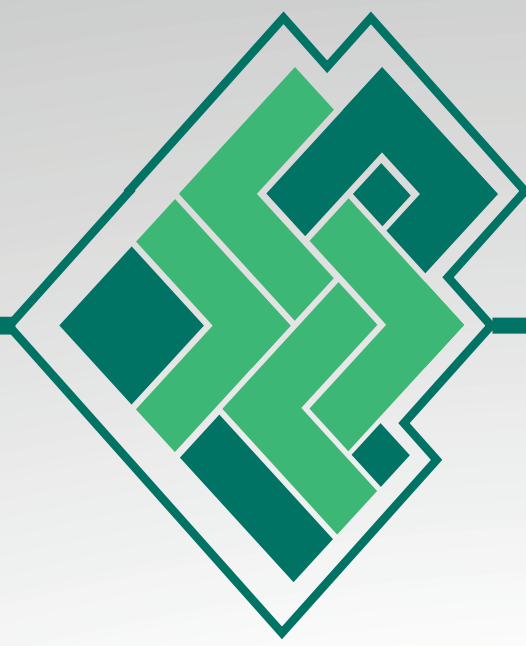


جامعة بجاية

مخبر البحث حول  
فعلية القاعدة القانونية



مجلة الدراسات حول  
فعلية القاعدة القانونية

المجلد 01/عدد 01-2017  
Volume 01/N° 01-2017

Revue des études sur  
l'Éffectivité de la Norme Juridique

مجلة سداسية متخصصة محكمة

المجلد 01/ عدد 01-2017

رد م د: 7380-2602

جامعة بجاية  
Tasdawit n Bgayet  
Université de Béjaïa



Université de Bejaia  
Laboratoire de Recherche sur  
L'Éffectivité de la Norme Juridique



« Revue des études sur  
l'Éffectivité de la Norme Juridique

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée

Volume 01 / N° 01-2017

ISSN : 7380-2602

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية

مجلة سنوية متخصصة محكمة  
المجلد 01، عدد 01-2017

الناشر:

مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

قطب ابوداو طريق تيشي بجاية

البريد الإلكتروني: [revue.larenj@gmail.com](mailto:revue.larenj@gmail.com)

الهاتف/ فاكس: 034 /81/68/34

ISSN : 2602-7380

**مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية**  
**مجلة سنوية تصدر عن مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية**  
**جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية**

**هيئة التحرير**

**مدير النشر:** الأستاذ الدكتور خلفي عبد الرحمن، مدير مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية.  
**رئيس التحرير:** الدكتور صايش عبد المالك، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية.  
**مساعد رئيس التحرير:** الدكتور معزيز عبد السلام، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية.

**المراجعة اللغوية**

- الدكتور بطاطاش أحمد (اللغة العربية)
- الدكتورة بن عبيد سندرا (اللغة الفرنسية)
- الدكتور غازي فروق (اللغة الانجليزية)

**أمانة المجلة**

- عوف السعدي
- بن هلال ندير
- أسياخ سمير

**اللجنة العلمية الاستشارية للمجلة**

- الأستاذ الدكتور زوايميه رشيد، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الأنبار، العراق.
- الأستاذ الدكتور عمران أحمد، جامعة جندوبة، تونس.
- الأستاذ الدكتور محمد حسن القاسمي- جامعة الامارات العربية المتحدة.
- الأستاذ الدكتور خوري عمر- جامعة صقاريا تركيا.
- الأستاذ الدكتور فليب ديلباك، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور بودريو عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذة الدكتورة إرزيل الكاهنة، جامعة مولو معمري، تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور أحمد محمود المساعدة، جامعة المجمع، المملكة العربية السعودية.
- الأستاذ الدكتور حسن زرداني، جامعة القاضي عياض مراكش، المغرب.
- الأستاذ الدكتور خلفي عبد الرحمان، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور صايش عبد المالك، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور عيسوي عزالدين، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور عمراني مراد، جامعة باجي مختار، عنابة.
- الدكتور عسالي عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور سعدي حيدرة، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر.
- الدكتور قبايلي طيب، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور عمر بن سعيد، المركز الجامعي بركة، الجزائر.
- الدكتور اليزيد علي، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي.
- الدكتور غازي فروق، جامعة باجي مختار، عنابة.
- الدكتور بري نور الدين، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور طباش عز الدين، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور معيني لعزیز، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور معزیز عبد السلام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتورة بليمان يمينة، جامعة قسنطينة 02.

مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية  
مجلة سنوية تصدر عن مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية  
جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية

## مقاييس النشر

يُمكن المشاركة بمقالات باللغات الثلاث (العربية، الفرنسية، الانجليزية) مع وجوب إرفاق عنوان المقال، الملخّص، والكلمات الدالة باللغات الثلاث .

تُعرض المقالات على لجنة التحرير بغرض المعاينة التقنية للنظر في مدى مطابقتها لمعايير النشر، ثم تعرض للتحكيم على محكمين على الأقل من أعضاء اللجنة العلمية للمجلة.

و يلتزم الباحث بمراعاة المقاييس التالية:

المعلومات الخاصة بأصحاب المقالات: يذكر صاحب المقال الاسم و اللقب والرتبة العلمية أو مؤهلاته المهنية يكتبها باللغة العربية والفرنسية، مع وجوب إفادتنا ب : سيرة ذاتية مؤشر عليها من طرف الهيئة المستخدمة، أو شهادة عمل مصورة بالنسبة للأساتذة و شهادة مدرسية مصورة بالنسبة للطلبة. الهوامش: يكون ترقيم الهوامش متسلسلا من بداية المقال إلى نهايته وتدوّن في نهاية المقال مع باستعمال الإدخال الاتوماتيكي (Insertion Automatique).

المراجع: تُذكر المراجع في الهوامش حسب الطرق المعتادة و على النحو التالي:

- الكتب: المؤلف، العنوان، دار النشر، السنة، الصفحة (ص).
- المقالات: المؤلف، العنوان، المجلة، المجلد، العدد، السنة، الصفحة (ص).
- أشغال الملتقيات: إسم و لقب الباحث، عنوان المداخلة، التعريف بالملتقى، المكان، التاريخ، الصفحة.

المظهر: يجب ألا يتجاوز المقال 20 صفحة.

تُطبع المقالات بخط Sakkal Majalla حجم 20 للمضمون و 16 بالنسبة للهوامش بالنسبة للعربية، بخط Times New Roman حجم 14 للمضمون و 12 للهوامش بالنسبة للغة الأجنبية، الفراغ بين الأسطر اسم (Interligne) .

تُرسل المقالات أو تودع في نسختين ورقيتين مصحوبة بنسخة محفوظة في قرص مرن ( CD) إلى العنوان التالي مكتب تحرير المجلة الأكاديمية للبحث القانوني لكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، قطب ابوداو طريق تيشي بجاية، أو عن طريق البريد الإلكتروني إلى العنوان التالي:

البريد الإلكتروني: revue.larenj@gmail.com

الهاتف / فاكس: 034 /81/68/34

يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

## كلمة رئيس التحرير

جهود عديدة بذلت لخدمة العلم وترقية المعرفة، بعضها لم تعرف سبيل الوصول والأخرى كللت بالنجاح، وهكذا جاءت مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية في إطار هذه الجهود، لجامعة بجاية ولمخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، وذلك بقرار مجلس هذا الأخير لترسيم مبادرة انشاء المجلة من خلال اجتماعه بتاريخ 2016/11/14 وفقا لمحضر مجلس المخبر رقم 2016/01.

لقد ألهمتنا تجربة نجاح مجلة كلية الحقوق في جامعة بجاية التي أصبحت منارة علمية حقيقية، لبناء فضاء جديد يتمكن من خلاله الباحثون والمتخصصون في مجال القانون -ولما لا في المجالات ذات الصلة بها- من طرح أفكارهم ونشر أبحاثهم، سعيا لخدمة العلم ولتطوير المنظومة القانونية الجزائرية بشكل خاص، وربما المساهمة أيضا في ترقية القانون المقارن وقواعد القانون الدولي، على أساس أن كل تطور إنما تسبقه فكرة وتجسده بعد ذلك العزيمة والجهود اللازمة.

إن هذه المجلة وإن كانت في عددها الأول، غير أنها تسعى لتأخذ مكانة مرموقة ليس فقط على المستوى الوطني بل أيضا على المستوى الدولي، وعلى هذا حاولنا أن ندعمها بكوكبة من المتخصصين الجزائريين والأجانب على حد سواء، لتتشكل منهم لجنتها العلمية التي نطمح أيضا أن نرقئها مستقبلا، كما يسهر على نجاحها فريق متكامل من المحكمين والمدققين اللغويين والتقنيين حتى تبلغ الهدف المنشود، لكننا ننتظر من الباحثين أن يسهموا بشكل أكبر بأبحاثهم القيمة لاقتراحها للنشر، وبدورنا سنعكف على ترقئتها وفحصها ومن ثم نشرها إذا كانت منسجمة مع الأهداف البحثية للمجلة وكذا الضوابط المحددة للنشر، مع شكرنا المسبق كل من ساهم أو سيساهم في نجاح هذه المنارة العلمية.

رئيس التحرير المجلة

الدكتور صايش عبدالمالك

# الفهرس

خلفي عبد الرحمان

07 ..... حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري

رائد ناجي احمد ، إسماعيل فاضل حلواص

تفويض الاختصاص الضريبي ومدى ملائمته للدستور العراقي لسنة 2005 النافذ - دراسة  
قانونية مقارنة- ..... 35.....

حساني خالد

77..... طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان وصعوبات تنفيذه.....

أوكيل محمد أمين

إشكالية مشاركة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية في الجزائر : الحدود  
والحلول؟..... 96.....

هارون نورة

الحماية الاجتماعية للطفل في خطر عبر مصالح الوسط المفتوح -قراءة على ضوء القانون  
رقم 15- 12 ، المتعلق بحماية الطفل - ..... 126.....

دموش حكيمة ، سليمان صبرينة

145..... حماية الدائنين في عقد التسيير الحر.....

ناتوري كريم

165..... تعزيز معاهدة حظر الانتشار النووي في ضوء تحولات القانون الدولي.....

## طباع نجاة

186.....حماية المستهلك (طالب بطاقة الدفع الالكتروني) من الشروط التعسفية.....

## شنتوي في عبد الحميد

195.....الوسائل القانونية لتدخل الدولة في تعديل أو فسخ عقود الاستثمار.....

## مليكة حجاج

211.....تقييم أجهزة محاربة جريمة تهريب المهاجرين.....

## ناتوري سمير

231.....مجال فرض رخصة البناء : نطاق جوهري بتأطير غير متكامل.....

## عبدلي نعيمة

245.....فتح رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية.....



## حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري\*

أ.د. خلفي عبد الرحمان

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: [khelfiabderrahmane@yahoo.fr](mailto:khelfiabderrahmane@yahoo.fr)

### الملخص:

من أهم المشكلات المعاصرة التي تواجه المستهلك اليوم تلك المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية لفئة المستهلكين عبر الانترنت في إطار ما بات يعرف بالعقد الإلكتروني، هذا الأخير الذي يعد أهم وسيلة من وسائل التجارة الإلكترونية. ويصاحب عادة عرض السلع أو الخدمات عبر الانترنت الكثير من المبالغة في الدعاية، مما يجعل هذا الأمر يؤثر بشكل واسع على توجه المستهلك، وقد يوقعه في مغالطة تضر بمصالحه، وقد تمس بخصوصياته. فما هي الحماية التي قررتتها التشريعات المقارنة في سبيل توفير ضمانات أكثر للمستهلك الإلكتروني كي يكون على بينة من أمره قبل وبعد إبرام العقد، باعتبار أن وسيلة التعاقد عبر الإنترنت لا تمكن المستهلك من معاينة السلعة أو التعرف على الخدمة عن قرب؟ وكيف يتم حماية المستهلك لمعلوماته الشخصية التي كان قد أرسلها إلى البائع الإلكتروني؟ هذه الأسئلة نحاول الإجابة عنها في بحثنا هذا من خلال التطرق إلى الحق في الإعلام الإلكتروني ثم الحق في التراجع وأخيرا حق المستهلك في حماية بياناته الشخصية.

**الكلمات المفتاحية:**  
حماية المستهلك الإلكتروني، القانون الجزائري.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/09/03، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

### **Protection of the e-consumer In the Algerian law**

#### **Summary:**

One of the most important contemporary problems facing the consumer today is related to the consumer's electronic transactions via the internet in what has become known as e-contract. The latter is one of the most important means of e-commerce. The display of goods and services is often characterized by over advertising.

This widely affects the consumer's orientation (opinion) and may lead him to make wrong choices detrimental to his interests, and can even interfere in his personal information. So what is the protection provided by comparative legislation to give more guarantees to electronic consumer. So that he becomes confident before and after concluding the contract, taking into consideration the consumer's inability to examine directly proposed product or service, how can the consumer's personal information sent to the e-seller be protected.

In this research work, we seek to answer these questions through the study of the consumer's right to electronic information, retraction, and finally his right to protect his personal information.

#### **Keywords:**

Protection of the e-consumer, Algerian law.

### **Protection de l'e-consommateur dans la loi algérienne**

#### **Résumé:**

L'un des problèmes contemporains les plus importants auxquels le consommateur est confronté aujourd'hui est lié aux transactions électroniques du consommateur via Internet dans ce qui est devenu connu sous le nom de contrat électronique. Ce dernier est l'un des moyens les plus importants du commerce électronique. L'affichage de biens et de services est souvent caractérisé par la publicité.

Cela affecte largement l'orientation du consommateur (opinion) et peut l'amener à faire de mauvais choix préjudiciables à ses intérêts, et même interférer dans ses informations personnelles. Alors, quelle est la protection offerte par la législation comparative pour donner plus de garanties au consommateur électronique. Pour qu'il puisse avoir confiance avant et après la conclusion du contrat, compte tenu de l'incapacité du consommateur à examiner directement le produit ou le service proposé, comment les informations personnelles du consommateur envoyées au vendeur peuvent-elles être protégées?

Dans ce travail de recherche, nous cherchons à répondre à ces questions à travers l'étude du droit du consommateur à l'information électronique, la rétractation, et enfin son droit à la protection de ses informations personnelles.

#### **Mots clés :**

Protection du consommateur électronique, loi algérienne.

## تقديم

من المشكلات المعاصرة التي تواجه المستهلك اليوم تلك المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية لفئة المستهلكين عبر الانترنت في إطار ما بات يعرف بالعقد الإلكتروني<sup>(1)</sup>، هذا الأخير الذي يعد أهم وسيلة من وسائل التجارة الإلكترونية، إذ يتميز بعدة خصائص لا تتوفر في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية، كونه مُبرم في بيئة افتراضية غير مادية، وبين متعاقدين غير متكافئين، وعبر شبكة لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، كما أنه غالبا ما يكون محررا على دعائم غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية.

و يصاحب عادة عرض السلع أو الخدمات عبر الانترنت كثير من المبالغة في الدعاية، مما تجعل هذا الأمر يؤثر بشكل واسع على توجه المستهلك، وقد يوقعه مما لا شك فيه في مغالطة تضر بمصالحه، وقد تمس بخصوصياته، فما هي الحماية التي قررتها التشريعات المقارنة في سبيل توفير ضمانات أكثر للمستهلك الإلكتروني كي يكون على بينة من أمره قبل إبرام العقد، بل وحتى بعد إبرام العقد، باعتبار أن هذا الأخير يتم عبر الانترنت، أي بوسيلة لا تمكن المستهلك من معاينة السلعة أو التعرف على الخدمة عن قرب؟

كل هذه الأسئلة نحاول الإجابة عنها في هذا الموضوع من خلال التطرق إلى الحق في الإعلام الإلكتروني ثم الحق في التراجع وأخيرا حق المستهلك في حماية بياناته الشخصية.

## تحديد نطاق الموضوع

نحاول تركيز دراستنا في التشريع الفرنسي مع الإشارة إلى التشريع الجزائري في المواطن التي تتضمن أحكاما مشابهة. لأن المشرع الجزائري لم يتناول المستهلك الإلكتروني ضمن القانون الجديد بحماية المستهلك وقمع الغش تحت رقم 03/09 {المؤرخ في 29 صفر عام

<sup>1</sup> "المستهلك الإلكتروني؛ هو ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء وإيجار وقروض وانتفاع وغيرها، من أجل توفير ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء أو إصلاحها" خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مقال إلكتروني، منشور بتاريخ 25 ديسمبر 2008 على الموقع

1430 الموافق لـ 25 فيفري 2009 الوارد في الجريدة الرسمية عدد 15، مما تجعله يخضع لحماية القواعد العامة، والتي للأسف لا تلبى تطلعات المستهلك الذي يحتاج إلى أحكام متميزة وحماية خاصة.

والتجربة الفرنسية غنية في مجال حماية المستهلك، وتحظى بالتميز في مجال التعاقد عن بعد سواء كان ذلك من حيث الأهداف أو من ناحية الاستجابة للواقع العملي أو التقني، وقبل الخوض في ذلك لا بأس أن نعطي مفهوما للعقد الإلكتروني، ونحدد خصائصه التي تميزه عن باقي العقود.

### مطلب تمهيدي : مفهوم العقد الإلكتروني

سنتطرق من خلال المفهوم إلى تعريف العقد الإلكتروني في الفقه والتشريعات المقارنة، ثم نحدد خصائصه المتفق عليها.

### أولاً: تعريف العقد الإلكتروني

لا يخرج العقد الإلكتروني في بنائه ومضمونه عن العقد العادي الذي تحكمه قواعد القانون المدني، فهو من العقود غير المسماة طالما أن المشرع لم يضع له تنظيم خاص به، لكنه يتميز بانعقاده بين شخصين غير حاضرين وعبر شبكة الانترنت، ويكتسب الطابع الإلكتروني من الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها<sup>(1)</sup>.

ويعرف الفقه العقد الإلكتروني بأنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"<sup>(2)</sup>. ويعرف كذلك بأنه " التعاقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً أصالة أو نيابة"<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 18.

<sup>2</sup> أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 39.

<sup>3</sup> أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترنت (دراسة مقارنة) دون طبعة، المكتبة الوطنية، عمان، 2002، ص 123.

و في التشريعات المقارنة؛ تعرفه المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بأنه " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كلياً أو جزئياً"، وعرفته المادة الثانية من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي بما يلي " المبادلات الإلكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"، كما عرف نفس القانون التجارة الإلكترونية بأنها " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية"<sup>(1)</sup>، أما المشرع الجزائري فلم يتناول هذا العقد.

### ثانياً: خصائص العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بخصائص تُميزه عن العقد العادي نذكرها على النحو التالي؛  
أ/ يتم العقد الإلكتروني دون الحضور المادي لأطراف العقد؛ فالمتعاقدان يجمعهما مجلس عقد حكيم عبر وسائل اتصال إلكترونية، أين يتم التفاوض ثم تبادل الإيجاب والقبول عبر الانترنت، وهذا ما أضفى على العقد طابع التفاوض بين غائبين.  
غير أن هناك من الفقه من يرى بأن العقد الإلكتروني يكون بين غائبين إذا كان هناك فترة زمنية بين إرسال الإيجاب وتلقي القبول عبر شبكة الانترنت، أما إذا تلقى المستهلك الإيجاب فوراً فنكون أمام تعاقد بين حاضرين<sup>(2)</sup>.  
إلا أن الزمن ليس العنصر الوحيد الذي يُميز التعاقد بين غائبين عن التعاقد بين حاضرين، بل هناك عناصر أخرى مثل المكان والانشغال بشؤون العقد<sup>(3)</sup>، فمجرد عرض السلع أو الخدمات على الانترنت مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً ملزماً لصاحبه إذا اقترن به قبول قبل الرجوع عنه من المستهلك<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> تعتبر تونس الدولة العربية الأولى التي أصدرت قانوناً يتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية، وكان ذلك في 11 أوت سنة 2000.

<sup>2</sup> أحمد خالد العجولي، مرجع سابق، ص 90.

<sup>3</sup> أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 30.

<sup>4</sup> أنظر رأياً مماثلاً، قياساً على التعاقد عن طريق الهاتف، جاسم علي سالم الشامي، الحماية القانونية المدنية للمشتري في البيوع التي تتم عن طريق التليفون، مداخلة أُلقيت في ندوة نُظمت من طرف كلية الشريعة و

ب/ ينتهي العقد الالكتروني إلى طائفة العقود التي تتم عن بُعد، ويقصد بها تلك العقود التي تبرم بين طرفين متباعين باستعمال وسيلة اتصال عن بعد. وعرفته المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه " كل عقد يتعلق بالسلع والخدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"<sup>(1)</sup>. وتعرفه المادة 121-16 من قانون المستهلك الفرنسي الصادر بتاريخ 26 جويلية 1993 بأنه " كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني، يستخدمان لإبرام هذا العقد أي وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد والواردة على سبيل الحصر".

ج/ يتم العقد الالكتروني بوسائط الكترونية، وهذه الوسيلة هي التي تُكسبه هذه الصفة، وتتمثل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكة الانترنت، إلا أن موضوع العقد لا يختلف عن سائر العقود، حيث يمكن أن يرد على كافة السلع والخدمات التي يجوز التعامل فيها<sup>(2)</sup>.

د/ يغلب على العقد الالكتروني الطابع التجاري والاستهلاكي في نفس الوقت، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الالكتروني؛ فأما الطابع التجاري فيتمثل في تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك الالكتروني، فالبيع التجاري يستأثر الجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم عبر

القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بعنوان حماية المستهلك في الشريعة والقانون خلال فترة 6 و 7 ديسمبر 1998، ص 5.

<sup>1</sup> هذا التعريف وارد عند خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الالكترونية، مداخلة أقيمت بمؤتمر وورشة عمل بعنوان " التجارة الالكترونية وأمن المعلومات ( الفرص و التحديات ) " المنعقد بالقاهرة في الفترة الممتدة من 16 إلى 20 نوفمبر 2000.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 19.

الانترنت. أما ميزة الطابع الاستهلاكي؛ فلأنه غالبا ما يتم بين تاجر ومستهلك، ومن ثمة يعتبر من قبيل عقود الاستهلاك، ويخضع بالتبعية لذلك للقواعد الخاصة بحماية المستهلك<sup>(1)</sup>. ه/يتم إثبات العقد الالكتروني عن طريق المستند الالكتروني، وهو المرجع للوقوف على اتفاق أطراف العقد، وتحديد التزاماتها القانونية، على خلاف الدعامة الورقية التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي.

و/يقف المستند الالكتروني على قدم المساواة الوظيفية مع المستند التقليدي، وهذا ما اعتمده نموذج قانون التجارة الالكتروني الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية على نحو يُسمى بالمساواة الوظيفية، والمقصود بهذا التعبير هو النظر إلى المستند التقليدي الذي يعتمد على الكتابة الورقية وتحليل صفات وخصائص هذا المستند، وبيان مدى توافرها في المستند الالكتروني، والنتيجة التي تترتب على تماثل المستندين التقليدي والالكتروني في هذه الخصائص والصفات هي تقرير المساواة بينهما في الوظائف<sup>(2)</sup>.

بل إن بعض التشريعات مثل قانون الحاسبات الإسرائيلي يجعل من مخرجات الحاسب الآلي مستندا أصليا، وبالتالي يمكن أن يتحقق بها اليقين الذي تركز عليه الأحكام القضائية الجنائية، وهو موقف التشريع الإنجليزي الذي يشترط أن تكون البيانات دقيقة وناجئة عن حاسب يعمل بصورة سليمة، وهناك من التشريعات من يجعل مخرجات الحاسب الآلي من أفضل الأدلة مثل التشريع الأمريكي والكندي<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> خالد ممدوح إبراهيم، مداخلة سابقة، ص 3.

<sup>2</sup> أشرف توفيق شمس الدين. مرجع سابق، ص 42.

<sup>3</sup> هلالى عبد الله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية (دراسة مقارنة) دون طبعة، دار النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002، ص 94 و 95

### المطلب الأول: الحق في الإعلام الإلكتروني

حق المستهلك في الإعلام يعني حقه في معرفة المنتج على نحو جامع، خاصة في مواجهة تاجر محترف، ذي دراية واسعة، تراكمت له خبرة طويلة في مجال المعاملات، الأمر الذي يستتبع معه وجود اختلال فادح في ميزان العلم بين هذين الطرفين المقبلين على التعاقد<sup>(1)</sup>. ويعتبر الحق في الإعلام من أبرز الآليات القانونية في حماية المستهلك، ويكون مطلوباً أكثر في مجال العقد الإلكتروني، ذلك أن هذا النوع من التعاقد يتم باستخدام وسائل الكترونية دون التقاء مادي بين أطرافه، وفي هذه الطريقة الكثير من المخاطر التي تؤدي إلى التأثير على رضا المستهلك.

لذا كان حرص التشريعات الحديثة على ضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني على نحو معين يختلف عن الحق في الإعلام في الحالات العادية، ونحاول من خلال هذا الفرع أن نوضح المقصود من الحق في الإعلام الإلكتروني مع بيان مبرراته، ثم دراسة محل الحق في الإعلام.

### الفرع الأول: المقصود بالإعلام الإلكتروني

يتعين على التاجر الإفضاء إلى المستهلك بكل ما لديه من بيانات تتعلق بالعقد حتى تستنير إرادته، ويجب الإدلاء بكل المعلومات طالما كانت لها أهميتها في التعاقد، والمشرع الجزائري بين بوضوح في المادة 17 من قانون حماية المستهلك إلزامية إعلامه، ولكن هذا في العقود العادية دون الإشارة إلى العقود الإلكترونية، على عكس المشرع الفرنسي الذي ضمن في قانون المستهلك ما يعرف بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، وتعد المعاملات الإلكترونية من ضمنها، إلا أنه كان أكثر وضوحاً حين عدل هذا القانون بالأمر رقم 648-2005 بتاريخ 2005/06/06، وقرر أن أحكام التعاقد عن بعد والمتعلقة بالحق في الإعلام الواردة بنص المادة 121-18 تنطبق على العقود الإلكترونية سواء تضمنت منتج أو خدمة.

<sup>1</sup> عمر محمد عبد الباقي. الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص



ومن خلال ما سبق يمكن تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني وتحديد مبرراته على النحو التالي:

### أولا/تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني

الالتزام بالإعلام هو التزام عام يشمل المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويعرفه بعض الفقه بأنه " التزام سابق على التعاقد، يتعلق بتعهد أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم ومتنور، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يسلم بيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات الالتزام بالإدلاء بالبيانات"<sup>(1)</sup>.

أما الالتزام بالإعلام الإلكتروني فيعرفه البعض أنه: " التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب، وبكل شفافية، وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة"<sup>(2)</sup>.

و أهم ما يميز الالتزام بالإعلام الإلكتروني<sup>(3)</sup> كونه التزام سابق على نشوء العقد، وهي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه، مما يفيد أنه ليس التزاما عقديا إذ أنه لا يتصور نشوء التزام في مرحلة سابقة على وجود مصدره. كما أنه التزام قانوني يجد مجاله في مبدأ حسن النية قبل وأثناء التعاقد، طالما أنه يتم بكل شفافية وأمانة<sup>(4)</sup>، بالإضافة إلى أن هذا الالتزام

<sup>1</sup> عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 189.

<sup>2</sup> محمد السيد عمران، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت، دون ذكر تاريخ النشر، منتدى محامي سوريا، على الموقع [www.alegar.net](http://www.alegar.net).

<sup>3</sup> ويعرف كذلك بأنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" هذا التعريف وارد في منتدى بعنوان (منتديات القانون العماني، لشخص أشار إلى اسمه بـ أبو عبد العزيز دون الإشارة إلى صاحب المقال، [www.omanlegal.net](http://www.omanlegal.net))

<sup>4</sup> عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 190.

يتم تقديمه في شكل وسائط إلكترونية يسهل استعمالها والتطرق إلى محتواها في شكل واضح ومقروء ولافت.

### ثانيا: مبررات الحق في الإعلام الإلكتروني

إن الحق في الإعلام الإلكتروني أضحي ضرورة عملية تقتضيها طبيعة الحياة المعاصرة، بالنظر إلى التطور الهائل في وسائل الاتصال الحديثة وانتشارها السريع والمذهل في مختلف مناحي الحياة<sup>(1)</sup> ، والهدف منه تنوير إرادة المستهلك قبل إقدامه على إبرام العقد، وهذا ما يجعل هذا الحق يحقق المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة، وبالتبعية لذلك يحقق التوازن العقدي، وهما الهدفان اللذان سنسعى إلى توضيحهما:

#### 1- تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين:

إن عدم التساوي بين المتعاقدين في المعلومات بشأن محل التعاقد، هو السبب الذي يؤدي إلى عدم التوازن في العقد لاختلاف المراكز القانونية، فالطرف الضعيف معرض للاستغلال دائما من الطرف القوي الذي يعد صاحب الخبرة والمعرفة<sup>(2)</sup>.

وتزداد الحاجة إلى بلوغ هذا الهدف في إبرام العقود الإلكترونية نظرا للخصوصية التي تتمتع بها في استعمال التاجر لأدوات الواب التي تستطيع الوصول إلى كل مكان، وتمارس تأثيرا يتجاوز التأثير الممارس بالأدوات التقليدية<sup>(3)</sup>.

لذا نجد أن عدم المساواة في المعرفة بين أطراف العقد تبرر تقرير الحق في الإعلام الإلكتروني الذي يقع على عاتق الطرف القوي صاحب الخبرة من المهنيين.

<sup>1</sup> محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 8.

<sup>2</sup> عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007، ص 372.

<sup>3</sup> جميل حلبي، الحماية الإلكترونية للمستهلك، مقال منشور بتاريخ 06 . 04 . 2005، على الموقع

وإن تقرير الحق في الإعلام بالمعلومات الضرورية لتنوير إرادة المستهلك المتجهة إلى إبرام العقد الإلكتروني يرتبط بجهل هذا المستهلك وعدم خبرته، فجهل المستهلك هو أحد أهم مبررات هذا الالتزام، وهو جهل مشروع<sup>(1)</sup>.

## 2- إعادة التوازن العقدي:

إن الحق في الإعلام له دور هام في حماية رضا المستهلك الذي لا يمكنه بسبب مركزه الضعيف في العقد من الوصول إلى تحديد موضوع التعاقد بوضوح، ويكون هذا الحق أكثر إلحاحا بالنسبة للعقد الإلكتروني نظرا للغياب المادي لأطرافه.

ومن الفقه من يرى أن الأساس القانوني لهذا الحق يجد مصدره في الحماية التقليدية للطرف المدعى في القانون المدني<sup>(2)</sup>، إلا أن الرأي الذي سار عليه غالبية الفقه يرى بأن الأساس موجود في قانون حماية المستهلك الذي أصبح يُشكل نظرية مستقلة تجعل من المستهلك دائما الطرف الضعيف الذي لا يملك الخبرة في مواجهة البائع المحترف، مما توجب على هذا الأخير إعلامه مسبقا بكل المعلومات الضرورية حتى تتوازن الإرادتين وتتكافأ.

## ثالثا/جزء الإخلال بالحق في الإعلام الإلكتروني

إن المصدر الأساسي للدول الأوروبية في حماية المستهلك الإلكتروني هو التوجيه الأوروبي رقم 97-07 سالف الذكر، خاصة ما تعلق بجزء مخالفة الحق في الإعلام، ونرجع في ذلك إلى نص المادة 1-11 منه التي تحث الدول على إيجاد الوسائل الفعالة لكفالة احترام نصوص هذا التوجيه.

وبالرجوع إلى قانون المستهلك الفرنسي الذي نظم التعاقد عن بعد والتعاقد عبر الانترنت بالخصوص، وجعل لهما أحكاما متطابقة تقريبا، ومنها جعل هذا النوع من التعاقد من النظام العام، مما يجعل مخالفة أي التزام من طرف التاجر الإلكتروني مصيره البطلان

<sup>1</sup> عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 373.

<sup>2</sup> إلا أن البعض من الفقه لا يرى بذلك رغم وقوع التشابه بين الحماية المقررة في عقود الإذعان والحماية المقررة وفقا لقانون حماية المستهلك، لأن الحماية الأولى مقررة بعد نشوء العقد، بينما الحماية الثانية مقررة قبل نشوء العقود (مرجع نفسه، ص 374).

ولكن لا نجد نصوصا مفصلة تحكم مخالفة الإخلال بالحق في الإعلام، وهذا ما جعل الفقه يغلب أعمال القواعد العامة في هذا الشأن<sup>(1)</sup>.

فالإخلال بهذا الحق قبل التعاقد يؤدي إلى تعيب إرادة المستهلك عديم الخبرة، مما يسمح له بالمطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بإبطاله إذا وقع في غلط أو تدليس.

و يمكن الرجوع على التاجر الإلكتروني بمقتضى قواعد المسؤولية العقدية استنادا على وجود عقد سابق على هذا العقد الأصلي، وأن العقد السابق هو عقد ضمان مفترض قبل التعاقد<sup>(2)</sup>، كما يمكن الرجوع عليه بقواعد المسؤولية التقصيرية والمطالبة بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم إعلامه على نحو سليم.

و يمكن الإشارة أن المشرع الجزائري الذي نظم الحق في الإعلام في نص المادتين 17 و18 من قانون حماية المستهلك قد جعل جزاء جنائيا لمخالفته، وورد في نص المادة 78 منه، تجعل التاجر يعاقب بغرامة من مئة ألف دينار إلى مليون دينار على مخالفته لذلك.

### الفرع الثاني: محل الحق في الإعلام الإلكتروني

لا يختلف التاجر عبر الانترنت عن أي تاجر آخر، فهو ملزم بتمكين المستهلك بكل البيانات الضرورية لإتمام عقد البيع، فيجب أن يكون العرض المقدم على شاشة الواب محددًا بدقة، وواضحًا، ولا بد من ظهور كل البيانات الإلزامية الخاصة بالتعاقد مع العرض المقدم، وهو ما استقر عليه التوجيه الأوروبي وقانون المستهلك الفرنسي<sup>(3)</sup> أين تم التأكيد على ضرورة تحديد شخصية البائع وتوضيح البيانات الأساسية للسلعة أو الخدمة، وهما العنصران اللذان سنحاول توضيحهما ضمن هذه الفقرة:

<sup>1</sup> أمانة سلطاني، حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، مداخلة تم تقديمها في الملتقى الوطني المنعقد بمعهد العلوم القانونية و الإدارية بالمركز الجامعي بالوادى، تحت عنوان حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي يومي

13 و 14 أبريل 2008. ص 115

<sup>2</sup> محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 14.

<sup>3</sup> محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 139.

## أولا/تحديد شخصية البائع

إن تحديد شخصية البائع أمر يحتمل المستهلك على الاطمئنان قبل التعاقد، خاصة إذا كان هذا الاسم محل اعتبار، فتوجد أسماء تجارية لأشخاص ولشركات لها سمعة محلية ودولية، تجعل من المستهلك يثق في تعاملاتهما ومحتوى المعلومات الواردة على موقعها، لذا كان لا بد من تحديد اسم التاجر بدقة وبصفة كاملة مع بيان المقر الاجتماعي للشركة، أو الشخص التاجر، ورقم هاتفه، وبريده الإلكتروني، ورقم تعريف المؤسسة<sup>(1)</sup>.

و يميز قانون المستهلك الفرنسي بين المواقع الموجودة في فرنسا والمواقع الموجودة في دولة أجنبية. فبالنسبة للمواقع الموجودة في فرنسا؛ فيجب أن يتضمن العرض الموجود على الشاشة اسم المشروع ورقم الهاتف وعنوان المقر أو مقر المؤسسة المسؤولة عن العرض والعنوان الإلكتروني وبيان مراسلته وإيصالته المتصلة بأنشطته.

أما المواقع الموجودة في دولة عضو في الإتحاد الأوروبي؛ فيجب تزويد المستهلك باسم شخص المورد وعنوانه، خاصة إذا كان العقد يقتضي الدفع مقدما، وبيان العنوان الجغرافي للمؤسسة الذي يمكن للمستهلك التوجه بطلباته إليه، وهي نفس المعلومات التي أقرها التوجيه الأوروبي.

أما بالنسبة للمواقع الموجودة في دولة أجنبية، فيجب الرجوع في ذلك إلى القانون الوطني لتلك الدولة لاحتمال تطبيقه في مثل هذه الفروض، وما قد يترتب على ذلك من مشاكل تنازع القوانين<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> Le cyber-consommateur averti un projet de coopération France - Québec une série conseils en français qui permettent au cyber consommateur de mieux se protéger lorsqu'il fait des achats en ligne, sur le site web. [www.clcv.org/cyber](http://www.clcv.org/cyber) (pour la France) [www.consommateur.qc.ca/cyber](http://www.consommateur.qc.ca/cyber) (pour le Québec) juin 2002.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 140-141.

و بغرض تسهيل معرفة هذه البيانات للمستهلك الإلكتروني، فقد قام المجلس الوطني للمستهلك الفرنسي بإصدار قرار يقضي بضرورة وضع تحت تصرف المستهلك قائمة اسمية بالتجار والوسطاء المعروضين على الشبكة، وذلك بغرض تسهيل المهمة في هذا الصدد، بحيث يتيسر على المستهلك الرجوع إلى ذلك السجل قبل الدخول في العلاقة التعاقدية.

### ثانيا/إعطاء البيانات الأساسية عن السلعة أو الخدمة

على التاجر الإلكتروني أن يقوم بتبصير المستهلك بالمعلومات المتصلة بالعقد، وذلك وفقا لمبدأ حسن النية الذي يلتزم بمقتضاه التاجر أن يأخذ بيد المستهلك من مرحلة الجهل إلى مرحلة العلم بالعناصر الأساسية المتصلة بموضوع التعاقد، حتى يتسنى له التعامل معه وهو على مستوى متكافئ من حيث الدراية بموضوع التعاقد<sup>(1)</sup>. ويقع بذلك على التاجر التزام بإعلام المستهلك عن الحالة القانونية والحالة المادية للشيء.

أما الحالة القانونية للشيء؛ فتتضمن كل البيانات القانونية التي قد تُثار بعد التعاقد، بحيث لو علم بها المستهلك قبل إبرام العقد لما أقدم على الشراء، فينبغي إعلامه بكل ما على الشيء من أعباء أو تكاليف أو أية حقوق عينية أو شخصية تحول دون انتفاعه بالشيء محل التعاقد على النحو المأمول.

أما الحالة المادية للشيء؛ فتتضمن كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالخصائص والأوصاف المادية للشيء محل التعاقد، عملا على تصحيح صورته في ذهن المستهلك بشكل يمكنه من الوقوف على مزايا العقد وخصائصه الذاتية<sup>(2)</sup>، وهو ما ورد في نص المادة 121 - 18 من قانون المستهلك الفرنسي التي لم تكتف بما تضمنته المادة 111-1 من ذات القانون بل أضافت قدرا آخر من المعلومات التي يجب الإدلاء بها، ويأتي في مقدمتها تمكين المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، ومنها ثمن السلعة أو الخدمة شاملا كافة الضرائب، والرسوم، والشروط الخاصة بتحديد المسؤولية العقدية، كذلك ما قد يتضمنه البيع من شروط خاصة بأداء الخدمة، بالإضافة إلى مصاريف التسليم إن

<sup>1</sup> عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 232.

<sup>2</sup> المرجع والصفحة نفسها.

وجدت، وطرق الوفاء، والمعلومات الخاصة بحق المستهلك في العدول، ومدة صلاحية العرض، والتمن، وتكلفة استخدام وسيلة الاتصال<sup>(1)</sup>.

إلا أن هذا الالتزام لا يقع على كل السلع والخدمات؛ فقد استثنى منها المشرع الفرنسي في قانون المستهلك بالمادة 4/20-121 العقود التي يكون محلها توريد مواد استهلاكية عادية، والتي تتم في محل سكن المستهلك أو في مكان عمله، من خلال موزعين يقومون بدورات متكررة ومنتظمة، وكذلك أداء خدمات التسكين، والنقل، وخدمات المطاعم، والترفيه، التي يجب أداؤها في تاريخ معين أو خلال فترات دورية محدودة.

و سواء تعلق الأمر بإعلام التاجر بالحالة القانونية أو المادية للشيء فإن القواعد المطبقة على العقد الاستهلاكي التقليدي لا تختلف عنه بالنسبة لعقد الاستهلاك الالكتروني، إلا ما تعلق بخصوصيات المعاملة الالكترونية التي تقتضي التزام إضافي على عاتق التاجر تسمح للمستهلك بعلم جامع مانع بالشيء".

أما عن اللغة المستعملة مع المستهلك؛ فيجب أن تكون لغة وطنه وهي اللغة الفرنسية، وهذا ما جاء بالقانون رقم 665-94 الصادر بتاريخ 04-08-1994 المعدل والمتمم لقانون المستهلك والذي جاء في نص المادة الثانية منه على وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كل وصف للشيء، أو المنتج، أو الخدمة، وطريقة التشغيل، والاستعمال، وتعيين نطاق وشروط الضمان، وكذا الفواتير والمخالصات، إلا أن استعمال اللغة الوطنية لا يمنع أن تصححها ترجمة بأي لغة كانت.

و المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك نص بدوره على ذلك صراحة في المادة 18 منه التي جاء فيها على وجوب تحرير البيانات، وطريقة الاستخدام، ودليل استعماله وشروط ضمان المنتج، وكل معلومة أخرى باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلك بطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها.

<sup>1</sup> أمانة سلطاني، المداخلة السابقة، ص 118.

أما عن الدعامة التي تُثبت عليها المعلومات؛ فقد أوجبت المادة 121-19 من قانون المستهلك الفرنسي أن يتم تلقي المستهلك الإلكتروني هذه المعلومات على أي دعامة لهما صفة الاستمرارية موجودة تحت تصرفه، وتكون في شكل مكتوب، والكتابة المطلوبة مشترطة للإثبات وليس للانعقاد<sup>(1)</sup> تمكيننا للتاجر من إثبات قيامه بالإعلام الواقع على عاتقه. والكتابة التي تتخذ الشكل الإلكتروني تكون مقبولة في الإثبات شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية، على شرط التحقق من هوية الشخص الذي صدرت عنه، وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تسمح بضمان سلامتها.

أما عن التزام التاجر بإعطاء معلومات حول كيفية استعمال الشيء المبيع خاصة مع التطور العلمي والتكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع وتقديم الخدمات؛ فتتضمن طرق تشغيل الشيء المبيع على نحو سهل، وواضح، ودون تعقيد، ومن شأن هذا التوضيح أن يكون له أثر في رضا المقبل على التعاقد، وبالخصوص ما تعلق بالصفة الخطرة للشيء التي تعد من البيانات الجوهرية الواجب الإعلام عنها قبل التعاقد، لذلك يقع على عاتق التاجر كذلك إحاطة المستهلك الإلكتروني بمصادر خطورة الشيء المبيع، وأبعاده، وطرق تلافيه عملاً على حمايته من الأضرار التي قد تنشأ عنها، وخاصة في مجال المنتجات الحديثة<sup>(2)</sup>. وتطرح العقود المبرمة عن بعد عدة مشاكل تنتج عن عدم الحضور المادي لأطراف العقد، بحيث لا يمكن لأي متعاقد التحقق من أهلية الطرف الآخر وصفته في التعاقد، كما أنه يصعب التحقق من تلاقي الإيجاب مع القبول، بالإضافة إلى صعوبة تحديد مكان إبرام العقد، كما لا يستطيع المستهلك الحكم على المحل وجودته وملاءمته للغرض الذي يبتغيه<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> أمانة سلطاني، المداخلة السابقة، ص 117.

<sup>2</sup> عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 234.

<sup>3</sup> أحمد شرف الدين، الإيجاب و القبول في التعاقد الإلكتروني و تسوية منازعاته، مقال منشور بتاريخ 15 ماي 2009، بعنوان الدليل الإلكتروني للقانون العربي على الموقع [www.arablaw.info](http://www.arablaw.info) ص 9.



## المطلب الثاني: الحق في العدول

يتفق غالبية الفقه على أن عدم توافر الخبرة الكافية لدى المستهلك الإلكتروني، وعدم إمكانية معاينة المنتج والعلم بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد أسباب كافية لتقرير حق المستهلك في العدول، وهو مسلك التوجيه الأوروبي الذي يقرب بأحقية المستهلك في العدول عن السلعة أو الخدمة التي قبلها دون ضرورة إبداء الأسباب والمبررات التي دفعت به إلى ذلك، ودون أن يتعرض لأي جزاء.

و يعد هذا الحق خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يقتضي ضرورة الوفاء بالعهد كمبدأ أخلاقي وقانوني، ولا يجوز لأي طرف أن يستقل بنقض هذا العقد أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو النص القانوني<sup>(1)</sup>.

و في سبيل التعرف على مضمون الحق في العدول من منظور حماية المستهلك الإلكتروني، لابد من إعطاء تعريف له مع توضيح مبرراته، وإجراءات ممارسته وآثاره بالنسبة للتاجر والمستهلك الإلكتروني.

### الفرع الأول: المقصود بحق العدول ومبرراته

نتناول في هذه النقطة تعريف الحق في العدول وفقاً لآراء الفقه، ثم نعرض على مبرراته وخصائصه ومجال تطبيقه؛

#### أولاً/ تعريف الحق في العدول

تباينت التعريفات عند الفقه حول حق العدول أو خيار الرجوع. كما يفضل البعض تسميته. ولكنهم اتفقوا على الأقل على آثاره، لأن هذا الحق يبين قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الاختيار بين إتمامه أو الرجوع فيه. فيعرفه البعض "بأنه سلطة أحد المتعاقدين بنقض العقد والتحلل منه، دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 761.

<sup>2</sup> عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 768.

ويعرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه بمثابة "الإعلان عن إرادة مضادة؛ يلتزم من خلالها المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها، واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدتها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل<sup>(1)</sup>.

كما يظهر من هذه التعاريف أن الحق في العدول مقرر لكلا المتعاقدين، لكن في حالتنا هذه مقرر فقط لمصلحة المستهلك، وينتج آثاره مباشرة، باعتبار أن العقد الذي تم الاتفاق عليه وإبرامه في حكم المنعدم.

### ثانيا/مبررات الحق في العدول

لا يرتبط الحق في العدول بحماية المستهلك الإلكتروني أو المستهلك المتعاقد عن بعد فقط، بل مرتبط وجوده بكل تشريع يهدف إلى حماية المستهلك، لكن اختلاف طبيعة العقد الإلكتروني تجعل الحق في العدول أكثر من ضرورة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني فهو طرف ضعيف في العقد في مواجهة الطرف المحترف<sup>(2)</sup>.

فالحق في العدول يهدف بصفة أصلية إلى حماية رضا المستهلك وتنقيته مما قد يعلق به من عوامل المجازفة التي تؤدي إلى الندم، ويكون ذلك من خلال إعطائه مهلة إضافية للتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه تفاديا للأخطار التي قد تلحق به لتسريعه في التعاقد، خاصة ما تتميز به المعاملات الحالية من دعاية وإغراء في المجال الإلكتروني بالذات<sup>(3)</sup>، كما يساعد هذا الحق على التحقق من مغبة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، إذا أحس المستهلك بأن رضاه غير مكتمل، فإنه سيلجأ في المماطلة في تنفيذ التزاماته<sup>(4)</sup>.

### ثالثا/خصائص الحق في العدول

يتميز الحق في العدول بجملة من الخصائص أهمها؛ أن هذا الحق لا يرد إلا على عقد لازم كالبيع والإيجار، دون العقود غير اللازمة بطبيعتها مثل الوكالة، وكان المشرع الفرنسي

<sup>1</sup> تعريف لصاحبه ميراباي صولنج (MIRABAIL (solang) المرجع والصفحة نفسها.

<sup>2</sup> أمينة سلطاني، المداخلة السابقة، ص 119.

<sup>3</sup> عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 763.

<sup>4</sup> عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 764.

يكرس الحق في العدول في العقود التي تتم عن بعد عن طريق البيع من خلال التلفون، ومنح المشتري في هذا المجال حق العدول خلال سبعة أيام، ثم جاء ذلك في قانون حماية المستهلك الصادر سنة 1993، وبعدها أقر المرسوم الرئاسي رقم 741-2001 الصادر بتاريخ 2001/7/14 ذات الحق للمستهلك بموجب تعديل ورد على هذا القانون فأصبح مقررا للمستهلك ليس فقط في مجال بيع السلع والمنتجات عن بعد وإنما في مجال الخدمات كذلك، وبمقتضى هذا المرسوم تم تحرير نص المادة 20/121 من قانون المستهلك التي تضمنت حق المستهلك المتعاقد عن بعد في العدول عن العقد، وينطبق ذلك على التعاقد عن طريق الانترنت<sup>(1)</sup>.

ومن خصائص حق العدول أن مصادره محددة بالقانون والاتفاق، ويتقرر بالإرادة المنفردة للمستهلك، ودون الحاجة للجوء إلى القضاء، ودون اشتراط موافقة الطرف الآخر، بل ودون الحاجة لإثبات التعرض إلى أي وسيلة من وسائل التأثير أو الخداع. كما يعد الحق في العدول من الحقوق المؤقتة، أي محدد المدة، حفاظا على استقرار مراكز الأطراف في العقد، وينقضي إما باستعماله أو بفوات المدة المحدد له، كما أن هذا الحق متعلق بالنظام العام إذ اقره المشرع صراحة في النص<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً/ مجال تطبيق الحق في العدول

يتمتد تطبيق الحق في العدول في البيع عن بعد، وبالضبط بالنسبة للبيع الإلكتروني، وكذلك بالنسبة للإيجار والخدمات، لكن المشرع الفرنسي في نص المادة 121 . 20 . 2 من قانون المستهلك استبعد بعض العقود من التطبيق وهي:

- عقود توريد الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في العدول خلالها.
- عقود توريد السلع والخدمات التي تتحدد أثمانها وفق ظروف السوق.

<sup>1</sup> أمانة سلطاني، المداخلة السابقة، ص 119.

<sup>2</sup> عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 770.

- عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصيات المستهلك، أو بالمطالبة لشخصه، والتي بحسب طبيعتها لا يمكن إعادتها للبائع، أو التي يسرع إليها الهلاك والتلف.
- عقود توريد الصحف والدوريات والمجلات.
- عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها<sup>(1)</sup>.

و الغالب على هذه العقود أنها تتسم بخصائص تجعل خيار الرجوع فيها غير ممكن، خاصة ما تعلق بطبيعة بعض السلع السريعة التلف. ثم إن بعض العقود يتم التصنيع فيها بناء على رغبة المستهلك الذي يشترط بعض المميزات في المنتج، فمن غير المقبول تمكينه من خيار الرجوع لأن الخصوصية التي يتميز بهام منتج معين بناء على رغبة المستهلك قد لا تتوافق مع رغبة مستهلك آخر. ثم ليس بالضرورة أن يوضع البائع في حرج إيجاد مستهلك آخر يرغب في نفس المواصفات إذا ما تم تمكين المستهلك من حق العدول.

أما ما تعلق بعقد توريد الصحف والدوريات والمجلات وكذا خدمات الرهان وأوراق اليانصيب، فهذا النوع من البضاعة ذات طبيعة مؤقتة، وبالتالي تمكين المستهلك فيها من حق العدول يجعل هذا النوع من البضاعة غير صالحة فيما بعد، فالمجلة ينتفع بمعلوماتها المستهلك في حينها، أما وإن خرج زمانها تكون قد فقدت قيمتها المادية".

#### الفرع الثاني: إجراءات ممارسة الحق في العدول

الحقيقة أنه لا توجد إجراءات خاصة لممارسة الحق في العدول، فالشرط الوحيد هو احترام المدة الواردة في القانون، ولكن هذا لا يمنع المستهلك من اتخاذ إجراءات احتياطية خشية الوقوع في منازعة قانونية لاحقة. ولهذا سوف ندرس كيفية ممارسة الحق في العدول ثم المهلة المحددة لذلك.

<sup>1</sup> أمانة سلطاني، المداخلة السابقة، ص 120.

### أولا/كيفية ممارسة الحق في العدول.

إن الغاية من ممارسة الحق في العدول هي التأكد من رضا المستهلك من عدمه، وهو ما يجب معه إطلاق إرادة التعبير في الرجوع في التعاقد من أي قيود اتفقا مع هذه الغاية، فالأصل ألا تخضع ممارسة هذا الحق لأي إجراءات خاصة<sup>(1)</sup>.

كما لم يحدد المشرع الفرنسي وكذا التوجيه الأوروبي شكلا معيناً لتعبير المستهلك عن عدوله في العقد، غير أنه يستحسن اختيار وسيلة إثبات معينة سواء عن طريق البريد الإلكتروني، أو في موقع التاجر أو برسالة موصى عليها، أو حتى عن طريق محضر إثبات حالة، وذلك خشية الوقوع في منازعة قانونية لاحقة مع التاجر إذا أنكر تبليغه بالعدول. كما يعتبر حق العدول حقا يخضع لتقدير المستهلك، إن شاء قام به وإن شاء امتنع، دون أن يكون مطالبا بتقديم تبرير عن ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 121، 20.1/2 من قانون المستهلك الفرنسي<sup>(2)</sup>.

### ثانيا/مدة ممارسة الحق في العدول.

الشرط الوحيد لممارسة الحق في العدول هو أن يتم ضمن مهلة محددة عينها التوجيه الأوروبي بسبعة أيام، وكذلك فعل المشرع الفرنسي في قانون المستهلك، ولكن يجب تبيان الوقت الذي يبدأ من خلاله حساب هذه المدة؛ فإن كان محل العقد الإلكتروني عبارة عن سلع ومنتجات فإن المهلة تبدأ منذ لحظة تسلّم المستهلك للسلعة أو المنتج، وهذا ما صرحت به المادة 2/20.121 من قانون المستهلك، أما إذا كان محل العقد أداء خدمات فالمهلة القانونية تبدأ لحظة البدء في استغلال الخدمة.

و المدة المحددة قانونا بسبعة أيام هي مدة مبدئية، تحسب بالأيام الكاملة، وإذا تضمنت آخر المدة يوم عطلة فإنها تمتد إلى اليوم الموالي لأول يوم عمل، أما إذا أخل التاجر بالتزاماته المتعلقة بإعلام المستهلك الإلكتروني قبل العقد فإن هذه المدة تمتد إلى غاية ثلاثة

<sup>1</sup> عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 779.

<sup>2</sup> أمنة سلطاني، المداخلة السابقة، ص 121.

أشهر، ولكن إذا تدارك التاجر هذا الخطأ وقام بإعلام المستهلك خلال هذه المدة فإن مدة السبعة أيام هي الأصل، وتحسب من تاريخ تنفيذ التزامه في الإعلام<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: آثار ممارسة الحق في العدول

يترتب على اختيار المستهلك طريق الرجوع عن التعاقد زوال العقد وانقضاؤه، ويلتزم الأطراف بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فإن تسلم الشئ المبيع التزم بإعادته إلى الحالة التي تسلمها عليها، وهذا الحال مثلما ينطبق على العقود الاستهلاكية العامة، فإنه ينطبق كذلك على العقود الإلكترونية، إلا ما تميزت به هذه الأخيرة من خصوصية واردة في قانون المستهلك الفرنسي والتوجيه الأوروبي، ولهذا سوف ندرس آثار ممارسة الحق في العدول بالنسبة للبائع الإلكتروني، ثم بالنسبة للمستهلك الإلكتروني. أولاً/آثار العدول بالنسبة للتاجر الإلكتروني.

إذا انقضت المدة التي حددها المشرع للمستهلك الإلكتروني لاستعماله حقه في العدول يصبح العقد لازماً للطرفين، ويصير باتاً واجب التنفيذ، لكن إذا استعمل المستهلك حقه خلال هذه المدة فيترتب على ذلك التزام التاجر برد الثمن، وذلك خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً، طبقاً لنص المادة 121 . 1/20 من قانون المستهلك الفرنسي.

وفي حالة ما إذا انقضت هذه المدة ولم يقم البائع بإرجاع الثمن، فإن كل يوم تأخير يصاحبه فوائد لصالح المستهلك، هذا ناهيك على أن فعل عدم الإرجاع يشكل جريمة في مواجهة البائع تتحرك بموجها آلة التحقيق والمتابعة.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي تشدد مع التاجر لصالح المستهلك إلى درجة تجريم فعل عدم إرجاع الثمن، حتى يمنع أي مجال للتماطل، أو أي رغبة في عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

<sup>1</sup> أمانة سلطاني، المداخلة السابقة، ص 121.

أما ما تعلق بأثار العدول على عقد القرض المبرم تمويلًا للعقد، فإن المادة 4/6 من التوجيه الأوروبي تنص على أنه إذا كان الوفاء بثمن المنتج أو الخدمة قد تم تمويله كليًا أو جزئيًا بائتمان من قبل المورد أو من شخص من الغير على أساس اتفاق مبرم بين الأخير والمورد، فإن ممارسة المستهلك لحق العدول يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون<sup>(1)</sup>، دون تعويض أو مصروفات باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان<sup>(2)</sup>.

ثانياً/أثار العدول بالنسبة للمستهلك الإلكتروني.

يعتبر حق العدول بالنسبة للمستهلك حق مجاني، فإن مارسه خلال المدة المحددة قانونًا فلا يتحمل أي تبعات ولا يترتب على ذلك أي جزاء ما عدا ما تعلق بالمصروفات المحتملة لإرجاع المنتج أو السلعة.

و من حيث أثار العدول على العقد؛ فإنه يترتب على ذلك نقض العقد أي فسخه، وعلى المستهلك إرجاع البضاعة كما تسلمها، وإذا كانت خدمة فعليه أن يتنازل عنها.

**المطلب الثالث/حق المستهلك في حماية بياناته الشخصية**

قد تتضمن المعاملات الإلكترونية بيانات شخصية يتم إرسالها من المستهلك إلى التاجر في إطار التأكيد على عملية البيع، وقد تكون هذه المعلومات عبارة عن بيانات اسمية، أو عدة صور في شكل إلكتروني، كما قد تشمل مقر إقامة المستهلك، وطبيعة العمل الذي يقوم به، وغير ذلك من البيانات التي لا يرغب في الكشف عنها للغير، ولولا ضرورات المعاملة الإلكترونية لما تم الكشف عنها.

وقد يسيء التاجر الإلكتروني استخدام هذه البيانات ويتعامل معها في غير الأغراض المخصصة له، كأن يرسلها إلى متعاملين آخرين دون إذن من صاحبها، أو يطرحها للإطلاع العام.

<sup>1</sup>. أمانة سلطاني، المداخلة السابقة، ص 122.

<sup>2</sup>. عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 784.

وإن من شأن ذلك أن يمس بحرمة الحياة الخاصة للمستهلك، لذلك نجد أن الاتجاه الحديث لحماية المستهلك قد ألزم المتعاملين في إطار العقود الإلكترونية بضرورة وضع آليات لحماية حرمة الحياة الخاصة للمستهلك، وهو ما سلكه التشريع الفرنسي في قانون حماية المستهلك، وسلكه المشرع الجزائري في قانون العقوبات العام. ولهذا نحاول في هذه النقطة إعطاء مفهوم للحق في الحياة الخاصة، ثم مجال تحريك البيانات الشخصية ضمن شبكة الانترنت.

### الفرع الأول/ مفهوم الحق في الحياة الخاصة

تكاد تكون التشريعات المقارنة خالية من تعريف الحق في الحياة الخاصة، رغم أننا نجدها تسمى هذا الحق في دساتيرها وقوانينها الخاصة دون أن تعطي مفهوما لها. واستعمال مصطلح الخصوصية أو الحياة الخاصة تثير في الذهن الارتباط بمكان معين أو بمكان خاص، كما أن الخصوصية تقترب من السر ولكنها لا ترادفه، فالسر يفترض الكتمان التام، أما الخصوصية قد تتوافر بالرغم من عدم وجود السرية<sup>(1)</sup>. ورغم أن المتفق عليه أن الحياة الخاصة تتمتع بالحماية القانونية، بحيث يجب أن تظل بعيدة عن تدخل الغير، لكن الفقه مازال يختلف في تحديدها معالمها لأن كثيرا من الأمور مازالت تثير النقاش والخلاف في القانون المقارن، ويذهب جانب من الفقه الأمريكي إلى تعريف الحق في الحياة الخاصة بأنه " الحق في الخلوة " فمن حق الشخص أن يظل مجهولا غير معروف عند الناس، بعيدا عن حب استطلاعهم ونظراتهم، وتم تعريفه كذلك بأنه " حق الشخص في أن نتركه يعيش وحده، يعيش الحياة التي يرتضيها مع أدنى حد من التدخل"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> حسام الدين، كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة ( الحق في الخصوصية ) دراسة مقارنة، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 46.

<sup>2</sup> مرجع السابق، ص 51، 52.



و يعرف الفقيه الفرنسي كاربونييه الحق في الحياة الخاصة " بأنها المجال السري الذي يملك الفرد بشأنه سلطة استبعاد أي تدخل من الغير، وهي حق الشخص في أن يترك هادئاً أي يستمتع بالهدوء، أو أنها الحق في احترام الذاتية الشخصية"<sup>(1)</sup>.

و يعترف المشرع الفرنسي كذلك بالحق في احترام الحياة الخاصة للشخص، فالحماية تتقرر عنده للحق وليست للحرية، وخصه بالحماية بمجرد الاعتداء عليه بصرف النظر عن مدى خطورة الضرر، باعتبار أن الضرر أمر مفترض، ويمكن لصاحب الحق في حالة وقوع اعتداء عليه اللجوء إلى القضاء لاتخاذ الإجراءات اللازمة لوقفه أو منعه دون إثبات عنصر الضرر، وبذلك تكون هذه الحماية أكثر فعالية مما لو تركت لقواعد المسؤولية المدنية التي تثبت بعناصرها الثلاث الخطأ والضرر وعلاقة السببية<sup>(2)</sup>.

أما المشرع الجزائري فلم ينص بشكل صريح ومباشر في القانون المدني عن حماية الحق في الحياة الخاصة، ولم نجد إلا إشارة إلى ضمان الحقوق الملازمة للشخصية طبقاً لنص المادة 47 من القانون المدني، كما نجد أن الدستور الجزائري وفي المادة 34 منه ينص على أنه " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان " وفي المادة 39 منه تنص على أنه " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون ... سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة " وفي المقابل جرم المشرع الجزائري في قانون العقوبات { الصادر بموجب أمر رقم 66 . 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 المعدل بالقانون رقم 06 . 23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 } صراحة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة وذلك عبر نصوص المواد 303 مكرر و303 مكرر 1.

<sup>1</sup> أسامة، عبد الله قائد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 11

<sup>2</sup> علي أحمد، عبد الزغبي. حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص 147.

### الفرع الثاني: مجال تحريك البيانات الشخصية ضمن شبكة الانترنت

كثيرة هي البيانات الشخصية التي يمكن تداولها بين التاجر والمستهلك الإلكتروني، ويتم ذلك عبر أكثر من وسيلة إلكترونية، لعل أبرزها البريد الإلكتروني، ونظام التبادل الإلكتروني للبيانات، ونحاول من خلال هذه النقطة الإشارة إلى هذين النوعين بشيء من التفصيل. أولاً/عن طريق البريد الإلكتروني.

لا يختلف صندوق البريد الإلكتروني عن صندوق البريد العادي باعتباره وسيلة لتبادل المعلومات وغيرها، إلا أنه يتميز عليه بأن توجد فيه جميع الرسائل الإلكترونية القديمة والجديدة من الرسائل الملغاة، وقائمة بالعناوين التي تم إضافتها في الصندوق. وللوصول إلى البريد الإلكتروني يحتاج صاحبه إلى كلمة السر واسم المستخدم.

ويتم من خلال البريد الإلكتروني تبادل الرسائل الإلكترونية والملفات والرسوم والصور والبرامج وغيرها، بحيث يقوم صاحبها بإرسالها إلى شخص أو أكثر وذلك باستعمال عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه بدلاً من عنوان البريد التقليدي<sup>(1)</sup>.

و يتميز البريد الإلكتروني بعدة خصائص؛ أهمها أنه وسيلة اتصال سريعة وسهلة، بحيث تصل المعلومات إلى مبتغاياها في ثوان، كما أنها غير مكلفة، هذا بالإضافة إلى كونه يعمل طوال أيام الأسبوع دون أيام راحة، مع تحميل كافة البيانات اللازمة من التاريخ والجهة المرسل، ويمكن إرسال نفس الرسالة لأكثر من شخص في أقطار مختلفة.

لكن هذا لا يمنع من وجود عيوب لهذه الوسيلة؛ لعل أهمها إمكانية طبع الرسائل من خلال الانترنت بدون موافقة صاحبها، وإمكانية حذف المعلومات أو الرسائل أو تعديل محتواها، كما تجعل ذلك قد يسبب مشاكل بين المتعاقدين مما يمكن الدخول والإطلاع عليها، هذا ناهيك إلى عدم الاعتراف بها كورقة رسمية في بعض التشريعات<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> خالد ممدوح إبراهيم، المداخلة السابقة، ص 4.

<sup>2</sup> نفس المداخلة، ص 5.

## ثانيا/ عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات.

عرف قانون اليونسטרال النموذجي للتجارة الإلكترونية<sup>(1)</sup> في المادة 2/2 منه تبادل البيانات الإلكترونية بأنه " نقل المعلومات إلكترونيا من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

و يستخدم نظام تبادل البيانات إلكترونيا في كثير من العمليات مثل إجراء التفاوض بين الأطراف وإبرام العقود، والاستعلامات، وطلبات الشراء، ومواعيد الشحن، والتسليم، وبيانات الإنتاج، وشهادات المطابقة، ودفع الفواتير، وخطابات الاعتماد وغيرها...

و تم اللجوء إلى هذا النظام نظرا للنمو المتسارع للمتعاملين في التجارة الإلكترونية، مما أدى إلى ضرورة إيجاد لغة إلكترونية موحدة لتفادي الاختلاف في التفسير المتعلق بالحقوق والالتزامات لكل من طرفي العقد الإلكتروني.

و يتميز نظام التبادل الإلكتروني للبيانات بعدة خصائص أهمها تقليل مصاريف النقل، وسهولة الوصول إلى المعلومة، وقلة الخطأ واللبس في المعاملات التجارية، مع ضمان إلى حد ما بعض الأمان في الخصوصية، كما أنها توفر الوقت لأن هذا النظام يتيح نقل رسائل البيانات والمعلومات بطريقة أسرع.

ولكن هذا لم يمنع من وجود عيوب لهذا النظام تتمثل في تعرض البيانات المعروضة للمخاطر الأمنية، فمن الممكن الوصول إلى المعلومات بصورة أسهل من الملفات الورقية.

<sup>1</sup> اليونسטרال هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة وتضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية، وغرضها الرئيس تحقيق الانسجام والتوائم بين القواعد القانونية الناظمة للتجارة الإلكترونية وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيا في التعامل مع مسائل التجارة العالمية، وقد حققت اليونسسترال العديد من الانجازات في هذا الميدان أبرزها إبرام عدد من الاتفاقيات الدولية أشهرها اتفاقية فينا للبيوع الدولية لعام 1980 والاتفاقيات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وغيرها، و في عام 1996 أطلقت اليونسسترال القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، وذلك بغية مساعدة الدول لتحديد المواد الواجب تضمينها لمثل هذا التشريع إلى جانب رغبتها وأملها أن يعتمد القانون النموذجي المذكور من سائر الدول لما سيحققه من انسجام وتوافق (جابر عز الدين، على الموقع [www.alhuraauniversity.org](http://www.alhuraauniversity.org)).

وكذلك مخاطر فقدان التوثيق التي تنشأ نتيجة عدم العلم بحقوق المتعاقد الآخر في عقود التجارة الإلكترونية، هذا ناهيك عن مشكلة الإثبات الإلكتروني لأن الكثير من الدول لم تعتمد فكرة قبول المستند الإلكتروني.

#### خاتمة

التجربة الفرنسية في حماية المستهلك تعد نموذجا لكثير من التشريعات المقارنة، وذلك ما فعل المشرع الجزائري، لكن فيما يتعلق بحماية المستهلك الإلكتروني نجده تأخر بعض الشيء، وقد يكون السبب في ذلك هو قلة التعامل بالعقد الإلكتروني، ولكن قلة الشيء لا ينفي وجوده، وينبغي إيجاد وسائل لحماية المستهلك في مثل هذه التعاملات، ولا بأس في الوقت الحاضر من إعمال القواعد العامة الموجودة في القانون الجديد لحماية المستهلك لأنها تضمنت حقوقا عامة تنطبق على العقد الإلكتروني، لكن حبذا لو شملت النصوص خصوصية المستهلك الإلكتروني، لما يتميز به من قوة في وسائل الدعاية والإغراء. ولهذا وددنا لو أن المشرع الجزائري يلحق النص الحالي بتعديل تشريعي أخريدرج فيه كل معاملات المستهلك الإلكتروني، ويضع لها حماية خاصة، سواء تعلق الأمر بحماية حقه في الإعلام الإلكتروني، أو حقه في التراجع عن السلعة أو الخدمة خلال مدة معينة، أو حتى حقه في حماية بياناته الشخصية ضمن تعاملاته اليومية من خلال بريده الإلكتروني أو بأية وسيلة أخرى.

## تفويض الاختصاص الضريبي ومدى ملائمته للدستور العراقي لسنة 2005 النافذ - دراسة قانونية مقارنة\*

أ.د. رائد ناجي احمد<sup>(1)</sup> ، د. إسماعيل فاضل حلوان<sup>(2)</sup>

كلية القانون، جامعة الفلوجة ، العراق.

البريد الإلكتروني: [raid75raid75@gmail.com](mailto:raid75raid75@gmail.com)

### الملخص:

يراد بتفويض الاختصاص ان يعهد صاحب الاختصاص الاصيل الى شخص اخر او هيئة اخرى بممارسة جانب من اختصاصاته وصلاحياته وفق الشروط الدستورية والقانونية واللائحية. وفي الشؤون الضريبية لا يتحقق هذا المفهوم الا بان تعهد السلطة التشريعية اختصاصها في الشؤون الضريبية الى السلطة التنفيذية الذي ينبغي ان يكون ضمن الشروط والقيود التي يشترطها الدستور. ذلك ان دساتير العالم عادة ما تأتي بنص يفيد بقانونية الضريبة وهو ما اخذ به الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ حيث اشترط في المادة (28/اولا) منه ان لا تفرض الضريبة ولا تعدل ولا تجبى ولا يعفى منها الا بقانون. ولما كان للتفويض صورتان: احدهما هي تفويض مكنة التنظيم الضريبي بان تفوض السلطة التشريعية تنظيم احد عناصر قانونية الضريبة الى السلطة التنفيذية اما الصورة الثانية فهي تفويض مكنة التشريع الضريبي والذي يتحقق بنص المشرع الدستوري صراحة على الحق للسلطة التشريعية بان تعهد باختصاصها في الشؤون الضريبة للسلطة التنفيذية. ولما كان المشرع الدستوري العراقي لم يأخذ باي من الصورتين اعلاه فانّ بيان بعض ملامح التفويض التي لا تعد مخالفة للدستور كونها لم تمس مبدا قانونية الضريبة، مما يعني أنّ صفة المشروعية تبقى ملاصقة لها.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/10/11 ، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03 ، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

**الكلمات المفتاحية:**

قانونية الضريبة، تفويض الاختصاص الضريبي، التشريع الضريبي، التنظيم الضريبي.

**Delegation of tax jurisdiction  
And its relevance to the Iraqi 2005 constitution in force  
-comparative legal study-**

**Abstract:**

The delegation of jurisdiction shall be entrusted to entrust the original competent to another person or entity to exercise one of its powers and powers in accordance with the constitutional, legal and legal requirements.

In tax affairs, this concept is achieved only by the fact that the legislative authority entrusts its jurisdiction over taxation to the executive branch, which should be within the conditions and restrictions required by the Constitution. The constitutions of the world usually come with a text that states the legality of the tax, which was taken by the Iraqi constitution for the year 2005 in force, where stipulated in Article (28 / first) it does not impose the tax and is not amended and not collected and is exempt only by law.

The second is to authorize the mechanism of tax legislation, which is achieved by the text of the constitutional law explicitly the right of the legislative authority to pledge its jurisdiction in the tax affairs of the executive authority. Since the Iraqi constitutional legislator did not take any of the above images, the statement of some features of the mandate, which is not contrary to the Constitution because it did not affect the principle of tax law, which means that the status of legitimacy remain adjacent to it.

**keywords :**

Tax law, tax authority, tax legislation, tax regulation.

**Délégation de la compétence fiscale  
Et sa pertinence pour la constitution irakienne de 2005 en vigueur  
-étude juridique comparative-**

**Résumé :**

La délégation de compétence est confiée à confier l'original à une autre personne compétente ou entité d'exercer l'un de ses pouvoirs et pouvoirs conformément aux exigences constitutionnelles, juridiques et juridiques.

Dans les affaires fiscales, ce concept est réalisé que par le fait que l'autorité législative confie sa compétence en matière de fiscalité au pouvoir exécutif, qui devrait être dans les conditions et restrictions prévues par la Constitution. En général, les constitutions du monde viennent avec un texte qui indique la légalité de la taxe, qui a été prise par la Constitution irakienne pour l'année 2005 en vigueur, où prévu à l'article (28 / première) n'impose pas la taxe et n'est pas amendée et non perçue et est exemptée seulement par la loi.

La seconde est d'autoriser le mécanisme de la législation fiscale, qui est atteint par le texte de la loi constitutionnelle explicitement le droit de l'autorité législative pour engager sa compétence dans les affaires fiscales de l'autorité exécutive. Étant donné que le législateur constitutionnel irakien n'a pris aucune des images ci-dessus, l'état de certaines caractéristiques du mandat, ce qui est contraire à la Constitution parce qu'elle n'a pas porté atteinte au principe du droit fiscal, ce qui signifie que l'état de la légitimité restent adjacentes à lui.

**Mots clés:**

Droit fiscal, autorité fiscale, législation fiscale, réglementation fiscale.

**مقدمة**

مما لا مرأى فيه أن فكرة التفويض مذ ابتكرت كانت غايتها التخفيف عن كاهل صاحب السلطة الاصلية والتقليل من الأعباء التي ينوء بها في تنفيذ ما أوكل إليه من صلاحيات وفق الدستور القانون ومن جانب آخر تعطي نوع من المرونة في تنفيذ القوانين بما يحقق المصالح العليا لأفراد المجتمع ويسهم في تلبية حاجاتهم بانسيابية ودون تعقيد لا سيما بعد أن تعددت مهام الدولة وتشعبت هيئاتها ومؤسساتها في ظل تحول الدولة في بعضها من دولة محايدة إلى دولة متدخلة حتى بالنسبة للدول الرأسمالية.

وعلى الرغم من شيوع فكرة التفويض التشريعي والتفويض الاداري بشكل واسع في التشريعات العراقية وقد لجأ إليه المشرع العراقي في كثير من الاحيان بغية إعطاء المرونة للسلطة التنفيذية في تنفيذ القوانين وتطبيقها فضلاً عن إمكانية إعمال فكرة الحلول والإنابة التي تسهل في تنظيم العمل الاداري.

وهذا الأمر لا يمكن الركون إليه في الشؤون الضريبية لما للأخيرة من خصوصية لم يجد المشرع الدستوري بد من أخذها بالاعتبار حفاظاً على الحقوق المالية للمكلف حيث أستلزم تنظيمها وتقريرها من قبل المشرع العادي حصراً بتبنيه ما يعرف بمبدأ قانونية الضريبة في الفقرة اولاً من المادة (28) الذي يوصد أي باب في التفويض أو الإنابة.

**اشكالية البحث:** إن النفاذ إلى ميدان تطبيق القوانين الضريبية والاجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية بمختلف إداراتها الضريبية يجد ثمة نصوص تنطوي على مفهوم التفويض وتحقق مدلوله وطبيعته وهو ما دعانا للخوض فيه بحثاً وتحليلاً وتفصيلاً يقوم أساسه حول مدى مشروعية ذلك التفويض ومدى ملائمته للنصوص الدستورية والقانونية النافذة مشيراً إلى مواطن الخلل التي صابت موقف المشرع فيوصى بتداركها وجوانب الاصابة فيحسن الإبقاء عليها.

**نطاق البحث:** وسوف تتحدد نطاقا الدراسة في الخوض في التشريعات الضريبية المختلفة المباشرة منها وغير المباشرة دون تحديد، وما سيتم طرحه على سطح البحث من تطبيقات

للتفويض مواءمة للدستور أم غير متفقة معه هي نماذج لا يمكن الجزم بانها وحيدة في ميدان التشريع بل ربما هناك ما يماثلها في تشريعات أخرى لكن طبيعة البحث سوف تستلزم عدم الوقوف على جميع التطبيقات المماثلة . ملفتين النظر ابتداءً إلى هذه الدراسة وإن كانت متخصصة في القانون العراقي إلا أنه سوف تعرج لبعض الجوانب الفقهية والتشريعية للدول المقارنة لضرورات البحث والتعرض إلى المفاهيم العامة التي تحكم موضوع البحث.

هيكلية البحث: وعلى ضوء ذلك سيتم تقسيم البحث إلى مباحث ثلاثة يتناول الأول مفهوم التفويض الضريبي وصوره في حين يبحث الثاني في تطبيقات التفويض الضريبي المخالفة للدستور في التشريع الضريبي العراقي، اما الثالث فسيخصص للخوض في صور التفويض المواءمة للدستور في التشريع الضريبي العراقي.

### المبحث الأول: مفهوم التفويض الضريبي وصوره

يقتضي التفصيل في التفويض الضريبي أن نبين ابتداءً مفهومه ومدلوله ثم نوضح بعد ذلك صورته وأنواعه وهو ما سوف نتناوله في المطلبين الآتيين:

### المطلب الأول: مفهوم التفويض الضريبي

يراد بالتفويض بشكل عام أن يعهد صاحب الاختصاص الأصيل إلى شخص آخر أو هيئة أخرى بممارسة جانب من اختصاصاته وصلاحياته وفقاً للشروط الدستورية والقانونية واللائحية، والتفويض بهذا المعنى قد يكون تشريعياً وقد يكون إدارياً. فيكون التفويض تشريعياً عندما تعهد السلطة التشريعية بعض اختصاصها إلى السلطة التنفيذية في الحدود التي ينص عليها الدستور. أما التفويض الإداري فيكون إذا ما عهدت جهة إدارية تتولى اختصاص معيناً أو من يمثلها ببعض اختصاصاتها إلى جهة أخرى سواء في داخل الجهاز الإداري الواحد أم خارجه وفي الحدود التي ينص عليها القانون أو الأنظمة والتعليمات.<sup>1</sup>

(1) د. بشار عبد الهادي ، التفويض في الاختصاص (دراسة مقارنة) ، مطابع الدستور التجارية ، الاردن، 1982، ص49.



وفي خضم الكلام عن التفويض الضريبي لا بد أن نحدد هل أن التفويض هذا يدخل في حومة التفويض التشريعي أم أنه ينصرف إلى التفويض الإداري؟

نقول أن تنظيم الشؤون الضريبية أضحت منذ زمن بعيد من اختصاص السلطة التشريعية على أثر الصراع الطويل الذي دار بين الملوك وممثلي الشعب في أوروبا على وجه الخصوص في العصور الوسطى. إذ بعد أن كان الملوك يستحوذون على خزائن الدولة وماليتها ويجعلون الضريبة من شؤونهم الخاصة يفرضونها أو يرفعون من أسعارها كلما شدت بهم الحاجة إلى موارد مالية جديدة، كانت الشعوب تكافح وتثور في سبيل أن تنزع هذه السلطة من الملوك التي أثقلت كواهلهم بما لا ينوؤن على حمله. فتبلور عن ذلك الصراع في انتصار الشعوب في دول عدة أبرزها بريطانيا وفرنسا بأن جعل شؤون الضرائب تقريراً وتنظيماً بيد ممثلي الشعب أو السلطة التشريعية، بحيث لا تفرض الضرائب ولا تجبى إلا بقانون ولا يعفى منها إلا بقانون. ولكن ولما خشي أن هذه السلطة التي نالها البرلمان ربما يتنازل عنها أو يفوضها إلى السلطة التنفيذية في فترات ضعفه أو تواطئه مع الأخيرة. رأى القائمون على الثورة أنه لا سبيل لمنع ذلك سوى برفع قاعدة قانونية الضريبة من منزلة القواعد الاعتيادية إلى منزلة القواعد الدستورية السامية. فتحقق ذلك الأمر في فرنسا بعد ثورة 1789 في دستور 1791 علاوة عن تأصيله في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 والذي لما يزل نافذاً ويعد ذو قيمة قانونية عند الكثير من الفقه أعلى من الدستور. أما في انكلترا فإنه على الرغم من أن الدستور الانكليزي هو دستور قائم على الاعراف والتقاليد غير المكتوبة، إلا أنه تقف إلى جانبه مجموعة من الوثائق الدستورية المكتوبة والتي سطرت على أثر نجاح ثورات الشعب الانكليزي في الوقوف بوجه جنوح الملوك إلى فرض الضرائب وجبايتها بدون مراعاة لقدرة الناس وقابليتهم على تحمل عبئها، فكان العهد الاعظم (الماكن كارتا) في 1215، ووثيقة الحقوق (1628)، وملتمس الحقوق 1688 من أبرز تلك الوثائق التي جعلت شؤون الضرائب بيد ممثلي الشعب الأصليين (مجلس العموم) وليس المعينين (مجلس اللوردات). فضلاً عن كل ذلك أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1787، والذي يعد الوثيقة الدستورية المكتوبة الأولى في العصر الحديث وما زالت

نافذة، لم يغفل التأسيس لحصر الشؤون الضريبية بالسلطة التشريعية لاسيما وأن هذه الولايات قد استقلت عن مملكة التاج البريطانية وكان أبرز دعوات الاستقلال هي المطالبة بعدم فرض الضرائب عليها بدون موافقة ممثلي تلك الولايات.<sup>1</sup>

وعلى اثر ذلك أضحى مبدأ قانونية الضريبة من المبادئ الأساسية التي استقرت في ضمير الأمم وشعوبها بحيث لم يكد يغفل أي دستور لدولة ديمقراطية بحق من النص عليه، فضلاً عن الدول المستقلة حديثاً ومنها الدساتير العراقية المتعاقبة وآخرها الدستور النافذ لسنة 2005 الذي نص على ذلك في المادة 28/أولاً منه. بقوله ( لا تفرض الضرائب والرسوم ولا تعدل، ولا تجبى، ولا يعفى منها، إلا بقانون).

ونخلص من كل ذلك أن الشؤون الضريبية بالأصل هي من اختصاص السلطة التشريعية وتنظم بقوانين اعتيادية، ولكون الضريبة تمس الحقوق المالية للمواطن وبغية الحؤول دون أن تتنازل السلطة التشريعية عن هذا الاختصاص إلى السلطة التنفيذية وبما يمكن الأخيرة من النيل من تلك الحقوق ذهب مشرعو الدساتير إلى النص على قانونية الضريبة فرضاً وإعفاءً وتعديلاً وجبايةً. وبذلك يكون الاختصاص الممنوح للسلطة التشريعية في هذا الشأن اختصاص مفوض بموجب الدستور لا يجوز تفويضه أو التنازل عنه إلى سلطة أخرى إلا إذا أجازته الدستور ذاته صراحةً أو ضمناً – مثلما سوف نرى لاحقاً- على أن الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض.

وعليه فإن التفويض الضريبي يتحقق مفهومه بأن تعهد السلطة التشريعية اختصاصها في تنظيم عناصر قانونية الضريبة بعضها أو جميعها، فرضاً وإعفاءً وتعديلاً وإلغاءً وجبايةً إلى السلطة التنفيذية ولكن في الحدود والشروط التي يجيزها الدستور.

(1) انظر تفصيل ذلك د. محمد طه بدوي و د. دلاور علي ، اصول القانون الضريبي، الاسكندرية، 1954، ص 9-23. وعثمان سلمان غيلان ، مبدا قانونية الضريبة وتطبيقاتها في تشريع الضرائب المباشرة في العراق(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة النهريين، 2003، ص 20-27.

## المطلب الثاني: صور التفويض الاختصاص الضريبي

أن الدراسة المعمقة لقانونية الضريبة وتطبيقاتها على مستوى التشريع يظهر لنا أن جانب من الدساتير تجيز في بعض الأحوال للسلطة التشريعية أن تفوض بعض اختصاصاتها الحصرية في الشؤون الضريبية إلى السلطة التنفيذية بشكل غير مباشر يمكن التوصل إليه من خلال سياق النص الدستوري ذاته ويكون اللجوء إليه في الظروف الاعتيادية. في حين أن جانب آخر منها تجيز التفويض بشكل مباشر وتصرح به لكن لا يمكن اللجوء إليه وتطبيقه إلا في ظل ظروف استثنائية، وقد اطلقنا على الصورة الاولى من تفويض الاختصاص مصطلح (تفويض مكنة التنظيم الضريبي) في حين اصطلحنا على الصورة الثانية (تفويض مكنة التشريع الضريبي).

## الفرع الأول: تفويض مكنة التنظيم الضريبي

يستلزم البحث في هذه الصورة أن نبين ابتداءً أحوال تحققها ثم نبين موقف المشرع الدستوري العراقي النافذ لسنة 2005 منها وعلى النحو الآتي:

## أولاً: احوال تحقق مكنة التنظيم الضريبي

قد تجيز بعض الدساتير بشكل غير مباشر تفويض السلطة التشريعية لبعض صلاحياتها في الشؤون الضريبية للسلطة التنفيذية بحيث يفهم مثل هذا التفويض ضمناً وليس صراحةً ويحصل ذلك على وجه التحديد من خلال تحقق إحدى الصورتين في أدناه أو كليهما وعلى النحو الآتي:

**الصورة الاولى:-** أن لا ينص الدستور صراحة على بعض عناصر قانونية الضريبة كأن ينص مثلاً على أن (لا تفرض الضريبة ولا تعدل ولا تجبى إلا بقانون) فهذا النص لم يشر إلى عنصر الإعفاء من الضريبة ولكن من المسلمات العرفية أن الإعفاء من الضريبة هو من اختصاص السلطة التشريعية على أنه يمكن للأخيرة أن تفوض هذا الأمر إلى السلطة التنفيذية حتى وإن لم ينص الدستور صراحةً على جواز التفويض. وهذا ما سار عليه المشرع العراقي في ظل دستور 1970 الذي توسع في تفويض السلطة التنفيذية بالإعفاء من الضريبة في العديد

من القوانين<sup>1</sup>، ذلك أن الدستور المذكور نص صراحةً في المادة (35) منه على أن ( أداء الضرائب المالية واجب على كل مواطن ولا تفرض الضرائب المالية ولا تعدل ولا تجبى إلا بقانون )، ولم يضع ضمن هذا النص عنصر الإعفاء من الضريبة وهو ما فهم منه أنه جواز تفويض المشرع اختصاصه الأصيل بالإعفاء من الضريبة إلى السلطة التنفيذية.

**الصورة الثانية:-** أن ينص المشرع الدستوري على أحد عناصر قانونية الضريبة ولكن في الوقت ذاته يستخدم صياغة تفيد معنى التحويل كان يستخدم صيغة ( بناءً على قانون ) أو ( في الأحوال المبينة في القانون) عند الإشارة إلى أحد عناصر القانونية وليس ( بقانون ). فمثل هذه الصيغ أو التعابير تفيد معنى إمكانية تحويل السلطة التشريعية صلاحيتها في هذا الأمر إلى السلطة التنفيذية دون الحاجة إلى النص على تفويض دستوري صريح ومثاله ما جاء به الدستور المصري لسنة 1971 الملغى في المادة (119) منه التي نصت على أن ( أنشاء الضرائب العامة أو تعديلها أو إلغاؤها لا يكون إلا بقانون ولا يعفى أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون) والذي يقابله نص المادة (38) من الدستور المصري النافذ لسنة 2014، إذ أتفق الفقه المصري على أن العبارة الأخيرة (الأحوال المبينة في القانون) تفيد إمكانية أن تفوض السلطة التشريعية صلاحياتها في الإعفاء من الضريبة إلى السلطة التنفيذية<sup>2</sup>.

ولا بد أن نشير في هذا المقام إلى أن قيام السلطة التنفيذية بممارسة أحد عناصر قانونية الضريبة بناءً على تفويض من السلطة التشريعية استناداً لأحدى صورتين المذكورتين أعلاه لا يعني أن تتنازل السلطة التشريعية عن صلاحياتها في التشريع إلى السلطة التنفيذية. أي بمعنى آخر لا يحق للسلطة التنفيذية إصدار أعمال لها طبيعة القانون أو قوته وإنما تقوم باستخدام الأدوات التي تملكها دستورياً وهي إصدار الأنظمة والتعليمات أو اللوائح في تنظيم هذه الشؤون الضريبية، إذ تبقى لهذه الأعمال صفتها الإدارية حتى وأن

(1) ومنها ما ورد في المادة (السابعة/16) من قانون ضريبة الدخل رقم 113 لسنة 1982 والمادة الثانية من قانون ضريبة العرصات رقم 162 لسنة 1959 وغيرها من الأمثلة التي سنفصل بها لاحقاً.

(2) د. محمد محمد عبد اللطيف ، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي (دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا)، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، 1999، ص26.

تضمنت تعديل بعض الإعفاءات الضريبة التي نص عليها المشرع. لأن تفويض المشرع أجاز لها ذلك، ولذلك اصطالحنا على مثل هذا التفويض ب( تفويض مكنة التنظيم الضريبي). ولما كان الأمر كذلك لذا فإن الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية في هذا الإطار يمكن الطعن بها أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى مخالفتها للقانون وليس المحاكم الدستورية مثل المحكمة الاتحادية العليا في العراق أو المحكمة الدستورية العليا في مصر.

### ثانياً: موقف المشرع الدستوري العراقي من تفويض مكنة التنظيم الضريبي

اشرنا فيما سبق أن المشرع الدستوري نص في مادته ( 28/اولاً) على أن ( لا تفرض الضرائب أو الرسوم ولا تعدل ولا تجبى ولا يعفى منها إلا بقانون) ومن ثم فإن هذا النص واضح في اشتماله على جميع عناصر قانونية الضريبة فيما عدا الإلغاء من الضريبة<sup>1</sup>، وهي فرض الضريبة وجبايتها والاعفاء منها وتعديلها. كما أنه أنطوى على صيغة دقيقة تتضمن حصر عناصر قانونية الضريبة بالسلطة التشريعية وحدها باعتبارها هي التي لها الحق بسن القوانين دون غيرها من السلطات بدلالة المادة (61/اولاً) ومن ثم لا يجوز أن تفوض السلطة التشريعية صلاحياتها في أحد هذه العناصر إلى السلطة التنفيذية في أي حال من الأحوال.

### الفرع الثاني: تفويض مكنة التشريع الضريبي

سنبين هنا أحوال تحقق صورة تفويض مكنة التشريع الضريبي ثم سنتطرق بعد ذلك إلى موقف المشرع الدستوري منه:

#### أولاً: مفهوم مكنة التشريع الضريبي

تتحقق هذه الصورة في رأينا عندما لا ينطوي النص الدستوري على أي من صور الحالة الاولى ولكن المشرع الدستوري يسمح للسلطة التشريعية بتفويض اختصاصاتها الدستورية للسلطة التنفيذية. ومن ثم تقوم السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في

(<sup>1</sup>) نرى أن إلغاء الضريبة هو أحد عناصر قانونية الضريبة ولا يحسب على عنصر تعديل الضريبة مثلما يراه العديد من الفقه العراقي . انظر في تفصيل ذلك بحث الدكتور رائد ناجي أحمد الموسوم (أحوال توزيع الاختصاص الضريبي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في ظل الدستور العراقي لسنة 2005)، بحث موعود بالنشر في مجلة بيت الحكمة ، في 2015/4/29، صص 22-23.

تنظيم بعض المسائل التي حصرها الدستور بالمشرع العادي في ظل ظروف استثنائية والتي تعرف بأنها الحالة غير العادية وغير الطبيعية التي تعجز الإدارة عن أداء مهامها بالقوانين العادية<sup>1</sup>، بحيث تستدعي من السلطة التشريعية التنازل بشكل صريح أو ضمني عن صلاحياتها التشريعية في بعض الحقوق إلى السلطة التنفيذية. وأبرز صور هذا التنازل تظهر في ظل ظروف استثنائية تستدعيه وتبرره ويكون من خلال اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة ويمكن تفصيل ذلك على النحو الآتي :

### 1- تفويض الاختصاص الضريبي من خلال اللوائح التفويضية

يراد باللوائح التفويضية بأنها الإجراءات والتدابير التي تتخذها السلطة التنفيذية بتفويض من البرلمان في ظل وجود ظروف استثنائية تمكنها من ممارسة الوظيفة التشريعية في مسائل معينة ولمدة محدودة يبينها قانون التفويض الصادر عن البرلمان<sup>2</sup>، ومن الملاحظ أن هذا التفويض يحصل في ظل وجود البرلمان، ومن الدساتير التي نصت على مثل هذا الأمر الدستور الفرنسي لسنة 1958 الذي نص في المادة 38 منه على أن (يجوز للحكومة أن تطلب تفويضاً من البرلمان، لمدة محددة، لاتخاذ الإجراءات بموجب المرسوم، والتي تدخل عادة في نطاق اختصاص القانون، وذلك من أجل تنفيذ برنامجها)<sup>3</sup>.

(1) شوق سعد هاشم الموسوي، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/جامعة النهرين، 2008، ص 114.

(2) سمير عبد القادر- السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة ومدى الرقابة عليها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1985، ص 395.

(3) يشار إلى أن الدستور الفرنسي أجاز للحكومة أن تطلب من البرلمان تفويضها بتحصيل الضرائب إذا ما تأخر عن اقرار الموازنة العامة وهو ما نص عليه في المادة (47) بقولها (يصدر البرلمان مشروعات قوانين الموازنة وفق الشروط المنصوص عليها في قانون أساسي. وفي حال لم تصدر الجمعية الوطنية قرارها في قراءة أولى خلال أربعين يوماً من تقديم مشروع القرار تحيل الحكومة مشروع القرار لمجلس الشيوخ الذي سيكون عليه البت فيه خلال خمسة عشر يوماً. يطبق عندئذ الإجراء المنصوص عليه في المادة 45. وفي حال فشل البرلمان في التوصل لقرار خلال سبعين يوماً يجوز أن توضع أحكام المشروع الذي تم تقديمه قيد التنفيذ من خلال مرسوم. وفي حال لم يقدم مشروع قانون الموازنة الذي يحدد الموارد والأعباء لسنة مالية واحدة في الوقت المناسب بما يسمح بإصداره قبل بداية تلك السنة المالية، تطلب الحكومة وبصفة مستعجلة من البرلمان أن يفوضها بتحصيل الضرائب كما ستتيح عن طريق القانون الاعتماد الضرورية لتلبية الالتزامات التي تم التصويت عليها.

## 2- تفويض الاختصاص الضريبي من خلال لوائح الضرورة

بخلاف اللوائح التفويضية فإن لوائح الضرورة تصدر في غياب السلطة التشريعية المخولة دستورياً بسن القوانين سواء في فترة حل البرلمان أو تمتعه بإجازته الاعتيادية أو قبل انتخابه حيث تحصل ظروف استثنائية تستلزم إيكال مهمة التشريع بشكل مؤقت للسلطة القائمة بغية معالجتها. وعليه فإن لوائح الضرورة هي قرارات بقوانين تصدرها السلطة التنفيذية في أوقات غياب البرلمان أو حله إذا نشأت حالة من حالات الضرورة التي تستوجب إصدارها<sup>1</sup>. ومن الدساتير التي نظمت هذه الحالة الدستور المصري لسنة 2014 النافذ الذي نص في المادة (156) منه على أن (إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئٍ لعرض الأمر عليه، وإذا كان مجلس النواب غير قائم يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد فإذا لم تعرض وتناقش، أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال باثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرارات بذلك إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب عليها).

ومن الجدير بالإشارة إلى أن ما يصدر عن السلطة التنفيذية في ظل لوائح الضرورة أو اللوائح التفويضية من قرارات تكون لها قوة القانون. أي يمكن لهذه القرارات أن تعدل القانون الضريبي أو تلغيه أو تغير أحكام الإعفاء من الضريبة أو جبايتها على أن هذا الأمر مرهون بالظرف الاستثنائي، ولذلك اصطالحنا على هذه الصورة من التفويض مصطلح ( تفويض مكنة التشريع الضريبي)، إلا أن هذا التفويض يكون مؤقتاً. فضلاً عن كونه يتوقف في النهاية على موافقة البرلمان على هذه القرارات بعد عرضها عليه. فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق عليها زال مالها من أثر قانوني. علماً أن التفويض يختلف تمام الاختلاف عما طرحناه في الصورة الأولى ( تفويض مكنة التنظيم الضريبي) فالأخير كما ذكرنا تبقى في

(1) شوق سعد هاشم الموسوي ، مصدر سابق، ص 139

خضمه القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية قرارات إدارية وليست قوانين أو تنال قوة القانون، كما أنه لا يرهن وجودها ودوامها بعرضها على السلطة التشريعية، وإنما تقوم بها السلطة التنفيذية بناءً على التفويض الذي منح لها ولا ترتبط بظروف استثنائية بل تتحقق عادة في الظروف الاعتيادية. علاوة على شمولها لبعض عناصر القانونية وليس جميعها بخلاف حال التفويض التشريعي.

### ثانياً:- موقف المشرع الدستوري العراقي من تفويض مكنة التشريع الضريبي

إذا ما خضنا تمعناً في ثنايا نصوص الدستور العراقي النافذ لسنة 2005 لا نجد فيها ما يفيد بتنظيم موضوع التفويض التشريعي بأي صورة من صورته، مما يعني عدم جواز قيام السلطة التشريعية بتفويض اختصاصاتها الدستورية المتعلقة بالتنظيم التشريعي لعناصر قانونية الضريبة إلى السلطة التنفيذية كما أنه لا يمكن للأخيرة سواء مثلت برئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء سلطة إصدار لوائح تنظم عناصر قانونية الضريبة حتى وإن غاب البرلمان وأياً كان الظرف الاستثنائي الذي تمر به الدولة لأن عدم نص الدستور على هذا الموضوع يفيد المنع وليس الإباحة طالما تعلق الأمر بمنح صلاحيات استثنائية لسلطة معينة جعلها المشرع الدستوري حصراً من اختصاص سلطة أخرى.

ومع ذلك فإن الدستور العراقي نظم حالة الظروف الاستثنائية التي يمكن أن تواجهها الدولة وأجاز لمعالجتها إعلان حالة الطوارئ، ولكن جعل ذلك من صلاحية السلطة التشريعية وهو ما بينته الفقرة (تاسعاً) من المادة التاسعة منه التي نصت على أن (أ- الموافقة على إعلان الحرب وإعلان الطوارئ بأغلبية الثلثين بناءً على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء . ب- تعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً قابلة للتمديد وبموافقة عليها في كل مرة . ج- يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من ادارة شؤون البلاد في أثناء مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ وتنظم هذه الصلاحيات بقانون بما لا يتعارض مع الدستور).

ويثور التساؤل ابتداءً هل يمكن تصور حصول ظروف استثنائية في العراق

تستدعي لمعالجتها إعلان حالة الطوارئ لتعديل احوال الشؤون الضريبية ؟



نقول أن الضريبة هي أداة الدولة في مواجهة مختلف الظروف والمتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وأن انعكاساتها كبيرة جداً على مختلف الصعد والمجالات. ولذلك يمكن أن تمر الدولة بظروف يستدعي التصدي لها اللجوء إلى معالجات ضريبية عاجلة، مثال ذلك أن يكون العجز المالي في الموازنة العامة كبيراً جداً لانقطاع الإيراد الأساس للدولة وهو النفط أو انخفاض مردوده المالي لأي سبب كان فتعجز الدولة عن تسديد مستحققاتها المالية ولا تستطيع اللجوء إلى مصادر الإيراد الأخرى من قروض أو إصدار نقدي جديد أو غير ذلك فتكون وسيلتها لتدبير الموارد المالية هي فرض ضرائب عاجلة في ظل إعلان حالة الطوارئ. أو أن يعتمد اقتصاد الدولة في السنوات المقبلة على الضرائب بشكل أساسي في تمويل إيراداتها وبسبب ثقل عبئها تحدث احتجاجات واضطرابات اجتماعية وسياسية كبيرة تستدعي تدخل السلطة التنفيذية لإعلان حالة الطوارئ واتخاذ إجراءات عاجلة من شأنها استيعاب مطالب المحتجين من خلال إصدار قرار بتخفيض الضرائب المفروضة أو إلغائها كما تحقق ذلك في مصر<sup>1</sup>.

ويتمخض عن الشرح المتقدم اعلاه سؤال آخر مفاده، إذا ما كان البند (ج) من الفقرة أعلاه سمح لمجلس النواب تخويل رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة شؤون البلاد إثناء إعلان حالة الطوارئ، هل يمكن أن ينصرف هذا التحويل إلى تفويضه صلاحية فرض الضرائب أو تعديلها أو الإعفاء منها أو جبايتها؟

نقول أن الدستور أوجب في البند المذكور تنظيم صلاحيات السلطة التنفيذية في حالة إعلان حالة الطوارئ بقانون يسنه مجلس النواب والذي لم ير النور لحد الان. هذا من جانب ومن جانب آخر وضع قيد على المجلس عند سنه مثل هكذا قانون أن لا يضمنه ما يتعارض مع احكام الدستور ونصوصه. وعليه وطالما أن عناصر قانونية الضريبة واردة في صلب

(1) تحققت مثل هذه الحالة في عام 1977 عندما دفعت المظاهرات التي حصلت في البلاد يومي 18 و 19 يناير من ذات السنة للاحتجاج على قرارات الحكومة المصرية برفع اسعار بعض السلع رئيس الجمهورية الى استخدام صلاحياته الاستثنائية فاصدر القرار بقانون رقم(2) لسنة 1977 والذي تضمن تعديلات ضريبية من قبل الاعفاء منها او الغاء بعض احكامها. ينظر تفصيل ذلك د. محمد محمد عبد اللطيف ، مصدر سابق، ص 110-111.

الدستور وفوض أمرها حصراً بيد السلطة التشريعية فإن أي تخويل أو تفويض للسلطة التنفيذية في هذا الشأن حتى في حالة إعلان الطوارئ يعد مخالفاً له وهو ما يراه بعض الفقه العراقي<sup>1</sup>. والنتيجة التي نخلص إليها أن الدستور النافذ لا يجيز في كل الأحوال للسلطة التشريعية تفويض اختصاصها في فرض الضريبة أو تعديلها أو الإعفاء منها أو جبايتها إلى السلطة التنفيذية سواء في حالة إعلان الطوارئ أم غيرها وأي مجانبة لذلك يعد عملاً غير مشروع وحقيقاً بالإلغاء إذا ما طعن به امام المحكمة الاتحادية العليا لتعارضه مع أحكام الدستور .

**المبحث الثاني: تطبيقات التفويض الضريبي المخالفة للدستور في التشريع الضريبي العراقي**  
 أن النتيجة التي خلصنا إليها سابقاً أن أية نصوص انطوت عليها القوانين الضريبية أو غيرها تجلت فيها معالم التفويض للسلطة التنفيذية في مسائل متعلقة بعناصر قانونية الضريبة تعد باطلة لمخالفتها للدستور. وفي هذه المناسبة لابد أن نشير إلى أن التشريعات الضريبية المختلفة تزخر بالكثير من النصوص والأحكام التي تفيد معنى التفويض لاسيما في مكنة التنظيم الضريبي سواء فيما يتعلق بفرض الضريبة أم تعديلها أم الإعفاء منها أم جبايتها بحيث تشخص مجانبة السلطة التشريعية بشكل صارخ لأحكام الدستور وهي تمثل بحق تفويض غير مستند لأساس دستوري ومن ثم تعد أعمالها في هذا الاطار باطلة وغير مشروعة وحقيق بكل ذي مصلحة المطالبة بإلغائها مثلما ينبغي على السلطة التشريعية استدراكها ومعالجتها بالشكل الذي يجعل أحكامها متسقة مع نصوص الدستور وسنبين ذلك على وفق ما يلي:

### المطلب الأول: تفويض السلطة التنفيذية صلاحية فرض الضريبة

يراد بفرض الضريبة إنشاء التزام أو عبء مالي تحت مسمى ضريبة أو ما يحمل طبيعتها على عاتق شخص معين إزاء نشاط معين يمارسه أو عمل يزاوله وسواء كان هذا الأمر متولداً

(1) د. عامر عياش عبد ود. احمد خلف حسين ، دستورية الضرائب في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(١٣)، العدد(٤٩)، السنة(١٦)، ص228.

نتيجة أنفاق الدخل أم رأس المال أم استهلاكه أم تداوله أم الحصول عليه<sup>1</sup>. ويعد عنصر الفرض هذا من أبرز الاختصاصات الحصرية التي أنيطت بالسلطة التشريعية وهو العنصر الأساسي الذي يقوم عليه مبدأ قانونية الضريبة ويتفرع عنه مجموعة من المفاهيم الجوهرية والتي بتحديداتها يتحدد المعنى العام له وهي تحديد وعاء الضريبة، والواقعة المنشئة للضريبة، والمكلف بالضريبة، وتحديد النطاق المكاني والزمني لفرض الضريبة، علاوة على سعر الضريبة<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من الأهمية الكبرى التي يحتلها عنصر فرض الضريبة إلا أن المشرع العراقي عزم في مواضع مختلفة إلى التنازل عن اختصاصه الدستوري في تنظيمه واناطة أمره بالسلطة التنفيذية ويمكن بيان بعض تلك المواضع وعلى النحو الآتي :

#### الفرع الأول: التفويض في إطار الضرائب الكمركية

من صور التفويض التي انبرت في سوح الضرائب الكمركية هي قيام مجلس قيادة الثورة المنحل والذي يعد السلطة التشريعية في ظل دستور 1970 بسن قرار تشريعي حمل الرقم (108) في 4/10/1995<sup>3</sup>، فوض بموجبه مجلس الوزراء صلاحية تعديل نسب الرسم الكمركي الإضافي (الضريبة الكمركية الإضافية) الواردة في البند (اولاً) من هذا القرار والتي تفرض على السلع المسموح باستيرادها بعد صدوره على أن يكون تعديل النسب الضريبية تلك ضمن الحدود المقررة في البند أعلاه. علماً أن هذا البند نص على أن (يفرض رسم كمركي إضافي على السلع المسموح باستيرادها بدون تحويل خارجي وفق النسب المحددة في الجداول الملحقه بهذا القرار). ومن البديهي القول أن تخويل مجلس الوزراء صلاحية تحديد نسب الرسم الكمركي الإضافي يعني تفويضه بالنهاية أمر تحديد أسعار الضريبة الكمركية الإضافية وطالما أن من المعالم الأساسية لعنصر فرض الضريبة كما أسلفنا هي تحديد

(1) انظر د. رائد ناجي احمد ، احوال توزيع الاختصاص الضريبي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في ظل الدستور العراقي لسنة (2005) ، مصدر سابق، في 29/4/2015، ص5.

(2) انظر تفصيل ذلك البحث اعلاه، ، ص6-21.

(3) منشور في جريدة الوقائع العراقية ، العدد(3586) الصادر في 23/10/1995.

سعرها لذا يكون المشرع هنا قد فوض اختصاصه بفرض الضريبة من حيث تحديد سعرها للسلطة التنفيذية وهو بجانب صراحة أحكام الدستور.

وقد يعترض البعض بالقول أن هذا التفويض تحقق في ظل الدستور السابق 1970 ولا علاقة له البتة بأحكام الدستور الحالي لسنة 2005. لكن ردنا هو أن دستور 1970 أعلاه لم يغفل النص في تضاعيف نصوصه على مبدأ قانونية الضريبة حيث بين ذلك في المادة (35) منه وجعل من بين أولى عناصر هذا المبدأ هو فرض الضريبة ومن ثم فإن القرار التشريعي أعلاه قد خالف الدستور الذي صدر في ظله. هذا من جانب ومن جانب آخر أن هذا القرار لما يزل سارياً ولم يلغ من قبل السلطة التشريعية التي حددها الدستور النافذ لسنة 2005 وهي مجلس النواب ومن ثم سريانه هذا يتضاد مع مضمون المادة (28/أولاً) منه التي جعلت أمر فرض الضريبة حصراً بيد السلطة التشريعية. ولذا يعد الاستمرار بالعمل بأحكام القرار المذكور أمر مخالف للدستور النافذ وتحقيق بالسلطة التشريعية إلغاءه، كما ينبغي على السلطة التنفيذية عدم تطبيقه وإلا خرجت عن جادة أحكام الدستور النافذ .

#### الفرع الثاني: التفويض في إطار ضريبة الدخل الخاصة بشركات النفط الأجنبية

خص المشرع العراقي الدخل المتحقق لشركات النفط الأجنبية بمعاملة ضريبية خاصة وذلك بتفريد قانون خاص بها غير قانون ضريبة الدخل رقم (113) لسنة 1982 ينطوي على مجموعة من الأحكام التي تنطبق على دخول هذه الشركات دون سواها، وهو القانون رقم (19) لسنة 2010<sup>1</sup>. وقد تضمن بعض النصوص التي تفيد معنى التفويض المخالف للدستور. ولتوضيح ذلك نقول أن هذا القانون قد نص في المادة (1) منه على أن (تفرض ضريبة دخل بنسبة (35%) على الدخل المتحقق في العراق عن العقود المبرمة مع شركات النفط الأجنبية المتعاقدة للعمل في العراق أو فروعها أو مكاتبها والمتعاقدين من الباطل معها في مجال إنتاج واستخراج النفط والغاز والصناعات المتعلقة بها). وقد يبدو أن هذا النص ليس فيه إشكالية كونه تضمن فرض ضريبة بقانون على وعاء دخل متحقق عن نشاط

(1) منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد (4148)، الصادر في 2010/3/15.

معين . لكن المخالفة التي شابت أحكام هذا القانون تتضح في ما ورد في المادة (3) منه بقولها) يصدر وزير المالية بالتنسيق مع وزير النفط تعليمات لتحديد العقود المشمولة بأحكام هذا القانون).

فالمشروع هنا فوض السلطة التنفيذية من خلال وزير النفط والمالية تحديد وعاء الضريبة التي هي العقود المشمولة بالضريبة أعلاه، كما أنه سيتيح لها ذلك التحكم في تعيين من يخضع للضريبة ممن لا يخضع لها بتحكمها بالنشاط المشمول بالخضوع للضريبة المذكورة (تحديد العقد). أي ستملك مكنة تحديد الأشخاص الخاضعين للضريبة. وبما أن تحديد وعاء الضريبة والأشخاص الخاضعين لها هي من المسائل التي ترتبط مباشرة بعنصر فرض الضريبة وأن هذا الأخير أمره محصور بيد السلطة التشريعية التي لا ينبغي التنازل عنه باي صورة كانت، لذا نرى أن مثل هذا التفويض الذي أنطوى عليه القانون أعلاه فيه مساس واضح بعنصر الفرض ومن ثم يعد تعدياً صارخاً على أحكام الدستور مما يستدعي إلغاءه. علماً أن هذه المخالفة لا نجد لها صدى في عجز المادة (3) المذكورة أعلاه التي أجازت لوزير المالية إصدار تعليمات لتسهيل تنفيذ أحكامه. فهذا التنفيذ لا يكون فيه خروجاً عن الإطار الذي وضعه المشروع والشروط التي حددها.

#### المطلب الثاني: تفويض السلطة التنفيذية صلاحية تعديل الضريبة

يراد بتعديل الضريبة إعادة النظر في القاعدة الضريبية الموجودة من خلال إحلال قاعدة ضريبية جديدة محلها أو إضافة أحكام جديدة إليها. ووفق المادة (28/أولاً) من الدستور النافذ يعد أمر تعديل الضريبة من المسائل الداخلة ضمن الاختصاص الحصري للسلطة التشريعية ولا يجوز فيها التفويض إلى أية سلطة أخرى وبأي شكل كان. ومن المسلم به أن مفهوم التعديل هنا ينصرف إلى جميع العناصر والمعالم الأساسية المتعلقة بالضريبة سواء تعلق الأمر بوعائها أم الواقعة المنشئة لها أم سعرها أم الأشخاص الخاضعين لها أم نطاقها المكاني أم الزماني، فضلاً عن الاعفاء من الضريبة أو جبايتها.

وعلى الرغم من تأكيدنا على عدم جواز تفويض السلطة التشريعية اختصاصها في هذا الأمر إلى أية جهة أخرى إلا أن هذا الحكم لم يسلم من الخرق والمخالفة ومن ذلك قيام

مجلس قيادة الثورة (المنحل) بإصدار قرار تشريعي عام 1995 حول بموجبه لجنة الشؤون الاقتصادية المرتبطة بمجلس الوزراء البت في مقترح تعديل الرسوم المرفوعة إليها من قبل وزارة المالية بالتنسيق مع الوزارات المعنية أو الجهة غير المرتبطة بوزارة وعد قرار هذه اللجنة معدلاً لأحكام التشريعات المتعلقة بالرسوم اعتباراً من تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية<sup>1</sup>. وربما هنالك من يرد على ذلك بأن هذا التحويل قد أنصرف إلى الرسوم وليس الضرائب وحيث أن الرسوم لم ينص الدستور الذي صدر في ظل هذا القرار (دستور 1970 الملغى) على ضرورة إصدارها بقانون بل يمكن أن تصدر بناءً على قانون ومن ثم يمكن أن يخول المشرع العادي صلاحيته في فرض الرسوم أو تعديلها إلى السلطة التنفيذية مما لا يعد هذا القرار ماساً بقانونية الضريبة.

ولكن ردنا على ذلك أن المشكلة التي بنيت عليها التشريعات العراقية منذ تأسيس الدولة العراقية ولما تزل قائمة إلى يومنا هذا هي انبراء خطأ شائع تعارف عليه المشرعون المتعاقبون تمثل الخلط بين الرسوم والضرائب في التسمية وأن الكثير من الرسوم التي اطلق عليه المشرع هذا الوصف القانوني هي في حقيقتها ضرائب، ومن بين ذلك الضرائب الكمركية وضرائب الانتاج والتي يسميها المشرع بالرسوم الكمركية أو رسوم الإنتاج وهو ما أشار إليه مجلس شورى الدولة في إحدى فتاواه<sup>2</sup>، وعليه أن التفويض الوارد في القرار التشريعي اعلاه هو مخالف للدستور اذا ما أنصرف إلى الفرائض المالية التي هي في حقيقتها كما قلنا ضرائب وليست رسوم . ولذا نعتقد أن أي قرار يصدر من لجنة الشؤون الاقتصادية طبقاً للقرار اعلاه بخصوص ضرائب الإنتاج أو الضرائب الكمركية والتي خلع

(1) منشور في الوقائع العراقية العدد (3581) الصادر في 1995/9/18.

(2) جاءت هذه الفتوى بخصوص ضريبة الانتاج في 1988/6/20 وقد جاء فيها (ولما كان المعروف فقهاً أن الضرائب المالية تفرض دون أن تقابلها خدمة مباشرة تقدم لمن تجبى منه في حين أن الرسم يدفع لقاء خدمة تقدم لدافع الرسم. وفي التفريق بين الرسوم المفروضة لقاء خدمة وبين الرسوم المفروضة دون أن تقابلها خدمة كرسوم الإنتاج التي تعتبر من الضرائب غير المباشرة. عليه يقترح المجلس إعادة النظر في الرسوم المفروضة حالياً دون أن تقابلها خدمة بتعديل تسميتها إلى (ضرائب) تبعاً لواقع حالها لتصبح = مضمولة بحكم المادة الخامسة والثلاثين من الدستور). انظر في تفصيل ذلك د. رائد ناجي : علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق، ط 2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2012، ص 191.

علمها المشرع تسمية الرسوم خطأً كما قلنا يعد باطلاً كونه قد بني على تفويض يتضاد مع قانونية الضريبة ولعل من بين قرارات اللجنة اعلاه الصادرة بهذا الشأن والتي ينطبق عليها هذا القول قرارها في 16/8/1996 الذي عدل الرسوم المفروضة على المشروبات الكحولية وفرض رسوماً نوعية جديدة عليها بمبلغ مقطوع. ثم اصدرت اللجنة المذكورة قرارها ذي الرقم (75) في 14/2/2000 الذي قام بزيادة رسم الانتاج المفروض على المشروبات الكحولية كافة المنتجة محليا بنسبة (50%) عن الرسم المفروض سابقاً<sup>1</sup>. يضاف إلى ذلك قرار اللجنة الاقتصادية رقم (95) في 22/2/2001<sup>2</sup> الخاص تعديل الرسوم الكمركية المفروضة على بعض السلع المستوردة وغير ذلك من القرارات التي كانت على ذات الشاكلة.

ومن جانب آخر فانه حتى وإن سلمنا جدلاً أن هذه الاقتطاعات هي رسوم وليست ضرائب فإن الدستور النافذ لسنة 2005 قد ساوى من حيث الحكم القانوني بين الرسم والضريبة وجعل كليهما يخضعان لاختصاص السلطة التشريعية حصراً ولم يجز فيهما التفويض أو الإنابة. وعليه فإن أي تفويض يقره المشرع في ظل الدستور النافذ يعد منافياً لقانونية الرسم، وهو ما نراه جلياً فيما تضمنه قانون التعريف الكمركية رقم (12) لسنة 2010 النافذ والذي فوض السلطة التنفيذية صلاحية تعديل الرسوم الكمركية (الضرائب الكمركية) وكان ذلك في الفقرة (أولاً) من المادة (2) منه التي نصت على أن (لمجلس الوزراء بناءً على طلب من وزير المالية الاتحادي تعديل الرسم الكمركي المنصوص عليه في جدول التعريف الكمركية والرزنامة الزراعية الملحق بهذا القانون في الأحوال الطارئة لضرورة اقتصادية ونقدية تستدعي اتخاذ اجراءات الحماية أو المعاملة بالمثل)، كما تحقق مدلول التفويض الضريبي أيضاً في الفقرة (ثانياً) من المادة ذاتها التي نصت على أن (يفرض رسم كمركي على البضائع المستوردة غير الواردة في جدول تعريف الرسوم الكمركية بنسبة لا تزيد على (20%) من قيمتها ولمجلس الوزراء بناءً على اقتراح من وزير المالية الاتحادي تعديل هذه النسبة لنفس الاسباب الواردة في البند أولاً).

(1) منشور في الوقائع العراقية العدد (3816) الصادر في 6/3/2000.

(2) منشور في الوقائع العراقية العدد (3869) الصادر في 12/3/2001.

أن مثل هذه النصوص فيها اعتداء صارخ على إرادة المشرع الدستوري، إذ فوض المشرع العادي (مجلس النواب) السلطة التنفيذية أمر تعديل سعر الضريبة الكمركية الذي يعد من معالم فرض الضريبة الأساسية وهو ما لا يملكه دستورياً ويؤشر هذا ضمن النصوص المخالفة لأحكام الدستور التي يجوز الطعن بها أمام المحكمة الاتحادية العليا والمطالبة بإلغائها كون الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض.

### المطلب الثالث: تفويض السلطة التنفيذية صلاحية الإعفاء من الضريبة

يعد الإعفاء من الضريبة من أكثر عناصر قانونية الضريبة التي نفذت إليها صور التفويض التشريعي، إذ تزخر التشريعات الضريبية العراقية المختلفة بنصوص قانونية تفوض فيها السلطة التشريعية اختصاصها في الإعفاء من الضريبة إلى السلطة التنفيذية. ويرجع ذلك في رأينا لأسباب عدة منها أن الدساتير السابقة التي صدرت في ظلها القوانين الضريبية المختلفة مثل قانون ضريبة العرصات وقانون ضريبة العقار وقانون ضريبة الدخل وقانون الكمارك وغيرها لم تكن تجعل من بين عناصر قانونية الضريبة الإعفاء منها ومن ذلك دستور 1958 المؤقت الذي صدر في ظلّه كل من قانون ضريبة العقار رقم (162) لسنة 1959 وقانون ضريبة العرصات رقم (26) لسنة 1962 إذ نص على عدم جواز فرض الضريبة أو تعديلها أو إلغائها إلا بقانون<sup>1</sup>. وكذلك دستور 1970 الذي نص على كل عناصر قانونية الضريبة فيما عدا الإعفاء منها وذلك بقوله (أن أداء الضرائب المالية واجب على كل مواطن ولا تفرض الضرائب المالية ولا تعدل ولا تجبى إلا بقانون)<sup>2</sup>. علماً أنه قد صدر في ظل هذا الدستور كل من قانون ضريبة الدخل رقم (113) لسنة 1982 وقانون الكمارك رقم (23) لسنة 1984 ومن ثم فإن عدم النص على قانونية الإعفاء من الضريبة في هذه الدساتير فهم منه جواز قيام السلطة التشريعية تفويض صلاحياتها في هذا الإعفاء إلى السلطة التنفيذية .

(1) ينظر المادة (15) من الدستور العراقي لسنة 1958 المؤقت.

(2) ينظر المادة (35) من الدستور العراقي لسنة 1970 المؤقت.



ومن جانبنا فإننا لا نرى في هذا التفويض ما يضاد مبدأ قانونية الضريبة طالما لم ينص المشرع الدستوري على الإعفاء منها، بل نعتقد بصحته وجوازه دستورياً لاسيما في ظل دستور 1970. لكن ينبغي أن لا ننسى أن القوانين الضريبية هي أدنى مرتبة من الدساتير وأنه متى ما نصت الدساتير اللاحقة على عنصر الإعفاء وجعلته ضمن عناصر القانونية فإن مثل هذا التفويض يعد غير مشروع وينبغي إلغائه أو تعديل أحكام القانون الضريبي بما ينسجم مع الدستور الساري المفعول بل ويعد ملغياً ضمناً، وهذا الوجه قد تحقق لدينا بعد صدور دستور 2005 الذي نص على قانونية الإعفاء من الضريبة بقوله ( لا تفرض الضرائب.. ولا تعدل ولا تجبى ولا يعفى منها إلا بقانون)، إذ أن هذا النص في وجهة نظرنا يعطل ويجمد كل النصوص الضريبية الواردة في القوانين العادية والتي تفيد التفويض في الإعفاء من الضريبة تمهيداً لتعديلها أو إلغائها بالشكل الذي ينسجم مع أحكام الدستور النافذ.

وهنا نشير إلى بعض صور تفويض السلطة التشريعية لصلاحياتها في ميدان الإعفاء الضريبي للسلطة التنفيذية وهي:

أولاً:- نصت الفقرة (16) من المادة(السابعة) من قانون ضريبة الدخل النافذ على (تعفى من الضريبة المدخولات الآتية :..16- دخل مؤسسات الطيران كلاً أو بعضاً بقرار من الوزير بشرط المعاملة بالمثل ووجود خط أو مصلحة جوية للعراق في بلد الدولة التي تتبعها تلك المؤسسات). وعلى ذات المذهب نص قانون ضريبة العقار الفقرة (7) من المادة(الثالثة) منه على أن من بين الإعفاءات الضريبية هي(العقارات التي تملكها الدولة الأجنبية المتخذة دوراً لسكن ممثلها السياسيين أو القنصلين أو لدوائرهم الرسمية إذا وافق الوزير بشرط المقابلة بالمثل). ففي كلا النصين منح المشرع للوزير صلاحية الموافقة على الإعفاء من عدمه فالإعفاء هنا يأتي بشكل منحة تقررها الإدارة(وزير المالية) بناءً على إذن صادر من المشرع، والوزير له حرية على الأقل في الأصل في منح الإعفاء المذكور أو منعه فليس للمكلف إجباره قانوناً على أن يمنحه الإعفاء مادام أن المشرع قد ترك الأمر إليه في نهاية المطاف<sup>1</sup>.

(1) انظر في ذلك د. حسين خلاف ، الأحكام العامة في قانون الضريبة، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1966، ص 67.

وبالرغم من ذلك فإن هنالك من اعترض على مثل هذا القول، فيما يخص النص المتعلق بضريبة الدخل، بحجة أن مثل هذا الرأي خلط بين ضرورة الإعفاء بقانون وبين منح الوزير صلاحية التأكد من توفر الشروط القانونية التي وضعها المشرع لاستحقاق الإعفاء. واحتج بأن صياغة النص لا تؤيد في أن للوزير صلاحية كاملة في منح الإعفاء من عدمه لأن صدر المادة السابعة المتعلقة بالإعفاءات جرت بصيغة الأمر (تعفى من الضريبة المدخولات الاتية..). ومن ثم فإن الوزير في نظر القائل بهذا الرأي لا يملك أن يصدر قراراً بمنح مؤسسة الطيران اعفاءً كلياً أو جزئياً إذا ما توفرت الشروط التي حددتها الفقرة المذكورة<sup>1</sup>.

الا أن هذا الرأي باعتقادنا فاته ضرورة التمييز بين الإعفاء الوجوبي والإعفاء الجوازي<sup>2</sup>. فالأول لا اشكال فيه كون المشرع يحدد الشروط القانونية المتطلبة لمنح الإعفاء دون أن يترك أي سلطة تقديرية للإدارة في منح الإعفاء من عدمه بل هي ملزمة بمنح الإعفاء طالما توافرت فيه هذه الشروط. أما الإعفاء الجوازي فإن فيه مخالفة واضحة للدستور لأن المشرع يعلق منح الإعفاء في كل الأحوال على موافقة السلطة المالية ممثلة بالوزير حتى وإن أورد المشرع شروطاً أخرى لمنح الإعفاء فهذه الشروط لا تمثل سوى قيود يلتزم بها الوزير عند منح الإعفاء إذا رغب بذلك. ولكن لا يمنعه من التحكم في منعه أو منحه بحسب السلطة التقديرية التي منحها المشرع إياه. هذا من جانب، ومن جانب آخر أن المشرع لو أراد أن يصوب الأمر ويجعله في سياقه القانوني السليم لاكتفى بذكر الشروط القانونية لمنح الإعفاء دون أن يوقف الأمر على موافقة الوزير. ولعل أن مثل هذا الأمر تحقق في نصوص واردة في قوانين ضريبية أخرى مماثلة للحالات المذكورة أنفاً ومن ذلك ما ورد في الفقرة (5) من المادة الرابعة من قانون ضريبة العرصات النافذ رقم (26) لسنة 1962 والتي جعلت من بين الإعفاءات (العرصات العائدة لحكومات أجنبية بشرط المقابلة بالمثل). إذ أن هذا النص يتضمن إعفاءً وجوبياً يتقرر بمجرد توافر الشروط القانونية التي أوردتها المشرع، وهي أن

(1) ابراهيم حميد محسن الزبيدي ، الفراغ التشريعي في أحكام الضرائب المباشرة في العراق ، اطروحة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة بغداد، 2007، ص 34-35.

(2) ينظر د. حسين خلاف ، المصدر السابق، ص 67.

تكون العرصة عائدة لحكومة اجنبية وليست محلية والمعاملة بالمثل ولم يوقف الأمر على موافقة الوزير.

ثانياً:- ومن النصوص الأخرى التي فوضت بمقتضاها السلطة التشريعية السلطة التنفيذية صلاحية منح الإعفاء هو ما تضمنه البند (ج) من الفقرة (5) من المادة الرابعة من قانون ضريبة العقار رقم (162) لسنة 1959 النافذ بتفويض وزير المالية او من يخوله بتمديد مدة خلو العقار إلى ستة أشهر أخرى غير الستة أشهر الأولى التي حددها البند (أ) من الفقرة ذاتها وقد رتب القانون أعلاه حكماً على مدة الخلو هذه وهي اعتبار العقار معفياً من ضريبة العقار. وهذا ما يفيد في نهاية الأمر إلى تفويض الادارة الضريبية صلاحية الإعفاء من الضريبة على أساس أن هذا الأخير قد يكون مؤبداً أو مؤقتاً وأن منح الوزير سلطة تمديد مدة الإعفاء هي تتضمن زيادة في مدة الإعفاء المؤقت.

ثالثاً:- كما يعد من بين صور التفويض في الإعفاء من الضريبة ما تضمنه قانون ضريبة العرصات من تخويل مجلس الوزراء صلاحية الإعفاء من تطبيق ضريبة العرصات وذلك عندما نص في المادة (الثانية) منه على أن ( لمجلس الوزراء أن يستثني بعض الأفضية والنواحي من أحكام هذا القانون بناءً على اقتراح الوزير). فعلى الرغم من أن اقتراح الوزير الاستثناء من الضريبة لا يثير إشكالية قانونية إلا أن الاشكالية هي في تخويل مجلس الوزراء صلاحية البت في هذا الاقتراح واستثناء بعض الأفضية والنواحي من أحكام هذا القانون من الضريبة . والاستثناء يرد هنا بمعنى الإعفاء أي تعفى كافة العرصات أياً كان مالكيها الموجودة في القضاء أو الناحية التي يحددها مجلس الوزراء من الخضوع لضريبة العرصات وهذا أمر فيه تجاوز لاختصاص المشرع في ظل الدستور النافذ .

وإذا ما كانت النصوص أعلاه أو التي على شاكلتها سنت في ظل أحكام دستور كما بينا لم يجعل من بين عناصر قانونية الضريبة الاعفاء منها وهو دستور 1970 الملغى وأنه لا شائبة عليها طيلة فترة سريان أحكامه، إلا أن عيب المشروعية يلتحف بها بمجرد سريان أحكام الدستور النافذ الذي أكد على جعل الإعفاء من الضريبة ضمن عناصر القانونية تلك مما يتعين الغائها لمخالفتها الصريحة لأحكامه نزولاً عند تدرج القواعد القانونية.

وما يثير الغرابة لدينا أن المشرع في ظل الدستور النافذ قد أنساق وراء ما كان معمولاً به في ظل الدستور السابق لسنة 1970، وذهب إلى تفويض السلطة التنفيذية صلاحية منح الإعفاء من الضريبة، وكأن مثل هذا التفويض أضحى عرفاً مألوفاً لدى السلطة التشريعية أو حقاً مكتسباً ينبغي منحه للسلطة التنفيذية غافلاً عن أن هذا العنصر من اختصاصه الأصيل الذي لا يجوز له التنازل عنه أو تفويضه، ومن ثم يعد هذا تجاوزاً صريحاً لإرادة المشرع الدستوري، ومن أبرز الأمثلة على ذلك ما قرره قانون التعريف الكمركية رقم (22) لسنة 2010 النافذ<sup>1</sup> في إحدى تضايع نصوصه بقوله (تعفى البضائع المستوردة بواسطة البريد بحدود تحدد بتعليمات يصدرها وزير المالية الاتحادي)<sup>2</sup>، من الواضح هنا أن المشرع قد خول وزير المالية إصدار تعليمات يحدد فيها حدود وضوابط منح الإعفاء للبضائع المستوردة بواسطة البريد سواء كانت هذه الحدود متمثلة بالإعفاء الكلي أم الجزئي، الدائم أم المؤقت أم نسب الإعفاء .

ولا بد أن ننوه هنا أيضاً إلى أن قانون ضريبة اعمار العراق لسنة 2004 الذي ما زال نافذاً بسبب عدم تطبيق قانون التعريف الكمركية أعلاه بشكل تحكيمي وبدون مسوغ قانوني - كما سنبين لاحقاً- قد تضمن نصاً يفيد بإصدار تعليمات لتطبيق هذا القانون بقوله تعين وتحدد على نحو إضافي البضائع المعفاة من هذه الضريبة كما تحدد أيضاً الكيانات والأشخاص المشمولة بالإعفاء<sup>3</sup>. أن مثل هذا النص تضمن تخويل السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في تحديد الأنشطة والأوعية المعفية من الضريبة وكذلك الاشخاص والكيانات المشمولة بهذا الإعفاء .

(1) منشور في الوقائع العراقية العدد (4170 ج1) الصادر في 2010/12/6.

(2) في الفقرة (ثانياً/أ) من المادة (4).

(3) ينظر القسم (4/2) قانون ضريبة اعمار العراق الصادر بموجب أمر سلطة الائتلاف الموقته (المنحلة) رقم (38) في

2004.

### المبحث الثالث: صور التفويض الموافقة للدستور في التشريع الضريبي العراقي

قد ترد في ثنايا القوانين الضريبية أو غيرها نصوصاً وأحكاماً تنطوي صراحةً أو ضمناً على عبارات تفيد التحويل أو التفويض للسلطة التنفيذية بتنظيم بعض الشؤون الضريبية أو على صلة بها ولذلك نجد أن البعض من الفقه الضريبي<sup>1</sup> قد عده خروجاً عن قانونية الضريبة، ولكننا نرى خلاف ذلك إذ ليس كل عمل يترك للسلطة التنفيذية في الشؤون الضريبية هو تفويضاً ضريبياً مخالف للدستور بل على العكس من ذلك نرى أنه متوافقاً معه وموائماً لأحكامه. ولعل الخوض في جميع صيغ التحويل والتفويض الصريحة والضمنية في جميع القوانين الضريبية النافذة فضلاً عن القوانين غير الضريبية المنطوية على أحكام ذات صلة بالقوانين الضريبية صعب أن لم يكن متعذراً، لذا نرى أن هناك ثمة صور من التفويض غير المخالفة للدستور تكاد تكون مشتركة ويلجأ إليها المشرع في معظم القوانين النازمة للشؤون الضريبية يمكن أن نبينها على النحو الآتي :

**المطلب الأول: تحويل السلطة التنفيذية إصدار أنظمة وتعليمات لا تخالف قانونية الضريبة**

لا غرو أن المشرع العراقي يورد عادةً الأحكام العامة في القوانين الضريبية وغيرها التي يسنها ويترك للسلطة التنفيذية الخوض في التفاصيل من خلال وضع تعليمات ذات بعد تنفيذي وفي حدود القانون. ومن جانب آخر قد يمنح سلطة تقديرية واسعة لهيئات الإدارة الضريبية بغية اتخاذ كل ما يلزم في سبيل المحافظة على حقوق الخزنة العامة وتوريد الإيرادات الضريبية على أكمل وجه. على أن هذا لا يخلو من تحديد عملها بمجموعة من الضوابط والقيود التي تبقي تصرفاتها بهذا الشأن في إطار المشروعية. ولعل من بين ذلك أن لا تتناول الأنظمة والتعليمات التي تصدرها السلطة التنفيذية عناصر قانونية الضريبة بأي شكل من أشكال التنظيم، لأن المشرع الدستوري أوكل أمرها حصراً بالسلطة التشريعية.

(1) سنشير الى ذلك في ثنايا البحث.

كما ينبغي على تلك السلطة أن تراعي القواعد القانونية التي وضعها المشرع بغية المحافظة على حقوق المكلفين وتحمي أموالهم من كل عنت أو جور.

وعلى العموم فإن تطبيق القوانين الضريبية يستدعي من المشرع أن يترك للسلطة التنفيذية اتخاذ الإجراءات المناسبة وإصدار الأعمال التنظيمية التي تكمل القانون أو تيسر أمر تنفيذه ويتحقق ذلك من خلال أعمال قواعد الإحالة. حيث يحيل المشرع إلى السلطة التنفيذية مكنه إصدار أنظمة أو تعليمات لتسهيل تنفيذ القانون. ومن ثم فإن هذه الإحالة إلى التعليمات على الرغم من أنها تتضمن تفويض من السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية لتنظيم مسائل متعلقة بالشؤون الضريبية إلا أنه ليس في هذا التفويض أي خرق لأحكام الدستور طالما أنها لا تمس عناصر قانونية الضريبة .

ومن بين النصوص الضريبية التي انطوت على مثل هذه الاحالة هي ما انبجست في ثانيا قانون ضريبة الدخل النافذ من تخويل السلطة التنفيذية صلاحية إصدار تعليمات لمكافحة المخبرين<sup>1</sup> ، أو وضع نظام مسك الدفاتر التجارية<sup>2</sup> ، أو إصدار تعليمات تحدد نسب الاندثار أو بيان التنزيلات<sup>3</sup> ، أو إصدار تعليمات لتعيين ماهية الرواتب والمخصصات والأجور التي تستوفي عنها الضريبة بطريقة الاستقطاع المباشر<sup>4</sup> ، أو إصدار تعليمات تحدد اللجان والوسائل الضرورية لتقدير الدخل. فمثل هذه الاحالات إلى التعليمات والأنظمة وإن انطوت على معنى تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية تنظيم بعض الشؤون الضريبية بموجب قرارات تنظيمية إلا أنه ليس فيها ما يخالف أحكام الدستور أو تنال من قواعده العليا. مع التذكير بأن أي عمل تأتية السلطة التنفيذية في هذا المقام من اصدار الأنظمة أو تعليمات ينبغي أن تراعي فيه أمران أساسيان:

(1) ينظر المادة (54) من قانون ضريبة الدخل رقم 112 لسنة 1982 النافذ.

(2) ينظر المادة (1/6) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(3) ينظر المادة (2/60) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(4) ينظر المادة (4/61) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

أولهما هو أن لا تتضمن هذه الاعمال أية نصوص أو أحكام تتعرض من قريب أو بعيد كما قلنا لعناصر قانونية الضريبة وإلا أمكن الطعن بها أمام المحكمة الاتحادية العليا بعبء عدم الدستورية . وثانيهما أن تتقيد هذه التعليمات والأنظمة بالضوابط والحدود التي نص عليها القانون وإلا عدت مخالفة له ومن ثم يمكن الطعن بها أمام محكمة القضاء الإداري . فمثلاً حدد قانون ضريبة الدخل في المادة(54) منه الحد الأعلى لقيمة المكافأة التي تمنح للمخبرين عن الادلاء بأية معلومات متعلقة بأحد المكلفين كان قد اخفاها أو حاول اخفاءها بما لا يتجاوز(30%) من مقدار الضريبة . ومن ثم فإن التحويل الذي منح للسلطة التنفيذية بإصدار التعليمات المنظمة لهذه المكافآت ينبغي الا يتجاوز المبلغ المذكور. كما أن المشرع عندما أجاز للسلطة التنفيذية أن تصدر نظام يحدد نسب الاندثار بحسب الفقرة (4) من المادة ثامناً من القانون الضريبي أعلاه، إلا أنه ينبغي أن لا يتضمن نظام الاندثار ما يفيد باحتساب الاندثار على المباني والعقارات لأن المشرع حصر الاندثار هذا بالمكائن والمعدات وإن تضمن نظام الاندثار الذي فوضت السلطة التنفيذية اصداره هذا الأمر عد ذلك مخالف للقانون. وفيما عدا ذلك فإن نظام الاندثار لا يعد مخالفاً للقانون أو الدستور إذا ما تضمن تحديد نسب الاندثار بين حدين أعلى أو أدنى أو تحديد طريقة احتساب الاندثار سواء بطريقة القسط الثابت أم المتناقص أم طريقة الوحدة المنتجة أم غيرها، أو غير ذلك من أحكام.

وهنا نسجل اعتراضنا على ما طرحه بعض الفقه العراقي من أن ترك تحديد الاندثار للسلطة التنفيذية ممثلة بوزير المالية فيه تجاوز على قانونية الضريبة بحجة أن ذلك سوف يرجع إلى السلطة التنفيذية وحدها تحديد ما سوف ينزل من دخل المكلف الاجمالي في السعي لتصفيته واخضاعه للضريبة في حين أن هذا من صلاحية السلطة التشريعية الحصرية<sup>1</sup>.

ووجه اعتراضنا هنا يتلخص في أن المشرع حدد الضابط العام للخضوع لضريبة الدخل وهو الدخل الصافي الذي بينه في الفقرة (2) من المادة (الأولى) من قانون ضريبة

(1) د.عامر عياش عبد ود.احمد خلف حسن، مصدر سابق ،ص270

الدخل النافذ. ولذلك ينبغي استبعاد كل التكاليف التي يتحملها المكلف في النشاط الخاضع للضريبة. كما أنه حدد أيضاً الشروط القانونية العامة لهذا الاستبعاد في المادة الثامنة منه، وهي أن ينفق المكلف المبالغ المراد تنزيلها للحصول على الدخل، وأن يتحقق الإنفاق خلال السنة التي نجم فيها الدخل، وأن يؤيد حسابها بوثائق مقبولة. فهذه الشروط ينبغي أن تلتزم بها السلطة المالية عند استبعاد تكاليف المكلف أو تنزيلها ويتوجب اعمالها حتى إذا لم تكن المصروفات التي أنفقتها ممن ذكرت صراحة في قانون ضريبة الدخل، لأن التنزيلات وردت على سبيل المثال في هذا القانون وليس الحصر. فضلاً عن ذلك أن المشرع يضع شروطاً خاصة لكل تنزيل نص عليه ومثال ذلك التنزيل محل الشرح (أي الاندثار) الذي أوضح بأنه يكون بنسب معينة موزعة على العمر الانتاجي للألة أو الماكنة وليس بدفعة واحدة، كما ينبغي أن ينصرف إلى كلف الموجودات الثابتة المادية فيما عدا المباني والعقارات. وصفوة القول أن تخويل المشرع للسلطة التنفيذية بتحديد هذه النسب ليس فيها ما يعد مخالفاً لقانونية الضريبة لأن السلطة المالية هنا سوف تحدد مقدار ما يمكن تنزيهه سنوياً من التكاليف واجبة الخصم من قبل المكلف للخضوع للضريبة سواء (10%) أم (20%) أم غير ذلك. لكن هذا لا يتضاد مع قانونية الضريبة لأن القانون استلزم تنزيل كل التكاليف التي تحملها المكلف للحصول على الدخل وهذه التكلفة الكلية لا يجوز تنزيلها دفعة واحدة لكي لا يؤثر ذلك على مقدار الإيرادات الضريبية وإنما يتم التنزيل على دفعات بحسب عدد سنوات العمر الانتاجي للألة أو الماكنة، ولذلك تحديد هذه النسب صغيرةً أم كبيرة لا يؤثر على ضرورة تنزيل كافة التكلفة المدفوعة والتي تحسب بعد جمع كل النسب المستقطعة لسنوات العمر الانتاجي للألة أو الماكنة.

كما نرى أيضاً خلاف ما يراه بعض الفقه العراقي<sup>1</sup> من أن تخويل وزير المالية إصدار الأنظمة بالتنزيلات ونسب الاندثار أو تفويضه هو أو من يخوله إصدار تعليمات الاستقطاع المباشر فيه تضاد لمبدأ قانونية الضريبة بذريعة أن التنزيلات ونسب الاندثار هذه هي

(1) د. عامر عياش عبد ود. احمد خلف حسين، مصدر سابق، ص 272.



إعفاءات وفقا للمفهوم العام للإعفاءات التي تقابل الفرض، بينما تحديد النصوص المشمولة بطريقة الاستقطاع المباشر يدخل ضمن طريقة التقدير واجبة الجباية التي تتنازعها قواعد الفرض والجباية.

ونرى ابتداءً أن التزيلات ونسب الاندثار لا تمت إلى الإعفاءات بصلة إذ أن ضريبة الدخل لا تفرض على الدخل الاجمالي بل على الدخل الصافي - كما بينا سابقا- ولذلك لا تدخل هذه التكاليف في الأساس ضمن وعاء الخضوع للضريبة بينما الإعفاءات على العكس من ذلك تنال من الدخل الصافي وتدخل ضمن حيز الخضوع للضريبة . ولذلك لا يمكن الخلط بين الإعفاءات والتزيلات فكل منهما له شروطه وأوضاعه القانونية المختلفة عن الآخر، ودلالة ذلك أن المشرع نص على الإعفاءات على وجه الحصر بينما نص على التزيلات على سبيل المثال مع تحديده لشروط معينة ومن ثم لا يمكن للسلطة التنفيذية أن تقرر إعفاء لم ينص عليه القانون، وإلا خالفت مبدأ القانونية بينما يمكن أن تقرر تنزيل أي تكلفة حتى وإن لم ينص عليها القانون الضريبي طالما التزمت بضوابط المشرع والشروط التي وضعها لهذا التزليل وهي أن تكون النفقة متعلقة بالدخل وتنفق خلال السنة التي نجم فيها الدخل والمؤيد حسابها بوثائق مقبولة. وقد درجت السلطة المالية على ذلك ومن بينها استبعاد اجور العمال بالنسبة لرب العمل دون أن يوجد اعتراض على ذلك فقهاً وقضياً. أما بالنسبة لتعليمات الاستقطاع المباشر فأننا لا نرى في التحويل الذي قرره المشرع للسلطة التنفيذية بشأن تحديد ما يدخل في حكم الرواتب والأجور التي تعامل بطريقة الجباية تلك مساساً بقانونية الضريبة . فليس كل ما يتعلق بطرائق التقدير أو الجباية من أحكام هي صميمة الصلة بقانونية الضريبة، فالمشرع يحدد طريقة جباية الضريبة والتي منها طريقة الدفع مباشرة من المكلف وطريقة الحجز عند المنبع والتي يطلق عليها تسمية (الاستقطاع المباشر) وقد يرتأى في بعض الاوعية أن تجبى الضريبة بهذه الطريقة دون تلك لأسباب تعود بالمصلحة العامة على خزينة الدولة وهو ما أخطه من سبيل بالنسبة لوعاء الضريبة الذي حدده والمتمثل بالرواتب والأجور والمخصصات والتخصيصات حيث بين طريقة جبايتها وهي الاستقطاع المباشر وهذا من صلب اختصاصه الدستوري . أما بشأن تحديد ما هي أنواع

المبالغ التي تشابه الرواتب في الحكم والتي تخضع لآلية الجباية بهذه الطريقة فإنه يمكن أن يترك للسلطة التنفيذية على أساس أن تركها بهذا الشكل سوف لا يجعل من المكلف ملزماً بعبء ضريبي غير محدد قانوناً أو تجبى منه ضريبة بغير الطريقة التي بينها المشرع وعليه فإن هذا التحويل في رأينا يكون في حدود مبدأ قانونية الضريبة .

**المطلب الثاني: إيقاف المشرع تطبيق القانون الضريبي على توافر شروط معينة لا علاقة لها بعناصر القانونية**

قد تنطوي النصوص الضريبية على صياغة قانونية تفيد معنى التحويل أو التفويض الذي تمنحه السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في أمر معين متعلق بالشروط القانونية اللازمة لتطبيق النص الضريبي. كأن يستلزم القانون الضريبي لتطبيق أحكامه على توافر شروط معينة تقررها السلطة التنفيذية لكن منبته الصلة بعناصر قانونية الضريبة.

وهذا ما يتوارد بشكل واضح وجلي في الإعفاء الوجوبي<sup>1</sup> الذي هو عكس الإعفاء الجوازي الذي بيناه سابقاً بأنه مخالف لقانونية الضريبة. أما الإعفاء الوجوبي فإن المشرع يقرر الأحكام العامة والشروط القانونية لمنح الإعفاء بحيث تنطبق على من تتوافر فيه وجوباً دون إيقاف الأمر على موافقة السلطة التنفيذية .

والجدير بالذكر أن هذا النوع من الإعفاء قد يقرره المشرع وجوباً دون أن يتطلب لتمامه إجراء أو شكلاً معيناً أو قد يتطلب المشرع لتقريره توافر شروط معينة مرهونة بيد السلطة التنفيذية مسبقاً لكن لا تتعلق بعناصر قانونية الضريبة، وسنوضح هنا أحوال صور الإعفاء تلك وعلى النحو الآتي:

**الفرع الأول: الإعفاء الوجوبي غير المعلق على شرط ضريبي معين**

قد يقرر المشرع إعفاءً وجوبياً من الضريبة لا يستلزم لتطبيقه توافر شروطاً ضريبية معينة ولكن بالمقابل يوقف منح الإعفاء هذا على التحديد الوصفي لجهة ينظمها قانون آخر غير ضريبي و يفهم منه معنى التحويل أو التفويض ولكن متوافق مع أحكام الدستور ولا

(1) ينظر في ذلك د. حسين خلاف، مصدر سابق، ص 68.

يمت بقانونية الضريبة بصلة. ومن قبيل ذلك ما نص عليه قانون ضريبة الدخل النافذ في الفقرة(3) من المادة (السابعة) بإعفاء الجهات الخيرية والتهذيبية المؤسسة للنفع العام. هنا المشرع منح الإعفاء وجوباً لكل من يقع تحت طائلة هذا الوصف القانوني الذي حدده المشرع وهو أن يكون جهة خيرية أو مؤسسة للنفع العام مع توافر الشرط القانوني الآخر وهو أن الدخل المتحقق لم يحصل عليه المكلف من تجارة أو صناعة أو مهنة. وبالرغم من أن تحديد وصف الجهات بأنها خيرية من عدمه هي بيد السلطة التنفيذية إلا أن هذا لا يعني أن ثمة تخويل لهذه السلطة فيه اعتداء على قانونية الضريبة . وهذا بخلاف ما يراه بعض الفقه الضريبي<sup>1</sup> الذي يعتقد في ذلك تفويض مخالف الدستور بدعوى أن المشرع ترك هنا للسلطة المالية مكنة تحديد المقصود بهذه الجهات الخيرية او التهذيبية ومن ثم فهي التي تحدد ما يعفى من الدخل المتحققة لهذه الجهات من ضريبة الدخل . ونرى أن هذا الرأي فاته أن تحديد هذه الجهات بين كونها خيرية وتهذيبية من عدمه ليس بيد السلطة المالية بالأساس وإنما بيد جهة أخرى وإن كانت تمثل السلطة التنفيذية وهو لا يعني في كل الأحوال تخويل الأخيرة في أمر الإعفاء من الضريبة . وفي اعتقادنا أن التعرف على مثل هذا التفويض أو التحويل الوارد في النص أعلاه فيما إذ كان مخالفاً لقانونية الضريبة أم لا فإنه يمكن أن نركن فيه إلى مجموعة من المعايير الحاكمة في هذا المضمار وهي:-

#### أولاً: معيار نظرية الاعمال المنفصلة

من المعروف أن نظرية الأعمال المنفصلة ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي وطبقها على العقود الادارية ويتلخص مضمونها في إمكانية فصل الأعمال التمهيدية لا برام العقود الادارية والسابقة على التعاقد عن العقد وقبول دعوى الالغاء ضد هذه الأعمال المنفصلة بوصفها قرارات ادارية بحد ذاتها، وبغير هذه النظرية لم يكن بالإمكان الطعن بالإلغاء ضد العقود الادارية.<sup>2</sup> وفي رأينا يمكن استعارة مضمون تلك النظرية وتطبيقها في سبيل التوصل

(1) د.احمد خلف حسين الدخيل، تجزئة القاعدة القانونية في التشريع الضريبي، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 57.

(2) د. سعاد الشراوي ، الوجيز في القضاء الاداري، ج1، دار النهضة العربية، 1981، ص 257.

إلى تحديد متى يعد التحويل التشريعي مخالفاً لقانونية الضريبة أم لا . فإذا كان القرار الذي تتخذه السلطة التنفيذية بناءً على التحويل لا يمس الشأن الضريبي بتاتاً ولا يتعلق به مسبقاً فإن هذا التحويل ليس فيه مخالفة لقانونية الضريبة والعكس صحيح . ولو أردنا أن نطبق هذا الأمر على المثال أعلاه لقلنا أن تحديد السلطة التنفيذية لجهة معينة بين كونها جهة خيرية أو تهديبية أم لا هو أمر لا يرتبط ابتداءً بالضريبة بل انها تكتسب هذه الصفة مسبقاً لكي تمارس عملها وفق الاهداف التي حددها القانون الذي ينظم أعمالها مثل قانون منظمات المجتمع المدني أو قانون الجمعيات الخيرية أو قانون منظمة الهلال الأحمر أو أي قانون آخر ذي صلة بعمل هذه الجهات. ومن ثم فإن السلطة التنفيذية تسبغ على الجهات المذكورة الوصف (الخيري أو التهديبي) دون أن تضع في حسابها مسألة خضوعها للضريبة أم لا، أي أن أعمالها منفصلة عن الشؤون الضريبية . اما السلطة المالية وهي التي تطبق القوانين الضريبية فإنها تستعين ببيانات وقرارات السلطة التنفيذية تلك لكي تتعرف منها على الجهات المراد محاسبتها ضريبياً هل هي جهة تهديبية أم خيرية ومن ثم تدخل في نطاق الإعفاء الذي حدده المشرع وجوباً أم لا .

#### ثانياً: معيار القانون المنظم لعمل الجهة

وفق هذا المعيار فإن التعرف على كون التحويل الذي أعطاه المشرع للسلطة التنفيذية بشأن تحديد الجهات الخيرية أو التهديبية فيه مخالفة لقانونية الضريبة أم لا، يمكن الركون فيه إلى معيار القانون المنظم لعمل تلك الجهات . فهل أن تحديد الجهات الخيرية أو التهديبية يتم بموجب القانون الضريبي أم أن عملها ينظمه قانون آخر له أحكامه الخاصة به ولا يمت إلى الضريبة بصفة؟، فإذا كان تنظيمها وتحديد نظامها القانوني يتم وفقاً للقانون الضريبي فإن مثل هذا التحويل فيه مجانبة لقانونية الضريبة والعكس صحيح.

وطالما أن هذا التحديد للجهات الخيرية والتهديبية يكون وفقاً لقانون لا يمت إلى القانون الضريبي بصفة بل يتحقق وفقاً لقوانين أخرى مثل قانون منظمات المجتمع المدني أو قانون الجمعيات أو قانون منظمة الهلال الأحمر - كما اسلفنا- لذا لا يعد مثل هذا التحويل متضاد مع قانونية الضريبة كون الوصف القانوني للجهة منظم وفق قانون آخر غير القانون الضريبي.

### ثالثاً: معيار القرار المسبق عن قرار السلطة المالية

يمكن أيضاً للتمييز بين التحويل أو التفويض الذي فيه مجانية لقانونية الضريبة وغيره من صور التفويض المتوائمة معه من خلال الركون إلى معيار ثالث، وهو هل أن القرار الإداري المتعلق بالوصف القانوني للجهة المقصودة صدر قبل تطبيق أحكام القانون الضريبي أم بعده وبمناسبته. فإذا كان القرار المتخذ هو بمناسبة تطبيق القانون الضريبي أو بعده يمكن القول أن التحويل جاء مغايراً لمبدأ قانونية الضريبة ومجانباً لأحكامه. أما إذا كان القرار المتخذ من السلطة التنفيذية بتحديد الوصف القانوني للجهة سابقاً على تطبيق أحكام القانون الضريبي ولا صلة له به، فإنه ليس في هذا التفويض ما يخالف المبدأ المذكور. ولو طبقنا هذا المعيار على مثالنا أعلاه فإن الجهة الإدارية تمنح الصفة الخيرية أو التهذيبية بشكل مسبق عن تطبيق القانون الضريبي وليس هناك أية مناسبة بين منحها هذه الصفة وتطبيق القانون الضريبي. أي أنها لا تمنح الصفة الخيرية فقط لأجل إعفائها من الضريبة بل أنها تمنح هذه الصفة لكي تباشر أعمالها وتتمتع بامتيازات عدة ومن بينها إعفائها من الضريبة إذا ما قرر القانون الضريبي هذه الميزة .

### الفرع الثاني: الإعفاء الوجوبي المعلق على شرط أو إجراء لا يتضاد مع قانونية الضريبة

تتمثل هذه الصورة بإيقاف المشرع منح الإعفاء على توافر شروط معينة تقررها السلطة التنفيذية في شأن ليس له علاقة بقانونية الضريبة أو بالشؤون الضريبية . ومن ذلك ما نص عليه قانون ضريبة العقار النافذ في الفقرة (العاشرة) من المادة (3) بقولها تعفى من الضريبة..(العقارات التي تملكها الأحزاب السياسية والنقابات بشرط أن تكون هذه الهيئات مرخصة للقيام بنشاطاتها وفقاً للقانون..)

هنا وعلى الرغم مما ذهب إليه البعض<sup>1</sup> من أن في هذا النص تخويل للسلطة التنفيذية بتحديد لها للهيئات المشمولة دخول عقاراتها بالإعفاء من ضريبة العقار، على أساس أن المشرع استلزم أن تكون هذه الهيئات قد حصلت على تراخيص لممارسة نشاطاتها، وبما أن

(1) د. عامر عياش عبد ود. احمد خلف حسين، مصدر سابق، ص 265.

وأمر التراخيص وإجازة ممارسة العمل تصدر عن السلطة التنفيذية فإن الأخيرة هي التي تتحكم في النهاية بفرض الضريبة على دخول العقارات هذه أو الإعفاء منها ومن ثم التجاوز على مبدأ قانونية الضريبة.

ومن جانبنا لا نرى في هذا التحويل مغايرةً للمبدأ المذكور لأن المشرع قد وضع هنا شروطاً عامة لاستحقاق الإعفاء ومن بينها أن تكون هذه الجهات مرخصة للقيام بنشاطاتها وفقاً للقانون. ويمكن أن نستعين في إثبات ذلك بما طرحناه سابقاً من معايير لتحديد هل في هذا التفويض أو التحويل المذكور ما يجانب قانونية الضريبة أم لا. فمن حيث معيار نظرية الأعمال المنفصلة نقول أن القرارات الإدارية بمنح التراخيص هي قرارات منفصلة تماماً عن الشؤون الضريبية إذ لا تمنح السلطة التنفيذية المختصة هذا الترخيص بغية الإعفاء من الضريبة بل تقوم بمثل هذا الأمر بهدف القيام بممارسة نشاطها، كما أن السلطة التنفيذية تلك التي تمنح أوامر التراخيص ليست الجهة المعنية بتطبيق القوانين الضريبية لا من قريب أو بعيد . ومن حيث معيار القانون المنظم لعمل الجهة نقول أن القانون الذي يحتكم إليه في منح التراخيص للأحزاب السياسية والنقابات هي قوانين غير ضريبية وهي قانون الاحزاب وقانون النقابات، والسلطة التي تمنح التراخيص المذكورة هي تطبق وتنفذ هذه القوانين . وأخيراً فإنه من حيث معيار القرار المسبق عن قرار السلطة المالية فإن قرار منح التراخيص هو قرار سابق على تطبيق النصوص الضريبية المتعلقة بهذا الإعفاء، أي أن القرارات الصادرة بشأن منح التراخيص هي قرارات سابقة على تطبيق النصوص الضريبية وليس بمناسبة تطبيق النص الضريبي أو لأجله ومن ثم فهي لا تمنح الترخيص بمناسبة تطبيق الإعفاء الضريبي أو لأجله وإنما وفق أعمال بعيدة كل البعد عن الشؤون الضريبية ولكن تستعين السلطة المالية بهذه القرارات وأوامر الترخيص لكي تطبق حكم النص الضريبي .

وبذات الأمر نسجل اعتراضنا على ما طرحه البعض من الفقه<sup>1</sup> من أن تعريف المادة الأولى من قانون ضريبة العرصات للمكلف بأنه ( مالك العرصة أو المفوضة له بالتسجيل

(1) د. عامر عياش عبد ود. احمد خلف حسين، مصدر سابق، ص 258.

العقاري أو صاحب حق اللزمة فيها أو مستأجرها بالإجارة الطويلة أو واضح اليد عليها أو متولي الوقف ) فيه تفويض من المشرع للسلطة التنفيذية في تحديد بعض المكلفين بهذه الضريبة بذريعة أن هذه السلطة هي التي تملك حق تسجيل الأراضي المفوضة بالطابو وهي التي تمنح حق اللزمة في الأراضي التي تملكها ومن ثم فإن المشرع يجعل عملية فرض الضريبة أو الإعفاء منها وفق هذا الرأي من صلاحية السلطة التنفيذية.

ونعتقد أن في هذا القول فيه مجانبة لروح التشريع ومضمونه فالمشرع يضع ابتداءً أحكاماً عامة وأمرة تنطبق على كل شخص تتوفر فيه شروطها وقد حدد في النص أعلاه الشخص المكلف بالضريبة وهو ما يقع ضمن اختصاصه الحصري على أساس أن تحديد الأشخاص الخاضعين للضريبة يعد من العناصر الأساسية المتعلقة بفرض الضريبة ولم يخول السلطة التنفيذية أي حق في هذا الأمر. وإذا كانت الأخيرة هي المكلفة قانوناً بتسجيل وتحديد جنس الأرض بين كونها مملوكة ملكية صرفة أم ممنوحة باللزمة أو مفوضة بالطابو من خلال مديرية التسجيل العقاري فذلك لا يعني أنها تحدد من هو المكلف بالضريبة بل – ووفقاً للمعايير المطروحة سابقاً- هي تقوم بأعمال منفصلة موضوعياً واجرائياً عن الضريبة وهذه الأعمال مكلفة بها وفق لقوانين أخرى غير القوانين الضريبية وهي قانون التسجيل العقاري، كما أنها لا تنظر عند افراغ الأرض الممنوحة أو نقلها من شخص لآخر إلى كون هذا الشخص مكلف بالضريبة أم لا، بل تقوم بهذه الأعمال طبقاً للقوانين التي تنظم عملها ووفق ما تمنحها تلك القوانين من صلاحيات فضلاً عن أن الأعمال الصادرة عن مديرية التسجيل العقاري بشأن منح حق اللزمة أو التفويض بالطابو وتسجيلها باسم أصحابها هي قرارات سابقة عن الإجراءات الضريبية وليس بمناسبتها أو لأجلها. علماً أن القانون الضريبي أوجب على جميع دوائر الدولة التعاون مع السلطة المالية لتطبيق القانون الضريبي<sup>1</sup>.

(1) وذلك ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (الثامنة والعشرون) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

## الفرع الثالث: منح الادارة الضريبية السلطة التقديرية في جوانب لا تمت لقانونية الضريبة بصلة

تعرف السلطة التقديرية بانها حرية الادارة في ممارسة اختصاصها في إصدار القرارات أو عدم إصدارها أو اختيار وقت الإصدار أو طريقته أو نوعه أو مضمونه. ومن المتبع للشؤون الضريبية في كافة التشريعات القانونية نجد أن النصوص الضريبية تزخر بالأحكام القانونية المنطوية على منح السلطة التقديرية للجهة المنفذة للقانون الضريبي وغاية ذلك تسهيل المهمة أمام السلطة المالية في ملاحقة كافة الانشطة الخاضعة للضريبة واتخاذ الإجراءات المناسبة لتطبيق أحكام القانون الضريبي على أكمل وجه ومن خلالها يمكن أن تتمكن من مواجهة كل الاحتمالات لأي تطور في الظروف والابتعاد عن الجمود الذي يسببه قصور المشرع عن الإحاطة بكل صغائر الأمور والاستفادة من الخبرة المتراكمة لدى الإدارة الضريبية من تطبيق روح العدالة والإنسانية<sup>1</sup>.

ولكن في كل الأحوال ينبغي أن تمنح السلطة التقديرية خارج دائرة نطاق سريان مبدأ قانونية الضريبة من فرض الضريبة أو جبايتها أو الإعفاء منها أو تعديلها ذلك أن تخويل السلطة المالية هذه الصلاحيات يمكن أن يجعلها تتجاوز على حقوق الأفراد المالية أو الحقوق المالية للخزانة العامة سواء بالفرض أم الإعفاء أما عدا ذلك فإن باب السلطة التقديرية يكون محبذاً إطراره<sup>2</sup>.

ولذلك ثمة نصوص أنطوى عليها القانون الضريبي تخول السلطة المالية اتخاذ اجراءات معينة للمطالبة بتقديم التقارير الضريبية أو تقديم معلومات عن دخل المكلف ومن قبيل ذلك ما تضمنه قانون ضريبة الدخل بمنح السلطة المالية الحق بأن تطلب ممن كان خاضعاً للضريبة أو تعتقد بخضوعه لها أن يقدم تقريراً عن دخله خلال (21) يوماً من

(1) انظر تفصيل ذلك لدى قيصر يحيى جعفر، السلطة التقديرية للإدارة في فرض ضريبة الدخل في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون/جامعة بغداد، 2004، ص(5-8 و12-13). و د. احمد خلف حسين الدخيل، مصدر سابق، ص91.

(2) د. احمد خلف حسين الدخيل، المصدر السابق، 91



تاريخ تبليغه بذلك أو بإخطار خطي أو بإحدى طرق النشر سواء كان اسمه مسجلاً في دوائر الضريبة أم لم يكن<sup>1</sup>، أو منح السلطة المالية سلطة تقديرية في تحديد المدة<sup>2</sup> أو طلب من دوائر الدولة أو القطاع العام باستقطاع نسبة معينة لا تتجاوز (10%) من المبالغ المتحققة للمتعهدين أو غيرهم<sup>3</sup>، أو تخويل الوزير صلاحية تقدير دخل المكلف في دائرة مخمن آخر غير مخمن الدائرة التي فيها محل سكنه أو محل عمله<sup>4</sup>، أو تقسيط مبلغ الضريبة<sup>5</sup>، أو غير ذلك من الأحكام التي تفيد بمنح السلطة التقديرية للسلطة التنفيذية في تنظيم بعض الشؤون الضريبية ولا نرى مخالفتها للدستور طالما لا تدخل في عناصر قانونية الضريبة لأن الغاية من ورائها هو كما ذكرنا ملاحقة الأنشطة أو الأشخاص الخاضعين للضريبة والوصول إلى المكلف الحقيقي أو النشاط الحقيقي الخاص بها والدخل الفعلي المتحقق له والخاضع للضريبة .

وقد يتساءل البعض بشأن بعض النصوص الضريبية التي تفيد بمنح الإدارة الضريبية سلطة تقديرية في الخضوع للضريبة وإن كان ذلك بشكل غير صريح والتي قد يشكل عليها أنها قد تكون مخالفة لقانونية الضريبة مثال ذلك ما نصت عليها لفقرة (2) المادة السادسة والعشرون من قانون ضريبة الدخل بقولها (إذا لم تقتنع السلطة المالية من صحة قيام المشاركة أو تبين لها أن الغرض من تكوينها هو التخلص من الضريبة أو تقليلها أو لم يتحقق لها مساهمة كل من الشركاء مساهمة فعلية بجزء مناسب من رأس المال المشاركة أو اشتراكهم فعلاً بإدارتها فلها أن تقدر الضريبة على الشخص الذي تعتقد بأن دخل المشاركة يخصه دون غيره)، وكذلك ما جاء في عجز المادة (31) التي نصت على (... إذا لم يقدم الشخص تقريراً واعتقدت السلطة المالية بأنه يخضع للضريبة فلها أن تقدر دخله وتفرض الضريبة عليه) أن مثل هذه النصوص قد توحى بأن الإدارة الضريبية قد منحت سلطة

(1) انظر المادة (1/27) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(2) المادة (2/27) من القانون اعلاه.

(3) المادة (4/27) من القانون اعلاه.

(4) المادة (31) من القانون اعلاه.

(5) المادة (3/33) من القانون اعلاه.

تقديرية تمكّنها أو تعطّيها الحق في فرض الضريبة على وفق ما تشاء وبحسب تقديرها ؟ وأن هذا تفويض لا يعد خارج اطار الدستور؟

نقول اجابة على ذلك أن المشرع يمنح السلطة التقديرية للإدارة الضريبية ليس للتدخل في عناصر قانونية الضريبة وإنما لكي يتاح لها تطبيق القانون الضريبي على أكمل وجه بالشكل الذي يمكنها من الوصول إلى النشاط الفعلي الخاضع للضريبة أو الأشخاص الحقيقيين الذين يقع عليهم عبء الضريبة دون غيرهم، والدخل الفعلي المتحقق لهذا النشاط وما يمكن استبعاده من تنزيلات أو خسائر أو شمول هذا النشاط بالإعفاء أم لا في سبيل الوصول إلى الدخل الصافي الخاضع للضريبة.

وعليه إذا ما أخطأت السلطة المالية وتمثل هذا الخطأ بإعفاء دخل أخضعه القانون للضريبة بشكل كلي أو جزئي، أو فرض الضريبة على دخل غير خاضع لها، أو تنزيل تكاليف أو خصم خسائر بخلاف الواقع الفعلي للمكلف ونشاطه فإن هذا لا يعد من قبيل التجاوز على مبدأ قانونية الضريبة المنصوص عليها دستورياً وإنما الخطأ في تطبيق القانون، ولذلك يحق لصاحب العلاقة أن يعترض على هذا الخطأ أمام الجهات المحددة قانوناً وهي اللجان الاستئنافية والهيئة التمييزية. ودليل ذلك أن المشرع منح الإدارة الضريبية سلطة تقديرية في تقدير الضريبة على أي دخل أو نشاط خاضع للضريبة أو تعتقد بخضوعه لها وصفة الاعتقاد هنا من وجهة نظرنا هي تبني وجهة نظر السلطة المالية<sup>1</sup> في تقدير الضريبة والتي ربما يخطئها الواقع القانوني أو الفعلي ومن ثم يمكن للمكلف أن يعترض على ذلك الخضوع المبني على مجرد الاعتقاد. وغاية المشرع من منح السلطة التقديرية في المسائل المذكورة أعلاه هو إعطاء الاداة الناجزة للسلطة المالية التي تمكّنها من مكافحة التهرب الضريبي والوقوف بوجه حيل المكلف للتخلص من دفع الضريبة، كما الزم السلطة المالية بتقدير الضريبة على أساس الدخل الحقيقي للمكلف<sup>2</sup>.

(1) انظر م (30) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(2) انظر م (32) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

الفرع الرابع: تخويل السلطة التنفيذية اتخاذ إجراءات بشأن لا يتعلق بقانونية الضريبة القانون الضريبي ينطوي على أحكام متشعبة ومتشابكة تستدعي الإحالة إلى قوانين مختلفة سواء فروع القانون العام أم الخاص مثل القانون المدني والقانون الإداري وقانون العقوبات وقانون المرافعات وغيرها، كما أن النصوص التي ينظمها تستلزم التنسيق بين وزارات ودوائر وجهات مختلفة . ومثلما بينا أن المشرع الضريبي حاول أن يوسع من صلاحيات السلطة التنفيذية بمنحها السلطة التقديرية في المجال الضريبي لإعطائها نوع من المرونة في الحركة للوصول إلى مصادر الدخل والأنشطة الخاضعة للضريبة والأشخاص الحقيقيين والدخول الفعلية المتحققة للمكلف والنظر في كل تفاصيل أن شطة المكلف. علاوة على فسح المجال أمامها لمحاربة وسائل المكلفين للتهرب من دفع الضريبة. ومن بين ما تنظمه القوانين الضريبية في هذا الصدد هي تخويل السلطة التنفيذية باتخاذ إجراءات مختلفة في سبيل تطبيق أحكام القانون الضريبي لكن هذه الإجراءات لا تدخل في دائرة عناصر قانونية الضريبة ولذلك هي تعد احالة او تفويض سليم ولا يخالف الدستور. ومن بين هذه النصوص هو ما تضمنته قوانين ضريبة الدخل او العقار من حق الوزير إعفاء المكلف المخالف لبعض أحكام هذه القوانين من الجزاءات المالية<sup>1</sup> وكذلك منح السلطة التنفيذية اتخاذ الإجراءات المناسبة لضمان تحصيل الضريبة وجبايتها كما هو الحال فيما تضمنه قانون ضريبة الدخل من الحق للسلطة المالية الطلب من الجهات المختصة بمنع المكلف من مغادرة العراق الا بعد دفع الضريبة<sup>2</sup> او الحجز الاحتياطي على أموال المكلف خشية أن يحاول إخفاءها او تهريبها<sup>3</sup> او منع وسائل النقل البحرية او النهرية او البرية من الخروج بالتنسيق مع الجهات المختصة الا بعد قيام اصحابها بفرض الضريبة المستحقة عنها.<sup>4</sup> او

(1) انظر م 45 من قانون ضريبة الدخل و م (22/ب) من قانون ضريبة العقار رقم (162) لسنة 1959

(2) م(51) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(3) م (52) من القانون أعلاه.

(4) م(50) من القانون أعلاه.

تحويل الوزير في قانون ضريبة العقار الطلب من المستأجر خصم الضريبة المستحقة على العقار وتوريدها إلى السلطة المالية<sup>1</sup>

ومع ذلك فإن بعض الفقه الضريبي<sup>2</sup> يرى خلاف ذلك بخصوص الحالة الأخيرة بالذات بحجة أن هذا التحويل هو بمثابة منح السلطة التنفيذية سلطة تحديد طريقة جباية الضريبة وهو ما يخالف مبدأ قانونية الضريبة. ومن جانبنا فأنا لا نرى في هذا التحويل ما يمس عنصر جباية الضريبة لأن المراد هنا فقط تحويل السلطة التنفيذية حق تحديد آلية لجباية الضريبة وهو خصم الضريبة المستحقة من المكلف لتوريدها إلى السلطة المالية لغرض ضمان جباية الضريبة لا أكثر لاسيما وأن المشرع قد حدد من بين الخاضعين للضريبة هو الشاغل للعقار والشاغل للعقار هنا يفهم منه أنه قد يكون المستأجر. إذ المشرع جعل المستأجر من الأشخاص المشمولين بدفع الضريبة لكنه لا يكون خاضعاً للضريبة بصفة أصلية وإنما هو مكلف بتوريدها، أي أنه لا يلقي عبء الضريبة عليه، وهو ما أوضحته الفقرة (1) من المادة العاشرة من القانون أعلاه بقولها تفرض الضريبة على صاحب العقار أو على صاحب الاجارة الطويلة وفي حالة عدم وجودهما فعلى الشاغل، كما كررت ذلك القول الفقرة (2) من المادة الحادية عشر عندما حددت آلية لدفع الضريبة او جبايتها بالنسبة للعقار المشاع وهي أنه اذا لم يكن شاغل العقار احد الشركاء ولم يستطع التعرف على احدهم فإن الضريبة تجبى من شاغل العقار، وهذا الأخير قد يكون مستأجراً. بل أنه لكي تضمن جباية الضريبة على ايجار العقار نص عجز المادة المذكورة بانه اذا لم يكن العقار مشغولاً أو خالياً فإنه يمكن للسلطة المالية أن تؤجره لمدة تكفي لاستيفاء الضريبة المستحقة وحينئذ سوف يكون المستأجر الذي تختاره ملزماً بدفع الضريبة من قبل السلطة المالية كضمان لجباية الضريبة المستحقة على المكلف حتى وإن كان العقار خالياً.

(1) انظر المادة (25) من قانون ضريبة العقار النافذ.

(2) د. عامر عياش عبد ود. احمد خلف حسين، مصدر سابق، ص 265.

## خاتمة

لقد بان لنا من ثنايا البحث وتفصيله أن تفويض الاختصاص الضريبي لا يكون إلا من خلال تفويض السلطة التشريعية صلاحيتها في الشؤون الضريبية إلى السلطة التنفيذية وهذا لا يتحقق ولا تسند له المشروعية الا بصورتين: الأولى هي تفويض مكنة التنظيم الضريبي الذي يتحدد مفهومه في عدم انطواء النص الدستوري على بعض عناصر قانونية الضريبية المتمثلة بفرض الضريبة وتعديلها وجبايتها والاعفاء منها، ومن ثم ذلك الأمر يتيح للسلطة التشريعية مكنة تفويض اختصاصها في العنصر الذي لم ينص عليه الدستور للسلطة التنفيذية . كما يتحقق تفويض مكنة التنظيم الضريبي أيضاً من خلال آتيان المشرع الدستوري بنص يفيد التفويض أو يحقق مدلوله من خلال استعمال المشرع الدستوري صياغة قانونية تشير إليه أو تجاوزه عند تنظيمه لنص قانونية الضريبة ومن قبيل ذلك استخدام عبارة ( بناءً على قانون ) أو ( في الأحوال التي يبينها القانون). فهذه العبارة أو تلك تفيد التفويض أو تجيزه. أما الصورة الثانية لتفويض الاختصاص الضريبي فانه يتحقق مناطها في ظل ظروف استثنائية تعمل النصوص الدستورية على تنظيم احوالها بحيث تجيز احياناً للسلطة التشريعية أن تتنازل للسلطة التنفيذية عن اختصاصها التشريعي بشكل مؤقت لمعالجة تلك الظروف أو قد لا تستلزم تلك النصوص اجازة السلطة التشريعية ابتداءً لا سيما عندما لا يكون البرلمان في دورة انعقاد وإنما كان منحللاً أو متمتعاً بعطلته الاعتيادية ومع ذلك فإن الدساتير التي نظمت هذه الحال بما يعرف بلوائح الضرورة العرفية الزمت السلطة التنفيذية التي نظمت شؤون الضرائب بموجب قرارات ادارية عرضها على السلطة التشريعية بعد انتهاء الظرف الاستثنائي وبعد انعقاد البرلمان لكي ترتقي تلك القرارات إلى مستوى القرارات التي لها قوة القانون.

وعلى الرغم من أن المشرع الدستوري الحالي في ظل دستور 2005 لم ينظم أي من صور التفويض تلك إلا أنه في ميدان التطبيق لاحظنا وكما سلط ضوء البحث عليه قوانين تفيد التفويض الضريبي وتخول السلطة التنفيذية تنظيم الشؤون الضريبية سواء فيما يخص فرضها أم جبايتها أم الاعفاء منها أم تعديلها بخلاف الدستور مما يوصم تلك

القوانين بعدم الدستورية ويمكن لكل ذي مصلحة الطعن بها امام المحكمة الاتحادية العليا بعدها تملك الولاية في النظر بدستورية القوانين. وبالمقابل فإن ثنايا البحث أجلت اللبس حول بعض التطبيقات التي أنبرت في ميدان القوانين الضريبية أو التشريعات المالية بشكل عام وتوحي للوهلة الأولى وكأن تفويض الاختصاص الضريبي قد تمثل فيها أو تحقق مفهومه من خلالها لكن من خلال اعمال قواعد التحليل والاستنباط والاستنتاج استطعنا أن نثبت أنه تفويض لا يعارض الدستور ولا ينال من أحكامه السامية.

وبغية معالجة جوانب عدم المشروعية الدستورية التي انطوت عليها التشريعات الضريبية أو تدارك اثارها نوصي بالآتي:

1- على المشرع أن يتأنى ملياً في أي مشروع قانون ويزنه بميزان الدستور وهل أن فيه ما يخالف احكامه ونصوصه أو يتعارض مع غاياته ومراده وفيما إذا كان منطقياً على تفويض الاختصاص الضريبي أم لا قبل أن يسنه او يقره لكي يجنب الطعن في دستورية اعماله امام القضاء الدستوري.

2- نوصي السلطة التشريعية ولا سيما اللجنة القانونية فيها إلى اعادة النظر في جميع التطبيقات والنصوص التي تعرضنا لها في ثنايا البحث أو غيرها ممن انطوت عليها القوانين الضريبية أو ذات العلاقة بها، سواء تلك التي سنت قبل نفاذ دستور 2005 أم بعد نفاذه بغية اتخاذ ما يلزم لتعديلها من خلال الغاء أحكام التفويض التي تنطوي عليها بما ينسجم مع أحكام الدستور.

3- نوصي القضاء الدستوري المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا والقضاء الاداري الذي يقف في قمته المحكمة الادارية العليا التعرض بالأحكام الصادرة عنهما إلى قانونية الضريبية التي نص عليها الدستور بما يمنع التفويض من قبل السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية لاختصاصها الضريبي بما يثير عدم دستورية القوانين أو يحول دون اغتصاب السلطة التنفيذية لاختصاص السلطة التشريعية بإصدارها قرارات متعلقة بقانونية الضريبية مما يوصمها بعدم المشروعية.

## \* طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان وصعوبات تنفيذه\*

د. حساني خالد

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: hassanikhaled@yahoo.fr

### الملخص:

يعتبر الالتزام الدولي بحماية الحقوق والحريات العامة للإنسان من بين الالتزامات الرئيسية التي يفرضها القانون الدولي على جميع الدول دون استثناء، حيث جاءت الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، سواء التي صدرت في صيغة اتفاقيات -عامة أو خاصة- أم التي صدرت بصيغة إعلانات، حصيلة توافق عالمي حول قيم إنسانية أصبحت تشكل قواعد قانونية أمره تتمتع بقوة قانونية ملزمة.

كما ترتب على هذا الالتزام الدولي اعتبار القواعد الخاصة بحقوق الإنسان ذات طابع شامل وعالمي، وتندرج ضمن القواعد الآمرة (*Jus Cogens*) التي تتجاوز الاختصاص الوطني، بحيث يجوز لجميع الدول أن تعتبر بأن لها مصلحة قانونية في حماية هذه الحقوق، وبالتالي فهي التزام في مواجهة الكافة (*Obligation Erga Omnes*)؛ لذلك فإننا سنحاول من خلال هذا المقال دراسة طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان، ثم نبرز صعوبات تنفيذه على المستويين الوطني والدولي.

الكلمات المفتاحية:

الالتزام الدولي، حماية، حقوق الإنسان.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/09/03، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

## The nature of the international obligation to protect human rights and the difficulties of its implementation

### Summary:

The international obligation to protect human rights and freedoms is one of the main obligations imposed by international law on all States without exception, bearing in mind that all the international human rights instruments published under the form of agreements, conventions or declarations are the result of a global consensus on human values, which have become peremptory legal rules with binding legal force.

As a consequence of this recognition of this bond character, the rules relating to human rights have a global and universal character and are subject to *jus cogens* rules that go beyond national jurisdiction, which all States to consider as having a legal interest in the protection of these rights, which is therefore an *erga omnes* obligation.

So we will try through this article to examine the typology of the international commitment to the protection of human rights, and to highlight the difficulties of the implementation of this commitment at the national and international levels.

### Keywords:

international obligation, protect, human rights.

## La nature de l'obligation internationale de protéger les droits de l'homme et les difficultés de sa mise en œuvre

### Résumé

L'obligation internationale de protéger les libertés et les droits de l'Homme est parmi les principales obligations imposées par le droit international à tous les États sans exception. Sachant que tout les instruments internationaux ayant relation avec les droits de l'Homme prend la forme d'accords, de conventions ou émis sous forme de déclarations, qui résultent d'un consensus mondial reposant sur des valeurs humaines et qui deviendrons par la suite des règles juridiques péremptoires avec force contraignante.

En conséquence, cette prise en compte du caractère obligataire des règles liées aux droits de l'Homme, notamment le caractère global et universel qui relèvent des règles de *jus cogens* qui vont au-delà des juridictions nationales, ce qui donne aux États le droit de considérer la protection des droits de l'homme comme un intérêt juridique et une obligation *erga omnes*.

Donc nous essayerons à travers cet article une étude typologique de l'engagement international à la protection des droits de l'homme, et mettre en évidence les difficultés de la mise en œuvre de cet engagement aux niveaux national et international.

### Mots clés:

L'obligation internationale, protéger, droits de l'homme.

### مقدمة

لقد اهتمت المجتمعات الإنسانية عبر تاريخها الطويل بموضوع حقوق الإنسان، فقد كان كل مجتمع يختص على نحو منفرد بتحديد حقوق وواجبات كل فرد في المجتمع، وقد



حظيت حقوق الإنسان دائما باهتمام متزايد على الصعيد الوطني من خلال وضع القواعد الداخلية التي تنظم هذه المسألة.

غير أنه إذا كانت حقوق الإنسان قد تطورت في إطار المجتمعات الوطنية بظهور إعلانات الحقوق والدساتير وتأكيد سيادة القانون في أوروبا خصوصا، فإن تطور العلاقات الدولية أثبت أن احترام حقوق الإنسان أمر أساسي وضروري لتنمية وأمن المجتمع الدولي، لاسيما أن الدول المختلفة قد أعربت عن رغبتها في إقامة علاقاتها الدولية على أسس أخلاقية تستطيع حفظ السلام الدولي، وتحقيق التعاون المشترك لحل مشكلاتها الدولية، الأمر الذي لا يمكن تحقيقه إلا إذا شاع بينها مبدأ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان.

كما اتخذ اهتمام القانون الدولي بقضايا حقوق الإنسان اتخذ طابع التدرج، حيث اهتم في البداية ببعض الفئات كالعمال والأقليات فقط، ولم يهتم بحقوق الإنسان ككل لأنه اعتبرها من الاختصاصات الداخلية للدول عملا بمبدأ السيادة الوطنية للدول.

لذلك فإن التطور الحقيقي لحقوق الإنسان على المستوى الدولي بدأ بظهور الأمم المتحدة، نتيجة أهوال الحربين العالميتين، حيث أسفرت تجربة هذه الحروب عن اعتقاد واسع النطاق بأن الحماية الدولية الفعّالة لحقوق الإنسان شرط أساسي لتحقيق السلم والأمن الدوليين، وجاء ميثاق الأمم المتحدة مؤكدا في مبادئه وأهدافه أن حقوق الإنسان واحترامها يأتي في مقدمة أولويات الأمم المتحدة، وأن معاملة الدول للشعوب والأفراد أصبحت محلا لاهتمام القانون الدولي، وبذلك يكون الميثاق قد أرسى أسس التطور الذي شهده القانون الدولي في مجال حقوق الإنسان<sup>1</sup>.

مما لاشك فيه أن الاهتمام العالمي بحقوق الإنسان حاليا بات يمثل قيمة مستهدفة من النظام القانوني الدولي، حيث أصبح من الأمور الشائعة تقييم سلوك الحكومات بمدى

<sup>1</sup> أشرف عرفات أبو حجازة، إسناد المسؤولية الدولية إلى الدولة عن انتهاكات حقوق الإنسان، المجلد المصرية للقانون الدولي، المجلد 65، 2009، ص 193.

احترامها لحقوق الإنسان على المستويين الداخلي والدولي، بل أصبح تقييم النظم الاجتماعية والاقتصادية ذاتها يخضع لما تحققه تلك النظم لمواطنيها من حقوق وحرّيات<sup>1</sup>. كما أصبحت المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان مسألة عالمية مشتركة تتقاسمها الإنسانية جمعاء، ولم يعد بالإمكان التحجج بالسيادة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول أو بالخصوصيات الثقافية حين يتعلق الأمر بانتهاك حقوق الإنسان، لذلك أصبح احترام حقوق الإنسان سلوكاً يومياً ومنظماً<sup>2</sup>، ترتب عن ذلك بروز الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان الذي يشكل أحد الالتزامات الرئيسية التي يفرضها القانون الدولي على جميع الدول دون استثناء.

وقد ترتب على هذا الالتزام الدولي اعتبار القواعد الخاصة بحقوق الإنسان ذات طابع شامل وعالمي، وتندرج ضمن القواعد الآمرة (*Jus Cogens*) التي تتجاوز الاختصاص الوطني، بحيث يجوز لجميع الدول أن تعتبر بأن لها مصلحة قانونية في حماية هذه الحقوق وبالتالي فهي التزم في مواجهة الكافة (*Obligation Erga Omnes*)؛ لذلك فإننا سنحاول دراسة طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان في مطلب أول، ثم نبرز صعوبات تنفيذه على المستويين الوطني والدولي في مطلب ثانٍ.

### المطلب الأول: طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان

ترتب عن الاهتمام الدولي المتزايد بحقوق الإنسان صدور عدة إعلانات ومواثيق دولية تلزم الدول باحترام وحماية حقوق الإنسان لكل الأشخاص المتواجدين على إقليمها والخاضعين لولايتها، إضافة إلى ضرورة قيام الدول جميعاً باتخاذ جميع الإجراءات والتدابير اللازمة لتنفيذ التزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان، لذلك سنبين مضمون الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان في فرع أول، حتى تتبين لنا قوته القانونية وذلك في فرع ثانٍ.

<sup>1</sup> محمد بضري، حقوق الإنسان والحرّيات العامة - دراسة دولية ووطنية-، دار النشر الجسور، وجدة، 2003، ص 1.

<sup>2</sup> محمد سعدي، حقوق الإنسان (الأسس، المفاهيم والمؤسسات)، مطبعة أنفو، فاس، 2012، ص 7.

### الفرع الأول: مضمون الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان

لقد نصت مختلف الاتفاقيات الدولية –العالمية منها والإقليمية- المتعلقة بحقوق الإنسان على التزام الدول الأطراف باحترام وكفالة حقوق الإنسان<sup>1</sup>، إضافة إلى ضمان تمتع كل الأشخاص المتواجدين على إقليمها والخاضعين لولايتها بالحقوق والحريات الواردة في مثل هذه الوثائق، زيادة على تحملها المسؤولية عن أي خرق أو انتهاك لهذه القواعد والالتزامات<sup>2</sup>.

هذا ونشير إلى أن الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان هو التزام متعدد الأبعاد، حيث لا يتوقف عند إلزام الدولة بضمان تمتع كل إنسان بحقوقه وحرياته التي كفلتها له القوانين الوطنية والدولية، وعقاب مرتكبي أية انتهاكات لهذه الحقوق والحريات، وإنما يمتد ليشمل حماية ضحايا هذه الانتهاكات وإصلاح الأضرار التي قد تلحق بهم نتيجة لأفعال الدولة المسؤولة عن هذه الانتهاكات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> من ذلك نذكر المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية الذي اعتمده الجمعية العامة بموجب قرارها رقم 2200 المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، والذي دخل حيز النفاذ في 13 جانفي 1976، كما اعتمدت الجمعية العامة البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بموجب القرار المؤرخ في 10 كانون الأول/ ديسمبر 2008، ودخل حيز النفاذ في 24 أيلول/ سبتمبر 2009، المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية البروتوكول الاختياري الأول الذي تمت الموافقة عليه في 16 ديسمبر 1966 ودخل حيز النفاذ في 23 مارس 1976، والمادة 3/أ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي وافق مجلس جامعة الدول العربية المنعقد على مستوى القمة بقراره رقم 270 د.ع (16) بتاريخ 23 ماي 2004 على الميثاق العربي لحقوق الإنسان، ودخل حيز النفاذ في 15 مارس 2008، صادقت عليه الجزائر في 11 فيفري 2006، الجريدة الرسمية رقم 08 الصادرة بتاريخ 15 فيفري 2006.

<sup>2</sup> عادل المسدي، الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان مضمونه ونطاقه الإقليمي، بحث مقدم إلى مؤتمر حقوق الإنسان وحمايتها على المستويين الوطني والدولي، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، يومي 16/ 17 ديسمبر 2013، ص 8.

<sup>3</sup> أنظر قرار الجمعية العامة الصادر في 16 ديسمبر 2005 فيما يتعلق بالمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي.

كما أن التزامات الدول الأطراف بحماية المعايير الدولية لحقوق الإنسان تختلف إلى نوعين<sup>1</sup>:

### النوع الأول: التزامات السلوك

تتجلى هذه الالتزامات في تعهد الدول الأطراف بالامتثال والانضباط الفوري والسريع لمجموعة من المعايير الدولية التي تحكم سلوكها في مجال حقوق الإنسان، وذلك في قيام الدولة باتخاذ مجموعة من الإجراءات القانونية والتدابير التشريعية المناسبة، لضمان حماية حقوق بعض الفئات المحددة من الأفراد كالأطفال والنساء، واللاجئين وغيرهم ، وفي مجالات حقوقية معينة كمناهضة جميع أشكال التمييز لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية أو لغوية...، إضافة إلى وجوب ملاءمة الدولة لقانونها الداخلي مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان في هذه المجالات الحقوقية، وأيضا توفير وسائل التظلم القضائي والإنصاف، لتمكين كل فرد من المطالبة بتوقيع الجزاء على من يعتدي على حقوقه المختلفة أمام المحاكم الوطنية<sup>2</sup>.

### النوع الثاني: التزامات التنفيذ التدريجي

يعني الالتزام بالتنفيذ التدريجي لحقوق الإنسان عدم تحقيق التمتع الفوري بطائفة من الحقوق في فترة زمنية محددة، لاستحالة ضمانها للأفراد بشكل سريع ولارتباطها بالتدابير المتخذة من طرف الدولة على المستوى الاجتماعي والاقتصادي، مما يجعل الاستفادة منها

<sup>1</sup> يوسف البحيري، حقوق الإنسان (المعايير الدولية وآليات الرقابة)، الطبعة الثانية، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، 2012، ص 92.

<sup>2</sup> من المتفق عليه وصف الالتزامات المترتبة عن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بأنها التزامات تدريجية أو برنامجية، فقد أكدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام رقم 31 على الالتزام الوارد في المادة 1/2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بضمن احترام الحقوق المعترف بها في العهد له مفعول فوري بالنسبة للدول الأطراف في العهد جميعا، محمد خليل الموسى، العهدان الدوليان الخاصان بحقوق الإنسان- دليل تدريبي، مركز عدالة لدراسات حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار البيروني للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 101.

يطبعه التدرج كالحق في التنمية المستدامة والسكن اللائق والتغطية الصحية، وتعميم التربية والتعليم تماشياً مع أقصى ما تسمح به الموارد المتاحة للدولة<sup>1</sup>.

لذلك نجد أن الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان تنقسم من حيث آلية تنفيذها، إلى اتفاقيات قابلة للنفذ التلقائي تلتزم الدول بتطبيقها ذاتياً ومباشرة دون اتخاذ أية إجراءات تشريعية أو إدارية، وهي الاتفاقيات التي لا تحتاج إلى تدخل تشريعي أو إداري من الدولة لتنفيذ أحكامها، وسبب ذلك أن الحقوق المنصوص عليها تتجذر في الحضارة البشرية باعتبارها جزءاً من التراث المشترك للإنسانية عبر تطوره التاريخي الطويل، وهي ثمة فهي حقوق طبيعية مقررة للإنسان منذ ولادته.

وغالباً ما تكون أحكام هذه الاتفاقيات متطابقة مع التشريعات الوطنية، ومثال ذلك ما نص عليه العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 في مادته السابعة الذي قرر حق الإنسان في الكرامة بعدم جواز تعريضه لكل ما يمسه بالتعذيب أو الاسترقاق، وفي مادته التاسعة بضمان حقه في الحياة والسلامة ضد أي اعتداء، وفي مادته الثانية عشر بتأكيد حقه بالاعتراف له كشخص أمام القانون<sup>2</sup>.

إن هذه الحقوق ذاتية النفاذ ولا تحتاج اتخاذ إجراءات تشريعية وإدارية من طرف الدولة لتطبيقها، ولذلك ذهب البعض إلى أنه يمكن للقضاء إصدار أحكامه القضائية

<sup>1</sup> إن المتفحص لنص المادة 1/2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يتبين له الطبيعة المزدوجة للالتزامات الناشئة عن العهد، فهذه المادة تتضمن التزامات بتحقيق غاية وأخرى ببذل العناية، كما أن الدول الأطراف في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ملزمة بوجوب العمل على تحقيق الحقوق المعترف بها تحقيقاً كاملاً، فهو التزام تدريجي وليس فوري، غير أنه التزام بتحقيق نتيجة. وبالمقابل فإن الدول الأطراف تعهدت بتمكين من التمتع بالحقوق المحمية في العهد دون تمييز، وهو التزام فوري وليس تدريجي، المرجع نفسه، ص 102.

<sup>2</sup> اعتمد العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 2200 ألف المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 والذي حيز النفاذ في 23 مارس 1976، وصادقت عليه الجزائر في 16 ماي 1989، الجريدة الرسمية رقم 20 الصادر في 17 ماي 1989.

استنادا لها مباشرة، وكذلك الأمر بالنسبة للإدارة حيث تستطيع الاستناد عليها مباشرة في ممارسة أعمالها الإدارية<sup>1</sup>.

أما الاتفاقيات غير قابلة للنفذ التلقائي فإنها مجموعة من الاتفاقيات التي تحتاج إلى تدخل تشريعي من طرف الدولة لتنفيذ أحكامها، وتأكيدا لهذا المعنى نصت المادة 14 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، لم تكن بعد وهي تصبح طرفا فيه قد تمكنت من كفالة إلزامية ومجانية التعليم الابتدائي في بلدها ذاته أو أقاليم أخرى تحت ولاياتها، بالقيام في غضون سنتين، بوضع واعتماد خطة عمل مفصلة للتنفيذ الفعلي والتدريجي لمبدأ إلزامية التعليم ومجانيته للجميع، خلال عدد معقول من السنين يحدد في الخطة"<sup>2</sup>.

وبذلك لا يمكن تطبيق مضمون المادة 14 من الاتفاقية المذكورة المتعلق بالالتزام الدولة الطرف بجعل التعليم الابتدائي إلزاميا ومجانيا، إضافة إلى جعل جميع مراحل التعليم الثانوي بمختلف أنواعه مجانيا والأخذ تدريجيا بمجانية التعليم العالي... الخ، إلا إذا اتخذت الدولة إجراءات تستطيع من خلالها تطبيقها، وذلك للحاجة إلى وضع خطط تعليمية وتربوية ورصد أموال وإمكانات مادية وبشرية من بناء المدارس، المؤسسات، الجامعات وتكوين الأساتذة والمؤطرين<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: طبيعة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان

يتميز الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان بخصوصية معينة فهو من جهة يحتوي على التزامات قانونية عامة وملزمة لجميع الدول يمكن إدراجها ضمن النظام العام الدولي، ومن جهة أخرى فإنه يمثل نظام قانوني موضوعي في مواجهة الكافة.

<sup>1</sup> ضاري خليل محمود، القيمة القانونية لاتفاقيات حقوق الإنسان في التشريع الداخلي ودور القاضي الوطني في تطبيقها، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الأول، يناير 2007، ص 75.

<sup>2</sup> صادقت عليه الجزائر بتاريخ 16 ماي 1989، الجريدة الرسمية رقم 20 الصادرة في 17 ماي 1989.

<sup>3</sup> ضاري خليل محمود، مرجع سابق، ص 76.

تعتبر القواعد الدولية الخاصة بحقوق الإنسان قواعد قانونية ملزمة، ترتب التزامات قانونية واضحة على عاتق الدول في مجال حماية حقوق الإنسان وحرياته، هذا الأمر أكدته محكمة العدل الدولية، حين أقرت في حكمها الصادر في قضية برشلونة تراكشن *Barcelona Traction* الصادر بتاريخ 5 فبراير 1970 بأن المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان تنشئ على عاتق كل دولة واجبا نحو المجتمع الدولي بأسره، أي نحو كل الدول الأخرى، وعليه لكل دولة المصلحة في حماية حقوق الإنسان العالمية<sup>1</sup>.

يعني ذلك أن المحكمة اعترفت بأن القواعد المتعلقة بحماية حقوق الإنسان، تعد من قبيل القواعد الأمرة التي تعتبر حجة في مواجهة الكافة، حيث ميزت المحكمة بين التزامات الدول تجاه المجتمع الدولي بأكمله وما ينشأ من التزامات تجاه دولة أخرى في إطار الحماية الدبلوماسية للوطنيين، فالالتزامات الأولى تخص بحكم طبيعتها كل الدول، وكنماذج للقانون الدولي المعاصر، أوضحت المحكمة الالتزامات الناتجة عن تحريم أعمال العدوان والإبادة، كما ذكرت المحكمة مبادئ وقواعد تتعلق بالحقوق الأساسية للإنسان. ونظرا لأهمية الحقوق المطروحة، يمكن اعتبار كل الدول لها مصلحة قانونية في حمايتها، لأن الالتزامات المنبثقة عنها ملزمة للجميع<sup>2</sup>.

كما اعتبرت المحكمة في حكمها السالف الذكر في قضية برشلونة تراكشن (حكم بالمناسبة *Obiter Dictum*) أن القواعد الخاصة بحقوق الإنسان ذات طابع شامل وعالمي، وتندرج ضمن القواعد الأمرة (*Jus Cogens*) التي تتجاوز الاختصاص الوطني، بحيث يجوز لجميع الدول أن تعتبر بأن لها مصلحة قانونية في حماية هذه الحقوق وبالتالي فهي التزم في مواجهة الكافة (*Obligation Erga Omnes*)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أشرف عرفات أبو حجازة، مرجع سابق، ص 233.

<sup>2</sup> أشرف عرفات أبو حجازة، مرجع سابق، ص 233.

<sup>3</sup> جاء في حكم المحكمة أن "هذه الالتزامات تنبثق ليس فقط من القواعد الدولية المعاصرة التي تحرم أعمال العدوان، وإبادة الجنس البشري وإنما أيضا من المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان، بما في ذلك حمايته من العبودية والتفرقة العنصرية بل أن بعضا من هذه الحقوق قد أصبحت جزءا من القواعد الدولية

هذا ونشير إلى أن محكمة العدل الدولية أكدت المفهوم المتقدم في القضية الخاصة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والعقاب عليها بين البوسنة والهرسك من جهة ويوغسلافيا من جهة أخرى (مرحلة الدفوع الأولية)، حيث أشارت إلى ضرورة النظر إلى هذه الاتفاقية من حيث موضوعها والغرض منها باعتبارها من الأسس الجوهرية للنظام القانوني الدولي المعاصر إذ أنها اتفاقية يجب أن تبقى محفورة في الضمير الإنساني العالمي مما يستوجب تطبيقها بصورة موضوعية<sup>1</sup>، ففي الحكم الصادر بتاريخ 11 يوليو 1996 ذكرت المحكمة أن الحقوق والواجبات الواردة في الاتفاقية هي حقوق للجميع والتزامات على الجميع وبالتالي، فإن التزام كل دولة بمنع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها ليس محدوداً إقليمياً بالاتفاقية<sup>2</sup>.

كما أن الالتزامات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان هي التزامات موضوعية، لا تخضع لمبدأ المعاملة بالمثل *Principe de Réciprocité* المستقر في القانون الدولي التقليدي، حيث لا يمكن لدولة ما أن تربط احترامها للحقوق والحريات التي تكفلها قواعد القانون الدولي للأفراد باحترام الدول الأخرى لهذه الحقوق، حيث أن هذه الأخيرة – كما يبين *Jean Dupuy* – ليست بضاعة تخضع لقاعدة الإيجاب والقبول ولا لقاعدة تبادل نقل الملكية، إنما هي نظام قانوني موضوعي *ordre juridique objective* يخص الجميع ولذلك تم استبعاد قاعدة المعاملة

العامة طبقاً لما جاء في الفتوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية عام 1951 المتعلقة بالتحفظات على معاهدة تحريم جريمة إبادة الجنس البشري، كما أن بعضها الأخر قد تم إقراره بواسطة وثائق دولية عالمية أو شبه عالمية"، أنظر:

– I.C.J, Reports (1970), para 34, p 32.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، التعليق على أحكام محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 54، 1998، ص 203.

<sup>2</sup> فانسان شيتاي، مساهمة محكمة العدل الدولية في القانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد عام 2003، ص 186.



بالمثل. الأمر الذي يعني غياب الالتزامات الشخصية المتبادلة من قواعد القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان<sup>1</sup>.

إضافة إلى ذلك أكدت لجنة حقوق الإنسان سابقا في تعليقها العام رقم 31 على المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بقولها "أن لكل دولة من الدول الأطراف مصلحة قانونية في أداء كل دولة طرف أخرى لالتزاماتها، وهذا ناشئ من كون القواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان تمثل التزامات تجاه الكافة،..."<sup>2</sup>.

أكد كذلك معهد القانون الدولي على هذه الخاصية في قراره الصادر بتاريخ 13 سبتمبر 1989 بخصوص "حماية حقوق الإنسان ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول"، حيث تضمنت المادة الأولى من هذا القرار فقرة جاء فيها أن "الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان - كما أعلنت محكمة العدل الدولية من قبل- هو التزام في مواجهة الكافة، وهو يقع على عاتق كل دولة في علاقاتها بالمجتمع الدولي ككل، وأن كل دولة تكون صاحبة مصلحة قانونية في حماية حقوق الإنسان. وأن هذا الالتزام يتضمن واجب التكاثف بين كل الدول لكي تضمن - بكل سرعة ممكنة- حماية فعالة لحقوق الإنسان في كل مكان في العالم"<sup>3</sup>.

واستنادا إلى التحليل الذي أجرته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري لعام 1951 الخاص بتفسير اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، فإن المعاهدات المتعلقة بحماية حقوق الإنسان لا ترمي إلى المصالح المتبادلة للدول، وإنما هي معاهدات

<sup>1</sup> أشرف عرفات أبو حجازة، مرجع سابق، ص 240.

<sup>2</sup> عادل المسدي، مرجع سابق، ص 15.

<sup>3</sup> جاء أيضا في مشروع القرار الصادر عن مجمع القانون الدولي عام 2009 بخصوص موضوع "الحقوق الأساسية للأشخاص والحصانة القضائية في القانون الدولي، وذلك في المادة الثانية أنه "طبقا لقواعد القانون الدولي الاتفاقية والعرفية تلتزم الدولة باحترام وضمأن حقوق الإنسان لكل الأشخاص الخاضعين لولايتها، وعندما تخفق الدولة في أداء هذا الالتزام يكون للدول الأخرى أن تتحرك لصالح الجماعة الدولية لمعالجة هذا الإخفاق وفقا لهذا القرار"، عادل المسدي، مرجع سابق، ص 15.

شارعة تنشئ قواعد دولية موضوعية لا يتوقف الالتزام بتنفيذها من قبل دولة طرف على احترام الدولة الطرف الأخرى لها<sup>1</sup>.

وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مبدأ عدم خضوع الالتزامات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان لمبدأ المعاملة بالمثل وذلك في حكمها الصادر في 18 يناير 1978، والذي قررت فيه أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تختلف عن المعاهدات الدولية التقليدية، بوصفها تنشئ التزامات موضوعية تتجاوز مبدأ المعاملة بالمثل بين أطرافها<sup>2</sup>.

كما ساهم القضاء الجنائي الدولي في ترسيخ الطبيعة الآمرة لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، وذلك من خلال المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة التي اعتبرت القاعدة التي تحرم التعذيب من القواعد الآمرة، وهو الموقف ذاته الذي تبناه مجلس اللوردات البريطاني في قضية بينوشي في حكمه الصادر بتاريخ 24 مارس 1999، وكذلك تأكيد الحكم الصادر عن الغرفة الكبرى للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتاريخ 2001/11/21 في قضية العدساني ضد المملكة المتحدة، أن تحريم التعذيب هو من قبيل القواعد الآمرة في القانون الدولي<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: صعوبات تنفيذ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان

على الرغم من أن كل المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان تلزم الدول باحترام وحماية حقوق الإنسان لكل الأشخاص المتواجدين على إقليمها والخاضعين لولايتها، إضافة إلى ضرورة قيامها باتخاذ جميع الإجراءات والتدابير اللازمة لتنفيذ التزاماتها الدولية في مجال

<sup>1</sup> أشرف عرفات أبو حجازة، مرجع سابق، ص 241.

<sup>2</sup> جاء أيضا في حكم المحكمة الصادر في 18 يناير 1978 بين إيرلندا والمملكة المتحدة أنه "à la différence des traités internationaux de type classique, la convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son Préambule, bénéficient d'une « garantie collective »، عادل المسدي،

مرجع سابق، ص 16.

<sup>3</sup> محمد يوسف علوان ومحمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان- الحقوق المحمية (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 62.

حقوق الإنسان، إلا أن الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان قد يصطدم بخصوصيات الدولة مثلما يظهر في الفرع الأول، أو بسبب مشكلة المجال المحفوظ للدولة مثلما يتضح في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: الصعوبات المرتبطة بخصوصيات حقوق الإنسان

من بين المسائل التي قد تؤدي غالبا إلى عرقلة تنفيذ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان من طرف الدول مسألة الخصوصية، علما أن حقوق الإنسان تتميز بأنها ملك للإنسانية كلها ومن حق كل الأشخاص أن يتمتعوا بها على قدم المساواة وباستقلال تام عن انتمائهم إلى جنس، عرق، دين، ثقافة، لغة أو قومية معينة، وهي تشكل أرضية مشتركة تتجاوز كل الحدود الجغرافية والثقافية والزمنية، وكرامة الإنسان لا وطن ولا جنسية لها فهي تراث مشترك لكل الإنسانية، ولهذا فإن حقوق الإنسان الأساسية تنطبق على جميع البشر بصرف النظر عن الخصوصيات الدينية، الثقافية، السياسية، الاجتماعية والاقتصادية<sup>1</sup>.

أكد إعلان وبرنامج فيينا الذي تمخض عن أشغال المؤتمر العالمي الثاني لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا في 14 جوان 1993 على عالمية حقوق الإنسان، حيث جاء في الفقرة الأولى من الإعلان أنه "... يؤكد المؤتمر العالمي الثاني حول حقوق الإنسان على الالتزام العلني والعمل على ترقية الاحترام وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية للمجتمع تماشيا مع ميثاق الأمم المتحدة والصكوك الدولية الأخرى الخاصة بحقوق الإنسان<sup>2</sup>.

كما تتميز حقوق الإنسان بأنها حقوق لا يمكن المساس بها أو انتهاكها ولا يمكن لأحد إلغائها، كما لا يمكن لأحد أن يفقدها أو يتنازل عنها حتى ولو بإرادته. إضافة إلى ذلك فإن حقوق الإنسان لا يمكن الانتقاص منها، حيث لا يملك أحد الحق في حرمان شخص آخر

<sup>1</sup> محمد سعدي، مرجع سابق، ص 10.

<sup>2</sup> Mohamed Mouaquit, *Les Droits de l'Homme sont-ils universels?*, in, la communauté internationale et les droits de la personne humaine, Fondation du Roi Abdul-Aziz Al Saoud, Casablanca, 2001, p 111.

منها مهما كانت الأسباب إلا وفقا لما يقرره القانون، وحتى ولو كانت القوانين في بلد ما لا تعترف بذلك أو أن بلدا ما يقوم بانتهاكها، وعليه فإن انتهاك هذه الحقوق لا يعني عدم وجودها، علاوة على أن حقوق الإنسان في حالة تطور مستمر، وذات طبيعة حركية ومتجددة دوما، كما أنها مرتبطة بالإنسان بصفته إنسان<sup>1</sup>.

إن حقوق الإنسان لا تقبل التجزئة على مستويين، فهي من جهة لا يجوز وضع هرمية وأفضلية بين الحقوق، فجميع الحقوق سواء السياسية، المدنية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية كلها ضرورية للعيش في كرامة، ومن جهة أخرى لا يحق لأحد أن يلغي أو ينتهك بعض الحقوق قصد تعزيز حقوق أخرى، هكذا فلا يجوز مثلا خرق الحقوق المدنية والسياسية بحجة تعزيز الحقوق الاقتصادية والاجتماعية<sup>2</sup>.

عبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عن التكامل بين حقوق الإنسان وعدم قابليتها للتجزئة، بصورة ضمنية في عدة مواد، ومن بينها المادة 30 التي أشارت إلى ضرورة تفسير الحقوق المعلنة بموجبه بصورة لا تفضي إلى هدم أي من الحقوق والحريات المنصوص عليها فيه، مما يعني عدم استبعاد أي منها، ويفترض أن حقوق الإنسان بناء متكامل يسند بعضه بعضا وأنها كل متكامل، وقد عبر المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا عام 1993 في الفقرة الخامسة من الإعلان الصادر عنه عن حقيقة عالمية حقوق الإنسان وأنها مترابطة وغير قابلة للتجزئة<sup>3</sup>، غير أن العهدين الدوليين لحقوق الإنسان لعام 1966 سبقا في التأكيد على هذه الفكرة، حيث نصت الفقرة الثالثة المشتركة من ديباجتهما على أن "...السبيل الوحيد لتحقيق المثل الأعلى المتمثل وفقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، في أن يكون البشر أحرارا متحررين من الخوف والفاقة، هو سبيل تهيئة الظروف الضرورية

<sup>1</sup> محمد سعدي، مرجع سابق، ص 3.

<sup>2</sup> محمد فؤاد جاد الله، تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 34.

<sup>3</sup> محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان (الحقوق المحمية)-الجزء الثاني-، مرجع سابق، ص 26.

لتمكين كل إنسان من التمتع بحقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذلك بحقوقه المدنية والسياسية<sup>1</sup>.

إضافة إلى ذلك نجد الصعوبات المرتبطة بمشكلة التحفظ على اتفاقيات حقوق الإنسان، حيث يعد التحفظ إجراء قانوني تلجأ إليه الدول بهدف استبعاد الأثر القانوني أو تعديله لعدد من الأحكام الواردة في المعاهدة الدولية في مواجهتها، وذلك عند توقيعها، أو تصديقها، وانضمامها أو قبولها لهذه المعاهدة، لذلك من شأن أي تحفظ تقوم به دولة على أحكام معاهدة خاصة بحقوق الإنسان أن يؤدي إلى عرقلة تنفيذ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان<sup>2</sup>.

تتجلى إشكالية التحفظ على اتفاقيات حقوق الإنسان في كثرة هذه التحفظات التي تقوم بها الدول واتساعها، لاسيما تلك المتعلقة بالاتفاقيات ذات الطابع العام مما يؤدي إلى عرقلة الهدف المراد من إبرام هذه المعاهدة، حيث نجد مثلا أن أكثر من 40 دولة من بين الدول الأطراف في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، قد قامت بإجراء أكثر من 150 تحفظا وإعلانا تفسيريا على أحكامه، وهو الأمر ذاته بالنسبة للعديد من الاتفاقيات الأخرى<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> يوسف البحيري، مرجع سابق، ص 80.

<sup>2</sup> أنظر نص المادة 1/2/ هـ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

<sup>3</sup> تحفظت خمسون دولة من بين 185 دولة طرف في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989 على عدة نصوصها، كما تحفظت نصف الدول الأطراف في الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1979 على عدة نصوصها؛ أنظر:

-محمد خليل الموسى، التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة والعشرون، العدد الثالث، سبتمبر 2002، ص 346.

### الفرع الثاني: الصعوبات المرتبطة بالمجال المحفوظ للدولة

إنّ ميثاق منظمة الأمم المتحدة لم يضع معيارا فاصلا للمسائل التي تعد من قبيل المجال المحفوظ للدولة<sup>1</sup>، بالرغم من أن فرنسا كانت قد تقدمت بمذكرة إلى لجنة صياغة الميثاق في 21 مارس 1945 أكدت فيها أن التحفظ أو التذرع بالسلطان الداخلي للدولة يجب ألا يطبق حين وقوع انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان والتي تشكل بحد ذاتها تهديدا للسلام، كما أشار وفد أستراليا إلى أنه إذا كان أعضاء الأمم المتحدة عازمين على اعتماد وسائل لحماية الأقليات فيجب أن نقر بأن حماية الأقليات تعتبر من قضايا النظام الدولي، أي إخراج حماية الأقليات من المجال المحفوظ للدول<sup>2</sup>.

غير أن تغير طبيعة النزاعات الدولية وانتقالها من نزاعات محتدمة بين الدول إلى نزاعات تنشب داخل حدود الدول ذاتها، جعلت موضوع حقوق الإنسان، الديمقراطية والانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني لم تعد من صميم السلطان الداخلي للدولة، وإنما باتت من المسائل التي تلغي حدود السيادة الوطنية أمام تدخل الأمم المتحدة لاسيما مجلس الأمن عندما تتعرض هذه الحقوق للانتهاك من قبل أنظمة استبدادية تستر وراء السيادة الوطنية<sup>3</sup>.

هذا التوجه الجديد عبّر عنه الأمين العام السابق للأمم المتحدة بطرس غالي في تقريره المقدم بعد اجتماع قمة مجلس الأمن المنعقدة في 31 جانفي 1992 بقوله "أن احترام صميم سيادة الدول وسلامتها هو أمر حاسم لتحقيق أي تقدم دولي مشترك، بيد أن زمن السيادة المطلقة قد مضى. فالنظرية هنا لم تعد تنطبق على الواقع. ومهمة قادة الدول اليوم هي تفهم هذا الأمر وإيجاد توازن بين حاجات الحكم الداخلي، ومتطلبات عالم يزداد

<sup>1</sup> Robert Kolb, « De domaine réservé : réflexions sur la théorie de la compétence nationale », R.G.D.I.P, N° 03, 2006, p 597 et Ss.

<sup>2</sup> باسيل يوسف باسيل، سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبوظبي، 2001، ص 104.

<sup>3</sup> عمار بن سلطان، الأمم المتحدة وتحديات النظام الدولي الجديد – عشرية من العلاقات الدولية (1990-2000)، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، الجزائر، 2001، ص 67.

ترابطا يوما بعد يوم، فالتجارة والاتصالات، والأمور البيئية تتعدى الحدود الإدارية...ويكمن أحد متطلبات حلول هذه المشاكل في الالتزام بحقوق الإنسان...<sup>1</sup>، وهو ما دفع بالرئيس الأمريكي جورج بوش الأب في نهاية القمة إلى الدعوة لضرورة تعديل ميثاق الأمم المتحدة وجعل حقوق الإنسان من اختصاصاتها بدلا من إبقائها شأنها داخلها<sup>2</sup>.

وهكذا لم يعد مفهوم السيادة المطلقة الذي وضع في معاهدة وستفاليا وكرس في المادة 2/2 من الميثاق قادرا على تحقيق هدفه في حفظ السلم والأمن الدوليين في ضوء المتغيرات الدولية المعاصرة، الأمر الذي استوجب تطوير مفهوم السيادة باعتباره مفهوما نسبيا ينطلق من فكرة المسؤولية ولاسيما بعد أن أصبحت حقوق الإنسان جزءا من المسؤولية الدولية، مما يعطي الحق للأمم المتحدة في التدخل لحماية هذه الحقوق المنتهكة أثناء النزاعات الداخلية وما يرافقها من أعمال تطهير وتشريد للاجئين<sup>3</sup>.

كما أن مبدأ عدم التدخل المنبثق عن فكرة سيادة الدولة لا يشكل حاجزا أمام تدخل مجلس الأمن تحت لواء التدخل لأغراض إنسانية كما حدث في الصومال والبوسنة، بشكل يتيح إمكانية تجاوز مبدأ عدم التدخل، كما هو الشأن في حالة انهيار الدولة أو أثناء نزاعات داخلية حادة (حالتا الصومال ورواندا مثلا)<sup>4</sup>، وقد أكدت الممارسة الدولية تراجع مبدأ عدم التدخل في الوقت الذي ظهرت فيه الاعتبارات الإنسانية وحقوق الإنسان والديمقراطية، وقد مرَّ هذا التراجع بمرحلتين، تميزت المرحلة الأولى منهما بارتباط المجال المحفوظ للدولة بتهديد السلم والأمن الدوليين كحالي العراق والصومال. أما المرحلة الثانية

<sup>1</sup> عبد الكريم علوان، التدخل لاعتبارات إنسانية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، يوليو 2004، ص 320.

<sup>2</sup> الياس أبو جودة، الأمن البشري وسيادة الدول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 108.

<sup>3</sup> محمد يعقوب عبد الرحمن، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبوظبي، 2004، ص 77.

<sup>4</sup> أحمد الرشيد، "بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 55، 1999، ص 75.

فقد تم فيها إسقاط مبدأ المجال المحفوظ للدولة تماما، وهو ما تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها 7/46 و 138/46 الصادرين في 11 أكتوبر 1991 بشأن هايتي، حيث لم يتم الإشارة فيهما إطلاقا لمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول<sup>1</sup>.

### خاتمة

تبين من خلال هذه الدراسة أن كل الاتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان توجب الدول بضرورة الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان، وذلك من خلال اتخاذ كل الإجراءات الضرورية التي تجعل تشريعاتها الوطنية متماشية مع التزاماتها الدولية.

كما أن الهدف من مختلف الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان هو تكوين وإنشاء عدد من القواعد القانونية التي تحمي حقوق الإنسان، والتي ترتب على عاتق الدول مجموعة من الالتزامات الدولية، علاوة على أن الالتزامات المترتبة على عاتق الدول بموجب هذه الاتفاقيات هي التزامات موضوعية *des obligations objectives* لا تخضع بتاتا لمبدأ المعاملة بالمثل *le principe de réciprocité* المعروف في القانون التقليدي.

غير أن الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان قد يصطدم أحيانا بمسألة الخصوصية التي تمتع بها كل دولة، بالرغم من أن حقوق الإنسان تتميز بأنها ملك للإنسانية كلها ومن حق كل الأشخاص أن يتمتعوا بها على قدم المساواة وباستقلال تام عن انتماءهم إلى جنس، عرق، دين، ثقافة، لغة أو قومية معينة، وهي تشكل أرضية مشتركة تتجاوز كل الحدود الجغرافية والثقافية والزمنية، وكرامة الإنسان لا وطن ولا جنسية لها فهي تراث مشترك لكل الإنسانية، ولهذا فإن حقوق الإنسان الأساسية تنطبق على جميع البشر بصرف النظر عن الخصوصيات الدينية، الثقافية، السياسية، الاجتماعية والاقتصادية.

<sup>1</sup> أحمد عبد الله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ الأمن والسلم الدوليين، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص 187.



إلا أن الدول قد تلجأ إلى التحفظ على اتفاقيات حقوق الإنسان، لذلك من شأن أي تحفظ تقوم به دولة على أحكام معاهدة خاصة بحقوق الإنسان أن يؤدي إلى عرقلة تنفيذ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان، وقد يتجلى ذلك في كثرة هذه التحفظات التي تقوم بها الدول واتساعها، لاسيما تلك المتعلقة بالاتفاقيات ذات الطابع العام مما يؤدي إلى عرقلة الهدف المراد من إبرام هذه المعاهدة، وقصد تفعيل الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان يتعين على الدول القيام باتخاذ جميع الإجراءات المناسبة على الصعيد الوطني لجعل قوانينها تتماشى وتتلاءم مع التزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان.

## إشكالية مشاركة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية في الجزائر: الحدود والحلول؟\*

د. أوكيل محمد أمين

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: [oukil1979@gmail.com](mailto:oukil1979@gmail.com)

### الملخص:

عمدت الجزائر على تكريس الديمقراطية التشاركية بشكل تدريجي في المنظومة القانونية كنظام جديد للتسيير، يرمي لتجاوز قصور الديمقراطية التمثيلية وما صاحبها من انفصال عن إرادة الجمهور واستبعاد لتطلعات المواطنين في اتخاذ القرار المحلي، حيث تتأسس الديمقراطية التشاركية على مبدأ مشاركة المجتمع المدني بمختلف مكوناته من مواطنين وجمعيات ونقابات مهنية إلى جانب السلطات المنتخبة في تسيير الشؤون العامة. غير أنّ حداثة تجربة التشاركية في الجزائر تطرح إشكالات عديدة بشأن مدى فعالية مساهمة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية على المستوى المحلي، لذلك تهدف هذه الدراسة لتبيان الحدود المعيقة لمشاركة فعاليات المجتمع المدني في تسيير الشؤون المحلية والحلول المتخذة من طرف الدولة لتجاوزها.

### الكلمات المفتاحية:

الديمقراطية المحلية، فعاليات المجتمع المدني، المقاربة التشاركية، آليات المشاركة.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/11/07، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

## **The Problem of Civil Society Participation in the Embodiment of Local Democracy in Algeria: Borders and Solutions?**

### **Abstract:**

Algeria has gradually institutionalized participative democracy in the legal system as a new system of governance aimed at overcoming, the shortcomings of representative democracy and its isolation from the will of the public and excluding the aspirations of citizens in local decision-making. Participatory democracy is based on the principle of the participation of civil society, As well as the elected authorities in the conduct of public affairs. However, the recent experience of partnership in Algeria raises many questions about the actual contribution of civil society to democratization at the local level. This study aims at identifying the obstacles that hinder the participation of civil society actors in the management of local affairs and the solutions taken by the state to overcome them.

### **Keywords:**

Local democracy, civil society activities, participatory approach, participatory mechanisms.

## **Problématique de la participation de la société civile à la concrétisation de la démocratie locale en Algérie : limites et solutions?**

### **Résumé :**

L'Algérie a procédé graduellement à la consécration de la démocratie participative comme nouveau mode de gestion dans l'ordonnement juridique, et ce, en vue de surmonter les limites de la démocratie représentative auxquelles s'ajoutent le fossé entre cette dernière et le public et la non-prise en compte des aspirations des citoyens dans la prise de la décision locale. En effet, la démocratie participative repose sur le principe de la participation de la société civile par le biais de sa composante, à savoir les citoyens, les associations, les syndicats professionnels et les élus locaux.

Cependant, la jeune expérience algérienne en matière de participation suscite autant de problématiques sur l'effectivité de la contribution de la société civile à la concrétisation de la démocratie au niveau local. Ainsi, la présente étude a pour objet de mettre l'accent sur les limites entravant l'effectivité de la participation de la société civile à la gestion des affaires locales et les solutions apportées par l'Etat en vue d'y remédier.

### **Mots clés :**

Démocratie locale, les acteurs de la société civile, approche participative, instruments de participation.

### **مقدمة**

تمثل الجماعات الإقليمية قاعدة اللامركزية باعتبارها الإطار القانوني لتجسيد السياسة العامة للدولة وممارسة السلطة وتدير شؤونها على المستوى المحلي، كما تمثل في الحد ذاته إطاراً لممارسة الديمقراطية وتكريس إرادة الشعب محلياً عن طريق المجالس

المنتخبة. إنّ اعتماد نظام اللامركزية يفسح المجال مبدئياً أمام تطبيق أرحب للأسس الديمقراطية المحلية، من خلال التمكين لتحسّس انشغالات المواطنين وإسقاطها في سياسة التسيير والتنمية المحلية. وعليه يكون من الطبيعي قياس فعالية الديمقراطية المحلية بمدى تجسيد إرادة الشعب في صلب السياسات العامة المتعلقة بتدبير شؤونه المحلية، والتي لا يزال النموذج التقليدي المتمثل في الديمقراطية التمثيلية عاجزاً عن تحقيقها بالفعالية المطلوبة على أرض الواقع، وهو ما استدعى النظر في اعتماد آلية موازية ومدعمة لهذا النموذج لتجاوز مكامن العجز والقصور فيه، ترمي لإتاحة المجال بشكل أوسع نحو إشراك إرادة المواطنين في تصريف شؤونهم المحلية، وضمان منافذ قانونية لهم في مراكز اتخاذ القرار، والمساهمة في سياسة التسيير والتنمية العمومية في إطار ما يعرف بالديمقراطية التشاركية.

تقوم المقاربة التشاركية على أساس خلق ديناميكية تفاعلية جديدة بين الدولة والمجتمع، قصد إيجاد بدائل وحلول ملائمة لانشغالات الجمهور عن طريق الانفتاح على الأطراف الفاعلة فيه، والتي تتقدّمها تنظيمات المجتمع المدني نظراً لمكانتها الأساسية ودورها المحوري في تفعيل الديمقراطية المحلية. فرغبة الدولة في ترشيد نظام الحكم وسبل ممارسة السلطة وتحقيق التنمية، يجعلها مجبرة لتبني تكامل مؤسساتي بين هيئاتها المركزية والمحلية، يتم بالتوازي مع إدماج المجتمع المدني في استراتيجية التسيير والتنمية المحلية، لما يحمله من مقومات أساسية في استطلاع وتأطير احتياجات المواطنين، وتوجيه الرأي العام نحو قضاياها الهامة، وتنشيط الوعي والحراك الاجتماعي، وهذا ما يؤهله لأن يكون شريكاً وفاعلاً أساسياً في طرح انشغالات الجمهور ورسم السياسات العامة والإسهام في مبادرات التنمية والرقابة على حسن تنفيذها.

يكشف مسار تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر، عن حرص الدولة على إيلاء عناية متزايدة بمبدأ المشاركة في التشريع الوطني، ولعلّ التكريس القانوني الأعمق للمبدأ المذكور تبرز معالمه بوضوح من خلال اعتراف المؤسس الدستوري، عقب التعديل المؤرخ في 6 مارس

2016، بالديمقراطية التشاركية كإحدى الدعائم الأساسية للبناء الديمقراطي في الدولة، وآلية من آليات التسيير على مستوى الجماعات الإقليمية.

بيد أنّ الإقرار القانوني للديمقراطية التشاركية ومنحها المكانة السامية في المنظومة القانونية للدولة، يفرض طرح مسألة مدى صحة انتقال المواطن وقوى المجتمع المدني تحديدا إلى مصاف الشريك الفعلي، بحكم أنّ المجتمع المدني ينبغي أن يكون جزءاً من أصل السياسة العامة للتسيير والتنمية المحلية، وعاملاً محورياً في تحديد الخيارات والحلول وفي اتخاذ القرارات وفي ممارسة الرقابة الشعبية، باعتباره الشريك الذي لا محيد عنه في تجسيد الديمقراطية المحلية، وفي هذا الصدد، فإنّ التجربة الفتية للديمقراطية التشاركية في الجزائر تطرح تجلياتها بقوة، حيث أنّ اعتمادها كنموذج لتسيير المجالس المنتخبة يعدّ أمراً حديثاً مقارنة بالديمقراطية التمثيلية، وهو ما يجعلها عرضة للعديد من الصعوبات التي يفرضها عدم تجذّر واستقرار معالم هذا النمط من التسيير في الممارسة الوطنية، الأمر الذي ينجم عنه بالنتيجة صعوبة تكيف الأطراف المعنية بسياسة المشاركة - كالمجالس المنتخبة وفعاليات المجتمع المدني- مع ما يحمله هذا النمط من مقاربات جديدة وأبعاد تشاركية.

فاستقراء واقع ممارسة المجتمع المدني للديمقراطية التشاركية حالياً، يكشف محدودية دوره في تجسيد إرادة المواطنين في سياسة تسيير الشؤون المحلية، لانعدام إطار قانوني يحدّد قنوات وكيفيات مشاركة فعاليات المجتمع المدني في ممارسة الديمقراطية المحلية، فضلاً عن كون آليات المشاركة المطروحة حالياً تعوزها الفعالية والنجاعة المطلوبة لتفعيل دور المجتمع المدني وتأهيله للمشاركة في مقاربة التسيير المحلية، وتحقيق تطلعات الجمهور وتقريب المواطنين من مراكز ممارسة السلطة المحليّة من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ البنية التنظيمية للمجتمع المدني تطرح بدورها عراقيل ذاتية، نظراً لقصورها الحاد في استيعاب الدور المنوط بها كشريك وفاعل محوري في تجسيد إرادة المواطنين والمساهمة في تدبير الشؤون المحلية.

وعلى هذا الأساس تهدف هذه الدراسة إلى تحديد نطاق العراقيل والقيود التي تحد من سبل مشاركة قوى المجتمع المدني في تكريس الديمقراطية المحلية وتحول دون إسهامها الفعال في سياسة التسيير والتنمية المحلية وتدير الشؤون العمومية للمواطنين، علاوة عن تبيان سياسة الدولة الراهنة والمسعى والجهود المبذولة من طرفها لتجاوز عقبة هذه الحدود والدفع بتنظيمات المجتمع المدني للمشاركة بشكل فعال في ترسيخ وتعميق ممارسة الديمقراطية المحلية. وهذا ما يدفعنا لدراسة هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية: فيما تتمثل سياسة الدولة في معالجة قصور مشاركة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية؟

قصد الإجابة عن الإشكالية المطروحة، ارتأينا اعتماد محورين للدراسة، عالجتنا في الأول، حدود مشاركة المجتمع المدني في تكريس الديمقراطية المحلية، بينما خصصنا الثاني، لتبيان رهانات تجاوز عراقيل مشاركة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية في الجزائر.

#### المحور الأول: حدود مشاركة المجتمع المدني في ممارسة الديمقراطية المحلية

رغم الاعتراف بأهمية التقنين التدريجي لمبدأ المشاركة في المنظومة القانونية واعتماده كنموذج لتسيير وإدارة الشؤون العامة للمواطنين على المستوى المحلي، فإنّ الممارسة الفعلية تكشف عن العديد من العوائق التي لازالت تحد من فعالية إسهام المجتمع المدني في سياسة تسيير الشأن العام المحلي، يمكن عزو أسبابها لحدثة نموذج المقاربة التشاركية في الجزائر من جهة (الفرع الأول) ولعدم فعالية وهشاشة البناء الهيكلي والتنظيمي لمكونات المجتمع المدني من جهة ثانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حداثة التجربة التشاركية وقصورها في تسيير الشأن المحلي: "القيود المادية" تعد تجربة الديمقراطية التشاركية في تسيير الشأن العام المحلي في الجزائر معطى جديد جاء لمعالجة حالة العجز والانسداد الذي أفرزه النظام النيابي في تسيير المجالس المحلية. غير أنّ عامل حداثة المقاربة التشاركية في الجزائر يشكّل في حد ذاته عائقا ماديا أمام مساهمة قوى المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية، نظرا لعدم استقرار

أصول وآليات تكريس منهج المشاركة في القانون والممارسة الوطنية، فالمشروع لا يزال لحد الآن يفتقر لرؤية وافية ومتكاملة لتطبيق الديمقراطية التشاركية بشكل عام وبالتحديد على مستوى المجالس المحلية، الأمر الذي أفرز العديد من العراقيل التي تحد من فعالية إشراك المجتمع المدني في تطبيق الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي.

### أولا/ مظاهر حداثة الديمقراطية التشاركية في الجزائر

أ- : تدني ثقافة المشاركة لدى الأطراف المسؤولة عن تطبيق الديمقراطية المحلية

لعلّ أول نتائج عدم تجذّر سياسة الديمقراطية التشاركية وحداثة عهدها في الممارسة الوطنية هو عدم إدراك مؤدائها الحقيقي لدى الجمهور وفعاليتها المجتمعية المدني، باعتبارها المنهج الرديف للديمقراطية التمثيلية ذات السمة الكلاسيكية، والآلية الحديثة الجديدة بالتفعيل للمساهمة في تسيير الشؤون العامة بالتنسيق والتشاور مع المجالس المحلية، فصدى المشاركة لا يزال محدودا جدا في أوساط المجتمع المدني، بل لدى الكوادر الإدارية المسؤولة عن التسيير المحلي كذلك، لغياب إطار توجيهي يُجسّد المبادئ الأساسية للمشاركة ويؤطر سياسة التكوين المستمر والتحسيس مع المرافقة الميدانية، لتكريس مفهوم إشراك المجتمع المدني في تسيير الشؤون العامة، وضرورة العودة إليه عند اتخاذ القرار المحلي باعتباره شريك فعلي في أعمال مقاربة التسيير والتنمية المحلية، وهو ما يستدعي فرض قطيعة تامة مع سياسة التسيير المبنية على الذهنيات المرتبطة بالتسيير الأحادي الذي يجعل السلطات العمومية تتصرف بالمنطق السلطوي التقليدي في التسيير<sup>(1)</sup>، بدل تأسيس علاقة تعاون متبادل قائمة على التشارك والتشاور بين قوى المجتمع المدني والسلطات العمومية في سبيل تحقيق تنمية وتسيير ناجع على المستوى المحلي.

<sup>1</sup> محمد اليعقوبي، المبادئ الكبرى للحكومة المحلية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 56 ماي 2004،

## ب- تعدد صيغ المقاربة التشاركية في القانون الوطني

يجد الباحث لمعاني وأساليب اعتماد آلية الديمقراطية التشاركية تضاربا شديدا في استعمال المصطلحات الدالة على هذا المفهوم، فباستثناء نص الفقرة الثالثة من المادة 15 من الدستور التي نصت صراحة على استعمال مصطلح "الديمقراطية التشاركية"، نجد النصوص القانونية الأخرى متفرقة في اعتماد مصطلح موحد لهذا المنهج، فمنها التي تعتمد "مبدأ المشاركة"، "الشراكة" أو "مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم"<sup>(1)</sup>.

وعلاوة عن عدم تحديد مصطلح موحد جامع ومانع لمبدأ المشاركة في القانون الوطني، فإنّ المشرع أحيانا يخلط بين مبدأ المشاركة وبين آليات تطبيق هذا الأخير من قبيل اعتماده على مبدأ "التشاور" أو "الاستشارة"<sup>(2)</sup>، كما أنّ الصيغ الموجودة في القانون الوطني تشترك عموما في عدم النص صراحة على دور المجتمع المدني وموقعه من سياسة التسيير المحلية<sup>(3)</sup>، بحيث يكثر استعمال المصطلحات العامة والغامضة أحيانا التي لا تبين الجهة المعنية

1 نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، المادة 13 من قانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 3 يوليو 2011، ونص المادة 2 من القانون رقم 06-06 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، جريدة رسمية رقم 15 مؤرخة في 12 مارس 2006، ونص المادة 3 من قانون رقم 10-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 20 جويلية 2003.

<sup>2</sup> كالقانون 06-06 المتعلق بالقانون التوجيهي للمدينة الذي ينص في المادة الثانية منه على مبدأ التنسيق والتشاور، مرجع سابق.

<sup>3</sup> جاء النص بشكل صريح على مبدأ مشاركة المجتمع المدني في تسيير الشؤون العمومية محدودا للغاية في القانون الوطني، حيث نجده في النصوص التالية:

المادتين 97 و98 من قانون 07-12 مؤرخ في 21 فيفري 2012 متعلق بقانون الولاية، بشأن مساهمة المجلس الشعبي الولائي في إنشاء الهياكل القاعدية الثقافية والرياضية وحماية التراث والتاريخ الوطني بالتشاور مع البلديات والجمعيات التي تنشط في هذه المجالات، جريدة رسمية عدد 12 مؤرخة في 29 فيفري 2012.

المادتين 02 و14 من قانون 06-06 المتعلق بالقانون التوجيهي للمدينة، بشأن مساهمة الحركة الجمعوية في تسيير شؤون المدينة وترقية الحكم الراشد، وبخصوص إقامة شراكة بين الجماعات الاقليمية والجمعيات في إطار وضع سياسة تسيير المدينة حيز التنفيذ، مرجع سابق.



بالمشاركة أو أسلوب وآلية ممارستها ، الامر الذي يعرقل بدوره استيعاب أسس وأساليب المشاركة ومدى إمكانية القيام بها من طرف القوى والأطراف الفاعلة في المجتمع المدني. ثانيا/ الفعالية النسبية لآليات مشاركة المجتمع المدني في تطبيق الديمقراطية المحلية

أ- عدم إلزامية آليات المشاركة

مع التسليم بإقرار المشرع لمبدأ المشاركة في تسيير الشؤون المحلية في القانون الوطني، إلا أن هذه المشاركة تبقى صورية في الكثير من الأحيان ومن دون جدوى كذلك، نظرا لعدم إلزامية القيام بها من طرف المجالس والهيئات المسؤولة عن التسيير كالجماعات والإدارات المحلية، بحيث يبقى هذه الجهات في سعة من أمرها في مدى عرض المشاركة على فعاليات المجتمع المدني من عدمها مستفيدة من عدم إلزام المشرع لها بذلك إلا في حالات نادرة<sup>(1)</sup>، الأمر الذي يشجع الإدارة المعنية على تجاوز مبدأ اشراك المجتمع المدني ويقوّض فعالية تدخل هذا الأخير في ممارسة الديمقراطية المحلية. ومن جهة أخرى يسهم الطابع الاستشاري والاختياري العام الذي يسود آليات المشاركة في تعميق الإطار الصوري لمشاركة المجتمع المدني، بحيث لا يترتب عن استشارة فعاليات المجتمع المدني في مسألة معينة من مسائل الشأن العام إلى التقيّد التلقائي بنتائجها وهو ما يجعل إسهامهم شكليا في اتخاذ القرار المحلي<sup>(2)</sup>.

المواد من 35-38 من قانون 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، بشأن تدخل الأشخاص والجمعيات في مجال حماية البيئة، مرجع سابق.

<sup>1</sup> قليلا ما يلزم المشرع المجالس المحلية بمبدأ إشراك المجتمع المدني، ونذكر في هذا الصدد نص المادة 15 من القانون رقم 90-29، مؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتعمير، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 2 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004، جريدة رسمية عدد 51 مؤرخة في 15 أوت 2004. ونص المادتين 97 و98 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

<sup>2</sup> راجع أكثر في هذا الصدد:

حمدي مريم، دور الجماعات الإقليمية في تكريس الديمقراطية التشاركية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016، ص 163.

## ب- عدم فعالية آليات مشاركة المجتمع المدني

بصرف النظر عن عدم إلزامية آليات مشاركة المجتمع المدني، تشهد الممارسة محدودية لافتة لأنماط الآليات الموضوعية للمشاركة، فصيغ المشاركة والتشاور والتعاون والتنسيق والاستشارة التي نص عليها المشرع، قد أتت بصيغة عامة مبتورة من كفاءات تطبيقها وإجراءات تفعيلها، حيث تشترك غالبيتها في الإحالة على النصوص التنظيمية، فباستثناء بعض الآليات المحدودة كدراسة التأثير وآلية التحقيق العمومي التي جاء تفصيل تطبيقها واضحا لصدور النصوص التطبيقية الخاصة بها<sup>(1)</sup>، فإنّ جل الآليات الأخرى المرتبطة بمشاركة المواطنين عموما وقوى المجتمع المدني بالأخص لازالت في حاجة إلى صدور النصوص التنفيذية الموضحة لكفاءات تطبيقها وتفعيلها على أرض الواقع<sup>(2)</sup>، وفي انتظار صدور هذه النصوص تبقى مشاركة فعاليات المجتمع في تسيير الشؤون المحلية معطّلة إلى أجل مجهول.

## ثالثا/ محدودية مجال مشاركة المجتمع المدني في تسيير الشؤون المحلية

## أ- انعدام قنوات المشاركة

تفتقر فعاليات المجتمع المدني إلى مجال محدّد للتدخل والاسهام الفعلي في مجريات اتخاذ القرار المحلي أو في استراتيجية إعداد السياسات العامة للتسيير المحلي، فعلاوة عن قصور آليات مساهمة المجتمع المدني في مسائل تسيير الشؤون المحلية للمواطنين، فإنه لا يحق لفعاليات المجتمع المدني الاطلاع على محاضر المداولات البلدية أو الولائية أو الحصول على المعلومات الإدارية التي تبقى حكرا على المواطنين أصحاب المصلحة فقط<sup>(3)</sup>. وبالرغم

1 راجع في هذا الخصوص نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 7-145 المؤرخ في 19 ماي 2007 يحدد مجال تطبيق و محتوى و كفاءات المصادقة على موجز التأثير على البيئة، جريدة رسمية عدد 34 مؤرخة في 22 ماي 2007. الذي جاء تطبيقا لنص المادة 15 من قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> كالنصوص المتعلقة بتطبيق عقود الشراكة المتعلقة بتطوير المدينة، التي تحيل إليها نص المادة 21 من قانون 06-06 المتعلق بتطوير المدينة، مرجع سابق.

<sup>3</sup> حسب نص المادة 14 من قانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

من كون المشرع قد نص على مبدأ علنية الجلسات وعلى ضرورة إعلام الجمهور بالمداولات وبتداول أعمال المجالس المنتخبة<sup>(1)</sup>، لكن ذلك لا يكفل الحق تلقائيا لقوى المجتمع المدني في المشاركة الفعلية بتقديم التوصيات أو الاقتراحات التي تنسجم مع مجالات نشاطها وطبيعة المشاريع المعدة للمناقشة والتصويت، أو تقديم العرائض كما هو معمول به في بعض التشريعات المقارنة كالقانون المغربي مثلا<sup>(2)</sup>. وعلى هذا الأساس يمكننا الجزم بأن المشرع قد انصرف جهده إلى تقنين مبدأ الإعلام والتحسيس بالمشاركة من دون تكريس فعلي لآليات ووسائل تفعيل مبدأ المشاركة.

#### ب- تغييب المجتمع المدني عن المشاركة في سياسة التسيير والتنمية المحلية.

تملك المجالس المحلية المنتخبة كبلديات صلاحية إعداد برامجها التنموية السنوية، وكذا متعددة الأطراف والمصادقة عليها، وتتولى تنفيذها في إطار المخطط الوطني للتهيئة والتنمية المستدامة للإقليم وفي إطار المخططات التوجيهية القطاعية<sup>(3)</sup>. بيد أن صلاحية انتقاء العمليات التنموية القابلة للإنجاز على المستوى المحلي والمشاركة في إجراءات تنفيذها بما في ذلك عمليات تهيئة الإقليم<sup>(4)</sup>، لسلطة المجلس الشعبي البلدي وحده من دون إشراك للمواطنين أو لفعاليات المجتمع المدني في مجريات العملية التنموية. فبالعودة إلى التجربة التشاركية في المغرب نجد دستور 2011 ينص في الفصل 139 منه على إشراك فعاليات المجتمع المدني في تحضير السياسة التنموية المحلية، ومنح لها حق تقديم عرائض للمجالس المحلية هدفها إدخال مسائل موضوعية في جدول أعمال تحضير البرامج التنموية.

<sup>1</sup> حسب نص المادة 26 من قانون رقم 10-11، مرجع نفسه.

<sup>2</sup> يحدّد القانون التنظيمي للجماعات رقم 14-113 (المغرب) شروط ممارسة هذا الحق، بحيث يحدد مفهوم العريضة وغرض إيداعها وشروط تقديمها والجهة المخولة لتقديمها. راجع في هذا الخصوص:

أحمد حضرائي، مكانة ودور المجتمع المدني في ظل دستور 2011، عدد خاص حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب، مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث، 2015 ص 24.

<sup>3</sup> حسب نص المادة 107 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

<sup>4</sup> حسب نص المادة 108 من قانون 10-11، مرجع نفسه.

وهكذا تبدو منظمات المجتمع المدني في الجزائر مغيبّة تماما عن مجريات تحضير السياسة التنموية وتهيئة الإقليم وتنفيذها<sup>(1)</sup>، مما يهدر مبدأ المشاركة في هذا المجال الهام نظرا لتهميش تطلعات الساكنة المحليين وتنظيمات المجتمع المدني من المشاركة في إعداد السياسة التنموية والإسهام في عمليات التخطيط ذات الصلة بها، طالما بقيت المجالس المحلية مقيّدة فقط بالتوجهات الحكومية وبالمخططات السنوية، بحيث تبقى بعيدة عن اعتبارها مجالا حقيقيا لممارسة الديمقراطية التشاركية وإشراك المجتمع المدني في سياسة التسيير والتنمية المحلية.

#### الفرع الثاني/ هشاشة البنية التنظيمية لمكونات المجتمع المدني: "القيود الذاتية"

يعتمد إقرار الديمقراطية التشاركية كنظام للتسيير المحلي على وجود شريك فاعل قادر على نشر الوعي الاجتماعي، وتحسيس الجمهور بالقضايا الأساسية له واستيعاب تطلعاته ونقل انشغالاتهم وبلورة مضمونها، للانسجام مع استراتيجية التسيير والتنمية التي تقودها الجماعات المحلية والمساهمة الفعلية في سياسة اتخاذ القرار، لذلك ينبغي لقوى المجتمع المدني أن تكون على قدر عال من المسؤولية والتنظيم والاستقلالية في النشاط والحركة لبلوغ الفعالية المطلوبة للدور المناط بها في الشراكة مع الجماعات المحلية في إدارة وتسيير الشأن العام المحلي. ولكن بالنظر لواقع فعاليات المجتمع المدني وبالأخص للحركة الجمعوية باعتبارها أبرز مكوناته، نجد دورها في ترسيخ الديمقراطية المحلية لا يزال محدودا بالعديد من القيود التي تعرقل مجال نشاطاتها وترهن سبل إسهامها الفعلي في الاضطلاع بدور الشريك المحلي في تسيير الشؤون المحلية.

#### أولا/ هيمنة الوصاية الإدارية على نشاط تنظيمات المجتمع المدني

تبسط الإدارة وصايتها بشكل لافت على الحركة الجمعوية في الجزائر، فبمراجعة نصوص قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات<sup>(2)</sup>، نجد الصبغة التدخلية للدولة بادية على

<sup>1</sup> باستثناء مجال محدود لمشاركة المجتمع المدني في إعداد سياسة تسيير المدينة، نصت عليه المادة 14 من قانون 06-06 المتعلق بالقانون التوجيهي للمدينة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> قانون رقم 06-12 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 02 مؤرخة في 15 جانفي 2012.

مفاصل عمل هذه الجمعيات بداية بشروط تأسيسها، التي تقتضي صدور ترخيص من السلطات العمومية المختصة، وكذا فيما يتعلق بسير نشاطها وذلك بضرورة إعلام السلطات عند مراجعة القانون الأساسي للجمعيات، وكذا تسليم نسخ عن محاضر الاجتماعات والتقارير السنوية الأدبية والمالية للإدارة عقب انعقاد الجمعية العامة للجمعية. فضلا عن صلاحية السلطة العمومية في تعليق نشاط الجمعيات أو حلها نهائيا<sup>(1)</sup>. ولذلك فإنّ وصاية الدولة على نشاط الجمعيات وراقبتها الصارمة على سير عملها لن يكون سوى عاملا مثبّطا لفعاليتها ومدخلا للتضييق من أفق إسهامها في ممارسة الديمقراطية المحلية.

#### ثانيا/ عدم استقلالية تنظيمات المجتمع المدني

تظهر عدم استقلالية العديد من تنظيمات وجمعيات المجتمع المدني من خلال نشاطها الفعلي الذي يكشف وضعيتها الحقيقية كونها مجرد امتداد لبعض الأحزاب السياسية<sup>(2)</sup>. في هذا الصدد، نشير أنه بالرغم من أن قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات يقيم تفرقة واضحة بين الأحزاب السياسية وبين الجمعيات إذ يمنع صراحة أي تداخل في نشاط أي منها، ويلزم الجمعية بأن تستقل بنشاطها وأهدافها عن الأحزاب وألا ترتبط بأي علاقة تنظيمية أو هيكلية بها، كما يحظر عليها تلقي الهبات أو الإعانات المالية أو المساهمة في تمويل ميزانيتها<sup>(3)</sup>. لكن هذه القيود في الواقع غير كافية لضمان استقلالية نشاط جمعيات أو الحد من تبعيتها العضوية لسياسة الأحزاب، فلا مانع يحول مثلا دون انتماء العديد من الأطراف الفاعلة في هذه الجمعيات كرئيس الجمعية والأشخاص المؤسسين لها أو أعضاء هيئاتها التنفيذية لأحزاب معيّنة، لاسيما وأن اشتراكهم في الانتماء السياسي لا يحظره القانون<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> راجع المواد 8، 18 و40 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، مرجع نفسه.

<sup>2</sup> سعاد بلحاج علي، منظمات المجتمع المدني والديمقراطية التشاركية المحلية، المجلة التونسية للدراسات القانونية والسياسية، العدد 2 السنة 2014، ص 47-49.

<sup>3</sup> راجع نص المادة 13 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، مرجع سابق.

<sup>4</sup> راجع نص المادة 12 المتعلقة بالشروط الواجب توفرها في الأعضاء المؤسسين للأحزاب السياسية، قانون عضوي رقم 04-12 متعلق بالأحزاب السياسية مؤرخ في 12 يناير، جريدة رسمية عدد 2 مؤرخة في 15 يناير 2012.

وهي جميعا عوامل تجعل هذه الجمعيات عبارة عن أدوات تنظيمية مبطنة لنشر سياسة هذه الأحزاب والدفاع عن أهدافها وبرامجها الحزبية، الأمر الذي يجعلها تبتعد عن الدور المنتظر منها كشريك فاعل في تسيير الشأن العام والدفاع عن مصالح الجمهور واسقاط تطلعاته في سياسة التسيير التنموية والمحلية، مقابل اعتبارها روافد غير مباشرة للأحزاب تسعى لدعم برامجها الاجتماعية وتحقيق التعبئة والحشد الشعبي لها. وعليه فإنّ عدم تحصين الجمعيات ووضع أدوات قانونية للترقية بين تنظيم وهيكله هذه الأخيرة وبين ما يتصل بالأحزاب السياسية، سيجعلها دوما عرضة للتسييس والاختراق الحزبي لعدم وجود ضمانات فعلية تحيد بها عن كل أشكال التوظيف الحزبي.

وعلاوة عن خطر عدم الاستقلالية السياسية، يمكن أن تشكّل التبعية المالية للهيئات العمومية المحلية نوعا من أشكال الضغط والهيمنة على نشاط الجمعيات، باعتبار أنّ أحد المصادر الهامة لتمويل الجمعيات تأتي من الإعانات التي تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية حسب طبيعة نشاط الجمعية<sup>(1)</sup>، لذلك يصعب على الجمعيات العمل في كل الظروف بالموضوعية ودواعي المهنيّة اللازمة وبكامل الاحترافية المطلوبة، بعيدا عن شتى التأثيرات السياسية أو الضغوط لاسيما إن تعارضت مصالحها مع أي من سياسات أو قرارات الجماعات المحلية كونها في نفس الوقت، الجهات المسؤولة عن تمويل هذه الجمعيات.

### ثالثا/ إشكالية تمويل منظمات المجتمع المدني

تطرح مسألة ضعف موارد المالية لمنظمات المجتمع المدني إشكالا حقيقيا يمنعها من الاضطلاع بنشاطاتها بالفعالية المطلوبة، نظر لقلّة مصادر التمويل ولشدة القيود المفروضة على الجمعيات للحصول على الدعم والإعانات المالية، فعلاوة عن حظر تلقي الهبات أو الإعانات أو أي مصدر من مصادر التمويل الأجنبية كمنظمات المجتمع المدني أو المنظمات غير الحكومية كأصل عام، وتقييد قبولها بوجود اتفاقية تعاون أو إطار شراكة مؤسسة بين

<sup>1</sup> راجع نص الفقرة الخامسة من المادة 29 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، مرجع سابق.

هذه التنظيمات الأجنبية وجمعيات المجتمع المدني تخضع وجوبا للموافقة المسبقة<sup>(1)</sup>، الأمر الذي يفوّت عليها العديد من مصادر التمويل. إنّ حرص المشرع على عدم خضوع الجمعيات لأهداف ومشاريع أجنبية ليس داعيا كافيا لحجب سبل التمويل الخارجي عنها نهائيا، طالما أنه قد أخضع سبل تلقي الجمعيات لأي مصدر تمويل لتوافقها المسبق مع دفتر الشروط وبرامج نشاط الجمعيات التي ينبغي انسجامها في جميع الحالات مع غرض تحقيق الصالح العام. كما أنّ المنح والمساعدات التي تقدمها لها الدولة أو الولاية أو البلدية يتقيّد منحها بتوفر عدة شروط أهمها التزام الجمعية بدفتر شروط يحدد برامج النشاطات التي تؤديها الجمعية، وإبرام عقد برنامج يتلاءم مع نشاط وأهداف الجمعية ويستجيب لدواعي المنفعة العمومية والصالح العام<sup>(2)</sup>، حيث يؤدي استخدام الجمعيات للإعانات المالية خارج نطاق هذه الشروط إلى تعليق نشاط الجمعية أو حلّها نهائيا<sup>(3)</sup>.

والمؤكد أنّ صرامة القيود المفروضة على تمويل الجمعيات واتسامها بطابع بيروقراطي، سيقوّض سبل مساهمة هذه الأخيرة في الاضطلاع بنشاطاتها عامة أو تلك المتصلة بالمشاركة في تسيير الشؤون العمومية. لذلك نعتقد أنّ مراجعة الإطار القانوني الناظم للجمعيات تعد مسألة ضرورية لتحريرها من القيود والوصاية الإدارية والمالية، بما يعكس دورها الهام الذي تضطلع به في تعزيز سبل ممارسة المواطنة والمشاركة في الديمقراطية المحلية.

**المحور الثاني: رهانات تجاوز حدود مشاركة المجتمع المدني في ممارسة الديمقراطية المحلية**

دفعت العراقيل والعقبات التي تحول دون مشاركة فاعلة لمنظمات المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية إلى تنامي وتيرة المطالب الرامية لتوسيع مجال مشاركته في صنع القرار المحلي، وتفعيل قنوات إسهامه في تدبير السياسة العامة ذات الصلة. وإدراكا منها بضرورة ترسيخ مبدأ المشاركة لاسيما على مستوى المجالس المنتخبة وبمكانة المجتمع المدني

<sup>1</sup> حسب نص المادة 30 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، مرجع نفسه.

<sup>2</sup> حسب نص المادتين 34 و35 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، مرجع نفسه.

<sup>3</sup> حسب نص المادة 37 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، مرجع نفسه.

في معادلة التسيير المحلي وبدوره المحوري في ممارسة الديمقراطية المحلية، ونقل شواغل المواطنين وتجسيدها في سياسة التسيير العمومية، سارعت الجزائر إلى محاولة تصحيح نموذج تسيير العمل التنموي المحلي، وتدارك أخطاء ونقائص التسيير المرتكبة، بالمبادرة إلى إرساء ضمانات وأسس جديدة لعصرنة أنماط التسيير الديمقراطي تهدف لتدعيم مبدأ المشاركة وتأطير دور المجتمع المدني في المساهمة في تسيير الشؤون المحلية (الفرع الأول). وبغية تحسين إطار أعمال مبدأ المشاركة وتمكين المواطنين وجميع تنظيمات المجتمع المدني من المساهمة الفعلية في سياسة التسيير والتنمية المحلية، تم إعداد مشروع قانون يُعنى بتنظيم الديمقراطية التشاركية وبتحديث آليات مشاركة المواطنين على المستوى المحلي، يتضمن أطر جديدة لتكريس وتحفيز أسس وآليات المشاركة وبتيح فضاءات أوسع لمساهمة فعاليات المجتمع المدني في تسيير الشؤون المحلية (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: مستجدات تدعيم مشاركة المجتمع المدني في تكريس الديمقراطية المحلية**  
بادرت الجزائر إلى تأسيس قواعد جديدة لتحديث التنظيم الديمقراطي وتعزيز سبل إشراك المواطنين والمجتمع المدني في استراتيجية التسيير والتنمية المحلية، لاقتناع السلطة السياسية بدور الديمقراطية التشاركية في جعل المواطن وتنظيمات المجتمع المدني أساس القرار التنموي المحلي، بما يكفل تعضيد التواصل بين الدولة والمجتمع ويحقق التكامل المؤسساتي بين مرافق الدولة المركزية والاقليمية من جهة، ومن جهة أخرى تضمن تكريس أوسع لسياسة الانفتاح على الجمهور وتعزيز قواعد الشفافية والمساءلة في تسيير المرافق العمومية وتلبية الخدمة العمومية. لقد تجسدت أهم هذه المطالب في الإرادة السياسية المتمثلة بخطاب رئيس الجمهورية الموجه للأمم المتحدة المؤرخ في 15 أبريل 2011 (أولا) والذي أعلن فيه عن فتح ورشة لتكريس إصلاحات واسعة لنظام الحكم وأساليب تسيير مرافق الدولة وإرساء دولة القانون وتعزيز البناء الديمقراطي وحقوق المواطنة، تجلّت معالمها بوضوح في تعديل الدستور المؤرخ في 6 مارس 2016 (ثانيا).



أولا/ تثمين الإرادة السياسية لمشاركة المجتمع المدني في تكريس الديمقراطية المحلية تعود أبرز محطة لتعزيز دور المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية التشاركية بشكل صريح، إلى خطاب رئيس الجمهورية الموجه للأمة المؤرخ في 15 أبريل 2011<sup>(1)</sup> والذي جاء في مرحلة عصبية أملت أحداث ما اصطلح عليه بالثورات العربية أو "الربيع العربي"، حيث طرح ضرورة التعجيل بإدخال إصلاحات واسعة في منظومة الحكم ككل وفي مقدمتها القانون الأساسي، وهو ما تم فعلا إثر سلسلة مشاورات دامت 3 سنوات تمخضت بإقرار التعديل الدستوري في 6 مارس 2016 والذي عزز مجال التمتع بالحقوق والحريات وممارسة الديمقراطية. أسس الخطاب الرئاسي لتوسيع مجال ممارسة الديمقراطية المحلية والحقوق المتصلة بالمواطنة، وباعتبار الجماعات المحلية البنى القاعدية لممارسة هذه الحقوق ودعم التنمية المحلية، كانت الإشارة مباشرة في نص الخطاب إلى ضرورة تعزيز ومراجعة أسس ممارسة الديمقراطية المحلية وسبل تحريك التنمية<sup>(2)</sup>. لقد عكس نص الخطاب الرئاسي التوجه الرسمي للدولة في الماضي قدما نحو إصلاح شامل لنظام الجماعات المحلية وتكريس نظام اللامركزية وتحسين التسيير الجوّاري وتعزيز السيادة الشعبية وتفعيل مبدأ المشاركة في اتخاذ القرار المحلي، حيث جاء فيه: " في إطار لامركزية أوسع وأكثر نجاعة وحتى يصبح المواطنون طرفا في اتخاذ القرارات التي تخص حياتهم اليومية وبيئتهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لا بد من مضاعفة صلاحيات المجالس المحلية المنتخبة وتمكينها من الوسائل البشرية والمادية اللازمة لممارسة اختصاصاتها...".

<sup>1</sup> نص خطاب رئيس الجمهورية الموجه للأمة، مؤرخ في 15 أبريل 2011، متوفر على الرابط التالي:

<http://www.el-mouradia.dz/arabe/president/activites/presidentacti.htm>

(تاريخ الاطلاع عليه: 5 أوت 2017)

<sup>2</sup> حيث جاء في نص الخطاب الرئاسي: " سيتم قريبا اتخاذ إجراءات هامة تعطي نفسا جديدا لإدارة برامجنا ولتنشيط جهاز الدولة. وستأتي هذه الإجراءات لدعم محاربة البيروقراطية والاختلالات المسجلة في إدارتنا والتصدي لأي تلاعب ومساس بالأموال العمومية. وخلال هذه السنة سيشرع في عملية تشاورية على المستوى المحلي مع المواطنين والمنتخبين والحركة الجمعوية والإدارة لتحديد أهداف التنمية المحلية على نحو أفضل وتكييفها مع تطلعات الساكنة." مرجع نفسه.

وعلى هذا الأساس لم يكتف المشرع بالنص في قانون 10-11 المتعلق بقانون البلدية، على أن هذه الأخيرة هي قاعدة النظام اللامركزي، بل نص صراحة على كونها الفضاء الأنسب لممارسة المواطنة ومشاركة المواطنين في شؤون التسيير المحلي عبر المجالس المنتخبة<sup>(1)</sup>، وعلاوة على ذلك تضمن قانون البلدية رقم 10-11، بابا خاصا بمبدأ المشاركة بعنوان: "مشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية"، يقع في 4 مواد: من المادة 11 إلى المادة 14 شملت التأكيد على دور البلدية الأساسي في ممارسة الديمقراطية المحلية ومشاركة المواطنين في التسيير المحلي، وعلى دور المجالس المنتخبة في حث المواطنين على المشاركة بالإضافة إلى الجمعيات المحلية، وهو ما يعكس تجسيد سلسلة الإصلاحات المعبر عنها في نص الرسالة الرئاسية بشأن إشراك منظمات المجتمع المدني لا سيما الجمعيات في تسيير الشؤون العامة والمساهمة الفعالة في تعزيز الديمقراطية المحلية: "إنّ المسعى هذا سيضمحل أيضا توسيع وتوضيح مجال الحركة الجمعوية وأهدافها ووسائل نشاطها وتنظيمها من أجل إعادة تأهيل مكانة الجمعيات في المجتمع بصفقتها فضاءات للتحكيم والوساطة بين المواطنين والسلطات العمومية. وريثما تتم المراجعة المزمعة للقانون الذي يسيّر نشاط الجمعيات، أدعو منظمات الحركة الجمعوية إلى تكثيف المبادرات التي تخولها رسالتها من خلال الانخراط من الآن ضمن هذا المنظور."

ومع الاقرار بأنّ عراقيل مشاركة المجتمع المدني في ممارسة الديمقراطية المحلية لازالت قائمة إلى اليوم، بالرغم من كون جل ورشات تنفيذ محتوى النص الرئاسي قد استنفذت بصدور القوانين ذات الصلة به، كقانون البلدية المذكور، وقانون الولاية، وقانون الأحزاب، وقانون الجمعيات، وقانون الانتخابات، ومع ذلك فإنّه لا يمكن الجزم نهائيا بفشل مضمون الخطاب الرئاسي، أو إنكار مساهمته في تعزيز مسار الديمقراطية المحلية بشكل تام، نظرا لدوره في إقرار مبدأ الديمقراطية التشاركية لاسيما في قانون البلدية، والذي يمكن فتح باب مراجعته على أساس تنقيح وتعزيز المكاسب المتضمنة في صلبه،

<sup>1</sup> حسب ما جاء في نص المادتين 2 و103 من قانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

فضلا عن كون الخطاب الرئاسي باعث أساسي في تأسيس أرضية تكريس الديمقراطية المحلية وتثمين مشاركة المجتمع المدني في سياسة التسيير المحلية والتي تجسدت أبرز معالمها من خلال عملية تعديل الدستور.

ثانيا/ ترسيخ أسس مشاركة المجتمع المدني في ممارسة الديمقراطية المحلية في الدستور تمت مراجعة أحكام دستور 1996 للمرة الثالثة بمقتضى تعديل 6 مارس 2016<sup>(1)</sup>، الذي اتجهت إليه السلطة السياسية بفعل عوامل سياسية واجتماعية مختلفة<sup>(2)</sup>، كان لها واسع الأثر على أحكام الدستور ككل، مقارنة بالتعديلات السابقة ذات الصلة، بفعل الإصلاحات العديدة التي مست المؤسسات الدستورية للدولة الطامحة لتكريس دولة القانون وترشيد نظام الحكم والتسيير العمومي لمرافق الدولة، بالإضافة لتعزيز نطاق التمتع وممارسة الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين.

#### أ- قراءة في ظروف وطبيعة التعديل الدستوري ل 6 مارس 2016

مرّ إعداد مشروع مراجعة الدستور بثلاثة مراحل من المشاورات أقيمت على مدار السنوات: 2011، 2012، 2014. قادتها لجان مختصة عبر مراحل مختلفة كلّفت بإعداد مشروع القانون التمهيدي لمراجعة الدستور<sup>(3)</sup> بعد استشارة معظم الطبقة السياسية التي أسهمت في إثراء تلك المشاورات بالإضافة إلى الشخصيات الوطنية والكفاءات، وكذلك الجمعيات الوطنية والنقابات والمهنيين<sup>(4)</sup>. هذه المشاورات المتتالية أُريد لها أن تحمل

<sup>1</sup> قانون رقم 01-16 مؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

<sup>2</sup> كالظروف الاقليمية السائدة آنذاك المتأثرة بالثورات الشعبية التي اصطلح "البعض" على تسميتها بموجة "الربيع العربي"، التي شهدتها دول عديدة، وهي: تونس وليبيا ومصر وسوريا واليمن، والتي لا تزال آثارها مستمرة إلى اليوم.

<sup>3</sup> ، وبخصوص المراحل التحضيرية لإعداد مشروع التعديل الدستوري وتشكيل اللجان ذات الصلة بإعداد مشروع القانون التمهيدي لمراجعة الدستور، راجع أكثر:

عقار عباس، محطات بارزة في تعديل الدساتير الجزائرية، مجلة المجلس الدستوري، عدد 2 سنة 2013، ص 28-41.

<sup>4</sup> أنظر: مقدمة المشروع التمهيدي لمراجعة الدستور على موقع رئاسة الجمهورية الجزائرية، على الرابط:

<http://www.el-mouradia.dz/arabe/presidence/presidencear.htm>

بعدا لحوار وطني ممن قبلوا المشاركة في ورشة تعديل الدستور ترجمة لإرادة رئيس الجمهورية المعلنة خلال خطابه للأمة في 15 أبريل 2011 بشأن رغبته إجراء مراجعة للدستور.

شكّل التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 حدثا بارزا في مسار مراجعة الوثائق الدستورية في الجزائر مقارنة بالتعديلات السابقة له، رغم عدم إقراره بواسطة الاستشارة الشعبية وتفضيل السلطة المبادرة به تمرير مشروعه عن طريق الموافقة البرلمانية بعد أخذ رأي المجلس الدستوري، كما تنص عليه المادة 210 من الدستور (تقابلها المادة 176 قبل التعديل). تضمّن التعديل الجديد تكريسا لمزيد من الحقوق والحريات الأساسية للأفراد والضمانات القانونية للتمتع بهما، وكذا إقامة توازن بين غرفتي البرلمان في مراحل إعداد القانون والتصويت عليه، بالإضافة إلى تدعيم استقلالية القضاء، وتعزيز آليات ممارسة الرقابة وفي مقدمتها الرقابة على الدستورية، علاوة عن تعزيز مبادئ التنظيم الديمقراطي وسبل مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم المحلية.

ب- الأسس الدستورية لتكريس دور المجتمع المدني في ممارسة الديمقراطية المحليّة  
أقرّ التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 دعائم أساسية لتمكين المواطنين وفعاليات المجتمع المدني من الاسهام في سياسة التسيير العمومي على المستوى المحلي، يمكن إظهارها في التالي:

### 1- ترسيم الديمقراطية التشاركية في النصّ الأسمى للدولة

كرّس المؤسس الدستوري مبدأ الديمقراطية التشاركية بشكل صريح بموجب التعديل الدستوري ل6 مارس 2016، بعدما أغفلته التعديلات السابقة ليشكل دعامة أساسية لمساهمة المجتمع المدني في مقاربة التسيير المحلية، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 15 من الدستور: " تشجّع الدولة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية ".  
اللافت أنّ المؤسس قد أولى تكريس الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي مكانة

هامة، باعتبارها آلية جديدة لتدعيم التنظيم الديمقراطي فيما يتعلق بعملية ممارسة السلطة وتسيير المجالس المحلية المنتخبة، وهذا علاوة عن كونها خطوة أساسية نحو ترسيخ أعمق لمشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم المحلية، بحكم أنّ مبدأ المشاركة قد سبق إقراره في العديد من القوانين<sup>(1)</sup> وفي مقدّمها قانون البلدية 10-11 الذي نصّ في المواد 1 و103 على اعتبار البلدية مكان لممارسة المواطنة والمشاركة في تسيير الشؤون المحلية، فضلا عن تضمين قواعد المشاركة في المواد 11-14 منه.

لقد اتجهت نية المؤسس بوضوح إلى تعميق مسار ممارسة الديمقراطية المحلية في الجزائر بإقرار المقاربة التشاركية في نص المادة 15 من الدستور السابق ذكرها، والتي تتجسد من خلال مشاركة المواطنين وفعاليات المجتمع المدني في تسيير شؤونهم المحلية، حيث وردت الإشارة إليهما في سياق المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الدولة والمتمثلة في التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية. وقد برّر المجلس الدستوري دسّرة الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي من خلال رأيه المعلّل بشأن إضافة الفقرة الثالثة من المادة 15 المتعلقة بها إلى الدستور<sup>(2)</sup>، كالتالي: "...اعتبارا أنّ مبدأ الفصل بين السلطات واستقلالية العدالة وتشجيع الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي، تعتبر دعائم أساسية للتنظيم الديمقراطي للدولة وإرساء أسس دولة القانون وضمّاننا لحقوق المواطن وحياته الأساسية بما فيه حقه في المشاركة في تسيير الشؤون العمومية...".

<sup>1</sup> العديد من القوانين تعتمد مبدأ المشاركة بشكل صريح في صلبها، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

- قانون رقم 06-06 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، مرجع سابق.
- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 8 مارس 2006، متمم بالأمر 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 50 مؤرخة في 1 سبتمبر 2010، متمم بالقانون 11-15، مؤرخ في 2 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في 10 أوت 2011.
- قانون 03-10 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، مرجع سابق.
- <sup>2</sup> رأي رقم 16/01 مؤرخ في 28 يناير 2016 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 6 مؤرخة في 23 فبراير 2016.

## 2- دسترة حق الإعلام والنفاذ إلى المعلومة

يعد حق الإعلام دعامة رئيسية لتحقيق المقاربة التشاركية في استراتيجية التسيير المحلي، فهو يقترن مباشرة بضمنان مبدأ شفافية التسيير الإداري والتخلي المطلق عن الوجه الانغلاق أو السري الذي يطبع سير العمل الإداري، قصد تحقيق الانفتاح الإداري والمؤسسي على جميع فعاليات المجتمع المدني لتسهيل إشراكه الفعلي في مقاربة التسيير المحلي. لذلك يقتضي الإقرار بمبدأ مشاركة المجتمع المدني في تسيير الشؤون المحلية تمكين فعالياته المختلفة من حق الحصول على المعلومة والولوج إلى الوثائق ذات الصلة، التي تمكنها الادلاء برأيها ومتابعة مجريات التسيير وأهدافه ومراقبة نشاط الجماعات المحلية وسياساتها التنموية والعمرانية والبيئية ذات العلاقة بشؤون ومصالح الساكنة، فضلا عن الدور الهام الذي تؤديه المعلومة المحلية في مساعدة قوى المجتمع المدني من تحديد مواقفها وتقديم تصوراتها في كل ما يتصل بتقدير وتنفيذ استراتيجية التسيير والإدارة المحلية، من أجل المساهمة في إعداد القرارات المحلية وضمنان مشاركة فعلية وفعالة في مضمونها وفي نتائجها. ولذلك يمكن الاستنتاج بأنّ النفاذ إلى المعلومة يعد أساس نجاح المشاركة.

كرّس المؤسس الجزائري على غرار العديد من الدساتير المقارنة<sup>(1)</sup> مبدأ الإعلام وحق المواطنين في النفاذ إلى المعلومة، من خلال التعديل الدستوري الأخير المؤرخ في 6 مارس 2016، حيث نصّت المادة 51 من الدستور، على: "الحصول على المعلومات والوثائق الإدارية والاحصائيات ونقلها مضمونان للمواطن". ومنه يكتسي هذا الحق ضمانا دستورية

<sup>1</sup> يعد الدستور السويدي لعام 1776 والذي تم إقراره سنة 1974 أول وثيقة قانونية تنظّم حق النفاذ إلى المعلومة. راجع في هذا الصدد:

Noomen NCIRI, "L'accès aux documents administratifs en Tunisie", in: Démocratie et Administration, Actes du colloque organisé à Tunis les 10 et 11 2011, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Editions Latrach, Tunis 2014, p131 -132.

أما من جانب الدساتير المغربية فتم إقرار حق النفاذ إلى المعلومة في الدستور المغربي لسنة 2011 في نص الفصل 27 منه، ثم في الدستور التونسي لسنة 2014 في نص الفصل 32 منه. أنظر:

عبد القادر مهداوي، الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعلومة في الدول المغربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية عدد 14، سنة 2016، ص 104.

تجعله ضمن مجموعة الحقوق المكفولة بحماية النص الأسمى في الدولة، كما يفرض على السلطات المسؤولة على إنفاذه التزامات ضمانه للمواطنين وعدم التصرف فيه إلا بالحدود المبينة في الدستور<sup>(1)</sup> وقد أحالت الفقرة الثالثة من نص المادة ذاتها على القانون تحديد كفاءات ممارسة هذا الحق.

### 3- رفع المكانة المعيارية للجمعيات في الدستور

أدرك المؤسس الدستوري خلال التعديل الأخير المؤرخ في 6 مارس 2016 حقيقة الدور الهام الذي تضطلع به الجمعيات في قيادة مجتمع مدني قوي يعكس رغبته في تكريس المشاركة الشعبية في ممارسة الديمقراطية المحلية وتجسيد تطلعات الجمهور في سياسة التسيير على المستوى المحلي، التي عبّر عنها صراحة المؤسس بموجب المادة 15 من الدستور: "تشجع الدولة الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي".

فالجمعيات تعد الفاعل الأساسي في مكونات المجتمع المدني المختلفة، ولذلك يكون المؤسس محقا بمنحها مكانة قانونية أسمى في الدستور، حيث رفع الأداة التشريعية المنظمة لها من قانون عادي إلى قانون عضوي، حسب ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 53 من الدستور: "يحدّد القانون العضوي شروط وكفاءات إنشاء الجمعيات". وفي هذا الصدد نأمل أن ينجح القانون العضوي المنتظر صدوره في معالجة الاختلالات الموجودة في القانون الحالي 06-12، قصد تعزيز استقلالية الجمعيات الإدارية والمالية وتخفيف نطاق العراقيل والرقابة الوصائية المفروضة عليها، لمنحها حرية أكبر في ممارسة نشاطاتها فيما يتعلق بتوعية الجمهور ونقل انشغالات المواطنين لضمان مشاركة فاعلة في سياسة التسيير والتنمية المحلية.

<sup>1</sup> حسب الفقرة الثانية من نص المادة 51 من الدستور.

الفرع الثاني/ترقية مكانة المجتمع المدني في إطار مشروع قانون الديمقراطية التشاركية بادرت الجزائر إلى سن مشروع قانون ينظم مشاركة المواطنين ووسائل المشاركة على المستوى المحلي<sup>(1)</sup>، بعدما أيقنت جدوى وجود إطار قانوني جامع يوحد أسس وآليات ممارسة الديمقراطية التشاركية في الجزائر، على غرار ما هو معمول به في العديد من القوانين المقارنة<sup>(2)</sup>، وذلك لتفعيل وتنسيق العمل التشاركي على المستوى المحلي وإصلاح الاختلالات والنقائص التي تصاحب آليات المشاركة (أولا) الجدير بالتنويه أن نص مشروع هذا القانون لا يزال مفتوحا أمام الجمهور وكامل فعاليات المجتمع المدني من أجل التثمين والاثراء، مما يسهم بالإيجاب في تأهيل فعاليات المجتمع المدني وعكس تطلعاتهم للانخراط بقوة في العمل التشاركي. وبصرف النظر عن مدى الاسهام في إثراء مضامين هذا المشروع، فإنّ النص المعروض بصيغته الحالية يضمن في صلبه بوضوح أسسا ومعايير جديدة لكيفيات إشراك المجتمع المدني وسبل إسهامه في مقاربة التسيير المحلية(ثانيا).

#### أولا/قراءة في فلسفة مشروع قانون الديمقراطية التشاركية

إنّ استقراء محتوى المبادرة الراهنة لتحضير مشروع قانون خاص يُعنى بممارسة الديمقراطية التشاركية في الجزائر، يُنبئ مبدئيا بوجود إرادة رسمية تسعى لتكريس عميق لمبدأ المشاركة، باعتباره نمط حديث لترشيد نظام الحكم وتسيير عمل المجالس المنتخبة وعصرنة المرافق العامة مع ضمان جودة الخدمة العمومية، علاوة عن تحفيز قنوات وأسس مشاركة المواطنين وقوى المجتمع المدني في تسيير الشؤون المحلية وتفعيل حقوق المواطنة بما يكفل تجسيد أمثل للديمقراطية المحلية.

<sup>1</sup> مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، متاح على الرابط التالي:

<http://www.interieur.gov.dz/images/democrative-participative.pdf>

<sup>2</sup> كفرنسا مثلا التي اعتمدت قانون ديمقراطية الجوار "la démocratie de proximité" في سنة 2002، أنظر:

Loi n2002-276 du 27 Février 2002 relative à la démocratie de proximité, (modifiée) JORF du 28 Février 2002, disponible sur le lien :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000593100>



## أ- أبعاد مشروع قانون الديمقراطية التشاركية

يعتبر المشروع الحالي المعد على مستوى المديرية العامة للجماعات الإقليمية بوزارة الداخلية والجماعات الإقليمية، عبارة عن مجموعة أحكام وتدابير متخذة لتثمين مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون المحلية، يقوم على مبدأ تقاسم السلطة على المستوى المحلي بين الجمهور وفعاليات المجتمع المدني مع الهيئات الإقليمية للدولة كالولاية والبلدية<sup>(1)</sup>. كما يعد في الحد ذاته بمثابة نمط جديد لتجسيد الحكامة العمومية، نظرا لكون الديمقراطية التشاركية تشكل الإطار الملائم لتفعيل حقوق المواطنة وتسيير العمل المشترك على المستوى المحلي.

## ب- أسباب إعداد مشروع قانون الديمقراطية التشاركية

تتمحور أسباب بلورة مشروع قانون الديمقراطية التشاركية في العديد من النقاط يأتي في مقدمتها قصور نظام الديمقراطية التمثيلية، وذلك ناجم بدوره لتضافر العديد من العوامل، أبرزها حالة القطيعة المسجلة بين المنتخبين عن واقع جمهور الناخبين بعد انتهاء عملية الانتخاب، ومحدودية نسبة التمثيل النيابي مقارنة بنسبة الجمهور، وعجز التمثيل النيابي عن تبني تطلعات وانشغالات المواطنين وتجسيدها في سياسة التسيير، فضلا عن عزوف الناخبين عن التصويت وتزايد التدريجي لنسب المقاطعة مقابل تنامي ظاهرة الاحتجاجات الشعبية<sup>(2)</sup>. حيث يهدف هذا المشروع إلى استيعاب هذه النقائص وإدماج بدائل لمعالجتها في إطار قنوات ممارسة الديمقراطية التشاركية. كما يسمح هذا القانون بتجاوز القصور المسجل في قواعد وأدوات ممارسة الديمقراطية المحلية، وذلك لغياب إطار موحد ناظم لها، وهذا ما يرمي إليه هذا المشروع عن طريق محاولة توحيد أسس وسبل مشاركة المواطنين وفعاليات المجتمع المدني في تدبير الشأن العام المحلي، بالإضافة إلى تعزيز وتحديث آليات المشاركة وتوسيع مجال استعمالها كالتحقيق العمومي وآلية التشاور

<sup>1</sup> أنظر: مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، مرجع سابق، ص 3.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 2.

والاستشارة العمومية، وإقحام أساليب وصيغ جديدة للمشاركة كالنقاش العمومي (Le débat public) والمشاركة في إنجاز مشاريع ذات منفعة عمومية (la réalisation de projets d'utilité publique)، والمشاركة في نظام سبر الآراء (Les sondages et enquêtes d'opinion).

### ت- أهداف مشروع قانون الديمقراطية التشاركية

يرمي مشروع هذا القانون إلى إصدار نص خاص بتنظيم الديمقراطية التشاركية، يعكس سياسة الدولة في ترسيخ مسار الانتقال الديمقراطي وبناء دولة القانون، عن طريق تعزيز الديمقراطية المحلية وتكريس أسس الحكامة في التسيير المؤسساتي، وتأطير سبل ممارسة حقوق المواطنة وتفعيل حق المواطنين في المشاركة في تسيير الشؤون العمومية<sup>(1)</sup>. ولذلك فإنّ تكريس الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي في الدستور، يقتضي تجسيده بواسطة نص قانوني موّحد لتنظيم سبل وتدابير المشاركة في تسيير الشؤون المحلية، فضلا عن إرساء إطار مشترك لتنسيق عمل الجماعات المحلية مع نشاط الجمعيات وتنظيمات المجتمع المدني في مجال الخدمة العمومية، بما يضمن تحقيق انفتاح فعلي للديمقراطية التشاركية على فعاليات المجتمع المدني في رسم سياسات التسيير والتنمية المحلية.

### ثانيا/ تأطير دور المجتمع المدني في ممارسة الديمقراطية التشاركية

يتبوأ المجتمع المدني مكانة رفيعة في صلب مشروع قانون الديمقراطية التشاركية الذي جعل منه مدخلا أساسيا لممارسة الديمقراطية التشاركية، بعدما صارت هذه الأخيرة من الثوابت الباتة التي يقوم عليها التنظيم الديمقراطي في الدولة، حيث أطر مشروع القانون الراهن قواعد وأسس وكيفيات مشاركة فعاليات المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحليّة، وخصّه بأدوار جديدة في مقاربة التسيير المحليّة.

<sup>1</sup> أنظر: رأي المجلس الدستوري رقم 16/01 مؤرخ في 28 يناير 2016 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق، ص 5.

## أ- الإطار الهيكلي للمشاركة

يقوم مشروع قانون الديمقراطية التشاركية على أساس الانفتاح على فعاليات المجتمع المدني الناشطة على المستوى المحلي، عن طريق تبني سياسة إدماجية لفعالياته المختلفة في استراتيجية تسيير الشؤون المحلية، وهذا لوعي واضعي مشروع القانون لأهمية دور فئات المجتمع المدني في استيعاب مطالب المواطنين وأهليتها في الدفاع عنها أمام السلطات المحلية والمطالبة بتجسيدها في سياسة التسيير المحلية، وهكذا نجد مشروع هذا القانون قد حدّد بوضوح الفئات المعنية بالمشاركة بشكل عام (1) وكذا هيئات المجتمع المدني المكلفة بالمشاركة بشكل خاص (2).

### 1- الفئات المعنية بالمشاركة

علاوة عن استشارة المواطنين المتمتعين بحقوقهم المدنية، والشخصيات والكفاءات المستشارة بحسب مجال تخصصهم في المشاركة في استراتيجية التسيير، حصر مشروع قانون الديمقراطية التشاركية الجهات المؤهلة للمشاركة في كل من الجمعيات المعتمدة قانونا أو مجموع الهيئات المعتادة على العمل الجماعي، بالإضافة إلى لجان الأحياء<sup>(1)</sup>، بحيث تعد هذه الهيئات في مجموعها فعاليات أساسية في تكوين المجتمع المدني.

### 2- هيئات المشاركة

خصّ مشروع القانون المذكور تقسيمات المجتمع المدني المؤهلة لممارسة الديمقراطية التشاركية بوصف "هيئات المشاركة"، وقام بتحديد كالاتي:

#### – لجان الأحياء

حسب نص المادة الرابعة من القانون التوجيهي للمدينة، يعتبر الحي جزء من المدينة يحدد على أساس تركيبة من المعطيات تتعلق بحالة النسيج العمراني وبنيته وتشكيلته وعدد السكان المقيمين به، حيث يساهم الحي في تجسيد سياسة المدينة الهادفة إلى ترقية الحكم الراشد وتدعيم التنمية المحلية وتأكيد مساهمة الحركة الجمعوية وفعاليات المجتمع

<sup>1</sup> أنظر: مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، مرجع سابق، ص3.

المدني في التسيير الجوّاري<sup>(1)</sup>. لذلك يكون تأهيل دور لجان الأحياء في تدبير الشؤون المحلية مكسبا هاما وضمانا أكيدا لتجسيد انشغالات الساكنة في مقاربة التسيير والتنمية، ومتابعة مسار تنفيذها لدى السلطات المحلية باعتبارها الفضاء الأقرب لتحسّس وتبني تطلعات المواطنين.

### – لجان المشاركة الخاصة

تنشأ لجان المشاركة الخاصة على مستوى الولايات، وكذا على مستوى البلديات الموجودة في مقر الولايات أو البلديات التي يفوق تعدادها 100000 نسمة، وهي بمثابة تجمعات حضرية للسكان تعرف بالمدن الكبرى، وقد تكون عبارة عن مدن جديدة أو حطائر سكانية كبرى<sup>(2)</sup>.

### – هيئات الاستشارة العامة

علاوة عن لجان المشاركة التي تنشأ في إطار المدن الكبرى حسب الشروط المذكورة أعلاه، يمكن لهيئات المجتمع المدني أن تتشكل في صيغة هيئات الاستشارة، تتأسس في إطار البلدية أو الولاية، وهذا مع ملاحظة أنّ هيئات الاستشارة البلدية تتعلق بالبلديات التي يساوي أو يقل تعداد سكانها عن 100000 نسمة، أو البلديات التي تقع خارج نطاق مقرات الولايات حسب التحديد السابق ذكره<sup>(3)</sup>. أما بالنسبة لهيئات الاستشارة الولائية، فمشروع القانون لم يظهر أي معيار للتفرقة بينها وبين لجان المشاركة الولائية. ومهما يكن من أمر، فإنّ هيئات الاستشارة العامة، مؤهلة للقيام بجميع أشكال وصيغ المشاركة التي يضمنها القانون من دون أي تفرقة بينها وبين هيئات المشاركة الأخرى السابق ذكرها (لجان الأحياء ولجان المشاركة الخاصة)، وهذا بخلاف ما قد توحى به تسميتها من اقتصرها على أسلوب الاستشارة فقط.

<sup>1</sup> حسب نص المادة 11 من قانون 06-06 المتضمن القانون التوجيهي للمدينة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> حسب نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون 06-06، مرجع نفسه.

<sup>3</sup> أنظر: مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، مرجع سابق، ص 5.

وبصرف النظر عن تصنيف هيئات المشاركة، نجد مشروع قانون الديمقراطية التشاركية قد تضمن إمكانية إنشاء لجان مشاركة خاصة بالقرى، وكذا لجان تنشأ بين الجماعات المحلية كالبليات مثلا، بالإضافة إلى هيئات مشاركة تتولى إنجاز مشاريع ذات مصلحة عامة<sup>(1)</sup>.

### ب- الإطار التنظيمي والوظيفي للمشاركة

يتم إنشاء هيئات المشاركة المنوط بها تسيير الشؤون العمومية على المستوى المحلي بموجب قرار بلدي أو ولائي، حسب المجال الذي تنشط فيه، ويتم تنصيب هذه الهيئات في غضون 6 أشهر كحد أقصى من بداية كل عهدة انتخابية<sup>(2)</sup>. تتكون تركيبة هيئات المشاركة في أغلبيتها من المواطنين وممثلي فعاليات المجتمع المدني، ويتولى الاشراف على هذه الهيئات الممثلين الأعضاء في المجالس المنتخبة المحلية بغية تحقيق الانسجام والتكامل في استراتيجية تسيير الشؤون المحلية بين نمطي التسيير الديمقراطية التمثيلية والديمقراطية التشاركية<sup>(3)</sup>. أما تمويل نشاط هيئات المشاركة فيتم بطريقة ذاتية من الميزانية الخاصة بالجماعات الإقليمية، بالإضافة إلى الاعتمادات المالية المخصصة لدعم الجماعات الإقليمية التي يمنحها صندوق تمويل الجماعات الإقليمية فضلا عن مجموع اشتراكات المواطنين<sup>(4)</sup>.

يعتبر إرساء هيئات المشاركة بمثابة ضمان لعدم انفصال المجالس المنتخبة عن إرادة المواطنين، حيث تؤدي هذه الهيئات دور الوسيط بين السلطات المحلية وتطلعات الجمهور، والفضاء الخاص بتفعيل آليات المشاركة وممارسة الفعل العمومي. وتساهم فعاليات

<sup>1</sup> مرجع نفسه، ص 5.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 6 و 5.

<sup>3</sup> وهو نفس المبدأ المعمول به في المغرب، حيث تشرف مجال الجهات والجماعات الترابية الأخرى على تسيير مساهمة المواطنين وجمعيات المجتمع المدني في إعداد السياسات العمومية المحلية وتنفيذها، راجع في هذا الصدد:

أحمد حضرائي، مكانة ودور المجتمع المدني في ضوء دستور 2011، عدد خاص حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب، مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث، 2015، ص 24.

<sup>4</sup> أنظر: مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، مرجع سابق، ص 8.

المجتمع المدني في نشاطات تسيير الشؤون العامة على المستوى المحلي في إطار هيئات المشاركة التي يقترحها مشروع القانون المذكور، باتخاذ آليات عديدة للمشاركة أهمها: النقاش العمومي، الاستشارة العمومية، التحقيق العمومي، التشاور العمومي، سبر الآراء، والقيام بمهام ذات منفعة عامة<sup>(1)</sup>.

### خاتمة

إنّ الأعمال الفعلية للديمقراطية التشاركية تجعل المجتمع المدني محور وصلب الفعل التنموي المحلي، وهو ما يحقّ دوام التواصل بين الدولة والمجتمع، ويجنب الحكومة حالة الاضطراب والفوضى غير المتوقعة، عن طريق إذكاء وإشاعة التضامن والتشاور والتعاون والفعل الجماعي النزيه والشفاف في تدبير الشأن المحلي. فالمجتمع المدني يعد فاعلا أساسيا في طرح انشغالات المواطنين ورسم السياسات العامة وفي ممارسة الرقابة الشعبية، لذلك يعتبر الشريك الذي لا غنى عنه في تجسيد الديمقراطية المحلية وتحقيق استراتيجية التسيير والتنمية المحلية.

وعلى غرار العديد من الدول، يأتي اعتماد الديمقراطية التشاركية في الجزائر كنمط جديد للتسيير المحلي يسمح بسد نقائص النظام الديمقراطي القائم على البعد التمثيلي فقط، الذي يحجب دور الأفراد والمجتمع المدني في المشاركة في تسيير شؤونهم العامة على المستوى المحلي. لقد أدرك المؤسس حقيقة المقاربة التشاركية في تعزيز سبل المواطنة وتعميق سبل ممارسة الديمقراطية الشعبية لاسيما على المستوى المحلي، أن منح الديمقراطية التشاركية قيمة دستورية ثابتة وجعلها من مقومات التنظيم الديمقراطي في الدولة، كما سبق المشرع بالمبادرة بتضمين بعض آليات ممارستها في القانون لا سيما في قانون البلدية وفي بعض القوانين الخاصة كالبيئة والتعمير والمدينة وغيرها.

غير أنّ أسس اضطلاع المجتمع المدني في إدارة وتدبير الشؤون العامة لازالت في حاجة إلى تطوير وإثراء بفعل حداثة التجربة التشاركية ذات الصلة وقصور آليات المشاركة

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص5.

الراهنة، مما يقتضي بالضرورة إرساء إطار توجيهي يضم مجموعة مبادئ وأسس تبين قواعد وكيفيات المشاركة وآلياتها ثم إسقاط الممارسة في القوانين ذات الصلة، وهو المشروع الذي تعكف وزارة الداخلية على إعداده وإثرائه حالياً، وفي هذا الصدد، فإنّ مراجعة قانون الجماعات الإقليمية باتت ضرورة ملحة كونه المدخل الطبيعي والقانوني لممارسة الديمقراطية المحلية، وذلك بتحديد دور بين لقوى المجتمع المدني في تكريس المشاركة، فضلاً عن تحديده لمجالات أعمال آليات المشاركة، مع وضع ضمانات قانونية تُعنى بصيانة وتجسيد المبدأ، كاللجان والهيئات التي تضمن الاستشارة والتشاور والمشاركة بين فعاليات المجتمع المدني وبين الجماعات الإقليمية في استراتيجية صنع القرار أو في تحضير وتنفيذ السياسة التنموية على المستوى الإقليمي. وبالمقابل ينبغي تقوية نسيج المجتمع المدني وتحرير الجمعيات باعتبارها القطاع الفاعل فيه من القيود الناجمة عن الوصايا الإدارية والمالية المفروضة عليها، قصد السماح لها بالعمل بكامل الفعالية المطلوبة كشريك في استراتيجية التنمية وتسيير الشؤون المحلية، وهذا ما نرجو تحقيقه من خلال صدور القانون العضوي الجديد المنظم للجمعيات الذي أقره المؤسس خلال التعديل الدستوري مؤخراً.

## الحماية الاجتماعية للطفل في خطر عبر مصالح الوسط المفتوح -قراءة على ضوء القانون رقم 12-15، المتعلق بحماية الطفل-\*

د. هارون نورة

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: [noradz2006@yahoo.fr](mailto:noradz2006@yahoo.fr)

### الملخص:

قام المشرع - بموجب القانون رقم 12-15 المؤرخ في 15 جويلية 2015 المتعلق بحماية الطفل، بضمان حماية اجتماعية للطفل في خطر وذلك بإبعاده عن مختلف مسببات الانحراف والجنوح، حيث استحدثت هيئات اجتماعية ذات طابع وقائي تتكفل بحماية الطفل في خطر من بينها أجهزة مصالح الوسط المفتوح على المستوى المحلي، من هنا تسعى هذه الدراسة إلى توضيح كيفية اتصال وتدخل هذه المصالح بوضعية الطفل في خطر لاسيما تحديد مهامها.

### الكلمات المفتاحية:

الطفل في خطر، القانون المتعلق بحماية الطفل، مصالح الوسط المفتوح، حماية الطفل داخل المراكز المتخصصة.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/09/25، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.



## The social protection of the child in danger through the services of the open environment

### - Reading in the light of Law No. 15.12 on the Protection of Children -

#### Abstract:

The legislator adoption in according of Law 15-12 of 15 July 2015 on the protection of the child, has ensured social protection for the child in danger, by removing it from various causes of delinquency through the creation preventive social bodies to protect the child in danger, such as community services open at the local level. This study aims to shed light on the methods used to protect the child in danger.

#### Keywords:

The child in danger, the Child Protection law.

## La protection sociale de l'enfant en danger à travers les services du milieu ouvert

### - lecture à la lumière de la Loi n ° 15.12 relative à la Protection de l'enfant -

#### Résumé :

L'adoption de la loi n ° 15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant, a permis de garantir la protection sociale à l'enfant en danger, en l'écartant de diverses causes de délinquance par la création d'organes sociaux à caractère préventif chargés de protéger l'enfant en danger, tels que les services du milieu ouvert au niveau local. Cette étude vise à mettre en lumière les méthodes de ces services intervenant pour protéger l'enfant en danger.

#### Mots clé :

L'enfant en danger, Loi sur la protection des enfants, services du milieu ouvert, protection de l'enfant à l'intérieur des centres spécialisés.

#### مقدمة

ترتبط مسألة تطور المجتمع وازدهاره بشكل مباشر بمدى الاهتمام بفئة الأطفال<sup>(1)</sup>، إذ يعد طفل اليوم رجل الغد، فبصلاحه يصلح المجتمع وبفساده يفسد المجتمع<sup>(2)</sup>، من هنا أصبح الطفل محور اهتمام المجتمع الدولي حيث حضي باهتمام العديد من الصكوك

<sup>1</sup> - " الطفل لغة يعني: الصغير من كل شيء، أو المولود"، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، قاموس المحيط، ط.8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2005، ص.1025.

<sup>2</sup> - يعتبر الاهتمام بالطفولة ومشاكلها من أهم المعايير التي يقاس بها تقدم المجتمع وتطوره، إذ أن الاهتمام بالطفولة هو في الواقع اهتمام بمستقبل الأمة كلها، عبد الفتاح دويدار، سيكولوجية النمو والارتقاء، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص.17.

الدولية لعل أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989<sup>(1)</sup>، التي عرفت الطفل بموجب المادة الأولى منها كما يلي: " لأغراض هذه الاتفاقية يعنى الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه"، وأيضاً الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته لسنة 1990 الذي عرف الطفل كما يلي: " بموجب هذا الميثاق " يقصد بالطفل " أي إنسان يقل عمره عن 18 عاماً "<sup>(2)</sup>.

يتضح أن تعريف الطفل كما هو وارد في النصين أعلاه جاء معتمداً على معيار السن، وهو المعيار ذاته الذي اعتمده المشرع الجزائري في تحديده لمفهوم الطفل في القانون رقم 12-15، المتعلق بحماية الطفل<sup>(3)</sup> بموجب المادة 2/2 كما يلي: " الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة".

عرف المشرع الجزائري الطفل في خطر بموجب المادة 2/2 من القانون رقم 12-15، المتعلق بحماية الطفل، وذلك من خلال رصد الحالات التي يكون فيها هذا الطفل في خطر أو عرضة له فنصت على ما يلي: "الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له، أو تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأنهما أن يعرضاه للخطر المحتمل أو المضر بمستقبله، أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر".

— تعتبر من بين الحالات التي تعرض الطفل للخطر:

— فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي،

<sup>1</sup> - اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت من قبل الجمعية العامة بموجب قرار رقم 44-25، مؤرخ في 20 نوفمبر 1989، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 92-461، مؤرخ في 19 ديسمبر 1991، ج. ر. ج. د. ش عدد 91، صادر في سنة 1992.

<sup>2</sup> - المادة 2 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، معتمد بأديس أبابا في يونيو 1990، صادقت عليه الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 03-242، مؤرخ في 8 يونيو 2003، ج. ر. ج. د. ش عدد 41، صادر في 9 يونيو 2003.

<sup>3</sup> - قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج. ر. ج. د. ش عدد 39، صادر في 19 يوليو 2015.

- تعريض الطفل للإهمال أو التشرد،
- المساس بحقه في التعليم،
- التسول بالطفل أو تعريضه للتسول،
- عجز الأبوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته التي من شأنها أن تؤثر على سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية،
- التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية،
- سوء معاملة الطفل، لاسيما بتعريضه للتعذيب والاعتداء على سلامته البدنية، أو احتجازه أو منع الطعام عنه أو إتيان أي عمل ينطوي على القساوة من شأنه التأثير على توازن الطفل العاطفي أو النفسي،
- إذا كان الطفل ضحية جريمة من ممثله الشرعي،
- إذا كان الطفل ضحية جريمة من أي شخص آخر إن اقتضت مصلحة الطفل حمايته،
- الاستغلال الجنسي للطفل بمختلف أشكاله، من خلال استغلاله لاسيما في المواد الإباحية وفي البغاء وإشراكه في عروض جنسية،
- الاستغلال الاقتصادي للطفل، لاسيما بتشغيله أو تكليفه بعمل يحرمه من متابعة دراسته أو يكون ضارا بصحته أو بسلامته البدنية و/ أو المعنوية،
- وقوع الطفل ضحية نزاعات مسلحة وغيرها من حالات الاضطراب وعدم الاستقرار،
- الطفل اللاجئ " .

يتضح من خلال نص المادة 2/2 من القانون رقم 15-12 أعلاه، أن الطفل في خطر لم يرتكب جريمة بمعنى ليس جانحا، ولكن الظروف السيئة التي تحيط به قد تعرضه لخطر الانحراف ومع استمرارية هذه الظروف قد يصبح لديه ميولا للإجرام في المستقبل<sup>(1)</sup>، بحيث يتبع أسهل الطرق وإن كانت غير مشروعة لتعويض الحرمان الذي يعاني منه، فالطفل في

<sup>1</sup> - عبد الحميد الشواربي، جرائم الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1991، ص. 67.

خطري يمكن تعريفه انطلاقاً من الحالات الواردة في المادة أعلاه بأنه " طفل محاط بمختلف ظروف ومسببات الجنوح "، كظرف التفكك الأسري، التشرد، العنف، الإهمال،... بناء على ما سبق كان من الضروري على المشرع التدخل من أجل إبعاد الطفل عن مختلف مسببات الجنوح، وهذا من خلال توفير حماية اجتماعية للطفل في حالة خطر بهدف وقايتها من الانحراف والجنوح، وهو ما قام به بموجب القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، حيث استحدثت هيئات اجتماعية تتكفل بحماية الطفل في خطر تتمثل في الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة<sup>(1)</sup> والتي خصص لها المواد من 11 إلى 20 من قانون حماية الطفل، وأجهزة مصالح الوسط المفتوح التي تتكفل بالحماية الاجتماعية للطفل على المستوى المحلي والتي خصص لها المشرع المواد من 21 إلى 31 من قانون حماية الطفل، وإذا كانت أجهزة ذات طابع وقائي لا علاقة لها بالأجهزة القضائية التي تتعامل مع الطفل الجانح<sup>(2)</sup>، فإننا نتساءل عن كفاءات اتصال وتدخل المصالح المعنية بوضعية الطفل في خطر، وعن مهام وصلاحيات هذه المصالح ؟

<sup>1</sup> - تحدث الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة لدى الوزير الأول، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، يرأسها المفوض الوطني لحماية الطفولة، يتولى مهمة السهر على حماية وترقية حقوق الطفل، لاسيما من خلال:

- وضع برامج وطنية ومحلية لحماية وترقية حقوق الطفل بالتنسيق مع مختلف الإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة وتقييمها الدوري،
- متابعة الأعمال المباشرة ميدانيا في مجال حماية الطفل والتنسيق بين مختلف المتدخلين،
- القيام بكل عمل للتوعية والإعلام والاتصال،
- تشجيع البحث والتعليم في مجال حقوق الطفل، بهدف فهم الأسباب الاقتصادية والاجتماعية و/ أو الثقافية لإهمال الأطفال وإساءة معاملتهم واستغلالهم، وتطوير سياسات مناسبة لحمايتهم،
- إبداء الرأي في التشريع الوطني الساري المفعول المتعلق بحقوق الطفل قصد تحسينه،
- ترقية مشاركة هيئات المجتمع المدني في متابعة وترقية حقوق الطفل،
- وضع نظام معلوماتي وطني حول وضعية الطفل في الجزائر، بالتنسيق مع الإدارات والهيئات المعنية، المادتين 11 و 13 من قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - الطفل الجانح هو " الطفل الذي يرتكب فعلا مجرما والذي لا يقل عمره عن عشر (10) سنوات "، المادة 3/2 من قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

### المحور الأول: تدخل مصالح الوسط المفتوح بوضعية الطفل في خطر

يقصد بمصالح الوسط المفتوح " مصالح الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح " <sup>(1)</sup>، وهي عبارة عن مؤسسات تتولى الحماية الاجتماعية للأطفال على المستوى المحلي بالتنسيق مع مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة، وتنشأ بكل ولاية مصلحة واحدة للوسط المفتوح باستثناء الولايات ذات الكثافة السكانية الكبيرة أين يمكن إنشاء عدة مصالح <sup>(2)</sup>.

تتولى الوزارة المكلفة بالتضامن الوطني إحداث وتسيير مصالح الوسط المفتوح <sup>(3)</sup>، وتحدد شروط وكيفيات إنشاء هذه المصالح وتنظيمها وسيورها عن طريق التنظيم <sup>(4)</sup>.

إلى جانب إمكانية تدخل مصالح الوسط المفتوح بصفة تلقائية <sup>(5)</sup> بكل ما من شأنه أن يشكل خطرا على الطفل في صحته أو سلامته البدنية أو المعنوية، فإنه يمكن لها أيضا أن تتدخل بناء على إخطار مسبق (أولا)، ولما كان للإخطار دورا في الكشف عن وضعية الطفل في خطر فقد وضع المشرع آليات للتحفيز على هذا الإخطار (ثانيا).

### أولا: كيفيات إخطار مصالح الوسط المفتوح بوضعية الطفل في خطر

يكون إخطار مصالح الوسط المفتوح بوضعية الطفل في خطر صادرا إما من المفوض الوطني، أو من جهة أخرى، وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

<sup>1</sup> - المادة 7/2 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - المادة 21 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - كما تتولى الوزارة المكلفة بالتضامن الوطني بإحداث وتسيير باقي المراكز والمصالح المتخصصة في حماية الأطفال ( المراكز المتخصصة في حماية الأطفال في خطر، المراكز المتخصصة في حماية الأطفال الجانحين، المراكز المتعددة الخدمات لوقاية الشباب )، المادة 1/116 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 2/116 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>5</sup> - المادة 2/22 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

## 1- الإخطار الصادر من المفوض الوطني

يتم إخطار المفوض الوطني لحماية وترقية حقوق الطفل، بكل الممارسات التي من شأنها المساس بحقوق الطفل وتعرضه للخطر من خلال الطفل ذاته أو ممثله الشرعي أو كل شخص طبيعي أو معنوي<sup>(1)</sup>، وفي هذه الحالة يقوم المفوض الوطني بدوره بتحويل هذه الإخطارات إلى مصلحة الوسط المفتوح المختصة إقليمياً<sup>(2)</sup> للتحقيق فيها واتخاذ الإجراءات المناسبة<sup>(3)</sup>.

ألزم المشرع - بموجب المادة 2/29 من قانون حماية الطفل - مصالح الوسط المفتوح بإعلام المفوض الوطني بمآل الإخطارات التي وجهها إليها وأن توافيه كل ثلاثة (3) أشهر بتقرير مفصل عن كل الأطفال الذين تكفلت بهم<sup>(4)</sup>.

## 2- الإخطار الصادر من جهة أخرى

تقوم مصالح الوسط المفتوح بمتابعة وضعية الأطفال في خطر بناء على إخطار صادر من الطفل المعرض للخطر و/ أو ممثله الشرعي<sup>(5)</sup> أو الشرطة القضائية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، أو كل جمعية أو هيئة عمومية أو خاصة تنشط في مجال حماية

<sup>1</sup> - المادة 15 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - إذا كانت الوقائع التي أخطرها المفوض الوطني لحماية وترقية حقوق الطفل تتضمن وصفا جزائيا، يحول المفوض هذا الإخطار مباشرة إلى وزير العدل حافظ الأختام، الذي يخطر بدوره النائب العام المختص قصد تحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء، المادة 2 /16 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 1/16 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - يتولى المفوض الوطني لحماية الطفولة بدوره بإعداد تقرير سنوي عن حالة حقوق الطفل ومدى تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل، ويرفعه إلى رئيس الجمهورية، ويتم نشره وتعميمه خلال ثلاثة (3) أشهر الموالية لهذا التبليغ، المادة 20 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>5</sup> - يعتبر ممثلا شرعيا للطفل كل من وليه أو وصيه أو كافله أو المقدم أو حاضنه، المادة 5/2 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

الطفل، أو المساعدين الاجتماعيين أو المربين أو المعلمين أو الأطباء أو كل شخص طبيعي أو معنوي آخر<sup>(1)</sup>.

نلاحظ أن المشرع قد وسع من دائرة الأشخاص الذين يخطرون مصالح الوسط المفتوح بوجود طفل في حالة خطر<sup>(2)</sup>، وهذا ما يرفع من نسبة الإخطار وبالتالي يزيد من فرص تدخل هذه المصالح لحماية الطفل، ولكن من جهة فالمشرع لم يحدد طريقة معينة للإخطار، ومنه يمكن تصور الإخطار بكافة الوسائل كالاتصال المباشر بالمصالح، أو بواسطة الهاتف أو غيرها من الوسائل كالمراسلة البريدية أو الالكترونية.

ثانيا: آليات التشجيع على إخطار مصالح الوسط المفتوح بوضعية الطفل في خطر نظرا لأهمية إخطار مصالح الوسط المفتوح بكل الممارسات الماسة بحقوق الطفل والتي قد تعرضه للخطر، حرص المشرع على تشجيع الأشخاص على مثل هذه الإخطارات وذلك من خلال:

#### 1- عدم الكشف عن هوية القائم بالإخطار إلا برضاه

ألزم المشرع مصالح الوسط المفتوح بموجب المادة 22/4 من القانون المتعلق بحماية الطفل على عدم الكشف عن هوية القائم بالإخطار إلا بناء على إرادته، وهذا ما يساعد ويحفز دون شك على الإخطار عن هذه السلوكات والتي تساعد هذه المصالح على متابعة وضعية الطفل الذي في خطر ومنه حمايته من ذلك، لهذا يعاقب القانون كل من يكشف عمدا هوية القائم بالإخطار دون رضاه بالحبس من شهر (1) إلى ستة (6) أشهر وبغرامة من 50.000 د. ج إلى 150.000 د. ج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 2/22 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - كما وسع المشرع أيضا من دائرة الأشخاص الذين يخطرون المفوض الوطني لحماية الطفولة بوجود طفل في حالة خطر، إذ يخطر بذلك من كل طفل أو ممثله الشرعي أو كل شخص طبيعي أو معنوي، المادة 15 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 134 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

## 2- إعفاء القائم بالإخطار من المسؤولية

تشجيعا للإخطار قام المشرع أيضا بإعفاء الأشخاص (الطبيعيون والمعنويون) الذين قدموا بإخطارات حول المساس بحقوق الطفل إلى مصالح الوسط المفتوح، من أي مسؤولية إدارية أو مدنية أو جزائية<sup>(1)</sup>، حتى ولو لم تؤد التحقيقات إلى أي نتيجة، وذلك بشرط أن يقوم الشخص بهذه الإخطارات بحسن نية<sup>(2)</sup>، بمعنى ألا تكون إخطارات كيدية صادرة عن سوء نية، كأن يكون الدافع منها هو الإضرار بسمعة الممثل الشرعي للطفل.

## المحور الثاني: صلاحيات مصالح الوسط المفتوح

تمثل مصالح الوسط المفتوح أجهزة لرصد ومتابعة وضعية الأطفال في خطر ومساعدة أسرهم<sup>(3)</sup>، فهي تقوم بمهمة رصد حالات الأطفال المعرضين للخطر انطلاقا من الإخطارات التي تتلقاها، لتنتقل بعدها مباشرة إلى التحقق من الوجود الفعلي لحالة الخطر وهذا عن طريق إجراء الأبحاث الاجتماعية (أولا)، وبعدها التصرف في ملف البحث (ثانيا).

## أولا: تحقق مصالح الوسط المفتوح من الوجود الفعلي لحالة الخطر

تقوم مصالح الوسط المفتوح بالتحقق من الوجود الفعلي لحالة الخطر، وذلك من خلال القيام بالأبحاث الاجتماعية والانتقال إلى مكان تواجد الطفل والاستماع إليه وإلى ممثله الشرعي، للتأكد من الوقائع محل الإخطار، وعند الضرورة تنتقل إلى مكان تواجد الطفل بشكل فوري، ويمكن لهذه المصالح أن تطلب - عند الاقتضاء - تدخل النيابة العامة أو قاضي الأحداث<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - كما أعطى المشرع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين قدموا معلومات حول المساس بحقوق الطفل إلى المفوض الوطني والذين تصرفوا بحسن نية من أي مسؤولية إدارية أو مدنية أو جزائية، حتى ولو لم تؤد التحقيقات إلى نتيجة، المادة 2/18 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - المادة 3/31 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 1/22 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 23 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.



لتمكين مصالح الوسط المفتوح من القيام بالصلاحيات المخولة لها، يجب على الإدارات والمؤسسات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة تقديم كل التسهيلات لمصالح الوسط المفتوح، وتضع تحت تصرفها كل المعلومات التي تطلبها مع وجوب تقيدها بعم إفشائها للغير، مع أن هذا القيد لا يطبق على السلطة القضائية، وهذا ما تقضي به الفقرتين الأولى والثانية من المادة 31 من قانون حماية الطفل<sup>(1)</sup>، ومن أجل تمكين وتسهيل مصالح الوسط المفتوح من القيام بمهامها يعاقب القانون كل من يمنع أو يعرقل حسن سير الأبحاث والتحقيقات التي تقوم بها هذه المصالح<sup>(2)</sup>.

كما حرص المشرع على أن تضع الدولة تحت تصرف مصالح الوسط المفتوح كل الوسائل البشرية والمادية اللازمة للقيام بمهامها<sup>(3)</sup>، ونظرا لحساسية الطفل وخاصة عندما يكون معرضا للخطر فإن طريقة التعامل معه تكون صعبة، لذلك فإن الأبحاث الاجتماعية تستدعي أن يقوم بها أشخاص متخصصين، لذا حرص المشرع على أن تتشكل مصالح الوسط المفتوح من موظفين مختصين، لاسيما من مربين ومساعدين اجتماعيين وأخصائيين نفسانيين وأخصائيين اجتماعيين وحقوقيين<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: تصرف مصالح الوسط المفتوح في ملف البحث والتحقيق

تتوصل مصالح الوسط المفتوح من خلال الأبحاث الاجتماعية التي تقوم بها، إما إلى انتفاء وجود حالة الخطر أو التأكد من وجودها.

<sup>1</sup> - تتمتع الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة بمثل هذه التسهيلات إذ يجب تقديم كل المعلومات التي يطلبها المفوض الوطني لحماية الطفولة الذي يرأس هذه الهيئة وهو ما تقضي به المادة 17 من قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - " يعاقب بغرامة من 30.000 د. ج إلى 60.000 د. ج، كل من يمنع المفوض الوطني أو مصالح الوسط المفتوح من القيام بمهامهم أو يعرقل حسن سير الأبحاث والتحقيقات التي يقومون بها، وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس من شهرين (2) إلى ستة (6) أشهر والغرامة من 60.000 د. ج إلى 120.000 د. ج "، المادة 133 من قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 30 من قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 3/21 من قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

**1- انتفاء حالة الخطر:**

إذا انتهت عملية البحث الاجتماعي التي تقوم بها مصالح الوسط المفتوح إلى عدم وجود حال الخطر تقوم حينها بإعلام الطفل وممثله الشرعي، وهذا ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 24 من قانون حماية الطفل.

**2- التوصل إلى وجود حالة الخطر**

إذا تأكدت مصالح الوسط المفتوح من وجود حالة الخطر، فإنها تقوم بالاتصال بالمثل الشرعي للطفل من أجل الوصول إلى اتفاق بخصوص التدبير الأكثر ملائمة لاحتياجات الطفل ووضعته الذي من شأنه إبعاد الخطر عنه<sup>(1)</sup>، وفي هذه الحالة نميز بين حالتين كما يلي:

**الحالة الأولى - التوصل إلى اتفاق -:** تعد الأسرة الوسط الطبيعي لنمو الطفل، من هنا لا يجوز كأصل عام فصل الطفل عن أسرته<sup>(2)</sup>، لهذا يجب على مصالح الوسط المفتوح وفقا لمقتضيات المادة 25 من قانون حماية الطفل إبقاء هذا الأخير في أسرته مع اقتراح أحد التدابير الاتفاقية.

- **التدابير التي يمكن الاتفاق عليها:** يمكن لمصالح الوسط المفتوح أن تتخذ بشأن الطفل في وضعية خطر إحدى التدابير الواردة في المادة 25 من قانون حماية الطفل وهي كما يلي:

- **إلزام الأسرة باتخاذ التدابير الضرورية المتفق عليها لإبعاد الخطر عن الطفل في الأجال التي تحددها مصالح الوسط المفتوح،**

- **تقديم المساعدة الضرورية للأسرة وذلك بالتنسيق مع الهيئات المكلفة بالحماية الاجتماعية،**

- **إخطار الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المختصين أو أي هيئة اجتماعية، من أجل التكفل الاجتماعي بالطفل،**

<sup>1</sup> - المادة 2/24 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعاق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - المادة 4 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعاق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

- اتخاذ الاحتياطات الضرورية لمنع اتصال الطفل مع أي شخص يمكن أن يهدد صحته أو سلامته البدنية أو المعنوية.

يجب إشراك الطفل الذي يبلغ من العمر ثلاث عشرة (13) سنة على الأقل في التدبير الذي سيتخذ بشأنه، كما يدون الاتفاق في محضر ويوقع عليه من جميع الأطراف بعد تلاوته عليهم<sup>(1)</sup>.

جواز تغيير أو مراجعة التدبير المتفق عليه: يجب أن يكون التدبير المتفق عليه ملائماً لاحتياجات الطفل ووضعيته<sup>(2)</sup>، لذلك أجاز المشرع مراجعة التدبير المتفق عليه إما كلياً أو جزئياً بصورة تلقائية من قبل مصالح الوسط المفتوح أو بناء على طلب من الطفل أو ممثله الشرعي<sup>(3)</sup>، ولعل جواز مثل هذه المراجعة لدليل على مراعاة المصلحة الفضلى للطفل المعرض للخطر.

حدد المشرع إجراءات تغيير ومراجعة تدابير حماية الأحداث بموجب المواد من 96 إلى 99 من قانون حماية الطفل، حيث يتم ذلك بناء على تقرير ترفعه مصالح الوسط المفتوح إلى قاضي الأحداث المختص الذي له أن يغير أو يراجع هذه التدابير في أي وقت. الحالة الثانية -رفع الأمر إلى قاضي الأحداث المختص -: يجب على مصالح الوسط المفتوح أن ترفع الأمر إلى قاضي الأحداث المختص في الحالات المحددة قانوناً، وفي هذه الحالة لا ينتهي دور مصالح الوسط المفتوح وإنما قد يستعين بها قاضي الأحداث.

- حالات رفع الأمر إلى قاضي الأحداث: حدد المشرع الحالات التي يتوجب فيها على مصالح الوسط المفتوح رفع ملف وضعية الطفل في خطر إلى قاضي الأحداث المختص وهذا بموجب المادتين 27 و 28 من قانون حماية الطفل.

<sup>1</sup> - المادة 3/24 و 5 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعاق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - المادة 2/24 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 26 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

– الحالات الواردة في المادة 27 من القانون رقم 15-12: تتمثل هذه الحالات فيما يلي:  
 \* - عدم التوصل إلى اتفاق في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ إخطارها: يتوجب على مصالح الوسط المفتوح أن تتوصل إلى اتفاق بشأن التدبير الأكثر ملاءمة لاحتياجات الطفل وذلك في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ إخطارها بوضعية الطفل في خطر، وإذا تعذر على المصالح الوصول إلى اتفاق خلال هذا الأجل وجب عليها رفع الأمر إلى قاضي الأحداث المختص.

\* - تراجع الطفل أو ممثله الشرعي عن الاتفاق: مكن المشرع الطفل الذي يبلغ من العمر ثلاث عشرة (13) سنة على الأقل وممثله الشرعي من الحق في رفض الاتفاق، ويتوجب على مصالح الوسط المفتوح إعلامهما بهذا الحق، وهذا ما يفهم من خلال نص المادة 4/24 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

أجاز المشرع للطفل أو ممثله الشرعي التراجع عن الاتفاق المتوصل إليه مع مصالح الوسط المفتوح بشأن الطفل في وضعية خطر، ويفهم ذلك من خلال نص المادة 3/27 من قانون حماية الطفل، التي جاءت كما يلي: " تراجع الطفل أو ممثله الشرعي "، ومنه إذا استعمل الطفل أو ممثله الشرعي هذا الحق فإنه يتعين على مصالح الوسط المفتوح أن ترفع الأمر بشأن وضعية الطفل إلى قاضي الأحداث المختص.

\* - فشل التدبير المتفق عليه بالرغم من مراجعته: أوجب المشرع على مصالح الوسط المفتوح رفع وضعية الطفل في خطر إلى قاضي الأحداث المختص متى ثبت فشل التدبير المتفق عليه بالرغم من مراجعته بصفة كلية أو جزئية، بمعنى أن وضعية الطفل ما تزال في خطر رغم مراجعة التدبير المتفق عليه<sup>(1)</sup>.

– الحالات الواردة في المادة 28 من القانون رقم 15-12: أضافت المادة 28 من قانون حماية الطفل، حالة أخرى يجب فيها على مصالح الوسط المفتوح أن ترفع الأمر فوراً إلى قاضي الأحداث المختص، وهذا في حالتين كما:

<sup>1</sup> - المادة 4/27 من قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرج نفسه.

\*- **حالة الخطر الحال:** إذا ثبت لمصالح الوسط المفتوح أن وضعية الطفل في خطر حال وشيك الوقوع توجب عليها رفع الأمر إلى قاضي الأحداث المختص، وذلك لاتخاذ التدبير الأكثر ملائمة لدرأ الخطر عنه.

\*- **الحالات التي يستحيل معها إبقاء الطفل في أسرته:** إذا ثبت لمصالح الوسط المفتوح أن الطفل ما يزال عرضة للخطر في وسطه العائلي فإنه يجب رفع وضعية الطفل مباشرة لقاضي الأحداث المختص، إذ نجد في بعض الأحيان بعض الأسر تتحول من وسط يوفر الأمان والاستقرار للطفل إلى آخر يتوفر على كل مسببات الجنوح للطفل، مما يعني أن مصلحة الطفل الفضلى تستدعي إبعاده عن أسرته<sup>(1)</sup>، ومن قبيل الحالات التي يكون فيها فصل الطفل عن أسرته ضروريا لصون مصالح الطفل الفضلى نجد حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له<sup>(2)</sup> أو عندما يعيش الوالدين منفصلين ويتعين اتخاذ القرار بشأن محل إقامة الطفل<sup>(3)</sup>، كما نجد أيضا حالة الممثل الشرعي للطفل الذي يقدم على ارتكاب جرم بحق الطفل كالاعتصاب<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - يجب أن تكون المصلحة الفضلى للطفل هي الغاية من كل إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي أو إداري يتخذ بشأنه، ويؤخذ بعين الاعتبار في تقدير المصلحة الفضلى للطفل لاسيما جنسه وسنه وصحته واحتياجاته المعنوية والفكرية والعاطفية والبدنية ووسطه العائلي وجميع الجوانب المرتبطة بوضعه، المادة 2/4 والمادة 7 من قانون قم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعاق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - " يعاقب ب...3- أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلاً سيئاً لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها"، المادة 3/330 من أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. د. ش عدد 49 صادر في 11 جوان 1966، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> - المادة 1/9 من اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت من قبل الجمعية العامة بموجب القرار رقم 25-44، مؤرخ في 20 نوفمبر 1989، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - المادتان 336 و 337 من أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، مرجع سابق.

تقوم مصالح الوسط المفتوح برفع الأمر إلى قاضي الأحداث المختص<sup>(1)</sup> إذا توافرت إحدى الحالات الواردة في المادتين 27 و 28 المذكورة أعلاه، ويتم ذلك بموجب عريضة، وهذا ما جاء في نص المادة 32 من قانون حماية الطفل كما يلي: " يختص قاضي الأحداث المختص...بالنظر في العريضة التي ترفع إليه من الطفل أو...أو مصالح الوسط المفتوح أو...".

يقوم قاضي الأحداث بإعلام الطفل و/ أو ممثله الشرعي فوراً بالعريضة المقدمة إليه، ويقوم بسماع أقوالهما وتلقي آرائهما بالنسبة لوضعية الطفل ومستقبله، وفي هذه الحالة يجوز للطفل الاستعانة بمحام<sup>(2)</sup>.

✓ استعانة قاضي الأحداث بمصالح الوسط المفتوح: لا يتوقف دور مصالح الوسط المفتوح عند حد إيداع العريضة لدى قاضي الأحداث المختص في حال توافر إحدى الحالات الواردة في المادتين 27 و 28 من قانون حماية الطفل، وإنما قد يستعين القاضي بمصالح الوسط المفتوح عند النظر في وضعية الطفل في خطر:

- استعانة قاضي الأحداث بمصالح الوسط المفتوح عند التحقيق في وضعية الطفل في خطر: يتولى قاضي الأحداث مهمة دراسة شخصية الطفل، لاسيما بواسطة البحث الاجتماعي والفحوص الطبية والعقلية والنفسانية ومراقبة السلوك، وأيضا تلقي كل المعلومات والتقارير المتعلقة بوضعية الطفل وكذا تصريحات كل شخص يرى فائدة من سماعه وفي هذه الحالة يمكن لقاضي الأحداث أن يستعين بمصالح الوسط المفتوح<sup>(3)</sup>.

- إمكانية تكليف مصالح الوسط المفتوح بملاحظة الطفل في وسطه الأسري و/ أو المدرسي و/أو المهني: تجيز المادة 35 من القانون رقم 15-12 لقاضي الأحداث أثناء التحقيق

<sup>1</sup> - " يختص قاضي الأحداث لمحل إقامة الطفل المعرض للخطر أو مسكنه أو محل إقامة أو مسكن ممثله الشرعي، وكذلك قاضي الأحداث للمكان الذي وجد به الطفل في حال عدم وجود هؤلاء..."، المادة 32 من قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعاق بحماية الطفل، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 33 من قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعاق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 34 من قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعاق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

في وضعية الطفل في خطر أن يتخذ أحد التدابير بموجب أمر بالحراسة المؤقتة، وذلك لمدة لا يمكن أن تتجاوز ستة (6) أشهر<sup>(1)</sup>، وتتمثل هذه التدابير في:

\*- إبقاء الطفل في أسرته: تعد الأسرة البيئة التي يولد وينشأ فيها الطفل، فهي تمثل الوسط الاجتماعي الذي يتلقى فيه الحنان والأمان وأول دروس الحياة الاجتماعية<sup>(2)</sup>، فالأسرة هي الوسط الذي تغرس فيه مستويات الطموح والإحباط على حد سواء<sup>(3)</sup>؛ فالأبوين لهما أهمية كبيرة في تلبية المطالب الأساسية والجوهرية اللازمة لتنشئة الطفل تنشئة أسرية<sup>(4)</sup>، لذا يقع على عاتق الوالدين مسؤولية حماية الطفل، كما يقع على عاتقهما مسؤولية تأمين ظروف المعيشة اللازمة لنموه في حدود إمكانياتهما المالية وقدراتهما<sup>(5)</sup>، كما يقع عليهما واجب التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم<sup>(6)</sup>؛ لهذا تقضي المادة 4 من قانون حماية الطفل بعدم جواز فصل الطفل عن أسرته إلا إذا استدعت مصلحته الفضلى ذلك<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 37 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - عبد الحميد عطية، التشريعات ومجالات الخدمة الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، د. ت. ن، ص. 93.

<sup>3</sup> - غريب سيد أحمد، دراسات في علم الاجتماع العائلي، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص. 3.

<sup>4</sup> - أبو شمالة أنيس عبد الرحمن، أساليب الرعاية في مؤسسات رعاية الأيتام وعلاقتها بالتوافق النفسي والاجتماعي، رسالة لنيل درجة الماجستير، كلية التربية، الجامعة الإسلامية، غزة، 2002، ص. 2.

<sup>5</sup> - المادة 1/5 و2 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، مرجع سابق.

<sup>6</sup> - المادة 3/36 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ج. د. ش عدد 24، صادر في 12 جوان 1984، معدل ومتمم.

<sup>7</sup> - تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية، وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدين منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل"، المادة 9 من اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت من قبل الجمعية العامة بموجب قرار رقم 44-25، مؤرخ في 20 نوفمبر 1989، مرجع سابق.

\*- تسليم الطفل لوالده أو لوالدته الذي يمارس حق الحضانه عليه، ما لم يكن قد سقطت عنه بحكم:

في حال انهيار الرابطة الزوجية بالطلاق، فإن أول أثر يترتب على ذلك هو حضانه الاطفال التي تؤول إلى الأم ثم إلى الأب<sup>(1)</sup>، لذا قد يتخذ قاضي الأحداث المختص أمرا بترك الطفل لدى حاضنه، ما لم يسقط حقه بالحضانه لأحد الأسباب<sup>(2)</sup>.

\*- تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة: ويتم تحديد الشروط الواجب توفرها في الأشخاص والعائلات الجديرة بالثقة عن طريق التنظيم<sup>(3)</sup>.

يمكن لقاضي الأحداث في حال اتخاذه لأحد هذه التدابير أن يستعين بمصالح الوسط

المفتوح من خلال تكليفها بملاحظة الطفل في وسطه الأسري و/ أو المدرسي و/ أو المهني.

- إمكانية تكليف مصالح الوسط المفتوح بتقديم الحماية للطفل: قد يتخذ قاضي الأحداث بموجب أمر أحد التدابير الواردة في المادة 35 من قانون حماية الطفل المذكورة أعلاه، وذلك لمدة سنتين (2) قابلة للتجديد ولا يمكن أن تتجاوز في كل الأحوال تاريخ بلوغ الطفل سن الرشد الجزائي، غير أنه يمكن لقاضي الأحداث عند الضرورة أن يمدد الحماية إلى غاية إحدى وعشرين (21) سنة بناء على طلب من سلم إليه الطفل أو من قبل المعني أو من تلقاء نفسه<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - " الأم أولى بحضانه ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمه، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."، المادة 64 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - من بين أسباب سقوط الحق في الحضانه ألا يكون الحاضن أهلا برعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، إلى جانب باقي الأسباب التي حددها المشرع بموجب المادتين 66 و67 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 3/40 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - المادة 42 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.



في حال اتخذ قاضي الأحداث لمثل هذا الأمر فإنه يجوز له أن يكلف مصالح الوسط المفتوح بمتابعة وملاحظة الطفل وتقديم الحماية له من خلال توفير المساعدة الضرورية لتربيته وتكوينه ورعايته، مع وجوب تقديمها تقريراً دورياً حول تطور وضعه الطفلي<sup>(1)</sup>.

يتمتع الطفل الموضوع داخل المراكز المتخصصة في حماية الطفولة - كمصالح الوسط المفتوح- بجملة من الحقوق، كضرورة تلقيه لبرامج التعليم والتكوين والتربية والأنشطة الرياضية والترفيهية التي تتناسب مع سنه وجنسه وشخصيته وأيضاً الاستفادة من الرعاية الصحية والنفسية المستمرة<sup>(2)</sup>؛ إلى جانب بعض الحقوق الأخرى كالحق في منحه- بصفة استثنائية - إذناً بالخروج لمدة ثلاثة (3) أيام بمناسبة وفاة ممثله الشرعي أو أحد أفراد عائلته أو أحد أقاربه إلى الدرجة الرابعة<sup>(3)</sup>، وكذا حق الطفل في قضاء عطلة لدى عائلته لمدة لا تتجاوز خمسة وأربعين يوماً (45) يوماً بموافقة لجنة العمل التربوي<sup>(4)</sup>، أما باقي الأطفال الذين لم يستفيدوا من هذه العطلة فيمكن أن يخصص لهم الإقامة في مخيمات العطل ورحلات ونشاطات للتسلية بعد موافقة لجنة العمل التربوي<sup>(5)</sup>.

#### خاتمة

نتوصل من خلال هذه الدراسة أن المشرع أقدم على خطوة إيجابية بسنه للقانون رقم 12-15 المتعلق بحماية الطفل، حيث أولى حماية خاصة للطفل في خطر الذي تحيط به كل مسببات ودوافع الوقوع في الإجرام؛ ومن بين أهم مظاهر هذه الحماية نجد وضع مؤسسات خاصة بحماية الأطفال في خطر، ومن بين هذه المؤسسات تطرقنا لدراسة مصالح الوسط

<sup>1</sup> - المادة 2/40 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - المادة 120 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 3/121 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 1/122 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

<sup>5</sup> - المادة 2/122 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، المرجع نفسه.

المفتوح التي تعد واحدة من بين المؤسسات التي تساهم في حماية هذا الطفل من خلال ملاحظته في وسطه الأسري والمدرسي والمهني.

أدرك المشرع خطورة بقاء الأطفال دون أسرة فأقر ضرورة حمايتهم من خطر التسكع من الشوارع وما قد يسببه من وقوع في هاوية الإجرام، فأقر ضمان رعاية بديلة لهم وهو ما تكفله مصالح الوسط المفتوح إذ تستقبل الأطفال الذين يتعذر عليهم البقاء في محيطهم الأسري وتضمن لهم الرعاية الفضلى من خلال تعليمهم وتكوينهم وتربيتهم ورعايتهم صحيا ونفسيا.

## \* حماية الدائنين في عقد التسيير الحر

د. دموش حكيمة<sup>(1)</sup>

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،  
كلية الحقوق والعلوم السياسية،  
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

سليمان صبرينة<sup>(2)</sup>

كلية الحقوق،  
جامعة وهران 2، 32000، وهران، الجزائر.

### الملخص:

استغلال المحل التجاري من طرف شخص آخر غير المالك عن طريق التسيير الحر، يجعل الدائنين غير مطمئنين على ضمانهم العام، ما دفع بالتشريعات المقارنة وكذا التشريع الجزائري إلى تكريس مجموعة من الإجراءات والوسائل القانونية التي تسمح للدائنين بالمحافظة على حقوقهم، والمتمثلة في فرض إجراءات شكلية لإبرام العقد تحت طائلة البطلان، هدفها إعلام الغير بوضعية المحل، إضافة إلى حقهم في إسقاط الآجال إن ثبت لهم أن التسيير الحر سيعرض تحصيل ديونهم إلى الخطر، وذلك في أجل ثلاث أشهر من تاريخ نشر عقد التسيير الحر، كما لهم حق الرجوع على المؤجر بالتضامن مع المستأجر المسير في حالة إهمال هذا الأخير نشر العقد والى غاية مدة ستة أشهر من ذلك، وتعتبر ديون المستأجر المسير حالة أداء بقوة القانون بانقضاء عقد التسيير الحر.

### الكلمات المفتاحية:

تأجير التسيير، دائني مؤجر المحل التجاري، حماية الدائنين، سقوط الآجال، الشكلية، نشر العقود، المسؤولية التضامنية، دائني مستأجر التسيير الحر.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/10/25، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

### **Creditor protection in a free management contract**

#### **Summary:**

The exploitation of the business by another person, other than the owner by means of free management makes creditors unsafe about their public security. prompting comparative legislation and Algerian legislation to devise a set of legal procedures, and means that allow creditors to preserve their rights. In addition to their right to cancel the deadlines, if it is proved to them that the free management will present the collection of their debts to the danger. Within three months from the date of publication of the contract of free management, as well as the right of recourse against the lessor in solidarity with the tenant. If the latter fails to publish the contract, and for a period of up to six months from that date, the tenant's debt shall be regarded as a performance of the law by the end of the contract of free management.

#### **Keywords:**

Leasing management, Tenant-leasing business, Protecting creditors, Falling deadlines, Formalities, Publishing contracts, Corporate liability, Tenant creditors and free management.

### **La protection des créanciers dans un contrat de libre gestion**

#### **Résumé :**

L'exploitation d'un fonds de commerce par une personne autre que le propriétaire par une gérance libre ne rassure pas les créanciers. chose qui a conduit la législation comparative et algérienne a concevoir un ensemble de procédures et de moyens qui permettent aux créanciers de préserver leurs droits, en imposant des procédures de formes lors de la conclusion du contrat sous peine de nullité.

Ces procédures ont pour but d'informer les tiers sur la nature juridique de l'exploitation du local, et de leur droit de mettre fin à la durée de validité du contrat de gestion libre dans un délais de trois mois à compter de la date de publication du contrat susmentionné, si il est prouvé que la gestion libre a mis en danger la collecte de leurs dettes. Ils ont également le droit de recours contre le bailleur en solidarité avec le locataire en cas de négligence de ce dernier de publier le contrat dans une période de six mois à compter de cette date.

#### **Mots Clés :**

Location gérance, créanciers, Louer une clientèle, protection des créanciers, Le locataire gérant, baisse des délais, formalités, publication des contrats.

## مقدمة

يعتبر المحل التجاري<sup>(1)</sup> عنصرا أساسيا في الذمة المالية للتاجر، وطابعه القانوني المركب والمعقد<sup>(2)</sup> يثير العديد من الإشكالات التطبيقية، خاصة لما يتم توكيل تسييره إلى شخص آخر غير المالك عن طريق ما يعرف بالتسيير الحر أو تأجير التسيير. عقد التسيير الحر عقد حديث النشأة<sup>(3)</sup>، يلتزم بموجبه صاحب المحل التجاري بالتخلي عن استغلال محله لمدة محددة، مقابل احتفاظ الغير بمنافع هذا الاستغلال وتحمل التكاليف الناجمة عن ذلك، مع التزامه بأداء مبلغ ثابت إلى المالك<sup>(4)</sup>، هذا ويكتسي عقد التسيير الحر أهمية كبرى في الحياة العملية من خلال المصلحة التي يحققها سواء لأطراف

<sup>1</sup> - لم يحظ تعريف المحل التجاري باهتمام في التشريعات المقارنة، وكذا التشريع الجزائري، ما دفع بالفقه إلى محاولة إيجاد تعريف له بالرغم من اختلاف نظرتهم للمحل وأهميته والعناصر المكونة له، ما أدى إلى اختلاف التعريفات المقدمة له، للتفصيل أكثر انظر: الصالحي كامران، بيع المحل التجاري دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 24.

<sup>2</sup> - المحل التجاري مال منقول معنوي، يتمتع بقيمة اقتصادية منفصلة عن القيمة الذاتية لكل عنصر من عناصره المادية والمعنوية وأنه يمثل هذه العناصر كوحدة معنوية مستقلة بقواعدها وأحكامها الخاصة، للتفصيل أكثر انظر: زراوي صالح فرحة، الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، الجزء الأول، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 9.

<sup>3</sup> - تعود جذور عقد التسيير الحر إلى بلاد اليونان، حيث كان التجار ذوي الإمكانيات المحدودة يمارسون التجارة في الطرقات تحت المظلات أو بواسطة عربات متنقلة، مما دفع بالسلطات إلى الاهتمام بالتجارة، فأقاموا محلات تجارية وتجمعت تجارة كل سلعة معينة في ناحية من مدينة أثينا، وبعد أن أصبح المحل التجاري قيمة اقتصادية بفعل الرواج التجاري وقابلا للملك ظهرت عملية تسيير وإدارة المحل التجاري بصورة غير مباشرة عن طريق عقد التسيير المأجور وظل الأمر على ما هو عليه إلى أن ظهر التسيير الحر في الربع الأخير من القرن 19. للتفصيل أكثر انظر: ميساوي محمد، التسيير الحر للأصل التجاري في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، الدر البيضاء، المملكة المغربية، 1990، ص 5.

<sup>4</sup> -F. Dereda, Location-gérance des fonds de commerce, Dalloz, Droit Commercial, Paris, 1997, p 9.

العقد أو للاقتصاد الوطني ككل<sup>(1)</sup>، وذلك لارتباط الزبائن بالمحل أكثر من ارتباطهم بشخصية التاجر صاحب المحل<sup>(2)</sup>.

ولما كان المحل التجاري ضمانا عاما للدائنين المتعلقة ديونهم باستغلاله سواء كانت في ذمة المؤجر أو المستأجر المسير<sup>(3)</sup>، فكان من الضروري حماية مصالحهم من خلال الخروج عن القواعد العامة والأحكام التجارية المتعلقة بالعقود والإتيان بأحكام خاصة تشبه في إجراءاتها أحكام العقار<sup>(4)</sup>.

نتيجة لما سبق بيانه، نتساءل عن مختلف الوسائل القانونية التي كرسها التشريع الجزائري حماية للدائنين في عقد التسيير الحر؟

### المبحث الأول: حماية دائني المؤجر في عقد التسيير الحر

يعتبر المحل التجاري من أهم ضمانات دائني المؤجر في عقد التسيير الحر، فقد يتعرضون إلى فقدان ضمانهم أو الإنقاص من قيمته الاقتصادية، إذا أساء المستأجر المسير استغلال المحل، الأمر الذي يستلزم حمايتهم عن طريق إعلامهم بوضعية المحل وذلك بإجراءات شكلية للعقد تحت طائلة البطلان وبمجموعة من الالتزامات التي تقع على طرفي العقد (مطلب أول)، وباستخدام حقهم في إسقاط أجل دفع الديون (مطلب ثاني).

<sup>1</sup> - تظهر أهمية عقد التسيير الحر خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني في ضمان نشاط المحلات التي كانت ستؤول لا محال إلى الغلق.

<sup>2</sup> - MUBERANKIKO Gervais, La protection du preneur dans un contrat de location-gérance, Maîtrise en Droit privé, Université d'Abomey-Calavi (Bénin), 2004, p20.

<sup>3</sup> - هناك أنواع من المحلات التجارية لا يجوز تأجير تسييرها، وذلك راجع لتوقف ممارسة هذه الأنشطة على امتلاك شهادات أو إجازات تسلمها هيئات معينة، مثل الصيدليات ومخابر التحليل، للمزيد من التفصيل حول أنواع الرخص الإدارية والإجازات انظر: زراوي صالح فرحة، مرجع سابق، ص ص 126-144.

<sup>4</sup> - عمورة عمار، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2003، ص 179.

### المطلب الأول: حماية الدائنين بإعلامهم عن وضعية المحل

إن الالتزامات الناشئة عن استغلال المؤجر لمحلته التجاري قبل إبرام عقد التسيير الحر متعلقة بذمته المالية<sup>(1)</sup>، فهو مسؤول مسؤولية شخصية عنها، ومن ثم فإنها تبقى قائمة إلى حين حلول آجالها، ولا يجوز مطالبة المستأجر المسير بوفائها مهما كانت الأسباب، لكن من الضروري إعلامهم بوضعية المحل وذلك من خلال إتباع مجموعة من الإجراءات الشكلية لإبرام العقد (فرع أول)، وتنفيذ الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق طرفي العقد (فرع ثاني).

#### الفرع الأول: الإجراءات الشكلية لعقد التسيير الحر

تنشأ عن عقد التسيير الحر عدة علاقات قانونية، حرصا على تنظيمها وحماية المصالح المترتبة عليها أحاطها المشرع الجزائي بمجموعة من الضوابط الشكلية، وذلك بإلزام طرفيه بكتابة العقد كتابة رسمية (أولا) وهي إجراءات وشكليات تضمن دعم الثقة والشفافية في المعاملات التجارية.

إضافة إلى ذلك، فرض المشرع مجموعة من الالتزامات على كل من المؤجر والمستأجر المسير (ثانيا)، من أجل ضمان حماية مناسبة وفعالة للدائنين.

#### أولا- اشتراط الكتابة الرسمية للعقد :

إذا كان المبدأ هو حرية الإثبات في المواد التجارية، فإن هناك استثناءات اقتضتها ضرورات تتعلق بحماية المعاملات التجارية<sup>(2)</sup>، وهذا ما ورد في نص المادة 324 مكرر 10 من ق م ج<sup>(3)</sup> والمادة 203 ق ت ج، يجب كتابة العقد كتابة رسمية، بمعنى إفرغ ما تم الاتفاق

<sup>1</sup>- المحل التجاري مال منقول معنوي وهو عنصر أساسي في الذمة المالية للتاجر، إلا أنه لا يتمتع بالشخصية المعنوية وفي هذا يتميز عن المؤسسة التجارية (الشركة)، وللتفصيل أكثر فيما يخص تمييز المحل عن المؤسسة التجارية، انظر: زواوي صالح فرحة، مرجع سابق، ص ص 5-10.

<sup>2</sup>- دحماني محمد الصغير، «مدى تطبيق "مبدأ حرية الإثبات" في المواد التجارية والبحرية»، مجلة قانون النقل والنشاطات المنائية، عدد 01 لسنة 2014، ص 39.

<sup>3</sup>- تنص المادة 324 مكرر 10 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 21 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج عدد 55، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم على ما يلي: «زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى

عليه في محرر أو سند رسمي يقوم بتحريه موظف عام مختص وهو الموثق<sup>(1)</sup>، وقد عرفت المادة 423 من ق م ج العقد الرسمي كما يلي: «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه».

يتبين لنا من خلال هذه المادة انه لصحة العقد الرسمي من الضروري صدوره من الموثق ضمن حدود سلطته واختصاصاته<sup>(2)</sup>.

وأكد المشرع صراحة من خلال نص المادة 203 من ق ت ج، أن الكتابة ركن لانعقاد العقد يؤدي انعدامها إلى بطلانه، وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها<sup>(3)</sup>، كما أنه دليل إثبات ذو حجية مطلقة لا يسقط إلا عن طريق الطعن بالتزوير<sup>(4)</sup>.

## 2- نشر عقد التسيير الحر:

للنشر أو الشهر أهمية بالغة في التصرفات الواردة على المحل التجاري لاسيما عقد التسيير الحر، وذلك راجع إلى مختلف المصالح التي ترتبط به، سواء كانت لطرفي العقد أو للغير الذين تعاملوا مع المؤجر، أو الذين سيتعاملون مع المستأجر المسير، إذ يمكن من

شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد».

<sup>1</sup> - حول القانون للموثق تحرير العقود التي يشترط فيها الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصفة، انظر: القانون رقم 06-02، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر ج عدد 14، الصادر بتاريخ 8 مارس 2006.

<sup>2</sup> - بطيبي حسين، «الكتابة الرسمية كوسيلة للإثبات في الشريعة الإسلامية والتقنين المدني»، مجلة الموثق، عدد 2 لسنة 2001، ص 23.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 36164 مؤرخ في 29 جوان 1985، م جلة القضائية عدد 3 لسنة 1989، ص 116؛ قرار المحكمة العليا رقم 28766 مؤرخ في 7 ماي 1983، مجلة القضائية عدد 1 لسنة 1989، ص 135.

<sup>4</sup> - انظر المواد من 324 مكرر 5 إلى 324 مكرر 7 من ق م ج، مرجع سابق.



خلاله التعرف على وضعية المحل وقيمته، وكل المعلومات المتعلقة بمالكة وبمستغله. لذلك ألزم المشرع الجزائري نشر عقد التسيير الحر عند إبرامه وذلك في نص المادة 203 فقرة 4 من ق ت ج التي تنص على: «...وينشر خلال خمسة عشرة يوما من تاريخه على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية»، بالإضافة إلى نص المادة 15 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية والتي تلزم كل تاجر شخص طبيعي بإجراءات الإشهار القانوني<sup>(1)</sup>.

من خلال نص المادة 203 فقرة 4 من ق ت ج، نلاحظ أن المشرع لم يحدد الشخص الملزم بنشر عقد التسيير الحر، وان كان الأصل أن المستأجر المسير هو الملزم، فان ذلك لا يمنع المؤجر من المبادرة بالقيام بذلك ربحا للوقت وتحقيقا لمصالحه<sup>(2)</sup>. كما انه لم يحدد مضمون وبيانات المستخرج الواجب نشره<sup>(3)</sup>، على عكس عقد البيع والرهن أين حرص المشرع على ذكر البيانات الإجبارية<sup>(4)</sup>.

من خلال ما سبق يتبين لنا أن الجانب الشكلي قد هيمن على عقد التسيير الحر، غير أن هذه الشكلية تختلف عن تلك التي يعرفها القانون المدني التقليدي الذي يعطيها إما دورا للانعقاد أو للإثبات<sup>(5)</sup>. فالشكلية في المواد التجارية لها دور حمائي، ليست مقصودة بحد ذاتها، بل هي وسيلة لتحقيق غايات معينة أهمها حماية الغير (الدائنون).

<sup>1</sup> - قانون رقم 04-08 مؤرخ في 14 غشت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر ج عدد 52، صادر بتاريخ 18 أوت 2004.

<sup>2</sup> - المرابط زكريا، « الدور الحمائي للشكلية في المادة التجارية، (الأصل التجاري نموذجاً)»، مجلة العلوم القانونية، تم الاطلاع عليه بتاريخ 25-02-2018، متوفر على الموقع الإلكتروني : <https://www.marocdroit.com>.

<sup>3</sup> - نجد المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 92-70 المؤرخ في 18 فبراير 1992، المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية حددت البيانات وهي كافة المعلومات المتعلقة بالحالة القانونية للتاجر والمحل التجاري، وبالتالي تتضمن كل العقود الواردة عليه منها التسيير الحر، انظر ج ر ج عدد 14 صادرة بتاريخ 23 فبراير 1992.

<sup>4</sup> - انظر كل من المواد 79، 83، 119 ق ت ج، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - المرابط زكريا، مرجع سابق.

## ثانيا: الالتزامات المفروضة على طرفي العقد

ألزم المشرع طرفي العقد بالقيد أو تعديل القيد في السجل التجاري (1)، مع ضرورة التنصيص على ذلك في كل الوثائق والفواتير والمستندات المتعلقة بالمحل المستأجر (2).

## 1: القيد وتعديل القيد في السجل التجاري:

يعتبر القيد في السجل التجاري التزام عام على كل تاجر شخص طبيعي أو معنوي حسب نص المادتين 19 و 20 من ق ت ج ، وهو ما تؤكد عليه المادة 203 فقرة 2 من ق ت ج بالنسبة للمستأجر المسير، أما المؤجر فعليه إما تعديل سجله التجاري تحت شكل تصحيحات، وإدراج البيانات الضرورية لإعلام الغير بأنه أبرم عقد تأجير تسيير على محله، أو شطب نفسه من السجل التجاري في حالة عدم ممارسة أي نشاط تجاري آخر، ويكون كل ذلك طبقا للإجراءات القانونية الواردة في المادتين 12 و 21 من المرسوم التنفيذي رقم 97-41، المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري المعدل والمتمم<sup>(1)</sup>.

وبالنسبة للجزاء المترتب عن عدم القيد أو التعديل أو الشطب فلا يمكن أبدا أن يكون البطلان، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 21-03-1994، والتي أكدت أن التسجيل لا يتعلق بصفة العقد بل هو التزام شخصي يترتب على مخالفته عقوبات مدنية وجزائية، أهمها الغرامة المالية ما بين 500 دج إلى 20000 دج لكل شخص يمارس نشاطا تجاريا بصفة عادية دون قيد<sup>(2)</sup>، غرامة مالية تقدر بحوالي 10000 دج إلى 100000 دج مع السحب المؤقت للسجل بالنسبة للمؤجر في عقد التسيير الحر الذي لم يقم بتعديل بيانات سجله<sup>(3)</sup>، مع إمكانية غلق المحل<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - مرسوم التنفيذي رقم 97-41 مؤرخ في 18 يناير 1997، يتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، ج ر ج ج عدد 05، صادر بتاريخ 10 يناير 1997، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي، رقم 03-453، المؤرخ في 1 ديسمبر 2003، ج ر ج ج عدد 75، صادر بتاريخ 7 ديسمبر 2003.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 28 من ق ت ج، مرجع سابق

<sup>3</sup> - أنظر المادة 37 من القانون رقم 04-08، المتعلق بقواعد ممارسة الأنشطة التجارية، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 31 من نفس القانون.

**2:التنصيص على وضعية المستأجر المسير:**

ألزمت المادة 204 من ق ت ج المستأجر المسير بالإشارة في فواتيره ورسائله وطلبات البضاعة والوثائق المصرفية والتعريفات والنشرات وكل الأوراق الموقعة من طرفه أو باسمه، إلى كل من صفته كمستأجر مسير، رقم التسجيل بالسجل التجاري، مقر المحكمة التي سجل لديها، إضافة إلى اسم وصفة والعنوان ورقم التسجيل لمؤجر المحل التجاري، وهو أسلوب نشر وإشهار متميز وفعال في آن واحد نظرا لاستمراره طيلة عقد التسيير الحر<sup>(1)</sup>، خاصة مع دعمه بغرامة مالية تتراوح ما بين 500 دج إلى 5000 دج.

لكن بالرغم مما سبق قوله تبقى عقوبة الغرامة المالية ضئيلة جدا، لا يمكن لها أن تردع المسير الحر، ما قد يشكل له دافعا لعدم الإشارة إلى وضعيته فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي يعقدها استغلالا للمحل، فما الفائدة منها؟

**المطلب الثاني: حماية الدائنين بممارستهم حق إسقاط الآجال**

زيادة عن الحماية القانونية الممنوحة للدائنين، من خلال الشروط الشكلية للعقد والالتزامات المفروضة على أطرافه، يمكن لهم ممارسة حقهم في إسقاط الآجال حسب نص المادة 208 من ق ت ج التي جاء فيها ما يلي: «يجوز للمحكمة التي يوجد بدائرتها المحل التجاري، أن تحكم حين تأجير التسيير، بأن ديون مؤجر المحل التجاري المتعلقة باستغلاله حالة الأداء فورا إذا رأت أن تأجير التسيير يعرض تحصيل الديون للخطر...». وللتفصيل أكثر في الموضوع نتطرق إلى المقصود بإسقاط الآجال (فرع أول)، ثم إلى شروط ممارسة هذا الحق (فرع ثاني).

<sup>1</sup> - ميساوي محمد، مرجع سابق، 50.

## الفرع الأول: المقصود بإسقاط الأجل

للقوف على معنى إسقاط الأجل نستعرض تعريفه لغة (أولا) من ثم اصطلاحا (ثانيا).

### أولا: تعريف إسقاط الأجل لغة

إسقاط الأجل مركب من كلمتين "إسقاط وأجل" لذلك من الواجب تعريف كل منهما لوحدها من أجل الوصول إلى تعريف المركب.

**الإسقاط لغة:** هو إلقاء الشيء و إيقاعه خارجا أو اعتبارا، كما في إسقاط الخيار في المعاملات التجارية، وهو بنفس معنى الإبراء أو العفو<sup>(1)</sup>.

**الأجل لغة:** هو مدته والوقت الذي يحدد لانتهاء الشيء أو حلوله، والجمع آجال.

### ثانيا: تعريف إسقاط الأجل اصطلاحا

**الإسقاط اصطلاحا:** تم تعريف الإسقاط عند الفقهاء المسلمين على أنه إزالة الملك أو الحق، بمعنى ترك وتنازل المسقط حقه عن الشخص المسقط عنه، وقيد هذا التعريف الحق الذي يجرى فيه الإسقاط بما كان حق للمسقط<sup>(2)</sup>.

**أما الأجل اصطلاحا:** هي المدة المستقبلية التي يضاف إليها أمر من الأمور سواء كانت هذه الإضافة أجلا للوفاء بالتزام أو أجلا لإنهاء التزام، وهي تشمل على الأجل الشرعي<sup>(3)</sup>، الأجل القضائي<sup>(4)</sup>، والأجل الاتفاقي، وللأجل خصائص تتمثل في انه زمن المستقبل، محقق الوقوع، وانه زائد على أصل التصرف.

<sup>1</sup> - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثالث، ص74.

<sup>2</sup> -نعمة خلف الخالدي، الإعفاءات المالية في الأحوال الشخصية والعقوبات، دراسة مقارنة، دار الجنان للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص 17.

<sup>3</sup> - وهي المدة الزمنية المستقبلية التي حددها الشارع الحكيم سببا لحكم شرعي كالعدة مثلا، انظر مجدي على محمد غيث، نظرية الحسم الزمني في الاقتصاد الإسلامي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص28.

<sup>4</sup> - الأجل القضائي هو ذلك الوقت الذي يمكن للقاضي منحه من أجل تنفيذ التزام ما، أو إحضار متهم ما.

انظر: نفس المرجع، ص 29.

من خلال التعاريف المبينة يمكن لنا القول أن إسقاط الآجال هو إنهاء المدة الزمنية الباقية لتنفيذ الالتزام و جعله حالا، ويكون ذلك لعدة أسباب عامة واردة في نص المادة 211 من ق م ج ، ومنها ما هو وارد في نص المادة 208 السالفة الذكر.

### الفرع الثاني: شروط ممارسة الحق في إسقاط الآجال

إذا كانت المادة 208 من ق م ج تمكن دائني مؤجر التسيير الحر من المطالبة بإسقاط آجال ديونهم واعتبارها حالة الأداء فورا، فإن المشرع مراعاة منه لكون هذه المطالبة تشكل استثناء من المبدأ العام، اشترط ضرورة أن يعرض تحصيل هذه الديون للخطر (أولا) وأن تتوافر عدة شروط موضوعية وشكلية (ثانيا).

#### أولا: شرط تعرض تحصيل الديون للخطر

أوردت المادة 208 من ق م ج هذا الشرط دون تفسير لذلك مما يستلزم البحث في مفهوم الخطر الوارد في النص (1)، وإثباته (2)

#### 1- مفهوم الخطر الموجب لإسقاط الآجال:

الخطر هو الإضرار بمصالح الدائنين، حيث يؤدي إلى حرمانهم من الحصول على حقوقهم في آجالها المحددة أو إضعاف ضماناتهم المتعلقة بهذا المحل، وبالرجوع إلى القواعد العامة من خلال نص المادة 124 من ق م ج نجد انه يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون شخصا، محققا، ومباشرا، لكن المادة 208 السالفة الذكر لم تشترط ذلك، ما يدفع بنا للقول بأن أي ضرر عام واحتمالي يمكن أن يكون موجبا لإسقاط الآجال.

#### 2- إثبات الخطر:

يقع عبء إثبات تعريض تحصيل الديون للخطر إلى الدائنين وذلك بتقديم ما بحوزتهم من وثائق وأدلة تثبت مخاوفهم من عدم تحصيل ديونهم، سواء كانت الأدلة متعلقة بشخصية المستأجر المسير؛ مثلا انه غير أمين أو بطريقة تسييره للمحل، مما يهدد بفقدان الزبائن وبالتأثير في قيمته الاقتصادية، لكن ذلك ليس بالأمر الهين خصوصا إذا كان المسير

الحر غير معروف في مجال التجارة<sup>(1)</sup>، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في إسقاط الآجال من عدمه خاصة إذا قدم المستأجر المسير ضمانا أو كفالة للمؤجر لحسن نيته وتسييره الجيد.

### ثانيا: شروط ممارسة الحق في إسقاط الآجال

إضافة إلى ضرورة إثبات أن عقد التسيير الحر يعرض تحصيل الديون للخطر اشترط المشرع مجموعة من الشروط الموضوعية المتعلقة بالديون المطالب إسقاط آجالها(1) وأخرى شكلية تتعلق بالمطالبة القضائية (2).

#### 1- الشروط الموضوعية : تتمثل في ما يلي:

- أن تكون الديون المطالب بإسقاط آجالها سابقة على إبرام عقد التسيير الحر، أما اللاحقة على ذلك فلا يجوز المطالبة بإسقاط آجالها.

- أن تكون الديون ناشئة بمناسبة استغلال المحل التجاري: وهذا ما عبرت عليه المادة 208 من ق ت ج «...بأن ديون مؤجر المحل التجاري المتعلقة باستغلاله...»، وهذه تشمل جميع الديون مهما كان مصدرها أو طبيعتها (العقد، القانون، أو المسؤولية التقصيرية).

- أن تكون هذه الديون غير مستحقة الأداء أو لم تحل آجالها بعد، وإلا يمكن للدائنين المطالبة بحقوقهم استنادا إلى القواعد العامة والخاصة المتعلقة بنوع الدين.

#### 2- الشروط الشكلية

تتعلق الشروط الشكلية بتقديم طلب إلى المحكمة المختصة (أ) ضمن الآجال القانونية المحددة(ب).

<sup>1</sup> - بن زواوي سفيان، بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2012-2013، ص 125.

## أ- تقديم طلب إلى المحكمة المختصة:

لا تعد ديون مؤجر المحل حالة الأداء بمجرد نشر عقد التسيير الحر، بل على الدائنين الراغبين في إسقاط الآجال تقديم طلب قضائي إلى المحكمة المختصة وهي محكمة مكان وجود المحل التجاري<sup>(1)</sup> من أجل المطالبة بإسقاط الآجال، وللقاضي السلطة التقديرية في إسقاط هذه الآجال من عدمه، وذلك حسب تقديره للضرر الناتج عن وضع المحل تحت يد المستأجر المسير.

وللأطراف - في حالة الاستعجال - رفع دعواهم أمام قاضي الاستعجال للنظر في الإجراءات التحفظية قصد حماية حقوق الأطراف أو الغير إلى حين الفصل في موضوع الدعوى<sup>(2)</sup>.

## ب- تقديم الطلب خلال مدة ثلاث أشهر:

إن الطلب الرامي إلى إسقاط آجال ديون المؤجر في عقد التسيير الحر يجب أن يقدم خلال مدة ثلاث أشهر من تاريخ نشر عقد التسيير في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وإلا سقط قانونا، لكن ذلك لا يعني سقوط حقهم بالمطالبة بديونهم حال حلول آجالها أو تقديم نفس الطلب بمناسبة عقد تسيير جديد<sup>(3)</sup>.

أخيرا، يمكن لدائني المؤجر تفادي هذه المطالبة القضائية لإسقاط آجال ديونهم باشتراط، ذلك في العقد حالة تصرف المؤجر في محله بإيجار التسيير الحر، وهو ما يتم العمل به عادة في عقود البيع والرهن<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر المادتين 39 و 40 من القانون رقم 09-08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج عدد 21، صادر بتاريخ 23 ابريل 2008.

<sup>2</sup> - ميز المشرع بين نوعين من الاستعجال هما العادي والقصوى، لشرح هاذين النوعين بالتفصيل انظر المواد من 299 الى 305 من نفس القانون.

<sup>3</sup> - عقد التسيير الحر، متوفر على الموقع <http://www.droitentreprise>.

<sup>4</sup> - طراد إسماعيل، النظام القانوني لعقد تأجير تسيير المحل التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 141.

### المبحث الثاني: حماية دائني المستأجر المسير

وضع المحل التجاري تحت يد المستأجر المسير، قد يجعل الغير يتعامل معه على أساس أنه مستخدم فقط عند المالك الحقيقي<sup>(1)</sup>، كما يمكن أن يضعوا ثقتهم فيه ويتعاملوا معه على أساس أنه هو المالك، وفي كلا الحالتين تكون مصالحهم وحقوقهم معرضة للخطر، لذلك تم تقرير حماية خاصة للديون أثناء تنفيذ عقد التسيير الحر (مطلب أول)، و عند انتهاء مدة العقد (مطلب ثاني).

#### المطلب الأول: الديون المترتبة أثناء تنفيذ عقد التسيير الحر

تختلف الحماية القانونية المقررة للدائنين أثناء تنفيذ عقد التسيير الحر بحسب ما إذا كانت ديونهم سابقة على نشر العقد وإشهاره (فرع أول) أو لاحقة له (فرع ثاني).

#### الفرع الأول: الديون الناشئة قبل نشر عقد التسيير الحر

يمارس المستأجر الحر التجارة باسمه ولحسابه الخاص، ويتحمل جميع التزاماته لاسيما تلك المتعلقة باستغلال المحل المستأجر، ولا يحق لدائنه الرجوع على المؤجر بحجة انه صاحب المحل<sup>(2)</sup>، لكن قد يسأل المؤجر عن ديون المستأجر المسير في حالة إهماله لإجراءات النشر والإشهار المفروضة قانونا، وذلك راجع إلى اعتقاد الغير حسن النية بأنه هو من يستغل المحل لحسابه الخاص، خاصة إذا لم يقم بشطب أو تعديل قيده في السجل التجاري.

#### الفرع الثاني: الديون الناشئة بعد نشر عقد التسيير الحر

هنا يجب لنا التمييز بين حالتين وهما حالة شطب المؤجر أو تعديل قيده في السجل التجاري (أولا) وحالة عدم شطب اسمه أو تعديل قيده (ثانيا).

<sup>1</sup>-زراوي صالح فرحة، مرجع سابق، ص 299.

<sup>2</sup>-بن زواوي سفيان، مرجع سابق، ص 99.



### أولاً: حالة عدم الشطب والتعديل

يعتبر المؤجر مسؤولاً عن كل الديون التي يرتبها المسير الحر على متجره، فلا يمكن له الاحتجاج بانتهاء نشاطه أو تعديله إزاء الغير وذلك لعدم شطب أو تعديل قيده وإن قام بإجراءات النشر المفروضة للعقد، فهي وحدها غير كافية لسقوط مسؤوليته، وهذا ما أشارت إليه المادة 23 من ق ت ج، والتي تنص على: «مع عدم الإخلال بتطبيق المادة 209 من المتعلقة بتأجير المتجر على وجه التسيير الحر، فإنه لا يمكن للتاجر المسجل الذي تنازل عن متجره أو يؤجر استغلال تأجير التسيير أن يحتج بإنهاء نشاطه التجاري للتهرب من القيام بالمسؤولية التي هي عليه من جراء الالتزامات التي تعهد بها خلفه في استغلال المتجر إلا ابتداء من اليوم الذي وقع فيه إما الشطب وإما الإشارة المطابقة وإما الإشارة التي تتضمن وضع المتجر على وجه تأجير التسيير».

من خلال نص المادة يتبين لنا أن المؤجر يبقى مسؤولاً إلى تاريخ شطبه من السجل التجاري أو تعديل قيده، وهي قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، كما أن المؤجر يسأل عن كل ديون المستأجر المسير مهما كان مصدرها سواء كانت عقدية أو ناتجة عن المسؤولية التقصيرية.

### ثانياً: حالة الشطب أو التعديل

يمتاز القانون التجاري بخاصية افتراض التضامن بين المدنيين<sup>(1)</sup>، وبالخصوص في عقد التسيير الحر أين يصبح المؤجر مسؤولاً بالتضامن مع المستأجر المسير عن ديون هذا الأخير، وذلك إلى نشر عقد التسيير الحر وخلال ستة أشهر من تاريخه (1)، لكن هذه المسؤولية ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات (2).

<sup>1</sup> - يقصد بالتضامن بين المدنيين أن يتعدد المدينون بالتزام واحد قابل للانقسام بطبيعته يكون كل منهم بناء على اتفاق خاص أو لنص في القانون ملزماً بأداء كل الدين عند المطالبة، أي أنه يحق للدائن مطالبة المدينين جميعاً أو أي منهم بتنفيذ كامل الالتزام، انظر: عبد الرحمن أحمد جمعة «دفع المدين المتضامن وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة مع القانون المدني القطري»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد 3 لسنة 2017، ص 185.

## 1: أحكام المسؤولية التضامنية للمؤجر

أقرّ المشرع الجزائري المسؤولية التضامنية في المادة 209 من ق ت ج والتي تنص على « يكون مؤجر المحل التجاري مسؤولاً بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر وذلك لغاية نشر عقد تأجير التسيير وطيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر».

من خلال نص المادة نستنتج أن قيام المسؤولية التضامنية للمؤجر متوقفة على توافر بعض الشروط الأساسية وهي:

- أن تكون الديون المطالب بها ناتجة عن استغلال المحل المستأجر، وهو شرط يثير صعوبات جمة على مستوى التطبيق تتعلق بالمدى الذي يمكن به تحديد المقصود من هذه الديون. هل هي كل الديون المترتبة باستغلال المحل، أم أنها فقط تلك التي تستجيب للضرورة الملحة لهذا الاستغلال<sup>(1)</sup>؟

استقر القضاء الفرنسي وهو يفسر نص المادة 7-144 من القانون التجاري، على التفسير الضيق لعبارة "بمناسبة استغلال المحل التجاري" واشترط أن تكون هذه الديون ضرورية وملحة لاستغلال هذا المحل، وهو ما يتفق مع روح النص، لأن مسؤولية المؤجر التضامنية مع المستأجر المسير استثناء من مبدأ عام وهو نسبية آثار العقود<sup>(2)</sup>.

- أن تتعلق الديون المترتبة للمسؤولية التضامنية بالديون التعاقدية، دون سواها من الديون التي تنشأ لسبب آخر ولو كانت متعلقة باستغلال المحل، وهو ما يفهم من عبارة "الديون التي يعقدها" واستخدم النص الفرنسي عبارة (des dettes contractées) ما يفيد

<sup>1</sup> - مالك مصطفى، « المسؤولية التضامنية لمالك الأصل التجاري و المسير الحر، قراءة في المادة 155 من مدونة التجارة المغربية »، مقال متوفر على الموقع: <https://www.mohamah.net>.

<sup>2</sup> - نفس المرجع.

أن المشرع أراد أن يحصر هذه الديون في إطارها التعاقدية فقط ضمانا لعدم تلاعب المستأجر المسير<sup>(1)</sup>.

- أن تنشأ هذه الديون ضمن مدة الستة أشهر من تاريخ نشر العقد، فبداية التضامن تتحدد من يوم نشر وإعلان العقد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وعليه فإهمال النشر أو تأخره يؤدي إلى تأجيل بدأ سريان مدة الستة أشهر ويظل خلالها المؤجر مسؤولا بالتضامن مع المستأجر المسير لمدة غير محددة عن ديون المحل اللاحقة على إبرام عقد التسيير الحر<sup>(2)</sup>.

لا شك أن تقرير هذه المسؤولية يشكل ضمانا هاما لدائني المستأجر المسير من جهة، كما أنها من جهة أخرى تولد الثقة والائتمان في علاقات المستأجر المسير في بداية نشاطه<sup>(3)</sup>.

## 2: الاستثناءات الواردة عليها

أعطى المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 210 من ق ت ج الوكلاء القضائيين المكلفين تحت أي عنوان كان بإدارة المحل من المسؤولية التضامنية عن ديون المستأجر المسير شرط أن يرخص لهم لأغراض هذه العقود من السلطة التي أسندت لهم الوكالة، وأن يتمموا إجراءات النشر والإشهار المقررة لذلك، وإلا سئلوا عنها مسؤولية تضامنية<sup>(4)</sup>.

ننوه هنا، إلى أنه هناك من الفقه من يرى أن مدة ستة أشهر مدة طويلة نوعا ما، وتمنح لدائني المستأجر المسير مركزا متميزا عن غيرهم من الدائنين دون سبب قانوني مبرر<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - اقر القضاء الفرنسي بمسؤولية المؤجر التضامنية عن ديون المستأجر المسير الناتجة عن استغلال المحل التجاري والتي مصدرها القانون وذلك لوجود نص صريح، وذلك بالرغم من نص المادة 8 من قانون 20 مارس 1956 التي تمنع ذلك، انظر: Cass.com.6juin1972.Gaz.Pal, n°:280.1997.p17.

<sup>2</sup> - زراوي صالح فرحة، مرجع سابق، ص 300.

<sup>3</sup> - طراد إسماعيل، مرجع سابق، ص 148.

<sup>4</sup> - للمزيد من التفصيل انظر الأمر رقم 96-23 المؤرخ في 9 يوليو 1996، المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، ج ر ج عدد 43، صادر بتاريخ 10 يوليو 1996.

<sup>5</sup> - طراد إسماعيل، مرجع سابق، ص 149.

### المطلب الثاني: حماية الدائنين عند انقضاء عقد تأجير التسيير

مما لا شك فيه أن انقضاء عقد التسيير الحر<sup>(1)</sup> يشكل بحد ذاته خطرا على دائني المستأجر المسير، مما يستدعي ضرورة ضمان حقوقهم قبل اختفاء محتمل لموجودات المحل، وتفادي هروب المستأجر المسير قبل تسديد ديونه<sup>(2)</sup>، لذلك ألزم المشرع الجزائري نشر انقضاء العقد (فرع أول)، وجعل ديون المستأجر المسير حالة الأداء فورا بمجرد انقضاء العقد (فرع ثاني).

#### الفرع الأول: إشهار انقضاء عقد التسيير الحر

تنص المادة 203 فقرة 6 من ق ت ج على: « وينتهي تأجير التسيير بنفس الإجراءات التي تم بها النشر»، إذن ما هي إجراءات النشر المفروضة (أولا)، والآثار المترتبة عن عدم القيام بذلك (ثانيا).

#### أولا: إجراءات نشر انتهاء عقد التسيير الحر

من خلال المادة السالفة الذكر يتم نشر انقضاء العقد بنفس الإجراءات التي تم بها نشره عند إبرامه أي خلال خمسة عشرة يوما من تاريخه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية (المادة 203 من ق ت ج). زيادة على ذلك ضرورة الشطب من السجل التجاري لاسيما بالنسبة للمستأجر المسير أو تعديل قيده في حالة ممارسته نشاط تجاري آخر.

#### ثانيا: آثار عدم الالتزام بإجراءات النشر

يترتب عن عدم القيام بإجراءات النشر الواجبة قانونا جزاءات وآثار منها الاستمرار في المسؤولية التضامنية مع المؤجر لغاية الستة أشهر من تاريخ انتهاء العقد.

<sup>1</sup> - إضافة إلى الأسباب العامة لانقضاء العقود والتي ينقضي بها عقد التسيير الحر، نجد أنه ينقضي لأسباب خاصة لها علاقة إما بشخصية المستأجر المسير، وذلك لاعتباره عقدا ذو اعتبار شخصي أو بالمحل التجاري كذمة مالية مثل هلاكه أو زواله بزوال عناصره الأساسية، للمزيد من التفصيل عن أسباب انقضاء عقد التسيير الحر انظر: زراوي صالح فرحة، مرجع سابق، ص 306؛ عمورة عمار، مرجع سابق، ص 254.

<sup>2</sup> - المرابط زكريا، مرجع سابق.

### الفرع الثاني: حلول آجال الديون المترتبة عن عقد التسيير الحر

خلافا لأحكام القواعد العامة، التي تقضي بحلول أجل الدين عند ميعاد استحقاقه، تكون ديون المستأجر المسير المترتبة بمناسبة استغلاله للمحل المستأجر حالة الأداء فورا وبقوة القانون بانتهاء عقد التسيير الحر، وهذا ما أكدت عليه المادة 211 من ق ت ج، التي تنص على: « أن انتهاء تأجير التسيير يجعل الديون التي قام بعقدها المستأجر المسير طيلة مدة التسيير والخاصة باستغلال المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية حالة الأداء فورا».

إن سقوط آجال الديون في هذه الحالة يكون بقوة القانون، دون حاجة لحكم قضائي يقرره<sup>(1)</sup>، فبانقضاء العقد تصبح ديون المسير الحر واجبة الأداء، وبالتالي إما أن يوفي بها بإرادته وإلا أجبر على ذلك قضائيا<sup>(2)</sup>، على أن نطاق المادة تنحصر فقط في الديون دون غيرها من الالتزامات التي يكون المسير الحر قد رتبها أثناء استغلال المحل التجاري، كعقود التوريد والتوريد بالمواد والخدمات .

أما بالنسبة للعقود المتعلقة بالعمل فيجب التمييز بين تلك التي كانت قائمة قبل إبرام عقد التسيير الحر والتي تبقى قائمة، وتلك التي يكون المستأجر المسير قد أبرمها بعد العقد والتي تبقى فيها للمؤجر الحرية في إبقائها أو إنهاءها.

### خاتمة

اهتم المشرع الجزائري بعقد التسيير الحر اهتماما خاصا، جعله ينظم جميع جوانبه وكل العلاقات الناشئة عنه. وفي سبيل تقرير حماية فعالة للدائنين نجد أن موقفه غير مستقر، حيث نجده يقر قواعد خاصة تارة ويخالف بها القواعد العامة، في حين أنه يخالف القواعد الخاصة بالمعاملات التجارية تارة أخرى، ويقر بالقواعد العامة.

يظهر فيما سبق قوله، فرض الكتابة الرسمية لعقد التسيير الحر وإشهاره وذلك خلافا لحرية الإثبات المعروفة في المواد التجارية، وجعل العقد باطلا بتخلف الكتابة الرسمية،

<sup>1</sup> - انظر المادة 211 من ق ت ج، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - محمد ميساوي ، مرجع سابق، ص 371.

إضافة إلى إسقاط آجال ديون المؤجر عند إبرام العقد حالة إثبات خطر يهدد تحصيلها، وإقرار المسؤولية التضامنية بين المؤجر والمستأجر التي وإن كان لها ما يبررها قبل نشر عقد التسيير الحر، فإنها ليست كذلك بعد نشر العقد، فهو حجة على الغير ويفترض فيهم العلم بوضعية المحل، سواء تم النشر في النشرة الرسمية للإعلانات أو في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية.

كما انه وحماية للدائنين أقر حلول آجال ديون المستأجر المسير حالة انقضاء عقد التسيير الحر لأي سبب كان، ضمانا لعدم هروبه.

## \* تعزيز معاهدة حظر الانتشار النووي في ضوء تحولات القانون الدولي

د. ناتوري كريم

قسم القانون العام،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

### الملخص:

يحظى موضوع انتشار السلاح النووي باهتمام المجتمع الدولي نظرا لتأثيره على الإنسانية.

ولهذا حاولنا من خلال هذا العمل تسليط الضوء حول النقائص وضرورة تعديل معاهدة حظر انتشار السلاح النووي في ضوء تحولات القانون الدولي .

### الكلمات المفتاحية:

معاهدة حظر الانتشار النووي، القانون الدولي، تحولات القانون الدولي، الإستخدام السلمي للطاقة الذرية، التعاون الدولي.

### Strengthening the Nuclear Non-Proliferation Treaty in the Light of the Transformations of International Law.

#### Abstract:

The proliferation of nuclear weapons is of interest to the international community because of its impact on humanity.

Through, we have tried by this work to shed light on the shortcomings and the need to amend the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons in the light of the transformations of international law.

#### Keywords:

Nuclear Non-Proliferation Treaty, International Law, Transformation of International Law. Peaceful use of atomic energy. International cooperation.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/09/10، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

## Renforcement de traité de non prolifération des armes nucléaires à la lumière des mutations de droit international

### Résumé:

La prolifération des armes nucléaires représente l'une des préoccupations majeures de la société internationale, vu son impact sur l'humanité.

Dans ce travail, nous essayerons de mettre en évidence les insuffisances et l'obligation de modifier le traité de non-prolifération des armes nucléaires à la lumière des mutations de droit international.

### Mots clés :

Traité de non prolifération, armé nucléaire, droit international, mutations de droit international, l'utilisation pacifique de l'énergie atomique, coopération internationale.

### مقدمة

مفهوم حظر انتشار الأسلحة النووية يعني نزع السلاح النووي على المستوى العمودي وعدم انتشار الأسلحة النووية على المستوى الأفقي، وهذه المعاهدة عبارة عن اتفاق سياسي بين الدول المالكة للأسلحة النووية والدول غير المالكة للسلاح النووي، يتمثل في التزام هذه الأخيرة بعدم اقتنائها للأسلحة النووية، في الحين تلتزم الأولى بتدمير ترسانتها النووية بهدف القضاء على ظاهرة التسليح النووي<sup>1</sup>.

تعد معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية اتفاقاً عالمياً وقعته خمسون دولة في عام 1968، في ثلاثة مدن: لندن، واشنطن وموسكو، تهدف إلى منع انتشار الأسلحة النووية، تعزيز نزع السلاح النووي وتدعيم التعاون الدولي في مجال الاستخدام السلمي للطاقة النووية، وتحتوي على ديباجة و11 قاعدة، بدأ سريان مفعولها في شهر مارس 1970<sup>2</sup>، ومع التطورات الدولية أصبح انتشار الأسلحة النووية يهدد السلم والأمن الدوليين أكثر من أي

<sup>1</sup> زينب بن طاق، المبادرة الدولية لحظر انتشار الأسلحة النووية، دراسة حالة: "دورة الوقود النووي"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، فرع: العلاقات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006، ص 01.

<sup>2</sup> معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية الموقعة بتاريخ 01 جويلية 1968، انضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي، رقم 287-94، مؤرخ في 28 سبتمبر 1994، ج ر ع 62، لسنة 1994. راجع أيضاً: زينب بن طاق المرجع السابق، ص



وقت مضى بسبب الصراع المحتدم نحو اكتساب هذا السلاح الفتاك، الأمر الذي أفرز العديد من الأزمات كالأزميتين النوويتين الإيرانية، والكورية الشمالية. تعتبر معاهدة منع أو حظر انتشار الأسلحة النووية معاهدة عالمية ذات أهمية خاصة في مجال النظام القانوني الذي يحكم الأسلحة النووية، وهي تعمل في ميدانين على قدر كبير من الأهمية، أولهما يتمثل في حظر انتشار الأسلحة النووية وثانيهما يتعلق بنشر الاستخدامات السلمية للطاقة النووية، وأمام تسابق الدول نحو استخدام الطاقة النووية في ظل الصراع المحموم نحو التسليح الذي شهده ولا يزال العالم يشهده، فهل حققت معاهدة TNP أهدافها في ظل المتغيرات الدولية؟

يمكننا الجزم منذ البداية بأنّ المعاهدة فشلت في تحقيق أهدافها المعلنة خاصة في ميداني حظر انتشار الأسلحة النووية ونشر الاستخدامات السلمية، فلم تتمكن من مساندة تحولات القانون الدولي لأنها احتوت على سلبيات عديدة، هذا ما جعل مجلس الأمن يتدخل باسم حماية السلم والأمن الدوليين لتغطية ثغرات معاهدة عدم الانتشار النووي من جهة ورعايةً لمصالح الدول النووية من جهة ثانية<sup>1</sup>، ولكنها تبقى وثيقة دولية لا يمكن استبدالها لتحقيق الأمن الدولي كما ما عبر عنه التقرير الصادر عن لجنة الشؤون الخارجية والأمن بمجلس الشيوخ الفرنسي سنة 2010<sup>2</sup>، وعليه سنتناول (أولاً) السلبيات التي تضمنتها معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية، ثم نبين فشل المعاهدة (ثانياً).

**أولاً: السلبيات التي تضمنتها نصوص معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية:**

باستقراء نصوص المعاهدة نلمح عدم تحقيق المعاهدة للتوازن بين الأطراف فيما يخص المسؤوليات والواجبات، إذ فرضت شروطاً قاسية على الدول غير النووية، بينما دعمت وحصنت مركز الدول النووية<sup>3</sup>، كما نستنتج غياب أي إشارة في موادها تتعلق بتقديم

<sup>1</sup> WECKEL Philippe, « Le Conseil de Sécurité des Nations Unies et l'Arme Nucléaire », A.F.D.I., LII, CNRS Editions, Paris, 2006, p 182.

<sup>2</sup> BIAD Abdelwahab, « Entre Ombres et Lumière, le traité de non-prolifération nucléaire quarante ans après », Bulletin de droit nucléaire, volume 2/ N° 86, AEN, OCDE, Paris, 2010, p 05.

<sup>3</sup> محمود خيري بنونة، القانون الدولي واستخدام الطاقة النووية، مؤسسة دار الشعب، القاهرة، 1971، ص 140.

الدول النووية المساعدة للدول غير النووية في حالة تعرّض هذه الأخيرة لإعتداء نووي، مما يجعل الدول غير النووية تحت سيطرة وتبعية دائمة للدول النووية<sup>1</sup>، لتوضيح ذلك نتناول تجسيد عدم التوازن بين الدول الأطراف من ناحية، وعدم تدعيم التعاون بين الدول النووية وغير النووية في مجال الاستخدام السلمي للطاقة النووية من ناحية أخرى.

1-عدم التوازن بين الدول:

جسدت المعاهدة تقسيم دول العالم إلى دول نووية لها الحق في استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية، والحق في اكتساب وتطوير الأسلحة النووية، ودول غير نووية ليس لها الحق في استخدام الأسلحة النووية أو اكتسابها وحيازتها أو حتى مجرد السعي نحو اكتسابها، لأنّ الهدف الخلفي غير المعلن للاتفاقية هو تحديد وحصر الأسلحة النووية في يد بعض الدول النووية وليس منع استخدام السلاح النووي ونزعه بطريقة شاملة وكاملة<sup>2</sup>.

تم إحصاء، في بداية 2014، حوالي 16300 سلاح نووي، وتبيّن أنّ تسعة دول، وهي: الصين، فرنسا، الهند، إسرائيل، جمهورية كوريا الشمالية، باكستان، روسيا، بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية تصرفن حوالي 100 مليار دولار سنوياً بهدف ترسانتها النووية، هذا إن دلّ على شيء إنّما يدل على أنّ الدول النووية لا تفكر إطلاقاً في نزع سلاحها النووي في المستقبل القريب<sup>3</sup>، وعليه فإنّ المعاهدة جسّدت التفرقة بين الدول مما يثير التساؤل حول مدى إخلال المعاهدة بمبدأ المساواة في السيادة الذي أقره ميثاق الأمم المتحدة، وهو ما سنبيّنه على النحو التالي:

<sup>1</sup> اكتفت الدول النووية بالتصريح فقط على تقديم المساعدة دون وجود نص قانوني يلزمها بذلك، راجع: - حسين خلاف، "ضمانة الدول الذرية للدول غير المسلحة ذرياً ضد الاعتداء الذري"، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 30، 1974، ص 15.

<sup>2</sup> CAPETTE Isabelle, La légalité de l'emploi de l'arme nucléaire, Thèse pour le doctorat en droit public, Université Paris I (Panthéon- Sorbonne), 2002, p 59.

<sup>3</sup> « Les Etats nucléaires n'ont aucunement l'intention ne serait-ce que d'envisager une réduction des armes nucléaires dans un avenir proche », Voir :-MEIER Oliver, « Etat des Lieux du Désarmement Nucléaire », La Revue Internationale et Stratégique RIS, N° 96, Hiver 2014, p 114.

## أ-الفرقة التمييزية بين الدول:

لم تتمكن المادتين الأولى والثانية من معاهدة عدم الانتشار النووي من منع الانتشار العمودي (la prolifération verticale) للأسلحة النووية<sup>1</sup>، وهذا يخدم مصالح الدول النووية ويجعلها تحتكر مركزها النووي المتميز، بل يسمح لها بتطوير ترسانتها النووية ويجسد الوضع النووي القائم قبل إبرام المعاهدة، ولم تمنع معاهدة التعاون الدولي في مجال استخدام الطاقة النووية لأغراض عسكرية بين الدول النووية، حتى ولو كانت طرفاً في المعاهدة<sup>2</sup>، مما يؤدي إلى انتشار الأسلحة النووية انتشاراً جغرافياً فيما بين الدول النووية وبين حلفائها. نستنتج أنّ معاهدة عدم الانتشار النووي جسّدت الوضع الدولي القائم في ميثاق الأمم المتحدة الذي ركّز سلطة القرار في يد الدول الخمسة الدائمة العضوية في مجلس الأمن، وهي نفسها الدول النووية الكبرى التي تسيطر على سلطة القرار وبامتياز تطوير أسلحتها النووية في إطار معاهدة عدم الانتشار النووي، كما أنّ المعاهدة ليس لديها أي أثر رجعي يقضي بمنع الانتشار النووي القائم بين الدول النووية<sup>3</sup>.

## ب-مبدأ المساواة في السيادة ومعاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية:

تبنى القانون الدولي العام فكرة أساسية وهي فكرة السيادة التي يُقصد بها تساوي جميع الدول قانونياً، وتمتعها بنفس الحقوق، وصيانة شخصيتها وسلامة أقاليمها واستقلالها السياسي، وتجعل السيادة من الدول كيان سياسي معترف به على المستوى الدولي، مؤهل لأن يكون طرفاً في العلاقات الدولية<sup>4</sup>.

قامت منظمة الأمم المتحدة على أساس مبدأ المساواة في السيادة، وفقاً لما أكدته ميثاق الأمم المتحدة في متنه، إذ لَمَّح في الديباجة إلى أنّ الأمم المتحدة -كبيرها وصغيرها- لها حقوق

<sup>1</sup> راجع نص المادتين الأولى والثانية من معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية، المرجع السابق.

<sup>2</sup> خليفاتي عمر، منظمة الأمم المتحدة ونزع السلاح، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2000، ص 89.

<sup>3</sup> زينب بن طاق، المرجع السابق، ص 62-63.

<sup>4</sup> « Le danger est réel que le TNP se trouve encore plus affaibli », Voir : -MEIER Oliver, op-cit, p 120-121.

متساوية، وقرر في مادته الأولى الفقرة الثانية أنه يقع على الأمم المتحدة واجب العمل بهدف تنمية العلاقات الودية بين الأمم المتحدة على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب، ثم نص الميثاق بصريح العبارة في المادة الثانية الفقرة الأولى على مبدأ المساواة في السيادة، عندما ذكر أنّ المنظمة تقوم على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها<sup>1</sup>.

أعطت اللجنة الخاصة بدراسة وسائل تنمية العلاقات الودية بين الدول المكلفة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة لبحث فكرة المساواة في السيادة بين الدول، تعريفاً للسيادة مفاده تساوي كل الدول في السيادة، وهي تتمتع بحقوق وواجبات متساوية، وجميع الدول الأعضاء متساوية في العلاقات الدولية، بصرف النظر عن الفروق الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية أو أي فروق أخرى، وعليه فإنّه وفقاً لهذا التعريف لا يمكن للدول النووية أن تسيطر على القرارات في إطار أحكام معاهدة عدم الانتشار النووي ولا في إطار الوكالة الدولية للطاقة الذرية.

نميّز بين مفهومين للسيادة المطلق والنسبي، فالأول يُقصد منه مساواة مطلقة في السيادة فجميع الدول -صغيرة أو كبيرة- متساوية بصورة مطلقة باعتبار شعوبها متساوية في الحقوق والالتزامات، فلا يمكن أن تحصل دولة على حقوق أكثر من غيرها، هذا المفهوم التقليدي للسيادة يترتب عنه عدم شرعية الأسس والفكر الذي قامت عليه معاهدة عدم الانتشار النووي، لأنّها أعطت الحق لبعض الدول المحددة دون سواها في اكتساب، امتلاك واستخدام الأسلحة النووية، أما الثاني (السيادة النسبية) وهي التي سار عليها ميثاق الأمم المتحدة حيث نجد مظاهر عديدة لعدم المساواة داخل الميثاق، ومظاهر عدم المساواة الأخرى التي فرضتها الممارسة الدولية والتحويلات التي تطرأ على العلاقات الدولية، ويتجسد عدم المساواة في ميثاق الأمم المتحدة من خلال منح مقاعد دائمة لخمس دول فقط في مجلس الأمن، وفي حق الفيتو.

<sup>1</sup> DRAIN Michel, Manuel, Relation Internationales, 18<sup>ème</sup> édition, Collection Paradigme, Belgique, 2013, p 83.

إنّ فكرة المساواة في السيادة تقتضي المساواة في التمثيل، وأن يكون لكل دولة صوت واحد، وأن تكون الأصوات متساوية في الأهمية والقوة، لذلك نقول بأنّ فكرة المساواة في ميثاق الأمم المتحدة ظاهرة أكثر مما هي حقيقية<sup>1</sup>، والواقع أنّ معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية تمثل إخلالاً بمبدأ المساواة في السيادة خاصة بعد فرض تمديد المعاهدة-حتى في ظل مفهوم المساواة النسبية- لأنّه بالإضافة إلى الوضع التمييزي للدول النووية في المعاهدة، فإنّ الالتزامات التي تقع على الدول غير النووية مثل الالتزام بعدم حيازة أو صناعة الأسلحة النووية لا يقابلها أي التزام حقيقي من الدول النووية، فهي غير ملزمة بعدم استخدام أو عدم التهديد باستخدام هذه الأسلحة في مواجهة الدول غير النووية الأطراف<sup>2</sup>.

2-عدم تدعيم التعاون بين الدول النووية وغير النووية في الاستخدامات السلمية للطاقة النووية:

انضمت الدول غير النووية لمعاهدة عدم الانتشار النووي تحت دافع الحصول على التكنولوجيا النووية من الدول النووية، خاصة أنّ هذه الأخيرة قطعت على نفسها وعود بمساعدة الدول غير النووية على تطوير استخداماتها السلمية للطاقة النووية، ويُعتبر الاستخدام السلمي للطاقة النووية وفقاً لنصوص معاهدة منع الانتشار النووي حقاً مؤكداً وثابتاً، إذ أكدت ديباجتها على إتاحة الفرصة للاستخدامات السلمية للطاقة النووية لجميع الدول الأطراف، كما أكدت على ثبوت حق جميع الدول الأعضاء في تنمية بحث الطاقة النووية وإنتاجها واستخدامها للأغراض السلمية دون تمييز<sup>3</sup>، ونصت المادة الرابعة على حق الدول الأطراف في تبادل المعلومات العلمية والتكنولوجية من أجل استخدام الطاقة النووية للأغراض السلمية، وألزمت الدول القادرة بالإسهام منفردة أو بالإشتراك مع الدول الأخرى

<sup>1</sup> حنان أحمد الفولى، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها، الصادر في 08 جويلية 1996، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، مصر، 2004، ص 230.

<sup>2</sup> محمود خيرى بنونة، المرجع السابق، ص 140-141.

<sup>3</sup> راجع ديباجة معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية (TNP)، المرجع السابق.

والمنظمات الدولية في زيادة وتوسيع تطبيقات الطاقة النووية للأغراض السلمية<sup>1</sup>، كما ألزمت المادة الخامسة منها كل الدول الأطراف بالتعاون الدولي من أجل تأمين فوائد أيّ تطبيقات سلمية للتفجيرات النووية للدول غير الحائزة للأسلحة النووية<sup>2</sup>.

نستنتج أنّ ضمان الاستخدام السلمي للطاقة النووية يدخل ضمن الإلتزامات العامة التي تضمّنتها المعاهدة، والتي تقع على عاتق جميع الدول سواء نووية أو غير نووية، غير أنّ المعاهدة لم تكفل أي ضمانات لتحقيق هذا الهدف، لأنّ الدول النووية لم تف بالتزاماتها المرتبطة بتقوية التعاون السلمي في مجال الطاقة النووية دون أن تترتب أي مسؤوليات، هذا ما سنوضحه من خلال ما يلي:

أ- في مدى وفاء الدول النووية بتقوية التعاون الدولي في مجال الاستخدامات السلمية للطاقة النووية:

لم تتمكن الدول غير النووية الأطراف من الحصول على التسهيلات المقررة بموجب المادتين (04 و05) من المعاهدة والتي تتمحور حول التطبيقات السلمية للطاقة النووية، وألزمت معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية الأطراف فيها-من الدول غير الحائزة على الأسلحة النووية-بعقد اتفاقات ضمان مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية، للتأكد من ضمان الاستخدام السلمي للطاقة النووية وعدم الانحراف عن هذا الإلتزام<sup>3</sup>، بهذه الطريقة جسدت المعاهدة الوضع النووي القائم، وأكثر من ذلك لم تمنع الإلتزام العمودي للأسلحة النووية كما وكيفا لأنّ هذا يخدم مصالح الدول النووية، إذ لم تتضمن أيّ نص يمنع التعاون النووي لأغراض عسكرية بين الدول النووية<sup>4</sup>، في حين منعت انتشار الأسلحة النووية على المستوى الأفقي، أي عدم زيادة دول نووية جديدة دون المساس بمركز الدول النووية

<sup>1</sup> راجع نص المادة الرابعة من معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية، المرجع السابق.

<sup>2</sup> راجع نص المادة الخامسة من المرجع نفسه.

<sup>3</sup> ثقل سعد العجمي، "سلمية الطاقة النووية وقواعد القانون الدولي العام، مع إشارة خاصة للأزمة الإيرانية النووية الحالية"، مجلة الحقوق، الكويت، عدد 02، 2003، ص 170-171.

<sup>4</sup> خليفاتي عمر، المرجع السابق، ص 89-90.

الموجودة<sup>1</sup>، فلم تتمكن من تحقيق توازن بين الأطراف لتدعيم الاستخدام السلمي للطاقة النووية<sup>2</sup>، كما لم تتضمن أي نص متعلق بحماية الدول غير النووية من الإعتداء الذري<sup>3</sup>. تجعلنا هذه النتائج نجزم بفشل المعاهدة في تحقيق هدفها المعلن من خلال نشر الاستخدامات السلمية لوقف الانتشار النووي العسكري، بل ربّما على العكس منحت الفرصة لزيادة الانتشار النووي لدى الدول التي تملك هذا السلاح، وزيادة الدول التي تسعى لامتلاك الترسانة النووية سواء الأعضاء فيها التي تخل بالتزاماتها المترتبة بموجب هذه المعاهدة، أو غير الأعضاء فيها خاصة بعد ظهور بوادر تهريب المواد النووية وبيعها في الأسواق الخفية وخطر الإرهاب النووي.

أصبحت معاهدة عدم الانتشار النووي أكثر عجزاً، رغم أنّ الأمل كان معلقاً على المؤتمر الاستعراضي للمعاهدة المنعقد بنيويورك بين 27 أفريل و22 ماي 2015 لأقلمت 64 محور المقررة في خريطة العمل المصادق عليها في المؤتمر الاستعراضي لسنة 2010، لكن حتى ولو صادقت جميع الدول الأعضاء بالإجماع على خريطة العمل وتم التأكيد على مواصلة تكثيف الجهود بهدف نزع السلاح النووي إلا أنّ الواقع عكس ما يتمخض عن المؤتمرات الاستعراضية دائماً، لأنّ كل جهة دول نووية ودول غير نووية تتمسك بالمصالح الخاصة بها، وما الموافقة على قرارات المؤتمرات إلا توافق ظاهري للمصالح المتعارضة للأطراف<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> يستفاد من نص المادة الأولى من معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية، المرجع السابق.

<sup>2</sup> فرضت المعاهدة (TNP) شروطاً قاسية على الدول النووية، في حين حظيت الدول النووية بمركز ممتاز يدعم احتكارها النووي، فما الفائدة إذن من نزع السلاح النووي من الذين لا يملكونه أصلاً، نقلاً عن: محمود خيري بنونة، المرجع السابق، ص 104.

<sup>3</sup> سواء كان: "ضمان ايجابي" يتمثل في تأييد الدول النووية للدول غير الحائزة على هذا السلاح في حالة الاعتداء عليها أو تهديدها بالسلاح النووي، أو "ضمان سلبي" يتمثل في تعهد الدول النووية بعدم استخدام السلاح النووي ضد أي دولة غير نووية طرف في المعاهدة. راجع: حسين خلاف، المرجع السابق، ص 12-13.

<sup>4</sup> MEIER Oliver, op-cit, p 120.

**ب-خطر الإرهاب النووي واللائحة 1540 بشأن عدم انتشار أسلحة الدمار الشامل:**

تعقدت الأمور أكثر بعد تنامي ظاهرة الإرهاب وظهور شبح الإرهاب النووي فلم تعد معاهدة TNP قادرة على مسايرة تطورات العلاقات الدولية والمتغيرات الحاصلة في الساحة الدولية، فتخوفت الأمم المتحدة من وقوع الأسلحة النووية في حيازة الجماعات الإرهابية وإمكانية استخدامها رغم العدد الكبير من المواثيق الدولية التي أصدرتها لتفادي الدخول في أزمة الإرهاب النووي، أهمها اللائحة 1540 لسنة 2004 والتي تمثل إحدى التدابير ذات الطبيعة الانفرادية الصادرة عن مجلس الأمن المتعلقة بمكافحة الإرهاب، والمثيرة للعديد من الاستفسارات القانونية<sup>1</sup>.

تنامي وتطور ظاهرة الإرهاب العالمي في ظل عدم قدرة بعض الدول النووية السيطرة على مشروعاتها النووية، قد يؤدي إلى تسرب بعض الإمكانيات النووية إلى المنظمات الإرهابية، مما يحدث الطامة الكبرى<sup>2</sup>، لذلك أصدر مجلس الأمن هذه اللائحة ووافق عليها بالإجماع في 28 أبريل 2004، في فترة لا تزال العقول الدولية مصدومة بالهجمات الإرهابية على مدريد بتاريخ 11 مارس 2004، فهي تدبير لمكافحة الإرهاب حتى وإن لم يرد ذلك صراحة في عنوانها<sup>3</sup>، تضمنت تدابير داخلية وأخرى دولية فرضها مجلس الأمن منها ما يتعلق بإلزام مجلس الأمن لكل أعضاء الأمم المتحدة بالامتناع عن تقديم أية مساعدة للكيانات من غير الدول في محاولتهم للوصول بأية طريقة إلى حيازة أسلحة الدمار الشامل<sup>4</sup>، وأوجبت على

<sup>1</sup> SZUREK (S), « la lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du chapitre VII : un laboratoire normatif », R.G.D.I.P, A.Pedone, Paris, N° 01, 2005, pp 05-49.

-Voir aussi :-WECKEL Philippe, op-cit, p193-194.

<sup>2</sup> حسنين المحمدى بواى، الإرهاب النووي "لغة الدمار"، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2007، ص 115-116.

<sup>3</sup> DEMEYERE Bruno, « La Prolifération des Acteurs de Droit Nucléaire International : la résolution 1540 et le combat de Conseil de Sécurité contre l'utilisation des armes de destruction massive par des terroristes », Institut de Droit International, K.U.Leuven, Working Paper, N82, 2004, in : <http://www.internationallaw.be>, p 04.

<sup>4</sup> Voir : paragraphe 01 de la résolution 1540 adopter par le Conseil de Sécurité des N.U, New-York, 28 avril 2004, in : <http://www.un.org>. Voir aussi :-SERGE Sur, « la résolution 1540 du Conseil de Sécurité (28 avril 2004) ; entre la prolifération des armes de destruction massive, le terrorisme et les acteurs non Etatiques », R.G.D.I.P, A.Pedone, Paris, Tome 108/2004/4, p 855.



الدول إتخاذ الإجراءات ووضع التدابير الداخلية لفرض الوقاية والمتابعة الفعّالتين، اللتان تحُولان دون تصنيع أو حيازة، نقل أو تحويل أسلحة الدمار الشامل من طرف الفاعلين من غير الدول، وإتخاذ إجراءات فعّالة لتوفير الحماية المادية لكل المواد التي تدخل في تصنيع هذه الأسلحة وضمان عدم اكتسابها من كيانات من غير الدول، هذه أمثلة عن التدابير الداخلية التي فرضها مجلس الأمن على كل أعضاء الأمم المتحدة<sup>1</sup>.

أمّا التدابير الدولية فنذكر منها: ضرورة الدخول ضمن الالتزامات الدولية المرتبطة بموضوع اللائحة وتفعيل تطبيق الاتفاقيات الدولية، كما قرر مجلس الأمن إنشاء "لجنة مجلس الأمن" تتكون من جميع أعضاء المجلس لمدة لا تتجاوز سنتين، يقع على عاتقها متابعة التطبيق الفعلي لللائحة، وأنّ التدابير الواردة في اللائحة لا يجب تفسيرها على نحو متعارض مع اتفاقية منع انتشار الأسلحة النووية (TNP)، الاتفاقية المتعلقة بتحريم وتصنيع وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية، وتلك المتعلقة بمنع الأسلحة البيولوجية<sup>2</sup>، وعليه نستنتج أنّ لهذه اللائحة علاقة وثيقة باللائحة (1373) المتعلقة بمحاربة الإرهاب، سواء من حيث الإجراءات أو الهدف.

توجد لوائح أخرى لمجلس الأمن (687)، (1373) و(1540) تتمتع بنفس الطبيعة القانونية وهي تصرف أو تدبير انفرادي، يدفعنا إلى تكييف اللائحة (1540) المتعلقة بعدم إنتشار أسلحة الدمار الشامل على أنّها من التزامات «Erga Omnes» التي تقع على عاتق المجموعة الدولية ككل بمعنى أنّ أثارها تمتد لتسري خارج نطاق العقد الدولي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> paragraphe : 2-3 de la résolution 1540. Voir aussi :

-CARLTON Stoiber, « Le Droit Nucléaires au Conseil de Sécurité des N.U », in : Le droit nucléaire international ; Histoire, évolution et perspectives, 10<sup>ème</sup> anniversaire de l'Ecole internationale de droit nucléaire, Affaires juridiques, AEN, OCDE, 2010, pp 108-115.

<sup>2</sup> Voir aussi :-DEMEYERE Bruno, op-cit, pp 08-10.

<sup>3</sup> بويحي جمال، المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتوجهات الجديدة لتكوين قواعد القانون الدولي العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 88-89.

يُعبّر هذا عن ظهور أزمة الشرعية في القانون الدولي، لأنّ مجلس الأمن بهذه الطريقة إنّما اغتصب إرادة المجموعة الدولية، لأنّ هذه اللائحة في آثارها تشكل إتفاقية دولية شارعة تتمك حرية التعاقد الدولي.

إلى جانب اللائحة 1540 نجد آليات أخرى لمنع تسرب المواد وحياسة الأسلحة النووية من الجماعات الإرهابية، مثل الاتفاقية الدولية للحماية المادية للمواد النووية 1987 والمعدلة في 2005، الاتفاقية الدولية لقمع الإرهاب النووي 2005<sup>1</sup>، وتم تدعيم وتقوية هذه الآليات في سنة 2010 بمناسبة قمة الأمن النووي المنعقدة "بواشنطن"، والتي شاركت فيها 47 دولة ممثلة بحكوماتها، بهدف الحوار لإيجاد السبل الفعالة لمنع وصول الأسلحة النووية إلى الإرهاب ومكافحة الإرهاب النووي، وقد تأكّدت الرغبة السياسية في تطبيق هذه الآليات بموجب قمة أخرى للأمن المنعقدة "بسيول" عام 2012<sup>2</sup>، لكن تبقى كل هذه الآليات عقيمة في ظل الازدواجية في التعامل وتطبيق قواعد القانون الدولي خاصة في ظل المتغيرات الراهنة والصراعات نحو التسلح النووي وظهور فاعلين دوليين من غير الدول.

ثانياً: فشل معاهدة TNP في ظل تحولات القانون الدولي:

معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية أقرت شرعية السلاح النووي بالنسبة للدول النووية، وأسفرت على جناح ينفرد بحق امتلاك الأسلحة النووية، فلم تمنع المعاهدة التعاون الدولي في مجال استخدام الطاقة النووية لأغراض عسكرية بين الدول النووية<sup>3</sup>، وعدم التزام الدول النووية بمعاهدة عدم الانتشار النووي وبالخصوص الالتزام بحسن نية لتحقيق النزاع الشامل للسلاح النووي المنصوص عليه في المادة السادسة منها، هو جوهر الدعوى القضائية التي كان لحكومة "جزر مارشال" الجرأة في رفعها في أفريل 2014 أمام محكمة العدل الدولية ضد الدول النووية بسبب عدم التزامها بأحكام معاهدة عدم

<sup>1</sup> الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي، المعتمدة في الدورة التاسعة والخمسون للجمعية العامة للأمم المتحدة (59/290)، بتاريخ 15 أفريل 2005، متوفرة على موقع الأمم المتحدة.

<sup>2</sup> Guide de l'Usage des Parlementaires, Union Interparlementaires, N° 12, 2012, p 73-74.

<sup>3</sup> خليفاتي عمر، المرجع السابق، ص 89.

الانتشار النووي، لكن من أصل تسعة دول وجهت لها التهمة قبلت المحكمة الدعوى ضد ثلاثة وهي بريطانيا، الهند وباكستان، وخلصت في النهاية في قرارها الصادر عام 2016 بعدم الاختصاص وأنه لا يوجد نزاع مباشرة بين "جزر مارشال" والدول الثلاثة، فالمحكمة تهربت من تحليل الموضوع بحجة انعدام نزاع مباشر بين الدولة المدّعية والدول المدعى عليها<sup>1</sup>.

فشلت معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية في تحقيق الأغراض التي حددتها سواء على مستوى المبادئ أو الفاعلية أو المصالح الأمنية، ومما يؤكد ذلك ارتفاع عدد الرؤوس النووية من 1200 رأس عام 1968 إلى 55000 رأس بعد عشرين عاماً، كما أنّ بعض الدول الموقعة على المعاهدة لم تلتزم بأحكامها وتابعت برامجها النووية، كما توافدت العديد من الدول على النادي النووي، ورفضت الانضمام إلى المعاهدة مثل إسرائيل، باكستان، الصين...، والهند التي قامت بتفجيرات نووية<sup>2</sup>، نحن نعتقد أنه يجب أولاً حظر الأسلحة النووية من أجل القضاء عليها وإزالتها، وليس العكس فلا يمكن تحقيق نزع السلاح النووي ما دام أنه لم يتم حظره.

فمعاهدة عدم الانتشار النووي هي في حقيقتها تنظيم لحياسة الأسلحة النووية<sup>3</sup>، وسنحاول إبراز فشل معاهدة عدم الانتشار النووي من خلال تعزيز الدول النووية لترسانتها النووية، وبروز الأزمات النووية وظهور دول نووية جديدة مما يهدد أكثر السلم والأمن الدوليين.

<sup>1</sup> Arrêt de la C.I.J, Affaire des obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire, entre la République des Iles Marshall, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne..., 05 octobre 2016, Rôle général, N° 160, p 05-06 et 23. Voir aussi :

-LAGOT Daniel, Le Droit International et les Guerres de Notre Temps, questions contemporaines, L'Harmattan, Paris, 2016, op-cit, p 82-83.

<sup>2</sup> حسنين المحمدى بوادى، المرجع السابق، ص 126-127.

<sup>3</sup> CAPETTE Isabelle, op-cit, p 60.

## 1- تعزيز الدول النووية لترسانتها النووية:

استقطبت قضية انتشار الأسلحة النووية اهتمام العالم بشكل غير مسبوق مع بداية القرن الحادي والعشرين، مباشرةً بعد أحداث الحادي عشر سبتمبر 2001، حيث أصبح انتشار الإرهاب وأسلحة الدمار الشامل حسب المفهوم الأمريكي يهدد ليس فقط (الو.م.أ) ولكن الحضارة الإنسانية بمجملها<sup>1</sup>، واستمرت الدول النووية الكبرى في منع انتشار الأسلحة النووية للإبقاء على احتكارها لها، وليس لخوفها على السلم والأمن الدوليين كما تدّعي<sup>2</sup>، ولجأت الولايات المتحدة الأمريكية لعدة طرق لردع الدول غير النووية التي تتطلع لدخول النادي النووي، كالتهديد والترهيب والحصار الاقتصادي وحتى استخدام القوة العسكرية مثلما حدث في عام 2003 عندما وجهت ضربات ضد العراق تحت ادعاء امتلاكها للأسلحة النووية ومثلما يحدث مع جمهورية كوريا الشمالية وإيران حالياً، وتثير الأزمة الإيرانية الكثير من الأسئلة المتعلقة بتنظيم القانون الدولي للطاقة الذرية<sup>3</sup>، خاصةً في ظل تحدي إيران لمجلس الأمن، إذ رغم إلحاح هذا الأخير بموجب العديد من اللوائح -أحدثها اللائحة 2231(2015)<sup>4</sup> - على ضرورة وقف إيران تخصيص اليورانيوم والالتزام بمعاهدة TNP، إلا أنّ إيران هددت بالانسحاب من المعاهدة في حالة تواصل الضغوط الدولية عليها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> رانية محمد طاهر، السلاح النووي بين مبادئ الشرعية الدولية وحتميات القوة، (دراسة مقارنة للسياسات النووية وكوريا الشمالية، المكتب العربي للمعارف، مصر، 2013، ص 11.

<sup>2</sup> BIAD Abdelwahab , « Le Droit International et l'Arme Nucléaire Aujourd'hui », Le Droit International face aux nouvelles technologies, Rencontres Internationales de la faculté des Sciences Juridiques, politiques et Sociales de TUNIS, Colloque des : 11,12 et 13 avril 2002 (S/D) de Rfaa Ben Achour et Slim Laghmani, Edition A.Pedone, Paris 2002, p 205.

<sup>3</sup> ثقل سعد العجمي، المرجع السابق، ص 181.

<sup>4</sup> القرار رقم 2231، الذي اتخذته مجلس الأمن في جلسته 7488، المعقودة بتاريخ 20 جويلية 2015، متوفر على موقع الأمم المتحدة، www.un.org.

<sup>5</sup> ناتوري كريم، استخدام الأسلحة النووية في القانون الدولي العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، فرع: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي ززو، 2009، ص 128.

يؤكد هذا التكهرب الدولي على أنّ المعاهدة فشلت في تحقيق أهدافها المعلنة خاصة في ميداني حظر انتشار الأسلحة النووية ونشر الاستخدامات السلمية، فلم تتمكن من مساهمة تحولات القانون الدولي لأنها احتوت على سلبيات عديدة، هذا ما جعل مجلس الأمن يتدخل باسم حماية السلم والأمن الدوليين لتغطية ثغرات معاهدة عدم الانتشار النووي.

## 2- بروز الأزمات النووية المهددة للسلم والأمن الدوليين:

ساهم عجز وهشاشة نظام معاهدة عدم الانتشار النووي في ظهور أزمات دولية نووية نتيجة إفلات الدول من الرقابة الدولية على استخدام الطاقة النووية، كما أنّ سياسة الدول النووية المتمثلة في التهديد والردع النووي دفعت ببعض الدول غير النووية إلى السعي للحصول على القدرة النووية، وذلك رد فعل طبيعي، فكيف يمكن منع هذه الدول من امتلاك الأسلحة النووية في حين أنّ الدول النووية التي دعت إلى معاهدة حظر الانتشار النووي تعمل جاهدة لتطوير الأسلحة النووية، فالنوايا النووية مشكلة حقيقية في قضايا الانتشار النووي بصفة عامة<sup>1</sup>.

أشار القاضي "بجاوي" رئيس محكمة العدل الدولية في 1996 إلى أنّ الرأي الاستشاري لسنة 1996 حول مشروعية استخدام أو التهديد باستخدام السلاح النووي عبّر صراحةً عن حقيقة قانونية، وأكد بإخلاص على أمل الشعوب على حد سواء في نزع السلاح النووي الذي سيظل هدف كل المواقف في مجال الأسلحة النووية<sup>2</sup>.

جاءت التفجيرات النووية الهندية والباكستانية لتؤكد قصور معاهدة حظر الانتشار، وعاد ليتردد من جديد القول أنّ هذه المعاهدة غير عادلة لكونها أعطت الدول الكبرى النووية احتكار عضوية النادي النووي، ولأنها تخضع للانتقائية والمعاملة المزدوجة، مما أدى إلى تسميتها بمعاهدة "التمييز العنصري النووي".

<sup>1</sup> رانية محمد طاهر، السلاح النووي بين مبادئ الشرعية الدولية وحتميات القوة، المرجع السابق، ص 57.

<sup>2</sup> حنان أحمد الفولى، المرجع السابق، ص ص 248-250.

## أ-الأزمة النووية في كوريا الشمالية:

ظهرت بوادر هذه الأزمة عند إعلان كوريا الشمالية بتاريخ 12 مارس 1993 عن انسحابها من معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية، ثم إعلان مدير الوكالة الدولية للطاقة الذرية (في تلك الفترة السيد Hans Blix)، عن عجز الوكالة في ضمان عدم صناعة كوريا الشمالية للأسلحة النووية<sup>1</sup>، الأمر الذي يستلزم حوار دولي لاحتواء الأزمة (المشكلة)، لكن مواقف كل من (الو.م.أ) وكوريا الشمالية أطالت في عمر الأزمة<sup>2</sup>، التي أثرت على الأمن والسلم الدوليين، إذ دخلت الولايات المتحدة الأمريكية وكوريا الجنوبية واليابان في محادثات لدراسة تطور البرنامج النووي لكوريا الشمالية، وبالعودة إلى نصوص معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية، فإنّ انسحاب كوريا الشمالية من المعاهدة لن يدخل حيز النفاذ إلاّ بمرور مدة 03 أشهر أي في 12 جوان 1993<sup>3</sup>.

استلزم هذا الجو المكهرب سلسلة من المحادثات بين الولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية الشعبية الديمقراطية الكورية (RPDC)، جرت بنيويورك من الثاني إلى الحادي عشر جوان 1993، توجت باتفاق إطار يسمح بمواصلة الحوار على قدم المساواة بين الأطراف المتحاوره، ثم جرت مفاوضات أخرى شاقة بجنيف قام على إثرها الرئيس الأمريكي السابق « Jimmy Carter » عام 1994 بزيارة عاصمة كوريا الشمالية بين 15 و 18 جوان 1994، هذه الزيارة أسفرت على توقيع (الو.م.أ) وكوريا الشمالية على وثيقة تاريخية عُرفت بـ « Geneva Agreed Frame Work ».

<sup>1</sup> CHANGSU Kim, « La Prolifération NORD-CORREENNE depuis la Crise de 1993-1994 et les Réponses Régionales », Asia centre fondation pour la recherche stratégique, in : <http://www.centreasia.org> , p 01.

<sup>2</sup> « ...les résultats sont peu probants en l'absence de changement fondamental dans les positions de Washington et de Pyong Yong », voir : -HAROLD Thiboult« chronologie : la PENINSULE COREENNE et la Question Nucléaire (1993-2007) », in : <http://www.mondialisation.ca>, p 01.

<sup>3</sup> CHANGSU Kim, op-cit, p 01.

استمرت هذه المرحلة إلى غاية أواخر سنة 2001 عندما تم اللقاء التاريخي بين رئيسي الكوريتين الشمالية والجنوبية في ظل استمرار الأولى في تطوير ترسانتها العسكرية وإطلاقها لصواريخ فوق الإقليم الياباني، فدخل العالم في مرحلة ثانية لهذه الأزمة بداية من أواخر 2001 وأوائل 2002، حيث سجّل التاريخ أول زيارة للوزير الأول الياباني إلى كوريا الشمالية في إطار تدعيم السياسة اليابانية التعاونية لتحقيق التقارب مع كوريا الشمالية، وقد صرّح الرئيس الأمريكي السابق "جورج بوش" أنّ كوريا الشمالية تصنّف ضمن دول "محور الشر" التي تهدد الأمن والسلم الدوليين.

أمام إصرار كوريا الشمالية على تحدي الولايات المتحدة الأمريكية لجأت هذه الأخيرة إلى وقف مسار المفاوضات ووقف تزويد كوريا الشمالية بالبتروول فأعلنت كوريا الشمالية انسحابها من معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية في جانفي 2003، وأدى هذا الغموض حول النشاط النووي الكوري شمالي إلى تشديد الضغط الدولي على كوريا الشمالية لتفادي أي تهديد نووي<sup>1</sup>، ثم بعد ذلك بذلت الولايات المتحدة الأمريكية جهود دبلوماسية من أجل جرّ أعضاء مجلس الأمن الدولي إلى الدخول في مفاوضات مع كوريا الشمالية لوضع حد لبرنامجها النووي وإيجاد حل سلمي للأزمة بعدما تأكد حيافة كوريا الشمالية للأسلحة النووية، فكان لها ذلك بعد دخول أعضاء مجلس الأمن وكوريا الشمالية في مفاوضات إتجهت نحو إيجاد حل نسبي للمشكلة في ديسمبر 2005، لكن تغيّر موقف كوريا بعد إكتشافها أنّ الولايات المتحدة الأمريكية جمّدت حوالي 24 مليون دولار وضعتمهم كوريا الشمالية في بنك "دالتا آسيا Delta asia" مستهدفة بذلك فرض حصار مالي على كوريا الشمالية، وكرد فعل على ذلك قامت هذه الأخيرة بتفجير قنبلة نووية صغيرة في أكتوبر

<sup>1</sup> Ibid, pp 01-04

2005، مما دفع بأعضاء مجلس الأمن إلى المصادقة على لائحتين تفرضان عقوبات على كوريا الشمالية<sup>1</sup>.

أمام عدم قدرة الولايات المتحدة الأمريكية الإمام بكل الجبهات (أزمات العراق، إيران، أفغانستان، كوريا الشمالية)، عقدت في 13 فيفري 2007 اتفاقاً مبدئياً حول نزع السلاح في كوريا الشمالية وغلق هذه الأخيرة لمراكزها المتعلقة بالبرامج النووية مقابل تزويد الولايات المتحدة الأمريكية لكوريا الشمالية بحوالي ما يقارب مليون طن من البترول<sup>2</sup>، ويعبر هذا الاتفاق عن رغبة الولايات المتحدة الأمريكية التفرغ للأزمة الإيرانية بعدما أنهكتها الحروب في العديد من المناطق في العالم .

سبق لمجلس الأمن أن أصدر إعلاناً في 31 جانفي 1992 اعتبر فيه إنتشار الأسلحة النووية تهديداً للأمن والسلم الدوليين<sup>3</sup>، ولم يخرج التطور النووي في كوريا الشمالية عن هذا الطرح، خاصةً بعد صدور اللائحة 1540 سنة 2004، كما أكد مجلس الأمن في القرارين 1874 (2009) و2094 (2013) المتعلقين بالأزمة النووية الكورية على أن إنتشار الأسلحة النووية يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين وأنه لا يمكن لجمهورية كوريا الشعبية الديمقراطية أن تتمتع في أي حال من الأحوال بمركز الدول الحائزة للأسلحة النووية وفقاً لمعاهدة عدم الانتشار النووي<sup>4</sup>، وأمام إصرار كوريا الشمالية على مواصلة برنامجها النووي وقيامها بالعديد من التجارب النووية، تغيرت المواقف الإستراتيجية للدول

<sup>1</sup> JOHN Chan et PETER Symonds, « Accord sur L'arrêt des Activités Nucléaires en Corée du Nord: avoir les mains libres pour le conflit avec l'IRAN », le 20 février 2007, in : <http://www.mondialisation.ca>, p 01.

<sup>2</sup> HAROLD Thiboult, op-cit, p 02.

<sup>3</sup> MILLET Devalle Anne Sophie, « Non Prolifération Nucléaire ; régime de non prolifération, mouvement d'ensemble et mouvements partiels », R.G D .I .P, Edition A.Pedone, Paris, Tome 111/2007/2, p 443.

<sup>4</sup> راجع القرار رقم 1874، الذي اتخذه مجلس الأمن في جلسته 6141، المعقودة بتاريخ 12 جوان 2009، والقرار رقم 2094، الذي اتخذه مجلس الأمن في جلسته 6932، المعقودة بتاريخ 07 مارس 2013.



الخمس المشاركة في مفاوضات بكين (الدول الحائزة على حق الفيتو)، فتكهربت العلاقات التعاونية لهذه الدول مع كوريا الشمالية.

اتخذ مجلس الأمن عقوبات في مواجهة الخطر النووي الكوري شمالي الذي هدد السلم والأمن الدوليين، خاصة في الفترة التي تلت انسحابها عام 2003 من معاهدة عدم الانتشار النووي، وتمت مناقشة اتخاذ إجراءات عقابية جديدة ضد كوريا الشمالية في مجلس الأمن بعد تجاربها النووية في سبتمبر<sup>1</sup> 2016، وبذلت كل من الصين واليابان مساعي دبلوماسية جبارة من أجل إيجاد حل سلمي للأزمة، والتمهيد نحو نظام جديد للسلم بدلاً من نظام التسلح الذي ساد في كوريا منذ نصف قرن<sup>2</sup>.

#### ب-الأزمة النووية الإيرانية:

تثير الأزمة النووية الإيرانية الكثير من المشاكل والأسئلة القانونية المتعلقة بتنظيم القانون الدولي للطاقة الذرية خاصة في ظل تحدي إيران لمجلس الأمن<sup>3</sup>، إذ رغم إلحاح هذا الأخير بموجب اللوائح 1696، 1737، 1747 و2231 (2015) على ضرورة امتثال إيران لأحكام معاهدة عدم الانتشار النووي وتأكيدده على أنّ الاستخدام السلمي للطاقة النووية حق لجميع الدول الأطراف في المعاهدة<sup>4</sup>، إلا أنّ الأزمة النووية الإيرانية لا تزال تلقي بظلالها على السلم والأمن الدوليين على غرار الأزمة الكورية أيضاً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> LAGOT Daniel, Le D .I et Les Guerres de Notre Temps, op-cit, p 81.

<sup>2</sup> JOHN Chan et PETER Symonds, op-cit, p 04.

-« le processus de négociation a six a été longtemps bloqué par les États-Unis, l'accord de septembre 2005 , n'avait jamais reçus d'application », voir :  
-MILLET-Devalle Anne Sophie, op-cit, p 436.

<sup>3</sup> ثقل سعد العجوي، المرجع السابق، ص 181.

<sup>4</sup> راجع ديباجة القرار رقم 2231 (2015)، الذي اتخذته مجلس الأمن في جلسته 7488، المعقودة بتاريخ 20 جويلية 2015.

<sup>5</sup> « Crise de prolifération : les ombres portées de la Corée du Nord et de l'Iran », voir :

- BIAD Abdelwahab, « Entre Ombres et Lumières... », op-cit, p 08.

يجب التذكير أنه لا توجد أي أدلة حول تحويل البرنامج النووي السلمي الإيراني إلى أهداف عسكرية رغم تناقض التقارير والتصريحات الصادرة عن الخبراء، لكن إيران في حالة انسحابها من معاهدة عدم الانتشار النووي والإفلات من رقابة الوكالة الدولية للطاقة الذرية، يمكنها التوجه نحو استخدام الطاقة النووية لأغراض عسكرية<sup>1</sup>، بالإضافة إلى خطر وقوع الأسلحة النووية في حيازة الجماعات الإرهابية، مما يؤدي بنا إلى الجزم بفشل معاهدة عدم الانتشار النووي في مواجهة تطورات القانون الدولي<sup>2</sup>.

هذه الأزمة مستمرة في إثارة الكثير من المشاكل القانونية التي من شأنها التأثير على السلم والأمن الدوليين، إذ سبق وأن هددت إيران في العديد من المرات بانسحابها من معاهدة عدم الانتشار النووي "إذا لم يتم احترام حقها في الاستخدام السلمي للطاقة النووية"، وأكد المدير السابق للوكالة الدولية للطاقة الذرية "البرادعي" أن انسحاب إيران من المعاهدة ليس حلاً، بل يزيد الأزمة تعقيداً وتوتراً، لأنّ الحل يتمثل في إيجاد صيغة تكفل حق إيران في الاستخدام السلمي للطاقة النووية مع عدم ضمان تحويلها لأغراض عسكرية<sup>3</sup>. لقد تبنت منظمة الأمم المتحدة مشروع لمعاهدة حظر الأسلحة النووية بتاريخ 07 جويلية 2017، بعد موافقة ثلثي أعضاء منظمة الأمم المتحدة رغم معارضة الدول النووية خاصةً (الو.م.أ، فرنسا وبريطانيا)، إلا أنّ هذه المعاهدة لم تدخل بعد حيز التنفيذ حيث اشترط لتحقيق ذلك مرور 90 يوم على تصديق 50 دولة عليها، وهذه المعاهدة انجاز كبير وخطوة عملاقة للمنظمة الأممية إذ ورد في مادتها الأولى/د على أنه تتعهد كل دولة طرف بالأداء تقوم تحت أي ظرف من الظروف باستخدام الأسلحة النووية أو التهديد باستخدامها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> MAYALEH-MAYARD Juliette, Le Programme Nucléaire Iranien : Les implications pour les pays arabes, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'université Paris II Panthéon-Assas, discipline : Science Politique, 18 juin 2010, p 20. Voir aussi :

رانية محمد طاهر، السلاح النووي بين مبادئ الشرعية الدولية وحتميات القوة، المرجع السابق، ص ص 57-71.

<sup>2</sup> CARLTON Stoiber, op-cit, p 117.

<sup>3</sup> LAGOT Daniel, Le D .I et Les Guerres de Notre Temps, op-cit, p 81-82.

<sup>4</sup> معاهدة حظر الأسلحة النووية، المبرمة من طرف منظمة الأمم المتحدة بتاريخ 07 جويلية 2017، وضعت للتوقيع بتاريخ 20 سبتمبر 2017، ولم تدخل بعد حيز التنفيذ.

## خاتمة

لم تتمكن معاهدة عدم الانتشار النووي من تحقيق نزع السلاح النووي، فهي تضع التزامات على الدول غير النووية دون أن تُلزم الدول أو القوى النووية بتدمير أو نزع السلاح النووي، إذ لم تضع قيود على الدول النووية التي تستمر بكل حرية في تطوير أسلحتها النووية، وهذا أدى إلى خلق مناخ من عدم الثقة في المجتمع الدولي، ودفع كوريا الشمالية إلى الانسحاب من المعاهدة، كما جعل الكثير من الدول كاليهند والباكستان ترفض الانضمام إلى معاهدة عدم الانتشار النووي، ويجب وضع الالتزام الوارد في المادة السادسة من معاهدة عدم الانتشار النووي موضع التنفيذ الفعلي، إذ يقع على عاتق جميع الدول وبدرجة أولى الدول النووية القيام بحسن نية بإجراء مفاوضات بهدف الوصول إلى النزع الكلي والشامل للسلاح النووي، لأنّ الخطوات التي تقوم بها الدول النووية إلى حد كتابة هذه الأسطر وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية تركزت حول تحديث ترسانتها النووية، وأثرت بالسلب على جهود منع الانتشار النووي.

يجب على المجتمع الدولي والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية أن تقود حركات سلمية ونضالية على جميع المستويات للضغط على حكومات الدول من جهة والمنظمات الدولية وأجهزتها الفعالة من جهة ثانية، بهدف حث ودفع الدول إلى المصادقة على معاهدة حظر الأسلحة النووية لعام 2017، لتدخل حيز النفاذ.

## \* حماية المستهلك (طالب بطاقة الدفع الالكتروني) من الشروط التعسفية\*

د. طباعة نجاة

قسم القانون الخاص،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

أمام اعتبار طالب بطاقة الدفع الالكتروني مستهلك الكتروني يتعاقد مع مهني، هو ما يجعله عرضة للتعسف التعاقدي، هو ما يفرض ضرورة إقرار حماية خاصة لطالب بطاقة الدفع تجاوبا مع الطبيعة الخاصة للعقود الالكترونية البنكية التي يميزها الاحتكار والهيمنة.

الكلمات المفتاحية:

المستهلك، بطاقة الدفع الالكتروني، الشروط التعسفية.

### Consumer protection (electronic payment card applicant) of arbitrary conditions

#### Summary:

Before the consideration of the applicant for the electronic payment card electronic consumer engages with a professional, is what makes it vulnerable to the abuse of contractual, is which impose the need for the implementation of special protection for themselves, respecting nature banking electronic contracts specified by the monopoly and dominance

#### Keywords:

Consumer, electronic payment card, arbitrary conditions.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/10/10، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

## Protection du consommateur (demandeur de la carte de paiement électronique) de conditions arbitraires

### Résumé:

Le demandeur de la carte de paiement électronique est un consommateur électronique qui s'engage avec un professionnel, chose qui le rend vulnérable aux abus contractuels. Cette situation impose la mise en place d'une protection spécifique pour ce dernier face au monopole et à la dominance caractérisant les contrats électroniques bancaire.

### Mots clés :

Consommateur, carte de paiement électronique, conditions arbitraires.

### مقدمة

نظرا للتطور الحاصل في مختلف المجالات عامة و في الأسواق المالية و السياسة النقدية خاصة، عمدت البنوك إلى إصلاح نظام المدفوعات بهدف الإسراع في معالجة المدفوعات و تقليل المخاطر وعدم اليقين المرتبطين بالمدفوعات غير النقدية ،وتسهيل استخدام أدوات دفع جديدة تعتبر أكثر تطورا من الأوراق التجارية<sup>1</sup>.

فمع انفجار ثورة تقنية المعلومات ،أصبح الحديث يدور حول التكنولوجيا المصرفية التي كانت أهم نتائجها استحداث أفكار جديدة في الوفاء، حيث اتجهت البنوك إلى ابتكار هذه الوسائل الحديثة، منها بطاقة الدفع<sup>2</sup>. التي تبناها المشرع الجزائري لأول مرة من خلال تعديل القانون التجاري سنة 2005<sup>3</sup>، والتي اعتبرها كل بطاقة صادرة عن البنوك و الهيئات المالية المؤهلة قانونا تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال<sup>4</sup> فهي تعتبر أداة سحب عندما تمكن حاملها من سحب الأموال من موزع آلي للأوراق النقدية أو من شبك آلي

<sup>1</sup> توماس بالينو ،راجان أموندي سانديرا ، " إصلاح نظام المدفوعات و السياسة النقدية "، مجلة التمويل والتنمية:الإصلاح المصرفي و النقدي ،العدد الأول، مارس 1996، ص 15.

<sup>2</sup> رغم أن البطاقات الالكترونية كانت أمريكية المنشأ، إلا أن الفضل في تطويرها يعود إلى فرنسا من خلال نظام البطاقة الزرقاء التي تبنت تنظيم الأحكام القانونية للبطاقات كأسلوب من أساليب الدفع الالكتروني سنة 1967 . انظر:

-RODIER.(R.) ,RIVES-LANGE,(J-L),Droit bancaire ,2<sup>ème</sup> édition ,Daloz .Paris,1975.p237.

<sup>3</sup> قانون رقم 02-05، مؤرخ في 6 فيفري 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 59-75 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ، المعدل و المتمم.

<sup>4</sup> راجع المادة 543 مكرر 1/233 من أمر رقم 59-75، المرجع نفسه.

للبنك، وأنها أداة وفاء عندما تمكن حاملها من استعمالها في الوفاء بدين تجاه دائنه الذي عادة ما يكون التاجر المورد<sup>1</sup>، حيث أصبح ممكنا لحاملها أن يستخدمها في شراء كل احتياجاته دون التقيد بمنافذ التوزيع الخاصة بالجهة المصدرة ، وعلى نطاق جغرافي واسع وحتى خلال رحلاته في الخارج<sup>2</sup>

وعليه، يقصد بالمستهلك في مجال بطاقات الدفع، ذلك الشخص الذي يتعاقد مع البنك على إصدار بطاقة وفاء لصالحه في حدود مبلغ معين لاستعمالها، أي بمعنى آخر نعني بالمستهلك حامل بطاقة الوفاء<sup>3</sup>.

نظرا لكون حامل البطاقة في تعاقد مع البنك يعتبر الطرف الضعيف الذي يحتاج للحماية من جانب المشرع ،نتساءل عن مدى ضمان حماية لهذا الأخير في مواجهة البنوك المصدرة لبطاقات الدفع تجاه الشروط التعسفية، باعتبار هذه الأخيرة تحتكر هذه العملية دون سواها استنادا لنص المادة 66 من قانون النقد والقرض والعدل والمتمم<sup>4</sup> . من جهة، ومن جهة أخرى أن العميل يتعهد على التوقيع دون معرفة كل العناصر، حيث تتوقف معرفته على النتيجة النهائية للإجراء و المتمثل في حصوله على بطاقة دفع الكتروني، مع أنه يجهل كيف يحدث تلقي الآثار القانونية.

للإجابة عن هذا التساؤل سوف نبحت عن مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة في حق البنك لمواجهة الشروط التعسفية من خلال منح المتعامل البنكي إمكانية طلب الإعفاء من هذه الشروط الموضوعة مسبقا التي من المحتمل أن يتعسف البنك في وضعها ،باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة البنكية(أولا). وكذا مدى الاعتناء بضمان حماية خاصة لطالب

<sup>1</sup> TALEB ,(F.), « La carte bancaire et les instruments de paiements électroniques », Séminaire national :Le secteur bancaire et les lois de réformes économiques .Faculté de droit ,Université de Jijel,02-03-04 mai2005,p01.

<sup>2</sup> BROKER ( K.), « La révolution de la carte de crédit », Revue problèmes économiques, n°2850,Avril 2004,p34.

<sup>3</sup> فايز نعيم رضوان ، المرجع السابق ، ص 63.

<sup>4</sup> انظر المادة 66، قانون النذ والقرض ، مرجع سابق .

بطاقة الدفع بقواعد استثنائية غير مألوفة في القواعد العامة تماشيا مع خصوصية النشاط المصرفي (ثانيا).

أولا : مدى أحقية العميل الالكتروني مواجهة الشروط البنكية التعسفية وفقا للقواعد العامة .

إذ كان حصول العميل على بطاقة الدفع الالكتروني يكون وفقا لعلاقة تعاقدية، ينظر إليها على أنها شبيهة بعقود إذعان يقتصر دور العميل فيها على توقيعه النموذج الخاص بالعملية، يفترض أن هذا العميل (المستهلك) يحق له المطالبة بإبطالها أو حمايته من الشروط التعسفية فيها.

لكن للتأكد من مدى صحة هذه الفرضية الأمر تحديد مدى اعتبار عقود مطالبة العميل لبطاقة الدفع الالكتروني من عقود الإذعان من جهة (أ)، لنبين بعدها مدى توفر الشرط التعسفي حتى يتمتع العميل بحق مواجهته لهذه الشروط وفقا للقواعد العامة التي تمنح للقاضي حق فسخ الشرط التعسفي (ب).

#### أ-طابع الإذعان في العقد الالكتروني البنكي

انطلاقا من اعتبار العمليات المصرفية ذات طابع نمطي أي تتم بأسلوب نموذجي موحد<sup>1</sup>، حيث يقال بأن العقود المصرفية من قبيل العقود المعدة للكافة<sup>2</sup>، فهي مثلها مثل عقود التأمين و النقل، لكون الكثير منها تخاطب عدد هائل من العملاء .

منه نجد أن العمليات المصرفية التي تتضمن عمليات فتح الحساب ومنح بطاقات الدفع الالكتروني تخضع لتدخل الدولة في الكثير من الجوانب ولا تخضع لحرية المناقشة لتأثير السلطة النقدية عليها.

<sup>1</sup> عكاشة محمد عبد العالي ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، د.ن.ط، دار المطبوعات الجامعية ، 1994، ص 62.

<sup>2</sup> JEAN AUERT ,(F.),Les contrats internationaux dans la doctrine de la jurisprudence suisse ,Rev.Cit,1962,p19.

ولما كان بطاقة الدفع الالكتروني تتضمن نموذجا معيناً تعدده المصارف مسبقاً، يتضمن جميع شروط العقد و التزامات الطرفين مع اقتصار دور العميل على التوقيع دون المساومة، اعتبر عقد العميل طالب بطاقة الدفع من عقود الإذعان. حيث يكون هذا العقد لا يعدو في الحقيقة إعلان عن مجرد تلاقي إرادتين على بدء علاقة عقدية تحت مسمى بطاقة الدفع .

لكن ما يمكن قوله أن طابع الإذعان هنا ليس مطلق و إنما يرتبط بالطابع الشكلي، حيث أن هذا الوصف التقني يبين خصوصية مكانزمات عمليات البنوك، والبساطة في التعامل.

#### ب- إمكانية القاضي إعفاء طالب البطاقة من الشروط التعسفية

رغم التحول الذي شهدته المنظومة القانونية و استقرار النصوص القانونية لحماية المستهلك، ونقصد القانون رقم 03-09 لسنة 2009، الذي ألغى القانون رقم 02-89-عدا نصوصه التنظيمية<sup>1</sup>، ورغم حداثة التعامل الالكتروني البنكي، إلا أنه لم تراعي حماية المستهلك في العقود الالكترونية البنكية فيما يتعلق بالدفع الالكتروني .

وعليه، انطلاقاً لما سبق يمكن القول بأن أساس تمتع العميل الالكتروني بمثل هذه الحماية يكون وفقاً للقواعد العامة ليس على أساس أنها تعتبر عقود إذعان، وإنما تجاوباً مع الطبيعة الخاصة للعقود الالكترونية البنكية التي يميزها الاحتكار والهيمنة<sup>2</sup>، وهذا بمنح القاضي سلطة استثنائية بموجب نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري بنصها على ما يلي: " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن

<sup>1</sup> قانون 03-09

<sup>2</sup> حيث اكتفي المشرع وفقاً لنص المادة 543 مكرر 2 من التقنين التجاري بتحديد جهة واحدة مخول لها إصدار بطاقات الوفاء و هي البنوك دون أن يحدد الهيئات الأخرى التي تملك صلاحية إصدار بطاقة الدفع. و هو ما نص عليه المشرع ضمن أحكام المادة 71 من قانون النقد والقرض، حيث جعل من عملية وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل حكراً على البنوك دون المؤسسات المالية. راجع المادة 71 من أمر رقم 11-03، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر. عدد 52، صادرة في 27/80/2003، معدل ومتمم.



يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع أجاز للقاضي إمكانية إهدار هذه الشروط التي يتضح له بأنها تتضمن أي من أشكال التعسف من قبل أحد المتعاقدين تجاه الآخر أو تعديل هذه الشروط بالقدر الذي يعيد التوازن بين المتعاقدين.

كما أشار المشرع الجزائري لمفهوم الشرط التعسفي في القانون رقم 04-02، الصادر في 23-06-2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، في الفقرة الخامسة 05 من المادة الثالثة 03 التالي نصها: ".....، يعتبر شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، كما تنص المادة التاسعة والعشرين 29 من ذات القانون: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات معترف بها للمستهلك،
- 2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،
- 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،
- 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزامه أو عدة التزامات في ذمته،
- 7- التفرد بتغيير أجال تسليم منتج أو أجال تنفيذ خدمة،

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

ما يلاحظ على هذه النصوص التي خصها المشرع لعقود الإذعان وما من شأنه أن تحمله هذه الأخيرة من شروط تعسفية جاءت لتطبق على العقود التقليدية، و يمكن تعميمها لتشمل التعاقد الالكتروني طالما أن المشرع يعترف بهذا النمط من التعاقد من خلال النص على وسائل التعاقد الالكتروني ضمن أحكام القانون المدني كالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني وكذلك ما نص عليه في القانون التجاري، ونقصد بطاقتي السحب والدفع الالكتروني.

غير أن هذه الحماية تأتي في مرحلة تنفيذ العقد و عليه فهي لا تحقق الحماية الفعالة والمطلوبة أثناء تكوين العقد و إبرامه، إذ يبقى تعامل المستهلك مع البنوك من المجالات التي تستدعي التدخل لحماية العميل المستهلك.

ثانيا- مدى الاعتناء بمواجهة الشروط التعسفية لتحقيق حماية للعميل الالكتروني – طالب البطاقة-

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يول عناية خاصة للمتعامل البنكي الالكتروني من جانب أفراد نصوص خاصة تضمن الحماية المطلوبة لهذا الطرف الضعيف من الشروط التعسفية، إلا أن ذلك يفسر بحدثة ظهور بطاقات الدفع في الجزائر.

لكن نجد في هذا الإطار اهتمام التشريعات المقارنة بضمان حماية للمتعامل البنكي الالكتروني وفقا لنظام الدفع الالكتروني ضد الشروط التعسفية التي يمكن إدراجها المهني المحترف.

حيث أولت بعض التشريعات اعتناء بتنظيم نصوص حامية خاصة تضمن حماية خاصة للعميل (المستهلك) الالكتروني باعتباره الطرف الضعيف دائما، ومن بينها نجد القانون الفرنسي المتعلق بحماية المستهلك الصادر في 18 جانفي 1992، الذي نص في المادة التاسعة منه على وجوب حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وكذلك في قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد رقم 93-949 الصادر في 62 يوليو 1993 المعدل، الذي تضمن

خمس أجزاء تتعلق بإعلام المستهلك وحمايته وتنظيم جمعيات المستهلكين وتطابق وأمان المنتجات والخدمات. الذي عرف بموجب المادة 1/35 الشرط التعسفي بأنه ذلك الشرط الذي يفرضه المهني على غير المهني المستهلك نتيجة استعمال الأول لسلطته الاقتصادية قصد الحصول على ميزات مجحفة، وهذا ما يعرف بالتعسف في استعمال السلطة التعاقدية، كالصيغات الموحدة للعقد المعدة من قبل المهني، والشروط المطبوعة سلفاً<sup>1</sup> حيث يفهم من نص المادة هذه أن أحكامه تطبق على جميع العقود التي يكون محلها أموال أو خدمات، تحتوي على شروط عامة وضعها الطرف القوي اقتصادياً، فهذه المشروع هو حماية المستهلك من نماذج العقود التي توضع من قبل المهني مسبقاً .

ويمكن تحديد الشروط التعسفية التي يمكن أن تندرج في نماذج العقود الخاصة ببطاقات الدفع والتي تدخل تحت الحظر الوارد في نص المادة 35 المذكورة أعلاه ما يلي :

\*بالنسبة لمرحلة إعداد نماذج عقود بطاقات الدفع فيمكن حماية العميل طال البطاقة من الشروط التي يمكن أن تمنح للبنك مزايا مفرطة إما من خلال إعداد هذه النماذج الموحدة من قبل لجنة مشتركة تضم ممثلين عن البنوك و ممثلين عن العملاء .أو بعرضها عن لجنة مراقبة الشروط التعسفية، تكون مهمتها البحث في مدى اتصاف هذه النماذج بالتعسف .

#### خاتمة

انطلاقاً مما سبق نصل إلى نتيجة مفادها أن موضوع الدفع الالكتروني أصبح واقعاً مفروضاً لا يجب التغاضي عنه في كل أصقاع العالم الذي أصبح يسير نحو الافتراضية، ويعد المستهلك طرفاً ضعيفاً في هذه العلاقة غير المتكافئة والمليئة بكم هائل من المخاطر خاصة مع ما يميز المنتجين من سمات احتكارية واحترافية عالية، ولذلك وجب حمايته بقواعد خاصة لأن القواعد العامة المنظمة للعقود أصبحت عاجزة عن ذلك.

<sup>1</sup> عبد الباقي عمر محمد ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004، ص32.

وإذا كانت الدول الغربية قطعت شوطا كبيرا في مجال حماية المستهلك الإلكتروني بتهيئة الإقليم القانوني وتطويعه لاستيعاب تطور فكرة العقد الذي يجمع المستهلك بالمهني والذي أصبح يبرم عبر شبكة الانترنت ودون حضور المتعاقدين، على نحو يضمن للمستهلك التعامل بارتياح، فإن الدول العربية مازالت متأخرة في هذا الميدان ونخص بالذكر الجزائر التي مازالت متخوفة من التطور الحاصل في العالم وحتى الوزارات التي من المفروض أن تتولى وتتصدى لهذا الأمر مازالت خامدة، فمثلا وزارة التجارة لا تملك لحد الساعة معطيات حول التجارة الإلكترونية في البلاد، وقد تم وضع مشروع الحكومة الإلكترونية الجزائرية في سنة 2004 لكنه لم يرى النور لحد الآن.

وكذلك يجب التنويه بأن الدفع الإلكتروني يتدخل فيه عدة أطراف ويكون في بعض الأحيان عابرا للقارات مما يجعل من الصعب الوقوف على المسؤول الحقيقي عن تعويض الأضرار التي تلحق المستهلك، وكذلك تشابك أكثر من نظام قانوني للمسؤولية في هذا، وبسبب هذا التداخل بين الأنظمة القانونية المتعددة للمسؤولية المدنية في مجال شبكات الانترنت، فإنه قد يتم الأخذ بالمسؤولية المهنية في هذا المجال، التي تقع على عاتق مورد المعلومات والخدمات باعتباره مهنيا تخصص في هذا النشاط، حيث يمكن الجمع في هذا الإطار بين أكثر من مسؤولية ويمكن تطبيق قواعد مأخوذة من المسؤولية التقصيرية وأخرى من المسؤولية العقدية، لتحقيق الهدف الأساسي وهو تعويض المضرور عما أصابه من أضرار بسبب الخدمات المقدمة.

## \* الوسائل القانونية لتدخل الدولة في تعديل أو فسخ عقود الاستثمار\*

د. شنتوفي عبد الحميد

أستاذ متعاقد

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

### الملخص:

يمكن للدولة كشخص من اشخاص القانون العام تعديل أو فسخ عقود الاستثمار، مستعملة في ذلك مختلف الوسائل القانونية لذلك مثل ممارسة سلطاتها التشريعية، التنفيذية والادارية.

فشروط الاستقرار في عقود الاستثمار لا تمنع الدولة من ممارسة سيادتها بشرط تعويض المستثمر الأجنبي في حالة المساس بحقوقه المالية طبقاً لأحكام القانون الدولي. لقد استحدثت بعض الدول ومنها الجزائر إجراءات انفرادية جديدة تؤثر في مشاريع المستثمرين بطريقة غير مباشرة، فضلاً عن تكريس حق الشفعة كألية لرقابة الاستثمارات الأجنبية في قانون ترقية الاستثمار رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016.

### الكلمات المفتاحية:

الدولة، السيادة، المستثمر الأجنبي، عقد الاستثمار، الشفعة.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/10/22 ، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03 ، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

## Moyens juridiques de l'intervention de L'Etat dans la modification ou la résiliation des contrats d'investissements

### Résumé :

L'Etat comme étant une personne public, peut modifier et résilier les contrats d'investissements par ses moyens juridiques tels que son pouvoir : législatif, exécutif et administratif.

Les clauses de stabilité ne retirent pas à L'Etat le droit d'exercer son pouvoir souverain, à condition, d'indemniser l'investisseur étranger conformément aux dispositions du droit international.

Certains pays comme l'Algérie ont mis en œuvre de nouvelles procédures administratives, législatives et le droit à la préemption comme outil de contrôle des investissements dans la loi d'investissement n° 09-16 du 03 Aout 2016, ces procédures représentent une menace, ainsi qu'une influence indirecte sur les projets d'investisseurs.

### Mots clés :

L'Etat, souveraineté, investisseur étranger, contrat d'investissements, préemption.

## The legal Means of the state's intervention for modifying or termination of investment contracts

### Abstract:

Because of The state as a public person, its can adjust or terminate investments contracts by its judicial means as its power: legislative, executive and administrative.

Stability clause doesn't give state the right to run its supreme power, in condition to compensate foreign investor according to the rules of international law.

Therefore, Some countries like Algeria has set new policies: administrative, legislative and the right to pre-emptive right as a controlling tool of investments at the investment law n° 09-16 of 03<sup>rd</sup>, august 2016.

These policies which represent a threat, as well as indirect influence or investors projects.

### Keywords:

State, sovereignty, foreign investor, investment contract, pre-emptive.

### مقدمة

إنّ حاجة الدول إلى التنمية، أدى بها إلى إبرام عقود الاستثمار بين الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي العام أو هيئات تابعة لها والمستثمر الأجنبي، الذي يحمل في طياته حقوق والتزامات متبادلة بينهما، كشرط الاستقرار التشريعي وعدم المساس بالعقد.

غير أنه قد تلجأ الدولة باعتبارها أحد أطراف العقد إلى تعديل هذا الأخير أو إلغائه على أساس أنها شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة، سواء في إطار القانون الداخلي أو الدولي، في

حين أن الطرف الثاني هو شخص أجنبي (طبيعي أو اعتباري) لا يتمتع بهذه المزايا على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية.

مما لا شك فيه أن استخدام الدولة لامتيازاتها الاستثنائية والتشريعية، وذلك بتعديل التشريع المؤطر للاستثمار باعتباره الأداة التي تُعبر بها الدولة عن سياستها الاستثمارية، غير أن هذا التعديل قد لا يخدم مصالح المستثمر خاصة إذا كانت تشريعاتها يشوبها الغموض وعدم الاستقرار من جهة، ومن جهة أخرى إن تعديل أو إلغاء عقود الاستثمار أو المساس بمضمون الاتفاقية، تزيد من مخاوف المستثمر الأجنبي في تعامله مع الدول.

ولعل تضارب المصالح بين المستثمر الأجنبي والدولة، يعود أساساً إلى الضعف الاقتصادي لهذه الأخيرة، فإذا كان الأمر كذلك، فإن الطرف الأجنبي أيضاً طرف ضعيف من الناحية القانونية في مواجهة الدولة، وهذا ما أدى به إلى استعمال كل الوسائل لسلخ العقد المبرم من حظيرة القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ومحاولة تدويله طبقاً لأحكام القانون الدولي العام أو المبادئ العابرة للدول.

إنّ التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف العلاقة التعاقدية - عقود الاستثمار - دفع ببعض الدول للاستجابة لرغبات المستثمرين الأجانب في تضمين عقود الاستثمار شروطاً خاصة بالثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وتجميده زمنياً، فضلاً عن منحهم مزايا و ضمانات إضافية.

وبالمقابل قامت الدول من منطلق سيادي ومنها الجزائر بحماية مصالحها، وذلك باتخاذ عدّة وسائل قانونية في شكل إجراءات تشريعية، تنفيذية وإدارية تؤثر بصورة تدريجية وبطريقة غير مباشرة في ملكية المستثمر، إضافة إلى تكريس إجراء الشفعة كآلية رقابية للاستثمارات في منظومة الاستثمار الجزائري، مما يجعلها تُشبه إلى حدّ ما الأساليب التقليدية لأخذ ملكية المستثمر بالمفهوم الواسع والشامل، وهو ما يجعلنا في نفس الوقت نتساءل عن التدابير والإجراءات التي تتخذها الدولة كشخص سيادي (شخص من أشخاص القانون العام) في تعديل أو فسخ عقود الاستثمار؟ وهل حقيقة أصبح مبدأ السيادة عائقاً أمام الاستثمارات الأجنبية المباشرة؟

للإجابة على هذه الإشكالية، سنتعرض إلى الامتياز التشريعي كوسيلة لتعديل عقود الاستثمار أو فسخها (أولاً)، وبعد ذلك نقوم بإبراز مختلف الإجراءات التي تتخذها الدولة كالرقابة وتعديل أو إلغاء العقد بإرادتها المنفردة (ثانياً)، وفي الأخير نتطرق إلى الإجراءات الانفرادية الحديثة التي تتخذها الدول للمساس بملكية المستثمر الأجنبي (ثالثاً).

**أولاً- الامتياز التشريعي كأحد أساليب تدخل الدولة لتعديل أو فسخ عقود الاستثمار:**

يمكن للدولة ذات "السيادة" المساس بمضمون عقد الاستثمار المبرم بينها وبين المستثمر، وذلك بتعديله أو فسخه بصورة انفرادية، مستعملة في ذلك ما تتمتع به من سلطة تشريعية، تنفيذية وإدارية، ومن أهم الوسائل نجد ممارسة امتيازها التشريعي في ميدان الاستثمار (1) أو أثناء تنفيذ شروط العقد (2).

### 1- الامتياز التشريعي في عقد الاستثمار:

حتى ولو تضمنت عقود الاستثمار شروط الاستقرار وشرط عدم المساس به، فإن هذا القيد لا يمنع الدولة من ممارسة سلطتها التشريعية، من خلال تعديل منظومتها التشريعية التي قد تمس بطريقة أو بأخرى محتوى العقد، وذلك من أجل مساندة التطورات الراهنة من جهة، وتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى باعتبار تحقيقها يقع على عاتق الدولة. غير أن مثل هذه التعديلات القانونية الجديدة، قد تلحق بالمستثمر الأجنبي أضراراً، خاصة إذا مس التعديل مجالات حساسة كالتشريع الجبائي، الجمركي والنقدي<sup>1</sup>.

### 2- الامتياز التشريعي أثناء تنفيذ شروط عقد الاستثمار:

يتم تنفيذ عقود الاستثمار في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة، لذلك يعتبر بالنسبة للمستثمر الأجنبي ثبات واستقرار العقد، فهذا النظام القانوني ذات أهمية قصوى لحماية حقوقه<sup>2</sup>، غير أن الدولة قد تتصرف مستعملة في ذلك ما تتمتع به من سلطة

<sup>1</sup> WEIL Prosper, Les Clauses de stabilisation ou d'intangibilités insérées dans les accords de Développement économique, écrits de droit international, 1<sup>ère</sup> éd, Paris, 2000.p 326.

<sup>2</sup> عيبوط محمد واعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتورا دولة في القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2005 – 2006. ص 130.



تنفيذية وإدارية أثناء تنفيذ الاتفاق، ليست بصفتها طرفاً متعاقداً على قدم المساواة، وإنما باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام.

غير أن هذه الإجراءات الانفرادية المتخذة من الدولة، قد تُشكل خطراً على مصالح المستثمر الأجنبي، وهذا ما يجعله يبحث بكل الطرق إدراج شروط الاستقرار وشرط عدم المساس بالعقد، باعتبار العقد المبرم بينه وبين الدولة المضيفة يدخل ضمن حظيرة القانون الخاص<sup>1</sup>.

وعليه فالامتياز التشريعي للدولة قد يثير صعوبات، حيث إذا كان المستثمر يدافع من أجل حماية حقوقه التعاقدية والحفاظ عليها، فإن الدولة طرف في العقد، تتمسك وتستمر في ممارسة سلطاتها التشريعية، وكذا امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في إطار قانونها الداخلي في المجال التعاقدية، وهذا ما يؤدي إلى عدم التوازن الاقتصادي بين الطرفين<sup>2</sup>.

ثانياً- الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة لتعديل وفسخ عقود الاستثمار

إن للإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة طرف في تعديل وإنهاء عقد الاستثمار في ممارسة امتيازات السلطة العامة عن طريق مراقبة المشاريع الاستثمارية والإشراف عليها (1)، الحق في تعديل عقد الاستثمار ووضع نهاية له بإرادتها المنفردة (2).

### 1 - ممارسة السلطة العمومية أسلوب الرقابة:

إن الانفتاح على الاستثمار الأجنبي المباشر، لا يعني أن الدولة تطلق يد المستثمر الأجنبي بغير حدود، وإنما هذا التشجيع يجب أن يتم في الإطار الذي يُحقق ما استهدفته الدولة، وبالتالي للدولة الحق في ممارسة الرقابة<sup>3</sup> أثناء مزاولة المستثمر للنشاط الاستثماري، والهدف من الرقابة هو التحقق من مدى وضعية تقدم المشروع والتدخل عند الضرورة لمنع ما من

<sup>1</sup> WEIL Prosper, op.cit. P.P 326 -327.

<sup>2</sup> Ibid, p 327.

<sup>3</sup> يعرف الفقيه " فايول" وظيفة الرقابة على أنها "عملية الإشراف الدائم من قبل السلطة بغرض معرفة كيفية تنفيذ الأعمال والتأكد من أن عناصر الانتاج المتاحة مادية أو بشرية داخل المنظمة، وأنها تستخدم استخداماً فعالاً وفقاً للخطة المنتهجة".

شأنه إلحاق الأضرار بمصالحها الوطنية، لأن تشجيع الاستثمارات لا يكون على حساب أمن وسلامة أراضيها<sup>1</sup>.

وتتعدد أساليب الرقابة من حيث شمولها ودقتها، كما أن حدود الرقابة تختلف من دولة إلى أخرى حسب ظروف كل منها.

ويمكن للدولة ممارسة الرقابة عن طريق تقييد نسبة المشاركة الأجنبية في ملكية وإدارة المشاريع، وذلك من خلال الحفاظ على نسبة معينة بها للوطنيين في رأسمال كل مشروع أو في إدارته، حيث كرسته السلطات العمومية الجزائرية في قانون المالية التكميلي لسنة 2009<sup>2</sup> من خلال تجسيد آلية الشراكة لانجاز الاستثمارات الأجنبية<sup>3</sup>، وذلك بتطبيق مبدأ الأفضلية الوطنية ب51 بالمائة و49 للطرف الأجنبي، فضلاً عن اشتراطها خلق وحماية الأيدي العاملة في الداخل وتكوينها بهدف تخفيض نسبة البطالة.

وبالإضافة إلى الرقابة المترتبة عن قوانين الشركات وقوانين الضرائب عامة كالإطلاع على حسابات ودفاتر المستثمرين ومراجعتها بدقة، بغرض ضمان سلامة العمل واجتناب المضاربات السلبية والإفلاس من جهة، ومن جهة أخرى حصول الخزينة العمومية على ما تستحقه من ضرائب ورسوم<sup>4</sup>.

طبقاً للقواعد العامة فإن الطرف الخاص له الحرية المطلقة في الكيفية التي يُنفذ بها التزاماته، لكن هذا لا يعني أنه معفى من ممارسة الدولة للرقابة والإشراف عليه لضمان

<sup>1</sup> عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص70.

<sup>2</sup> أمر رقم 01-09، مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 26 جويلية 2009.

<sup>3</sup> لمزيد من التفصيل بخصوص موضوع الشراكة انظر: شنتوفي عبد الحميد، الشراكة: آلية لتفعيل الاستثمار الأجنبي في الجزائر، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 13، عدد 01، 2016، ص-ص 511-526.

<sup>4</sup> شحاتة إبراهيم، الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 24، السنة 24، 1968، ص.ص 153-156.

التنفيذ الجيد للعقد<sup>1</sup>، فوسيلة الرقابة تُعدّ مظهرًا من مظاهر سيادة الدولة، لا سيما أن العقود التي تبرمها الدولة تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية باعتبار أن مثل هذه العقود تندرج ضمن القانون العام المرتبط بها أصلاً بالنظر إلى أهدافه وموضوعه<sup>2</sup>.

## 2- حق الدولة في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة:

إن أغلب النزاعات التي تثار بين الدول المضيفة لرؤوس الأموال والطرف الخاص سببه تمسك الدولة بضرورة تحقيق المرونة في النظام العقدي، حتى يتسنى لها مواكبة التحولات والتطورات الحاصلة، في حين أن الطرف الثاني يتمسك بثبات النصوص العقدية، لاعتقاده أن مثل هذه العقود المبرمة بينه وبين الدولة تندرج ضمن حظيرة القانون الخاص الذي يركز على الاتفاق الحر، وأن أطراف العلاقة العقدية تربطهم شروط عقدية غير قابلة للمساس بها، بحيث أن العلاقة قد أفرغت في قالب جامد (Static model) يحتوي على التزامات وحقوق، فأى تعديل يُعدّ إخلالاً بالقوة الملزمة للعقد<sup>3</sup>.

بينما الدولة كطرف في العقد ترى أن من حقها إحداث تغييرات فيه، خاصة أن معظم هذه العقود ذات آجال طويلة، فهي قابلة للتعديل لمواكبة التطورات الحاصلة، مما يستلزم إحداث تغييرات في بنود العقد وشروطه، الشيء الذي يؤدي بالدول إلى إدراج شروط المراجعة وإعادة التفاوض في محتوى العقد (clause de révision ou de renégociation)، وهو الشرط الذي يتعهد بمقتضاه الطرفين بتعديل العقد الذي يربطهما، في حالة حدوث تغييرات في الشروط الجوهرية التي التزما بموجبها وأدت إلى إحداث نوع من اللاتوازن أثناء تنفيذ العقد وتحمل أحدهما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود "دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية"، رسالة دكتوراه في القانون، عين الشمس، يناير 2000، ص 110.

<sup>2</sup> سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 23 و 24.

<sup>3</sup> عصام الدين القصبي، خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993، ص 140.

<sup>4</sup> رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2009، ص 176.

وإذا لم تتضمن هذه العقود على أي شرط من الشروط المتعلقة بثبات العقد أو بمراجعته وإعادة التفاوض، فهل يجوز للدولة تعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي لها؟ ضمن هذا السياق، يرى اتجاه فقهي، بأنه يجوز للدولة تعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي لها، نظراً لخصوصيات تلك العقود ذات الأجل الطويلة التي هي مثقلة بضمانات وإعفاءات وما صاحبها من ظروف إبرامها قبل الاستقلال، حيث تمت تحت ضغط ورغبة الطرف القوي أي "الشركات الكبرى" على الطرف الضعيف وهي "الدول النامية" لكونها حديثة الاستقلال واقتصادها منهاراً<sup>1</sup>.

ونظراً لعدم التوازن الاقتصادي والفني بين أطراف العلاقة العقدية، فإن الدولة المضيفة لا تملك الإمكانيات التي تؤهلها لإجراء مفاوضات عادلة طالما أنها تُقدم على التعاقد بدافع الحاجة الماسة إلى إبرامها مثل هذه العقود<sup>2</sup>، إذن ألا يقتضي إعادة النظر ومراجعة الدولة لعقودها ذات الأجل الطويلة؟

عليه فمن الواجب على الدولة الدفاع عن حقوقها لا سيما إذا كانت تلك العقود المبرمة متصلة اتصالاً وثيقاً بالتنمية الاقتصادية، باعتبار أن هذه المسألة ذات صلة بسيادة الدولة على ثرواتها، وهذا ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في مختلف القرارات الصادرة عنها، وبالتالي للدولة الحق في فسخ وإنهاء عقود الاستثمار، إذا ما أخلت الشركات الأجنبية بالتزاماتها التعاقدية المكتتبه.

ثالثاً- الإجراءات الانفرادية الحديثة التي تتخذها الدولة للمساس بملكية المستثمر:

تعدّ إجراءات أخذ الملكية بمعناه الشامل والواسع من تأميم، نزع الملكية والاستيلاء كلّها إجراءات تصدر من قبل السلطة العامة في حدود اختصاصها، فهي تُطبّق على الوطنيين أو الأجانب وذلك بالنسبة لأموالهم المستقرة في الإقليم الذي تمارس الدولة فيها

<sup>1</sup> ناصر عبد الله محمد حسن، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة انتقادية للنظامين المصري والإماراتي في ضوء النظام النموذجي للأمم المتحدة، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة طنطا، 1995، ص 167.

<sup>2</sup> محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، جامعة طنطا، 2007، ص 95.

سيادتها، كما أن هذه الإجراءات وإن كانت تتفق في تحقيق الهدف، فإنها تختلف فيما بينها في المفهوم الخاص بها، بشرط أن يتم أخذ رؤوس الأموال الأجنبية في حدود احترام أحكام القانون الدولي، كما تم تكريس حماية ملكية المستثمر الأجنبي في التعديل الدستوري لسنة 2016 بموجب المادة 22<sup>1</sup>، التي تنص على أنه " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف"، وكذا في القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، لاسيما المادة 23<sup>2</sup>.

توجد إلى جانب الصور السالبة لملكية المستثمر المشار إليها أعلاه، إجراءات أخرى تتخذها الدول أو الهيئات التابعة لها لحرمان المستثمر من أمواله بطريقة تدرجية(1)، وكذا إجراءات تقييدية للاستثمار اتخذته الدولة الجزائرية في قوانينها كالشفعة(2).

#### 1- أخذ ملكية المستثمر الأجنبي تدريجيا:

تتخذ حكومات الدول إجراءات إدارية، سياسية وقضائية في منظومتها التشريعية لا يمكن وصفها بصفة نزع الملكية، إلا أنها تُحرّم المستثمر من سلطاته على مشاريعه الاستثمارية، أو تمس بحقوقه وتحوّل دون تحقيق مكاسبه المتوقعة من استثماره بطريقة غير مباشرة، وبصورة تدرجية رغم بقاءه مالكا للمشروع، فهذا الأسلوب تمارسه الدولة على ممتلكات الأشخاص من خلال مصادرتها للمشروع الاستثماري بطريقة تدرجية من خلال التعديل الذي يطرأ في التشريع الجبائي، النقدي والجمركي كالزيادة في الضرائب من فترة لأخرى، والتمييز في فرض الضرائب بين المستثمرين أو بين المستثمرين الأجانب أنفسهم من

<sup>1</sup> مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري، الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدّل ومتمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدّل بموجب قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، معدّل بموجب قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادر في 7 مارس 2016.

<sup>2</sup> المادة 23 من القانون رقم 09-16 المؤرخ في 3 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 صادر في 3 أوت 2016.

جنسية دون أخرى، وكذا فرض زيادة اليد العاملة المحلية على المستثمر الأجنبي، وهذا من شأنه أن يُلجق أضراراً معتبرة به<sup>1</sup>.

فضلاً عن قيامها أيضاً بالتمييز في الضرائب أو في تراخيص الاستيراد، ومنح رعاياها تراخيص استغلال في موقع مملوك للمستثمر أو تغييرها لأعضاء مجلس الإدارة، المدراء والإداريين في المشروع الاستثماري ومنع استقدام أو توظيف خبراء وفنيين أجانب واجباره على تشغيل العمال المحليين حتى ولو بقيت الملكية باسم المستثمر الأجنبي، بل وحتى وإن كانت مخالفة لأحكام القانون الدولي<sup>2</sup>، وغيرها من الإجراءات الحكومية التي لا يمكن حصرها والتي يُطلق عليها مصطلح "التأميمات الزاحفة" أو "أخذ رؤوس الأموال الأجنبية تدريجياً". وتُعد أيضاً من الأعمال المؤدية إلى حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه، بفرضها ببيع المشروع، كما هو الحال في قضية (Gower and copeland) ضد دولة فنزويلا عام 1885، أو حظره نقل أثاث مكاتب المشروع ومعداته<sup>3</sup>.

## 2- الشفعة كآلية رقابية للاستثمارات:

إن الجزائر وفي إطار تطوير سياستها في مجال الاستثمار قد كرسّت إجراء تشريعياً جديداً ألا وهو حق الشفعة كآلية قانونية ورقابية لاستثمارات، ونظراً للأهمية التي يكتسبها هذا الإجراء، يتطلب منا توضيح مفهومه من خلال ما أفرزته المراجع العلمية (أ)، مع إبراز التكريس القانوني لحق الشفعة (ب)، ولنصل إلى تمييزها عن بعض الصور التقليدية لأخذ الملكية على غرار التأميم ونزع الملكية (ت).

<sup>1</sup> WEIL Prosper, Les Clauses de stabilisation ou d'intangibilités insérées dans les accords de Développement économique, Mélanges ROUSSEAU, A. Pedone, Paris, 1974, p. 326.

<sup>2</sup> حسين نورة، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدداً 1، 2009، ص 72 و73.

<sup>3</sup> خالد محمد جمعة، "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق المشروعة، الشروط)" مجلة الحقوق، الكويت، عدد 3، 1979، ص 83 و84.

**أ- مفهوم حق الشفعة:**

تشير أغلب القواميس الى أن الشفعة لغة هي ضم الشيء إلى مثله، أما اصطلاحاً هي حق استرجاع الشيء المشترك المبيع من المشتري الأجنبي، ولو جبراً مع المصاريف. بناء على ما سبق، يمكن تعريفها على أنها "رخصة تجيز في بيع العقار، والحلول محل المشتري في أحوال معينة، إذا توافرت الشروط المقررة قانوناً"<sup>1</sup>. كما عرف البعض الآخر الشفعة، على أنها الأداة التي تسمح من خلالها للشخص الطبيعي أو المعنوي الحلول محل شخص آخر في بيع وتمليك العقار، وذلك حسب نوع الحلول<sup>2</sup>.

**ب- تكريس حق الشفعة للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية:**

بما أن الشفعة إجراء قانوني يمس نشاط اقتصادي استثماري، فسنناول ما أورده الفقه القانوني والاقتصادي من تعاريف مع بيان لتعريفه القانوني على مستوى التشريع المتعلق بالاستثمار، إذ من أهم التطورات التي أحدثها المشرع الجزائري في ميدان الاستثمار تكريس حق الشفعة للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية وذلك بموجب قانون المالية التكميلي 2009، لاسيما المادة 4 مكرر 3 التي تنص على أن<sup>3</sup>: " تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب ويمارس حق الشفعة طبقاً لأحكام قانون التسجيل".

<sup>1</sup> نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 403.

<sup>2</sup> يقصد بالشفعة وفقاً للمدلول الجبائي الحق الدولة الثابت في استرجاع العقار أو الحق العيني العقاري من مشتريه، ولو جبراً عنه بنفس الثمن مع المصاريف إذا تبين لمفتش الضرائب المكلف بالمراقبة أن الثمن المصرح به أو المعبر عنه في العقد أو الإتفاق، لا يطابق القيمة التجارية الحقيقية في تاريخ التفويت، وأن أداء الواجبات التكميلية المفروضة بناء على تقرير الإدارة الضريبية لم يتسنى التواصل إليه بشكل ودي.

<sup>3</sup> قانون رقم 09 – 01 مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.

كما تنص المادتين 30 و31 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على مايلي<sup>1</sup>:

" بغض النظر عن أحكام المادة 29 أعلاه، تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الإجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب".  
نستنتج من خلال هذه المواد، إمكانية شفعة الحصص والأسهم المراد التنازل عنها، سواء التنازلات من طرف المساهمين الأجانب أو لفائدتهم، غير أن هذا الاجراء يترتب عنه تأثير غير ايجابي على حرية حركة رؤوس الأموال الأجنبية، وبالتالي تقييدها ومنع تداولها وفقا لإرادة وحرية تصرف المستثمرين في استثمارهم.

ت- تمييز إجراء الشفعة عن بعض الصور المماثلة لها:

يمكن أن نلتبس نقاط تشابه واختلاف عديدة بين الشفعة والإجراءات الأخرى التقليدية

- أوجه الشبه بين حق الشفعة وبعض الصور المماثلة:

يعد أخذ الملكية بصوره الثلاث (الشفعة، التأميم ونزع الملكية) مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، فهي وسيلة من وسائل عملها لغرض تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على الاقتصاد الوطني، غير أن الفقه أقر على أن أخذ الملكية بالمعنى الواسع تُعد من أهم المعوقات التي تحول دون استقطاب الاستثمارات لاسيما الأجنبية منها، ولكن بالمقابل أن هذه الاجراءات تستند الى قانون يبرر اتخاذها قصد نقل الملكية من أحد الاشخاص الى الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، غير أن الاشكال الذي يطرح هو حول كيفية التوفيق بين المصالح المالية الخاصة بالطرفين الدولة والمستثمر الأجنبي؟

<sup>1</sup> المادتان 29 و30 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 أوت 2016، مرجع سابق.



### – أوجه الفرق بين حق الشفعة والتأميم ونزع الملكية:

#### - من حيث الدافع:

إن الدافع من ممارسة حق الشفعة من قبل الدولة ومؤسساتها العمومية هو استرجاع واسترداد المؤسسات والمشاريع الاستثمارية بهدف تقييد حركة انتقال رؤوس الأموال، خاصة العملة الصعبة للحفاظ على الاقتصاد الوطني، في حين أن الدافع من التأميم بالنسبة للدولة هو إحداث إصلاح اقتصادي، بينما في نزع الملكية يتمثل في تحقيق المنفعة العمومية لها<sup>1</sup>.

#### - من حيث الموضوع:

إن إجراء نزع الملكية ينصب على حقوق الملكية العقارية بصفة أصلية، في حين كل من التأميم والشفعة ينصبان على الأموال بأنواعها سواء كانت عقارات أم منقولات.

#### - من حيث المحل:

ينصب محل نزع الملكية على ملكية شخص معين، في حين التأميم إجراء غير شخصي الغرض منه استغلال وسائل الانتاج محل التأميم للصالح العام، والشيء ذاته بالنسبة لحق الشفعة لكن بشرط أن يكون فقط في حالة التنازل عن الاسهم والحصص المملوكة له.

#### - من حيث التكييف القانوني:

يتم التأميم استناداً الى نص دستوري أو قانون خاص يجد أساسه في الدستور، كما هو الحال بالنسبة لحق الشفعة، في حين نزع الملكية للمنفعة العمومية يتم بموجب قرار اداري يصدر وفقاً لنص قانوني.

<sup>1</sup> عاطف ابراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، (د ب ن)، 1998، ص 21.

## - من حيث الاجراءات وشروط تحققه :

يعود نقل الملكية عن طريق التأميم الى الجماعة الوطنية قصد إحداث إصلاح اقتصادي، أما نقل الملكية في النزاع يكون لسلطة إدارية لها اختصاص إقليمي وموضوعي في أن واحد.

يختلف إجراء الشفعة عن التأميم وعن نزاع الملكية للمنفعة العمومية والاستيلاء، كونه حق يُمنح للدولة وللمؤسسة العمومية الاقتصادية الأولوية في مجال الاستثمار، غير أن البعض يرى بإمكانية تصنيفه وإدخاله ضمن الأساليب الحديثة لنزع الملكية<sup>1</sup>، بالتالي فهذا الإجراء مقيّد لجلب الاستثمارات .

ومن أهم التطبيقات العملية لحق الشفعة التي مارستها الدولة الجزائرية، بهدف استرجاع المؤسسات والمشاريع الاستثمارية من منطلق كونه مبدأ سيادياً يُطبّق في حالات اخلال الشريك الاجنبي بالالتزامات التعاقدية المكتتبه، نجد قضية شركة جيزي (OTA) من منطلق أولويتها في شراء أسهم الشركة<sup>2</sup>، وقضية المجمع الهندي (مركب الحجار للحديد والصلب)، التي عكفت الحكومة (وزارة الصناعة والمناجم) على مباشرة الاجراءات القانونية لاسترداد واسترجاع مركب الحجار كلية، أي استرجاع كل الأسهم التي يستحوذ عليها المجمع الهندي " أرسيلور ميغال " بنسبة 49 بالمائة، من منطلق عدم التزام مجمع " أرسيلور ميغال " ببنود الاتفاق المتعلقة بتطبيق برنامج الاستثمار، ملف التشغيل، وتطوير طاقة الإنتاج، بمعنى أن الشراكة مع المجمع الهندي لم تُحقّق الأهداف المقررة في الاتفاقية بعد مرور سنة من الشراكة وتجسيد مبدأ الافضلية الوطنية 51 بالمائة.

إذ بعد مرور هذه المدة تقلص الانتاج الذي كان يقدر ب 1.5 مليون طن من مختلف أنواع الحديد الى 200 ألف طن الى غاية أكتوبر 2014، بسبب النقص في المواد النصف المصنعة، مما أدى بالمجمع الهندي بعد موافقة السلطات الى استيراد مواد الحديد والصلب

<sup>1</sup> ZOUAIMIA Rachid, « Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'état dirigiste en Algérie », RASJEP, N° 02, 2011, p 20

<sup>2</sup> Ibid, pp 13-15.

نصف مصنعة، تنتجها مصانع أرسيلور ميغال في الدول الأوروبية على عكس ما تريده الحكومة في تحقيقه من وراء هذه الشراكة، فالاتفاق ينص على العمل لتحسين القدرة الانتاجية للمجمع لتغطية الطلب المحلي، وتقليص فاتورة الاستيراد من الاحتياجات الوطنية للحديد، المتزامنة خاصة مع إطلاق المشاريع الكبرى في مجال البناء، الاشغال العمومية والنقل لاسيما تلك المبرجمة في المخططات الخماسية 2014- 2019 المقررة من طرف الحكومة.

### خاتمة

يمكن للدولة كشخص سيادي تتمتع بامتيازات السلطة العامة تعديل أو فسخ عقود الاستثمار مُستعملة في ذلك بما تتمتع به من سلطات تشريعية، تنفيذية وإدارية، فضلاً عن ممارسة الرقابة والإشراف على المشاريع الاستثمارية، وبالتالي فمن حيث المبدأ فإن الدولة تحتفظ بممارسة سلطتها السيادية حفاظاً على المصلحة الوطنية.

كما يمكن للدولة أيضاً أخذ ملكية المستثمر الأجنبي بوصفها إجراءات نابعة من السيادة الوطنية كالتأميم، نزع الملكية والاستيلاء... غير أن هذه الاجراءات السيادية أصبحت عائقاً أمام المستثمرين الأجانب وأموالهم.

إنّ التطور الحاصل على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية و ظهور مفاهيم جديدة كالعولمة الاقتصادية، تعزيز حرية المبادرة وتكريس مبادئ اقتصاد السوق وترشيد أداء الحكم الراشد، أدى بالدول النامية إلى إدخال نوع من المرونة وعدم الافراط في استخدام السيادة كآلية لحرمان المستثمر من أمواله، خاصة عندما يبرم عقود الاستثمار مع الدولة.

غير أن بعض الدول اتخذت إجراءات انفرادية حديثة تمس بملكية المستثمر، ويطلق على هذا النوع من الاجراءات بمصطلح "التأميمات الزاحفة" التي تُؤثر بطريقة غير مباشرة وبصورة تدريجية في أموال المستثمر هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد بعض الدول كالجائر توجّهت إلى تكريس إجراءات انفرادي أخرى في تشريعاتها المؤطرة للاستثمار من خلال تقييد نسبة المشاركة الأجنبية في المشروع وإدارته " الشراكة"، وإجراء الشفعة كآلية رقابية للاستثمارات الأجنبية.

إلا أن هذه الاجراءات الانفرادية سواء التقليدية منها أو الحديثة تعتبر بمثابة إجراءات تقييدية للاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية، بحيث يجعل من المستثمر يُغَيِّرُ الوجهة إلى بلد آخر يمتاز بمناخ أعمال ملائم.

وباعتبار عقود الاستثمار من الوسائل الفعالة لتحقيق التنمية الاقتصادية للدول، فعلى هذه الأخيرة إدخال نوع من المرونة في معاملاتها مع المستثمرين، من خلال إحداث نوع من التوازن بين سيادة الدول ومصالحها الوطنية ومصالح المستثمرين الذي يتمسك بمبدأ أقدسية العقد وبشروط الثبات وتدويل عقود الاستثمار والتعويض العادل والمنصف كأساس لذلك.

## \* تقييم أجهزة محاربة جريمة تهريب المهاجرين\*

د. حجاج مليكة

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر.

### الملخص:

تعد جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم المستحدثة والهامة لأهمية القضايا التي تثيرها، والآثار السلبية المترتبة عليها أهمها المساس بقدسية الكيان البشري، والاعتداء على الحدود الدولية بنقل الأفراد بصفة غير قانونية، وسوف نحاول في هذه الدراسة أن نبين دور أهم الأجهزة الدولية، الاقليمية والوطنية الناشطة و المتخصصة في مجال مواجهة جريمة تهريب المهاجرين، ومعرفة مدى نجاحها في ذلك .

### الكلمات المفتاحية:

أجهزة المحاربة، جريمة، تهريب المهاجرين.

### Evaluation of the mechanisms to combat the crime of smuggling migrants

#### Abstract:

The crime of smuggling of migrants is one of the most important and important crimes. The negative consequences of this crime are the violation of the sanctity of the human entity and the attack on the international borders by the illegal transfer of individuals. In this study we will attempt to show the role of the most important international, And specialized in the field of combating the crime of smuggling migrants, and find out how successful

#### Keywords:

Mechanism of struggle, crime, smuggling of migrants.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/11/13، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

## Évaluation des mécanismes de lutte contre le crime de trafic des migrants

### Résumé:

Le trafic illicite des migrants, est un crime nouveau et important vu les questions qu'il soulève et les effets négatifs résultants, dont les plus importants sont l'atteinte à l'humain et aux frontières internationale par le transfert illégal des individus. A travers cette étude, nous essayerons d'éclaircir le rôle des principaux organismes internationaux, régionaux et nationaux spécialisés dans la lutte contre le crime de trafic illicite des migrants et évaluer leur travail.

### Mots clés :

Mécanisme de lutte, criminalité, trafic des migrants.

### مقدمة

مما لاشك فيه أن مفهوم الجريمة التقليدية تطور بتطور المستجدات والمتغيرات التي عرفها العالم فلم تعد محصورة في بوتقة واحدة بل أصبحت تتغلغل بجذورها العديد من الدول، وتمس بخطورتها سلامة الشعوب واستقرارها، والسلامة الجسدية وأمنها، ومن أهم هذه الجرائم الجريمة المنظمة، وتعد جريمة تهريب المهاجرين من أهم صورها هذه الأخيرة التي باتت تنخر كيان الدول ومؤسساتها باختراق حدودها دون إتباع القواعد القانونية المنظمة لحركة دخول أو خروج أو إقامة الأفراد داخلها، وهذا ما يعكس ضرورة التعاون بجميع أشكاله، وأنواعه للقضاء على هذه الجريمة، ويعد التعاون المؤسسي في هذا المجال مهما في محاربة جريمة تهريب الأفراد، وعليه ما هي أهم الهيئات الناشطة والمتخصصة في مكافحة هذه الجريمة؟ ومدى نجاحها في التقليل من خطورة عصابات التهريب ومواجهة موجة المهاجرين المهربين؟

### أولاً: طبيعة ودور أهم الأجهزة الدولية في مكافحة جريمة تهريب المهاجرين

تعد الأجهزة الدولية من أهم الأجهزة الخاصة بمكافحة جريمة تهريب المهاجرين غير أن هذه الخصوصية لا تعني تخصصها في هذا المجال فحسب، وإنما لها مهام وأهداف أخرى مختلفة بحسب طبيعتها ومتنوعة بحسب القضايا التي تثير اهتمامات المجتمع الدولي، وأهم هذه الهيئات.

1- منظمة الشرطة الدولية (الانتربول)<sup>1</sup>:

تعد هذه الأخيرة من أقدم صور التعاون الشرطي تضطلع بمكافحة الجريمة بصفة عامة والمنظمة بصفة خاصة حيث أنشئت عام 1923 في فيينا تحت اسم اللجنة الدولية للشرطة الجنائية، وقد أطلق عليها الاسم الحالي سنة 1956 ومقرها مدينة ليون في فرنسا وتوجد مكاتب وطنية للمنظمة في الدول الأعضاء وهي منظمة رسمية بين الحكومات<sup>2</sup>، وفي سنة 1989 أنشأت منظمة الانتربول فرعاً للجريمة المنظمة ألحق بالسكترتارية العامة لإجراء كافة الدراسات المتصلة بهذا النوع من الإجرام، كما نظمت قاعدة معلومات شاملة للمنظمات الإجرامية، ومجموعة الأشخاص المتورطين في نشاط غير مشروع ومستمر غايته تحقيق أرباح غير مشروعة<sup>3</sup>.

ولقد لعب الانتربول دوراً هاماً في مكافحة تهريب المهاجرين باعتباره أحد أخطر فروع الجريمة المنظمة من خلال المساهمة والمساعدة في تفكيك الشبكات الإجرامية الضالعة في تهريب المهاجرين، ويقدم إلى البلدان الأعضاء المساعدة الميدانية، بما لديه من قواعد وبيانات واسعة النطاق ومعلومات إستخبارية وكذلك الخبرات الفنية والتدريبية<sup>4</sup>.

1 انضمت الجزائر إلى المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول) أثناء انعقاد الجمعية العامة للأنتربول بهاييتي (بفنلندا) خلال شهر أوت 1963 بمشاركة 53 بلداً ممثلة بالمكتب المركزي الوطني، حيث يعمل هذا الأخير تحت الوصاية المباشرة لمديرية الشرطة القضائية للمديرية العامة للأمن الوطني، ويباشر مهامه وفقاً لنصوص التشريعات الوطنية ملتزماً بالأطر القانونية المسيرة للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية.

2 جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة -دراسة تحليلية-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن-عمان، 2008، ص 160.

3 محمد مسفر عبد الخالق الشمراي، الجريمة المنظمة وسياسة المكافحة في التشريع الإسلامي والقانون الجنائي، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية العربية للعلوم الأمنية، معهد الدراسات العليا، قسم العلوم الشرطية، ص 177

4 كمال خريص، جريمة تهريب المهاجرين والبيات مكافحتها، (مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية)، تخصص قانون جنائي، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ورقلة، 2011-2012، ص 123.

ومن اهم وسائل المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في مكافحة جريمة تهريب المهاجرين كشف الجرائم والمجرمين وهذه الوسيلة تحتاج إلى الابتكار المستمر يتمثل في الخبرة في كشف الجرائم والمجرمين. لذا قام الإنتربول بتعزيز نوعية وكمية المعلومات المحفوظة في قواعد بياناته، وتعزيز قدرات التحقيق والتحليل، ووضع نهج عالمي للإدارة المتكاملة للحدود، والعمل بنشاط على دعم البلدان الأعضاء في تحديد مكان الفارين والمجرمين العابرين للحدود والقبض عليهم<sup>1</sup>. واستحداث منظومة البحث الآلي حيث تحتوي هذه القاعدة على أكثر من 162525 قيداً بشأن مجرمين معروفين وسوابقهم الجنائية وصورهم وبصمات أصابعهم، فضلاً عن الأشخاص المفقودين والجثث وغير ذلك كما تحتوي هذه القاعدة على 1165000 بصمة وراثية من 61 بلد<sup>2</sup> مما يساعد في الكشف عن أعضاء عصابات التهريب المطلوبين جنائياً كما يساعد في الكشف ومعرفة ضحايا التهريب في حالة إذا لقوا حتفهم أثناء عملية التهريب وبناء القدرات.

وتعتمد هذه الآلية على تطوير شرطة المستقبل والذي يعد جوهر رسالة الإنتربول، حيث قامت المنظمة بتعزيز التدريب على إنفاذ القانون ورفع المستويات في مجال أعمال الشرطة الدولية، والاستفادة من الخبرات والموارد الموجودة في البلدان الأعضاء فيه، وتنفيذ برامج تدريبية جديدة، وبناء شراكات مع القطاعين العام والخاص لتقديم التدريب والمساعدة التقنية، والعمل مع البلدان الأعضاء من أجل وضع معايير موحدة<sup>3</sup>.

كما يدير الإنتربول منظومة آلية تبين بصمات الأصابع تتضمن حوالي 151500 مجموعة من بصمات الأصابع وأكثر من 5000 أثر مرفوع عن مسارح الجريمة أحالتها البلدان

1 [https://www.interpol.int/.../Annual%20Report%202010\\_Arabic.pdf](https://www.interpol.int/.../Annual%20Report%202010_Arabic.pdf)

2 البصمة الوراثية هي عبارة عن مجموعة من العلامات الجينية تكون كل واحدة منها خاصة بفرد معين ومشفر رقمياً، يمكن استخدامها للمساعدة على كشف الجرائم وتبين أشخاص مفقودين والتعرف إلى الجثث مجهولة الهوية.

3 [https://www.interpol.int/.../Annual%20Report%202010\\_Arabic.pdf](https://www.interpol.int/.../Annual%20Report%202010_Arabic.pdf)



الأعضاء إما إلكترونيا أو بواسطة البريد<sup>1</sup>، ولقد شهد نظام afis<sup>2</sup> تطورا هاما بمساعدة شركة فرنسية اذ يستطيع هذا النظام اليوم أن يصدر ملفات anis/nist<sup>3</sup>. و بموجبها يتم تحديد البصمات وأصحابها ومدى مطابقتها لهويتهم.

كما يقوم الإنتربول بإتباع نهج عالمي إزاء الإدارة المتكاملة للحدود من أجل منع المجرمين من السفر من بلد إلى آخر، من خلال عنصران أساسيان هما تدريب الشرطة، وزيادة فرص الوصول إلى شبكة الإنتربول المأمونة وقواعد بياناته العالمية. وهذا سوف يسمح لموظفي الشرطة في خط المواجهة بزيادة استخدام قاعدة بيانات المنظمة لوثائق السفر المسروقة والمفقودة، وهي المستودع العالمي الوحيد لهذا النوع من المعلومات. وبالإضافة إلى ذلك، يجب أن يتمكن الموظفون المكلفون بإنفاذ القانون من التعبئة بسرعة للاستجابة لطلب أحد البلدان للمساعدة في التصدي لجريمة خطيرة أو لمواجهة كارثة واسعة النطاق، وفي هذا المجال أقرت الجمعية العامة للإنتربول مبادرة وثيقة سفر الإنتربول، التي تهدف إلى تسهيل سفر موظفي الإنتربول في إطار مهامهم الرسمية من خلال مطالبة البلدان الأعضاء بمنح حاملي هذه الوثيقة مركزا خاصا بالتأشيرة. وأيدت ستة من البلدان الأعضاء هي أفغانستان وباكستان والبرازيل والسنغال وسوازيلاند ومصر وثيقة السفر في عام 2010 وثمة 20 بلدا في مراحل مختلفة من الاعتراف بالوثيقة<sup>4</sup>.

## 2- المنظمة الدولية للهجرة:

تعتبر المنظمة الدولية للهجرة احد أهم الهيئات الدولية الناشطة في مجال مواجهة تهريب المهاجرين وتم تأسيسها سنة 1951، وقد سميت في البداية باللجنة الدولية الحكومية للهجرات الأوروبية، وفي سنة 1980 تم تعديل الاسم ليصبح اللجنة الحكومية

1 تقرير النشاط السنوي لمنظمة الإنتربول لعام 2012، ص 09 موجودة على الرابط الإلكتروني <http://www.interpol.int/ar>.

2 Afis automated fingerprint identification system وهي اختصار لعبارة Afis.

3 ansi/nist هي المؤسسة الأمريكية للمعايير الوطنية والتكنولوجيا الشكل المقبول دوليا لتحليل البصمات.

4 [https://www.interpol.int/.../Annual%20Report%202010\\_Arabic.pdf](https://www.interpol.int/.../Annual%20Report%202010_Arabic.pdf)

للهجرة، في محاولة لإضفاء بعد عالمي عليها، قبل أن تتحول إلى المنظمة الدولية للهجرة في سنة 1989، بعد أن دخل دستورها المعدل حيز التنفيذ سنة 1987 الذي أكسبها صفة العالمية، وعدد الدول الأعضاء 156 دولة و10 دول بصفة مراقب، ولها أكثر من 8400 موظف يعملون في أكثر من 2300 مشروع في 470 موقعا ميدانيا وتقدر نفقات المنظمة الدولية للهجرة قرابة 1.6 مليار دولار أمريكي<sup>1</sup>.

ومن أهم وسائل المنظمة الدولية للهجرة في مكافحة تهريب المهاجرين؛ القيام بحملات إعلامية هادفة من خلال تعديد مخاطر جريمة تهريب المهاجرين في قلب الدول المصدرة للمهاجرين لتحسيس الراغبين في الهجرة بمشاكلها وانعكاساتها وتزويدهم بمعطيات دقيقة وموثقة فيما يتعلق بالوضع الاقتصادي والاجتماعي للدول المستقبلة على وجه الخصوص، وفي هذا الإطار تعتبر صحيفة المعلومات وأخبار المنظمة من بين أهم الوسائل التي تسهر المنظمة على إصدارهما وتتضمنا مختلف المعلومات حول أنشطتها والعديد من المعطيات حول الهجرة<sup>2</sup>، كما أنها تقوم بتقديم مساعدة أجهزة الدول المكلفة بمكافحة تهريب المهاجرين من خلال الورشات التحسيسية التي تعقدها دوريا مثل تلك التي أقيمت لفائدة شرطة اندونيسيا في شهر أفريل 2012 وفي شهر جوان من نفس السنة لصالح شرطة فتنام<sup>3</sup>.

ونظرا لاستفحال عمليات التهريب أكثر، وموت العديد من المهاجرين بسبب ظروف التهريب وصعوبته وعدم مبالاة المهربين بمصير مُهْرَبِيهِمْ، قامت المنظمة الدولية للهجرة بتحديد مجال أولوياتها وذلك بتشكيل منصة مشتركة للتعاون بين بلدان المقصد في الاتحاد

1 محمد المرابط، الحماية الدولية للمهاجرين، الجالية المغربية باسبانيا نموذجا، رسالة نيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، (2006-2007)، ص 50

2- نفس المرجع، ص 52.

3- عبد المالك صايش، مكافحة تهريب المهاجرين السريين، (أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم)، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تيزي وزو، 2014، ص 308.

الأوروبي وبلدان العبور والمصدر في منطقة جنوب البحر الأبيض المتوسط بغرض بناء الثقة بين الشركاء، وكذلك لتحقيق التوازن الصحيح بين الإجراءات الخاصة بإنفاذ القانون والاستجابة للأسباب<sup>1</sup> الجذرية والرئيسية التي تؤدي إلى الهجرة بما فيها تهريب المهاجرين، وعقد العديد من المؤتمرات لتحليل هذه الظاهرة والبحث لها عن حلول في إطار تعاون دولي على غرار مؤتمر بوبلا بالمكسيك سنة 2010.<sup>2</sup>

### 3- مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة:

هو كيان تابع للأمانة العامة للأمم المتحدة تم إنشائه عام 1997 عبر دمج برنامج الأمم المتحدة للمراقبة الدولية للمخدرات، ومركز منع الجريمة الدولية نتيجة ترابط العديد من القضايا وتشابكها كالمخدرات، والجريمة المنظمة، والإرهاب.

في البداية أطلق على هذا الكيان اسم مكتب مراقبة المخدرات ومنع الجريمة ثم عدل في سنة 2002 ليصبح تحت اسم مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة<sup>3</sup>، وتتعدد المهام التي أسندت إليه، لكن أهمها هي مساعدة الدول الأعضاء في جهودها الرامية إلى مكافحة الجريمة بكل أشكالها ومظاهرها، وتنفيذ توصيات لجنة الجريمة والعدالة الجنائية والمؤتمرات التي تقوم بها<sup>4</sup>، وهذه المهام بالغة الأهمية، وهي تندرج ضمن مجالات أولوية الأمم المتحدة بصيغتها التي حددتها الجمعية العامة في قرارها 247/63.<sup>5</sup>

ولقد صدر عن مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة العديد من التقارير والتوصيات توضح مدى خطورة جريمة تهريب المهاجرين، وأهم الأدوات المساعدة لدول الأطراف في تعزيز سلامة، وأمن وثائق السفر والهوية، وآليات تعاون الأطراف من أجل وضع حد لإساءة استعمال وثائق السفر والهوية، ومجابهة التهريب البشري بجميع أشكاله، ومن

1- التقرير السنوي 2013، المرجع السابق، ص 59.

2- عبد المالك صايش، المرجع السابق، ص 308.

3 yishan zhang, papa louis pall, tadanori inomata, review of management and Administration in the united nations office on prugs and crime, (unodc) united nations, geneva, 2010, p2.

4 صايش عبد المالك، المرجع السابق، ص 301.

5 Yisham zhang, papa louis pall, tadanari manata, opcit, p 2.

بين هذه الأدوات التقرير الصادر عن مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات و الجريمة للترويج ودعم وتنفيذ بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بفيينا في أكتوبر 2012، وتناول التقرير العديد من المواضيع أهمها:

– التنسيق والتعاون فيما بين مختلف القطاعات والوكالات وفي مجال العدالة الجنائية على الصعيد الدولي الوطني.

– استخلاص الخبرات الفنية المختلفة من تجارب بلدان المنشأ، العبور والمقصد بغرض زيادة فهم هذه المسألة، والتحديات التي تواجه الدول في معالجتها ومن أجل مساعدة الدول الأطراف على تعزيز أمن وثائق السفر أو الهوية لوضع حد لإساءة استعمال وثائق السفر أو الهوية.

### ثانياً: الأجهزة الإقليمية في مكافحة جريمة تهريب المهاجرين

يعد فشل محاولات الهجرة غير الشرعية الفردية من أهم الأسباب الرئيسية لانتشار تهريب المهاجرين كونه الأكثر دقة وتنظيماً في الكثير من المناطق الجغرافية، مما حتم على بعض الدول المجاورة التكتف من أجل محاربة هذا النوع من الإجرام ومن أمثلة ذلك ما استحدثته الدول الأوروبية في إطار اتحادها من مؤسسات أمنية تهدف إلى محاربة أشكال الإجرام المنظم بما فيه جريمة تهريب المهاجرين ومن أهم هذه المؤسسات:

#### 1- منظمة الشرطة الأوروبية (EUROPOL)

تعود فكرة إنشاء هذه المنظمة إلى المستشار الألماني HELMUT KOHL بمناسبة قمة لوكسمبورغ في 29 يونيو 1991 وذلك على منوال النموذج الفدرالي الألماني لمكافحة الإجرام المنظم، وبعد أن نجحت هذه الفكرة وتم التصديق عليها<sup>1</sup>، أصبح هذا الجهاز يقوم بتحليل المعلومات المتعلقة بالجريمة المنظمة بكافة صورها ودراسة التنظيمات الإجرامية من نوع المافيا، وما تمارسه من أنشطة إجرامية، وأوصى الاتحاد الأوروبي بتوسيع اختصاص

1 جهاد محمد البريزات، المرجع السابق، ص 165

الأوروبول بالاتفاق مع العالم الثالث لإقرار سياسة موحدة لمكافحة الجريمة المنظمة والتعاون مع المنظمات الدولية<sup>1</sup>، وتسعى أعضاء هذه المنظمة إلى اعتبارها نظام حقيقي للتحقيق الجنائي وذلك بإجراء اتصال مباشر ودائم بين مأموري الضبط القضائي لدولتين أو أكثر، مما يتيح لهم أن يتصرفوا سوياً في مواجهة المعلومات التي بحوزة كل منهما، وهكذا تزيد مقدرتهم على التصرف، ويتيحاً لهم فرصة حل واحد للقضايا المعروضة عليهم، ومن جهة أخرى اعتبار الأوروبول جهاز مستقل بعدم مسؤوليته أمام المحاكم الوطنية فحسب وإنما كذلك أمام القضاء الأوربي.<sup>2</sup>

كما يقوم الأوروبول بتقديم عرض حول تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر من منظور أوربي وقدم من خلاله لمحة عامة عن طرق العمل الخاصة بتهريب المهاجرين وكيفية تنظيم الشبكات الإجرامية التي تسهل إلى حد كبير من عمليات توفير جوازات السفر و تأشيرات الدخول، ورخص الإقامة المزيفة وعلاقة تهريب المهاجرين بالأنشطة الإجرامية العابرة للحدود الوطنية كالمخدرات والأسلحة.<sup>3</sup>

## 2- النظام الأوربي لمراقبة الحدود (أوروسير)

يعد الأوروسير كذلك من أهم الأجهزة الأوربية الإقليمية المتخصصة في مكافحة تهريب المهاجرين حيث أسس هذا الأخير سنة 2013 في دول الأعضاء الواقعة على حدود الاتحاد الأوربي المطلية بحريا من الناحية الجنوبية و براً من الناحية الشرقية (إسبانيا، إسونيا، إيطاليا، البرتغال، بلغاريا، بولندا، رومانيا، سلوفاكيا، سلوفينيا، فرنسا، فلندا، قبرص، كرواتيا، لاتفيا، ليتوانيا، مالطة، هنغاريا اليونان والنرويج) أما في باقي الدول

1 الباشا فائز يونس، الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 468

2 محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 218

3- المؤتمر النهائي الخاص بالخريطة التفاعلية لهجرة العبور المتوسطية، برنامج الخريطة التفاعلية لهجرة العبور المتوسطية نحو سياسات هجر هادفة أكثر - بروكسل-، 4-5 حزيران 2014، ص 7.

الأعضاء التي لها حدود خارجية برية وبحرية (ألمانيا، بلجيكا، السويد وهولندا) فطبق النظام في ديسمبر 2014<sup>1</sup>.

ويهدف هذا النظام إلى تخفيض عدد المهاجرين غير النظاميين الذين يدخلون أراضي الاتحاد الأوروبي خلسة وتخفيض عدد الوفيات بين المهاجرين غير النظاميين عن طريق إنقاذ عدد أكبر من المعرضين للغرق في البحر وزيادة تدابير الأمن الداخلي في الاتحاد الأوروبي إجمالاً عن طريق الإسهام في منع الجرائم العابرة للحدود بما فيها تهريب المهاجرين، كما يتيح للسلطات الوطنية المسؤولة عن مراقبة الحدود (حرس الحدود و خفر السواحل و الشرطة و الجمارك و القوات البحرية) تبادل معلومات عملياتية والتعاون فيما بينها ومع الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود<sup>2</sup>.

### 3- الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود فرونتكس (FRONTEX)

في إطار حماية البيت الأوروبي من الاعتداء على حدوده خاصة من الجهة الجنوبية أنشئت الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود فرونتكس (FRONTEX) وذلك عبر مراحل عديدة، حيث كانت بداية بناء هذه الوكالة من خلال اتفاقيات دبلان الأولى والثانية بين عامي 2000 و2001 والتي أقرت اقتسام المسؤولية بين الأطراف في ميدان اللجوء، وفي جوان سنة 2002 أقر المجلس الأوروبي مشروع التسيير المشترك لوفود الهجرة و خلص إلى اعتماد برنامج لاهاي الذي تم من خلاله تأطير السياسة الأوروبية لمدة خمسة سنوات، وفي العام ذاته تم التفاوض حول إنشاء مراكز المهاجرين المبعدين خارج أوروبا وأفضى إلى صياغة أول اتفاق حول ذلك مع ليبيا وفي ذات السنة أصدر المجلس الأوروبي تنظيمه رقم 2007/2004

1- مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الفريق العامل المعني بتهريب المهاجرين، الممارسات الجيدة في مجال إنشاء مراكز مشتركة بين عدة وكالات، البند 3 من جدول الأعمال المؤقتة، فيينا، 11-13 نوفمبر 2013، ص 6.

2- الممارسات الجيدة في مجال إنشاء مراكز مشتركة بين عدة وكالات، المرجع السابق، ص 6.

يتضمن إنشاء الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود و التي تجسدت فعليا بوضع هياكلها في 01 ماي 2005<sup>1</sup>.

ويقع مقر هذه الوكالة في "فيروسوفي" ببولونيا، وخصصت لها ميزانية بقيمة 88.8 مليون اورو سنة 2009، و 87.9 مليون اورو سنة 2010 ومن بين الوسائل التي سُخرت لها امتلاك ستة وعشرون طائرة مروحية، واثنان وعشرون طائرة صغيرة، و مئة وثلاثة عشر باخرة بالإضافة إلى أربعمئة وستة وسبعون شاحنة مجهزة بمعدات لمكافحة الهجرة السرية، كالرادارات المتحركة والكاميرات الحرارية وأجهزة ترصد دقات القلب.<sup>2</sup>

ويقوم بإعداد التقارير والتحليلات الإستراتيجية حول مخاطر الهجرة وتهريب المهاجرين والتركيز على تدفقاتها، كما يقوم بتعيين خبراء للبحث في جريمة تهريب المهاجرين وآليات ردعها<sup>3</sup>، وتسيير التعاون العملي على الحدود الخارجية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بهدف إعادة المهاجرين نحو البلدان الأصلية أو سواحل الدول العبور التي انطلقوا منها و إبرام اتفاقات أمنية مع تلك الدول بغرض وقف حركة المهاجرين غير الشرعيين وتشكيل دوريات بحرية للرقابة وتجهيزها بالعتاد التقني للكشف عن حركة التنقل، واستحداث دليل بشأن تدريب حرس الحدود في مجال الحقوق الأساسية للمهاجرين المهزئين<sup>4</sup>.

وفي إطار دور الأجهزة الإقليمية الناشطة في مجال تهريب المهاجرين ينبغي الإشارة إلى دور جامعة الدول العربية في ذلك.

1- عبدالمالك صايش، المرجع السابق، ص 391.

2 خديجة بتقة، السياسة الأمنية الأوروبية في مواجهة الهجرة غير الشرعية، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية)، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، بسكرة، 2013، ص 82

3 Emilie Derenne, Le Trafic Illicite De Migrants En Mer Méditerranée ( Une Menace Criminelle Sous Contrôle ?) Institut National des Hautes études De La Sécurité Et De La Justice, Paris, 2013, p 16.

4- وسيلة شابو، النظام القانون الدولي لمكافحة الهجرة غير الشرعية، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني حول ظاهرة الهجرة غير الشرعية بين الأبعاد القانونية والإنسانية، مركز الجامعي الحاج أقي اخموك، تمنراست، 21-23 ماي 2010، ص 10.

و لقد ولدت هذه الأخيرة قبل إنشاء هيئة الأمم المتحدة بثلاثة أشهر سنة 1945 ونص ميثاقها على تدعيم الروابط والتعاون بين الدول العربية، وقد أكد ميثاق الجامعة على المجال الأمني كونه أهم مجالات التعاون العربي<sup>1</sup> ويظهر ذلك من خلال العديد من المؤتمرات أهمها المؤتمر الأول للوزراء الداخلية العرب سنة 1977، و مؤتمر وزراء العرب الثالث المنعقد بالطائف بالمملكة العربية السعودية سنة 1980، وفي المؤتمر الاستثنائي لهم سنة 1982 بالرياض تم اعتماد مجلس الوزراء الداخلية العرب، وتمت المصادقة عليه من قبل مجلس جامعة الدول العربية بالقرار رقم 4214 بتاريخ 23 سبتمبر 1982.<sup>2</sup>

### ثالثا: أهم الأجهزة الوطنية في مكافحة جريمة تهريب المهاجرين

لا تسخر غالبية الدول كيانات خاصة بتهريب المهاجرين بل توليها لأجهزتها العامة المختصة بمواجهة الجريمة، خصوصا تلك العابرة للحدود أو لفروع تؤسس لهذا الغرض، وهذا حال الدولة الجزائرية.

إذ بادرت الجزائر إلى استحداث بعض المؤسسات لمحاربة كل أشكال الإجرام المنظم بما فيها تهريب الأفراد بالإضافة إلى الأجهزة الأمنية الأخرى والتي تقوم بدورها بالتنسيق بين وحداتها وفرقها بمراقبة الشريط الحدودي منعا لأي تسلل داخل أو خارج الإقليم الوطني ومن أهمها الدرك الوطني ويعد هذا الأخير قوة عسكرية تابعة لوزارة الدفاع الوطني يخضع لقوانين وأنظمة الجمهورية، ومن أهم المصالح التابعة له حرس الحدود، وهي عبارة عن مجموعات متواجدة على طول الشريط الحدودي وهي مهيكلة على النحو التالي:

- القيادة الجهوية لحرس الحدود رقم 02 بوهران تضمن حراسة الحدود الغربية.
- القيادة الجهوية لحرس الحدود رقم 03 ببشار تضمن حراسة الحدود الجنوبية الغربية (المغرب، موريتانيا، الصحراء الغربية، مالي).

1 محمد خليفة العلاء، مؤتمر القادة قبل وبعد إنشاء مجلس الوزراء، مجلة الفكر الشرطي، الإمارات العربية المتحدة، الشارقة، 1997، المجلد السادس، العدد الثالث، ص 22

2 محمد مسفر عبد الخالق الشمrani، المرجع السابق، ص 166



– القيادة الجهوية لحرس الحدود رقم 04 بورقلة توكل لها مهمة حراسة الحدود الجنوبية الشرقية (ليبيا).

– القيادة الجهوية لحرس الحدود رقم 05 بقسنطينة تضمن تأمين الحدود الشرقية مع تونس.

– القيادة الجهوية لحرس الحدود رقم 06 بتمنراست لها مهمة مراقبة الحدود الجنوبية والجنوبية الشرقية مع كل من النيجرومالي، والملاحظ أن حماية الحدود هنا برية فقط. وتوجد على المستوى البحري حراس السواحل وتنحصر مهمتها في مراقبة الحدود البحرية بحراسة كامل السواحل الجزائرية كما تتمتع بإمكانيات حديثة، وبحارة أكفاء يشاركون بطريقة فعالة ومحكمة لضبط الأشخاص المتورطين في الهجرة غير الشرعية، وتجوب فرق حراس السواحل كامل الإقليم البحري الجزائري وتقوم بتدخلات لإيقاف كل المركبات والقوارب التي تستعمل لتهريب الأشخاص باتجاه الدول المجاورة كإيطاليا، اسبانيا، فرنسا وإحباط كل أشكال الهجرة غير القانونية كما تقوم بمراقبة وحراسة البواخر الأجنبية في الإقليم البحري الجزائري، وهذه الفرق مدعمة بتواجد حراس لمراقبة المرور البحري على السواحل الوطنية وتعمل بالتنسيق مع شرطة الحدود البحرية<sup>1</sup>.

1 شرطة الحدود البحرية هي هيئة تابعة لوزارة الداخلية تخضع في تنظيمها الإداري إلى السلطة المباشرة لمديرية شرطة الحدود وهي مهيكلة على النحو التالي على المستوى المركزي: تتكون مديرية شرطة الحدود من خمسة نيات مديرية وهي:

نيابة مديرية شرطة الحدود الجوية

نيابة مديرية شرطة الحدود البرية

نيابة مديرية شرطة الحدود البحرية

نيابة مديرية شرطة المحفوظات والإحصائيات

نيابة مديرية أمن الموانئ والمطارات

وعلى المستوى الخارجي توجد سبعة مصالح لشرطة الحدود وهي تتواجد في كل من ولاية قسنطينة، وهران، إليزي، ورقلة، تمنراست، مغنية، سوق أهراس، ومؤخرا فتحت مصلحة جديدة لشرطة الحدود ببشار

ونظراً لتنامي ضاهرة الهجرة غير الشرعية، وجريمة تهريب المهاجرين بشكل متسارع استحدثت الفرق الجهوية للتحري حول الهجرة الغير شرعية والتي من مهامها متابعة شبكات الهجرة غير الشرعية وذلك عبر:

- التعرف، البحث، توقيف ومتابعة أفراد شبكات الموزعين والناقلين للمهاجرين غير الشرعيين
- توقيف ومتابعة الأفراد المزورين لوثائق السفر للمهاجرين غير الشرعيين
- متابعة الأجانب الذين هم في وضعية غير قانونية
- تسجيل وتتبع كل المعلومات المتعلقة بظاهرة الهجرة غير الشرعية
- تحديد نقاط العبور غير الشرعية للأجانب، وتحديد طريقة العمل المتعلقة بالدخول غير الشرعي للتراب الوطني<sup>1</sup>.
- كما تم استحداث الديوان المركزي لمكافحة الهجرة غير الشرعية<sup>2</sup> وهو جهاز مركزي تابع للمديرية العامة للأمن الوطن<sup>3</sup>، أنشأ سنة 2004 تنظيمياً وإدارياً ومن أهم مهامه:
- التصدي لشبكات ووحدات الدعم للدخول غير المشروع للأجانب داخل التراب الوطني .
- مكافحة تشغيل الأجانب المقيمين بطريقة غير شرعية داخل التراب الوطني
- مكافحة التزوير للوثائق الخاصة بالتجول والإقامة، والتشغيل للأجانب المقيمين بطريقة غير شرعية بالتراب الوطني
- العمل على رسم خطة إستراتيجية فعالة لمكافحة الهجرة غير الشرعية

1-الأخضر عمر الدهيمي، الهجرة السرية في الجزائر، بحث مقدم الى الندوة العلمية حول التجارب العربية في مكافحة الهجرة الغير مشروعة،، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 8- فيفري 2010،السعودية، الرياض، ص 2 ويتكون من أربعة فرق جهوية للبحث الأولى على مستوى الولاية الجزائرية والفرق الثلاثة الأخرى تتواجد بالمصالح الجهوية لشرطة الحدود بمغنية، إليزي، تمنراست، بالإضافة إلى خمس فرق محلية للبحث و تتمركز في كل من ولاية.وهران، قسنطينة، بشار، ورقلة، سوق أهراس، كما يضم الديوان تسعة وثلاثون فرع محلي للبحث على مستوى مصالح الشرطة العامة والتنظيم بأمن الولايات عبر التراب الوطني

3-الأخضر عمر الدهيمي المرجع السابق، ص 19.

- مكافحة خلايا وشبكات الدعم للنقل غير الشرعي للأجانب داخل التراب الوطني<sup>1</sup>  
رابعا: فعاليات الأجهزة الدولية، الإقليمية، والوطنية في مكافحة جريمة تهريب المهاجرين  
إن تناول مدى فعالية محاربة تهريب المهاجرين من قبل المؤسسات المختلفة يحتم  
علينا الإشارة إلى أن القانون الجنائي ظل لمدة طويلة أمرا يخص الولاية القضائية عبر  
الوطنية فحسب، بل يخص أيضا احد الميادين التي تتجسد فيها السيادة الوطنية، والتي من  
مسلماتها الرئيسية أن الدولة لا تعترف بأية سلطة قانونية أو دستورية عليا سواها وتحتكر  
الاستخدام المشروع للقوة.

وعلاوة على ذلك يفسر واجب الدولة في حماية مواطنيها بصفة عامة، بما مفاده أن  
المواطنين الذين ينتهكون القانون ينبغي أن يقاضوا بموجب القانون الخاص بالدولة، ولا  
ينبغي أن يخضعوا لولاية قضائية أجنبية. ونتيجة لذلك تتردد الدولة عادة في تسليم  
مواطنيها إلى ولاية قضائية أخرى حتى ولو كان لدى الدولة الأخرى أسباب حقيقية لمقاضاتهم  
في بلد آخر فقد يثير ذلك معارضة عنيفة من جانب المنظمات الإجرامية عبر الوطنية في  
الدولة التي تتخذ منها هذه المنظمات قاعدة لها<sup>2</sup> وهذا ما يعد احد العوامل العامة المثبطة  
للتواصل عرى التعاون بين الدول في مجال مكافحة تهريب المهاجرين.

وبالرجوع إلى الأجهزة الدولية العاملة في مجال التصدي لتهريب المهاجرين وحماية  
الحدود الدولية، ومن خلال الأدوات والمهام المتنوعة المنوطة بالانتربول والمتعددة يمكن  
القول أنه يحتل أهمية كبيرة في مجال مكافحة الجريمة بإلقاء القبض على المجرمين، و  
العمل على تأكيد وتشجيع المعونة المتبادلة بين سلطات الشرطة الجنائية في الدول المختلفة  
في حدود القوانين القائمة وروح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان خاصة في ظل تنامي حجم

1- خديجة بتقة، المرجع السابق، ص 114.

2 محمد سامي الشوا، الجريمة المنظمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 202

الإجرام المنظم وسهولة تنقل المجرمين عبر الحدود، واستقلال أجهزة الشرطة في كل دولة عن الأخرى مما حدا من مواجهة الإجرام الدولي بالوسائل الكفيلة لإحباطه<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أهمية هذه المهام إلا أن هناك من يرى أن منظمة الشرطة الدولية ينبغي أن تتبع سياسة أكثر مرونة تتلاءم مع ما تتمتع به الجريمة المنظمة من خصوصية، وأن تركز اهتمامها على جمع المعلومات وتمحيصها، لإزالة الغموض عن المنظمات الإجرامية وأنشطتها وتبادل المعلومات فيما بينها وأجهزة العدالة الجنائية في الدول المختلفة من خلال الاستفادة من التطور العلمي التكنولوجي، ولا بد بالتالي أن ينعكس ذلك على التشريعات الوطنية من خلال تطويرها بما يتلاءم مع خصوصية هذه الجريمة وأنشطتها وإزالة العوائق والعقبات، وتيسير الاتصال بين أجهزة تنفيذ القوانين<sup>2</sup>

والملاحظ كذلك أن أعمال الأجهزة الدولية التابعة لهيئة الأمم المتحدة سواء كان مكتب الأمم المتحدة المعني بمكافحة الجريمة والمخدرات، أو المنظمة الدولية للهجرة تبقى محصورة في مجال التوعية والسعي إلى إبرام اتفاقية بين الدول قصد التكثيف من روح التعاون بينها في مجال القضاء على الإجرام المنظم دون أن يكتسي أعمالها طابع الجزاء لهذه الدولة وهذا ما يحد من فعالية نشاطها في مكافحة تهريب الأفراد .

وفي مجال الهيئات الإقليمية الخاصة بمكافحة جريمة تهريب المهاجرين نجد - على الرغم من أهمية مهمة الشرطة الأوروبية في تعقب ومكافحة العديد من الجرائم - أن هناك بعض الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي على غرار إنجلترا ( التي اعتزلت مؤخرا الاتحاد) على وجه الخصوص ترى أن هذا الكيان مجرد فرض نظري جدير بالتأمل فيه على المدى البعيد، وهذا ما يكشف ببساطة عن سراب لأن ذلك يقتضي إدخال تعديلات جوهرية في أوروبا

1 فنور حاسين، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية والجريمة المنظمة، (مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2012-2013، ص 91.

2 جهاد محمد البريزات، المرجع السابق، ص 162، فائز يونس الباشا، المرجع السابق، ص 479

سواء على مستوى تنسيق التشريعات الداخلية أو على مستوى سلطات مراقبة المحاكم الأوروبية<sup>1</sup>.

ومن جانب آخر فإن منظمة الشرطة الأوروبية ليس لها صلاحيات القيام بالأعمال التنفيذية الميدانية من قبض وتفتيش، ومطاردة، وغيرها، وتبقى تلك من صلاحيات أجهزة الأمن الوطنية في كل بلد عضو عملاً بمبدأ السيادة<sup>2</sup>. إلى جانب هذا نلاحظ أن الأجهزة الإقليمية ينحصر عملها في عسكرة وأمننة الحدود وحمايتها من الداخل على أساس أن فكرة تهريب الأفراد يشكل عدوان عليها من الداخل، وهذا انعكاس على السياسة الأوروبية أو التوجه الأوروبي الذي يطغى عليه ضرورة تكريس اتفاقيات مع الدول المجاورة تهدف كلها إلى حماية الحدود الأوروبية من تدفق المهاجرين غير الشرعيين والمهربين عن طريق عصابات التهريب، وتسخير المليارات لشراء المعدات والتجهيزات للتكفل بذلك.

والملاحظ أنه كلما زاد نطاق تضيق الحدود وغلقها، وتوقيف المهاجرين غير الشرعيين زاد دابر عصابات التهريب وانتشار وسائل تهريبها وتنظيمها أكثر، لذا نرى أنه بدل التفكير في استحداث مؤسسات وأجهزة إقليمية أوروبية تهدف إلى عسكرة الحدود وغلق الأبواب أمام الهجرة الوافدة خاصة من الجنوب يجب فتح الحوار بين الشمال والجنوب وخلق التنمية والبحث عن أسباب الهجرة غير الشرعية والبطالة في دول معقل الهجرة.

أما بالنسبة للجامعة العربية كجهاز فتكاد تختصر أعمالها في القيام بتقارير توضح مدى خطورة جريمة التهريب والآثار المترتبة عليها خاصة للشباب المهاجر والآراء المختلفة والمتباينة اتجاهها، إلا أن هذه التقارير سطحية وغير فعالة في مواجهة تداعياتها وانعكاسها ومحاربة أشكالها وانعدام مقاربة عربية شاملة تعالج جذور تشابك عصابة جريمة تهريب المهاجرين بل أن كل محاولاتها تحمل بذور فنائها بنفسها<sup>3</sup>.

1- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 318.

2- خديجة بتقة، المرجع السابق، ص 85.

3 مليكة حجاج، جريمة تهريب المهاجرين بين أحكام القانون الدولي والتشريع الجزائري، أطروحة لنيل دكتوراه في العلوم. تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 303.

وفيما يتعلق وبالأجهزة المحلية خاصة منها الأمنية نجدها للأسف الشديد لا تقدم أية معلومات بخصوص عمليات تهريب المهاجرين مما يؤثر على الدراسات الأكاديمية والتي تعد مهمة جدا خاصة في مجال توعية الشباب في مجال امتطاء قوارب الموت، أو خطورة الاتفاق مع عصابات التهريب لتهريبهم عبر الحدود، من جهة أخرى نجد عدم وجود أجهزة متخصصة قوية لمكافحة جريمة تهريب المهاجرين على عكس بعض الدول التي استحدثت بعض الأجهزة القوية والمتخصصة في مكافحة تهريب المهاجرين من بينها مثلا ما استحدثته المملكة المغربية بإنشاء هيئتين متخصصتين الأولى مديرية الهجرة ومراقبة الحدود التابعة لوزارة الداخلية مهمتها الأساسية التطبيق العملي للإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة تهريب الأشخاص ومراقبة الحدود، والهيئة الثانية المرصد الوطني للهجرة الذي تتركز مهمته أساسا في وضع إستراتيجية وطنية في مكافحة تهريب المهاجرين وتجميع المعلومات ذات الصلة بالهجرة، وإشعار المصالح الإدارية المعنية بنتائج الأبحاث الخاصة بالمشاكل الأمنية وتقديم المقترحات الرامية إلى تطوير وسائل محاربة أخطار الهجرة غير القانونية<sup>1</sup>.

وفي إطار مكافحة جريمة تهريب المهاجرين كذلك أنشئت الولايات المتحدة الأمريكية مركز مكافحة تهريب المهاجرين والاتجار بهم سنة 2004 وشارك في الإشراف على هذا المركز كل من وزير الخارجية، وزير الأمن الداخلي، النائب العام، وأعضاء من المجتمع الأستخباري من خلال فريق توجيهي رفيع المستوى مشترك بين الوكالات، ويهدف إلى تحقيق قدر أكبر من التكامل والفعالية الكلية في جهود حكومة الولايات المتحدة الأمريكية لمكافحة تهريب المهاجرين والاتجار بالأشخاص، وينسق المركز أنشطة مع حكومات أجنبية لضمان معالجة الجهود على الصعيد العالمي.

كما أسست ألمانيا في سنة 2006 مركز مشترك للتحليل واستراتيجيات للهجرة غير المشروعة، الهدف منه تعزيز الجهود الوطنية للتصدي للهجرة غير النظامية بتوفير آلية

1- محمد أوزكان، إشكالية الهجرة على ضوء القانون رقم 02-03، المتعلق بدخول وإقامة، مداخلة مقدمة إلى لندوة الوطنية التي تضمنتها وزارة العدل ووزارة الداخلية حول الأجانب والهجرة غير المشروعة بالمملكة المغربية مراكش، يومي 19-20 ديسمبر 2003، ص 39.

تنسيق تعاون تضم جميع الجهات الفاعلة المعنية على المستوى الاتحادي، وتوفير تحليل لجميع المعلومات عن الهجرة غير المشروعة، وخصوصاً فيما يتعلق بصلاتها بالجريمة عموماً، وبالجريمة المنظمة والإرهاب، والعمالة غير المشروعة، و سوء استخدام الاستحقاقات الاجتماعية، وأداء وظيفته الإنذار المبكر، وإصدار تقارير عن الوضع، وإسداء المشورة بشأن السياسة العامة<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى وجود محاولات متعثرة في الإعلام الوطني لانعدام وجود حملة حقيقية اتجاه قضايا الهجرة غير القانونية، وما يترتب عنها بعدم نقل لنا مشاهد حية حول موت وغرق المهاجرين المهربين، وكذلك عدم إدراج برامج توضح محاكمات المهربين، واليات تسليمهم من دولة أخرى.

#### خاتمة

تلعب الأجهزة الدولية، الإقليمية، والوطنية دوراً هاماً في مكافحة شبكات عصابات التهريب من خلال العديد من الوسائل والأدوات تظهر على مستوى حماية الحدود، وتتبع المجرمين وملاحقتهم، وفتح الحوار بين الدول المعنية بقضايا الهجرة من أجل التعاون والتكاتف بهدف القضاء على كل أشكال الإجرام المنظم بما فيه تهريب المهاجرين، وعلى الرغم من أهميتها يبقى نشاطها غير كافي ما لم يدعم باليات أخرى تصب في استراتيجيات أخرى تهتم بمبررات التجريم وفعالية العقاب، وعليه نقترح بعض الاستراتيجيات الأخرى التي نأمل أن تكون فاعلة في مجال القضاء على تهريب الأفراد:

- معالجة دواعي الهجرة غير الشرعية، ومحاربتها على المدى الطويل من خلال خلق آليات حقيقية تقضي على أسباب استفحاليها

1- مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الفريق العامل المعني بتهريب المهاجرين، الممارسات الجيدة في مجال إنشاء مراكز مشتركة بين عدة وكالات، فيينا، البند 3 من جدول الأعمال المؤقت، 11-13 نوفمبر 2013، ص 14.

- تشجيع البحوث التي تتناول هذا النوع من الجرائم، وتدعيمها من خلال تقديم التقارير والإحصائيات من قبل الأجهزة الناشطة في مجال المكافحة، لأن هذه البحوث تساهم في إنشاء قاعدة أكثر استنارة للمواطنين وتوعيتهم
- تدعيم التعاون التقني بأشكاله المختلفة، مع الحرص دوماً على استخدام أحدث وسائل التكنولوجيا لإحكام الرقابة على الحدود بالأقمار الصناعية.
- إبرام الاتفاقيات الدولية والإقليمية، وتطبيقها على أرض الواقع خاصة في مسألة التعاون في ضبط الجريمة، التحفظ على الأشياء المستخدمة، وتفعيل الإنابة القضائية ما بين الدول.
- نقل مسألة الهجرة غير القانونية من مفهوم هاجس الأمننة خاصة من قبل الدول الأوروبية إلى فضاء التعاون التضامني، وفتح جسور الحوار بين الشمال والجنوب
- التركيز على قنوات حديثة للقضاء على شبكات التهريب بإنشاء، وتفعيل نشاط الجمعيات، ومشاركة قطاعات أخرى ترمي إلى مساعدة الشباب واحتواءهم سواء قبل مغادرة الوطن أو بعد خوض تجربة تهريب إلى بلد آخر ورجوع له.
- التزام الدول خاصة المستقبلية للمهاجرين المهريين باحترام قواعد القانون الدولي في مجال حماية حقوق الإنسان، وتطبيق قواعد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة وبرتوكولها الإضافي الخاص بمكافحة جريمة تهريب المهاجرين عن طريق الجو، البر والبحر.



## مجال فرض رخصة البناء : نطاق جوهرى بتأطير غير متكامل\*

ناتوري سمير

مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: [natsamir@gmail.com](mailto:natsamir@gmail.com)

### الملخص:

يعد مجال فرض رخصة البناء أولى المسائل التي تم تنظيمها في التشريع المتعلق برخص التعمير، إذ تهدف هذه الدراسة إلى تحليل مجال فرض رخصة البناء باعتبارها آلية ضبط ورقابة قبلية في مجال التعمير، من خلال التوغل واستقراء النصوص القانونية السارية في هذا المجال واقتراح البدائل للنقائص التي تمت معاينتها والتي تكون في غالب الأحيان سببا في عدم نجاعة نظام رخصة البناء وعزوف الأشخاص عنها ولجوئهم إلى البناء الفوضوي.

### الكلمات المفتاحية:

رخصة البناء، مجال فرض رخصة البناء، أشغال بناء، النظام العام العمراني.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/09/12، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

### Field of building permit's imposition

#### Summary:

The field of building permit's imposition is the first issue organized in the legislation relating to urban planning permits, since this study aim to analyse the field of building permit's imposition as a mechanism of control and previous inspection, in the domain of urban planning.

This trough the incursion and the extrapolation of legal texts in force in such matters and suggesting alternatives for the defect that were previewed and which are very often the reason leading the inefficiency of the system of building permits, the reluctance of people and their resorting to precarious housing.

#### Keywords:

Building permit, field of building permit's imposition, construction works, urban public order.

### Le champ d'application du permis de construire

#### Résumé :

La première chose qui a été réglemantée dans la législation des autorisations d'urbanisme c'est bien que le champ de son application.

Cette étude vise à mettre la lumière et d'analysé le champ d'application du permis de construire et proposer des alternatives aux insuffisances qui ont été examinées.

#### Mots clés :

Permis de construire, champ d'application, travaux de construction, l'ordre public urbain.

#### مقدمة

تعد رخصة البناء من بين الوسائل التي تتدخل بموجها الإدارة لفرض وتنظيم مجال التعمير<sup>1</sup> ولا يمكن الشروع في اشغال البناء إلا باستصدارها مسبقا، وبالعودة إلى القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير<sup>2</sup> يستخلص أن رخصة البناء ملزمة للقيام ببعض الاشغال

<sup>1</sup> تُعرف رخصة البناء بأنها قرار إداري فردي بموجبه ترخص الهيئات الإدارية للقيام بأشغال بناء بما يتطابق قواعد العمران المطبقة في مكان الاشغال، للتفصيل أكثر أنظر:

DROBENKO Bernard, Droit de l'urbanisme, 8<sup>ème</sup> édition, Gualino, France, 2013, p. 209.

<sup>2</sup> قانون رقم 90-29 مؤرخ في أول ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52 صادر في 02 ديسمبر 1990، معدل ومتمم بموجب المرسوم التشريعي رقم 94-07 مؤرخ في 18 ماي 1994، يتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج ر عدد 32 صادر في 25 ماي 1994، وكذا بموجب القانون رقم 04-05 مؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر عدد 51 صادر في 15 أوت 2004 (استدراك في ج ر عدد 71 صادر في 10 نوفمبر 2004).

دون غيرها، فالمعيار المحدد لمجال رخصة البناء يخضع لمبدأ الموازنة بين مقتضيات عمرانية ذات طابع الصالح العام وبين المصالح الخاصة للأفراد وحقوقهم الشخصية.

يقصد بمجال فرض رخصة البناء : النطاق المكاني والموضوعي اللذين تطبق فيهما، فالمبدأ العام أن كل اشغال البناء تخضع لترخيص مسبق كما جاء النص عليه في المادة 52 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير ، غير أنّ المادة 53 من نفس القانون قد استثنت بعض البنائيات من رخصة البناء وذلك بنصها: " لا تخضع لرخصة البناء البنائيات التي تحتمى بسرية الدفاع الوطني والتي يجب أن يسهر صاحب المشروع على توافقها مع الاحكام التشريعية والتنظيمية في مجال التعمير والبناء"، بالتالي فإنه لا يمكن بلوغ الغاية من فرض رخصة البناء إلا إذا كان مجال فرضها منظم تنظيما محكما.

من هذا المنطلق سنحاول دراسة مجال فرض رخصة البناء من خلال الإجابة على الإشكالية التالية : ما مدى تكريس قواعد وأهداف النظام العام العمراني في النصوص المنظمة والمؤطرة لمجال فرض رخصة البناء؟

تحليلا لهذه الإشكالية سنتطرق بالتفصيل إلى الاشغال التي تقتضي الحصول المسبق على رخصة البناء كمبدأ عام (المبحث الأول) وإلى الاستثناءات التي تتخلل هذا المبدأ (المبحث الثاني)

**المبحث الأول: الأشغال الخاضعة لرخصة البناء : تأطير مزدوج وغير متناسق**

نظمت المادة 52 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير<sup>1</sup> مجال فرض رخصة البناء ولم تميز من حيث الخضوع لهذه الرخصة بين الأشخاص الخاضعين لها، فهي تعني كافة الأشخاص المعنوية والطبيعية الخاضعة للقانون العام أو الخاص على حد سواء، كما انها تسري على كامل القطر الوطني دون استثناء ولا تميز من حيث الموقع الجغرافي ولا من

<sup>1</sup> تنص المادة 52 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير على: " تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنائيات الجديدة مهما كان استعمالها ولتتمديد البنائيات الموجودة ولتغيير البنية الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحة العمومية ولإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييج..."

حيث الكثافة السكانية<sup>1</sup>، وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 15-19 الذي يحدد كفاءات إعداد رخص التعمير وتسليمها<sup>2</sup> أدخل مفاهيم جديدة تصل إلى حد التغيير في مجال رخصة البناء بشكل مخالف لما هو منصوص عليه في القانون 90-29 وهو ما سنتطرق إليه بالدراسة والتفصيل.

**المطلب الأول: مجال فرض رخصة البناء في إطار المادة 52 من القانون 90-29**

بموجب المادة 52 السالفة الذكر فإنه يشترط الحصول المسبق على رخصة البناء كلما

توفرت إحدى العمليات التالية:

**الفرع الأول: تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها**

المقصود بالبناء كل ما شيد على الأرض أو باطنها<sup>3</sup> وهو كل شيء متماسك اتصل بالأرض

اتصالاً قاراً<sup>4</sup>.

وتشييد البناء الجديد الذي جاء به نص المادة السابق ذكره، هو استحداث المبنى

أو الشروع في إقامته لأول مرة باستعمال مجموعة من المواد مهما كان نوعها بغض النظر

<sup>1</sup> لم يصل المشرع الجزائري الى تعميم رخصة البناء بهذا الشكل من الحيز الجغرافي والإقليمي الا بعد عدة مراحل، اذ كانت الرخصة لا تعني الا البلديات التي تحوي أكثر من 2000 نسمة، في إطار الامر رقم 67-75، كذلك وبعده القانون رقم 82-02 الذي أعفى البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 200 و2500 نسمة من هذه الرخصة.

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 15-19 مؤرخ في 25 يناير 2015، يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر عدد 07 صادر في 22 فبراير 2015.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 24.

<sup>4</sup> عبد الفتاح خالد، التعليق على قانون المباني، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 35.

عن وجهة استعمالها<sup>1</sup> تجاري أو حرفي أو مهني<sup>2</sup> أو للتجهيز والإنتاج الصناعي والتقليدي أو الفلاحي والخدمات<sup>3</sup>.

الملاحظ على التعريفات المتعلقة بالبناء وإن اختلفت في ألفاظها فهي متفقة في معناها كون أن البناء متصل اتصال قار بالأرض لا يمكن نقله دون ان يتلف، وهنا يمكن طرح إشكالية البناء بدون أساس بما فيه عربات السكن، فهل تدرج ضمن مفهوم البناء، بالتالي اخضاعها لرخصة البناء أم لا؟

لا يطرح هذا الاشكال في قانون التعمير الفرنسي الذي نظم بصفة صريحة الزامية رخصة البناء لتشييد أي بناء وان كان خاليا من الأسس<sup>4</sup> وهو المبدأ المكرس في المادة 02 من الامر رقم 01-85 الملغى والتي نصت: " لا يجوز لأي شخص طبيعي او معنوي خاص او عمومي، لم يحصل مقدما على رخصة بناء سلمتها له السلطات المخولة قانونا، أن يباشر او يقيم أي بناء كيفما كان موقعه، أو نوعه، أو استعماله سواء تضمن أسسا أم لم يتضمنها..."<sup>5</sup>.

الواضح من خلال نص المادة 02 من الامر رقم 01-85 الملغى و المادة 52 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير الساري المفعول أن المشرع الجزائري قد اسقط الوصف الذي ألحقه بالبنائية من حيث أساسها و هو الامر الذي يفسح المجال لإعطاء مفهومين مختلفين للبنائية ما يترتب عليه عدم اخضاع المنشآت التي لا تحوز على أسس لرخصة البناء.

<sup>1</sup> حامد الشريف، جنايات المباني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1995، ص 85.

<sup>2</sup> المادة 03 من قانون 04-11 المؤرخ في 17/04/2011 المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14 لسنة 2011.

<sup>3</sup> المادة 02 من القانون رقم 08-15، مؤرخ في 20 جويلية 2008، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج ر عدد 44 صادر في 03 أوت 2008.

<sup>4</sup> Article R421-01 du code de l'urbanisme français, in : [www.légifrance.fr](http://www.légifrance.fr)

<sup>5</sup> أمر رقم 01-85 مؤرخ في 13 أوت 1985، يحدد انتقالياً قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها وحمايتها، ج ر عدد 34 صادر في 14 أوت 1985 (ملغى).

للحرص على النظام العام والإطار العمراني وتجانسه كان على المشرع تقديم تحديد دقيق لمفهوم البناية ، ذلك أن عدم إخضاع المنشآت والبناءات التي لا تحوز على أساس للرقابة بواسطة رخصة البناء قد يفسح المجال لتشويه المظهر الجمالي للمدن<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تمديد البنائيات الموجودة

جاء نص المادة 52 من قانون 29-90 بإخضاع عمليات التمديد المدخلة على البناية الموجودة لرخصة البناء، وعبارة التمديد واسعة يدخل في نطاقها التمديد العمودي والافقي للبناية.

و كان المرسوم التنفيذي 91-176 الملغى<sup>2</sup> يستعمل في المادة 33 منه عبارة تحويل البناية وهي عبارة غير دقيقة، تتيح إمكانية فرض رخصة البناء على أدنى تغيير يلحق بالبناية والذي قد يمتد إلى أعمال الصيانة الخاصة بالطلاء الخارجي، بينما نجد أن المادة 41 من المرسوم التنفيذي 15-19 الساري المفعول تستعمل عبارة أخرى للتعبير عن التمديد وذلك بكلمة تغيير مقياس البناية وهو مصطلح قد لا يتوافق ولا يتطابق مع ما جاء النص عليه في القانون 29-90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، بحيث أن المقاس يمكن ان يشمل المقاسات الداخلية للبناية بينما التمديد يتعلق بالإطار الخارجي للبناية.

ومهما اختلفت المصطلحات إلا ان الهدف من اخضاع تمديد البنائيات لرخصة البناء هو تجنب المساس بمتانة البناية وصلابتها وعدم تعريض حياة مستعملها للخطر، أكثر من ذلك فان هذا التكريس يساهم في الحفاظ على المظهر الجمالي للبنائيات وعدم خروجها عن

<sup>1</sup> في هذا المجال نجد أن قانون التعمير الفرنسي والتجسيد القضائي له قد حدد البنائيات التي تخضع لرخصة البناء لتشمل تلك التي لا تحوز على أساس بل تعدى الامر إلى فرض الرخصة على المنشآت المؤقتة و عربات السكن المستقرة ، بن لطرش منى، رخصة البناء، مذكرة ماجستير في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة قسنطينة، 1998، ص 13، 14.

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 91-176 مؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد كفيات تحضير لشهادة التعمير ورخصة التجزئة، شهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر عدد 26 صادر في 02 جوان 1991(ملغى).

النسيج العمراني المجاور من حيث علوها، إلا أنه من اللازم أن يكون النص التنظيمي منسجم للنص القانوني ولا يوجد ما يبرر خرق إرادة المشرع بنص تنظيمي.

### الفرع الثالث: تغيير البناء القائم

يشترط استصدار رخصة البناء قبل أي تعديل يلحق بالبنية، وقد حددت المادة 52 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير نوعين من التغييرات، الأول يتعلق بتغيير الحيطان الضخمة من البنية، ذلك ان المساس بالحيطان الضخمة هو مساس بهيكل البنية، الامر الذي قد يفقد توازنها<sup>1</sup>، أما النوع الثاني من التغيير هو المتعلق بالواجهات المطلة على الساحات العمومية، كفتح نافذة أو باب أو تغطية واجهة<sup>2</sup>.

بمفهوم المخالفة فإن التغييرات التي تلحق بواجهات البنية المطلة على الملكيات الخاصة غير المرئية من الساحات العامة معفاة من رخصة البناء، ذلك أن الغرض من اخضاع هذه التغييرات لرخصة البناء هو الحفاظ على المظهر الجمالي والنسق العام للساحات والشوارع العمومية.

### الفرع الرابع: انجاز جدار الصلب للتدعيم او التسييج

يقصد بإنجاز جدار التدعيم إقامة ترصيصات بحيطان ضخمة لتقوية البناء القائم لإزالة العيوب التي تتخلل البنية<sup>3</sup>.

أما التسييج بمفهوم المادة 52 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير هو إقامة جدار صلب يحيط بالبناء الخارجي للمبنى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بن لطرش منى، مرجع سابق، ص 17.

<sup>2</sup> بن مشرنن خير الدين، رخصة البناء: الأداة القانونية لمباشرة عمليتي تدمير وحفظ الملك الوقفي العقاري العام، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 36.

<sup>3</sup> عربي باي يزيد، استراتيجية البناء على ضوء قانون التهيئة و التعمير الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر 2015، ص 144.

<sup>4</sup> ديرم عايدة، الرقابة الإدارية على اشغال التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، دارقانة، الجزائر، 2011، ص 67.

الملاحظ على هذه المادة انها قد خصت أشغال التسييج الخاضعة لرخصة البناء وحصرتها بتلك المنجزة بجدار الصلب، بمفهوم المخالفة ان السياج الحديدي معفى من الرخصة وهو اتجاه مخالف لما جاءت به المادة ذاتها عندما اقرت إلزامية الرخصة بالنسبة للتغييرات التي قد تلحق الواجهات المفضية على الساحات العمومية اذ انه كان من الاصح عدم تخصيص التسييج بجدار الصلب وانما الاكتفاء بالنص على التسييج وترك المجال مفتوح ليشمل كل أنواع تسييج المباني<sup>1</sup>.

**المطلب الثاني: توسيع مجال فرض رخصة البناء: تضيق لحريات الأشخاص أم عناية بالمحيط العمراني؟**

تنص المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 الذي يحدد كفيات تحضير عقود التعمير على ما يلي: "يشترط كل تشييد لبنانية جديدة أو كل تحويل لبنانية تتضمن أشغالها تغيير: مشتملات الأرضية والمقاس والواجهة والاستعمال أو الواجهة والهيكل الحامل للبنانية والشبكات المشتركة العابرة للملكية، حيازة رخصة البناء طبقا لأحكام المواد 49 و52 من القانون 90-29..."<sup>2</sup>.

الملاحظ على هذا النص التنظيمي الذي جاء تنفيذا للقانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير أنه قد وسع من الأشغال الخاضعة لرخصة البناء المحددة بالمادة 52 من القانون نفسه، بذلك فالمجال المحدد في المرسوم التنفيذي لا يتطابق مع النص القانوني إلا بالنسبة لحالة إخضاع البنائات الجديدة لرخصة البناء وكذا بالنسبة للأشغال الماسة بهيكل البنائة، فهذا المرسوم أخضع أشغال أخرى لرخصة البناء لتشمل ما يلي:

<sup>1</sup> يختلف التسييج الذي جاءت به المادة 52 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير والخاضع لرخصة البناء عن التسييج المنصوص عليه في المادة 70 من نفس القانون التي اشترطت اخضاع السياج مهما كان نوعه باستثناء الاسيجة الغابية والزراعية لرخصة بالأشغال يسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي وذلك في المناطق الساحلية والأقاليم ذات الميزة الطبيعية والثقافية البارزة والأراضي الفلاحية ذات المردود العالي، راجع المادتين 70 و71 من القانون 90-29 مرجع سابق.

<sup>2</sup> تقابلها المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176 الملغى، مرجع سابق، التي كانت تنص على: "يشترط كل تشييد لبنانية أو تحويل لبنانية على حيازة رخصة البناء..."



### الفرع الأول: أشغال تغيير مشتملات الأرضية

لا يوجد ما يخضع تغيير مشتملات الأرضية لرخصة البناء في ظل القانون 90-29 وأن ما جاء به المرسوم التنفيذي في هذا المجال ليس إلا توسيع من مجال فرض رخصة البناء ، ولا يوجد أي تفصيل عن التغييرات الواجب استصدار رخصة البناء في شأنها، فهل المقصود بمشتملات الأرضية القاعدة الحاملة للبنية؟ أم أن الأمر يتعلق ببلاط البنية؟ أو كلا الحالتين؟ وأكثر من ذلك فنص المادة لم يفصل في هذه الأشغال من حيث مكانها، فهل المقصود بها تلك التي تطرأ على الأرضية الخارجية للبنية؟ أم أنها تتعلق بالأجزاء الداخلية منها؟

### الفرع الثاني: تغيير الواجهة

كما جاء تفصيله أعلاه فالمادة 52 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير لم تخضع الأشغال الماسة بواجهات البنايات لرخصة البناء إلا تلك المفضية على الساحات العمومية إلا أن المرسوم التنفيذي 15-19 وفي المادة 41 منه لم يميز بين الواجهة المطلة على الساحة العمومية عن غيرها بل أخضع كل التغييرات الماسة بالواجهات لرخصة البناء.

### الفرع الثالث: تغيير في الاستعمال أو الواجهة

تقتضي هذه الحالة وجود بنية مشيدة برخصة بناء ثم يقرر صاحب البنية تغيير النشاط الذي خصصت له البنية، على سبيل المثال تحويل عمارة سكنية إلى فندق، أو مسكن فردي إلى قاعة حفلات.

يعد إخضاع هذه التحويلات لرخصة بناء شيء إيجابي، ذلك أن لكل صنف من البنايات قواعد قانونية وتقنية خاصة ومختلفة تناسب والواجهة التي تخصص لها البنية فقواعد البنية المستقبلية للجمهور تختلف عن تلك المعدة للسكن الفردي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> فالقواعد المطبقة على المؤسسات الفندقية -على سبيل المثال- تتسم بنوع من الخصوصية كضرورة ضمان الراحة الصوتية عن طريق عزل كاف إذ يجب أن لا يتعدى درجة الصوت الداخلي بين الغرف 51 ديسيبل و 41 بين الممرات والغرف ، راجع المرسوم التنفيذي رقم 06-325، مؤرخ في 18 سبتمبر 2006، يحدد قواعد بناء المؤسسات الفندقية وتهيئتها، ج ر، عدد 58، صادر في 20 سبتمبر 2006.

### الفرع الرابع: أشغال تغيير الشبكات المشتركة العابرة للملكية

المقصود بالشبكات قنوات تزويد وصرف المياه وقنوات التجهيز بالغاز والكهرباء، وطرق السيارات والراجلين وملحقاتها التي تربط البنايات<sup>1</sup>، فأى تغيير يلحق هذه الشبكات يخضع لرخصة البناء.

وقد خص النص التنظيمي الشبكات بالشبكات المشتركة أي الشبكات التي ينتفع منها عدة أشخاص ولا يتعلق الأمر بالشبكات الداخلية للبناء، والملاحظ أن إخضاع الأشغال التي تدخل على هذه الشبكات لرخصة البناء لم يكن في محله كون أن رخصة البناء وكما تم تعريفها أعلاه فهي مرتبطة بتشييد البنايات بينما الأمر هنا يتعلق بخدمات وإرتفاقات محددة في رخصة التجزئة، وحسب هذه الحالة فإنه من أجل تغيير مسار أنبوب الغاز تستلزم رخصة بناء إلا أن الأمر ليس كذلك فإن مثل هذا التغيير يحتاج إلى ترخيص خاص من السلطات المختصة.

الواضح مما سبق عرضه أن مجال فرض رخصة البناء مرتبط بتشييد البنايات الجديدة أو تمديد البنايات القديمة بالإضافة إلى التغييرات التي تلحق بحيطان البناية وواجهاتها المفضية على الساحات العمومية ولإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييج، وهو المجال الذي تم توسيعه ومخالفته عن طريق المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 الذي يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها وذلك بإضافة أشغال أخرى تستلزم استصدار رخصة بناء قبل مباشرة الأشغال والمتمثلة في أشغال تغيير مشتملات الأرضية، والمقاس والواجهة والاستعمال والشبكات العابرة للملكية.

من المسلم به أن لتوسيع نطاق فرض رخصة البناء دور إيجابي في القضاء على الفوضى العارمة في مجال التعمير، إلا أنه لا يوجد ما يبرر خرق نص قانوني بأخر تنظيمي أقل منه درجة في هرم تدرج القوانين فكان على المشرع تعديل نص المادة 52 من القانون

<sup>1</sup> جاء تعريف الشبكات في المادة 02 من القانون 08-15 ، مرجع سابق، بأنها طرق السيارات وطرق الراجلين وملحقاتها وشبكات التزويد بالماء الشروب وشبكة إخماد النار وقنوات التطهير وقنوات وتجهيزات الكهرباء والغاز والاتصالات التي تزود البنايات.

رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير وإضافة الحالات المستحدثة وحالات أخرى إن اقتضى الأمر ذلك، بحيث أن المرسوم التنفيذي 15-19 قد خرج من إطاره التنظيمي ليصل إلى حد التشريع وهو أمر غير مستساغ قانوناً، فلا مجال لفرض سلطان القانون إذا كانت الإدارة السباقة لخرقه.

### المبحث الثاني: البنايات والأشغال المستثناة والمعفاة من رخصة البناء

المبدأ كما جاءت به نص المادة 52 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، وكما وسعته المادة 41 من المرسوم التنفيذي 15-19 أن تشييد البنايات أو أي أعمال مرتبطة بها يخضع لرخصة البناء، إلا أن هذا المبدأ يخضع لاستثناءات محددة في المادة 53 من القانون رقم 90-29 ومفصلة بطريقة موسعة في المرسوم التنفيذي 15-19 وذلك كما يلي:

#### المطلب الأول: استثناء البنايات التي تحتمي بسرية الدفاع الوطني من رخصة البناء

تنص المادة 53 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير على: "لا تخضع لرخصة البناء البنايات التي تحتمي بسرية الدفاع الوطني والتي يجب أن يسهر صاحب المشروع على توافيقها مع الأحكام التشريعية والتنظيمية في مجال التعمير والبناء". فتشييد البنايات الجديدة والتي تحتمي بسرية الدفاع الوطني وكذا التغييرات التي تطرأ عليها معفاة من رخصة البناء بمفهوم القانون رقم 90-29 إذ ألقى المشرع على عاتق صاحب المشروع إلزاماً بضرورة انجاز الأشغال بكيفية تتوافق مع الأحكام التشريعية والتنظيمية في مجال التعمير والبناء فهو مسؤول على ذلك ، ويقصد بصاحب المشروع الشخص العام الذي ينفذ العمل لصالحه من أجل استغلاله أو استعماله<sup>1</sup>.

بالرغم من أن المصلحة العامة المبنية على فكرة الأمن العام تبرر وتفرض عدم إخضاع هذا النوع من البنايات لرخصة البناء، إلا أن المعيار الذي اعتمده المشرع من أجل استثناء هذه البنايات من رخصة البناء والمتمثل في سرية الدفاع الوطني يبقى جد واسع وغير دقيق

<sup>1</sup> بن لطرش منى، مرجع سابق، ص 19.

يصعب فرض الرقابة عليه وتمييز ما هو ذي طابع سري عن غيره و في هذا الشأن وفي القانون الفرنسي و ان تم اعفاء مثل هذه البنايات من رخصة البناء إلا أن المعيار في ذلك جاء صريح و حدد المجالات التي تكتسي بالسرية<sup>1</sup>، لذلك و من أجل فرض سلطان قانون التعمير و من اجل الحفاظ على النظام العام العمراني فانه يجب تحديد المجالات التي تكتسي بالسرية من اجل عدم الإفراط و التوسع في تطبيق الاستثناء المتعلق بإلزامية رخصة البناء<sup>2</sup>.

**المطلب الثاني: تمديد الاستثناء القانوني لمبدأ إلزامية رخصة البناء: تضحية بالمصلحة العامة العمرانية بعنوان الطابع الخاص الاستراتيجي.**

كما تم دراسته أعلاه فان الاستثناء الوحيد الذي وضعه القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة و التعمير على مبدأ الاخضاع لرخصة البناء هو ما تعلق بتشيد البنايات التي تحتمي بسرية الدفاع الوطني، الا ان المادة 01 من المرسوم التنفيذي 15-19 جاءت بأحكام توسع من هذا الاستثناء<sup>3</sup> و ذلك بنصها : " ... و لا تعني هذه الوثائق الهياكل القاعدية التي تحتمي بسرية الدفاع الوطني و تشمل الهياكل القاعدية العسكرية المخصصة لتنفيذ المهام الرئيسية لوزارة الدفاع الوطني، كما لا تعني بعض الهياكل القاعدية الخاصة التي تكتسي طابعا استراتيجيا من الدرجة الأولى و التابعة لبعض الدوائر الوزارية أو الهيئات او المؤسسات ... " ، فبموجب هذه المادة فانه تعفى من رخصة البناء الهياكل القاعدية الخاصة التي تكتسي طابع استراتيجي من الدرجة الأولى و التابعة للوزارات أو المؤسسات العامة بموجب قرار مشترك من وزير العمران و الوزير الذي يدخل المشروع في نطاق وزارته.

<sup>1</sup> Philippe Boilisset, Permis de construire : permis de démolir, permis d'aménager, déclaration préalable, 2<sup>ème</sup> éditions, Dalmas, France, 2013, p 28.

<sup>2</sup> في ظل التشريع السابق كان المشرع يخضع المباني التابعة لوزارة الدفاع الوطني لرخصة صادرة من وزير الدفاع و هو ما نصت عليه المادة 03 من الامر رقم 85-01، مرجع سابق.

<sup>3</sup> الإحالة على هذه المادة واردة في المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، مرجع سابق.

إن النص التنظيمي قد فسر الهياكل القاعدية التي تحتمي بسرية الدفاع الوطني بتلك التي تشمل على الهياكل القاعدية المخصصة لتنفيذ المهام الرئيسية لوزارة الدفاع الوطني<sup>1</sup> الملاحظ أن النص التنظيمي قد وسع من استثناء الحصول المسبق لرخصة البناء ، بحيث أن الاستثناء قد استغرق ما تم النص عليه في القانون 29/90 ليشمل مجالات أخرى بحيث أن الاستثناء لم يعد يجد أساسه من الطابع الأمني فقط، بل أن السلطة التنظيمية قد استحدثت معيار جديد بموجبه يمكن إعفاء مشاريع الوزارات والمؤسسات العامة من الحصول المسبق على رخصة البناء، كما أن المرسوم التنفيذي قد فسح المجال لمختلف الوزراء و كذا مدراء المؤسسات العامة لتصنيف المشاريع على أنها ذات طابع استراتيجي بموجب قرار مشترك مع الوزير المكلف بالعمران .

إن معيار الطابع الاستراتيجي من الدرجة الأولى الذي تم استحداثه بموجب المرسوم التنفيذي غير دقيق وهو مخالف للقانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير وهو استحداث قد يفسح المجال لتشييد مصانع ومناطق صناعية ومنشآت ضخمة من دون الخضوع لرقابة عمرانية والتي تفرض بموجب رخصة البناء وبذلك تكون السلطة التنظيمية قد خرجت عن الإطار المحدد بموجب التشريع .

#### خاتمة

من خلال هذ الدراسة تم التوصل إلى أن التأطير القانوني لمجال فرض رخصة البناء يتميز بالازدواجية، إذ أن المرسوم التنفيذي 15-19 ينظم مجال رخصة البناء بطريقة مغايرة لما تم النص عليه في النص التشريعي 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، من خلال توسيع مجال فرض رخصة البناء من جهة، وباستحداث استثناءات جديدة لمبدأ إلزامية الرخصة لكل عمليات البناء.

<sup>1</sup> في هذا الشأن أيضا تثار إشكالية معيار تمييز المشاريع التي تعد ضمن المهام الرئيسية لوزارة الدفاع الوطني عن المشاريع الثانوية ، فالنص التنظيمي في هذا الشأن مواكب لما دأبت عليه السلطة التنفيذية بحيث أن أغلب النصوص التنفيذية تتضمن أحكاما تحتمل عدة تأويلات بل تحتاج إلى نصوص تفسيرية في حين أنه يفترض أن النص التنفيذي يأتي لفك اللبس وتبسيط الاحكام التشريعية .

إن توسيع مجال فرض رخصة البناء بالمرسوم التنفيذي 15-19 وان كان يمس بحريات الأشخاص الا أن له دور ايجابي وفعال في اطار الحفاظ على المصلحة العامة العمرانية ذلك بتوسيع الرقابة بواسطة رخصة البناء، الا ان إضافة استثناءات أخرى بموجب هذا النص التنفيذي يعد خرق للقانون ولإرادة المشرع و تضحية بالمصلحة العامة العمرانية، فكيف يمكن فرض سلطان القانون على الافراد عندما تكون الإدارة السباقة لخرق أحكامه.

فالمرسوم التنفيذي قد مدد الاستثناء القانوني على مبدأ الزامية الاخضاع لرخصة البناء الى حدود لم يصل اليها المشرع في القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، خاصة انه لم يتم تحديد المؤسسات و الهيئات التي يمكن ان تستفيد من هذا الاعفاء، كما أن معيار الطابع الاستراتيجي و الخاص الذي تم اعتماده يشوبه اللبس والغموض فهو معيار مرن يتيح لمختلف الوزارات و المؤسسات الحق في البناء بدون رخصة تحت غطاء الطابع الاستراتيجي للمشروع ، أكثر من ذلك فان المادة 52 من قانون 90-29 و ان استثنى البنائات التي تحتمى بسرية الدفاع الوطني من رخصة البناء فأنها لم تُفرض في المصلحة العامة العمرانية ذلك عندما القت على صاحب المشروع مسؤولية وواجب احترام قواعد التعمير السارية المفعول، الامر الذي لم يتم النص عليه في المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، فيكفي قرار وزاري مشترك لإعفاء أي مشروع من رخصة البناء بدون قيد و لا رقيب، لذلك يجب تدارك الوضع بتعديل نص المواد 52 و 53 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير وتحيينها وفقا للمعطيات الراهنة وضبط مجال رخصة البناء بما يتوافق مع القواعد العامة العمرانية.

## فتح رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية\*

د. عبدلي نعيمة

باحثة في القانون

البريد الإلكتروني: [naimaabdelli@hotmail.com](mailto:naimaabdelli@hotmail.com)

### الملخص:

تعتبر برامج الخصوصية على قدر كبير من الأهمية حيث تنطوي على مبالغ طائلة، وتغطي في الغالب حيزا واسعا من النسيج الصناعي والخدمي بل قد تمس في بعض الدول جل القطاعات الانتاجية، ويعد تصميم مثل هذه البرامج وتنفيذها عملية معقدة يتطلب إنجازها وقتا طويلا، وخبرة عالية لذا يحتاج نجاحها نسجا مؤسساتيا كفئا، فالخصوصية وسيلة لإعادة إحياء المؤسسة العمومية الاقتصادية ومجموع الجهاز الانتاجي.

### الكلمات المفتاحية:

الخصوصية، رأسمال، التنازل، المؤسسة العمومية الاقتصادية، التراضي، الأجراء، البورصة، القيم المنقولة، إعادة الهيكلة.

\* تاريخ إرسال المقال 2017/11/15، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

## Open the Capital of the Public Economic Corporation

### Abstract:

The programs of privatization are considered of a big importance, for the development of state or a considerable amount are involved, and covers a large space in the industrial and service field, it's maybe reached in some countries with the whole production sector and carrying out this programs and their execution is a complex operation and their fulfillment demands a great time and a great experience, if for that we need a very competent institutional sector.

The Privatization is an instrument revitalization of the public economic society and the whole of the eye-catching production.

### Keywords:

Privatization, capital, waiver, economic public corporation, consent, workers, the stock market, real estate values, restructuring.

## L'ouverture du capital de l'entreprise publique économique

### Résumé:

Les programmes de privatisation sont d'une grande importance pour le développement des pays, où des fonds considérables sont impliqués. Elle couvre un large espace industriel et de service qui peut atteindre dans certains pays tous les secteurs de production. La réalisation et l'exécution de ce genre de programmes s'avère très complexe, et demande un long temps d'accomplissement et une grande expérience, d'où le besoin d'un secteur institutionnel très compétant.

La privatisation est un instrument de redynamisation de la société publique économique et de l'ensemble de production.

### Mots clés :

La privatisation, capital, renonciation, société publique économique, gré à gré, salariés, la bourse, les valeurs immobilier, restructuration.

### مقدمة

لجأت الدولة منذ سنة 1988 إلى وضع اصلاحات اقتصادية<sup>(1)</sup>، تهدف إلى تكييف المؤسسة العمومية مع مقتضيات النظام الاقتصادي الدولي، بالانتقال من النظام الموجه

<sup>1</sup> قانون رقم 01-88 مؤرخ في 12 جانفي سنة 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ج عدد 02 مؤرخ في 02 فيفري سنة 1988 (ملغى جزئياً).



الذي تسوده سيطرة الدولة وتهميش القطاع الخاص، إلى اقتصاد السوق الذي تسوده المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين.<sup>(1)</sup>

تمثلت الإصلاحات الاقتصادية للمؤسسة العمومية في الحركة الواسعة لإزالة التنظيم وانسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، والجدير بالذكر أن هذه الإصلاحات مكرسة في إطار قانوني تشريعي بمقتضاه تم منح الاستقلالية للمؤسسة العامة واخضاعها للقانون الخاص، وكرس في سنة 1995 بصدور القانون المتعلق بخصوصية المؤسسة العمومية ذات الطابع الاقتصادي<sup>(2)</sup>، والقانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة<sup>(3)</sup>، وفي 2001 ألغيت النصوص السابقة بقانون جديد متعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها<sup>(4)</sup>، الذي يعرف المؤسسات العمومية الاقتصادية في المادة الثانية منه على أنها "شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأسمال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة وهي تخضع للقانون العام". و لكن بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية فمصطلح القانون العام الوارد في النص يقصد به الشريعة العامة أو القانون الخاص، وليس القانون العام بالمفهوم الإداري « Droit Commun »<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> أيت منصور كمال، عقد التسيير آلية لخصوصية المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، (رسالة لنيل درجة الدكتوراه في

القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 09

<sup>2</sup> أمر رقم 22-95 مؤرخ في 26 أوت سنة 1995 يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي، ج ر ج 48 مؤرخ في 03 سبتمبر سنة 1995.

<sup>3</sup> أمر رقم 25-95 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 1995 يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر ج 55 مؤرخ في 27 سبتمبر 1995.

<sup>4</sup> أمر رقم 04-01 مؤرخ في 20 أوت سنة 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر ج 47 مؤرخ في 22 أوت سنة 2001.

<sup>5</sup> Art 02 de la loi n°01-04 stipule « Les entreprises publiques économiques sont des sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat ou toute autre personne morale de droit public détient directement ou indirectement la majorité du capital social. Elles sont régies par le droit commun. »

يشكل موضوع الفعالية الاقتصادية في إطار نظام الاستقلالية وبرامج الخصخصة أحد الانشغالات الهامة لدى المسؤولين باعتباره الأساس والنتيجة المنتظرة من وراء كل نشاط تزاوله المؤسسة، بحيث تشكل مجموع النتائج تعبيراً عن مدى تمكن المؤسسة من أداء دورها اتجاه مختلف الأطراف التي هي مسؤولة أمامها .

و لكن وبعد تحفظات الدولة على موضوع فتح رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية في ظل التحديات التي توجه الاقتصاد الوطني، أصبحت الدولة تشجع فتح رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة، لذا فالسؤال الذي يتبادر إلى الأذهان ماهي التحديات التي تواجه هذه المؤسسات ؟

#### أولاً-خصخصة المؤسسات العمومية الاقتصادية خياراً ضرورياً

مسألة الخصخصة من المسائل التي برزت منذ القدم على الساحة الدولية، وهو حال الولايات المتحدة عندما قامت بتصفية جميع الصناعات التي يملكها القطاع العام عقب الحرب العالمية الثانية، إلا أنه بدأ يأخذ شكل ظاهرة منتشرة عالمياً منذ أواخر السبعينيات من القرن العشرين بحيث أصبح مصطلح الخصخصة من أهم المصطلحات على الساحة الاقتصادية العالمية بعد تصاعدها في مختلف أنحاء العالم لنقل ملكية المشروعات التي تملكها الدولة إلى القطاع الخاص، نتيجة الركود الاقتصادي الذي تعاني منه<sup>(1)</sup>.

صدر أول نص قانوني للخصخصة في الجزائر سنة 1995 في ظل غياب الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، وقد تطلبت تلك المرحلة تكريس قواعد جريئة تضمن تحويل ملكية المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى القطاع الخاص بصورة تدريجية<sup>(2)</sup>، بحيث أظهر انخفاض عائدات البترول الصورة الحقيقية لوضعية الاقتصاد الوطني، وتدهور

<sup>1</sup> بن عيشي بشير، "مشكلات عملية الخصخصة وأثرها الاجتماعية والاقتصادية"، أعمال الملتقى الدولي حول اقتصاديات الخصخصة والدور الجديد للدولة، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة فرحات عباس سطيف، يومي 03 و05 أكتوبر 2004، ص 67.

<sup>2</sup> أيت منصور كمال، "خصخصة المؤسسة العمومية الاقتصادية في القانون الجزائري بين المرونة والتقييد"، أعمال الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، الجزء الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، القطب الجامعي تاسوست جامعة جيجل يومي 30 نوفمبر-01 ديسمبر 2011، ص 42.

وضع المؤسسة العمومية والتي أصبحت تشكل عبئ ثقيل على الخزينة العامة وذلك على حساب القطاع الخاص.

تعتبر الخوصصة وسيلة للإصلاحات الاقتصادية إذ هي ليست الهدف في حد ذاتها، بحيث أن نجاحها يتوقف على مدى اختيار أسلوب التنازل وفعاليتها، لذا فالخوصصة يمكن أن تتجسد بعدة أساليب حسب سياسة الدولة.

### 1- مفهوم خوصصة المؤسسة العمومية الاقتصادية

لقد أثبتت تجارب الدول أن الطريق نحو التنمية والتقدم يمر حتما عبر المؤسسة الاقتصادية وقد تطلب الأمر منها جهودا معتبرة لتتجاوز اختلالاتها الهيكلية والتحكم في كفاءتها الانتاجية وفعاليتها الاقتصادية.<sup>(1)</sup>

ومن أجل تجاوز مختلف هذه العوائق طرحت مسألة الخوصصة باعتبارها إحدى الحلول التي تفرض نفسها لتحقيق انسحاب الدولة من المجال الاقتصادي وفتح المجال أمام الخواص، وأخذنا على هذا الاتجاه اتجهت الدولة الجزائرية منذ سنة 1988 لإخضاع مؤسساتها العامة الاقتصادية لنظام الاستقلالية ليتم خوصصتها لحقا، لذا نتناول في هذا المطلب المقصود بالخوصصة، لنتطرق لحق إلى تبيان أسباب وخصائص أهداف الخوصصة.

### أ- الخوصصة مفهوم جديد في السياسة الاقتصادية الجزائرية

موضوع الخوصصة من المواضيع الحديثة، التي تزال معظم الدول منها الجزائر متحفظة لاتخاذها كسياسة ناجحة لإنقاذ الاقتصاد الوطني، فبعد سنين من هذا الاتجاه، أصبحت الحكومة حديثا تتجه نحو النص على أنها سوف تعمل على تسهيل فتح رأسمال المؤسسات الصغيرة والمتوسطة العمومية وذلك في إطار التشريع المعمول به، وذلك بتقديم كل الدعم لكل استثمار جديد يشرك المؤسسات العمومية مع المؤسسات الخاصة أو

<sup>1</sup> صبايحي ربيعة، " تقييم تجربة بيع المؤسسات الاقتصادية للعمال في الجزائر"، أعمال الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، الجزء الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، القطب الجامعي تاسوست جامعة جيجل يومي 30 نوفمبر-01 ديسمبر 2011، ص 19.

المختلطة، وذلك بهدف تطوير وزيادة مردودية هذه الأخيرة، لكن رغم هذا الرأي إلا أن الدولة قامت بتحديد نسبة المشاركة وذلك في حدود 66 بالمائة بالنسبة للمؤسسات العمومية و34 بالمائة بالنسبة للمؤسسات الخاصة، وهذا يعتبر تراجع عن تشجيع القطاع الخاص في المشاركة في هذا الاتجاه وذلك نتيجة تخوفه،<sup>(1)</sup> نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف القطاع الخاص، والأسباب الداعية إلى اتخاذ هذه السياسة.

### – تعريف الخوصصة

وجدت تعريفات ومرادفات عديدة للخوصصة لغويا، تتمثل في (التفويت لصالح القطاع الخاص)، (التخصيص)، (الخاصية)، (الأهلية)، (الخصخصة)، (التقزيم)، ولكن يبقى مصطلح الخوصصة مصطلح من أصل اقتصادي،<sup>(2)</sup> وضع في القاموس اللغوي لأول مرة سنة 1983 نتيجة للدراسات التي قام بها رجال الاقتصاد والليبراليون في مدرسة "شيكاغو"، منذ السبعينات يدعو إلى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي وتحريره<sup>(3)</sup>. مع توسع الدعوة إلى اتخاذ هذه السياسية توسعت لتشمل البلدان الصناعية والاشتراكية، منها الجزائر التي تبنت هذه الفكرة.

### – تعريف الخوصصة فقها

تعددت واختلفت تعاريف الخوصصة، ولم يتفق الفقهاء على تعريف واحد بحيث يعرفها البعض على أنها توسيع الملكية الخاصة وذلك بتصفية القطاع العام، والبعض يرى

<sup>1</sup> في تعليمة رئاسية موجهة إلى الحكومة تنص على أنه في إطار مشروع فتح رأسمال أو التنازل عن الأسهم وإلى غاية المنح النهائي، يخضع للموافقة المسبقة من رئيس الجمهورية، هذا ما يؤدي إلى تعليق الإجراءات التي يتضمنها ميثاق الشراكة المؤسساتية المتعلقة بفتح رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية للقطاع الخاص، دون أن تمس هذه التعليمة بأحكام الأمر رقم 04-01، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، وهذا ما يقضي بوقف خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية.

<sup>2</sup> ضياء مجيد الموسوي، الخوصصة والتصحيحات الهيكلية "آراء واتجاهات"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، ص 29.

<sup>12</sup> أيت منصور كمال، خوصصة المؤسسات العمومية ذات طابع اقتصادي عن طريق بورصة القيم المنقولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2001، ص 05.

بأنها الوسيلة للتخلص من كل الوحدات المفلسة ويتم تحويلها للخواسب حتى يتم تحقيق الربح، ومنهم من المحررين للاقتصاد في مدرسة "شيكاغو" من يقول بأنها الوسيلة الناجعة للتخلص من الاقتصاد الاشتراكي.<sup>(1)</sup>

تعرف الخصخصة بصفة عامة على أنها "نقل ملكية أو إدارة المؤسسة العامة الاقتصادية سواء كلياً أو جزئياً من القطاع العام إلى القطاع الخاص"<sup>(2)</sup>.

فالخصخصة في مفهومها البسيط تعني تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة

باستبعاد رأس المال العام، وهي عكس التأميم الذي يعني مصادرة الملكيات الخاصة لصالح الدولة، كما نشير إلى أن مفهوم الخصخصة لأزال غامض المعالم، كما تعتبر هذه السياسية تحويل من القطاع العام إلى القطاع الخاص بأساليب متعددة إما بتحويل الملكية الكاملة للمؤسسة أو بتحويل ملكية جزئية للمؤسسة هذا ما يعرف بتحويل الملكية، أو إحلال إدارة قطاع خاص لإدارة المشروعات العامة أو ما يسمى بخصخصة الإدارة.<sup>(3)</sup>

كما تعرف الخصخصة على أنه تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص وإدارة أو إيجار أو مشاركة أو بيعاً وشراءً أو النهوض به أو تهيمن به، في قطاعات النشاط الاقتصادي أو مجال الخدمات العامة كما تعرف على أنها: "عملية انتقال الملكية والإدارة التشغيلية للمؤسسات المملوكة للدولة إلى القطاع الخاص أن يكون إما مؤسسات أو رجال أعمال أو شركات أجنبية"، كما تشير إلى أنها تحويل ملكية المنشآت العامة إلى أطراف أخرى تقوم بإدارتها وفقاً لمبادئ قطاع الأعمال الخاصة.<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> شيماء مبارك، "إستراتيجية الخصخصة في المؤسسة الجزائرية"، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، عدد 26، 2016، ص 432.

<sup>2</sup> BABAAHMED(L), « Privatisation et gouvernance : le cas des entreprises publiques Algérienne », revue IDARA, N°31, 2006, p75.

<sup>3</sup> عبد العزيز بن حبتور، إدارة عمليات الخصخصة، دارصفاء، عمان، 1997، ص 06.

<sup>4</sup> عبد القادر محمد شهاب، طرق الخصخصة المختلفة، ندوة التنمية الاقتصادية في ليبيا، 2002، ص 103.

نستنتج من التعاريف السابقة أن الخوصصة تمثل زيادة الدور الذي يقوم به القطاع الخاص من تشغيل وإدارة الوحدات الانتاجية في المجتمع بغرض تحسين الكفاءة الانتاجية لهذه الوحدات بما يخدم أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

### - تعريف الخوصصة قانونا

يعرف المشرع الجزائري الخوصصة بموجب المادة 13 من الأمر رقم 04-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها على أنها: " يقصد بالخوصصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية وتشمل :- كل رأسمال المؤسسة أو جزء منه تحوزه الدولة مباشرة أو غير مباشرة وأو الأشخاص المعنويون الخاضعون للقانون العام وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية أو اكتتاب لزيادة في الرأسمال.

- الأصول التي تشكل وحدة استغلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة."

نفهم من خلال النص أن الخوصصة في التشريع الجزائري تتمثل فقط نقل ملكية المؤسسة إلى الخواص دون تحويل التسيير، وبالتالي ومن خلال استقراء نصوص الأمر رقم 04-01 نقول أن المشرع أعطى للخوصصة مفهوما خاطئا إذ حصرها في نقل ملكية المؤسسة، وكان من الأجدر أن يستبدل كلمة الخوصصة بـ " التنازل عن ملكية المؤسسة"، فيصبح كما يلي: " تنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها والتنازل عن ملكيتها".<sup>(1)</sup>

على خلاف الأمر رقم 95-22 حصر المشرع مفهوم الخوصصة في عملية التنازل عن ملكية المؤسسة للخواص، ويمكن أن يكون السبب في ذلك إرادة تفادي المعارضة والانتقادات بشأن عمليات تحويل تسيير المؤسسات إلى الخواص الذي يؤدي إلى إثارة المشاكل لاسيما تلك المتعلقة بالعمال.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> حامد خالد، " الخوصصة دراسة سوسيو قانونية "، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، عدد 01، 2007، ص 164.

<sup>2</sup> SADI(N), La privatisation des entreprises publiques en Algérie (objectifs, modalités et enjeux), 2<sup>ème</sup> éd, Office des publications universitaires, Paris, 2006, p 97.

و لكن رغم ذلك نقول أن المشرع الجزائري أعطى مفهوما ينطوي على كل أشكال الخصخصة المعروفة وذلك بحكم ضخامة القطاع العمومي في الجزائر ودرجة تحول النظام الاقتصادي.

الخصخصة نوعين: خصخصة الملكية وخصخصة التسيير فهذا الأخير يتمثل في احتفاظ الدولة بملكية المؤسسة مع إسناد تسييرها إلى الخواص وذلك باللجوء إلى إحدى التقنيات المستعملة في الأنظمة المقارنة في عقد الإيجار، عقد التسيير المنصوص عليهما في القانون المدني.<sup>(1)</sup>

أما خصخصة الملكية فيقصد بها إما نقل ملكية رأس مال المؤسسة أو نقل أصولها إلى القطاع الخاص والتنازل عن رأسمال المؤسسة، إما أن يتم بصفة كلية أي التنازل الكلي للدولة عن المشروع، أو بصفة جزئية ويمكن تعريفها على أنها "عدم القيام بإخراج المؤسسة من القطاع العام وإدخالها في القطاع الخاص"، ولكن يرجوع إلى الأمر رقم 01-04 نجد أن المشرع لم يحدد نسبة التي يتم التنازل عنها ولكن صدرت تعليمة من رئيس الجمهورية موجهة إلى طاقم الحكومة تلغي من خلالها كل القرارات التي تستهدف التمهيد لإتاحة رأس مال بعض المؤسسات العمومية أمام الخواص.

علما أن الوزير الأول قد أعلن عن فتح رأس مال المؤسسات العمومية الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة أمام القطاع الخاص لتقلص ضغط على الحكومة في تمويل وإنجاز المشاريع وبتالي استبعاد رئاسة أي خيار لخصخصة المؤسسات العمومية أي كان شكلها.

#### ب- دوافع الخصخصة

كما يدل قرار الخصخصة للمؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر على فشل النموذج التنموي الذي تبنته والمعتمد على سيطرة القطاع العام.

<sup>1</sup> أمر رقم 57-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1957، يتضمن القانون المدني ج ج ج عدد 78 مؤرخ في سنة 1975، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، ج ج ج عدد 44 مؤرخ في 16 جوان 2005، المعدل والمتمم.

- تترجم عمليات الخصخصة إرادة الدولة في تقليص سيطرتها على الساحة الاقتصادية وذلك من خلال فتح رأسمال مؤسساتها أمام القطاع الخاص، وذلك نتيجة عدة دوافع سواء داخلية أو خارجية<sup>(1)</sup>.

### - دوافع داخلية

لم يتم اتخاذ سياسية الخصخصة في الجزائر هكذا فقط بل كان نتيجة عدة أسباب ودوافع، فعلى المستوى الداخلي تتمثل في:  
-دوافع اقتصادية وتتمثل في:

• تحسين كفاءة أداء المشروعات، إذ تركز سياسة الخصخصة على فرضية أساسية مؤداها أن القطاع العام أو الدولة وجب عليها أن ترفع يدها عن إدارة المشاريع، مما يساهم في توفير الموارد وتحسين أداء هذه المشاريع وبتالي الزيادة في معدلات النمو الاقتصادي، فالقطاع الخاص يستخدم تقنيات أكثر كفاءة وذات مردودية من تلك التي يتم استخدامها في القطاع العام هذا ما يؤدي إلى زيادة معدلات النمو الاقتصادي وتحسن نوعية وجودة الخدمات والمنتجات المقدمة وباقل تكلفة<sup>(2)</sup>.

• توسيع قاعدة الملكية إذ تشكل الخصخصة الوسيلة المفضلة لدى بعض التجارب المقارنة لإنعاش الطبقة المتوسطة حيث ترمي إلى ديمقراطية الخصخصة عبر إشراك أكبر عدد ممكن لصغار المساهمين والعاملين في الشركات العامة التي يتم التنازل عنها للخواص بحيث تسمح لهم بالمشاركة في ملكية أسهم هذه المشروعات وتفترض أن يتم بيع الأسهم وليس نقل

<sup>20</sup> صالح صالحي، " دور الدولة في الحياة الاقتصادية "، أعمال الملتقى الدولي حول اقتصاديات الخصخصة والدور الجديد لدولة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، يومي 03 و05 أكتوبر 2004، ص 470.

<sup>2</sup> ZEGHIB(S), « Privatisation et développement économique en Algérie : bilan et perspective », Actes du colloque international sur la privatisation et nouveau rôle de l'État, Université FERHAT ABBAS Sétif, 03-05 octobre 2004, p176.



الأصول هذا هدف من أهداف الدولة وذلك بالعمل على زرع الانتماء لدى هؤلاء وبالتالي تقبلهم لعملية الخصخصة<sup>(1)</sup>.

● تحسين وضعية المستهلكين يمثل هذا الدافع أهم الدوافع التي دفعت بالحكومة لاتخاذ سياسة الخصخصة في إقامة نظام يتسم بديمقراطية يتمتع فيه المستهلك بحرية الاختيار فالخصخصة من وجهة نظر الحكومة تؤدي إلى تحسين نوعية وجودة المنتجات المقدمة للمستهلكين وذلك من خلال؛ الحد من الاحتكار وتحسين النوعية، إصدار تشريعات لحماية المستهلك، إصدار مواصفات فنية وقياسية لجميع السلع والخدمات المنتجة، تنصيب أجهزة إدارية لحماية المستهلك، تفعيل دور جمعيات حماية المستهلكين<sup>(2)</sup>.

#### - دوافع مالية

تعاني الكثير من الدول النامية من أعباء الملقاة على عاتق الخزينة العامة وتحاول تخفيض الإنفاق العام بقدر الامكان ولا يتم ذلك إلا من خلال تخلص الدولة من الأعباء التي ترهق كاهلها وذلك من خلال إشراك القطاع الخاص والذي يتميز بقلّة التكاليف وجودة المنتجات المقدمة.

#### – دوافع خارجية

إضافة إلى مختلف العوائق التي كانت تتخبط فيها الحكومة على المستوى الداخلي فكانت هناك دوافع خارجية دفعت الحكومة إلى تبني سياسة الخصخصة منها مايلي:

#### - المنظمات الدولية ودورها في اتخاذ سياسة الخصخصة

لقد جعلت المنظمات العالمية من الخصخصة أسبقيتها في الدول النامية بحيث تعمل على تشجيع هذه التقنية وإمدادها بالوسائل الفنية والمالية وتؤكد عند منح مساعداتها على الربط بين الخصخصة والحرية الاقتصادية.

<sup>22</sup> عجة الجليلي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية: من اشتراكية التسيير إلى الخصخصة، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 424.

<sup>23</sup> بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 04-02، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2009، ص 11.

بحيث يفرض صندوق النقد الدولي على البلدان النامية إعادة بناء وهيكلتها اقتصادها، حتى يتمكن من الحصول على تسهيلات لمعالجة اختلالات ميزان المدفوعات وإعادة جدولة مديونيتها الخارجية، أما البنك الدولي فقد أعلن أنه شريك القطاع الخاص في العالم الثالث ووعده بدعمه فنيا وماليا بحيث تعمل على خلق مؤسسات لضمان الاستثمار الأجنبي في الدول النامية وذلك حتى تشجع تلك البلدان على انتهاج عملية الخصخصة.<sup>(1)</sup>

### -الدعوة للتحويل إلى القطاع الخاص

التسليم بأن آليات السوق هي أفضل أداة لتحقيق تخصيص الأصل للموارد، فنظرية كينز كانت فتحة جديدا في علم الاقتصاد من أجل ضبط إيقاع النشاط الاقتصادي، وحسب البنك الدولي فقد بلغت عدد حالات الخصخصة في الدول النامية الآلاف ووصلت حصيلة عام 1992 إلى 23,1 مليار دولار.<sup>(2)</sup>

### 2- الأجهزة المكلفة بالخصخصة

لا يوجد نوع مثالي للهيئات المكلفة بالخصخصة، ولكن يتطلب من السلطات العمومية أثناء وضع نظام قانوني يحكم هذه الأخيرة مراعاة مجموعة من الاعتبارات، كتلك المتعلقة بالجهاز القائم على عمليات التنازل، شروط وكيفيات التنازل وغيرها. شهدت القواعد القانونية الخاصة بعمليات الخصخصة تطورا سريعا، يهدف من خلالها المشرع إلى تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية، ومن أجل ذلك استحدثت هيكل

<sup>1</sup> زوية سميرة، "الخصخصة بين الحتمية والخيار لإنقاذ المؤسسة العمومية الاقتصادية"، أعمال الملتقى الوطني حول خصخصة المؤسسات العامة في الجزائر في ظل الإصلاحات التشريعية والحكم الرشيد، كلية الحقوق والآداب والعلوم الاجتماعية، قسم الحقوق، جامعة 08 ماي 1945 قالملة، يومي 18 و19 أفريل 2011، ص 06.

<sup>25</sup> نايت حمود مصطفى، "الطرق التعاقدية لخصخصة المؤسسات العامة"، أعمال الملتقى الوطني حول خصخصة المؤسسات العامة في الجزائر في ظل الإصلاحات التشريعية والحكم الرشيد، كلية الحقوق والآداب والعلوم الاجتماعية، قسم الحقوق، جامعة 08 ماي 1945 قالملة، يومي 18 و19 أفريل 2011، ص 11.

جديدة أنيطت لها عملية الخوصصة، ومن أجل ذلك صدر الأمر رقم 04-01 الذي تخلى من خلاله المشرع عن الإطار الهيكلي السابق الذي كان منصوص عليه في القوانين السابقة.<sup>(1)</sup>

أ- مجلس مساهمات الدولة

يتم إنشاء مجلس مساهمات الدولة والذي أوجد على أنقاض المجلس الوطني لمساهمات الدولة ويتم وضعه تحت سلطة رئيس الحكومة الذي يتولى رئاسته،<sup>(2)</sup> نلاحظ من خلال استقراء مختلف نصوص القانون 04-01 أن المشرع عدل عن تسمية المجلس حيث أصبح يدعى مجلس مساهمات الدولة، وذلك تجسيدا لانسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي وحفاظا على الثقة وطمأنينة في الشريك الخاص، خاصة الشريك الأجنبي والذي يتخوف من تدخل الحكومة في شؤونه الخاصة.<sup>(3)</sup>

تحيلنا المادة 08 من الأمر رقم 04-01 السابقة الذكر على تشكيلة وتسيير المجلس وأحالتنا في ذلك إلى التنظيم، وهو الذي صدر بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-253، والذي يبين أن المجلس يتكون من عدة وزراء وذلك نتيجة المهام المنوطة إليه ولكن من جهة أخرى هذا ما يؤثر على استقلالية وحياد هذا الأخير في اتخاذ مختلف القرارات التي تعيق عمليات الخوصصة وكذا تخوف المستثمرين من اقتناء المؤسسات المراد التنازل عنها، ولكن نتيجة للدور الفعال الذي تكتسيه المؤسسة العمومية ارتأت الحكومة الأخذ بزمام الأمور للدفاع عن الصالح العام وتقييد حرية المستثمر.<sup>(4)</sup>

<sup>26</sup> عبدلي نعيمة، حماية مصلحة الأجراء في عمليات الخوصصة (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، الميدان الحقوق والعلوم السياسية، فرع الحقوق، تخصص قانون العام القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص 13.

<sup>2</sup> المادة 8 من الأمر رقم 04-01، السابق الذكر.

<sup>28</sup> المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 01-253 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2001 متعلق بتشكيلة مجلس مساهمات الدولة وتسييره، ج ر ج عدد 51 مؤرخ في 12 سبتمبر سنة 2001.

<sup>29</sup> سعودي زهير، النظام القانوني لتسيير ورقابة المؤسسات العمومية الاقتصادية على ضوء الأمر رقم 04-01 بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون الجزائر، 2003، ص 96.

وسَّعَ المُشرع من مهام المجلس بحيث استحوذ على صلاحيات المجلس الوطني لمساهمات الدولة وصلاحيات مجلس الخوصصة، ومن أهم مهامه ضبط تنظيم القطاع العمومي الاقتصادي، كما يتولى تحديد إستراتيجية الشاملة في مجال مساهمات الدولة والخوصصة، وكذا تحديد سياسات برامج الخوصصة المؤسسة العمومية الاقتصادية ويوافق عليها... الخ.

#### ب- وزارة المساهمات

تعد وزارة المساهمات الجهاز التنفيذي لعمليات الخوصصة، وبعد تعديل 2011 أوكلت هذه المهمة لوزارة الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار<sup>(1)</sup>، ليطم إسناد مهمة تنفيذ عمليات الخوصصة بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 13-392 لوزارة تنمية الصناعة وترقية الاستثمار<sup>(2)</sup> وما نلاحظ هو تتالي التعديلات على الجهاز التنفيذي لعمليات الخوصصة وهذا يدل على دور هذا الجهاز في إنجاح عمليات الخوصصة. ومن جهة أخرى يتولى الوزير المكلف بالمساهمات في إطار تنفيذ استراتيجية الخوصصة بالتشاور مع الوزراء المعنيين بالقطاع المراد خوصصته، وكذا الإجراءات والكيفيات والشروط المتعلقة بنقل الملكية، ويقترح ذلك على مجلس مساهمات الدولة للموافقة عليها، كما يعد وينفذ استراتيجية اتصال تجاه الجمهور والمستثمرين حول سياسات الخوصصة وفرص المساهمة في رأسمال المؤسسات العمومي، ويكلف من يقوم بتقدير قيمة المؤسسة أو أصولها التي يعتزم التنازل عنها، عرض ملف التنازل على مجلس مساهمات الدولة الذي يحتوي تقيم سعر التنازل وحده الأعلى والأدنى وكذا كيفيات نقل الملكية وكذا اقتراح المشتري<sup>(3)</sup>.

<sup>30</sup> مرسوم تنفيذي رقم 11-16 مؤرخ في 25 جانفي سنة 2011 يحدد صلاحيات وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار، ج ر ج عدد 05 مؤرخ في 26 جانفي سنة 2011 (ملغى).

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 13-392 مؤرخ في 25 نوفمبر سنة 2013، يحدد صلاحيات وزير التنمية الصناعية وترقية الاستثمار، ج ر ج عدد 62 مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2013.

<sup>32</sup> المادة 22 من الأمر رقم 04-01 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية تسييرها وخوصصتها، السابق الذكر.

## ج- لجنة مراقبة عمليات الخوصصة

أخذاً بمبدأ الشفافية استحدث المشرع لجنة لرقابة عمليات الخوصصة، وذلك من أجل ضمان حسن سير عمليات التنازل وتفادي انحرافها عن فحوى النصوص القانونية، إن شفافية عملية الخوصصة مرتبط بمدى فعالية الرقابة التي تمارسها اللجنة ويظهر ذلك من خلال تشكيلتها ومدى استقلاليتها في اتخاذ قراراتها وبالنظر إلى القوة الإلزامية لأعمالها فيما إذا كانت قرارات إلزامية أو مجرد آراء استشارية.<sup>(1)</sup>

تزاوّل اللجنة اختصاصات متنوعة تسمح لها بممارسة الرقابة على عمليات التنازل عن ملكية المؤسسة العمومية الاقتصادية، وذلك من خلال توفير العلم الكافي للمستثمرين حتى يتمكنوا من الاطلاع على مختلف المعلومات المتعلقة بالعملية، تحقيقاً لمبدأ من مبادئ الشفافية، ويعتبر الإشهار كوسيلة لرقابة السير المنتظم لعملية تقسيم ممتلكات المؤسسة العامة وكضمانة للشفافية والمساواة بين جميع المتعاملين، ومن أجل ذلك حاول المشرع من خلال تعديلاته للمنظومة القانونية للخوصصة توفير الظروف الملائمة لحسن سير هذه العمليات وتوفير العلم الكافي لجميع الفئات حتى يتسنى لهم الاطلاع على شروط المساهمة في ملكية رأسمال المؤسسة المراد التنازل عنها.<sup>(2)</sup>

## ثانيا- النظام الاجرائي للخوصصة

تعتبر عمليات الخوصصة عن إرادة الدولة في تقليص سيطرتها على الساحة الاقتصادية وذلك من خلال فتح رأسمال مؤسساتها سواء بصفة كلية أو جزئية، أما بالنسبة للمشتري فهي عملية استثمار في رأس مال المؤسسة المراد التنازل عنها، تختلف أساليب الخوصصة باختلاف مفهومها والأهداف المرجوة منها وكذا المؤسسات المعدة للخوصصة، وأول أسلوب استعمله المشرع الجزائري هو تحويل المؤسسة العمومية الاقتصادية إلى شركة تجارية تحوز

<sup>33</sup> مرسوم تنفيذي رقم 354-01 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2001، يحدد تشكيل لجنة مراقبة عمليات الخوصصة وصلاحياتها وكيفية تنظيمها وسيرها، ج ر ج عدد 67 مؤرخ في 11 نوفمبر سنة 2001.

<sup>34</sup> نباليفطة، "المفهوم الاقتصادي والقانوني لفكرة إزالة التنظيم"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، 2007، ص 162.

ففيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام تمثيلا لرأسمالها الاجتماعي بصفة مباشرة أو غير مباشرة.<sup>(1)</sup>

وبالتالي تتم عملية التنازل عن رأسمال المؤسسة العامة الاقتصادية بعدة طرق سواء كانت داخل السوق المالية أو خرجها، ولكن من جهة أخرى تعتري هذه الطرق عدة معوقات ومشاكل لا بد من البحث عن سبل تخطيها.

#### أ- طرق الخوصصة

التنازل عن رأس مال المؤسسة إما أن يتم بصفة كلية أي تنازل الدولة عن كل رأسمال المشروع أو يتم بصفة جزئية بحيث لا يتم اخراج المؤسسة من القطاع العام وادخالها في القطاع الخاص ولكن من خلال استقرائنا لنصوص الأمر رقم 04-01 نجد أن المشرع لم يحدد النسبة التي يتم التنازل عنها.

#### 1- الخوصصة عن طريق بورصة القيم المنقولة

باعتبار أن الهدف من الخوصصة هو توسيع دائرة المساهمة الشعبية وتنشيط السوق المالية، فإنه يمكن أن تتم عملية الخوصصة عن طريق قيد أسهم المؤسسة محل الخوصصة في بورصة القيم المنقولة وعرضها للبيع للجمهور.

تعرف البورصة على أنها سوق منظم تنعقد في مكان معين وفي أوقات دورية بين المتعاملين لبيع وشراء مختلف الأوراق المالية.<sup>(2)</sup>

وتتم الخوصصة عبر سوق المالية وفقا لطرح العام للأسهم أو الطرح العلني للبيع بسعر

موحد.

#### – الطرح العام للأسهم

تساهم الخوصصة عن طريق البورصة في نقل الملكية وتوسيع دائرتها، وتتم هذه العملية بطرق مختلفة، بحسب أهمية وتطور السوق المالية في البلد، تم النص على هذه

<sup>1</sup> المادة 03 من الأمر رقم 04-01 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، مرجع سابق.

<sup>2</sup> عبد الرزاق موري، البورصة: بورصة الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 80.

الآلية منذ أول قانون للخصوصية بموجب المادة 25 من الأمر رقم 22-25،<sup>(1)</sup> كما أبقى على هذه الطريقة عند صدور قانون الخصوصية الذي يلغي سابقه، بموجب المادة 26 من الأمر رقم 04-01 السابق الذكر.

ويقصد بهذه الآلية للجوء الدولة إلى طرح كل أو جزء من أسهم المؤسسة أمام الجمهور بحيث يتناسب هذا الأسلوب مع المؤسسات التي تأخذ شكل شركات تجارية، وخاصة الممثلة في شركة المساهمة التي يفترض فيها تعدد المساهمين في رأسمالها. بموجب هذا الأسلوب تقوم الدولة ببيع كل أو جزء من أسهم الشركة إلى القطاع الخاص على أساس سعر السوق، فتقدير قيمة السهم يكون على ضوء تداول الأسهم وكذا حسب العرض والطلب، فإن لم تكن متداولة فإن تحديد قيمتها يكون على أساس قيمة تصفية المؤسسة أو متوسط السعر للفترة قبل الخصوصية وقد تساهم في ذلك هيئات إدارية.<sup>(2)</sup>

وعادة ما يكون سعر الأسهم مغري حتى يقبل الجمهور على اقتنائها وفي هذا الصدد تنص المادة 27 من الأمر رقم 04-01 السابق الذكر على أنه: "يمكن إجراء تجزئة الأسهم أو الحصص الاجتماعية إلى سندات ذات قيمة إسمية أقل حتى يتمكن الجمهور العريض من المساهمة، وذلك بغرض تفضيل تطور السوق المالية والسماح بمساهمة عريضة للأجراء والجمهور في الرأسمال الاجتماعي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المدرجة ضمن برنامج الخصوصية"، وما يفهم من خلال هذا النص أن المشرع بعد ما كان يفضل الحفاظ على مناصب الشغل أصبح يفضل تطوير سوق مال.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> تنص المادة 25 من الأمر رقم 22-25 السابق الذكر على أنه: "يمكن أن يتم التنازل باللجوء إلى السوق المالية حسب الشروط القانونية والتنظيمية المعمول بها إما بعرض بيع أسهم وقيم منقولة أخرى في بورصة القيم المنقولة..."

<sup>2</sup> تنص المادة 26 من الأمر رقم 04-01 السابق الذكر على أنه: "يمكن تنفيذ عمليات الخصوصية كمايلي إما باللجوء إلى آليات السوق المالية بالعرض في البورصة أو عرض علني للبيع بسعر محدد..."

<sup>3</sup> أيت منصور كمال، "حماية مصلحة الأجراء في قانون الخصوصية الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، 2014، ص 47.

**-الطرح العلني للبيع بسعر ثابت**

اعتمد المشرع الجزائري هذه الطريقة منذ تبنيه لعملية الخصخصة حيث نص عليها سنة 1995 بموجب المادة 95-22 واحتفظ بهذه الطريقة بموجب الأمر رقم 01-04، وهذا دليل على أهمية هذه الآلية ودورها الفعال في خصخصة المؤسسات العامة في إطار بورصة القيم المنقولة، وقد اشترط المشرع في هذه الطريقة أن يكون السعر الأول عند الدخول إلى البورصة مساويا على الأقل لسعر العرض الذي حدده مجلس الخصخصة، كما يشترط ضرورة تملك الجمهور جزء من الأسهم المعروضة للبيع، وقد تم النص على ذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-134 أين تم اعتماد هذه الآلية بموجب قرار المجلس الخصخصة بتاريخ 18 جوان 1998.<sup>(1)</sup> وذلك من خلال تجزئة الأسهم إلى قيم إسمية قدرت ب250 دج وتحديد حد أقصى للأسهم الذي يتم شراؤه من الأشخاص الطبيعيين ب2000 سهم وهذا ما أكدته المادة 27 من الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصخصتها وذلك لغرض تفضيل تطور السوق المالية والسماح بمساهمة عريضة للأجراء والجمهور في الرأسمال الاجتماعي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المدرجة ضمن برنامج الخصخصة.<sup>(2)</sup>

بالإضافة إلى طرق التنازل عن المؤسسات العامة من خلال السوق المالية، يمكن أن تتم عملية خصخصة المؤسسة العمومية الاقتصادية خارج السوق المالية وذلك بطرق مختلفة ومعدة لذلك وفقا للمادة 26 من الأمر رقم 01-04، كالبيع بالتراضي والمزايدة والاندماج المناقصات وغيرها من الطرق المستعملة في الخصخصة.<sup>(3)</sup>

<sup>40</sup> مرسوم تنفيذي رقم 96-134 مؤرخ في 13 أبريل سنة 1996 يتعلق بشروط تملك الجمهور الأسهم والقيم المنقولة الأخرى في المؤسسات العمومية التي ستخصص وكيفيات ذلك، ج ر ج عدد 23 مؤرخ في 14 أبريل سنة 1996.

<sup>2</sup> Holding public-chimie- pharmacie, groupe SAIDAL notion d'information, offre publique vente, 1999, p05.

<sup>42</sup> زايري بلقاسم، "تحليل متطلبات وطرق الخصخصة على ضوء تجارب الدول النامية"، أعمال الملتقى الدولي حول اقتصاديات الخصخصة والدور الجديد لدولة. كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، يومي 03 و05 أكتوبر 2004، ص 273.



## 2- المناقصات آلية للخوصصة المؤسسة العامة الاقتصادية

استعمل المشرع عدة فنيات في قانون الصفقات العمومية غير أن هذه الفنيات يتم اللجوء إليها في مجالات أخرى مثل عقود الامتياز الخاصة بأجراء من الأموال العامة ففي ظل الأمر رقم 22-95 كان ينص على التنازل بموجب مزايدة بين بعد صدور الأمر رقم 04-01 أصبح يتم التنازل عن رأسمال المؤسسة باستعمال المناقصات وفقا للمادة 26 منه.<sup>(1)</sup>

تعتبر تقنية المناقصة أسلوبا أساسيا في التشريع الجزائري على غرار التشريع التونسي والمغربي لإبرام عقود نقل ملكية المؤسسات العامة إلى الخواص، غير أن الأمر رقم 04-01 لم يبين أحكام وإجراءات سير المناقصات على خلاف الأمر رقم 22-95 الذي تضمن هذه الأحكام وهي أحكام تبقى سرية المفعول في إطار الأمر رقم 04-01، غير أن مباشرتها مخول إلى جهات مغايرة أين يتولى الوزير المكلف بالمساهمات بإعداد إجراءات وكيفيات نقل الملكية بالتشاور مع الوزارة المعنية، ويشرع في تطبيق إستراتيجية الاتصال مع الجمهور من خلال الاعلان عن المناقصة وهو إجراء جوهري في نظام المناقصات وتوجهه إلى المستثمرين الراغبين في شراء أسهم المراد التنازل عنها وذلك بهدف اقتناء أفضل العروض، وذلك بتوفر مجموعة من الشروط المحددة مسبقا من طرف اللجنة المكلفة بالخوصصة وفي هذا الصدد تم تقديم عرض تضمن 248 وكالة صيدلانية المقدم من طرف المؤسسة الوطنية لتوزيع الأدوية بالتجزئة<sup>(2)</sup>.

اتخذت الجزائر هذه التقنية دون نجاح عندما بادرت سنة 2003 عند إعلان عن مناقصة دولية لخوصصة ثلاثة وحدات للإسمنت، ليتم بعث وتيرة الخوصصة في سنة

<sup>43</sup> المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 مؤرخ في 24 جويلية سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 301-03 مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج ر ج عدد 55 مؤرخ في 14 سبتمبر سنة 2003.

<sup>2</sup> SADI (N), op.cit, p196.

2008 على اثر اجتماع مجلس مساهمات الدولة وذلك من أجل التنازل عن أصول المؤسسات العامة بأسلوب المناقصة.<sup>(1)</sup>

### 3- التراضي آلية لخصوصية المؤسسة العامة الاقتصادي

تتميز هذه الطريقة عن بقية الطرق فيما يخص المرونة والتكتم ولكن يعاب عليها نقص الشفافية وما يتبعه من إثارة للجدال حول نزاهة القائمين على العملية، وقد يصل الأمر إلى اتهامهم بالارتشاء أو التريح غير المشروع أو التفريط في الحق العام، غير أن البيع بالتراضي يسمح للدولة بعدم الاقتصار على المعايير المالية عند اختيار المستثمرين وتكون هذه الآلية مناسبة عندما نكون أمام مشتري استراتيجي ينتظر منه تقديم التمويل الإضافي والخبرة التقنية والتسويقية المطلوبة من أجل تطوير المؤسسة، وقد يكون هذا الأسلوب هو الحل الوحيد إذا كانت الوضعية الاقتصادية والمالية للمنشأة المراد خصوصتها متدهورة، والتي لا يمكن عرضها في السوق أو عدم الإقبال على اقتناءها.<sup>(2)</sup>

### 4- البيع أو التنازل لصالح الأجراء

وتتمثل المساهمة العمالية من خلال التنازل سواء للإطارات العاملة فيها أو لصغار العمال، وبذلك يكون الهدف من ذلك هو ممارسة رقابة حقيقية من طرف الإطارات المسيرة للمؤسسة، وكذا تكريس حماية لصالح عمال تلك المؤسسات وكذا الحفاظ على استقرار علاقات العمل وعدم قيام معارضة ضد مسار الخصوصية، وتفادي عدة أفات اجتماعية كالبطالة، وتتم الخصوصية لصالح الأجراء بعدة طرق سواء بتقرير سندات أقل ارتفاعاً لصالحهم بصفة اسمية، وكذا التنازل عن نسبة 10% مجاناً، بحيث نص المشرع على

<sup>45</sup> تم التنازل الكلي بمناقصة عن ثلاثة مؤسسات عمومية تابعة لمجمع (سور اسكر)، وكذا التنازل عن شركة الدراسات التقنية بورقلة كلياً، التنازل جزئياً في حدود 30% من أسهم شركة مواد البناء ببجاية، التنازل عن أصول مؤسسة الصناعية التقليدية لبلدية القنطرة لفائدة غرفة الصناعة التقليدية والحرف لولاية بسكرة.

<sup>46</sup> رضا محمد سعد الله، "أساليب الخصوصية وتقنياتها مع إشارة خاصة إلى التجربة التونسية"، أعمال الملتقى الدولي حول اقتصاديات الخصوصية والدور الجديد لدولة. كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، يومي 03 و05 أكتوبر 2004، ص 240.

ضمانة لصالحهم وهي في غاية الأهمية وتتمثل في إمكانية استعادة مؤسستهم المراد التنازل عنها<sup>(1)</sup>.

بالإضافة إلى هذه التقنيات هناك تقنيات أخرى يمكن للدولة أن تتنازل بها على ملكية المؤسسة للخوادم منها التنازل عن أصول المؤسسة العامة الاقتصادية، التنازل بدون مقابل، مقايضة الديون بأسهم المؤسسة، خوصصة التسيير، عقود الشراكة تأجير وغيرها.

### ب- تقييم تجربة الخوصصة في الجزائر

بالنظر إلى حداثة التجربة الجزائرية في مجال الخوصصة فإنه من المبكر التنبؤ بأثر غير قابل للإحصاء، وبتالي من الصعب التحدث عن مدى نجاح أو فشل هذه الأخيرة، فضلا عن ذلك ارتباط أثرها سواء يصفه كلية أو جزئية ببرنامج اصلاحات بمتغيرات متعددة، غير أن موضوع الخوصصة في الجزائر تعتره مجموعة من التحديات التي يجب تجاوزها حتى يتم الحديث عن مدى نجاعة الاستثمار في هذا المجال<sup>(2)</sup>.

#### 1- تحديات الخوصصة

ترتبت عن عملية الخوصصة مجموعة من الآثار التي حالت دون إنجاز عملية الخوصصة ومن بين هذه الآثار نذكر.

-مشكلة البطالة: عملتفي ظل نظام الاستقلالية على حماية الطبقة العاملة فكان تشغيلهم مبني على اعتبارات اجتماعية وليست اقتصادية مما اثر على منتوجيات مختلف المؤسسات، غير أن التوجه نحو اقتصاد السوق يتطلب إعادة النظر في منظومة التشغيل، لذا تعتبر الخوصصة المجال الخصب لعملية تسريح العمال وإعادة تنظيمها وما يتبع تقليص دور الدولة من بطالة وعدم توفير خدمات اجتماعية كالرعاية الصحية والتعليم وغيرها،

<sup>1</sup> عبدلي نعيمة، المرجع السابق، ص 164 وما بعدها.

<sup>48</sup> بلالي أحمد، "خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر (الأسباب، الميكانيزمات والتحديات)"، أعمال الملتقى الدولي حول اقتصاديات الخوصصة والدور الجديد للدولة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، يومي 03 و05 أكتوبر 2004، ص 94.

بالإضافة إلى اهتمام المالك الجديد بالمجال الربحي للمؤسسات وبالتالي ضرورة تقليص مختلف النفقات وإلغاء كل ما يعرقل سير المؤسسة<sup>(1)</sup>.

- انخفاض القدرة الشرائية: لدى الأفراد وهذا ما يؤثر سلبا على طلب السلع والخدمات وبالتالي تأثر الشركة سلبا، هذا ما يؤدي إلى قيام معارضة ضد مسار الخصخصة وعدم تقبلها.

- مشكلة التمويل: التي تعاني منها خاصة الطبقة العاملة نتيجة الرواتب المتدنية لهؤلاء بالإضافة إلى فشل الخصخصة التي تتم لصالحهم وذلك لعدم قدرتهم على تمويل هذا الشراء نتيجة رفض البنوك والمؤسسات المالية تمويل هذا التنازل<sup>(2)</sup>.

- مشكلة التقييم: يشكل التقييم عنصرا مهما في عملية الخصخصة وشفافيتها فالتقييم غير الشريف أو الذي يتم التلاعب به يؤدي إلى عدم الاقبال على اقتناء المؤسسات واحجام المستثمرين نتيجة تخوفهم، وكذا عدم توفير منظومة قانونية خاصة تحكم هذا المجال. زد إلى ذلك انعدام جها فعال يسير ويسهر على حسن تقييم هذه المؤسسات المراد التنازل عنها، كما تعترى عملية الخصخصة مشكلة أخربوهي عدم تهيئة الأرضية لأستقبل عملية الخصخصة بحيث كان لا بد من اتخاذ مجموعة من التدابير والاجراءات قبل الخوض مباشرة في العملية.

-عدم توفر سوق مالية متطورة: تساعد على استيعاب مختلف المؤسسة وبالتالي تحرير الاقتصاد، ويعتبر هذا الاخير الركيزة الاساسية لبرامج الاصلاح الاقتصادي المنتهج، بحيث يعمل مجال الخصخصة على تطوير سوق رأسمال وانعاش الاقتصاد من خلال توفر رأس

<sup>49</sup> محمد عبد الله الظاهر، الضرورات التي تفرضها سياسة الخصخصة في مجال علاقات العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 276.

<sup>50</sup> صبايحي ربيعة، " تقييم تجربة بيع المؤسسات الاقتصادية للعمال في الجزائر"، أعمال الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم حقوق، القطب الجامعي تاسوست، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر 01 ديسمبر 2011، ص 23.

المال وبالتالي إنعاش خزينة الدولة، بالإضافة إلى مشكلة الديون التي تعاني منها مختلف المؤسسات<sup>(1)</sup>.

## 2-الرهانات المنتظرة من عملية الخصخصة

من أجل تحقيق الأهداف المسطرة بانتهاج سياسة الخصخصة يجب توفر مجموعة من المقومات وتدابير واتباع جملة من الإجراءات التي تتلخص في.

### -ضرورة ايجاد إطار قانوني مناسب لاعتماد اقتصاد السوق

لا بد أن تقترن عملية الخصخصة بمجموعة من الاجراءات الاصلاحية سواء في جانبها الإداري أو الاقتصادي بحيث تعمل على زرع روح الثقة والطمأنينة لدى المستثمرين ورغبة الدولة في تشجيع نشاط الخواص، وهو أهم مقوم لإنجاح عملية الخصخصة لذا يجب على السلطات العليا اعتماد إطار قانوني فعال يعمل على تنمية الوعي لدى الأفراد والعمل على تهيئة المناخ بوضع سلطات مستقلة محايدة تعمل على تطوير الاقتصاد دون ربطه بالسياسة.

### -اعتماد إطار قانوني فعال

من أجل النهوض بمسار الخصخصة وانجاحه لبد من توفير مناخ من الاستقرار في الأعمال وذلك من خلال:

- إصلاح نظام الحوافز بالشركات الموجودة حاليا لتشجيع المبادرة وتأهيل القطاع الخاص ورفع مردوديته.
- وضع قوانين تمنع الاحتكار ومحاربة الفساد وتزيد من المنافسة بين مختلف الافراد، وكذا تضع خططا وبرامج محكمة تعمل على تحسين أداء تلك المؤسسة المحالة إلى القطاع الخاص.

- ضرورة توفير البيانات والعلم الكافي حول المؤسسات المراد التنازل عنها، وكذا التقييم الدقيق والصحيح للمؤسسة وذلك إعمالا بمبدأ الشفافية في مختلف العمليات والمنافسة

<sup>51</sup> بن عيشي بشير، المرجع السابق ، ص 75.

بين مخلف الأفراد بنزاهة، السماح لهذه المؤسسات باعتماد تكنولوجيات حديثة ومتطورة دون قيود جمركية تعجيزية.

● وجود سوق مالية متطورة ونشطة للتداول مختلف أسهم الشركات وذلك من خلال النص على احداث للجنة خاصة تشرف بنزاهة على عملية الخصخصة دون تحقيق أهداف أخرى وتعمل على تحسين مناخ الاستثمار وذلك من خلال إعادة النظر في نظام الحوافز ومحاولة تحقيق ميزة تنافسية بين مختلف الفئات<sup>(1)</sup>.

#### خاتمة

إن التحولات المتعاقبة التي عرفتها بلدان العالم في العشرية الأخيرة من القرن الماضي في المجال الاقتصادي خاصة بتطبيق سياسة الخصخصة، أثار الكثير من المشاكل وخلق العديد من الصعوبات نظرا للمنطق الذي تقوم عليه، بحيث أن المتنازل يهمله تحقيق أرباح وتخفيض التكاليف دون سواها، هذا ما يؤدي إلى قيام معضلة اجتماعية وهي التضحية بالجانب الاجتماعي لعملية الخصخصة، لذا يجب على الدولة التوفيق بين مختلف جوانب هذه العملية من أجل إنجازها.

وفي هذا الاطار يجزم جل الخبراء والمختصين على عدم امكانية احداث اصلاح اقتصادي ناجح دون تكونالخصخصةالضمن السياسة الاصلاحية التي تبادر بها الدولة، لكن لا يمكن قيام هذه الأخيرة دون تهيئة الأوضاع الضرورية لذلك من خلال إصلاح منظومتها القانونية وتتمن دور القطاع الخاص وإيجاد جهاز فعال لذلك وغرس روح المبادرة وشفافية هذه العملية، لأن نجاح هذه العملية يتوقف على تهيئة الظروف أولا ثم اتخاذها كوسيلة فعالة للإصلاح.

<sup>1</sup> بن عيشى بشير، المرجع السابق، ص 89.