د/ الطيب زروقي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين في الجزائر بقانون 10.05، مجلة المحكمة العليا، 2006، 01، ص 90.

4- د/ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 112.

ثانيا: انعدام الجنسية

لو ثار نزاع يخص شخصا لا يتمتع بأي جنسية فطبقا للمادة 22 من القانون المدني فإن القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

وقد كانت هذه المادة قبل تعديلها في 2005 تترك للقاضي سلطة تعيين القانون الشخصي لعديم الجنسية، وهو ما يتناقض مع أحكام الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر، كمعاهدة نيويورك لسنة 1954 الخاصة ببعدي الجنسية⁽¹⁾، التي تقضي بتطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، وهذا ما استدركه المشرع بموجب تعديل 2005، حيث أسند المسائل التي تخص ضابط الجنسية لعديم الجنسية إلى قانون موطنه أو قانون محل إقامته⁽²⁾.

المطلب الثاني: قبول الإحالة من الدرجة الأولى

يقصد بالإحالة تلك النظرية التي تقول بوجود تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا⁽³⁾. وتثور مشكلة الإحالة⁽⁴⁾ إذا توافرت عدة مفترضات أساسية وهي: أن يختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية قانون أجنبي، وأن يكون ضابط الإسناد لقاعدة الإسناد الوطنية مختلفا عن ضابط الإسناد لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، أو أن يختلف مفهوم هذا الضابط فيها⁽⁵⁾.

- 1- صادقت الجزائر على معاهدة نيويورك لعديم الجنسية بموجب المرسوم رقم 274/63 المؤرخ في 1963/07/25، ج ر 1964، ص 15.
- 2- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 90.
- 3- د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة المصرية، القاهرة، مصر، ط 03، ص 21.
- 4- تعتبر الإحالة نظرية حديثة نسبيا، وقد ارتبط ظهورها بشكل أساسي بالقضاء الفرنسي في قضية مشهورة تعرف بقضية "Forgo". حيث قضت محكمة النقض في 1878/07/24 بأنه يتعين على محكمة الاستئناف أن تطبق قاعدة إسناد القانون المختص، لا أن تطبق قواعده المادية التي تعطي الحل المباشر للنزاع. ومنذ هذه القضية استطرد القضاء الفرنسي في الأخذ بها، وكانت بذلك نقطة البداية التي أثارت جدلا فقهيًا صاخبا حول هذه المشكلة ما زال مستمرا بين مؤيد لها ومعارض، وكان لذلك أثره في إعمالها قضائيا والأخذ بها تشريعا، راجع، د/ موحد إسماعيل، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 195؛ *Lerebours Pigeonnière(P) et Lousouawrn (Y), Droit international privé, DALLOZ, 8eme édition, 1970, p468, 481*

5- فإذا أردنا مثلا تطبيق المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري، على مسألة تخص أهلية شخص إنجليزي، نجد أنها تشير باختصاص القانون الإنجليزي بوصفه قانون الجنسية، وعندما تطبق قواعد الإسناد في هذا القانون سوف تحيلنا إلى قانون موطن هذا الشخص، فإذا كان هذا الأخير متوطنا بإنجلترا قضت باختصاص القانون الإنجليزي، أما إذا لم يكن كذلك رفضت اختصاصه وأحالت إلى قانون

و قد عرفت الإحالة اختلافا فقهييا بين مؤيد ومعارض (الفرع الأول)، وقد تأثر المشرع بهذا الخلاف الفقهي، حيث اعتمد الإحالة بعد أن كان واكتفى منها بالدرجة الأولى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي حول الإحالة

عرفت الإحالة جدلا فقهييا واسعا بين فقهاء القانون الدولي الخاص، وقد تمحور هذا الاختلاف في اتجاهين اثنين الأول يرفض الإحالة (أولا) والثاني يرى بآعمالها (ثانيا).

أولا: الاتجاه الرافض للإحالة

يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ بأنه عندما تعين قاعدة الإسناد القانون المختص، فيجب على القاضي أن يطبق مباشرة قواعد الموضوعية دون تطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون، وحججهم في ذلك⁽²⁾:

- أن قواعد الإسناد من قواعد القانون العام، فهي إقليمية التطبيق فلا يطبقها إلا القاضي الوطني، كما أن الطابع السياسي لوظيفة قاعدة الإسناد يؤكد ذلك، ذلك أنها تفصل بين السيادة التشريعية للدول ذات الصلة بالتزاع⁽³⁾.

- إن أعمال الإحالة من شأنه أن يقودنا إلى حلقة مفرغة، فعند أعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص قد ترفض الاختصاص لقانونها وتحيل النزاع إلى قانون آخر وعند استشارة قواعد إسناده قد ترفض الاختصاص أيضا وتحيل النزاع إلى قانون آخر الذي قد يحيل بدوره إلى القانون الأجنبي

موطن الشخص، الذي قد يكون القانون الجزائري فهذه إحالة من الدرجة الأولى (الرجوع) أو يكون قانونا أجنبيا آخر فهي إحالة من الدرجة الثانية، وقد تستشار قواعد إسناد هذا الأخير فترفض الاختصاص له وتحيل على قانون آخر، وهذه هي الإحالة من الدرجة الثانية. راجع في أنواع الإحالة: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 437؛

Mayer (P) et Heuzé (V), Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005, p158

1- من الفقهاء الرافضين للإحالة نجد "Niboyet" و "Lerepours Pigeonnière" و "Brtin" و "Pillet" راجع، د/ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 146، ومنهم أيضا، د/ محمد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، مطبعة الاعتدال، القاهرة، مصر، 1924، ص 302، 314، د/ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 630؛ د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 114؛

Niboyet(P J), Cours de droit international privé français, 2ème édition, librairie du recueil sirey, 1949, p482 ;Lerebours Pigeonnière(P) et Lousouawrn (Y), op, cit., p467

2- راجع، د/ جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 627.

3- راجع، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في في التنازع الدولي للقوانين، ص 445.

المختص، ولا مجال للخروج مهذه المتأهة إلا باهمال إعمال قواعد التنازع في القانون الأجنبي وتطبيق قواعده الموضوعية مباشرة، أي رفض الأخذ بالإحالة.

- الإجحاف بحق الأشخاص، بأن يطبق عليهم نظام قانوني ليسو خاضعين له أصلا وغير مقرر في بلادهم⁽¹⁾؛ كأن تحيل قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي الفصل في نزاع يخص أهلية الإنجليزي متوطن في الجزائر على القانون الجزائري.

- منع إلزام القاضي من حل تنازع القوانين مرتين، فمشكلة تنازع القوانين تحل عند إعمال قواعد التنازع لقانون القاضي واختيار القانون واجب التطبيق، لكن إعمال قواعد الإسناد في هذا القانون تعني الفصل من جديد في تنازع قوانين.

ثانيا: الاتجاه المناصر للإحالة

يرى هذا الاتجاه⁽²⁾ بأنه لما تشير قواعد الإسناد في قانونه باختصاص قانون أجنبي، يجب على القاضي أن يطبق قواعد الإسناد في هذا القانون، لمعرفة هل تؤكد له الاختصاص، أم أن قانونا آخر هو الأجدر بالتطبيق وحججهم في ذلك:

- أن قاعدة الإسناد تنفذ إسنادا إجماليا للقانون الأجنبي، فهذا الأخير كل لا يتجزأ، ويعامل على هذا الأساس، وعليه فهو يختص بصفته نظاما قانونيا متكاملًا في قواعده الموضوعية وقواعد إسناده، فلا مبرر

1- د/علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص52.
2- من الفقهاء المناصرين للإحالة نجد د/عز الدين عبد الله والذي أشار أيضا إلى "Wolff" و "Frankenstein"، المرجع السابق، ط 03، ص 147، 153؛ د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص55؛
Battifol (H) et Lagarde (P), Droit international privé, Tome 1, 8^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, p497; Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p160.

وقد تأثر به القضاء أيضا، فقد استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى منذ قضية "Forgo"، أي الإحالة التي تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي، وقد أسست محكمة النقض الفرنسية ذلك على أن قواعد الإسناد الفرنسية لن يضيرها في شيء قبول إحالة قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الفرنسي، كما أن في هذا الحل تجنب الخلاف، ومن شأنه أيضا تحقيق فائدة تطبيق القانون الفرنسي، بل أن هناك قرار في 1963/05/15 أخذت فيه محكمة النقض الفرنسية بالإحالة من الدرجة الثانية،

Voir, Civ. 15/01/1963, Rev. crit. DIP 1964.532, note Lagad, JDI. 1963.1016, note Malaurie, JCP 196.II.13365, note Motulsky, Ga n°38.

لتجزئته والتمييز بين قواعده، كما أن تطبيق قولعه الموضوعية دون قواعد إسناده رغم رفض هذه الأخيرة الاختصاص إهدار لإرادة المشرع الأجنبي⁽¹⁾.

- إن أعمال قواعد إسناد القانون الأجنبي المختص يقود إلى الفصل في النزاع بذات الطريقة التي سيفصل بها قاضي الدولة الأجنبية لو أن النزاع قد عرض عليه، ويحقق بالتالي اتساقا في حلول تنازع القوانين بين الدول ذات الصلة بالنزاع، وذلك يؤدي إلى تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية⁽²⁾.

- إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى من شأنه أن يوسع من دائرة تطبيق القانون الوطني، كما أنه يساهم في تسهيل عمل القاضي خاصة إذا ما اختص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، إذ سيعفى من مشقة البحث في القوانين الداخلية في هذه الدولة⁽³⁾.

- إن قبول الإحالة يؤدي إلى استقلال حل النزاع عن اختيار المحكمة، إذ يصبح ليس من المؤكد تطبيق القانون الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد في قانونها، مما يسد الطريق أمام الخصوم للغش نحو القانون⁽⁴⁾.

وبعد عرض الاختلاف الفقهي حول الإحالة، نلاحظ أنه رغم وجهة أسانيد وحجج رافضي الإحالة، إلا أن الغلبة كانت لمناصري الإحالة، والدليل هو أن هذا الاتجاه قد غرض الطرف عن البحث عن مبررات الإحالة وأصبح يولي الاهتمام بالبحث عن الأساس القانون للإحالة، والذي اختلف فيه كما عرضنا ذلك سابقا.

1- هذه الحجة انتقدها مظفر الإحالة، لأن القول بالإسناد الإجمالي للقانون الأجنبي للوصول إلى أعمال قاعدة الإسناد فيه يخالف الوظيفة الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية وهي اختيار القانون الملائم لحل المسألة وليس قواعد الإسناد الأجنبية، راجع، د/عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 196.

2- شكك رافضو الإحالة في الوصول إلى هذا التناسق، كون ذلك متوقف على أخذ بعض الدول بالإحالة دون أن تأخذ بها دول أخرى، ونفس الأمر بالنسبة لتيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ أن ذلك قاصر على الحالة التي يكون الحكم الصادر واجب التنفيذ دولة القانون واجب التنفيذ الذي يجب إعمال قاعدة الإسناد فيه وهو فرض نادر، راجع، د/ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 154.

3- د/الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 117، 118، وهذه الحجة انتقدها رافضو الإحالة، بقولهم بأن الغلو في السعي إلى تسهيل مهمة للقاضي وتوسيع دائرة سلطات قانونه من شأنه أن يمس بتحقيق الاستقرار والأمان القانوني لعلاقات الأشخاص عبر الحدود، وأن يؤدي إلى إلغاء قواعد التنازع، والقول باختصاص قانون القاضي بحكم جميع النزاعات داخلية كانت أم دولية، راجع، د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 448.

4- د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع والموضع نفسه.

الفرع الثاني: الإحالة في القانون الجزائري

قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 10/05 كان الفقه مختلفا حول ما إذا كان المشرع قد اعتمد الإحالة أم لم يعتمدها⁽¹⁾ والسبب في ذلك عدم وجود نص يقض بذلك. لكن المشرع وبموجب تعديل 2005 أضاف نصا قانونيا وهو المادة 23 مكرر⁽²⁾، حيث أفصح عن موقفه من لإحالة، فاعتمد الإحالة من الدرجة الأولى.

لكن الملاحظ عند قراءة هذا النص أن هناك تناقضا ظاهرا بين فقرتيه، الأولى التي تأمر القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه دون النظر في قواعد إسناده، فالإسناد فيها موضوعي، في حين تأمر الفقرة الثانية القاضي أن يستشير قواعد الإسناد تلك، لتحيل إلى القانون الجزائري فيطبقه، فالإسناد فيها إجمالي.

وهذا الوضع كما يرى البعض يجعل القاضي في حيرة من أمره، إما أن يأخذ بالإحالة فهو هنا قد خالف قنانه وهي الفقرة الأولى من المادة، وإما ألا يأخذ بالإحالة فيكون قد خالف الفقرة الثانية من نفس المادة التي تأمره بالأخذ بها، وهي قاعدة آمرة وفي كلتا الحالتين يعتبر موقفه من الإحالة تجاوزا للسلطة يترتب عليه إلغاء الحكم الذي سيصدره، ويقترح حلا لذلك وهو تعديل المادة 23 مكرر 1 بما

1- من المفضل للإحالة من يرى باستحالة اعتماد المشرع للإحالة طالما أن قانون الأحوال الشخصية ليس علمانيا، كالدكتور موحد إسماعيل، المرجع السابق، ص 208 ورأى آخرون بأنها "غير مقبولة طبقا للقانون الجزائري، وهي استثناء يجب النص عليه صراحة ولا يجوز أن يستنتج بطريق الاستنتاج أو القياس" كالدكتور عليوش كربول، المرجع السابق، ص 108. ومنهم من يرى في رفضها أفضل، لأن الأخذ بالإحالة سوف يلحق ضررا بتوقعات الأفراد خاصة في الإحالة من الدرجة الأولى، إذ سوف تطبق الشريعة الإسلامية على الأجنبي كالأستاذ عبد الكريم بليور، المرجع السابق، ص 65 أما الاتجاه الفقهي الداعم للإحالة، فمنهم من يرى بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بها ما دام لا يوجد نص صريح بذلك، لكونها استثناء يجب النص عليه، ويثبتوا "لو أن القانون الجزائري أخذ بها في صورتها الأولى على أن يكون ذلك في نطاق الأحوال الشخصية" كالدكتور علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 11. ومنهم من يرى بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة، ويستندون إلى حجج أنصار الإحالة، كتوسيع لائحة القانون الجزائري وتسهيل مهمة القاضي مثلا كالدكتور الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 126.

2- تنص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي".

يتماشى و المنطق القانوني والحكمة من وضع قاعدة الإسناد، وذلك بحذف الفقرة الأولى والإبقاء على الثانية، وتبني الإحالة من الدرجة الأولى⁽¹⁾.

أما آخرون فيرون أنه بالرجوع للفقرة الأولى من المادة يتبين بوضوح وصراحة رفض المشرع الجزائري للإحالة من حيث المبدأ في جميع المواد، وذلك من خلال تقييد القاضي مسبقا بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون المسند إليه دون المرور على قواعد إسناده، وهو إسناد موضوعي، لا إسناد إجمالي، إلا أنه رغم ذلك فقد قبل الإحالة إلى القانون الجزائري، دون أن يقيدها⁽²⁾.

ونحن نشاطر بعض الفقه الذي يرى بأن التطبيق الصحيح للنص السابق أن القاضي الجزائري يجب عليه أن يرجع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وهنا يقتضي التمييز بين فرضين، الأول هو قبول القانون المسند إليه الاختصاص فتطبق قواعده الموضوعية، والثاني هو عند رفض القانون لمسند إليه الاختصاص، وفي هذه الحالة إما أن تحيل قواعد الإسناد فيه إلى قانون القاضي، فتطبق القواعد الموضوعية الوطنية، وإما أن تحيل إلى قانون أجنبي آخر، فتطبق القواعد الموضوعية في القانون المسند إليه⁽³⁾.

كما أن اعتماد المشرع للإحالة من شأنه أن يوسع من مجال تطبيق القانون الوطني، وأن يخفف القاضي عبء البحث في القوانين الأجنبية خاصة تلك النظم التي تأخذ بالتعدد التشريعي إقليميا أو طائفيا، بالإضافة إلى أن القانون المسند إليه يرفض الاختصاص ويحيل حل النزاع إلى القانون الوطني، وهذا الموقف يتماشى وكون الإحالة وسيلة للتنسيق بين الأنظمة القانونية المتضمنة لضوابط إسناد مختلفة⁽⁴⁾.

1- أ/عمارة بلغيث، الإحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2007، 01، ص ص 290.

2- د/عمر بلاوي، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 2008، 02، ص ص 350.

3- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 126.

4- بالرغم من أن اعتماد المشرع للإحالة من الدرجة الأولى، يحمل من المزايا، وتجنب الانتقادات الموجهة للإحالة عموما، إلا أنه يعاب عليه قبوله لها من قيد أو شرط، ولم يعط القاضي أي سلطة في تقدير ما إذا كانت الإحالة ستؤدي إلى حل معقول وعادل ولا تتعارض مع غاية ووظيفة قاعدة الإسناد، وبالنظر إلى المصلحة الوطنية، كما أن إطلاق الأخذ بحالة الرجوع قد يفسر على أنه انصياع لإرادة المشرع الأجنبي، كذلك لم يستثن بعض المسائل كالموارث والنظام المالي للزوجين وقانون الإرادة وشكل التصرفات، فقد يؤدي ذلك إلى المساس بتوقعات الأشخاص، والتي استثنتها معظم التشريعات التي أخذت بالإحالة، راجع، د/أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول

المطلب الثالث: إعمال المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص

من المظاهر البارزة لتأثر المشرع الجزائري بالظروف الدولية والمقاييس العالمية اعتماده للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، التي سوف نرى مفهومها (الفرع الأول)، ثم إن المشرع قد قصرها على موضوع تنازع القوانين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم المبادئ العامة

عرفت المبادئ العامة على أنها حلول وإن بدت خاصة بكل دولة على حدة، إلا أنها صارت تراثا قانونيا مشتركا، واكتسبت طابعا عالميا، بسبب قيمتها العقلانية والمنطقية، وبالشعور بأن أضحى، بطبيعتها، مشتركة بين كل النظم القانونية، ومتجردة من الخصوصيات الوطنية، لتبدو وكأنها نتاج الفكر القانوني والتقاليد المشتركة⁽¹⁾.

وتعتبر مبادئ القانون الدولي الخاص المبادئ الأكثر شيوعا في النظام القانوني الجزائري والأنظمة القانونية المقارنة، حيث يتم الرجوع مثلا إلى القانون المشترك للأمم، والقواعد والعادات الدولية، والأحكام عبر دولية للقانون التجاري الدولي، كقاعدة ضرورة تنفيذ العقد الدولي بحسن نية، وقرينة ضمان تبادل العملة في العقود الدولية، ومبدأ تضيق اللجوء إلى الفسخ وعدم التعسف في استعماله، وغيرها⁽²⁾.

لقد نصت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن المبادئ القانونية العامة المعترف بها من قبل الأمم المتحدة تعتبر مصدرا من مصادر القانون الدولي، ولو أن هذه المحكمة تختص أساسا بفض النزاعات بين الدول وأشخاص الفنون الدولي العام، إلا أنها تصدت في حالات نادرة للفصل في نزاعات تخص أشخاص القانون الدولي الخاص⁽³⁾.

الفرع الثاني: المبادئ العامة مصدر لقواعد الإسناد

لقد جعل المشرع من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص مصدرا رسميا احتياطيا خاصا بقواعد تنازع القوانين، يلجأ إليه القاضي فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين، وذلك

في التنازع الدولي للقوانين، ص 317.463؛ د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيحة، الجزائر، ط 2010، ص 12.

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 161.

2- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 48.

3- راجع: د/ موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 107.

بموجب تعديل القانون المدني لسنة 2005 في المادة 23 مكرر² التي تنص "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

والرجوع إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين ليس أمرا سهلا، فالكشف عنها يتطلب جهدا ووقتا طويلا، غير أنه هناك من الوسائل ما يسهل على القاضي هذه المهمة، كرجوعه إلى الدراسات المقارنة والمجهدات الفقهية، وأعمال الهيئات العلمية العالمية، واللجوء إلى الاتفاقيات الدولية، فإذا تمكن القاضي من الكشف عن قاعدة الإسناد المناسبة فعليه أن يراعي اكتسابها لصفة القاعدة العامة المشتركة، وتخلصها من الخصوصيات الوطنية للنظام القانوني الذي تنتمي إليه، وأن يراعي استجابة تلك القاعدة للأسس الفنية والسياسة التشريعية لنظامه القانوني⁽¹⁾.

والمبادئ العامة لتنازع القوانين تؤدي وظائف عديدة، فهي تساهم في سد ثغرات النظام القانون الوطني، ومواجهة الحالات التي لا توجد فيها قاعدة الإسناد المناسبة، وهي قد تقدم الحل الموضوعي المباشر للمسألة فتقضي على مشكلة التنازع ذاتها، وهي تساهم في تقييد أحكام القانون الداخلي، وهي تساعد أيضا على توحيد الحلول بتقريبها بين النظم القانونية، وهي تفتح باب الاجتهاد أمام القاضي الوطني ليجاري الاتجاهات القانونية المعاصرة التي تخلف عنها قانونه⁽²⁾.

المبحث الثاني: حلول جديدة في التعامل مع القانون الأجنبي

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي لحكم مسألة قانونية ما يتعين على القاضي أن يطبق أحكام هذا القانون، غير أنه ولما كان هذا القانون غير صادر عن المشرع الوطني قد تحول دون تطبيقه عثرات، منها تعذر إثباته (المطلب الأول)، أو أن أحكامه تتعارض مع النظام العام الوطني (المطلب الثاني)، أو ثبت أن اختصاصه قد انعقد نتيجة الغش نحو القانون (المطلب الثالث)، فينبئذ يمتنع القاضي عن تطبيقه ويطلب قانونا غيره، هذه الحالات أضافها المشرع بموجب تعديل 2005 للقانون المدني.

1- د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص161.

2- د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص163.

المطلب الأول: تطبيق قانون القاضي عند استحالة إثبات القانون الأجنبي

عندما يتعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، تثار مسألة القانون البديل الذي يسد هذا الفراغ، وقد اختلف الفقه والقضاء بين عدة حلول (الفرع الأول)، وقد كان للمشرع الجزائري موقفا صريحا حيث أسند الاختصاص للقانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الفقه الراجح يدعو إلى تطبيق قانون القاضي⁽¹⁾

يرى الاتجاه الغالب في الفقه⁽²⁾ أنه في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وتعذر عليه إعمال القوانين الأخرى المختصة طبقا لضوابط الإسناد الاحتياطية في قاعدة الإسناد، يتعين عليه في هذه الحالة تطبيق قانونه الوطني⁽³⁾.

وقد استند هذا الاتجاه على عدة حجج في تبرير ما ذهب إليه، وهي كما يلي:

- أن لقانون القاضي في مسائل تنازع القوانين اختصاص احتياطي عام، إذ يطبق على جميع المسائل حتى ما كان منها ذا طابع دولي.

- أن النظم القانونية عموما قد اتجهت مؤخرا إلى توسيع دائرة اختصاص القانون الوطني، فهناك قوانين التوجيه الاقتصادي والحماية الاجتماعية، التي تزايد عددها بتزايد تدخل الدولة في كافة المجالات، فهي

1- هناك اتجاهات فقهية أخرى، اتجه يرى برفض الفصل في النزاع لأن القاعدة القانونية قد انعدمت حكما بتعذر إثباتها، واتجاه آخر يرى بتطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتحدة، ولا ينبغي التقيد بقانون معين، واتجاه آخر يرى بتطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي المختص، فهو يؤدي إلى الفصل في النزاع بحل مماثل أو قريب مما يمكن أن يقدمه القانون الأجنبي المختص أصلا، واتجاه آخر يرى بتطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع تحقيقا لحكمة المشرع، وتحقيق غاية قواعد الإسناد وهي تطبيق أكثر القوانين صلة بالنزاع، لأن هذا القانون يعد الحل البديل الذي يوصلنا لنفس الغاية، غير أن هذه الآراء كلها منتقدة ومرجوحة، راجع: د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 258؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 576؛ د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 167؛ د/ أشرف وفاء محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، بدون دار نشر، مصر، 2007، ص 182.

2- راجع، الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 259؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع والموضع نفسه؛ *Batiffol (H) et Lagarde (P), op, cit., p544; Lousouarn (Y) et Bourel (P), Droit international privé, Dolloz, 4ème édition, 1993, p256.*

3- لقد اختلف أيضا هذا الرأي في تبريره، فمنهم من يقول بتماثل أحكام القانونين الوطني والأجنبي المختص، وهناك من يقول بأن لقانون القاضي اختصاص عام على جميع العلاقات القانونية، غير أنها تبريرات منتقدة، والرأي الراجح يبرره بأن لقانون القاضي اختصاص احتياطي عام لاستحالة تطبيق القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصلي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، راجع، د/ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 435؛ *Batiffol (H) et Lagarde (P). op, cit, p544*

من قوانين التطبيق الضروري، ولذلك لا يبدو غريبا أن يطبق القاضي قانونه عند استحالة تطبيق القانون الأجنبي.

- أن تطبيق القاضي لقانونه الوطني، يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، كما أنه أعلم بأحكامه وأسهل تطبيقا من غيره من القوانين.

ورغم الانتقادات التي تعرض لها هذا الرأي⁽¹⁾ يبقى حلا مبررا، ذلك أن قانون القاضي ليس غريبا عن المنازعة المطروحة، إذ يطلى بها على الأقل من ناحية أنه قانون المحكمة المعروض أمامها، كما أن تطبيق قانون القاضي يعتبر حلا عادلا، لأنه يجنب الخصوم النتائج السيئة التي تترتب عن رفض دعواهم، ولأجل هذا أكده الفقه والقضاء، كما تبنته العديد من التشريعات⁽²⁾.

الفرع الثاني: المشرع يسند الاختصاص إلى قانون القاضي احتياطيا

تبنى المشرع الجزائري الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وذلك بموجب تعديل 2005 للقانون المدني إذ تنص المادة 23 مكرر "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

وفي رأينا يعد هذا الموقف تطبيقا للمبادئ الإجرائية الواردة في المادتين 3 و 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي التزام القاضي بمنح الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني للمتقاضين، عن طريق الفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية المناسبة، وسواء بعد ذلك رفض الطلب، إذا كان غير مؤسس، أم تم قبوله إذا كان مؤسسا، وإلا عد القاضي ناكرا للعدالة.

وعليه فطبقا للمادة 23 مكرر سالف الذكر يجب على القاضي عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي، سواء التزم بمفرده بهذا الإثبات أو كان ذلك بمعونة الخصوم، أن يطبق القانون الوطني، وفي نظرنا أن إقرار المشرع لهذا الرأي له أسبابه، كما أنه يحقق عدة أهداف منها:

1- مثال ذلك لما يكون قانون القاضي غير ملائم لحكم النزاع، فيؤدي إلى نتائج غير مقبولة، أو ألا تكون لهذا القانون أية صلة بالنزاع، راجع، د/ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 441.

2- راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 578؛ د/ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 436.

- توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني، إذ الأصل هو إطلاق الاختصاص التشريعي للقانون في دولته وبين محاكمها، فالأصل هنا هو سلطان القانون من حيث المكان، فعد تعذر إثبات القانون الأجنبي يطبق باعتباره يسترجع ولايته العامة استنادا لمبدأ الإقليمية⁽¹⁾.

- إيجاد أساس قانوني لتطبيق القاضي للقانون الوطني عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، وإعطائه الصفة الاحتياطية في هذه الحالة، وقطع التأويلات المختلفة المستندة إلى الآراء السالفة في تبرير تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة.

- تسهيل مهمة القاضي في فصله للنزاعات الدولية الخاصة، لأنه أعلم بأحكام القانون الوطني وأسهل له في تطبيقه من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص مثلا، لكن هذا لا يعني أن يسرع القاضي في تطبيقه للقانون الوطني، إنما لا يجوز له ذلك إلا بعد التحقق استحالة تطبيق القانون الأجنبي المختص فعلا.

- الاعتراف بالصعوبات العملية التي تواجه القاضي في تطبيق القانون الأجنبي⁽²⁾، ومن ثم جعل له المشرع مخرجا عند تعذر إثبات القانون الأجنبي، بالسماح له بتطبيق قانونه الوطني، وهذا يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، إعمالا للمبادئ الإجرائية سالفة الذكر، كما يجنب الخصوم الآثار السلبية التي قد تترتب عن رفض دعواهم لهذا السبب.

المطلب الثاني: استبعاد القانون الأجنبي عند تعارضه للنظام العام

رغم أن الفقه الحديث جمع على أهمية دور فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع، إلا أنه ظل مختلفا حول تحديد مضمونها، ذلك لأنها فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض، وقد عرف بأنه "دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي"⁽³⁾.

1- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ص 13.

2- حيث يقول د/ الطيب زروقي، بأن الضرورات العملية في تطبيق القانون الأجنبي هي التي اقتضت هذا الموقف التوفيق، لأنه يشكل حالة استثنائية تبرره طبيعة العلاقات الدولية الخاصة، ومن ثم إذا تعذر إثبات وجوده أو تحديد مضمونه فيسترجع القانون الوطني دوره في التطبيق لأن له الولاية العامة، لهذا الاعتبار أقر حكم المادة 23 مكرر"، راجع مؤلفه: قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 10.05، ص 95.

3- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 271.

فيمكن للقاضي الوطني أن يستبعد القانون الأجنبي رغم اختصاصه إذا كانت أحكامه تخالف النظام العام⁽¹⁾، وقد تبني المشرع هذا المبدأ، بموجب نص المادة 24 من القانون المدني، التي تنص "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..."، ولذا سنتناول شروط فكرة النظم العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي (الفرع الأول)، ثم آثاره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الدفع بالنظام العام⁽²⁾

للدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق يجب توافر شرطان وهما: اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع⁽¹⁾، ومخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام الوطني⁽²⁾.

1- اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع

يتوقف إعمال الدفع بالنظام العام على تطبيق قاعدة الإسناد وأن تشير إلى اختصاص القانون الأجنبي، وهذا ما يوجب أسبقية تطبيق قاعدة الإسناد على إعمال الدفع بالنظام العام مما يعني استقلالها عن بعضها البعض.

أما إذا لم يكن القانون الأجنبي مختصا في حكم النزاع، أو أمكن استبعاده لسبب آخر كأن يكون قانون القاضي قد اختاره الأطراف بإرادتهم، أو أن يثبت له الاختصاص باعتباره من قوانين الأمن والبوليس، أو أسند إليه الحكم بطريق الإحالة، فلا مجال لإعمال الدفع بالنظام العام⁽¹⁾.

1- بدت ملامح فكرة النظم العام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالية القديم، حيث طبقت للتأكيد على التطبيق الإقليمي لما سميت آنذاك بالأحوال البغضة التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم، ثم استعملها كذلك الفقيه الإيطالي "Manchini" كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الوطني، وتبريرا لتطبيق بعض القوانين تطبيقا إقليميا، كما أنه يعتبر أو من أبرز فكرة النظام العام مسماة باسمها الحالي، ولم تثر فكرة النظام العام بمفهومها الحالي كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني "Savigny"، فبعد أن عرض نظريته في الاشتراك القومي التي تسمح للدول الأوروبية بتطبيق قوانين بعضها البعض، أشار إلى استثناء هام خول بموجبه للقاضي الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا ما تبين له انقطاع "الوحدة القانونية" بين قانونه والقانون الأجنبي المختص، وقد أخذ الفقه الحديث عنه ذلك دون أن يشترط مسبقا وجود "اشتراك قانوني"، وذلك لأن "Savigny" وجه نظريته في التنازع إلى الدول الأوروبية قبل أن تنتشر وتأخذ بها أغلب دول العالم، راجع: د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 190.

2- راجع: د/ عكاشة محمد عبد العال لنظام العام الإسلامي وإرث الأجنبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، 1999، 02، ص 62 وما بعدها؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 599 وما بعدها؛

Nibiyet (J-P), op, cit, p489.

2 تعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام

لا يكفي أن يكون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ملائماً لحكم النزاع المعروف، بل لا بد أيضاً أن يكون متماشياً مع المبادئ والقيم الأساسية لمجتمع دولة القاضي غير متعارض معها. ويؤكد الفقه أن العبرة في تقدير تحقق التعارض هي بوقت نظر القاضي في الدعوى، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع⁽²⁾.

ولتقدير هذا التعارض يتمتع القاضي بسلطة واسعة في ذلك حسب المفاهيم السائدة في دولته، بشرط ألا يكون هناك إفراط أو تفريط، حفاظاً على التوازن بين ضمان سريان المجرى الطبيعي للعلاقات الخاصة الدولية من جانب وحماية النظام العام الوطني من جانب آخر⁽³⁾، بالإضافة إلى أنه لا يقتصر في تقديره للتعارض على مضمون قواعد القانون الأجنبي، وإنما على الآثار الواقعية والفعلية لتطبيق هذه القواعد على النزاع، إذ قد يكون ظاهر تلك الأحكام غير مخالفة في حد ذاتها، غير أن عن تطبيقها الفعلي يقود إلى المخالفة⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: آثار الدفع بالنظام العام

إذا تعارضت قواعد القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي، ترتب على ذلك آثاراً تتمثل في الأثر السلبي وهو استبعاد القانون الأجنبي جزئياً أو كلياً (1)، والأثر الإيجابي وهو ثبوت الاختصاص للقانون الوطني (2)، وهناك بعض الحقوق لا يسمح القانون بنشئها، لكنه يسمح بأن ترتب آثارها إذا ما نشأت في الخارج وهذا هو الأثر المخفف (3).

1- /عمر بلماي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986، ص 131؛ د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 279.

2- د/عمر بلماي، المرجع السابق، ص 142؛ د/عليوش كريوع كمال، المرجع السابق، ص 178.

3- /حمة مرامرية، تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي تبسة، 2007، ص 02، ص 116؛ ويرى د/ غالب علي الداودي، د/ حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دون دار ولا تاريخ نشر، ص 148، بأن تقدير القاضي وتحديد متطلبات النظم العام يخضع كآلية مسألة قانونية أخرى لرقابة محكمة النقض.

4- مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض الإيطالية في حكم لها بتاريخ 1955/10/21 في أنه ولئن كان حكم القانون الإنجليزي الذي يجيز للفتاة البريطانية التي تعيش مع رجل إيطالي منفصل بدنياً عن زوجته أن تتسمى باسمه، في ذاته لا يخالف مقتضيات النظام العام الإيطالي إلا أن تطبيقه الفعلي يرتب نتائج مخالفة، حيث يستتبع إمكان معايشة شخص متزوج لغير زوجته هو ما لا يمكن قبوله أشار إليه، راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 602، 603.

1. الأثر السلبي للنظام العام

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي⁽¹⁾، غير أن خلافاً فقهيًا ثار حول هذا الاستبعاد أيكون كلياً أم جزئياً، لكن الفقه الغالب يرى بأن الأثر السلبي للنظام العام يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام⁽²⁾، ويطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع، ذلك أن مخالفة إحدى قواعد القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام لا تنزع عنه صفة القانون الملأّم وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، كما أن عدم التوسع في أعمال الدفع بالنظام العام يكفل احترام قاعدة الإسناد الوطنية⁽³⁾.

ويستند هذا الاتجاه إلى حجج عدة، منها أنه ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد، ووفقاً لل غاية التي يسعى إلى تحقيقها، أي بالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي، لأن الدفع بالنظام العام إنما يهدف إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام ومتى أمكن ذلك عن طريق الاستبعاد الجزئي كان ذلك أمراً مقبولاً⁽⁴⁾.

غير أن هذا الحل يرد عليه استثناءاً يتمثل في حالة ما إذا كان هناك ارتباط بين أجزاء القانون الأجنبي، ارتباط السبب بالنتيجة، أو أن الجزء المخالف يمثل السبب الرئيسي لوجود القانون الأجنبي، بحيث يكون من المستحيل استبعاده استقلالاً واستبقاء باقي القواعد، ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي كلياً⁽⁵⁾.

1- راجع في استبعاد القانون الشخصي، أحمد زوكاغي، حالة الأجانب وأهليتهم، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، 1999، 02، ص 32.

2- على خلاف ذلك يرى جانب من الفقه مثل "Niboyet" و "Lerepours Pigeonnière" و "Lousouarn" ضرورة أن يكون كلياً، لأن الاستبعاد الجزئي من شأنه أن يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي بشكل يعارض إرادة مشرعه، وأن يخالف قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيقه كوحدة، راجع، د/ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 203؛ *Nibiyet (J P), op, cit, p503;Lerebours Pigeonnière(P) et Lousouawrn (Y), Droit international privé, DALLOZ, 8ème édition, 1970, p495.*

3- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 607.

4- د/ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 530.

5- وقد تبني القضاء الفرنسي هذا الرأي وذلك في العديد من القرارات لمحكمة النقض منها القرار الصادر في 1964/11/17 الذي قضى بأن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا، إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم ومن ثم تبين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة وحسب، من دون أن يجل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأصبتهم *Voir, Cass.Civ, 17/11/1964, J.C.P, 1965,II,13978.*

2 الأثر الإيجابي للنظام العام

يقتضي الأثر الإيجابي للنظام العام إحلال القانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لحكم النزاع، وقد يتم هذا الإحلال بشكل صريح، وذلك عندما ينشئ علاقة لا يسمح القانون الأجنبي بإنشائها، وقد يتم ضمناً عندما يمنع القانون الوطني نشوء علاقة يسمح القانون الأجنبي بإنشائها⁽¹⁾.

ورغم أن الفقه الغالب يؤكد أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق قانون القاضي، إلا أن جانباً من الفقه الألماني يرى أن الأثر الإيجابي هو تطبيق نص قانوني آخر من القانون الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام، ويستند في ذلك إلى قرار صادر عن محكمة النقض الألمانية استبعدت فيه نص القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين محل النزاع بسبب تعارضه مع النظام العام، وأخضعت الدين إلى أطول مدة تقادم نص عليها القانون السويسري نفسه⁽²⁾.

إلا أن هذا لرأي منتقد لكون القاعدة القانونية الأجنبية المطبقة في هذه الحالة لا علاقة لها بالنزاع، كما أنه لا يمكن تطبيقه في أغلب الحالات التي يصعب فيها العثور على نص قانوني بديل، فيبقى إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد أسلم الحلول وأفضلها، وهو ما يرى به الفقه الغالب وتتبنته العديد من التشريعات⁽³⁾، وهو ما تبناه المشرع الجزائري بنص المادة 2/24 من القانون المدني.

3 الأثر المخفف للنظام العام

يقتضي فهم فكرة الأثر المخفف للنظام العام التمييز بين الحالة التي تكون فيها بصدد إنشاء الحقوق في دولة القاضي، حيث يكون للنظام العام أثره كاملاً بوجهيه السلبي والإيجابي، وهذا هو الأثر الكامل، وبين الحالة التي تنشأ فيها الحقوق في ظل قانون دولة أجنبية مخالف للنظام العام، وتنتج آثارها في دولة القاضي، حيث يعترف ببعضها وهنا يكون للنظام العام أثراً مخففاً⁽⁴⁾.

وتستند فكرة الأثر المخفف للنظام العام إلى أن هناك حالات يتعارض فيها القانون الأجنبي مع النظام العام، سواء نشأ الحق موضوع النزاع في الخارج أو في دولة القاضي، وهناك حالات أخرى

1- د/ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 207.

2- Lousouarn (Y) et Bourel (P), ap. cit., p 279.

3- د/ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 209.

4- د/ كمال كحل، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، حوليات جامعة بشار، 2009، 05، ص 85.

يتعارض فيها فقط إذا نشأ في دولة القاضي، دون أن يكون لنفاد هذا الحق تعارض مع النظام العام، إذ أن الشعور العام في بلد القاضي لا يتأثر بنفاذه بقدر ما يتأثر بنشأته⁽¹⁾.

المطلب الثالث: استبعاد القانون الأجنبي المختص بواسطة الغش

قد يستبعد القاضي القانون الأجنبي المختص أيضا عندما يكون قد انعقد له الاختصاص بواسطة الغش⁽²⁾، هذا الاستثناء اعتمده المشرع بموجب تعديل 2005، بموجب المادة 24 من القانون المدني، وعليه سوف نتناول ماهية الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي (الفرع الأول)، ثم آثاره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الغش تحوّل الإسناد إلى قانون غير مختص⁽³⁾

يتم الغش نحو القانون عن طريق "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلا، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي"⁽⁴⁾.

وقد نشأ الدفع بالغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد تطبيق قواعد القانون الأجنبي في القضاء الفرنسي (أولا)، وله شروط محددة (ثانيا)، كما أن له نطاقا معيناً (ثالثاً).

1- ولهذه الحالات عدة تطبيقات في القضاء الفرنسي، منها أن محكمة النقض الفرنسية قضت بعدم الاعتراف بحق الملكية الذي اكتسب في الخارج عن طريق نزع الملكية دون تعويض، وبالمقابل فإنها اعترفت باتار الطلاق بالإرادة المنفردة، وتعدد الزوجات الذي نشأ في الخارج رغم أن القلق الفرنسي لا يقر ذلك، لكن إذا أريد الاعتراف ببعض آثاره كحق الزوجة في طلب النفقة أو الإرث فإن هذا الأثر ليس فيه ما يمس النظام العام في فرنسا، غير أن هناك حالات أخرى لا يعترف فيها القضاء الفرنسي باتار هذا الزواج، وذلك متى كان للنزاع علاقة بالقانون أو الإقليم الفرنسي، و من ذلك على سبيل المثال ما جاء به قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 01 مارس 1973 الذي اعتبر فيه أن الزوجة الثانية لزوج جزائري لا يمكنها المطالبة بمنحة الضمان الاجتماعي، ما دام أن الزوجة الأولى قد استفادت منه لتعارض ذلك مع النظام العام في فرنسا، راجع: *Cass.Civi. 1^{er}., 28/01/1958, Rev.crit1958, 110, note A. ponsard.* راجع: *Cass. Civi. 1^{er}., 03/01/1980, D. 1980. 549, note Poisson-Drocourt; Rev.crit1980, 331, note H. Batiffol.*

2- يمتلئ الأثر المترتب عن الغش في القانون الداخلي في حرمان المتحايل من الإفادة من نتيجة تصرفه المشوب بالغش طبقا لنفس القانون الداخلي، غير أن الأثر المترتب عن الغش في نطاق تنازع القوانين يتمثل في حرمان المتحايل من تطبيق القانون المختص عن طريق الغش، راجع: د/أشرف وفاء محمد، المرجع السابق، ص 204.

3- راجع، د/نادية فضيل، الغش نحو القانون، ماجستير، الجزائر، 1984، ص 35 وما بعدها.

4- تعريف للدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص 542.

أولاً: الغش نحو القانون ذو نشأة قضائية⁽¹⁾

يعود أصل نظرية الغش نحو القانون إلى القضاء الفرنسي الذي طبقه لأول مرة بتاريخ 1878/03/18 في قضية تسمى بقضية الأميرة "La princesse de Bauffremont"⁽²⁾، وهذه الأميرة البلجيكية الأصل تزوجت بأمر فرنسي وأقامت معه في فرنسا واكتسبت الجنسية الفرنسية، وعلى إثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق غير أنها لم تستطع لكون القانون الفرنسي آنذاك كان يمنع الطلاق فلجأت إلى التجنس بالجنسية الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق، فتمكنت من الطلاق، وبالتالي تزوجت بأمر روماني يدعى "Bibesco" وأقامت معه في فرنسا، فرفع زوجها الأول دعوى بطلان الزواج الثاني لكون الطلاق غير صحيح، لأنه تم بعد تغيير الجنسية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1878/03/18 بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها، وهو ما يشكل غشاً نحو القانون⁽³⁾.

ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، كما طبقها القضاء في دول عديدة مثل بلجيكا و إنجلترا، واتجهت بعض الدول إلى سن نصوص صريحة لها مثل المجر واسبانيا واليابون ويوغسلافيا سابقاً⁽⁴⁾، وقد اعتمده المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني "... لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون..."⁽⁵⁾.

ثانياً: شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون توافر شرطان، الأول هو أن يتم إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد وهو الركن المادي⁽¹⁾، والثاني توفر نية الغش وهو الركن المعنوي⁽¹⁾.

1 - Voir, Batiffol (H) et Lagarde (P). op, cit., p594; Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p188.

2- Voir, Cass, 18/03/1878, S.78.1.193, note Labbé.

3 - Lousouarn (Y) et Bourel (P), op, cit., p 286.

4- د/أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق ص 546.

5- كانت المادة 24 من القانون المدني الجزائري تكثفي بالنظام العام فقط لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ولكنها بعد تعديل 20 جوان 2005 أصبحت تنص أيضاً على حالة الغش نحو القانون.

1. التغيير الإرادي في ضابط الإسناد

يتمثل الركن المادي للغش في أن يقوم الغاش بإجراء تغيير إرادي في العنصر الواقعي لضابط الإسناد ، وهذا لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن أن يتدخل الأفراد في تغييرها⁽¹⁾، كالجنسية، أو الموطن بالنسبة لمسائل الحالة الشخصية.

و يشترط أن يكون التغيير في ضابط الإسناد فعليا و ليس صوريا، كما يشترط أن يكون مشروعا فإذا كان بوسيلة غير مشروعة فإنه لا يعتد به، و يبطل دون حاجة لأعمال نظرية الغش نحو القانون، كما أن الدفع بالغش نحو القانون لا يتأتى إلا في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزء آخر يمكن عن طريقه تلافي النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى تحقيقها⁽²⁾.

2. نية الغش

تعتبر نية الغش الركن المعنوي للغش نحو القانون، فلقيام هذا الأخير يجب، بالإضافة إلى التغيير الإرادي في ضابط الإسناد، أن يهدف الشخص من وراءه إلى التحايل بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا، ويتعين على القاضي تقصي هذه النية وإثباتها، وهي ليست سهلة دائما، لكن يمكن له استخلاصها من ظروف الدعوى وملابساتها، كالتلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد و بين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، وكأن يكون القانون الذي سعى الأفراد إلى تطبيق أحكامه يعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد جذبهم لأغراض اقتصادية⁽³⁾.

الفرع الثاني: آثار الدفع بالغش نحو القانون⁽⁴⁾

اختلف الفقه حول أثر الدفع بالغش نحو القانون أن يقتصر على النتيجة التي سعى إليها الشخص وهي تطبيق القانون الذي يحقق مصالحه⁽¹⁾، أم يمتد ليشمل النتيجة والوسيلة معا⁽²⁾.

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 556؛

2- د/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص 316

3- د/نادية فضيل، الغش، المرجع السابق، ص135؛

Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p190.

4- اختلف الفقه حول تحديد نطاق إعمال نظرية الغش، فالفقه التقليدي يرى بأن إعمال النظرية مقصورا على التهرب من الأحكام الامرة في قانون القاضي فهو الذي يمس المصالح العامة في دولة القاضي، غير أن الفقه الحديث يرى بأن نظرية الغش نحو القانون تستجيب إلى مبدأ عام و هو مطاردة الغش بكل صوره، سواء قصد به التهرب من أحكام القانون الوطني أو قانون أجنبي ، وهذا الاتجاه هو الذي تبناه القضاء الفرنسي مؤخرا، والظاهر أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الاتجاه بموجب نص المادة 24 من القانون المدني.

Voir, Batiffol (H) et Lagarde (P), op, cit, p598; Lousouarn (Y) et Bourel (P), op. cit.,p 289;

د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 552؛ د/عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 494.

1- عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة

يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أن أثر الدفع بالغش يمتد ليشتمل النتيجة والوسيلة معا، أي يستبعد القانون المختص بواسطة الغش، عن طريق تغيير الجنسية مثلا، ويطبق القانون المختص مكانه وتلغى الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص، ذلك أنه من غير المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد، من حيث الاعتراف ببعض الآثار، وهي غير المهمة في نظر الغاش، ولا يعترف بالبعض الآخر الذي انصرفت إليه نيته، لهذا السبب ينبغي تعميم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش⁽²⁾.

غير أن هذا الرأي محل انتقادات عديدة أهمها أن الوسيلة التي تم بها نزع الاختصاص عن القانون المختص أصلا و إثباته لقانون آخر قد تم اكتسابها بطريقة صحيحة ومشروعة، وأن الشخص يفترض أن كافة الشروط قد توافرت فيه، والمعقول في هذه الحالة أن الجزاء يكون عدم الاعتداد بالجنس في القضية التي طرح فيها النزاع فقط⁽³⁾.

2 عدم النفاذ يقتصر على النتيجة

يرى جانب آخر من الفقه⁽⁴⁾ وهو الراجح بأن أثر الغش يقتصر على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصد إليها الشخص عندما قام بتغيير ضابط الإسناد دون الوسيلة لكونها تمت بطريقة مشروعة، ولأن العبرة في التصرف بقصده وغايته ولا داعي للمبالغة في الجزاء، ومن ثم يكفي أن يرد الغاش عن قصده، أما الآثار الأخرى الناتجة عن استعمال وسيلة مشروعة فلا تهم في نظر الغاش مادام لم يقصدها، ومن باب أولى ينبغي على القضاء ألا يفرضها عليه، ولأدل على ذلك هو اكتفاء محكمة النقض

1- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص301؛ د/نادية فضيل، المرجع السابق، ص136، دلجال محمود الكردي، المرجع السابق، ص234؛

Lousouarn (Y) et Bourel (P), op, cit., p306. Batiffol (H) et Lagarde (P). op, cit., p600

2- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص301.

3- د/موحد إسعاد، المرجع السابق ص314.

4- د/موحد إسعاد، المرجع السابق ص314؛ د/عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص449؛ د/هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص222؛ د/عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص512؛ د/أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص564؛ *Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p192; Nibiyet (J. P), op, cit., p503.*

الفرنسية في قضية "دي بوفرمون" سألقة الذكر بعدم الاعتراف بتطبيقها تجاه القانون الفرنسي دون أن تقضي ببطالان تجنسها بالجنسية الألمانية⁽¹⁾.

كما أنه ما دام الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي يعتبر وسيلة علاج احتياطية لحماية قاعدة الإسناد، فيجب استعمالها في الحدود التي تحقق هذه الغاية، وعليه فعدم نفاذ النتيجة يكفي لحماية قاعدة الإسناد برد اعتبار القانون الذي تم التحايل عليه والذي هو محل اختيار قاعدة الإسناد لولا هذا التحايل، فلا حاجة إذن لتتبع بقية الآثار بإبطالها⁽²⁾.

وتجدر الإشارة أخيراً بأن أثر الغش لا ينحصر في استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد اختصاصه عن طريق الغش، حينما قام بتغيير ضابط الإسناد، بل هو أثر حلوي أو استبدالي، أي أن يحل القانون المختص أصلاً، سواء كان القانون الوطني أم قانوناً أجنبياً، مكن القانون الأجنبي المختص بطريق الغش⁽³⁾، وهذا ما قرره المادة 24 من القانون المدني كما بينا ذلك سابقاً.

الخاتمة

لقد سعى المشرع الجزائري من خلال تعديلات 2005 للقواعد المنظمة لتنازع القوانين إلى جعلها منسجمة مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وأن تستجيب للمقاييس الدولية، وأن تعكس السياسة التشريعية الوطنية على الصعيد الدولي. فقد حاول المشرع تغطية النقص الذي كان موجوداً قبل التعديل، وأورد أحكاماً جديدة فرضتها الظروف الدولية والوطنية، وتطور العلاقات الدولية الخاصة، وقد حاول المشرع تحقيق التوازن بين مقتضيات المصلحة الوطنية ومقتضيات ارتباط الدولة بالاتفاقيات الدولية.

حيث اعتمد الحلول المنتهجة في الأنظمة القانونية المقارنة، فمشكلة إعمال ضابط الجنسية راعي في حلها الجانب الواقعي، ومصلحة أطراف النزاع، وتبنى نظرية التفويض إلى قانون الدولة متعددة الشرائع، وكرس مبدأ التناسق بين الأنظمة من خلال الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، واعتمد المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، وكرس مبدأ محاربة الغش وفي ذلك تغليب للجانب الدولي.

1- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 301.

2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 565.

3- د/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 324.

في مقابل تحقيق المصلحة الوطنية بتغليب الجنسية الجزائرية عند تعدد الجنسيات، وتوسيع نطاق تطبيق قانون القاضي والتمثيل عليه في تطبيق القانون الأجنبي عند تعذر إثباته وفي الإحالة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1. الكتب

- د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون دار نشر، جامعة عين شمس، مصر.
- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2008.
- د/ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010.
- د/ أشرف وفاء محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، بدون دار نشر، مصر، 2007.
- د/ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970.
- د/ جمال محمود الكردى، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005.
- د/ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- د/ حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دون دار ولا تاريخ نشر.
- د/ عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، مطبعة الاعتماد، القاهرة، مصر، 1924.
- د/ عبد الكريم أحمد سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة المصرية، القاهرة، مصر، ط 03.
- د/ عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006.

- د/ عمر بلماي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دار الهدى، الجزائر، 2008.

- د/علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- د/علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- د/عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

- د/محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011.

- د/موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

- د/هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

2. الرسائل والمذكرات الجامعية

- عمر بلماي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986.

- د/نادية فضيل، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984.

3. المقالات المتخصصة

- أحمد زوكاغي، حالة الأجنبي وأهليتهم، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، 1999، 02، ص 32.

- د/الطيب زروقي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين في الجزائر بقانون 05.10، مجلة المحكمة العليا، 2006، 01، ص 51.

- ألحمة مرامرية، تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي تبسة، 2007، 02، ص 114.

- دلكال كيجل، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، حوليات جامعة بشار، 2009، ص 05، ص 85.

- دلكاشة محمد عبد العال، النظام العام الإسلامي وإرث الأجنبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، 1999، 02، ص 62.

- أعمار بلغيث، الإحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2007، 01، ص 290.

- دلمر بلامي، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 2008، 02، ص 350.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية

- _ Battifol (H) et Lagarde (P), *Droit international privé, Tome1, 8^{ème} édition, L.G.D.J, Paris.*
- _ Lerebours Pigeonnière(P) et Lousouawrn (Y), *Droit international privé, DALLOZ, 8ème édition, 1970.*
- _ Lousouarn (Y) et Bourel (P), *Droit international privé, Dolloz, 4ème édition, 1993.*
- _ Mayer (P) et Heuzé (V), *Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005.*
- _ Niboyet(P_ J), *Cours de droit international privé français, 2ème édition, librairie du recueil sirey, 1949.*

التشريع البيئي الجزائري

د. بوسماحة الشيخ - جامعة تيارت

ملخص

من أجل المحافظة على ما لحق العناصر البيئية من أضرار، دفع ذلك المشرعون في مختلف الدول إلى سن تشريعات تهدف إلى المحافظة على هذه العناصر و السعي إلى التقليل من التلوث . وقد بينت الدراسات العديدة بأن البيئي تدهور مستمر يعود لعدة أسباب أهمها ما امتدت إليه يد الإنسان ، باعتبار هذا الأخير هو مشكلة البيئة نتيجة ممارساته غير السليمة على مخالفة ما تسنه السلطات العامة وعدم المبالاة إلا بمصلحه الخاصة، مما ترتب عن ذلك اختلال موازين البشر وظهور العلل و الأمراض .

وباعتبار البيئة الطبيعية و البيئة المشيدة كل متكامل أصبحتا اليوم أكثر من ذي قبل مطلبا سياسيا و اقتصاديا و اجتماعيا ضمن التنمية المستدامة في ظل نظام قانوني بيئي يتماشى ومتطلبات الحياة ووضع آليات لتطبيقه . و لقد تضمن التشريع الجزائري ترسانة من النصوص القانونية و التنظيمية لحماية البيئة بما يكفل جوانب حياة الأفراد و أنشطتهم .

مقدمة

إن إصلاح الأرض للحياة نظام بديع متوازن أودعه خالق الكون فيها ، إلا أن يد الإنسان امتدت للطبيعة بعنف وأفست الكثير من عناصر البيئة على مر العصور ، مما جعل المشرعين في مختلف الدول ينتهون إلى خطورة هذا الوضع ، فاتجهت جهودهم إلى المحافظة على عناصر البيئة والسعي إلى التقليل من التلوث الذي يصيبها على نحو يحفظ لها توازنها الإيكولوجي . كما أن المساهمة في وضع نظام بيئي حظيت باهتمام متزايد من طرف المنظمات والهيئات المحلية والدولية إدراكا منهم بخطورة الآثار الناجمة عن فساد البيئة ومعاناة الإنسان خصوصا و الكائنات الحية عموما.

كما ساهمت العديد من الدراسات في دق ناقوس الخطر بأن البيئة في تدهور مستمر يعود لعدة أسباب من أهمها ما امتدت إليه يد الإنسان ، الأمر الذي يمكن القول معه بأن الإنسان هو مشكلة البيئة فعلا نتيجة ممارسته غير السليمة على البيئة ، فعلى الرغم من وجود تشريعات بيئية إلا أن الإنسان كثيرا ما يتجرأ على ما تسنه السلطة العامة من قواعد قانونية وتنظيمية غير مبالى سوى بتحقيق مصالحه الشخصية ولو أدى ذلك إلى إلحاق الأذى بالبيئة ذاتها ، وذلك لكون الإنسان مرهون ببيئته بل مرتبط ارتباطا وثيقا لو اختل هذا الرباط اختلت موازين البشر و اعتلت صحتهم وانتابتهم الأسقام والأوجاع والأمراض المزمنة ، مما يجعل المحافظة على البيئة فيها حفاظ للإنسان و للأجيال من بعده .

وباعتبار البيئة مجموع الظروف والعوامل الخارجية التي تعيش فيها الكائنات الحية وتتأثر في العمليات الحيوية التي تقوم بها، هذا ما يؤهلها إطارا للمعيشة يحصل منه الإنسان على مقومات حياته من غذاء وكساء ويمارس فيه علاقاته مع أقرانه من البشر .

وقد قسم بعض الباحثين البيئة إلى قسمين رئيسيين هما : **البيئة الطبيعية** التي تعبر عن مظاهر لا دخل للإنسان في وجودها أو استخدامها كالبهار، الصحراء ، المناخ ، التضاريس ، الماء السطحي و الجوفي ، الحياة النباتية والحيوانية وهذه البيئة ذات تأثير مباشر أو غير مباشر في حياة أية جماعة حية من نبات أو حيوان أو إنسان. أما **البيئة المشيدة** فتعبر عن الماديات التي شيدها الإنسان من نظم اجتماعية ومؤسسات أقامها أو ما سخر من بيئة طبيعية خدمة لحاجيات البشرية كاستعمال الأراضي الزراعية والمناطق السكنية، والتنقيب عن الثروات الطبيعية، والمناطق الصناعية، والمراكز التجارية، والمدارس، والمعاهد والطرق... الخ .

وعليه فالبيئة بشقيها كل متكامل تشمل إطارها الكرة الأرضية باعتبارها أول كوكب للحياة، لذلك شئنا أم أئبنا في كوكبنا وليس لنا بديل معقول سوى أن نعمل جميعا لنجعل منه بيئة نستطيع نحن وأطفالنا أن نعيش فيه حياة كاملة آمنة .

وباعتبار التنمية المحلية مطلبا سياسيا واقتصاديا و اجتماعيا يسعى المشرع إلى تحقيقه من خلال الإصلاحات القانونية والوسائل المالية التي تضعها السلطات المركزية في الدولة، فلا يمكن القول أن المشرع الجزائري أهمل البيئة، بل تدخل ل حمايتها في إطار حفظ الصحة والسكينة العامة ولأمن العام، سواء في إطار القوانين المتعلقة بالجماعات المحلية أو غيرها من النصوص التشريعية و التنظيمية في مجال الغابات و الصيد أو المتعلقة بتهيئة الإقليم وتنمية أو المتعلقة بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة أو المتعلقة بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها وغيرها. هذا مما يدفعنا إلى ضرورة البحث في دراسة الطبيعة القانونية للتشريع البيئي على الرغم من تعقده وتعدد مجالاته، لكي نتمكن من تحديد كفاءات تطبيقه، هذا ما سنحاول بيانه من خلال النقطتين التاليتين :

- النظام القانونية لحماية البيئة .

- كفاءات تطبيق التشريع البيئي.

المبحث الأول : النظام القانوني لحماية البيئة

لقد تضمن التشريع الجزائري ترسانة من النصوص القانونية والتنظيمية لحماية النظام البيئي في الجزائر على اختلاف الأجهزة المتداخلة و الساهرة لحماية النظام البيئي في الجزائر من وزارات وجماعات

محلية وهيئات متخصصة⁽¹⁾، فقد تدخل التشريع بصيانة النظام العام لنواحي الحياة الخاصة بأنشطة الأفراد، كتنظيم الاجتماعات (قانون الجمعيات)، وتنظيم الأماكن العمومية، والمحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة العمومية⁽²⁾، وتنظيم تسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها كغاية لتجميل المدن أو المباني السكنية الخضراء من أجل تحسين الإطار المعيشي الحضري ومن أجل حماية البيئة⁽³⁾ أو كل ما يتعلق بغاية القانون التوجيهي للمدينة نتيجة الممارسات و الأنشطة الملوثة.

إذ نص التشريع على حماية البيئة وهو بالدرجة الأولى قانون يتعلق بحقوق الإنسان عامة وبحقه بالعيش في بيئة سليمة وملائمة للحياة الخاصة، لذلك أصبحت حماية البيئة من الحقوق والواجبات الواردة في الدستور والمعترف بها دوليا بمقتضى الاتفاقيات الدولية⁽⁴⁾.

ففي إطار التشريع الخاص بالمال العام والبناء والتعمير، تدخل المشرع لمكافحة التلوث وحماية الطرقات البرية وملحقاتها وشواطئ البحر والموانئ وما يتصل بذلك من حماية الطبيعة والبيئة، واعتبر المشرع تلك المخالفات جنائية ولا يستلزم عنصر القصد بل يكفي تحقق وقوع الفعل المادي حتى تثبت الإدانة ثم المسؤولية، فقد تدخل المشرع الجزائي لتنظيم البناء والتعمير بمقتضى العديد من القوانين والمراسيم التنفيذية⁽⁵⁾ بهدف إيجاد حلول فعالة لمشكلة التهيئة العمران، وهذا من خلال المزج بين قواعد العمران وقواعد حماية البيئة، وتظهر هذه الأهمية من خلال الهدف إلى تنظيم إنتاج الأرض للتعمير، وتكوين وتعمير مبنى في إطار تسيير مقتصد للأرض، والتوازن بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة والحفاظة على البيئة والأوساط الطبيعية، والمناظر والتراث الثقافي والتاريخي انطلاقا من احترام مبادئ وأهداف السياسة الوطنية للتهيئة الإقليمية، إذ يجب أن تكون المبادئ ذات الاستعمال السككي مجهزة بجهاز تصفية يمنع الرمي المباشر للروافد على سطح الأرض، أما المباني ذات الاستعمال المهني والصناعي تكون موضوعة بشكل يمنع رمي المواد الملوثة وإحداث الأضرار.

كما تدخل المشرع في إطار حماية البيئة من التلوث بالنفايات من قمامة ونفايات طبية و سائلة ونفايات إشعاعية الناتجة عن مخلفات النشاط الإنساني في حياته اليومية من ورق ومواد عضوية ومعادن وزجاج وغير ذلك نتيجة التضخم السكاني⁽⁶⁾ حماية من المضار ودرجة التأثير، إذ اهتم التشريع الجزائري بذلك في إطار السياسة الوطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية مع مراعاة التوازن البيئي والحفاظة على محيط معيشة السكان من جهة، ومن جهة أخرى لمقتضيات التنمية الاقتصادية بمقتضى التشريع المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها⁽⁷⁾، وكان هذا نتيجة ضعف نظم الجمع والتخلص من النفايات وغياب الوعي لدى الأفراد، وترتبت عن ذلك الأضرار الجسدية وانتشار الروائح الكريهة وظهور بيئة خصبة لتكاثر الحشرات كالذباب والبعوض والقوارض المعدية وظهور العديد من الأمراض لدى الإنسان

بسبب الميكروبات كالإسهال و الالتهاب الكبدي الوبائي وأمراض العيون و إصابة الأنعام ،فكان الهدف من هذا القانون الوقاية و التقليل من إنتاج و ضرر النفايات من المصدر وتنظيمها و فرزها ،والمعالجة البيئية العقلانية لها ، و إعلام والتحسيس المواطنين بالأخطار الناجمة عن النفايات و آثارها على الصحة والبيئة، إلزامية اتخاذ التدابير الواجبة للحد من تلك الأخطار ،إضافة إلى تثمين تلك النفايات ⁽⁸⁾ .

وفي هذا الصدد أكد المشرع على إنشاء مخطط وطني لتسيير النفايات الخاصة ،على أن يتم إعداده من طرف الوزارة المكلفة بالبيئة بالتنسيق مع الوزارات المكلفة بالصناعة والطاقة والصحة والفلاحة والنقل والتجارة والجماعات المحلية وتهيئة الإقليم والموارد المائية والتعمير والمالية والدفاع الوطني وكل هيئة أو مؤسسة معنية ،وقد أوجب القانون إنشاء مخطط بلدي لتسيير النفايات المنزلية معا تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي ليغطي كافة إقليم البلدية، وأن يتماشى ذلك مع المخطط الولائي للتهيئة الذي يتطلب أن يصادق عليه السيد الوالي التابعة إليه البلدية، وحمل القانون كامل المسؤولية للبلدية في مجال تسيير النفايات المنزلية والمشابهة باعتبار ذلك خدمة عمومية هدفها تلبية الحاجات الجماعية للمواطنين ،وسمح التشريع في هذا المجال للبلدية بامكانية التعاقد مع أشخاص طبيعية أو معنوية للقيام بهذه المهمة حسب دفتر شروط نموذجي لتسييرها.

أما فيما يخص إقامة المنشآت لمعالجة النفايات في حالة انتهاء الاستغلال أو الإغلاق للمنشأة فإن التشريع يلزم المستغل بإعادة تأهيل الموقع إلى حالته الأصلية، وهذا النهج يؤكد مصير الإنسان المرتبط بالتوازنات البيولوجية و بالسلاسل الغذائية التي تحتويها النظم البيئية ⁽⁹⁾ .

أما في إطار حماية البيئة وفق قواعد تسيير المساحات الخضراء ، فقد تدخل التشريع ⁽¹⁰⁾ بإدراج المساحات الخضراء في كل مشروع بناء تتكفل به الدراسات الحضرية والمعمارية العمومية و الخاصة ،كما ألح التشريع على ترقية إنشائها وتوسيعها بالنسبة للمساحات المبنية ، كما حدد تصنيفها مشيرا إلى تأسيس لجنة وزارية مشتركة للمساحات الخضراء مكلفة بملفات التصنيف ، كما حدد التشريع مخططات لتسيير المساحات الخضراء وذلك بخضوع هذه المخططات للسلطة التي قامت بإجراء ذلك التصنيف، بشرط احتواء التصنيف على ملف تقني يحتوي على مجموعة التدابير والصيانة و الاستعمال وجميع التعليمات الخاصة بحماية المساحات الخضراء المعنية و المحافظة عليها بهدف ضمان استدامتها.و في هذا الصدد تطلب التشريع تسمية المساحات الخضراء وفق المقاييس و الأهداف المحددة في قانون التسيير الخاص بالمساحات الخضراء ، و ذلك لإلزام كل إنتاج معماري أو عمراني بضرورة إقامة مساحات خضراء مع مراعاة طابع الموقع و المناظر التي ينبغي المحافظة عليها و تثمينها و الموارد الأرضية وأصناف وأنواع النباتات والمحافظة على التراث المعماري للمنطقة، كما أكد التشريع على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار

تخصيص مواقع للمساحات الخضراء داخل المناطق الحضرية عند إعداد أو مراجعة أدوات العمران وفق مقاييس لكل مدينة أو مجموعة حضرية أو سكنات خاصة .

كما تدخل التشريع البيئي في إطار القواعد المتعلقة بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁽¹¹⁾ بالتأكيد على جملة من الأسس و المبادئ ، أهمها مبدأ المحافظة على تنوع البيولوجي ، مبدأ عدم تدهور الموارد الطبيعية ، مبدأ الاستبدال ، مبدأ الإدماج ، مبدأ النشاط الوقائي وتصحيح الأضرار البيئية بالأولوية عند المصدر ، مبدأ الحيطه ، مبدأ الملوث الدافع ، مبدأ الإعلام و المشاركة ، فمن خلال هذه المبادئ يجب أن تكون حماية البيئة الاتجاه والممارسة والفكر حتى تستمر جهود التنمية بالعطاء ويتسنى للجنس البشري فرصة البقاء ، وحمايتها تعتبر تحدي حقيقي لما يواجهنا ، لكن هذه الحماية لا تعني أن نترك كنوز الأرض المدخرة و لا تعني التحريم المطلق لصيد الحيوانات في البر و البحر ، ولا تعني عدم قطع الأخشاب للصناعة ، بل لا بد من الاستئثار و أن لا يكون ذلك على حساب إسراف واستنزاف خيرات الطبيعة ، بل يجب أن تقتصد في الاستعمال مع إيجاد البدائل كما حدد التشريع مجالات كمنطق خاضعة لأنظمة خاصة كحماية المواقع و الأرض و النبات و لحيوان و الأنظمة البيئية في مجال المنشآت الإنسانية والأنشطة الاقتصادية المختلفة الأنواع إضافة إلى التدابير اللازمة لضمان المحافظة على البيئة في إطار المجالات المحمية الطبيعية التامة ، و الحدائق العامة ، والمعالم الطبيعية ، و مجالات تسيير المواقع و السلاسل ، و المناظر الأرضية و البحرية ، و المجالات المحمية للمصادر الطبيعية ، إذ تتحدد و التدابير الحمائية الخاصة في كل مجال وفق تقرير من الوزير المكلف بالبيئة ، و أن تكون خاضعة لقواعد الحراسة و المراقبة .

المبحث الثاني : كيفية تطبيق التشريع البيئي

تجدر الإشارة في البداية إلى أن التشريع البيئي قد تضمن أدوات لتسيير البيئة ، من ذلك هيئة للإعلام البيئي⁽¹²⁾ بوضع شبكة للمعلومات البيئية علميا وتقنيا وماليا وإحصائيا و اقتصاديا و كذا تحديد للمقاييس البيئية⁽¹³⁾ بحيث تسهر الدولة على حراسة مختلف مكونات البيئة عن طريق سلطة الضبط ، بحيث تحدد الآليات المتعلقة بالحراسة و المراقبة لكل الأنشطة و المناطق و الأوساط المستقبلية و محتوياتها . وكذلك تخطيط الأنشطة البيئية⁽¹⁴⁾ وذلك بإعداد مخطط وطني بيئي في إطار التنمية المستدامة و تحديد مجمل الأنشطة التي تعترم الدولة القيام بها في مجال البيئة ليم اعتمادها في مدة 5 سنوات وكذلك تفعيل نظام تقييم الآثار البيئية لمشاريع التنمية⁽¹⁵⁾ وذلك بدراسة التأثير المسبق حسب اختلاف حالات الدراسة للتأثير أو موجز التأثير على البيئة الخاص بمشاريع التنمية و الهياكل و المؤسسات و المصانع و الأعمال الفنية و عمال و برامج البناء و التهيئة التي تؤثر على البيئة فورا أو لاحقا ، و كذلك تحديد الأنظمة القانونية الخاصة و الهيئات الرقابية⁽¹⁶⁾ ، إذ يتم إنشاء أنظمة قانونية خاصة للمؤسسات

المصنفة والمجالات المحمية سواء كانت المؤسسة مصنفة مصنع أو ورشة أو معمل أو مقالع للحجارة ومناجم وكل لمؤسسات التي يحتمل أن تسبب أضرارا على الصحة العامة والنظافة والأمن والفلاحة والأنظمة البيئية والموارد الطبيعية والمواقع والمعالم والمناطق السياحية ، وبالنظر للأهمية وحسب المخاطر وما ينجم عن ذلك من أضرار عند الاستغلال يتطلب الأمر الحصول على ترخيص من الوزير المكلف بالبيئة والوزير المعني أو من طرف السيد الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي حسب التشريع المعمول به باستثناء المنشآت التابعة للدفاع الوطني ، أما المنشآت التي لا تتطلب لإقامتها دراسة تأثير ولا موجز للتأثير فإنها تخضع للتصريح لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي بالإضافة إلى تدخل المجتمع المدني أفراد أو جمعيات في مجال حماية البيئة⁽¹⁷⁾ وذلك بتقديم المساعدة وإبداء الرأي والمشاركة في الميادين المتعلقة بالبيئة .

ومن هنا نجد القانون من خلال التشريعات الخاصة والنصوص ذات الطابع التنظيمي قد حدد مختلف الأنشطة والمهن في الدولة، كما هو الشأن لمنع الصيد مثلا بهدف المحافظة على الحيوانات البرية أو المائية أو البرمائية ، أو تدخل التشريع للمحافظة على النواحي الجمالية أو المناظر الطبيعية ، أو تدخل التشريع الخاص بإقامة المنشآت أو المحلات المضرة بالصحة أو الخطرة . ومن هنا عادة ما تسند ممارسة سلطات الضبط للوزير أو الوالي أو رئيس البلدية أو الأعوان المفوضين أو المكلفين بذلك وفق وسائل عمل خاصة تتناسب مع موضوعاتها ، ويكون هذا التدخل بتوقيع جزاءات مع احترام الإدارة عند ممارستها لسلطاتها لبعض القواعد الإجرائية الخاصة بتنفيذ الضبط الإداري الخاص .⁽¹⁸⁾

لذلك حدد المشرع إمكانية تطبيق الجزاءات في مجال حماية البيئة سواء بمقتضى قانون العقوبات أو القوانين الأخرى وذلك بصفة التطبيق الواجب التنفيذ مباشرة، لأن التشريع البيئي إلزامي وله طابع جنائي ، ففي الجزائر هناك تكامل في تطبيق السياسة البيئية و أحيانا تدخل بين الوزارات و الجماعات المحلية و الهيئات المتخصصة، إذ تتقاسم الهياكل المركزية و المحلية مهمة المحافظة على البيئة إذ يختص وزير الداخلية في مجال الإصلاح الإداري بتنظيم إدارة الدولة و الجماعات المحلية⁽¹⁹⁾، إذ تعطي لها اختصاصات في مجال البيئة وحق تحرير محاضر المخالفات كأدلة لتوقيع الجزاءات .

وبرجعنا للتشريع البيئي في مادته الخامسة⁽⁵⁾ نجد أن المشرع أعطى الاختصاص للوزير المكلف بالبيئة و الهيئات المكلفة بتطبيق التشريع البيئي حق البحث عن المخلفات البيئية ومعاينتها⁽²⁰⁾ وترسل المحاضر في أجل 15 يوما من تاريخ تحريرها إلى وكيل الجمهورية و المعني بالأمر ، وفي هذا الصدد صنف التشريع البيئي كل المخلفات ضد البيئة بأنها جنح ، فإن ذلك يعطي الاختصاص لمحكمة الجح بنظرها بناء على قواعد الاختصاص الواردة في قانون الإجراءات الجزائية و المتعلقة بجهات الحكم⁽²¹⁾ ، باعتبار التغير

في خواص البيئة يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بالكائنات الحية أو المنشآت أو يؤثر على ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية ، أو هو فعل ما يضر بالبيئة من حيث إدخال ما يؤثر سلبا على عناصرها ، أو يخل بالتوازن الطبيعي لها ، إلا أنه أشرك تشريع حاية البيئة الجماعات المحلية في المساهمة باعتبارها مؤسسة ضرورية تتولى تطبيق التدابير الخاصة بحماية البيئة ، إذ أنشأ التشريع البيئي إضافة إلى ضباط وأعاون الشرطة القضائية العاملين في إطار أحكام قانون الإجراءات الجزائية، وكذلك السلطات المكلفة بالرقابة حق البحث والمعاينة للمخالفات الجنائية البيئية⁽²²⁾ ، بالإضافة لمفتشي البيئة، موظفو الأسلاك التقنية للإدارة المكلفة بالبيئة، ضباط وأعاون الحماية المدنية، متصرفو الشؤون البحرية، ضباط الموانئ، أعوان المصلحة لحراسة الشواطئ، قواد السفن البحرية الوطنية ، مهندسو مصلحة الإشارة البحرية، قواد سفن علم البحار التابعة للدولة، الأعوان التقنيون بمعهد البحث العلمي والتقني وعلوم البحار، أعوان الجمارك، القناصل الجزائريون في الخارج بإبلاغ الوزير المكلف بالبيئة والوزراء المعنيين .

وعليه يهدف التشريع إلى الوقاية من الاعتداءات التي تمس سلامة المال العام طبقا لما ود في الأحكام الواردة في قانون العقوبات أو من خلال التشريع المتعلق بتبييض الأموال، أو من خلال الأمر رقم 01/03 المتعلق بالنقد والقرض ، أو القانون رقم 01/05 المتعلق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب ، أو القانون رقم 01/06 المتعلق بلوقاية من الفساد ومكافحته ، وغيرها من النصوص التنظيمية . أما فيما يتعلق بالجرائم في مجال البناء والتعمير ، فقد تم تنظيمها بمقتضى القانون رقم 29/90 ومراسيمه التنفيذية بالإضافة إلى القانون رقم 20/01 المتضمن تهيئة الإقليم وتميئته المستدامة .

أما فيما يتعلق بدراسة مدى التأثير في البيئة، تعتبر وسيلة أساسية للنهوض بحماية البيئة⁽²³⁾ ، وذلك بإخضاع المنشآت المصنفة حسب أهميتها وحسب الأخطار أو المضار التي تنتج عنها بالاستغلال وفق رخصة منصوص عليها في التشريع المعمول به⁽²⁴⁾ ، ومن خلال تلك الدراسة أو الموجز للتأثير و التحقق العمومي تتبين الانعكاسات المحتملة للمشروع على الصحة العمومية و النظافة و الأمن و الفلاحة و الأنظمة البيئية و الموارد الطبيعية و الموقع و المعالم و المناطق السياحية أو المساس براحة الجوار ، حيث تسند هذه المهمة لمكاتب الدراسات أو مكاتب الخبرات أو مكاتب الاستشارات المعتمدة من الوزارة المكلفة بالبيئة ، وأن تقع نفقات الدراسة على عاتق صاحب المشروع ،بالإضافة إلى ما تضمنه القانون رقم 10/03 من أحكام جزائية⁽²⁵⁾ تتعلق بالمساس بالتنوع البيولوجي ، أو تمس بالمجالات المحمية ، أو تمس بحماية الهواء و الجو ، أو تمس بحماية الماء و الأوساط المائية، أو ما يترتب من الاستغلال في إطار المؤسسات المصنفة ، أو ما تعلق بالحماية من الأضرار ، أو ما تعلق بحماية الإطار المعيشي .

كما تضمن التشريع البيئي في مجال تسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتميئتها جملة من الأحكام الجزائرية⁽²⁶⁾ بعد أن يقوم ضباط و أعوان الشرطة القضائية و الموظفون المؤهلون بالتحري عن المخالفات و معاينتها فعلى الرغم من إصدار المشرع الجزائري بمنظومة تشريعية و تنظيمية لحماية البيئة، إلا أن ذلك لم يمنع الاعتداءات و التجاوزات المتكررة ، ولم يجد التدهور الذي أصاب المحيط الطبيعي ، و أثر ذلك سلبا على التوازن الطبيعي لكل الأيكولوجية، و على الرغم مما يتميز به التشريع البيئي بالطابع الجنائي في جانبه العقابي عند المخالفة دون المساس ما تضمنته القوانين الخاصة، و حتى يتسنى تطبيق السياسة البيئية يتطلب الأمر تكوين القضاة في المنازعات البيئية نظرا لتشعبها و طابعها التقني، فضلا عن إعداد خبراء مختصين في هذا المجال للاستفادة من خبراتهم حتى يتسنى لنا التطبيق السليم للتشريع البيئي .

خاتمة :

على الرغم من وجود ترسانة قانونية ، تشريعية و تنظيمية لا يستهان بها في مجال حماية البيئة، و على الرغم من أهمية التشريع البيئي و علاقته بالمصلحة العامة ، و رغم إلزامية قواعد التشريع البيئي و دور السلطات الحازم في تطبيق أحكامه ، و نظرا لتعاقد قواعده و ارتباطها بكل المجالات من صحة و اقتصاد و ثقافة و غيرها، إلا أن ذلك لم يمنع وجود آليات و وسائل لتطبيقه، ما زال الإنسان المعاصر بتكنولوجيته أفسد أكثر مما أصلح فأصبحت البيئة حاليا في مواجهة مشكلة التلوث التي لن نستطيع التصدي لها، و على الرغم من الوسائل التي حملها التشريع البيئي من خطر، إلزام ، ترخيص ، إبلاغ و ترغيب، إلا أن البيئة في تدهور مستمر.

ومن هنا تضمنت التشريعات البيئية تشريعات ضبطية ذات جزاءات فعالة تؤكد فرض أحكامها واحترامها من قبل الكافة حماية للنظام العام و محافظة على كيان الدولة المرتبط بنظامها، و لحماية البيئة يستلزم الأمر الاعتماد الرئيسي على وسائل لا يمكن الاستغناء عنها، منها :

- الرفع من مستوى الوعي البيئي لدى الجمهور لتفادي مخاطر الجهل، سواء عن طريق برامج التعليم ، أو عن طريق أجهزة الإعلام ، أو عن طريق تقديم المعلومات لرجال الأعمال ، باعتبار التربية البيئية أساسا لتكوين و تشكيل وعي بيئي سليم و منتج.

- إعداد الفنيين الأكفاء في مجال العلوم البيئية قصد الاستعانة و الاستفادة من دراساتهم في مجال التخطيط و التنفيذ لضبط لسلوك البشري و الوقاية من الفساد البيئي .

- تفعيل التشريعات البيئية عند وقوع أي عدوان على مكونات البيئة أو المساس بعناصرها بالاعتماد على أسلوبي منع أسباب التلوث و مقاومة الأسباب الموجودة من أجل حفظ التوازن البيئي.

الردع البيئي و إصلاح ما يمكن إصلاحه، إذ يتطلب الأمر عدم التراخي في تنفيذ الجزاءات على مخلفي البيئة للكشف عن الجرائم البيئية.

التأكيد على سياسة الحوافز لنجاح سياسة التنمية المستدامة لكل من حقق حماية و تنمية لعناصر البيئة، سواء بالاستفادة من قروض ميسرة لاستخدام تقنيات حماية البيئة ، أو الاستفادة من مساعدات تقنية، أو كل ما يسمح بحماية و تنمية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

المراجع المعتمدة

- 1أ. كراجي مصطفى- حماية البيئة نظرات حول الالتزامات و الحقوق في التشريع الجزائري- مجلة الإدارة، 2007-2، الصفحة 11.
- 2- محمد فؤاد مهنا- مبادئ و أحكام القانون الإداري- الإسكندرية، منشأة المعارف، 1975 ، الصفحة 85.
- 3-المادة 2 من القانون رقم 06/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 و المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها و تميمتها، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 31 لسنة 2007 .
- 4أ. غوثي بن ملحة - مقال حول حماية البيئة في التشريع الجزائري- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية - العدد 3 لسنة 1994 ، الصفحة 706 .
- 5-القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة و العمران، الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1990 و المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28 ماي 1991 و المتعلق بتحضير شهادة التعمير و رخصة التجزئة و شهادة التقسيم و رخصة البناء و شهادة المطابقة و رخصة الهدم و تسليم ذلك، الجريدة الرسمية رقم 26 لسنة 1991؛ والقانون رقم 20/01 المؤرخ في 12 ديسمبر لسنة 2001 ، المتعلق بتهيئة الإقليم و تميمته المستدامة.
- 6- السيد عاشور أحمد- التلوث البيئي في الوطن العربي واقع و حلول معالجته- الطبعة الأولى، القاهرة 2006 الصفحة 53 .
- 7- القانون رقم 91/01 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتسيير النفايات و مراقبتها و إزالتها، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 77 لسنة 2007.
- 8- المادة 2 من القانون رقم 91/01 المرجع السابق .

- 9- السيد عاشور أحمد- المرجع السابق - الصفحة 17.
- 10- المواد 6 ، 7 ، 8 من القانون رقم 06/07 المرجع السابق.
- 11- المادة 3 من القانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة الملغي للقانون رقم 03/83 المؤرخ في 5 فيفري 1983 المتعلق بحماية البيئة.
- 12- المواد 6 إلى 9 من القانون رقم 10/03 المرجع السابق .
- 13- المواد 10، 11، 12، من القانون رقم 10/03 ، المرجع السابق.
- 14- المادتين 13 ، 14 من القانون رقم 10/03 ، المرجع السابق.
- 15- المادتين 15 ، 16 من القانون رقم 10/03 المرجع السابق.
- 16- المواد من 17 إلى 34 من القانون رقم 10/03 المرجع السابق.
- 17- المواد من 35 إلى 38 من القانون من القانون رقم 10/03 المرجع السابق.
- 18 - F.Benoit, le droit administratif, 1968, page 674.
- 19- المادة 17 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 247 /94 المؤرخ في 10 أوت 1994 والمتعلق بصلاحيات وزير الداخلية والبيئة والإصلاح الإداري، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 53 المؤرخة في 17 أوت. 1994
- 20- المادة 111 من القانون رقم 10/03 المرجع السابق.
- 21- أ.غوثي بن ملحمة - المرجع السابق - الصفحة 706 .
- 22- المادة 21 من قانون الإجراءات الجزائية .
- 23- أ.بناصر يوسف - رخصة البناء وحماية البيئة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 4 لسنة 1994، الصفحة 832 .
- 24- المواد 18 إلى 28 من القانون رقم 10/03 المرجع السابق.
- 25- المواد من 81 إلى 110 من القانون رقم 10/03 المرجع السابق.
- 26- المواد من 34 إلى 40 من القانون رقم 10/03 المرجع السابق.

الشكلية في التصرفات القانونية

د. الصالح بوغرارة - جامعة تيارت

مقدمة

كان الشكل ضروريا لإنعقاد التصرف وركن كاف لقيامه وإنعقاده، ولا يوجد التصرف بدون غرض النظر عن إرادة أطرافه وسلامتها في القانون الروماني، فلا يهم وجودها إلى جانب الشكل فهو وحده الذي يوجد التصرف، لكن ويتأثر القوانين الحديثة بالمدارس الفلسفية التي ركزت على حرية الإنسان في التعاقد أخذت التصرفات القانونية تتعد شيئا فشيئا عن الشكليات التي كانت شرطا أساسيا في تكوينها لتصل إلى الإرادة الحرة التي ينبع منها الإلتزام ثم إلى مبدأ سلطان الإرادة.

هذا المبدأ الذي تأثر به المشرع الجزائري، وحدد وسائل التعبير عن الإرادة في المادة 60 من القانون المدني جعلها إما لفظا أو كتابة أو إشارة أو إتخاذ موقف معين بصفة صريحة أو ضمنية، ثم قسم التصرفات إلى رضائية وشكلية إذ أكدت المادة 59 من القانون المدني على مبدأ الرضائية بنصها " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

وبذلك تكون هذه المادة قد فتحت الباب للنصوص القانونية لأن تقييد هذا الرضا بأشكال وإجراءات تختلف باختلاف نوع التصرف، فقد تشترطها النصوص القانونية في مرحلة إنشاء التصرف القانوني وتكون مصاحبة للتراضي سواء بغرض التعبير عن الإرادة أو لانعقاد التصرف أو لإثباته، وتكون حينذاك كتابة رسمية أو عرفية ورقية كانت أو إلكترونية، كما قد تشترط قبل إنشاء التصرف بحيث يتوقف إبرامه عليها، أي تكون سابقة له ومن ضمنها شكل الوكالة والوعد بالتصرف والأوامر القضائية المؤهلة للقيام به، وتكون أحيانا أخرى لاحقة للتصرف كالتسجيل الضريبي والشهر العقاري والقيود والنشر التجاري.

ورغم تنوع هذه الشكليات و اختلافها حسب المراحل الزمنية لنشأة التصرف القانوني فإنها لا تؤدي إلى الاستغناء عن مبدأ الرضائية إطلاقا ولكنها في كل الأحوال مدعمة له خاصة إذا كانت الشكلية تنطابق نابعة من إرادة الأطراف، وتعتبر الشكلية عموما وفي أية مرحلة كانت ذات أهمية معتبرة بالنسبة للتصرف في حد ذاته كونها قد تكون ركنا فيه أو وسيلة لإثباته أو قرينة على صحته، وذات أهمية أيضا بالنسبة لأطراف التصرف إذ توفر لهم الحماية لاسيما بالنسبة للطرف الضعيف منهم، خاصة إذا اختاروها باتفاقهم، وبذلك يكون الشكل باعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة وقيدا عليها متعدد الوظائف حسب مختلف صورته فيكون للإثبات أو الإنعقاد أو إجراء مفروض قانونا لا بد من إستيفائه.

وفي ظل هذا التزام مجموع هذه الأفكار تتساءل حول هذه الشكليات المطلوبة قانونا. فما هي إذن الشكلية التي يمكن أن تصاحب التصرف القانوني أثناء إنشائه؟ والشكليات التي قد تسبقه أو تلحقه؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال ما سيأتي:

المبحث الأول: الشكلية المصاحبة لإنشاء التصرف القانوني

بعد إنتهاج المشرع الجزائري لمبدأ سلطان الإرادة في التصرفات القانونية، فإنه لم يبلغ دور الشكل نهائيا وإنما فتح المجال لوجوده في بعض التصرفات الهامة، واشترطه في بعض الحالات كركن فيها لإعقادها ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والتي رتبت على تخلفه البطلان، فلا تنعقد التصرفات الناقلة للملكية العقارية والمحلات التجارية وغيرها مما ذكرت المادة إلا بعد استيفاء الشكل الرسمي، ونصت المادة 467 مكرر من القانون المدني على أن الإيجار لا ينعقد إلا كتابة وأن يكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا وفي هذه الحالات يكون الشكل الكتابي ركنا في العقد إضافة إلى الرضا والمحل والسبب يترتب على تخلفه البطلان.

ونصت المادة 615 من القانون المدني كذلك على أن المرتب مدى الحياة لا يكون صحيحا إلا إذا كان في عقد مكتوب، وهنا تكون شكلية الكتابة مشترطة لصحة التصرف القانوني، ونصت المادة 334 من القانون المدني على " لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم ترد القيمة على 100000 دج فيما يخالف ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي ..أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة"، وبالتالي تكون قد فرقت بين العقد الرسمي وبين الكتابة كوسيلة إثبات.

وعليه يمكن القول بأن وظائف الشكل تختلف باختلاف نوعها والذي يكون إما رسميا أو عرفيا في صيغة كتابة ورقية أو إلكترونية، ويختلف الشكل أيضا باختلاف طبيعة التصرف، فيأخذ التصرف الرضائي الشكل الذي يرتضيه الأطراف مهما كان نوعه، بينما يأخذ التصرف الشكلي الشكل المفروض قانونا. وعليه سوف نتناول هذه الشكليات الكتابية التي يمكن للأطراف إفراغ تصرفهم القانوني فيها في مرحلة إنشائه سواء باتفاقهم أو بنص القانون، مقسمين إياها إلى مطلبين نتناول في أولها الشكل الرسمي، وفي الثاني الشكل العرفي بنوع من الفصل بين الشكل والتصرف في حد ذاته ومبينين أهمية الشكل وآثاره مع التطرق إلى بعض تطبيقاته.

المطلب الأول : الشكل الرسمي

وهو الشكل المحدد قانونا وفق شروط وأشكال معينة ويجرر من أشخاص مؤهلين قانونا وتفرغ فيه التصرفات التي اشترط فيها القانون الرسمية والتصرفات التي يرى الأطراف إفراغها فيه وهو ما نتناوله وفقا للنقاط التالية:

الفرع الأول : مفهوم الشكل الرسمي وشروطه

ونحاول من خلاله تحديد مفهوم الشكل الرسمي بمعنييه الواسع والضيق لنعرج بعد ذلك على شروطه القانونية ثم أنواعه على النحو التالي :

الفقرة الأولى: مفهوم الشكل الرسمي

عرفت المادة 324 العقد الرسمي على أنه: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه". ومن خلال هذا النص يكون للعقد الرسمي مفهومين الأول منها واسع أما الثاني فمفهوم ضيق فصلهما كما يلي:

أولاً: المفهوم الواسع و يقصد به كل سند محرر من قبل موظف عام مختص بغض النظر عن نوعية المهام التي يمارسها، سواء كانت تقتصر على تحرير العقود بصفة خاصة فقط، أو تتعداه إلى أعمال أخرى، بحيث تشمل السندات الرسمية بهذا المعنى إلى جانب العقود التوثيقية وثائق الحالة المدنية والأحكام القضائية والقرارات الإدارية وكل التصرفات الرسمية الصادرة عن مديري أملاك الدولة وكذا دواوين الترقية والتسيير العقاري وكذا العقود المحررة في القنصليات الجزائية وغيرها من الوثائق الرسمية¹.

ثانياً: المفهوم الضيق و يتعلق الأمر هنا بتلك السندات المحررة من قبل ضابط عمومي مختص بتحرير العقود والتصرفات بصفة خاصة وهو الموثق، وتسمى التصرفات الرسمية التي يجررها عقودا توثيقية كما هي منظمة في قانون التوثيق².

¹ زاوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير بن عكنون، ص 62 .

² قانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق المادة 26.

الفقرة الثانية : شروط الشكلية الرسمية

إن المادة 324 وبالرغم من قصرها لكنها تعج بالمفاهيم القانونية والشروط المختلفة للشكل الرسمي التي فصلها حسب العناصر الأساسية التالية:

- صفة محرر العقد "موظف، ضابط عمومي، مكلف بخدمة عام، في حدود سلطته واختصاصه"
- عقد محرر وفق الشكل القانوني.

- عقد إشهادي أو تصريح.

وتضيف المادة 324 مكرر³ "يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية بحضور شاهدين". وبذلك يكون هناك عنصر رابع هو: العقود الإحتفائية والعقود الرسمية الأخرى.

أولا : صفة محرر العقد

و قد قصرتها المادة السابقة على :

1/موظف عمومي : عرفته المادة 04 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة الصادر بالأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 بأنه: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في السلم الإداري". واستثنت المادة:02 منه في فقرتها الأخيرة القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان .

2/ ضابط عمومي وهو الشخص الذي يخول له القانون سلطة التصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق، كالموثق حيث نصت المادة 03 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق على: "الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة"¹.

3/الشخص المكلف بخدمة عامة : ويقصد بهم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية ومثالهم الخبراء المقبولون الذين تعينهم المحكمة، ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون.²

¹ وهو ما يعزز القول بأن هناك شكلية قانونية وأخرى اتفاقية، يرى الأطراف إفراغ تصرفهم فيها ويختلف الفقه حول إعتبارها ركنا في العقد أم لا والراجح هو أن الجواب عن ذلك يرجع إلى القاضي بعد بحثه في نية الأطراف حول ما إن كانوا يعتبرونها ركنا أم لا.

² حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومو، طبعة سنة 2004، ص 107 .

ثانيا: سلطة المحرر و اختصاصه

ويعني أن يكون محرر العقد الولاية أو التفويض القانوني في تحريره إضافة إلى اختصاصه الموضوعي أي استنادا إلى نوع العقد الذي يجوز له القيام بتوثيقه كأن يكون إداريا أو توثيقيا ثم اختصاصه المحلي ومثال ذلك نص المادة 2 من قانون تنظيم مهنة التوثيق على أن الاختصاص الإقليمي لمكاتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني¹. وتجدر الإشارة هنا إلى أن العقود المحررة من القضاة تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعدان العموميين وهو ما كرسه اجتهاد المحكمة العليا في القرار المؤرخ في: 1989/06/03 "من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعدان العموميين وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير مؤسس. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن القسمة المحررة من طرف القاضي الشرعي صحيحة ومعترف بها، ومن ثم فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"².

وكذلك لأمر في العقود الإدارية المتعلقة بالمستثمرات الفلاحية بحيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 2003/03/19 "إن العقد الإداري المشهر الذي يمنح للمستثمرة الفلاحية هو عقد رسمي يثبت حق الانتفاع الدائم على الأرض وهو حق عيني على العقار متفرع عن الملكية العقارية يمنح للمستفيد الصفة في ممارسة كل الدعاوى القضائية لحماية حقه في ذلك"³.

ثالثا: تحرير العقد وفقا للشكل القانوني و قد نصت كل من مواد القانون المدني وقانون تنظيم مهنة التوثيق وكذا الأمر 75/74 على نوعين من البيانات، بيانات عامة وأخرى خاصة:

1/ البيانات العامة: وهي بيانات لا بد أن يتضمنها كل تصرف رسمي منها ما نصت عليه المادة 324 مكرر² ق م كتوقيع العقود الأطراف والتأشير على ذلك من قبل الضابط العمومي وأضافت المادة 324 مكرر⁴ ق م على أن يبين في العقود الناقلة أو المعلنه عن ملكية عقارية، طبيعة ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين، وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية.

¹ علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، 1997 ص 236 .

² القرار رقم 40097 المجلة القضائية عدد 01 سنة 1992 ص 119، حمدي باشا، المرجع السابق، ص 109 .

³ القرار رقم 261995 المنشور بالمجلة القضائية عدد 01 سنة 2003 ص 338.

كما نص الفصل الخامس من القانون المتضمن مهنة التوثيق في مواده من 26 إلى 32 على أشكال العقود التوثيقية ومضمونها فتحتر بالغة العربية وتتضمن المبالغ المالية والتواريخ بالأحرف والأرقام، تكون خالية من كل تشطيب أو تحشير ولا تخلو من التنويه على هوية الأطراف..لخ.

2/البيانات الخاصة: وهي البيانات المتعلقة بكل تصرف اذ ينفرد بها عن باقي التصرفات وأهمها الشهود في العقود الإحتفائية طبقا للمادة 324 مكرر3 ق م، وكذلك البيانات المتعلقة بتحديد الملكية وأصلها، كما هو محدد ومبين في المواد 21 و66 و67 و114 من المرسوم رقم 63/76، وكلها تتعلق بالحالة المادية والطبيعة القانونية للعقارات.

الفقرة الثالثة: أنواع العقود الرسمية

يمكن تقسيم العقود الرسمية وخاصة التوثيقية منها على ضوء النصوص القانونية إلى ما يلي :

أولا: العقد الإشهادي والعقد التصريحي

1/العقد الإشهادي: وهو العقد الذي يثبت فيه محرره ما تم لديه، أي يثبت فيه ما جرى تحت سمعه وبصره بأمانة تامة، فيثبت حضور ذوي الشأن وما قام به كل منهم، وتسليم الثمن وحضور الشهود وذكرهم بأسمائهم وتلاوة الصيغة الكاملة لمعقد مع بيان الأثر القانوني المترتب عليها، وقيام ذوي الشأن والشهود بتوقيعها¹ أي أنه يكون شاهدا على كل ما جرى، وحجة هذا العقد مطلقة لا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/04/30 " من الثابت قانونوقضاء أنه إذا كان للعقد الرسمي قوة إثباتية فيما يخص المعينات التي قام بها الموثق نفسه فإن المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة إثباتية إلى غاية تقديم الدليل العكسي"²

2/العقد التصريحي: وهو العقد الذي يقتصر فيه دور الموثق على استقبال التصريح من ذوي الشأن ويصبه في قالب رسمي، أي يثبت فيه الوقائع التي ينقلها طالبوه إليه وهذا العقد يجوز الطعن فيه عن طريق إثبات عكسه وجاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/04/30: "ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الشرعيين، بتعمد من

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الإلتزام - المجلد 2، منشورات الحلبي . بيروت . لبنان 1998، ص 115 .

² القرار رقم 148561 المنشور بالمجلة القضائية عدد02 سنة 1997 ص47.

المدعين، فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع...¹، ومن بين هذه العقود التصريحية عقد الشهرة وعقد الفريضة والشهادة التوثيقية وعقد اللقيف.

ثانياً: العقود الاحتفالية والعقود الرسمية الأخرى

1/العقود الاحتفالية : هي عقود شكلية ورسمية اشترط المشرع تحريرها بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان طبقاً للمادة 324 مكرر 3 ق م، ولم يقر المشرع الجزائري بتحديددها لا بتسميتها ولا حتى بوضع معيار تشريعي معين يسمح بتحديددها، لكن العمل القضائي والتوثيقي خاصة ذهب إلى اعتبار كل من عقود الهبة، الوقف والوصية كعقود احتفالية².

ولقد أورد المشرع الجزائري هذا النوع من العقود في القانون المدني نقلاً عن المشرع الفرنسي رغم أنها غريبة عن المجتمع الجزائري وهو الشيء الذي جعلها غير معروفة وأدى إلى عدم القدرة على تحديدها بدقة، وما هي إذن إلا موروث عن القانون الفرنسي الذي كان يفرق بين العقود الرسمية العادية والعقود الاحتفالية والتي من ضمنها عقد الزواج والوصية .

2/العقود الرسمية الأخرى: وهي كل العقود التي فرض المشرع تحريرها من قبل موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة تحت طائلة البطلان إلا أنه لم يشترط فيها حضور الشهود وأبقاه أمراً اختيارياً، واكتفى فيها فقط بشهادة محررها والتي هي قرينة كافية على رسميتها، لكن الملاحظ في الواقع أن العمل التوثيقي درج على اشتراط الشهود في كل العقود التوثيقية دون استثناء.

ومن خلال هذه النظرة الوجيزة حول شروط وأنواع العقود الرسمية يتضح جلياً أن العقد الرسمي لا يعني العقد التوثيقي فقط، بل هذا الأخير ليس إلا صورة من صورته إضافة إلى العقود الإدارية كذلك العقود الصادرة عن مدير أملاك الدولة، أو الصادرة عن دواوين الترقية والتسيير العقاري، كما تجدر الإشارة أيضاً إلى أن العقد الرسمي قد يكون شكلاً قانونياً وذلك عندما يشترطه المشرع لقيام التصرف أو إثباته أو يكون إتفاقياً وذلك في غير العقود التي يشترط فيها المشرع الرسمية، وإنما رأى أطرافه وحدهم إفراغه فيها.

¹ نفس القرار السابق .

² حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هوامه ، طبعة 2004، ص 30.

الفرع الثاني: آثار توافر أو تخلف الرسمية في التصرف القانوني

تترتب عن توافر شروط الرسمية في التصرف القانوني أو تخلفها آثار ذات أهمية بالغة وذلك كونها هي التي تمنحه الوجود للقانوني أو القوة التنفيذية، أو تؤدي به إلى العدم أو صعوبة إثباته عند تخلفها، وهو ما سنتناوله في فقرتين إثنين كالآتي:

الفقرة الأولى: آثار توافر الرسمية

بعد إبرام التصرف القانوني وإصباح الشكلية الرسمية عليه من قبل الموظف المختص يكتسب قوة تنفيذية وحجية فيما بين طرفيه وفي مواجهة الغير، هذا إضافة إلى قابليته لإجراءات الشهر العقاري عندما يتعلق الأمر بعقار أو حقوق عينية عقارية، كما أن اشتراط المشرع الشكل الرسمي في تصرف قانونيها فإن ذلك ينصرف إلى كل وعد بهذا التصرف أو التوكيل فيه:

أولاً: القوة التنفيذية

العقد الرسمي المتكامل الشروط سند يمكن الدائن الذي يحمله من التنفيذ على مدينه، إن احتوى على إلزام ما، بعد تذييله بالصيغة التنفيذية دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، وقد نصت المادة: 31 من قانون تنظيم مهنة الموثق على أن تسلم النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي وفقاً للتشريع المعمول به، ويسري عليها ما يسري على الأحكام القضائية ويؤشر على الأصل بتسليم النسخة التنفيذية، وهذا ما يجعل الأشخاص يفضلون اللجوء إلى الموثق في تحرير العقود التي لها قيمة كبيرة حتى ولو لم يشترط القانون فيها الرسمية. إلا أن هذه القوة التنفيذية تستثنى منها العقود الرسمية المحررة خارج الوطن فلا يمكن تنفيذها بالجزائر إلا بعد أمر قضائي وهو ما تضمنته الإتفاقية الجزائرية الفرنسية في مادتها 08، وهو ما أقرته المحكمة العليا في القرار¹ المؤرخ في 1994/09/27: "من المقرر قانوناً أن العقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين أجانب، لا تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر، إلا وفقاً لما تقضي بتنفيذه إحدى الجهات القضائية الجزائرية ...".

ثانياً: حجية الشكل الرسمي

كل تصرف قانوني يفرغ في قالب رسمي يكتسب قرينة الرسمية، وذلك بأن يصبح له مظهر خاص يوحي بذلك فبمجرد الإطلاع عليه تقوم القرينة على رسميته، ومن العلامات التي تدل على الرسمية ختم الموثق، وهو صعب التقليد والتزوير، وقد أعطيت هذه القرينة حتى للصور المأخوذة عن الورقة

¹ القرار رقم 16876 المنشور بالمجلة القضائية عدد 03 سنة 1994، ص 146.

الرسمية طبقا للمادتين 325 و 326 ق م، وللعقد الرسمي حجية ما بين الأطراف وفي مواجهة الغير وقد أكدت المحكمة العليا على هذه الحجية في قرارها المؤرخ في 1998/11/18: "من المقرر قانونا أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كل التراب الوطني"¹.

ثالثا: إمكانية شهر التصرف الوارد في شكل رسمي

ويخص هذا الأثر القانوني التصرفات الواردة على العقارات أو التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، وذلك استنادا إلى نص المادة 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذلك نص المادة 61 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل والمتمم: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

رابعا: التأثير على الوصف الجزائي عند التزوير

فقد نصت كل من المادتين 214 و 215 من قانون العقوبات على جرم التزوير في المحررات العمومية أو الرسمية المرتكب من قبل قاض أو موظف أو قائم بوظيفة عمومية، وأضافت المادة 216 منه باقي الأشخاص مع إعطاء الوصف الجنائي للفعل، وهذا على خلاف التزوير المرتكب في باقي الأوراق والذي عادة ما يشكل جنحة .

خامسا: تصرف شكل التصرف إلى شكل الوعد به والتوكيل فيه

نصت المادة 72 من القانون المدني في فقرتها الثانية على أنه: "إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد". ونصت المادة 572 ق م كذلك على أنه: "يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك". وتجدر الإشارة هنا بأنه كذلك لا يمكن تعديل عقد رسمي إلا بعقد مماثل، كما لا تفوت الفرصة للتساؤل حول ما إذا كانت المادتين 72 و 572 ق م تشملان كلا من الشهر والتسجيل ???

¹ قرار رقم 176264 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1999 عدد 01 ص 102، الغرفة المدنية .

الفقرة الثانية: آثار تخلف الرسمية أو أحد شروطها

وتمثل هذه الآثار في بطلان التصرف الرسمي أو تحوله إلى ورقة عرفية كما يلي:

أولاً: بطلان التصرف الرسمي

في كل التصرفات التي جعل المشرع الشكل الرسمي ركناً لانعقادها تبطل بطلاناً مطلقاً، مثل العقود الواردة في المادة 324 مكرر 1 ق م كنقل ملكية عقار أو محل تجاري، ولا يصح القول بصحة مثل هذه التصرفات عند لعدام الشكل الرسمي أو عند تخلف البيانات الجوهرية فيه، وهو الأمر الذي خاضت فيه المحكمة العليا كثيراً إذ كانت تقضي بصحة العقود الشكلية رغم تخلف الشكل الرسمي فيها، إلا أنها تخلت عن ذلك منذ إصدارها وبغرفها المجتمعة القرار رقم 136156 بتاريخ 1997/02/20 الذي جاء فيه: "حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع - محل تجاري - شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد"¹. ونفس الشيء جاء في القرار المؤرخ في 2000/06/28 "الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقارات، اعتماداً على المادة 12 من الأمر 91/70 المدرج مضمونها في المادة 324 مكرر من القانون المدني وكذلك على المادة 16 من الأمر 74/75"². وفي نفس السياق كذلك صدر قرار مجلس الدولة رقم 210419 المؤرخ في 2000/02/26 عن الغرفة الثالثة: "حيث أن عقد بيع العقار لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام موثق".

إلا أن التصرف الذي لا يشترط فيه القانون شكلاً معيناً ويكتفي فيه بالرضا لا يبطل عند تخلف الشكل فيه إن كان الأطراف قد تفقوا على إفراغه فيه كون الأمر يتعلق بمصلحة الأطراف فقط، ويمكنهم التنازل عن ذلك ويكون قابلاً للفسخ فقط على أساس الإخلال بالتزام عقدي وبعد طلب من له المصلحة في ذلك.

ثانياً: تحول العقد الرسمي إلى عقد عرفي

نصت المادة 326 مكرر 2 ق م على أنه: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، ويعتبر كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف". ويلاحظ على هذه المادة، سوء صياغتها إذ سقطت منها كلمة يعتبر المسطرة بعكس صيغتها الفرنسية، واستناداً

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق ص 129.

² القرار رقم 197347 المنشور بالمجلة القضائية، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية 2004، الجزء الثاني ص 258.

إليها يكون العقد الرسمي محررا عرفيا عند وجود عيب في كفاءة أو أهلية محرره أو في شكله شرط أن يكون موقعا من الأطراف، فوجود التوقيع في العقد الرسمي الذي تخلف أحد شروطه طبقا لهذه المادة يمنحه صفة العقد العرفي.

وهو أمر سليم ومنطقي يتماشى والقواعد العامة لا سيما المادة 105 من القانون المدني التي تنص: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، لكن إذا كان هذا العقد يتضمن تصرفا شكليا فإنه لا يقبل التصحيح ولا يثبت إلا التزامات شخصية كبيع العقار مثلا فهو لا ينعقد في هذه الحالة وإنما يمكن أن يستعمل باعتباره عقدا عرفيا لإثبات قبض البائع مبلغا من النقود، وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 136139 المؤرخ في 18/02/1997 الذي جاء فيه: "حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان العقد

حيث أنه إذا كان من الصحيح أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية لملي عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع".

الفرع الثالث : بعض تطبيقات الرسمية

لما كان من الصعوبة بمكان حصر تطبيقات الرسمية، فقد اخترنا البعض منها لتقريب الصورة أكثر، ويتعلق الأمر بالمعاملات الواردة على العقارات والمحلات التجارية والشركات في الفرع الأول والمعاملات الواردة على السفن في الفرع الثاني.

الفقرة الأولى: المعاملات الواردة على العقارات والمحلات التجارية والشركات

لقد نصت المادة 324 مكرر¹ ق م على بعض العقود التي يجب أن تخضع إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان وهي العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية وحتى الصلح فيها¹ أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها،

¹ وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 274325 المؤرخ في 21/07/2004 المنشور بمجلة المحكمة العليا، عدد 02 سنة 2004 (المبدأ: الصلح المنصب على عقار يخضع للرسمية)

أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد .

ومنه فإن كل العقود المذكورة في هذه الفقرة هي عقود شكلية يكون الشكل الرسمي ركنا أساسيا فيها، وهذا النص واضح لا لبس فيه ولا يحتاج إلى أي توضيح إلا أن المحكمة العليا أكدت ما جاء فيه ليس بقرار عادي فقط بل وبقرار مبدئي مشهور صادر عن غرفها المجتمعة بتاريخ 1997/02/20 تحت رقم 136156 المذكور آتفاً، والسؤال المطروح هنا هل أن هذا النص كان بحاجة إلى اجتهاد؟ ونحن نعلم أن الاجتهاد لا يكون إلا عندما لا يوجد النص أو عند عدم وضوحه؟

إلا أن اللبس الذي كان حول هذا النص يعود لعدة عوامل أهمها الخطأ في تفسير النص من بعض الجهات، ثم وروده في باب إثبات الالتزام وليس ضمن أركان العقد، وقد كان من المفروض أن يكون ضمنها لاسيما وأن القانون المدني عرف عدة تعديلات في عامي 2005 و 2007 لكن لم يتم تدارك الأمر، إضافة إلى أن ما جاءت به الفقرة الثانية من نفس المادة: "كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي..." فقراءتها توحي بأن الشكل الرسمي وسيلة إثبات فقط والبطلان المقرر عند تخلفها يلحق الإثبات قط دون أن يتعداه إلى بطلان التصرف.

وأصبح الآن من المسلم به قضاء أنه لا يجوز أن يأمر القاضي المتخصصين بإتمام توثيق التصرفات التي اشترط فيها المشرع الرسمية وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/02/28 "المبدأ: استجابة قضاة الموضوع لطلب الطاعن الرالي إلى إتمام عملية البيع أمام الموثق وإفراغه في الشكل الرسمي رغم مخالفة عقد البيع مقتضيات المادة 12 من الأمر 91/70 يعد تطبيقاً خاطئاً للقانون"¹.

الفقرة الثانية : المعاملات الواردة على السفن

من خلال المادتين 49 من القانون البحري و 324 من القانون المدني نلاحظ أن كافة التصرفات المتعلقة بنقل ملكية السفينة بالبيع أو التنازل يجب أن تحرر في عقد رسمي موثق، والرسمية هنا

¹ القرار رقم 196507 المنشور بالمجلة القضائية، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية الجزء 02 سنة 2004 ص 266.

لتحقيق الغرض الذي تطلبه المشرع والمتمثل في مراقبة التصرفات الواردة على السفن وتوجيهها لتحقيق المصلحة العامة، كما أن أهمية السفينة بالنسبة للأفراد تقتضي أن تكون المعاملات الواردة عليها واضحة وبعيدة عن كل غموض قد يجر إلى نزاعات لاحقة، ويساهم الشكل الرسمي بدرجة كبيرة في تحقيق هذه الغاية إذ يسهل به إثبات لتقال الملكية والآثار المترتبة على ذلك، وبصفة عامة كل رهن أو تنازل عن السفينة سواء اتخذ شكل البيع والهبة، وسواء ورد على السفينة في طور البناء أو بعد إكمالها يجب أن يحرفي شكل رسمي وإلا كان باطلا، والملاحظ هنا أن الرسمية مشترطة لصحة العقد وليس لإثباته لأن تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا مثلها مثل العقارات والمحلات التجارية وذلك لتقارب كل منها في الأهمية.

المطلب الثاني : الشكل العرفي

نظم المشرع الجزائري الشكل العرفي في المواد 326 مكرر 2 و 327 و 328 من القانون المدني تحت تسمية العقد العرفي وتطرق إلى حجيته وشروطه دون أن يعطيه تعريفا محددًا، وزيادة على ذلك أضاف في 20 يوليو 2005 شكلا جديدا بموجب القانون رقم 10/05 المعدل للقانون المدني حيث تنص المادة 324 مكرر 1 منه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالأثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، أو أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها" وبالنظر إلى هذا النص نجد أن المشرع أورد الشكل الإلكتروني باعتباره وسيلة للتعبير والأثبات، وسوى بينه وبين الكتابة على الورق، بعد توفر شرطي التأكد من هوية المصدر والحفظ في ظروف تضمن سلامتها، وبذلك تكون الكتابة العرفية إما ورقية أو إلكترونية وهو ما نتناوله كما يلي :

الفرع الأول : الكتابة العرفية الورقية

ويعتبر هذا النوع من الكتابة الصورة التقليدية للشكلية العرفية وستتناوله في هذا المطلب بالتطرق إلى مفهومه، آثاره ثم بعض تطبيقاته في فروع ثلاث على التوالي :

الفقرة الأولى : مفهوم الكتابة الورقية وشروطها

أولا: مفهوم الكتابة العرفية الورقية

1/تعريفها: يعرفها البعض على أنها الشكل الذي تعارف عليه الناس واتخذوه وسيلة لإثبات تصرفاتهم القانونية، ثم قننه المشرع وأعطاه تسمية العقد العرفي، ونظمه في نصوص القانون المدني في المادتين 327 و 328 منه .

كما يعرفها آخرون بأنها الشكل الذي إستلزم المشرع أن تصاغ فيه بعض التصرفات القانونية وترك مهمة إعداده لأطراف التصرف دون ضرورة تدخل موظف عام لتحريره¹، وأأنه "كل عقد غير رسمي، لم يتدخل في تحريره موظف ما بحكم وظيفته"².

2/ صورها: يأخذ العقد العرفي عدة صور أهمها العقد الرسمي مختل أحد الشروط، والعقد المعد من قبل الأطراف، إضافة إلى العقد وفق نموذج مهيأ سلفاً كما يلي:

1/ العقد الرسمي مختل أحد الشروط: وهو ما نصت عليه المادة 326 مكرر 2 ق م: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي، أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"، وعليه فكل عقد رسمي حرره موظف عام عديم الكفاءة، أو غير مؤهل، أو لم يجر وفق الشكل المحدد قانوناً، يعد محرراً عرفياً متى كان موقعا من قبل الأطراف. والملاحظ هنا أن لفظ الأطراف جاء بصيغة الجمع، بعكس بعض التشريعات التي تفرق بين توقيع أحد الأطراف أو جميعهم حسب نوعية العقد العرفي المعني فيما إذا كان تبادلياً يجب توقيعه من الأطراف كلهم كالإيجار، أو فردياً كالإقرار بالدين³.

ب/ العقد العرفي المعد من قبل الأطراف: وهو كل عقد محرر من قبل أحد الأطراف أو شخص آخر في الشكل الذي يرضوه وبالطريقة التي يحدونها، بشرط أن يحمل العقد إحدى العلامات الشخصية الواردة في المادة 327 ق م من كتابة أو إمضاء أو بصمة، مما يمكن من نسبة أو نفي المحرر عنه في حال النزاع.

ج/ العقود العرفية المعدة وفق نماذج مهيأة سلفاً: وهو ما يكون وفق استمارات أو مطبوعات معدة مسبقاً ولا يبق على الأطراف سوى ملئها، كعقود التأمين والشيكات، وأوسع مجال لتطبيق هذه العقود العرفية هو الأوراق التجارية كالسفتجة والسند لأمر⁴.

ثانياً: شروط الكتابة الورقية العرفية: كل عقد عرفي لا بد أن يكون مكتوباً أو محرراً من الأطراف، أو على الأقل موقعا من قبلهم كي يحتج به، ولذلك تكون شروط الكتابة الورقية العرفية كما يلي:

¹ زواوي محمود، الشكلية للصحة، مرجع سابق، ص 91.

² عبد الحكم فوده، المحررات الرسمية والمحررات العرفية، دار الفكر القانوني، ص 53.

³ نفس المرجع، ص 54.

⁴ بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، الطبعة الثانية عن المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 129.

1/الكتابة: ويقصد بها ما هو وارد في المادة 323 مكرر ق م من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها، وبذلك فكل كتابة تدل على الغرض المقصود من تحرير المحرر، أو بعبارة أخرى تكون الكتابة تعبيراً أو إفصاحاً عن واقعة قانونية مما كانت اللغة أو الخط الذي كتبت به، بالالة الناسخة أو الكمبيوتر أو غير ذلك¹، ولا يشترط في الشكل المكتوب التاريخ فهو يصح بدونه رغم أهميته وتأثيره على صحة التصرف، ولكن المشرع قد يشترط ثبوته أو كتابته، وأحياناً ذكره مثلما هو الحال في الأوراق التجارية كالسفتجة 390 ق ت، والشيك في المادة 472 ق ت، والسند لأمر في المادة 465 من القانون التجاري².

2/العلامة المميزة الرابطة بين المحرر وصاحبه: وفي هذا الصدد يتكلم الكثير من الشراح عن التوقيع كشرط من شروط العقد العرفي، إلا أن هذا وانطلاقاً من نصي المادتين 326 مكرر 2 و 327 ق م فإنه لا يصدق على ما هو في القانون الجزائري، لأن المادة الأولى تكلمت عن وجوب وجود التوقيع في العقد الرسمي الميعب، في حين ذكرت المادة الثانية الكتابة بخط يد المتصرف ثم توقيعه أو بصمة إصبغه، ثم أضافت التوقيع الإلكتروني ومن ذلك فالهمم أن تكون في العقد العرفي علامة مميزة من العلامات المذكورة في المادة سالفة الذكر تربط بين صاحب التصرف والعقد العرفي، وهي ليست بالضرورة دوماً توقيعاً فقد تكون بصمة أو ختماً مثلاً.

الفقرة الثانية: آثار الكتابة الورقية العرفية

كل عقد اتخذ الشكل العرفي المكتمل الشروط تكون له حجية على مصدره مالم ينكره صراحة، وعلى وراثته مالم يؤدوا اليمين على عدم علمهم بأنه صادر من مورثهم، أما بالنسبة للغير - وهو كل شخص لم يذكر اسمه في العقد كطرف، ويدعي بحق خاص له يتضرر لو ثبت أن للعقد تاريخ سابق - فلا يكون حجة في مواجهته إلا من يوم ثبوت تاريخه³ بأحدى الطرق المذكورة في المادة 328 من القانون المدني.

أولاً: عدم إنكار العقد العرفي

ويعني عدم تجاهل من أحتج بالعقل العرفي في مواجهته صدوره عنه، وإذا أنكره فلا بد أن يكون الإنكار صريحاً وقبل مناقشة الموضوع، لأن مناقشة الموضوع تعتبر سكوتاً وإقرار ضمناً بنسبة

¹ رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية - الدليل الكتابي - الدار الجامعية طبعة 1994، ص 201.

² عبد الحكيم فوده، المحررات الرسمية والمحررات العرفية، مرجع سابق، ص 55.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الإلتزام - المجلد 2، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان 1998، ص 190.

العقد اليه، وفي حالة الإنكار يتم اللجوء إلى مضاهاة الخطوط طبقا للمواد 76 إلى 80 ق إ م. أما بالنسبة لورثة مصدر السند فلهم أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنه صادر من مورثهم ليستبعد كوسيلة إحتجاج في مواجهتهم.

ثانيا: ثبوت التاريخ

و هو ما يمنح العقد العرفي الحجية في مواجهة الغير طبقا للمادة 328 ق م، ويثبت العقد بموجبها من يوم تسجيله أو ثبوت مضمونه في عقد آخر محرر من موظف عام، أو مؤشر عليه من قبل ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

الفقرة الثالثة : بعض تطبيقات الكتابة العرفية الورقية

وتتطرق إلى البعض منها في التصرفات المدنية ثم إلى البعض الآخر في التصرفات التجارية كالآتي:

أولا: في التصرفات المدنية

وتكون في كل العقود التي يرى الأطراف إبرامها في هذا الشكل إلا ما استثناه المشرع صراحة، كالعقود التي فرض فيها الرسمية، وقد نص المشرع على وجوب الكتابة في العديد من العقود دون أن ينص على وجوب الرسمية، فاكتمى فيها بالشكل العرفي فقط، ومنها على سبيل المثال عقد الإيجار المدني حيث تنص المادة 467 مكرر ق م على "ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا"، والملاحظ في هذا الشأن أن المشرع في التعديل الأخير للقانون المدني الصادر في 13 ماي 2007 قد زاد الأمور إبهاما بحيث اشترط لانعقاد الإيجار الكتابة وثبوت التاريخ، ولم يشترط الرسمية رغم أن ثبوت التاريخ عن طريق التسجيل قد تم إلغاؤه بقانون المالية لسنة 1990، ولم يبق من وسائل ثبوت التاريخ طبقا للمادة 328 ق م إلا ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، أو التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، أو وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء، وما يعزز القول بأن المشرع لا يتجه إلى الرسمية في عقود الإيجار المدني هو كذلك النص الفرنسي إذ تنص المادة على أنه: " le bail est conclu, sous peine de nullité, par écrit ayant date certaine" فهي إذن تؤكد على الكتابة وليس على الرسمية لأن العقد الرسمي هو: " acte authentique " وليس ما هو معبر عنه في المادة 467 مكرر ب: " écrit"، وزيادة على هذا فإن العقد الرسمي ثابت التاريخ بذاته ومن يوم تحريره، كونه مؤشر عليه من قبل ضابط مختص ولا حاجة لذكر ثبوت تاريخه لأنه ربط هذه الوسيلة بالعقد العرفي دون غيره .

وإلى جانب عقد الإيجار كذلك يوجد عقد المرتب مدى الحياة إذ نص المادة 615 ق م: "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص بعقود التبرع".

ثانياً : في التصرفات التجارية

ونركز فيها بصفة أساسية على الأوراق التجارية والتي تعرف بأنها "سندات مكتوبة في شكل قانوني محدد وتتضمن التزاماً بدفع مبلغ من النقود في وقت معين أو قابل للتعين"، ويمكن نقل الحق الثابت فيها عن طريق التظهير أو التسليم، والأوراق التجارية معدة أصلاً للاستجابة لحاجيات التجارة خاصة ما يتعلق منها بالسرعة والإئتمان، وهو ما جعل الطابع العرفي يغلب عليها، وبذلك فهي عبارة عن أوراق عرفية نظمها المشرع في القانون التجاري في الكتاب الرابع منه بالمواد من 389 إلى 543 مكرر 24 منه واشترط فيها بعض البيانات الإلزامية تحت طائلة عدم قبولها والإحتجاج بها، ومن بين هذه البيانات تسمية السند وتاريخ إستحقاقه و اسم المستفيد و المسحوب عليه و مكان الوفاء بها وتوقيعها .

وإضافة إلى الأوراق التجارية هناك عقود نقل الحقوق المادية المتعلقة بالملكية الفكرية والحقوق المجاورة إذ تنص المادة 62 من الأمر¹ 05/03 (يتم التنازل عن حقوق المؤلف المادية بعقد مكتوب، ويمكن إبرام العقد عند الحاجة بواسطة رسائل أو بقرينات تحدد الحقوق المادية المتنازل عنها وفقاً لأحكام المادة 65) وكذلك عقود نقل العلامات، حيث نصت المادة 15 من الأمر² 06/03 المتعلق بالعلامات على: (تشرطت تحت طائلة البطلان الكتابة وإمضاء الأطراف في عقود نقل أو رهن العلامة المودعة أو المسجلة في المادة 14، وفقاً للقانون الذي ينظم هذه العقود). وتشرط الكتابة كذلك في كل من عقدي نقل وتحويل الحقوق المتعلقة ببراءة الإختراع طبقاً للمادة 2/36 من الأمر³ 07/03. وكذلك الأمر فيما يخص التصاميم الشكلية.

الفرع الثاني: الكتابة الإلكترونية

بالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني نجد أن المشرع قد سوى بين الكتابة الورقية والإلكترونية كشكلين للتصرفات القانونية، إلا أن الملاحظ هو أن الكتابة الورقية في قد تكون رسمية أو عرفية فكيف يكون ذلك في الكتابة الإلكترونية ؟.

¹ المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة و المؤرخ في 2003/07/19 جريدة رسمية رقم 44 المؤرخة في 2003/07/23 ص 03 .

² المتعلق بالعلامات المؤرخ في 2003/07/19 . ج ر 44 .

³ المتعلق ببراءة الإختراع المؤرخ في 2003/07/19 . ج ر 44 .

لقد عرفت المادة 324 ق م العقد الرسمي على أنه: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه"، ومن ثم فإذا لم يتوافر أي شرط من الشروط التي تطلبها القانون لإعتبار العقد رسمياً فإنه يفقد صفته الرسمية ولا يكون له إلا قيمة المحرر العرفي، وهذا ما يكون مبرراً كافياً لإستبعاد الرسمية في العقود الإلكترونية لصعوبة تطبيقها، واعتبارها كتابة عرفية، وهنا يثور التساؤل عن مدى جدية هذا الشكل كطريقة من طرق الإثبات في العقود الإلكترونية¹، وذلك من منطلق أنها تتوفر على شرطي الكتابة والتوقيع مع إمكانية التصديق عليها بإنشاء موقع على الأترنت، وهو الأمر الذي أصبحت تضطلع به حديثاً شركات متخصصة تقوم بالتصديق وحفظ المعلومات المدونة على الدعامات الإلكترونية لضمان سلامتها لمدة طويلة، ويقوم هذا الموقع بوظيفته بعد إمداده بوسائل تمكنه من معرفة هوية المتعاقد، ثم القيام بشهر هذه التصرفات².

الفقرة الأولى: مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني

عرف المشرع الجزائري الكتابة في المادة 323 مكرر ق م كما سبق وأن ذكرنا، وهي تشمل الكتابة الإلكترونية التي لم يعط لها تعريفاً مستقلاً، في حين يعرف المحرر الإلكتروني فقهاً على أنه: "كل ثنقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أياً كانت طبيعتها من خلال وسيط إلكتروني"³، كما يعرف العقد الإلكتروني بأنه: "كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني". إذن تتمثل الكتابة الإلكترونية في النص المكتوب إلكترونياً، أو الصور أو الرسوم المصاحبة له على شاشة الحاسب الآلي، وكذلك المعطيات المرتبطة بهذا النص المخزن في ذاكرة هذا الأخير، وأخيراً جهاز الطباعة المتصل بالجهاز الآلي والذي يمكن من خلاله نقل النص المكتوب إلكترونياً إلى الكتابة الورقية⁴.

الفقرة الثانية: شروط الكتابة الإلكترونية

لا يعتد بالشكل في الكتابة الإلكترونية طبقاً للمادة 323 مكرر 1 ق م إلا بتوفر شرطين أساسيين هما التأكيد من هوية الشخص الذي أصدرها، ثم حفظها في ظروف تضمن سلامتها.

¹ أحمد المهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، طبعة 2006، ص 43.

² سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2006، ص 105.

³ أحمد المهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، طبعة 2006، ص 25.

⁴ نفس المرجع، ص 27.

أولاً/التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها

لا يتأتى التأكد من هوية مصدرى التصرفات القانونية إلا بالتوقيع الذي يعد إقراراً منهم بمضمون ما ورد بالعقد، وبالتالي فإن آثار التوقيع في الدعامات الورقية هو الأصل ومفصول فيه وفي مدى حجتيه منذ أمد، إلا أن الإشكال لا يزال قائماً في العقود الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وبذلك لا بد من تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني ثم حجتيه.

1/ مفهوم التوقيع الإلكتروني:

نصت الفقرة الثانية من المادة: 327 ق م على: "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، إلا أنه لم يعرف لا من المشرع ولا الفقه ولا القضاء الجزائري لحدثة عهده، في حين عرفته التوجهات الأوروبية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 08 يونيو 2000، والمنشورة بالجريدة الرسمية للإتحاد الأوربي J.O.C.E بتاريخ 17 يوليو 2000 في المادة 02 منها على أنه: "بيان يأخذ الشكل الإلكتروني ويرتبط أو يتصل بشكل منطقي بمعطيات إلكترونية أخرى، والذي يمكن أن يخرج بشكل موثق"¹. إذن هو عبارة عن توقيع رقمي يقوم على رموز سرية وبمفتاح غير متناسق، أي خاص ومختلف يقوم بحل التشفير لقراءة بقية الرسائل المرموزة، وهو يأخذ أشكال متعددة ومختلفة فبممكن أن يكون عن طريق الماسح الضوئي، أو بطاقات الإئتمان الممغنطة، أو بتوقيع رقمي يقوم على فكرة اللوغرتمية الحاسوبية.

2/ حجية التوقيع الإلكتروني:

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني لا سيما المادتين 323 مكرر و 327 منه نجد أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر فيما يخص ذلك وإعتبره كالتوقيع على الورق، وجعله معتداً به شرط أن يتوفر على الشروط التي يجب أن تتوفر في الشكل الإلكتروني فيما يخص التأكد من الهوية والحفظ بما يضمن السلامة، أما فيما يخص قبول المحررات الموقعة إلكترونياً في المعاملات التجارية كشكالية للإثبات فلا مانع قانوني لها².

¹ السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق ص 60.

² علاء محمد عيد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير) دار الثقافة للنشر والتوزيع 2005، ص 82.

ثانيا: وسائل الحفظ التي تضمن السلامة

بالرجوع إلى القانون الجزائري لا نجد نصوصا تنظم ذلك، بعكس بعض التشريعات الأخرى الحديثة، وإنما الوسيلة المتعارف عليها هي اللجوء إلى مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني والتي لها دور فعال في تحقيق الأمان القانوني للتصرفات ذات الشكل الإلكتروني، فمقدمي هذه الخدمات هم من يضمنون أن المفتاح العام المستخدم هو فعلا لمُرسل الرسالة ومن صلاحياته، أما مقدمي الخدمات فيعرفون بأنهم "جهة أو منظمة عملة أو خاصة تستخرج شهادات إلكترونية تؤمن صلاحية الموقع وحجية توقيعها"، وهذه الشهادة تعتبر بطاقة هوية إلكترونية تم وضعها بواسطة شخص مستقل عن العقد ومحيد، إذن فلا مجال للتأكد من هوية القائم بالتصرف القانوني في الشكل الإلكتروني إلا عن طريق مقدمي خدمات التصديق الذين يرمز إليهم بـ "PSC"، وهم كل كيان أو شخص سواء طبيعي أو معنوي يتولى تسليم الشهادات أو يقدم أية خدمات أخرى متصلة بالتوقيعات الإلكترونية².

الفقرة الثالثة: تطبيقات الكتابة الإلكترونية

ينتشر استعمال العقود الإلكترونية أساسا في عقود التجارة الخارجية بحيث تعد مجال خصبا له، إذ تتميز بأنها عبارة عن نوع من أنواع العقود بين الغائبين إذ تقع بين شخصين طبيعيين أو معنويين لا يعرفان بعضهما، ولا يريان البضاعة، وإنما يطلعان فقط على المواصفات عبر شاشة جهاز الكمبيوتر ولا تتوفر فيها الضمانات الكافية، لاسيما في حالات الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالالتزامات وفسخ العقد بإرجاع الأطراف المتعاقدة إلى ما كانوا عليه، فهو أمر جد صعب في هذا النوع من العقود خاصة في الجزاء وذلك للنقص الملحوظ في هذا المجال فيما يخص النصوص المنظمة لها، ولا يفوتنا في هذا المقام أن نذكر بأن المشرع الجزائري قد أحاط هذا النوع من العقود والبيانات الإلكترونية بحماية جزائية في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7 من قانون العقوبات .

¹ PRESTATAIRS DE SERVICES DE CERTIFICATION

² السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، ص 62 .

المبحث الثاني : الشكليات السابقة للتصرف القانوني واللاحقة له

كما سبق وأن أشرنا فإن الغالب في القوانين الحديثة ومن بينها القانون الجزائري طغيان مبدأ سلطان الإرادة والرضائية في التصرفات القانونية، رغم ما قد يرد عليها من الاستثناءات، باشتراط بعض الشكليات التي قد تستلزم في مرحلة إنشاء التصرف - وهي التي تناولناها بالدراسة في الفصل الأول - فقد تشترط هذه الشكليات قبل إبرام التصرف أيضا كما هو الحال في كل من شكل الوعد بالتعاقد طبقا للمادتين 71، 72 من القانون المدني، و التوكيل فيه طبقا للمادة 572 من التقنين المدني، و أوامر التصرف في أموال القصر الصادرة عن القضاء طبقا لأحكام قانون الأسرة، وبالإضافة إلى ذلك كله فقد تشترط هذه الشكليات في مرحلة ما بعد إنشاء التصرف، مثلما هو الحال بالنسبة لتسجيل بعض العقود لدى مصلحة الطابع والتسجيل، أو شهرها بالمحافظة العقارية، أو قيد ونشر بعض التصرفات الأخرى لدى مصالح السجل التجاري والنشرات المختصة بذلك، وهو ما يسمى بالإشهار التجاري، ولتحليل كل هذه الشكليات سابقة كانت للتصرف أو لاحقة له في هذا الفصل الثاني إرتأينا تقسيمه إلى مبحثين حسب مرحلة اشتراط الشكل كالاتي:

المطلب الأول : الشكليات السابقة للتصرف

ونقصد بهذه الشكليات كل من الوعد بالتعاقد والتوكيل فيه، ثم التصرفات المتوقعة على إذن من القاضي أو ما يسمى بشكليات التأهيل وتناولها على التوالي :

الفرع الأول : شكل الوعد بالتصرف

و نفرق في هذا المطلب بين الوعد بالتصرف وشكله، ثم نبين الإرتباط بين شكل الوعد بالتصرف وشكل التصرف في حد ذاته .

الفقرة الأولى : المقصود بالوعد بالتصرف

نصت عليه المادتين 71 و 72 من القانون المدني ، و هو اتفاق يعد فيه أحد المتعاقدان الآخر بالتصرف إليه إذا رغب هذا الأخير في ذلك خلال مدة معينة في المستقبل¹ ، وقد ساوى المشرع الجزائري في المادتين المذكورتين أعلاه بين الوعد المتبادل الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين بإبرام عقد معين في المستقبل وبين الوعد الملزم لجانب واحد سواء من حيث الشروط الواجب توافرها فيه أو

¹ - رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، طبعة 2006 دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 166 .

الاتار المترتبة عنه ، ويشترط في انعقاد الوعد حصول الإتفاق على طبيعة الوعد ، وتعيين المسائل الجوهرية للتصرف الموعود به ، وتحديد المدة المقررة لذلك¹

الفقرة الثانية : تأثير شكل التصرف على شكل الوعد به

من خلال الفقرة الثانية من المادة 71 ق م التي تنص على : "إذا اشترط القانون لتام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد" ، والمادة 72 من نفس القانون على : "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد" ، ونستخلص منها أن الوعد بالتصرف لا بد أن يكون شكليا كلما اشترط المشرع الشكلية في التصرف الموعود به، وقد أكدت المحكمة العليا على شكلية الوعد بالتعاقد في عدة قرارات كالقرار² المؤرخ في 25/07/1995، وكذلك مجلس الدولة في القرار المؤرخ في 15/07/2002 الذي جاء فيه : "لا يمكن الإحتجاج بالوعد بالبيع في مواجهة الغير إلا إذا أتت فيه إجراءات الشهر العقاري"³، ولا يمكن إجراء الشهر إلا في العقد الرسمي، كما أن استيفاء للشكل في الوعد بالتصرف يلزم القاضي بالأمر بإتمام التصرف عند رفع النزاع إليه، مثلما كان يفعل القضاء الجزائري خطأ قبل عام 1997 حينما كان يأمر باستكمال الإجراءات في العقود العرفية التي موضوعها نقل ملكية عقارية أو محلات تجارية .

الفرع الثاني : شكل التوكيل في التصرف

لقد تناول المشرع الجزائري تنظيم الوكالة في الفصل الثاني من الباب التاسع من الكتاب الأول من القانون المدني في المواد من 571 إلى 589 منه باعتبارها عقدا مؤهلا للقيام بتصرف قانوني ما، فنصت المادة 571 على أن الوكالة أو الإنابة هي عقد تفويض للقيام بعمل ما⁴، ثم نصت المادة 572 على أنه "يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك". وبذلك نكون أمام قاعدة عامة هي أن كل عقد شكلي، لا بد أن

¹ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المساءة، عقد البيع، الطبعة الرابعة 1980 عام الكتاب، ص 98 و 99 .

² ملف رقم 133143 منشور بالجملة القضائية عدد 01 سنة 1996، ص 157 .

³ ملف رقم 004983 منشور بمجلة مجلس البوالة، عدد 03 سنة 2003.

⁴ تنص المادة 571 من القانون المدني، "الوكالة أو الإنابة عقد بمقتضاه يفوض شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه" .

يتخذ التوكيل فيه شكله إذا لم يقرر القانون خلاف ذلك، ويمكن في هذه الحالة أن يحدد القانون شكلا خاصا¹، وعليه تتناول التصرف القانوني محل الوكالة، ثم شكل الوكالة كما يلي :

الفقرة الأولى : التصرف القانوني محل الوكالة

يكون التزام الوكيل في عقد الوكالة منصبا أساسا على القيام بعمل أو تصرف قانوني لحساب الموكل، ولذلك فمحل الوكالة الأصلي هو دوما تصرف قانوني² ويجب أن تتوفر في التصرف القانوني محل الوكالة عدة شروط مثله مثل سائر العقود طبقا للقواعد العامة، فلا بد أن يكون التصرف ممكنا غير مستحيل، معينا أو قابلا للتعين، ومشروعا³.

الفقرة الثانية: تأثير شكل التصرف على شكل التوكيل فيه

ويعني ذلك أنه توجد علاقة تبعية بين عقد الوكالة والتصرف القانوني موضوع أو محل التوكيل لتحديد الشكل القانوني الذي يجب أن يتخذه عقد الوكالة، فمثلا إذا كان عقد الوكالة يتمثل في قيام الوكيل ببيع عقار الموكل، فيجب أن يتخذ عقد الوكالة الشكل القانوني الذي يجب توفره في عقد بيع العقار، وطالما أن المشرع يشترط في التصرفات العقارية شكلية الكتابة أو الرسمية، فيجب عندئذ بالتبعية أن تكون الوكالة مكتوبة ورسمية، ونتيجة لذلك يمكن القول على سبيل الذكر لا الحصر⁴، أنه كلما كان محل الوكالة تصرفا من التصرفات القانونية التي أوردتها المادة 324 مكرر¹ من القانون المدني والتي يشترط فيها الكتابة والرسمية، فإن شكل الوكالة تكون كذلك، ويجب أن يجرى عقد الوكالة في قالب رسمي طبقا لمقتضيات المادة 324 ق م وبذلك تكون له نفس حجية العقود الرسمية ويرتب الاثار نفسها التي ترتبها تلك التصرفات⁵.

الفرع الثالث : شكل التأهيل للقيام بالتصرف القانوني

ويقصد بالأشكال المؤهلة للقيام بالتصرفات القانونية الأعمال القانونية المعدة لإكمال التعبير عن الرضا من أجل جعل التصرف صحيحا وناظرا، وتتعلق أساسا بأهلية الأداء، فيمكن في بعض الحالات أن تكون إرادة أحد الأشغل غير كافية لتكوين وإبرام التصرف بصورة سليمة، وعندئذ يجب إتمامها

¹ مثل شكل الوكالة في قانون الانتخابات رقم 13/89 المؤرخ في 1989/08/07 المعدل والمتمم المواد من 50 إلى 60 .

² وذلك بعكس عقود العمل والمقاولة رغم أنها ردا في نفس الباب التاسع المتعلق بعقود العمل من القانون المدني.

³ طبقا للمواد 93 . 94 . 95 . 96 . من القانون المدني .

⁴ وذلك لأن هناك عقود أخرى يشترط فيها المشرع الرسمية في غير المادة 324 مكرر 01 ق م .

⁵ بو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى 2007، من ص 55 إلى 63 .

بالحصول على إذن من أشخاص آخرين، فالقاصر مثلا أو الموضوع تحت الوصاية أو القوامة ليس بإمكانه القيام ببعض التصرفات، إلا بعد الحصول على إذن قضائي¹، ومنه ما ورد في المادة 84 من قانون الأسرة، كما أن ولي القاصر هو كذلك يحتاج لهذا الإذن في بعض الحالات كما ورد في المواد 88 و 95 و 100 من نفس القانون، فالإذن القضائي المطلوب في هذه الحالات سواء تعلق الأمر بإكمال إرادة عديم الأهلية أو سلطات أحد الأشخاص²، هو عمل قانوني مميز، وهو منفصل ومستقل عن التعبير عن رضا ويختلف عن باقي الأشكال القانونية والاتفاقية المذكورة سلفا³.

المطلب الثاني: الشكليات اللاحقة للتصرف

وهذه الشكليات قد تكون متعلقة بالعلنية وحق الغير في العلم بالتصرف الجاري على الأموال وخاصة ذات الأهمية كالعقارات والمحلات والشركات التجارية، كما قد تتعلق باستيفاء حقوق الخزينة العامة على هذه المعاملات، وسوف نتناول كل هذه الشكليات بداية بالتسجيل الضريبي ثم الشهر العقاري ثم القيد والنشر في السجل التجاري وهو ما نسميه بالإشهار التجاري كما يلي:

الفرع الأول: التسجيل الضريبي

قد نص قانون التسجيل رقم 105/76 المؤرخ في 1976/06/19 على تسجيل جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية العقارية والحقوق المتعلقة بها، وكذلك التصرفات الواردة على المحلات والشركات التجارية بل كل العقود الرسمية مهما كان موضوعها، ولذلك سوف نتعرض إلى مفهوم التسجيل باعتباره أحد الأشكال اللاحقة للتصرف، ثم إلى أهميته وآثاره كما يلي:

الفقرة الأولى: مفهوم التسجيل الضريبي

التسجيل الضريبي هو تلك العملية الجبائية المنظمة من طرف إدارة الضرائب وفق قواعد وضوابط محددة قانونا، يتم من خلالها تأدية الرسم المستحق لحساب الخزينة العمومية، كما أنه يمثل شكلية مفروضة قانونا على معاملات محددة⁴.

¹ المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص 471.

² (الولي . الوصي . المقدم).

³ المطول في القانون المدني، مرجع سابق ص 472.

⁴ بلقاضي كريمة الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، مذكرة ماجيستير، بكلية الحقوق بن عكنون، 2005/2004 ص 82.

وبما أن التسجيل عملية تكون لأجل تحصيل الرسوم، فإن هذه الرسوم تختلف عن غيرها من الرسوم الأخرى كرسوم الشهر مثلا التي تستوفىها المحافظة العقارية، أما هذه الأخيرة فتزجج إلى مصلحة التسجيل والطابع¹. والمعيار المعتمد أساسا في استيفاء حقوق التسجيل باعتبارها ضريبة هو القيمة التجارية الحقيقية عند تاريخ نقل الملكية، أو الثمن الحقيقي أو المصرح به في العقد محل التصرف إضافة إلى الأعباء².

الفقرة الثانية: أهمية التسجيل الضريبي

تعود أهمية التسجيل بالدرجة الأولى باعتباره إجراء لتحصيل الرسوم إلى كونه مصدر من مصادر تمويل الخزينة العمومية، ويتعلق بحقوق تستوفىها الإدارة بغض النظر عن مدى صحة العقد، سواء كان رسميا صحيحا أو باطلا، ولذلك نصت المادة 190 من قانون التسجيل على أنه (لا يمكن إسترداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق التي يتم إبطالها أو فسخها فيما بعد)³.

لفقرة الثالثة: آثار التسجيل الضريبي

إن التسجيل ما هو إلا إجراء جبائي يستهدف تحصيل الرسوم، وهو لا يعطي أية صبغة رسمية إضافية للمحركات الرسمية الخاضعة له، وما هو إلا لزام قانوني يقع على عاتق الأطراف أحيانا والموثق أحيانا أخرى، وذلك تحت طائلة العقوبات المالية والجزائية في حالة عدم قيامه بذلك أو تأخره عن تسجيل المحرر في مواعيده⁴، كما أنه ورغم نص المشرع على ثبوت تاريخ العقد العرفي من يوم تسجيله في المادة 328 من القانون المدني إلا أن التسجيل لا يمنحه الصبغة الرسمية وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 24/09/1990 تحت رقم 62624 " ..بما أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية، بل أقصى ما يفيدته التسجيل هو إثبات التاريخ فقط، أما مضمون العقد فيبقى دوما بعيدا عن الرسمية"⁵.

بل أن حتى تسجيل العقود العرفية أصبح غير جائز منذ صدور قانون المالية لسنة 1992 والذي منعت المادة 63 منه مسؤولي إدارة التسجيل من القيام بتسجيل العقود العرفية الناقلة للملكية

¹ الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر، مرجع سابق . ص 82 .

² عمر قلبي ، الدليل العملي في التسجيل والطابع 1990 ص 43 .

³ حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية . مرجع سابق . ص 116 .

⁴ بلقاضي كريمة ، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر . مرجع سابق . ص 105 .

⁵ حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية . مرجع سابق ص 117 .

المحلات التجارية والعقارات¹ وغيرها وبالتالي تكون وظيفة التسجيل باعتباره وسيلة لإعطاء العقد العرفي تاريخا ثابتا قد أُلغيت.

الفرع الثاني: الشهر العقاري

باعتبار أننا لسنا في دراسة متخصصة في موضوع الشهر العقاري الذي هو موضوع واسع يستحق بحثا مستقلا فإنه لا يسعنا الإحاطة بجميع جوانبه ولذلك نحاول في هذا المقام تحديد مفهومه وأهميته، ثم الآثار المترتبة على إتمامه أو تخلفه في التصرفات الواجبة الشهر، وتتناول هذه المسائل في فقرات ثلاث كما يلي :

الفقرة الأولى: مفهوم الشهر العقاري

في ظل التشريع الجزائري الحالي لا نستطيع إعطاء تعريف محدد للشهر العقاري، وذلك نظرا للنظام المزدوج الموجود حاليا والذي يزاوج بين كل من نظام الشهر العقاري العيني في الأراضي التي تم استكمال إجراءات المسح فيها والشهر الشخصي في الأراضي التي لم يتم المسح فيها وذلك لصعوبة تقدم عمليات المسح، فضلا على أن المشرع الجزائري لم يحسم بعض المسائل التي تشكك في تبني نظام الشهر العيني، وهو ما تسبب في بروز عدة تناقضات بين ما ورد في الأمر 74/75 وبعض أحكام القانون المدني المنقولة من القانون المصري المتبني لنظام الشهر الشخصي²، وأهمها قابلية قرارات المحافظ العقاري للطعن القضائي . أما شهر التصرف فهو إجراء يتطلبه القانون أساسا بغية إعلام الغير بحصول هذا التصرف حتى يكون حجة عليهم في نقل الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية³ التي تكون محل عقود رسمية سبق شهرها، ويعتبر ذلك شرطا ضروريا لإجراء عملية الشهر تحت طائلة عدم قبوله.

كما يعرف الشهر العقاري كذلك بأنه عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها إظهارا لوجودها، ليكون الجميع على بينة من أمرها، وهو من الأهداف التي ترمي إليها معظم التشريعات من أجل تنظيم الملكية العقارية ومنع المضاربة فيها⁴.

¹ المقال المنشور في المجلة القضائية لرئيسها . ص 42 و 43 الإجتهد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، 1999، ص 42 و 43.

² عمر حمدي باشا وليلى زروقي، المنازعات العقارية، ص 41 طبعة 02 سنة 2006 دا هومه .

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، ص 122 طبعة 2004 دار هومه .

⁴ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، طبعة 01 . د. و . أ. ت 2003 . ص 13

إلا أنه وفي دراستنا هذه سنحاول أن نعطيه تعريفاً أكثر ارتباطاً بموضوع الدراسة، وذلك على أنه يمثل مجموعة الإجراءات التي نظمها المشرع واشترط أن تتبع العقد الرسمي الناقل للملكية العقارية أو الحقوق العينية عليها لإتمام ترتيب آثاره، وأوكلها للمحافظة العقارية¹. وفي هذا الصدد أيضاً لا بد من التذكير بأن هناك إختلاف بين إجراءات الشهر العقاري والمتمثلة في التسجيل والقيد والتأشير، بحيث يتعلق التسجيل "transcription" بنقل الملكية العقارية أو الحقوق العينية الأصلية، وهو ما تؤكد المواد 165 و 793 و 803 و 916 من القانون المدني ويختلف بدوره التسجيل في المحافظة العقارية عن التسجيل في مصلحة الطابع والتسجيل، أما القيد فهو الإجراء الذي يتعلق بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية كالرهون، مثلما نصت عليه المواد 2/897 و 904 و 909 و 1000 من القانون المدني، ويتم كل من القيد والتسجيل في سجل الإيداع الممسوك لدى المحافظ العقاري، بعكس التأشير والذي هو مجرد ملاحظات ملخصة عن الحقوق العينية التبعية وحقوق الإمتياز والأوامر القضائية المتعلقة بها كالتالي نصت عليها المواد 922 و 944 و 967 ق م، يقوم بها المحافظ العقاري في البطاقات العقارية فقط دون تسجيلها في سجل الإيداع وذلك نظراً لطابعها المؤقت لأنها قد تخضع للتجديد أو الشطب فيما بعد.

الفقرة الثانية: أهمية الشهر العقاري

يضطلع الشهر العقاري بدور وأهمية بالغين فهو الضمان الأساسي للعينية في انتقال الحقوق العقارية، بحيث يستطيع أن يعلم كل شخص يريد التعامل فيها بمن هو مالكها الذي يصح التعامل معه، كما أنه يوفر الثقة بين المتعاقدين ويضمن سلامة التصرفات العقارية، ويسهل تداول العقارات ويعد الإئتمان بشأنها نظراً لأهميتها البالغة وقيمتها، كما أنه ينشط سوق المال ويغني الإقتصاد الوطني و يتيح فرص الإستثمار بشكل واسع²، وذلك بتبيان العقارات والحقوق العينية وأصحابها وتدعيم الرهون والقروض، إضافة إلى أنه وسيلة من وسائل رقابة الدولة على السوق العقارية وتحصيل الرسوم وفرض الضرائب على الملاك لفائدة الخزينة العامة³، كما أنه يعتبر النظام الأمثل الذي يؤمن المالك بما قد يعترضه من مضايقات عند مزاوله حقوقه على عقاره من انتفاع واستغلال وتصرف⁴.

¹ قد نظم المشرع الجزائري الشهر العقاري في القانون المدني المادة 793 والأمر 74/75 والمراسم التنفيذية 62/76 و 63/76 و 210/80 و 123/93.

² سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق ص 275 و 276.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري، مرجع سابق ص 20.

⁴ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 120.

الفقرة الثالثة: آثار الشهر العقاري

نصت المادة 793 من القانون المدني على أنه "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار". ونصت المادة 15 من الأمر 74/75¹ على أن: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية ..."، ونصت المادة 16 منه على أن: "العقود الإدارية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو نفضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، ونصت المادة 17 منه على شهر عقود الإيجار التي تزيد مدتها عن 12 سنة.

ومن خلال هذه النصوص المذكورة تكون كل آثار التصرفات الواردة فيها موقوفة على إستكمال إجراءات الشهر العقاري، سواء كان ذلك بين الأطراف أو بالنسبة للغير وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 68467 بقولها "وأن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني"² وعليه في حالة تزامم المشتريين فإن الملكية تنتقل إلى من اتخذ إجراءات الشهر وسجلها برقم محدد قبل الآخر ولو بساعات محدودة³، ولا ينتج عن التصرفات التي لم تشهر إلا لالتزامات شخصية بين أطراف العقد في حالة ما إذا استوفى العقد الشكليات المطلوبة لإنعقاده، وهنا تجب التفرقة بين العقود المبرمة قبل 1971/01/01 والتي تعتبر صحيحة حتى ولو لم تكن رسمية ومشهورة ويمكن شهرها إستثناءً تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للشهر المسبق طبقاً للمادة 89 من المرسوم 63/76 لكن لا يكون لها أثر في مواجهة الغير إلا بعد إفراغها في الشكل الرسمي وشهرها، أما العقود المبرمة بعد التاريخ المذكور أعلاه فلا يجوز شهرها إلا إذا كانت رسمية⁴، وتشمل عملية شهر التصرفات الناقلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية كذلك الوعد بالتصرف فيها⁵.

ويعتبر دفتر العقاري النتيجة المباشرة والنهائية لإجراءات الشهر العقاري والذي تكون له القيمة القانونية النهائية المطلقة لإثبات الملكية العقارية وهو ما جاء في القرار المؤرخ 2004/04/21: "يؤسس

¹ المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

² القرار المؤرخ في 1990/10/21 مجلة قضائية 1992 عدد 01 ص 86 .

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية . مرجع سابق، ص 121 .

⁴ عمر حمدي باشا ولبلى زروقي، المنازعات العقارية . مرجع سابق، ص 67، وذلك تأسيساً على بداية سريان قانون التوثيق.

⁵ قرار مجلس الدولة رقم 004983 المذكور سابقاً .

الدفتري العقاري على أساس سند الملكية طبقاً للمرسومين 74/75 و 63/76 بعد استكمالها للإجراءات والشكليات والاحكام مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية، فالنعي باعتقاد القضاة على التصريحات دون عقد الملكية يكون دون جدوى¹. كما أن الدفتري العقاري بعد منحه لا يمكن الطعن فيه إلا أمام القضاء وهو ما جاء في القرار المؤرخ في 2005/02/23: "لا يجوز إعادة النظر والمنازعة في الحقوق الناتجة عن التقييم النهائي، المجلس في الدفتري العقاري إلا قضائياً"².

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن المحافظ العقاري قد يرفض شهر العقد الرسمي المقدم له إبتناداً إلى المادة 100 من المرسوم 63/76 وبذلك لا يكون لصاحبه سوى طريق الطعن في قرار الرفض أمام القضاء الإداري المختص طبقاً لنص المادة 24 من الأمر 74/75 وذلك بعكس منازعات التقييم المؤقت التي يختص بنظرها القضاء العادي .

الفرع الثالث : الإشهار التجاري

نص القانون التجاري في عدة مواد على وجوب قيد التصرفات الواقعة على المحل التجاري وكذا عقود تأسيس الشركات وتعديلها وانحلالها والتنازل عن حصص فيها في السجل التجاري، ومن بين هذه المواد 83 و 97 و 548 و 550 منه، وهنا نلاحظ اختلاف المصطلحات المستعملة بين الإشهار والقيد أو لتسجيل والنشر، ويتبين أن الإشهار يقصد به كلا من إجراءات التسجيل والقيد بنفس المعنى إضافة إلى النشر بمعنى الإعلان .

الفقرة الأولى : مفهوم الإشهار التجاري

ويقصد به إجراءات القيد في السجل التجاري ثم عمليات النشر وتداولها على التوالي :

أولاً: القيد في السجل التجاري

ويعني قيام مأمور المركز الوطني للسجل التجاري في إطار مسكده لهذا السجل وتسييره بتسجيل كل العقود الرسمية التي تعالج الوضع القانوني للمحلات التجارية والشركات التجارية في الدفتري

¹ قرار منشور بالجملة القضائية عدد 03 سنة 2003 عن الغرفة العقارية ص 334 .

² قرار رقم 282811 المنشور بجملة المحكمة العليا عدد 01 سنة 2005 يكون الأمر من إختصاص القضاء الإداري بعكس الطعن بإلغاء العقود التوثيقية الذي هو من إختصاص القضاء العادي قرار مجلس الدولة رقم 013673 المؤرخ في 2005/02/01 (إلغاء العقد التوثيقي المهر من الموثق يخضع لرقابة القاضي العادي حتى في حالة وجود إدارة عامة طرفاً في النزاع) .

العمومي المسوك لديه، ويعتبر القيد في السجل التجاري من تشكيلات التصرف في المحلات التجارية طبقاً للمادة 97 من القانون التجاري¹.

ثانياً: النشر

ويعني إعلان التصرف في شكل ملخص في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري المتصرف فيه أو تم تأسيس الشركة ضمن نطاقها ويكون هذا الإعلان محلياً، كما أن هناك إعلان وطني يتم في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال 15 يوماً من أول نشر². إضافة إلى أن هناك نوع آخر من تسجيلات التصرفات التي تتعلق بالحقوق المعنوية لأصحاب الإبداعات الفكرية والتي يتوقف عليها نفاذ التصرف، بحيث نصت المادة 3/36 من الأمر 07/03 المتعلق بالعلامات على: "لا تكون العقود المذكورة في الفقرة أعلاه نافذة في مواجهة الغير إلا بعد تسجيلها".

الفقرة الثانية: أهمية الإشهار التجاري

لقد فرض المشرع الجزائري الإشهار في بعض التصرفات التجارية لا سيما المتعلقة بالمحلات والشركات التجارية كونها من عناصر الإنتاج المهمة التي يجب أن يعلم بها كل المعنيون وخاصة منهم دائنو البائع أو المتنازل الذين قد يتعرضون إلى الخطر في حالة التصرف سرا وخفية، ولهذا السبب والحماية حقوقهم فرض المشرع إعلان هذه العمليات وشهرها لحماية الغير الذي يمكن أن تضر به³، كما أن إعلان هذه للتصرفات يعتبر إحدى ضمانات الإئتمان في القانون التجاري وتدعماً لاستقرار المعاملات التجارية داخل المجتمع، وجعل كل المتعاملين على بينة من التصرفات الهامة الجارية داخل السوق.

الفقرة الثالثة: آثار الإشهار التجاري

إن إتمام عمليات الإشهار التجاري تمنح صفة التاجر لمتلقي المحل التجاري، وتمنح الشخصية المعنوية للشركة التجارية، إلا أن العنصر الأهم هو عند تخلف هذه الإجراءات وهو البطلان وذلك ما نصت عليه المادة 97 من القانون التجاري: "يجب قيد البيع في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ عقده وإلا كان باطلاً"، كما نصت المادة 548 منه على وجوب إيداع العقود التأسيسية للشركات والعقود المعدلة

¹ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري . طبعة 2001 نشر وتوزيع ابن خلدون، ص 264 .

² الأستاذ سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، طبعة 2001 ديوان المطبوعات الجامعية، ص 129 و 130

³ الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري مرجع سابق ص 242 .

لها لدى المركز الوطني للسجل التجاري ونشرها وإلا كانت باطلة، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1994/09/27: "من المقرر قانوناً أن كل تنازل عن محل تجاري، ولو كان معلقاً على شرط يجب أن يبعث بعدد رسمي وإعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في الأجل المحددة وإلا كان باطلاً وبدون أثر..."¹.

كما تجب الإشارة إلى أن هناك فرق بين الإشهار العقاري الذي يخص التصرفات الواردة على العقارات والحقوق المتعلقة بها، والإشهار التجاري الذي يخص التصرفات المرتبطة بالمحلات والشركات التجارية، وهو ما بينته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2001/11/06: "إن عقد التوثيق المتضمن إبرام عقد إيجار محل تجاري يخضع لإجراءات إشهار محددة في القانون التجاري وليس لإجراءات الإشهار العقاري المنصوص عليها في المادة 85 من قانون السجل العقاري لأنه لا يؤدي إلى أي تعديل في الوضعية القانونية للعقار الموجود في المحل المستأجر، وأن القرار المطعون فيه لما اعتبر عقد الإيجار محل تجاري يخضع لعملية الإشهار العقاري فإنه خرق للقانون يعرضه للنقض"².

كما أنه وبناء على القرار المذكور تكون التفرقة كذلك واجبة بين آثار الشهر التجاري والشهر، العقاري فيترتب عن تخلف الأول البطلان المطلق للتصرف بينما يترتب عن تخلف الثاني توقف ترتيب العقد لآثاره سيما في نقل الملكية .

الخاتمة

من خلال هذا العرض الموجز لبعض الشكليات الخاصة بالتصرفات القانونية والتي قد توجد قبل إنشائها أو حال الإنشاء أو بعد ذلك، نلاحظ بأن هذه الشكليات تجعل التصرفات القانونية في بعض الحالات محل خلل، وذلك نظراً للجزاءات التي قد تلحق بالتصرف من جراء تخلفها أو وجودها ناقصة، ونجد أيضاً أن المشرع بعد أن اعتنق مبدأ الرضائية وجعله قوام التصرفات القانونية عاد وقيده في بعض الحالات وجعله يخضع لصيغ وإجراءات شكلية، ووضع بغرض ضمان احترامها عدة جزاءات تترتب عن تخلفها، والتي تكون في بعض الحالات البطلان مثلما هو الحال في التصرفات التي جعل القانون فيها الرسمية أو الكتابة ركناً، وفي بعض الأحيان الأخرى عدم الصحة مثلما هو الأمر في عقد المرتب مدى الحياة، وعدم ثقل الملكية في التصرفات الواجبة الشهر، إلا أنه أغفل في حالات أخرى ذكر الجزاء وترك الأمر للإجتهد الذي يحدده لطلاقاً من أهمية الشكل في التصرف، فإذا ظهر الشكل في التصرف

¹ قرار رقم 125118 مأخوذ من كتاب القضاء التجاري، حمدي باشا عمر . ص 57 .

² القرار رقم 256008 المنشور بالمجلة القضائية، عدد 02، سنة 2001، ص 214 وما يليها .

وكان المشرع قد فرضه لحماية مصالح عليا كان الجزء المترتب عليه هو البطلان المطلق، أما إن اتخذ الشكل دورا حائيا لمصالح المتعاقدين فقط كان الجزء عدم الصحة أو تراخي بعض آثار التصرف، وإن تعلق بالغير كان غير نافذ في مواجته، إلى غير ذلك من الحالات. وفي الختام وبعد كل هذا لا يسعنا إلا أن نقدم بعض الملاحظات التي تتعلق بالموضوع والنصوص المنظمة له وأهمها مايلي :

- ضرورة حصر النصوص المتعلقة بشكليات انعقاد التصرفات القانونية ووضعها ضمن الباب المتعلق بأركان العقد في القانون المدني لتمييزها عن باقي الشكليات وضمان معرفتها واحترامها.

- وجود التعديلات غير المنسقة للقوانين والمواد خاصة الواردة منها في قانون المالية والتي تمس أحيانا بنصوص القانون المدني مثل المادة 256 من قانون التسجيل والتي عدلت بقانون المالية وأوجدت تعارضا بينها وبين المادة 324 مكررا 1 من القانون المدني فيما يخص دفع الثمن لدى الضابط العمومي.

- تحديد الشكليات اللاحقة للتصرفات القانونية بدقة وضبط المصطلحات بشأنها وتوحيدها بين مختلف القوانين مع توضيح الآثار المترتبة على كل منها لتفادي اللبس الذي قد تثيره مثلما هو الحال بالنسبة لمصطلح التسجيل الذي يختلف معناه بين كل من قوانين التسجيل، القانون المدني، القوانين المنظمة للشهر العقاري والإشهار التجاري .

- عدم ضبط المصطلحات كذلك فيما يخص تسمية العقود والتفرقة بين الكتابة والرسمية لتفادي الغموض بينها وما يخلقه من آثار على التصرفات القانونية ذاتها و اختلاف التوجهات في فهمها وتفسيرها .

العقبات الإجرائية في إثبات الجريمة الإلكترونية

د. مبطوش الحاج - جامعة تيارت

أسواعدي الجيلالي - المركز الجامعي لخميس مليانة

ملخص

هناك العديد من التحديات التي تواجه مختلف التصرفات و الأعمال الإلكترونية بوجه عام، ولعل من أبرزها على الإطلاق هي تلك التحديات التي تثيرها مسألة الإثبات القانوني بالدليل الإلكتروني ففي إطار التوجه نحو مجتمع إلكتروني يتمثل في علم البيانات و الملفات الرقمية المخزنة في أنظمة المعلومات كبديل للبيانات المحررة على الورق و الملفات التقليدية ، ازداد الاهتمام بمسألة الإثبات الإلكتروني لشقيه المدني و الجنائي .

إن موضوع هذا البحث هو استعراض أبرز العقبات التي تعتبر حجر عثرة في سبيل تحقيق العدالة المنشودة و المتمثلة في الإثبات الإلكتروني، و سنحاول فيها المقاربة القانونية للإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية و الجنائية، حيث يثار التساؤل حول ماهي أبرز العقبات التي تقف حجر عثرة أمام الدليل الإلكتروني الجنائي فنناول هذه المسألة أصبحت واجبا لا بد من البحث عن معالجة قانونية له.

1.1. مفهوم الإثبات

الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق و الإجراءات التي حددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها تصلح أساسا لحق مدعى به¹ ، أو بمعنى آخر هو تقديم الدليل على وجود حق متنازع فيه بين الخصوم² وعليه فإثبات الحق هو إقامة الحجة عليه أو إقامة الدليل على وجوده ، و كل حق يعجز صاحبه عن إثباته فهو حق بلا قيمة ، أو هو حق لا يقوم إلا في ذهن صاحبه ، بالتالي فلكي يتحقق وجود الحق في ذهن الجميع و يلتزمون باحترامه لا بد من إثباته و إقامة الدليل على وجوده ، فالدليل هو قوام حياة الحق و معقد النفع فيه و قد قيل بحق أن الحق مجردا من دليله يصبح عند المنازعة فيه و العدم سواء³ .

¹ - د. مصطفى الجمال / د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 629.

² - د. رمضان أبو السعود / د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 415.

³ - د. مصطفى الجمال / د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 629.

ومنه نقول أن للإثبات غايات عملية يهدف إلى تحقيقها تتمثل أساسا في الفصل في المنازعات و حماية الحقوق، و هو أداة ضرورية يعتمد عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية، و الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع ، و بذلك أضحى الإثبات ركن ركين في كل تنظيم قضائي و بات من الضروري أن ينظم المشرع قواعده و يفصل أحكامه .

أولا: الدليل الإلكتروني

الدليل الإلكتروني هو ذلك الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر وهو يكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية، ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة، وهي مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة مثل النصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات والأشكال والرسوم، وذلك من أجل اعتماده أمام أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون¹.

مظاهر المعاملات الإلكترونية في التشريع الجزائري

يعتبر الأمر 11-03 المتعلق بالقد والقرض أول قانون في الجزائر يتناول مسألة التعامل الإلكتروني الحديث و ذلك في القطاع المصرفي، حيث تنص المادة 69 منه على أنه " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموالهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل" و يتبين من خلال هذا النص نية المشرع الجزائري الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل دفع حديثة إلكترونية².

و في الأمر 06-05 المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب وفي المادة الثالثة استعمل صراحة مصطلح " وسائل الدفع الإلكتروني" حيث اعتبرها المشرع من بين التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب.

وبذلك انتقل المشرع من عمومية المصطلح مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل الوارد في نص المادة (69) من الأمر 03-11 إلى مصطلح أكثر دقة المتمثل في وسائل الدفع الإلكتروني الوارد في النص 03 من الأمر المذكور 06-05 المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب.

¹ - <http://www.jo1jo.com/vb/showthread.php?t=97497>

² - الأستاذة ناجي الزهراء، مداخلة بعنوان التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009 أكاديمية الدراسات العليا " طرابلس"

وبموجب القانون رقم 02-05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 أضاف فقرة ثالثة للمادة 414 في وفاء السفتجة نص على "يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما" ولقد تم إضافة نفس هذه الفقرة إلى المادة 502 بمناسبة تقديم الشيك للوفاء.

كما أضاف المشرع بموجب القانون 02-05 المؤرخ بـ 06 فيفري 2005 باب رابع إلى الكتاب الرابع من القانون التجاري والمعنون بالسندات التجارية، الفصل الثالث منه يتضمن بطاقات السحب والدفع وذلك في المادة 543 مكرر 23. أما عن الطبيعة القانونية لهذه البطاقات، فلقد اعتبرها المشرع الجزائري أوراقا تجارية جديدة إضافة إلى الأوراق التجارية الكلاسيكية وهي السفتجة والشيك والسند للأمر⁽¹⁾.

يتضح مما تقدم، بأن المشرع الجزائري استحدث نظام الوفاء الإلكتروني في المعاملات التجارية لمفهومه الواسع ويتضح ذلك من خلال نص المادة 69 الأمر 11-03 المتعلق بالنقد و القرض وذلك من خلال عبارة "مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"⁽²⁾

3.2. الإثبات الإلكتروني في التشريع الجزائري

تماشيا مع الإتجاهات الحديثة نحو الاعتراف بحجية مستخرجات الحاسوب والمراسلات الإلكترونية ومع الدعوات التي ظهرت على أكثر من صعيد إلى وجوب التنظيم التشريعي لوسائل الإثبات الإلكترونية وإعادة النظر في النظر في النظام القانوني للإثبات وغيره من التشريعات ذات العلاقة لتحقيق هذا الغرض، حاول المشرع الجزائري مساهمة ذلك إلا أنه لم يتيسر له الوقوف بشكل شمولي أمام هذه المسألة، وجاءت استجاباته لهذه الدعوات جزئية في حدود ضيقة استلزمها الظروف، ومن خلال استقراء النصوص التشريعية الجديدة التي حاول بها المشرع الجزائري مواكبة كوكبة التطور التكنولوجي خاصة في حقل الإثبات بالنسبة للمسائل المدنية، نلاحظ أن ثمة اتجاه تشريعي جديد يسعى لقبول حجية المستخرجات الإلكترونية في الإثبات بمقتضى التعديل الأخير للتقنين المدني الجزائري (القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم)، حيث قضت المادة 323 مكرر منه على أنه "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

¹-الأستاذة ناجي الزهراء، مرجع سابق .

²-الأستاذة ناجي الزهراء، مرجع سابق .

ويقصد بالوسيلة الإلكترونية المستعملة مثل القرص الصلب أو القرص المرن أو في شكل رسائل إلكترونية.

و عليه بصدر القانون 10-05 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري انتقل المشرع من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني، و أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري وهكذا يتضح مما سبق بأن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الواسع للكتابة المقصود منه سواء الكتابة على الورق أو الكتابة الإلكترونية المثبتة على دعائم غير مادية غير ورقية.

ومن أجل إزالة كل غموض أو نزاع يمكن أن يحدث من الناحية القانونية بشأن تطبيق نص المادة 323 مكرر جزائي، فيما أثار الإشكال "هل للوثيقة الإلكترونية نفس القيمة القانونية في الإثبات مقارنة مع الوثيقة العادية؟"، كما قضت المادة 323 مكرر 1 من نفس التقنين على أنه "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، إذ بموجب هذه المادة جاء المشرع محل قانوني، ووفقا للقاعدة الفقهية التي تقول لا اجتهاد في وجود النص القانوني، فإن المشرع يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية من حيث حجية الإثبات⁽¹⁾.

ولا يكفي اعتراف المشرع الجزائري بالمحرر الإلكتروني كدليل للإثبات، وكما لا يكفي الاعتراف للمحرر الإلكتروني بنفس الحجية التي يتمتع بها المحرر الورقي، لكن يجب أن تتوفر شروط في المحرر الإلكتروني حتى يعتمد عليه في إثبات التصرفات القانونية.

1- التوقيع الإلكتروني

اعتد المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني لأول مرة في نص المادة 2/327 مدني جزائي المعدلة بالقانون 10-05 والتي تنص على " ... يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة

(1) - الملاحظ على نص المادة 323 مكرر أنها جاءت بحكم مطلق وبالتالي فإن التطبيق المطلق لهذا النص يثير جدال فقهي وقضائي كبير حيث هلك بعض التصرفات ذات أهمية وخطورة من الأفضل أن تبرم في الشكل التقليدي دون الإلكتروني، كرهن الفينة والحقوق الواردة على العقار بصفة عامة وعقد الشركة، كذلك عدم اتصال بعض التصرفات بالمعاملات الإلكترونية وإنما هي تصرفات شخصية أو مدنية بحتة كالزواج والوصية.

323 مكرر أعلاه.. " وذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية. أما عن تعريف التوقيع الإلكتروني، فإن القانون الجزائري يميز بين التوقيع الإلكتروني المؤمن وذلك بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي 162-07⁽¹⁾ " التوقيع الإلكتروني هو أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1.

التوقيع الإلكتروني المؤمن هو توقيع إلكتروني يفى بالمتطلبات الآتية:

- يكون خاصا بالموقع.
- يتم بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحضرية.
- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة يبحث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

2- التوثيق الإلكتروني

الموثق الإلكتروني هو طرف ثالث محايد يمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية. والوظيفة الأساسية للموثق الإلكتروني أو لجهة التوثيق الإلكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل والتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال.

ويأخذ التوجيه الأوربي رقم 93 سنة 1999 بفكرة الموثق الإلكتروني وأطلق عليه تسمية مقدم خدمات التصديق وهي نفس التسمية التي جاء بها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 162-07⁽²⁾.

أما عن الطبيعة القانونية لنشاط مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني بموجب المرسوم التنفيذي 162-07 ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني فيتطلب الحصول على ترخيص تمنحه سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وهذا الترخيص يكون مرفق بدفتر الشروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل. أما عن الأشخاص الذين يجوز لهم قانونا ممارسة هذا النشاط، فيجب أن تتوفر فيهم نفس الشروط لممارسة نشاط تقديم الانترنت في الجزائر.⁽³⁾

(1) المرسوم 162-07 يعدل ويقيم المرسوم 123-01 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

(2) نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 295

(3) المادة 3 من المرسوم 162-07 المذكور سابقا.

إن نشاط مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني نشاط اقتصادي يخضع للقيود التجاري طبقا للقانون التجاري. وبذلك تكون جهة التوثيق الإلكتروني مسؤولة عن توثيق العقد الإلكتروني، الأمر الذي يجعل الوضع تطبيقا المهمة الموثق العادي.

الجرمة الإلكترونية :

مع ازدياد الاعتماد على نظم الكمبيوتر والشبكات في الأعمال أثرت ولا تزال تثار مشكلة امن المعلومات، أي حماية محتواها من أنشطة الاعتداء عليها، سواء من داخل المنشأة أو من خارجها، وأنماط الاعتداء عديدة تبدأ من الدخول غير المصرح به للملفات البيانات إلى إحداث تغيير فيها وتحويل محتواها أو اصطناع بيانات وملفات وهمية، أو اعتراضها أثناء نقلها، أو تعطيل عمل النظام، أو الاستيلاء على البيانات لأغراض مختلفة أو إحداث تدمير أو احتيال للحصول على منافع ومكاسب مادية أو مجرد الإضرار بالآخرين وحتى لإثبات القدرة وأحيانا مجرد أنشطة تستهدف المزاح الذي سرعان ما يكون عملا مؤذيا يتجاوز المزاح .

و الجرائم الإلكترونية هي باختصار جرائم كمبيوتر التي هي تلك الجرائم التي تقع على الحقوق بكافة أنواعها المنصوص عليها في القانون سواء كانت مالية أو معنوية و غيرها إلا أننا و في ظل إثبات تلك الجريمة التي لا تكون من أي شخص فالجرم هنا مجرم بالتعلم و لا يمكن إثبات الجرم إلا بالتعلم وبذلك فلا بد من تفعيل دور الشرطة العلمية وذلك باستثمار مجرمي الكمبيوتر لأنهم ليسوا سوى بشر مارسوا الإجرام بالطريقة الذكية.

إثبات الجريمة الإلكترونية

لا شك في أن التطور الحالي الذي لحق ثورة الاتصالات عن بعد وما أفرزته هذه الثورة من وسائل اليكترونية متقدمة ومتعددة قد انعكس أثره على الجرائم التي تمخضت عن ذلك، و التي هي أيضا من الجرائم التي تقع على الحقوق بكافة أنواعها و المضمونة قانونا سواء كانت هذه الحقوق مالية أو غير مالية إلا أن في هذا النوع من الجرائم المجرم ليس أي شخص بل هو مجرم بالتعلم و لا يمكن إثبات الجرم إلا بالتعلم، بحيث تميزت هذه الجرائم بطبيعة خاصة من حيث الوسائل التي ترتكب بها، ومن حيث المحل الذي تقع عليه ومن حيث الجناة الذين يرتكبونها ، بحيث يمكن القول أن الأساس في خطر هذه الجرائم يكمن في طبيعتها التي تجمع بين الذكاء الاصطناعي والذكاء البشري، مما يجعل إثباتها جنائيا قد يكون في منتهى الصعوبة.

ويرجع مدي صعوبة الإثبات في هذه الجرائم إلى عدة أسباب منها غياب الدليل المرئي : الجرائم التي تقع على العمليات الإلكترونية المختلفة، كالتى تقع على عمليات التجارة الإلكترونية، أو على العمليات الإلكترونية للأعمال المصرفية، أو على أعمال الحكومة الإلكترونية، قد يكون محلها جوانب معنوية تتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات، فإذا وقعت جرائم معينة على هذه الجوانب المعنوية، كجرائم السرقة أو الاختلاس أو الاستيلاء أو الغش أو التزوير أو الإتلاف فإنه قد يصعب إقامة الدليل بالنسبة لها بسبب الطبيعة المعنوية للمحل الذي وقعت عليه الجريمة.

وعليه فإن إثبات الجرائم التي تقع على العمليات الإلكترونية باستخدام الوسائل الإلكترونية سيتأثر بطبيعة هذه الجرائم، وبالوسائل العلمية التي قد ترتكب بها، مما قد يؤدي إلى عدم اكتشاف العديد من الجرائم في زمن ارتكابها، أو عدم الوصول إلى الجناة الذين يرتكبون هذه الجرائم، أو تعذر إقامة الدليل اللازم لإثباتها مما يترتب عليه إلحاق الضرر بالأفراد وبالجموع.

مميزات الدليل الإلكتروني في المجال الجنائي :

- يمتاز الدليل الرقمي عن الدليل المادي المأخوذ من مسرح الجريمة المعتاد، بما يلي¹ :
- طريقة نسخ الدليل الرقمي من أجهزة الكمبيوتر تقلل أو تعمد تقريباً مخاطر إتلاف الدليل الأصلي، حيث تتطابق طريقة النسخ مع طريقة الإنشاء.
 - استخدام التطبيقات والبرامج الصحيحة، يكون من السهولة تحديد ما إذا كان الدليل الرقمي، قد تم البث به أو تعديله وذلك لإمكانية مقارنته بالأصل.
 - الصعوبة النسبية لتعطيم أو محو الدليل، حتى في حالة إصدار أمر من قبل الجاني بإزالته من أجهزة الكمبيوتر، فبمكّن للدليل الرقمي أن يعاد تظهيره من خلال الكمبيوتر دسك.
 - نشاط الجاني لمحو الدليل، يسجل كدليل أيضاً، حيث أن نسخة من هذا الفعل (فعل الجاني لمحو الدليل) يتم تسجيلها في الكمبيوتر ويمكن استخلاصها لاحقاً لاستخدامها كدليل إدانة ضده.
 - الاتساع العالمي لمسرح الدليل الرقمي، يُمكن مستغلي الدليل من تبادل المعرفة الرقمية بسرعة عالية، وبمناطق مختلفة من العالم، مما يساهم في الاستدلال على الجناة أو أفعالهم بسرعة أقل نسبياً.

¹ - <http://www.jo1jo.com/vb/showthread.php?t=97497>

- امتيازه بالسعة التخزينية العالمية، فآلة الفيديو الرقمية، يُمكنها تخزين مئات الصور، ودسك صغير يمكنه تخزين مكتبة صغيرة وهكذا.
- يمكن من خلال الدليل الرقمي رصد المعلومات عن الجاني وتحليلها في ذات الوقت فالدليل الرقمي يمكنه أن يسجل تحركات الفرد، كما أنه يسجل عاداته وسلوكياته وبعض الأمور الشخصية عنه، لذا فإن البحث الجنائي قد يجد غايته بسهولة أيسر من الدليل المادي.

الإطار العلمي لاستخلاص الدليل الإلكتروني وجمعه من مسرح الحادث

هناك أمور رئيسة تنبغي الإشارة إليها تتعلق بالدليل الرقمي، وأول هذه الأمور هي مدى الحاجة إلى علوم الكمبيوتر وعلوم الأدلة الجنائية وعلوم التحليل السلوكي للأدلة الرقمية، حيث إن علوم الكمبيوتر تقدم المعلومات التكنولوجية الدقيقة وهي مطلوبة لفهم المظهر أو الهيئة أو الكينونة الفريدة للدليل الرقمي. يلد علوم الأدلة الجنائية من شأنها أن تقدم منظوراً علمياً لتحليل أي شكل من أشكال الأدلة الرقمية وتساهم علوم التحليل السلوكي للأدلة الرقمية في الربط المحدد بين المعارف التكنولوجية وبين الطرق العلمية لاستخلاص الدليل الرقمي، لفهم أفضل للسلوك الإجرامي التقني، وعلى ذلك فإن هذه العلوم مجتمعة تساهم فيما يلي :

- **الكشف عن الدليل الإلكتروني:** إجراء الاختبارات التكنولوجية والعلمية عليه لاختباره والتحقق من أصالته ومصدره كدليل يمكن تقديمه لأجهزة إنفاذ وتطبيق القانون.
- **تحديد الخصائص الفريدة للدليل الرقمي:** إصلاح الدليل وإعادة تجميعه من المكونات المادية للكمبيوتر بعمل نسخة أصلية من الدليل الرقمي للتأكد من عدم وجود معلومات مفقودة أثناء عملية استخلاص الدليل وجمع الآثار المعلوماتية الرقمية التي قد تكون تبدلت خلال الشبكة المعلوماتية و استخدام الخوارزميات للتأكد من أن الدليل لم يتم العبث به أو تعديله.
- **تحريز الدليل الرقمي لإثبات أنه أصيل وموثوق به** ويقع ضمن سلسلة الأدلة المقدمة في الدعوى. تحديد الخصائص المميزة لكل جزء من الأدلة الرقمية مثل المستند الرقمي، البرامج، التطبيقات، الاتصالات، الصور، الأصوات، .. وغيرها.

وعادة ما توجد الادلة الرقمية في مخرجات الطابعة والتقارير والرسوم وفي أجهزة الكمبيوتر وملحقاتها وفي الأقراص المرنة والصلبة وأشرطة تخزين المعلومات وفي أجهزة المودم والبرامج وأجهزة

التصوير ومواقع الويب والبريد الإلكتروني ولذلك تستخدم عدة طرق أو أدوات تساهم في جمع الأدلة الرقمية منها:

برنامج أذن التفتيش: هو برنامج قاعدة بيانات، يسمح بإدخال كل المعلومات الهامة المطلوبة لترقيم الأدلة وتسجيل البيانات منها ويمكن لهذا البرنامج أن يصدر إيصالات باستلام الأدلة والبحث في قوائم الأدلة المضبوطة لتحديد مكان دليل معين أو تحديد ظروف ضبط هذا الدليل.

قرص بدء تشغيل الكمبيوتر: وهو قرص يُمكن المحقق من تشغيل الكمبيوتر، إذا كان نظام التشغيل فيه محمياً بكلمة مرور ويجب أن يكون القرص مزوداً ببرنامج مضاعفة المساحة Double space فرمما كان المتهم قد استخدم هذا البرنامج لمضاعفة مساحة القرص الصلب.

برنامج معالجة الملفات: وهو برنامج يُمكن المحقق من العثور على الملفات في أي مكان على الشبكة أو على القرص الصلب، ويستخدم لتقييم محتويات القرص الصلب الخاص بالمتهم أو الأقراص المرنة المضبوطة أو يستخدم لقراءة البرامج في صورتها الأصلية، كما يُمكن من البحث عن كلمات معينة أو عن أسماء ملفات أو غيرها.

برنامج النسخ: وهو برنامج يمكن تشغيله من قرص مرن ويسمح بنسخ البيانات من الكمبيوتر الخاص بالمتهم ونقلها إلى قرص آخر سواء على التوازي Parallel Port أو على التوالي Serial Port وهو برنامج مفيد للحصول على نسخة من المعلومات قبل أي محاولة لتدميرها من جانب المتهم.

برامج كشف الدسك: ويمكن من خلال هذا البرنامج الحصول على محتويات القرص المرن، مهما كانت أساليب تبيئة القرص، وهذا البرنامج له نسختان، نسخة عادية خاصة بالأفراد ونسخة خاصة بالشرطة.

برامج اتصالات: وهو يستطيع ربط جهاز حاسب المحقق بجهاز حاسب المتهم لنقل ما به من معلومات وحفظها في جهاز نسخ المعلومات ثم إلى القرص الصلب. هذه هي أهم الطرق العامة لجمع الأدلة الرقمية، والتي يجب أن يقوم بها خبراء في هذا المجال نظراً لعلمية ودقة هذه الأدلة.

العقبات الإجرائية في جمع الأدلة عن الجريمة الإلكترونية

إن السعي لإثبات الجريمة الإلكترونية من شأنه أن يثير مشكلات إجرائية عديدة في معرض تفتيش نظم الحاسوب أو تقديم الدليل في الدعوى الجزائية، طبعاً في النظم القانونية التي تنص على تجريم أفعال الاعتداء على المعلومات - وحيث أن هذه الدراسة تتناول الإثبات، فإن من مقتضى وموجبات

الموضوع التعرض للإثبات في الدعاوى الجزائية باستخدام الأدلة ذات الطبيعة التقنية طبعاً في حدود المساحة المتاحة مع الإشارة إلى حاجة الموضوع لدراسة شاملة أكثر تخصصاً .

الطبيعة الخاصة بالأدلة في جرائم المعلوماتية

القاعدة في الدعاوى الجزائية جواز الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية، والقيد على هذه القاعدة أن الدليل يتعين أن يكون من الأدلة التي يقبلها القانون، وبالتالي تظهر أهمية اعتراف القانون بالأدلة ذات الطبيعة الالكترونية، خاصة مع احتمال ظهور أنشطة إجرامية عديدة في بيئة الأعمال والتجارة والبنوك الالكترونية والمعلومات، وان كانت قيمتها تتجاوز شيئاً فشيئاً الموجودات والطاقة، فأنها ليست ماديات لتقبل بيئة في الإثبات، ووسائل تخزينها - غير الورق كمخرجات - لا تحظى من حيث محتواها) بقبولها دليلاً مادياً، من هنا كان البحث القانوني في العديد من الدول يتجه إلى الاعتراف بالحجية القانونية للملفات الكمبيوتر ومستخرجاته والرسائل الالكترونية ذات المحتوى المعلوماتي ليس بصورتها الموضوعية ضمن وعاء مادي ولكن بطبيعتها الالكترونية المحضنة المشكلة تكمن في القواعد المخزنة، في صفحات الفضاء الالكتروني، في الوثيقة الالكترونية إذ ما تحتويه من بيانات قد يكون الدليل على حصول تحريف أو دخول غير مصرح به أو تلاعب أو ... الخ، فكيف يقبلها القضاء وهي ليست دليلاً مادياً يضاف إلى الملف كالمبرز الخطي أو (محضر) أقوال الشاهد أو تقرير الخبراء، ولتجاوز هذه المشكلة يلجأ القضاء إلى انتداب الخبراء لإجراء عمليات الكشف والتثبت من محتوى الوثائق الالكترونية ومن ثم تقديم التقرير الذي يعد هو البيئة والدليل وليس الوثائق الالكترونية، لكنه مسلك تأباه بعض النظم القانونية عوضاً عن معارضته لأسس وأغراض إجراء الخبرة وطبيعتها كينة تخضع للمناقشة والاعتراض والرفض والقبول لقد اتجه الاتحاد الأوروبي منذ منتصف الثمانينات إلى توجيه مشرعي دول أوروبا لإقرار حجية الوثائق الالكترونية ومساواتها بالوثائق الكتابية من حيث الحكم، والاهم من ذلك التوجيه بعدم اشتراط أن تبرز من قبل منظمتها والاستعاضة عن ذلك بشهادات خطية صادرة عن الجهات مالكة النظم أو جهات وسيطة، لما ظهر عملياً من مشكلات أبرزها أن جانباً من المعلومات لا يدخلها أو ينظمها الأشخاص وإنما يخلقها الجهاز نفسه ضمن عمليات المعالجة وفي إطار تقنيات البرمجيات القائمة على الذكاء الصناعي .

مشكلة الضبط و التفتيش

أن تفتيش مسرح الجريمة وما يتصل به من أماكن وضبط المحررات ذات العلاقة بالجرم أمور تنظمها القوانين، ويثور التساؤل حول مدى انطباق القواعد القائمة على حالة تفتيش نظم الكمبيوتر وقواعد البيانات، ليس ذلك فحسب، بل تثير أهمية الخبرة في هذا الحقل إذ كما يرى احد اشهر محققين

التحقيقات الفدرالية الأمريكية أن الخطأ في تفتيش وضبط الدليل قد يؤدي إلى فوات فرصة كشف الجريمة أو فوات فرصة الإدانة حتى مع معرفة الجاني ؟؟؟

ان تفتيش نظم الحواسيب تفتيش للفضاء الافتراضي وأوعية التخزين، تفتيش للإجراءات التي يحفظها الجهاز أن كان مزودا بحافظات الكترونية للعمليات المنجزة عبره، وهو أمر يتعلق بالقدرة على تحديد المطلوب مسبقا، لان التعامل وفق المسلك الأخير قد يكون له عواقب قانونية أهمها بطلان الإجراءات لأنها خارج نطاق أمر التفتيش والضبط أو قد تنطوي الإجراءات على كشف خصوصية البيانات المخزنة في النظام.

مشكلة الخصوصية

البيانات المخزنة داخل النظم ليس جميعا تتصل بجريمة الاعتداء على النظام، منها بيانات خاصة وأخرى ذات قيمة إستراتيجية، لهذا اهتم الخبراء القانونيون بمخاطر الاعتداء على الخصوصية أو الحياة الخاصة في معرض الكشف عن الدليل أو في معرض الإقرار باستخدام دليل ذي طبيعة الكترونية وفي دولة ليس ثمة بعد قواعد لحماية الخصوصية سواء من حيث تنظيم أعمال جمع وتخزين ومعالجة ونقل البيانات، أو من حيث حقوق الدخول إليها وحق أصحابها بسلامتها وصحتها وتعديلها، أو من حيث إقرار الحماية لإدارية التنظيمية والمدنية والجزائية لهذه البيانات، يكون ثمة صعوبة في حماية الخصوصية ويكون ثمة احتمالات أكبر لإهدار الأدلة غير القانونية ونشوء نزاعات في هذا الحقل .

مشكلة كفالة إحترام الضمانات الدستورية للمتهم المعلوماتي

أن النظم القانونية المقارنة وفي وقت الذي تحركت فيه نحو حماية المعلومات وإقرار حجية الأدلة ذات الطبيعة التقنية اتجهت أيضا من زاوية أخرى لإقرار ضمانات دستورية للمتهم المعلوماتي وضمانات إجرائية لكفالة سلامة إجراءات الملاحقة الجزائية في الدعاوى المتصلة بالمعلومات ونظم الكمبيوتر. أبرزها الحق بالخبرة المقابلة للخبرة المجرة من النيابة، والحق بعدم إجراء أية عمليات ضبط وتفتيش على نظم الكمبيوتر دون حضور المعني أو من يمثله قانونا .

وإذا كانت الخصوصية وسرية البيانات أمر ذو أهمية بالغة في شتى المواقع والقطاعات فأنها تكسب أهمية أوسع في القطاع المصرفي، مرد ذلك التزام البنك القانوني بالحفاظ على السرية واحترام الخصوصية وتحمله مسؤوليات إفشاء السر المصرفي .

قصور قواعد ضمان العيوب الخفية في المنتجات الصناعية

د. بن عمارة محمد - جامعة تيارت

ملخص

في ظل تنامي اقتصاد السوق وتحرير رؤوس الأموال وكثرة المنتجات الصناعية، أصبحت القواعد التقليدية لضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في القانون المدني عاجزة عن توفير حماية كافية للمشتري، خاصة في ظل الصعوبات والمشاكل التي يثيرها تطبيق هذه القواعد على المنتجات الصناعية، ويمكن هذا القصور من حيث الأشخاص والموضوع والمدة والإثبات.

فن حيث الأشخاص ظهر مفهوم المحترف والمتدخل والمهني وزال مفهوم البائع العرضي كما برزت فكرة المستهلك وهو متعاقد يميز بضعفه وحاجته إلى الحماية القانونية لكونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، أو لكونه يفتقر إلى الخبرة الفنية لما يعرض عليه من سلع وخدمات⁽¹⁾.

ومن حيث الموضوع ظهر قصورا فيما يتعلق بمفهوم الخفاء، فمن ناحية نجد أن اشتراط خفاء العيب يعني أن بائع المنتج الصناعي ليس مسئولا عن ضمان العيوب الظاهرة التي اطلع عليها المشتري أو تلك التي يمكن التعرف عليها وقت تسلمه للمنتج، حيث يثير الشك حول ذلك نتيجة الصعوبات العملية المتعلقة بالطبيعة الخاصة للمنتجات الصناعية، والتي تجعل التحقق من وجود العيب في هذه المنتجات أمرا عسيرا، ومن ناحية أخرى فإنه من غير المقبول القول بأن المشتري قد قبل المبيع على الرغم من احتوائه على عيب ظاهر إذا كان هذا العيب يصيبه بأضرار في نفسه⁽²⁾.

ومن حيث المدة والإثبات فإن القيود الزمنية التي تخضع لها دعوى ضمان العيب الخفي وهي سنة من يوم العلم، تثير صعوبة في نطاق المنتجات الصناعية وهو ما يقلل إلى حد كبير من فعالية تلك الدعوى، وهذا ما جعل المشرع يلزم المهني بضرورة التدخل لإصلاح الضرر مهما طاللت المدة حتى لو بعد انقضاء فترة الضمان.

ولكل هذا سعى الفقه والقضاء في معظم الدول إلى تطوير العديد من القواعد التي تحمي الطرف الضعيف في العقود التي لا يكون فيها توازن عادل، ووجود مثل هذه القواعد ضرورة لا غنى عنها لمعالجة المساوئ المتولدة عن مبدأ حرية التعاقد.

ولتسليط الضوء على الموضوع نحول إبراز القصور الموجود في قواعد ضمان العيوب الخفية في المنتجات الصناعية من حيث الأشخاص في محور ومن حيث الموضوع في محور ثاني ونختم بملخص واقتراحات .

مقدمة

التزم البائع قديماً ومنذ ظهور عقد البيع بالضمان، فضمن التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية غير أنه في الضمان الأخير هذا ألزمه القانون بالعيب الخفي فقط، أي أن يكون خفياً ومؤثراً وغير معلوم للمشتري، إلا أنه بظهور المنتجات الصناعية وكثرة السلع والبضائع وتضاعف العرض مع تعقيد ما يعرض، ظهرت خبرة المنتج الكبيرة في تقنيات المنتجات أمام تجاهلها تماماً من طرف المستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في المعادلة ولذلك كان لزاماً على المشرع إيجاد بديلاً عن الضمان التقليدي للعيوب الخفية .

وعليه نبحت عن مدى قصور القواعد العامة للعيوب الخفية في مجال المنتجات الصناعية لان ما يصلح الضمان في القانون المدني ما بين الطرفين العاديين البائع العرضي والمشتري لا يصلح أن يكون كذلك في مجال المستهلك والبائع المحترف ولذلك ظهرت قوانين الاستهلاك. وللإجابة على ذلك نبحت الموضوع في محورين نعالج في الأول قصور قواعد العيب الخفي من حيث الأشخاص ثم القصور من حيث الموضوع في الثاني ونختم بمخلاصة واقتراحات .

المحور الأول: قصور قواعد العيب الخفي من حيث أشخاص العقد في المنتجات الصناعية

حرصاً من المشرع على استقرار المعاملات، اشترط لقيام ضمان البائع لعيوب المبيع توافر شروط معينة في العيب وهي أن يكون مؤثراً، خفياً، قديماً، وغير معلوم لدى المشتري، وهذه الشروط تنصرف إلى العيب، بمعنى الافة الطارئة.⁽³⁾

1- أن يكون العيب مؤثراً، ومعنى مؤثراً أن يكون جسيماً من شأنه أن يُنقص من قيمة المبيع نقصاً محسوساً أو يجعله غير صالح للاستعمال في ما أُعدَّ له بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع؛ فينشأ عنه موجب الضمان. وهو ما تضمنته المادة 1/379 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها : (إن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية في المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال المقرر له التي تنقص من صلاحيته لهذا الاستعمال لدرجة أن المشتري لم يكن ليشتريه أو لم يكن ليدفع فيه إلا ثمناً أقل، فيما لو علم بهذا العيب).

أما إذا لم يكن العيب محسوساً بل كان خفيفاً أو طفيفاً بحيث لا يترتب عليه سوى نقص في بعض الأمور الثانوية الكمالية بالنسبة للمشتري، فلا يكون موجباً للضمان.⁽⁴⁾

كذلك لا يكون موجبا للضمان العيب المتسامح به عرفاً (بحسب العرف السائد، أي العادة التي درج الناس على إتباعها في زمن معين) مع اعتقادهم الراضخ بإلزاميتها وبوجوب تطبيقها) كاحتواء القمح كمية مألوفة من الأتربة،.. إلخ.⁽⁵⁾

وإذا كان المبيع من الأشياء التي لا تُعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها، كالثمار ذات الغلاف اليابس (مثلاً البطيخ واللوز والجوز والبندق..) فالبايع لا يضمن العيوب الخفية فيه إلا إذا تعهد صراحة بذلك أو إذا كان العرف المحلي يوجب عليه هذا الضمان.

وعلى كل، فإن تقدير ما إذا كان العيب مؤثراً أم لا، أمر يعود للقاضي الذي يعتمد في هذا المجال المعيار الموضوعي بصرف النظر عما يكون قد قصده المشتري بصورة خاصة وغير متوقعة، إلا إذا عيّن هذا القصد الخاص في متن العقد.⁽⁶⁾

والعيب المؤثر حسب النص المذكور (هو العيب الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له والتي تنقص هذا الاستعمال إلى حد أن المشتري ما كان ليشتريه...) إذن يجب أن يكون العيب الموجب للضمان على قدر من الجسامه بحيث ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه بالقدر المحسوس.

2 أن يكون العيب قديماً قديم العيب من الشروط الواجب توافرها لكي يتحقق موجب الضمان على البائع والمقصود بالعيب القديم، العيب السابق للبيع أو على وجه أصح، العيب الموجود قبل انتقال الملكية إلى المشتري أو عند انتقالها كحد أقصى في الأشياء المثلية يؤخذ بوقت التسليم، أما في الأشياء العينية فيؤخذ بوقت انعقاد البيع). أما إذا كان العيب مما لا يظهر إلا بعد انعقاد البيع وانتقال الملكية، فيكون الضمان ملحقاً بالبائع، مثال ذلك أن يشتري أحدهم حيواناً فيه جرثومة لمرض ما، ويمكن من إثبات وجودها في الحيوان قبل استلامه.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان انتشار المرض أو العيب يعود إلى خطأ وإهمال من المشتري، فعلى هذا الأخير أن يتحمل الضرر، فمن يشتري مثلاً سيارة ويلاحظ أن الحرارة تزداد في محركها عن المعتاد، ومع ذلك لا يعمد إلى فحصه مهملًا تزويده بالزيت، فيعطّب، لا يحق له المطالبة بالطمأن إذا كان الاستعمال السئ للشئ فقط عاملاً مساعداً في ظهور العيب من دون التسبب في نشوئه، فيبقى الضمان واجباً على عاتق البائع.

وقد يرى القاضي توزيع المسؤولية بين البائع والمشتري إذا كان خطأ هذا الأخير قد شارك جزئياً عملية إظهار العيب، وعبء إثبات قديم العيب يقع على عاتق المشتري أما عبء إثبات خطأ

المشتري في الاستعمال، فيبقى على عاتق البائع، والإثبات في الحالتين ممكن بكافة الوسائل، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ربط ووحّد بين ضمان العيب وتبعية الهلاك، إذا العبرة فيها بالتسليم.⁽⁷⁾

3. أن يكون العيب خفياً: بالإضافة إلى شرطي التأثير والقدم، يشترط في العيب أيضاً أن يكون خفياً وغير معلوم للمشتري، والعيب الخفي هو العيب الذي يكون موجوداً وقت المبيع ولكن ليس بوسع المشتري تبيّنه أو اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، كما تنص عليه المادة 379 من القانون المدني الجزائري ومفاد ذلك أن الشخص المتوسط الفطنة لا يستطيع أن يكتشفه إلا إذا فحص المبيع خبير، أو محلل فني أو كيميائي أو الطبيب.

فالبائع لا يضمن العيوب الظاهرة أي العيوب التي باستطاعة الرجل المعتاد اكتشافها بالفحص العادي، لأن العيب ليس خفياً ولو لم يتبينه المشتري لكونه مقصراً حينئذ في عدم الانتباه إليه - إلا إذا كان غائباً عن مجلس العقد - فهناك عيب يعتبر من العيوب الخفية ولو كان العيب ظاهراً ما لم يعلمه المشتري.⁽⁸⁾

من خلال ما سبق فإن البائع لا يكون مسؤولاً عن العيوب الظاهرة التي كان بإمكان المشتري اكتشافها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا أنه استثناء مما سبق، نص المشرع الجزائري على حالتين يكون فيها البائع مسؤولاً عن العيب، ولو كان ظاهراً وهما:

الحالة الأولى: حالة ما إذا أثبت المشتري أن البائع كان قد أكد له خلو المبيع من العيب، لأن المشتري يكون بذلك قد اعتمد على قول البائع.⁽⁹⁾

الحالة الثانية: عندما يثبت المشتري أن البائع قد تعمداً خفاء العيب عنه غشاً منه، لأن اكتشاف العيب حينئذ لا يكفي فيه نباهة وفحص الرجل المعتاد، مثل طلاء شرح في جدار المنزل دون إصلاحه.

4. ألا يكون العيب معلوماً للمشتري: فلو كان المشتري عالماً بالعيب سقط الضمان ولو كان خفياً، لأن علمه بالعيب هذا يدل على رضائه بالمبيع، والعبرة بتاريخ العلم بالعيب في المبيع - العلم الحقيقي - وهو وقت التسليم أو وقت الفرز لأنه الوقت الذي يتاح فيه عملياً للمشتري الإطلاع على العيب.

وبالتالي يقع على البائع عبء إثبات علم المشتري بالعيب أي القول بأن المشتري كان يعلم بوجود العيب وقت تسلّم المبيع، والإثبات واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، أما إذا لم يثبت ذلك، افترض أن المشتري غير عالم بالعيب، وبالتالي وجب على البائع الضمان.⁽¹⁰⁾

من خلال دراسة أحكام ضمان العيب الخفي السابقة الذكر، فإن أول ما نلاحظه أن هذه الأحكام لا تفرق بين المتعاقدين وما يتواجدون فيه من مراكز فعلية أو واقعية، إذ أن نصوص القانون تخاطب البائع والمشتري كتمودج نظري مجرد عن أي اعتبار يتعلق بأشخاصهم فهي بذلك لا تفرق بين بائع لمنتوج طبيعي وبائع لمنتوج صناعي⁽¹¹⁾.

إن مثل هذه النظرة القاصرة، كان لها أثرا في ظل التطورات الاقتصادية على ظهور العديد من المفاهيم القانونية، مثل فكرة المستهلك وهو متعاقد يتميز بضعفه ويحتاج إلى حماية خاصة ويفترض فيه حسن النية وقلة الخبرة الفنية لما يعرض عليه من سلع وخدمات. وفي المقابل فإن فكرة المهني والمتدخل والمحترف كلها مفاهيم تؤدي إلى معنى الاحترافية والمهنية والاختصاص وافتراض سوء نية عند ظهور أي خلل في المنتوج الصناعي ولا مجال لقبول إثبات العكس.

ومن هذا كله يمكننا أن نخلص إلى أن المنتج أو البائع المهني من جهة والمستهلك من جهة أخرى، هما طرفا النظام القانوني الذي ظهر في عقد البيع، ولهذا حلت مفاهيم جديدة جعلت من الضمانات الموجودة في قوانين الاستهلاك تحل بقوة محل الضمان التقليدي.

أولا : استبدال عبارة المستهلك بعبارة المشتري في المنتجات الصناعية

هناك العديد من المبررات التي أدت إلى ظهور عبارة المستهلك كطرف ضعيف لكونه لا يناقش شروط عقد البيع، بل توضع من طرف المهني الأمر الذي يبرر حمايته.

1 - مبررات مفهوم المستهلك

عندما نكون أمام عقد بيع منتوج صناعي نكون حتما أمام مستهلك ومهني، وهذا الأخير قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، يتمتع بإمكانات اقتصادية وتنظيم إداري شامل يكفل له التحكم في الروابط التعاقدية التي يكون طرفا فيها، ويبدو ذلك التحكم فعالا عندما يكون الطرف الآخر أي المستهلك يفتقد للتخصص الفني والمهني، والضعف في المركز الاقتصادي⁽¹²⁾.

لكل هذا سعى الفقه والقضاء في معظم الدول إلى تطوير العديد من القواعد التي تحمي الطرف الضعيف في العقود التي لا يكون فيها توازن عادل، ووجود مثل هذه القواعد ضرورة لا غنى عنها لمعالجة المساوئ المتولدة عن مبدأ حرية التعاقد⁽¹³⁾.

وقد سعت معظم التشريعات إلى التشديد في مسؤولية المتعاقد المهني إذا كان الطرف الآخر في العقد تتوافر فيه صفة المستهلك، سواء كان ذلك من الناحية التشريعية أم القضائية، فنجد مثلا أن

القضاء الفرنسي أنشأ ما يسمى بقريضة سوء النية على عاتق البائع المهني، وأبطل شروط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها وذلك بهدف حماية الطرف الضعيف في عقد البيع وبالذات فيما يتعلق بضمان العيب⁽¹⁴⁾

2- ماهية عبارة "المستهلك"

يعرف المستهلك في المادة 3 من قانون 03/09 الصادر في 2009/02/25 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقيني، بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

وعرفه المنشور الفرنسي الصادر في 1972/01/14 الخاص بتطبيق النصوص المتعلقة بضرورة وضع بطاقات الأسعار: "المستهلك ذلك الشخص الذي يستخدم المنتجات لإشباع حاجاته الخاصة، وحاجات من يعولهم من الأشخاص، وليس لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق مهنته⁽¹⁵⁾". كما عرفه الفقه وفق اتجاهان أحدهما موسع والآخر ضيق.

الاتجاه الموسع: يعرف المستهلك بأنه من يشتري السلع والخدمات بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو الأسرية.

الاتجاه الضيق: ويرى أن تعريف المستهلك لا يقتصر على ذلك الذي يتعاقد على السلع والخدمات بهدف إشباع حاجاته الشخصية والأسرية بل يمتد ليشمل المتعاقد المهني الذي يتعاقد على سلع تدخل في نطاق مهنته⁽¹⁶⁾.

ثانياً: استبدال عبارة المهني والمتدخل والمحترف محل عبارة البائع في المنتجات الصناعية

عرفت المادة 3 من قانون 03/09 الصادر في 2009/02/25 المتدخل: "بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك". وعرفت المادة 2 من المرسوم التنفيذي 266/90 الصادر في 1990/09/15 المحترف بأنه: "المحترف هو منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستور أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك...". أما في مجال القانون المدني الجزائري والمقارن فإن البائع هو المدين بالالتزام بالضمان، ولم تفرق تلك النصوص بين البائعين فيما يتعلق بأحكام ومدى الالتزام بالضمان⁽¹⁷⁾.

لم يكن للبائع أو للمنتج دوراً بارزاً في تصنع تلك المنتجات أو بمعنى آخر في وجود العيب الخفي نفسه، إلا أنه ابتداء من القرن العشرين فقد ظهرت المنتجات الصناعية المعقدة التي استخدمت

فيها الفنون الصناعية المتقدمة. وقد ارتبطت تلك المنتجات بالعديد من المخاطر والأضرار التي تصاحب استعمالها، وكان منطقياً أن تتطور وتتسع مسؤولية منتج تلك المواد تبعاً لدوره المتزايد في تصنيع وتركيب تلك المنتجات.

كما أن الأضرار التي تسببها تلك المنتجات تكشف في الغالب من الأحيان عن عيب خفي يمثل في الخطأ في تصنيع تلك المنتجات ومن ثم كان منطقياً أن يجتهد الفقه والقضاء في بعض الدول في إيجاد الوسائل القانونية التي تشدد من مسؤولية منتج تلك المواد وتكفل تعويض المضرور⁽¹⁸⁾.

هذا بالإضافة إلى أن العيب الخفي في نطاق المنتجات الصناعية غالباً ما يجد مصدره في المرحلة المصاحبة لعملية الإنتاج⁽¹⁹⁾ فقد يكون مصدر العيب الخفي عيب في التصميم الذي يسأل عنه البائع المنتج في مواجهة المشتري، فهو المسئول كقاعدة عامة عن تصميم المنتجات التي يعرضها للبيع وقد يكون مرد العيب الخفي خطأ في التصنيع.

تبدو أهمية تلك التفرقة في حالة المنتجات أو الآلات التي يشترك في تصنيعها أكثر من منتج مثل السيارات والآلات بصفة عامة إذ أن البائع ومنتج تلك الآلات يتعاقد مع غيره من المنتجين ممن يعرفون بأصحاب الصناعة المغذية على شراء بعض الأجزاء الداخلية في تصنيع الآلات التي يقوم بإنتاجها.

وفي هذا الخصوص استقر القضاء الفرنسي على أن بائع المنتج النهائي يلتزم بالرقابة الفنية على الأجزاء الداخلية في تكوين الشيء المبيع واكتشاف ما قد يوجد بها من عيوب التصنيع⁽²⁰⁾.

نخلص من ذلك إلى القول أن هناك دوراً مهماً وبارزاً يلعبه المنتج في عملية تصنيع المنتجات كما أنه قد يتدخل أكثر من شخص في صناعة منتج معين، وهذا ما يثير مشاكل فيما يتعلق بتحديد شخص المسئول عن العيب، حيث يتميز المنتج الصناعي بتعدد شبكات إنتاجه وتوزيعه فقد يشترك أكثر من صانع في منتج واحد، كلما ازداد الإنتاج في حجمه وكميته فإنه يستقل عن التوزيع بحيث لا يتعامل المشترك غالباً مع المنتج بل يتعامل مع وسيط يقوم بالتوزيع وهو بائع مهني يتخصص في السلع التي يقوم ببيعها وبالنتيجة تعدد المهنيون المدينون بالالتزام في مواجهة المشتري⁽²¹⁾.

إن التفرقة بين هذه المصطلحات لها أهميتها في معرفة شخص المسئول عن العيب فيما إذا كان مهنياً أو بائعاً وما يترتب على ذلك من تشدد في مسؤولية البائع المهني.

المحور الثاني: قصور قواعد العيب الخفي من حيث موضوع العقد في المنتجات الصناعية (22)

بما أن أحكام ضمان العيب الخفي لا تخدم أشخاص العقد في المنتجات الصناعية فإنها كذلك لا تخدم موضوع العقد، إذ أن نصوص القانون المدني بوجه عام وتلك المتعلقة بضمان العيب الخفي تنطبق على الشيء المعيب دون تفرقة بين المنتجات الطبيعية من ثمار وغلل وبين المنتجات الصناعية. ولتوضيح الأمر أكثر لتحديد أوجه قصور قواعد العيب الخفي من حيث الموضوع نتناول:

أولاً: قصور مفهوم العيب الخفي بشكل عام و ثانياً: قصور قواعد العيب الخفي فيما يتعلق بالتعويض في المنتجات الصناعية و ثالثاً : قصور قواعد العيب الخفي فيما يتعلق بالإثبات والمدة في المنتجات الصناعية. (23)

أولاً: قصور مفهوم العيب الخفي بشكل عام

1- ضمن أحكام القانون المدني

نلاحظ مبدئياً أن تعريف العيب الخفي كما يذهب البعض بأنه الاقفة الطارئة، التي تخلو منها الفطرة السليمة للشيء المبيع هذا المفهوم ينصرف بصفة أساسية إلى منتجات الطبيعية من أخشاب وثمار وما إلى ذلك فتلك (24) المنتجات هي وحدها التي يمكن القول بشأنها بأن هناك فطرة سليمة توجد عليها عند بداية خلقها أو تكوينها. وبالتالي فإن المنتجات الصناعية أو المصنعة لا يمكن الحديث عن فطرة سليمة لها إذ أن تقييمها وصلاحتها يتم وفقاً لقواعد الفن الصناعي وتباين تلك المنتجات في نوعياتها وخصائصها تبايناً كبيراً (25).

فالعيب الخفي كما ذكرنا قد يجد مصدره في عيب التصميم وقد يكون خطأً في التصنيع كما أنه في أغلب الأحوال يكون ملازماً ومصاحباً لعملية التصنيع ذاتها (26)، ولذلك يرى البعض ضرورة تبني تعريف للعيب لا يقتصر فقط على ما يعيب الشيء المبيع في خلقته، وإنما يمتد أيضاً إلى ما يعيب الشيء عند تصنيعه إذا كان آلة أو جهازاً مصنوعاً وكذلك حالة ما يطرأ له بعد ذلك كعيب يصيب جهازاً إلكترونياً بعد الانتهاء من صنعه أو آلة تتكسر بعد ذلك أيضاً (27).

ومن جهة أخرى نجد أن هناك قصوراً فيما يتعلق بمفهوم الخفاء، فمن ناحية فإن اشتراط خفاء العيب يعني في المقابل أن بائع المنتج الصناعي ليس مسؤولاً عن ضمان العيوب الظاهرة التي اطلع عليها المشتري أو تلك التي يمكن التعرف عليها وقت تسلمه للمنتج حيث يثير الشك حول ذلك نتيجة الصعوبات العملية المتعلقة بالطبيعة الخاصة للمنتجات الصناعية والتي تجعل التحقق من وجود العيب

الخفي في هذه المنتجات أمرا عسيرا، ومن ناحية أخرى فإنه من غير المقبول القول بأن المشتري قد قبل المبيع على الرغم من احتوائه على عيب ظاهر إذا كان هذا العيب يصيبه بأضرار في نفسه⁽²⁸⁾.

ب- ضمن مفهوم قانون 03/09 الصادر في 2009/02/25

أما العيب في مجال الاستهلاك فقد فرض المشرع على عاتق المنتج، التزاما يترتب على الإخلال به تعويض الأضرار التي سببتها منتوجاته المعيبة للمستهلك، ولقد نظم أحكام هذا الضمان القانون 03/09 الصادر في 2009/02/25 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش، في المواد 15/14/13/12/11، والمرسوم التنفيذي رقم 266-90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات في مادته 03، والقرار الوزاري الصادر في 10 ماي 1994، المتعلق بكيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي 266-90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، حيث قررت هذه النصوص الأحكام التالية:

- افتراض علم المنتج أو عارض السلعة بعيوب المنتج حتى تقوم مسؤوليته.

فرض التزام الضمان في بعض عقود بيع المنتجات والأجهزة الكهربائية، وإجبار المنتج على إعطاء المقتني شهادة ضمان المادة 15 من المرسوم التنفيذي 266-90⁽²⁹⁾.

منح المستهلك إمكانية تجريب المنتج دون أن يُعفى المحترف من إلزامية الضمان وفي ذلك نصت المادة 15 من قانون 03/09 الصادر في 2009/02/25: "يستفيد كل مقتن لأي منتج مذكور في المادة 13 من هذا القانون من حق تجريب المنتج المقتني".

- يلتزم المنتج بالضمان بقوة القانون لتعلق الضمان بالنظام العام بحيث لا يمكن للأطراف الاتفاق على إسقاطه أو التنازل عنه تحت طائلة البطلان، كما يقع باطلا كل اتفاق يقضي بإلزام المستهلك على دفع مصاريف إضافية مقابل الضمان وهذا بنص المادة 13 الفقرة 4 من قانون 03/09 التي جاء فيها: "يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة"⁽³⁰⁾.

نلاحظ أن المشرع الجزائري ومن خلال قانون حماية المستهلك والمراسيم التنفيذية له حاول التقريب بين دعوى المطابقة، ودعوى الضمان بحيث كانت تظهر التفرقة من خلال نصوص القانون المدني.

ثانيا: قصور قواعد العيب الخفي فيما يتعلق بالتعويض في المنتجات الصناعية

إن العيب الذي يشوب المبيع قد ينبج عنه أضرار تلحق بمشترته، وهذا ناتج عن التطور الصناعي والتقدم التقني، وكان لا بد من أن ينعكس ذلك على أساليب توزيع هذه المنتجات، فلم يعد بيعها يتم

بأسلوب المساومة التقليدية التي تنتهي عند تحديد شروط البيع رضائيا، وإنما أصبحت عمليات البيع بيد شركات تقوم بوضع شروط يتم على أساسها التعامل مع المستهلك. ونتيجة لهذا الإنتاج الكبير يحتمل إفلات بعض السلع المشوبة ببعض العيوب من الرقابة والمتابعة، وكان طبيعيا أن تتسع حجم الأضرار لتي تسببها المنتجات الصناعية مما ظهر عنه نوع جديد من الأضرار تصيب الشخص في نفسه أو أمواله⁽³¹⁾.

و ما يؤخذ على المفهوم التقليدي لضمان العيب الخفي هو ما يشوبه من قصور في مفهوم الضرر الذي يلتزم البائع بتعويضه، وفي هذا الشأن يفرق الفقه بين نوعين من الأضرار:

النوع الأول: الأضرار الناجمة عن عقد البيع، ويقصد بهذه الأضرار كل ضرر يلحق المشتري تاجرا كان أم شخصا عاديا نتيجة لكون العقد لا يفي بالغرض المقصود منه في نقصان فائدته كأن تكون السيارة المشتراة مثلا غير صالحة للقيادة⁽³²⁾. وهذه الأضرار أيا كان شكلها وأهميتها يتم تعويضها وفقا للقواعد العامة التي يقتضيا القانون في ضمان العيوب الخفية، وهي تخول المشتري وفقا لنص المادة 375 مدني جزائري أحد خيارين إما فسخ البيع من خلال رد المبيع واستعادة الثمن أو قبول المبيع بالثمن المسمى، في حين أعطت معظم التشريعات للمشتري الحق بإقاص الثمن بما يوازي العيب⁽³³⁾ وإذا كان المشتري تاجرا أو صناعا أجرى العقد لمصلحة تجارته أو صناعته فقد يلحق به العيب ضررا ناجما عن التأجير في إنتاج السلعة أو خسارة لسوق تجاري يروج فيها بضاعته وهذا ما يسمى بالضرر التجاري الذي ما هو إلا عبارة عن الربح الفلئ، حيث يحق للمشتري أن يطالب بالتعويض عن هذه الأضرار.

النوع الثاني: وهي الأضرار التي قد يحدثها المبيع المعيب بشخص المشتري أو بأمواله والتي تنتج عن الشيء المعيب، وهذه الأضرار وتميزا لها عن الأضرار التجارية، فإن لها صلة وثيقة ومباشرة بالشيء المعيب، فقد كان من نتيجة التطور الصناعي والتعقيدات التقنية في الصناعة أن أخذ الضرر يتبدل في نوعيته وفي مداه ويكفي التدليل على ذلك بحوادث السيارات التي تنجم عن العيوب اللاحقة بها فقد يؤدي انفجار إطار السيارة المعيب أو العيب في مقود القيادة إلى انحراف السيارة عن مسارها، فينجم عن ذلك أضرارا تلحق بالمشتري في نفسه أو أمواله. ومن الأمثلة على ذلك أيضا الأضرار التي تصيب المشتري نتيجة الأذى المعيبة أو انفجار الأجهزة الكهربائية أو احترافها الذاتي نتيجة ما تنطوي عليه من عيوب قد تؤدي إلى الوفاة والعجز الجسدي⁽³⁴⁾.

تجاه هذا التبدل في طبيعة ونطاق الضرر بنوعيه المادي والجسدي تساءل الفقه والقضاء في فرنسا عن الشخص الذي يجب أن يتحمل عبء هذا الضرر فهل يتحملة المشتري أم البائع ؟ ولذلك عندما طلب إلى القضاء الفرنسي تعويض هذا النوع من الأضرار أدرك عجز النصوص الخاصة بضمان

العيوب الخفية، لأن حصول المشتري على التعويض يستلزم وفقا لنص المادة (1645) من القانون المدني الفرنسي إثبات سوء نية البائع بعينه علمه بوجود العيب في المبيع وهو إثبات يتعذر النهوض به في أغلب الأحوال خصوصا إذا أريد أن ينسب سوء النية إلى بائعي المنتجات الصناعية الذين يقومون بدور الوسيط ولا يتدخلون بأي وجه في تصميم السلعة أو تصنيعها، وهذا ما دفع القضاء الفرنسي إلى افتراض علم البائع المهني بعيوب المبيع لإلزامه بتعويض كافة الأضرار⁽³⁵⁾.

نخلص من ذلك بالقول أن مهمة المشرع لم تعد تقتصر على تخلص المشتري من بيع انعدمت جدواه أو إنقاص ثمنه بنسبة نقص فائدته له، بل يجب أن تمتد إلى الفصل فيما يتحمل عبء تعويض هذا النوع من الأضرار، والتي يسلم فيها المشتري في كثير من الأحيان بقضاء الله وقده على الرغم من أن هذا الضرر لم يعد تحققه موقوفا على مجرد الصدفة أو الحظ وإنما أصبح من المخاطر التي يجب على المنتج أن يتوقعها ويأخذها باعتبارها .

ثالثا: قصور قواعد العيب الخفي فيما يتعلق بالمدة والإثبات في المنتجات الصناعية

إن القيود الزمنية التي تخضع لها دعوى ضمان العيب الخفي ، بالإضافة إلى صعوبة إثبات العيب في نطاق المنتجات الصناعية يقلل إلى حد كبير من فعالية تلك الدعوى، وهذه العقبة لا نجدها في قانون الاستهلاك الذي ألزم المهني بضرورة التدخل لإصلاح الضرر مهما طالت المدة حتى لو بعد انقضاء مدة الضمان ولتسليط الضوء أكثر على هذا الجانب الهام نبحت القصور من حيث المدة ثم من حيث الإثبات.

أ- قصور قواعد العيب الخفي من ناحية المدة

عرفنا فإنه حماية لاستقرار التعامل وعدم إشغال ذمة البائع لفترة طويلة فقد اشترطت التشريعات المدنية أن ترفع دعوى الضمان خلال مدة معينة وهي سنة في القانون الجزائري طبقا للمادة 383 من القانون المدني التي جاء فيها: " تسقط دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة ". وبالنظر للقانون المدني الفرنسي فإنه لم ينص على مدة معينة بل ذكر أن يكون الاحتجاج بالعيب خلال مدة معقولة وترك للقاضي سلطة تقديرها حسب طبيعة العيب وما يقضي به العرف .

من هنا فإن القيود الزمنية القصيرة التي تخضع لها دعوى ضمان العيوب الخفية والتي يتعين على المشتري التقيد بها وإلا فقد حقه في الرجوع تقلل إلى حد كبير من فعالية هذه الدعوى، فيجب على

المشتري بمجرد استلام المبيع التحقق من حالته والقيام بإخطار البائع بوجود العيب وفي جميع الأحوال تسقط دعوى الضمان بمضي ستة أشهر من تاريخ استلام المبيع.

يؤكد الواقع العملي أن شروط المدة القصيرة تقلل إلى حد كبير من فاعلية الحماية التي توفرها هذه الدعوى في نطاق المنتجات الصناعية، فقد يلجأ المشتري رغبة منه في تجنب اللجوء إلى القضاء بما يستتبعه من ضياع للوقت والجهد والنفقات إلى التفاوض مع البائع آملاً الوصول إلى حل ودي.

وفي كثير من الأحيان تستغرق هذه المفاوضات وقتاً طويلاً يكفي لسقوط دعوى الضمان بمضي المدة بل أن البائع كثيراً ما يحاول الاستفادة من شرط المدة القصيرة، وذلك بإبداء استعداده للحل الودي كالأجاء مثلاً للمشتري بالموافقة على إصلاح العيب أو تعويضه عن الأضرار التي أصابته ثم يماطل بعد ذلك في إجراء هذا الإصلاح أو في قبول التعويض الذي يطلبه المشتري حتى يفوت على هذا الأخير المدة القصيرة التي يجب أن ترفع الدعوى خلالها⁽³⁶⁾.

ب- قصور قواعد العيب الخفي من ناحية الإثبات

وفقاً لنص المادة 383 من القانون المدني الجزائري، فإن على المشتري أن يثبت وجود العيب الخفي في المبيع وأن يكون هذا العيب قديماً موجوداً في المبيع عند انعقاد البيع أو عند تسليم المبيع، ولم يطرأ عليه في وقت لاحق على ذلك.

وقد لا يكون مثل هذا الإثبات ميسوراً بالنسبة للمشتري في جميع الأحوال فالطابع الفني للعقد لأغلب المنتجات الصناعية وما تتطلبه من نفقة في الاستعمال يجعل من الصعب الجزم عند حصول حادث بسببها ما إذا كان يرجع إلى عيب فيها أو إلى سوء استخدام أو إهمال في الصيانة ليسأل عنه المشتري حتى لو أمكن إثبات العيب فقد يتعذر تحديد منشأه وما إذا كان سابقاً على البيع فيسأل عنه البائع أو المنتج أولاً حقا عليه وراجعا إلى إهمال المشتري الذي يجب أن يتحمل عندئذ نتائجها.

إن إغفال نصوص القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين المتعلقة بضمان العيب الخفي لهذه المؤثرات والاعتبارات الواقعة، والتي كان لها أثرها الواضح في قصور قواعد العيب الخفي سواء من ناحية أشخاص العقد أو موضوعه، يجعلها عاجزة عن تحقيق حيازة كافية وفعالة للطرف الضعيف في عقد البيع وهو المشتري (المستهلك)، وهذا ما دفع الفقه والقضاء معظم الدول إلى توسيع وتطويع قواعد العيب الخفي والبحث عن البديل⁽³⁷⁾.

خاتمة

في الختام يمكن القول أن التقدم الصناعي وازدياد المنتوجات الصناعية أدى بالمشرع إلى التدخل لإعادة النظر في ضمان العيوب الخفية في العلاقة بين المستهلك والمنتج فالزعم المحترف بزيادة أكثر في الضمان من حيث الخدمة والمدة، فاقترح متابعة وقائية لما يمكن أن يصيب المبيعات من عيوب وذلك عن طريق التدخل السريع وفي الوقت الملائم لإصلاح الأضرار، وهو ما جعل المستهلك يفضل هذا النوع من الضمانات على أية ضمانات أخرى قاصرة كما ذكر في هذا البحث و لما توفره هذه الضمانات الحديثة من أمان الاستعمال.

وبظهور قوانين الاستهلاك بدأ الأمر يتضح أكثر وأصبح المنتج يفترض فيه سوء النية والترم بضمان العيب الظاهر وتطور الأمر أكثر إلى ضمان الحلل ليصبح الضمان حقا مكنسبا للمستهلك وخدمة مجانية يقدمها البائع المهني للمستهلك ترويجا لمنتجاته.

النتائج

توصلنا من خلال دراستنا إلى أن ضمان المنتجات الصناعية يخضع لمعايير إضافية لا يمكن أن تستوعبها قواعد ضمان العيب الخفي التقليدية لما عرفناه فيها من قصور وما أصبح المستهلك يطلبه من المحترف من إصلاح وصيانة واستبدال المنتج المعيب أو رد الثمن، وبذلك يحصل المستهلك على كل ما يريده من خلال إتاحة جميع الخيارات له، كما أن ذلك يعود بفائدة للبائع المحترف من خلال الترويج لمنتجاته لإقدام الناس على الشراء .

الهوامش :

- (1) - اسعد ذياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دار اقرأ، بيروت، الطبعة الثالثة 1983 ص 217 وما بعدها.
- (2) - جابر محبوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية، مرجع سابق ص 18 وما بعدها.
- عامر القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى 2002 ص 2.
- (3) - عمار القيسي، المرجع نفسه ص 807.
- (4) - عبد الباسط الجميبي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.

(5)- عامر احمد القيسي، المرجع ذاته ص 8، - جبين كابي، مختارات من قانون الاستهلاك الفرنسي، ترجمة حمد الله محمد حمد الله، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط السنة 19 الأعداد 3-4 1995 ص 130-132.

(6)Robert – joseph Pothier Traité du contrat de vente، ouvrages de Pothier T.3

(7)nouvelle éd. librairies Thonines et Fortic paris (sans date) n° 203 pp. 161 et 162

(8)J.GHESTIN Traité de droit civil، les obligations، le contrat op، cit p 136.

(9)- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية، مرجع سابق ص 51.

(10)- احمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992 ص 20 وما بعدها

(11)- منذر الفضل، شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة، مرجع سابق ص 122.

(12)- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية، مرجع سابق ص 3-7

(13)- محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ودار الفكر العربي 1983 ص 76.

(14)- ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية قضى بان: "سائق السيارة الذي أصيب في حادث يرجع إلى عيب فني في جهاز الفرامل يمكنه أن يرجع بتعويض الضرر الذي أصابه على صناع هذه السيارة الذي له بدوره أن يرجع على صانع هذا الجزء المركب، أشار إليه محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج، مرجع سابق ص 7 و11.

(15)- سبق تعريف مفهوم العيب الخفي في الصفحات السابقة.

(16)- صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، مرجع سابق ص 50.

(17)- محمد شكري السرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، مرجع سابق ص 76.

(18)- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع أعلاه ص 50

(19)- محمد شكري السرور، مسؤولية المنتج، مرجع سابق ص 45.

(20)- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية، مرجع سابق ص 4

- (21)- علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، مرجع سابق ص 18 و 19
- (22)- انظر المواد 444 مدني مصري والمادة 449 عقود لبناني.
- (23)- اسعد ذياب، ضمان عيوب المنيع الخفية، مرجع سابق ص 169.
- (24)- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة 1987 ص 41 وما بعدها.
- (25)- اسعد ذياب، ضمان عيوب المنيع الخفية، مرجع سابق ص 169
- (26)- حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك، مرجع سابق ص 4.
- (27)- عامر القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، مرجع سابق ص 52.
- (28)- نوري خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق ص 17.
- (29)- محمد السيد عمران، المجموعة العلمية للأبحاث القانونية مرجع سابق ص 85.
- (30)- المادة 1/521 مدني أردني: " لا تسمع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسلم المبيع " - انظر قرار محكمة التمييز المخالف لنص المادة 87/ 382 مجلة نقابة المحامين لسنة 1990 م 220 حيث اعتبرت مدة التقادم سنة.
- (31)- انظر المواد 570 مدني عراقي و 452 مدني مصري.
- (32)- اخذ بها قانون الموجبات والعقود اللبناني في الفصل 553 حيث ينص: "إذا ورد البيع على الأشياء المنقولة باستثناء الحيوانات يلزم المشتري أن يبدأ فوراً ومن وقت التسليم بمعاينة وفحص المنيع خلال سبعة أيام للتسليم لإعلام البائع بوجود العيب"
- (33)- عامر القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، مرجع سابق ص 78.
- (34)- جابر محبوب علي، ضمان سلامة المستهلك، مرجع سابق ص 92.
- (35)- نوري خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص 173.
- (36)- يرى الدكتور جابر محبوب علي أن عدم تحديد المدة في القانون الفرنسي التي يجب أن ترفع خلالها الدعوى وترك تحديدها للقضاء يفتح الباب واسعاً أمام تفاوت لا أساس له في المعاملة بين المشتري ولا تتفق مع هذا الاتجاه جل آراء الفقه ص 92

(37)- عامر القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، مرجع سابق ص 78.

- جابر محبوب علي، ضمان سلامة المستهلك، مرجع سابق ص 92

التحليل البيئي للقانون

أ. آيت عودية بلخير محمد جامعة غرداية

ملخص

إن تأثر البيئة بالعديد من المجالات التي يخرج تأطيرها عن قانون البيئة، يجعل بلوغ الأنظمة القانونية لمستوى أمثل في حماية البيئة مرتبط بشكل كبير بوجود مقارنة موحدة لدراسة فعالية القاعدة القانونية بالنظر لمقتضى الحد من أثر النشاط البشري على البيئة في كل الفروع القانونية؛ حقل بحثي جديد يصطلح عليه "التحليل البيئي للقانون" يعكس التحليل البيئي للقانون أهمية قانونية، بيئية واقتصادية، منحت مكانة إجرائية ضمن تدابير دراسة مشاريع القوانين في الأنظمة المقارنة.

مقدمة

قديمة هي تلك العلاقة الموجودة بين كل من البيئة و القانون، إذ يرجعها بعض الفقه¹ إلى القانون الروماني حيث صنفت أهم العناصر المكونة للبيئة ضمن الأشياء العمومية و غير القابلة للتملك (*res sacrae*). كما أن تطور هذه العلاقة على المستويين الدولي و الداخلي أفرز حديثا قانون للبيئة يهدف بصفة أساسية لتوفير حماية معيارية للبيئة.

إلا أن المقاربة الكلاسيكية القائمة على تنظيم ظاهرة معينة بقانون خاص لا يمكن أن تكون فعالة في مثل هذا المجال للبيئة تتأثر بالعديد من المجالات المتفرقة و المتنوعة التي يخرج مجال تنظيمها عن قانونها كلعقود، الاستهلاك، التكنولوجيا، النقل، تشجيع الإبداع أو السياحة. كل هذه المجالات تنظمها قوانين خاصة بها، و أحيانا لا يظهر التأثير المحتمل لبعض قواعدها على البيئة إلا بعد بحث مركز.

إن تأثر البيئة بمجالات يخرج تأطيرها المباشر عن قانون البيئة يطرح إشكالية هامة حول كيفية كشف آثار القواعد القانونية في مختلف المجالات على البيئة، و كيفية تكيفها مع المتطلبات الأيكولوجية للحياة الراهنة من أجل فعالية أكبر للأنظمة القانونية في حماية البيئة. فمن الضروري إذن أن

¹ - يمكن الرجوع لكل من :

- Gilles J. Martin, Le droit et l'environnement, in Le droit et l'environnement, Dalloz, 2010, p01.
- Benoit JADOT, L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir, "quel avenir pour le droit de l'environnement ?", actes du colloque organisé par le CEDRE et CIRT , Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p 94.

يتولى القانونيون في كل مجال تحليل القواعد القانونية من أجل معرفة ما إذا كان من الممكن أن تكون لها أكثر فعالية في حماية البيئة؛ الأمر الذي يتم اليوم عبر منهج جديد، موحد، و قابل للتطوير، يدعى "التحليل البيئي للقانون".

و فيما يلي نعالج أولاً مفهوم التحليل البيئي للقانون (مبحث أول)، على أن نبرز بعد ذلك أهمية هذا المنهج ومدى اعتماده ضمن الإجراءات السابقة لإقرار مشاريع القوانين (مبحث ثان).

المبحث الأول: التحليل البيئي للقانون (مقاربة مفاهيمية)

لغرض بناء تصور كامل حول معنى منهج التحليل البيئي للقانون، نعرض أولاً لمفهومه (مطلب أول)، ثم للأساليب التحليلية التي يتضمنها (مطلب ثان).

المطلب الأول : مفهوم التحليل البيئي للقانون

الفرع الأول : تعريف التحليل البيئي للقانون

يمكن تعريف التحليل البيئي للقانون بأنه دراسة فعالية القاعدة القانونية بالنظر لمقتضى الحد من أثر النشاط البشري على البيئة¹. فدون الارتباط بقانون معين؛ كل نص قانوني يمكن تحليله وفقاً لغاية وحيدة تتمثل في فعاليته في الحد من الانعكاسات السلبية للنشاطات البشرية سواء العامة كالنقل، أو الخاصة كالصناعة، على البيئة بمختلف عناصرها.

إن وحدة غاية التحليل البيئي للقانون لا تعني تماثل كل الدراسات فيه، فيمكن لكل دراسة أن تعمل على هدف أكثر تخصيصاً يندرج ضمن الغاية العامة، ففي إطار إشكالية تتعلق بحقوق الملكية الصناعية، يمكن الانطلاق من تقييم فعالية قواعد القانون في تشجيع تطور وانتشار التكنولوجيات النظيفة أو الأقل تلويثاً².

يظهر من التعريف أن التحليل البيئي للقانون يقوم على مقارنة منهجية تهدف لتقديم و اقتراح قواعد و أنظمة قانونية تتمتع بفعالية بيئية مثلى منهج مستوحى من منهج آخر أكثر رسوخاً في الدراسات القانونية و الاقتصادية و الممثل في "التحليل الاقتصادي للقانون" *Law & economics* الذي برز في الولايات المتحدة في نهاية الخمسينيات، والقائم على تقييم التكاليف والآثار الاقتصادية للقواعد والأنظمة

¹ - Guillaume Henry, L'Analyse Écologique du Droit : un nouveau champ de recherche pour les juristes, RTD Com. 2014 p. 291.

² - Ibid., p 291

القانونية¹. وككل الدراسات التي تشمل أكثر من تخصص؛ يتطلب التحليل البيئي للقانون، لغايات دقة و موضوعية النتائج، إحاطة كافية بالمعارف المتعلقة بالعلوم الطبيعية، البيولوجية و التكنولوجيا ذات الصلة بمجال البيئة.

الفرع الثاني : قانون البيئة و التحليل البيئي للقانون، أية علاقة ؟

إذا كان قانون البيئة اختصاراً، هو مجموعة القواعد المتعلقة بالبيئة²، فيمكن تعريفه تفصيلاً، بناء على تعريف البيئة في المادة 04 من القانون 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة³، بأنه مجموعة القواعد المتعلقة بالموارد الطبيعية اللاحوية و الحوية (كالهواء، الجو، الماء، الأرض و باطنها، النبات، الحيوان، التراث الوراثي...) و أشكال التفاعل بين هذه الموارد، و كذا الأماكن و المناظر و المعالم الطبيعية.

و خلافا للطابع الموضوعي لقانون البيئة و المنحصر في الأحكام ذات الصلة المباشرة بالبيئة، فإن التحليل البيئي للقانون يعتبر منهجاً تحليلياً لا يقتصر فقط على دراسة القواعد القانونية التي يكون موضوعها و غايتها حماية البيئة. الهدف هو دراسة التأثير المفترض على البيئة لكل القواعد القانونية في جميع الفروع القانونية. كل المجالات يمكن أن تكون محلاً للتحليل البيئي للقانون، بداية بتلك التي تعالج مسائل مرتبطة مباشرة بتنظيم المحيط كقانون حماية البيئة أو قانون التهيئة و التعمير. فأي قواعد للتعمير يمكن أن تحد من نقص المياه على إقليم معين؟ ما هو أثر كل قاعدة للتعمير على التنقل اليومي للسكان و بالتالي على انبعاث الغازات الدفيئة؟ و يمكن أن يمتد هذا التحليل لمجالات قد تبدو بعيدة عن الجانب البيئي كلقانون الجبائي، قانون الاستثمار أو قانون العقود. ما هو تأثير الضريبة الإضافية المفروضة على السيارات الملوثة أو الإعفاءات الممنوحة على السيارات الكهربائية؟ ما مدى كفاية التحفيزات الممنوحة للاستثمار في مجال إعادة التصنيع؟ ما هو أثر قانون العقود أو قانون التجارة الالكترونية على ترشيد الاستهلاك⁴؟

¹ - François Terré, Introduction générale au droit, 9e édition, Dalloz, Paris, 2012, p 41.

² - Michel Prieur, Droit de l'environnement, 6e édition, Dalloz, Paris, 2011, p 08.

³ - قانون رقم 10-03 مؤرخ في 2003/07/19، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة (ج ر : 43 مؤرخة في: 2003/07/20)

⁴ - Guillaume Henry, op.cit, p 292.

بالرغم من الاختلاف الكائن بين كل من قانون البيئة والتحليل البيئي للقانون من حيث طبيعة المقاربة و من حيث مجال البحث، إلا أن هذا الاختلاف يشكل إطارا لعلاقة تكاملية تحقق ذات الغاية. إذ يتولى قانون البيئة، كأحد فروع القانون، وضع قواعد وأنظمة قانونية تؤطر عناصر البيئة بغرض حمايتها، إلا أن البيئة تتأثر بالعديد من المجالات والظواهر التي تنظمها قوانين عديدة تتجاوز قانون البيئة، و هنا يأتي دور التحليل البيئي للقانون لتقييم أثر القوانين الأخرى على البيئة لغاية حمايتها بشكل أكثر فعالية وأكثر شمولاً.

المطلب الثاني: أساليب التحليل البيئي للقانون

على غرار منهج التحليل الاقتصادي للقانون، الأكثر تطورا و تبلورا، يمكن للتحليل البيئي للقانون أن يقبل أسلوب تحليل موضوعي (فرع أول) أو أسلوب تحليل معياري (فرع ثان) لأحكام القانون.

الفرع الأول : الأسلوب الموضوعي في التحليل البيئي للقانون

يقوم التحليل الموضوعي على تقييم فعالية أحكام القانون بالشكل الذي أقرت عليه عبر فهم كيفية تأثير القواعد القانونية على السلوكات و تفسير التفاعل معها، بما يسمح بقياس مدى تحقيقها للأهداف التي وضعت من أجلها¹. إذ يتيح الأسلوب الموضوعي في التحليل البيئي للقانون تقدير فعالية النصوص السارية في تحقيق حماية البيئة من النشاطات البشرية السلبية. فمثلا يمكن وفقا لأسلوب التحليل البيئي الموضوعي لقانون الجمعيات، دراسة فعالية النظام القانوني للجمعية البيئية من حيث ضرورة وجود كاف لها لأهميتها البالغة مقارنة بالجمعيات الأخرى نظرا لاعتبارها فاعلا أساسيا في حماية البيئة، و من حيث فعالية نشاطها في مواجهة قرارات السلطات الإدارية. و على هذا الأساس يمكن الانطلاق من إشكاليات مثل: ماهية التدابير التشجيعية لإنشاء مثل هذه الجمعيات؟ و مدى وضوح القواعد التي تمكنها من أهلية التقاضي و الادعاء في مواجهة قرارات و تراخيص الإدارة التي قد تشكل تهديدا للبيئة؟ بالإضافة لمدى تمكينها من الاطلاع على احترام إجراءات دراسات التأثير البيئية و الاستشارات اللازمة قبل اتخاذ هذه القرارات؟

¹ - François Terré, op.cit, p 41.

الفرع الثاني: الأسلوب المعياري في التحليل البيئي للقانون

إذا كان التحليل الموضوعي يهتم بتقييم آثار ما كان قد نص عليه القانون، فإن التحليل المعياري يركز بصفة أساسية على ما ينبغي أن يكون عليه القانون فهو يهتم أكثر بالمبادئ و بالمعايير التي تحقق فعالية أكبر والتي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار بصفة مسبقة من طرف المشرع أو القاضي قبل إقرار القواعد القانونية .

إن انتاج هذا الأسلوب في التحليل البيئي للقانون يتيح مراعاة النصوص القانونية لمقتضيات حماية البيئة في مختلف المجالات. فمثلا يمكن للتحليل البيئي المعياري أن يسلط الضوء على العلاقة المهمة الموجودة بين كل من البيئة و محيط العمل و علاقاته، ليوصي بضرورة مراعاة أكبر للبعد البيئي في تشريعات العمل. فمن مقارنة وظيفية يمكن الانطلاق من إشكالية مثل: ما مدى مراعاة تشريعات العمل الداخلية للمبادئ التي أقرتها المنظمات الدولية في هذا الشأن، كموضوع المهن الخضراء الذي يقع اليوم على رأس اهتمامات منظمة العمل الدولية، أو الأحكام التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية، كالاتفاقية رقم 170 لمنظمة العمل الدولية بشأن السلامة في استعمال المواد الكيميائية في العمل، أو التوصية رقم 156 لمنظمة العمل الدولية بشأن حماية العمال من المخاطر المهنية الناجمة عن تلوث الهواء و الضوضاء و الاهتزازات في بيئة العمل؟ كما أنه من مقارنة تنظيمية يمكن مناقشة إشكالية: مدى تمثيل النقابات العمالية و منظمات أرباب العمل في الهيئات الوطنية المتعلقة بالبيئة، كالمجلس الأعلى أو المرصد الوطني للبيئة و التنمية المستدامة ؟²

المبحث الثاني: أهمية التحليل البيئي للقانون و اعتماده الإجرائي

للتحليل البيئي للقانون أهمية متعددة الأبعاد (مطلب أول). انعكست في إيجاد مكانة له ضمن الأحكام الإجرائية لسن القوانين و إصدار بعض القرارات الإدارية (مطلب ثان).

¹ -Thierry Kirat, Economie et droit : De l 'analyse économique du droit a de nouvelles alliances ? , Revue économique - vol. 49, N 4, juillet 1998, p 1059.

² - Franck Héas, La protection de l'environnement en droit du travail, Revue de droit du travail 2009, p 565 – 567.

المطلب الأول: أهمية التحليل البيئي للقانون

الفرع الأول : الأهمية القانونية للتحليل البيئي للقانون (زيادة الفعالية القانونية)

يقصد بفعالية القانون قدرة القاعدة على توجيه سلوك المخاطبين بها في الاتجاه المراد من المشرع¹ أو هي درجة تحقيق القواعد التي يقرها القانون في الممارسات الاجتماعية². إن القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك اجتماعي تسن بغرض تحقيق هدف محدد سفله لتقاس بذلك فعاليتها بمدى إنفاذ أحكامها وإحداث الأثر الذي وجدت لأجله.

وبالرجوع إلى تعريف التحليل البيئي للقانون، نجد أن فكرة "الفعالية" تتمتع بمكانة محورية في غاية هذا المنهج. و نظرا لصعوبة تقييم عام و شامل لفعالية كل القوانين في جميع المجالات؛ تبرز أهمية التحليل البيئي للقانون، لاسيما وفقا لأسلوب التحليل الموضوعي، في المساهمة في التأسيس لمنهج علمي يساعد على تقييم و تقويم فعالية القاعدة القانونية في إطار غاية محددة تتمثل في حماية البيئة.

الفرع الثاني: الأهمية البيئية للتحليل البيئي للقانون

إلى جانب لاستعمال المعارف العلمية التي تسمح بحماية البيئة عبر إدراك الموارد الطبيعية الحيوية و اللاحيوية أشكال التفاعل فيما بينها و تحديد النشاطات البشرية التي قد تضر بها؛ تبرز الحاجة لاستغلال خصائص القاعدة القانونية، لاسيما منها الإلزام، لغرض الحد بأكبر فعالية ممكنة من الأنشطة البشرية المؤثرة سلبا على البيئة. مهمة توكل بشكل أساسي لقانون البيئة، إلا أنه نظرا لكثرة و تنوع التأثيرات التي يصعب على قانون البيئة تأطيرها، تظهر أهمية التحليل البيئي للقانون الذي يبحث في مختلف الأنظمة القانونية و يحلل تأثيراتها المحتملة على البيئة لغرض حماية شاملة و متكاملة لها.

الفرع الثالث: الأهمية الاقتصادية للتحليل البيئي للقانون

إذا كان من المعلوم منذ القدم أن البيئة تعد خزاناً استراتيجياً للنشاط الاقتصادي البشري في مختلف المجالات، الصناعية، الفلاحية و التجارية، إلا أن الأمر الذي لم يتم التركيز عليه إلا حديثاً هو أن البيئة ككل الموارد تخضع لقاعدة الإهلاك، و أن توازنها الحساسة شديدة التأثير بإفرازات النشاط الاقتصادي، فلاستغلال الاقتصادي غير العقلاني للبيئة يؤدي حتماً إلى تراجعها كمورد هام، ما يحتم

¹ - Yann Leroy, La notion d'effectivité du droit, Droit et société, 2011/3 n° 79, p 724.

² - François RANGEON, réflexions sur l'effectivité du droit, in CURAPP, Les usages sociaux du droit, Paris : PUF, 1989, p 126.

إيجاد توازن بين الحاجة إلى التنمية و ضرورة الحفاظ على البيئة، عبر نظام تنمية يهتم بتفادي الاستغلال المفرط للموارد الطبيعية، بهدف إشباع احتياجات وصحة الأجيال الحاضرة دون رهن قدرة الأجيال اللاحقة على الاستجابة لاحتياجاتها¹، هذا النظام يعبر عنه اليوم "مبدأ التنمية المستدامة".

يتضمن مبدأ التنمية المستدامة جانبين، فمن جهة يجب أن تتم التنمية الاقتصادية في ظل احترام المتطلبات البيئية، و من جهة أخرى يجب على السلطات العمومية أن توفق بين حماية و تمشين المحيط، و التقدم الاجتماعي². و تبرز الأهمية الاقتصادية للتحليل البيئي للقانون في الجانب الثاني للتنمية المستدامة عن طريق المساهمة في الكشف عن الأبعاد المؤثرة في البيئة للتشريعات الاقتصادية لغاية إدراجها ضمن مقتضيات التنمية المستدامة، على غرار ما تم في عدة قوانين أقرت في الجزائر حديثا نحو: قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة³ و قانون ترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة⁴ و قانون التنمية المستدامة للسياحة⁵ و قانون تهيئة الإقليم و تميزته المستدامة⁶.

المطلب الثاني: التكريس الإجرائي للتحليل البيئي للقانون

الفرع الأول: التكريس الإجرائي للتحليل البيئي للقانون في الأنظمة المقارنة

في فرنسا يؤخذ بعين الاعتبار تأثير القوانين و تعديلاتها على البيئة خلال العمل البرلماني. فموجب المادة 08 من القانون العضوي رقم 2009-403 المتعلق بتطبيق المواد 34-1، 39 و 44 من الدستور⁷ فإن كل مشاريع القوانين يجب أن ترفق بدراسة تأثير يكون محلها، إلى جانب مجالات أخرى،

¹ - Serge guinchard, Thierry Debard, Lexique des termes juridiques 2014, 21e édition, Dalloz, Paris, 2014, p 327.

² - Ibid., p 327.

³ - قانون رقم 09-04 مؤرخ في 2004/08/14 متعلق بترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة (ج ر : 52، مؤرخة في 2004/08/18).

⁴ - قانون رقم 10-03 مؤرخ في 2003/07/19 متعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة (ج ر: 43، مؤرخة في 2003/07/20).

⁵ - قانون رقم 01-03 مؤرخ في 2003/02/17 يتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة (ج ر: 11، مؤرخة في : 2003/02/19)

⁶ - قانون رقم 20-01 مؤرخ في 2001/12/12 يتعلق بتهيئة الإقليم و تميزته المستدامة (ج ر: 77، مؤرخة في : 2001/12/15)

⁷ - loi organique n 2009-403 du 15 avril 2009 , relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la constitution (JORF n 0089 du 19 avril 2009).

تقييم الأثار البيئية للقانون. هذه الدراسة يجب أن تقدم إلى البرلمان مع مشروع القانون تحت طائلة رفض تسجيل مشروع القانون للمناقشة البرلمانية¹.

بجانب الدراسة العامة لتأثير مشاريع القوانين على البيئة، نجد أنظمة قانونية خاصة تتعلق بقرارات منح التراخيص لمشاريع لها آثار محتملة على البيئة إذ تنص المادة 1-122 L من قانون البيئة الفرنسي على أن "مشاريع أشغال البناء أو التهيئة العمومية أو الخاصة، التي بحكم طبيعتها أو حجمها أو موقعها يحتمل أن يكون لها آثار معتبرة على البيئة أو صحة الإنسان، يجب أن تسبقها دراسة تأثير".

الفرع الثاني : المكانة الإجرائية لتحليل البيئي للقانون في الجزائر

في الجزائر لا يتضمن الدستور نصا على إجراء دراسة تأثير بيئية على مشاريع أو على مقترحات القوانين، إذ يقتصر الأمر على إرفاق النصوص "بعرض للأسباب" بموجب القانون العضوي 99-02 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها وكذا العلاقة الوظيفية بينها وبين الحكومة²، حيث تقضي المادة 20 منه بأنه "زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 119 من الدستور، يشترط في مشروع أو اقتراح قانون ليكون مقبولا، أن يرفق بعرض أسباب، و أن يحرر نصه في شكل مواد".

غير أنه يمكن أن نجد في النظام القانوني الجزائري ربطا لصدور بعض القرارات الإدارية، التي يمكن أن يكون لها انعكاسات على البيئة، بإنجاز دراسة تأثير مسبقة. فتنص مثلا المادة 15 من القانون 03-10 المتعلق بحماية للبيئة في إطار التنمية المستدامة بأن "يخضع مسبقا و حسب الحالة، لدراسة تأثير أو لموجز التأثير على البيئة، مشاريع التنمية و الهياكل و المنشآت الثابتة و المصانع و الأعمال الفنية الأخرى، و كل الأعمال و برامج البناء و التهيئة، التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا على البيئة، لاسيما على الأنواع و الموارد و الأوساط و الفضاءات الطبيعية و التوازنات الايكولوجية و كذا على إطار و نوعية المعيشة".

¹ - Guillaume Henry, op.cit, p 293.

² - القانون العضوي 99-02 المؤرخ في 08/03/1999 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة، و عملها، و كذا العلاقة الوظيفية بينها و بين الحكومة (ج ر : 15 مؤرخة في 09/03/1999).

خاتمة

نخلص مما سبق أن التحليل البيئي للقانون كمنهج للبحث العلمي، يمكن أن يقدم مساهمة هامة في زيادة فعالية النظام القانوني لحماية البيئة، نظرا للتكامل الحاصل بينه وبين قانون البيئة. أهمية أدركتها القوانين المقارنة، فجسدتها بشكل إجرائي عبر اعتماد هذا المنهج ضمن كل الدراسات المتعلقة بمشاريع القوانين المعروضة على البرلمان. غير أن الملاحظ أن القانون الدستوري الجزائي لم يساير هذا التطور بعد. ومن الناحية النظرية فإن تطور و تكريس هذا المنهج بجانب التحليل الاقتصادي للقانون، قد يؤسس لمدرسة في البحث العلمي تقوم على التحليل "الموضوعاتي" للقانون ليشمل مختلف المجالات كالتحليل السياسي للقانون، لغاية البحث عن فعالية القوانين في تطوير العمل و الأداء السياسي أو التحليل الاجتماعي للقانون لدراسة تأثيره على مختلف النظم و الظواهر الاجتماعية .

المراجع :

1. Gilles J. Martin, Le droit et l'environnement, Le droit et l'environnement, Dalloz, 2010
2. Benoit JADOT, quel avenir pour le droit de l'environnement ?, actes du colloque organisé par le CEDRE et CIRT , Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996
3. Guillaume Henry, L'Analyse Écologique du Droit : un nouveau champ de recherche pour les juristes, RTD Com. 2014
4. François Terré, Introduction générale au droit, 9e édition, Dalloz, Paris, 2012
5. Michel Prieur, Droit de l'environnement, 6e édition, Dalloz, Paris, 2011
6. -Thierry Kirat, Economie et droit : De l'analyse économique du droit a de nouvelles alliances ? , Revue économique - vol. 49, N 4, juillet 1998.
7. Franck Héas, La protection de l'environnement en droit du travail, Revue de droit du travail 2009.
8. Yann Leroy, La notion d'effectivité du droit, Droit et société, 2011/3 n° 79.
9. François RANGEON, réflexions sur l'effectivité du droit, in CURAPP, Les usages sociaux du droit, Paris : PUF, 1989.
10. Serge guinchard, Thierry Debard, Lexique des termes juridiques 2014, 21e édition, Dalloz, Paris, 2014.

الفساد الإداري كحاجز لعلاقة الإدارة بالمواطن في الجزائر

د. عيسى لحاق - جامعة الأغواط

المقدمة

تحتل الإدارة في الجزائر مكانة هامة وهذا بالنظر إلى الدور الكبير الذي تلعبه في خلق وتسيير مجال الإنتاج والخدمات سواء تعلق الأمر بالمؤسسات الصناعية والتجارية أو في تقديم الخدمات ذات المنفعة العامة، إذ تقدم الإدارة بمختلف أشكالها سواء كانت مركزية أو محلية أو مرفقية خدمات كثيرة للجمهور سواء في المجال الإداري أو الاقتصادي أو الاجتماعي إذ أضحت بمثابة الهيئة الوحيدة من بين كل الهيئات العمومية التي يجد المواطن نفسه على احتكاك يومي بها، بحيث لا يستطيع بأي حال من الأحوال مهما أوتي من وسائل الكسب أن يستبعداها أو يعرض عن التعامل معها بسبب وجودها الدائم في حياته.

فالإدارة العامة ضرورة لا بد منها بالنظر إلى دورها الفعال داخل أفراد المجتمع في السهر على احترام وحماية المصلحة العامة وعلى هذا الأساس تعتبر علاقة الإدارة بالمواطن من أهم المسائل والموضوعات التي طرحت ولا تزال محل نقاش من طرف رجال الفقه والقانون، ذلك أن العلاقة بين الإدارة والمواطن لا تقتصر على تأدية الخدمة العمومية بقدر ما يتعلق الأمر بكيفية السلطة لكلا الطرفين باعتبار أن صاحب السيادة هو الشعب.

وواقع علاقة الإدارة بالمواطن في الجزائر يعاني من مؤثرات كثيرة حالت دون الارتقاء بها، نتيجة إصابة جل مؤسسات الدولة بأمراض عديدة، كالرشوة والاختلاس، المحسوبية، الروتين، الإهمال، سوء المعاملة سوء استخدام السلطة السياسية لتحقيق مكاسب شخصية، وأمراضا أخرى فتنامت ظاهرة البيروقراطية وبرزت ظاهرة الوساطة، ناهيك عن مركز الإدارة القوي تجاه المواطن نتيجة الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة كسلطة عمومية، وهكذا أصبحت علاقة الإدارة بالمواطن علاقة سيئة نتيجة غياب الثقة بين الطرفين وكذا غياب توازن واضح بين طرفي المعادلة الإدارة من جهة والمواطن من جهة أخرى، وهذا راجع كله إلى ما يعرف قانونا بالفساد الإداري كحاجز لعلاقة الإدارة بالمواطن.

والفساد آفة وجدت في المجتمعات البشرية القديمة والحديثة، الصناعية والنامية مع تفاوت في الدرجة والنوع، والفساد قديم قدم الزمان وهو موجود في كل مكان.

فهو مشكلة عالمية أخذت تشكل عامل قلق رئيسي في الإدارات الحكومية للدول وخاصة الدول النامية التي أصبحت تولي أولوية قصوى لخفض مستوى الانحرافات في السلوك الرسمي للمسؤولين الحكوميين والحد من تصرفاتهم التي تدفع بالأجهزة الحكومية إلى الوقوع بين براثن الفساد، والفساد الإداري لا تكاد تخلو منه دولة غنية أو فقيرة بحسبانه عملية دولية موحدة، فهو آفة تصيب الاقتصاد وتهدم حصون التنمية، وتقلب الأوضاع رأسا على عقب.¹

والجزائر كغيرها من الدول تعاني من ظاهرة الفساد الإداري التي أضحت اليوم مرض يلزم الإدارات في الجزائر أن لم نقل جلهما، والواقع المعاش خير دليل على ذلك.

والجزائر في حقب عديدة من تاريخها المعاصر إلى حد الساعة، بقي مفهوم المواطنة وسيادة الشعب تستلهم إلا من خلال النصوص والتشريعات الرسمية، دون اللجوء إلى تفعيلها وتوثيقها على أرض الواقع ونظرا للفساد الإداري وسوء التسيير والاختلال في التركيبة الاجتماعية والاقتصادية وكذا على مستوى السلطة، فإن أزمة اليوم ما هي إلا تغيير على تناقض التصور لدى أصحاب السلطة في مدى صياغة برامج ومشاريع تتأقلم والمحيط البيئي الاجتماعي الجزائري، وبصرف النظر عن التكلفة الاجتماعية والاقتصادية لميكانيزمات التحول من نمط إلى آخر.²

وعليه، يمكننا ضبط إشكالية هذا المقال بشيء من التحديد والتدقيق بالقول: ما هي عوامل ومظاهر تأثير الفساد الإداري على علاقة الإدارة بالمواطن في الجزائر؟، وأي استراتيجية تبنتها الجزائر لمكافحة الفساد الإداري واصلاح علاقة الإدارة بالمواطن؟

المبحث الأول: علاقة الإدارة بالمواطن

شكل التكفل بالمواطن وخدمته حجر الأساس بالنسبة للدولة لذا كان لزاما عليها أن توظف لخدمته ضمانا لحسن سير المجتمع، ويعتبر الجهاز الإداري الذي يعرف بالإدارة العامة بمثابة الجهاز أو الأداة التي تمكن الدولة من القيام بالتزاماتها تجاه مواطنيها بواسطة السياسات التي تعمل باسم وحساب الدولة، فنجاح الدولة من نجاح إدارتها، ونجاح الإدارة لن يأتي إلا بتقويم مدى شعور المواطن بالرضا تجاه العمل

¹ د/نواف سالم كنعان، الفساد الإداري المالي أسبابه، آثاره، وسائل مكافحته، مجلة الشريعة والقانون، العدد33، عام 2008، ص94.

² د/قاسم ميلود، علاقة الإدارة والمواطن في الجزائر بين الازمة ومحاولات الاصلاح، دفاثر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، عدد 5 جوان 2011، ص58.

أو النشاط الإداري،¹ إلا أن هذه العلاقة عرفت تدهور سواء بسبب الأزمة الاقتصادية (المطلب الأول)، أو بسبب ظاهرة البيروقراطية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور الأزمة الاقتصادية وأثرها على علاقة الإدارة بالمواطن الفرع الأول: ظاهرة التصنيع وتأثيرها على عملية التغيير

عرف النظام الاقتصادي الجزائري وتيرة سريعة في مجال الاستثمارات الموجهة نحو التصنيع المكثف إضافة لكون نموذج التنمية لم تكتمل أبعاده بعد الأشغال إذا كان الأشغال الكبيرة للسلطات العمومية بمشاكل التنظيم الإداري والإنتاجي،² وذلك نتيجة للأوضاع الرديئة التي ورثتها عن الاستعمار الفرنسي وقد وقع الاختيار على استراتيجية التصنيع الثقيل كأسلوب للتنمية الشاملة والسريعة، وتم التركيز على البرنامج والمخططات الوطنية على:

- محاولات التقليل من ممارسة الاقتصاديات البدائية.
- بناء صناعة التجهيز للمواد الأساسية الضرورية للتنمية الوطنية.
- تكثيف الانتاج الصناعي في كل المستويات وكذلك تشجيع التكامل.
- انشاء وظائف لتشغيل وترقية العمال تقنيا واجتماعيا.
- المساهمة في المبادلات التجارية مع الخارج لتصدير المواد المصنعة أو نصف مصنعة.

ولدعم وترسيخ هذه الأهداف فقد اعتمد النظام الاقتصادي على نظرية المفكر الفرنسي دوبرس التي تركز على نظرية الصناعات المصنعة. وما يلاحظ على الفترة الممتدة من (67 إلى 91) تطور القاعدة المادية دون النوعية بحيث 1976 إلى 1991 قدر حجم الاستثمارات بـ 12118.216 مليار دج أي 40% من الناتج القومي على كل المخططات على الرغم من أن الجزائر كانت في حاجة إلى توجيه

¹ غزلان سليمة، علاقة الإدارة بالمواطن في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2010/2009، ص 02.

² عبد الله بن عيدة، التجربة الجزائرية في الإصلاحات الاقتصادية والإصلاحات السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، دار الشهاب، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، ص 356.

مجهوداتها الاقتصادية إلى العملية الاستثمارية، إلا أن قرار التصنيع المكثف والثقيل كان قرار غير استراتيجي في عدة أبعاد¹.

أولاً: في بعده التنموي

نظراً لعدم خضوعه للدراسات العلمية المعمقة والحلول العقلانية لتصور حل الأزمة الاقتصادية، والشكل يبدو جلياً في توظيف الإدارة المحلية والمركزية في ترشيد وتوجيه الاستثمار في حين كان الجهاز الإداري يشكو من قلة الإطارات الكفؤة وغياب التصور العلمي الدقيق في اختيار الاستثمار الملائم للإقليم. والمظاهر التي تجلت من وراء هذه العملية، نظراً لعدم التحكم الفني والتقني، فقد كانت على المنوال التالي:

- يلاحظ انخفاض معدل النمو الاقتصادي إلى 0.6%.

- انخفاض مستوى الاستهلاك العائلي بنسبة 0.4%.

- انخفاض الاستثمار بنسبة 4.2%.

- هبوط الواردات ب 16.4%.

ثانياً: في بعده الاجتماعي:

يقول أحد الخبراء الجزائريين أن الفلاح هو الذي حمل على عاتقه عملية التصنيع، وهذا ما يبرر ظاهرة النزوح الريفي بين سنة (1966 - 1977) مما أنتج ظاهرة الاكتظاظ السكاني الذي قابله تصاعد في الطلب على المساكن الاجتماعية.

الفرع الثاني: تفكيك العلاقة الاجتماعية في إطار سياسة التشغيل

بسبب التمرکز غير المتوازن لمجموع الاستثمارات الصناعية وغير الموزعة بطريقة عادية عبر الأقاليم الوطنية، فقد تفاقم البحث عن العمل في المدينة وهجرة الأرياف بطريقة غير معقولة، وذلك بحثاً عن عمل مستقر وأجر معقول، فقد كان العامل في المدينة يكسب 4 مرات ما يكسبه رجل الريف، بحيث أن هجرة الكثير من المواطنين الجزائريين من الريف يعبر عن تركهم لأراضيهم وإهمال الجانب الفلاحي.

¹ د/ قاسم ميلود، نفس المرجع، ص 64، 65.

الفرع الثالث: أزمة التضخم

يعتبر التضخم من أكبر المعضلات التي ساعدت على تقهقر معدلات نمو الدول بفعل نقص الخبرة العلمية والتقنية لبناء سياسة مالية واضحة وكذا عدم وجود سياسة في ترشيد الانفاق، ويصف أحد الكتاب وهو "Henry Wellich" التضخم على أنه شكل من أشكال الخديعة، بل أكثر من ذلك وبما أن الحكومة نفسها تقوم بخداع المواطن بتقليص من قيمة نقدها الوطني، "فبعدها كان الدولار الواحد يساوي 7.9 في جاني 1990، فقد ارتفع سعره إلى 50 دج في عام 1992 ليصل إلى 67 دج عام 1999".

ويرجع سبب التضخم الذي عاشته الجزائر خاصة بعد الثمانينات إلى إصدار كتلة نقدية المقدرة بأكثر من 400 مليار دينار قصد إعادة هيكلة المؤسسات ماليا، التي لم يقابلها حجم سلعي على مستوى السوق، ونظرا لعدم التحكم الجيد في كفاءات الانفاق وترشيدها نحو الاستثمار المنتج للسلع الاستهلاكية جديدة، فقد تم الاعتماد في التوسع في الاستيراد من دول أجنبية بمعدل سنوي قدر ب 12% من صافي العملة الصعبة بين (80 - 84) بالرغم من أن حجم العملة الصعبة قد وصل إلى 7.6 مليار عام 1984.¹

إن تفاقم حدة المديونية وشدة التبعية الاقتصادية للخارج كان له انعكاسات خطيرة على الاقتصاد الوطني مما جعل الدولة تنتهج سياسة جديدة نحو تغيير طبيعة التسيير من تسيير موجه إلى لا مركزي بواسطة تحويل وخصوصة المؤسسات العمومية.

الفرع الرابع: أزمة المؤسسات العمومية

بعد الفشل الذي عرفه الاقتصاد الوطني وذلك بعدم قدرته على تلبية حاجيات الجمهور والدولة، كان من الضروري بعد صعود التيار الاصلاحى إعادة النظر في أنماط إنتاج وتسيير المؤسسات الوطنية، وبسبب التصور الجديد الذي حمه هذا التيار وكذا العوامل الداخلية المعرقة والمتسببة في هلاك المؤسسات العمومية (ظهور الفرق الموازية المنافسة للمنتجات المحلية، التمويل والتدعيم المالي للمؤسسات من طرف الدولة، وكذا الظروف الدولية المتمثلة في سيطرة المؤسسات الأجنبية على الأسواق العالمية ورغبة هذه الشركات في جعل من دول العالم الثالث سوق لمنتجاتها، فقد تم الشروع في بلورة مجموعة من المراحل الممهدة للدخول في اقتصاد السوق والمتمثلة في:²

¹ د/ قاسم ميلود، نفس المرجع، ص 66.

² د/ قاسم ميلود، نفس المرجع، ص 67.

أولاً: إعادة هيكلة المؤسسات

يصدر المرسوم رقم 242/80 المؤرخ في 4 أكتوبر 1980¹ والذي حدد أهداف إعادة الهيكلة، وفي هذا الإطار تم التطرق لجانبين:

أ. إعادة الهيكلة العضوية للمؤسسات

التي نتج عنها تفاوت في الأقسام المؤسساتية الوطنية من 150 شركة وطنية سنة 1980 وتعميم العملية انتقل عددها إلى حوالي 480 مؤسسة عام 1982. امتد ذلك إلى المؤسسات الولائية حيث ارتفع عددها إلى 540 مؤسسة، إلى المؤسسات المحلية حيث ارتفع عددها إلى 1079، بعد أن كان عددها مجمعة لا يتعدى 450 مؤسسة بلدية وولائية.

ب. إعادة الهيكلة المالية للمؤسسات

يقول محمد بهلول قاسم: "إن معظم المؤسسات العمومية لاقتصادية تشكو مجزاً مالياً وتعيش على السحب من حساباتها المصرفية العضوية، وهذا الاختلال التوازني المالي جعل من هذه المؤسسات تستقبل إعادة الهيكلة العضوية بعدم الارتياح نظراً لنقص الاستعداد وهي وضعية مالية ناتجة إلى حد كبير إلى تدخل الإدارة في التسيير، وفرض أسعار غير اقتصادية على الانتاج والخدمات ولعل ارتفاع الديون الاجالية للمؤسسات العمومية على نحو 425 مليار دينار في الثلاثي الأول عام 1982 يؤكد هذا التقدير².

ثانياً: خوصصة المؤسسات والدخول إلى اقتصاد السوق

تتمثل الأسباب الحقيقية التي مهدت إلى إجراء عمليات الخوصصة في الجزائر من خلال العمليتين التاليتين:

1. تحول القطاع الخاص الجزائري إلى رأسمال خاص والهيمنة الرأسمالية خاصة الوطنية، وتبني الجزائر سياسة الباب المفتوح أما الرأسمالي الدولي وجلب المصالح الأجنبية بتطوير مفهوم الشراكة في إطار عولمة الاقتصاد.

¹ المتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات، الجريدة الرسمية، العدد 41 لسنة 1980.

² د/محمد بهلول قاسم، الجزائر بين الأزمة السياسية والأزمة الاقتصادية، الجزائر، 1993، ص 49.

2. أزمة نظام الإنتاج الصناعي الجزائري الذي يعتبر في الواقع أزمة تسيير الرأس مال من طرف الدولة.¹

لا سيما بعد فشل استقلالية المؤسسات وعدم قدرتها على التأقلم مع البيئة الاجتماعية والاقتصادية، توجهت جهود إلى الخصخصة المؤسسة العمومية، وتعني الخصخصة العمل الذي يهدف إلى التقليل من تدخل الدولة أو زيادة في دور القطاع الخاص في مجال نشاط معين، كما أن النشاطات التابعة لقطاع المنافسة هي وحدها قابلة للخصخصة وهو الأمر الذي يعني النشاطات الإستراتيجية والنشاطات المدرجة ضمن الملكية العمومية بمفهوم المادة 17 من الدستور مما يمكن من أمر تبقى الهيئة السياسية الكبرى الوحيدة المؤهلة لتحديد قائمة المؤسسات العمومية القابلة للخصخصة،² ومحتوى ذلك إشراك القطاع الخاص واستغلاله في العملية الإنتاجية الوطنية وكذا أثبت القطاع الخاص قدرته في التسيير مما جعل الدولة تبادر في توزيع مال الخصخصة للقطاعات العامة، وقد أنشأ لهذا الغرض: الشركات القابضة، مجلس الخصخصة، ومجلس مساهمات الدولة.

وقد نتج عن خصخصة تسريح أكثر من 500 ألف عامل بفعل سياسة حل المؤسسات العمومية ووضعها في المزاد العلني، ولعل من أبرز المشاكل الاجتماعية التي يعاني منها المواطن الجزائري (مثل أزمة السكن، البطالة) يرجع إلى سرعة التحولات من نمط انتاجي إلى نمط آخر.

إلى أن أوجدنا تناقض قطاعين غير متكافئين، قطاع اقتصادي ضعيف لا يملك القدرة على تحويل نفسه بنفسه ويستعمل موارد مالية ضخمة، وقطاع اداري مركز غير منتج يتدخل في ميكانيزمات التحول دون الاعتماد على دراسات معمقة واستراتيجية.³

وهنا يمكن القول بأن أي إصلاح سياسي أو اقتصادي لا يولي اهتماما للعامل الاجتماعي والثقافي للمجتمع مصيره الفشل وضياح الوقت والدوران في حلقة مفرغة.

المطلب الثاني: ظاهرة البيروقراطية وأثرها على علاقة الإدارة بالمواطن

البيروقراطية عبارة شائعة في الإدارات الخاصة والعامة على حد سواء، والإدارات الجزائرية لا تشكل استثناء لهذه القاعدة حيث وضعت البيروقراطية منذ عهد الاحتلال وزادت مظاهرها في فترة

¹ أ/ حميدي حميد، "خصخصة المؤسسات العمومية في القانون الجزائري"، الإصلاحات الاقتصادية وسياسات الخصخصة في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 1999، ص 373.

² د/ علي مبروكي، تكيف عملية خصخصة المؤسسات العمومية مع متطلبات إقتصاد السوق، الأهداف السياسية للدولة، الإصلاحات الاقتصادية وسياسات الخصخصة في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 1999، بيروت، لبنان، ص 399.

³ د/ قاسم ميلود، نفس المرجع، ص 68.

ما بعد الإستقلال،¹ كما أن مفهوم البيروقراطية مصطلح شائع الاستعمال يطلق على الإدارة، والمعنى العلمي للمفهوم هو الحياد والتجريد التي تتميز بها التنظيمات الإدارية والإدارة المكتنبة، أي مجموع الأعمال التي تتم في المكاتب، أو مجموع الهياكل والأشخاص الذين يتولون الوظيفة التنفيذية في الدولة. ذلك أن البنيان الحكومي في كل دولة يركز على وجود سلطة أساسية تملك سلطة التقرير، بالإضافة إلى أجهزة بيروقراطية تتمثل في أجهزة إدارية تقوم بتنفيذ المهام الموكلة لها باسم الدولة.

وهناك فريق يرى أن النموذج البيروقراطي أنجح نظام تسعى من خلاله السلطة العليا إلى تحقيق أكثر فعالية ونشاط أئنه تنفيذ البرامج والخطط التنموية، ومنه تحافظ على وحدة الأنساق والفروع الإدارية الخارجة عن السلطة المركزية.

ويجمع الباحثون في هذا الشأن أن كتابات ماكس ووير - Max Wieber - عن البيروقراطية هي الأساس الذي انطلقت منه غالبية الأبحاث العلمية عن البيروقراطية منذ أوائل القرن العشرين، إذ كانت نقطة البداية عند ماكس ووير أنه ينظر إلى البيروقراطية باعتبارها مجموعة الأنماط القانونية للسلطة التي تمارسها المنظمات الكبيرة الحجم والتي تعتمد على الرسمية والموضوعية والرشد في بناء أنظمتها الإدارية ولذلك اهتم بداية بتحليل أنواع السلطة.³

ومجمل القول أن البيروقراطية، نظام إداري له عدة خصائص ومميزات يمكن إجمالها في الآتي:⁴

- 1- درجة عالية من التخصص الوظيفي وتقسيم العمل.
- 2- هيكل هرمي للتدرج الوظيفي والعلاقات الوظيفية مع تحديد دقيق لمجالات السلطة والمسؤولية.

¹ أ/ سلجما مراح، "التفسير الحديث والإدارات العمومية الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2001/2000، ص 10.

² د/ محمود شحاط، المدخل إلى العلوم الإدارية، أسس ومبادئ علم الإدارة العامة، دار العلوم، الجزائر، ص 18.

³ السلط الشخصية تستند إلى ما يتمتع به الفرد من صفات وقدرات ومواهب شخصية نادرة يستطيع باستخدامها فرض طاعته على الأفراد الآخرين، السلطة للتقليدية تستند على ما يسود المجتمع من أعراف وتقاليد وعادات يستطيع بعض الأفراد، بحكم مكانتهم الاجتماعية كالسرة لقرابة والجنس، أن يمارسوا نفوذا وتأثيرا على الآخرين، كالسلطة التي يمارسها الأخ الأكبر سنا على اخوته الأصغر منه والسلطة التي يمارسها شيخ القبيلة على القبيلة.

السلطة القانونية وهي السلطة التي تستند إلى أسس موضوعية وتمارس من خلال منظمات رسمية ومشروعة فأصحابها يمارسونها إنطلاقا من موقع وظيفي يشهله في منظمة رسمية لها وظيفة اجتماعية وفقا لمبدأ المشروعية أي أن تكون الممارسة الوظيفية طبقا للقانون، أنظر الدكتور محمود شحاط، المرجع نفسه، ص 20 و 21.

⁴ د/ محمود شحاط، المرجع نفسه، ص 21.

3- سيادة العلاقات الموضوعية (غير الشخصية) بين أفراد التنظيم الإداري.

4- تنظيم دقيق وصارم لاختيار العاملين وتعيينهم وتدريبهم وترقيتهم وإحالتهم على التقاعد.

5- الفصل بين العمل الرسمي والممتلكات الرسمية للمنظمة وحياة الموظف الخاصة.

ومن جهة أخرى، فقد ارتبط مفهوم البيروقراطية عند الكثير من الجمهور بتلك التعقيدات والإجراءات المتشابكة التي يواجهها المواطن أثناء طلب خدمة عامة من إدارته، وأضحى هذا المفهوم يتجلى في كثير من الخطابات السياسية والأدبيات العامة، محذرين من خطورة الممارسات البيروقراطية وما قد ينجر عنها من تأثيرات سلبية على النظام السياسي الممثلة أساسا في فقدان الثقة والولاء¹.

فهناك عدة نظريات ترفض تطبيق النظام البيروقراطي لكونه يعبر عن جهاز تسلطي استبدادي يحقق فكرة الاستغلال، بيد أن أصحاب النموذج الديمقراطي يقبلون بهذا النمط على أساس أنه نوع من التنظيم الشرعي والعقلاني للإدارة في علاقتها مع دولة القانون، وهي تسيره بواسطة قوانين وتشريعات تنظم العلاقات الرسمية بين الموظفين وتحديد مجالات وأصناف الوظائف وتقيّد النشاط وتحكمه.

إلا أنه مع مرور الوقت ونظرا لخاصية وطبيعة البيئة الاجتماعية لكل دولة، تبين أن النظام البيروقراطي وإن صلح في دولة ما لا يعني بالضرورة صلاحية تطبيقه في دولة أخرى. وفي هذا الشأن يرى ميشال كروزيه أن النموذج البيروقراطي في اتخاذ القرار يتفق مع الخصائص الثقافية الفرنسية الأساسية التي تؤكد صفة المنطقة اللاشخصية والإطلاقية، وأن الفرنسيين لا يكرهون التغير بل يكرهون الفوضى والتناقض.

ويقول أيضا أن التنظيم البيروقراطي هو الحل الأمثل لمشكلة الفرنسيين الأساسية حول السلطة، ويضيف أن العجز البيروقراطي وسوء التسيير والمركزية المتشددة وعدم القدرة على التكيف لا يمكن القضاء عليها بمجرد إصدار مراسيم.

ومن هنا يتبين أن الفروقات الحضارية والاختلافات الفكرية التي تظهر على مستوى سلوك الأفراد وممارسات السلطة والتباين في درجة الحس المدني من منطقة إلى أخرى تجعل الدارس ينتبه إلى فكرة استيراد الأنماط والتنظيمات الخارجة عن البيئة الأصلية، ما هي إلا محاولة تثبت عجز المنتظم السياسي على التكيف مع المعطيات المحلية لذلك فإن النمط البيروقراطي في معظم الدول وخاصة دول

¹ د/ بلقاسم ميلود، علاقة الادارة بالمواطن في الجزائر، ص 69.

العالم الثالث قد افرز مجموعة من الحواجز كانت بمثابة عائق أمام التنمية الشاملة، ويقدر ما كانت السلطات العليا في هذه البلدان تعتمد اعتمادا كليا على الجهاز البيروقراطي مع نمط سلطتها واستعماله في كل محاولة إصلاح بقدر ما كان هذا الجهاز نفسه سلاح تحول ضد إرادتها، لأنه في الأخير يجب ان يستجيب إلى طموحات ورضا المواطنين وبالفعل لقد أنتج لنا هذا النظام كما يرى (ألفريد سوفي) Alfred Sauvey عالم من الأوراق واللامسؤولية والتباطؤ وهو نمط - كما يرى ألفريد - يركز صنع القرار عند مجموعة محددة مما يضعف من دور الإدارات الفرعية المحلية، لان تعريفها في الأساس هو ممارسة السلطة بواسطة المكاتب، كما ذهب لتعريفها لأول مرة فان سان دي قوري Fansan de gouri عام 1947¹.

الفرع الأول: أسباب نشوء وتطور ظاهرة البيروقراطية بالجزائر

عرفت الجزائر بعد الاستقلال أوضاعا مزرية في شتى المجالات والميادين، ففي الجانب السياسي كان الصراع قائما حول تولي السلطة بالإضافة إلى الاختلاف حول طبيعة النهج المتبع، أما من الجانب الإداري فكان يعاني من نقص أو سوء التسيير والتأطير الإداري سواء على مستوى المركزي أو المحلي، بإضافة إلى نظام اقتصادي منعدم.

ولا ننسى أن الاستعمار بمفهومه المادي قد أزيح في معظمه ولكن خطورته بقيت مستمرة مجسدة في مفهومه الثقافي، وأمام تحدي دولي وإقليمي، كان على الجزائر أن ترفعه خاصة بتبنيها التسيير الاشتراكي المسير ذاتيا كمنهاج وأسلوب للتنمية معتمدة بذلك على تعبئة كافة الطاقات الحيوية بتحريك واستنهاض عجلة الاقتصاد الوطني، فكانت الطبقة السياسية الحاكمة بحاجة إلى طبقة من التكنوقراطيين أكثر من البيروقراطيين، لكونها سوف تعتمد عليهم من خلال تثبيتهم في مراكز ادارية لها علاقة بتنفيذ البرامج وتدعيم المشاريع بالتقنيين المختصين.

وإذا كانت الإدارة الجزائرية تعيش حالة من الانغلاق البيروقراطي الذي أفرز طبقة جديدة أضحت هي التي تمثل السلطة داخل الإدارة وليست السلطة السياسية هي التي تمثل السيادة، وهذا راجع إلى أن الجانب الحيوي المائل في التنمية الإدارية عاجز عن لعب دوره كمحرك ومحفز في تحقيق الفائض المالي، وحسب رأينا، فإننا نرجع المظاهر السلبية للبيروقراطية لعدة أسباب أهمها:

¹ د/ قاسم ميلود، نفس المرجع، ص 69.

- أن سياسة التوظيف على مستوى الإدارات المحلية والمجموعات المحلية في بداية الأمر كان لا يراعى فيها شروط التكوين والتدريب المستمر.

- أن الإصلاحات الإدارية المستمرة للمجموعات المحلية، لم تركز على نمط التسيير اللامركزي كأسلوب ديمقراطي يشرك الإرادة الشعبية في التسيير.

- أن التنمية الاقتصادية تكاد تكون منعدمة بالمقارنة مع الوحدات الإدارية المنشأة وخاصة بعد الثمانينات (اختفاء ظاهرة الاستثمارات الصناعية).

وقد ترتب على ذلك:

- أن الجهاز الإداري أصبح الجهاز الوحيد الذي يستهلك من معدل الدخل القومي الخام.
- أن التسارع في الارتفاع الأسعار وكذا تخفيض من قيمة الدينار مقابل ثبات في أجور الموظفين وعدم تحسين وضعيتهم الاجتماعية أدى إلى ظهور الرشوة والمحاباة.
- أن كل عمليات التغيير والإصلاح تمت في فترة شهدت فيها الجزائر أزمة متعددة الأوجه، وقد أوكلت هذه العمليات إلى إدارات ومجالس غير قادرة على تصور مفاهيم ومراحل الانتقال.
- محاولة استيراد النماذج الأجنبية بدون أن يراعى في ذلك خصوصية المجتمع الجزائري، فالنظام الديمقراطي لم ينشأ في كنف توفر مجموعة من الشروط المنطقية منها: درجة الوعي السياسي، نظام اقتصادي قوي، بنية مؤسساتية قائمة على فاعلين سياسيين نزهاء... الخ.

الفرع الثاني: أسباب نشوء الأمراض البيروقراطية في الجزائر

نتيجة الأوضاع المزرية التي عرفتها الجزائر غداة الاستقلال ظهرت الأمراض البيروقراطية بشتى أنواعها في النظام الجزائري. و بالرغم من أن جميع الحكومات الجزائرية قد تعرضت في محتوى برامجها إلى خطورة الأمراض البيروقراطية وطرح مقابلها فكرة الإصلاح الإداري الشامل لمعالجة أزمات الإدارة الجزائرية، لكن في كل الظروف نسمع ونلاحظ استمرارية هذه الأمراض، وقد أفرزت هذه الوضعية حالة من اللأمن بين الإدارة والمواطن، مما جعل رابطة الثقة بينهما تنحل وتحل محلها أدوات غير

شرعية في التعامل، أصبحت تقبل حتى عند المسؤولين الذين ينادون بفكرة الإصلاح الشامل، ومن الأسباب التي جعلت هذه الأمراض تنشأ وتتطور نذكر منها¹:

أولاً: عجز في الصور وفشل في تثبيت أنماط التسيير

عرفت الأجهزة الإدارية منذ الاستقلال حالة من الاستقرار في أنماط التسيير، بفعل اختلاف تصورات القيادات السياسية المتعاقبة على السلطة، فبين عام 1962 إلى 1967، تم صدور عدة مراسيم وأوامر جاءت لتنظم وتحدد وظائف الهياكل المحلية والإدارية.

ومن ذلك المرسوم رقم 139/63 المؤرخ في 1965/05/23 الذي جاء ليقص من عدد البلديات تطبيقاً لمبدأ الإداري القائم على تجميع الوحدات الإدارية بقصد تفضي إشكالية التحويل التي كانت تشكو منها البلاد، وقد تم تقليص عدد البلديات إلى 676 بلدية، وتم خلالها تطبيق سياسة التوظيف المباشر فاتحين الباب لكل من يعرف القراءة والكتابة أن يحصل على وظيفة إدارية.

ويبدو أن رئاسة الجمهورية قد تنبته للعواقب المترتبة على الأمراض البيروقراطية التي تؤثر على شرعية النظام السياسي وتقلل من مصداقية السلطة السياسية، لذلك توجه الرئيس هواري بومدين عام 1967 بخطاب جاء فيه: "إذا كان قانون التوظيف العمومي قد ضمن للموظف حقوقه فإنه قد ضبط له أيضاً واجباته، والموظف لم يقلد وظيفة كمورد له يستغله دون مقابل بل أن الوظيفة عبء ومسؤولية قبل كل شيء وأن الموظف في خدمة الشعب، وفي خدمة الأمة وليس العكس" وقد أكد الرئيس حول الانحرافات البيروقراطية من خلال خطاب قسنطينة عام 1974 بالرغم من أن الدولة هي التي سخرت هذا الجهاز بتكليفه مع متطلبات السياسة التمهوية.

وقد صدرت عدة مراسيم و قوانين تنظم المجموعات المحلية والإدارية المتمثلة في الامر رقم 24/67 المؤرخ في 18 جانفي 1967 الذي يتضمن القانون البلدي² و الامر الثاني رقم 38/69 المؤرخ في 22 ماي 1969 والمتضمن قانون الولاية³، وقد جاء هاذين القانونيين ليدعما فكرة التسيير المحلي عن طريق الدارة الشعبية، الا أن العلاقة التي كانت تربط الإدارة المحلية بالمواطن صاحب السيادة، كانت في مجملها ضيقة بالمقابل أن العلاقة بين المجموعات المحلية والإدارة الوطنية كانت علاقة تهمية ومراقبة.

¹ د/ قاسم ميلود، المرجع السابق، ص 71 و72.

² الجريدة الرسمية، العدد 6، سنة 1967.

³ الجريدة الرسمية، العدد 44، سنة 1969.

ومها يكن فان الأزمة الحادة التي عاشتها الجزائر أثناء العشرية قبل وبعد 1990، تؤكد أن الجزائر لم تكن بمستوى تصور المجال الإداري والتشريعي الذي يمكن وضعه لتسيير الشؤون الإدارية والاقتصادية، حتى في ظل الدول الديمقراطية الحديثة، فقد أثبت أن الانحرافات البيروقراطية أقوى وأشد من مثيلاتها في الأنظمة الإدارية، وبالخصوص في الدول المتخلفة التي يظهر شكلها ديمقراطي منفتح على الخارج ويقبل بقانون السوق وجوهره أناس يبحثون عن الامتيازات والتوزيع الغلغل بطرق غير شرعية.

فهنا نطرح السؤال في ظل دخول الجزائر في اقتصاد السوق وعملية التحولات التي مستها كل القطاعات العمومية وفي ظل ارتفاع الأسعار وأضعاف الامتيازات للإداريين، كيف تتصور علاقة المواطن بالإدارة وهل يمكن بواسطة الإرادة الشعبية أن نقضي تماما على الأمراض البيروقراطية وهنا أريد أن أقول أن أمراض البيروقراطية تنتج عن جانبين:

- تنتج عن سياسة الدولة في مجال التكوين، تحديد الإجراءات وتعقيدها وتضخم في مجال القوانين.
- تنتج من خلال ذاتية الموظف (من ناحية أخلاقه).

وفي هذا المجال يقول احمد محيو "يتعلق الأمر بغياب نظرة مستقبلية وتخطيط واقعي لتحقيق التوازن والأهداف، أن الفارق والحلول المقترحة من طرف الإدارة يستنتج عند اختلال في الوظيفة التي يفرض كومة من الأوراق والملفات".

إذن فتصور المسؤولين نمط قيام الإدارة وتحديد وأهدافها لم تنبع من أناس مختصين في التنظيم الإداري وليست لهم القدرة على تصور قدرة المؤسسات في تجسيد نفسها بإشراك الإرادة الشعبية، وربما يطرح سؤال آخر، لماذا يتكرر مصطلح "خدمة المواطن" في كل الخطابات السياسية في حين أن السلطة السياسية تولى الأمر إلى أناس ليست لهم القدرة على تصور طبيعة الخدمة وكيفية التعامل مع الجمهور، ولهذا نجد الأمراض التي نشأت تنتشر عبر كل التنظيمات الإدارية نذكر منها:

- الإهمال وسوء معاملة الجمهور.
- بروز ظاهرة المحسوبية والواسطة واثرها على مبدأ تكافؤ الفرص.
- استغلال وسائل وادوات الدولة للكسب غير الشرعي.
- طبيعة الامتيازات وندرتها، ساعد في بروز ظاهرة الرشوة.

ثانيا: تأزم علاقة المواطن مع الإدارة

ومن بين العوامل والاسباب التي ساهمت في تأزم علاقة المواطن مع الإدارة ونشوء ظاهرة البيروقراطية الهجينة بالجزائر نذكر منها:

أ. ضعف أجهزة الرقابة في الدولة وعدم استقلاليتها: مهما كان نوع الرقابة سواء كانت رقابة قانونية أو رقابة محاسبية أو فنية أو رقابة أداء، يتفرع النظام السياسي الجزائري عموما إلى ثلاث أجهزة تمارس رقابتها على أعمال الإدارة، المجالس الشعبية، المفتشية العامة المالية، مجلس المحاسبة، ولقد أثبتت هذه الأجهزة عدم قدرتها على مراقبة أعمال الحكومة والإدارة نظرا لعدم، توفر الادلة المادية والدعوة الصريحة المعلنة.

ب. تدني مستوى التأطير وعدم العناية بالتكوين: التأطير وعدم العناية بالتكوين: إن جهاز التوظيف العمومي كان مفتوحا - في مسألة التوظيف - بدون النظر في الشروط الموضوعية والعقلانية في مسألة التوظيف، وتشير الاحصائيات إلى أن ما بين 1963-1995 انتقل عدد الموظفين من 55594 إلى 1323428 موظف، يعني 1/4 عدد سكان الجزائر الناشطين، إلا أن المشكل يتمثل في أن 37% من المساعدين الإداريين بدون تأهيل أو تكوين ويستحوذون على 70% من البلديات، أما في ما يتعلق بمستوى التأطير يظهر أن المجموعات المحلية أقل شأن من الولاية والمركز، بحيث أن المستخدمين الأقل تأهيلا يظهر بأكبر نسبة على مستوى البلديات بـ 89.65% ثم على مستوى الولاية بـ 55.39% ثم على مستوى الوطن بـ 45.14% وهنا يجب أن يشير إلى أن الأمراض البيروقراطية التي يواجهها المواطن تبدأ من البلدية ثم الولاية... الخ.

ج. ثبوت في أنماط التسيير وبقاء ظاهرة الروتين: بالرغم من جهود التي بذلتها الجزائر في اصلاح الإدارة على المستوى المحلي والاقليمي، إلا أن ظاهرة التبعية الوصائية والاستقلالية محدودة، ومنه يمكن القول أن ثبوت في أنماط التسيير التي تفرض نوع من الروتين في الأعمال الإدارية يترك المجال واسعا لكل فرد في الدولة أن يقتحم بالإدارة العمومية بالرغم من عدم تخصصه بالمجال الإداري.

د. الحالة الاجتماعية للموظف وانتشار ظاهرة الرشوة يرجع الكثير من الكتاب إلى أن التنمية الإدارية إذا لم ترفقها تنمية اقتصادية فإنها ستؤدي إلى الفشل وانتشار الامراض البيروقراطية، إذ أن حالة

¹ د/ عصام عبد الفتاح مطر، "فساد الإداري" ماهيته، أسبابه ومظاهره، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 341.

التخلف الاقتصادي في أي دولة من الدول لاسيما الدول النامية تنتج عنها تخلف إداري نظرا للعلاقة العفوية والمصرفية بين الإدارة والحياة الاقتصادية.

وهكذا قد أفرز التخلف الاقتصادي آثار اجتماعية وثقافية انعكست على المواطن والتنظيمات الإدارية وكذا على ضعف الأساليب وأدوات التحكم بالأجهزة الاقتصادية. وبما أن الموظف جزء من هذا المجتمع، فقد انعكس ذلك على حالته الاجتماعية، مما يلاحظ أيضا التناقض الواضح بين تطور الأسعار وبطء تطور الأجور، قد ساهمت هذه الوضعية بانتشار ظاهرة الرشوة، فبعد أن كان المرثشي يعد في نظر المجتمع مرتكبا للخطيئة، أصبح الأفراد يشعرون بأن الدفع مقابل إنجاز بعض أعمالهم لا يعتبر رشوة بل يجتهدون لصبغها بنوع من المشروعية، فالبعض يسميها إكرامية أو حلوان أو ثمن فنجان القهوة أو الأتباع... الخ، ولهذا فقد أنشأ مرصد وطني لمكافحة الرشوة والذي يسيره رئيس تساعده لجنة دائمة للتنسيق التي تتكون من قاض يمارس لدى النيابة، قاضي من مجلس المحاسبة، وكيل مفوض من بنك الجزائر، ضابط سامي من الدرك الوطني، موظف بالأمن برتبة مدير مركزي، موظف بالمفتشية المالية برتبة مفتش عام للحد من هاته الظاهرة.

المبحث الثاني: مكافحة الفساد الإداري ومحاولات إصلاح علاقة الإدارة بالمواطن

يعني الفساد سوء استعمال أو سوء استخدام المنصة أو السلطة للحصول على ميزة من أجل تحقيق مكسب مادي أو قوة أو نفوذ على حساب الآخرين أو على حساب القواعد أو الأعراف أو اللوائح القائمة،² من خلال هذا التعريف سوف نخوض في غمار أساليب مكافحة الفساد الإداري (المطلب الأول) في سبيل إصلاح علاقة المواطن بالإدارة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مكافحة الفساد الإداري

يتضح جليا أن الفساد الإداري له انعكاسات سلبية خطيرة ومباشرة على علاقة المواطن مع الإدارة بحيث يؤدي إلى خلق شعور بلا امن وفقدان الثقة لدى المواطن مع إدارته، وعليه يعد الفساد الإداري عائق وحاجز حقيقي لتأزم علاقة المواطن مع الإدارة، ولهذا يقع على السلطات المعنية ضرورة

¹ د/ عصام عبد الفتاح مطر، "المرجع السابق"، ص 321.

² د/ ياسر عمار عبد الحميد، "شفافية الضريبة وآفاق تطبيقها في الهيئة العامة للضرائب، مؤتمر نحو استراتيجية وطنية شاملة لمواجهة الفساد وتعميم ثقافة النزاهة المقدمة إلى هيئة النزاهة في بغداد 2008، ص 06.

³ يرى أغلبية الفقهاء أن للفساد الإداري ثلاثة مداخل هي:

أ. المدخل التقليدي: الذي يقوم على أساس أن الفساد هو مشكلة انحراف الأفراد عن النظام القيمي السائد والمعتمد في المؤسسات الحكومية مما يدفع الأفراد إلى حياجة سلوكيات منحرفة.

مكافحته بنشر الوسائل الفعالة،¹ لورساء علاقة حسنة بين المواطن والإدارة ولو كان ذلك نسبيا فقط. وهناك وسائل متعددة لمكافحة ومنع الفساد الإداري نذكر منها:

الفرع الأول: مكافحة الفساد الإداري في الدستور

أولاً: النص على مساءلة الوزراء وكبار الموظفين أمام البرلمان، حيث تعتبر الرقابة البرلمانية على أعمال الوزراء بوسائلها المتعددة كالمسؤول البرلماني، الاستجواب، والتحقيق البرلماني أمرا ضروريا لتفادي سوء استغلال السلطة الحكومية، ومن ذلك ما قضت به المواد: 133، 134 من دستور 1996.

ثانياً: النص على مبادئ المساواة والعدالة الاجتماعية وتوفير الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين، وأن الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها، وأن الموظف العام يهدف في أداء واجبات وظيفته المصلحة العامة وحدها ومن ذلك ما نصت عليه المواد 29، 31، 32، 35، 39، 44، 55، من الدستور.

وأن على أعضاء السلطة التنفيذية وكبار موظفي الدولة أن يهدفوا بسلوكهم مصالح الدولة وإعلاء كلمة الصالح العام وإنكار المصالح الذاتية إنكارا كليا، وألا يستغلوا مراكزهم الرسمية بأية صورة كانت لفائدتهم أو فائدة من تصلهم به علاقة خاصة.

ب. المدخل الوظيفي للذي يقوم على أساس أن الفساد هو مشكلة الانحراف عن قواعد العمل الرسمية المعتمدة وليس النظام القيمي.
ج. المدخل يعد الوظيفي: ويفضل هذا المدخل يمكن أن يأخذ الفساد طابعا تنظيميا فالتطور الكبير أخذ يظهر أن الفساد ظاهرة متعددة الأسباب والأبعاد.

أنظر د/ نجم عبود نجم "أخلاقيات الإدارة في عالم متغير"، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر 2006، ص 207 و 218.
¹ من بين النصوص الدولية لمكافحة الفساد يمكن ذكر:

أ. الأطر القانونية الجهوية لمكافحة الفساد: فالدول الأمريكية كانت سباقة في اعتماد اتفاقية لمكافحة الفساد في 29 مارس 1996، ليقوم بعدها مجلس أوروبا بفتح الاتفاقية الجنائية حول الفساد للتوقيع في 27 جانفي 1999، وتبعه الاتحاد الأوربي فيما بعد، مع العلم أن منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية كانت قد اعتمدت اتفاقية تجرم دفع الرشوة للموظفين العموميين الأجانب في التعاملات التجارية الدولية في 17 ديسمبر 1997.

ب. الأطر الأقليمية لمكافحة الفساد: لعل أهم إنجاز للأمم المتحدة في هذا المجال هو تمكينا من جعل هاته المسألة شأنا عالميا قابل للنقاش والمعالجة، وتعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الإطار القانوني العالمي الوحيد للسياسات العمومية في هذا المجال إذ تم اعتماد اتفاقية من طرف مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة في 31 أكتوبر 2003 ليتم الافتتاح والتوقيع عليها بمريدا-المكسيك، خلال الفترة من 09 إلى 11 ديسمبر 2003 وقد عقدت لحد الان أربع دورات لمؤتمر الدول الأطراف كان آخرها بمدينة مراكش المغربية خلال الفترة من 24 إلى 28 أكتوبر 2011، لا أن هذه الجهود تبقى دائما محل نقاش وتقييم إذ تطرح إشكالات عديدة في التطور والتنفيذ والرقابة.

أنظر أ/ عابد محمد، "دور سياسات مكافحة الفساد في أخلاقيات الحياة العامة"، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر 01. 2014/2013، ص 60 و 61.

ثالثاً: النص على ان الأموال العامة حرمة، وحيلتها واجبة على كل مواطن، وأن القانون يبين الأحوال التي يعاقب فيها على مخالفة هذا الواجب ومن ذلك ما نصت به المادة 66 من الدستور، وان اداء الضرائب والتكاليف العامة واجب على كل مواطن لا يجب التحلل منه بأي حال من الأحوال لما لها من فائدة كبيرة تعود على الصالح العام بالنفع والخير الوفير، ومن ذلك ما قضت به المادة 64 من الدستور.

الفرع الثاني: مكافحة الفساد في قانون العقوبات

تضمن قانون العقوبات نصوصاً تدرس عقوبات توقع على من يرتكب جريمة من الجرائم التي تؤدي إلى الفساد الإداري ومن ذلك النص على عقوبات رادعة من يرتكب جريمة الرشوة واستغلال النفوذ والاختلاس والغدر لوساء استعمال السلطة ضد الأفراد وضد الشيء العمومي وكذا تجريم التعدي على الأملاك العامة وتوقيع العقاب الجنائي على من يرتكبها بهدف توفير الحماية للأموال العامة من الاعتداء عليها أو الاضرار بها لضمان استمرار هذا المال مخصص للنفع العام، لو كان قد تم تعويض المواد المتعلقة بهذه الجرائم وغيرها بالمواد المذكورة في القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الثالث: مكافحة الفساد بقانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد

جاء القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته¹ بوسائل جديدة لمكافحة جرائم الفساد بصفة عامة، والفساد الإداري بصفة خاصة، خاصة وانه بالرجوع للمواد المتعلقة بالجرائم التي تستهدف مكافحتها نجد أنها جاءت شاملة لركن مفترض يتمثل في الموظف العمومي، والذي عرفته في المادة 2 منه بعبارات تشمل جميع الشاغلين بالوظائف الإدارية كالتنفيذية والقضائية وسواء كان ذو وظيفة دائمة أو عامل متقاعد أو مؤقت.

و قد أدرج القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته أحكام مميزة بخصوص أساليب التحري و التحقيق الجديدة للكشف عن جرائم الفساد بصفة عامة و التي لم تكن معروفة من قبل في التشريع الجزائري الجزائري، فقد نصت المادة 56² منه على ما يلي: "من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو اتباع أساليب

¹ القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/02/2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² /أحمد مختار، "تأثير الإدارة الإلكترونية على إدارة المرفق العام وتطبيقاتها في الدول العربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، كلية العلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص 07.

التحري خاصة كالترصد الالكتروني و الاختراق، على النحو المناسب وبإذن من السلطة القضائية المختصة.

تكون للأدلة المتوصل إليها بهذه الأساليب حجيتها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما " وعند استقراء مضمون هذه المادة نجدتها تنص على أساليب التحري الخاصة التي استحدثها قانون الفساد والتي تتمثل أصليا في أسلوب التسليم المراقب و أساليب تحر خاصة كالترصد الالكتروني والاختراق، إذ مع التطور الحاصل في شتى المجالات ظهر مفهوم جديد للإدارة والمتعلق بالإدارة الإلكترونية.

و لقد علق المشروع اللجوء إلى هذه الأساليب الخاصة على إذن من السلطة القضائية المختصة ممثلة في وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق. وما يمكن ملاحظته على هذه المادة هو أن المشروع الجزائري عند ذكره لهذه الأساليب حددها على سبيل المثال لا الحصر. وهذا بالإضافة إلى مكافحة الفساد في قوانين الأخرى كقوانين ونظم الضريبية، هذه القوانين والأنظمة توجب بدورها أداء الضرائب والتكاليف العامة المقررة قانونا على كل مواطن وتحدد عقوبات على مخالفة ذلك، هذا بالإضافة إلى قوانين الرقابة القضائية والإدارية والمالية.

ويمكن للمحاکم الإدارية أن تؤدي دورا فعالا في هذا الخصوص والحيلولة دون خروج الموظفين على القانون وبالمالي حماية المواطنين من أي اعتداء غير قانوني على حقوقهم الشرعية، إذ بإمكان المحاکم الإدارية أن تقوم بحماية الحقوق الدستورية الأساسية وتعزيز الاجراءات الوقائية وتوفير العلاج اللازم في حالة الاخلال بالعدالة الإدارية.

كما تنص قوانين البنوك على بعض الوسائل التي تستخدمها البنوك لمكافحة الفساد المالي وخاصة الرقابة والمتابعة للأموال المتحصلة من أنشطة جرمية كالأموال المتحصلة عن طريق غسل الأموال أو الاختلاس أو الاتجار بالمخدرات ومحاولة اخفائها وانكار مصدرها غير الشرعي.

ثانيا: محاولات إصلاح علاقة المواطن بالإدارة

يتضح جليا أن أمراض البيروقراطية قد أثرت تأثيرا مباشرا في علاقة المواطن والسلطة السياسية وهذا ما أدى برئاسة الجمهورية في مطلع 1977 إلى تحليل ظاهرة البيروقراطية من خلال الاستبيانات التي وزعت على وسائل الإعلام الوطنية على إداريين ومواطنين، قصد الحصول على معلومات ذات طابع اجتماعي واقتصادي والنتيجة التي استخلصتها رئاسة الجمهورية، هي أن الأعمال البيروقراطية المعقدة في مضامينها تركت انطباع سيء لدى المواطنين، ومن خلال هذه النتائج باشرت رئاسة الجمهورية بشن حرب ضد الاجراءات الروتينية المعقدة وأصدرت تعليقات إلى السادة الوزراء

وكتاب الدولة تطلب منهم إلغاء بعض الأوراق المكونة للملف الإداري وتخفيف الاجراءات الإدارية قصد محاربة مساوئ البيروقراطية¹.

لكن وبالرغم من تخفيف الاجراءات الإدارية، بقي المرض سائدا لأن التغيير و الإصلاح الذي تم استهدافه كان بواسطة مراسيم وأوامر، بدون أي محاولة إصلاح الفرد والموظفين، إذ أن في بعض الأحيان نجد الموظف في طبقة الوسطى أو السفلى من الإدارة وكذا بعض المديرين يبرزون صورة سيئة لدى المواطن فكيف يمكن أن تعلم السلطة الإدارية بذلك إذا منع أصحاب التظلمات من الدخول إلى صاحب السلطة الإدارية، ويظهر أن الإشكال لا ينحصر في مفهوم البيروقراطية من خلال الاجراءات الروتينية المعقدة، بل الأمر يستدعي إصلاح جذري يبدأ من آخر موظف إداري إلى أعلى موظف إداري، لأنه في اعتقادنا أن هناك عاملين يفسدان نشاط الإدارة، وهما عامل اللامبالاة والامية الموجودة في الطبقة السفلى من التنظيم، ثم العامل السياسي الذي لعب دوره في التغيير والتأثير على بعض القرارات فتصبح الإدارة غير محايدة.

وفي دراسة ميدانية قام بها الأستاذ مسعود منتوري في ماي 1986 بمدينة عنابة²، قام خلالها بتحليل العلاقة بين الإدارة والمواطن، وقد استعمل طريقة المقارنة والاستبيان التي خصت 600 شخص ولكنهم لم يتلقى سوى 300 رد، وقد بنا أسئلة استتمته على عدة اعتبارات منها الجنس، السن، الوظيفة، المنطقة التي يقطن بها المواطن...الخ.

وقد وصل لعدة نتائج منها:

- أغلب الردود كانت تصب في رأي واحد هو أن المواطن بعيد كل البعد عن ادارته.
- بالنسبة للمواطنين أن الكفاءة المهنية والتأطير الجيد يساعد على تأدية المهام في أحسن الأحوال ولكن الموظفين في الإدارة الجزائرية ضعيفو التكوين.
- أن أغلب الموظفين لا يتعاملون بطريقة انسانية أخلاقية مع مشاكل المواطنين.
- غياب مصلحة الاستعلامات (في نقص في إعلام المواطن وتوجيهه).

¹ د/ قاسم ميلود، "المرجع السابق"، ص 79.

² د/ قاسم ميلود، "المرجع السابق"، ص 79.

وبالرغم من ذلك فقد اكتشف ثلاثة أجوبة متناقضة مع البقية حول علاقتهم بالإدارة بحيث أقروا على أن علاقتهم جيدة مع إدارتهم، فزاد الغموض فضول الأستاذ، فراح يبحث عن مقر سكنهم والإدارة التي يتعاملون معها، فوجد أنهم من أهل الريف، وقد أعاد طرح نفس الأسئلة على البقية من المواطنين، فكانت أجوبتهم متائلة، وبعد تحليل هذه الظاهرة في مجال العلاقات في الريف، استنتج أن العلاقات الاجتماعية والأهلية دور في تقريب الإدارة من المواطنين، بحيث أن كل المواطنين هم من تلك المنطقة، وهم ليسوا مجبرين بالذهاب إلى الإدارة حتى يقضون مصالحهم، بل يمكن أن يلتقي الموظف في الخارج فيلبي لهم كل طلباتهم.

ومن جهة أخرى فقد استنتج أن أكثر اتصالات المواطنين تكون مع البلدية، البريد والمواصلات، سونلغاز، وأن هذه المؤسسات بما فيها البنك والتأمينات، قد أظهروا إصلاحات نوعية ومادية مع إدخال الاعلام الاتي، بالرغم من الاختلافات الوظيفية التي تطرأ من فترة لأخرى نظرا لنقص الرقابة الإدارية الفعالة على أنظمتهم.

وفي مرحلة الثمانينات شهدت الجزائر سلسلة من الاصلاحات الكبرى على وجه الخصوص الإدارية منها، أهمها المرسوم رقم 131/88 الموافق ل 4 جويلية 1988 المنظم لعلاقة الإدارة بالمواطن¹، الذي شكل منعطفا جديدا في مسار تحسين وتقريب علاقة الإدارة بالمواطن، لما جسده من رغبة تشريعية باعتباره أهم نص في القانون الإداري الجزائري عبر عن الإدارة لإعادة المصالحة الغائبة بين الطرفين، وبذلك يعتبر النص المتعلق والمرتبط بصفة مباشرة بتنظيم موضوع علاقة الإدارة بالمواطن بحيث جاء في المادة الأولى منه ما يلي: "ينظم هذا المرسوم العلاقة بين الإدارة والمواطن".

وقد تضمن هذا المرسوم 42 مادة وزعت ضمن 4 فصول، تضمن الفصل الأول جملة من الأحكام العامة حصرها في 4 مواد (من 2 إلى 5). أما الفصل الثاني جاء تحت عنوان "التزامات الإدارة" وتضمن 24 مادة قسمت على التوالي: قسم خاص بالالتزام بتنظيم إعلام المواطن (8 إلى 11)، قسم التدابير الخاصة باستقباله (مواد 12 إلى 14) قسم متعلق بإجراءات الاستدعاء (مواد 15 إلى 20)، وأخيرا قسم خاص بالالتزام بالتحسين الدائم لنوعية الخدمة (مواد 21 إلى 30). أما الفصل الثالث فقد عالج واجبات المواطن تجاه الإدارة (مواد 31 إلى 33) كما أقر جملة من الاليات القضائية في إطار الطعن غير النزاعي للتأكيد على ضمان حقوق المواطن تجاه سلطات الإدارة (34 إلى 40)، وفي

¹ الجريدة الرسمية، العدد 27، السنة 1988.

الأخير انتهى المرسوم في فطه الرابع بالإشارة إلى الأحكام الختامية التي عاجت مسألة نشر المرسوم وإدخاله حيز التنفيذ (مواد 41 إلى 42).

إلا أنه يمكن القول أن مرسوم 131/88 وبالرغم من اعتباره خطوة هامة إيجابية احتوت العلاقة القائمة بين الإدارة والمواطن لأول مرة بصورة قانونية، إلا أنه لم يسلم من النقد، ومن ذلك ما أورده الخبراء بمناسبة التقرير الذي أصدره في 1996 بهذا الخصوص خلال عملية فحص لمستوى المرسوم والبحث في مدى ملائمته، كما أكدهم بأن المرسوم لم يرد ولم يستجب للانشغالات التي تحيط بحقيقة وضعية العلاقة وتعبير عنها، وبأنه لم يرتب آثارا حاسمة على أرض الواقع لسببين اثنين، أرجعوا أحدها لضعف انتشار صيته بالنسبة للإدارة كما للمواطن، في حين تمثل السبب الآخر في عدم دخول النصوص التطبيقية المقرر لمباشرته حيز التنفيذ، إلى جانب ذلك فقد أقروا بأن مجالات تطبيقه وردت بشكل واسع لأنها لم تنحصر في مواجهة مؤوسسي السلطة الإدارية فحسب، وإنما أيضا في مواجهة كل ممارسي جزء من السلطة العمومية¹.

إن عدم نشر المرسوم على مستوى الإدارات وعلى مستوى المواطنين، وقلة النصوص التي عملت على تجسيده ووضع حيز التنفيذ، والتي انحصرت في قرارات وزارة الداخلة الثلاث المؤرخة في 1988/09/04، في الوقت الذي كان يحتاج فيه المرسوم إلى نصوص كثيرة توضحه، أبقى على الحوار المنقطع بين الإدارة والمواطن مستقرا، كما أن عدم رضا هذا الأخير عن الآلية الإدارية كان سيرتب حتما وبالضرورة معارضة ضد الدولة نفسها، وهو ما ترجمته أحداث 5 أكتوبر 1988 هذه الأخيرة التي عبرت عن معارضة المواطن للمؤسسات السياسية منها والإدارية، وضرب عرض الحائط سياسة الإصلاح والمجهودات التي بذلت في مجال تقريب الإدارة من المواطن بسبب بقاءها حبيسة النصوص.

الختامة

يمكن الإشارة إلى مدى خطورة الفساد الإداري كحاجز لعلاقة الإدارة بالمواطن، إذ يساهم الفساد إلى حد كبير في إخفاق معظم الجهود الرامية إلى إعادة إحياء التنمية الإدارية و بالتالي كل ما له علاقة بخدمة المواطن، ذلك أن الفساد الإداري يعد من أهم معوقات التنمية المستدامة و الأداء الحكومي الجيد، فهو يعطل كل الخطوات المرسومة لإصلاح المؤسسات الحكومية، كما يعطل الاجراءات التي تحقق الأهداف الموضوعة أساسا.

¹ غزلان سليمة، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها.

لذلك كانت مسألة تحسين علاقة الإدارة بالمواطن إحدى أهم محاور الإصلاحات الإدارية التي شرعت فيها الجزائر مع بداية الثمانينات من أجل رد الاعتبار للعلاقة وتحقيق المصالحة الغائبة بين الإدارة والموطن وإعادة خلق الثقة بين الطرفين، وهو الاتجاه الذي ظل مفقودا في ظل الإدارة الاستعمارية التي كانت تسعى إلى التحكم الإداري والاقتصادي على كل الأصعدة بدون إشراك المواطنين المحليين وكان هدفه تحطيم القاعدة الاقتصادية وطمس الشخصية الإسلامية إلى جانب ترسيخ أساليب العمل الإداري التي تتناقض والمنطلقات الفكرية والحضارية والثقافية.

وعليه، يمكن القول أن كل المحاولات السياسية والإدارية التي بادرت بها القيادة السياسية قد فشلت في احتواء أزمة علاقة الإدارة مع المواطن، مادامت القيادة لم تشعر بضرورة تغيير الذهنيات والسلوك، وتبج الإشارة إلى أن الأجهزة الرقابية الداخلية والخارجية من مجالس شعبية، وسائل إعلام، ولجان تفتيش عامة، مجلس المحاسبة، مرصد حقوق الانسان، لم تلعب أدوارها كأدوات وأجهزة رقابية فعالة في تقويم الانحرافات نظرا لضعف الإجراءات العقابية المقتنة.

ويجب في الأخير أن نذكر ضرورة بث الروح والأفكار الديمقراطية وإعادة الاعتبار الفعلي للرقابة الشعبية الوازع الديني وكذا تنمية الوعي والحس السياسي والشعور بالمسؤولية، وإذا استطعنا أن نوفر الجو الديمقراطي المطعم بالقيم الأخلاقية لاستطعنا فك أي نزاع قد يطرأ بين الإدارة والمواطن، وكندعم لأجهزة الدولة لمقاومة ظاهرة البيروقراطية بكل ما أوتينا من قوة.

قائمة المراجع:

1. الكتب

1. أ/ حاد مختار، تأثير الإدارة الإلكترونية على إدارة المرفق العام وتطبيقاتها في الدول العربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، كلية العلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.
2. أ/ حميدي حميد، "خصوصية المؤسسات العمومية في القانون الجزائري"، الإصلاحات الاقتصادية وسياسات الخوصصة في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 1999.
3. أ/ سلمية مراح، "التسيير الحديث والإدارات العمومية الجزائرية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2001/2000.

4. أ/ عبد الله بن عيدة، التجربة الجزائرية في الإصلاحات الاقتصادية والإصلاحات السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، دار الشهاب، بيروت، الطبعة الأولى، 1999.
5. د/ عصام عبد الفتاح مطر، "الفساد الإداري" ماهيته، أسبابه ومظاهره، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2011.
6. د/ علي مبروكي، تكيف عملية خوصصة المؤسسات العمومية مع متطلبات إقتصاد السوق، الأهداف السياسية للدولة، الإصلاحات الاقتصادية وسياسات الخوصصة في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 1999، بيروت، لبنان.
7. د/ قاسم ميلود، علاقة الإدارة والمواطن في الجزائر بين الازمة ومحاولات الاصلاح، دفاثر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، عدد 5 جوان 2011.
8. د/ محمد بهلول قاسم، الجزائر بين الأزمة السياسية والأزمة الاقتصادية، الجزائر، 1993.
9. د/ محمود شحاط، المدخل إلى العلوم الإدارية، أسس ومبادئ علم الإدارة العامة، دار العلوم، الجزائر.
10. د/ نجم عبود نجم "أخلاقيات الإدارة في عالم متغير"، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر 2006.
11. د/ ياسر عمار عبد الحميد، "شفافية الضريبة وآفاق تطبيقها في الهيئة العامة للضرائب، مؤتمر نحو استراتيجية وطنية شاملة لمواجهة الفساد وتعميم ثقافة النزاهة المقدمة إلى هيئة النزاهة في بغداد 2008.

II. المذكرات

1. أ/ عابد محمد، "دور سياسات مكافحة الفساد في أخلاقيات الحياة العامة"، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر 01، 2014/2013.
2. غزلان سلجمة، علاقة الإدارة بالمواطن في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2010/2009.

I. المقالات

1. د/نواف سالم كنعان، الفساد الإداري المالي أسبابه، آثاره، وسائل مكافحته، مجلة الشريعة والقانون، العدد 33، عام 2008.

III. القوانين:

1. القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 14 لسنة 2006.
2. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 6، لسنة 1967 المتضمن قانون البلدية.
3. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، سنة 1969 المتضمن قانون الولاية.
4. المرسوم رقم 242/80 المؤرخ في 4 أكتوبر 1980 المتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات، العدد 41، 1980.

مركز البرلمان المنعقد بغرفتيه

المجتمعين معا في عملية تعديل الدستور

د. شامي أحمد - جامعة تيارت.

مقدمة

يعرف تعديل الدستور أنه محاولة إحداث توازن بين الرغبة في المحافظة على أصله، وبين الرغبة في تكيفه وفق ما استجد من حقائق اقتصادية واجتماعية وسياسية⁽¹⁾ أي هو حل للتناقض القائم داخل النظام السياسي، وذلك من خلال تحقيق الملائمة بين القانون الأساسي والحياة السياسية، إذ أن الدستور موجه أساسا لتأطيرها في الدولة، ولا يمكنه القيام بعملية التأطير هذه دون أن يكون متكيفا مع ما استجد من حقائق⁽²⁾.

ونظرا لاعتبار السلطة التأسيسية المشتقة في النظام الدستوري الجزائري مشكلة من رئيس الجمهورية والبرلمان وموزعة بينهما، مسaire للرأي الغالب في الفقه المؤكد على ضرورة توزيعها بين مختلف السلطات - إضافة إلى الشعب - في الدولة، الأمر الذي يعني نظريا تماثل مستوى مؤسسة البرلمان بمؤسسة رئاسة الجمهورية، ويقضي عمليا البحث عن ثقل البرلمان في عملية تعديل الدستور.

إن أهمية دراسة موضوع مركز البرلمان في عملية تعديل الدستور في الجزائر، تكمن في كونها عامل برلماني مؤثر على التطور الدستوري في الجزائر، كما أنه يكشف لنا عن جانب من جوانب السلطة السياسية فيها⁽³⁾.

إن موضوع دراستنا يتمحور حول الإشكال التالي: ما مدى انعكاس فكرة التمثيل التي يحظى بها البرلمان على مركزه في تعديل الدستور؟. و من هذا المنطلق وبمنهج وصفي تحليلي، قسمنا هذه الدراسة إلى مبحثين، الأول منها يتناول مدى تمثيل البرلمان للشعب والأمة، في حين يتناول الثاني واقع المكانة التمثيلية للبرلمان بغرفتيه في عملية تعديل الدستور.

المبحث الأول: مدى تمثيل البرلمان للشعب والأمة

جاء في المادة 2 / 07 من دستور 1996⁽⁴⁾: "يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها"، ونصت المادة 2 / 98 منه: "...وله السيادة أي البرلمان في اعداد القانون والتصويت عليه"، ونصت المادة 100 منه كذلك: "واجب البرلمان، في إطار اختصاصاته الدستورية، أن يبقى وفيا لثقة الشعب..."، هذه النصوص التي يتضح من خلالها المكانة الهامة والمميزة للبرلمان باعتباره ممثلا للشعب.

أولا - مظاهر القصور في شرعية البرلمان:

إن فكرة شرعية أية مؤسسة دستورية تصدر من مدى تعبير هذه المؤسسة على الشعب والأمة، والمؤشر الحقيقي لهذا التعبير، نجد في قياس مدى التقارب بين الناخب والعضو في هذه المؤسسة، أي في الانتخاب الذي يترتب عنه ممثل أحادي غير مركب، وطني غير إقليمي، مباشر وغير مشروط.

1 شرعية البرلمان شرعية مركبة وإقليمية:

على خلاف أحادية شرعية رئيس الجمهورية⁽⁵⁾ باعتباره عضوا واحدا يمثل هيئة أحادية عن دائرة انتخابية أحادية هي إقليم الوطن بأكمله؛ فشرعية البرلمان مركبة، لتوليفته البشرية المتعددة والمختلفة الأحزاب والحاملة لختلف التباينات والتناقضات الموجودة في المجتمع، والتي يمكن أن نرصدها من خلال الاعتبارين التاليين:

الاعتبار الأول: فكرة الفوز بعضوية الغرفة الأولى نسبية، لأن نظام الانتخابات فيها يقوم على الاقتراع النسبي على القائمة⁽⁶⁾؛ أي أن الفوز فيها ينصرف فقط إلى ما حققته القائمة من نسبة أصوات صحيحة؛ وبالتالي فالفوز في الانتخابات لا يعني بالضرورة إلغاء وجود الحائز على نسبة أقل من الأصوات الصحيحة، بل يعني تشارك جميع الحاصلين على نسبة أصوات صحيحة تفوق الخمسة بالمائة في عضوية الغرفة الأولى⁽⁷⁾.

الاعتبار الثاني لمن الدائرة الانتخابية في نظام الانتخابات لكلا الغرفتين تتمثل في إقليم الولاية فقط⁽⁸⁾، بالرغم من أن مهمة عضو البرلمان وطنية⁽⁹⁾.

2 شرعية البرلمان شرعية غير مباشرة ومشروطة:

سنتكلم في هذه النقطة عن شرعية البرلمان شرعية غير مباشرة، ثم نتطرق إلى شرعية البرلمان شرعية مشروطة.

أ - شرعية البرلمان شرعية غير مباشرة: بالرغم ما للبرلمان الجزائري من استقلالية تشكيلية، إلا أن الحصول على العضوية في الغرفة الثانية منه لا يكون بالانتخاب القائم على الاقتراع المباشر أي من طرف هيئة ناخبين مسجلين في القائمة الانتخابية وبالتالي كل المواطنين الذين تتوفر فيهم الشروط التي جاءت بها المواد من 03 إلى 05 من القانون العضوي 12-01 التي تضيف على من انتخبهم لتمثيلها صفة الشعبية المباشرة؛ بل إن الحصول على العضوية لا يكون إلا بأحدى طريقتين:

الطريقة الأولى: إن نظام انتخاب ثلثي أعضاء الغرفة الثانية يقوم على الاقتراع غير المباشر⁽¹⁰⁾ أي أن هيئة الناخبين ليست نفسها التي تنتخب أعضاء الغرفة الأولى، بل هي هيئة ناخبين منتخبة أصلاً من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الولائي؛ وبالتالي فشرعية ثلثي أعضاء هذه الغرفة بالرغم من أنهم منتخبون، مستمدة من شرعية سابقة، مما يعني بالمحصلة أن شرعية ثلثي أعضاء الغرفة الثانية شرعية غير مباشرة.

الطريقة الثانية: إن الثلث الآخر من أعضاء الغرفة الثانية يعين من طرف رئيس الجمهورية صاحب الشرعية المباشرة " ويعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر....." أي أن هذا الثلث كذلك يستمد شرعيته من شرعية سابقة وبالتالي فهي شرعية غير مباشرة.

ب - شرعية البرلمان شرعية مشروطة: إضافة إلى الشرط الموضوعي الذي حددته المادة 108 من القانون العضوي 12 - 01 المتعلق بـ سن المترشح لعضوية مجلس الأمة، الذي يجب أن يتعدى 35 سنة كاملة يوم الاقتراع، فالمادة 1/107 تضمنت شرطاً موضوعياً آخر هو عضوية المترشح في إحدى المجالس المحلية للدائرة الانتخابية " من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الولائي. "، وهو

شرط تنفرد به الأحكام المتعلقة بانتخاب ثلثي أعضاء مجلس الأمة؛ مما يعني أن هذه الكتلة المساهمة في تشكيل البرلمان ذات شرعية مشروطة.

ثانيا - هامشية سيادة الشعب ومركزية سيادة الأمة:

بالرغم من تبني المؤسس الدستوري لمبدأ سيادة الشعب في العديد من النصوص الدستورية⁽¹¹⁾، إلا أن تكريس تطبيق هذا المبدأ، حجه تبني نفس المؤسس لمبدأ سيادة الأمة في النصوص الدستورية ذات الطابع المتحرك.

1 - هامشية سيادة الشعب: ينحصر تطبيق مبدأ سيادة الشعب في طريقة اختيار ممثليه - الشعب - في الغرفة الأولى فقط، إذ تنص المادة 1/101 من الدستور " ينتخب أعضاء المجلس الشعبي عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري "، والتي نجد لها تطبيقا في المادة 1/02 من القانون العضوي 12 - 01، المتعلق بنظام الانتخابات⁽¹²⁾: " الاقتراع عام، مباشر وسري ".

2 - مركزية سيادة الأمة: بالرغم من أن جل نصوص دستور 1996 التي يدور موضوعها حول مبدأ السيادة، تنص أن الشعب هو صاحب السيادة، إلا أنه على مستوى الممارسة وتطبيقا لنصوص دستورية أخرى تبرز هيمنة لتطبيق مبدأ سيادة الأمة.

وفيما يتعلق بالبرلمان فالمادة 98 من الدستور تنص " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وله السيادة في اعداد القانون والتصويت عليه " واعتبارا حسب المادة 2 /07 " يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها " وبالنتيجة فأعضاء مجلس الأمة منتخبون من الشعب مباشرة، يحمل كل واحد منهم صفة النائب.

لقد تم التأسيس للغرفة البرلمانية الثانية، والتي تمثل الأمة ككيان مجرد ضامن لاستمرارية الدولة⁽¹³⁾، متميز عن الأعضاء الذين يشكلون الأمة، إلا أن المؤسس غلب مبدأ سيادة الأمة في طريقة تشكيل هذه الغرفة، فالمادة 2/101 من الدستور تنص " ينتخب ثلثا أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الولائي، والاقتراع غير المباشر يقتضي تقييد التصويت وإلزاميته⁽¹⁴⁾، كذلك فتعيين الثلث الآخر من

أعضاء هذه الغرفة هو اختصاص لرئيس الجمهورية، الذي ينوب عن الأمة في ذلك، كما ناب عنها أعضاء المجالس المحلية في اختيار ثلثي الأعضاء.

ولا يقتصر الأمر في هجمنة مبدأ سيادة الأمة فيما يتعلق بتشكيل مجلس الأمة فقط، بل إن الأمر ينسحب على البرلمان بغرفتيه؛ سواء من حيث ممارسة المهمة البرلمانية أو إسقاطها أو من حيث التجريد من المهمة البرلمانية لعضو أو أكثر، وإثبات العضوية لمن يخلف عضواً أو أكثر لتجريد أو استقالة أو وفاة، وحتى في انتهاء العضوية في شكلها الجماعي.

فشرط ممارسة المهمة البرلمانية أو إسقاطها ليس من اختصاص الشعب، بل من اختصاص كل غرفة⁽¹⁵⁾، كما أن للتجريد من المهمة البرلمانية لعضو أو أكثر والذي يعني رفع العضوية من البرلمان، من اختصاص كل غرفة ينتمي إليها العضو المعني⁽¹⁶⁾، أيضاً فإثبات العضوية لمن يخلف عضواً أو أكثر لتجريد أو استقالة أو وفاة من اختصاص كل غرفة⁽¹⁷⁾، كما أن كل غرفة مستقلة في رفع العضوية عن كل عضو فيها للاستقالة⁽¹⁸⁾، وهي أشكال لممارسة السيادة بواسطة ممثلها حسب نظرية سيادة الأمة.

إضافة لذلك ومن خلال المادة 105 من الدستور نجد أن المؤسس أخذ بنظام الوكالة الإلزامية تطبيقاً لنظرية سيادة الأمة، بدلا من سيادة الشعب التي تبناها في طريقة الاقتراع لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني، ما دامت مهمة عضو البرلمان وطنية⁽¹⁹⁾.

كما أن تطبيق المبدأ المذكور يمتد في تطبيقه ليطلق حتى انتهاء العضوية في شكلها الجماعي، من خلال النص عليها دستورياً، سواء من ناحية النهاية العادية لها وهي نهاية المهمة البرلمانية⁽²⁰⁾ أو من ناحية النهاية غير العادية لها بالنسبة للغرفة الأولى، في حالة إنهاء رئيس الجمهورية لها⁽²¹⁾ أو النهاية الحكومية لها حسب نص المادة 82 من الدستور.

المبحث الثاني: واقع المكانة التمثيلية للبرلمان بغرفتيه في عملية تعديل الدستور

يعتبر البرلمان الهيئة الأكثر حضوراً في لعملية التأسيسية، فرئيسي غرفتيه يتمتعان بسلطة إخطار المجلس الدستوري، كما أن أربعة من أعضاء المجلس المذكور ينتخبون من طرف أعضاء غرفتي البرلمان، وتدعياً لهذا الحضور، منح المؤسس للبرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معاً صفتين إجرائيتين في طريقتي تعديل الدستور، فهو المصادق على مشروع التعديل الدستوري (أولاً)، وهو المقترح على رئيس الجمهورية تعديل الدستور (ثانياً).

أولاً - تنويع للحكم النيابي في غياب لمبدأ سيادة الشعب:

لقد حددت المادة 176 من دستور 1996، إجراءات تعديل الدستور إذا كان مشروعاً من رئيس الجمهورية⁽²²⁾، فإذا ما ارتأى المجلس الدستوري أن هذا المشروع لا يمس بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الإنسان والمواطن وحرّياتهما، ولا يمس بالتوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية؛ وبرأيه المعلل، أمكن للرئيس إصداره دون اللجوء لاستفتاء الشعب متى حاز نسبة مصادقة تقدر بـ $\frac{3}{4}$ أصوات أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معاً، على الأقل.

يعتبر البرلمان المنعقد بغرفتيه وفق مبدأ سيادة الأمة تنويعاً عملياً للحكم النيابي، إذ هو بمثابة المعبر عن إرادة الأمة هنا، فهو مجال حقيقي للتمثيل الوطني وهذا بتطعيم التمثيل الديمغرافي بالتمثيل المحلي؛ وحرصاً من المؤسس على سد الثغرات التي تعترى شرعية هذه المؤسسة، قام باستبعاد مظاهر القصور في جوانب من شرعية البرلمان، عن طريق المزج بمظاهر تنجلى فيها تمام الشرعية كالتالي:

- استبعاد فكرة الشرعية المركبة للبرلمان، لتوليفته البشرية المتعددة والمختلفة الأحزاب والحاملة لمختلف التباينات والتناقضات، والتي تجد أصلاً لها في فكرة الفوز النسبية بعضوية الغرفة الأولى، من خلال تطعيمها بالشرعية الأحادية لأعضاء الغرفة الثانية المعينين، ومن خلال اجتماع الغرفتين معاً في كتلة واحدة، لا النص على التصويت ثم المصادقة على مستوى الغرفتين، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى باستبعاد التمثيل الإقليمي المنجلي في الدائرة الانتخابية في نظام الانتخابات لكلا الغرفتين الممثل في إقليم الولاية، والنص على أن مهمة عضو البرلمان وطنية.

- إعمال فكرة وجوب الحكم النيابي -كنتيجة لإعمال مبدأ سيادة الأمة -⁽²³⁾ لاستبعاد فكرة الشرعية غير المباشرة للبرلمان الموسومة بها غرفته الثانية⁽²⁴⁾.

ثانيا - حضور مبدأ سيادة الشعب:

ما يلاحظ من خلال المادة 176 من الدستور أنها منحت رئيس الجمهورية الخيار بين عرض المشروع على البرلمان بغرفتيه المجتمعتين معا، بعد الرأي الملغل للمجلس الدستوري، أو عرضه على الاستفتاء الشعبي من خلال استعمال مصطلحي "أمكن" و"دون أن يعرضه" في المادة المذكورة، مما يعني أن نص المشروع غير الحامل لصفة النص الدستوري، باعتبار عدم المصادقة عليه بأغلبية $\frac{3}{4}$ أصوات أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعتين معا، قد يحمل الصفة المذكورة إذا ما وافق عليه الشعب - وليس الأمة⁽²⁵⁾ الأمر الذي يدفعنا إلى القول بالتناقض إذا ما عمل أحد المبدئين فقط على كل عملية التعديل الدستوري بألية المشروع، وبالنتيجة إضعاف دور هذه المؤسسة إذا ما عمل المبدآن.

وتدعيما لما سبق، فإن ربط اقتراح التعديل بالاستفتاء الشعبي عليه في المادة 177، يعني أن الشعب هو من يعطي الصفة الدستورية للاقتراح، عن طريق إشراكه المباشر في صناعة النص الدستوري، وإذا كان هذا الطرح يبدو منطقيا - من منظور مبدأ سيادة الشعب - إلا التواصل بين الشعب وممثليه في البرلمان، لإضفاء الشرعية على اقتراح تعديل الدستور، لا يمكن أن يكون إلا عن طريق رئيس الجمهورية من خلال الاعتبارين الرئيسيين التاليين:

- عرض الاقتراح على رئيس الجمهورية الذي خصه الدستور بسلطة اللجوء لاستفتاء الشعب، حسب نص المادة 4 /07 من الدستور "لرئيس الجمهورية أن يلتجئ لإرادة الشعب مباشرة"، ونص المادة 10 /77 من الدستور "يمكنه أن يستشير الشعب في كل قضية ذات أهمية وطنية عن طريق الاستفتاء". ولهذا كانت إلزامية الاستفتاء الشعبي على اقتراح تعديل الدستور، لا يمكن أن تكون إلا عن طريق عرض هذه المبادرة على رئيس الجمهورية.

- قبول رئيس الجمهورية عرض الاقتراح على الاستفتاء الشعبي من خلال المادة 1 /77 بما يفيد أن رئيس الجمهورية هو الذي يعرض اقتراح التعديل على الشعب للموافقة عليه، وهذا الحكم الخاص جاء

متوافقا مع الأحكام العامة الواردة في المادة 4 / 07 والمادة 10 / 77 من الدستور. وبالتالي انفردت الهيئة التنفيذية بتقييد تمكين الشعب صاحب السيادة الأصلي ومصدر كل سلطة من ممارسة سلطته⁽²⁶⁾، في ظل مبدأ سيادة الشعب.

من هذا المنطلق، ولفك هذا التناقض القائم في مكانة البرلمان بغرفتيه معا في عملية تعديل الدستور لا يمكن أعمال أحد المبدئين دون الآخر.

خاتمة :

لم يتبنّ المؤسس الدستوري مبدأ واحدا في طرحه لفكرة تمثيل البرلمان في عملية تعديل سواء من حيث تركيبته أو من حيث وظيفته، بل لقد مازج بين المبدئين، وفق تغليب مبدأ سيادة الأمة، أو لنقل جعل مبدأ سيادة الأمة هو الأصل، وتوظيف مبدأ سيادة الشعب استثناء، كلما دعت الحاجة إلى تكريس تفوق مركز رئيس الجمهورية، وبالتالي إضعاف مؤسسة البرلمان بغرفتيه.

الهوامش والمراجع:

- 1 - المصدق رقية، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار تونقال للنشر، الدار البيضاء، المغرب، 1990، ص 98.
- 2 - القانون العضوي 12 - 01 المؤرخ في 12 / 01 / 2012، المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية رقم 01، الصادرة بتاريخ 14 / 01 / 2012.
- 3 - بوكرا إدريس، المراجعة الدستورية في الجزائر بين الثبات و التغيير، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 8، العدد 1، 1998، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، الجزائر، 1998، ص 15.
- 4 - بوكرا إدريس، المرجع السابق، ص 15.
- 5 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 28 / 11 / 1996 الجريدة الرسمية رقم 76، المؤرخة في 08 / 12 / 1996، المعدل بالقانون 03 / 02، المؤرخ في 10 / 04 / 2002 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية رقم 25، المؤرخة في 14 / 04 / 2002، والمعدل بالقانون 19 / 08 المؤرخ في 15 / 11 / 2008 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية رقم 63، المؤرخة في 16 / 11 / 2008.
- 6 - المادة 1 / 71 " ينتخب رئيس الجمهورية، عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري " .

- 7 - المادة 1 /84 من القانون العضوي 12-01.
- 8 - المادة 2 /85 من القانون العضوي 12-01.
- 9 - المادتين 4 /84 و 1 /105 من القانون العضوي 12 - 01.
- 10 - أنظر المادة 105 من الدستور.
- 11 - المادة 1/101 "ينتخب ثلثا أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري.....".
- 12 - المادة 2/ 06 "السيادة الوطنية ملك للشعب"؛ المادة 2 /07 "يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها"؛ المادة 3 /07 "يمارس الشعب هذه السيادة عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين"؛ المادة 1/11 "تسند الدولة مشروعيتها وسبب وجودها من إرادة الشعب".
- 13 - سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 21 - 22 .
- 14 - المادة 2/105 من القانون العضوي 12 - 01 "يكون التصويت إجباريا ما عدا في حالة مانع قاهر".
- 15 - المادة 104 من الدستور "اثبات عضوية النواب وأعضاء مجلس الأمة من اختصاص كل من الغرفتين على حدة"، والمادة 106 من الدستور "كل نائب أو عضو مجلس الأمة لا يستوفي شروط قابليته انتخابه أو يفقدها، يتعرض لسقوط مهمته البرلمانية. ويقرر المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة، حسب الحالة، هذا السقوط بأغلبية أعضائها".
- 16 - المادة 107 من الدستور "النائب أو عضو مجلس الأمة مسؤول أمام زملائه الذين يمكنهم تجريدته من مهمته **النيابية** ان اقترف فعلا يخل بشرف مهمته. يحدد النظام الداخلي لكل واحدة من الغرفتين، الشروط التي يتعرض فيها أي نائب أو عضو مجلس الأمة للإقصاء...".
- 17 - المادة 74 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، والمادة 83 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.
- 18 - المادة 108 من الدستور "يحدد قانون عضوي الحالات التي يقبل فيها البرلمان استقالة أحد أعضائه".

- 19 - المادة 105 من الدستور " مهمة النائب وعضو مجلس الأمة وطنية، قابة للتجديد، ولا يمكن الجمع بينها وبين مهام أو وظائف أخرى ."
- 20 - المادة من الدستور 1/102 و 2.
- 21 - المادة 129 من الدستور.
- 22 - والمشروع هنا حسب نص المادتين 174 من دستور 1996 التي تحيلنا ضمنا إلى المادة 2/120،3، والمادة 175 من الدستور، مشروع التعديل الدستوري عبارة عن مبادرة رئيس الجمهورية، تمت مناقشتها من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة بنفس الصيغة التي يصوت بها على نص تشريعي.
- 23 - تنص المادة 2 /07 من الدستور " يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها" المادة 3/7 " يمارس الشعب هذه السيادة عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين ."
- 24 - نظام انتخاب ثلثي أعضاء الغرفة الثانية، وتعيين الثلث الآخر من أعضائها من طرف رئيس الجمهورية.
- 25 - الرأي رقم 01 /08 ر. ت د لم د مؤرّخ في 09 ذي القعدة عام 1429 الموافق لـ 07 /11 /2008 متعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري؛ "..... واعتبارا أن هذا الإجراء لا يستثني لجوء رئيس الجمهورية إلى الاستفتاء الشعبي إذا لم يجرز هذا القانون ثلاثة أرباع (4/3) أصوات أعضاء غرفتي البرلمان....".
- 26 - عبد الله بوقفة، آليات تنظيم السلطة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2013، ص 48.

حدود الحق الاستثنائي للبراءة بين الواقع التكنولوجي والصحة العامة

د. حساني علي - جامعة تيارت.

ملخص

يمنح لصاحب البراءة حقاً احتكارياً بموجبه يحق له منع الغير من تصنيع المنتج أو استعمال الطريقة الصناعية موضوع براءة الاختراع، ورغم أن هذا الحق ليس أبدياً، ومحدد بمدة معينة، وهي في معظم التشريعات المقارنة 20 سنة، تبدأ اعتباراً من تاريخ إيداع طلب الحصول على البراءة.

نعترف جميعاً بأن الأوضاع بشتى مجالاتها الاجتماعية والسياسية والعلمية والاقتصادية، تغيرت من تطور مستمر إلى تعقيد، وهذا أمر بديهي بالنسبة لمن يراقبهذه الأوضاع عن كثب، بحثاً وفكراً ومشاركة، لكن ما يغير هذه الأوضاع ويجعلها تأخذ منحى محدد هو دور الإنسان في صناعة الواقع ومحاولة بناء صرح مشروع المستقبل، لغرض تفادي الأضرار والعيش بكرامة في واقع مأسوي متأزم.

يحيط بالكائن الحي العديد من الأضرار التي تسبب له الأوبئة والأمراض، والمشاكل البيئية الخطيرة الماسة بسلامة وأمن الصحة العامة نتيجة ما تم من اختراعات وابتكارات مدهشة والتي يرغب من خلالها الفكر الإنساني الوصول إلى الرفاهية.

في ظل هذه التغيرات العالمية المتسارعة فإن هذه الاختراعات تمنح لصاحبها حق استثنائي ولاشك، محمي من طرف الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية الوطنية، لكن هذا يُعد احتكاراً يؤدي إلى المساس بحق الدول في اكتساب التكنولوجيا وحماية مواطنيها من الأمراض والأوبئة بتوفير الدواء اللازم للصحة العامة، وعليه فإن الضرورة تتطلب أن لا يكون الحق الممنوح لصاحب البراءة مطلقاً، بدون قيود أو حدود تحافظ على الإنسان وتحميه وترعى الحيوان والبيئة التي تُعد ملاذ البشرية والنجاة من الأخطار والأوبئة الفتاكة.

يدرك الجميع الأهمية الرئيسية التي تكنسها الملكية الفكرية بالنسبة للاقتصاد العالمي المهيم بشكل عام، وأثرها بشكل خاص على الاقتصاد الوطني، ومازاد من إبراز هذه الأهمية بشكل جلي السرعة المتزايدة للتقدم التقني والصناعي والتكنولوجي الذي يشهده العالم.

إن القرن الحادي والعشرين هو قرن الاقتصاد المبني على المعرفة، كما وإن العالم المعاصر يشهد متغيرات كبيرة في ظل توجه نحو العولمة والمخصصة والاندماجات الاقتصادية، كما يشهد تسارعاً كبيراً في مجال التطورات التكنولوجية من جهة، وفيما يتعلق بتنظيم التجارة عن طريق منظمة التجارة العالمية وعن طريق إتفاقيات حماية الملكية سيما اتفاقية **TRIPS** الخاصة بالتجارة المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية من جهة ثانية.

في خضم كل ذلك يصبح موضوع انتاج استراتيجية خاصة بالعلم والتكنولوجيا أمراً على قدر كبير من الأهمية لإيجاز تنمية شاملة اقتصادية واجتماعية في بلداننا النامية في ظل المتغيرات التي تشهدها الملكية الفكرية عامة وبراءة الاختراع بصفة خاصة.

تقرر التشريعات حماية خاصة للأسرار التجارية أو المعلومات غير المفصح عنها تتضمن منع الغير من الاعتداء على هذه الأسرار والمعلومات باستخدامه لأساليب وممارسات غير نزيهة، ويتم حماية هذه الأسرار في معظم التشريعات عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة، لكن اتفاقية التريس اعترفت بهذه الأسرار التجارية وأدخلتها في عداد الملكية الفكرية وأطلقت عليها تسمية المعلومات غير المفصح عنها، كما أوجبت على الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية حمايتها عن طريق نظام حائى أقرته وفق المادة 39 من اتفاقية التريس.

وعليه فإننا نجد أن الشركات الصناعية الكبرى تحتفظ بسرية الاختراعات التي تملكها حتى يتمكن من استغلالها استغلالاً احتكارياً بصفة كلية، ولاتلجأ إلى الحصول على براءات الاختراع إلا بالنسبة لتلك الاختراعات التي تخشى هذه الشركات أن يتوصل منافسوها إليها في زمن قصير نسبياً¹.

ومع ذلك فقد أجازت م 27 من اتفاقية التريس¹ للدول الأعضاء في المنظمة أن تستثنى من قابلية الحصول على البراءة ثلاث طوائف من الاختراعات هي:

¹ دحسام محمد عيسى ، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، ص 86.

أ - الاختراعات التي يكون منع استغلالها تجارياً في أراضيها ضرورياً لحماية النظام العام أو الأخلاق الفاضلة.

ب - طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لعلاج البشر أو الحيوان.

ج - النباتات والحيوانات (خلافاً للكائنات الدقيقة) والطرق البيولوجية لإنتاج النباتات أو الحيوانات (خلافاً للأساليب والطرق البيولوجية والبيولوجيا الدقيقة).

في ظل كل هذه الحماية المقررة وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وما نجم عن ذلك من انتهاكات ماسة بالصحة العامة، نجد أنفسنا ملزمون لطرح الإشكالية التالية: إذا كانت هذه التشريعات تخول لصاحب البراءة حقاً استثنائياً على اختراعه، فما هي حدود هذا الحق بين الواقع التكنولوجي الحالي وتأثير ذلك على الصحة العمومية؟.

ولتوضيح هذه الإشكالية أكثر والإجابة عنها نقسم دراستنا الى ثلاث مباحث أساسية هي :

أولاً: الاستثناءات الواردة على الحقوق الإستثنائية التي أقرتها الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الملكية الفكرية (المبحث الأول).

ثانياً: دور الملكية الفكرية في ظل التطور التكنولوجي (المبحث الثاني).

ثالثاً: براءة الأدوية وفق اتفاقيات حماية الملكية الفكرية (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الاستثناءات الواردة على الحقوق الاستثنائية التي أقرتها الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الملكية الفكرية

لابحني المجتمع فائدة من وراء الإختراع إن لم يكن له تطبيق صناعي وعملي داخل السوق من أجل تلبية حاجيات البلاد.² لذلك نجد أن المشرع لا يفرض على صاحب البراءة أن يستغل الاختراع

¹ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، يقصد بها اختصاراً "اتفاقية التريس TRIPS" أو ADPIC باللغة الفرنسية، تُعد من الاتفاقيات الثلاث التي تضمنتها اتفاقية التجارة الحرة GATT والتي تمت الموافقة عليها اثر إنهاء جولة مفاوضات الأوروغواي التي بدأت عام 1986 وانتهت بالتوقيع عليها في مراكش في ابريل 1994 ومن ثم ميلاد المنظمة العالمية للتجارة OMC. وما يميز هذه الأخيرة عن سابقتها أنها لا تهتم فقط بتنظيم العلاقات التجارية بين الدول المنظمة بل هي تتسع أيضاً إلى ميدان الخدمات وحقوق الملكية الفكرية.

² "لا تشمل الحقوق الواردة عن براءة الاختراع إلا الأعمال ذات الأغراض الصناعية والتجارية". م 12 من الأمر 07/03 المؤرخ في 2003.07.19 يتعلق ببراءة الاختراع.

بنفسه، بل يكفيه أن يرخص للغير باستغلال الاختراع وتوفير المنتج في السوق، وفي حالة إخلال صاحب البراءة بالتزامه بالاستغلال جاز للإدارة المكلفة بذلك أن تمنح للغير ترخيصاً إجبارياً باستغلال البراءة.

وإذا كانت البراءة تمنح للمخترع حق الملكية، فيقوم باحتكارها ومنع غيره بأن يقوم بأي تصرف على البراءة أيا كانت طبيعته مثل صنع أو استخدام أو عرض المنتج محل البراءة للبيع أو بيعه أو استيراده، فإن هناك استثناءات على تلك الحقوق الإستثنائية وضعتها الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الملكية الفكرية والتي قد تخدم الدول النامية وتسمح لها باستيراد المنتجات لاسيما منها الدوائية وتوفيرها بأقل الأسعار داخل أسواقها وتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

أولاً: استنفاد حقوق الملكية الفكرية

لصاحب البراءة المسجلة في دولة معينة الحق في منع الغير من استيراد المنتجات المشمولة بالحماية إلى تلك الدولة التي سجلت فيها البراءة، بما في ذلك المنتجات التي طرحت للبيع في الخارج عن طريق صاحب البراءة سواء بنفسه أو بموافقتة²، هذا ما يؤدي إلى إعاقة تداول المنتجات عبر الحدود الدولية، ويتيح لأصحاب حقوق الملكية الفكرية إمكانية وضع اضطرابات في الأسواق، والتمييز سعري فيما بينها.

وعلاجاً لهذا الوضع ذهبت بعض التشريعات المقارنة إلى تطبيق نطاق حق صاحب البراءة أو العلامة في منع استيراد المنتجات المشمولة بالحماية عن طريق تقرير مبدأ الاستنفاد الدولي لحقوق الملكية الفكرية. و بمقتضى هذا المبدأ يسقط حق صاحب البراءة في منع الغير من استيراد المنتجات المشمولة بالحماية بمجرد أن يطرح تلك المنتجات للتداول في سوق أي دولة سواء بنفسه أو عن طريق أحد تابعيه أو بموافقتة.

¹ في الجزائر نجد المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية هو المكلف باستقبال طلبات الحصول على البراءة، أما إذا اختار المودع استعمال الطريقة الأوروبية فيقوم بإيداع طلب براءة أوروبية سواء مباشرة في مقر الديوان الأوروبي للبراءات المتواجد بميونخ أو في القسم التابع له بلاهاي. (طالع مؤلفنا: براءة الاختراع، أكسلها وحمايتها القانونية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 111).

² د.باسم أحمد عوض، الاستثناءات الواردة في الاتفاقيات الدولية المتعلقة ببراءة الاختراع المقررة لصالح الدول النامية مكتبة الإسكندرية، مصر 2008، ص 49 وما يليها.

أصبح بإمكان الدول الأعضاء بموجب اتفاقية التريس¹ والمادة 27 منها أن تستثني عدة طوائف من الاختراعات من قابلية الحصول على براءة الاختراع، ولاشك أن تطبيق الحماية في مجال الاختراعات- الدوائية منها - ساعد على الحد من احتكار الشركات الدولية لهذه المنتجات، وفتحت المجال أمام شركات الدول النامية لإنتاج هذه المنتجات غير المحمية ببراءات الاختراع دون إلزامها بدفع رسوم للشركات التي ابتكرتها.

ثانياً: مبدأ الاستيراد الموازي

هذا المبدأ يتيح للدول التي تطرح فيها المنتجات بأسعار مرتفعة إمكانية استيرادها من الخارج وتوفيرها في الأسواق المحلية بأقل الأسعار السائدة عالمياً دون أن تحول حقوق الملكية الفكرية عن تحقيق هذا الهدف.

ثالثاً: موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات حول مبدأ الاستنفاد الدولي

أبدت الدول رأيها حول مبدأ الاستنفاد الدولي لحقوق الملكية الفكرية على نحو يؤيد أو يعارض تطبيق المبدأ. أما اتفاقية التريس فكان موقفها سلبي من هذه القضية، حيث لا يجوز تنفيذ نصوصها على نحو ينشأ التزاماً في ذمة الدول الأعضاء بتطبيق هذا المبدأ أو يعفيها من تطبيقه، وكانت المادة 6 من الاتفاقية تقضي بأن نصوص التريس يجب ألا تفسر- في أي مرحلة من مراحل تسوية النزاع - على نحو يؤيد أو يعارض تطبيق مبدأ استنفاد حقوق الملكية الفكرية².

كما نجد أن الاختلاف موجوداً في موقف التشريعات المقارنة، فهناك طائفة من الدول على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية التي تقف موقفاً معارضاً لفكرة الاستنفاد الدولي والأمر سيان بالنسبة لأوروبا التي تؤيد الاستنفاد الإقليمي فقط داخل الاتحاد الأوروبي.

أما الدول النامية فتعتبر هي المتضرر الأكبر من عدم تنفيذ مبدأ الاستنفاد الدولي لحقوق الملكية الفكرية، لأن عدم تطبيق هذا المبدأ سيؤدي إلى توسيع نطاق الحق الاستثنائي المقرر لأصحاب حقوق الملكية الفكرية في منع الغير من الاستيراد ولا يسمح للدول النامية بالاستيراد الموازي، وتوفير المنتجات في الأسواق المحلية بأقل الأسعار الرائجة عالمياً.

¹ د. محمد محسن إبراهيم النجار، التنظيم القانوني لعناصر الملكية التجارية والصناعية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، 2005 بداية من ص 25.

² باسم أحمد عوض، المرجع السابق - بتصرف - ص 11.

بالإضافة إلى ذلك فإننا نجد أن اتفاقية التريس من خلال مادتها 30، والتي تتيح للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية منح استثناءات محدودة من الحقوق المطلقة التي يتمتع بها صاحب البراءة بشرط أن لا تتعارض هذه الاستثناءات مع الاستخدام العادي للبراءة ولا تخل بالمصالح المشروعة لصاحبها.

وتطبيقاً لهذه المادة يجوز للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية أن تنص في تشريعاتها على صور متعددة لهذه الاستثناءات منها على سبيل المثال:

- جواز استخدام المنتج المشمول بالحماية عن طريق براءة الاختراع في كافة أغراض البحث العلمي دون أن يعد ذلك اعتداءً على حقوق مالك البراءة.

- قيام الغير بصنع أو تركيب أو استخدام أو بيع المنتج أثناء فترة حمايته بهدف استخراج ترخيص لتسويقه، على أن يتم التسويق إلا بعد انتهاء تلك الفترة.

رابعاً: تعارض حق استئثار البراءة مع مبدأ حرية التجارة والصناعة

حرية التجارة والصناعة من بين الحريات المكفولة بالمواثيق الدولية والساتير¹ وهذا يدخل في إطار المنافسة المشروعة والنزاهة للتجار والصناع والحرفيين، وقد نص القانون الجزائري على منع كل تعسف ناتج عن الهيمنة على السوق أو احتكار له أو جزءاً منه²، وقد جاءت المادة الأولى من الأمر 03-03 لتتص في هذا المضمار على وجوب: "تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة...."³.

وإذا كان حق الاستئثار باستغلال البراءة ممنوح لصاحبها، فإن ذلك ينافي مبدأ حرية التجارة والصناعة رغم أن هذا الحق يمتاز بالتوقيت، فهناك تعارض بين حقين مشروعين فحرية التجارة عملاً مشروعاً، وحق الاستئثار بالبراءة هو أيضاً حقاً مشروعاً، فكيف يمكن أن نوازي بين هذين الحقين بما يخدم المصلحة العامة وما يجني منها من فائدة مرجوة، دون أن يمس بالمصلحة الخاصة للأشخاص.

¹ م 37 من الدستور الجزائري 1996.11.28.

² م 7 من الأمر 06-95 المؤرخ في 1995.01.25 المتعلق بتنظيم المنافسة المعدل. طالع أيضاً: القانون 02-04 المؤرخ في 2004.07.23.

³ الأمر 03-03 المؤرخ في 2003.07.19 المتعلق بالمنافسة (ج ر 43 لسنة 2003) المعدل بالقانون 05-10 (ج ر 46 لسنة 2010).

وعليه فان صدور التشريعات المنظمة لحماية الاختراعات ما كانت علة وجودها إلا لتنظيم هذه المسائل باعتبارها حقوق يحميها القانون، وما طرأ على التشريع الجزائري في مجال حماية الاختراعات من تغييرات كلها جاءت بسبب الإصلاحات الاقتصادية التي انطلقت في الجزائر بداية من سنة 1988¹.

والحق الممنوح لصاحب البراءة في الاستئثار بهالا يحتاج إلى نقاش في مدى مشروعيته أم لا فهو منحة للمخترع عن إنتاجه الذهني، وسعيًا من التشريعات إلى تشجيع النشاط الإختراعي، جعلت لصاحب البراءة من خلال هذا الحق المحافظة على زبائنه ويضمن حماية شريفة للمنافسة داخل السوق الاقتصادي.

المبحث الثاني: دور الملكية الفكرية في ظل التطور التكنولوجي الحالي

من البديهي أن يلعب انتشار التكنولوجيا دوراً محورياً في التقدم التقني والاقتصادي والاجتماعي داخل الدول المتقدمة، بالرغم وجود استغلال للتقنيات المنتجة داخل دولة ما فإن هذا لا يمنع بأن تمتد هذه التقنيات إلى الدول المجاورة، فمسألة محاولة الدول المصنعة الانتقال والتحول من مستهلك لبراءة الاختراع الى منتج لها لم تأت صدفة، بل جاءت تدريجياً بعد أن شهدت هذه الدول تحولات عديدة قبل أن يتم دخول اتفاقية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة **TRIPS** حيز التنفيذ.

أولاً: أهداف اتساع مجال الملكية الفكرية

كانت بداية توسع مجال الملكية الفكرية في الدول المتقدمة يعتمد على نظام عالمي جديد يؤثر في عناصره ويتأثر بها، ومن ثم يُخْلِمْ عوائق أمام التطور التكنولوجي والاقتصادي في الدول النامية. وتبين الإحصائيات المتعلقة بالولايات المتحدة الأمريكية في الفترة الممتدة بين 96-2000 أن عدد براءات الاختراع قد ارتفع من 77000 إلى 169000². أما على صعيد الدول العربية فقد أشارت البيانات أن 09 دول عربية سجلت 370 براءة اختراع خلال الفترة 1980-1999، هذه النسبة تعتبر منخفضة جداً إذا ما قورنت بدول أخرى ككوريا التي سجلت 16328 براءة اختراع وتشيلي التي سجلت 147 براءة اختراع³.

¹ جاء في البداية الأمر 54-66 المؤرخ في 1966.03.03 المتعلق بهدات المخترعين وإجازات الاختراع ثم صدر المرسوم التشريعي 17-93 المؤرخ في 1993.12.07

² U S patent and trade mark office, 2000.

³ د. سعد خضير عباس، دؤوليد اساعيل السيفو، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي السنوي الخامس، بعنوان: اقتصاد المعرفة وضرورات التنمية للشاملة في البلدان العربية، جامعة الزيتونة الأردنية، عمان، الأردن، ص6.

هذا الاتساع في نطاق براءة الاختراع في هذه الدول ليس هدفة المصلحة العامة وخدمة البشرية وتطويرها، بل لها أهداف استراتيجية توسعية، وامتلاك مميزات تنافسية خاصة إذا علمنا أن ما يقارب 90% من براءات الاختراع الممنوحة للأجانب في الدول النامية لم تستغل من طرفها¹.

إن حقوق الملكية الفكرية توفر حافزاً للبحث وتطوير التقنيات التكنولوجية المختلفة ومن ثم الاستفادة من ثمار هذا الابتكار واستثماره من طرف القطاع الخاص والعام، وبالتالي توفير منتجات جديدة تلي حاجيات السوق، وتعميم فوائدها، وهذا ما يسمى بمبدأ التوازن بين التحفيز للابتكار من جهة ونقله ونشره من جهة أخرى، وقد تم نص على هذا المبدأ في البند 27 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والمادة السابعة من اتفاقية حقوق الملكية الفكرية لسنة 1994².

ثانياً: إضفاء الطابع التجاري على البحث والتطوير

تزايد نصيب البحث والتطوير داخل القطاع الخاص وإضفاء الطابع التجاري على البحث الأكاديمي خاصة في الدول الكبرى كالولايات المتحدة الأمريكية، ورغم أن الإشراف على البراءة يتم من طرف القطاع العام والدولة وتمويل استثمارها أيضاً، لكن نتائجها عادة ما تعود للقطاع الخاص حتى يتم تطبيقها، ولأن احتياجات السوق يتطلب الحضور المكثف لهذا القطاع.

ثالثاً: عوامة الأسواق والأسعار

نتيجة للانفتاح الاقتصادي وعوامة الأسواق التجارية العالمية وفتح الحدود، فإن ذلك يجعل المنتجات المحمية ببراءة الاختراع تخضع لقوانين السوق العالمي، مما يجعل الكثير من المستهلكين لا يحصلون عليها نتيجة للأسعار الاحتكارية المرتفعة، هذا يُلْجِئ المستهلكين في الدول الفقيرة الاستفادة من تلك المنتجات.

¹ Vistors,1973,Delmore,1982 .

² أ.د. علي هبال، مقال بعنوان: اتفاقية حماية حقوق الملكية الفكرية TRIPS أي استراتيجية للتعامل مع الابتكار والتنمية، مخبر الدراسات الاقتصادية المغربية، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ع10 لسنة 2010.

وإذا كانت إتفاقية **TRIPS** فِرز الابتكار في الدول النامية المتقدمة نسبياً كالهند وكوريا الجنوبية والبرازيل مثلاً فإن الدول الأكثر فقراً وتخلفاً من حيث التكنولوجيا ستواجه تكاليف وعوائق إضافية دون الانتفاع بفوائد وثمار موازية¹.

المبحث الثالث : براءة الأدوية وفق إتفاقيات حماية الملكية الفكرية

أدى الخوف من الإصابة من الأمراض المزمنة والأوبئة الفتاكة إلى نفاذ الدواء المستخدم في علاجها في الدول الكبرى الصناعية، وقد زاد الطلب على هذه الأدوية إلى درجة بدأت فيها الحكومات بالتفكير في التخفيف من القوانين المتعلقة ببراءة الاختراع الأدوية لغرض توفير هذه الأخيرة على مستوى أوسع.

أولاً: حماية براءة الأدوية واحتكار الشركات العالمية للدواء

تعرضت الكثير من الشركات الأدوية العالمية الكبرى إلى انتقادات لاذعة من طرف الكثير من الجهات التي تتهمها بالبحث عن الربح بالدرجة الأولى وتجاهل الأمراض الشائعة في دول العالم الفقيرة. من بين هذه الجهات وكالات الإغاثة لعالمية التي تسعى إلى رفع قيود حقوق براءة الاختراع عن أدوية تستعمل في علاج أمراض شائعة في البلدان النامية مثل مرض الايدز وغيرها.

ومثال ذلك نجد أن شركة باير الألمانية العملاقة لصناعة الأدوية تحتكر إنتاجها من الأدوية لاسيما اختراع الدواء الذي تصنعه بالاسم التجاري **سيبرو** وقد تم بيعه لدول معينة بسعر مرتفع يصعب على الدول النامية شراءه وقد اضطرت بعض الدول منها الكبرى صناعياً إلى شراء هذه الأدوية بثمن أرخص من الهند، باعتبار أن هذه الأخيرة لم تخضع إلا مؤخراً لقوانين براءة الاختراع .

في حين أن الولايات المتحدة الأمريكية تفرض على الدول النامية عقوبات اقتصادية في محاولتها شراء أدوية رخيصة، حيث يموت نحو **37** ألف شخص يومياً من جراء أمراض يمكن علاجها بسهولة إذا ما توافرت أدوية تستطيع تحمل هذه الدول تكاليفها².

¹ د. هال، المرجع أعلاه، ص 6. (بصرف).

² وكالة أوكسفام: هي منظمة بدأت كمؤسسة خيرية صغيرة سنة 1942، تحت اسم "لجنة أوكسفورد للإغاثة من المجاعة"، تعتبر اليوم إحدى أكبر المنظمات الخيرية الدولية المستقلة في مجالي الإغاثة والتنمية. وتدار أوكسفام اليوم كاتحاد دولي يضم 15 منظمة، تعمل كلها في أكثر من 90 بلد مع منظمات محلية شريكة من أجل التوصل إلى حلول دائمة للفقير.

تستثنى أغلبية الدول العربية منتجات الأدوية من نطاق الحماية ببراءات الاختراع وقد دفع ذلك شركات الأدوية العالمية إلى ممارسة شتى الضغوط عليها نحو حماية منتجات الأدوية، خاصة الولايات المتحدة الأمريكية التي لحقتها خسائر مالية كبيرة من جراء قيام شركات الأدوية الوطنية في البلاد النامية في ظل عدم وجود حماية لمنتجات الأدوية بالتوسع في إنتاجها وتسويقها بأسعار رخيصة فقامت الولايات المتحدة الأمريكية بإدراج أكثر من ثلاثين دولة في قائمة المخالفين لقواعد حقوق الملكية الفكرية وهددتهم باستخدام المادة 301 من قانون التجارة الأمريكي بجرمانهم من المساعدات المالية السنوية وفرض عقوبات جملة عليهم، مما دفع البعض من هذه البلدان إلى الرضوخ إلى مطالبها وإجراء التعديلات التشريعية في قوانينها الوطنية لتجنب العقوبات¹.

سارعت الدول النامية إلى المطالبة بمراجعة بنود اتفاقية الترس من خلال الندوة الوزارية للمنظمة العالمية للتجارة المنعقدة بالدوحة عام 2001²، سيما المطالب المتعلقة بنقل التكنولوجيا إلى الدول الأقل نمواً، ومراجعة المادة 1-71 المتعلقة بحماية الاختراعات في مجال النبات والحيوان والأخذ بعين الاعتبار التنوع البيولوجي والمعرفة التقليدية واحتياجات التنمية، وأيضاً تعديل المادة 31 من الاتفاقية المتعلقة بالترخيص الإجباري خارج الدولة في حالة عدم قدرة هذه الدول على الإنتاج محلياً، والسماح باستيراد المنتجات المماثلة (الاستيراد الموازي) لتلك التي تحميها براءة الاختراع.

هذه المطالب كلها تمس بالدرجة الأولى الصحة العمومية ونقل التكنولوجيا لتطوير الاقتصاد والتنمية داخل الدول النامية والفقيرة. مثال على ذلك فإننا نجد أن التشخيص الجيني لسرطان الثدي تحتكره شركة "ميرياد" التي لم تكتف بفرض أسعار باهظة على زبائنها، بل ذهبت إلى أكثر من ذلك بإجبارها لمختلف مخبر العالم بإرسال العينات المراد تحليلها إلى مخبرها، وبذلك تحرم الباحثين في كل أنحاء العالم من إمكانية القيام بتجارب أخرى بهدف التحقق من فعاليتها أو تحسين أدائها، هذا السلوك الاحتكاري دفع العديد من المؤسسات الصحية في كل من إنجلترا وكندا وفرنسا إلى تقديم شكوى ضد شركة ميرياد وإلى البحث عن بدائل لها³.

¹ د. كامران حسين الصالحي، قواعد حماية منتجات الأدوية ومدى حماية الاستعمالات الجديدة لها في التشريع المقارن والاتفاقيات الدولية، مجلة الشريعة والقانون، ع 48 أكتوبر، الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص 50.

² عقد المؤتمر الوزاري الرابع لمنظمة التجارة العالمية دورته الرابعة في الدوحة خلال الفترة من 14-9 نوفمبر، 2001، وأصدر عدة قرارات مهمة في مجال اتفاقية الترس.

³ O E C D , 2002 : Genetic Innovation Intellectual Property and Licensing Practices : Evidence and Policiers, OECD, PARIS . 69.

أما الحال بالنسبة للدول النامية فيزداد سوءاً في المجالات الخاصة بالبحث حول الامراض والأوبئة الفتاكة التي تصيب مواطني هذه الدول بسبب محدودية الموارد المادية أو البشرية أو كليهما وشح المعلومات المتكررة من قبل الدول المصنعة، وتناقض إمكانيات التبادل بين الباحثين وفشل المفاوضات مع المختبرات والمؤسسات المخترعة للحصول على التراخيص.

لاشك أن حماية حقوق الملكية الفكرية عامة والاختراع خاصة هي عامل أساسي وفعال في تشجيع البحث العلمي والابتكار. من خلال تحقيقها للتوازن بين مصالح حقوق صاحب الاختراع وبين حاجة المجتمع للتوصل إلى معارف جديدة وتوظيفها في تحقيق عملية النمو والتطور. لكن ما يثير الاهتمام أكثر في كل هذا الطرح هو أهمية الدواء في حياة الإنسان باعتباره صناعة تعتمد على المبتكرات والاختراع البشري.

لذلك فنظام الحماية لبراءات اختراع الأدوية أثار جدلاً واسعاً في مختلف الأنظمة القانونية وذلك من ناحية الشركات الكبرى المصنعة للدواء في العالم بالمطالبة بتوفير غطاء قانوني لحماية منتجاتها من القرصنة والتزيف وفتح الأسواق أمام شركائها من اجل تحقيق حرية التجارة وتعزيز المنافسة.

في ظل هذه الرغبة الذاتية المشروعة لمنتجي الدواء فهل نجد من يفكر في حماية الإنسان الضعيف الذي أنهكه المرض وقضى عليه بؤس انتظار عقار يخفف من آلامه و أوجاعه نتيجة إصابته بمرض خطير، وحتى وان كان هذا الدواء موجوداً فأحياناً كثيرة تنعدم القدرة المادية لشراءه.

الان أصبح المنتج الدوائي محمي من قبل كبريات الدول¹، وليس فقط المنتجات الدوائية بذاتها بل وحتى طرق صنعها. وكان لمنظمة التجارة الدولية **OMC-WTO** ومعاهدة براءات الاختراع الأوروبية **EPC** لعام 1977، وكذا اتفاقية تريبس الدور الكبير في إلزام الأعضاء بتوفير الحماية لكافة المنتجات الصناعية.

إن الطلب على الأدوية قد ازداد مع تقدم البحوث واتساع المعارف الطبية التي توصلت لمعالجة الكثير من الأمراض المستعصية². وكانت صناعة الأدوية ولا تزال في الواقع في تسابق مع الزمن³

¹ بريطانيا عام 1949، وفي فرنسا 1960، اليابان عام 1976 وغيرها.

² تم اكتشاف مادة البنسلين عام 1929 لمعالجة الالتهابات مما أدى الى ازدياد استهلاكها، ومن ثم ازدياد الطلب عليها وغيرها من الادروية المخصصة لمحاربة الامراض البوائية، وكلما اكتشفت أمراض جديدة ظهرت معها الحاجة إلى اختراع وصنع ادوية جديدة.

³ Anderson, B Biotechnology of patent ratt Copenhagen,2004, p36.

فكلما ظهرت أمراض جديدة احتدم التنافس بين الشركات العالمية في إجراء البحوث والتجارب لإنتاج الأدوية المعالجة لتلك الأوبس وإغراق السوق بها.

ومن منطلق التنافس في السيطرة على أسواق الأدوية وجني الأرباح الطائلة تضافرت جهود الشركات العملاقة لصناعة الأدوية ومارست الدول المصنعة نفوذها من أجل حماية منتجاتها وضمان تسويقها، كما فرضت على الحكومات التدخل لإبرام المعاهدات الإقليمية والدولية الهادفة الى ضمان حقوق شركاتها تجاه مخاطر الاعتداء على حقوقها في مجال المنتجات الدوائية.

في الواقع ما زاد إلحاح هذه الشركات للمطالبة بنظام حماية قوي ازدياد الأهمية الاقتصادية لهذه المنتجات وازدياد الطلب المحلي والعالمي عليها، كما بدأت ظاهرة التكتل والتحالف الاستراتيجي بين شركات الأدوية العالمية منذ منتصف الثمانينات، الأمر الذي جعلها قوى اقتصادية كبرى تؤثر في سوق الدواء وترسم الآليات اللازمة له لاسيما داخل أسواق الدول النامية.

ففي عام 1995 اشترت شركة جلاسكو البريطانية شركة ويلكوم في صفقة بلغت 9.9 مليار جنيه استرليني وحقت أرباحاً طائلة، كما أن شركة زينبكا البريطانية قامت بشراء شركة استرا السويدية عام 1999 بقيمة 34.6 مليار دولار وفي عام 2000 اندمجت شركة جلاسكو ويلكوم البريطانية مع شركة سميث كلاين البريطانية و تم تأسيس شركة جلاسكو سميث بيتشام والتي تُعد أكبر شركة دوائية في يومنا الحاضر، وفي عام 2002 اشترت شركة سيلجين الأمريكية شركة اونتروجينيسيس Anthrogenesis الأمريكية في إنتاج الخلايا الجذعية¹.

إلا أن طلبات الشركات بحماية الاستعمالات الجديدة لدواء معروف ومتداول اصطدمت في حينها بعوائق قانونية، تتعلق بشروط منح براءات الاختراع للاستعمال الجديد للدواء كتوفر الجودة والخطوة الابتكارية وقابلية التصنيع²، تلك هي الشروط التي لا تتوفر عليها لأنها موجودة في دواء محمي سابقا بالبراءة وبالتالي اعتبر طلب جديد لحماية الاستعمال التالي لنفس الدواء يفترق الى عناصر الجودة وقابلية التصنيع التي يجب توافرها في أي اختراع جديد للحصول على الحماية.

¹ د. كامران حسين الصالحي، المرجع السابق، ص32.

² راجع الشروط الموضوعية لاكتساب براءة الاختراع: د. نعيم مغيب، براءة الاختراع، ملكية صناعية وتجارية دراسة في القانون المقارن منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2003، بداية ص29.

النظام الأمريكي يمنح براءة الأدوية للمخترع الأول، لذلك فالاستعمالات الجديدة لنفس المنتج لا يكون مشمولاً بالحماية لتعارضها مع مبدأ الجدة، وهذا ما يسمى بنظام المخترع الأول (first-to-invent) أو نظام الأسبقية للإيداع (First-to-file).¹

لم يكن هذا الشرط عائقاً أمام الشركات الكبرى المنتجة للدواء في إطار الحماية، بعد تغييرها لصيغة الطلب وإنتاج هذا الدواء بطريقة أخرى بأشكال تختلف عن المنتج الأصلي فمثلاً إذا كان الدواء الأصلي المحمي مسبقاً على شكل أقراص فإن الشركة تنتجه بشكل سائل.

ثانياً: تأثير نظام حماية الأدوية على الدول النامية

لجأت الدولة النامية إلى إنتاج أدوية لمواطنيها وبأسعار رخيصة تتلاءم مع مستوى معيشتهم وبذلك تعمدت عدم توفير الحماية للمنتجات الأدوية حتى تتيح الفرص لشركاتها الوطنية لإنتاج الأدوية الضرورية وبأقل تكلفة وتسويقها بأسعار تكاد تغطي نفقات إنتاجها لاسيما وان هذه الدول تعيش ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية سيئة للغاية، ما يجعلها تخضع لشركات الدول الصناعية والتي ستفرض أسعاراً باهظة على منتجاتها وعلى منح التراخيص، الأمر الذي لا يتناسب مع مقدرة شركات الدواء الوطنية ولا مع المستوى المعيشي لمواطني الدول النامية.

النتيجة أنه إذا كانت الشركات العالمية للأدوية لم تحصل على الحماية لمنتجاتها وطرق صنعها فإنه ليس من العدالة إرغام الدول النامية على توفير الحماية مع وجود فجوة تكنولوجية كبيرة بينها وبين الدول الصناعية بالإضافة إلى الفقر وتدني الأوضاع الصحية لسكان بعض الدول النامية.

نجحت الهند في إنتاج الأدوية وتسويقها إلى الأسواق العالمية والدول النامية بأسعار رخيصة ما أدى بالولايات المتحدة الأمريكية إلى ممارسة شتى الضغوط السياسية والاقتصادية عليها وتغيير نظام الحماية الهندية في الواقع بعد انضمامها إلى اتفاقية التريس فقامت بتعديل قانون براءة الاختراع عام 2005، ونفس الشيء حصل في البرازيل بعدما أنظمت لهذه الاتفاقية وتعديل قانون الملكية الصناعية البرازيلي لعام 1971 والمعدل بقانون رقم 111 لعام 1993.

في الجزائر مرت الصناعة الدوائية بمراحل عديدة تراوحت بين الانتعاش والانكماش، وقبل أن تصادق الجزائر على اتفاقية التريس نجد أن المشرع الجزائري شأنه شأن التشريعات في معظم الدول

¹ اهتمت و.م.أ بحماية الملكية الفكرية بداية بال دستور 1787، ثم صدر قانون براءة الاختراع لعام 1952 المعدل في ديسمبر 1994 المتعلق بحماية المنتجات الدوائية .

النامية كان حريصاً على توفير الأدوية بأسعار مناسبة ولا بد من القول أن الجزائر لا تزال تملك قدرة تنافسية علمية لتوافر الأيدي العاملة ولأنها تحتل مركزاً مهماً في الدول النامية في إنتاج الأدوية الجنيسة والتي تشبه الدواء الأصلي في الأثر الطبي.

ولاشك ان الدول النامية تأثرت بما جاءت به اتفاقية التريس¹ من آثار سلبية فيما يخص الصناعة الدوائية، فقد اهتمت هذه الدول بالصناعات الدوائية باعتبارها سلع لا يمكن الاستغناء عنها ومن هنا لا يمكننا أن نقارن ما يحصل في الدول المتقدمة من تطور في هذا المجال.

إن انضمام الدول النامية لهذه الاتفاقية سيترتب عليه بعض الآثار السلبية منها:

- لا تستفيد الدول النامية من الامتيازات الممنوحة للدول المتقدمة والمنصوص عليها في الاتفاقية TRIPS نظراً لضعف اقتصادها وعدم قدرتها على مجاراة التكنولوجيا، إذ أن نسبة محدودة من الأدوية في الدول النامية تصنع بموجب امتيازات من أصحاب براءات الاختراع، بالإضافة إلى ارتفاع تكلفة إنتاجها للأدوية بسبب دفع رسوم لصاحب البراءة مقابل حق استخدام الترخيص الإجباري للاختراع.

- اعتماد الدول النامية في صناعة الأدوية على التقليد تجعلها غير قادرة على منافسة شركات الأدوية العالمية، هذا ما يدفع إلى تطبيق الاتفاقية فيما يخص حماية هذه الشركات من أعمال القرصنة والتقليد، وهذا يؤثر على تأثيراً بالغاً على الدول النامية.

- انضمام الدول النامية إلى الاتفاقية قد تزيد من أعبائها المالية والإدارية سواء فيما يتعلق بتأسيس وتأهيل مكاتب براءات الاختراع أو تعديل التشريعات الوطنية لتتلاءم مع أحكام الاتفاقية².

- تطور صناعة الأدوية في الدول المتقدمة وكثافة البحوث والتجارب في الشركات العالمية مما أدى إلى تزايد في منتجاتها وإغراق السوق العالمية بأحدث المنتجات، ما يؤثر سلباً على الإنتاج الدوائي في الدول النامية وبالتالي ارتفاع أسعار الأدوية بسبب احتكار شركات الأدوية العالمية لمنتجاتها.

¹ للمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية راجع: حسام الدين عبد الغني الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المنصلة بالتجارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ياسر محمد جاد الله، اتفاقية حقوق الملكية الفكرية وصناعة الدواء في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.

² أمل نجاح البشبيشي، الانعكاسات المستقبلية لاتفاقية تريس على صناعة الدول النامية، المؤتمر العلمي الثالث والعشرين للاقتصاديين المصريين، 2003، ص 6.

- تتمتع الاختراع بحماية طويلة (عشرين سنة) يعني منع استحداث طرق تصنيعية جديدة للمنتج الدوائي المحمي طيلة فترة الحماية مما لا يشجع على البحث والتطوير في استحداث طرق جديدة لصناعة المنتجات الدوائية المحمية ببراءات اختراع نافذة المفعول¹.

ثالثاً: اتفاق الدوحة والمحافظة على الصحة العامة

جاء اتفاق الدوحة بناء على المؤتمر الوزاري الرابع لسنة 2001م محاولاً لإيجاد التوازن بين حق الدولة في اختيار السياسة الخاصة بها فيما يتعلق بتوفير الأدوية لمواطنيها وبين حقوق مالكي براءات في الصناعات الدوائية والمنتجات الطبية. ومن أهم ما ورد في إعلان الدوحة ما يلي:

- تمديد فترة السماح الانتقالية للدول الأقل نمواً حتى سنة 2016.
 - عدم التزام هذه الدول خلال الفترة الانتقالية بمنح حقوق تسويق استثنائية لأي دواء جديد.
 - عدم التزامها أيضاً خلال الفترة الانتقالية بتوفير أي حماية براءة اختراع للأدوية.
 - حق الدول النامية في الحصول على الدواء مع احترامها لحقوق الملكية الفكرية وحققها في إصدار تراخيص إجبارية لصنع ما تحتاجه من أدوية مقابل تعويض عادل لأصحاب الاختراعات وحققها أيضاً في الاستيراد الموازي واتخاذ تدابير مناسبة لحماية الصحة العامة².
- أصدر المجلس العام لمنظمة التجارة العالمية قراراتين الأول بتاريخ 2003.08.30 والثاني في 2005.12.06 بتنفيذ البند السادس من إعلان الدوحة بشأن اتفاقية التريس والصحة العامة ونص القرار على أن هناك ظروفاً استثنائية تبرر إيقاف تطبيق الفقرتين (و)، (ح) من المادة 31 من اتفاقية تريس فيما يتعلق بالمنتجات الدوائية. وبموجب هذا التعديل أضيفت المادة 31 مكرر التي تتكون من خمس فقرات من بينها ما يتعلق بالسلاح بتصدير المنتجات الدوائية التي تم تصنيعها بموجب الترخيص الإجباري للدول التي لا تملك القدرة على تصنيع الأدوية.

¹ د. كاهران حسين الصالحي، المرجع السابق، ص 87.

² راجع في ذلك زؤوف حامد، حقوق الملكية الفكرية، رؤية جنوبية مستقبلية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، مصر 2003، ص 33.
د. حساني علي، براءة الأدوية بين الحق في ملكيتها وضمان حماية المستهلك، مجلة الخلدونية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع 3، 2009، ص 13.

أكد واضعو الإعلان الوزاري على ضرورة تفسير اتفاقية التريس وتطبيقها بما يدعم حق الدول الأعضاء في المنظمة العالمية للتجارة في المحافظة على الصحة، ذلك من خلال التأكيد على ضرورة حصول الدول النامية التي تعاني من انتشار الأمراض والأوبئة فيها كالايدز والسل والملاريا وغيرها..، على الأدوية دون عوائق قانونية من قبل الشركات الدوائية، ولمعالجة هذه السلبات أكد إعلان الدوحة على حق الدول الأعضاء في منح التراخيص الإجبارية .

كما أصبح يحق للدول بموجب هذا الإعلان أن تتمتع بحرية تقدير مبدأ الاستنفاد في تشريعاتها الوطنية من دون اعتراض على ذلك من قبل أي دولة أخرى.

وبصدور القرار الخاص بتعديل المادة 31 من اتفاقية التريس أصبح بإمكان شركات الأدوية الحصول على ترخيص إجباري لتصنيع أدوية محمية ببراءات اختراع وتصديرها إلى الدول النامية التي لا تملك القدرة الصناعية على إنتاجها.

وبصدور هذه القرارات الصادرة بناء على اتفاق الدوحة سمح لمكاتب براءات الاختراع إمكانية منح التراخيص الإجبارية فيما يتعلق بالأدوية في الحالات التي تقدر ضرورتها، كما أصبح من حق الدول الأعضاء ان تحدد معنى الطوارئ القومية أو الأوضاع الملحة التي تبرر منح التراخيص الإجبارية بما في ذلك أزمات الصحة العامة المتعلقة بالايدز والعدوى الفيروسي والسل والملاريا وغيرها من الأوبئة¹.

خاتمة

نشهد إقراراً بطبيعة شرعية حقوق الملكية الفكرية دولياً ورغم ذلك فإن الاتفاقيات الحامية لها قد استهدفت ليس فقط ضمان مصالح الشركات العالمية متعددة الجنسية المألقة لهذه الحقوق، بل أخفقت في مراعاة التوازن الضروري والمطلوب بين مصلحة المخترع أو المبتكر من ناحية، والتزامات وحقوق صاحب الحق من ناحية ثانية. بالإضافة الى اهمالها احد اهم غاياتها الاساسية الرامية لتسهيل عملية نقل التكنولوجيا المتطورة في بلدان العالم الثالث، لتمكن هذه البلدان حل المعادلة الصعبة في عملية التنمية والتقدم، كما تم تضيق الاستثناءات الواردة في اتفاقية التريس التي أريد منها توفير بعض التسهيلات التي تمكن البلدان النامية والفقيرة الاستفادة والانتفاع منها، علاوة على إطالة مدة تسجيل براءة الاختراع وجعلها 20 عاماً في كافة مجالات التقنية، سيما ما يلاحظ من محدودية لقدرات البلدان النامية المعتمدة اساساً على التقنيات المستوردة من البلدان المتقدمة في حماية مواطنيها من الجوع

¹ د. كارامان حسين الصالح، المرجع السابق، ص 97.

والأمراض الفتاكة ناهيك عن التخلف وتقليص دور الدولة في تأطير اقتصادياتها وتجنب التطوير العلمي واستغلال التكنولوجيا العالمية وبالتالي تصعيد الفجوة بين البلدان الفقيرة والبلدان الغنية.

وفي ما يلي لنتائج المتوصل إليها والتوصيات المقترحة في هذا المجال:

- من الظلم البين اتهام اتفاقية **TRIPS** بأنها تعمل على حماية الدول المتقدمة على حساب الدول النامية والدول الأقل نمواً، واتهام الدول المصنعة بأنها تتبنى أفكار احتكارية وتوسعية على حساب الدول المتخلفة، بل بالعكس من ذلك فالاتفاقية تستهدف في الأصل إلى ترسيخ مبدأ المنافسة وحماية الابتكارات لصالح البشرية جمعاء وفي جميع المجالات. وبالتالي فإن العبء يقع على الدول النامية التي لازالت لم تفهم المعنى الحقيقي للاتفاقية والتي لاتصرف شيئاً من إيراداتها وأموال ثرواتها الطبيعية على الابتكار والاختراع، ولم تستفيد لحد الان من الامتيازات التي منحتها هذه الاتفاقية، وكأنها لم تع بعد أنها تحت ظل النظام العالمي الجديد والالتزام بقواعده.

- غياب التبادل الأفقي في مجال المعلومات بين الدول العربية وتوحيد الرؤى والدفاع عن المصالح المشتركة.

- هجرة الموارد البشرية العربية المبدعة والمبتكرة، واستغلالها كلياً من طرف الدول المتقدمة.

- عدم وجود إستراتيجية موحدة مناسبة لصناعة التكنولوجيا.

- ضعف كفاءة العنصر البشري المسؤول الذي نجده يعالج قضايا الأمة بأسلوب غير بناء وعشوائي ما يجعله بعيداً على الفهم الحقيقي لبناء السياسيات وترسيخ عوامل البناء والبحث والتطوير.

- عدم التنسيق بين الإدارة والعمل الفردي للأشخاص المبدعين والفاعلين داخل المجتمع.

- قوف الدول النامية موقف المتفرج، تحت ذريعة أن المجتمع الدولي قد تجاوزه علماً وعملاً ولا حيلة له في محاولة التعامل معه أو الوصول الى مشاركته في النمو والتطور والتكنولوجيا.

- القضاء على الحدود أو القيود المسلطة على الابتكار من حيث المكان أو الزمان بذريعة حمايته، لأن من نتائج وجود الاختراع أن يكون مشمولاً بالبراءة ليتمكن صاحبها من الاستئثار بها والكشف عن أسرار هذا الاختراع للعامة دون خشية الاعتداء عليه. وعليه فليس هناك ما يمنع الدول النامية من استغلال هذه النتائج وتغيير قوانينها وتشريعاتها الداخلية للأفضل لتناسب وتطلعات الدول المتقدمة لتوفير حماية أوسع للابتكارات والاختراعات التجارية.

- تطبيق البراءة وفق ماتم التصريح به أثناء القيام بطلبها، دون أن يتم إدخال تغييرات على المنتجات المحمية بالبراءة، خاصة الادوية حتى لا يكون صاحب البراءة محتكرا لمنتجات ويصعب من مهمة الإدارات المسؤولة عن تسجيل البراءات وتعرقل الباحثين على فهم محتوياتها.
- العمل جماعيا وككتلة واحدة من طرف الدول النامية ضد احتكار التكنولوجيا عامة وبراءات الاختراع خاصة، ومطالبة الدول المتقدمة بنقل التكنولوجيا باستعمال ما تملكه الدول العربية من موارد طبيعية مقابل الحصول على المعارف والخبرات.
- السعي لتطبيق مطالب الدول النامية المقدمة في الندوة الوزارية للمنظمة العالمية للتجارة بالدوحة.
- محاولة خفض فترة صلاحية البراءة لأقل من 20 سنة، حتى تقلل من احتكارها من طرف الدول المتقدمة صناعياً .
- تغيير الذهنيات والسياسيات الاقتصادية والتشريعية المطبقة داخل الدول النامية عامة والجزائر بصفة خاصة، حتى ترقى إلى مواكبة المفاهيم الدولية التجارية الفاعلة في مجال الملكية الفكرية.
- جعل الملكية الفكرية كأداة للتنمية والتشجيع على الاستيراد الموازي.
- تدعيم القاعدة العلمية والابتكارية عن طريق الاهتمام بالتكوين والبحث والإبداع التكنولوجي.
- الاستخدام المكثف للمهارات وأدوات المعرفة الفنية والتقنية المتطورة لتحقيق إضافة للاقتصاد الوطني المبني على المعرفة Knowledge-Based economy.
- الانتقال نحو مجتمع المعلومات والمعرفة وتكوين مناخ إيجابي لإنتاج المعرفة بدلا من استهلاكها.
- زيادة الاهتمام بالعلماء والباحثين ولجميع الاختصاصات من خلال تحسين مستواهم المعيشي، وتوفير لهم الوسائل اللازمة للبحث والابتكار.
- العمل على جذب المغتربين والباحثين المقيمين خارج القطر الواحد وتوقيع الأجواء المناسبة لهم .
- اهتمام القضاء في لعب دور فعال وأساسي لحماية براءة الاختراع وتطوير القوانين المنظمة لحماية الملكية الفكرية.

- الاستفادة من الامتيازات الممنوحة للدول النامية من طرف اتفاقية التريس كالتراخيص الإجبارية، ونقل التكنولوجيا والمعرفة العلمية وتسويق الأدوية غير المحمية ببراءة إلى الأسواق المحلية والعالمية.
- جذب الاستثمارات إلى الدول النامية من خلال تشجيع الشركات المنتجة للاستثمار فيها.
- تقليص الاتجار بالأدوية المقلدة والتي كانت لها آثار سلبية على صحة المواطنين في الدول النامية.
- تخفيض معاناة الفئة المصابة بالأمراض الخطيرة والاهتمام بهم بتوفير لهم الدواء الفعال والنافع .
- حماية حقوق الملكية الفكرية وتشجيع البحث والابتكار ما يؤدي إلى إيقاف هجرة العقول المبدعة من الدول النامية.
- حماية حقوق الشركات الوطنية في الابتكار والبحث العلمي واستخدام آلية التراخيص الإجبارية في إطار المصلحة الوطنية مع تعويض عادل لصحابها.
- دعم الشركات الصغيرة والمتوسطة وتعزيز القدرات على أصول الملكية الفكرية والانتفاع بأصول الملكية الفكرية كأداة للتنمية الاقتصادية.

قائمة المراجع

أولاً: الاتفاقيات والنصوص القانونية

- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "التريس".
- الدستور الجزائري 1996.11.28.
- الأمر 54-66 المؤرخ في 1966.03.03 المتعلق بشهادات المخترعين واجازات الاختراع.
- الأمر 06-95 المؤرخ في 1995.01.25 المتعلق بتنظيم المنافسة المعدل.
- الأمر 03-03 المؤرخ في 2003.07.19 المتعلق بالمنافسة المعدل بالقانون 05-10 .
- الأمر 07/03 المؤرخ في 2003.07.19 يتعلق ببراءة الاختراع.
- القانون 02-04 المؤرخ في 2004.07.23.
- المرسوم التشريعي 17-93 المؤرخ في 1993.12.07

ثانياً: الكتب والمؤلفات

- د.حسام محمد عيسى ، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي.

- د.حسائي علي، براءة الاختراع، أكتسابها وحمايتها القانونية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر 2010 .

- د.باسم أحمد عوض، الاستثناءات الواردة في الاتفاقيات الدولية المتعلقة ببراءة الاختراع المقررة لصالح الدول النامية، مكتبة الإسكندرية، مصر 2008.

- د.محمد محسن إبراهيم النجار، التنظيم القانوني لعناصر الملكية التجارية والصناعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005 .

- د.نعيم مغنّب، براءة الاختراع، ملكية صناعية وتجارية، دراسة في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ع1، 2003.

- حسام الدين عبد الغني الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة، دار النهضة العربية القاهرة، 1992.

- ياسر محمد جاد الله، اتفاقية حقوق الملكية الفكرية وصناعة الدواء في مصر، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2001.

- رؤوف حامد، حقوق الملكية الفكرية، رؤية جنوبية مستقبلية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، مصر، 2003 ص33.

ثالثاً: بحوث ومقالات

- د.كارامان حسين الصالح، قواعد حماية منتجات الأدوية ومدى حماية الاستعمالات الجديدة لها في التشريع المقارن والاتفاقيات الدولية، مجلة الشريعة والقانون، ع 48، أكتوبر الإمارات العربية المتحدة 2011.

- د.حسائي علي، براءة الأدوية بين الحق في ملكيتها وضمان حماية المستهلك، مجلة الخلدونية، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، ع 3، 2009.

- د. سعد خضير عباس، د.وليد اسماعيل السيفو، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي السنوي الخامس اقتصاد المعرفة وضرورات التنمية الشاملة في البلدان العربية، جامعة الزيتونة الأردنية عمان، الأردن.

- د.علي همال، اتفاقية حماية حقوق الملكية الفكرية TRIPS أي استراتيجية للتعامل مع الابتكار والتنمية، مخبر الدراسات الاقتصادية المغاربية، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، الجزائر، ع10، لسنة 2010.

- أمل نجاح البشبيشي، الانعكاسات المستقبلية لاتفاقية ترينس على صناعة الدول النامية المؤتمر العلمي الثالث والعشرين للاقتصاديين المصريين، 2003.
- المؤتمر الوزاري الرابع لمنظمة التجارة العالمية في دورته الرابعة بالدوحة.
- وكالة أوكسفام.

- U S patent and trade mark office, 2000.
- Vistors,1973,Delmore,1982 .
- OECD, 2002:Genetic Innovation Intellectual Property and Licensing Practices: Evidence and Policiers, OECD,PARIS .
- Anderson, B Biotechnology of patent ratt Kopenhagen, 2004.

تحديد مسؤولية مالك السفينة بين مقتضيات تشجيع الاستثمار في النشاط البحري وحماية البيئة البحرية

أ. بن عصمان جمال - جامعة تلمسان

مقدمة

الرحلة البحرية معرضة لمخاطر كثيرة قد تكون سببا في إلحاق أضرار بالسفينة وبمحمولتها، ومن أمثلة هذه المخاطر التصادم البحري حيث قد تكون نتاجه غرق السفينة وهلاكها، وأضرار قد تصيب الحمولة أو المسافرين في بدنهم وأمتعتهم. فنتيجة التقدم العلمي صارت هناك سفن ضخمة من فولاذ ذات قوة دفع ذاتية بدأت بمحركات بخارية وها نحن الآن أمام سفن تعمل بمفاعلات ذرية، وطبعاً لنا أن نتصور حجم الضرر وأثره على البيئة البحرية بخصوص تصادم يقع بين سفن ضخمة مصنوعة من الفولاذ كانت تبحر بأقصى سرعة لها. لا شك أنه من المسائل التي ستطرح في مثل هذه الحالات مسألة المسؤولية المدنية والتعويض عن الضرر الذي قد يواجه مالك السفينة أو مجهزها، إضافة إلى كون المالك أو المجهز مسؤول مسؤولية شخصية عن أخطائه تطبيقاً للقواعد العامة، فإنه مسؤول أيضاً عن عمل الغير وهم الرباّن والتابعون. ويعتبر مالك السفينة أو مجهزها مسؤولاً في هذه الحالة مسؤولية مزدوجة، فمسؤوليته عقدية مصدرها ما يرميه الرباّن من عقود بوصفه ممثلاً للمالك وفي ذلك تطبيق للقواعد العامة التي تعتبر الموكل مسؤولاً عن التصرفات القانونية التي يقوم بها الوكيل، ومسؤولية المالك أو المجهز هي أيضاً مسؤولية تقصيرية مصدرها أفعال الرباّن والتابعين وما ذلك إلاّ تطبيق أيضاً للقواعد العامة المقررة بخصوص مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه¹. ويُفترض تطبيقاً للقواعد العامة أن تكون مسؤولية مالك السفينة مسؤولية مطلقة فتكون كل أمواله ضامنة للوفاء بدينه، ومع ذلك نجد في القانون البحري ما يفيد الخروج عن هذه القاعدة، حيث يعترف للمالك بحق تحديد مسؤوليته.

المبحث الأول: مبدأ تحديد مسؤولية مالك السفينة

تتفق جل التشريعات على إعطاء مالك السفينة الحق في تحديد مسؤوليته²، ولهذا الحق أصل تاريخي ومبررات تدعمه، غير أنّ الاتفاق حول المبدأ لم يحل دون الاختلاف حول طريقة تطبيقه، وهو اختلاف حاولت بعض الدول البحرية القضاء عليه عن طريق وضعها لمعاهدات دولية.

¹ مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، 2006، رقم 108، ص. 147.

² وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 92 ق. بح. حيث جاء فيها: "يستطيع مالك السفينة تحديد مسؤوليته تجاه من تعاقده معه أو تجاه الغير لا للبلديون الناتجة على أحد الأسباب المذكورة في المادة التالية، إلاّ إذا ثبت أنّ الخطأ المرتكب كان متعلقاً به".

المطلب الأول: الأصل التاريخي لمبدأ تحديد المسؤولية ومبررات اعتماده

في العصور الوسطى وإلى غاية القرن 16 كان قرض النقود بالفائدة محرما من قبل الكنيسة، هذا التحريم حاول الكثير من التجار وأصحاب رؤوس الأموال تفاديه فهداهم تفكيرهم إلى ما يعرف بعقد التوصية، فبدل أن يكون العقد قرضا بالفائدة صار صاحب رأس المال يتعهد تجاه التاجر بتقديم ما يلزمه من أموال من أجل مشروعه على ألاّ يسأل إلا في حدود تلك الأموال ويقسم مع التاجر ما يجنيه المشروع من ربح. وعرف هذا العقد بعقد التوصية، وهو كما يظهر عقد بين طرفين يلتزم أحدهما بتقديم عمل ويسأل مسؤولية مطلقة، ويلتزم الآخر بتقديم حصة مالية ولا يسأل إلا في حدودها. وكان من ذلك في العلاقات البحرية أنه كان صاحب المال يقدم الأموال اللازمة لتمام الرحلة البحرية وكان الربان يقدم عمله وخبرته لخدمة هذه الرحلة ليتم توزيع الربح بينها متى وجد، أما إذا وقعت خسارة فلا يسأل صاحب المال إلا في حدود ما قدمه وكان بإمكانه ترك السفينة والأجرة للدائنين ليتخلص من مسؤوليته¹. ولقد تمّ تدوين مبدأ الترك هذا فيما بعد في كل من قنصلية البحر والأمر الملكي لسنة 1681 كما تمّ النص عليه في القانون التجاري الفرنسي في المادة 216².

وإذا كان المنطق يقضي بأن تزول النتائج بزوال الأسباب التي أوجدتها فذلك يعني زوال مبدأ تحديد المسؤولية بعد إباحة القرض بالفائدة، ومع ذلك فالمبدأ هذا ما يزال قائما وهذا يعني وجود اعتبارات ومبررات أخرى حديثة تتفق تماما مع حاجات المجتمع الحديث وتتصل أغلبها بطبيعة العلاقات التجارية البحرية.

من هذه المبررات تلك المتعلقة بمسألة التأمين إذ أنّ أهمية المخاطر والأضرار التي صار بالإمكان أن تتعرض لها السفن الحديثة خاصة في حالة الحوادث كالتصادم مثلا جعل شركات التأمين ترفض قبولها تأمين السفن إلا إذا حددت المسؤولية، فصارت هذه الأخيرة شرطا للتأمين والذي بدونه تصبح التجارة البحرية في العصر الحديث شبه مستحيلة.

¹ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، رقم 159، ص. 147؛ بوكمان العربي، الوجيز في القانون البحري الجزائري، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2002، ص. 132.

² Cf. R. RODIERE, La limitation de responsabilité du propriétaire de navire, passé, présent et avenir, D. M. F. 1973, p. 26 ; P. LUREAU, Fondement et évolution historique de la limitation de responsabilité des propriétaires de navires, D. M. F. 1974, p. 703 ; D. BURET, L'abordage maritime, thèse doctorat, Paris, 1888. p. 149.

من المبررات أيضا ما قيل حول تشجيع الاستثمار في الاستغلال البحري إذ أن تحديد المسؤولية من شأنه ترغيب أصحاب رؤوس الأموال في الاستثمار في نشاط مخاطره كبيرة ومن أجل ذلك يُنظر إلى التحديد كمقابل لمخاطر البحر¹.

تبرير آخر يتصل بأساس المسؤولية، فالمالك أو المجهز يسأل عن أعمال الربان والتابعين انطلاقا من فكرة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه وهذه تقوم على أساس افتراض الخطأ في الرقابة والتوجيه من قبل المالك غير أن مثل هذه الرقابة والتوجيه قد تكون شبه مستحيلة لتواجد الربان في الكثير من الأحيان بعيدا عن المالك، ولتمتع هذا الربان بسلطة واسعة في التصرف وحرية كبيرة في العمل إن كل هذه الاعتبارات توجب التخفيف من مسؤولية المالك بوصفه متبوعا وهو ما يكون عن طريق تحديد المسؤولية².

وإذا كان مبدأ تحديد مسؤولية المالك يظل قائما في جل التشريعات مهما كانت المبررات، فإنه يبقى أن نتساءل مع ذلك عن كيفية أو طريقة تطبيق هذا المبدأ.

المطلب الثاني: طريقة تطبيق مبدأ تحديد المسؤولية

اتفقت التشريعات حول المبدأ ثم اختلفت حول طريقة التطبيق فظهرت بعض الاتجاهات في هذا المجال، كما ظهرت بعض المحاولات أيضا حاولت التوحيد عن طريق وضع معاهدات دولية.

الفرع الأول: الاتجاهات المختلفة في مجال تحديد المسؤولية

اختلفت الأنظمة القانونية اختلافا بينا، ويمكن ردّ الاتجاهات الموجودة في هذا المجال إلى اتجاهين أساسيين، الأول يأخذ بطريقة التخلي أو الترك، ويقوم الاتجاه الثاني على فكرة التحديد الجزافي للمسؤولية.

¹ مدحت حافظ ابراهيم، شرح قانون التجارة البحرية الجديد، مكتبة غريب، 1991، رقم 428، ص. 340.

² علي البارودي، هاني محمد دويدار، القانون البحري، البار الجامعية، بدون سنة النشر، رقم 59، ص. 106.

ويرفض العميد RODIERE التبرير معتبرا إياه غير كافي من حيث الواقع، إذ إذا كان الأمر يتعلق باستحالة الرقابة والتوجيه، فهذا يعني مبدأ تحديد المسؤولية يجب أن يُطبق أيضا حتى بخصوص الطائرات وعربات السكك الحديدية، فقادوا الطائرات هم أيضا يعملون بعيدا عن شركات الخطوط الجوية وكذلك الشأن بالنسبة لشركة القطارات، كما يرى العميد RODIERE أن هذا التبرير يقوم على خطأ من حيث الظنون إذ يقوم على فكرة أن مسؤولية المتبوع أساسها الخطأ في الاختيار والرقابة، وهذا غير صحيح لأنه لو كان الأمر كذلك لا يمكن إثبات العكس وهو ما لا تسمح به المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي التي تعتبر مسؤولية المتبوع بمثابة قرينة قاطعة لا مجال لإثبات عكسها. انظر R. RODIERE, La limitation de responsabilité ..., op. cit., p. 261.

أولاً: نظام التخلي أو الترك

هذه هي أقدم طريقة تم إتباعها مفادها إمكانية تخلص المالك من المسؤولية بتخليه عن السفينة وأجرتها للدائن، على أن¹ كيفية أو صور التخلي عرفت اختلافا في التطبيق بين النظام اللاتيني والنظام الجرمانى.

أ- في النظام اللاتيني

في ظل هذا النظام يبقى المالك مسؤولاً مسؤولاً شخصية وعادية عن أعمال تابعيه جل ما هنالك أن² له أن يخلص من هذه المسؤولية بتركه للسفينة والأجرة للدائنين ويسمى هذا بالترك أو التخلي العيني وهو نظام كان متبعاً في ظل القانون الفرنسى والقوانين التي تأثرت به كالقانون المصرى الملغى (المادة 30 ق. تج. بح.)¹.

ومادام أن المالك سيتخلص من المسؤولية بتركه السفينة وأجرتها دون أن يتجاوز ذلك بقية ذمته فلقد كان لنظام التخلي العيني فائدة كبيرة للمالك خاصة عند غرق السفينة، إذ يفقدانه لها لم يكن بالإمكان متابعتها في بقية أمواله².

ب- في النظام الجرمانى

من خصائص النظام الجرمانى إمكانية تحديد الذمة المالية وتخصيصها فلا يسأل المدنى إلا في حدود ما خصصه من أموال، وهذا يعنى في مجال العلاقات التجارية البحرية اعتبار السفينة وأجرتها ثروة بحرية مستقلة لها دائنوها ومدينوها ولا يكون بالتالى للدائن في دعوى مسؤولية تتعلق بهذه الثروة سوى التنفيذ عليها دون بقية أموال المالك الأخرى.

ويختلف النظم الجرمانى الذي نجده متبعاً في ألمانيا وبعض الدول الإسكندنافية عن النظام اللاتينى في كون أن³ هذا الأخير يعتبر مسؤولية المالك شخصية وما السفينة سوى تخصيص للوفاء في حين أنه في ظل النظام الأول المسؤولية هي عينية في الأصل قوامها اعتبار السفينة ذمة مالية مستقلة ومنفصلة³.

¹ على البارودى ، هانى محمد دويدار ، المرجع السابق، رقم 60، ص. 108.

² Cf. A. VIELLARD, op. cit., n° 150, p. 128 ; P. LUREAU, Fondement et évolution ..., op. cit., p. 706.

³ هانى دويدار، الوجيز في القانون البحرى، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص. 59.

ويختلف النظامان أيضا من حيث طريقة التخلي، إذ في ظل النظام الجرمانى هناك ما يعرف بالتخلي أو الترك بالقيمة *Abandon en valeur* حيث يقوم المدين بالتخلي لفائدة دائنيه، لا عن السفينة في الحالة التي هي عليها، وإنما بالنظر لقيمة هذه السفينة أثناء بداية الرحلة البحرية، وطبعا من شأن هذا تعزيز مركز الدائنين وإعطائهم حماية أكبر وهذا بخلاف ما هو مقرر في النظام اللاتيني¹.

ثانيا- نظام التحديد الجزافي للمسؤولية

هذا هو المعمول به في ظل النظام الأنجلوسكسوني كلقانون البحري الانجليزي لسنة 1854 (Merchant shipping act 1854) حيث تعتبر مسؤولية المالك شخصية تشمل كافة أمواله غير أنه لا وجود للترك أو التخلي عن السفينة هنا، ولا يسأل أيضا في جميع أمواله وإنما على المالك أن يدفع مبلغا جزافيا يتم تحديده على أساس نوع الضرر من جهة ومقدار حمولة السفينة من جهة أخرى²، ولذلك يوصف هذا النظام بأنه نظام توفيقى بين مصالح كل من المالك أو المجهز والدائنين البحريين³.

هذا عن الاتجاهات المختلفة في تحديد مسؤولية المالك أو المجهز، وأمام هذا التباين والاختلاف بدأت تختمر فكرة توحيد الأحكام الخاصة بهذا النوع من المسؤولية.

الفرع الثاني: التوحيد الدولي في مجال المسؤولية المحدودة للمالك

أول اتفاقية في هذا المجال تم التوقيع عليها في Bruxelles بتاريخ 1924/08/25 تحت إشراف اللجنة البحرية الدولية (C. M. I.) والتي عرفت باسم معاهدة Bruxelles الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بتحديد مسؤولية ملاك السفن، ورغبة في الوصول إلى حل يرضي غالبية الأطراف ويوفق بين مختلف الاتجاهات ارتأى واضعو المعاهدة اعتماد منهج مفاده إعطاء الخيار للمالك بين أن يدفع قيمة لسفينة والأجرة أو أن يدفع مبلغا جزافيا، فإذا ما تم اختيار دفع قيمة السفينة والأجرة فإنه يتم تقويم السفينة بحسب حالتها عند نهاية الرحلة البحرية مضافا إليها 10% من قيمتها عند بداية الرحلة. أما في حالة اختيار التحديد الجزافي، فإن على المالك دفع 80% من قيمتها عند بداية الرحلة. أما في

¹ كمال حمدي، أشخاص الملاحة البحرية، منشأة المعارف، 1993، ص. 13؛ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، رقم 161، ص. 149.

² Cf. G. KEGEL, L'abordage en haute mer en droit international privé, R. C. D. I. P., 1968, p. 395 ;

مدحت حافظ ابراهيم، المرجع السابق، رقم 28، ص. 343 حمدي غنيمي، محاضرات في القانون البحري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص. 47.

³ Cf. J. LE CLERE, L'abordage en droit maritime et en droit fluvial, L. G. D. J, 1955, p. 207.

الحمولة الصافية ويضاف إليها أخرى تحسب بنفس الطريقة إذا وقع من جراء الحادث وفاة أو أضرار بدنية.

ومع أن هذه المعاهدة حاولت كما يظهر التوفيق بين مختلف الأنظمة، فإنه مع ذلك لم تكن لترضي الكثير من الدول حيث امتنعت بعضها عن التصديق كالولايات المتحدة الأمريكية المصرة على مبدأ التحديد الجزافي معتبرة أن ما ذهب إليه المعاهدة من إعطائها المالك حق الاختيار فيه إمكانية الإضرار بالدائنين، ولأن تقدير قيمة السفينة عمليا هو مثار صعوبات كثيرة أضف إلى أن التأمين عن المسؤولية يفترض معرفة مسبقة ودقيقة للحد الأقصى للتعويضات التي قد يلتزم المالك بدفعها وهو ما يحققه نظام التحديد الجزافي¹، ولنفس الأسباب صادقت الكثير من الدول لكن مع إبداء تحفظات كفرنسا، إنجلترا، اليابان، النمرك وإيطاليا².

من أجل هذا كله كان يجب إعادة النظر فيما جاءت به معاهدة 1924، وبدعوة من اللجنة البحرية الدولية بعد نهاية الحرب العالمية الثانية تم عقد بعض المؤتمرات انتهت بالتوقيع في Bruxelles على معاهدة جديدة بتاريخ 1957/10/10 عرفت هي أيضا بمعاهدة Bruxelles الخاصة بتحديد مسؤولية ملاك السفن البحرية³.

وكان التأثير الأنجلوسكسوني هذه المرة واضحا، إذ تم اعتماد طريقة واحدة هي التحديد الجزافي دون مراعاة لحالة السفينة قبل أو بعد الرحلة، ولقد بينت المادة 3 كيفية تقدير التعويض والحد الأقصى له على التفصيل التالي:

- إذا ترتب عن الحادث أضرار مادية فقط، يكون مقدار التعويض هو 1000 فرنك عن كل طن من حمولة السفينة الصافية (المادة 1/3 بند أ).

- إذا ترتب عن الحادث أضرار بدنية فقط (أي دون أضرار مادية)، يكون مقدار التعويض هو 3100 فرنك عن كل طن من حمولة السفينة الصافية (البند " ب ").

إذا ترتب عن الحادث أضرار بدنية ومادية في نفس الوقت، يحدد مبلغ التعويض بـ 3100 فرنك عن كل طن من حمولة السفينة الصافية وهو مبلغ يتم تقسيمه إلى قسمين الأول يحدد بـ 2100 فرنك عن كل

¹ بوكعبان العربي، المرجع السابق، ص. 133؛ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، رقم 162، ص. 150.

² Cf. J. LE CLERE, op. cit., p. 208.

³ يراجع بخصوص نصوص هذه المعاهدة مؤلف عبد الفتاح مراد، موسوعة القانون البحري، ص. 533 وما يليها، ويراجع بخصوص النص الفرنسي: J. P. QUENEUDEC, op. cit., pp. 334 et s.

طن من الحمولة تخصص للديون الناتجة عن الأضرار البدنية، والقسم الثاني وهو 1000 فرنك عن كل طن من الحمولة يخصص لأداء ديون التعويضات عن الأضرار المادية، على أنه إذا كانت مبالغ القسم الأول غير كافية لسداد الديون الناتجة عن الأضرار البدنية، فإن ما يتبقى من هذه الديون غير المسددة يتم إضافته إلى ديون التعويضات المادية ليُسدَد بالقسم الثاني من المبلغ (البند ج).

ولقد حدّت الفقرة 6 من المادة 3 لملصود بالفرنك فنصّت على أنه وحدة تساوي 65.5 ملغ من الذهب برسم 900 في الألف من الذهب الخالص ويتم تحويل هذه المبالغ إلى العملة الوطنية للدولة التي وقع فيها تحديد المسؤولية.

ولقد لقيت هذه المعاهدة استحسان الكثير من الدول فصاقت عليها، ومنها من أدخلها في تشريعاتها كما هو الشأن مثلا في فرنسا حيث تمّ التخلي عن نظام الترك المقرر في المادة 216 من القانون التجاري الفرنسي لفائدة الأحكام المقررة في المعاهدة بعد انضمام فرنسا لها سنة 1959 والأخذ بأحكامها في التشريع الداخلي بمقتضى قانون 05-67¹. وكذلك فعل المشرع المصري حيث انضمت مصر للمعاهدة لكن دون أن تدخلها في تشريعها بمقتضى القرار الجمهوري 3751 لسنة 1964 وإن كان ذلك مع إبداء بعض التحفظات، ولقد بدأ العمل بها اعتبارا من 1968/05/31 بعد صدور قرار بذلك من قبل وزير الخارجية ثمّ نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ 1968/03/24²، وبدورها انضمت الجزائر مباشرة بعد استرجاع السيادة إلى معاهدة Bruxelles لسنة 1957 وذلك بمقتضى مرسوم 174-64 المؤرخ في 08 مارس 1964³.

على أن مرور الأيام والسنين وما صاحبها من حوادث خاصة منها الحوادث التي تتورط فيها السفن الحاملة للنفط وما يسبّب ذلك من تلوث يصيب مناطق شاسعة جدا ويلحق أضرارا جسيمة أثبت للجميع ضالة المبالغ المالية المقررة في معاهدة 1957 كحدّ أقصى للتعويض، وهو ما دفع إلى التفكير

¹ على أن هذا لم يمنع بعض الفقه الفرنسي من انتقاد معاهدة 1957، حيث حاول العميد RODIERE إبراز ما ورد في هذه الأخيرة من نقائص موجهة لها في الوقت نفسه انتقاداته منتبها إلى اقتراح الأخذ بنظام الترك بالقبعة. أنظر:

R. RODIERE, La limitation de responsabilité ..., op. cit., pp. 265 et s.

² راجع بخصوص مرسوم الانضمام وقرار بدأ العمل بالمعاهدة، عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص. 543 وما يليها.

³ ج. ر. عدد 56.

ليس فقط في إعادة النظر في هذه المعاهدة بل التوجه أيضا نحو معاملة المسؤولية الناتجة عن التلوث البحري وتحديدها معاملة مختلفة¹.

وبالفعل، فمبادرة من المنظمة البحرية الدولية عُقد مؤتمر في لندن بتاريخ 1976/12/19 تم فيه التوقيع على معاهدة حلت محل معاهدة Bruxelles لسنة 1957 وعُرفت بمعاهدة لندن الخاصة بتحديد المسؤولية في مجال الديون البحرية، وكسابقتها أخذت هذه المعاهدة بدورها بنظام التحديد الجزافي وهي أيضا فرقت بين أضرار مادية وجسدية، غير أن المعاهدتان تختلفان حول سقف التعويض ووحدة الحساب.

فبالنسبة لسقف التعويض قامت هذه المعاهدة برفع مبلغ الحد الأقصى المقرر للتعويض مستعملة في ذلك الحمولة الكلية للسفينة كعيار² فرقت بين سفن لا تزيد حمولتها الكلية عن 500 طن وسفن حمولتها أكثر من ذلك، فيختلف مقدار التعويض بحسب ما إذا كُتبت أمام الحلة الأولى أو الثانية على تفصيل حدته المادة 6.

أما فيما يخص وحدة الحساب، فبخلاف المعاهدة السابقة التي كانت تقدر بالفرنك، فإن هذه المعاهدة تستعمل مصطلح الوحدة الحسابية. ولقد حددت المادة المنصوص بذلك فنصت على أن الوحدة الحسابية هي حق السحب الخاص كما يحدده صندوق النقد الدولي، فإذا لم تكن دولة منضمة لهذه المعاهدة عضوا في هذا الصندوق ثم حساب قيمة عملتها الوطنية بالقياس إلى حق السحب الخاص بطريقة تحددها هذه الدولة.

ولقد تعرضت المعاهدة للحالة التي قد لا تبيح فيها قوانين دولة متعاهدة تطبيق الأحكام الخاصة بتحويل المبالغ المقررة إلى العملة الوطنية وفق طريقة السحب الخاص، فقضت في هذه الحالة أن يكون الحساب بالوحدة النقدية والتي تعادل 65.5 ملغ من الذهب من سبيكة ذهبية عيارها 900 من الألف، وقد حددت الفقرة الثانية من المادة 7 التفاصيل الخاصة بمقدار التعويض في مثل هذه الحالة.

¹ وهو ما أدى فيما بعد إلى ظهور نوعين من المعاهدات، معاهدات تتعلق بتحديد مسؤولية المالك بصفة عامة، ومعاهدات تتضمن تحديد مسؤولية المالك بخصوص حالات معينة كمعاهدة Bruxelles الخاصة بالمسؤولية المدنية في مجال النقل البحري للمواد النووية المبرمة بتاريخ 1971/12/14 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1975/07/15، وكذلك معاهدة Bruxelles الخاصة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن التلوث بواسطة المحروقات المبرمة بتاريخ 1969/11/29 والتي دخلت حيز النفاذ في 1975/06/19. ولقد تم إبرام معاهدة أخرى تمت هذه المعاهدة، وذلك بتاريخ 1971/12/18 حيث تضمنت إنشاء صندوق دولي للتعويضات عن الأضرار الناتجة عن التلوث بالمحروقات والتي انضمت إليها الجزائر بمقتضى مرسوم 02-81 الصادر في 1981/01/17.

² ويتم قياس هذه الحمولة طبقا لقواعد القياس التي تضمنها الملحق رقم 1 من اتفاقية Oslo الدولية لقياس حمولة السفن لعام 1969.

ولقد انضمت فرنسا لهذه المعاهدة سنة 1981، وانضمت مصر سنة 1986 وبدأ العمل بها ابتداء من 1988/07/01، ولقد استعان المشرع المصري في قانون التجارة البحرية الجديد بما ورد من أحكام في هذه المعاهدة، متخليا في نفس الوقت عن نظام الترك الذي كانت تقضي به المادة 30 من القانون القديم¹.

أما في الجزائر فيبدو أن هذه الأخيرة لم تنضم لحد الساعة لمعاهدة لندن والمتأمل في الأحكام الخاصة بمسؤولية ملاك السفن في التشريع الجزائري يجدها متأثرة بما جاء في معاهدة Bruxelles لسنة 1957، فلقد أخذ المشرع الجزائري بالتحديد الجرافي واحال بخصوص سقف التعويض إلى هذه المعاهدة الأخيرة، وهذا ما يستنتج من المادة 96 من القانون البحري²، فالمشرع يتكلم عن قواعد الاتفاقية الدولية الخاصة بتحديد مسؤولية مالكي السفن والتي تكون الجزائر طرفا فيها وما أن الجزائر انضمت لمعاهدة 1957 ولم تنضم لهلغة لندن فهذا يعني أن المعاهدة الأولى هي المقصودة في هذه المادة، هذا إضافة إلى بقية الأحكام الأخرى التي تكاد تتطابق مع ما جاء في هذه المعاهدة.

غير أن وجود معاهدة دولية لا يعني غياب تنازع للقوانين، وعليه يكون من المتصور جدا أن يقع تصادم بين سفن تابعة لدول بعضها أو كلها غير منضمة لمعاهدة تحديد المسؤولية فلا مناص حينها من الرجوع للقواعد العامة في تنازع القوانين للبحث عن القانون الواجب التطبيق.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على مسألة تحديد مسؤولية مالك السفينة

لقد كان هذا الموضوع مثار جدل فقهي تشعبت فيه الآراء وتباينت وهي آراء يمكن ردها إلى نظريتين، الأولى تُعرف بنظرية الارتباط أو الخضوع، والثانية هي نظرية الاستقلال.

المطلب الأول: نظرية الارتباط أو الخضوع

الرأي عند أصحاب هذه النظرية³ هو إخضاع مسألة تحديد مسؤولية المالك لنفس القانون الذي يحكم المسؤولية من حيث شروطها وآثارها على اعتبار أن تحديد المسؤولية هو من آثار هذه

¹ أنظر: مدحت حافظ ابراهيم، المرجع السابق، رقم 446، ص. 353؛ كمال حمدي، المرجع السابق، ص. 16.

² المادة 96 من القانون البحري: "يحدد المبلغ الذي يمكن للمالك أن يحدد مسؤوليته على أساسه في كل حالة حسب قواعد الاتفاقية الدولية الخاصة بتحديد مسؤولية مالكي السفن والتي تكون الجزائر طرفا فيها".

³ من أصحاب هذا الرأي في فرنسا العميد RIPERT والأستاذ J. MERLIN والأستاذ NIBOYET. انظر:

G. RIPERT, op. cit., n° 1291 et s ; J. MERLIN, note D. 1962, p. 156 et D. S, 1966, p. 578 ; J. P. NIBOYET, Traité de droit international privé, Vol 5, 1948, recueil Sirey, n° 1435 ; voir en

الأخيرة، وهو ما يعني أن مسؤولية المالك إذا كانت تقصيرية فإنها ستخضع للقانون الذي يحكم هذه المسؤولية، وتخضع للقانون الذي يحكم العقد إذا كانت المسؤولية عقدية، وهذا يعني أيضا أنه في مجال التصادم البحري، وباعتبار المسؤولية المتولدة عنه هي ذات طابع تقصيري، فإن تحديد مسؤولية المالك سيخضع للقانون الذي تحكم المسؤولية التقصيرية. ويستند أصحاب هذا الرأي لفكرة وحدة الأحكام القانونية المطبقة من أجل تبرير رأيهم إذ أن في إسناد آثار المسؤولية والتي من بينها مسألة تحديد مسؤولية المالك إلى قانون آخر مختلف عن ذلك الذي يحكم شروط المسؤولية وعناصرها تجزئة لا مبرر لها للأحكام الواجبة التطبيق على الدعوى الخاصة بهذه المسؤولية ومن شأن ذلك الإخلال بالوحدة المطلوبة في الأحكام.

ولقد لقي هذا الاتجاه صدى له عند قضاء بعض الدول إذ اعتمدته محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها¹، وكذلك فعلت محكمة النقض البلجيكية²، والمحكمة الفيدرالية الألمانية³ على أن جانبا آخر من الفقه رفض هذا الرأي، وللنيل منه وزعزعت ذهب إلى الردّ على التبرير المقدم لصالح هذه النظرية، فقيل بدءا أنه في ظل القانون الدولي الخاص هناك الكثير من العلاقات التي تخضع من حيث تكوينها وآثارها لقوانين مختلفة، ومثال ذلك الزواج حيث في الكثير من التشريعات يخضع انعقاد الزواج لقانون في حين أن آثاره تخضع لقانون آخر، كما قيل أيضا أن المنع أو الإباحة والآثار المترتبة على مخالفة المنع تشكل مسائل قانونية مختلفة وهو ما يجعل تطبيق أكثر من قانون أمرا ممكنا⁴.

المطلب الثاني: نظرية الاستقلال

يرى أنصار هذه النظرية أن مسؤولية ملاك السفن عبارة عن مسؤولية ذات طابع خاص يتميز عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية، ويدعم ذلك التعديلات التي طرأت على نظام هذه المسؤولية

Allemagne. G. BEITZKE, Les obligations délictuelles en droit international privé, recueil des cours de l'académie de droit international, T III, 1965, n° 89, p. 138.

¹ Civ., 18/07/1895, S, 1895, 1, p. 305 note L. CAEN ; Comm, 09 Mars 1966, D. S., 1966, p. 577, note J. MERLIN.

² Cass. 23/11/1962, R. C. D. I. P., 1963, p. 542, note S. DEPETRE.

³ راجع بخصوص الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة :

G. KEGEL, op. cit, p. 402 ; RODIERE (R.), LUREAU (P.), Traité général de droit maritime, Dalloz, 1972, n° 109, p 117, note n° 6 et 7.

⁴ Cf. G. KEGEL, op. cit., p. 403.

والتي أهمها الانتقال من نظام التخلي إلى نظام التحديد الجزافي سواء كان ذلك في التشريعات الداخلية أو في المعاهدات الدولية دون أن يصحب ذلك تعديل في نظام المسؤولية التقصيرية¹.

ومادام أن مسؤولية ملاك السفن هي مختلفة عن المسؤولية المقررة في القواعد العامة، فهذا يعني أيضا اختلاف القانون المطبق إذ ستخضع المسؤولية في الحالة الأولى لقانون يختلف عن القانون المقرّر في الحالة الثانية وهذا ما يميل أنصار هذا الاتجاه إلى القول به. لكن الاتفاق حول المبدأ لا يعني حتما الاتفاق المفصليل وذلك هو الحال هنا إذ طرّح التساؤل أيّ قانون سيُطبّق؟ الاقتراحات كانت متعددة وهي في مجملها ثلاث اتجاهات رئيسية، أحدهم يرى تطبيق قانون العلم والاتجاه الآخر ينادي بتطبيق قانون العقد، في حين يذهب الاتجاه الأخير إلى المناداة بتطبيق قانون القاضي.

الفرع الأول: تطبيق قانون العلم

ينطلق أنصار هذا الاتجاه من فكرة رئيسية وهي تشبيه ذمّة مالك السفينة بدمّة الشخص الاعتباري أو التركة حيث لا يسأل في الحالة الأولى الأعضاء إلا في حدود حصصهم في رأس المال، ولا يتقدم في الحالة الثانية سوى دائنو التركة دون دائني الورثة ويلاحظ أن كلا الحالتين، أي الشخص الاعتباري والتركة، تخضعان لقواعد إسناد مستقلة وخاصة وبمبدأ أن السفينة تشكل ذمّة مالية مستقلة للمالكها أسوة بدمّة الشخص الاعتباري أو التركة، فهذا يعني وجوب خضوعها هي أيضا لقواعد إسناد مستقلة، مع الملاحظة هنا إلى أن الذمّة المالية المستقلة الخاصة بالسفينة هي بطبيعتها ذات أجل قصير توقيتته الرحلة البحرية الواحدة وبما أن المالك سيخضع لقواعد مستقلة فهذا يعني وجوب استبعاد القانون المحلي الذي يحكم كبدأ عام المسؤولية التقصيرية، ولأسباب عملية منها سهولة التعرف على القانون كونه هو الذي تمّ اختياره من قبل المالك فإن إسناد مسؤولية المالك لقانون العلم وبالضبط علم السفينة الصادمة باعتبارها هي التي أخطأت وانعدت بذلك مسؤولية مالكها، سيكون هو الأنسب برأي أنصار هذا الاتجاه وإن كان هناك اعتراف من جانبهم بأنّ أعلام المجاملة من شأنها أن تقلل من أهمية الإسناد إلى هذا القانون، غير أن هذا لا يشكل في الحقيقة عائقا ومبرّرا وجيها على اعتبار أنّه يمكن التصدي لذلك عن طريق أعمال وسيلة الغش نحو القانون².

¹ Cf. G. KEGEL, op. cit., p. 404.

² Cf. G. KEGEL, op. cit., p. 407 ; G. BEITZKE, op. cit., n° 89, p. 137.

ويجد اتجاه الأخذ بقانون العلم في مجال مسؤولية المالك صدى له في بعض الدول، فقد اعتمده
القن الإيطالي، وأقرته المحكمة العليا النرويجية سنة 1958 وأخذت به محكمة ستوكهولم (العاصمة
السويدية) في قضية Windware island¹.

ومع هذا فقد عيب على هذا الاتجاه إمكانية الوصول إلى اختلاف الأحكام القانونية المطبقة
على مسؤولية المالك وذلك في الفرضية التي يقع فيها التصادم بسبب خطأ مشترك إذ سيتم إخضاع كل
سفينة لقانون علمها مما ينتج عنه اختلاف في القوانين المطبقة رغم أن الأمر يتعلق بحادث واحد وهو ما
يؤدي في النهاية إلى معاملة غير متكافئة لكل من السفينتين².

الفرع الثاني: تطبيق قانون العقد

ينتج بعض الشرّاح إلى لقول باخضاع مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه للقانون الذي يحكم
العقد الذي تقوم عليه علاقة التبعية، وهو ما يترتب عنه في مجال تحديد مسؤولية مالك السفينة خضوع
هذه الأخيرة للقانون الذي يحكم العقد المبرم بين الرّبان الذي ارتكب الخطأ ومالك السفينة أو مجهزها وهو
قون يتحدّد عادة بمحل الإبرام كما قد يكون أيضاً قانون علم السفينة³. هذا التوجه اعتنقته محكمة النقض
الفرنسية في قرار قديم لها حيث أقرّت ما ذهب إليه المحكمة التجارية في Rennes التي طبّقت القانون
الانجليزي بخصوص تحديد المسؤولية عن تصادم وقع بأعلي البحار مستبعدة في نفس الوقت قاعدة
الترك المقرّرة في القانون الفرنسي مستندة في ذلك على مكان إبرام عقد استخدام الرّبان الذي تمّ في
ميناء Hull الانجليزي⁴.

غير أنّ الكثير من الفقه رفض هذا الاتجاه وردّ عليه بالقول بأنّه إذا كان الغالب أن تثبت صفة
التابع عن طريق عقد فإنّ ذلك لا يعتبر عمل هذا الأخير أثراً من آثار هذا العقد وإنّما هو عنصر من

¹ راجع حول هذه الأحكام: محمد ماجد محمود أحمد، المسؤولية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة للحصول على
درجة دكتوراه في الحقوق، عين الشمس القاهرة، 1987، ص. 312.

² هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن،
دار الفكر الجامعي، 2002، رقم 32، ص. 110؛

G. BEITZKE, Questions d'abordage ..., op. cit, p. 71.

³ من القائلين بذلك :

L. CAEN, Consultation sous Rouen, 28/01/1903, pp. 539 et s, Gaz. Pal. 1903, I, 348, cité par P.
BOUREL, Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles, L. G. D. J., 1961, p. 221,
note n° 66.

⁴ Cass. Civ., 04/11/1891, D.P., 1892, I, p. 401, note LEVILLAIN.

عناصر المسؤولية التقصيرية أضف إلى ذلك أنه من غير المنطقي أن ترتبط حقوق المضرور المترتبة عن التصادم الذي يعتبر ذو طبيعة تقصيرية كأصل عام إلى عقد تم إبرامه بين المالك والرّبان، إذ من الواضح أنّ المضرور لا علاقة له بهذا العقد، ثمّ إنّ هناك حالات يمكن أن تتصور فيها قيام علاقة التبعية دون وجود عقد سابق، فتقوم علاقة التبعية هو الرقابة والتوجيه وهي حقوق يمكن ممارستها دون أن تخضع لأيّ عقد كما لو كان هذا الاستخدام باطلاً على سبيل المثال¹.

الفرع الثالث: تطبيق قانون القاضي

يلجأ قضاء بعض الدول خاصة في ألمانيا، إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية إلى تطبيق قانون القاضي على المسؤولية المحدودة للمالك. ففي ألمانيا درج القضاء الألماني على تطبيق قانون القاضي لعدة اعتبارات، فهو يطبقه أو لا لحماية الطرف الألماني متى كان هذا الأخير هو المدعى عليه على أساس أنّ قدر التعويض المحدد في القانون الألماني هو الحد الأقصى الذي لا يجب تجاوزه، ويُطبّق القانون الألماني أيضاً على تحديد مسؤولية مالك السفينة حتى ولو وقع التصادم بين سفينتين أجنبيتين وفي مياه إقليمية أجنبيتين للاعتبارات دائماً وهو حماية مالك السفينة من مقدار تعويض قد يتجاوز ما هو مقرّر في القانون الألماني، وهذا يعني أنّه في ظل القضاء الألماني تطبيق قانون القاضي يستند على فكرة الحد الأقصى للتعويض، ومادام الأمر كذلك فيبدو أنّه ليس هناك ما يمنع من تطبيق وقفاً أجنبي يقرّر حداً أقصى أقلّ ممّا هو مقرّر في القانون الألماني وهذا ما أكدّه القضاء الألماني في كل درجاته في قضية *Casablanca V. S. Henry Stanley* حيث قضى بأنّ تحديد المسؤولية المقرّرة في القانون الإنجليزي بوصفه قانون علم السفينة المدعى عليها لا يتعارض مع لظام العام الألماني مادام أنّ سقف التعويض المقرّر في ظل هذا القانون هو أقلّ ممّا هو مقرّر في القانون الألماني². ويسير القضاء الإنجليزي بدوره على نفس النهج حيث يتم تطبيق القانون الإنجليزي في مجال تحديد المسؤولية بوصفه قانون الحد الأقصى³.

¹ Cf. P. BOUREL, op. cit., p. 220 ; G. LEGIER Sources extracontractuelles des obligations, J. C. P., 1993, n° 44, p. 12 ;

محمد ماجد محمود أحمد، المرجع السابق، ص. 309؛ هشام علي صادق، تنزع القوانين في مجال المسؤولية التقصيرية...، المرجع السابق، رقم 32، ص. 103.

² Cf. G. BEITZKE, Les obligations délictuelles ..., op. cit., n° 89, p. 137.

³ Cf. G. BEITZKE, Ibid.

ويجد قانون القاضي في مجال مسؤولية ملاك السفن أرضا خصبة له في الولايات المتحدة الأمريكية حيث تم تطبيق القانون الأمريكي في الكثير من القضايا التي عُرِضت أمام القضاء الأمريكي، ولقد استندت المحكمة العليا الأمريكية في هذا الصدد على فكرة القواعد الموضوعية والإجرائية، حيث اعتبرت أن القانون الخاص بتحديد المسؤولية هو قانون إجرائي يخضع تطبيقا للقواعد العامة في مجال تنازع القوانين لقانون القاضي¹.

وفي فرنسا ورغم استقرار محكمة النقض على تطبيق القانون المحلي بخصوص تحديد مسؤولية المالك، فإننا نجد مع ذلك بعض محكم الموضوع قد اتجهت في بعض أحكامها إلى تطبيق قانون القاضي وإن كان الفقه اعتبر ذلك قائما على أساس اعتبار القانون الفرنسي هو الأصلاح للمضور على عكس ما هو مقرر لدى القضاء الألماني والانجليزي².

خاتمة

لأسباب عديدة كان أهمها تشجيع الاستثمار في الاستغلال البحري، تتفق جل تشريعات العالم على تحديد مسؤولية مالك السفينة أو تجهزها، على أن الاتفاق حول المبدأ لم يجل دون الاختلاف في طريقة تطبيقه ولقد كان نتيجة ذلك أن اتجهت المساعي الدولية إلى محاولة التوحيد غير أن ذلك لم يكن ليقتضي بصفة كلية على تنازع القوانين إذ من المتصور جدا أن يقع تصادم بين سفن تابعة لدول كل منها أو أحدها غير منضمة لمعاهدة تحديد المسؤولية فلا مناص حينها من الرجوع للقواعد العامة في تنازع القوانين للبحث عن القانون الواجب التطبيق وهو الموضوع الذي كان محل جدل فقهي كبير.

ونعتقد من جهتنا أن القانون الذي يجب أن يحكم مسؤولية ملاك السفن لا بد أن يرتبط ويأخذ بعين الاعتبار خصائص هذه المسؤولية، فهي مسؤولية محدودة أوجدتها ظروف وأسباب معينة وهي تختلف في ذلك عن المسؤولية المقررة طبقا للقواعد العامة بما أن الأمر كذلك فمن الواجب أن تستقل مسألة تحديد مسؤولية المالك بقاعدة إسناد غير تلك المقررة للمسؤولية بصفة عامة، ثم إنّه وعن طريق استعراضنا للمبررات التي أوجدت المسؤولية المحدودة للمالك، يتبين أن هذه الأخيرة إنّا تهدف بشكل أساسي إلى تشجيع التجارة البحرية وترغيب ملاك السفن أو المجهزين على العمل في هذا المجال، وبما أن الرحلة البحرية بعطها ترتبط بأكثر من دولة وتفترض التنقل بين دول كثيرة، فإن ربط مسؤولية المالك

¹ راجع في تفاصيل موقف القضاء الأمريكي، محمد ماجد محمود أحمد، المرجع السابق، ص. 315 وما يليها.

² C. app. Rennes, 22/03/1961, R. C. D. I. P. 1962, pp. 314 et s, note S. DEPITRE et C. LE GENDRE.

أو المجهز من حيث الآثار بظروف عارضة من شأنه أن يقلل من إقبال هؤلاء على التجارة البحرية فنكون بذلك قد وصلنا إلى نتيجة هي عكس النتيجة التي يصبو إليها نظام تحديد المسؤولية، وهذا ما سيتحقق بدون شك لو طبّقنا القانون المحلي أو قانون القاضي، إذ ما يساهم في حماية حقوق المالك أو المجهز هو أن يكون هذا الأخير على علم مسبق بالقانون الذي يحكم تحديد مسؤوليته فلا يخالف بذلك توقعاته، وهي أمور لا تتحقق لو تمّ تطبيق القانون المحلي حيث غالباً ما يكون مكان وقوع الحادث عارضا لا يعلم المالك شيئاً عن القانون الذي يرتبط به. ولا يمنح قانون القاضي بدوره وضعية أفضل للمالك أو المجهز في أحوال كثيرة خاصة عندما يلجأ هذا الأخير إلى قضاء دولة لاعتبارات أملتها قواعد الاختصاص القضائي للدولة كما لو تمّ حجز السفينة بها وهو ما يعني خضوعه لقانون لم يكن يعلمه وربما ستطبّق عليه أحكام قد تفقده كل ثروته البحرية. من أجل كل هذا يبقى أفضل قانون يمكن أن يحكم مسألة تحديد المسؤولية هو قانون علم السفينة الذي بدون شك يكون المالك أو المجهز على علم مسبق بأحكامه أو على الأقل يفترض علمه بذلك وهو ما يسمح له باستغلال سفينته وهو على علم مسبق لما سيتعرض له في حالة قيام مسؤوليته.

الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة

د. أحمد دغيش - جامعة بشار

ملخص

تناول المشرع الجزائري فكرة الدفَع بالغش نحو القانون في المادة 24 من القانون المدني إثر تعديلاته الأخيرة، فحاول المشرع مساندة الاجتهاد الفقهي الحديث، وما استقرَّ عليه القضاء في هذا الشأن. والغش هنا يتمثل في لجوء أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد باعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة التنازع الوطنية، مع اقتنايسوء الدية لأجل تحقيق نتيجة يترتب عنها إنشاء مركز قانوني متفق مع حرفية النص ومناقض للغرض الحقيقي له، لتلبية مصالح شخصية في إطار القانون الذي يُريد أن يُطبَّق عليه.

ومن أمثلة الغش اصطناع عنصر أجنبي في العلاقة الوطنية أصلاً لتحوّل إلى عقد له طابع دولي من أجل إخضاعه لقانون دولة أجنبية، والإفلات من أحكام القانون الوطني الذي لا يتماشى ومصالحهم الشخصية.

مقدِّمة

تعتبر حالة الدفَع بالغش نحو القانون، من القواعد الأساسية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، بل أصبحت تُشكل في وقتنا الحالي، نظرية عامة مستقلة بذاتها، تختلف عن كل المبادئ والنظريات القانونية الأخرى لتزايد حجم القضايا والنزاعات المشتملة على حالات الغش نحو القانون، أقدمت بعض التشريعات الحديثة، ومنها التشريع المدني الجزائري، على إدخال نظرية الدفَع بالغش نحو القانون في مجال قواعد التنازع الوطنية، وبذلك أصبح بإمكان القاضي المختص بالفصل في قضايا التنازع، أن يعتمد على نصوص قواعد الإسناد، المنظمة لحالة الدفع بالغش نحو القانون، لأجل حل تلك القضايا المشتملة على عنصر أجنبي، والمنطوية على شبهة الغش تجاه القانون، سواء كان وطنياً أم أجنبياً، ولم يعد بحاجة للرُّجوع للمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة، وما استقرَّ عليه القضاء الحديث في هذا الشأن.

ظهرت الحاجة للدفَع بالغش نحو القانون، في مجال القانون الدولي الخاص، ابتداءً من نهاية القرن التاسع عشر، وعلى مستوى القطع الفرنسي، إنطلاقاً من القضية المشهورة، المعروفة بقضية: "الأميرة Bauffremont" حاولت الحصول على التطبيق من زوجها الأمير الفرنسي، والزواج مرةً أخرى

من أمير روماني، يُدعى "Bibesco"، القانون المحلي لم يكن يسمح لها بذلك، فلجأت إلى ألمانيا وحصلت على جنسيتها، لتحل محل الجنسية الفرنسية، واستطاعت بموجبها الحصول على التّطليق، دون إذن زوجها الفرنسي، وتزوجت بالأمير الروماني المذكور.

فأصبحت تُشكل تلك القضية، لدى القضاء الفرنسي، حالة غش وتحايل على القانون الفرنسي، في ذلك الوقت، بعدما تدخل زوجها وأل، لمقاضتها والسعي لإبطال الزواج الثاني، على أساس التّلاعب بضابط الإسناد، الممثّل هنا في ضابط الجنسية، بالنسبة للفئة المسندة، الممثّلة في فئة الأحوال الشخصية، حيث وقع القانون الفرنسي، بصفته القانون المُسند إليه، ضحية الغش والتّلاعب من طرف تاللا أميرة، ممّا أثر سلباً على حقوق زوجها الأوّل، الحامل للجنسية الفرنسية. لكن القضاء الفرنسي أنصفه، وحصل على مبتغاه، بموجب الحكم الشهير الصادر في: 1876/07/17، من محكمة إستئناف باريس، ثمّ أيّدهت محكمة النقض بعد ذلك.

وهكذا أصبحت تدلّ هاته القضية التّاريخية، على مدى خطورة التّلاعب بضابط الإسناد، ودوره الهام في تحديد القانون الواجب التطبيق، من جهة، والتحكّم في مصير القضايا والمنازعات المشتمّلة على عنصر أجنبي، من جهة أخرى، مُرتكِب عملية الغش نحو القانون، يبدأ دائماً بشكل عمدي، بتغيير ضابط الإسناد، للإفلات من تطبيق قواعد القانون الواجب التطبيق أصلاً، في غياب عملية الغش والتّلاعب، ليصل إلى النّتيجة المرجوّة، في إطار القانون الجديد الواجب التطبيق، بعد حصول عملية التّغيير أو التّلاعب، وهو يلجأ إلى ذلك الغش والتّحايل، بسبب تعارض قواعد القانون الأصلي القديم، الواجب التطبيق حقيقةً، مع طموحاته ومصالحه الشخصية الغير مشروعة في إطاره.

بينما يُقرّ له القانون المسند إليه الجديد، باعتباره القانون المختص بحكم العلاقة الدولية الخاصة، كل رغباته وطموحاته، التي لم يُقرّها له ذلك القانون القديم، الذي أفلت من قبضته. فيكون دور القاضي هنا، الحكم باستبعاد تطبيق القانون المشوب بحالة الغش، وبجّل محله القانون الواجب التطبيق أصلاً، لولم يقع ذلك الغش، بصرف النّظر إن كان القانون الأخير، يُمثّل قانون القاضي، أو كان قانوناً أجنبياً. إذ يُؤدّي ثبوت حالة الدّفع بالغش نحو القانون، أمام القضاء المختص، إلى وجوب حرمان التصرف المشوب بالغش من كل أثر قانوني، سواء تعلّق الأمر بوسيلة الغش أو غاياته، كما حصل مع القضية التّاريخية الفرنسية الشهيرة، المشار إليها سلفاً. إذ حكم القضاء الفرنسي وقتها، بعدم نفاذ تطليقها وزواجها الثاني لذلي أبرمته في إطار قانون جنسيتها الثانية، كما قرّر عدم الاعتراف بجنسيتها الألمانية الثانية في فرنسا، واعتبارها حاملة للجنسية الفرنسية دون غيرها.

وبناءً عليه سوف نُعالج في مقالنا، النِّقاط الآتية:

أولاً: مفهوم الغش نحو القانون وشروطه

ثانياً: علاقة الغش نحو القانون بالنظام العام. ثالثاً: أساس الغش نحو القانون ومجاليه

رابعاً: جزاء الغش نحو القانون

أولاً: مفهوم الغش نحو القانون وشروطه

لم يتعرَّض المشرِّع الجزائري لتعريف الغش في هذا المجال، ولا حتى القضاء أيضاً، وبالتالي نلجأ إلى اجتهادات الفقه في تعريفه، ثم نتناول شروطاً عمَّال نظرية الدفع بالغش نحو القانون، في الجزء الثاني من هذا الفرع كما يلي:

1- مفهوم الغش نحو القانون

نصَّت المادة 24 ق.م.ج على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون."

أدخل المشرِّع الجزائري فكرة الغش نحو القانون، بعد تعديل القانون المدني في سنة 2005، بمقتضى القانون رقم 10-05 المؤرَّخ في: 20/06/2005 كمنه لم يُعرِّف الغش نحو القانون في مجال قواعد التنازع وفي مجال الفقه والقانون فإنَّ قاعدة الإسناد هي القاعدة القانونية التي تختص بتعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وفي مضمون هذه القاعدة نجدتها تتكوَّن من عناصر ثلاث تفصيلاً، وهم: الطائفة المسندة أو الفكرة المسندة، والقانون المسند إليه، وضابط الإسناد، باعتباره وسيلة ربطها المشرِّع بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه.

يُعتبر ضابط الإسناد أداة أساسية في مجال تلزح القوانين، فعلى إثره يتم ضبط وتحديد هوية القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فهو المحدِّد الرئيسي والمؤجِّه الفعلي لمصير القضية المشتملة على عنصر أجنبي، لذا يكتسي أهميَّة بالغة في علاقته بقواعد الإسناد، وما يميِّزُ به من حيث احتوائها على ضوابط إسناد، معطَّ قابل للتغيير بإرادة الأطراف، سواء بحسن نية أم العكس، وعليه فإذا أفلح الأطراف أو أحدهم بإحداث هذا التغيير سيترتَّب عنه بالضرِّورة تغيير القانون الواجب التطبيق بمعنى: تصحيح العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي خاضعة لقانون آخر، غير القانون المختص بحكمها أصلاً، لو لم يقع ذلك التغيير.

ومثالاً على ذلك يقوم أحد الأطراف بتغيير جنسيته، باعتبارها تمثل ضابط الإسناد، بالنسبة لفئة الأحوال الشخصية، كأن يُغيّرَها من الجنسية الجزائرية إلى جنسية فرنسية، أو يُغيّرَ في موطنه، أو في دياره، إذا كان ذلك في بعض التشريعات، يؤدي إلى تغيير القانون الشخصي، وبالتالي يتغير القانون الواجب التطبيق، تبعاً لذلك، كما قد يختار المتعاقدان قانوناً معيناً، بموجب رخصة الاختيار المقررة لهما، لينظّم علاقتهما، إلا أنه لا تربطهم حقيقة، أي صلة بهذا القانون، بل كان لأجل الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق، لو لم يتم هذا الاختيار، إلا أن المشرع الجزائري تدخل إثر تعديل القانون المدني، الصادر بمقتضى القانون رقم 10-05 المؤرخ في: 20/06/2005، وعدّل في المادة 18 منه معالِجاً هذه الحالة، بقوله: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ..."

كما قد يتحايل أحد أطراف العلاقة القانونية على قواعد الإسناد الوطنية، من خلال تضمين علاقتهما عنصراً أجنبياً مصطنعاً، للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً، كأن يثقل المتعاقدان إلى دولة أجنبية من أجل إجراء تصرف قانوني على إقليميها، بقصد تجنب تطبيق أحكام القانون المحلي، لأن هذا الأخير يتعارض مع مصالحهم الشخصية.

فيتعين على القاضي الوطني الجزائري، المعروف عليه مثل هذه النزاعات، المشتملة على إحدى الصور المشار إليها سابقاً، أن يستبعد ذلك القانون الأجنبي، المقصود من وراء تغيير ضابط الإسناد، جزاءً لسوء نية أطراف العلاقة القانونية، عملاً بنص المادة 1/24 من القانون المدني الجزائري، وتماشياً مع القاعدة اللاتينية القديمة، ومفادها: "الغش يبطل كل شيء"⁽¹⁾. باعتبارها من بلدان التي استقر عليها الفقه والقضاء حديثاً.

إنطلاقاً مما سبق عرضه، فإن القاضي الجزائري، يؤسس ويدعم حكمه على قاعدة اشتهرت حديثاً في مجال تنازع القوانين، أطلق عليها "قاعدة الدفع بالغش نحو القانون"، في سعيه لإبطال ما ترتب من نتائج تلاعب أطراف العلاقة، وتحاييلهم على عناصر قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي إخضاعهم للقانون الواجب التطبيق حقيقةً، رغم أن مبدأ عدم جواز الغش في مجالات القانون الأخرى، كان مقرراً، منذ نشأة القوانين الرومانية واللاتينية قديماً.

(1) - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2002 ص 189.

غير أنّ الدّع بالغش في مجال تنازع القوانين، لم يثبت العمل به، إلاّ بعد القضية التاريخية المشهورة في القضاء الفرنسي سنة 1876، وهي قضية الأميرة بوفرمون *princesse de Bauffremont* وهي أوّل قضية يُطبّق فيها القضاء الفرنسي هذه القاعدة، ثمّ انتقل الحديث عنها بعد ذلك إلى الفقه، وقرّرت بعدها في التشريع تدريجيّاً⁽¹⁾.

وبناءً على ما سبق بيانه عرف الفقهاء الغش نحو القانون بعدّة تعاريف تقترب من بعضها البعض في معناه العام، المقصود في مجال تنازع القوانين. منها قول أحدهم **الغش الخ** إذ تدبير إرادي، بوسائل تؤدّي إلى الخلاص من قانون دولة مختصّة عادة، بحكم علاقة قانونية، وإلّ خلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيماً للتناج المتوخاة⁽²⁾.

ومنهم من عرفه بأنه: "مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة"⁽³⁾.

من خلال هذه التعاريف وغيرها، نجد بأن الغش نحو القانون، في مجال القانون الدولي الخاص، يتمثّل في لجوء أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد، باعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية، مع اقتترانه بسوء النية، لأجل تحقيق نتيجة يترتّب عنها إنشاء مركز قانوني متفق مع عبارة النص ومناقض للغرض الحقيقي له، بغية تلبية رغبات شخصية في إطار القانون المراد الخضوع لأحكامه، بحيث لا يمكن تحقيقها في إطار القانون الأصلي الواجب التطبيق لو لم يقع ذلك

(1) - ملخص وقائع القضية امرأة بلجيكية الأصل، اسمها: "Caramen chimay" تزوّجت بأمر فرنسي، يعمل ضابطاً في الجيش، اسمه: "de Bauffremont" فأصبحت أميرة بجنسية فرنسية، بسبب زواجها من فرنسي، ثمّ انفصلت عنه جسائياً في سنة 1874، وأرادت التطلق من زوجها الفرنسي، للزّواج بالأمر الروماني: بسكو (BIBESCO) ولكن القانون المطبّق عليها لا يسمح حينها بالطلاق، فأقدمت الأميرة المذكورة، بأكنساب الجنسية الألمانية، حيث يسمح القانون الألماني بتلبية رغبتها، وفعلاً حصلت على التطلق وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة، في 1875/10/24 وتزوجت بالأمر الروماني في ألمانيا، ولما عادت مع زوجها الجديد إلى فرنسا، حكمت إحدى المحاكم الفرنسية، بإبطال الطلاق الذي تمّ في ألمانيا، وأيدته محكمة باريس، في: 1876/07/17 على أساس أنّها حصلت على جنسية أجنبية دون إزواجها، وبقاء الجنسية الفرنسية سارية المفعول، بما فيها الزّواج الفرنسي، وانكّدت بموجبه محكمة النقض الفرنسية بقاء زواجها القديم، بعد رفض الطع من الأميرة المذكورة، تأسيساً على قاعدة الدفع بالغش نحو القانون. راجع: نادبة فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 68، 69.

(2) - الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط 2، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1992 ص 120.

(3) - زوّقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، ج 01- تنازع القوانين - مطبعة الكاهنة الجزائر، 2000، ص 261.

التحايل فالطرف الذي يلجأ للغش نحو القانون، ينطلق من استعمال وسيلة مشروعة في ذاتها، للوصول إلى غاية غير مشروعة، وفقا لروح التشريع وأهدافه.

2- شروط الغش نحو القانون

لم يتعرّف المشرّع الجزائري لهذه الشروط ضمن نص المادة 24 من القانون المدني، رغم أنّ بعض الشروط، قد تُفهم من خلال ألفاظ النص، و البعض الآخر يُستنتج من خلال مضمونه غير أنّ الفقه والقضاء اتفقا على بعض الشروط، واختلفا على شروط أخرى، كما يلي:

الشرط المتفق عليها

تتمثل في شرطين أساسيين، يُمكن استنباطهما من مضمون نص المادة 124 ق م ج، وهما، كالآتي:

1-1- تغيير أطراف العلاقة إراديا لضابط الإسناد

ويُطلق عليها فقها الركن المادّي للغش⁽¹⁾، كأن يقوم الأطراف باصطناع العنصر الأجنبي في علاقاتهم القانونية لتجنّب الخضوع لقانون القاضي الوطني، مع أنّها في الأصل علاقة وطنية محضة، أو قيامه بعكس ذلك، من خلال تغيير العنصر الأجنبي بعناصر وطنية، لتتحوّل إلى علاقة وطنية، يحكمها القانون الوطني، يمول الأجنبي، فيقع الغش في كليتا الحالتين.

1-2- الركن المعنوي للغش

يُصطلح عليه أيضا بتوافر نية الغش نحو القانون، ويُقصد به نية التحايل والتهرّب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية. لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به مُرتكب الغش سليما، لا سبيل لإبطاله. أنّ بعض فقهاء القانون، رأوا بعدم وجوب التقيّد بشرط وجود النية، واعتبار الغش قد وقع، لمجرد إجراء عملية تغيير ضابط الإسناد المقترن بملاسات وظروف خارجية، و يضربون لذلك مثلا، كقيام مواطنين سياح في دولة أجنبية، خلال فترة إقامتها بها، بإبرام عقد هبة بينها في إقليم هذه الدولة الأجنبية، دون أن يكون هناك سبب واضح لإجراء الهبة في هذه الدولة بالذات، فيمكن في هذه الحالة، استخلاص عملية الغش نحو قانونهم الوطني، لسعيهم من أجل عدم خضوعهم له، والرغبة في الخضوع لأحكام عقد الهبة المقررة في القانون الأجنبي.

(1) -نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 131.

إلا أن المتفق عليه بين أغلبية الفقهاء، وما استقر عليه القضاء الحديث، هو الأخذ بهذا الشرط، بحيث يُستخلص الباعث أو الدافع إلى الغش، من طرف قضاة الموضوع، باعتباره من مسائل الواقع، غير أن تقدير الأثر المترتب للغش يشكّل مخالفة للقانون، يقع تحت رقابة محكمة القانون، وفي ذلك ضماناً كافياً لحماية حقوق الأفراد⁽¹⁾.

أمّا بالدّسبة لموقف المشرّع الجزائري من الشرطين السابقين، فيمكن أن نستشرف مدلولها من خلال مقتضى نص المادة 24 من القانون المدني، رغم عدم الإشارة إليها صراحة.

ب - الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون

وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

ب-1 حصول الغش نحو القانون القاضي

وهو ما نادى به فقهاء القانون قديماً، وعمل به القضاء في فرنسا في بداية الأمر، لكن بعد سنة 1961، بدأ القضاء الفرنسي يقبل للملئك بالغش نحو القانون الأجنبي، وبموجب ذلك حكم بإبطال كل العقود المشتملة على الغش نحو القوانين الأجنبية، في 07 مارس 1961. وفي 07/01/1964، أخضع القضاء الفرنسي، إعطاء الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية إلى شرط، أن تكون خالية من الغش نحو القانون⁽²⁾. وتوالت بعدها الأحكام القضائية الفرنسية، على نفس المنوال المذكور.

أمّا بالدّسبة للمشرّع الجزائري، فلم يُحدّد موقفه من الغش نحو القانون عموماً، ومن هذا الشرط خصوصاً، إلا بعد صدور القانون رقم 10-05 المؤرّخ في: 20/06/2005 المعدّل للأمر رقم 58-75، المتضمن للقانون المدني، ليُقرّر صراحةً مسيرته للقضاء الفرنسي الحديث، عملاً بنص المادة 1/24 ق م ج، بأن أجاز لإعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامة، دون أن يربط جواز الدفع بهذه القاعدة لصالح القانون الجزائري فقط، بل يشمل مصطلح: «نحو القانون»⁽³⁾ في لغة تفسير النصوص القانونية، كل القوانين، سواء تعلق الأمر بقانون القاضي أم كان قانوناً أجنبياً، لأن المطلق يُعمل على إطلاقه حتى يرد ما يقيده، (ولعام يُعمل على عمومته حتى يرد ما يخصه) هذا بناءً على طرق التفسير المعتمدة فقهاً، وعليه استقرّ الفقه والقضاء الحديثين على ههنا الحكم، لأنّ الفكرة الخلقية للغش تتحقّق في الحالتين معاً،

(1) زرّوتي الطيب، المرجع السابق، ص 266.

(2) تادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص 87.

(3) - جاء نص المادة 24 من القانون المدني في فقرتها الأولى: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي.. إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون».

ومن الواجب على الدول أن تتعاون في هذا المجال، ولا ينبغي للقضاء أن يحمي مرتكبي الغش، مهما كانت نواياهم⁽¹⁾.

ب- أن يكون الغش موجهاً نحو قاعدة آمرة

قصر بعض الفقهاء استعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون، على حالات التهرب من القواعد الآمرة دون القواعد المكتملة، لأن هذه الأخيرة، لا يتصور التهرب من أحكامها، على أساس أن المشرع أجاز للأفراد الخروج عنها، لكن أغلب الفقهاء لا يفرقون بين هذه القواعد، في خضوعها لقاعدة أعمال الدفع بالغش لتظلون، لاسيما وأن الغش في القواعد المكتملة، يسهل ارتكابه أكثر من غيرها، لأن المتعاقدين يملكان مسبقاً رخصة الاتفاق على مخالفتها.

ولهذا يجوز للأفراد ممارسة حرية الاختيار، المحوّلة قانوناً لهم في مجال العقود الدولية، للتوصل إلى إخضاع العقد، لقانون لا يستجيب لطبيعة العلاقة القانونية، ولا تربطه بالعقد أي صلة، من أجل تحقيق مصلحة ذاتية للمتعاقدين⁽²⁾.

أمّا بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذا الشرط، فيبدو أنه لا يعترف به، و يجوز استعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون مطلقاً، سواء تعلّق الأمر بالتهرب من أحكام القواعد الآمرة، أم القواعد المكتملة والدليل على هذا ما أورده المادة 18 م ج، في نصّها الجديد، بموجب المادة 11 المعدلة لها، الصادرة بالقانون رقم 05 - 10 المؤرخ في: 2005/06/20 حيث قررت بالأولوية تطبيق القانون المختار من المتعاقدين، على الالتزامات التعاقدية، بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً، أن هذه الحالة تُعتبر إحدى صور الغش نحو القانون، التي تستوجب أعمال الدفع بهذا الأخير تجاهها كما نلاحظ، بأن القاعدة القانونية، الواردة في نص المادة (1/18)⁽³⁾، هي قاعدة مكتملة وليست آمرة، بدليل إجازة المشرع للأفراد، الاتفاق على مخالفتها، ما لم يقترن ذلك بغش من طرفهم.

(1) زوّي الطيب، المرجع السابق، ص 267.

(2) عبد المنعم وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج 02، دار النهضة العربية، دون ذكر التاريخ، بيروت لبنان، ص 164.

(3) نصت المادة 18 على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

ب-3 اعتبار الدّفع بالغش نحو القانون وسيلة احتياطية

حيث يُتمسك به، في حالة ما إذا كانت المخالفة المترتبة عنه، مخالفة غير مباشرة للقانون المراد الإفلات من أحكامه، لأنّه إن كانت المخالفة مباشرة ضد إحدى قواعد الإسناد، فيتمّ استعمال الدّفع الأصلي المناسب لهذه الحالة، لاستبعاد الآثار المحقّقة في ظل القانون الأجنبي، المطبّق في الخارج، دون حاجة للجوء إلى الدّفع بالغش نحو القانون،⁽¹⁾ كأن يتوطّن شخص في إنجلترا، بغرض الحصول على تطبيق زوجته، لأن قانونه الشخصي لا يسمح له بذلك، وتخصّص على مراده طبقاً لقانون الموطن المعمول به في إنجلترا، وبالتالي فالقانون المختص أصلاً هنا حسب قواعد الإسناد لقانون ذلك الشخص، هو قانون بلده وليس قانون إنجلترا. وعليه فلو قام القضاء البريطاني بمخالفة مباشرة ضد قانونه الشخصي، بأن تعدّى على اختصاصه، فيبقى حكم القضاء الإنجليزي غير معترف به لدى قضاء دولته، وهذه المخالفة هي مخالفة مباشرة، يُدفع ضدها باختصاص قواعد إسناد قانون جنسيته، وليس قانون موطنه.

ثانياً: علاقة الغش نحو القانون بالنظام العام

رغم الاعتقاد الذي ساد عند بعض الفقهاء قديماً، بأنّ قاعدة إعمال الدفع بالغش نحو القانون، تعتبر صورة خاصة من نظرية الدفع بالنظام العام، نتيجة التقارب في وظيفة كلّ منهما، واتّحادهما في الغاية، وهي استبعاد القانون الأجنبي المختص، إلا أنّه رغم هذا التّشابه الحاصل في هذه الحالة، فإن مجال الاختلاف بينها أوسع من ذلك.

وأبرز نقاط الاختلاف، تلك المتمثلة، في اختلاف طبيعة الدّفع بالغش نحو القانون عن الدفع بالنظام العام، بالإضافة إلى اختلافها في الأساس الذي يوجبها تمّ استبعاد القانون الأجنبي، ذلك أنّ الدّفع بالنظام العام يهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص، على أساس أنّ قواعد الموضوعية تصطدم بالمبادئ الأساسية الجوهرية لقانون القاضي، فيستبعد هذا القانون، بغض النظر عن سوء أو حسن نية أطراف العلاقة القانونية، المشتملة على عنصر أجنبي، في اختيارهم للقانون المراد استبعاده من طرف القاضي الوطني.⁽²⁾

أمّا بالنسبة للدّفع بالغش نحو القانون، فإنّ استبعاد القانون الأجنبي بشأنه، يتمّ على أساس لجوء الأطراف إلى استعمال الحيل والتلاعب بعناصر قاعدة الإسناد الوطنية، بغية خضوعهم لقانون

(1) زرّ وثي الطيب، المرجع السابق، ص 267.

(2) - زرّ وثي الطيب، نفس المرجع، ص 269.

معين^١ يتفق مع رغباتهم ومصالحهم الشخصية، التي لا يَحْتَقِقُهَا لهم القانون المراد التهرُّب من أحكامه. وهناك وجه آخر من أوجه الاختلاف بينهما، يتمثل في كون استعمال قاعدة الدفع بالنظام العام، تنحصر فقط في استبعاد القانون الأجنبي، لفائدة قانون القاضي، وهذا بصريح المادة 24 من القانون المدني، والتي جاء فيها: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر.. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة».

بينما يجوز التمسُّك بحالة الدَّفْع بالغش نحو القانون، سواءً كان ذلك لصالح قانون القاضي (القانون الجزائري) أو لصالح قانون أجنبي معين^٢، حيث جاءت عبارة نص المادة 24 المذكورة، في فقرتها الأولى، مطلقة دون تقييد، في المقطع المتعلِّق بقاعدة الدَّفْع بالغش نحو القانون، فكان النص كما يلي: «... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ...».

ثالثاً: أساس الغش نحو القانون ومجمله

رغم اعتبار الغش مفسدٌ لكلِّ شيء، في نظر الفقه والقضاء، إلا أنَّ فقهاء القانون اختلفوا بشأن تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الدَّفْع بالغش نحو القانون، في نطاق العلاقات الدُّولية الخاصَّة، لاسيَّما في غياب النَّص القانوني، لدى كثير من التَّشريعات الحديثة، الذي يُبرِّر للقاضي صراحةً، إعتداده بحالة الدَّفْع بالغش نحو القانون كما تُعدُّ مسائل الأحوال الشَّخصية من أهمِّ مجالات تطبيق حالة فُهلٍ بالغش نحو القانون، يُضَاف إليها فئة الحقوق العينية، وكذا العقود والتصرُّفات القانونيَّة، بصفة عامة. وهو ما سنعالجه في الجزء الثَّالث من مقالنا، كما يلي:

1- أساس الغش نحو القانون

اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص حول ذلك، فمنهم من اعتبره تطبيقاً من تطبيقات الصُّورية في العقود والالتزامات، لالتحَّاد الهدف بينهما، وهو تحقيق غاية غير مشروعة^(١) إلا أنَّه انتقَد هذا الاتِّجاه، على أساس أنَّ الصُّورية مجالها التصرُّفات القانونيَّة فقط، أمَّا الغش فقد يحدث بعمل مادِّي، كأن يقوم الأطراف بنقل المنقول من دولة إلى أخرى بقصد إخضاعه لأحكام قانون هذه الأخيرة.

كما أنَّ إرادة المتعاقدين المعبرَّ عنها في الصُّورية، غير مطابقة لإرادتها المستترة الحقيقيَّة، بمعنى تفترض الصُّورية وجود عقد ظاهر غير حقيقي، يستر عقداً باطناً حقيقياً يبيننا تصرُّف مرتكب الغش، ظاهره حقيقي، لكن الغرض منه غير شرعي، فالإرادة الظَّاهرة فيه إرادة حقيقيَّة، لا تستر إرادة

(١) أنور سلطان، أحكام الإلتزام، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، - دراسة مقارنة تاريخ النَهْضة العربيَّة، مصر، 1980، ص 152.

أخرى⁽¹⁾ القاضي إذا أراد أن يبطل الصُّورية، ليس له أن يستند إلى نية الغش، بل عليه أن يُميز بين الحقيقة والظاهر، فالعبرة بالعقد المستتر طالما تم إثباته، بخلاف حالة الغش نحو القانون، إذ نجح النَّية فيها ذات دور فعّال، في البحث عن الباعث المؤدي إلى استعمال وسيلة الغش، و عليه فالفرق بينها واضح وجلي⁽²⁾.

هناك جانب من فقهاء القانون، من أسَّس حالة الدَّفع بالغش نحو القانون، على أنها إحدى صور السَّبب غير المشروع، باعتباره ركناً أساسياً من أركان الالتزامات والتصرفات القانونية بصفة عامة، خصوصاً وأنَّ السَّبب في القانون المدني، يُمثِّل الباعث أو الدَّافع إلى التعاقد، أو إبرام التصرف القانوني المطلوبتقد هذا الإتجِّاه أيضاً، لعدَّة اعتبارات منها: أنَّ الجزء الذي يترتَّب على السبب غير المشروع، هو البطلان المطلق، بينما الجزء المترتَّب على الغش- كما سيأتي بيانه- هو عدم الاحتجاج بالتصرُّف المشوب بالغش دون البطلان.

يرى اتجِّاه آخر من الفقهاء، أنَّ الغش ما هو إلا تطبيقاً من تطبيقات التعسُّف في استعمال الحق، لأنَّه ينحصر في تحويل الحقِّ عن الهدف الشرعي له، غير أنَّ الغش يختلف عنه، على أساس أنَّه مُوجَّه ضد القانون، بينما التعسُّف، يقع ضد مصلحة خاصة للأشخاص⁽³⁾، وهو موجَّه ضد الغير، في حين أنَّ الغش يضرُّ بمصلحة عامَّة يمثِّلها القانون⁽⁴⁾. كما أنَّ الغش قد يطل في كثير من الحالات، إستعمال الرُّخص والحيات العامة، كحرية الأشخاص في التنقُّل من بلد لآخر، بقصد إبرام عقود الزَّواج، وبغية الإفلات من تطبيق القانون الوطني، بينما يضيِّق مجال نظرية التعسُّف في استعمال الحقِّ، فهي تختصُّ فقط بالحقوق العينية والشخصية، دون الرُّخص والحرِّيات العامة⁽⁵⁾.

وقد وصف الباحثين المعاصرين، الإتجِّاه الفقهي المُشار إليه في الفقرة الأخيرة، بأنَّه يُمثِّل غالبية الفقه، فالتعسُّف في نظره، يحصل عندما يستعمل الشَّخص حقَّه، إستعمالاً غير مشروع، ويكون ذلك في إخلال رغائب الشَّخص تحقيق مصالح غير مشروعة، ونفس الشيء صدق على نظرية الغش نحو القانون، إذ أجاز القانون للشَّخص أن يُغيِّر في جنسيته أو في موطنه، لكنَّه قد يستعمل هذا الحقِّ لتحقيق غايات ومصالح غير مشروعة، ومنها الحصول على حقِّ الأيوقِّره له القانون الواجب التطبيق

(1)- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، - تنازع القوانين - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 196.

(2)- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 137.

(3)- علي علي سلجان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 167.

(4)- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 268.

(5)- هشام علي صادق، تنازع القوانين - دراسة مقارنة - ط 03 منشأة المعارف بلاسكندرية، مصر، 1984، ص 374.

أصلاً، لو لم يقع أيّ غشٍ من طرفه، أو يربط ذلك القانون حصوله على ما يُريد من حقوق، بشروط لا تتوفّر فيه، ففي كلّتا النظريتين، يكون للشخص الحقّ في استعمال حقّه، غير أنّه يستعمله لتحقيق مصلحة غير مشروعة⁽¹⁾.

نُشير في آخر عرض هذه الآراء الفقهية، إلى أنّ المشرّع الجزائري، قد حسم الأمر بشأن أساس لما الدافع بالغش نحو القانون، في مجال القانون الدوّلي الخاص، من خلال نص المادة 1/24 من قانون المدني الجزائري، إذ يُمكن اعتبارها أساساً قانونياً صريحاً للقاضي الجزائري، وبناءً عليه نقول، بأنّ قاعدة إعمال الدفع بالغش نحو القانون، أصبحت بعد صدور القانون رقم 05 - 10 المؤرّخ في: 2005/06/20 المعدّل للقانون المدني، نظرية قائمة ومستقلة بذاتها، في إطار التشريع الجزائري ولم تعد تستند إلى أيّ من النظريات السابقة، نظراً لميزاتها وخصوصياتها المتعلقة بها، والمختلفة عن غيرها.

2- مجال الغش نحو القانون

تُعتبر فئة لأحوال الشخصية مجالاً رئيسياً لتطبيق فكرة الغش نحو القانون، كما هو الحال في الزّواج والطلاق والتطليق والخلع، حيث يُستخدم الصرّاع حول القانون الواجب التطبيق، نتيجة التّبيان الشّدديد بين تشريعات الدول حول هذا الموضوع، لذلّا تتكرّر كثيراً حالات استعمال الغش نحو القوانين الشخصية لأطراف العلاقة القانونية، بتغيير جنسيتهم، كحال الأمثلة السابقة. وبدرجة أقلّ يمتدّ الغش أيضاً إلى مجالات الحقوق العينية، كتنغير محل وجود المال المنقول من إقليم دولة لأخرى⁽²⁾، كما يمتدّ الغش نحو القانون، بنفس الدرجة السابقة إلى المحرّفات والتصرّفات عموماً، كاصطناع عنصر أجنبي في العلاقة الوطنية أصلاً، ليتحوّل إلى عقد له طابع دولي، بغير إخضاعه لقانون دولة أجنبية، والإفلات من أحكام القانون الوطني، الذي لا يحقّق لمُرتكب عملية الغش المصلحة الشخصية المرجوّة.

رابعاً: جزاء الغش نحو القانون

رغم اختلاف فقهاء القانون الدوّلي الخاص حول مجال هذا الجزاء، هل يشمل الوسيلة المستعملة من طرف الغاش والغاية المحقّقة معاً، أم يقتصر على النتيجة أو الغاية فقط. إنّ بعض الفقهاء حصروا جزاء الغش على حرمان مرتكبه من النتيجة غير المشروعة، لأنّ العبرة في التصرّف بمقصده وغايته، ولا داعي للمبالغة في الجزاء، وبخاصّة أنّ الغاش لم يقصد الوسيلة المشروعة في ذاتها،

(1) - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 195.

(2) - تادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 140.

ويستدل هذا الفقه بقضية الأميرة الفرنسية المشهورة المذكورة سابقا، حيث أكتفت محكمة النقض للحكم بأنَّ تطليقها لا يُعتدُّ به في فرنسا، ولم تقبطلان تجسُّسها بالجنسية الأجنبية، حيث أنَّ الأميرة Caramen chimay (Bauffremont) أرادت فقط التهرُّب من المانع الوارد في قانونها، الذي يجرمها من الحصول على التَّطليق، فلماذا يمتدُّ الجزاء إلى آثار لم تبحث عنها، لذا فإنَّ المنطق يقضي بقصر جزاء الغش على الشر الذي أرتكب الغش من أجله دون غيره⁽¹⁾

إلاَّ أنَّ الرِّاجح فقهاً وقضاءً، هو وجوب حرمان التصرُّف المشوب بالغش من كل أثر قانوني سواءً تعلَّق الأمر بوسيلة الغش أو غايته، وبخاصة وأنَّ الآثار الأخرى لسلوكه غير المشروع، لم تكن مقصودة من طرف الغاش، فترُفض هي الأخرى، وتنادياً أيضاً لتجزئة العمل القانوني الواحد⁽²⁾.

لكنَّه في حالة الغش النَّاجم عن عمل مادِّي، كنقل منقول إلى دولة أخرى، أو كأن يختار المتعاقدان محلاً مصطنعاً لإبرام العقد، فإنَّ الغاية وحدها، هي التي تكون عديمة الأثر في دولة القاضي، أمَّا ما ينجرُّ من أضرار بسبب نقل المنقول، كأن يصيبه تلف أو يضر بالغير في البلد الذي انتقل إليه، فالمسؤولية تُسند إلى قانون البلد الذي انتقل إليه، وهذا عملاً بنظرية الاعتراف بالواقع الحاصل فعلاً.

يلاحظ بأنَّ أثر الغش نحو القانون، لإمكان أن يكون هو البطلان، لأنه لا يمكن لبيِّ دولة قانوناً، أن تُقرَّر ما إذا كان التصرُّف صحيحاً أو غير صحيح في الدولة التي تمَّ إجراؤه فيها، وكل ما تملكه قانوناً هو الحكم بعدم نفاذه في إقليمها⁽³⁾.

خاتمة

خِتاماً لمقالنا نورد أهم النَّتائج الآتية:

أولاً: المشرِّع المدني، لأول مرَّة في تاريخ التشريع الجزائري، إلى فكرة الدَّفع بالغش نحو القانون في المادة: 1/24 م ج، إثر التَّعديل الصَّادر بموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرَّخ في: 20/06/2005، وقد حاول من خلاله مسابقة التَّجريب الفقهية الحديث، وما استقرَّ عليه القضاء في هذا الشأن، لدى مختلف الدُّول الحديثة حين بقيت معظم قوانين الدُّول العربية خاليةً من الإعتماد الرِّسمي لحالة الدَّفع بالغش نحو القانون، رغم اعتماد القضاء الحديث على هذه الحالة، إنطلاقاً من المبدأ الشهير **الغش يُفسد**

(1)- أعراب بقاسم، المرجع السابق، ص 197.

(2)- زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 270.

(3)- أعراب بقاسم، نفس المرجع، ص 197.

كل شيء" وبناءً عليه أصبح نص المادة 1/24 ق م ج، يُعَلِّقُ أساساً قانونياً واضحاً للقاضي المختص بحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، لأجل قبول حالة الدَّفْع بالغش نحو القانون، في مسائل العلاقات الدُّولية الخاصة، دون حاجة لرجوعه للمبادئ العامة المستقرَّة عليها فقهاً وقضاءً .

ثانياً لِتُضَح لنا من خلال البحث، أنَّ حالة دَفْع بالغش نحو القانون، ومعها أيضاً حالة الدَّفْع بالنِّظام العام، هما من أهم حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع، أمام القضاء الجزائري، إضافة إلى اعتبارهما محل اتِّفاق بين غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص، أمَّا باقي الحالات الأخرى، فقد تباينت آراؤهم بشأنها، بين مؤيِّدٍ ومعارضٍ .

يُطالِقُ لجواز الدَّفْع بحالة الغشِّ نحو القانون، وُجوب توافر ركنين أساسيين، هَلْهُنَّ الرُّكن المادِّي، والرُّكن المعنوي فللمادِّي يُمَثِّل في إقدام أحد أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، على التغيُّر الإرادي لضابط الإسناد، أو يقوم الأطراف باصطناع العنصر الأجنبي في علاقاتهم القانونية، لتجنُّب الخضوع لقانون القاضي الوطني، مع أنَّها في الأصل علاقة وطنية محضة، أو قيامهم بتغيير العنصر الأجنبي بعناصر وطنية، لتحوُّل إلى علاقة وطنية، يحكمها القانون الوطني، وغايتهم الإفلات من تطبيق القانون الأجنبي أمَّا الرُّكن المعنوي، فيتمثَّل في توافر نية الغشِّ نحو القانون ويقتصد به نية التحايل والتهرُّب من أحكام القانون، الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، فلو انعدمت هذه النية، لكان الإجراء الذي قام به أحد أطراف للعلاقة القانونية سليماً، وبالتالي لا وجود لحالة الغشِّ نحو القانون.

كما أنَّها الأجدد بالمشرِّع الجزائري، عندما نصَّ صراحةً في المادة 24 ق م ج، على حالة الدفع بالغشِّ نحو القانون، أن يحدِّد على الأقل مفهوماً عاماً للغشِّ نحو القانون، في مجال تنازع القوانين لاسيَّما وأنَّ المشرِّع أجاز رسمياً الإعتماد على هاتاه الحالة، لأوَّل مرَّة في التشرِّع الجزائري، ولا عيب في إيراد المفاهيم، عندما يكون لها دوراً فعَّالاً في سلامة تطبيق القانون، حسب وجهة نظرنا.

خامساً نرى بأنَّ إرادة المشرِّع الجزائري، تتَّجه إلى جواز استعمال الدَّفْع بالغشِّ نحو القانون مطلقاً، صرف النَّظَر، إن كان قانوناً وطنياً أم أجنبياً، وسواءً تعلَّق الأمر بالتهرُّب من أحكام القواعد الامرة، أو التهرُّب من تطبيق القواعد المكمِّلة، والدليل على ذلك، ماتضمَّنته المادة 18 ق م ج، في نصِّها الحالي، بموجب المادة 1 المعدِّلة لها، الصَّادرة بالقانون رقم 10-05 المؤرَّخ في 20/06/2005 حيث قرَّرت بالأولوية تطبيق القانون المختار من المتعاقدين، على الالتزامات التعاقدية، بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فتطبيق القانون المختار من أطراف العلاقة الخفيفة، مشروطٌ بضرورة وجود علاقة عادية وغير مصطنعة للقانون المختار، بأحد الأطراف المعنية، أو بالعملية التعاقدية في حدِّتها، دون أن تشتمل تلك العلاقة، على غشِّ أو تحايلٍ ضدَّ أيِّ قانونٍ، سواءً كان وطنياً أم أجنبياً.

قائمة المراجع

- 1- د/ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 2- د/ زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ج01، مطبعة الكاهنة، الجزائر 2000.
- 3- د/ نادية فضيل، تطبيق القانون لأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 4- د/ نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 5- د/ الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط02، مطبعة الإرشاد بغداد، دون ذكر السنة.
- 6- د/ أنور سلطان، أحكام الإلتزام، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، - دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، مصر، 1980.
- 7- د/ فؤاد عبد المنعم رياض ود/ سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج 02، دار النهضة العربية بيروت، لبنان، دون ذكر التاريخ.
- 8- د/ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- 9- د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين- دراسة مقارنة- ط03 منشأة المعارف بلاسكندرية، مصر، 1984.
- 10- القانون رقم 05 - 10، المؤرخ في: 20/06/2005 معدّل والمتمّم للأمر رقم 75-58 المؤرّخ في: 26/06/2005، المتضمّن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 26/06/2005، العدد: 44.

التعاقد عن طريق الوسيط الالكتروني

د. عجالي بخالد - جامعة تيارت

مقدمة

إذا كان معروفاً أن العقد يبرم دائماً بين شخصين من أشخاص القانون ، فإن استخدام وسائل الاتصال الالكتروني في التعاقد قد أظهر بعض العقود والمعاملات التي تتم دون تدخل الشخص الطبيعي في إنشائه، إذ يتم حالياً وبشكل سريع ومتزايد استخدام ما يسمى بالوسيط أو الوكيل الالكتروني في إبرام العقد. ووفقاً لهذا النظام تتم برمجة جهاز حاسوب ليبرم عقداً مع إنسان أو مع حاسوب آخر كطريقة تلقائية للتعبير عن الإرادة في بيئة التجارة الالكترونية ، وهذا ما يعني أن الإيجاب والقبول يحدثان بصورة آلية اعتماداً على عناصر ومعلومات مبرمجة سلفاً بين أجهزة الحاسوب المرتبطة بشبكة الانترنت.

ونظراً لشيوع استخدام هذه الطريقة في إبرام العقود فإن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الالكترونية أولتها جانباً من الاهتمام كبيراً ، لاسيما بالمسائل القانونية التي أثارها التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني، خاصة إذا علمنا أن القانون المدني عند تنظيمه للعقد لم يتطرق لأحكام خاصة بهذا الشكل من التعاقد وهي برمجة آلة لنقل الإرادة.

ومن المسائل التي يثيرها التعاقد عن طريق الوسيط الالكتروني بيان المقصود بالوسيط الالكتروني وتعريفه، وصلاحيته للتعبير عن الإرادة وصحة العقود الالكترونية المبرمة من خلاله وصحة تسميته بالوسيط أو الوكيل الالكتروني ومدى انطباق أحكام الوكالة عليه.

ويهدف الوقوف على تلك المسائل تقسم هذا البحث إلى مطلبين، نتولى في الأول منها توضيح مفهوم الوسيط الالكتروني باستعراض التعريفات الفقهية، والتشريعية له لنخصص الثاني منها لمسألة مشروعية التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني في فقه القانون المدني وتشريعه وفي ظل القوانين المتعلقة بالمعاملات الالكترونية.

المطلب الأول : مفهوم الوسيط الإلكتروني

يقصد بالوسيط الإلكتروني عموماً وضع أجهزة الكترونية متميزتها وإعدادها لكي تتولى إبرام العقود الإلكترونية تلقائياً دون الحاجة إلى تدخل مباشر من الطرفين المتعاقدين أو أحدهما⁽¹⁾.

ولم يتضمن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسترال تعريفاً واضحاً ودقيقاً للوسيط الإلكتروني رغم أن نصوصه تستوعبه كطريقة للتعبير عن الإرادة حيث جاء في الفقرة 2 من المادة 13 منه ما يلي: "في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت: أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة بيانات. ب - من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً"⁽²⁾.

كما جاء بمشروع الأونسترال للاتفاقية الخاصة بالعقود الدولية المبرمة برسائل بيانات إلكترونية في المادة الخامسة منه أنه يقصد بمصطلح وكيل إلكتروني "برنامج حاسوبي أو وسيلة الكترونية أو وسيلة أخرى تستخدم للبدء في عمل أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لوسائل بيانات دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملاً أو يقدم استجابة"⁽³⁾.

وعرف القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية في المادة 2 فقرة 6 منه الوسيط الإلكتروني بما يلي: "برنامج حاسوبي أو الكتروني أو آلي وسيلة الكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملاً أو الرد على تسجيلات الكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى الشخص الطبيعي" وهذا نفس التعريف الذي تبناه قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية في المادة 19 منه⁽⁴⁾.

وعلى صعيد التشريعات العربية، نصت المادة 14 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على ما يلي: "تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ، سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط الكتروني معد للعمل أوتوماتيكياً بواسطة المنشئ، أو بالنيابة عنه"⁽⁵⁾.

¹ فامنج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة السلمانية، العراق 2005، ص 124، فؤاد العلواني

وعبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الانترنت، مطبوعات بيت الحكمة، العراق، 2003 ص 68.

² - وائل بندق قانون التجارة الإلكترونية (قواعد الأونسترال ودليلها التشريعي)، مكتبة الوفاء، مصر 2009.

³ - د/محمد فواز المطلقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2006، ص 76.

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر طبعة 2006 ص 158

⁵ يلاحظ بأن هذا النص قد سوى من حيث التهمة القانونية و الأثر بين صدور الإرادة عن المنشئ وصدورها عن الوسيط.

كما عرفت المادة الثانية فقرة 11 منه الوسيط الالكتروني بأنه: "برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي"⁽¹⁾.

أما قانون مملكة البحرين الخاص بالتجارة الالكترونية الصادر سنة 2002 فقد عرفت المادة الأولى منه الوسيط الالكتروني مستخدمة لفظ وكيل الكتروني بأنه: "برنامج حاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما، أو للاستجابة لسجلات أو تصرفات الكترونية -كلية أو جزئياً- بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الاستجابة له"⁽²⁾.

ورغم الاختلاف البسيط في الصياغة بين هذا النص ومثيله في القانون الأردني فإنه يلاحظ بأنهما يتفقان من حيث المضمون، ولكن القانون البحريني استخدم لفظ وكيل الكتروني بدلا من مصطلح وسيط الكتروني، واستعمال لفظ وكيل الكتروني أدى إلى اختلاف الفقه حول جواز استخدام هذا اللفظ ومشروعيته ضمن القواعد العامة وهو ما أثار تناقض المواقف التي نعالجها حين التطرق لمشروعية التعاقد عبر الوسيط الالكتروني.

وفي قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية نصت المادة الثانية منه المخصصة للتعريفات على تعريف الوسيط الالكتروني حيث جاء فيها: الوسيط الالكتروني المؤتمت برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب للتصرف بشكل مستقل، كلية أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له".

ويلاحظ بداية أن المشرع في إمارة دبي استعمل لفظ وسيط الكتروني مؤتمت هذا اللفظ الذي يبدو أنه مشتق لغوي معرب من اللفظ الفرنسي *automatique* والإنكليزي *automatic*، وتراوح الترجمة اللفظية لهذين المصطلحين بين ثلاثة مرادفات عربية هي ذاتي أو تلقائي أو آلي، وقد كان الأحرى بالمشرع استخدام أحد تلك الألفاظ للدلالة على المقصود وهو أن التعاقد عبر الوسيط الالكتروني يتم

¹ - وهي تطابق المادة الثانية من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

² - تأثر قانون مملكة البحرين للتجارة الالكترونية الصادر سنة 2002 بالقانون الأردني في معظم نصوصه، لكنه لم يبين لماذا استخدم لفظ الوكيل الالكتروني الذي أثار الالتباس حول مدى انطباق أحكام الوكالة عليه.

دون تدخل بشري فلفظ مؤتمت هو لفظ غريب عن العربية وغريب عن الألفاظ القانونية فضلا عن أنه يثير الالتباس حول المقصود منه⁽¹⁾.

هذا ولم يتضمن القانون التونسي للمبادلات الالكترونية ولا مشروع قانون التجارة الالكترونية للنواة الكويت ولا لدولة فلسطين أو مصر نصا يتعلق بالوسيط الالكتروني، غير أن مشروع قانون التجارة الالكترونية المقترح في لبنان و لو لم تتم المصادقة عليه بعد جاء فيه عرض للتعريفات وفي الفقرة 43 من المادة الثانية ورد تعريف للوسيط الالكتروني بأنه "برنامج معلوماتي يعمل بشكل أوتوماتيكي للقيام بعملية أو لإجراء عملية الكترونية بشكل جزئي أو كلي دون تدخل أو متابعة أو إشراف من أي شخص في الوقت الذي يتم فيه العمل".

كما أن الفقرة 41 من نفس المادة من المشروع عرفت المعاملات الالكترونية المؤتمتة بأنها معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي بواسطة وسائل أو سجلات الكترونية من خلال شبكة الانترنت و التي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات⁽²⁾.

ويتضح من خلال النصوص والتعريفات السابقة للوسيط الالكتروني ، أن التعاقد عن طريقه يتم من خلال إعداد وبرمجة أجهزة أو أية وسائل الكترونية لكي تتولى إبرام العقود تلقائيا بمجرد الاتصال بها دون الحاجة إلى تدخل بشري مباشر في العملية التعاقدية من جانب الطرفين أو من أحدهما⁽³⁾.

وبما أن التشريعات التي تمت للإشارة إليها قد سوت بين صدور التعبير عن الإرادة عن شخص طبيعي وبين صدورهما عن جهاز تمت برمجته مسبقا فإنه يمكن القول أن العقد يتم بمجرد تبادل التعبير عبر الوسيط الالكتروني ، حيث يقوم الشخص الطبيعي أصالة عن نفسه أو نيابة عن شخص معنوي ببرمجة جهاز معين للرد بطريقة معينة ليقوم الجهاز بإرسال معلومات أو استلامها حسب البرمجة⁽⁴⁾.

¹ - راجع في انتقاد استخدام لفظ مؤتمت في قانون إمارة دبي: د/أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، دار النهضة العربية ، مصر 2007 ، ص 171 ، 172 .

² - راجع في ذلك: محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الالكتروني في العالم ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2006 ، ص 94 ، د/إلياس ناصيف، العقد الالكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2009 ص 463

³ - أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترنت، البار العلمية للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، طبعة 2002 ص 61

⁴ - د/فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية ، دار النهضة مصر ، 2006 ص 369

ويلاحظ أن الوسيط الإلكتروني لا يفاوض ولا يجاور الطرف الآخر سواء كان جهازاً أم شخصاً طبيعياً، لأنه لا يخرج عما تمت برمجته عليه.

ويمكن أن نتصور أن يتم استخدام الوسيط الإلكتروني في إنشاء العقود في كل مراحلها أو في مرحلة واحدة فقط ليتولى الشخص الطبيعي إتمامها فمن الممكن أن يتم العقد بين إنسان عادي وجهاز يسمى الوسيط الإلكتروني مبرمج من طرف شخص آخر حسب تعليمات لا يخرج عنها، كما يمكن أن يتم العقد بين جهازين كل منهما وسيط تمت برمجته من طرف شخص معين، وفي هذه الحالة يجب أن يكون هناك اتفاق مسبق بين الطرفين على استخدام الجهاز في إنشاء العقد⁽¹⁾.

وقد تزايدت أهمية الالتفات التشريعي إلى تنظيم وتقنين استخدام هذه التقنية في إبرام العقود بتزايد وشيوع وتطور وسائل الاتصال وإمكانية استخدامها في إبرام العقود وقد أتاح الاستغناء عن العنصر البشري في إبرام العقد وذلك أن الوسيط الإلكتروني قد يكفي لإجراء المعاملات وإبرام العقود وتحركه بسهولة وبسرعة.

وإذا كان الوسيط الإلكتروني يقوم مقام الشخص في إبرام العقود فإن التساؤل الذي يشار هو حول مشروعية استخدام هذه الوسيلة في إبرام العقد في ظل التشريعات التي اعتنقت هذه الوسيلة وعلى أي أساس قانوني استندت تلك التشريعات في اعتماد نصوص تجيز استخدام هذه الوسيلة في إبرام العقد وهذا ما نتعرض له في الفرع الموالي.

المطلب الثاني: مشروعية التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني

إذا كان الوسيط الإلكتروني مجرد وسيلة لنقل إرادة المتعاقد إلى المتعاقد الآخر فإنه لا يخرج بهذا المعنى، عن القاعدة العامة التي لا تشترط ولا تفرض وسيلة معينة للتعبير عن الإرادة، بل تجيز التعبير عنها بأية وسيلة لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالتها على الرغبة في الدخول في رابطة عقدية⁽²⁾.

وإذا كان الوسيط الإلكتروني مجرد آلة تتم برمجتها لنقل الإرادة، فإنه بهذا المعنى لا يكون غريباً عن الوسط القانوني، وذلك أن التطور التكنولوجي قد أتاح استخدام بعض الآلات لبيع بعض المواد أو تقديم الخدمات، كذلك الموجودة في المطارات والمحلات الكبرى بحيث يحصل المستهلك على السلعة

¹ - أما نج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، الرسالة السابقة، ص 126 .

² - وهو ما قضت به المادة 60 من التقنين المدني الجزائري الموافقة، والمطابقة لنص المادة 90 مدني مصري، والمادة 93 مدني سوري، والمادة 93 مدني أردني.

بمجرد إدخال رقم سري أو قطعة نقدية للحصول على فنجان قهوة أو صورة فوتوغرافية أو تذكرة ، والعقد في هذه الأحوال يتم بين الشخص المشتري والآلة التي تمت برمجتها ومن هنا ظهرت فكرة الوسيط الإلكتروني القائم على أساس نظام معلوماتي⁽¹⁾.

هذا وقد أجازت معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية صراحة استخدام الوسيط الإلكتروني في نقل الإرادة وإنشاء العقد وذلك بغية توفير المزيد من الثقة واليقين القانوني لدى المتعاقدين عبر هذه التقنية وخاصة عندما يتم العقد بين وسيطين إلكترونيين⁽²⁾.

ومن تلك التشريعات مثلاً نجد قانون المبادلات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية حيث نصت المادة 14 فقرة 01 منه على إمكانية استخدام الوسيط الإلكتروني في تكوين العقد إذ جاء فيها : «عمليات الوكلاء الإلكترونيين التي تتمشى مع وجود عقد أو تكشف عن اتفاق يمكن أن تكون عقداً حتى لو لم يتدخل عنصر بشري في إتمام المعاملات أو مراجعتها»⁽³⁾.

كما نصت المادة 2/1369 من التقنين المدني الفرنسي على أن المعلومات المطلوبة لإبرام عقد معين أو التي تعالج خلال تنفيذه يمكن أن ترسل بالبريد الإلكتروني إذا قام المستقبل بقبول استخدام هذه الوسيلة⁽⁴⁾.

وقد أجاز أيضاً قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية التعاقد بواسطة الوكيل الإلكتروني حيث نصت المادة 14 فقرة 1 على أنه: "يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهام، ويتم العقد صحيحاً وناظراً ومنتجاً آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة"⁽⁵⁾.

1 - آماخ رحيم أحمد ، التراضي في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 128 .
2 - د/عصام عبد الفاتح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر 2009 ص 178 .
3 - في إيراد هذه النص والتعليق عليه ، راجع : خالد ممدوح إبراهيم : المرجع السابق ، ص 161 .
4 - عدل هذه النص بموجب 575 لسنة 2004 لمسيرة الطبيعة القانونية ، ومظاهر الخصوصية في العقود الإلكترونية لمزيد من التفاصيل راجع : Nathalie Moreau , la formation du contrat électronique these p.c.page.58
5 - تطابق هذه الفقرة من هذا النص الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون الاتحادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 الصادر في 2006/02/23 .

وعلى نفس النهج في إجازة استخدام الوسيط الإلكتروني في إبرام العقد سار المشرع في مملكة البحرين إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 12 من قانون المملكة الخاص بالمعاملات الإلكترونية على ما يلي: "يجوز أن يتم إبرام العقود بين فرد ووكيل الكتروني، كما يجوز أن يتم ذلك بين وكلاء الكترونيين". وقد تضمنت المادة 15 فقرة ب من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006 نفس المضمون في جواز التعاقد بواسطة وسيط أو وكيل الكتروني بحيث يتم التعاقد دون أي تدخل بشري في عملية التعاقد.

أما المشرع في الأردن فلم يفرد نصا خاصا بإجازة استخدام الوسيط الإلكتروني في التعاقد وإنما خصص المادة 14 من قانون المبادلات الإلكترونية لبيان أن رسالة البيانات تعتبر صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه أو لحسابه أو بواسطة وسيط الكتروني معد للعمل أوتوماتيكيا بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه⁽¹⁾.

وفي هذا يلاحظ بأن المشرع الأردني في هذه النقطة قد ذهب بالاتجاه الذي أخذ به قانون الأونسترال النموذجي فيما يتعلق بصلاحيه الوسيط الإلكتروني في التعبير عن الإرادة حيث لم يورد هذا الأخير أيضا نصا صريحا يقضي بصلاحيه الوسيط الإلكتروني للتعبير عن الإرادة وإنما أكد على ذلك عندما سوى بين صدور رسالة البيانات عن المنشئ نفسه وبين صدورها عن وسيط الكتروني⁽²⁾.

ورغم الاتفاق الذي ساد التشريعات المختلفة بشأن إجازة لتعبير عن إرادة الأطراف عن طريق الوسيط الإلكتروني، فإنه يلاحظ الاختلاف في وجهات النظر الفقهاء و الشراح حيث تعددت المحاولات الفقهية الرامية إلى تسويغ استخدام الوسيط الإلكتروني وتأصيل ذلك برده إلى القواعد العامة. فقد حاول بعض الفقهاء إضفاء الشخصية القانونية على الحاسوب عندما تتم برمجته لإرسال أو استلام رسالة بيانات، حيث رأى هذا الجانب من الفقه أنه يمكن إبرام العقد عن طريق أشخاص

راجع في ذلك: د/ عمرو عبد الفتاح علي بونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2008 ص 234 هامشي رقم 01

¹ - راجع في ذلك: د/ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية، المرجع السابق ص 180.

² - نصت الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون الأونسترال النموذجي على ما يلي: "في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه: تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة من المنشئ إذا أرسلت: ب. من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا.

طبيعية أو قانونية ويجوز إسباغ الشخصية القانونية على الحاسوب لأن الشخصية القانونية لا ترتبط بالإنسان⁽¹⁾.

وبرر هذا الجانب من الفقه موقفه بالحقيقة الاجتماعية، ومضمون هذه الحجة أن أي شخص قانوني غير طبيعي قبل أن يمنحه القانون الشخصية القانونية يجب أن يصبح حقيقة اجتماعية بمعنى أن يتعامل معه الأشخاص القانونيون على أنه وحدة اجتماعية مستقلة ، ويظهر ذلك جليا في الشركات والجمعيات ، فنحن نتعامل مع الشركة على أنها شخص ، وكيان مستقل عن الشركاء المكونين لها، وبالنظر إلى الحاسوب فإن الشخص الطبيعي يتعامل معه بصفة مستقلة، بغض النظر عن الشخص الذي قام ببرمجته، فعندما يلعب شخص طبيعي لعبة الشطرنج مع جهاز الحاسوب فإنه لا يضع في اعتباره الشخص الذي قام ببرمجته وهذا يدل على أننا ننظر إلى الحاسوب على أنه وحدة اجتماعية مستقلة⁽²⁾.

وكذلك الأمر عندما يصدر عن الحاسوب إنشاء أو إرسال أو تخزين رسالة بيانات بغرض إنشاء عقد أو تصرف قانوني، فإنه يجب أن ينظر إليها على أنها صادرة عن الحاسوب دون الشخص الطبيعي مالك هذا البرنامج أو صاحب الموقع⁽³⁾.

تعرض هذا الرأي لانتقادات كثيرة منها :

- أن أية شخصية قانونية يجب أن تمتلك ذمة مالية التي هي نتيجة حتمية لاكتساب الشخصية القانونية، ومن الواضح أن الوسيط الإلكتروني أو برنامج الحاسوب أو الوسيط الإلكتروني لا يملك الذمة المالية ، ثم إن الاعتراف بالشخصية القانونية لبرنامج الحاسوب أو الوسيط الإلكتروني، يؤدي إلى مسؤوليته في حالة الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد وهو مالا يمكن تصوره بصفة مستقلة للحاسوب⁽⁴⁾.

والخلاصة أن هذا الرأي يتنافى مع الثوابت القانونية ومنطق الشخصية القانونية لذلك فهو لا يصلح أساسا لتبرير إجازة التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني .

وعلى أنقاد هذا الرأي ظهر اتجاه فقهي آخر يرى أن الشخص الطبيعي عندما يقوم ببرمجة جهاز الحاسوب ليتولى إرسال أو إنشاء أو تخزين رسالة بيانات فإنه يخول للبرنامج أو الجهاز سلطة محددة

¹ - في عرض هذا الرأي راجع: د/محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2004، ص 74.

² - د/سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية مصر 2008، ص 93.

³ - د/دمرو عبد الفتاح علي بونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 237.

⁴ - Yves Poulet , la conclusion du contrat par un agent électronique , BRUYLA NT édition ,2000 , p 138 .

لنقل التعبير عن الإرادة أو إبرام العقد مما يمكن معه اعتبار الجهاز وكيلًا أو نائبًا عن الشخص في إبرام العقد لذلك تطبق قواعد الوكالة على عملية البرمجة، ثم أن المشرع عندما نص على عقد الوكالة أو النيابة في التعاقد لم يحصر الوكيل في الشخص الطبيعي فمن الممكن أن يكون الجهاز أو البرنامج بمثابة الوكيل⁽¹⁾ غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد من عدة وجوه أهمها :

أن الوكالة عقد ويجب أن يقبل الوكيل الوكالة ، وحيث أن الحاسوب لا يتمتع بالشخصية القانونية ولا يملك الأهلية فإنه لا يمكن الاعتراف بأنه وكيل ، كما أنه من شروط تحقق النيابة في التعاقد حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، أي أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل والواقع أن الوسيط الإلكتروني لا يملك إرادة أصلاً⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أن النائب إذا جاوز حدود النيابة فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل حقوقًا كانت أو التزامات، وإذا كل ممكنا تصور حدوث خلل في الحاسوب أو الوسيط الإلكتروني يؤدي إلى تجاوز حدود النيابة فإنه لا يمكن تصور الرجوع على الوسيط وتحميله نتائج التصرف وحده⁽³⁾.

وبما أن المشرع الأردني وقانون مملكة البحرين قد استعملوا لفظ النيابة ووكيل الكتروني للدلالة على الوسيط الإلكتروني، فإن هذا الاستعمال قد يوحي بأنهما اعتنقا الرأي القائل بأن الوسيط الإلكتروني هو بمثابة الوكيل بل ويمكن تطبيق أحكام الوكالة عليه.

ويرى بعض الفقه أنه رغم إمكانية القول بأن المشرع الأردني والبحريني لم يقصد ذلك صراحة فإنها قد اعتمدا في وقت مبكر تكييفًا مبدئيًا لهذه الوسيلة بأنها شكل من أشكال الوكالة أو النيابة في التعاقد، وهو ما يفتح الباب واسعًا أمام القضاء في هاتين الدولتين للبحث في مدى اتفاق هذا التكييف مع القواعد العامة في الوكالة بصفة خاصة والنيابة في التعاقد عموماً .

وبالرجوع إلى أن المشرع في الأردن والبحرين قد عرفا الوسيط الإلكتروني بأنه برنامج أو وسيلة الكترونية تستخدم لإجراء تصرف ما بدون مراجعة أو تدخل من الشخص الطبيعي فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال نسبة الإرادة لهذه الوسيلة الإلكترونية⁽⁴⁾.

¹ - آمانج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 131 .

² - Yves poulet la conclusion du contrat par un agent électronique o.p cit . p 139

³ - د/محمد سعد خليفة ، مشكلات البيع عبر الانترنت ، المرجع السابق ، ص 77 .

⁴ - في انتقاد استخدام لفظ وكيل الكتروني نائب الكتروني في التشريع الأردني والبحريني راجع : د/أسامة أبو الحسن مجاهد ، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 1725 .

-أدى قصور حجج الفريقين إلى ظهور اتجاه ثالث يرى أن الحاسوب الذي تمت برمجته من قبل الشخص الطبيعي لنقل الإرادة ما هو إلا وسيلة أو أداة يستخدمها الشخص للتعبير عن إرادته، ولا توجد أية إرادة خاصة مستقلة للجهاز الذي لا يعدو أن يكون وسيلة حديثة في التعاقد مثل الفاكس والهاتف⁽¹⁾.

وقد استند هذا الرأي إلى قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية ، حيث أنه تعامل مع برنامج الحاسوب على أنه مجرد أداة، في يد المتعاقد ويظهر ذلك في موضعين: الأول من خلال البند ب من الفقرة الثانية من المادة 12 منه التي جاء فيها: "في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه: تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً.

ومن الواضح أنه هذه الفقرة قد أسندت رسالة البيانات إلى الشخص الذي قام ببرمجة الجهاز.

والثاني ورد في الدليل التشريعي لقانون الأونسترال في الفقرة 35 الخاصة بالتعليق على المادة 2 فقرة ج المتعلقة بالمنشئ، ما يلي: "في معظم النظم القانونية يستخدم مفهوم الشخصي للإشارة إلى أصحاب الحقوق والالتزامات، وينبغي تفسيره على أنه يشمل كلا من الأشخاص الطبيعيين، والهيئات الاعتبارية أو الكيانات القانونية الأخرى، أما رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائياً دون تدخل بشري مباشر، فيقصد أن تكون مشمولة بالفقرة الفرعية ج، ولكن لا ينبغي إساءة تفسير القانون النموذجي على أنه يتيح المجال لجعل الحاسوب صاحب حقوق والتزامات وينبغي اعتبار رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائياً دون تدخل بشري مباشر ناشئة عن الكيان القانوني الذي شغل الحاسوب نيابة عنه."⁽²⁾ . و هذا الرأي في نظرنا هو الأقرب إلى المنطق القانوني السليم فهو لا يتصادم مع القواعد العامة كما أنه يتكامل مع استخدام أجهزة ووسائل أخرى في إبرام العقد كالهاتف و الفاكس.

ورغم سلامة هذا الرأي ومنطقية فإنه لم يسلم من بعض الانتقادات فهو لم يأخذ بعين الاعتبار الصفات والمميزات الخاصة لبرنامج الحاسوب التي تقوم بالتعاقد فهذا الأخير يختلف عن الوسائل الأخرى المستخدمة في التعاقد كالهاتف والفاكس، فبرنامج الحاسوب لا يكون تحت السيطرة الكاملة لمن قام ببرمجته بخلاف الهاتف و الفاكس⁽³⁾.

¹ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2003 ، ص 77 .

² - راجع الدليل التشريعي لقانون الأونسترال، وائل أنور بندق ، قانون التجارة الالكترونية ، قواعد الأونسترال ودليلها التشريعي ، المرجع السابق ، ص 48 فقرة 35 .

³ - Yves Poulet , la conclusion du contrat par un agent électronique op. cit. p 140.

كما أن القول بأن الوسيط الإلكتروني أو البرنامج هو مجرد أداة في يد الشخص يؤدي إلى القول بأن هذا الشخص الذي قام ببرمجة الحاسوب لحسابه مسؤول عن أي تعاقد يتم مع البرنامج حتى ولو وجد خلل في البرنامج أدى إلى إبرام عقد خارج النطاق الذي أراده الشخص وبالتالي يكون هذا الشخص مسؤولاً عن عقد لم يرتضه (1).

وقد رد أنصار هذا الرأي على تلك الانتقادات بالقول أنه وإن كان الشخص الذي قام ببرمجة الوسيط لحسابه ملتزماً بالعقد فإن البرنامج يحتوي على آليات لتصحيح الأخطاء وعلى نظام يسمح بكشف الأخطاء.

وقد تظن التوجيه الأوروبي الصادر في 08 جوان 2000 بشأن التجارة الإلكترونية إلى احتمال وجود أخطاء في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني فالزم الأشخاص الذين يعرضون سلعاً أو خدمات من خلال أنظمة الحاسوب المبرمجة بأن يوفرُوا وسائل لتصحيح الأخطاء المادية، وهو ما نصت عليه المادة 11 في فقرتها الثانية من التوجيه .

ومن المتصور أن تزود الأجيال المتطورة من أجهزة الحاسوب عند إنشائها بالقدرة على العمل بشكل مستقل يقلل من حدوث الخطأ في نقل الإرادة (2).

1 - عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني، المرجع السابق 239، محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 78.

2 - د/فيصل كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، الرسالة السابقة، ص 371 .

تحديات التفاوض الجماعي الفعال

د. بلعبدون عواد - جامعة مستغانم

مقدمة

تنبع أهمية تنظيم حقوق العمل من كونها لا تقتصر على تنظيم مصالح و حقوق طرفي عقد العمل و حسب، و إنما تتناول مصالح المجتمع بأكمله، مما يضيف على معظم أحكام و قواعد قانون العمل صفة النظام العام. باعتبار أنها من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فتشريع العمل ينظم مصالح متناقضة¹، أولها مصالح اجتماعية للعمال و هم الطرف الأضعف الذي استدعت الضرورة إضفاء صفة النظام العام على الأحكام التي تحمي حقوقه و مصالحه، و ثانيها مصالح اقتصادية لأصحاب العمل و هم الطرف الذي يقع على عاتقه الالتزام باحترام تلك الحقوق و المصالح².

إن اقتناع العمال بـن التزام أصحاب العمل بما جاء به تشريع العمل غير كافي، مما جعلهم يتكثرون في شكل حركات نقابية من أجل حماية مصالحهم المهنية والاجتماعية³، ظهرت في أعقاب الثورة الصناعية، التي أدت إلى ازدهار ظاهرة تجمع و تنظيم العمال في شكل تنظيمات نقابية تهدف لتوجيه جهودهم للدفاع عن حقوقهم في زيادة الأجور و تخفيض ساعات العمل. و تعززت قوة تلك التنظيمات النقابية العالية بتهددها بلجوء إلى استعمال سلاح الإضراب⁴ ضد أصحاب العمل و إجبارهم على الدخول في مفاوضات مع العمال لتحسين ظروفهم و شروط عملهم و استخدامهم⁵.

من هنا برز مفهوم التفاوض الجماعي بفضل ما حققه من مكاسب للعمال كأحد الأسباب التي دفعت العمال للانضمام إلى النقابات و الاتحادات العالية في مواجهة الاستغلال الرأسمالي، كما أدى ذلك

¹ - Paul Henri Antonmattei , Les conventions et accords collectifs de travail , édition Dalloz 1996 p 02 .

² - حمادة أبو نجمة، الاجتهادات القضائية و معايير و تشريعات العمل، سنة 2006 ص 02 .

³ - Arthur Louis Dunha , La révolution industrielle en France . Paris 1953 note 16 p 13.

⁴ - Michel Despax , Droit du travail , Négociation, conventions et accords collectifs , note 15p 33 .

⁵ - سلامة أبو زعيتر، دليل المفاوضة الجماعية و المعايير الدولية، 16 / 18 جوان 2006 .

إلى بروز الحركات النقابية كقوة ضاربة قدمت إسهاماتها في وضع أسس لعلاقات عمل متكافئة مع أصحاب العمل¹.

فالتفاوض الجماعي هو ذلك الحوار و التشاور الذي يجري بين نقابات العمال أو ممثلين عن العمال و بين أصحاب العمل أو ممثليهم بهدف وضع حد لنزاع جماعي قائم أو لتحسين ظروف و شروط العمل ، فالتفاوض هو أحسن وسيلة أثبتت نجاعتها في إقامة علاقات عمل قائمة على التفاهم المشترك و الاحترام المتبادل و اعتراف كل طرف من طرفي الإنتاج بأهمية الطرف الأخر في تحقيق المصلحة المشتركة لكليهما.

أصبح يشكل التفاوض الجماعي جزءا مهما من قانون العمل، نظرا لما يتضمنه من آليات تسمح لطرفي علاقة العمل بتنظيم شروط و ظروف عملهم². و أصبح التفاوض الجماعي أسلوب سلمي متحضر يميز المجال الاجتماعي، نظرا لما يحتله من مكانة هامة في تنظيم العلاقات المهنية باعتباره إحدى الركائز الأساسية لتطوير العلاقات المهنية و تحسينها و تحقيق السلم الاجتماعي من خلال تكريس العدالة الاجتماعية³ بمختلف المؤسسات الاقتصادية. لأنه يشكل أداة هامة لتحريك و تنشيط الحياة الاقتصادية و في توفير المناخ الملائم لتطوير الإنتاج من جهة و تمكين المؤسسات من مواجهة التحديات الاقتصادية التي تفرضها العولمة و التنافسية الاقتصادية من جهة أخرى. و لكن رغم كل هذه الأهمية التي أصبح يكتسبها موضوع التفاوض الجماعي، إلا أنه أصبح يواجه الكثير من التحديات و الصعوبات.

إن أول عائق يحول دون تحقيق تفاوض جماعي فعال، ما خلفته العولمة من آثار سلبية على قانون العمل عامة و على الحق العمال في التفاوض مع المستخدم بصفة خاصة . و لعل من أهم ملامح و آثار هذه التحولات، التوجه المتزايد نحو تطبيق ميكانيزمات اقتصاد السوق، و المشاريع المتزايدة لتكوين تجمعات اقتصادية إقليمية و دولية. و هذا ما دفع الجزائر للدخول في فضاء اقتصادي جديد، أملمته عولمة الاقتصاد العالمي و شموليته.

¹ - فؤاد عبد العزيز، الحوار الاجتماعي و المفاوضة الجماعية من المواجهة إلى التعاون، دراسات عالية تصدر عن الاتحاد الدولي لنقابات العمال العرب، المعهد العربي للدراسات العالية دمشق، العدد الأول 2011 ص 25 .

² - المادة 114 من قانون 11/90 المتضمن علاقات العمل المؤرخ في 21 افريل 1990 " الاتفاقية الجماعية اتفاق مدون يتضمن مجموع شروط التشغيل ... "

³ - بن عزوز بن صابر، الاتفاقية الجماعية للعمل بين الإطار القانوني و الواقع العملي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة وهران 2008، ص 1.

لكن هذا التحول الاقتصادي كان له أثر سلبي على حقوق العمال بصفة عامة و على حقهم في التفاوض الجماعي بصفة خاصة ، حيث أدت العولمة إلى تغير البيئة الاقتصادية والاجتماعية و تراجع دائرة الحماية الاجتماعية نتيجة سياسات الإصلاح الهيكلي والخصوصة وفتح الباب أمام الاستثمار سواء أمام الوطنيين الخواص أو الأجانب. كل هذه الظروف جعلت بعض مكاسب العمال تتراجع نتيجة انسحاب الدولة من تنظيم المجال الاجتماعي و اقتصارها بالحد الأدنى الذي يضمن لها فرض النظام العام الاجتماعي.

أولا : تغير البيئة الاقتصادية والاجتماعية

لكل شخص الحق في أن يحظى بفرصة كسب معيشته عن طريق العمل الذي يختاره لقاء أجر يكفل له و لأسرته عيشة لائقة ، تحفظ كرامته وتساعد على تنمية شخصيته، حتى و لو استدعى الأمر أن يتم ذلك في إطار تبعية مقدم العمل لمستخدمه، طالما أن هذه التبعية في حد ذاتها تعتبر معيارا للحماية، من حيث كونها تستدعي تطبيق قانون علاقات العمل و الضمان الاجتماعي لحفظ و حماية حقوق العمال. و تتمتع عقد العمل دورا في تحقيق السلم الاجتماعي. و تعطي العمل قيمة فيزيولوجية تستدعي ضرورة احترام حقوق الإنسان و معايير تشغيل اليد العاملة. هذا فضلا عما يترتب عنه من نتائج في الاستقرار المهني و الاقتصادي و الاجتماعي.

أمام هذه المزايا للعمل المأجور، أكدت كافة المعاهدات والمواثيق والإعلانات على ضرورة قيام الدول بواجبها في تهيئة فرص العمل عن طريق خطط وبرامج التنمية بما يضمن حق العمل للجميع. وهذا من خلال تبني سياسة استخدام مرنة تسعى إلى تحقيق الاستخدام الأمثل للأيدي العاملة. وتأمين العمل لكل قادر عليه و راغب فيه بما يتناسب و قدراته و مؤهلاته. و لعل ذلك يعتبر ضرورة اجتماعية و غاية يجب إدراكها، من شأنها أن توفر الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والمهني للعمال.

غير انه مع بدايات الربع الأخير من القرن العشرين، بدأت معالم التغير في البيئة الاقتصادية والاجتماعية التي اتحت قانون العمل بالظهور، سيما و أن الاقتصاد المعولم يتنافى وهذا النوع من المرونة ذات الهدف المزدوج. و التي تسعى إلى التزود بالأيدي العاملة القادرة على النهوض بالأوضاع الاقتصادية من جهة، وإلى ضمان تحقيق الحماية الاجتماعية للأفراد بتأمين العمل للجميع من جهة أخرى. إنما يستهدف المرونة التي تتطلب توفير بيئة ملائمة لضرورة المنافسة، و هذا بالتخلي كليا أو جزئيا عن أبرز مظاهر الحماية التي حققتها أحكام قانون العمل في كل ما يتعلق بضمان العمل و استقراره و ضمان الأجر و الإقرار بالحق في التنظيم و التفاوض الجماعي و الحوار و المشاركة.

لقد ساهم تواصل الأزمات الاقتصادية و الاجتماعية التي عاشتها الدول النامية، في تنفيذ السياسات الاقتصادية المعاصرة "إعادة الهيكلة الرأسالية" بأدواتها في الحوصصة والاستثمار بالرغم من كل آثارها السلبية التي فرضت التحول عن نظام العمل الدائم لما يتطلبه من تكاليف وضمانات. ليؤدي هذا التحول في بيئة العمل إلى اللاتناغم بين قواعد قانون العمل و الواقع الجديد تعرضنا له في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فتعرضنا إلى الخطره في دائرة الحماية الاجتماعية .

1- التغير في الايدولوجيا التي أنتجت قانون العمل

يتمثل ايدولوجيا الواقع الراهن لقانون العمل، حسب تقرير المدير العام لمكتب العمل الدولي، في انتصار اقتصاد السوق و الذي يدعو إلى وجوب انسحاب الدولة من أداء أي دور اقتصادي و امتناعها عن التدخل في تنظيم العلاقات القانونية بين الأشخاص على نحو يحد من إرادتهم، و أن تترك لهم وحدهم أمر تنظيم علاقاتهم بما يتلاءم و آليات السوق فضلا عن ذلك و مادامت الدولة قد اخطأت بتدخلها في تنظيم الأداء الاقتصادي، و تنظيم العلاقات القانونية، فان عليها أن تبني برامج التصحيح الاقتصادي و مراجعة التنظيم القانوني الذي أقيم في ظل تبني سياسة التدخل. ماذا عن الوضع في الجزائر؟

تبنت الجزائر منذ الاستقلال و حتى فترة الثمانينات النظام الاشتراكي الذي كان معتمدا على بناء البنية التحتية (بناء قاعدة صناعية، بناء الطرقات، بناء الجسور.....) للاقتصاد الوطني فاهتمت الجزائر حينها بالمشاريع الكبرى و التي كان مصدر تمويلها الربيع البترولي. عرف هذا الأخير تذبذبا في فترة الثمانينات، مما أدى إلى العجز في تمويل تلك المشاريع، من ثمة الاتجاه نحو الخارج لطلب النقود من صندوق النقد الدولي مقابل مجموعة من الشروط إلا أن سوء استثمار الأموال أدى إلى وقوع الجزائر في أزمة مديونية خانقة سنة 1989 نتيجة انخفاض قيمة الدينار و فوائد القروض.

الأمر الذي دفع بالدول الدائنة إلى ممارسة كافة الضغوط على البلدان المدنية من خلال خفض كل أنواع التدفقات المالية من معونات اقتصادية و قروض و استثمارات¹. و قد أثار ذلك الفرصة أمام قطبا النظام الاقتصادي العالمي، البنك الدولي و صندوق النقد الدولي لإخضاع الدول النامية لتنفيذ برامج إعادة الهيكلة، من خلال إتباع و صفات من أجل الإصلاح الاقتصادي شملت ما يلي:

¹ - منصور بن عمار، المؤسسات المصرفية و دور البنوك في تمويلها، الدورة التدريبية حول المشروعات الصغيرة و المتوسطة و تطويرها في الاقتصاديات المغاربية، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، ماي 2003 .

- إتباع سياسة تقشفية لتخفيض العجز الداخلي و الخارجي و جعل سعر الصرف واقعيا، وكان على الدول المدنية تخفيض قيمة عملاتها من بينها الجزائر حيث انخفضت قيمة الدينار ب 40 بالمائة سنة 1994.

- التخلي عن القطاع العام و بيعه للقطاع الخاص في إطار عمليات الخصخصة.

- إيقاف حركة الإقراض و إيجاد البديل المتمثل في فتح أبواب الاقتصاد الوطني أمام الاستثمارات الأجنبية المباشرة وغير المباشرة.¹

بذلك وجدت الجزائر نفسها في مواجهة أكبر المؤسسات النقدية لتنتهي المفاوضات بتطبيق الجزائر لبرامج التصحيح الهيكلي، حيث ألزمت بتطبيق كل الاتفاقيات لسنة 1995/1994. و هذا بغرض الخروج من دائرة المديونية و الانسداد المالي وكذا تأهيل المؤسسات الاقتصادية الوطنية حتى تصبح أكثر قدرة على المنافسة، و ذلك باعتماد نظام الخصخصة و تعزيزها بالاستثمار في إطار توجه اقتصادي و اجتماعي جديد، كانت بدايته دستور 1989 .

١- الخصخصة

تتضمن برامج إعادة الهيكلة الرأسمالية، تبني المرونة اللازمة من خلال وصفات الإصلاح الاقتصادي مرورا بمرحلتين، المرحلة الأولى تشتمل على سياسات التثبيت الاقتصادي والتي تهدف إلى خفض العجز في كل من ميزان المدفوعات والميزانية العامة من خلال إحداث خفض في الإنفاق الحكومي و التوظيف في القطاع العام أما المرحلة الثانية فتهدف إلى إعادة إحراز نمو اقتصادي و ضمان استدامته، بإحداث تغيرات في أنماط الإنتاج. و هذا بإتباع سياسة الخصخصة و ترك المهام التي كانت تضطلع بها الدولة، مقابل جذب الاستثمارات الأجنبية.

تعتبر الخصخصة شرط جوهري للتأقلم مع التحولات العالمية هذا أكده رئيس مجلس الخصخصة وهذا بغرض تحسين الوضع الاقتصادي و الاجتماعي، للسماح للجزائر بالتأقلم مع التحولات الاقتصادية العالمية في الفضاء الأورو-متوسطي و العربي و الإفريقي، في هذا الصدد اعتمدت الحكومة على مستوى إعادة هيكلة رأس المال على خيار الشراكة الثابت عبر اشتراك الرأسمال الوطني والأجنبي في المؤسسات العمومية الاقتصادية. إضافة إلى الخصخصة الشاملة للوحدات والمؤسسات حيث تتم خصخصة 891

¹ واجه الاقتصاد الجزائري أزمات مختلفة كانت بداياتها بعد الأزمة البترولية لسنة 1986، تلتها أزمة المديونية على غرار أغلب الدول النامية. ضياء مجيد الموسوي ص 111.

مؤسسة. أما في مجال الاستثمار، فقد تم التركيز على الالتزام بالحوافز الرئيسية لترقية الاستثمار لاسيما فيما يتعلق بتخفيض الضغوط الجبائية لصالح الاستثمار المنتج وإصلاح المنظومة المصرفية و ترقية المناطق الحرة كمنطقة جيجل¹.

لقد كان لخصوصية المؤسسات انعكاسات على إدارة الموارد البشرية للمؤسسة² ، فبعدها كان اتجاهها اجتماعي ينصب على مراعاة المصلحة الجماعية حتى ولو كان ذلك على حساب المؤسسة، انتقل إلى اتجاه اقتصادي تحكمه معايير اقتصادية كتقليل التكلفة موازاة مع زيادة الإنتاجية، في إطار يهدف إلى أن تكون وظيفة اليد العاملة اقتصادية أكثر منها اجتماعية. وهو التوجه الذي انتقلت إليه المؤسسة الاقتصادية الجزائرية. ففي مراحل الإصلاحات الأولى لإعادة الهيكلة، كانت تولى الدولة اهتماما كبيرا إلى الناحية الاجتماعية للعمال لدرجة وصلت فيها المؤسسة إلى تحقيق خسائر مالية والاستمرار في تحمل التكاليف الاجتماعية.

إلا أنه و بعد دخولها في مرحلة استقلالية التسيير أصبحت تعتمد على مبدأ آخر ينصب على فكرة " ترشيد المؤسسات " وهذا يهدف التخفيف من الأعباء الاجتماعية انطلاقا من خصوصية الملكية والتسيير، حيث أصبح ينظر للعمال على أنه استثمارا وليس بتكلفة³.

و قد انعكس ذلك على الجانب الاجتماعي، فإذا كان تشريع العمل، في إطار أحكام القانون الأساسي العام للعمال السابق و النصوص التطبيقية له، يشكل منظومة تشريعية لتلك الحماية، حيث تم إصدار سلسلة كبيرة من النصوص التشريعية والتنظيمية دعما للحماية القانونية للعمال. فان التشريعات الجديدة قد أخذت منحها مغايرا من حيث اكتفاءها بالنص على مظاهر تلك الحماية وإقرارها مبدئيا، مع ترك أمر تفصيلها إلى كل من الاتفاقيات الجماعية و الأنظمة الداخلية.

ب- الاستثمار

إن من أبرز وصفات المؤسسات الدولية المالية و النقدية الداعية إلى انتهاج سياسة الخصوصية، تكريس المفهوم لدى مختلف الدول، بأن اقتصادها لن يكتب له النجاح والازدهار دون تعزيزه

¹ - جريدة الخبر الصادرة بتاريخ 05 أوت 1997 العدد 2033 ص 05.

² - تعرف إدارة الموارد البشرية للمؤسسة على أنها " العملية الخاصة باستقطاب الأفراد و تطويرهم و المحافظة عليهم في إطار تحقيق أهداف المنظمة و تحقيق أهدافهم ". وان غيرت أدوات العولمة كخصوصية المؤسسات هذه الأهداف لإدارة الموارد البشرية، حيث أصبحت تقتصر على تحقيق أهداف المؤسسة فحسب.

³ - محمد الصغير بعل، تشريع العمل في الجزائر، دار العلوم للنشر و التوزيع سنة 2000 ص 21.

باستثمارات أجنبية، عن طريق إفساح المجال لدخول الشركات الأجنبية. ليشكل بذلك الانفتاح على الاستثمار الأجنبي في الدول النامية احد المعالم الرئيسية للتغير في البيئة التي احتضنت قانون العمل. سيما و أن هذه الدول وجدت نفسها مضطرة على قبول البرامج التي صاغتها المنظمات الدولية بعد أن أخفقت في تنفيذ خططها التنموية الوطنية و ما رتبته من مديونية. و أمام عجز الموارد الاقتصادية للدول النامية عن مواجهة الأزمات المذكورة طرح الاستثمار الأجنبي كبديل لهذه الموارد، بما انه سيساهم في رفع معدلات النمو الاقتصادي و سينقل التكنولوجيا المتقدمة إلى هذه الدول كما انه سيخلق فرص عمل تساهم في التخفيف من حدة البطالة.

على هذا الأساس باشرت معظم الدول وخاصة النامية منها، إلى تقديم كافة الامتيازات والتسهيلات و الحوافر الضريبية و الجمركية و العمالة الرخيصة نسبيا، لتمكين الشركات المستثمرة من زيادة قدرتها التنافسية و من ثمة تحقيق أكبر عائد لها¹.

في هذا المجال ركزت برامج الحكومة على تشجيع الشراكة الأجنبية و ترقية المناطق الحرة كمنطقة جيجل و التي تبلورت من خلال قانون الاستثمار رقم 12/93 و المرسوم التنفيذي رقم 320/94 الصادر بتاريخ 94/10/17. هذا و يعرف البنك العالمي الاستثمار في المناطق الاقتصادية الحرة على أنه مجال إقليمي محصور في محيط جغرافي معين، يمارس فيه نشاط اقتصادي فأكثر. و كل ما يتعلق بالمسائل الضريبية و الجمركية مستثنى كليا أو جزئيا من التشريع الوطني". في حين تعرفه المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 320/94 " المناطق الحرة هي مساحات مضبوطة حدودها، تمارس فيها أنشطة صناعية و خدمات طبقا للشروط الواردة في المواد من 25 إلى 34 من المرسوم التشريعي 12/93 و المذكور أعلاه وفقا لأحكام هذا المرسوم. و قد كان للاستثمار الأجنبي عموما آثار سلبية على البيئة التقليدية لقانون العمل نوردها تبعا.

¹ - لقد كان لعمولة الأسواق بما تقوم عليه من مبادئ في إلغاء الحواجز الجمركية و حرية تنقل الأموال، الفضل في تسهيل مباشرة عمليات إعادة توطين عمليات الإنتاج، إلى حيث تكون الالتزامات و التكاليف الاجتماعية و الجبائية و معايير العمل و الحقوق الاجتماعية للعمال أقل امتيازاً. في سبيل ذلك عمدت الدول على مراجعة تشريعاتها الوطنية، بما يتماشى و منح التسهيلات اللازمة للمؤسسات. و قد وصل الأمر إلى حد إلغاء كل التشريعات الاجتماعية عندما يتعلق الأمر بالاستثمار في المناطق الاقتصادية الحرة ضامناً لتركيزه و عدم خروجه من جديد. - Philippe Robert Démontrons, La gestion des droits de l'homme, édition Apogree.2006.p 20,21 et 22

ثانيا- تراجع دائرة الحماية الاجتماعية

لقد ترتب عن انتهاج السياسة الاقتصادية المعاصرة المفروضة من طرف صندوق النقد والبنك الدوليين آثار اقتصادية واجتماعية سلبية على درجة كبيرة من الخطورة¹. من اجل هذا خصصنا العنصر الاول إلى آثار إعادة الهيكلة ، ثم تعرضنا إلى شل الحركة النقابية في العنصر الثاني .

1- آثار إعادة الهيكلة الرأسمالية

إن التحولات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية التي عرفتها الجزائر في نهاية الثمانينات كانت نتيجة حتمية لازمة الاقتصادية التي عرفها العالم و الجزائر لم تكن بمنأى عنها، حيث انخفض سعر البترول و الذي كان و مازال يشكل أهم مورد للبلاد مما أدى إلى انخفاض قيمة الدينار، و ارتفاع المديونية، فلم تعد الدولة قادرة على دعم العجز الكبير الذي عرفته المؤسسات العمومية الاقتصادية مما اثر على الأوضاع الاجتماعية للعمال و ازدادت تدهورا ، مما حتما على الدولة مراجعة سياستها و إدخال إصلاحات في جميع المجالات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية². ففي المجال الاقتصادي قررت الدولة إعادة هيكلة كل المؤسسات مما اجبرها على خصوصتها .

أ- القضاء على الدور الاجتماعي للدولة

منذ نهاية السبعينيات، مالت السياسة الاقتصادية و الاجتماعية نحو الاتجاه الليبرالي، حيث أصبحت قيمة معايير العمل محل نقاش. وقد نادى هذه السياسات بتبني سياسة عدم تركيز القرارات الاقتصادية و تقليص دور الدولة الراعية بغرض جعل سوق العمل أكثر مرونة وخلق التوازنات المطلوبة³، على أساس أن انسحاب الدولة من تنظيم سوق العمل يعتبر من بين العوامل المطلوبة لتنفيذ برنامج الإصلاح الاقتصادي⁴. يتضح هذا من خلال:

-الكف عن إنشاء المشروعات و تخليها عن ملكية المؤسسات القائمة و تحويلها إلى الملكية الخاصة.

¹ هذا ما أكدته العديد من الدراسات و التقارير التي أعدتها الدول و المنظمات الدولية ذات الاختصاص و الخبرة في مجال العلوم الاجتماعية. و أيضا تقارير صندوق النقد و البنك الدوليين، محمد عبد الله الظاهر، المرجع السابق، ص 7 و 270 .

² - بن عزوز بن صابر، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، الكتاب الثاني نشأة علاقة العمل الفردية و الآثار المترتبة عنها، دار الحاسوبية الطبعة الأولى 2010 ص 152 .

³ - نذير حسن، المرجع السابق، ص 70، و راجع الشريط، المرجع السابق، ص 131 و ما بعدها.

⁴ - Revue Internationale du Travail, Mondialisation et normes du travail ,un tour d'horizon. Genève 1996 p188-189.

-إلغاء السياسات التي تحد أو تقيد من آليات العرض و الطلب، كالرقابة على الأسعار ودعم السلع والخدمات للتخلي عن السياسات الاجتماعية بإلغاء وتخفيض الإئفاق العام على الخدمات الضرورية كاللعلم و الصحة و إقامة مؤسسات الضمان الاجتماعي.

+إضافة إلى إجراء تغيير جوهري في سياسات هذه الدول اتجاه قضايا العمال، بدءاً بأحكام قانون العمل على اعتبار أنها تشكل عائقاً أمام تنفيذ البرامج الاقتصادية. الأمر الذي فرض مراجعة هذه القوانين، بما يكفل أن يوفر بيئة ملائمة، بالتخلي كلياً أو جزئياً عن أبرز مظاهر الحماية التي حققتها هذه الأحكام للعلل، من ضمان لحقل العمل و ضمان للأجر والإقرار بالحق في التنظيم والتفاوض والحوار والمشاركة. خاصة أن تلك الحماية تقيد حرية المستخدم في التسريح أو التخفيف من الضمانات الاجتماعية التي تزيد تكاليف الإنتاج و تتعارض مع مبدأ تحقيق أكبر ربح ممكن بأقل تكلفة ممكنة. الأمر الذي تطلب تجميد أحكام قانون العمل و إضعافه بهدف إفراغه من مضمونه.¹

ب- الآثار المترتبة على تعزيز الإصلاح الاقتصادي بالاستثمار

تعتبر الليبرالية الجديدة مكاسب الطبقة العاملة امتيازات قابلة للإلناقص بحسب قانون السوق ومقتضياته²، الأمر الذي يؤكد واقع الدول النامية من خلال ما يلي:³

تسعي الدول النامية إلى اجتذاب الاستثمارات الأجنبية فيما بينها، دفع بها إلى تقديم تنازلات متوالية لرأسال الأجنبي و التي مكنته من أن يختار أفضلها.

¹ -ذلك أن كل التزام اتجاه العمال يؤدي إلى الزيادة في تكليف الإنتاج، انظر، محمد عبد الله الظاهر. المرجع السابق ص 121، 271 و 273 و Gérard Lyon- Caen. Jean Pélissier. Alain supiot .op.cit .p19 \$24etp.31\$34.

² - Jean-Marie Cardebat, La mondialisation et l'emploi, édition La Découverte, Paris, 2007, p 54

³ - لقد كان لعولمة لأسواق بما تقوم عليه من مبادئ في إلغاء الحواجز الجمركية و حرية تنقل الأموال، الفضل في تسهيل مباشرة عمليات إعادة توطين عمليات الإنتاج، إلى حيث تكون الالتزامات و التكاليف الاجتماعية و الجائنية و معايير العمل و الحقوق الاجتماعية للعمال أقل امتيازاً. في سبيل ذلك عمدت الدول على مراجعة تشريعاتها الوطنية، بما يتماشى و منح التسهيلات اللازمة للمؤسسات. و قد وصل الأمر إلى حد إلغاء كل التشريعات الاجتماعية عندما يتعلق الأمر بالاستثمار في المناطق الاقتصادية الحرة ضماناً لتركيزه و عدم خروجه منكثراً طوعاً و اقل تكلفة. و من جهة أخرى جديد.

- Philippe Robert Démontrons, La gestion des droits de l'homme, édition Apogree.2006.p 20,21 et 22 . et L'emploi dans le monde1995, rapport du BIT. Genève.1^{ere} édition.1995.p85 et 83.

أدت سياسات اجتذاب رأسمال الأجنبي بالمستثمر الوطني إلى العمل في ظروف أصعب من تلك التي يعمل فيها المستثمر الأجنبي، و أن يتحمل أعباء أكبر من تلك التي يتحملها مما يؤدي إلى الهروب إلى بلد أجنبي لكي يحضى بامتيازات أفضل باعتباره أجنبيا من تلك التي يحضى بها في بلده.

بذلك فإن الاستثمار الأجنبي لم يساهم في خلق فرص عمل تساعد على خفض معدلات البطالة. و يرجع السبب في ذلك إلى هدفه في تحقيق الربح و الذي يدفعه إلى التحرر من الالتزام باستخدام يد عاملة وطنية بحجة أنها غير مؤهلة للتعامل مع التكنولوجيا الحديثة مقابل تشغيل يد عاملة أجنبية الأكثر طوعا و الأقل كلفة.

أما عن تبني أنظمة الاستثمار في المناطق الاقتصادية الحرة، فإنه يعكس عدم حرص الدول على كفاية الحق في العمل أو ادخار أي جهد من أجل صيانتها. و هذا ما تحقق فعلا من خلال نجاحها في تشغيل أزيد من ثلاثة ملايين موزعين فقط على 200 منطقة حرة في العالم. و إن رتب ذلك انعكاسات سلبية على حرية المستخدم في التشغيل و دفع الأجور و التسريح و التفاوض و الإضراب.

في هذا المجال أكدت مجلة عالم الشغل الحر على أنه " و لتقوم بالاستثمار في البلدان الراغبة في ذلك، تشترط الشركات الأجنبية يد عاملة رخيصة و طيعة و استقرار سياسي و إعفاء ضريبي و غياب النقابات و حرية تامة لتسيير المناطق الحرة، و إذا لم تقبل هذه الشروط فهي تحجم عن الاستثمار.

أما إذا واجهت حركة معيقة للعمال فإنها تفر لتحت بمناطق أكثر ملاءمة¹ غير أنه و تحت وطأة الديون المتزايدة و الحاجة الملحة للعملة الصعبة لخلاص الدين، تضطر حكومات العالم الثالث إلى تشجيع انتصاب الشركات المتعددة الجنسيات لدفع محجة الاقتصاد. و الكثير منها يتجه بدعوى المصلحة الوطنية إلى تشديد الخناق على العمل النقابي أو إعفاء المؤسسات المنتصبة في المناطق الحرة من تطبيق قانون الشغل المعمول به في بقية البلاد¹.

فضلا عن ذلك لقد أدى الاستثمار الأجنبي إلى ابتعاد سلطة القرار عن مراكز الإنتاج ، فُثر ذلك سلبا على قدرة إدارة العمل على تنفيذ سياستها و أداء وظائفها، كما افقد الحوار المشترك بين

¹ - و هو الواقع فعلا في بلدان شهدت فيها المناطق الحرة نجاحا كبيرا مثل جزر موريس حيث لا يمثل العمل النقابي سوى 10 بالمائة، إنما بقية البلاد 25 بالمائة. و كذلك سانغفورة حيث نسبة الممتنعين بالحق النقابي لا يمثل سوى 6,5 بالمائة . و مما يكن يبقى الحق النقابي من حقوق الإنسان الاقتصادية الأساسية، بل من حقوق الإنسان الأساسية طالما تم تكريسه بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان المادة 23 و الاتفاقية الدولية رقم 87 و 98 مما يجعله يتجاوز القانون الداخلي للدولة المضيفة. بوساحة الشيخ. أطروحة تنظيم علاقات العمل داخل المناطق الاقتصادية الحرة للدول المغاربية و دول الخليج. ص 23 و ما بعدها .

الشركاء الاجتماعيين أحد أهم مقوماته و هو استعداد الجميع للاشتراك فيه مما أدى إلى هدم السلم و الاستقرار الاجتماعيين.

ج - الآثار المترتبة بعد إتمام عملية الإصلاح الاقتصادي

إن عمليات الإصلاح الاقتصادي تخلف آثارا سلبية على العمال، أهمها انتشار البطالة نتيجة خصوصية المؤسسات وتسريح العمال أو تقليصهم لأسباب اقتصادية، مما يتسبب في انتشار الفقر والتهemis الاجتماعي مما يخلق اختلال توازن سوق العمل. كل هذه الأمور من شأنها أن تضيق من مساحة تحرك النقابات العمالية مما يؤدي إلى شلها .

- انتشار البطالة و اختلال توازن سوق العمل

عرفت البطالة¹ تزايدا مستمرا خلال سنوات برامج التصحيح الهيكلي حيث أصبحت عملية الإصلاح الاقتصادي للمؤسسات الجزائرية مقرونة بعملية التسريح الجماعي التي مست شريحة واسعة من العمال². و قد تسبب هذا الوضع في تضاؤل ضمان حماية الشغل التي كان القطاع العام يتكفل بها عدة عوامل، أهمها:

- كانت المؤسسات العمومية تلعب دورا اجتماعيا له أهمية كبيرة طيلة العشرين سنة الماضية وخاصة على مستوى الشغل.

- تحول مؤسساته إلى القطاع الخاص الذي لا يقبل تشغيل أعدادا زائدة من العمال و الإطارات.

- صدور القانون المتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية الاقتصادية سنة 1988 الذي يهدف إلى تشجيع المؤسسات على العمل وفق قواعد التسيير الخاص.

- تقليص دائرة الحماية الاجتماعية حيث كان تشريع العمل السابق والنصوص التطبيقية له، يشكل منظومة تشريعية لتلك الحماية، إلا أن التشريعات الجديدة أخذت منحها مغايرا من حيث اكتفائها بالنص على مظاهر تلك الحماية وإقرارها مبدئيا مع ترك أمر تفصيلها للاتفاقيات الجماعية و الأنظمة الداخلية

¹ - لقد عرفت منظمة العمل الدولية البطال، بأنه كل قادر على العمل وراغب فيه ويبحث عنه ويقبله عند مستوى الأجر السائد، ولكن دون جدوى، أي لا يجده، محمد عبد الله الظاهر، القرارات التي تفرضها سياسة الخصوصية في مجال علاقات العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2004، ص 316.

² - إسماعيل قيرة و علي غربي، المرجع السابق، ص 31 و 37 و ما بعدها.

تجسيدا للطابع التعاقدى و دعما و احتراماً لمبدئي الاستقلالية و المتاجرة الذين تقوم المؤسسة الاقتصادية على أساسها¹.

ترتب عن ذلك تسريح ما يزيد عن 500 ألف عامل خلال الفترة 97/94 نتيجة تصفية حوالي 633 مؤسسة محلية و 268 مؤسسة عمومية و 85 مؤسسة خاصة، أي بمجموع 986 مؤسسة، لتتجاوز نسبة البطالة في الجزائر سنة 1997 2,3 مليون بطلال، ليصل في سنة 2001 إلى 2,5 مليون بطلال ليرتفع معدل البطالة سنة 99 إلى 3,2%. لقد أثر ارتفاع نسبة البطالة على توازن سوق العمل الذي شهد اختلالاً دائماً بسبب ارتفاع عرض العمل من طرف الأفراد بما يفوق طلب العمل من طرف المؤسسات². وقد ترتب عن ذلك انعكاسات سلبية حيث ساعد فائض العمالة، المؤسسة على استقطاب اليد العاملة البسيطة أو الفنية بسهولة وبأقل الأجور. خاصة أمام تنافس العارضين حول الحصول على فرص العمل، مما يؤدي إلى انخفاض أجور العمال. هذا فضلاً عن انخفاض القدرة الشرائية لهم³.

- انتشار الفقر و التهميش الاجتماعي

تشكل البطالة ظاهرة سلبية تهدد السلم و الاستقرار الاجتماعي⁴، فالبطالة تضعف قدرة العامل على المساومة، و تدفعه إلى التخلي عن الكثير من الحقوق المقررة له قانوناً، سعياً منه إلى الحصول على فرص عمل، وفقاً لشروط أدنى من تلك التي تنص عليها قوانين العمل. و من ناحية أخرى فإن اتساع ظاهرة البطالة يعد سبباً رئيسياً في التحولات التي تصيب سوق العمل من خلال ظهور صيغ جديدة لعلاقات العمل. و التي لا يمكن للعاملين فيها الانتفاع بالحماية المقررة لهم في التشريعات

¹- انظر محمد الصغير بعلي، المرجع السابق. ص 21 و 22.

²- تميزت سوق العمل في سنوات التسعينات بالتفاقم الكبير للاختلالات نتيجة التراجع في نسبة إنشاء مناصب شغل جديدة خلال نفس الفترة والتي أثرت بشكل كبير على المنتحقين الجدد بسوق العمل، و الذي ضم كل الفئات الاجتماعية. صغر سن البطالين ما يزيد عن 80% لا يتجاوز سنهم 30 سنة. بطالة الإدماج، ثلثا البطالين يبحثون عن العمل لأول مرة. أي دون خبرة مهنية. أما بطالة إعادة الإدماج فتمس ثلث البطالين. ضعف التأهيل لدى البطالين بنسبة 70 بالمائة من عارضي العمل. حتى و ان سجل ارتفاع في عدد البطالين الحاصلين على شهادات مجوالي 100000 شخص. طول فترة البطالة لدى النساء حيث قدرت ب 38 بالمائة.

Bouzidi Abdelmadjid, Les Années 90 de l'économie Algérienne. ENAG. Edition Alger 1999.

³- عن اختلالات سوق العمل و انتشار العمل غير المحمي في كل ما يتعلق بأسبابه و آثاره، انظر ص .. من الرسالة.

⁴- Peter Auer, Genevière Besse et Dominique Métha. Délocalisation, Normes du travail et politique de l'emploi. vers une mondialisation plus juste. Ouvrage publié avec le concours de OIT et l'institut international d'études sociales. Paris.2005.p209 et 210.

العالية كالعامل المؤقت و العمل المنزلي حيث يتم توظيفهم في أعمال اقل مهارة و أضعف أجرا و هذا بعد أن كانت المطالب يتمحور حول تحسين ظروف العمل ورفع الأجور والمحافظة على القدرة الشرائية و الاستفادة من الضمان الاجتماعي، في إطار رقابة تحمي العمال من التسريح. أي تركيز المطالب على الربط ما بين الاستقرار في العمل و الزيادة في الأجور.

هذا فضلا عن استيراد انتقائي لليد العاملة المؤهلة في عدد محصور من البلدان النامية، بجانب استيراد غير قانوني لليد العاملة المؤهلة و تشغيلها بصورة سرية محرومة من الحقوق الأساسية و النقابية و بالتالي التحول عن نظام العمل الدائم، و ضعف قدرة القوانين الاجتماعية على تحقيق الحماية التي وجدت من أجلها. إن تضافر هذه العوامل و تسلسلها ابتداء من التسريح إلى البطالة إلى انتشار العمل غير المحمي و هجرة اليد العاملة خاصة غير المشروعة، يؤدي حتما إلى انتشار الفقر و الجوع. من ثمة تمزق النسيج الاجتماعي لأفراد المجتمع. يعكس ذلك واقع الدول النامية، خاصة العربية منها نتيجة التوترات الحادة التي أفرزتها الأوضاع المزرية التي يعيشها أفراد المجتمع³.

2- شل الحركة النقابية

يعتبر وجود النقابات و الاعتراف بحق التمثيل النقابي مظهر من مظاهر الديمقراطية، الذي يعيد لعلاقة العمل توازنها اعتمادا على أهدافها و قد كرسه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما اعترف الدستور الجزائري لسنة 1996 لأول مرة بحق إنشاء المنظمات النقابية من خلال المادة 56 منه. و التي تنص على أن الحق النقابي معترف به لجميع المواطنين نظرا لانسحاب الدولة و تحليها عن الحماية الواسعة للطرف الضعيف في علاقات العمل. و قد منح قبل ذلك دستور 1989 المعدل و المتمم بدستور 1996 للعمال سلاحا للدفاع عن مصالحهم المشروعة بعد الاعتراف بحق اللجوء إلى الإضراب طبقا للمادة 57 منه. كما أكدت قوانين الإصلاحات الاقتصادية و الاجتماعية هذا المبدأ الدستوري، بإصدار

¹ - أنظر بليسي فقرة 24 و فقرة 32 و 33ص 28 .

² - عن تصريح لوزير العمل والضمان الاجتماعي: أن ظاهرة البطالة وضحت من أخطر المشاكل التي تواجه العالم لما لها من آثار على الأمن والاستقرار الدوليين، فهي دوما مصدر توترات دولية نتيجة الهجرة غير الشرعية لليد العاملة من الجنوب نحو الشمال، و كثيرا ما تكون تلك الظاهرة مصحوبة بانتهاكات صارخة للمواثيق الدولية. من قيم الحرية و كرامة الإنسان و حقوقه. و الأخطر من ذلك هو إمكانية استغلال هذه الظاهرة لتغذية الإرهاب الدولي الجريمة المنظمة.

³ - شهدت بعض الدول العربية كالجيزة و تونس و المغرب و مصر توترات حادة مع بداية سنة 2011 و التي تعكس غضب الشعب وثورته ضد السياسة الاقتصادية و الاجتماعية المنتهجة وفقا لمفاهيم المرونة و التنافسية و التي انعكست سلبا على الجانب الاجتماعي. و تسببت في عدم استقراره و تفكك وحدته.

القانون رقم 14/90¹ المتعلق بممارسة الحق النقابي والمعدل تماشيا والتطور الذي عرفه عالم الشغل بالقانون رقم 30/91، و الأمر 12/96.

غير أنه ورغم اختلاف الأنظمة النقابية²، إلا أنها تسعى جميعها لتحقيق هدف واحد، و هو حماية العمال والدفاع عن مصالحهم. تتجسد هذه الأخيرة من خلال: إعطاء العمال التمثيل الشرعي داخل المنظمات الإدارية و الإنتاجية و إرساء مبادئ العدالة الاجتماعية و المساواة بين المنظمات المختلفة من خلال النضال المتواصل حول مسائل تحسين الأجور، تحديد ساعات العمل، الاستقرار الوظيفي و التأمين و الضمان الاجتماعي. في مقابل ذلك نجد أن من أولى مطالب رأس المال على الصعيد العالمي هو تحرير سوق العمل و إلغاء الضوابط و إكساب السوق المرونة المطلوبة للاستجابة للتحويلات الصناعية و التقنية الجارية.

نتساءل أمام هذا التناقض بين متطلبات المنافسة و مساعي الطبقة العاملة عن توجهات العمل النقابي و مدى صموده في التعامل مع العولمة و آثارها الاقتصادية و الاجتماعية السلبية الناتجة عما تعتمد من أدوات في إعادة الهيكلة الرأسالية و خصوصية المؤسسات و الاستثمار. و ما يتطلبه من استراتيجيات في إعادة توطير الإنتاج و تغيير أماكن العمل كلما استدعى الرخ ذلك.

لقد أثبت واقع النظام الجديد أن كل ما يشكل مقاومة أو عرقلة لمنطق السوق، أصبح هدفا لهجوم الرأسالية. الأمر يتعلق خاصة بالحركة النقابية و التي أصبح من السهل إعاقتها أمام التخوف من فقدان منصب العمل و الذي نادرا ما يحظى به، ناهيك عن تفكيك وحدة التجمعات المهنية، نتيجة التنافس ما بين العمال الدائمين و العمال المؤقتين، الأمر الذي يحول دون إمكانية تحقيق المطالب الجماعية للعمال. كما أن توظيف العمال في المؤسسات الصغيرة و المتوسطة يصعب معه التمثيل نتيجة عدم القدرة على الالتحام و التضامن³، خاصة بعد الانصياع لتوصيات المؤسسات المالية الدولية و تنفيذ برامج التقويم الهيكلي و خصوصية مؤسسات القطاع العام، و ما ترتب عنها من آثار سلبية اعتمدت كوسائل ضغط من أجل ضمان التراجع النقابي و تمهيد الطريق لنجاح الاستثمار.

¹ - و هو القانون الصادر بتاريخ 02 جوان 1990 تحقيقاً لأهداف ترسيخ ممارسة الحريات الأساسية في عالم الشغل، الحث على التمثيل الحقيقي و الديمقراطي للمتعاملين الاجتماعيين تعزيز أسس الحوار و تنظيم مشاركة النقابة في المؤسسة المستخدمة.

² - كان الحق النقابي منحصر في الاعتراف بنقابة واحدة في عهد الحزب الواحد واحتكر هذا الحق الاتحاد العام للعمال الجزائريين، و في ظل التعددية الحزبية تعددت النقابل بهدف تقوية وتدعيم القوة للمطالبة بحقوق العمال وإشراكهم في إعداد عقود العمل أو اتفاقيات العمل الجماعية على أساس إمكانية تجميع هذه النقابات في اتحادات مبنية لكون التجمع أشد تنظيماً.

³ - Gérard Lyon- Caen. Jean Pélissier. Alain supiot, *op.cit.* p23-24 et 28-29.

1- أسباب و عوامل شل الحركة النقابية

تتضافر لشل الحركة النقابية مجموعة من العوامل، ترجع لتغير المحيط الذي تنشط فيه النقابات استجابة لسياسة ترشيد المؤسسات في إعادة توطين الإنتاج. و هذا بدافع استقطاب الاستثمار سعيا لتحقيق التنمية الاقتصادية و لو كان ذلك على حساب التنمية الاجتماعية.

- تغير المحيط الذي تنشط فيه النقابات

لقد ولدت الاستجابة لتوصيات المؤسسات المالية وتنفيذ برامج إعادة الهيكلة الرأسمالية وخصوصة المؤسسات و الاستثمار انعكاسات سلبية على المستوى الاقتصادي والسياسي والاجتماعي. فمن الناحية الاقتصادية سيؤدي تحرير تبادل السلع و رؤوس الأموال بين الدول المتعاقدة إلى إدماج تدريجي للأسواق الوطنية ضمن سوق عالمية تخضع لنظام و قوانين المنظمة العالمية للتجارة. أما من الناحية القانونية، فستؤدي هذه الاتفاقيات إلى إزالة الحاجز الطبيعي بين النظام القانوني الوطني و النظام القانوني الدولي فيما يتعلق مباشرة أو بصفة غير مباشرة بالاقتصاد و التجارة. و من نتائج ذلك تقليص دور الدول في تنظيم الاقتصاد و تدني حمايتها لأسواقها و مؤسساتها الاقتصادية الوطنية، فتصبح عرضة للمنافسة على المستوى الوطني و العالمي. مع ذلك لا يمكن للدولة المتعاقدة مع الدول الأخرى ضمن الاتفاقيات التجارية أن تتدخل كما تشاء في الأسعار و في تكاليف الإنتاج و أن تقدم منح و مساعدات دون معارضة الدول الأخرى.

وهنا يطرح الإشكال، فإذا تقلصت قدرة الدولة المتعاقدة على حماية مؤسساتها و على التدخل في السوق و تقديم المساعدة المالية إلى مؤسساتها الوطنية، فان تطوير التشريع الاجتماعي و اكتسابه أكثر مرونة يصبح أمرا ضروريا لمواكبة المؤسسة الاقتصادية المنافسة و مواجهة مقتضيات السوق. و في هذه الحالة تجبر الحكومات على الإيقاص من الحماية الاجتماعية للعمال لاكتساب مؤسساتها أكثر قدرة على المنافسة¹. و هنا يبرز خطر استغلال الأيدي العاملة من طرف المؤسسات الاقتصادية ؟

لقد أدى القضاء التدريجي لدور الدولة الاجتماعي وتقليص برامج الرعاية الاجتماعية والتقليل من فرص التوظيف، إلى تزعزع في النسيج الاجتماعي واندثار لفكرة التضامن بين الأفراد و الجماعات². فقد اندفعت المؤسسات الاقتصادية تحت غطاء اكتساب السوق المرونة اللازمة و الاستجابة

¹ - محمد الناصر، البند الاجتماعي و الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية للعمال، مجلة الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية للعمال و حقوق الإنسان، الاتحاد العام التونسي للشغل، تونس 2002، ص 14

² - أعتامنية خميسي، عولة التجريم و العقاب، دار الهومة للطباعة و النشر، الجزائر 2006، ص 113.

لضرورات المنافسة نحو التسريح الجماعي للعمال و الذي أدى بدوره إلى انتشار البطالة و التغيير الجزري في أنظمة العمل، و هذا بظهور العمل المؤقت و عقود العمل محدودة المدة و العمل بالوقت الجزئي و انتشار العمل المستقل. و قد انعكس ذلك سلبا على بنية الطبقة العاملة، فقد دفع هاجس البطالة بالعمال إلى دائرة التنافس، الأمر الذي ترتب عنه إثارة العداوة و البغضاء و هو ما أدى إلى تفكيك وحدتهم خاصة وأن التنظيم الجديد لعلاقات العمل جعل هذا الأخير موزعا على وحدات متعددة و منفصلة عن بعضها البعض مكانيا و تنظيميا. و قد تسببت هذه التجزئة في انهيار القاعدة التنظيمية للنقابات العمالية و في انحسار في عضويتها.

وقد أضعف هذا الانحسار بتضافر عوامل أخرى كسياسة إعادة توطين الإنتاج¹ القدرة التفاوضية للمنظمات النقابية و هذا من خلال التعديلات و التغيير في طرق تمثيل العمال و خفض مستويات الحماية الاجتماعية لهم، بمنع الاتفاقيات الجماعية و إضعاف قوانين العمل، مقابل تدعيم عقود العمل الفردية و هذا لدفعها من أجل تقديم تنازلات للتغاضي أحيانا عن بعض الانتهاكات حفاظا على فرص العمل.²

- سياسة إعادة توطين الإنتاج

تعرف سياسة إعادة توطين الإنتاج على أنها "إخراج الأنشطة الاقتصادية من المجال المحلي إلى المجال العالمي، حيث يتم نقل رأس المال إلى الدول التي تكون فيها تكاليف اليد العاملة منخفضة. و هذا من خلال اعتماد إستراتيجية إعادة توطين عمليات الإنتاج، و التي يراد بها فصل مكان إنتاج السلع أو الخدمات عن مكان استهلاكها بالرغم من أن ذات السلع يمكن إنتاجها واستهلاكها في مكان واحد. بذلك أصبح أمام الشركات المتعددة الجنسيات فرص استثمار في البلدان التي ترى فيها أن أسواق العمل و الأجور و الضرائب و الأنظمة و القوانين الموجهة أكثر ملاءمة. فضلا على الأخذ بعين الاعتبار التكاليف غير المباشرة المرتبطة بتطبيق المعايير الدولية للعمل من خلال الاستثمار في المناطق الحرة .

¹ أصبحت المؤسسات تلجأ لإعادة توطين الإنتاج في الأماكن التي تتوفر على تكاليف منخفضة بما فيها تدني أجرة العمال. في هذا المجال قال أحد الاقتصاديين أنه لم يكن هناك سيادي نقابي لم يسمع و هو يجلس على طاولة المفاوضات، بأن ما لدى أعضائه من فرص عمل سيجري نقلها إلى المكسيك، إن هو طالب بالكثير. ضياء مجيد الموسوي، العولمة و اقتصاد السوق الحرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2007-2007، ص 67 و 77.

² أكثر تفصيل أنظر Marie Ange- Moreau, *op.cit*, p357.

فقد لجأت الشركات المتعددة الجنسيات في سنوات 1980/1970 أمام اشتداد المنافسة حول الأسواق العالمية إلى نقل جزء من الإنتاج نحو الدول ذات الأجور المنخفضة، خاصة كوريا الجنوبية، التايوان، المكسيك و آسيا الشرقية التي تتوفر على نوعية اليد العاملة التي تتميز بالتخصص والكفاءة و الأجر المنخفض و الاستقرار السياسي و قوة العمل المتعلمة.

إلى جانب انخفاض التكاليف الجبائية و الحوار الاجتماعي¹. و سرعان ما تخرج عندما تشعر أن أرباحها ستنخفض إلى دون المستوى السائد في الأسواق. و بهذه العملية تضمن لنفسها استثمار أموالها في الأماكن التي توفر لها أعلى الأرباح². إن سعي الشركات المتعددة الجنسيات إلى امتيازات اجتماعية تنافسية في الأماكن التي تقيم عليها أنشطتها الاقتصادية غالبا ما يكون له انعكاسات قوية على علاقات العمل من حيث:

-إضعاف الحركة النقابية-

أدت سياسة إعادة التوطين بهذا المفهوم إلى تدعيم مكافحة أرباب العمل في المفاوضات مع النقابات، التي كثيرا ما أصبحت تواجه تهديدات بغلق المؤسسات وتحويلها إلى بلدان أخرى، متى لم تتم الاستجابة للتخفيض من كلفة اليد العاملة وهذا في إطار ما يعرف بسياسة ترشيد الأجور، خاصة أمام ضعف التأسيس النقابي و عدم قدرة الطبقة العاملة على التنظيم إلا في إطار وطني، هذا من جهة. و من جهة أخرى قوة الشركات متعددة الجنسيات في إمكانية الانتقال إلى أي مكان بغرض القضاء و التحرر من ما يواجهها من مطالب³.

لقد أدى زحف العولمة إلى نحو آفاق العمل النقابي في كل دول العالم تقريبا، ففي ألمانيا، اشترطت شبكة Braun الألمانية على أجراءها من أجل تفادي نقل الإنتاج تجاوز 36 إلى 39 ساعة عمل يوميا دون زيادة في الأجر، كما عقدت شركات Siemens اتفاق مع نقابات IG سنة 2004 على أن يكون وقت العمل اليومي 35 إلى 40 ساعة دون زيادة في الأجر.

¹ إذا انصبت إستراتيجية توطين الإنتاج إلى أماكن تكون فيها تكاليف نقل هذا الأخير مرتفعة ، يتم تقسيم اجر العامل إلى خمسة، انظر: Alami Hasna , l'entreprise Marocaine Face aux défis de la mondialisation, Thèse de doctorat en sciences économiques, 2005-2006, p49

² - ضياء مجيد الموسوي، المرجع السابق، ص 56.

³ - V. Philippe Robert- démontrond, La gestion des droits de l'homme, édition 2006 p 23 et 24.

و في الولايات المتحدة الأمريكية مثلا، في مدينة نيويورك التي كانت تعتبر على الدوام "مدينة النقابات العمالية" طالبت اتحادات أرباب العمل بتخفيض أجر المستخدمين الجدد بمقدار 40%، ولم تكن نقابة ذوي المهن الحدمية مستعدة للخضوع إلى هذه التخفيضات مخافة أن تؤدي موافقتها إلى دفع أرباب العمل إلى طرد ما لديهم من مستخدمين قدامى وإحلال محلهم عمال جدد بأجر أقل الأمر الذي دفعهم إلى تنظيم إضرابا بلغ ذروته سنة 1996. على إثره أقدمت المؤسسات على تشغيل ما يزيد على 85 ألف عامل في إطار العمل الحفي مقابل أجر ضئيل، بعدما قامت بطرد العمال المضربين، لينتهي الأمر باتفاق يقضي بعودة هؤلاء العمال إلى أماكن عملهم ولكن بأجر يقل بمقدار 20% عن أجرهم السابق، و في هذا تجسيد لكسوف النقابات العمالية في العالم المتطور نتيجة التغيير التكنولوجي السريع و تنقلات رأس المال و الحرية في التجارة العالمية، و تحلل سوق العمل من الضوابط في المجتمعات الصناعية ورخص الأيدي العاملة في بلدان العالم النامي¹.

- سحق الحركة النقابية لجذب الاستثمار الأجنبي

يعد مستوى العمل النقابي من أهم المؤشرات التي تأخذها الشركات الكبرى بعين الاعتبار قبل الإقدام على الاستثمار². أما بالنسبة للدول المستقبلية فيعتبر الاستثمار بالنسبة لها الوسيلة المثلى لنجاح سياسة خصوصية المؤسسات ولو كان ذلك على حساب مكاسب الطبقات العاملة هذا ما يؤكد واقع الاستثمار بالجزائر. والتي اضطرت على غرار باقي الدول النامية، إلى الاستجابة للضغوطات المفروضة من أجل جذب الاستثمار بتقديم إجراءات على الصعيد الاجتماعي و على رأسها تسهيل تسريح العمال و تشغيل المؤقتين بشكل دائم، ممهدة بذلك الأرضية لسحق الحركة النقابية، نظرا لأهمية دورها في تنظيم شروط العمل و تحديد حقوق و التزامات كل طرف من طرفي علاقة العمل و ضمان التفاوض من أجل الحصول على أفضل الأجور التي تحتفظ المؤسسات المعولة بجزء منها لمصلحتها. إلى جانب دورها في التنمية الاجتماعية، من أجل رفع مستوى العمال و تحسين ظروفهم.

يعكس ذلك التنظيم النقابي في الجزائر، حيث انتقدت النقابات المستقلة الوطنية والفيدراليات الدولية للعمال التعسف الذي تمارسه الشركات متعددة الجنسيات على عمال المنطقة الصناعية حاسي

¹ - ضياء مجيد الموسوي، المرجع السالف الذكر ص 63 و 75.

² - V. Philippe Robert Demontrond, *op.cit*, p 21 et 22. et Eddy LEE, *Mondialisation et normes du travail, un tour d'horizon, op.cit.* P189.

مسعود و ما جاورها - التي تضم أكبر تجمع للشركات الأجنبية خصوصا البترولية منها - واعتبرت نشاطها بعيد عن أي رقابة رسمية من طرف مفتشية العمل التي تمثل وزارة العمل. وكذا الرقابة العالية من خلال الفروع النقابية. و لهذا فالشركات الأجنبية تتعامل بقانون دولة داخل دولة.

فعمال هذه الشركات يعاملون كالعبيد ، حيث حرّموا من أن يؤسسوا فروعاً نقابية للمطالبة بحقوقهم خاصة أمام الطرد التعسفي و التحرش الإداري ضد مئات العمال، مما يؤكد عدم احترام هذه الأخيرة إلى جانب الحكومة لقوانين العمل الجزائرية تبعاً لما تؤكد عليه الشركات الأجنبية شركة " كومباس " و " برينيش غاز " بحصولها على المشاريع بطريقة غير قانونية و غير شفافة بعد دفع مبالغ مالية للحصول على مشاريع ، لذا فهم غير ملزمين باحترام القانون منذ البداية حسب التصريح الصادر عن المتحدث عنهم . كل هذا دفع النقابات المستقلة الوطنية و النقابة الفرنسية " سي في تي تي " و الاتحاد الدولي للخدمات العامة الاسبانية " سي جتيل " الى ضرورة احترام القانون و الحق في التمثيل النقابي في أي شركة أجنبية في ظل الطرد التعسفي و عدم تطبيق القرارات القضائية لإعادة إدماجهم في مناصب عملهم¹.

ب - الحرية النقابية و تحديات العولمة في الجزائر

لقد أثبت واقع سوق العمل أن التمثيل النقابي في الجزائر أضحى مجرد حركة عمالية فقدت قوتها التأثيرية، رغم الجهود التي قدمها الاتحاد العام للعمال الجزائريين من أجل إيقاف عملية التسريح². في كثير من الاجتماعات مع الحكومة وأرباب العمل. يرجع ذلك إلى عوامل عدة أهمها:

- العقد الاجتماعي والاقتصادي الذي وقعه الاتحاد العام للعمال و الذي اعتبر بمثابة اتفاق لخنق الحريات النقابية تجاوبا مع طلب الحكومة الخاضعة للمؤسسات المتعددة الجنسيات.

- تحول المركزية النقابية UGTA خلال مرحلة الاستقلال إلى ملحقة للسلطة القائمة، توظفها لأغراضها السياسية و غير أنه بمصالح العمال.

- تراجع نسبة الانخراط النقابي و العزوف عن المشاركة في الحركات الاحتجاجية و تنامي ظاهرة الفر دانية كأحد إفرازات العولمة الليبرالية نتيجة إصدار تعليمات مخالفة للنصوص القانونية فيما يخص الخصم

¹ - جريدة الخبر ، " الشركات الأجنبية تحول حاسي مسعود الى منطقة محرمة " لا تعترف بمفتشية العمل و قرارات العدالة العدد 5870 ، الصادرة بتاريخ 08 جانفي 2010 ، ص 2 .

² - خاصة في فترة دخول الجزائر مرحلة الإصلاحات الهيكلية العضوية و المالية للمؤسسات و ما ترتب عنها من حل 985 مؤسسة من سنة 1994 إلى 1997 و تسريح 519881 عامل و محالين على التقاعد المسبق .

الآلي لأجور العمال المضربين و اعتقال الرموز النقابية و تقديمهم للمحاكمة بتهمة عرقلة حرية العمل و اللجوء إلى الطرد الجماعي¹.

وما حدث أيضا للعديد من العمال المضربين احتجاجا على الأجور المتدنية و الحرمان من منحة المردودية و غيرها من الحقوق حيث تعرض هؤلاء للضرب من قبل قوات الأمن و الدرك في غياب أي تنظيم أو إطار نقابي يتولى الدفاع عن حقوق العمال، هذا ما حدث مثلا لعمال شركة الوطنية للسيارات الصناعية "سوناكوم" بالروبية و عمال مركب الونشريس لصناعة الورق "تونيك"².

مع ذلك تعرف بعض دول العالم انحسارا أشد للحركات النقابية، وصل إلى حد ممارسة العنف و الاغتيال و الإخفاء و التخويف و التحرش لأعضاء النقابات العمالية هذا ما أكدته مجلس إدارة مكتب العمل الدولي، حيث تم تأسيس لجنة الحرية النقابية في 26 مارس 1997، تتشكل من 03 ممثلين عن الحكومة و 03 عن المستخدمين و 03 عن العمال. تعمل هذه اللجنة على مطالبة 20 دولة بمراجعة تشريعات العمل الخاصة بها و تبني معايير جديدة من أجل تسهيل التفاوض الجماعي و إدماج العمال المسرحين في كل من نيجيريا و كولومبيا و التي وصل فيها العنف إلى حد القتل، حيث تم اغتيال ما بين 25 ألف و 30 ألف نقابي. و السودان حيث تم تسريح 95 ألف نقابي. و كذلك الوضع في كل من كوريا و البرازيل و الهند و الباكستان و البيرو و رومانيا و كندا...

إن مطالبة مكتب العمل الدولي بتعديل تشريعات العمل لمباشرة الحركة النقابية و ضمان سلامة يعند اعترافا منه بالنيل من مكاسب الطبقة العاملة. ليظل بذلك الخطر قائما أمام تيار العولمة الجارف. فإذا كانت منظمات العمل تطالب بالإصلاح فالعولمة تفرض بكل قواها التراجع³.

بذلك انحسرت دائرة الحماية الاجتماعية في اتجاهات ثلاث :

-الاتجاه الأول: التضلل المستمر في عدد الداخلين الجدد إلى سوق العمل، الذين يحصلون على فرص عمل في منشآت الاقتصاد المنظم التي توفر قدرا مقبولا من الحماية .

¹- انظر احمد خطاب، الأمين الوطني المكلف بالتكوين النقابي لنقابة المجلس الوطني المستقل لاساتذة التعليم الثانوي والتقتي. CNAPSET. الحريات النقابية و تحديات العولمة.

²- انظر جريدة الخبر "سيدي السعيد ذبحنا في لقاء الثلاثية" العدد 5870 الصادر بتاريخ 08 جانفي 2010 ص 2 و 3 .
³- Revue de travail, Nouveau rapport: Graves violations des droits des travailleurs dans 20 pays, 268^{ème} session du conseil d'administration du BIT, N° 20, Bureau international du travail , magazine de L'OIT .1997 , p 5 et 06 et 07 .

- الاتجاه الثاني: التقليل التدريجي لإعداد العاملين في منشآت الاقتصاد المنظم، التي كانت توفر هذه الحماية، بما فيها اجر مضمون يتزايد بتزايد سنوات الخدمة و الترقية و التقاعد و التامين...

- الاتجاه الثالث: العمل خارج دائرة الحماية الاجتماعية في إطار اقتصاد غير منظم ، بعد إضعاف قدرة العمال على المساومة و التفاوض في الأجور نتيجة انتشار البطالة المترتبة عن التسريح الناتج بدوره عن برامج التصحيح الهيكلي .حسب تقرير مدير مكتب العمل الدولي كان عدد العمال المحميين في العالم في أواسط الثمانينات لم يكن يتجاوز 800 مليون عامل من مجموع القوى العاملة الذي كان يبلغ 2000 مليون عامل و كان هذا يعني أن 60% من مجموع القوى العاملة في العالم لا تستفيد من القوانين التي تنظم الحماية الاجتماعية و أن هذه النسب ترتفع في الدول النامية لتبلغ 77 %¹ ، بما فيها الجزائر و التي تقلصت فيها دائرة الحماية بشكل واضح بعد تطبيق برامج التصحيح الهيكلي.

¹ - يوسف الياس ، المرجع السابق ، ص 43.

تطبيقات آليات دعم التشغيل في الجزائر

خلال خمسين سنة من الإستقلال

د. عبد الله قادية - جامعة معسكر

مقدمة

إن الحديث عن دعم التشغيل في الجزائر أو في أية دولة مستقلة مقترن أساسا بظاهرة أو آفة لم تحدد ضمن المخاطر الإجتماعية التي تؤطرها الإتفاقيات الدولية رقم 102 إلا سنة 1945 و الأمر يتعلق بالبطالة . ارتبط ظهور مفهوم التشغيل بظهور البطالة وتفاقم انعكاساتها السلبية على مختلف جوانب الحياة العادية للفرد والمجتمع بسبب عوامل اقتصادية داخلية وعالمية مختلفة أدت إلى عدم وجود توازن في سوق العمل و اختلال في ميزان العرض والطلب ، الأمر الذي أدى بالكثير إلى تبني مفهوم جديد ألا وهو "قانون التشغيل" .

يعتبر هذا المفهوم حديث النشأة ، إذ ارتبط ظهوره بأزمة التشغيل التي تعاني منها الدول على اختلاف مستويات اقتصادها ومداخلها ، تم تقديمه بداية على أنه فرع من فروع قانون العمل يهتم أساسا بالجانب الاقتصادي . إلا أن توسع مجال تدخله من العمل المأجور إلى العمل غير المأجور جعله فرعاً كاملاً قائماً بذاته يكمل قانون العمل والضمان الإجتماعي تحت عنوان القانون الإجتماعي .

جاء هذا التوسع من مقارنة السياسات البديلة للتشغيل التي تؤدي إلى إنشاء أعمال حرة كمرحلة أولى ، ينتظر منها بل يفرض عليها أن توفر عددا من المناصب المأجورة بحسب الآلية المتبعة ليراعي بذلك قانون التشغيل جانبيين أساسيين ، يمثل الأول في تحمل مخاطر عدم العمل بتأسيس تأمين جماعي لطالبي العمل ، والتي تتعدد أساليب التعامل معها من اعتماد أسلوب المعالجة الاقتصادية - لب مضمون قانون التشغيل - إلى المقاربة الإجتماعية وهو الجانب الذي يتقاطع فيه قانون التشغيل مع القانون الإجتماعي عموماً.¹ و يكمل الجانبان بعضها البعض ، إذ يتم الإعتماد على مجموعة من التدابير والآليات التي تعمل على توجيه التشغيل وترقيته . لذلك تطالب الهيئات العمومية للتشغيل بإشراك كل الفاعلين والشركاء الإجتماعيين في هذا المجال الذي يعبر في حقيقته عن نطاق إختصاص قانون التشغيل² .

إن المتابع لتطور حركة التشريع في الجزائر خلال خمسين سنة من الإستقلال ، سيلحظ وتيرة تطور قانون التشغيل كما سيلحظ إرتباط تطوره بالنظام الاقتصادي المنتهج ونسب البطالة أو حالات اللاعمل المسجلة ، سنحاول في هذه الورقة البحثية

¹ - MAZEAUD Antoine, « Droit du travail », Montchrestien , 5 éme édition , décembre 2006, p 051

² - MAZEAUD Antoine, op . cit. p08.

إبراز التطور الذي عرفته المنظومة التشريعية، من خلال التطرق إلى التطبيقات المختلفة لآليات دعم التشغيل، التي سن مزامينها نصوص تشريعية وتنظيمية مختلفة وشرحت طرق تطبيقها تعليقات إدارية، بل وتدخلت لتحسين مزامينها وفق المطلوب اجتماعات متعاقبة لمجلس الوزراء، لبتأكد اهتمام الإرادة السياسية على أعلى مستوى - من خلال اعتماد القرارات في صورة حافظات مالية بالجملة في قوانين المالية السنوية والتكميلية.

وحتى نغطي الموضوع حقنه من الدراسة سنحاول تتبع تطور آليات دعم التشغيل من خلال تتبع طبيعة النظام الإقتصادي الذي طبقته الجزائر خلال نفس الفترة وهو ما سيجعل خطة الموضوع تنقسم إلى جزئين، يتعلق الأول بالآليات المطبقة خلال النظام الإشتراكي ويخصص الجزء الثاني للآليات المطبقة في نظام إقتصاد السوق، **فأهي تطبيقات آليات دعم التشغيل في كل من النظامين الموجه والمحر؟**

1 - تطبيقات آليات دعم التشغيل في النظام الموجه

شغل تطبيق هذا النظام قرابة الستة والعشرون سنة من تاريخ الجزائر المستقلة التي اختارته كنظام يتلاءم وظروفها، ممددة في الوقت نفسه العمل بالقوانين الفرنسية باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية وهو ما تعارض إلى حد كبير مع اختيارها في مجال القانون الإجتاعي عموما وقانون العمل بصفة خاصة والحل كان في تبنيها لنصوص تتلاءم مع الخيار الإشتراكي في مجال القانون الإجتاعي عموما.

إن المسجل في هذه الفترة هو عدم الحديث عن التشغيل أو عن قانون أو هيئة مستقلة تتكفل به، بالنظر إلى توفر مجموعة من العوامل، أسست لعدم حاجة الدولة إلى البحث عن حلول لمحاربة البطالة لتدني أو عدم تسجيل نسب للبطالة في هذه الفترة على الأقل، ما يؤكد صحة ذلك نقطتين أساسيتين: الأولى هي الصياغة المعتمدة في تشريعات هذه الفترة، تحديدا دستور 1976 الذي نص صراحة على أن العمل حق مضمون. أما النقطة الثانية فتتمثل في هيكلية الإدارة المركزية المكلفة بالعمل والتي ركزت على علاقات العمل، الضمان الإجتاعي والتكوين المهني وأغفلت كثيرا الحديث عن التشغيل.

1.1- هيكلية الإدارة المكلفة بالتشغيل في الإقتصاد الموجه

شهد تنظيم الإدارة المكلفة بالتشغيل خلال هذه الفترة تغييرات متعاقبة، تحكمت فيها عدة عوامل، أهمها البنية الإقتصادية والإجتاعية للجزائر المستقلة، حيث تم تجميع مختلف الإدارات ضمن قطاعات محددة ليتواجد التشغيل ضمنها مع العمل في قطاع سمي بقطاع الشؤون الإجتاعية، الذي ضم كلا من المجاهدين، الشباب والرياضة، الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات و التضامن الوطني والأسرة¹. مع الإحتفاظ دائما بتطبيق القانون رقم 62-157،¹ سلتمر النظر إلى التشغيل كمسألة فرعية تهتم بتنظيمها

¹ - إعدمت هذه الهيكلية بناء على التعيين الحكومي الذي صدر بموجب المرسوم رقم: 62- 01، المؤرخ في 27 سبتمبر 1962 .

الإدارة المسؤولة على العمل التي تواجدت بداية مع الصحة العمومية وقدماء المجاهدين و الشؤون الإجتماعية،² ثم انفصلت كوزارة مستقلة³ تهتم بكل ما يتعلق بالتشغيل دون ظهوره في تسمية الوزارة، كما صدر المرسوم رقم 108-65 الذي أكد فصل وزارة العمل عن وزارة الصحة العمومية وقدماء المجاهدين والشؤون الإجتماعية . و طبعت هذه الفترة بعدم الإستقرار وبتغيرات متعاقبة في هيكله لإدارات المركزية على مستوى الجمهورية، أين حضيت وزارة العمل بحيز معتبر ،بإعتبارها أهم الإدارات المشكلة لقطاع الشؤون الإجتماعية، مع الإكتفاء بتنظيم التشغيل كمسألة فرعية ثانوية.

أدى تغير الظروف الإقتصادية و اللبية إلى إعتاد سياسة الإقتصاد الموجه وإعتاد المركزية في التسيير وهو ما أكدته دستور 1976⁴ الذي أكد على الإختيار الإشتراكي كتوجه إقتصادي كفيل بإعادة بناء الدولة والحفاظة على التوازنات، خاصة الإجتماعية منها، إذ نص على مسؤولية الدولة في ضمان منصب العمل لكل مواطن تتوفر فيه الشروط المقررة قانونا لذلك لم يتأثر قطاع التشغيل من الناحية الهيكلية لسبب بسيط هو تدني نسب البطالة بل عدم كفاية اليد العاملة الجزائرية للمساهمة في بناء التوجهات الإقتصادية الجديدة وتسيير الإدارات العمومية.

إستمر تسيير التشغيل وراء العمل في شكل مسؤولية ثانوية يعنى بها الوزير المكلف بالعمل الذي أضيف له قطاع التكوين المهني بموجب المرسوم رقم 48-81،⁵ وسرعان ما فصل العمل عن التكوين المهني بداية سنة 1982،⁶ وأصبح ينظم في وزارتين مستقلتين هما وزارة التكوين المهني ووزارة العمل التي احتفظت بتنظيم التشغيل،⁷ ليعاد إلحاق التكوين المهني مرة أخرى بالعمل سنة 1984، لكن ضمن وزارة سميت بوزارة العمل والتكوين المهني والحماية الإجتماعية.⁸ مع بقاء التشغيل كمسألة تنظم ضمن مديريات وزارة العمل.

¹ - مدد هذا القانون العمل بالتشريعات الفرنسية بإستثناء ما يتعارض مع السيادة ومع هذا لم تتوافق الأحكام الموجودة به مع الوضعية الإقتصادية والإجتماعية للجزائر المستقلة مما إستدعى صياغة نصوص خاصة .

² - فصل العمل عن الشؤون الإجتماعية والصحة وقدماء المجاهدين بناء على المرسوم رقم 333-64، المؤرخ في 02 ديسمبر 1964، المتضمن تعيين أعضاء الحكومة، جريدة رسمية عدد 55 .

³ - المرسوم رقم 343-64، المؤرخ في 02 ديسمبر 1964، المتضمن إختصاصات وزير العمل، جريدة رسمية عدد 55 .

⁴ - الأمر 97-76، المؤرخ في 24 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور 1976

⁵ - المرسوم رقم 48-81، المؤرخ في 21 مارس 1981، المحدد لصلاحيات وزير العمل والتكوين المهني، جريدة رسمية عدد 12 .

⁶ - المادة 04 من المرسوم رقم 16-82، المؤرخ في 12 يناير 1982، المتضمن تعيين الحكومة، جريدة رسمية عدد 03 .

⁷ - المرسوم 21-82، المؤرخ في 16 جانفي 1982، المحدد لصلاحيات وزير العمل، جريدة رسمية عدد 03

⁸ - ألغت المادة 14 من المرسوم رقم 342-82، المؤرخ في 17 نوفمبر 1984، المتضمن صلاحيات وزير العمل والتكوين المهني، جريدة

رسمية عدد 59، النصوص المخالفة لآسيا المرسوم رقم 21-82 و 25-82

⁸ - المرسوم رقم 343-82، المؤرخ في 17 نوفمبر 1984، المتضمن صلاحيات وزير الحماية الإجتماعية، جريدة رسمية عدد 59 .

صدر سنة 1989 المرسوم رقم 114-89¹ الذي أعاد تنظيم وزارة العمل وألحق بها صراحة التشغيل و الشؤون الإجتماعية ملغيا بذلك النصوص السابقة²، حيث أصبح التشغيل يظهر في تسمية الوزارة المكلفة بالعمل مع تنظيمه في مديرية رئيسية تنقسم بدورها إلى مديريات فرعية.

النتيجة

ظهر التشغيل في الإدارة المكلفة بالعمل وحيارته على مكان في تسميتها ومديريات فرعية منذ سنة 1989، ليس مجرد تنظيم هيكلي بقدر ما هو تعبير عن بداية تغير النظرة لهذا القطاع الحساس وإعتباره أولوية لا بد من مراعاتها ، وقد تعددت الأسباب التي مهدت لذلك ولدخول الجزائر المرحلة الثانية من تطورها كدولة مستقلة و الأمر يتعلق بتغيير النظام الإقتصادي وتراجع مفعها في ضمان منصب العمل والإكتفاء بتوفيره، أي الإنتقال من الضمان المباشر للعمل إلى الدعم أو الضمان غير المباشر وهو ما يعني ضرورة تبنى قانون واضح للتشغيل يواجه ظاهرة البطالة التي بدأ تفشيها مع بداية الأزمة العالمية لسنة 1986 .

2.1 - برامج التشغيل المطبقة خلال الإقتصاد الموجه

عكفت الدولة منذ الإستقلال وطيلة تطبيقها لنظام الإقتصاد الموجه على تحمل مسؤولياتها كاملة في توفير منصب العمل الملائم لكل مواطن قادر عليه ومستوف لشروطه، بل كانت تهتم بالموارد البشري من خلال تخصيص ميزانية معتبرة لتكوين الأطارات ولإيد العاملة الفنية من خلال عقد الإتفاقيات و إرسال البعثات إلى الخارج. وهو السبب الذي جعل عروض العمل تفوق الطلبات. و قد ساهم الوعي الإقتصادي الذي تميز به القائمين على تسيير البلاد في ضمان توفير مناصب العمل بما يتلاءم وطبيعة الإقتصاد الوطني الذي اعتمد أساسا على قطاعي الفلاحة والصناعة خاصة الثقيلة التي عرفت تطبيق العديد من البرامج.

1.2.1 البرامج المطبقة في القطاع الفلاحي خلال الفترة الممتدة من 1962-1989

عرف القطاع الفلاحي في الجزائر خلال هذه الفترة تنظيماً عديدة يمكن إجمالها في الآتي :

- نظام التسيير الذاتي: صدر قانونه في 1963 حيث قام الفلاحون بالعمل في المزارع التي تركها المعمرين كما قامت الدولة بتعيين المسؤولين وكان لهم أجر، وهو ما سمح بإمتصاص أغلب اليد العاملة على إعتبار أن جل الجزائريين حرموا من التعليم و التكوين طيلة الإستعمار وكان توجههم فلاحي رعوي.

_ الثورة الزراعية: صدر قانونها في 1971-11-08 تحت شعار الأرض لمن يخدمها حيث تم تحديد الملكيات الكبرى بشرط عدم ممارسة نشاط آخر ووزعت الأراضي والمواشي على الفلاحين، الذين إستفادوا من إعانة مالية شهريا مقابل بيع الإنتاج إلى

¹ - المرسوم رقم 114-89 ، المؤرخ في 04 يوليو 1989 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة العمل والتشغيل و الشؤون الإجتماعية،

² - ألغت المادة 17 من المرسوم 114-89 النصوص السابقة أي مراسيم سنة 1984 و 1985 .

مؤسسة فلاحية تابعة للدولة، وهو ما اعتبر دعماً مباشراً للتشغيل من خلال مد اليد العاملة الممتثلة في الفلاحين والموالين بالإمكانيات المالية والمادية اللازمة، أين كان يتم التعاقد المباشر بينهم وبين الدولة.

ـ **إستصلاح الأراضي:** صدر قانون حيازة ملكية الأراضي المستصلحة بشرط خدمتها في 13-08-1983 بهدف توسيع الأراضي الزراعية وزيادة الإنتاج الفلاحي، تشجيعاً من الدولة وتحفيزاً منها للمبادرة بتوفير الإنتاج وقبله اليد العاملة .

ـ **المستثمرات الفلاحية:** صدر قانونها في 08-12-1987 حيث تم توزيع الأراضي المسيرة ذاتياً على مجموعة من الأفراد كما يمكن الإستفادة فإرهن حرية تصريف الإنتاج، باستثناء الحبوب والتمويل يكون من طرف البنوك ودفع قيمة العقارات ووسائل الإنتاج للدولة. وقد حاولت الدولة طيلة هذه الفترة التدخل من أجل سد الثغرات التي كانت تظهر في أي برنامج مطبق وعلى الرغم من مساوئ تطبيق مثل هذه البرامج في بلدان العالم الثالث -تذكر- إلا أنه سجل الإكتفاء في مناصب العمل ولم يبرز التشغيل كسألة مستقلة تحتاج الحلول.

2.2.1 البرامج المطبقة في القطاع الصناعي خلال الفترة الممتدة من 1962-1989

بنيت سياسة التصنيع في الجزائر على ضرورة الإهتمام بالصناعات خاصة الثقيلة منها وهذا بعد تأميم المحروقات وبسط السيادة الكاملة على ثروات البلاد، وهي الفترة التي عرفت تطبيق برامج تنموية في شكل مخططات، تحمل أهدافاً مسطرة تحقق على فترات زمنية محددة، الأمر الذي ساهم إلى حد ما في إعاش سوق العمل بالمناصب المتنوعة لكل الفئات والمستويات، مع التشديد على الرسكلة والتكوين بالخارج وهذا ما يمكن توضيحه وفق التسلسل الزمني كالتالي:

ـ **الفترة الأولى (1962-1966):** وتعرف بمرحلة البناء القاعدي للصناعة حيث تم فيها تأميم المعادن سنة 1966، إصلاح وإعادة تشغيل المصانع المعطلة، إستقدام الإطارات من الخارج للإشراف على تنظيم وتسيير القطاع الصناعي.

الفترة الثانية (1967-1989): تعرف بمرحلة التخطيط المركزي حيث تم إنجاز خمسة مخططات شاملة، أجمعت كلها على التصنيع:

- **المخطط الثلاثي 1967-1969:** هدفه توسيع القاعدة الصناعية بإقامة صناعات ثقيلة وتكوين الإطارات وإرسال البعثات إلى الخارج.
- **المخطط الرباعي الأول 1970-1973:** من بين ما نص عليه هذا المخطط: التوسع في المشاركة الصناعية -زيادة الميزانية المخصصة للقطاع الصناعي -زيادة قيمة الإستثمارات- تأميم المحروقات يوم 24_02-1971 بهدف التحكم في الثروات الطبيعية
- **المخطط الرباعي الثاني: 1974-1977** عني بإكمال المشاريع المتبقية في الرباعي الأول و العمل على زيادة الإنتاج الصناعي.
- **المخطط الخامس الأول: 1980-1984** تم إعادة هيكلة المؤسسات الكبيرة (تقسيمها إلى وحدات متخصصة)

▪ المخطط الخامس الثاني: 1985-1989 يستهدف التحكم أكثر في وسائل الإنتاج و مساندة التكنولوجيا الصناعية العالمية.

النتيجة

ساهمت المخططات السابقة في توفير اليد العاملة المؤهلة وغير المؤهلة، غير أن المسجل في نهاية هذه المرحلة أي مرحلة الإقتصاد الموجه عموما هو تكديس المشاكل وتراكم الإهمال و التسبب وعدم تحقيق البعد النوعي المرجو في كل المجالات، الفلاحية أو الصناعية معقابي ظاهرة الإبتكال وعدم المسؤولية، وهو ما أدى إلى الانفجار الإجتماعي الذي تولد بمجرد الإعلان عن فشل النظام الإشتراكي وضرورة إستبداله بنظام آخر يشجع على المبادرة ونبذ الإبتكال من خلال العمل الحقيقي، وسرعان ما ظهر مفهوم جديد هو مفهوم البطالة المقنعة، أي وجود يد عاملة أكثر من المناصب المتوفرة، ما تزامن مع ظهور التشغيل كمسألة جديرة بالاهتمام.

2 - تطبيقات آليات دعم التشغيل في إقتصاد السوق

سرعت الأزمة العالمية لسنة 1986 و التراكبات الإجتماعية التي عرفها المجتمع الجزائري خلال هذه الفترة من وتيرة التغيير السياسي و الإقتصادي، حيث صدر دستور 1989 الذي ظهر بملامح توجه تعددي منفتح على الجانبين السياسي والإقتصادي. أبرز ما تضمنه الدستور التعددي الاعتراف بالحق في العمل مع الإكتفاء بضمان حمايته في حال توفره، أي أن الدولة لم تصبح مسؤولة عن الضمان المباشر لمنصب العمل وهذا طبيعي لأن الأمر يتعلق بأهم تطبيقات إقتصاد السوق في علاقات العمل.

في المقابل تزايدت حالات الاعمى وأضحى البطالة مفهوم قديم جديد يطغى على إنشغالات عوام المواطنين ومازاد الأمر تعقيد كثرة البطالة المقنعة في الوقت الذي تراكت فيه ديون الدولة وإنهارت مؤسساتها الكبرى، ما تتطلب إعتقاد سياسة إقتصادية واضحة، تأخذ بعين الإعتبار ملف التشغيل وبالفعل أعيد النظر فيه، من خلال الشروع في تسطير سياسة تشغيل نسبية، إرتسمت معالمها تدريجيا طيلة الفترة الممتدة من 1990 إلى غاية اليوم، من خلال تخصيص إدارة مكلفة بالتشغيل مع تحيين تدخلاتها في كل مرة و لمتاد جملة من الآليات والتدابير المساهمة في توفير مناصب العمل.

1.2 هيكلية الإدارة المكلفة بالتشغيل في إقتصاد السوق

تقرر إصلاح مهام الوزارة المكلفة بتنفيذ سياسة التشغيل تنفيذاً للمخطط الوطني لسنة 1990 حيث تم إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 89-114، الذي يحدد صلاحيات وزير العمل والتشغيل والشؤون الاجتماعية، ليعوض بالمرسوم التنفيذي رقم 90-162، الذي فصل بين قطاع العمل والشؤون الاجتماعية من جهة وقطاع التشغيل من جهة أخرى. ليشهد تنظيم قطاع التشغيل على المستوى المركزي مجموعة من التغييرات، عبرت في مجملها عن حداثة التجربة الجزائرية في توظيف مفاهيم السياسة الإقتصادية المبينة على أسس إقتصاد السوق في عمل الإدارة و تنظيمها.

تمت هيكلة المصالح المكلفة بترسيم سياسة التشغيل في شكل مديريات رئيسية ، تضم مديريات فرعية ، بناء على المرسوم التنفيذي رقم 90-164¹ ، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارتي الشؤون الاجتماعية والتشغيل ، ونظرا لطبيعة الوزارة المكلفة بالتشغيل تم إعتاد تنظيم مشترك بين الوزارتين حيث تضمن الإشتراك ، كل من الأمانة العامة والمفتشية العامة للعمل مع تخصيص ديوان لكل وزير أما عن الهياكل المتبقية أي المديريات ، فقد تضمن التنظيم المركزي سبع مديريات رئيسية ، إشتراك الوزارتين في ثلاث مديريات هي : مديرية الدراسة والتخطيط ، مديرية الدراسات القانونية والتعاون و مديرية إدارة الوسائل.

يقوم تنظيم الإدارة المركزية للوزارة المنتدبة المكلفة بالتشغيل أساسا على مديرية تنظيم التشغيل التي تضم بدورها أربع مديريات فرعية ممثلة في : المديرية الفرعية لتنظيم سوق العمل ، المديرية الفرعية لترقية التشغيل ، المديرية الفرعية للتأهيل والتكوين والمديرية الفرعية للمراقبة والتأهيل.² و ساعد توزيع المديريات الفرعية على تجسيد سياسة التشغيل المنتهجة ، التي يكفي للتحكم فيها تنظيم سوق العمل وتأطيره . غير أن إبتاع مثل هذا التنظيم - أي الوزارة المنتدبة في هذه الفترة بالذات - يفتح المجال لإبداء عدة ملاحظات أهمها :

- طبيعة العمل بالانتداب تستدعي ضرورة الإرتباط الإداري بوزارة أخرى .
- حداثة التجربة الجزائرية في مجال إعداد السياسة العمومية للتشغيل في هذه الفترة والعوامل الإقتصادية و الإجتماعية المتحركة ، يجعل مثل هذا التنظيم مقبول ، لتحقيقه نسبة معينة من الأهداف المسطرة .
- الإعتاد على مندوبيات التشغيل التي تم تنصيبها على المستوى المحلي كقيل بأن يسد النقص في حالة وجوده .

بعد مرور فترة زمنية قصيرة على إنشاء وزارة منتدبة للتشغيل تتولى بمعية وزارة الشؤون الاجتماعية إعداد السياسة العامة للقطاع ، تم العدول عن هذا التنظيم ليعاد ضم التشغيل للعمل والحماية الاجتماعية مع إضافة قطاع آخر لا يقل أهمية عن سابقه ألا و هو قطاع التكوين المهني ، ليتولى الوزير المكلف بالعمل والحماية الاجتماعية والتكوين المهني إعداد السياسة العامة للتشغيل و تنفيذها في القطاعات الأربع بناء على المرسوم التنفيذي رقم 96-406³ ، تمت هيكلة الإدارة المكلفة بالتشغيل ضمن هذا التنظيم ، في

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 90-164 ، المؤرخ في 02 يونيو 1990 ، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارتي الشؤون الاجتماعية

والتشغيل ، جريدة رسمية عدد 23 ، سنة 1990

² - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 90-164 .

³ - المرسوم التنفيذي رقم 96-406 ، المؤرخ في 19 نوفمبر 1996 ، المتضمن تحديد صلاحيات وزير العمل و الحماية الاجتماعية والتكوين

المهني ، جريدة رسمية عدد 71 ، سنة 1996

شكل مديرية عامة للتشغيل ضمت مديرتين أساسيتين هما : مديرية تنظيم التشغيل ومديرية ترقية التشغيل ، تعمل كل منها ضمن ثلاث مديريات فرعية¹.

إن تقييم التنظيم المركزي للوزارة المكلفة بالتشغيل بناء على النصوص المعتمدة سنة 1990 والتعديلات التي تم إدراجها سنة 1996 لا يظهر فرقا كبيرا في السياسة المعتمدة لأن الفرق في التنظيمين ليس كبيرا ، حتى ولو كان عمل المديرية العامة للتشغيل في التنظيم الثاني أوسع من عملها في التنظيم الأول ، إلا أن نجاعة التنظيم الأول ظهرت من خلال درجة الإستقلالية وحجم المهام الموكلة إلى المكلف بالقطاع ، هذه الأخيرة - مهمة تنظيم التشغيل - اجتمعت في التنظيم الثاني مع مجموعة من القطاعات تتفاوت من حيث الأهمية والرهانات المطلوب منها كسبها وهذا ما قد يقلل من فرصة تحقيق نتائج عملية ملموسة.

إن عدم الإستقرار في تنظيم الإدارات المركزية في الجزائر عموما وفي قطاعات العمل والتشغيل والتكوين المهني بدرجة أخص ، يرجع إلى طبيعة الفترة في حد ذاتها ، أين شهد النظام الإقتصادي الجزائري تغييرا جذريا أدى بالتبعية إلى ضرورة تغيير نمط الإدارة والتسيير. كما أدت الظروف الموجودة إلى الظهور التدريجي للسياسات البديلة للتشغيل ، كحل تتدخل من خلاله الدولة

¹ إلى جانب المديرية العامة للتضامن الوطني المقسمة إلى أربعة مديريات رئيسية ، توجد مديريات أخرى ، تعبر من خلال هيكلتها على الترتيب

العصري للإدارة المركزية و تقصد بذلك:

-مديرية التخطيط و الدراسات الإحصائية و المعلوماتية ، التي تعتبر من أهم المديريات لأنها بمثابة تعبير صريح عن الإصلاح العصري ، لاحتوائها على عدد من المديريات الفرعية المقسمة إلى مجموعة من المكاتب كالاتي:

* المديرية الفرعية للتخطيط و الدراسات الإحصائية ، التي تتشكل من:

-مكتب إعداد البرامج القطاعية لإنتاج الإحصائيات.

-مكتب بنك المعطيات.

* المديرية الفرعية لبرامج التجهيز و تتشكل من:

-مكتب برامج التجهيز ذات التسيير المركزي.

-مكتب متابعة تسيير الاستثمارات.

* المديرية الفرعية للمعلوماتية و الوثائق و الأرشيف و تعمل ب:

-مكتب تطوير التطبيقات المعلوماتية.

-مكتب تسيير الشبكة المعلوماتية.

-مكتب الوثائق و الأرشيف.

يوجد إلى جانب ما ذكرناه ، مديريات أخرى تعمل كلها في نفس السياق و هي:

-مديرية التنظيم و المنازعات و التعاون.

-مديرية الموارد البشرية.

-مديرية المالية و الوسائل.

عن طريق المساهمة في خلق مجموعة من الأهمزة تعمل على التخفيف من حدة الأزمة والتقليل من تبعات البطالة ، وهذا ما جعل الإدارة تعيد حساباتها في إعطاء الإستقلالية لقطاع التشغيل أو ضمه لقطاعات أخرى.

إستمر الوضع على حاله - الفصل بين وزارتي التشغيل والعمل مع التغيير في التسمية - إلى غاية 2003 ، التاريخ الذي شهد فيه إقتصاد الدولة ومؤسساتها المختلفة نوعا من الثبات والاستقرار. و استكمالا لوتيرة الإصلاح إيماناً منها بضرورة الاهتمام بملف التشغيل إعمدت الدولة إصلاحا يتسم بنوع من العصرية ، تم تأطيره بموجب المرسوم التنفيذي رقم 108-03¹ ، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التشغيل والتضامن الوطني .

إن تقسيم الوزارة بين التشغيل والتضامن الوطني جعل سياسة التشغيل المطبقة تجمع بين المعالجة الإقتصادية والمعالجة الإجتماعية لكل ماله علاقة بملف التشغيل وللوقوف على ذلك قسمت الإدارة المكلفة بالتنفيذ إلى ستة مديريات رئيسية² حيث خص التشغيل بالمديرية العامة للتشغيل والإدماج المهني .

إن المقارنة بين هذا التنظيم و التنظيم السابق - أي تنظيم ما قبل 2002 وبالتحديد تنظيم 90-164 غير متوازنة، لسبب بسيط يرجع إلى طبيعة الظروف التي شهدتها كل تنظيم ، إلا أن هذا لا يمنع من إدراج موقف البعض من فقهاء القانون، المهتمين بدراسة السياسات العمومية للتشغيل في بلدان المغرب العربي ومنهم باريبي جون بول **Barbier, Jean-Paul** الذي يرى أن فصل التشغيل عن العمل وإدراجه مع وزارة التضامن الوطني أمر غير منطقي، بالنظر إلى نوعية النتائج التي سيحققها القطاع أيا كانت طبيعة الإصلاحات المطبقة . ذلك أن معالجة ملف التشغيل سيطغى عليه الجانب الاجتماعي بدلا من الجانب الاقتصادي وهذا ما يجعل الحلول المتوصل إليها حولا مؤقتة تأزم من وضعية الأمور على المدى الطويل³ .

¹ المرسوم التنفيذي رقم 108-03، المؤرخ في 05 مارس 2003 ، المحدد لتنظيم الإدارة المركزية في وزارة التشغيل و التضامن الوطني

جريدة رسمية عدد 20 ، سنة 2003

² مديرية تنظيم التشغيل ، وتتكون من:

المديرية الفرعية للدراسات و التنظيم و التعويض .

المديرية الفرعية للحركات الترحالية .

المديرية الفرعية للتأهيل و إعادة الإدماج المهني .

مديرية ترقية التشغيل ، و تتكون من:

المديرية الفرعية لبرامج التشغيل الخاصة

المديرية الفرعية لسياسات ترقية التشغيل .

المديرية الفرعية للإدماج و التقييم المهنيين

³ - BARBIER, Jean-Paul ; « L'intermédiation sur le marché du travail dans les pays du Maghreb »; BIT, Geneve, 2006 ,p 73

صنع هذا التقسيم كحل لامتنصاص الكلفة الإجتماعية الناتجة عن برامج الاستقرار والتعديل الهيكلي. إلا أن التسيير المؤقت لإنعكاسات ذلك على المستوى الإجتماعي، لم يحل محل سياسة حقيقية للتشغيل قائمة على تتبع الحركة الجديدة التي تطلبها سوق العمل لتتأكد حقيقة التغيير¹. و تعد سنة 2008، محطة مهمة في مسار الإصلاح المتبع من قبل الدولة في مختلف المجالات عموماً وفي قطاع التشغيل على وجه الخصوص، إذ تقرر على إثر الإنتخابات التشريعية لسنة 2007، ضم وزارة التشغيل إلى وزارة العمل والضمان الإجتماعي، في إعلان نهائي عن تبني سياسة تشغيل واضحة.

2.2 - برامج التشغيل المطبقة في اقتصاد السوق

تستدعي طبيعة المرحلة التي طبقت فيها الخزائر سياسة فئصاد السوق، تتبع الاليات المطبقة في مجال دعم التشغيل الذي تقرر بناء على تغير موقف الدولة و لتقاله من الضمان المباشر لمنصب العمل إلى الضمان غير المباشر أو الدعم المسبق للتشغيل، غير أن الموقف الجديد للدولة لم يطبق على إطلاقه بل تطلب ضرورة اعتماد مجموعة من الحلول في محاولة للتقليل من الإنعكاسات السلبية على المستوى الإجتماعي تحديداً، من خلال إعتاد ما عرف بالسياسات البديلة للتشغيل التي شكلت مجموعة من البرامج والاليات تفاوتت نجاحها. وحتى تبيين ذلك، لابد من تقسيم الفترة الممتدة من 1989 إلى نهاية 2013 إلى مرحلتين متعاقبتين، تمتد المرحلة الأولى من 1990 إلى 1998 والثانية من 1999 إلى 2014.

1.2.2 - البرامج المطبقة خلال الفترة الممتدة من 1990 - 1998

تنعكس دراسة التنظيم الهيكلي للإدارة المكلفة بالتشغيل على نوعية البرامج المطبقة، حيث أدى تغير تبعية التشغيل بين العمل والحماية الإجتماعية تارة والتضامن الوطني تارة أخرى إلى تغير مستمر في تنظيم الإدارة المكلفة بالتشغيل وتغير الوصاية على الهيئات المكلفة بتنفيذ البرامج بالتبعية، كما أن الجمع بين المقاربة الاقتصادية و المقاربة الإجتماعية أدى إلى إختلاف الرؤى حول نوعية مناصب العمل المتوفرة والتي إتسمت في الغالب بالمؤقتة و الظرفية. من هذا المنطلق تنوعت البرامج المنفذة، من برامج للدعم الإجتماعي التي تضمنت بدورها برامج للشبكة الإجتماعية وأخرى للتنمية الإجتماعية، التي عرفت إصدار العديد من النصوص التشريعية والتنظيمية بلغت ذروتها سنة 1996 لتصل إلى حوالي الـ 36 نص تنظيمي فقط² إضافة إلى برامج مكافحة البطالة وترقية التشغيل، التي تعددت لتشمل التشغيل المجاور بمبادرة محلية، الأشغال المنفعة العامة للإستعمال المكثف لليد العاملة، القرض المصغر، عقود ما قبل التشغيل.

¹ DUAFOUR Michel, "La reforme des service du ministère du Travail charges de l'emploi", Droit de la sécurité sociale N 06, juin 1975, p 05.

² أهم النصوص، المرسوم التنفيذي رقم 232-96، المؤرخ في 29 يونيو 1996، المتضمن إنشاء وكالة التنمية الإجتماعية ويحدد قانونها الأساسي.

ساهم تقاطع النوعين من البرامج إلى اشتراك في الهيئات المسؤولة على التسيير ، التمويل والتنفيذ إلا أن التركيز في هذا الجزء من الدراسة سيكون حول برامج مكافحة البطالة وترقية التشغيل ، التي قدمت أغلبها في شكل برامج أو آليات اختلفت الهيئات المشرفة على تنفيذها.

الفرع الأول : برنامج تشغيل الشباب

تضمن برنامج تشغيل الشباب استخدام الشباب بشكل مؤقت في ورشات المنفعة العامة المنظمة من طرف الجماعات المحلية والمديريات الوزارية المكلفة بقطاعات الفلاحة ، الري الغابات البناء والأشغال العمومية وتكوين طالبي العمل لأول مرة ، تسهيلات لإدماجهم في الحياة المهنية. و تم تمويل برنامج تشغيل الشباب من قبل الدولة عن طريق صندوق إعانة تشغيل الشباب ، وقد حددت الإعانات المقدمة حسب عدد المستفيدين ومستوى الأجور الذي تم ربطه بالحد الوطني الأدنى المضمون الساري المفعول آنذاك ، مهما كان مستوى تأهيل المرشحين. و قد كشف تطبيق برنامج تشغيل الشباب على المستوى النوعي ، عن وجود عدة نقائص مرتبطة بمركزية نظام تسيير وتخصيص موارد الصندوق وعدم إشراك مختلف المتدخلين من ميهم الأمر ، بسبب غياب هيئة تتكفل بتوجيه وتنسيق العمل بينهم ، وهو ما جعل المناصب المفتوحة غير منتجة ولا يكتسب منها التأهيل المطلوب.

الفرع الثاني : برنامج الإدماج المهني للشباب.

تقرر إنشاء برنامج الإدماج المهني للشباب بموجب المرسوم التنفيذي رقم **143-90** ، كخطوة جديدة للبحث عن حلول فعّلة لمشكل البطالة ، باستهدافه إزالة النقائص التي أظهرها برنامج تشغيل الشباب من خلال تركيز الشراكة المحلية حول سبل التكفل بالإدماج المهني للشباب. في نفس السياق ومن أجل إعطاء دفع لعملية الإدماج المهني ، تم فتح حساب التخصيص الخاص الذي يحمل الرقم **049 - 302** بعنوان "صندوق المساعدة لتشغيل الشباب" ،² كمصدر مالي للتمويل وكان الوزير المنتدب المكلف بالتشغيل آنذاك الأمر الرئيسي بالصرف له تنوعت إيرادات الصندوق ، من المساعدة المخصصة من ميزانية الدولة إلى حاصل الرسوم الإضافية المخصصة للصندوق ، زيادة على جميع المساهمات الأخرى لفائدة برنامج الإدماج المهني للشباب. وعلى ذلك اشتمل الجهاز على آليتين أساسيتين هما : التشغيل المأجور بمبادرة محلياً ، نشاء النشاطات بواسطة التعاوانيات.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم **143-90** ، المؤرخ في 22 مايو 1990 ، المتضمن ترتيبات الإدماج المهني للشباب ، و يحدد القانون الأساسي لمدوب تشغيل الشباب ، جريدة رسمية عدد 21 ، سنة 1990

² - المرسوم التنفيذي رقم **144-90** ، المؤرخ في 22 مايو 1990 ، يعدل و يجم المرسوم التنفيذي رقم **33-89** ، المؤرخ في 21 مارس 1989 ، يحدد كليات سير حساب التخصيص الخاص رقم **309 - 049** صندوق المساعدة لتشغيل الشباب ، جريدة رسمية عدد 21 ، سنة 1990 .

أ - التشغيل المأجور بمبادرة محلية

يعتبر التشغيل المأجور بمبادرة محلية أداة إدماج أولية تهدف إلى جعل الشباب طالبي العمل لأول مرة دون تأهيل علمي أو مهني ، يكتسب خبرة مهنية تؤهله الدخول إلى عالم الشغل وهذا ما قد ينعكس إيجاباً على مستقبله المهني .يتم إنشاء هذا النوع من البرامج عن طريق اقتراح مشاريع للمنفعة العامة من قبل الجماعات المحلية ، ليتم تنفيذها على شكل ورشات عمل موزعة بين قطاعات الخدمات الإدارة، البناء والأشغال العمومية وبدرجة أقل بالنسبة لقطاعي الفلاحة والصناعة .وهو ما يمكن من فتح مناصب عمل دائمة حتى ولو كانت نسبتها ضعيفة.¹

ساهمت المرونة المتبعة في تسيير هذا النوع من البرامج والتي كرستها النصوص ، من حيث إختيار المشاريع وطبيعة الأشغال ومدتها من جعله الأداة الملائمة لتدعيم الجماعات المحلية في نشاطاتها ، لصيانة التجهيزات الجماعية والهياكل الإجتماعية وتأطير الحياة. ولتحسين الفعالية سطرت إجراءات جديدة للتكفل بالنفقات المرتبطة بالوظائف المأجورة بمبادرة محلية ، بمقتضى تعليمية المديرية العامة للخزينة رقم 31 الصادرة بتاريخ 26 أوت 1996 والتعلية رقم 37 الصادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1996 ، التي اعتمدت مبدأ التخصيصات المالية إلى غاية سقف تحدده الوزارة المكلفة بالعمل عن كل ولاية على أساس معايير إقتصادية وإجتماعية دقيقة.² ساعدت المعايير الموظفة على تحقيق التوازن ما بين الولايات خلال الفترة الممتدة من 1990 - 1996 ، لتشهد الفترة الممتدة من 1997 إلى يومنا هذا:

¹ - سجل قطاع الخدمات نسبة 52 ٪، هيمنة القطاع هي انعكاس عن الحصة التي يحتلها سكان المدن الذين تزايد عددهم وهو عامل يساهم في نمو الخدمات. الإدارة بنسبة 23 ٪. يفسر بلجوء البلديات و الدوائر و الولايات الى هذا النوع من الاستخدام لتعويض العجز في المناصب المالية. البناء والأشغال العمومية و السكن بنسبة 22 ٪ وهي نسبة في ارتفاع مستقر نظرا لارتباطها بالبرامج التنموية و صيانة الهياكل الاجتماعية وتحسين إطار المعيشة. الفلاحة بنسبة 06 ٪ و الصناعة بنسبة 02 ٪ قطاعات لا تمثل اولوية للجماعات المحلية.

- تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي حول تقييم اجهزة التشغيل ، ص 78
يتمثل في:

- الحفاظ على تشكيل الحارطة الوطنية للوظائف المأجورة بمبادرة محلية المحققة خلال الفترة الممتدة من 1991 إلى 1996 مع الحرص على تقليص الفوارق بين الولايات.

- تحليل الاستهلاك الفعلي للأموال التي توضع في خدمة مندوبي الولايات لتقويل البرنامج خلال نفس الفترة.
الإعتبار للحدود القصوى التي يتيحها السقف الوطني للنفقات بمقتضى البرنامج.
سمح توظيف المعايير السابقة ب:

- إعادة توازن التخصيصات المالية من حيث مناصب الشغل التي تجسدت ، بخفض الفوارق ما بين الولايات لتستفيد من حصص تراوحت بين 1000 إلى 1500 منصب فعلي.

- ضبط دورية ترخيص النفقات لمدة ستة أشهر عوض اثنتي عشرة شهرا، لأجل إجراء عملية إعادة التعديل السنوية للحصص المخصصة، وفق معايير عديدة لا سيما المالية منها) كنسبة إستهلاك القروض ، طلبات التمويل الإضافية... الخ)

انخفاض عملية الإدماج بنسب متسارعة سنويا.

ارتفاع حصة العنصر النسوي من إجمالي عمليات الإدماج مقارنة مع الذكور.

انخفاض مستوى التمويل بسبب القيود المالية مع تقليص حجم النفقات المخصصة من قبل الدولة ، لتصبح الحصص المعلن عنها غير كافية لتلبية حاجيات كل ولاية مع العلم أنه تم استبدال إجراء طلب الأموال الذي كان يلجأ إليه مندوبي التشغيل، بألية جديدة ، تحدد دوريا مستوى النفقات الموافقة لحصة مناصب العمل المصادق عليها من قبل الولاية.

تعتبر ألية التشغيل المأجور مبادرة محلية بوضوح عن المقاربة الإجتماعية والإقتصادية التي يعالج بها مشكل البطالة، إذ يعتبر الإنفاق العام مصدرا أساسيا لتمويل التشغيل. حيث يسمح هذا النوع من الحلول بتوفير حد أدنى من الإدماج، إلا أنه لا يساهم بحلول فعلية ونهائية والدليل على ذلك التذبذب وعدم التوازن في المناصب المفتوحة على مستوى القطاعات أو بين الولايات. ومع هذا يبقى هذا النوع من الآليات الوسيلة الأكثر ترجيحاً لدى الشباب الذين لا يتمتعون بأي مؤهل علمي أو مهني من المتواجدين في المناطق المحرومة.

ب - نظام إنشاء نشاطات بواسطة التعاونيات الشبانية

جاء تنظيم هذه الآلية بهدف إنشاء مناصب عمل دائمة ضمن إطار شفاف يتسم بالمبادرة النابعة من صاحب المشروع، كفكرة أولية تنهي بتجسيده في شكل قانوني يتمثل في تعاونية فردية أو جماعية. يسعى هذا النوع من البرامج إلى إستغلال إمكانيات التشغيل المتوفرة على المستوى المحلي والقطاعي و استثمارها في شكل مشاريع خاصة تعتمد على الشراكة ورفع الحس بالمسؤولية لدى الشباب المستفيد لأجل ترقية روح المبادرة وإنشاء النشاطات.

سمحت الثغرات التي تم اكتشافها من خلال تطبيق آليات الإدماج المهني والإقتناع بأن التشغيل عملية تتحكم فيها عوامل أفرزتها المفاهيم الإقتصادية الجديدة، من التغيير النسبي لنمط معالجة السلطات العمومية لمشكل البطالة، ما دفعها إلى ضرورة التخفيف من المنطق الإجتماعي عند تبني البرامج والآليات الهادفة إلى ترقية التشغيل ودعمه لتحل الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب محل برنامج الإدماج المهني للشباب، مؤسسة بذلك لمحاربة البطالة من منطلق إقتصادي، بالاعتقاد على الإستثمار عن طريق المؤسسة المصغرة كأفضل صيغة لإنشاء النشاطات.

الفرع الثالث: أشغال المنفعة العامة ذات الإستعمال المكثف للبيد العاملة

بتمويل أولي من البنك الدولي للإنشاء والتعمير في إطار الاتفاقية المبرمة بينه وبين الدولة الجزائرية حول دعم تمويل الشبكة الاجتماعية، خصص جزء مهم من الدعم إلى برنامج أشغال المنفعة العامة التي تقتضي بيدا عاملة كثيفة، كما تم إبرام اتفاقية أساسية ما بين قطاعات، العمل والحماية الاجتماعية والتكوين المهني، الداخلية والجماعات المحلية والبيئة، التجهيز والتهيئة العمرانية، الفلاحة والصيد البحري. حددت بموجبها مسؤولية القطاعات التي يعهد لها بالتسيير وتنفيذ البرامج بعد تعيينها، كما تم إنشاء الصندوق الإجتماعي للتنمية أين اعتبر وزير العمل الأمر الرئيسي بالدفع فيه و مندوبي التشغيل أمري الدفع الثانويين.

يهدف هذا النوع من البرامج إلى إنشاء أكبر عدد ممكن من مناصب الشغل المؤقتة، بتنظيم ورشات عمل تخصص العناية بشبكة الطرقات والري والمحافظة على البيئة والغابات.² وهو ما يؤدي إلى التحسين من نوعية النشاط الاجتماعي للدولة، بتحضير برامج لتنمية الاجتماعية ذات النطاق الواسع المخصصة بالدرجة الأولى إلى تطوير الهياكل الأساسية الاجتماعية، مما يساهم في التخفيف من حدة الفقر والتقليص من نسب البطالة والمساعدة على إستقرار الفلاحين في أراضيهم بمساعدتهم على مزاولة نشاطاتهم الإعتيادية، بعد القضاء على أسباب الهروب والفشل.³

نذ البرنامج عبر أربعة مراحل، حيث شرع في المرحلة الأولى المسماة بالمرحلة النموذجية سنة 1997 لتنتهي سنة 2000⁴ بتمويل من البنك الدولي في صورة قرض خارجي. بينما ارتبط انطلاق المرحلة الثانية بمخطط دعم الإيعاش الإقتصادي للفترة الممتدة من 2001-2004 ومواصلة لسياسة التنمية المطبقة في صورة مشاريع خراسية، نفذت المرحلة الثالثة خلال الفترة الممتدة من 2005 - 2009، في حين تشهد الفترة الحالية، تنفيذ المرحلة الرابعة والتي تمتد إلى غاية 2014، تاريخ الإبتداء من البرامج لتموية المعلن عنها في برامج رئيس الجمهورية.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 96-330، المؤرخ في 07 أكتوبر 1996، المتضمن الموافقة على القرض رقم 4006 الموقع في 03 مايو 1996 في واشنطن بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و البنك الدولي للإنشاء والتعمير، لتمويل دعم الشبكة الاجتماعية، جريد رسمية عدد 40 سنة 1996

² - المادة 02 من الملحق الأول للاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و البنك الدولي للإنشاء والتعمير.

³ - المنشور رقم 03 المؤرخ في 15 ماي 2001، المحدد للعلاقات بين الفروع الجهوية التابعة لوكالة التنمية الاجتماعية بمديرية النشاط الاجتماعي ومندوبي تشغيل الشباب

⁴ - قدرت قيمة القرض ب 50 مليون دولار ما يعادل 4.13 مليار دينار خصصت 3846 ورشة، موزعة بين الأشغال العمومية - الطرقات - بنسبة 42% الزراعة - الري 30% - منشآت الري الصغرى 24.3% العمران و أشغال التهيئة ب 3.5%

⁴ - تقرير المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي حول تقييم أجمحة التشغيل، دورة 2002

الفرع الرابع : عقود ما قبل التشغيل

تم التفكير في صيغة عقود ما قبل التشغيل، كبرنامج يندرج ضمن سياسة نشطة تقضي إلى ترقية التشغيل الهادف إلى بعث الطلب على العمل المؤهل وتحفيز إمكانية التشغيل وإقامة العلاقة المطلوبة بينه وبين التكوين. صدر المرسوم التنفيذي رقم 98-402¹، من أجل تأطير برنامج عقود ما قبل التشغيل من خلال توضيح شروطه وكيفية الإستفادة منه ومن الإمتيازات المخصصة لمستخدمي الإدارات العمومية والقطاع الإقتصادي والأطراف المشاركة في تطبيقه.

يخص برنامج عقود ما قبل التشغيل فئة الشباب الذين تتراوح أعمارهم بين 19 إلى 35 سنة من ذوي الشهادات الذين درسوا في مؤسسات التعليم العالي وكذا خرجي المعاهد الوطنية للتكوين الحائزين على مستوى تقني سامي ، من طالب العمل لأول مرة ، على أن يتم إثبات هذا الشرط ، من خلال التسجيل لدى الوكالة الوطنية للتشغيل.² و يمول البرنامج بواسطة الصندوق الوطني لدعم تشغيل الشباب ، عن طريق حساب التخصيص المفتوح لهذا الغرض ، مع تكليف وكالة للتنمية الاجتماعية بمهمة التسيير بموجب الإتفاقية المبرمة مع الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب.³ وقد استمر العمل ببرنامج عقود ما قبل التشغيل إلى غاية 2008 ، تاريخ تبني برنامج جديد سمي ببرنامج المساعدة على الإدماج المهني ، مع الإبقاء على العقود السارية المفعول أو التي شرع في تنفيذها إلى غاية انتهاء استفادة الشباب من الأداءات المقررة بموجبها .

النتيجة

طبعت المرحلة الأولى بلستعمال وسائل لتسيير البطالة دون محاربتها من خلال الإعتماد على المقاربة الإجتاعية بتخصيص برامج وقتية ، عرضية تعتمد على الدعم الكلي للدولة وهو ما صادف بداية المرحلة الإبتقالية التي عرفها الإقتصاد الوطني وتذبذب الوضع الأمني مما شكل عوامل إضافية لفشل محاور الترقيعات المعتمدة. إذ ل يمكن الحديث في هذه المرحلة على تطبيق سياسة تشغيل فعلية بل على حلول ترقيعية تفتقد للتشخيص السليم في غياب معطيات صحيحة.

2.2.2 البرامج المطبقة خلال الفترة الممتدة من 1999 – 2014

ترتبط المرحلة الثانية من مسار تطور سياسة التشغيل في الجزائر بسنة 1999، التي تعتبر نقطة تحول في مسار الإصلاحات المعتمدة فبحلول هذه السنة ، عرف المشهد السياسي في الجزائر تحولا من نوع آخر ليشكل الإستقرار أهم ملامحه والتي ارتسمت بعودة المؤسسات الدستورية المختلفة لتنشط بطريقة قانونية. حيث تم وضع خطة عمل ركزت على تحقيق أهداف مرحلية وفق مخططات

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 98-402. المؤرخ في 02 ديسمبر 1998 ، المتضمن الإدماج المهني للشباب الحاملين لشهادات التعليم العالي و

التقنيين الساميين خرجي المعاهد الوطنية للتكوين ، جريدة رسمية عدد ، سنة 1998
² المنشور رقم 08 المؤرخ في 20 جوان 1998 ن المتعلق بإجراءات تطبيق جهاز الإدماج المهني للشباب في إطار عقود ما قبل التشغيل.

³ - الاتفاقية رقم 01 ، المؤرخة في 21 جوان 1998 ، المبرمة بين الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب و وكالة التنمية الاجتماعية ،

تتضمن تنفيذ عقود ما قبل التشغيل

محددة زمنيا، تبدأ بأعادة الإقتصاد الوطني إلى نقطة الصفر ومن ثمة دفع عجلته بعد المخلص من الركود والشلل الذي أصابه، وصولا إلى تحقيق الإستقرار النسبي في المؤشرات المتحركة فيه للمشروع في تحقيق التنمية الشاملة من هنا تتأكد مرة ثانية أن كرونولوجيا التشغيل ومسار السياسات المعمدة بشأنه ترتبط ارتباطا وثيقا بوضعية الإقتصاد والعوامل المحيطة به.

بناء عليه إعمد المخطط الخماسي الأول الذي إمتد من **1999 إلى 2004**، بعنوان **الإعناش الإقتصادي**، والذي استهدف بشكل رئيسي إعادة الحياة إلى المنشئ الإقتصادية المختلفة مع إحداث التوازن في الجانب الإجتماعي الذي تأثر بالدرجة الأولى من خلال الإرتفاع المحسوس وغير المسبوق لمعدلات الفقر والهشاشة و استنفال ظاهرة البطالة. وقد ساهمت خطة العمل المتبعة من إعتملائطر التشريعية الملائمة لإعادة الإعتبار للإقتصاد الوطني بتنظيمه داخليا وتحضيره لمرحلة المنافسة مع تحديد الضوابط والأولويات. حيث صدر القانون رقم **04-01** ليعدل و يتم النص المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخصوصتها والأمر رقم **03-01** المتعلق بتطوير الإستثمار، ليمثل النصين وبجانب النصوص التشريعية والتنظيمية الأخرى، لاسما القانون رقم **18-01**، المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، لإطار القانوني العام الذي يحكم الإستثمار في الجزائر كبالإضافة إلى الأمر رقم **03-03** المتعلق بالمنافسة وجملة التعديلات التي أدخلت بموجب الأمر رقم **11-03** على القانون المنظم للتقد والقرض لجعله يساير التحولات المتتالية .

تضمنت النصوص السابقة محاور مختلفة عنيت بإصلاح عدة قطاعات أهمها القطاع المصرفي والمالي وتبني القانون المنظم للإستثمار بالموازاة مع ذلك عرفت الآلة التشريعية نشاطا ملموسا على المستوى الإجتماعي لتحضى الفئات الشبانية على إختلاف مؤهلاتها العلمية والمهنية بعناية خاصة، ترجمت بتعدد الآليات والصيغ المشجعة على دعم التشغيل و فتح مناصب العمل.

ونجحت الإرادة السياسية الجادة بانتهاء هذه المرحلة من بلوغ الهدف الرئيس والمتمثل في إخراج الإقتصاد الوطني من مرحلة الركود، ليمتبعها التفكير الجدي لتبنيته وتحضيره عمليا لمرحلة البناء، حيث ساعد **المخطط الخماسي الثاني الممتد من 2004 إلى 2009** بما تضمنه من محافظات مالية وجمت أغلبها لإقامة بني تحتية ومنشآت قاعدية تمهيدا لإقامة أقطاب صناعية واعدة، مع فسح المجال واسعا أمام الشراكة الأجنبية للإستفادة من خبرات الدول الرائدة في هذا المجال. كما حضى القطاع الفلاحي بدوره بنصيبه من الإصلاحات من خلال تعديل النصوص و إنشاء صناديق متعددة للدعم و المرافقة. ومع هذا لايمكن الحديث عن تطبيق سياسة تشغيل جادة في هذه المرحلة بل **الشروع في تعديل الحلول الترفيعية الموجودة بأخرى.**

بعد الإبتداء شبه الكلي من تحضير المنشئات القاعدية جاءت المرحلة الثالثة لتتوج إصلاحات المراحل السابقة وتؤكدها من خلال إعتقاد **برنامج خماسي ثالث يمتد من 2010 إلى 2014** هدفه دعم النمو الإقتصادي، باعتماد إستراتيجية التحضير لمرحلة ما بعد البترول، تعبيرا منها عن ضرورة بناء نسج إقتصادي متماسك يعتمد على تنوع الصناعات تحت صيغة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، عصب إقتصاديات الدول المختلفة. مرتكزة في ذلك على البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، السبب الذي جعل إهتمامات المخطط الأخير تنصب بالجملة على ما يعرف بالذكاء الإقتصادي و اقتصاد المعرفة وضرورة تطوير المورد البشري، الحلقة

الناقصة في أغلب الإصلاحات السابقة والتي يمكنها أن تجيبنا عن عدم بلوغ الإقتصاد الوطني للأهداف المسطرة بالرغم من كم الإصلاحات المعتمدة .

حضي التشغيل بمكانة بارزة في مخططات النمو المتعاقبة ليم إسقاطه في المخطط الأخير¹-الثالث- مباشرة على الإصلاحات المطبقة، من منطلق أن الدولة عليها أن تضطلع من خلال وظيفتها التقليدية الإنتقالية بمهام ومسؤوليات أبسطها القضاء على البطالة أو توقيف الإرتفاع المسجل في نسبها حيث بدأ واضحاً الإقتران من أن البطالة آفة تحارب ولا تسير، كما ساعد الإستقرار في تبعية قطاع التشغيل للعمل من اعتماد سياسة تشغيل واضحة تنفذ في إطار تطبيق مخطط محاربة البطالة وترقية التشغيل الذي شرع فيه منذ 2006، بدءاً من إصلاح الإدارة و عصرنتها و لمتداد النصوص القانونية الجديدة، إذ تعلق الأمر بداية بالقانون رقم 21-06 المتضمن التدابير التشجيعية لدعم وترقية التشغيل¹ الذي نص على الإعفاء أو التخفيف من الأعباء الإجتماعية لفائدة المستخدمين الذين يساهمون في توفير مناصب العمل وتبعاً له صدر المرسوم التنفيذي رقم 386-07 ليحدد مستوى وكيفية منح الإمتيازات المنصوص عليها في القانون 21-06² الأهم هو الفصل بين المعالجة الإجتماعية والمعالجة الإقتصادية ومن ثمة الفصل بين آليات العمل المأجور وآليات العمل الحر أو ما عرف بالمقاولة و التشجيع على صيغة المؤسسة المصغرة، وهو ما سنحاول توضيحه في هذا الجزء.

أولاً: آليات العمل المأجور

الفرع الأول : برنامج المساعدة على الإدماج المهني.

سطر برنامج المساعدة على الإدماج المهني للشباب بموجب المرسوم التنفيذي رقم 126-08²، ككلية تساهم في إدماج الشباب طالبي العمل لأول مرة في الحياة المهنية. ويهدف البرنامج الجديد، إلى تفتادى الثغرات الناتجة عن تطبيق آليات التشغيل السابقة، في وجود التنسيق بين عمل مختلف الأجهزة والتشجيع على التكوين المؤهل مع التركيز على النقص المسجل في سوق التشغيل من اليد العاملة وضرورة توفيرها عن طريق ترجيح رفع الإستثمارات المنتجة المولدة لمناصب العمل، بدلا من الإعتماد على قطاع الخدمات أو النشاط التجاري الذي لا يوفر مناصب عمل مستقرة، حيث يسمح تحقيق العوامل السابقة بتوفير مليوني منصب عمل من مختلف الأشكال، عند نهاية تطبيق المشاريع لتنمية مختلفة.

يتوجه البرنامج الجديد إلى ثلاث فئات من طالبي العمل لأول مرة، مع اختلاف في طبيعة العقود التي تبرها كل فئة. حيث تستفيد فئة الشباب حاملي شهادات التعليم العالي والتقنيين السامين خريجي المؤسسات الوطنية للتكوين المهني من عقد إدماج حاملي الشهادات. بينما يتم إدماج خريجي التعليم الثانوي للتربية الوطنية ومراكز التكوين أو الذين تابعوا ترصفا تمهينياً في إطار ما

¹ - القانون رقم 21-06 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006، يتعلق بالتدابير التشجيعية لدعم وترقية التشغيل، جريدة رسمية عدد 80، سنة 2006.

² - المرسوم التنفيذي رقم 08 - 126 المؤرخ في 19 أبريل 2008 المتضمن المساعدة على الإدماج المهني، جريدة عدد 22.

يسمى بعقد الإدماج المهني ليضمن التعدد والتنوع في صيغ العقود من إمكانية التكفل بجرحي التكوين المهني على اختلاف مستوياتهم وهي الفئات التي تم إغفالها في عمليات الإدماج المطبقة في البرامج السابقة ، لا سيما عقود ما قبل التشغيل. وحرصا على التكفل الشامل بالشباب ، تستفيد الشريحة التي تفتقر لأدنى مستويات التعلم والتأهيل بعقد صيغته ، تكوين -إدماج .

تطالب كل من المؤسسات الاقتصادية العامة والخاصة والإدارات العمومية بالمساهمة في تنفيذ عقود إدماج حاملي الشهادات وعقود الإدماج المهني. بينما يركز الإهتمام في النوع الثالث على التكوين ، لذا يتعين على ورشات الأشغال المختلفة التي تبادر بها الجماعات المحلية و مختلف قطاع النشاط بما في ذلك قطاع الحرف من المشاركة ، لتأمين صيغة تكوين -إدماج ، قصد تمكين الشاب المبتدئ من تكوين لائق يمكنه من اكتساب خبرة مهنية مستقبلا.

الصيغة الجديدة للعقود المدعمة

نصت المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 126-08 على مساهمة الدولة في دفع الأجرور عندما يتم التوظيف في صيغة عقود الإدماج في إطار ما يعرف بالعقد المدعم. فالعقد المدعم هو عقد ثنائي الطرفين يبرم بين المؤسسات الاقتصادية عمومية كانت أو خاصة و مديرية التشغيل للولاية بالمساهمة في أjour الشباب المستفيد من برنامج تشغيل الشباب وهذا مانصت عليه المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 142-13 المؤرخ في 10 أبريل 2013 المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 126-08 المؤرخ في 19 أبريل 2008 المتعلق بمجهاز المساعدة على الإدماج المهني التي تحدد مدة دفع المساهمة في أجر المنصب.

نظرا إلى الإقبال على هذا النوع من العقود وهدف ضمان تحقيق الأهداف الأساسية منه والمتمثلة في الإدماج النهائي في مؤسسات القطاع الاقتصادي و رفع المؤهلات عند الفئة الثالثة تسهيلات عملية إدماجها ، تدخل المشرع لتعديل بعض الأحكام ، إستجابة للقرارات المنبثقة عن لإجتماعات المتتالية لمجلس الوزراء خلال السداسي الأول من سنة 2011 التي ترجمت لنصوص تنظيمية ليصدر المرسوم التنفيذي رقم 105-11 في 06 مارس 2011¹ ، معدلا مرقم المرسوم التنفيذي رقم 126_08 ليستجيب إلى مجهودات الدولة في مجال دعم التشغيل و التي إستهدت بـ:

- فتح 5000 منصب عمل مالي لفائدة الشباب طالبي العمل.

- تشجيع المؤسسات الاقتصادية للإسهام في عمليات التوظيف من خلال تقديم التحفيزات الجبائية وشبه الجبائية و المتمثل أهمها في رفع نسبة الإعفاء التي يستفيد منها أرباب العمل ويتحمل فارقها الدولة لتنتقل من 56% إلى 80% في الشمال ومن 72% إلى 90% في ولايات الهضاب العليا و الجنوب.

6 المرسوم التنفيذي رقم 105-11 المؤرخ في 6 مارس 2011 ، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 126-08 المؤرخ في 19 أبريل 2008 المتعلق بمجهاز المساعدة على الإدماج المهني ، جريدة رسمية عدد 14 ، سنة 2011 .

-إدخلى تعديل على عقود برنامج الإدماج المهني التي مددت من سنة إلى ثلاث سنوات قابلة للتجديد في الإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات التسيير الخاص وسنة واحدة قابلة للتجديد في القطاع الإقتصادي.

إلغاء نظام التخفيض التدريجي للإسهام العمومي للدولة في الأجور .

-دمج آليه التعويض عن المنفعة العامة في آليه نشاطات الإدماج الإجتماعي وتمديد عقود الإستعمال المكثف لليد العاملة من 9 أشهر إلى 12 شهرا ، و هذا فيما يخص جهاز الإدماج الإجتماعي للشباب حاملي الشهادات.

سجل ثاني تعديل بتاريخ 10 أفريل 2013 ، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13_142 ، ليعزز إستفادة الفئة الثالثة من حملة من التدابير ركزت في مجملها على ضرورة إستفادتها من التكوين التأهيلي النوعي التكويني، الذي تشارك فيه كل من :

_ الورشات ذات المنفعة العمومية في قطاعات ،البناء الأشغال العمومية ،الري الفلاحة، الغابات ،السياحة، الثقافة والجماعات المحلية وهذا في خطوة مهمة للتنسيق بين السياسات القطاعية عند تنفيذ الإستثمارات العمومية التي تبادر بها الدولة في إطار تنفيذ برنامج دعم النمو الإقتصادي.

_ مساهمة المؤسسات الإقتصادية التي تنتج مشاريع ذات منفعة عمومية،تنفيذا لإلتزاماتها المترتبة على تنفيذ العقد الوطني الإقتصادي والإجتماعي.

_ إتحام مشاركة المؤسسات المصغرة، وهو مايشكل دعما حقيقيا للنهوض بالعمل الحر ومرافقة الشباب المستثمر قصد النجاح في عمله.من خلال إستفادتها من الفيزات المقررة بعد الترخيص لها بما يمكن إستخدام إثنين من طالبي العمل المبتدئين.

إشراك مؤسسات الإنتاج بالإضافة إلى تأكيد دور المعلمين الحرفيين في ضمان تقديم تكوين تأهيلي. وهو ما حرصت الدولة على تأكيده للمرة الثالثة من خلال إلزامها للهيئة المستخدمة بضرورة ضمان التكوين والمرافقة طوال فترة الإدماج التي تنتهي بحصول المستفيد من شهادة تبين النشاط الممارس والتجربة المكتسبة.²

_حصر مساهمة الدولة أو الدعم المالي المباشر لمدة ثلاث سنوات غير قابلة للتجديد،وهو موقف صائب إلى حد ما ،إذا كان الهدف منه سد الطريق على المستخدمين الذين يستغلون التسهيلات دون المساهمة الفعلية في تحقيق الهدف المنتظر من هذا البرنامج.³

المرسوم التنفيذي رقم 13_142 ، المؤرخ في 10 أبريل 2013 يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 08_126 ، المؤرخ في 19 أبريل 2008 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني ،جريدة رسمية عدد 21 ،23 أبريل 2013 .¹

²-تم تحديد نموذج الشهادة المسلمة بموجب قرار صادر عن وزير العمل والتشغيل والضمان الإجتماعي .

³- تعديل المادة 27 لتتحصر مساهمة الدولة ب ثلاث سنوات غير قابلة للتجديد بموجب المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 13_142 .

الفرع الثاني : برنامج الإدماج الإجتماعي للشباب حاملي الشهادات

تم التأطير القانوني للبرنامج المستحدث بموجب المرسوم التنفيذي رقم **127-08**¹ في محاولة لإضفاء نوع من المرونة الإجتماعية عند تسيير بطاقة الشباب حاملي الشهادات، من خريجي الجامعات و /أو الحائزين على شهادة تقني سامي من مؤسسات التكوين العمومية أو الخاصة المعتمدة ، سيما حاملي الشهادات بدون دخل وفي وضعية هشّة أو بدون نشاط أو ذوي الإعاقات ، شريطة أن يتراوح سنهم بين 19 إلى 35 سنة ، مع تقديم الشهادات والإجازات المطلوبة والتسجيل لدى مصالح مديريةية النشاط الاجتماعي للولاية.

يرم العقد المسمى عقد الإدماج بين الشاب المستفيد، الهيئة المستقبلية ومدير النشاط الاجتماعي للولاية لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة، يتقاضى خلالها المعنى مقابلا اصطلاح على تسميته بمنحة الإدماج الاجتماعي للشباب حاملي الشهادات ،على أن تتولى وكالة لتنمية الاجتماعية بالاتصال مع مديريةية النشاط الاجتماعي للولاية مهمة التسيير .

تسمح المعطيات المعلن عنها إجراء مقارنة بين البرنامجين - برنامج المساعدة على الإدماج الاجتماعي وبرنامج عقود ما قبل التشغيل - ليتضح أن أوجه الشبه عديدة ، بينما تنحصر أوجه الاختلاف في بعض التسميات . حيث قامت مديريةية النشاط الاجتماعي للولاية بما كانت تقوم به كل من وكالة التشغيل ومندوبية التشغيل - مديريةية التشغيل حاليا ، كما انفردت وكالة لتنمية الاجتماعية بمهمة التسيير ، بعدما كانت تتقاسمها مع الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب ،وعوض إدراج البرنامج تحت وصاية وزارة العمل و التشغيل والضمان الاجتماعي ، أدرج تحت وصاية وزارة التضامن الوطني. إلا أن الملفت للإنتباه هو تبني مصطلح منحة الإدماج الاجتماعي للشباب عوض توظيف مفهوم الأجر ، ما يفتح المجال أمام إبداء عدة ملاحظات أهمها:

- التطابق شبه التام بين صيغة عقود ما قبل التشغيل وصيغة برنامج الإدماج الاجتماعي للشباب حاملي الشهادات، من حيث الطرف المستفيد ، تكوين العقد وطريقة الإستفادة منه.

- تعتبر عقود الإدماج الاجتماعي لحاملي الشهادات ، صورة من صور المساعدة بمقابل التي تقدمها الدولة للشباب الذي يعاني من صعوبات للإندماج في الحياة المهنية.

- حمل تغيير وصاية وكالة لتنمية الاجتماعية من التشغيل إلى التضامن الوطني ، الفصل بين المعالجة الاقتصادية لافة البطالة ، ليعود الإختصاص فيها لوزارة العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي وبين المعالجة الإجتماعية التي تتلاءم مع طبيعة عمل وزارة التضامن الوطني ، غير أن هذا لا يمنع من حدوث بعض التناقضات ، مؤداها أن العديد من البرامج التي بقي الإشراف فيها لوكالة لتنمية

¹ المرسوم التنفيذي رقم 127-08 ، المؤرخ في 19 افريل 2008 ، المتضمن سحاز الإدماج الاجتماعي للشباب حاملي الشهادات، جريدة رسمية عدد 23، سنة 2008

الإجتماعية تساهم في حل البطالة بطريقة فعلية ، لا سيما إذا تعلق الأمر ببرنامج أشغال المنفعة العامة للإستعمال المكثف لليد العاملة وآلية القرض المصغر.

النتيجة

تؤكد النتيجة المحققة في كل مرة، أن تعدد الأجهزة و اختلاف الوصاية مع انعدام التنسيق، عامل رئيس من شأنه أن يعرقل التنفيذ الجيد للسياسة العمومية للتشغيل، إلا أن الإقتناع بضرورة الفصل بين المقاربة الإقتصادية و المقاربة الإجتماعية، كفيل بأن يجد من هذه العراقيل في وجود تنسيق وتكامل في عمل مختلف البرامج والاليات لأن السياسة الإجتماعية تكمل وتكامل بالسياسة الإقتصادية، و هذا ملرجم في تعديلات جهاز الإدماج المهني و إعادة النظر في صيغة العقد المدعم الذي خصت الإستفادة منه القطاع الإقتصادي دون سواه في محاولة لتحقيق معادلة تكوين تشغيل.

ثانيا: الإستثمار في صيغته المؤسسة المصغرة

إتجهت الجزائر في إطار توسيع الدعم القانوني للتشغيل إلى تفعيل الدعم الخاص، الذي ظهر على شكل اليات مختلفة موجهة للإستثمار، مواكبة بذلك السياسات المطبقة عبر العالم والتي تهدف بشكل عام إلى نقادي التصدع الإجتماعي عن طريق تسيير البطالة بإجراءات ملائمة للإعانة والإدماج وتبعات الإصلاحات الهيكلية المعتمدة. و تستهدف سياسة الدعم القانوني الخاص المطبقة إلى تغطية كل فئات المجتمع القادرة على العمل، لذلك تم اعتماد اليات متنوعة وجمت إلى فئة الشباب على اختلاف مستوياتهم العلمية و المهنية. هدفها زرع روح المبادرة القاولاتية من خلال المؤسسة المصغرة كوسيلة لتنفيذ السياسة العمومية للتشغيل في جانبها الإقتصادي، مستفيدة بذلك من جملة التحيزات الجبائية والإجتماعية المخصصة في إطار التشجيع على الإستثمار المنتج المولد لمناصب الشغل¹.

أدى تنوع الفئات الشبانية المعنية بعملية التشغيل وعدم تساويها في المؤهلات العلمية و المهنية المطلوبة إلى إعمال مبدأ التخصص في الأطر القانونية و المؤسسية المعتمدة، حيث استهدفت كل من الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر و الصندوق الوطني للتأمين على البطالة الفئات الشبانية ذات التأهيل المحدود ، بينما وجمت الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، للفئات الشبانية التي تتوفر على المؤهلات العلمية أو المهنية المطلوبة.

¹ كدرييس الجمهورية خلال ترؤسه لاجتماع مجلس الوزراء العارض لقانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، من أن سياستنا في محاربة البطالة مكلفة ، غير أنها ستمكنا شيئا فشيئا من التكفل بالتطلعات الشبانية و هي الشريحة الأكثر إقبال على طلب الشغل و توفير مناصب كافية لنتاج سياستنا المكثفة في مجال التعليم و التكوين و خفض أعداد المحرومين اجتماعيا ، فالطلب إذن هو معالجة المسألة الهامة من منظور شامل.

² بيان مجلس الوزراء العارض لقانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، الملف ، الاقتصادية ، سبتمبر 2009 ، العدد 15 ، ص 44

الفرع الأول: آلية المؤسسة المصغرة في إطار الصندوق الوطني للتأمين على البطالة

أنشئ الصندوق الوطني للتأمين على البطالة سنة 1994 حيث صدر المرسوم التشريعي رقم 188-94 المنظم لقانونه الأساسي الذي اعتبره من الهيئات العمومية المسؤولة على ضبط سوق التشغيل إلى جانب مهامه التقليدية والمتمثلة في تغطية أدايات التأمين على البطالة، أسندت له مهام أخرى تختلف نسبيا عن المهام الأصلية. ويتعلق الأمر بمشاركته في تنفيذ جملة من التدابير الرامية إلى إعادة الإدماج المهني طبقها تدريجيا، للتنقل مهمته من مجرد تسيير البطالة إلى المساهمة في الرجوع إلى العمل أو خلق مناصب للعمل في إطار المهمة الأخيرة المتمثلة في آلية خلق المؤسسات المصغرة لحساب البطالين البالغين ما بين 30 و 50 سنة حيث أطرت بداية بأربع نصوص تنظيمية¹، وجمعت هذه الصيغة بداية إلى فئة الشباب الذين تتراوح أعمارهم بين خمسة وثلاثون (35) وخمسون سنة (50) أغلبهم أرباب عائلات و ذوو تأهيلات وخبرات يمكن الإستفادة منها، حيث أطر الجهاز بموجب أربعة نصوص تنظيمية بداية من سنة 2004 .

أظهر التطبيق العملي لترتيبات حمّاز دعم إحداث النشاطات عديد النقائص على مستوى التنظيم وشروط الإستفادة، إضافة إلى قيمة التمويل وصيغته، ما دفع المشرع الجزائري إلى ضرورة التدخل باعتماد جملة من التعديلات والإضافات ، حيث تزامن هذا التدخل مع الإعلان الرسمي لمخطط دعم النمو الإقتصادي المعول على تنفيذه خلال الفترة الممتدة من 2010 إلى 2014 وما تضمنته قوانين المالية لاسيما قانون المالية التكميلي لسنة 2009 وقانون المالية لسنة 2010 وهي كلها إجراءات تؤكد حرص السلطات العمومية على دعم التشغيل وترقيته¹. لتتضمن أهم التعديلات خفض الحد الأدنى لسن المستفيدين من 35 سنة إلى 50 سنة ، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-104²، ثم المرسوم التنفيذي رقم 13-126³ الذي خفض نسبة الفائدة على القروض لتصل إلى 100 بالمائة في مناطق الجنوب ، لتعمم على كل الشباب المستفيد عقب الإجراءات الإستعجالية التي اتخذت لصالح بطالي الجنوب.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم: 03-514 المؤرخ في 30-12-2003 المتعلق بدعم إستحداث نشاطات من طرف البطالين ذوي المشاريع البالغين ما بين 35-50 سنة

المرسوم التنفيذي رقم 04-01 المؤرخ في 03-01-2004 المقم للمرسوم رقم 94-188 المؤرخ في 06-07-1994 المتضمن القانون الأساسي للصندوق الوطني للتأمين على البطالة

المرسوم التنفيذي رقم 04-02 المؤرخ في 03-01-2004 المحدد لشروط الإعانات الممنوحة للبطالين ذوي المشاريع البالغين ما بين 35-50 سنة ومستوياتها

المرسوم التنفيذي رقم 04-03 المؤرخ في 03-01-2004 المتضمن إحداث صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار قروض إستثمارات البطالين البالغين ما بين 35-50 سنة.

² - المرسوم التنفيذي رقم 11 - 104 ، المؤرخ في 06 مارس 2011 ، يعدل ويقيم المرسوم التنفيذي رقم 04-02 الذي يحدد شروط الإعانات الممنوحة للبطالين ذوي المشاريع البالغين ما بين 30 و 50 سنة ومستوياتها.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 13-126 المؤرخ في 06 أبريل 2013 ، يعدل ويقيم المرسوم رقم 04-02 الذي يحدد شروط اعانات الممنوحة للبطالين ذوي المشاريع البالغين ما بين 30-50 سنة ومستوياتها، جريدة رسمية عدد 19.

الفرع الثاني: آلية المؤسسة المصغرة في إطار الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب

جاءت نشأة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب كبديل حتمي على آليات تشغيل الشباب الموظفة خلال الفترة الممتدة من 1989 إلى 1996 والتي أثبتت عدم مردوديتها على الصعيدين الإقتصادي والاجتماعي. وقوفا عند نقائص البرامج السابقة وبهدف تفعيل دور وسائل السياسة العمومية للتشغيل في إضفاء المرونة والحركة على سوق العمل، صدر المرسوم الرئاسي رقم 234-96، محددا الإطار العام لأشكال الدعم وطرق الإستفادة. معبرا في الوقت ذاته عن الإرادة السياسية الجادة والهادفة إلى ترقية التشغيل من خلال تشجيع وتمية المبادرة المقاولتية في أبسط وأجمع صورها. وعملا بأحكام المادة 16 من الأمر رقم 96 - 14، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1996 التي تقضي بفتح حساب تخصيص خاص يحمل الرقم 87-302 تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 296-96 الذي نص بدوره على إنشاء هيئة ذات طابع خاص تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي تسمى الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب تتمثل بمهامها الأساسية في تهيئة الأرضية الملائمة للإستثمار الموجه للفئات المؤهلة من خريجي الجامعات والمعاهد العليا في إطار تنفيذ صيغة المؤسسة المصغرة.

عرف تنظيم الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب قفزات نوعية من ناحية الهيكلية والتسيير، صبت في مجملها على تحقيق الهدف المسطر والمتمثل في النوعية في تنفيذ المهام المسندة خاصة تلك المتعلقة بإنشاء المؤسسات المصغرة، بعدما أثبت نمط التسيير المنتهج خلال السنوات العشرة التي طبق فيها، عدم ملائمتها والتحولت التي عرفها الإقتصاد الوطني والعالمي، ليم سنة 2007 اعتماد إصلاحات جذرية مست الجوانب التنظيمية والهيكلية ضاانا للسرعة و الجوارية في عمل آلية مرافقة الشباب أصحاب المشاريع .

بالموازاة مع ذلك تم تحين النصوص القانونية المطبقة بناء على الإجتماعات التي عقدها مجلس الوزراء لمرات متعاقبة سنة 2011 والتي ترجمت بعديد النصوص التي نتجت عن دراسات ميدانية لنقائص هذا الجهاز في محاولة للرفع من مردوديته، أهم هذه النصوص:

- المرسوم التنفيذي رقم 11 - 102، المؤرخ في 06 مارس 2011، يعدل ويقيم المرسوم التنفيذي رقم 296-96 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب وتحديد قانونها الأساسي.

- المرسوم التنفيذي رقم 11-103، المؤرخ في 06 مارس 2011، يعدل ويقيم المرسوم التنفيذي رقم 03-290 الذي يحدد شروط الإعانة المقدمة للشباب ذوي المشاريع ومستواها.

- المرسوم التنفيذي رقم 13-125، يعدل ويقيم المرسوم رقم 03-290 الذي يحدد شروط الإعانة المقدمة للشباب ذوي المشاريع وصولا إلى المرسوم التنفيذي الذي يعني كل الشباب أصحاب المشاريع من دفع الفائدة على القروض البنكية.

الفرع الثالث: الآليات المطبقة خارج وزارة التشغيل

وعني بذلك آلية القرض المصغر التي تشرف عليها وزارة التضامن الوطني عن طريق الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر وصندوق الزكاة التي تشرف عليه وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، إلى جانب مختلف التدابير المطبقة في إطار تنفيذ السياسة الاقتصادية بصفة عامة وكل الإجراءات الرامية إلى توسيع الإستثمار المولد لمناصب العمل من خلال الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، صناديق الإستثمار المختلفة، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهو ما سنحاول توضيح الجهود الرامية إلى تطويره من خلال التدخلات التشريعية المختلفة.

1- آلية القرض المصغر

تم اعتماد آلية القرض المصغر بناء على ما خلصت إليه الدراسات المقدمة من قبل إدارات وكالة التنمية الإجتماعية سنة 1998، ضمن قانون المالية لسنة 1999 بعد فتح حساب التخصيص الخاص، الذي يحمل الرقم 302-062 بعنوان تخفيض معدل الفائدة الخاص بالإستثمارات، حيث قيد ضمن إيراداته الإعانات المسجلة في ميزانية تسيير الوزارة المكلفة بالتشغيل والموجهة لدعم القروض الصغيرة، ليشرح بعدها المنشور رقم 010 المؤرخ في 22 جويلية 1999، الإجراءات الخاصة المتعلقة بتطبيق هذه الآلية¹.

عرف جهاز القرض المصغر كغيره من أجهزة دعم إنشاء النشاطات والمؤسسات، عديد التصحيحات والإصلاحات التي شملت تنظيمه، تسييره وطريقة عمله و الهيئات المسؤولة عن ذلك ليرمذ نشأته بمرحلتين أساسيتين، قبل أن توحد التعليقات الوزارية، المنبثقة عن المجلس الوزاري المشترك المنعقد بتاريخ 06 جويلية 2008، إجراءات الإستفادة من صيغ الدعم المختلفة. حيث ساهمت النقائص القانونية والعملية التي ظهرت عند تطبيق الصيغة الأولى في إصلاح القرض المصغر، بإعطائه مفهوم أوضح ودور أكبر كآلية فعالة لتستحدث الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر كهيئة حددت مهمتها الرئيسية بالإشراف على تسيير صندوق دعم القرض المصغر المنشئ بموجب المادة السابعة من المرسوم الرئاسي رقم 13-04 وبناء عليه صدر المرسوم التنفيذي رقم 14-04 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر وتحديد قانونها الأساسي ليعتبرها هيئة ذات طابع خاص تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي.

2- صندوق الزكاة آلية لدعم التشغيل وترقيته

تم إنشاء صندوق الزكاة بعد تحديد أساسه القانوني سنة 2003 اعتمدت إستراتيجيته على تحويل الزكاة إلى آلية منظمة تساهم في التنمية الإجتماعية من منظور اقتصادي. و ترجع فكرة اعتماد صندوق الزكاة إلى نهاية الثمانينات عندما قدم وزير الشؤون الدينية آنذاك مشروع قانون للحكومة، هدفه توظيف أساليب النظام الإقتصادي الإسلامي و الإستفادة من الجوانب

¹ - وكالة التنمية الإجتماعية، مجموعة النصوص التطبيقية و التنفيذية المتعلقة بالبرامج الإجتماعية المسيرة من طرف وكالة التنمية الإجتماعية،

النفعية المختلفة للزكاة بطريقة منظم ومدروسة إلا أن البرنامج بقي مجرد فكرة لم تر النور إلى غاية 2002 عندما قام الوزير بوعبدالله غلام الله بتنظيم ورشة عمل ، حددت أهم محاورها بإعداد تصور قانوني وتطبيقي لتنظيم الزكاة في الجزائر، ليتم في سنة 2003 إنشاء هيئة حددت (هيكلها)تنظيمها الإداري (ومصدر عملها) الذي اعتمد على الطابع التطوعي بداية، سميت بصندوق الزكاة، بعد تحديد المرجعية القانونية التي تعطي الحق لهذه الهيئة بجمع أموال الزكاة وتوزيعها. حيث اعتبرت عملية تنظيم الزكاة من بين أهم المهام التي تشرف على تنفيذها وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والمرجع في ذلك ما تضمنته المادة 02من الدستور وما أقره القانون المنظم لصلاحيات المكلف بالقطاع¹ والقانون المنظم لمؤسسة المسجد.²

وتتمثل الطريقة العملية لتنفيذ إستراتيجية الصندوق في مجال الاستثمار في التمويل عن طريق التأجير والتمويل عن طريق المشاركة والتمويل عن طريق المضاربة والتمويل بالقرض الحسن

3-صناديق الاستثمار كصيغ مستحدثة للتمويل ودعم التشغيل

1.3- صندوق دعم الاستثمار للتشغيل : هو هيئة مالية تعمل في إطار تنفيذ السياسة العامة الرامية إلى دعم التشغيل وترقيته، استحدثت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-117 و هو يسعى إلى تحقيق هدف مزدوج اجتماعي واقتصادي .

2.3- الصندوق الوطني للاستثمار : أنشئ بموجب المادة 55 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 للمساهمة في التمويل التبعي لمشاريع التجهيز والمشاريع الاقتصادية.

3.3 - شركات الرأسمال الاستثماري : و هي آلية لتنويع السوق المالية استحدثت بموجب القانون رقم 06-11 ،مهاكها خلق مؤسسات جديدة و المحافظة على المؤسسات الموجودة .

4.3 - البيع الإيجاري: هؤلية مستحدثة للتمويل تقدمها شركات متخصصة ،حيث تم إطلاق شركات عمومية للبيع الإيجاري ابتداء من مارس 2011 .

4 - المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

اعتبرت الفترة الممتدة من 1994 إلى 2001 ،فترة مرجعية ساهمت في تحديد معالم الإستراتيجية الجديدة للقطاع، إذ تم اعتماد تأطير قانوني حقيقي بإصدار القانون رقم 01-18³ المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، الذي تضمن

¹ - المادة 14 و المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 89-99 ، المؤرخ في 27 جوان 1989 ، المتضمن تحديد صلاحيات وزير الشؤون الدينية والأوقاف.

² - المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 91-81 للمؤرخ في 23 مارس 1991 ، المتضمن بناء المسجد وتنظيمه و تسييره و تحديد وظيفته

³ - القانون رقم 01-18 ، المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 ، المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، جريدة رسمية

مجموعة من الآليات والتدابير الرامية إلى دفع عجلة إنشاء هذا النوع من المؤسسات وإعادة الاعتبار لها كأداة فعالة في التنمية الاقتصادية الوطنية الشاملة. في نفس السياق و اعترافا من السلطات العامة بالدور المحرك للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وبغية تشخيص مسببات فشلها والقضاء عليها، تم سنة 2004 تنظيم الجلسات الوطنية الخاصة بها التي حظيت بالرعاية الشخصية للقائد الأعلى للبلاد ليعلن بالمناسبة عن إنشاء اليتين إضافيتين تساهم في التخفيف من إشكالية التمويل وهما صندوق ضمان قروض الإستثمارات وصندوق رأسمال المخاطرة. كما تعزز القطاع بآ إنشاء الوكالة الوطنية لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

الخاتمة

كخلاصة نقول أن دعم التشغيل من المسائل التي لا يمكن إعطاؤها حقتها من الدراسة في خضم كم التدخلات المتعاقبة للآلة التشريعية التي تهدف إلى ضبط معايير التحكم في أولوية تنشيط في متغير اسمه الإقتصاد يصعب التحكم فيه. ومع هذا فإن التطبيقات العملية لدعم التشغيل في الجزائر أفضت إلى ازدواجية في معالجة لبطالة من خلال تخصيص برامج عامة تطبق في إطار تنفيذ السياسة الاقتصادية (السياسة المصرفية، الصناعية، الإستثمار...) وأخرى يعهد بتنفيذها إلى الإدارة المكلفة بالتشغيل عن طريق الآليات التي تنفذها الهيئات الموجودة تحت الوصاية بدءا من الوكالة الوطنية للتشغيل، الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب والصندوق الوطني للتأمين على البطالة.

تسارعت وتيرة تدخل الآلة التشريعية ابتداء من 2006 لتبلغ أوجها سنتي 2011 و 2013 بناء على العديد من المعطيات الداخلية والخارجية والملاحظ أن قرارات التدخل في الفترات الأخيرة اتخذت منحى واحد تمثل في عقد اجتماعات متتالية لمجلس الوزراء الذي يخرج بقرارات ميدانية تطبق بعد إدراجها في نصوص قوانين المالية لاسيما التكميلية منها ثم تنشر في شكل نص قانوني في الجريدة الرسمية وهو ما يؤكد الفرضية السابقة من أن التشغيل مسألة متغيرة تستدعي تحيين تطبيقاتها.