



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن: -مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي/سعيدة- الجزائر

2014

العدد الاول

منشورات

مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والوطنية
وواقعها في الجزائر

طباعة

مكتبة الزيتونة للطباعة والنشر - الجزائر
شارع السكة الحديدية/ سيدي بلعباس/ الجزائر

الهاتف والفاكس 048 54 66 07
الهاتف 040 41 17 96
المحمول 07 73 394265



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن: -مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي/سعيدة- الجزائر

2014

العدد الثاني

مدير المجلة

الدكتور أسود محمد أمين (مدير المخبر)

رئيس التحرير

الدكتور ساسي محمد فيصل

الهيئة العلمية للمجلة

- | | |
|-------------------------------------|--|
| الدكتور أسود محمد أمين | جامعة سعيدة/الجزائر (رئيس الهيئة العلمية للمجلة) |
| الدكتورة منادي مليكة | جامعة سعيدة / الجزائر. |
| الدكتور بوكلي حسن شكيب | جامعة سعيدة / الجزائر. |
| الدكتورة بدري مباركة | جامعة سعيدة / الجزائر. |
| الدكتور قوادري مختار | جامعة سعيدة / الجزائر. |
| الدكتور هامل هواري | جامعة سعيدة / الجزائر. |
| الدكتور مغربي قويدر | جامعة سعيدة / الجزائر. |
| الدكتورة نوارى أحلام | جامعة سعيدة / الجزائر. |
| الدكتورة عمارة فتيحة | جامعة سعيدة / الجزائر. |
| الأستاذ الدكتور بن سهلة ثاني بن علي | جامعة تلمسان/الجزائر. |
| الأستاذ الدكتور مازن ليلو راضي | جامعة دهوك / العراق . |
| الأستاذ الدكتور رايس محمد | جامعة تلمسان /الجزائر. |
| الأستاذ الدكتور بوسلطان محمد | جامعة وهران /الجزائر. |

جامعة الجزائر/الجزائر.	الأستاذ الدكتور البقيرات عبد القادر
جامعة خميس مليانة/الجزائر.	الدكتور رواب جتعمال
جامعة خميس مليانة/الجزائر.	الدكتور تيطواني الحاج
جامعة وهران/الجزائر.	الدكتور المدهون محمد
جامعة دمشق /سوريا.	الأستاذة الدكتورة أمل يازجي يعقوب
جامعة دمشق /سوريا.	الأستاذ الدكتور محمد حاتم بيّات
المركز الجامعي عين تموشنت /الجزائر.	الأستاذ الدكتور حاشي يوسف
جامعة سيدي بلعباس /الجزائر.	الدكتور الزين ميلوي
جامعة باتنة /الجزائر.	الدكتور مخلوفي عبد الوهاب
جامعة تيزي وزو /الجزائر.	الأستاذ الدكتور تاجر محمد
جامعة سطيف /الجزائر.	الدكتور بن زيوش مبروك
جامعة أدرار /الجزائر.	الدكتور كيجل كمال
جامعة البليدة /الجزائر.	الأستاذ الدكتور بلقاسم أحمد
جامعة الجزائر1/الجزائر.	الأستاذ الدكتور بن عيشة عبد الحميد
جامعة بشار /الجزائر	الدكتور حسيني مراد

هيئة تحرير المجلة

جامعة سعيدة /الجزائر(رئيس التحرير).	الدكتور ساسي محمد فيصل
جامعة سعيدة /الجزائر.	الأستاذ عصموني خليفة
جامعة سعيدة /الجزائر.	الأستاذة فصراوي حنان
جامعة سعيدة /الجزائر.	الأستاذة خاطر خيرة
جامعة سعيدة /الجزائر.	الأستاذ خرشي عمر معمر



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن: -مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي/اسعيدة- الجزائر

2014

إلعدد الثاني

شروط النشر في المجلة

ترحب المجلة بإسهامات الأساتذة والباحثين من داخل وخارج الجزائر، كما تحدد مجموعة من الشروط العلمية للدراسات والمقالات المرشحة للنشر فيها، وهي كالتالي :

- تختص المجلة بنشر المقالات والبحوث القانونية في مختلف الفروع القانونية باللغتين العربية والفرنسية.
- احترام القواعد الشكلية والموضوعية والعلمية للنشر.
- تكتب الورقة البحثية بأسلوب علمي وأكاديمي.
- لا تقبل إلا الأبحاث التي لم يسبق نشرها والتي لا تكون جزءا من رسائل أو أطروحات.
- تكتب الورقة البحثية بنظام "الورد" Word على أن تبعث عبر البريد الإلكتروني إلى عنوان المجلة وترسل في قرص مضغوط مصحوب بنسختين على ورقة 4 a.
- تكتب البحوث باللغة العربية بالخط "Traditional Arabic" بمقياس 16 والهامش بنفس خط المتن مقياس 12 ، أما باللغة الفرنسية فيخط "

times new roman" مقياس 12، على ألا يتجاوز عدد الصفحات 25 صفحة.

- أن يكون التمهيش وفقا لمنهج البحث العلمي المتبع في صياغة رسائل الدكتوراه، ويجب أن يكون في آخر المقال وأن لا يكون أليا بل بشكل عادي .

- يتبع عنوان المقالة باسم ولقب الباحث ورتبته العلمية والمعلومات الشخصية الأخرى كعنوان المؤسسة، البريد الالكتروني ورقم الهاتف والفاكس إن وجد .

- البحوث تخضع للتحكيم العلمي بحيث تفحص من طرف هيئة علمية متخصصة ولها أن تقبل البحث أو ترفضه حسب أهميته وقيمته العلمية ولها أن تطالب صاحب البحث بإجراء التعديلات اللازمة.

- البحوث المنشورة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها.



توجه جميع الأعمال والمراسلات إلى العنوان التالي :

مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية
وواقعها في الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية/جامعة الدكتور الطاهر مولاي/ص ب 138

حي النصر/سعيدة 20000

أو البريد الالكتروني: madhone11@hotmail.com

أو favdroit2@yahoo.fr



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن: -مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي/اسعيدة- الجزائر

2014

العدد الثاني

فهرس المحتويات

	الموضوع
	افتتاحية العدد
9	- التنظيم القانوني للاستقالة في التشريع الجزائري ضرورة للتوفيق بين مصلحة الموظف والمصلحة العامة الدكتورة بسدي مباركة
37	- قواعد التوقيع الإلكتروني الدكتور زيــــن ميلوى
49	- تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية طبقا لاتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر والدول المغاربية الدكتور مهداوي عبد القادر
67	- حماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية في ظل القانون رقم 10-11 الأستاذة: ميساوي حنان
183	- انعقاد عقد البيع العقاري وإثباته في ضوء التشريع الوطني والمقارن الدكتور بوكعبان عكاشة
101	- العلمانية والنصوص القانونية الدكتور ساسي محمد فيصل
115	- أثر قيام المسؤولية الدولية (جبر الضرر) على انتهاك قانون النزاعات المسلحة. الأستاذ بلخــــير الطيب
127	- نظام الولاية في إبرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث

	الدكتورة الياس مسعودة نعيمة
137	- علاقة النظام الانتخابي بالنظام السياسي (النموذج الجزائري) الأستاذة: نهال حاشي
151	- الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية المعنية بالبيئة والتنمية المستدامة الدكتور زيـري رمضان
163	- نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة. الأستاذة: يوسفـاوي فاطمة
181	- صلاحية وسلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة الممتنعة عن التنفيذ الدكتور : عثمانـي عبد الرحمان
195	- محدودية دور اللجان البرلمانية الدائمة للغرفة الثانية الأستاذة جعفرـي نعيمة "دراسة مقارنة"



افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين الذي قدر أن يصدر العدد الثاني لمجلة الدراسات الحقوقية بعد ستة أشهر من صدور العدد الأول ليعكس مدى تضافر جهود الأساتذة المشرفين على صدور المجلة ويجسد روح التضامن الأخوي لديهم، إيماناً منهم أن خلق فضاء علمي منير وحقيقي لا يكون إلا بالعمل الجماعي لنتمكن من نشر الدراسات والبحوث العلمية الجادة ونكون حاضرين في مختلف المناسبات الأكاديمية التي ستساهم لا شك في فتح مجالات البحث العلمي الجاد أمام جميع الباحثين في قسم الدكتوراه والأساتذة الجامعيين من مختلف جامعات الوطن لتصبح كتاباتهم وأعمالهم مرجعاً علمياً يقتدى به ويرجع إليه في الأبحاث والدراسات العلمية اللاحقة.

والواقع أن العدد الثاني من المجلة ما هو إلا جزء بسيط من نشاط المخبر الموسوم ب: "حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر". الذي أصبح يسعى إلى توسيع نشاطاته العلمية المختلفة عن طريق التظاهرات العلمية المتنوعة من ندوات علمية، وأيام دراسية، وملتقيات وطنية وحتى دولية إن شاء الله ، أعتقد أن هذا العمل يصب كله خدمة للعلم والبحث العلمي البناء في سبيل ترقية وتشجيع الأعمال العلمية .

في الأخير سيجد كل من ساهم في إنشاء هذا العمل أسى عبارات التقدير والعرفان مني ومن أعضاء المجلس العلمي الموقر للمخبر السادة أعضاء فرق البحث. ما دامت الغاية نبيلة والهدف أسى . كما أنني على يقين أن تنبعث في نفوس الزميلات والزملاء روح الاتساع في هذه المجلة، ويكون منا في المستقبل من يعتمد عليهم ويوثق بأعمالهم، وإذا وفقنا في كل سداسي بتقديم عمل من هذا النوع أو أحسن، أمكننا أن نباهي لتلتهب نفوسنا شوقاً إلى تحسين أكثر للمجلة ..

مدير المخبر

الدكتور: أسود محمد الأمين

التنظيم القانوني للاستقالة في التشريع الجزائري ضرورة للتوفيق بين مصلحة الموظف والمصلحة العامة

بقلم الدكتورة بدري مباركة
جامعة الدكتور الطاهر مولاي / سعيدة / الجزائر

مقدمة

إذا كان لا يمكن منع أي شخص تتوفر فيه الشروط القانونية للتوظيف من الالتحاق بمختلف الوظائف العامة في الدولة استنادا إلى حقه الدستوري في التوظيف (1) ، فإنه بالتبعية لا يمكن أيضا منعه بعد توظيفه من إنهاء علاقته الوظيفية قبل بلوغ السن المقررة للإحالة على التقاعد ، بحيث لا يمكن جبره على البقاء في الوظيفة والاستمرار في أداء واجباتها مادام قد عبر عن رغبته الصريحة في قطع علاقته بصفة نهائية بالإدارة المستخدمة استنادا إلى حقه في الاستقالة ، والتي تعد حقا من الحقوق الأساسية المعترف بها للموظف في مجال الوظيفة العامة وحالة من حالات إنهاء الخدمة وفقدان صفة الموظف .

ويقصد بالاستقالة " إعلان الموظف عن إرادته الصريحة في قطع العلاقة الوظيفية بصفة نهائية بموجب طلب كتابي ، والذي لا يترتب أي اثر قانوني إلا بموافقة الجهة الإدارية المختصة ، مما يؤدي إلى إنهاء الخدمة وبالتالي فقدان صفة الموظف " (2) .

ونظرا لأن ممارسة الحق في الاستقالة بدون ضمانات وضوابط من شأنه أن يؤثر سلبا على المصلحة الخاصة للموظف والمصلحة العامة في آن واحد ، كان من الضروري تدخل المشرع لتنظيم كيفية ممارسة هذا الحق على نحو يضمن التوفيق بين المصلحتين أي التوفيق بين حق الموظف في الاستقالة بترك الوظيفة بناء على رغبته في إطار توفير ضمانات قانونية كافية تكفل له ذلك من جهة ، ومن جهة ثانية الحفاظ على مبدأ الاستمرارية من خلال وضع ضوابط يلتزم الموظف بمراعاتها عند ممارسته لهذا الحق قصد ضمان سير المرفق العام بانتظام و اضطراد ، وبالتالي ضمان حق الجماعة في الحصول على الخدمة العمومية .

ولأهمية هذه المسألة فقد قام المشرع الجزائري بتنظيم موضوع الاستقالة لاسيما في المواد من 217 إلى 220 من الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الحالي للوظيفة العامة ،

وذلك من خلال توضيح على وجه الخصوص شروط الاستقالة قصد حماية مصلحة الموظف ومصلحة الإدارة في نفس الوقت . واستنادا إلى ذلك ، فإننا نتساءل عما إذا كان المشرع الجزائري قد وفق من خلال تنظيم ممارسة الحق في الاستقالة في ضمان المصلحة الخاصة للموظف والمصلحة العامة ؟ .

وللإجابة عن هذه الإشكالية ، فقد عالجنا هذا البحث في المحاور التالية :

المحور الأول : ضمانات ممارسة الحق في الاستقالة .

المحور الثاني : ضوابط ممارسة الحق في الاستقالة .

المحور الأول:

ضمانات ممارسة الحق في الاستقالة

لا يمكن ضمان ممارسة أي حق ما لم يتم إحاطته بالحماية القانونية اللازمة التي تضمن عدم الاعتداء عليه أو الإنقاص منه ، لذلك كان من الضروري توفير ضمانات أساسية تمكن الموظف من ممارسة حقه في الاستقالة بما يحول دون تعسف الإدارة في استعمال سلطتها(3) ، وبالتالي حماية مصلحته الخاصة من خلال عدم إجباره على شغل الوظيفة العامة واستمرار العلاقة الوظيفية رغما عن إرادته .

وتتمثل أهم هذه الضمانات فيما يلي :

أولا : الاعتراف القانوني بالحق في الاستقالة :

تعتبر الاستقالة من بين الحقوق الإدارية الأساسية التي يتمتع بها الموظف والتي اعترف بها المشرع صراحة في قوانين الوظيفة العامة المتعاقبة ، حيث نصت المادة 1/63 من الأمر رقم 133/66(4) : " لا يمكن أن يكون للاستقالة(5) مفعول إلا بطلب خطي يقدمه المعني ويعبر فيه عن إرادته ، بدون غموض في قطع الصلة التي تربطه بالإدارة " .

كما أكد المرسوم رقم 59/85(6) في المادة 1/133 منه على هذا الحق بنصها : " ... تعد الاستقالة حقا معترفا به لكل موظف يرغب في إنهاء علاقة العمل التي تربطه بالمؤسسة أو الإدارة العمومية " . وبصدور الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الحالي للوظيفة العامة السالف الذكر ، أكد بدوره على حق الموظف في الاستقالة في المادة 217

التي تنص على أنه: "الاستقالة حق معترف به للموظف يمارس ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون الأساسي".

وبذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وفر ضمانات النص على هذا الحق ، فضلا على تنظيم كيفية ممارسته من خلال إبراز الشروط والضوابط ، وهذا يعد في حد ذاته ضمانات أخرى هامة في مواجهة الإدارة التي لا تملك وضع أي شروط أو ضوابط سوى التقييد بما ورد في النصوص القانونية ، والتي يفترض علم الموظف بها خلال ممارسته لحقه في الاستقالة لتفادي ارتكاب أي خطأ قد يعرضه للمساءلة التأديبية .

ويلاحظ من خلال النصوص القانونية المنظمة لموضوع الاستقالة والواردة في الأمر رقم 03/06 السالف الذكر ما يلي :

1/- تنظيم الاستقالة في الباب العاشر المعنون بـ "إنهاء الخدمة" باعتبارها حالة من حالات انتهاء العلاقة الوظيفية وبالتالي فقدان صفة الموظف ، حيث تنص المادة 216 : "ينتج إنهاء الخدمة التام الذي يؤدي إلى فقدان صفة الموظف عن : ... - الاستقالة المقبولة بصفة قانونية(7)..." .

2/- النص على الاستقالة كحق من حقوق الموظف في المادة 217 السالفة الذكر في نفس الباب العاشر المخصص للحديث عن إنهاء الخدمة ، وإن كان يفضل الإشارة إلى هذا الحق ضمن الفصل الأول من الباب الثاني والمتعلق بـ "الضمانات وحقوق الموظف" ، وذلك للفت انتباه الموظف إلى تصنيف الاستقالة ضمن الحقوق الأساسية التي يتمتع بها خلال مساره الوظيفي .

3/- تنظيم المشرع الجزائري للاستقالة في أربع (04) مواد من المادة 217 إلى المادة 220 بالإضافة إلى المادة 216 وذلك بالمقارنة مع باقي حالات إنهاء الخدمة ، ويمكن إرجاع ذلك للأسباب التالية :

أ/- عدم التنظيم القانوني للاستقالة في مواد أخرى من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر باعتبارها موضوع من مواضيع قانون الوظيفة العامة ، فضلا على عدم تنظيمها في إطار تشريع آخر .

ب/- اعتبار الاستقالة الحالة التي تنتهي فيها خدمة الموظف بناء على رغبته وإرادته على خلاف الحالات الأخرى.

ج/- اعتبار الاستقالة حق من حقوق الموظف ، وكل حق يحتاج إلى تنظيم قانوني لضمان ممارسته بدون انتهاكات من طرف الإدارة ، فضلا على وضع الضوابط الضرورية لحماية المصلحة العامة .

ثانيا : ضرورة تقديم طلب الاستقالة من طرف الموظف المعني :

لا يمكن أن تتم الاستقالة بإنهاء علاقة الموظف بالهيئة المستخدمة إلا بعد تقديم طلب من طرف الموظف المعني كدليل على حقه في إبداء رغبته الصريحة في ترك الوظيفة بصفة نهائية باعتباره سببا لصدور القرار الإداري المتضمن الاستقالة ، هذه الأخيرة التي تقوم على عنصرين أساسيين هما : عنصر تقديم طلب الاستقالة وعنصر قبول هذا الطلب .

ويعتبر اشتراط تقديم طلب الاستقالة - في جوهره - ضمانا أساسية قررت لمصلحة الموظف العام بالدرجة الأولى حتى لا تنهى مهامه رغما عن إرادته ، حيث تنص المادة 218 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر : " لا يمكن أن تتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من الموظف يعلن فيه إرادته الصريحة في قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية " (8) .

ويستتج من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد اشترط ضرورة إفصاح الموظف صراحة عن رغبته في إنهاء العلاقة الوظيفية بموجب طلب لا ينتج أثره إلا بتوفير مجموعة من الشروط التي قررت في مجملها لمصلحة الموظف :

1/- يجب أن يقدم - الموظف الذي يرغب في إنهاء علاقته بالإدارة - طلبا ، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تبني نوع واحد من الاستقالة والمتمثلة في " الاستقالة الصريحة أو المكتوبة " ، والتي يقصد بها : " الطلب الذي يتقدم به الموظف معبرا عن رغبته في ترك الخدمة الوظيفية بصفة نهائية " (9) . وبالتالي لم يأخذ بـ " الاستقالة الحكيمة أو الافتراضية أو الضمنية " ، والتي يقصد بها : " استقالة يفترضها المشرع في حالة اتخاذ الموظف لمواقف معينة ، بحيث يعتبر اتخاذ موقف منها - في حكم القانون - بمثابة تقديم الاستقالة " (10) .

وعلى خلاف المشرع الجزائري ، نجد أن المشرع المصري قد أخذ بالاستقالة
الحكومية في المادة 98 من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 ، حيث يعتبر
الموظف مستقيلًا بحكم القانون في الحالات التالية(11) :

أ/- الانقطاع عن العمل بدون عذر مقبول لمدة خمسة عشر (15) يوما متتالية
وذلك بعد إنذاره .

ب/- الانقطاع عن العمل بدون عذر مقبول لمد تزيد عن ثلاثين (30) يوما غير
متتالية في السنة بعد اعداره .

ج/- الالتحاق بخدمة جهة أجنبية بدون الحصول على ترخيص من السلطة
المختصة .

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري ، نجد أنه قد أحسن فعلا حينما لم يتبنى
الاستقالة الضمنية لأنها لا تعبر حقيقة عن المعنى الصحيح للاستقالة التي تقوم على ضرورة
إبداء الموظف لرغبته الواضحة والصريحة في ترك الوظيفة كما أبداهما حينما ترشح
لالتحاق بها ، وبالتالي فإن انقطاعه عن العمل لا يعتبر في كل الأحوال قرينة مؤكدة على
انصراف نيته للاستقالة هذا من جهة ، ومن جهة ثانية يعد الانقطاع عن العمل بدون مبرر
مقبول بمثابة خطأ مهني نظرا لإخلاله بمبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراب ، وهذا ما
ذهب إليه المشرع الجزائري حينما اعتبر غياب الموظف غير المبرر عن العمل بمثابة خطأ
مهني يعاقب عليه بالخصم من الراتب يتناسب مع مدة الغياب ، فضلا على توقيع عقوبة
أخرى مناسبة من بين العقوبات الواردة في المادة 163 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر
(المادة 2/207 من نفس الأمر) . كما اعتبر أن تغيب الموظف عن العمل لمدة خمسة عشر
(15) يوما متتالية على الأقل دون مبرر مقبول يشكل مخالفة إهمال المنصب يترتب عنها
عقوبة العزل (المادة 184 من نفس الأمر) .

2/- يجب أن يكون طلب الاستقالة مكتوبا(12) بحيث لا يمكن الشروع في
إجراءات استقالة الموظف إلا بعد مبادرة منه تتجسد في إرساله لطلب مكتوب(13) إلى
السلطة المختصة بالتعيين عن طريق السلم الإداري يفصح فيه بالألفاظ صريحة ودالة عن
رغبته في ترك الوظيفة بصفة نهائية ، لذلك يجب على الإدارة فحص بدقة الطلبات المقدمة

إليها فلا يعتبر طلبا للاستقالة تقديم الموظف لطلب يحتج فيه على الإجراءات المتخذة ضده والتي قد تدفعه إلى ترك الوظيفة(14) . ويرجع سبب اشتراط الكتابة على وجه الخصوص لتبنيه الموظف المعني إلى خطورة التصرف الذي سوف يقدم عليه ، إذ عادة ما يكون في وضعية نفسية صعبة (توتر ، غضب) وبالتالي تحريه لطلب مكتوب يمنحه الفرصة في التريث والتفكير مليا قبل القيام بإجراء خطير قد تكون له انعكاسات سلبية على حياته المهنية(15)

واستنادا إلى ما سبق ذكره ، فانه لا يعتد بالاستقالة الشفهية أي لا يمكن للإدارة إصدار قرار الاستقالة بناء على أقوال صدرت عن الموظف في حالة غضب أو انفعال(16) أو حتى في حالته الطبيعية .

3- / يجب أن يكون طلب الاستقالة صادرا عن إرادة الموظف الصحيحة والحرّة ، بحيث أن لا يكون قد شأها أي عيب من عيوب الإرادة(17) وإلا كانت الاستقالة باطلة كما لو صدر طلب الاستقالة عن إرادة غير واعية مثل صدورها تحت تأثير المرض الشديد الذي يحول دون التعبير الصحيح عن الإرادة (18) ، فغالبا ما يقوم القاضي الإداري بإلغاء القرارات المتضمنة للاستقالة إذا ما ثبت عدم إعلام الموظف بنتائج تصرفه أو أنه قد تعرض لضغوطات وذلك راجع للآثار الهامة المترتبة على الاستقالة وتأثيرها على الحياة المهنية(19) . ويترتب على إلغاء قرار قبول الاستقالة اعتباره كأن لم يكن ، وبالتالي يزول القرار وكافة الآثار القانونية المترتبة عنه مما يلزم الإدارة بتمكين الموظف من كل الحقوق والامتيازات التي كان يتمتع بها قبل قبول الاستقالة ، فضلا على حقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر(20) .

ويرى الدكتور " محمد عبد العال السناري " بأن اختيار الموظف للاستقالة بعد تحييره بينها وبين اتخاذ الإجراءات التأديبية ضده لا يعد إكراها نظرا لاختياره أهون الضررين مادام أنه مذنبا وقد فضل الاستقالة على تعرضه للعقوبة (21) .

ولكن نرى من جهتنا ، أن تقديم الموظف لطلب الاستقالة في هذه الحالة لم يصدر عن إرادة حرة وإنما كان تحت تأثير الإكراه والضغط الذي تعرض إليه الموظف ، فلولا تهديده بالمتابعة التأديبية ما كان ليرغب في إنهاء علاقته الوظيفية بهذه الطريقة ، ومن

جهة ثانية فان قبول الإدارة لاستقالة الموظف بدلا من تأديبه يعد تغليبا للمصلحة الخاصة على المصلحة العامة وهذا من شأنه تعطيل النظام التأديبي(22) والتشجيع على ارتكاب الأخطاء التأديبية مادام بإمكان الموظف الإفلات من العقوبة عن طريق الاستقالة والتوظيف من جديد ، ومن جهة ثالثة قد يكون اختيار الموظف للاستقالة في هذه الحالة أشد الضررين إما بسبب ارتكابه خطأ يستدعي توقيع عقوبة يسيرة أو في حالة وجود مانع من موانع المساءلة التأديبية .

ثالثا : البت في طلب الاستقالة خلال الأجل القانوني :

تنص المادة 220 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر : " لا ترتب الاستقالة أي أثر إلا بعد قبولها الصريح من السلطة المخولة صلاحيات التعيين التي يتعين عليها اتخاذ قرار بشأنها في أجل أقصاه شهران (02) ابتداء من تاريخ إيداع الطلب .
غير أنه ، يمكن السلطة التي لها صلاحيات التعيين ، تأجيل الموافقة على طلب الاستقالة لمدة شهرين (02) ابتداء من تاريخ انقضاء الأجل الأول ، وذلك للضرورة القصوى للمصلحة .

وبانقضاء هذا الأجل تصبح الاستقالة فعلية " .

يستتج من نص هذه المادة أن علاقة الموظف بالإدارة المستخدمة لا تنتهي بمجرد تقديم طلب الاستقالة وبالتالي لا تنتج الاستقالة أي أثر قانوني إلا بعد صدور قرار بقبولها من طرف السلطة المختصة بالتعيين ، ولكن ونظرا لاحتمال تعسف الإدارة في ممارسة سلطتها في هذا المجال بما يلحق الضرر بالموظف ، فقد قام المشرع الجزائري بتوفير الحماية للموظف من خلال تقييد السلطة الإدارية المختصة بأجل للبت في طلب الاستقالة وإلا كانت مقبولة بقوة القانون .

ويلاحظ مما سبق ذكره ما يلي :

1/- لقد قيد المشرع الجزائري السلطة الإدارية المختصة بضرورة اتخاذ قرار البت في طلب الاستقالة في أجل لا يتجاوز الشهرين (02) ابتداء من تاريخ إيداع الطلب ، وبذلك لم يترك لها أي سلطة في تقدير وقت الرد على هذا الطلب كيفما تشاء . ويلاحظ بالمقارنة مع قوانين الوظيفة العامة السابقة أن القانون الحالي قد قلص من المدة الممنوحة

للإدارة لاتخاذ قرارها بشأن طلب الاستقالة بعد أن كان الأجل محددًا بثلاثة (03) أشهر (23) .

2/- نظرا للضرورة القصوى للمصلحة ، منح المشرع لنفس السلطة الإدارية إمكانية إرجاء قبول طلب الاستقالة لمدة شهرين (02) يسريان ابتداء من تاريخ انقضاء الأجل الأول أي الشهرين (02) الأولين ، وبذلك يكون قد قيدها في استعمال سلطتها التقديرية في تأجيل الموافقة على الطلب بشرطين هما : سبب التأجيل (الضرورة القصوى للمصلحة) ومدة التأجيل (شهرين 02) . ويلاحظ بذلك أن المشرع قد قلص أيضا الأجل الممنوح للإدارة في حالة تأجيل قبول الاستقالة لضرورة الخدمة بعد أن كان محددًا بمدة ستة (06) أشهر إن اقتضى الأمر (24) .

3/- لقد اعتبر المشرع الجزائري سكوت الإدارة دون اتخاذ قرار بشأن طلب الاستقالة بعد انقضاء الأجلين المشار إليهما في المادة 220 السالفة الذكر (أربعة 04 أشهر) ابتداء من تاريخ تقديم الطلب بمثابة قبول ضمني (25) يترتب عليه تحرير الموظف من كل الالتزامات الوظيفية ، وبذلك يكون القانون الحالي للوظيفة العامة قد رفض تصور أي نتيجة أخرى لمبادرة الموظف بتقديم طلب استقالته ماعدا قبولها مؤكدا بذلك على حق الاستقالة بعد أن كانت مجرد إمكانية في ظل القوانين السابقة التي كانت تحكم الوظيفة العامة (26) .

4/- إذا كان تقييد الإدارة بأجل الشهرين (02) لاتخاذ قرارها بخصوص طلب الاستقالة واعتبار انقضاء أجل الأربعة (04) أشهر من تاريخ إيداع الطلب بمثابة استقالة فعلية ، قد قرر لمصلحة الموظف في مواجهة إمكانية تعسف الإدارة في ممارسة سلطتها ، إلا أن هذه الضمانة تعد ناقصة وغير كافية نظرا لطول المدة التي يتعين على الموظف المعني انتظارها قبل ترك الوظيفة بصفة نهائية خاصة إذا كان يتأهب للالتحاق بعمل آخر أكثر فائدة ، وهذا بالمقارنة مع المسلك الإيجابي للمشرع المصري (المادة 97 من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978) الذي ألزم الإدارة بالبت في طلب الاستقالة خلال ثلاثين (30) يوما من تاريخ تقديمه وإلا اعتبرت الاستقالة مقبولة بقوة القانون ، مع إمكانية

إرجاء قبولها إذا قدرت أن المصلحة العامة تستدعي ذلك بشرط ألا تزيد مدة الإرجاء عن أسبوعين فقط بعد مضي مدة الثلاثين يوما المذكورة أعلاه(27) .

لذلك نرى ضرورة إعادة النظر في هذا الأجل وتحديد مدة عادلة ومنصفة للطرفين بما يحقق التوازن بين مصلحة الموظف في ترك الوظيفة في أقرب وقت ممكن ومصلحة الإدارة في ضمان مبدأ الاستمرارية من خلال منحها مهلة كافية لتوزيع الضغط الوظيفي أو توظيف بديل له.

5/- يجوز للموظف الذي قدم طلب استقالته الرجوع أو العدول عنها قبل انقضاء الأجل الممنوح للجهة الإدارية المختصة للبت فيها(28) أي خلال المدة المقررة من وقت تقديمها إلى حين قبولها ، وبالتالي يكون قرار الإدارة بقبول الاستقالة باطلا إذا صدر بعد عدول الموظف عن طلبه لعدم قيامه على سبب مبرر(29) ، لأنه حتى يكون قرارها صحيحا يجب بقاء طلب الاستقالة قائما باعتباره ركن السبب في القرار الصادر بقبولها(30) . وذلك راجع للطبيعة القانونية للعلاقة الوظيفية التي تجمع الموظف بالجهة الإدارية ، والتي تعد علاقة تنظيمية تحكمها القوانين والتنظيمات مما يترتب عنها منح الموظف الحق في العدول على طلب الاستقالة قبل قبولها من طرف الإدارة(31) .

وبالرغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على حق الموظف في العدول عن الاستقالة ، إلا أنه لا يوجد قانونا ما يمنع الموظف من القيام بذلك عن طريق تقديم طلب إلى نفس الجهة الإدارية يعلن فيها صراحة عن اتجاه إرادته إلى سحب طلب الاستقالة ، مادام أن السلطة المختصة بالبتين لم تصدر قرارها بقبول الاستقالة ، وهذا ما يفهم ضمنا من الفقرة الثانية من المادة 219 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر التي تنص : " إن قبول الاستقالة يجعلها غير قابلة للرجوع فيها " .

رابعا : حق الموظف المستقيل في التوظيف من جديد :

يترتب على الاستقالة إنهاء خدمة الموظف المعني بحيث تنقطع علاقته بالوظيفة بصفة نهائية وبالتالي يفقد الموظف ، وهذا ما تنص عليه المادة 216 من الأمر رقم 03/06 السالفة الذكر : " ينتج إنهاء الخدمة التام الذي يؤدي إلى فقدان صفة الموظف عن

.....- الاستقالة المقبولة بصفة قانونية...". . وبذلك يفقد جميع الحقوق ويعفى من كافة الالتزامات الوظيفية كأصل عام .

ولكن السؤال المطروح : هل يحق للموظف المستقيل الالتحاق من جديد بمختلف الوظائف العامة في الدولة ؟.

إن إنهاء خدمة الموظف عن طريق الاستقالة لا تعد عقوبة تأديبية يتم بموجبها الاستغناء عن خدمات الموظف كإجراء تأديبي ، وبالتالي حرمانه من التوظيف من جديد كما هو عليه الحال بالنسبة لعقوبي التسريح والعزل(32) ، حيث حرم المشرع الجزائري الموظف الذي تعرض لإحدى هاتين العقوبتين من حق التوظيف من جديد في الوظيفة العمومية طبقا للمادة 185 من نفس الأمر السالف الذكر : " لا يمكن الموظف الذي كان محل عقوبة التسريح أو العزل أن يوظف من جديد في الوظيفة العمومية " .

وبالتالي لا يوجد أي سبب يمنع الموظف الذي مارس حقه في الاستقالة من الترشح لوظيفة عمومية جديدة مادامت قد توافرت فيه الشروط القانونية وذلك في إطار حقه الدستوري في التوظيف ، فقد نص المنشور رقم 05 المؤرخ في 10 فيفري 2004 (33) على أنه لا يمكن أن يكون الموظف المستقيل بصفة قانونية محل إعادة إدماج بقوة القانون في رتبته الأصلية ، غير أنه بإمكانه المشاركة في مسابقات التوظيف للالتحاق بالوظيفة العمومية بشرط استيفائه للشروط المحددة في القانون وذلك بعد انقضاء مدة ثلاث (03) سنوات من التاريخ الفعلي للاستقالة ، مع الإشارة إلى عدم الأخذ بعين الاعتبار الأقدمية المهنية المكتسبة بصفة موظف في معايير الانتقاء في حالة ترشحه للمشاركة في مسابقة على أساس الشهادة .

ونظرا لكثرة الطلبات المقدمة من طرف الموظفين المستقلين للحصول على ترخيص بالسماح لهم بالمشاركة في مسابقات التوظيف من جديد قبل انقضاء المدة المذكورة سلفا ، فقد صدرت البرقية رقم 509 المؤرخة في 18 أبريل 2011(34) والتي ألغت شرط المدة وأكدت على إمكانية مشاركة الموظف المستقيل من جديد في مسابقات التوظيف دون تقييده بأجل محدد مادامت تتوافر فيه الشروط القانونية المطلوبة ، والمنصوص عليها في

- المادة 75 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر : " لا يمكن أن يوظف أيأ كان في وظيفة عمومية ما لم تتوافر فيه الشروط الآتية :
- أن يكون جزائري الجنسية ،
 - أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية ،
 - أن لا تحمل شهادة سوابقه القضائية ملاحظات تنافي وممارسة الوظيفة المراد الالتحاق بها ،
 - أن يكون في وضعية قانونية تجاه الخدمة الوطنية ،
 - أن تتوفر فيه شروط السن والقدرة البدنية والذهنية وكذا المؤهلات المطلوبة للالتحاق بالوظيفة المراد الالتحاق بها " .

المحور الثاني

ضوابط ممارسة الحق في الاستقالة

يعتبر اعتراف المشرع بحق الاستقالة للموظف العام تخويله القدرة أو السلطة الإرادية في استعمال هذا الحق في إطار احترام الشروط والقيود المتعلقة بكيفية ممارسته(35) ، وبالتالي فإن الحق في الاستقالة - كغيره من الحقوق - ليس حقا مطلقا لأن في إطلاقه الاعتداء على المصلحة العامة ، فإذا كان المشرع الجزائري قد أقر للموظف حق ترك الوظيفة بصفة نهائية بناء على رغبته دون أن تملك الجهة الإدارية المختصة سلطة إرغامه على البقاء رغما عنه ، فبالمقابل قد فرض عليه واجب الاستمرار في أداء واجباته الوظيفية خلال فترة معينة ضمنا لسير المرفق العام بانتظام واطراد ، لذلك يلتزم الموظف خلال ممارسته لهذا الحق بمراعاة مجموعة من الضوابط القانونية وتتمثل على وجه الخصوص فيما يلي :

أولا : قبول الاستقالة بصفة قانونية :

إذا كان من حق الموظف الاستقالة إلا أن علاقته الوظيفية بالهيئة المستخدمة لا تنتهي بمجرد تقديم طلب الاستقالة ، هذه الأخيرة لا ترتب أي أثر قانوني إلا بعد قبولها بصفة قانونية لشفادي الضرر الذي قد يلحق بالمرفق العام بسبب شغور المنصب ، أي أن الوظيفة العامة لا ترسخ لرغبة الموظف في الاستقالة لأنه من شأن ذلك أن يحدث

اضطراب في السير الحسن للمرفق العام بعد استقالة موظف أو أكثر دون إشعار مسبق وذلك بسبب عدم قدرة الإدارة على تأمين من يحل محلهم فوراً (36). فقد نصت المادة 220 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر: "لا ترتب الاستقالة أي أثر إلا بعد قبولها الصريح من السلطة المخولة صلاحيات التعيين..." (37).

إذن يعتبر قبول الاستقالة من طرف الجهة الإدارية المختصة شرطاً لإحداث آثارها القانونية، حيث تملك هذه الجهة الإدارية سلطة تقديرية تجاه طلب الاستقالة مع التقيد بالأجل القانوني المحدد، إذ تقوم بتقدير هذا الطلب وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة حيث قد تتخذ إحدى المواقف التالية:

1/- إصدار قرار بقبول الاستقالة (القبول الصريح) من طرف السلطة الإدارية المختصة بالتعيين خلال الأجل القانوني المحدد، حيث تنص المادة 1/220 السالفة الذكر: "... إلا بعد قبولها الصريح من السلطة المخولة صلاحيات التعيين التي يتعين عليها اتخاذ قرار بشأنها في أجل أقصاه شهران (02) ابتداء من تاريخ إيداع الطلب".

ونشير إلى أنه لا تملك الجهة الإدارية المختصة أي سلطة في إعادة النظر في قرارها الصادر بقبول الاستقالة مادام أن هذا الأخير قد صدر سليماً خالياً من العيوب (38)، وهذا ما أكدت عليه المادة 2/219 من نفس الأمر: "إن قبول الاستقالة (من طرف السلطة التي لها صلاحيات التعيين) يجعلها غير قابلة للرجوع فيها". ويرجع سبب ذلك حسب رأي الأستاذ "سعيد مقدم" إلى صعوبة إعادة إدماج الموظف المستقيل في منصب عمله السابق بسبب الآثار التي تترتب على الاستقالة والمتمثلة خاصة في إلغاء منصبه المالي والإداري وشطب اسمه من قائمة المستخدمين بالإدارة المعنية (39).

ومن جهتها، نرى أن السبب الرئيسي في منع الجهة الإدارية المختصة من الرجوع في قرارها الصادر بقبول الاستقالة يتمثل في المحافظة على القاعدة العامة "عدم جواز سحب القرارات المشروعة" نظراً لعدم مخالفتها للتشريع المعمول به، وبالتالي فإن جواز سحب القرار المشروع يجعل الإدارة في وضعية صعبة في تأسيس هذا السحب وإقناع الأفراد به، كما أن ترتيب أثره على الماضي يمس بفكرة الحقوق المكتسبة ويزعزع مركز الإدارة والثقة بينها وبين المواطن (40). وهذا ما ينطبق على قرار قبول الاستقالة حيث لا يجوز

سحبه مادام قد صدر مشروعاً طبقاً لقانون الوظيفة العامة ، في حين تملك سلطة العدول عن هذا القرار إذا كان غير مشروع تطبيقاً لمبدأ المشروعية وإلا تم إلغاؤه من طرف القضاء المختص .

2/- إصدار قرار بتأجيل الموافقة على طلب الاستقالة إذا كانت مصلحة العمل تستدعي ذلك أي للضرورة القصوى للمصلحة ولمدة محددة تقدر بشهرين (02) تسري ابتداء من تاريخ انقضاء أجل الشهرين (02) الذي يسري ابتداء من تاريخ إيداع الطلب ، وهذا ما تنص عليه المادة 2/220 من نفس الأمر : "غير أنه ، يمكن السلطة التي لها صلاحيات التعيين ، تأجيل الموافقة على طلب الاستقالة لمدة شهرين (2) ابتداء من تاريخ انقضاء الأجل الأول ، وذلك للضرورة القصوى للمصلحة " .

3/- عدم اتخاذ الإدارة لأي موقف تجاه طلب الاستقالة (التزم الصمت) بحيث لم تصدر قرار بقبولها أو تأجيلها ، ففي هذه الحالة تعتبر الاستقالة مقبولة بقوة القانون بعد انقضاء الأجل القانوني الممنوح للجهة الإدارية المختصة لاتخاذ قرارها بشأن ذلك وهذا من أجل تحقيق المصلحة الخاصة للموظف والمصلحة العامة في آن واحد ، حيث تنص المادة 3/220 من نفس الأمر : " و بانقضاء هذا الأجل(41) تصبح الاستقالة فعلية " .

واستناداً إلى ما سبق ذكره ، يسري مفعول الاستقالة وتترتب آثارها القانونية بعد قبولها الصريح من طرف الجهة الإدارية المختصة أو بعد انقضاء الأجلين المحددين في المادة 220 السابقة الذكر (أربعة أشهر) وذلك في حالة عدم اتخاذها لأي قرار بهذا الخصوص ، وبذلك تنتهي العلاقة الوظيفية ويفقد الموظف المعني لهذه الصفة وما يرتبط بها من حقوق والتزامات .

ولكن السؤال المطروح : هل تملك الإدارة سلطة رفض قبول طلب الاستقالة ؟.

لا يمكن للجهة الإدارية المختصة - كأصل عام - رفض قبول الاستقالة إذا توافرت شروطها القانونية نظراً لاعتبارها حقاً للموظف الذي لا يمكن إرغامه على البقاء في الوظيفة مادام قد رفض ذلك(42) ، لأنه إذا كان دخوله للوظيفة يتم برضاه فكذلك بقاؤه فيها يجب أن يكون بموافقته ، وبالتالي إذا زالت هذه الموافقة والاختيار وجب على الإدارة إنهاء خدمته بالاستقالة ولها أن توجّل قبولها إذا ما رأت أن الوظيفة التي يشغلها الموظف لها

أهمية في تسيير المرفق العام (43) . إلا أنه لا يجوز لها قبول الاستقالة إذا كان الموظف المعني قد أحيل على التأديب سواء قبل تقديم طلب الاستقالة وذلك حتى لا يفلت من العقوبة التأديبية إذا كانت المخالفة المرتكبة جسيمة بحيث يستحق عقوبة الفصل التأديبي ، أو بعد تقديم طلب الاستقالة مادام لم يصدر قرار بقبولها وذلك إلى غاية انتهاء المساءلة التأديبية(44) وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 2/97 من قانون العاملين المدنيين بالدولة السالف الذكر : "... فإذا أحيل العامل إلى المحاكمة التأديبية فلا تقبل استقالته إلا بعد الحكم في الدعوى بغير جزاء الفصل أو الإحالة إلى المعاش ..."(45).

وبالرجوع إلى قانون الوظيفة العامة الجزائري ، نجد أن المشرع لم يشترط هذا الشرط تاركا بذلك السلطة التقديرية للإدارة بخصوص هذه المسألة ، ولكننا نرى ضرورة معالجة هذا الموضوع تشريعيًا من خلال النص على عدم قبول استقالة الموظف الخال على التأديب وانتظار نتيجة المساءلة التأديبية ، وذلك لسببين هما :

السبب الأول : تفادي تعسف الإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية في هذا المجال ، وبالتالي حماية الموظف المعني بحيث قد تقبل - لأسباب خاصة لا علاقة لها بمصلحة العمل - باستقالة موظف محال على التأديب وبالتالي إفلاته من العقاب ، في حين ترفض الاستقالة في حالة أخرى مشابهة .

السبب الثاني : تفادي المساس بالمصلحة العامة بسبب تغليب المصلحة الخاصة للموظف الذي قد تقبل استقالته بالرغم من إحالته على التأديب ، مما يعني إيجاد حل للموظف المخطي(46) بدلا من معاقبته وهذا ما يؤدي إلى تعطيل النظام التأديبي ، خاصة إذا كان الخطأ المرتكب جسيما بما يستدعي توقيع عقوبة الفصل التأديبي ، لاسيما وهناك اختلاف بين هذه العقوبة والاستقالة فيما يخص إمكانية التوظيف من جديد .

وبالتالي من الأفضل أن يلزم المشرع الجزائري الإدارة بعدم قبول استقالة الموظف الخال على التأديب إلا بعد الفصل في الدعوى التأديبية بغير عقوبة الفصل التأديبي (التسريح أو العزل) ضمنا للمصلحة العامة ، بحيث تقبل استقالته في حالة تبرئته أو توقيع عقوبة تأديبية لا تتضمن إنهاء علاقته بالإدارة المستخدمة ، في حين لا تقبل استقالته في حالة توقيع عقوبة التسريح أو العزل لأنه يستحيل إنهاء خدمته مرتين في نفس الوقت .

ثانيا : التزام الموظف بالاستمرار في أداء الخدمة بعد تقديم طلب الاستقالة :

لا تنتهي العلاقة الوظيفية بين الإدارة المستخدمة والموظف المستقيل إلا بعد توافر شرطي الاستقالة المتمثلين في تقديم طلب الاستقالة وقبولها ، وبالتالي لا يفقد الموظف هذه الصفة (صفة الموظف) بمجرد تقديم هذا الطلب وإنما يظل متمتعا بها إلى غاية قبول الاستقالة سواء بصور قرار صريح بقبولها أو قبولها بقوة القانون بعد انقضاء الأجل القانوني الممنوح للجهة الإدارية المختصة لاتخاذ قرارها بخصوص ذلك .

إذن يلتزم الموظف الذي قدم طلب استقالته - خلال هذه الفترة - بالاستمرار في القيام بمهام وظيفته قصد تحقيق المصلحة العامة ، فمبادرته الحرة بإتمام مهامه لا يحرره من التزاماته المهنية تجاه الإدارة التي ينتمي إليها ، حيث يظل مطالبا بأداء الواجبات المرتبطة بوظيفته إلى غاية صدور قرار بقبول الاستقالة(47). ويرجع سبب ذلك إلى أن استقالة الموظف قد تخل مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد خاصة إذا تمت هذه الاستقالة في وقت غير مناسب ولم تستعد الإدارة بعد لشغل الفراغ الناجم عنها ، مما استدعى ضرورة التوفيق بين مصلحة الموظف المتمثلة في ممارسة حقه في الاستقالة والمصلحة العامة المتعلقة بضمان مبدأ الاستمرارية من خلال إلزام الموظف المعني بالاستمرار في عمله بعد تقديم طلب استقالته(48) .

وقد نص المشرع الجزائي صراحة على هذا الالتزام في قوانين الوظيفة العامة المتعاقبة ، حيث نصت المادة 2/63 من الأمر رقم 133/66 السالف الذكر: " ويرسل الموظف طلبه عن طريق السلم الإداري إلى السلطة التي تمارس حق التعيين ، ويقتضى مكلفا بالوفاء بالالتزامات المرتبطة بوظيفته إلى أن تتخذ السلطة المذكورة قرارها " .

كما نص على ذلك أيضا في المادة 2/133 من المرسوم رقم 59/85 السالف الذكر : " ويرسل الموظف طلبه عبر الطريق السلمي إلى السلطة التي لها صلاحيات التعيين ، ويقتضى ملزما بتأدية الواجبات المرتبطة بمهامه حتى صدور قرار السلطة المذكور " .

وقد أكد على ذلك في القانون الحالي للوظيفة العامة ، حيث تنص المادة 1/219 منه : " يرسل الموظف طلبه إلى السلطة المخولة صلاحيات التعيين عن طريق السلم الإداري ، ويتعين عليه أداء الواجبات المرتبطة بمهامه إلى حين صدور قرار عن هذه السلطة " .

ويلاحظ من خلال هذه النصوص القانونية أن المشرع الجزائري قد ألزم الموظف الذي قدم طلب استقالته بالبقاء في منصب عمله والقيام بمهام وظيفته إلى غاية صدور قرار من السلطة الإدارية المختصة بالتعيين . ولكن إلى متى يظل الموظف مقيدا بهذا الالتزام إذا لم يصدر هذا القرار ؟ أي في حالة التزام الإدارة الصمت وعدم الرد على طلب تقديم الاستقالة ؟.

بالرجوع إلى المادة 1/219 السالفة الذكر ، نجد أن المشرع الجزائري لم يجب عن هذا السؤال ولكن يمكن أن نستنتج الإجابة من خلال المادة 3/220 التي اعتبرت أن الاستقالة تكون فعلية (مقبولة بحكم القانون) بعد انقضاء أربعة (04) أشهر من تاريخ إيداع الطلب ، وعليه في هذه الحالة يستمر الموظف في أداء الواجبات الوظيفية إلى غاية انقضاء هذا الأجل . واستنادا إلى ما سبق ذكره ، من الأفضل أن يكون محتوى النص القانوني كما يلي : ".... ويتعين عليه أداء الواجبات المرتبطة بمهامه إلى حين صدور قرار عن هذه السلطة أو إلى غاية انقضاء الأجل المحدد لاعتبارها مقبولة " .

إذن يجب على الموظف الاستمرار في عمله بعد تقديم طلب الاستقالة ، فإذا لم يلتزم بذلك وترك الخدمة وانقطع عن العمل يعرض نفسه للمساءلة التأديبية حيث توقع عليه العقوبة المناسبة حسب مدة الغياب كما يلي :

1- إذا انقطع عن العمل بدون مبرر لمدة تقل عن خمسة عشر (15) يوما متتالية أو لأيام غير متتالية ، يعاقب بالخصم من الراتب عن المدة التي تغيب فيها فضلا على توقيع إحدى العقوبات التأديبية المناسبة المنصوص عليها ، وهذا ما تنص عليه المادة 2/207 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر : " يعاقب على كل غياب غير مبرر عن العمل بخصم من الراتب يتناسب مع مدة الغياب ، وذلك دون المساس بالعقوبات التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون الأساسي " .

2- إذا انقطع عن العمل بدون مبرر مقبول لمدة خمسة عشر (15) يوما متتالية على الأقل يكون بذلك قد ارتكب مخالفة إهمال المنصب مما يعرضه لإجراء العزل (49) ، فضلا على عقوبة الخصم من الراتب المشار إليها سلفا فقد نصت المادة 184 من نفس الأمر : " إذا تغيب الموظف لمدة خمسة عشر (15) يوما متتالية على الأقل ، دون مبرر

مقبول ، تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين إجراء العزل بسبب إهمال المنصب ، بعد الاعذار ، وفق كفاءات تحدد عن طريق التنظيم " .

إذن إذا ترك الموظف الوظيفة بصفة نهائية بمجرد تقديم طلب الاستقالة يتعرض لعقوبة العزل بسبب التخلي عن المنصب إذا توافرت شروطها ، وبالتالي تنتهي العلاقة الوظيفية التي تجمعه بالإدارة المستخدمة بإجراء العزل وليس عن طريق الاستقالة ، مما يعني حرمانه من التوظيف من جديد في الوظيفة العمومية (المادة 185 السالفة الذكر) على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للاستقالة التي تحتفظ للموظف المستقيل بحق الترشح من جديد لوظيفة عمومية مادامت قد توافرت فيه الشروط القانونية للتوظيف .

ونشير إلى أنه لتطبيق إجراء العزل بسبب إهمال المنصب يجب على الجهة الإدارية المختصة التأكد من الغياب الجسماني للموظف المعني ، لأنه في حالة التحاقه بمنصب عمله ورفضه القيام بالخدمة والمهام الموثقة به لا يكون بذلك في حكم التخلي عن المنصب ، و إنما يعتبر مرتكباً لمخالفة عدم تنفيذ المهام الموكلة له (50) مما يعرضه لإحدى العقوبات التأديبية المناسبة المنصوص عليها في المادة 163 من نفس الأمر .

ثالثاً : خضوع الموظف للنظام التأديبية قبل قبول الاستقالة :

بالرجوع إلى المواد من 216 ، 219 و 220 السالفي الذكر نستنتج أن الاستقالة لا ترتب أي أثر قانوني إلا بعد قبولها بصفة قانونية أي لا تنتهي خدمة الموظف بمجرد تقديم طلب الاستقالة ، وبالتالي لا يفقد صفة الموظف مما يعني بقاءه ملتزماً بكيفية الموظفين بجميع الواجبات المفروضة عليهم أثناء تأدية مهامهم أو بمناسبتها ، ويتعلق الأمر بـ :

1/ - الواجبات المتعلقة بأداء العمل (احترام موافقت العمل ، قيام الموظف بعمله شخصياً ...).

2/ - الواجبات غير المتعلقة مباشرة بأداء العمل (واجب التحفظ ، واجب الحياة الخاصة النظيفة ...).

3/ - واجب اخفاظ على الأسرار المهنية و الإدارية .

4/ - الواجبات المتعلقة بطاعة الرؤساء (تنفيذ أوامر الرؤساء ، احترام الرؤساء... (51) .

واستنادا إلى ما سلف ذكره ، يعتبر إخلال الموظف بالالتزامات المهنية قبل قبول الاستقالة بصفة قانونية بمثابة مخالفة تأديبية تعرضه للعقوبة التأديبية المناسبة مادام أنه لا زال مكتسبا لصفة الموظف منوط الخضوع للنظام التأديبي ، حيث تنص المادة 160 من نفس الأمر : "يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية أو مساس بالانضباط وكل خطأ أو مخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه خطأ مهنيا ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية ، دون المساس ، عند الاقتضاء ، بالمتابعات الجزائية " .

ويتمثل التأديب في سلطة مساءلة الموظف العام عن الأخطاء التي يرتكبها بمناسبة قيامه بأعباء الوظيفة على أن لا تتجاوز هذه السلطة ما هو محدد في القوانين من عقوبات وإجراءات تبين كيفية ممارستها(52) وكذا الضمانات الممنوحة للموظف في المجال التأديبي .

وقد صنف المشرع الجزائري الأخطاء المهنية التي قد يرتكبها الموظف في أربع(04) درجات حسب جسامتها في المواد من 178 إلى 181 من نفس الأمر ، وتمارس السلطة التأديبية الهيئة الإدارية المختصة بالعين التي توقع العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى والثانية ، كما تتخذ العقوبات من الدرجة الثالثة والرابعة ولكن بعد أخذ الرأي الملزم للجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة كمجلس تأديبي(53) في إطار احترام الإجراءات والضمانات المنصوص عليها في الباب السابع " النظام التأديبي " من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية .

وتتمثل العقوبات التأديبية المنصوص عليها في المادة 163 من نفس الأمر فيما يلي :

- عقوبات الدرجة الأولى : التوبيخ ، الإنذار الكتابي ، التوبيخ .
- عقوبات الدرجة الثانية : التوقيف عن العمل من يوم (01) إلى ثلاثة (03) أيام ، الشطب من قائمة التأهيل(54) .
- عقوبات الدرجة الثالثة : التوقيف عن العمل من أربعة (04) إلى ثمانية (08) أيام ، التنزيل من درجة إلى درجتين ، النقل الإجباري .
- عقوبات الدرجة الرابعة : التنزيل إلى الرتبة السفلى مباشرة ، التسريح .

ولكن السؤال المطروح : هل يمكن مساءلة الموظف المستقيل تأديبيا عن الأخطاء المرتكبة قبل ترك الوظيفة وتم اكتشافها بعد الاستقالة ؟ وكذلك الأخطاء المرتكبة بعد ترك الوظيفة ؟ .

يرى الدكتور " عبد القادر الشихلي " أن القانون التأديبي يجب أن يتوقف عن ملاحقة شخص انقضت علاقته الوظيفية(55) ، وبالتالي إذا انتهت الخدمة انقضت معها الصفة الوظيفية للموظف وعليه لا محل لتحريك الدعوى التأديبية بسبب رفعها على غير ذي صفة(56) ، نظرا لأن المنطق القانوني للنظام التأديبي يفترض عدم مساءلة شخص ترك الخدمة لارتباط هذا النظام بالحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد(57) . ولكن استثناء يجوز المساءلة التأديبية في هذه الحالة إذا كان المشرع ينص صراحة على ذلك مع تحديد العقوبات التأديبية المناسبة التي يمكن توقيعها(58).

وبالرجوع إلى القوانين الأساسية العامة التي نظمت الوظيفة العامة في الجزائر نلاحظ ما يلي :

1/- لم ينص المشرع الجزائري صراحة على إمكانية مساءلة الموظف المستقيل عن الأخطاء المرتكبة بعد ترك الوظيفة ، حيث ربط النظام التأديبي بالصفة الوظيفية (المادة 160 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر) والتي يترتب عن فقدانها عدم الخضوع للمساءلة التأديبية ، وبلاستقالة تنقضي العلاقة الوظيفية وتنقضي معها صفة الموظف مناط التأديب (المادة 216 من نفس الأمر) .

2/- لم ينص الأمر رقم 03/06 والمرسوم رقم 59/85 السالفي الذكر على مساءلة الموظف السابق المستقيل عن الأخطاء المرتكبة قبل ترك الوظيفة وتم اكتشافها بعد انتهاء الخدمة للسبب المذكور سابقا، على خلاف الأمر رقم 133/66 الذي نص في المادة 65 منه : " إن قبول الاستقالة يجعلها لا رجوع فيها ، ولا يمنع عند اللزوم من مباشرة الدعوى التأديبية بسبب أفعال قد تكتشف بعد قبول الاستقالة " .

كما أجاز القانون الأساسي للقضاء(59) تحريك الدعوى التأديبية في هذه الحالة ، حيث نصت المادة 4/85 : "...ولا تحول الاستقالة ، عند الاقتضاء ، دون إقامة الدعوى التأديبية بسبب الأفعال التي يمكن كشفها بعد قبولها " .

ويلاحظ من خلال هذه النصوص القانونية أن المشرع قد منح لإدارة سلطة تحريك الدعوى التأديبية ضد الموظف المستقبل بسبب الأخطاء التي تم اكتشافها بعد الاستقالة ، غير أنه لم يحدد العقوبات التأديبية المناسبة التي يمكن توقيعها لأنه لا يمكن تصور توقيع إحدى العقوبات المنصوص عليها في القانون التي تتلاءم فقط مع الموظف الموجود في الخدمة .

رابعا : تجريم الاستقالة الجماعية للموظفين :

تعتبر الاستقالة من بين الحقوق الأساسية الممنوحة للموظف التي يتعين ممارستها في ظل احترام الضوابط القانونية ، هذه الأخيرة التي تم إقرارها قصد تحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان مبدأ الاستمرارية والذي يعد من بين المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة ، هذا المبدأ الذي يقوم على أساس تفضيل الصالح العام على الصالح الخاص عند التعارض ، نظرا لأن هذه المرافق لم تنشأ إلا لإشباع حاجات الجمهور ولا يمكن تحقيق ذلك إلا بضمان سيرها بانتظام واطراد فأى تعطيل في سيرها ينتج عنه أضرار بمصالح المواطنين الأساسية وكذا اضطراب في النظام العام(60) .

وباعتبار أن الاستقالة من بين المسائل التي تمس بمبدأ استمرارية المرافق العامة ، فقد تدخل المشرع و أورد على ممارستها بعض القيود للتوفيق بين حق الموظف وحق الجماعة في الحصول على الخدمات العامة. وقد تكون هذه الاستقالة فردية صادرة من موظف واحد فقط أو جماعية مقدمة من طرف عدد من الموظفين في وقت واحد ، وهذه الأخيرة هي الأخطر لأنها تعطل سير المرفق العام(61) وما يزيد من خطورتها احتكار بعض المرافق العامة لتقديم الخدمات الضرورية بحيث يعجز المواطن عن الحصول عليها من غيرها .

ويقصد بالاستقالة الجماعية : " توافق إرادات بعض الموظفين على تقديم استقالاتهم من وظائفهم في وقت واحد بقصد توجيه ضغط على الإدارة لتحقيق مطالب معينة أو للاحتجاج على مواقف معينة " (62) وبذلك تقترب الاستقالة الجماعية من الإضراب والذي يعرف بأنه : " امتناع موظفي وعمال المرافق العامة عن تأدية أعمالهم ، مع تمسكهم في الوقت ذاته بأهداب الوظيفة العامة ومزاياها ، فهو بمثابة اتفاق بين عدة أشخاص على وقف العمل المنوط بهم لسبب من الأسباب لتحقيق مصلحة خاصة للمضربين أو رفع

ضرر يروونه واقعا عليهم أو للاحتجاج على أمر من الأمور " (63) . وبذلك يتشابهان في كونهما عبارة عن اتفاق جماعي لعدد من الموظفين للتوقف عن العمل ، غير أنهم في الإضراب يتمسكون بوظائفهم على خلاف الاستقالة الجماعية حيث تتجه نيتهم لترك الوظيفة بصفة نهائية وهذا ما يمكن أن يشل المرافق العامة تماما بسبب خطورة النتائج المترتبة عنها .

ونظرا لخطورة الاستقالة الجماعية فقد اعتبرها المشرع الفرنسي سلوكا مجرما بموجب المادة 126 من قانون العقوبات استنادا إلى أن الصورة المثلى للاستقالة هي أن تكون فردية حتى لا يرغم الموظف على البقاء في الوظيفة وهو كارها لها لذلك تعد من أسباب انتهاء الخدمة قانونا ، غير أن ممارستها بشكل جماعي ومدبر يشكل خطرا جسيما على سير الموقف العام مما يستدعي ضرورة تجريمها (64) .

كما جرمها المشرع المصري في قانون العقوبات وعاقب عليها جنائيا في الباب الخامس المعنون بـ " تجاوز الموظفون حدود وظائفهم وتقصيرهم في أداء الواجبات المتعلقة بها " ، حيث اعتبر أن ترك ثلاثة (03) من الموظفين على الأقل عملهم ولو في صورة الاستقالة أو امتنعوا عمدا عن تأدية واجب من واجباتهم الوظيفية متفقين على ذلك أو قاصدين تحقيق هدف مشترك ، بمثابة جريمة يعاقب عليها بالحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة (03) أشهر ولا تتجاوز سنة (01) وبغرامة لا تزيد على مائة (100) جنيه ، ويتم مضاعفة الحد الأقصى للعقوبة إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يعرض حياة الأشخاص أو صحتهم أو أمنهم للخطر أو يحدث اضطراب أو فتنة أو يضر بمصلحة عامة .

وأكثر من ذلك ، فقد جرم قانون العقوبات المصري أيضا ترك كل موظف لعمله أو امتناعه عن ذلك بهدف عرقلة سير العمل وعرضه لعقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ستة (06) أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة (500) جنيه ، ويضاعف الحد الأقصى لهذه العقوبة لنفس السبب السالف الذكر (65) .

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري (66) ، نجد أن المشرع قد جرم بدوره الاستقالة الجماعية التي تتم بتواطؤ من الموظفين قصد عرقلة سير المرافق العامة ، حيث تنص المادة 115 الواردة في القسم الثالث المعنون بـ " تواطؤ الموظفين " على أنه : " القضاة والموظفون الذين يقررون بعد التشاور فيما بينهم تقديم استقالتهم

بغرض منع أو وقف قيام القضاء بمهمته أو سير مصلحة عمومية يعاقبون بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات .

ويستتج من نص هذه المادة أنه يشترط لقيام هذه الجريمة ما يلي :

1- / اتفاق سابق للموظفين بعد التشاور فيما بينهم على تقديم استقالاتهم من وظائفهم في وقت واحد ، وبلا حظ أن المشرع الجزائري - على خلاف المشرع المصري - لم يشترط عدد معين من الموظفين الواجب توافره لقيام هذه الجريمة ، وإنما اكتفى باستعمال مصطلح " الموظفين " .

2- / أن يكون الهدف من وراء تقديم الاستقالة عرقلة سير المرفق العام وذلك بمنع أو وقف أداء القضاء لمهمته أو سير مصلحة عمومية ، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اشترط أن تتجه إرادات الموظفين نحو المساس بالسير الحسن للمرافق العامة مع علمهم بذلك ، أي تحقيق غرض غير مشروع على خلاف المشرع المصري الذي اشترط أن يكون القصد من وراء الاستقالة تحقيق هدف مشترك دون تحديد هذا الهدف كأن تتخذ ستارا لإخفاء الإضراب(67) ، في حين حدد الهدف المتمثل في عرقلة سير العمل في حالة قيام كل موظف بترك عمله أو امتنع عن ذلك .

ونشير إلى أنه في حالة قيام هذه الجريمة المعاقب عليها جزائيا ، لا يمنع ذلك قيام المخالفة التأديبية إذا توافرت أركانها لاستقلال القانون التأديبي عن القانون الجنائي وهذا ما يستفاد من نص المادة 160 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر : "... ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية ، دون المساس ، عند الاقتضاء ، بالمتابعات الجزائية " .

خاتمة

تعتبر الاستقالة حق من الحقوق الأساسية التي منحها قانون الوظيفة العامة للموظف حتى يستعمله في حالة اتجاه إرادته إلى قطع العلاقة التي تجمعها بالإدارة التي ينتمي إليها بصفة نهائية قبل بلوغ السن المقررة لترك الوظيفة ، والتي ينتج عنها انتهاء الخدمة وبالتالي فقدان صفة الموظف . غير أن ممارسة هذا الحق يستدعي ضرورة تنظيمه من طرف المشرع وذلك قصد التوفيق أو الموازنة بين حرية الموظف في الإعلان عن إرادته في إنهاء الخدمة من ناحية ، ومن ناحية أخرى ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وهذا ما سعى إليه

المشروع الجزائري من خلال الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية .

ويلاحظ من خلال الإطلاع على هذا القانون اهتمام المشروع بتنظيم الاستقالة بتوضيح كيفية ممارسة هذا الحق من خلال إبراز أهم الضمانات الممنوحة للموظف والضوابط المفروض عليه مراعاتها تحقيقاً للمصلحة الخاصة والمصلحة العامة في نفس الوقت ، حيث أكد على اعتبار الاستقالة حق من حقوق الموظف مما يستدعي ضرورة حمايته بتوفير ضمانات أساسية تحول دون اعتداء الإدارة عليه . كما اعتبرها حالة من حالات انتهاء العلاقة الوظيفية بما يفرض ضرورة إحاطتها بضوابط ضمانات مبدأ الاستمرارية .

ولكن يلاحظ أيضا من خلال هذه الدراسة وجود نقص وفراغ تشريعي بخصوص بعض المسائل ، لذلك نوصي ببعض الاقتراحات :

1/- من الضروري أن يكفي المشروع في المادة 216 باستعمال مصطلح " الاستقالة " وحذف عبارة " المقبولة بصفة قانونية " كما كان عليه الحال في قوانين الوظيفة العامة السابقة ، لأنه لا يوجد أي مبرر لذلك .

2/- ضرورة تقليص الأجل الذي ألزم به المشروع الموظف الذي قدم طلب استقالته للاستمرار في أداء الواجبات المهنية قبل مغادرة الوظيفة بصفة نهائية من خلال تحديد أجل منصف يوازن بين مصلحة الموظف ومصلحة الإدارة .

3/- يفضل النص على جواز قيام الموظف بالعدول عن طلب الاستقالة قبل البت فيه من طرف الجهة الإدارية المختصة أو انقضاء الأجل القانوني .

4/- من الأفضل أن يقوم المشروع بتعديل الفقرة الثالثة من المادة 220 باستبدال عبارة " تصح الاستقالة فعلية " بعبارة " تصح الاستقالة مقبولة بحكم القانون " التي تعبر عن المعنى الصحيح لمضمونها .

5/- يجب أن يلزم المشروع صراحة الإدارة برفض قبول طلب الاستقالة في حالة إحالة الموظف على التأديب سواء قبل تقديم الطلب أو بعده إلى غاية انتهاء المساءلة التأديبية بغير عقوبة الفصل التأديبي .

- 6- ضرورة تعديل الفقرة الأولى من المادة 219 بإضافة في آخر الفقرة عبارة " أو إلى غاية انقضاء الأجل المحدد لاعتبارها مقبولة " .
- 7- يجب النص - مثل ما كان عليه الحال في قوانين الوظيفة العامة السابقة - على جزاء عدم التزام الموظف المعني بالاستمرار في عمله وأداء الخدمة بعد تقديم طلب الاستقالة إلى غاية قبولها بصفة قانونية ، وذلك بإضافة مادة تنص على ما يلي : " يترتب على كل انتهاء للخدمة مخالف لأحكام هذا الباب (الباب العاشر المتعلق بإنهاء الخدمة) تطبيق المادة 184 من هذا الأمر " .

الهوامش :

- (1) : تنص المادة 51 من التعديل الدستوري الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 ، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 المعدل والنمّم ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 76 ، الصادرة بتاريخ 8 ديسمبر 1996 ، الصفحة 06 : " يساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون " .
- (2) : لقد تم استنتاج تعريف الاستقالة من خلال المواد من 216 إلى 220 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 46 ، الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006 ، الصفحة 03 .
- (3) : تنص المادة 22 من التعديل الدستوري لسنة 1996 : " يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة " .
- (4) : الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 2 جوان 1966 ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 46 ، الصادرة بتاريخ 8 جوان 1966 ، الصفحة 542 .
- (5) : بالرغم من عدم استعمال المشرع صراحة لمصطلح " الحق " في نص المادة ، إلا أن تعريفه للاستقالة يؤكد على ممارسة الموظف لحق يتمثل في قطع صلته بالإدارة المستخدمة وقت ما شاء مادامت لديه الرغبة في ذلك ، دون أن تملك الإدارة سلطة في منعه إلا في إطار تنظيم ممارسة هذا الحق قصد ضمان مبدأ الاستمرارية .
- (6) : المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 ، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 14 ، الصادرة بتاريخ 31 مارس 1985 ، الصفحة 333 .

(7) : يلاحظ استعمال المشرع لعبارة " الاستقالة المقبولة بصفة قانونية " في الأمر رقم 03/06 على خلاف المرسوم رقم 59/85 والأمر رقم 133/66 اللذين اكدنا باستخدام مصطلح " الاستقالة " وهو التعبير الصحيح ، لأنه لا يوجد أي ضرورة لإضافة عبارة " المقبولة بصفة قانونية " نظرا لأن الاستقالة تستدعي توافر عنصرية أساسيين هما : تقديم طلب الاستقالة من طرف الموظف المعني وقبولها من طرف الإدارة وفقا للقانون .

(8) : لقد كانت تنص على شرط تقديم طلب الاستقالة أيضا القوانين السابقة في المادتين 63 و 133 من

الأمر رقم 133/66 والرسوم رقم 59/85 على التوالي .

(9) : محمد عبد العال السناري ، مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، دون سنة النشر ، دون

مكان النشر ، ص. 97 .

(10) : محمد عبد العال السناري ، نظم وأحكام الوظيفة العامة والسلطة الإدارية والقانون الإداري

في جمهورية مصر العربية ، دراسة مقارنة ، دون سنة النشر ، دون مكان النشر ، ص. 101 .

(11) : للمزيد من التفصيل أنظر : أنور احمد رسلان ، الوظيفة العامة ، مركز جامعة القاهرة

للتعليم المفتوح ، مصر ، 2000 ، ص. 443 و 444 . / شريف يوسف خاطر ، الوظيفة العامة ، دراسة

مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 2008-2009 ، ص. من 292 إلى 294 .

(12) : لم يحدد المشرع الجزائري شكلا معينا لطلب الاستقالة ، وبالتالي يكون الطلب صحيحا

بمجرد تضمينه لألفاظ وعبارات واضحة ودالة على انصراف إرادة الموظف الصريحة إلى إنهاء العلاقة الوظيفية .

(13) : هاشمي خرفي ، الوظيفة العمومية على ضوء التشريعات الجزائرية وبعض التجارب الأجنبية

، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ص. 216 .

(14) : عبد العزيز سعد مانع العزي ، النظام القانوني لانتهاء خدمة الموظف العام " دراسة مقارنة

بين القانونين الأردني والكويتي " ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، 2012 ،

ص. 101 .

(15) : رشيد حباني ، دليل الموظف والوظيفة العمومية، دار النجاح للكتاب ، الجزائر، 2012 ،

ص. 78 .

يستعمل أيضا الطلب المكتوب كوسيلة لإثبات تقديم الاستقالة من طرف الموظف المعني في

حالة إنكاره قيامه بذلك . انظر : شريف يوسف خاطر ، المرجع السابق ، ص. 290 .

(16) : عبد العزيز سعد مانع العزي ، المرجع السابق ، ص. 95 .

(17) : أنور احمد رسلان ، المرجع السابق ، ص. 442 .

(18) : العيني صالح ناصر ، انتهاء خدمة الموظف العام بسبب الحكم الجزائري ، بحث منشور في

مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول ، السنة 29 ، 2005 ، ص. 146. مقتبس عن ، عبد العزيز

سعد مانع العزي ، المرجع السابق ، ص. 96 .

(19) : سعيد مقدم ، الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور تسيير الموارد البشرية

وأخلاقيات المهنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثانية، 2013 ، ص. 334 .

- (20) : عبد اللطيف السيد رسلان عودة، النظرية العامة للاستقالة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004 ، ص. 442 .
- (21) : محمد عبد العال السناري ، مبادئ القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص. 99 .
- (22) : لقد فرض المشرع الجزائري على السلطة الإدارية المختصة معاقبة الموظف الذي ارتكب مخالفة تأديبية ، وهذا ما يستفاد من نص المادة 160 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر .
- (23) : أنظر المادة 64 من الأمر رقم 133/66 والمادة 134 من المرسوم رقم 59/85 السالفي الذكر .
- (24) : أنظر المادة 135 من المرسوم رقم 59/85 السالف الذكر .
- (25) : وهذا ما يستفاد من الفقرة الثالثة من المادة 220 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر: "وبانقضاء هذا الأجل تصبح الاستقالة فعلية".
- (26) : هاشمي حربي ، المرجع السابق ، ص. 217 و 218 .
- بالرجوع إلى المادتين 66 من الأمر رقم 133/66 والمادة 135 من المرسوم رقم 59/85 السالفي الذكر ، نجد أن المشرع الجزائري كان يميز للموظف المعني - في حالة سكوت السلطة الإدارية المختصة بعد انقضاء الأجل القانوني - أن يرفع أمره إلى لجنة الموظفين (اللجنة المتساوية الأعضاء) لتصدر رأيها وترسله إلى السلطة المختصة بالتعيين ، ولكن ما الجدوى من هذا الإجراء مادام القانون لم يؤكد على إلزامية تعيد الإدارة بهذا الرأي ؟ .
- (27) : أنور أحمد رسلان ، المرجع السابق ، ص. 441 و 442 . / شريف يوسف خاطر ، المرجع السابق ، ص. 291 .
- (28) : شريف يوسف خاطر ، المرجع السابق ، ص. 292 .
- (29) : محمد عبد العال السناري ، نظم وأحكام الوظيفة العامة ، المرجع السابق ، ص. 99 و 100 .
- (30) : محمد الأخضر بن عمران ، النظام القانوني لانقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري " دراسة مقارنة " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2007/2006 ، ص. 432 .
- (31) : عبد اللطيف السيد رسلان عودة ، المرجع السابق ، ص. 81 .
- (32) : يعتبر التسريح عقوبة تأديبية من الدرجة الرابعة (المادة 163 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر) يعرض لها الموظف الذي ارتكب خطأ من نفس الدرجة تطبيقاً لمبدأ التناسب (المادة 183 من نفس الأمر) ، في حين يعرض الموظف لإجراء العزل بسبب ارتكابه لمخالفة إهمال المنصب (المادة 184 من نفس الأمر) .
- (33) : أنظر المنشور رقم 05 المؤرخ في 10 فيفري 2004 المتعلق بالالتحاق من جديد بالوظائف العمومية ، الصادر عن المديرية العامة للوظيفة العمومية .
- (34) : أنظر البرقية رقم 509 المؤرخة في 18 أفريل 2011 الصادرة عن المديرية العامة للوظيفة العمومية .
- (35) : عبد اللطيف السيد رسلان عودة ، المرجع السابق ، ص. 103 .

- (36) : محمد الأخضر بن عمران ، المرجع السابق ، ص.425 .
- (37) : وهو نفس مضمون المادتين 64 و 134 من الأمر رقم 133/66 والمرسوم رقم 59/85 السالفي الذكر على التوالي .
- (38) : عبد العزيز سعد مانع العتري ، المرجع السابق ، ص.99 .
- يجب أن يكون قرار الاستقالة قائما على أركان القرار الإداري ، حيث يترتب هذا الأخير آثاره ونتائجه القانونية بشرط توافر أركانه أي صدوره عن السلطة الإدارية المختصة وفقا للأشكال والإجراءات القانونية ويستند إلى سبب يبرر وجوده بهدف تحقيق المصلحة العامة . أنظر ، عمار بوضياف ، القرار الإداري " دراسة تشريعية ، قضائية ، فقهيّة " ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص.88 .
- (39) : سعيد مقدم ، المرجع السابق ، ص.334 .
- (40) : عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص.231 و 232 .
- (41) : يقصد بعبارة " بانقضاء هذا الأجل " انقضاء الأجلين الواردين في المادة 220 السالفة الذكر أي أربعة (04) أشهر ابتداء من تاريخ إيداع طلب الاستقالة .
- (42) : محمد عبد العال السناري ، مبادئ القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص.100 .
- (43) : عبد اللطيف السيد رسلان عودة ، المرجع السابق ، ص.135 .
- (44) : شريف يوسف خاطر ، المرجع السابق ، ص.290 .
- (45) : أنور أحمد رسلان ، المرجع السابق ، ص.442 .
- (46) : لقد أرم المشرع الجزائري الإدارة بمعاينة الموظف الذي ارتكب خطأ مهيبا ، وهذا ما يستفاد من عبارة " ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية" الواردة في المادة 160 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر .
- (47) : هاشمي خرفي ، المرجع السابق ، ص.218 .
- (48) : محمد عبد العال السناري ، نظم وأحكام الوظيفة العامة ، المرجع السابق ، ص.96 .
- (49) : لم ينظم الأمر رقم 03/06 مسألة مخالفة الأحكام المتعلقة بانتهاء الخدمة فيما في ذلك الاستقالة ، ويعد ذلك تراجعا تشريعا بالمقارنة مع قوانين الوظيفة العامة السابقة ، حيث كانت تنص المادة 67 من الأمر رقم 133/66 السالف الذكر : " كل انتهاء للمهام مخالف لأحكام هذا الباب (الباب السابع المتعلق بانتهاء المهام) يترتب عليه العزل بسبب ترك الوظيفة ... " .
- كما كانت تنص المادة 136 من المرسوم رقم 59/85 السالف الذكر : " كل توقف عن الخدمة يخالف أحكام المواد من 132 إلى 135 أعلاه (المواد المتعلقة بانتهاء علاقة العمل بما في ذلك الاستقالة) يترتب عليه العزل بسبب إهمال المنصب رغم الضمانات التأديبية المنصوص عليها في التنظيم المعمول به " .
- (50) : سعيد مقدم ، المرجع السابق ، ص.335 .
- تنص المادة 47 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر : " كل موظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري مسؤول عن تنفيذ المهام الموكلة إليه " .

- (51) : أنظر بالتفصيل بخصوص واجبات الموظف : كمال رحماوي ، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص. من 68 إلى 80 . / شريف يوسف خاطر ، المرجع السابق ، ص. من 172 إلى 185 .
- أنظر أيضا : المواد من 40 إلى 54 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر .
- (52) : عبد اللطيف بن شديد الحربي ، ضمانات التأديب في الوظيفة العامة ، مطابع الـدار الهندسية ، القاهرة ، 2006 ، ص. 103 .
- (53) : أنظر المادتين 162 و 165 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر .
- (54) : العبارة الأصح هي " الشطب من جدول الترقية "
- (55) : عبد القادر الشخيلي ، النظام القانوني للجزاء التأديبي ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1983 ، ص. 359 .
- (56) : شعبان أحمد رمضان ، دور المحكمة التأديبية ، في توجيه إجراءات الدعوى التأديبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص. 78 .
- (57) : عزيزة الشريف ، النظام التأديبي وعلاقته بالأنظمة الجزائية الأخرى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص. 165 .
- (58) : علي جمعة محارب ، التأديب الإداري في الوظيفة العامة " دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والانجليزي " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2004 ، ص. 94 .
- (59) : القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 6 سبتمبر سنة 2004 ، المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 57 ، الصادرة في 8 سبتمبر سنة 2004 ، الصفحة 13 .
- (60) : للمزيد من التفصيل ، أنظر : محمد عبد العال السناري ، نظم وأحكام الوظيفة العامة ، المرجع السابق ، ص. من 550 إلى 552 .
- (61) : المرجع نفسه ، ص. 556 .
- (62) : رستم محمد خالد جمال ، نظام الموظفين العموميين في لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص. 140 . مقتبس عن ، عبد العزيز سعد مانع العززي ، المرجع السابق ، ص. 109 .
- (63) : محمد عبد العال السناري ، نظم وأحكام الوظيفة العامة ، المرجع السابق ، ص. 553 .
- (64) : عبد اللطيف السيد رسلان عودة ، المرجع السابق ، ص. 197 و 198 .
- (65) : المرجع نفسه ، ص. 344 .
- (66) : الأمر رقم 66 / 156 المؤرخ في 08 جوان سنة 1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمستتم ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 49 ، الصادرة في 11 جوان سنة 1966 ، الصفحة 702 .
- (67) : محمد عبد العال السناري ، مبادئ القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص. 96 .

قواعد التوقيع الإلكتروني

بقلم الدكتور زين ميلوى

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي اليابس/ سيدي بلعباس

مقدمة

أضحى التطور المذهل المتسارع لمنظومة إنتقال المعلومة في شتى أصنافها واشكالها بالصورة أو بالنص أو بالصوت سمة هذا العصر .

إن ذلك جعل البعض يتحدثون عن الطرقات السيارة للمعلومات وهو ما أنتج ثراءً معرفيا غير مسبوق أجمع معه المفكرون على أن العالم بأسره يعيش اليوم على وقع ثورة حقيقته للمعلومات فجرت مصادر المعرفة لتناسب نسق العالمية، وأمكن بفعل تكنولوجيا المعلومات تجاوز الحدود المكانية والزمانية والتخلص من الحوامل المادية والرقمية، وهي بلا ريب تحولات جذرية وعميقة مثلت منعرجا في تاريخ البشرية ونقله نوعية في سلوكيات الأفراد والمجموعات أفضت إلى خلق قواعد جديدة في التعامل تندر بإقتراب نهاية عصر الأوراق والدفاتر والأسماء والألقاب ومجئ عصر الرقمنة الذي يكون فيه كل إنسان مرقما وكل شئى يحمل رقما يعرفه، وبذلك برزت ظواهر مستحدثة تميز العلاقات الدولية مثال ذلك الثقافة الرقمية والتجارة الإلكترونية والإقتصاد الافتراضي اللامادي والتعليم عن البعد، والبنك عن بعد والمحاکمات عن البعد، والبريد الإلكتروني والإمضاء الإلكتروني.¹

ويغل ما يحدث يوما من تقدم في مجال التجارة الإلكترونية، فالشائعات التي تدخل في التجارة الإلكترونية تعدت بلورها لتشمل المؤسسات والمجالات التجارية، كما تؤدي خدمات عن طريق الانترنت والهاتف المحمول للتعرف على الأسعار ومقارنتها مما يخفف من المصاريف العامة.

“ Les activités de commerce électronique sont donc devenues incontournables, entre particuliers et entreprises ou entre entreprises certain entreprises s’y sont spécialisés, d’autres vers un complété leurs activités traditionnelles. Beaucoup s’orientent vers un commerce multicanal, qui associe magasins traditionnels, site

¹ - أ. ، تونس، ص118، 119.

internet et téléphonique mobile. De nombreux avantages en résultant pour les clients, qui disposent d'offres mondiales, alors surtout que certains sites se sont spécialisés dans la comparaison des prix. Les entreprises, quant à elles, peuvent réduire leurs frais généraux, ce qui rejaille sur les prix. La concurrence en sort renforcée. »²

وفي هذا الشأن وتجبا للخوض في هذا المد الهائل لأشكال تواجد الوثيقة الإلكترونية على مستوى الإدارة الإقتصاد والتجارة الذي يحتاج إلى تحليل واسع ، ومتشعب نحاول في هذا الصدد استعراض واستقراء مسألة التوقيع الإلكتروني من جانب ماهيته، وأنواعه، وحجته في الإثبات.

أولاً: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني.

لقد عرف قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني التوقيع الإلكتروني بأنه:

" يوجد توقيع شخص على رسالة البيانات إذا استخدمت طريقة لتعريف هوية ذلك الشخص والتدليل على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

وتجها الإتحاد الأوروبي في ذات السياق لتحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني فأقر هذه الأداة واعتبرها مرتبطة بمعطيات إلكترونية أخرى³.

وحددت بدورها التعليلة الأوروبية Directive européenne المؤرخة في 13 ديسمبر 1999 في إطار مُوحّد للتوقيعات الإلكترونية والتي ميزت بين نوعين من التوقيعات هي:

1- التوقيع الإلكتروني La signature électronique:

² –Agnés Rabagny- Lagoa, droit du commerce électronique, édition 2011,P6

³ – « La signature électronique est une donnée sous forme électronique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servent de méthodes d'authentiquassions Didier » DIDIER Golent et MONTERO « la signature dans les contrats et poiement électronique. page 84.

وهو عبارة عن معطاة على شكل إلكتروني ترفق أو تتصل منطقيا بمعطيات أخرى وتستخدم كمنهج أو وسيلة للتأكد من حجية التوقيع.

2- التوقيع الإلكتروني المتقدم *La signature électronique avancée*:

هذا النوع من التوقيعات الإلكترونية يقتضي أن تحرص الدول العضوة في الإتحاد على أن تكون التوقيعات الإلكترونية المتقدمة المستندة إلى شهادة مؤهلة ومنشأة بموجب تنظيم مؤمن لإحداث التوقيعات تستجيب لمتطلبات ما هو محدد في المعطيات المكتوبة أو المطبوعة على الورق ولتكون مقبولة كدليل إثبات أمام القضاء.

ثانيا: خصائص التوقيع الإلكتروني.

يمكن استخلاص الخصائص التي يتميز بها التوقيع الإلكتروني وهي:

- يوفر الخصوصية: أي حماية البيانات ضد الإستخدام غير المشروع لها.
- يوفر التعرف على المستخدم: وهو عملية التحقق من هوية الأشخاص أو التعرف على مصادر البيانات وتتم عن طريق التصديق الإلكتروني، وكلمات السر والبطاقات الذكية، وكلما زادت الحاجة بدقة تحديد الهوية يتم اللجوء إلى جمع عدة وسائل وزيادة تعقيد وسيلة التحقق من هوية المستخدم⁴.

- يوفر وحدة البيانات: وهي عملية حماية البيانات ضد التغير أو التعريض عنها ببيانات أخرى وتتم هذه الأخيرة باستخدام تقنية تشفير البيانات ومقارنة بصمة الرسالة المرسله ببصمة الرسالة المستقبلية.

- يوفر عدم القدرة على الإنكار: عدم قدرة الشخص الموقع إلكترونياً أو الشخص الذي قام بإرسال رسالة إلكترونية معينة على إنكار قيامه بهذا الفعل ووجود طرف ثالث يمكنه إثبات قيام طرف معين بفعل إلكتروني معين (جهة التصديق الإلكتروني المرخص لها من الهيئة) كذلك عدم قدرة مستلم رسالة معينة على إنكار استلامه لرسالة ما⁵.

ثالثا: التوقيع الإلكتروني في التشريعات المقارنة.

⁴ - أ.زعرورة فاطمة ، تحديات الإدارة الإدارية الضريبة في ظل العولمة الإلكترونية، مجلة الإتحاد، الإتحاد الوطني لمنظمات المحامين الجزائريين العدد 03 أكتوبر 2011.

⁵ - أ.جناني فراج، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، الجزائر، ص 19.

ونخص بالذكر في الدول الموالية:

1- بلجيكا:

المشروع البلجيكي وتنفيذا للتعليمية الأوروبية (1999/12/31) أصدر القانون المتعلق

بإدخال استعمال وسائل الاتصالات والتوقيع الإلكتروني في الإجراءات القضائية

Loi introduisant l'utilisation de moyens de télécommunications et de la signature électronique dans la procédure juridique et extrajudiciaire.

وتم بموجب ذلك تعديل المادة 1322 من القانون المدني البلجيكي، وكذا القانون

القضائي، وذلك بموجب قانون 2000/12/22، وكذا قانون 2001/07/09.

2- فرنسا:

أما التشريع الفرنسي فقد أدخلت فرنسا تعديلات على القانون المدني وبالضبط نص

المادتين 1316، و2/1322 فاعتبر بذلك المشروع الفرنسي أن الإمضاء عن طريق الكتابة

يشمل كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز ذي دلالة تعبيرية واضحة

ومفهومة بواسطة الآخرين.

ونشير إلى النصوص القانونية والتنظيمية الفرنسية:

- القانون رقم 2000-230 المؤرخ في 13 مارس 2000 يتعلق بانسجام قانون

الإثبات مع تكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني.

- المرسوم رقم 2002-535 المؤرخ في 18 أبريل 2002 المتعلق بالتقييم والمصادقة

منتجات نظام تكنولوجيا اتصالات.

- القانون الصادر في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي.

- المرسوم رقم 2009-834 الصادر في 07 جويلية (مصلحة) **service** يتمتع

بصلاحيات على المستوى الوطني بتسمية (الوكالة الوطنية لأمن المعلومات).

(Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information).

والجددير بالذكر أن قضاء محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية بمقتضى القرار الصادر

في 04/12/2008 وضع أساساً لاعتراف المحاكم بالقيمة المحتملة للكتابة الإلكترونية.

وفي ذات السياق صدر بفرنسا المرسوم رقم 1515/2012 مؤرخ في 28/12/2012 والذي أقر إمكانية التوقيع الإلكتروني على الأحكام القضائية، وهذا يُعتبر نقل نوعية في استخدام آلية تكنولوجياية للإتصالات من شأن ذلك أن يفتح آفاق في نطاق تطوير قواعد الإجراءات المدنية والإدارية .

3- سويسرا:

أما سويسرا فقد أخذت بمسألة التوقيع الإلكتروني بموجب القانون المؤرخ 2004/12/19 كما وسعت من نطاق استعمال آلية التوقيع الإلكتروني لتشمل المعاملات التجارية، وعلاقة الإدارة بمستخدمي المرفق العام ...

4- الولايات المتحدة الأمريكية:

ولم يخرج المشرع الأمريكي عن ذات المفهوم فقد اعترف بموجب قانون سنة 2000 بقوة حجة التوقيع الإلكتروني بالنسبة للمعاملات التجارية.

5- الصين:

وتضمن أيضا القانون الصيني الخاص بالتوقيع الإلكتروني الصادر في 28/08/2004 إقرار صريحا بهذه الحجة في الإثبات.

6- ألمانيا:

واتجه المشرع الألماني إلى الإقرار بالتوقيع الإلكتروني كآلية في التعامل بين الهيآت والأفراد بمقتضى القانون المؤرخ في 13 جوان 1997.

7- إيطاليا:

بادر المشرع الإيطالي إلى الأخذ بالتوقيعات الإلكترونية في التعامل فأصدر على وجه الخصوص القانون المؤرخ في 12 جوان 1998.

أما موقف الدول العربية من مسألة التوقيع الإلكتروني نذكر على سبيل المثال لا الحصر :

1- الإمارات العربية المتحدة:

وبدولة الإمارات العربية أصدرت إمارة دبي القانون رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات التجارية الإلكترونية، فاعتبرت المادة الثانية منه أن التوقيع الإلكتروني هو : "

توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة الكترونية ومفهوم بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة "

2- المغرب:

سعت المملكة المغربية إلى وضع الإطار القانوني الملائم لإحتواء ولتظيم الوثيقة الإلكترونية عموماً.

وما يلاحظ في هذا الجانب أن القانون رقم 53/05 المغربي المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعلومات صدر لتحقيق مقتضيات محددة لعل من أهمها:

- تحديد مسؤولية جهات الرقابة التي ترخص لإصدار الشهادات في هذا المجال ونوع الجزاءات وكذا القرارات التي يمكن اتخاذها في حالة مخالفة الجهات المذكورة لالتزاماتها.

- العمل على تطوير الأحكام القانونية القائمة أو ابتداء أحكام جديدة في ميدان إبرام العقود واثباتها.

- الرفع من مكانة الاعتراف بالخرجات الإلكترونية في الإثبات إلى مصاف القواعد العامة .

- تطوير القواعد القانونية التقليدية من خلال التعديلات التي أدخلها على مجموعة من النصوص الواردة في قانون الإلتزامات والعقود لتشمل طبيعة المعاملات الإلكترونية وسعيها منه على عدم فصل واستقلال التبادل الإلكتروني عن باقي التبادلات التجارية الأخرى.

- اقتصاره على المعاملات المدنية والتجارية التي يمكن أن تتم عبر الوسائل الإلكترونية.

- منح الخحر الإلكتروني نفس مفهوم الخحر الورقي سواء في اعتباره محرراً إلكترونياً عرفياً أو محرراً إلكترونياً رسمياً.

- المعادلة بين الخحر الورقي والخحر الإلكتروني من حيث الحجية في الإثبات.

- الإلتزام بضمان صحة البيانات المضمنة بشهادة المصادقة.

- حفظ الشهادات الإلكترونية.

- مراقبة صحة الإمضاء وسلامته.
- المحافظة على سرية المعلومات.
- إسداء النصيحة لأصحاب التوقيع الإلكتروني.
- احترام سرية الحياة الخاصة.
- تقديم المعلومات الكاملة والمبينة.
- التأكد من هوية الشخص الذي سلمت له الشهادة الإلكترونية.

3- تونس:

وقد بادر المشرع التونسي مند سنة 2000 إلى إقرار الإمضاء الإلكتروني بإضافته لفقرة ثانية للفصل 453 من مجلة الالتزامات والعقود بمقتضى التقيح الذي جاء به القانون عدد 57 المؤرخ في 13 جوان 2000، فنصت المادة 453 المعدلة بأنه "يتمثل الإمضاء في وضع اسم أو علامة خاصة بيد العاقد نفسه بالكتب والمرسوم بها أو إذا كان إلكتروني في استعمال منوال تعريف موثوق به يضمن صلة الإمضاء المذكور بالوثيقة الإلكترونية المرتبطة به"⁶.

4- مصر: وتناول المشرع المصري ذات الموضوع إذ قضت المادة الأولى من القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني فاعتبره بأنه:
" ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره " .

5- الجزائر:

أما المشرع الجزائري فقد اعتمد التوقيع الإلكتروني بموجب نص المادة 327 فقرة 2 من التقنين المدني 58/75 المعدلة بالقانون رقم 10/05، إذ ورد فيها أنه :
واعتبر المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 123/01 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى

⁶ - أنظر أ. المنصف زغاب، المرجع السابق، ص. 120.

مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية، أن التوقيع الإلكتروني أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 من القانون المدني.

واعتبر بذلك التوقيع الإلكتروني المؤمن يعني بالمتطلبات الآتية:

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

مع العلم أن المشرع الجزائري وتأثراً بالتوجيه الأوروبي رقم 93 سنة 1999 أخذ بفكرة الموثق الإلكتروني وأطلق عليه تسمية مقدم خدمات التصديق طبقاً للمرسوم التنفيذي 162/07 المشار إليه سابقاً⁷.

كما صدر المرسوم رقم 410/09 المؤرخ في 2009/12/10 المحدد لقواعد الأمن المطبقة الخاصة بالنشاطات الحساسة.

كما صدر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2011/10/13 والذي حدد الشروط والكيفيات، اكتساب، حيازة واستغلال واستعمال، والتنازل عن التجهيزات الحساسة.

وهذا يعد تطورا ملحوظا في المنظمة القانونية لضبط مسألة التعامل بالتوقيع الإلكتروني، وهي لا تزال تحتاج إلى تفعيل رغم ذلك كله⁸.

رابعا: أنواع الإمضاء الإلكتروني:

الإمضاء الإلكتروني يتمثل عموما في رموز رياضية مرتبطة بوثيقة الكترونية تعبر عن هوية صاحبها، ويعبر عن تلك الرموز بلفظة "منوال تعريف"

⁷ - أنظر ناجي الزهراء، مداخلة بعنوان التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، المؤتمر العالمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في 29/28 أكتوبر 2009، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا

⁸ - voir Mm BOUDER Hdjera, Séminaire national sur le cadre juridique des tic en Algérie opportunités et contrainte (DTTC@Alg'2012),p06.

وتتعدد أشكال الإمضاء الإلكتروني وتطورت بفعل التقدم المتواصل الذي شهدته وتشهده تكنولوجيات الاتصالات والمعلومات ونستعرض أهم صورها.

أ. الرمز السري Le code secret : إنه يبنى على البطاقة الذكية وهي بطاقة بلاستيكية تحتوي على ورقة ذكية **Micro processeur puce** وهي عبارة عن كمبيوتر لا يزيد عن حجم ظفر إصبع ويمكن طبع برمجته من خلال إدخال بعض المعلومات في الذاكرة كاسم صاحب البطاقة أو المؤسسة وتاريخ الولادة وغير ذلك من البيانات وذلك بهدف تلبية بعض الوظائف، وتقوم الورقة الذكية ببرمجة دالة جبرية أو رمزية فتولد الرمز السري للتعريف المعروف بـ : **Personnel Identification** **Number Pin** وهو عبارة عن عدد يتكون من أربعة أرقام يتحصل الحريف مع البطاقة البنكية بناءً على عقد يرممه مع البنك يرتضي المتعامل بموجبه اعتبار أن إدخال البطاقة بالموزع الإلكتروني للأوراق النقدية يعادل إمضاه اليدوي بحيث لا يمكن له لاحقاً إنكار عمليات السحب التي تتم باستعمال بطاقته البنكية ورمزه السري حتى وإن لم تصدر تلك العمليات عنه شخصياً طالما تتعلق بالحفاظة على سرية الرمز⁹.

وقد أثار استخدام الرمز السري إشكالا على المستوى القضائي إذ تجاذب فقه القضاء الفرنسي في هذا موقفتان أولهما ينفي عن الرمز السري صفة الإمضاء الإلكتروني وثانيهما يعتبره إمضاء إلكتروني قادرا على التحري بهوية صاحبه، وقد ترسخ الموقف الثاني في فقه القضاء الفرنسي من صدور القرار التعقيبي المعروف بقرار كريدياس **Crédias** عن محكمة النقض (التعقيب) الفرنسية بتاريخ 08 نوفمبر 1989 الذي يتناغم في مضمونه مع موقف محكمة الإستئناف بمونبيلي **Montpellier** الذي اعترف بشرعية الرمز السري واعتبره إمضاء إلكترونياً وأسست عليه قضاءها لفائدة مالية نازع حريفها في وجود عملية مصرفية تم إنجازها باستعمال بطاقة وفاء كانت قد مكنته منها اعتمادا على الرمز الخاص به.

⁹ - أ. منصف زغاب، المرجع السابق، ص 163.

التوقيع البيوميترى:

هو إمضاء يعتمد على الصفات الجسدية للشخص ومن بينها بصمات أصابع اليد أو الإبهام أو قزحية العين وهي الأكثر استعمالاً في التطبيق، وتعتمد هذه الطريقة عملياً على تخزين الصورة بصفة رقمية ومضغوطة في الذاكرة الصلبة للحاسوب أو في البطاقة الذكية وعندما يتولى الحريف إدخال بطاقته في الآلة القارئة للموزع الإلكتروني للأوراق النقدية تقوم تلك الآلة بالتقاط صورة حينية لقزحية العين مثلاً تدرج آلياً في سجل رقمي وتقع مقارنته بالسجل الرقمي الموجود على البطاقة أو على حاسوب المنظومة، فإذا ما تبين وجود تجانس السجلين ثبت التشخيص وتمت عملية السحب أو الوفاء بحسب طبيعة العملية أما إذا تبين وجود بين السجلين يقع حجز البطاقة بصفة آلية من طرف الموزع لأن الأمر يتمثل غالباً في سرقة البطاقة، فاحتمال تواجد شخصين لهما نفس النسيج القزحي يعادل واحد على مائتي مليون¹⁰

التوقيع عن طريق الماسح الضوئي (التوقيع اليدوي المرقم)

ونكون بصدد هذه الصورة من صور التوقيعات الإلكترونية عن طريق نقل التوقيع العادي إلى التوقيع الإلكتروني بواسطة الماسح الضوئي، وهنا ينقل بذات نفسه الذي يقوم بنقل المحرر من كتابة إلى جهاز الماسح الضوئي الذي يقوم بتصوير ونقل التوقيع العادي إلى داخل جهاز الحاسب الآلي وإضافة إلى الوثيقة المراد توقيعها غير أن هذا التوقيع غير مستعمل على نطاق واسع وغير معترف به كتوقيع قانوني موثوق لأنه غير آمن في حالة ما إذ تم الإستيلاء على الجهاز¹¹.

خامساً: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

نصت المادة 2/2 من التعلبية الأوروبية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني على مراعاة الشروط معينة كي يكون للتوقيع حجية في الإثبات وهي: "

- أن يكون مرتبطاً فقط بالموقع.

¹⁰ - Eric.A Caprioli : sécurité et confiance dans le commerce électronique, J.E générale, avril 1998 page 587.

¹¹ - د. جناني فراج، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، الجزائر، ص 59.

- أن يتم إنشاؤه بوسائل يستطيع الموقع من خلالها به والسيطرة عليه بشكل حصري.

- ارتباطه بمعطيات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل تعديلات لاحته على هذه المعطيات".

المشروع الجزائري ومن جانب آخر نص في مادة 327 فقرة 02 على انه: " يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقاً للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه" ويكون بذلك المشروع قد ساوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يطلق عليه التعادل الوظيفي الذي يتم بموجب تحديد هوية صاحبه وإقراره بمضمون التعامل الذي استعمل بمقتضاه هذا التوقيع في إنجازة.

كما تطلب المشروع توافي شرطين أساسيين تضمنتهما المادة 323 مكرر 1 للأخذ بهذا التوقيع وهما:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.
 - أن يكون معداً ومحفوظاً في ظروف تضمن سلامته.
- وعلى ضوء التشريعات المقارنة عموماً ينبغي توافر الشروط المذكورة أدناه لصحة التوقيع الإلكتروني:
- 1- أن يكون مرتبطاً بشخص مصدره.
 - 2- أن يكون محددًا بشخصية مصدر التوقيع ومميزاً له غيره من الأشخاص.
 - 3- أن يتم إنشاؤه إصداره من خلال تقنيات وإجراءات تسمح باكتساب أو تعديل مادي في مضمون التحرر والتوقيع أو للفصل بينهما.
 - 4- أن يكون مرتبطاً بالمعلومات التي يتضمنها التحرر الإلكتروني وبطريقة تسمح باكتساب أي تعديل مادي في مضمون التحرر أو التوقيع أو الفصل بينهما.
 - 5- أن يصدر من إحدى الهيئات المستقلة التي تصدر شهادة رقمية .

خاتمة

ما من شك أن التوقيع الإلكتروني وبفضل التطورات المتلاحقة التي شهدها عالم الإعلام الآلي إحتل موقعا هاما في مجال المعاملات التجارية على وجه الخصوص، وارتقى إلى مصاف وسائل الإثبات ذات القوة والحجية، وبالنظر إلى الطبيعة المميزة لهذه الآلية يقتضي الأمر إيجاد المنظومة القانونية الخاصة بها ويقصد ضبط وتحديد بدقة إذ لم تعد القواعد العامة في الإثبات تتماشى مع موجبات صور التوقيع الإلكتروني في حد ذاته.

وفي الواقع الإنجازات التكنولوجية الخاصة باتصالات الرقمنة والانترنت وما شابهها لا زالت تحتاح العالم يوما بعد يوم، بل الأقل من ذلك زمنا، بحيث تُطرح حاليا إشكالية مدى الإقرار بالانتخابات والاستفتاء الإلكتروني **Vote / Référendum électronique** فالنرويج مثلا لجأت إلى إجراء الانتخابات بالآلية الإلكترونية على المستوى المحلي ويتم تعميم هذه التجربة على النطاق الوطني، وتتجه دول أخرى إلى ذات الغاية مع اشتراط في نفس الوقت توافر آليات وضمانات للحفاظ على أصوات المنتخبين ووضع إطار للشفافية حرصا على عدم المساس بحق المواطن في الإختيار والتعبير.

تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية

طبقا لاتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر والدول المغربية

بقلم الدكتور : مهداوي عبد القادر

جامعة قاصدي مرياح/ ورقلة/ الجزائر.

مقدمة:

يكتسي موضوع تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية أهمية خاصة ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص، ذلك أن عدم تنفيذ الأحكام الأجنبية يؤدي لا محالة إلى اضطراب المعاملات الدولية، وضياح مصالح الأفراد الخاصة الدولية. لذلك عمدت أغلب التشريعات عند تنظيمها لمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية إلى التوفيق بين اعتبارين أساسيين: الاعتبار الأول: هو مراعاة حاجة المعاملات الدولية واستقرارها، والحفاظة على مصالح الأفراد.

الاعتبار الثاني: يتمثل في الحفاظة على سيادة الدولة وضمان عدم المساس بنظامها العام.

وبحكم علاقات الجوار وتنقل الأفراد وحركة السلع بين الجزائر والدول المجاورة (الدول المغربية)، عمدت الجزائر منذ السنوات الأولى لاستقلالها إلى إبرام اتفاقيات ثنائية للتعاون القضائي مع كل من المغرب (1963)، وتونس (1963)، وموريتانيا (1969)، وليبيا (1994)، وأبرمت في إطار اتحاد المغرب العربي اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي (1991) أخذت بعين الاعتبار تحديد شروط و ضوابط تنفيذ الأحكام الصادرة في البلد الآخر.

واعتبارا للتعديل الذي مس قانون الإجراءات المدنية الجزائري (الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966)، والذي أفضى إلى إصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008) الذي جاء متوافقا مع الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن طرح إشكالية الدراسة ضمن التساؤل التالي:

كيف نظمت اتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر والدول المغربية مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، وما مدى انسجام تلك الأحكام مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؟

لمناقشة الإشكالية المطروحة قسمنا الدراسة إلى محورين:

في محور الأول نتعرض للتنظيم الاتفاقي لتنفيذ الأحكام الأجنبية بين الجزائر والدول المغاربية.

أما في محور الثاني فتتطرق لمدى استجابة قانون الإجراءات المدنية والإدارية للأحكام التي قررتها الاتفاقيات الثنائية بين الجزائرية والدول المغاربية.

احور الأول: التنظيم الاتفاقي لتنفيذ الأحكام الأجنبية بين الجزائر والدول المغاربية

نظرا للفراغ القانوني الذي ورثته الجزائر عقب استقلالها، شرعت في إبرام عدد من الاتفاقيات الثنائية للتعاون القضائي مع بعض الدول العربية والغربية بغرض تنظيم علاقات التعاون في المجال القانوني والقضائي، سدت بواسطتها بعض النقص التشريعي، إلى أن جاء الأمر 154/66 الذي تبني نظرية المراقبة والأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية في مادة وحيدة هي المادة 325¹، ليطم تفصيل المسألة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

وقبل التطرق للشروط التي حددتها الاتفاقيات الثنائية لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، يكون من الضروري التعرض للقواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في مختلف النظم القانونية.

أولاً: القواعد العامة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية

تتخذ تشريعات الدول مواقف متباينة من الأحكام القضائية الأجنبية، فرفض بعضها الأحكام الأجنبية، بينما يعتمد بعضها نظام الدعوى الجديدة، فيما يأخذ البعض الآخر بنظام الأمر بالتنفيذ. فما هو الحكم القضائي الأجنبي وما هي سلطات القاضي في تنفيذه؟

1- الحكم القضائي الأجنبي المقصود بنظام التنفيذ

الحكم بمفهومه الواسع هو كل قرار تصدره المحاكم في خصومة مطروحة أمامها، أو في غير خصومة (الأوامر الولائية) تبعا للإجراءات المنصوص عليها قانونا، فهو يشمل كلا من الحكم القضائي والعمل الولائي.

أما الحكم القضائي الأجنبي المقصود بنظام التنفيذ الذي نحن بصدد دراسته فهو كل قرار صادر باسم سيادة أجنبية، ويخص علاقة يحكمها القانون الخاص، سواء كان حكما أو عملا ولائيا.

وقد عرفت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين الدول العربية الحكم المقصود بالتنفيذ بأنه " كل قرار أيا كانت تسميته يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أية جهة مختصة لدى أحد الأطراف المتعاقدة"²، فيشترط في الحكم القضائي الأجنبي تحقق شرطين أساسيين هما:

أ/ صدور الحكم باسم سيادة أجنبية: يعتبر الحكم القضائي أجنبيا إذا كان صادرا باسم سيادة أجنبية دون النظر إلى المكان الذي صدر فيه، ولا إلى القضاة الذين أصدروه. فلا يدخل في طائفة الحكم الأجنبي الأحكام الصادرة عن القنصليات أو التي تصدر في حالات الحماية أو الاحتلال أو الضم أو التجزئة³، بينما تعتبر الأحكام الصادرة عن الهيئات الدولية التي لها سلطة القضاء كمحكمة العدل الدولية والمركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار أحكاما أجنبية⁴.

ب/ يخص علاقة يحكمها القانون الخاص: لا تخضع لنظام الأمر بالتنفيذ إلا أحكام القانون الخاص، وهي الأحكام المدنية والأحكام التجارية. أما الأحكام الجزائية والأحكام الإدارية والأحكام المالية فهي تخضع لنظام آخر يختلف عن نظام الأمر بالتنفيذ، وعليه يمكن تنفيذ الحكم القاضي بالتعويض الصادر عن محكمة جنائية في طلبات مدنية مرتبطة بالدعوى العمومية، وكذلك أحكام الحالة والأهلية باعتبارها تدخل ضمن طائفة الأحكام المدنية⁵.

2- مبررات الاعتراف بالأحكام الأجنبية و تنفيذها

اتجه الفقه الحديث موقفا مؤيدا للاعتراف بالأحكام الأجنبية بناء على عدة مبررات

منها:

أ/ مبدأ المعاملة بالمثل: من باب قواعد الجاملة وتبادل المنافع، تعترف الدول بتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن محاكم الدول التي تبادلها نفس الموقف. وقد أخذت بهذا المبدأ الكثير من التشريعات منها المشرع التونسي الذي نص عليه في المادة 11 من مجلة

القانون الدولي الخاص التونسي⁶، كما نص عليه المشرع الأردني في المادة 7 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية.

ويرى جانب من الفقه أن مبدأ المعاملة بالمثل هو تجسيد لمبدأ المساواة في السيادة بين الدول، فيما يرى جانب آخر أن هذا الشرط ذو طبيعة سياسية لا يجوز أن يعلق عليه تنفيذ الأحكام الأجنبية أو عدم تنفيذها، فيبغى للدولة أن تقدر مسألة جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية وفق ما تراه مناسباً للعدالة واستقرار المعاملات بصرف النظر عما تجري عليه الدول الأخرى⁷.

ب/ مبدأ الحقوق المكتسبة: يجب الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي تحقيقاً لمبدأ الحق المكتسب، فما دام أن الحكم الأجنبي قد أقر حقا أو مركزاً قانونياً لطرف ما يتعين احترام هذا الحكم في الدول الأخرى، فكما يحترم دولياً العقد الذي ينشأ الحق الذي يتولد في دولة وفقاً لقانونها، كذلك يحترم دولياً الحكم الذي تصدره محاكم دولة وفقاً لقانونها⁸.

ج/ مبدأ العدالة: غاية القانون الدولي هي تحقيق العدالة للدائن والمدين رغم اختلاف جنسية أحدهما عن الآخر. فما دام أن صاحب الحق قد حصل على حكم قضائي يجب مساعدته للحصول على حقه المكتسب في كل زمان ومكان، وإلا فإن المعتدي سينجو من حكم العدالة ويستفيد استفادة غير مشروعة.

د/ مبدأ استقرار المعاملات في النظام الدولي: يؤدي عدم الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي إلى ضياع حقوق الأفراد مما يسبب الفوضى في المعاملات بين الأفراد في الدول المختلفة⁹.

3/ سلطات القاضي في تنفيذ الأحكام الأجنبية

الأصل أن الأحكام القضائية لا تكون قابلة للتنفيذ في غير الدولة التي صدرت من محاكمها ما لم توجد اتفاقية دولية نافذة تلزمها بذلك، تطبيقاً لمبدأ السيادة والاستقلال، لأن الأمر قد يتطلب تحريك القوة العمومية التي تمثل أحد أهم مظاهر سيادة الدولة على إقليمها.

لكن اتساع العلاقات الاقتصادية والتجارية والاجتماعية، وتشابكها بين الأفراد المنتميين إلى دول مختلفة، والمبررات العديدة الداعية لذلك، جعلت الفقه القانوني يكاد يجمع

على تبنى فكرة تنفيذ الأحكام القضائية في غير الدولة التي صدرت فيها، غير أن مواقف الدول تباينت بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية و تنفيذها إلى اتجاهات أربعة كالتالي:

- دول لا تعترف بالأحكام القضائية الأجنبية بتاتا ما لم توجد اتفاقية دولية نافذة منضمة إليها، مثل هولندا.

- دول تعترف بالأحكام القضائية الأجنبية بعد مراجعة مضمونها قبل تنفيذها وفق ما يعرف بنظام المراجعة، فيما أن تكون مراجعة في الموضوع (révision au fond) كالتي سادت في فرنسا ما بين 1819 و1933 ليهجرها القضاء الفرنسي إلى مراجعة ضيقة أو محدودة (révision limitée) سادت في فرنسا إلى حين صدور حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 07 جانفي 1964 والشهير بقضية ميترز (MUNZER) الذي أسس لنظام المراقبة أو التدقيق.

- دول تعترف بالأحكام القضائية الأجنبية بعد تدقيقها ومراقبتها للتأكد من توافر الشروط التي يتطلبها قانونها دون مراجعة مضمونها، وهو ما يعرف بنظام المراقبة أو التدقيق. و قد تأصل هذا النظام في أغلب النظم القانونية الحديثة، خاصة بعد صدور حكم ميترز الذي على أساسه تم حصر شروط تنفيذ الحكم الأجنبي في فرنسا فيما يلي:

✓ أن يكون الحكم الأجنبي قد صدر من محكمة مختصة

✓ أن يكون القاضي الأجنبي قد طبق القانون المختص

✓ أن يكون القاضي الأجنبي قد اتبع إجراءات صحيحة في إصداره

✓ ألا يشتمل على غش نحو القانون

✓ ألا يكون الحكم مخالفا للنظام العام.

- دول أخرى تقضي بوجوب إقامة دعوى جديدة للمطالبة بالحق مضمون الحكم الأجنبي، مع تقديم الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه كدليل إثبات في هذه الدعوى، ويعتمد هذا الأسلوب في الدول الأنجلو سكسونية¹⁰.

ثانيا: التنظيم الاتفاقي لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الجزائر

بحكم علاقات الجوار وتنقل الأفراد وحركة السلع بين الجزائر والدول المجاورة (الدول المغاربية)، كانت أولى الاتفاقيات الثنائية في هذا المجال هي الاتفاقيتين الثنائيين مع كل من المغرب و تونس، ثم أبرمت اتفاقيتين مع كل من موريتانيا و ليبيا، و تعتبر الجزائر طرفا في اتفاقية رأس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، كما تربطها بالدول المغاربية اتفاقية الرياض المبرمة في إطار جامعة الدول العربية باعتبار كل الدول المغاربية أطرافا فيها.

1- اتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر والدول المغاربية

أبرمت الجزائر عددا كبيرا من اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني مع عدة دول تربطها بهم علاقات تعاون تجاري وحركة أفراد وسلع وخدمات متبادلة، من أهمها الاتفاقيات المبرمة مع دول اتحاد المغرب العربي على التفصيل التالي:

-الاتفاقية الجزائرية المغربية الموقع عليها بتاريخ 15/03/1963 المصادق عليها بالأمر رقم 69/68 المؤرخ في 02/09/1969، المعدلة والمتمة بالبروتوكول الموقع بتاريخ 15/01/1969 (الجريدة الرسمية رقم 77)

-الاتفاقية الجزائرية التونسية الموقعة بتاريخ 26/07/1963 المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 450/63 المؤرخ في 14/11/1963 (الجريدة الرسمية رقم 87 الصادرة بتاريخ 22/11/1963).

-الاتفاقية الجزائرية الموريتانية الموقع عليها بتاريخ 03/12/1969 المصادق عليها بالأمر رقم 4/470 المؤرخ في 15/01/1970 (الجريدة الرسمية رقم 14 الصادرة بتاريخ 11/02/1970).

-الاتفاقية الجزائرية الليبية الموقع عليها بتاريخ 08/08/1994 المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-367 المؤرخ في 12/11/1995 (الجريدة الرسمية رقم 69 الصادرة بتاريخ 15/11/1995).

-اتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين دول اتحاد المغرب العربي الموقع عليها بتاريخ 9 و 10 مارس 1991 المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 181/94 المؤرخ في 27/06/1994 (الجريدة الرسمية رقم 43 الصادرة بتاريخ 03/07/1994).

2- شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقا لاتفاقيات التعاون القضائي

الملاحظة الأولى التي يمكن تسجيلها حول الاتفاقيات الثنائية بين الجزائر والدول المغاربية هو التشابه الكبير فيما يتعلق بشروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، رغم بعض الاختلافات التي سنشير إليها في حينها، كما يمكن تسجيل التشابه أيضا بين تلك الاتفاقيات واتفاقية التعاون القضائي بين الجزائر وفرنسا باعتبارها أول اتفاقية نافذة بين الجزائر ودولة أجنبية، وتشابهها أيضا مع الشروط التي نصت عليها اتفاقية الرياض للتعاون القضائي والقانوني بين الدول العربية التي تعتبر الجزائر وكل الدول المغاربية الأخرى أطرافا فيها¹¹.

بالرجوع لنصوص الاتفاقيات الثنائية نجدها قد اتفقت على أربعة شروط ليكون الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ في الجزائر، ويضيف بعضها شروطا أخرى.

الشرط الأول: وجوب صدور الحكم من محكمة مختصة، حسب القوانين المطبقة في الدولة الطالبة، إلا إذا تنازل المعني عن طلبه بصورة أكيدة.

نصت كل الاتفاقيات الثنائية على هذا الشرط مع اختلافات طفيفة في التعبير¹²، ويوافق الشرط الأول المذكور في قرار ميتر سابق الإشارة إليه. وبمقارنة محتوى هذا الشرط مع ما جاء في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية نجد هذه الأخيرة تنص في مادتها الأولى على " أن يصدر الحكم من محكمة مختصة وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص المطبق في الدولة التي سينفذ الحكم لديها"، وهنا يطرح الإشكال التالي: هل يكون من الأصوب أن يعود القاضي لقانونه الوطني ليقرر ما إذا كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة دوليا في إصداره، أم يعود لقواعد الاختصاص في الدولة طالبة التنفيذ؟ إن الأخذ بالفرض الثاني الذي جاء في الاتفاقيات الجزائرية المغاربية يؤدي بالقاضي الجزائري إلى الخوض في قوانين الدول الأخرى للتأكد من صحة اختصاصها، بينما يؤدي الفرض الأول الوارد في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية إلى اعتماد القاضي الجزائري على قواعد الاختصاص في قانونه الوطني.

وبناء على هذا الشرط إذا كان أحد أطراف الحكم جزائريا وتمسك بتطبيق المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تكون الأحكام الجزائية مختصة في كل نزاع يتعلق بالالتزامات التعاقدية بغض النظر عن مكان إبرام العقد ومحل إقامة الأطراف.

الشرط الثاني: حضور الأطراف قانونا أو من ينوب عنها أو اعتبارها غائبة

نصت المادة 20/ب من الاتفاقية الجزائرية المغربية على شرط "حضور الأطراف قانونا أو من ينوب عنها أو اعتبارها غائبة"، بينما أضافت المادة 19/ب من الاتفاقية الجزائرية التونسية عبارة "...حسب قانون الدولة الذي صدر فيه الحكم" بينما جاء في المادة 19/ب من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية على: "حضور المحكوم عليه أو تكليفه بالحضور قانونا"، و هي نفس الصيغة التي جاءت في المادة 20/ب من الاتفاقية الجزائرية الليبية " أن يكون المحكوم عليه حاضرا بنفسه أو من ينوب عنه، أو بلغه الإعلان بصورة قانونية حسب قانون الدولة التي صدر فيها الحكم أو القرار و لم يحضر".

والإشكال الذي يطرح بالنسبة للاتفاقيات التي نصت على رجوع قاضي الصيغة التنفيذية لإجراءات الحكم في الدولة طالبة التنفيذ، يكون عديم الجدوى ما دام أن الحكم المراد تنفيذه قد اكتسب قوة الشيء المقضي فيه.

الشرط الثالث: اكتساب الحكم قوة الشيء المقضي فيه، وأصبح قابلا للتنفيذ حسب

قانون الدولة التي صدر فيها

أدرج هذا الشرط ضمن الفقرة ج من كل الاتفاقيات الثنائية مع الدول المغاربية، و استنتجت من ذلك الاتفاقية الجزائرية الليبية الأحكام التي تأمر فقط باتخاذ إجراءات تحفظية أو مؤقتة شريطة أن تكون قابلة للتنفيذ. وقد نصت على هذا الشرط أيضا اتفاقية الرياض في المادة 30 التي أمرت برفض الحكم في حالات مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو أحكام الدستور، أو إذا كان غيبا ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم إعلانا صحيحا، بالإضافة إلى حالة عدم مراعاة قواعد قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف، الخاصة بالتمثيل القانوني للأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها.

الشرط الرابع: عدم مخالفة الحكم للنظام العام أو للمبادئ القانونية للبلد المطلوب إليه

التنفيذ

تأخذ مختلف النظم القانونية بفكرة النظام العام المرتبطة ارتباطا وثيقا بسيادة الدولة. فقد تواترت التشريعات المختلفة على تطلبه، ومن بينها القانون الألماني والسويسري والمصري واللبناني والأردني وغيرها. والهدف من هذا الشرط هو منع إصدار الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعارضة مع الأسس الجوهرية السائدة في دولة القاضي المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيها.

شروط أخرى:

- نصت الاتفاقية الجزائرية الليبية على شرطين آخرين هما:

✓ ألا يكون الحكم أو القرار مخالفا لحكم أو قرار صدر في البلد المطلوب منه

التنفيذ و اكتسب قوة الشيء المقضي فيه،

✓ ألا توجد لدى محاكم البلد المطلوب منه التنفيذ دعوى قيد النظر.

- نصت الاتفاقية الجزائرية الموريتانية عند الاقتضاء تقديم ترجمة للوثائق المطلوب

تقديمها للمحكمة بمناسبة تقديم طلب الأمر بالتنفيذ¹³.

3- إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقا لاتفاقيات التعاون القضائي

بالرجوع للاتفاقيات المبرمة بين الجزائر والدول المغاربية نجدها تحدد الوثائق

الواجب إرفاقها بالدعوى المتعلقة بطلب منح الصيغة التنفيذية، وهي حسيما جاء في نص

المادة 25 من الاتفاقية الجزائرية المغربية:

- صورة رسمية للحكم تتوفر فيها الشروط اللازمة لإثبات صحتها؛

- أصل عقد الإعلان للحكم أو محل عقد يحل محل هذا الإعلان؛

- شهادة من كتاب الضبط المختصين تثبت أنه لا يوجد اعتراض على الحكم ولا

استئناف ولا طعن بالنقض؛

- نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور الموجهة إلى الطرف الذي تخلف

عن حضور المرافعة.

نجد نفس النص في المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، والمادة 24 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية مع إرفاق الوثائق السابقة عند الاقتضاء بترجمة لجميع تلك الوثائق معترف بصحتها حسب القواعد المقررة في قانون الدولة المقدم إليها الطلب، بينما تشير الاتفاقية الجزائرية الليبية إلى شهادة تثبت أن الطرف المتغيب عن الجلسة والصادر ضده الحكم قد أعلن بالحضور أمام الجهات المختصة إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه قد صدر غيابيا.

المحور الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

كان أول نص تشريعي يتطرق لموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية بالجزائر ما تضمنته المادة¹⁴ 325 والمادة 8 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية (الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08) الذي حل إشكالا قانونيا هاما ورثته الجزائر عن الفترة الاستعمارية، إلا أن الغموض الذي اكتنف المادة 325 وعدم انسجامها مع ما تضمنته اتفاقيات التعاون القضائي التي أبرمتها الجزائر مع غيرها من الدول، جعل القضاء الوطني لا يستقر على موقف معين، ما دعا بالمشرع الوطني إلى معالجة المسألة بنصوص جديدة تتماشى مع ما توصلت إليه التشريعات الحديثة، فأدرجها في صلب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد (القانون 10/08) محددًا شروط و إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر بأكثر تفصيل.

أولاً: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية

نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة تنفيذ الأحكام والعقود والسندات الأجنبية بالمواد من 605 إلى 608 وألزم طالب التنفيذ باستصدار أمر بالتنفيذ من الجهات القضائية الجزائرية، وبذلك يكون قد أخذ بنظرية المراقبة، كما ألزم تلك الجهات القضائية بالنظر في تحقق مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية في الأمر أو الحكم أو القرار الصادر من جهات قضائية أجنبية والمطلوب تنفيذه بالجزائر.

حددت المادة 605 ق إ م شروط تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الأجنبية، كما نظم القانون الاختصاص النوعي للمحاكم، فأعطى الاختصاص للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ دون

سواها للنظر والفصل في طلب تنفيذ الحكم الأجنبي، وهذا بموجب نص المادة 607 ق إ م¹⁵.

ويتضح من نص المادة 605 أن المشرع الجزائري قد ساير التشريعات الحديثة متبينا نظام المراقبة الذي سبق أن اعتمده الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع غيرها من الدول. وعليه فإن الحكم الأجنبي لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد منحه الصيغة التنفيذية¹⁶، متى توفرت فيه الشروط التي عددتها هذه المادة، مع تأكيد المادة 608 ق إ م إ على عدم الإخلال بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول.

بالرجوع للمادة 605 ق إ م إ نجد أنها قد حددت شروط تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الأجنبية بقولها: " لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

الشرط الأول: ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص

بمعنى أن تكون المحكمة الأجنبية مختصة بإصدار الحكم المراد تنفيذه، فإذا لم يكن صادرا عن محكمة مختصة أو ذات وظيفة فلن تمنح له الصيغة التنفيذية.

غير أن الإشكال الذي تطرحه هذه الفقرة هو عدم ذكرها لنوع الاختصاص المطلوب، أهو الاختصاص النوعي والمكاني، أم يقتصر الأمر على الاختصاص الدولي لهذه المحكمة.

بالمقارنة مع بعض التشريعات العربية نجد المشرع المصري مثلا ينص في المادة 1/298 مرافعات على أن يكون الحكم صادرا عن هيئة قضائية مختصة طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها، ويضيف شرطا آخر أن تكون المحاكم المصرية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر الأجنبي، ونصت المادة 1014 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن يكون الحكم صادرا عن قضاة مختصين بحسب قانون البلد الذي صدر فيه، شرط ألا يكون اختصاصهم مقررًا بالنظر إلى جنسية المدعي فقط.

لكن ما هو القانون الذي يرجع إليه لمعرفة ما إذا كانت المحكمة الأجنبية مختصة أم لا ؟
تباينت وجهات النظر في المسألة، فبنى كلا من المشرع المصري واللبناني الرجوع
إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانون المحكمة التي أصدرت الحكم، بينما
نادى جانب من الفقه الفرنسي، وتبعته أحكام القضاء الفرنسي، وعملت به بعض
التشريعات يتمثل في تأييد الرجوع إلى قواعد الاختصاص العام المباشر في قانون القاضي
المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي لديه، و في هذا الفرض تسمى تلك القواعد بقواعد
الاختصاص العام غير المباشر¹⁷.

يستند الفقه المؤيد لنظام الاختصاص العام غير المباشر على أساسين أولهما نظري
والثاني عملي:

الأساس النظري: يتمثل في أن القواعد المنظمة للاختصاص القضائي لا تختلف عن
القواعد المنظمة لتنازع القوانين، و ما دام الأمر كذلك فإن دور قاضي التنفيذ لا يقتصر
على تحديد الحالات التي تكون فيها الأحكام الوطنية مختصة، بل يشمل أيضا الحالات التي
يعترف فيها بالاختصاص للمحاكم الأجنبية.

الأساس العملي: مؤداه أن تكليف القاضي بمعرفة القواعد المنظمة للاختصاص
القضائي الدولي للدول المختلفة أمر في غاية الصعوبة، إلا أنه يطرح إشكالا آخر يتعلق
بكون القاضي الذي أصدر الحكم لا يعلم هو الآخر عند إصداره للحكم أمام أي الدول
سوف يطلب تنفيذه.

والحل أن يبذل قاضي التنفيذ جهده في البحث عن مضمون القانون الأجنبي من
تلقاء نفسه، وبمساعدة الخصوم، وهنا تثار مسألة هامة هي مسألة الغش نحو الاختصاص،
فقد يلجأ بعض الأطراف إلى محاكم دولة لعلمهم أن القضاء الذي سوف يصدر عنها
سيحقق مآربهم الخاصة، كالتجاء الأطراف لحاكم دولة تسهل الطلاق ليس فقط لأن
قانونها المادي المطبق في الدعوى يسمح بالطلاق، و لكن أيضا لأنها تقيم اختصاص محاكمها
على مجرد الوجود العابر للأجنبي على إقليمها. في مثل هذه الحالة يرى بعض الفقه رفض
تنفيذ الحكم المشوب بالغش، وهو الرأي الذي أصبح جزءا من القانون الوضعي الفرنسي
بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية في 06 فبراير 1985 في القضية المعروفة باسم

SIMITCH التي قررت المحكمة بشأنها أنه يكون للقاضي أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان اختيار القضاء الأجنبي ينطوي على غش حتى ولو كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة بالنازعة¹⁸.

الشرط الثاني: أن يكون الحكم المراد تنفيذه حائزا لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون

البلد الذي صدر فيه

يتم مراقبة ذلك وفقا للنظام القانوني للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم. وهذا الشرط كما رأينا سابقا نصت عليه كل الاتفاقيات الثنائية والمتعددة المبرمة بين الجزائر والدول المغاربية. وترجع علة اشتراط قوة الشيء المقضي فيه في الحكم الأجنبي إلى فكرة توفير الاستقرار، فلو لم يكن الحكم نهائيا لأمكن الطعن فيه ولربما تم إلغاؤه في الدولة التي صدر فيها.

وبخلاف الشرط السابق فقد حدد المشرع الجزائري هذه المرة القانون الذي يرجع إليه لمعرفة مدى توفر الحكم الأجنبي على قوة الشيء المقضي فيه، إذ أرجع الاختصاص صراحة لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

و يترتب على اشتراط أن يكون الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه عدم إمكانية تنفيذ الأحكام غير القطعية والأحكام المشمولة بالفاذ المعجل، إذ أنها تختمل الإلغاء والتعديل، كما لا تنفذ الأحكام الوقفية لأن لها حججة مؤقتة، هدفها حماية مصالح الخصوم إلى حين الفصل في نزاعهم¹⁹.

وتجدر الإشارة أن بعض الاتفاقيات قد نصت على الأمر بتنفيذ الأحكام التي تأمر باتخاذ إجراءات تحفظية أو وقفية شريطة أن تكون قابلة للتنفيذ²⁰.

الشرط الثالث: ألا يتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية

جزائرية، وأثير من المدعى عليه.

بتحليل نص الفقرة الثالثة من المادة 605 نجد أن هذا الشرط ليس من النظام العام، وليس للقاضي أن يتحقق منه إلا إذا أثاره المدعى عليه، كما أن المشرع سكت عن حالة صدور أمر أو حكم أو قرار من محكمة أجنبية أخرى، أي صدور حكمين أجنيين

متناقضين، فيرى الفقه وجوب إجراء المفاضلة بين الحكمين الأجبيين الحائزين لقوة الشيء المقضي فيه، وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون الوطني. وسكت المشرع أيضا عن حالة كون النزاع الصادر بشأنه الحكم القضائي الأجنبي محلا لدعوى مازالت مرفوعة أمام إحدى المحاكم الجزائرية، رغم ما يمكن أن يترتب عن ذلك من مخالفة للنظام العام في الجزائر.

ولا تنفق مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور بن عصمان جمال عندما اعتبر أن مجرد رفع دعوى قضائية أمام القضاء الجزائري في نفس الموضوع ينبغي ألا تحول دون إمكانية الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، لأن ذلك سيفتح باب التحايل لعرقلة سير دعوى التنفيذ في الجزائر²¹، وإنما نعتقد أنه من الواجب النظر فيما إذا كانت الدعوى المرفوعة أمام القضاء الوطني سابقة أو لاحقة عن تاريخ الدعوى التي اقترنت بالحكم الأجنبي، فإذا كانت الدعوى المرفوعة في الجزائر سابقة عن الدعوى المقترنة بالحكم الأجنبي ينبغي رفض طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي وانتظار الفصل في الدعوى المرفوعة أمام القضاء الوطني، وهذا الطرح هو ما ذهب إليه المشرع اللبناني في قانون أصول المرافعات المدنية.

فقد نصت بعض التشريعات العربية على مثل هذا الشرط فجاء في المادة 4/298 من قانون المرافعات المصري أن "... الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الوطنية"، كما نصت على نفس الشرط المادة 1016 من أصول المرافعات المدنية اللبنانية بقولها: "على المحاكم اللبنانية أن ترفض الصيغة التنفيذية في الحالات التالية:

- إذا كان قد صدر بذات النزاع الذي أدى إلى صدور الحكم الأجنبي حكم نهائي عن القضاء اللبناني بين ذات الأطراف.

- إذا كانت لا تزال عالقة أمام القضاء اللبناني دعوى بذات النزاع و بين ذات الخصوم، تقدمت بتاريخ سابق للدعوى التي اقترنت بالحكم الأجنبي."

كما أن اتفاقية الرياض أخذت بهذا الشرط عندما قضت برفض الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي إذا كان النزاع الصادر بشأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا لحكم

صادر في الموضوع بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلا وسببا وحائزا لقوة الأمر المقضي به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف²².

الشرط الرابع: ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر

يصف فقه القانون الدولي الخاص النظام العام بأنه صمام الأمان الذي يضمن عدم المساس بالمبادئ والأسس التي يقوم عليها كل مجتمع²³. وتعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة تتغير من دولة لأخرى، فكل دولة حرة في تحديد ما يدخل ضمن نظامها العام انطلاقا من مبادئها السياسية والاجتماعية والدينية وغيرها.

ويقسم الفقه والقضاء في فرنسا النظام العام إلى نوعين: نظام عام من حيث الموضوع، ونظام عام من حيث الإجراءات، وعلى الحكم الأجنبي أن يحترم النوعين معا حتى يمكن الأمر بتنفيذه²⁴. فيتحقق تعارض الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه مع النظام العام في دولة قاضي التنفيذ في صورتين:

✓ الصورة الأولى: تتعلق بالإجراءات المتبعة في إصدار الحكم كأنهاك حقوق الدفاع، أو عدم تسيب الحكم، إذا كان التسيب من النظام العام في دولة التنفيذ.

✓ الصورة الثانية: تتعلق بمخالفة المبادئ الأساسية و المثل العليا في دولة التنفيذ كأن يقضي بدفع دين قمار أو تخصيص نفقة لامرأة غير متزوجة زواجا شرعيا.

وما دام أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لم يتعرض لوجوب تأكد قاضي التنفيذ من صحة الإجراءات المتبعة عند إصدار الحكم، يبدو أن المشرع يقصد بالنظام العام صحة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم بالإضافة إلى احترامه للمبادئ الأساسية التي تحكم المجتمع الجزائري، ومن بينها قواعد الشريعة الإسلامية التي نصت عليها اتفاقية الرياض.

وتجدر الإشارة أخيرا أن الأمر قد استقر في فرنسا فقها وقضاء على أنه إذا كان الحكم يتضمن جزءا يخالف النظام العام في بلد التنفيذ وجزءا آخر يتوافق معه، يمكن لقاضي التنفيذ أن يأمر بتنفيذ الجزء الذي لا يتعارض مع نظامه العام، ورفض الجزء المتعارض معه، بشرط إمكانية تجزئة الحكم، لكن لا يمكنه تعديل منطوق الحكم²⁵.

ثانيا: إجراءات طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي

يؤول الاختصاص المحلي في دعوى منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي طبقا لما نصت عليه المادة 607 ق إ م ! إلى محكمة مقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ، فيتعين على طالب التنفيذ في الجزائر أن يرفع دعوى طبقا للمادة 13 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ولم يحدد القانون الوثائق الواجب إرفاقها بالدعوى، فيكون الأمر ملزما أن يستأنس القاضي بالاتفاقيات الدولية التي فصلت الوثائق الواجب تقديمها عند طلب التنفيذ، ومن شأن تقديم تلك الوثائق مساعدته في التأكد من توافر الشروط الواردة في المادة 605 ق إ م ! . فتقديم صورة رسمية للحكم طبق الأصل يفيد بوجود الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه، كما أن تقديم محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه أو أي وثيقة يمكن أن تحل محلها يفيد أن المحكوم ضده قد تم تبليغه بالحكم، و أن إجراءات التبليغ قد تم احترامها، كما أنه يكون من الضروري تقديم صورة طبق الأصل لورقة التكليف بالحضور متى كان الحكم غائبا²⁶.

و يرى بعض الشراح أنه من الأصح اشتراط نسخة تنفيذية للحكم المراد تنفيذه، لأن تقديم النسخة الأصلية للحكم أو صورة رسمية طبق الأصل لا يشكل أي أثر على سير الدعوى، أما تقديم نسخة تنفيذية للحكم يفيد أن الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه استنفذ كل طرق الطعن، وأصبح صالحا للتنفيذ طبقا للدولة التي أصدرته²⁷.

خاتمة:

انطلاقا مما سبق بيانه يمكن تحديد شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الجزائر وفق نظامين قانونيين مختلفين:

– بالنسبة للدول التي تربطها مع الجزائر اتفاقيات تعاون قضائي تطبق الشروط الواردة في الاتفاقيات الثنائية، على اختلاف أحكامها، وينطبق الأمر على كل الدول المغاربية، كون المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون حسب نص المادة 132 من الدستور، مما يجعل القاضي يغوص في بحث القوانين الأجنبية في كل مناسبة يقدم أمامه طلب لتنفيذ حكم أجنبي.

– بالنسبة للدول التي لا تربطها مع الجزائر اتفاقيات تعاون قضائي تطبق أحكام المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيصطدم قاضي الصيغة التنفيذية بالإشكالات التالية:

أولاً: عدم الاعتداد بشرط المعاملة بالمثل الذي يعتبر عدم الأخذ به انتقاصاً من السيادة الوطنية في نظر بعض الشراح.

ثانياً: إمكانية تحايل الأطراف بواسطة الغش نحو الاختصاص التي لم ينظمها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثاً: إمكانية تعارض الحكم المراد تنفيذه مع حكم أجنبي آخر قابل للتنفيذ، أو إمكانية طرح نفس النزاع بين نفس الأطراف و لنفس الخل والسبب أمام محكمة جزائرية، وفي هذه الحالات يبقى الأمر معلقاً على اجتهاد القاضي.

الهوامش :

¹ – جاء نص المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري كما يلي: «الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية، والعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجنبي، لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقاً لما يقضي بتنفيذه من إحدى الجهات القضائية الجزائرية، دون إخلال لما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من أحكام مخالفة».

² – المادة 25 من اتفاقية الرياض الموقعة في 06 أبريل 1983.

³ – ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص. 31.

⁴ – حفظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام

الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص. 185.

⁵ – حمة مراربة، الأمر بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الملقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، واقع متطور، 21-22 أبريل 2010، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.

⁶ – المادة 11 من القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بإصدار مجلة

القانون الدولي الخاص التونسية.

⁷ – حفظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 195.

⁸ – فراد عبد المعمر رياض، سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار

النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص. 493.

9- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن، ط2011، 1، ص340.

10- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. (338-339).

11- تم التوقيع على اتفاقية الرياض للتعاون القضائي و القانوني بين دول جامعة الدول العربية بتاريخ 6 أفريل 1983 و تعديل المادة 69 من الاتفاقية بتاريخ 26 نوفمبر 1997، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 47/01 المؤرخ في 2001/02/11 (الجريدة الرسمية رقم 11 الصادرة في 2001/02/12).

12- ورد هذا الشرط بنفس الصيغة في المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية، والمادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، و المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، بينما جاء في المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية الليبية عبارة ".... ما لم يتنازل المعني صراحة أو ضمنا".

13- المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية.

14- يعتبر الأستاذ محمد إسعاد أن المصدر التاريخي لنص المادة 325 ق إ م هو نصوص المواد 546 من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي و المواد 2123 و 2128 من التقنين المدني الفرنسي. أنظر ولد الشيخ شريف، المرجع السابق، ص. 153.

15- تنص المادة 607 ق إ م ! " يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ " 16- نصت المادة 601 ق إ م على أنه " لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، مهوررة بالصيغة التنفيذية التالية: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري ...

17- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 197.

18- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. (202-203).

19- بن عصمان جمال، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، مجلة

الحقيقة، جامعة أدرار، العدد الحادي والعشرون، جوان 2012، ص. 11.

20- المادة 20 ج من الاتفاقية الجزائرية الليبية.

21- بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 12.

22- المادة 30 د من اتفاقية الرياض.

23- بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 14.

24- هذا التقسيم أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكم معروف باسم حكم (BACHIR).

25- ولد الشيخ شريف، المرجع السابق، ص. 171.

26- بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 17.

27- ولد الشيخ شريف، المرجع السابق، ص. 187.

حماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية في ظل القانون رقم 11-10

بقلم الأستاذة: ميساوي حنان*

الملحقة الجامعية مغنية/ جامعة أبي بكر بلقايد/ تلمسان.

مقدمة

تعتبر البلدية القاعدة الإقليمية للامركزية، و مكان لممارسة المواطنة، و تشكل إطار مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية. و تتمتع بالشخصية المعنوية و الذمة المالية المستقلة. و بذلك تتوفر على أملاك عمومية و خاصة، عقارية و منقولة. و نظرا لأهمية هذه الأملاك، و أمام سلسلة الإصلاحات التي مست عدّة نصوص قانونية لمواكبة التطورات الحاصلة، و لاسيما في المجال الاقتصادي، خاصة فيما يتعلق بتسيير الأملاك الوطنية بأنواعها و المحافظة عليها و حمايتها من خطر الاعتداء عليها أو التنازل عنها. طالت هذه الإصلاحات قانون البلدية، إذ تم إلغاء قانون البلدية لسنة 1990¹، و إصدار القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية² بعد مضي واحد و عشرين سنة على صدوره. كما تمّ تعديل قانون الأملاك الوطنية لسنة 1990³ و إصدار قانون يحدد قواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها⁴، التي تهدف كلها إلى حماية الأملاك الوطنية بصفة عامة و الأملاك الوطنية التابعة للبلدية بصفة خاصة، و أوكلت هذه المهمة لأجهزة إدارية محددة بموجبها، فما هي هذه الأجهزة؟ و كيف تحقق الحماية اللازمة للأملاك التابعة للبلدية؟ و ما هي الصلاحيات المخولة لها لإعمال هذه الحماية و تفعيلها؟ و هذا ما سنجيب عنه من خلال مبحثين، الأول سنين فيه الأجهزة المكلفة بحماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية. و الثاني نخصه لأنواع الحماية المقررة بموجب قانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية.

المبحث الأول: الأجهزة المكلفة بحماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية

تنص المادة 15 من قانون البلدية لسنة 2011 على ما يلي: "تتوفر البلدية على:

هيئة مداولة: المجلس الشعبي البلدي.

هيئة تنفيذية: يترأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي."

باستقراء هذه المادة، نجد أن البلدية تسيير من قبل هيئتين متكاملتين، و هما المجلس

الشعبي البلدي، و الهيئة التنفيذية التي يترأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي.

و إذا عدنا إلى قانون البلدية و قوانين أخرى منها قانون الأملاك الوطنية⁵، نجدها تلقي على عاتق كل من المجلس الشعبي البلدي و رئيسه مهمة تسيير و حماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية. و هذا ما يدفعنا إلى التعريف بمبذين الجهازين، و إبراز دورهما في حماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية في المطلين المواليين:

المطلب الأول: المجلس الشعبي البلدي

يعتبر المجلس الشعبي البلدي الجهاز الأساسي في البلدية، باعتباره المعبر عن إرادة المواطن، طالما أن اختيار أعضائه يتم عن طريق الانتخاب. و تتم أعماله عن طريق مداورات، تختص بعدة مجالات محددة بموجب نصوص قانونية، أهمها أملاك البلدية، خاصة أن قانون البلدية لسنة 2011 أعطاها أهمية كبرى، و أولها بعدد أكبر من النصوص إذا ما قارناه بقانون البلدية لسنة 1990، لذا سنتطرق بداية إلى النظام القانوني للمجلس الشعبي البلدي، من حيث تكوينه و عمله، ثم إبراز دوره في حماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية.

الفرع الأول: النظام القانوني للمجلس الشعبي البلدي

المجلس الشعبي البلدي هو جهاز منتخب، يتألف من أعضاء، يختلف عددهم حسب الكثافة السكانية للبلدية.

و يتم اختيار أعضائه عن طريق الاقتراع النسبي على القائمة، مع اعتماد قاعدة الباقي الأقوى لتوزيع المقاعد المتبقية. و في حالة تساوي قائمتين أو أكثر في عدد الأصوات التي حازت عليها كل قائمة، فإن المقعد الأخير يمنح للقائمة التي يكون معدل سن مرشحها هو الأصغر⁶. و ما يلاحظ أن المشرع يسعى من خلال ذلك إلى تشجيع التشكيلة الشبابية⁷، بعد أن كان في ظل القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات لسنة 1997⁸ يمنح المقعد الأخير للمترشح الأصغر سناً.

فضلا عن ذلك، يعتبر المجلس الشعبي البلدي هيئة مداولة، إذ يعالج الشؤون التي تدخل في مجال اختصاصه عن طريق المداورات.

يجب أن تجرى مداورات المجلس الشعبي البلدي خلال المواعيد المحددة في قانون البلدية، و ذلك في شكل دورات عادية لا تتعدى مدتها خمسة أيام، و تعقد هذه الدورات كل شهرين. و بذلك يكون المشرع في قانون البلدية لسنة 2011، قد رفع عدد الدورات

إلى ست دورات في السنة⁹. في حين كان عدد الدورات في قانون البلدية لسنة 1990، محدد بأربع دورات في السنة تعقد كل ثلاث أشهر¹⁰، كما لم تحدد مدة كل دورة. يمكن أن تعقد دورات غير عادية كلما اقتضت شؤون البلدية ذلك، بطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ثلثي أعضائه أو بطلب من الوالي.

كما قد يجتمع بقوة القانون، في حالة وجود ظروف استثنائية مرتبطة بمخطر وشيك أو كارثة كبرى، الحالة التي لم ينص عليها قانون البلدية لسنة 1990.

يحدد رئيس المجلس الشعبي البلدي تاريخ و جدول أعمال الدورات بالتشاور مع الهيئة التنفيذية، ويقوم بإرسال الاستدعاءات إلى أعضاء المجلس في غضون عشرة أيام من تاريخ الجلسة، على أن لا يقل عن يوم واحد في حالة الاستعجال¹¹.

ولا تصح مداوات المجلس الشعبي البلدي إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائه الممارسين، وفي حالة عدم توفر النصاب القانوني للاجتماع يبعث استدعاء ثان بفارق خمسة أيام على الأقل¹²، و في هذه الحالة تعتبر مداوات المجلس الشعبي البلدي صحيحة مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين¹³.

و ضمنا لشفافية هذه المداوات، جعلها المشرع من حيث الأصل علنية، مفتوحة لكل مواطن، بل يمكن للمجلس الشعبي البلدي أن يقدم عرض نشاطه السنوي أمام المواطنين¹⁴. غير أن المداوات المتعلقة بدراسة الحالات التأديبية للمنتخبين و تلك المتعلقة بدراسة المسائل المرتبطة بالحفاظ على النظام العام، تتم في جلسات مغلقة نظرا لطبيعة و حساسية المسائل المذكورة.

حتى تكون مداوات المجلس الشعبي البلدي قابلة للتنفيذ، يشترط التصويت عليها بالأغلبية البسيطة لأعضائه الحاضرين أو الممثلين عند التصويت¹⁵، و في حالة تساوي الأصوات يرجح صوت رئيس المجلس. و يتم إيداعها لدى الوالي من طرف رئيس المجلس في أجل ثمانية أيام، مقابل وصل استلام.

تصبح المداوات المصادق عليها نافذة بقوة القانون بعد مضي واحد و عشرون يوما من تاريخ إيداعها بالولاية¹⁶.

غير أن هذا الميعاد لا يسري على المداوولات المتعلقة بالميزانيات و الحسابات، قبول الهبات و الوصايا الأجنبية، اتفاقيات التوأمة، التنازل عن الأملاك العقارية البلدية، و التي ذكرتها المادة 54 من قانون البلدية لسنة 2011 على سبيل الحصر، و يشترط لنفاذها مصادقة الوالي عليها، و الذي يتوجب عليه الإعلان عن قراره بشأنها خلال ثلاثين يوما من تاريخ إيداعها بالولاية، و في حالة العكس، تعتبر مصادقا عليها¹⁷. غير أن قانون البلدية لسنة 1990، اكتفى بذكر حالتين فقط، أين يشترط لنفاذها مصادقة الوالي عليها، وهي تلك المتعلقة بالميزانيات و الحسابات، و المتعلقة بإحداث مصالح و مؤسسات عمومية بلدية¹⁸.

ويعلم الوالي بقرار بطلان مداوولات المجلس الشعبي البلدي، التي اتخذت خرقا للدستور، و غير المطابقة للقوانين و التنظيمات، أو تلك الماسة برموز الدولة و شعاراتها، أو غير المحررة باللغة العربية، و التي اعتبرتها المادة 59 من قانون البلدية لسنة 2011، باطلة بقوة القانون، غير أنه بمقارنة الحالات المذكورة في هذه المادة بالحالات المذكورة في المادة 44 من قانون البلدية لسنة 1990، نجد أن الحالات المذكورة في قانون البلدية لسنة 1990 أقوى، لأنها تتعلق بموضوع المداوولات و الذي يجب أن يكون ضمن اختصاصات المجلس، كذلك الحالة التي تتعلق بمواعيد و نظام جلسات المجلس و الدورات المحددة بموجب قانون البلدية، فأى مداولة يخرج موضوعها عن اختصاصات المجلس، أو تجرى خارج الاجتماعات الشرعية للمجلس، من المفروض أنها باطلة بطلانا مطلقا، و هو الأمر الذي تداركه المشرع في قانون الولاية لسنة 2012¹⁹، أين جمع الحالات المذكورة في قانوني البلدية لسنتي 1990 و 2011 معا. كذلك الشأن بالنسبة للمداوولات التي يحضر فيها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أي عضو من أعضائه، و تكون له مصلحة في موضوع المداولة، تتعارض مع مصلحة البلدية، سواء بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة أو كوكلاء، تبطل هذه المداوولات بقرار معلل من الوالي. وبالرجوع إلى قانون البلدية لسنة 1990، نجد أن المشرع حدد مدة شهر لمبادرة الوالي بإلغاء هذا النوع من المداوولات، و هو ما لم يحدد في قانون البلدية لسنة 2011، و الذي اكتفى بإلغاء المداولة بالطريق الإداري فقط، في حين قانون البلدية لسنة 1990 كان يسمح لكل شخص له

مصلحة أن يطلب الإلغاء من الجهة القضائية المختصة، خلال شهر من تعليق المداولة²⁰.
هذا فضلا عن إلغائها بالطريق الإداري بقرار معطل من الوالي.

الفرع الثاني : دور المجلس الشعبي البلدي في حماية أملاك البلدية

يمارس المجلس الشعبي البلدي اختصاصات متعددة في مجالات مختلفة محددة قانونا، و لعل أهم هذه المجالات ما يتعلق بأملاك البلدية.

أول ما يلاحظ عند قراءة مواد قانون البلدية لسنة 2011، و مقارنته بقانون رقم 90 - 08، نجده قد خصص عدد أكبر من المواد التي تتضمن أملاك البلدية، مستعملا في ذلك أسلوب الضم²¹ و الانتشار²²، و هذا نظرا لأهمية هذه الأملاك التي أناط بالمجلس الشعبي البلدي مهمة حمايتها، و تظهر هذه الأخيرة بداية من خلال نظام المداولات، إذ أخضعت المداولات التي تتضمن التنازل عن الأملاك العقارية البلدية للمصادقة الصريحة عليها من طرف الوالي، و ذلك لما قد يسببه هذا الإجراء من إفقار لذمة البلدية، كذلك الشأن بالنسبة لتلك المتعلقة بقبول الهبات و الوصايا الأجنبية ، و هما الحالتان اللتان لم تكونا موجودتين في نص قانون البلدية لسنة 1990²³، و هذا ما يوضح نية المشرع في إضفاء حماية أكبر للأملاك البلدية في قانون البلدية لسنة 2011.

كما يظهر دور المجلس في حمايته للأملاك البلدية من خلال مجالات اختصاصاته فله أن يقوم بما يلي:

— يسهر المجلس الشعبي البلدي على حماية الأراضي الفلاحية، و المساحات الخضراء، كما يسهر على الحفاظ على الوعاء العقاري للبلدية و منح الأولوية في تخصيصها لبرامج التجهيزات العمومية و الاستثمار الاقتصادي، كما أنيطت به مهمة الحفاظ على الأملاك العقارية التابعة للأملاك العمومية للدولة أيضا.

— يتولى التأكد من احترام تخصيصات الأراضي و قواعد استعمالها ، و مراقبة مدى مطابقة عمليات البناء ذات العلاقة ببرامج التجهيز و السكن

— يسهر على انجاز الهياكل و الأجهزة كالمؤسسات التعليمية و العمل على حمايتها و ضمان صيانتها.

— يعمل على صيانة فضاءات الترقية و الشواطئ و الطرق البلدية و إشارات المرور.
و كذلك المساجد و ضمان المحافظة على الممتلكات الخاصة بالعبادة.
— يقوم المجلس الشعبي البلدي بقبول أو رفض الهبات و الوصايا الممنوحة للبلدية و مؤسستها.

— يسهر على مسك و تحيين سجل الأملاك العقارية و سجل جرد الأملاك المنقولة و ذلك تحت مسؤولية رئيس المجلس الشعبي البلدي²⁴.

إضافة إلى ذلك يلعب دورا استشاريا، إذ يشترط أخذ رأيه مسبقا، إذا تعلق الأمر بحماية الأراضي الفلاحية و التأثير في البيئة قبل إقامة مشروع استثماري و / أو تجهيز على إقليم البلدية، أو أي مشروع يندرج في إطار البرامج القطاعية للتنمية²⁵.
كذلك الشأن إذا تعلق الأمر بعملية تحويل أملاك وطنية خاصة تابعة للبلدية، إلى أملاك وطنية عمومية تابعة للدولة و التي تدرج فيها بقرار، بعد استشارة المجلس الشعبي البلدي المعني.

لا يكفي تدخل المجلس الشعبي البلدي لحماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية، و إنما كان من الضروري تعزيزها بحماية جهاز آخر مكمل، و هو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

المطلب الثاني: رئيس المجلس الشعبي البلدي

يتأخر رئيس المجلس الشعبي البلدي الهيئة التنفيذية للبلدية، و هو منتخب، ما يجعل البلدية تتسم باللامركزية المطلقة لاختيار كل الأعضاء القائمين على تسييرها لنظام الانتخاب. لذا سنتطرق بداية لكيفية انتخاب رئيس المجلس الشعبي البلدي ثم إبراز دوره في حماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية.

الفرع الأول: انتخاب رئيس المجلس الشعبي البلدي

يتم انتخاب رئيس المجلس الشعبي البلدي لمدة العهدة الانتخابية المحددة بخمس سنوات²⁶.

بعد الإعلان عن نتائج انتخاب أعضاء المجلس الشعبي البلدي، و خلال خمسة عشرة يوما من ذلك، يستدعي الوالي الأعضاء المنتخبين قصد تنصيب رئيس المجلس.

يُعلن رئيسا للمجلس الشعبي البلدي، متصدر القائمة التي تحصلت على أغلبية أصوات الناخبين، و في حالة تساوي الأصوات تكون رئاسة المجلس للمترشح و المترشحة الأصغر سناً²⁷. و ما يلاحظ أن المشرع في قانون البلدية لسنة 2011، يشجع التشكيلة الشبابية حتى في رئاسة المجلس، و خرج عن ما ورد في قانون البلدية لسنة 1990، و الذي كان في ظله، يُختار رئيس المجلس الشعبي البلدي من بين و من قبل أعضاء القائمة التي نالت أغلبية المقاعد²⁸.

كما أنه لم يبين الطريقة الواجب إتباعها في تعيين رئيس المجلس في حالة فوز قائمتين أو أكثر بنفس عدد المقاعد، الأمر الذي أدى إلى اعتماد قاعدة الأكبر سناً في الانتخابات المحلية لسنتي 1997 و 2002، ثم اعتماد قاعدة تعيين رئيس المجلس من بين أعضاء القائمة التي فازت بأكبر عدد من الأصوات، و ذلك في انتخابات سنة 2007²⁹.

غير أن المشرع تدارك هذا النقص، و ذلك من خلال القانون العضوي المتعلق بالانتخابات لسنة 2012، و نص على حل مغاير تماما لما كان يسري قبل ذلك، إذ أعطى إمكانية تقديم مرشح من قبل القوائم الحائزة على خمس و ثلاثين بالمتة على الأقل من المقاعد. و في حالة عدم حصول أي قائمة على هذه النسبة، يمكن لجميع القوائم تقديم مرشح عنها، أين يجري انتخاب سري، و يعلن رئيسا للمجلس الشعبي البلدي، المترشح الذي تحصل على الأغلبية المطلقة للأصوات.

و في حالة عدم حصول أي مترشح على الأغلبية المطلقة للأصوات، يجري دور ثان بين المترشحين الحائزين على أعلى الأصوات و ذلك خلال ثمان و أربعين ساعة الموالية، على أن يُعلن رئيسا للمجلس الشعبي البلدي المترشح الحائز على أغلبية الأصوات، و في حالة تساوي الأصوات، يعلن فائزا المترشح الأصغر سناً. و يتم تنصيبه خلال خمسة عشرة يوما على الأكثر من تاريخ الإعلان عن النتائج³⁰. و بذلك يمارس اختصاصاته و لاسيما في مجال حماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية. و هذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

الفرع الثاني: دور رئيس المجلس الشعبي البلدي في حماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية
تنص المادة 62 في فقرتها الثانية من قانون البلدية رقم لسنة 2011 على ما يلي:
"يمارس رئيس المجلس الشعبي البلدي سلطات باسم الجماعة الإقليمية وباسم الدولة".
ويتضح من هذه المادة ازدواجية صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي. وهي ما سنتطرق إليها فيما يلي:

البند الأول: صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي كـمـمـثـل للبلدية مادام أن رئيس المجلس الشعبي البلدي هو رئيس الهيئة التنفيذية للبلدية، فإنه يسهر على تنفيذ مداولاته التي تدخل في مجال اختصاصه و لاسيما تلك المتعلقة بأعمال البلدية، و يعمل على إصدار القرارات اللازمة لذلك. غير أنه يشترط في ذلك أن لا تكون له مصلحة تتعارض مع مصلحة البلدية، تتعلق بموضوع المداولة إما باسمه الشخصي أو لوجهه أو لأصوله أو فروعه إلى الدرجة الرابعة، و إذا تحقق ذلك وجب عليه إعلام المجلس بذلك، و في حالة العكس تكون المداولة باطلة³¹. و هذا ضمانا لشفافية المداولات من جهة، و مراعاة لمصلحة البلدية من جهة أخرى، إذا كان موضوع المداولة يتعلق بأعمالها.

كما يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي السلطة المكلفة بتسيير الأملاك الوطنية التابعة للبلدية، و له أن يقوم بجميع التصرفات الخاصة للمحافظة على الأملاك و الحقوق المكونة لممتلكات البلدية³²، و هذا ما تؤكد عليه المادة 59 المعدلة من قانون الأملاك الوطنية. وهدف ذلك يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بإثراء مكونات أملاك البلدية، وذلك بإعطائه صلاحية إبرام عقود الاقتناء، و المعاملات و الصفقات و الإيجارات و كذا قبول الهبات و الوصايا.

أما عن إدارة هذه الأملاك، فله أن يتخذ القرارات اللازمة المتعلقة بتبادل الأملاك العقارية الخاصة التابعة للبلدية، كما يقوم بتخصيص أو إلغاء تخصيص، أو تحويل تسيير هذه الأملاك بقرار منه، بعد مداولات المجلس الشعبي البلدي بشأن ذلك. و له ممارسة كل الحقوق على الأملاك العقارية و المنقولة التي تملكها البلدية، بما في ذلك حق الشفعة. و يتخذ كل القرارات الموقفة للتقادم و الإسقاط الذي قد يمس أملاك البلدية. كما يتخذ التدابير اللازمة المتعلقة بشبكة الطرق.

كما يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي الممثل القانوني للبلدية أمام القضاء³³.

البند الثاني: صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي كـمـمـثـل للدولة

يمثل رئيس المجلس الشعبي البلدي الدولة على مستوى البلدية. و يخضع في ذلك للرقابة السلمية التي يمارسها الوالي كـمـمـثـل للدولة أيضا.

يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي إحدى سلطات الضبط الإداري، و الذي يتدخل بهذه الصفة للحفاظ على النظام العام من جهة و أملاك البلدية من جهة أخرى. ففي سبيل ذلك يتخذ كل التدابير اللازمة لحماية الممتلكات في الأماكن العمومية التي يمكن أن تحدث فيها أية كارثة أو حادث.

و يتولى تنظيم ضبطية الطرقات المتواجدة على إقليم البلدية، كما يسهر على احترام التنظيم في مجال الشغل المؤقت للأماكن التابعة للأملاك العمومية و المحافظة عليها³⁴.

المبحث الثاني: قواعد حماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية

تستوحى القواعد العامة لحماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية، من عدة مبادئ منها ما هي مستمدة من القانون المدني و منها ما تتعلق بقواعد إدارية، كما قد تستمد من قواعد جزائية³⁵. ناهيك عن الحماية القضائية لهذا النوع من الأملاك.

وبالرجوع إلى قانون البلدية لسنة 2011 نجد أنه يتضمن نوعين من الحماية فقط، و هما الحماية المستمدة من القانون المدني (مطلب أول)، و الحماية الإدارية (مطلب ثان).

المطلب الأول: الحماية المستمدة من القانون المدني

يعتبر القانون المدني من أول النصوص التشريعية التي تضمنت صراحة قواعد لحماية الأموال العامة، أين كانت تعتمد أحادية الأملاك، إذ أقر ثلاث قواعد و هي قاعدة عدم جواز التصرف، وقاعدتي عدم جواز الاكتساب بالتقادم و الحجز على الأموال العامة³⁶. وهذا ما تبنته فيما بعد النصوص المتعلقة بالأملاك الوطنية حتى بعد تبني النظرية التقليدية القائمة على ازدواجية الأملاك.

الفرع الأول: قاعدة عدم جواز التصرف

تمتد جذور قاعدة عدم جواز التصرف إلى القرن الرابع عشر، ظهرت في فرنسا، و عرفت مدا وجزرا في تطبيقها إلى أن نُصّ عليها صراحة في تقنين دومين الدولة الفرنسي³⁷ و تبنته في ذلك عدة دول منها الجزائر.

تعتبر قاعدة عدم جواز التصرف، قاعدة نسبية، إذ تتماشى مع تخصيص المال للمنفعة العامة، وجودا و عدما، إذ أنه بزوال التخصيص تزول صفة العمومية و بالتالي لا يتم إعمال قاعدة عدم جواز التصرف، و إنما يدخل المال في دائرة التعامل، و العكس صحيح.

تبنت الجزائر قاعدة عدم جواز التصرف في الأموال العامة صراحة، من خلال المادة 689 من القانون المدني الجزائري، ثم انتقلت الفكرة إلى قانون الأملاك الوطنية لسنة 1984³⁸، الذي كان يتبنى مبدأ وحدة الأملاك الوطنية و تعدد تقسيماتها الداخلية، و الذي تخلى عنه المؤسس الدستوري لسنة 1989³⁹ معلنا عن تبني النظرية التقليدية للأموال العامة، القائمة على الازدواجية. و بذلك قسمت المادة 18 منه، الأملاك الوطنية حسب الشخص الإقليمي المالك لها إلى أملاك وطنية تابعة للدولة و أخرى للولاية و البلدية، و قسم كل منها إلى عمومية و خاصة، و هو التقسيم الذي اعتمده قانون الأملاك الوطنية لسنة 1990، و الذي نص صراحة على حماية الأملاك الوطنية العمومية فقط بقاعدة عدم جواز التصرف، طالما أن الأملاك الوطنية الخاصة يجوز التصرف فيها.

أما بالنسبة لقانون البلدية لسنة 1990، نجده يفتقر إلى نص صريح يتضمن هذه القاعدة، و اكتفى فقط بالإشارة إلى قانون الأملاك الوطنية لسنة 1984 في قائمة الاستنادات، غير أن قانون البلدية لسنة 2011، جاء أكثر حماية للأملاك الوطنية العمومية، إذ نص صراحة على هذه القاعدة، سائرا في نفس مسار المؤسس الدستوري لسنة 1996⁴⁰ و المشرع عند تعديله لقانون الأملاك الوطنية سنة 2008.

و المقصود بقاعدة عدم جواز التصرف، منع التصرفات الناقلة للملكية الملك العمومي التابع للبلدية، سواء كانت هذه التصرفات مجانية أو بمقابل⁴¹. فإذا باعت هذه الإدارة قصدا أو خطأ، ملكا منقولا من أملاك البلدية، فإنها يمكنها لأن تسترده في أي وقت و لا يمكن أن يحتج المشتري بأي قاعدة من قواعد القانون المدني، كقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لأن هذه القاعدة تفترض جواز تداول المال المنقول من ذمة إلى ذمة أخرى، و هذا ما لا يتفق و هذه القاعدة التي من شأنها الحيلولة دون خروج الملك من ذمة البلدية إلى ذمة الخواص. أما أعمال الإدارة و التسيير طالما أنها لا تتنافى مع تخصيص الملك للمنفعة العمومية كتحويل التسيير، و منح تراخيص الشغل المؤقت، و تقرير حقوق الارتفاق، فإنها لا تتنافى أيضا مع قاعدة عدم جواز التصرف.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، و إنما تمتاز بالنسبية، لأنها تتماشى مع تخصيص الملك للمنفعة العامة وجودا و عدما، إذ أنه بزوال التخصيص تزول صفة العمومية، وبالتالي

لا يتم إعمال قاعدة عدم جواز التصرف، وإنما يدخل المال في دائرة التعامل بإدراجه ضمن الأملاك الوطنية الخاصة للبلدية، و العكس صحيح.

الفرع الثاني: نتائج قاعدة عدم جواز التصرف في الأملاك الوطنية التابعة للبلدية

ينتج عن قاعدة عدم جواز التصرف، قاعدتان مكملتان لها، وهما قاعدة عدم جواز الاكتساب بالتقادم و عدم جواز الحجز على الأملاك الوطنية التابعة للبلدية.

فإذا كانت قاعدة عدم جواز التصرف مقررة لحماية الأملاك الوطنية من التصرف فيها، فإن قاعدة عدم جواز الاكتساب بالتقادم مقررة لحمايتها من تعدي الأفراد عليها. فمهما طالت مدة وضع يد الفرد على ملك من الأملاك الوطنية التابعة للبلدية، يجوز لها استرداده حتى ولو كان حسن النية، و ليس له أن يحتج بذلك أمام القضاء⁴²، لأن هذا المبدأ مقرر لمصلحة الإدارة و لا يجوز لغيرها الاحتجاج به.

غير أنه بالنسبة للأملاك الوطنية الخاصة التابعة للبلدية، لم يرد في ظل قانون الأملاك الوطنية لسنة 1990 أي نص صريح يقضي بإعمال قاعدة عدم جواز الاكتساب بالتقادم، إلى أن عُدِل هذا النص بموجب القانون رقم 08 - 14 و الذي نص صراحة في مادته الرابعة على أن "الأملاك الوطنية الخاصة غير قابلة للتقادم و لا للحجز ما عدا المساهمات المخصصة للمؤسسات العمومية الاقتصادية...".

وبذلك يكون المشرع قد وضع حدا لكل ادعاء باكتساب الأملاك الوطنية الخاصة للبلدية عن طريق التقادم، كما أنه أخضعها أيضا لقاعدة عدم جواز الحجز على الأملاك الوطنية الخاصة و العمومية على حد سواء.

فإذا كان يمنع التصرف الإداري في الأملاك الوطنية لما من شأنه إخراج الملك من ذمة البلدية إلى ذمة الخواص فمن باب أولى أن يمنع نزع ملكيته جبرا عن طريق الحجز التنفيذي لصالح الأفراد وفاء لديونهم التي لهم في ذمة البلدية.

وتجد هذه القاعدة أساسها في صعوبة تصور إفسار البلدية، و بالتالي لا فائدة من اللجوء إلى التنفيذ الجبري. كما أن السماح بالحجز على أملاك البلدية من شأنه إخراجها من ذمتها و هذا يتعارض مع المصلحة العامة، التي يجب تغليبها على المصلحة الخاصة.

المطلب الثاني : قواعد الحماية الإدارية للأموال الوطنية التابعة للبلدية

تسهر الأجهزة الإدارية البلدية على حماية أموالك هذه الأخيرة، إما باتخاذها إجراءات وقائية لدرء أي اعتداء ممكن أن يعترئها (فرع أول)، أو إجراءات علاجية لوضع حد للتعدي الذي مسّها (فرع ثان).

الفرع الأول: الإجراءات الوقائية لحماية الأموال الوطنية التابعة للبلدية

تتنوع الإجراءات الوقائية لحماية أموالك البلدية، حسب نوع الأموال الوطنية البلدية،

وهي:

1 — تعيين الحدود: عرّفه المشرع الجزائري⁴³ كما يلي: " تعيين الحدود هو معاينة السلطة المختصة لحدود الأموال الوطنية العمومية الطبيعية". و هو العملية الإدارية التي بموجبها يتم إثبات إدراج ملك معين ضمن الأموال الوطنية العمومية الطبيعية التابعة للبلدية، و التي لها طابع تصريحي، لأن الأموال الطبيعية توجد بفعل الطبيعة، و ما تدخل الإدارة هنا إلا لتعيين حدودها و إدراجها ضمن الأموال الوطنية العمومية قصد إخضاعها لقواعد حماية خاصة.

2 — الاصطفاف: هو الإجراء الإداري الذي بموجبه يتم تعيين حدود الأموال الوطنية العمومية الاصطناعية في مجال الطرق، إذ يضبط حد طرق المواصلات و حدود الملكيات المجاورة⁴⁴، و ذلك لحمايتها من الادعاء بملكية جزء منها و الاعتداء عليها، و هو يتم على مرحلتين:

— مخطط العام للاصطفاف: يختص بتعيين حدود أحد الطرق أو حدود مجموعة من الطرق، و يكون إجباريا في الطرق العمومية الواقعة داخل التجمعات السكانية، لكثرة تعرضها للاعتداءات، و يمتاز هذا المخطط بالطابع التخصيصي.

— الاصطفاف الفردي: يبين للسكان المجاورين حدود الطريق و حدود أملاكهم، بناء على طلبهم، و يكون له طابع تصريحي فقط.

3 — التصنيف: عرّفه المشرع على أنه " عمل السلطة المختصة الذي يضيف على الملك المنقول أو العقار طابع الأموال الوطنية العمومية الاصطناعية". فالتصنيف هو عمل

قانوني يتم بمقتضاه الإدراج ضمن الأملاك العمومية الاصطناعية التابعة للبلدية، اشترط المشرع لإدراج الملك العمومي الاصطناعي أن يكون ملكا للبلدية من جهة، و من جهة ثانية، ينبغي أن يكون هذا الملك المراد إدراجه مؤهلا و مهيبا للوظيفة المخصص لها. فإذا كان التصنيف من شأنه إدراج الملك ضمن الأملاك الوطنية العمومية التابعة للبلدية فإن إلغاءه يؤدي إلى إخراجها منها، و إدراجه ضمن الأملاك الوطنية الخاصة التابعة له⁴⁵، أين يمكن التصرف فيه بنقل ملكيته.

4 — الجرد: تازم البلدية بإجراء جرد للأملاك المنقولة و العقارية التابعة لها بهدف ضمان حمايتها و الحرص على استعمالها وفقا للأهداف المسطرة لها. و تعتبر عملية الجرد، تسجيل و صفي و تقيمي لجميع أملاك البلدية⁴⁶.

على خلاف قانون البلدية لسنة 1990، ركز المشرع في قانون البلدية لسنة 2011، على عملية الجرد إذ خصها بخمس مواد منه. و أناط المجلس الشعبي البلدي مهمة مسك و تحيين سجلي جرد الأملاك العقارية و المنقولة التابعة للبلدية، و ذلك تحت مسؤولية رئيس المجلس الشعبي البلدي.

يخول هذا الإجراء معرفة حركة الأملاك التابعة للبلدية، مما يسهل عملية مراقبة العمليات الواردة عليها⁴⁷، و لاسيما مراقبة مدى سلامة استعمالها و عدم الاعتداء عليها بسوء استعمالها. لذا يتعين تسجيل المعلومات بصفة دقيقة و صحيحة عن أوضاع الأملاك و محتواها و ملكيتها، لتسهيل تتبع و مراقبة حركتها و استعمالها بقصد حمايتها.

الفرع الثاني: الإجراءات العلاجية لحماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية على الرغم من اتخاذ الإدارة لإجراءاتها الوقائية اللازمة قصد حماية الأملاك الوطنية التابعة للبلدية، إلا أنها غير كافية لمنع التعدي عليها، لذلك أعطى المشرع لرئيس المجلس الشعبي البلدي صلاحيات من شأنها وضع حد لهذا التعدي، و التي سنوجزها فيما يلي:

1 — الاعتراض: أجاز المشرع للأفراد الحائزين لعقارات بدون سند، إثبات حق ملكيتهم على هذه العقارات، ففي المادة الثالثة من المرسوم رقم 83 - 352⁴⁸ فُرض على الموثق قبل تحرير عقد الشهرة إخطار كل من مديرية أملاك الدولة و رئيس المجلس الشعبي

البلدي لإبداء رأيهما، و أعطاهما حق الاعتراض إذا كان عقد الشهرة يمس الأملاك الوطنية التي يسيرانها.

غير أن المادة 39 من قانون التوجيه العقاري⁴⁹، منح صلاحية تحرير و إعداد شهادة الحيازة إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً، و الذي يمكنه الاعتراض و رفض طلب منح شهادة الحيازة، إذا كانت تمس الأملاك الوطنية التابعة للبلدية، بل يتوجب عليه أيضاً أخذ رأي كل من المدير الولائي للأملاك الدولة و المفتش الجهوي حول الطبيعة القانونية للعقار المعني⁵⁰. كذلك الشأن بالنسبة للقانون رقم 07-02، الذي استثنى الأملاك الوطنية بما فيها التابعة للبلدية من أن تكون محلاً للتحقيق العقاري بقصد تسليم سند ملكية يتعلق بها. لذا يتوجب على السلطات المعنية إبداء رأيها حول نتائج التحقيق، قبل تسليم سند الملكية.

2 — الهدم: يختص رئيس المجلس الشعبي البلدي بمنح رخص البناء التي يتوجب على أي شخص الحصول عليها قبل الشروع في عملية البناء، و لا تسلم هذه الرخصة إلا بناء على سند ملكية مشهر لدى المحافظة العقارية، تحت طائلة رفض طلب الرخصة.

فإذا قام هذا الشخص بالبناء بدون رخصة بناء، فلرئيس المجلس الشعبي البلدي صلاحية إصدار قرار بهدم هذا البناء⁵²، و الذي يتم تنفيذه مباشرة دون حاجة للجوء إلى القضاء في ذلك. و هو ما أكد عليه القانون رقم 08-15 المحدد لقواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها⁵³، و أعطى لرئيس المجلس الشعبي صلاحية هدم البناءات المشيدة على قطع أرضية تابعة للأملاك الوطنية العمومية، و ذلك بعد التحقيق الذي تُجره المصالح المكلفة بأملاك الدولة. أما إذا تمّ تشييد بناية متممة أو غير متممة على الأملاك الوطنية الخاصة، فيمكنه تسليم رخصة البناء أو إتمام الإنجاز أو المطابقة، لكن بعد تسوية وضعية الوعاء العقاري عن طريق التنازل بالتراضي من طرف لجنة الدائرة بالاتفاق مع السلطات المعنية، بعد توفر الشروط المذكورة في المادتين 16 و 37 من قانون رقم 08-15.

لضمان تنفيذ رخصة البناء وفقاً للشروط المحددة و عدم تجاوزها بالاعتداء على الملكيات المجاورة و لاسيما الأملاك الوطنية، ألزم المشرع رئيس المجلس الشعبي البلدي بالقيام شخصياً أو عن طريق أعوان البلدية المكلفون بالتعمير. و في حالة عدم مطابقة البناية

لرخصة البناء، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بتسليم شهادة توقيف الأشغال من أجل تحقيق المطابقة، أين يمنع على الشخص المعني الاستمرار فيها تحت طائلة توقيع العقوبات المحددة في القانون رقم 08-15.

خاتمة

سعى المشرع الجزائري من خلال إغائه لقانون البلدية لسنة 1990 بموجب القانون رقم 11-10 إلى إضفاء حماية أكبر على أملاك البلدية بنوعيتها العمومية و الخاصة. إذ أنه خصها بالعديد من المواد على خلاف القانون الملغى.

إلا أنه ما يلاحظ على هذا القانون تكرر صياغة و أحكام بعض المواد كالمادتين 2 و 103 و المواد 28 ، 60 ، 84 من القانون نفسه ، كذلك إعادة إدراج المادة 159 بنفس الصياغة الواردة في قانون الأملاك الوطنية لسنة 1990 على الرغم من الإشارة إليه في قائمة الاستنادات.

كما أنه بالنسبة للحالات التي تكون فيها مداوات المجلس الشعبي البلدي باطلة، و التي حددها في ثلاث حالات فقط، و لم يدرج الحالتين المتعلقتين بشرط احترام مواعيد الدورات و شرط احترام الاختصاص، كما كان عليه الأمر في قانون البلدية لسنة 1990. غير أن قانون البلدية لسنة 2011 جاء محددًا لدور كل من المجلس الشعبي البلدي و رئيسه، و لاسيما في حماية أملاك البلدية، كما أنه تفادى عدّة نقائص و ثغرات كانت موجودة في القانون الملغى، و لاسيما للآلية التي يتم بموجبها إنشاء البلدية، كذلك آلية حل المجلس الشعبي البلدي، و تحديد صلاحيات المجلس الشعبي البلدي و رئيسه و قانونهما الأساسي لضمان قيامهم بمهامهم بكل شفافية .

كما أكد هذا القانون على الرقابة الشعبية لأعمال المجلس و إشراك المواطن في تسيير شؤونه، طالما أنّ البلدية تمثل الإطار المؤسساتي للديمقراطية على المستوى المحلي.

لقيام كل من المجلس الشعبي البلدي و رئيسه بالمهام المنوطة بهم، و لاسيما في مجال حماية أملاك البلدية، يجب إعمال و تفعيل الرقابة على حسن استعمال هذه الأملاك، خاصة بعد منح رخص الشغل، و رخص البناء و ذلك بالتطبيق الصارم للنصوص القانونية و توقيع العقوبات المسطرة للحد من الاعتداءات على أملاك البلدية، و بذلك تكتمل أنواع

حماية أملاك البلدية و التي لا تقتصر على الحماية المدنية و الإدارية التي ذكرها قانون البلدية سنة 2011، و إنما تمتد إلى الحماية الجزائية و القضائية أيضا.

قائمة الإحالات

* الأستاذة ميساوي حنان، أستاذة مساعدة قسم أ، الملحقة الجامعية مغنية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان.

- 1 - قانون رقم 90 - 08 مؤرخ في 17 أبريل سنة 1990، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية رقم 15، صادرة بتاريخ 11 أبريل سنة 1990.
- 2 - قانون رقم 11 - 10 مؤرخي 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية رقم 37، صادرة بتاريخ 3 يوليو سنة 2011.
- 3 - قانون رقم 08 - 14 مؤرخي 20 يوليو سنة 2008، يعدل ويتمم القانون رقم 90 - 30 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990، والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 44، صادرة بتاريخ 3 غشت سنة 2008.
- 4 - قانون رقم 08 - 15 مؤرخي 20 يوليو سنة 2008، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، جريدة رسمية رقم 44، صادرة بتاريخ 3 غشت سنة 2008.
- 5 - المادة 9 من قانون رقم 90 - 30 مؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990، والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 52، صادرة بتاريخ 2 ديسمبر سنة 1990.
- 6 - المواد 65، 66، 68، 79 من قانون عضوي رقم 12 - 01 مؤرخ في 12 يناير سنة 2012، يتعلق بنظام الانتخابات، جريدة رسمية رقم 1، صادرة بتاريخ 14 يناير سنة 2012.
- 7 - يظهر تشجيع المشرع للتشكيلة الشبابية أيضا، من خلال تخفيضه لسن الترشح لعضوية المجلس الشعبي البلدي من 25 إلى 23 سنة.
- 8 - المادة 3/78 من الأمر رقم 97 - 07 مؤرخي 6 مارس سنة 1997، والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 12، صادرة بتاريخ 6 مارس سنة 1997.
- 9 - المادتان 16، 52 من قانون رقم 11-10، المرجع السابق.
- 10 - المادة 14 من قانون رقم 90 - 08، المرجع السابق.
- 11 - المواد 18، 20، 23 من قانون رقم 11 - 10، المرجع السابق.
- 12 - على خلاف ذلك اشترطت المادة 17 من قانون البلدية لسنة 1990، إرسال استدعاءين متتاليين يفارق ثلاثة أيام على الأقل بينهما حتى المداولة المتخذة بعد الاستدعاء الثالث صحيحة مهما كان عدد الحاضرين.
- 13 - المادة 9 من مرسوم تنفيذي رقم 13-105 مؤرخ في 17 مارس سنة 2013 يتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، جريدة رسمية رقم 15، صادرة بتاريخ 17 مارس سنة 2013.
- 14 - نصت المادة 11 في فقرتها الأخيرة من قانون البلدية لسنة 2011، الأمر الذي لم ينص عليه قانون البلدية لسنة 1990.
- 15 - سمحت المادة 24 من قانون رقم 11 - 10، لكل عضو حصل له مانع لحضور جلسة أو دورة أن يوكل كتابيا عضو آخر من المجلس ليصوت نيابة عنه.
- 16 - المادتان 54، 56 من قانون رقم 11 - 10، المرجع السابق.
- 17 - المادة 58 من قانون رقم 11 - 10، المرجع السابق.

- 18 — المادة 42 من قانون رقم 90 — 30، المرجع السابق.
- 19 — المادة 53 من قانون رقم 12 — 07 مؤرخ في 21 فبراير سنة 2012، يتعلق بالولاية، جريدة رسمية رقم 12 صادرة بتاريخ 29 فبراير سنة 2012.
- 20 — المادة 60 من قانون رقم 11 — 10، المرجع السابق.
- المادة 45 من قانون رقم 90 — 08، المرجع السابق.
- 21 — استعمل أسلوب الضم، يضمه المواد المتعلقة بالأموال الوطنية التابعة للبلدية وذلك تحت الفصل الخامس، بعنوان الأملاك البلدية وتضم اثني عشرة مادة.
- المواد 157 — 168 من قانون رقم 11 — 10، المرجع السابق.
- 22 — استعمل أسلوب الانتشار من خلال توزيع المواد المتعلقة بالأموال الوطنية التابعة للبلدية على مختلف مواد القانون رقم 11 — 10 إذ ندرج أهمها المواد 57، 109 — 115، 117 — 124، 139 — 140، 149.
- 23 — المادة 50 من قانون رقم 90 — 08، المرجع السابق.
- المادة 110 من قانون رقم 11 — 10، المرجع السابق.
- 24 — المواد 57، 115، 117، 122، 123، 124، 163 من قانون رقم 11 — 10، المرجع السابق.
- 25 — المادة 109 من قانون رقم 11 — 10، المرجع السابق.
- 26 — المادة 65 من قانون عضوي رقم 12 — 01، المرجع السابق.
- 27 — المادتان 64، 65 من قانون رقم 11 — 10، المرجع السابق.
- 28 — المادة 48 من قانون رقم 90 — 08، المرجع السابق.
- 29 — صدرت بهذا الشأن تعليمة صادرة عن وزارة الداخلية بتاريخ 27 أكتوبر سنة 1997، ثم التعليمة الصادرة عن وزارة الداخلية بتاريخ 2 ديسمبر سنة 2007.
- 30 — المادة 80 من قانون عضوي رقم 12 — 01، المرجع السابق.
- 31 — المادتان 60، 80 من قانون رقم 11 — 10، المرجع السابق.
- 32 — المادة 82 من قانون 11 — 10 المرجع السابق.
- 33 — المواد 10، 60، 84، 90، 101، 125 من قانون رقم 90 — 30، المرجع السابق.
- 34 — المواد 88، 89، 94 من قانون رقم 11 — 10، المرجع السابق.
- 35 — المادة 66 من قانون رقم 90 — 30، المرجع السابق.
- 36 — المادة 689 من أمر رقم 75 — 58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية رقم 78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975.
- 37 — انظر المادة 52 من قانون أملاك الدولة الفرنسي.
- Article 52 « Les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles ».**
- 38 — المادة 8 من قانون رقم 84 — 16 مؤرخ في 30 يونيو سنة 1984، يتعلق بالأموال الوطنية، جريدة رسمية رقم 27، صادرة بتاريخ 3 يوليو سنة 1984.
- 39 — دستور سنة 1989، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89 — 18 مؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، جريدة رسمية رقم 9، صادرة بتاريخ 1 مارس سنة 1989.

- 40 — التعديل الدستوري لسنة 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96 — 438 مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، جريدة رسمية رقم 76، صادرة بتاريخ 8 ديسمبر سنة 1996.
- 41 — المادة 167 من قانون رقم 11 — 10، المرجع السابق.
- 42 — قرار رقم 73271 صادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ 21 أكتوبر سنة 1990، المجلة القضائية، سنة 1992.
- 43 — المادة 29 من قانون رقم 90 — 30، المرجع السابق.
- 44 — المادة 30 من قانون رقم 90 — 30، المرجع السابق.
- المادة 29 من مرسوم تنفيذي رقم 12-427 مؤرخ في 16 ديسمبر سنة 2012، يحدد شروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة، جريدة رسمية رقم 69، صادرة بتاريخ 19 ديسمبر سنة 2012.
- 45 — المادة 31 من قانون رقم 90 — 30، المرجع السابق.
- 46 — المادة 8 من قانون رقم 90 — 30، المرجع السابق.
- المادة 20 من مرسوم تنفيذي رقم 91 — 455، مؤرخ في 23 نوفمبر سنة 1991، يتعلق بجدد الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 60، صادرة بتاريخ 24 نوفمبر سنة 1991.
- 47 — تنص المادة 17 في فقرتها الأخيرة من مرسوم تنفيذي رقم 91 — 455 على مايلي: " يتمتع الجرد بقوة الإثبات في ميدان الرقابة، لاسيما فيما يتعلق بحجزة الأملاك المنقولة واستعمالها وتسييرها".
- 48 — مرسوم رقم 83 — 352 مؤرخ في 21 مايو سنة 1983، يسن إجراء لإثبات التقدم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، جريدة رسمية رقم 21، صادرة بتاريخ 4 مايو سنة 1983.
- 49 — قانون رقم 90 — 25 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، المتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية رقم 49، صادرة بتاريخ 18 نوفمبر سنة 1990.
- 50 — المادة 11 من مرسوم تنفيذي رقم 91 — 254 مؤرخ في 27 يوليو سنة 1991 يحدد كفاءات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها المخلدة بموجب المادة 39 من قانون 90 — 25 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، المتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية رقم 36، صادرة بتاريخ 31 يوليو سنة 1991.
- 51 — المادة 3 من قانون رقم 07 — 02 مؤرخ في 27 فيفري سنة 2007، يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حتى الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، جريدة رسمية رقم 15، صادرة بتاريخ 28 فبراير سنة 2007.
- 52 — المادة 12 من قانون رقم 04 — 05 مؤرخ في 14 غشت سنة 2004، يعدل ويصمم القانون رقم 90 — 25 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، المتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية رقم 51، صادرة بتاريخ 15 غشت سنة 2004.
- 53 — تم تمديد سريان مفعول إجراءات تحقيق مطابقة البناء قصد إتمام إنجازها، لمدة ثلاث سنوات إضافية، ابتداء من 3 غشت سنة 2013، بموجب المادة 79 من قانون 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014، جريدة رسمية رقم 68، صادرة بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2013.

انعقاد عقد البيع العقاري و إثباته في ضوء التشريع الوطني والمقارن

بقلم الدكتور/ بوكعبان عكاشة

/كلية العلوم الإقتصادية و التجارية و علوم التسيير

جامعة الجيلالي اليابس/ سيدي بلعباس

مقدمة

تباينت مواقف التشريعات الحديثة بخصوص موضوع انعقاد عقد بيع العقار وإثباته، وذلك رغم أخذها برضاية عقد البيع كأصل عام فمنها من تركت قدرا من الحرية لإرادات الأطراف وتطلبت الكتابة عموما رسمية كانت أم عرفية لانعقاد العقد المتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عينية عقارية، وهذا هو اتجاه المشرعين الفرنسي والمصري¹، ومنها من اقتصر على مجرد الكتابة ثابتة التاريخ كما فعل المشرع المغربي، ومنها من تعدى ذلك وألغى كل دور لإرادة الأفراد بشأن عقد بيع العقار وإثباته و اشترط الكتابة الرسمية تحت طائلة بطلان العقد بطلانا مطلقا وهذا موقف المشرع الوطني.

وقبل الخوض في تفصيل موضوع انعقاد عقد بيع العقار وإثباته في التشريع الوطني ارتأينا أن نمهد له بدراسة و جيزة لطبيعة هذا العقد في التشريع المغربي لنكشف عن أهم أوجه القصور التي شابته النصوص القانونية حيث تمت صياغة معظمها في ظل دستوري 1963 و 1976 ذوي التوجه الاشتراكي المنهار القائم على تمجيد حق الملكية العامة وتشديد رقابة الدولة على كافة أوجه النشاط الاقتصادي.

المبحث الأول: انعقاد عقد بيع العقار و إثباته في ظل التشريع المغربي.

نظم المشرع المغربي موضوع الكتابة في عقد بيع العقار بموجب المادة 489 من قانون الالتزامات و العقود، فضلا عن بعض النصوص الخاصة و منها المادتين 66 و 67 من ظهير 12 أوت 1913 المتعلق بالحفيظ العقاري، حيث نص في المادة 489 أعلاه على انه: "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا و جب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، و لا يكون له اثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

وهو نص اختلفت بشأنه اجتهادات الفقه و القضاء في استكشاف نية المشرع من خلال عباراته بين متمسك برضائية عقد بيع العقار إعمالا للقواعد العامة في قانون الالتزامات و العقود و لمبدأ سلطان الإرادة و بين قائل بشكلية عقد بيع العقار تطبيقا لفكرة النظام العام و الآداب².

المطلب الأول: عقد بيع العقار هو عقد رضائي³.

نادى أنصار هذا الاتجاه كما تقدم برضائية عقد بيع العقار تأسيسا على أنه لا يمكن تأويل نص المادة 489 من قانون الالتزامات و العقود بمعزل عن سابقه وهو نص المادة 488 من ذات القانون الذي ينص على أنه: "يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقديه، أحدهما بالبيع والأخر بالشراء و ياتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى"، وواضح من عبارات النص هذا أنه جاء ليكرس أهم ميزة من ميزات عقد البيع و هي ميزة الرضائية التي تعتبر إحدى أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة السائد في التشريعات الحديثة، ثم أن نص المادة 489 الذي زعم البعض أنه جاء ليجعل من عقد بيع العقار عقدا شكليا، وإن كان قد أوجب الكتابة في هذا العقد فهو لم يرتب لا صراحة ولا ضمنا أي جزاء على تخلفها و بالخصوص جزاء البطلان الذي يترتب بداهة عن تخلف الكتابة المعتبرة كركن من أركان العقد.

وبخصوص موضوع إثبات عقد بيع العقار، فإنه يمكن إثباته أثناء سريان الدعوى من إقرار الخصم الذي يعترف بحصول البيع ولكنه ينازع في عدم الاتفاق على شروط البيع الأخرى والتي يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات، ذلك أنه إذا كان مقتضى المادة 443 من قانون الالتزامات و العقود⁴ أن الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق التي تتجاوز قيمتها 250درهما لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود ومعلوم أن الاجتهاد القضائي ثابت في أن مقتضيات هذا النص ليست من النظام العام، وهو نفسه موقف القضاء الفرنسي الذي يقضي بصحة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات و ذلك لعدم اتصال قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام برغم أنها تتعلق بمصلحة عامة⁵.

ذلك أن الإثبات إنما يتناول حقوقا خاصة و إذا كان للخصم أن يتنازل عن حقه فله من باب أولى أن يتفق مع خصمه على طريقة أثبات هذا الحق، كما أن التمسك برضائية عقد البيع يساعد بلا شك على تلافي التناقض الذي يحصل من تطبيق نص المادة 489 من قانون الالتزامات والعقود والمادة 551 من القانون الجنائي التي تقضي بأنه: "من تسلم مقدما مبالغ من أجل تنفيذ عقد ثم رفض تنفيذ هذا العقد أو رد تلك المبالغ دون عذر مشروع يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائة وعشرون درهم إلى مائتين وخمسين درهما" وهو ما حكمت به محكمة استئناف مراكش في قرار لها مؤرخ في 1988/07/28 في الملف الجنحي عدد 366/88⁶

ويبدو واضحا أن هذا الاتجاه هو الأقرب إلى الصواب تطابقا مع عبارات نص المادة 489 من قانون الالتزامات والعقود والذي لم يتضمن على الإطلاق ما يجعل عقد بيع العقار عقدا شكليا، وهو ما أشار إليه المجلس الأعلى صراحة وفي قراره الصادر بتاريخ 1986/04/02 في الملف المدني رقم 4172⁷، بقوله: "حيث يعيب الطاعن على القرار خرق مقتضيات الفصول 418 و488 و489 من ظهير العقود والالتزامات ذلك أن القرار المذكور ذهب إلى أن وثيقة البيع التي بنيت عليها الدعوى تنسجم مع أحكام الفصل 418 من الظهير المذكور، في حين أن البيع يتم بين البائع والمشتري بمجرد إقرار الإيجاب والقبول أي مجرد توافق إرادتهما على هذا التصرف بجميع شروطه وأركانه. والقانون لا يلزم بإبرامه وفقا لشكل معين إلا إذا يراد به مواجهة الغير، والحكمة عندما اشترطت أن يكون البيع محررا في وثيقة رسمية تكون قد حرققت صراحة مقتضيات الفصل 488 من ظهير العقود والالتزامات التي تنص على أن البيع يتم بمجرد توافق إرادة طرفيه أحدهما بالبيع والأخرى بالشراء و على المبيع والتمن وشروط العقد الآخر، كما أنه لا يترتب عن مخالفة الفصل 489 من الظهير المذكور إبطال البيع بين البائع والمشتري، وإنما يترتب عنه فقط عدم مواجهة الغير الأجنبي عن العقد بالبيع والذي يمكنه وحده التمسك بمقتضيات الفصل المذكور وبعدم الاحتجاج عليه بالبيع المبرم بين المتعاقدين، إذا لم يرد في محررا ثابت التاريخ وبذلك يكون القرار المطعون فيه قد أساء فهم النصوص الأئفة الذكر و طبقها تطبيقا غير صائب".

المطلب الثاني: عقد بيع العقار هو عقد شكلي .

يرى أنصار هذا الاتجاه بزعامة أ/ محمد الكشور⁸، بأن نص الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود قد جاء ليجعل من عقد بيع العقار عقدا شكليا لا يكفي لانعقاده مجرد اتفاق طرفيه على المسائل الأساسية فيه، وإنما يلزم فضلا عن ذلك إعداد محرر ثابت التاريخ يمكن من خلاله إشهار العقد حتى يكون حجة على الغير، وهو ما عبر عنه بقوله: "إن مقتضيات هذا الفصل صريحة في أن البيوع المنصبة على حق عيني عقاري يجب أن تصب في محرر، وأن هذا المحرر يجب

أن يكون ثابت التاريخ، وأخيرا يجب أن يسجل هذا البيع بالشكل الذي حدده القانون و إلا انعدم له كل اثر في مواجهة الغير"⁹

وتأكيدا لهذا الاتجاه استدلت أنصارها¹⁰ بقرار للمجلس الأعلى المغربي مؤرخ في 14 ديسمبر 1978 ورد فيه: "أن نص الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود على أن بيع العقار يجب أن يكون كتابة في محرر ثابت التاريخ وحيث أن المحكمة حين لم تطبق مقتضيات الفصل المذكور فإن حكمها يكون ناقص التعليل وبالتالي معرضا للنقض" فالشكالية وفقا لما يذهب إليه د. أبو جعفر المنصوري مطلوبة عند إجراء البيع العقاري لتثبيت الحقوق العقارية أو كل ما يمكن رهنه رهنا رسميا، وأن تجري ذلك كتابة في وثيقة مكتوبة ثابتة التاريخ وهذا الإجراء يعد في الحقيقة قيذا شكليا على مبدأ الرضائية، و بالتالي على حرية التعاقد، وهذا العقد الشكلي أي الواجب الكتابة، أضاف إليه الفصلان 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري قيذا آخرا، هو تقييد المبيع في السجل العقاري، إذا تعلق الأمر بعقار محفظ، وبذلك فإن عدم مراعاة هذه الشكليات يجعل الاتفاق باطلا، لأنها تعتبر شكلية انعقاد لا شكلية إثبات وأن أي تصرف من هذا القبيل دون أن يتم تسجيله، لا يترتب عليه أي أثر اتجاه العاقدين أو الغير، و يبدو إن هذه القواعد تتناقض مع قواعد الآداب العامة، لأن العقد يكون سليما مستجمعا لأركانها و شروط صحته، ومع ذلك لا يترتب عليه أي أثر، بسبب عدم مراعاة الشكلية المطلوبة فيه قانونا، وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى دائما في قرار له مؤرخ في 12 جوان 1968 بقوله: "إن امتناع البائع عن إتخاذ

الإجراءات الضرورية لتقييد حق غير محفظ في الرسم العقاري يكون إخلالا بالالتزام بضمان نقل الحق المبيع، ويوجب على المحاكم

أن تجبر البائع على القيام بما التزم به سواء على اثر دعوى أصلية أقامها المشتري على البائع أو على إثر طلب المشتري إدخال البائع في الدعوى بصفته ضامنا¹¹

و يضيف إلى ما تقدم قوله : "وبذلك يمكننا القول بأن المشرع عندما تدخل بواسطة هذه القواعد الشكلية، إنما كان ذلك لإعطاء العقد المزيد من الفعالية و لتسهيل تنفيذه ، وذلك من خلال تسجيله وفق إجراءات نص عليها المشرع وإلا اصطدم بالنظام العام، وكل هذا يوفر الحماية و يضمن الاستقرار في التعامل بين الأفراد ."

و يبدو واضحا من عرض هذا الاتجاه ، مدى نسبية و محدودية البراهين التي ارتكز عليها للقول بشكلية عقد بيع العقار، حيث عمد في سياق ذلك إلى تحميل نصوص التشريع أكثر مما تحتمل إذ نجده تارة يرتب جزاء البطلان لتخلف الكتابة وذلك بالمخالفة تماما لمضمون نص المادة 489 من قانون الالتزامات والعقود والذي لم يشر إلى البطلان من أساسه، وبالمخالفة أيضا لقرارات القضاء التي قضت بإجبار البائع على إتمام ما التزم به بموجب عقد البيع في مواجهة المشتري وإلا كان مخلا بالتزامه بنقل الحق المبيع، ونجده تارة أخرى يرتب جزاء عدم الإحتجاج بالقبيل في مواجهة الغير، رغم أن الظاهر من عبارات نص المادة 489 أعلاه، هو انه اشترط الكتابة ثابتة التاريخ في عقد بيع العقار كإجراء فقط يمهّد لإشهار العقد في المحافظة العقارية وليس لان تكون ركنا من أركانه يؤدي إلى البطلان المطلق للعقد كما زعم أنصار هذا الاتجاه.

المبحث الثاني: انعقاد عقد بيع العقار و إثباته في ظل التشريع الوطني.

يتميز التشريع الوطني عن باقي التشريعات الحديثة بأحكام قانونية خاصة تتجه إلى التوسع في دائرة النظام العام و ذلك على حساب مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم في شق منه على مبدأ أساسي تجمع عليه كافة الشرائع القانونية الحديثة ألا وهو مبدأ الرضائية. والذي يقر للأفراد حرية إختيار الشكل الذي يرونه ملائماً لهم في التعبير عن إرادتهم .

المطلب الأول : إنعقاد عقد البيع و إثباته في ظل النظرية العامة للعقد.

تنص المادة 351 من القانون المدني على أن : "البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

يستخلص من استقراء المادة هذه ، أن البيع عقد رضائي لا يحتاج في انعقاده إلى أي إجراء شكلي يلابسه، بمعنى أنه يتم بمجرد تبادل طرفيه التعبير عن إرادتهما المتطابقتين بكل الأشياء التي تدخل ضمن عناصر عقد البيع كطبيعة العقد المراد إبرامه وعلى المبيع والتمن أي كانت طريقة هذا التبادل كتابة كانت أو مشافهة أو إشارة ، شأن البيع في ذلك شأن كل عقد من عقود التراضي¹²

ورضائية عقد البيع على هذا النحو ترجع إلى عهد القانون الروماني، حيث كان عقد البيع على رأس العقود الرضائية، فلم يكن يتطلب في انعقاده شكلا معينا، على أنه قد ينص القانون في حالات استثنائية على شكل معين في بعض البيوع كبيع السفينة¹³، بيع براءات الاختراع والعلامات التجارية، إلا أن ذلك يجب أن يحمل محمل الاستثناء من الأصل وهو رضائية عقد البيع و سواء تناول منقولا أم عقارا .

وإذا كانت هذه هي القواعد العامة في شكل عقد البيع وطبيعته الرضائية فإلى أي حد استقرت نصوص التشريع ومن ورائها أحكام القضاء في التقييد بما فيما يتعلق بعقد البيع العقاري؟

المطلب الثاني : تحليل فكرة الشكل الرسمي لعقد البيع العقاري في ظل المبادئ

الدستورية الجديدة.

بمقتضى القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 أدخل المشرع الجزائري في القانون المدني و تحت رقم 324 مكرر 01، المادة 12 من الأمر رقم 70-91 الملغى بمقتضى القانون رقم 88-27 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 06/02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق والتي نصت على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى 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، كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، و تودع الأموال الناجمة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي الخرج للعقد".
مفاد ما تقدم، أن ترسانة العقود التي ورد تعدادها في المادة 324 مكررا أعلاه، قد أصبحت منذ ذلك التاريخ عقود شكلية لا تقوم لها قائمة ولا تثبت إلا إذا توافر فيها ركن الشكل و المتمثل في الكتابة الرسمية على يد الموثق.

ومما نود الوقوف عنده في هذا المقام، هو الشكلية لانعقاد عقد البيع العقاري لأهميته في الحياة الاقتصادية لدى المجتمع الجزائري، ولما ورد في شأنه من تطبيقات قضائية متضاربة، فبين مفهوم ركن الشكل جزاء تخلفه وفقا لنص المادة أعلاه ثم بيان مدى مطابقة هذا النص للمبادئ الدستورية الحديثة، وما يجب أن يكون عليه عقد البيع العقاري في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية.

فكما هو معلوم، فإن القاعدة العامة في معاملات الأفراد هي حرية إرادتهم في إبرام عقودهم و اتفاقهم حسب الشكل الذي يرونه ملائما لهم، احتراماً و تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة¹⁴ وهذا إلى درجة أصبحت فيها العقود الرضائية هي القاعدة العامة لدى جل التشريعات الحديثة، و غيرها هو الاستثناء، حيث يضطر المشرع إلى تقييد تلك الإرادات بوسائل فنية معينة فلا تكون حرة في اختيار الأسلوب و الوسيلة لإبرام بعض العقود .

و عليه تكون هناك شكلية عندما يطلب القانون من الأفراد المتعاقدين إتباع إجراءات مرسومة سلفاً، و التي يترتب إغفالها أثراً جزئياً أو كلياً على العقد، ولم تكن الشكلية في ظل القانون المدني الفرنسي الموروث عن العهد الاستعماري، تشترط في بيع العقار و كافة العقود الأخرى الناقلة للملكية العقارات، فكان الأطراف أحراراً في تحرير عقودهم في أي شكل، فكان البيع سواء ورد على منقول أو على عقار يعتبر تاماً و صحيحاً حتى ولو لم يجرر في ورقة رسمية أو عرفية¹⁵ و قد يكون العقد شكلياً بحكم الاتفاق لا القانون، هذا إذا تبين أن قصد العاقدين قد انصرف إلى اشتراط الكتابة للانعقاد، أما إذا ثار شك حول ذلك، ووجب أن تؤخذ الكتابة كشرط للإثبات لا للانعقاد تأسيساً على أن الأصل في العقود أن تكون رضائية¹⁶

غير أنه بعد صدور القانون المدني لسنة 1975 ، نحى المشرع الجزائري المتأثر بالفكر الاشتراكي آنذاك منحى مغاير تماما لما هو وارد أعلاه، إذ بخصوص جزاء تخلف الشكل الرسمي في التصرفات العقارية، فإن نص المادة 12 من الأمر رقم 70-91 وبعدها المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني جاء صريح في أنه يترتب على تخلف الشكل الرسمي بطلان العقد، مما يدل دلالة قاطعة على أن الشكلية ليست للإثبات وإنما للاعتماد، وحتى وإن لم توضح المادة محل الدراسة طبيعة هذا البطلان فإن المستشف من صياغتها أن المراد بالبطلان إنما هو البطلان المطلق ذلك أنه لو تعلق الأمر بالبطلان النسبي لبيّن المشرع مصلحة من تقرر؟ كما فعل مثلا بالنسبة لبيع ملك الغير، حيث قرر بطلانه لمصلحة المشتري الذي يملك وحده الحق في التمسك به¹⁷.

وعليه فإن بطلان عقد بيع العقار بمفهوم المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني هو بطلان مطلق يتقرر لكل ذي مصلحة، أي لكل من له حق يتأثر بوجود العقد أو بزواله، وينبغي على ذلك أنه يحق لكل من البائع والمشتري ان يتمسك بهذا النوع من البطلان، و يثبت ذات الحق لخلفهما العام والخاص على السواء، وهو لا يقبل الإجازة و يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإن اقتضى الأمر استصدار حكم فإن ذلك يكشف عن البطلان ولا يقره، وفي هذا الصدد نصت المادة 102 من القانون المدني على انه : " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

وما قيل في عقد بيع العقار من أحكام خاصة بالبطلان، يقال أيضا في الوعد ببيعه¹⁸ وفي الوكالة فيه¹⁹، بحيث أن جزاء تخلف الشكل الرسمي في كل منهما هو البطلان المطلق، هذا وإذا كنا قد سلمنا، بأن العقود الرضائية أصبحت اليوم هي الغالبة في جل التشريعات الحديثة، فإن الملاحظ على المشرع الجزائري هنا، مدى تخلفه عن مثل هذا الركب، وهو ما يظهر من خلال افراطه في تعداد قائمة العقود الشكلية، حيث عمد و بعد إهداره لكل حجة لعقد البيع كعقد رضائي و ناقل للملكية بذاته - إلى أن يجعل من كافة التصرفات التي ارتأى أنها تلعب دورا حاسما في الحياة الاقتصادية تصرفات شكلية، كالتصرفات المتضمنة نقل ملكية عقارية أو حقوق عينية أو محلات تجارية أو زراعية، وكذا العقود المنشئة

و المعدلة للشركة التجارية، وذلك بهدف تمكين المجتمع الاشتراكي، من مباشرة سلطته الرقابية القبلية و البعدية، على تصرفات الأفراد تلك و من ثم تطبيق الطاقة و المجهود القانوني للأفراد في قناة تصب في بحر المصلحة العامة على حد زعم أنصار الشكلية²⁰ و لتمكين الخزينة العامة من تحقيق إيرادات مالية معتبرة، سواء عند توثيق العقد أو تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع أو شهره بالمحافظة العقارية .

و عموما فإذا كان هناك من مبرر، لمثل نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني في ظل تبني المشرع الجزائري للنهج الاشتراكي ، فان قاعدة الشكلية بمفهوم المادة ذاتها ، لم تؤدي إلا إلى إنتاج عكسية بعد فتح المشرع الباب على مصراعيه أمام نظام اقتصاد السوق ، القائم على تشجيع الاستثمار و فتح المجال أكثر أمام الرأسمال الخاص على أساس المنافسة الحرة، حيث اضطر المتعاملون و أمام صرامة نصوص المواد 324 مكرر 01 من القانون المدني، 256 من قانون التسجيل و 15 و 16 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري إلى اللجوء و بشكل مكثف إلى إبرام العقود العرفية بشأن المعاملات العقارية وبالتالي تجنب كل تصرف رسمي يتطلب دفع كل تلك الضرائب و الرسوم الباهضة .

السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام ، هو لماذا تدخل المشرع و بعد نحو ثلاثين سنة من سن المادة 12 من الأمر 70-91 الملغى ، و بعدها المادة 256 من الأمر رقم 76-105 لإعادة النظر في نسبة ثمن البيع الواجب إيداعها بيد الموثق و خفضها إلى الخمس بدل كامل الثمن ثم رفعها مرة أخرى إلى النصف بموجب المادة 11 من قانون المالية لسنة 2010 .

الظاهر أن الإجابة التي ليس لدارس أو ممارس في حقل القانون إنكارها ، أن دواعي مثل هذا التعديل إنما هي متسلسلة من صرامة و عدم واقعية النصوص الناطمة لموضوع إثبات و نقل الملكية العقارية من جهة ، و تلك المتعلقة بالحماية العقارية من جهة أخرى ، حيث عمد المشرع إلى الإفراط في تعداد نسب الضرائب و الرسوم المكلفة في الغالب ، و المفروضة على التصرفات المتضمنة حقوق عينية عقارية و غيرها من التصرفات التي ورد تعدادها في المادة 324 مكرر 01 أنفة الذكر، من توثيق و تسجيل و إشهار و رسوم طوابع جبائية، ضريبة فائض القيمة المضافة و غيرها²¹ ، و هو الأمر الذي فرض على المتعاملين، اما تجنب كل

تصرف رسمي يتطلب دفع تلك الأثمان من الضرائب و الرسوم،ومن ثم اللجوء وبشكل مكثف إلى العقود العرفية باعتبارها الوسيلة المفضلة ،لما تتميز به من سهولة وسرعة في الإعداد،والنقص في التكاليف والأعباء و إما إلى تعمد التصريح بمبالغ بخسة أو غير حقيقة أمام الموثق فيما يرمونه من عقود تتضمن حقوقا عينية عقارية،هذا الى درجة جعلت الكل يجمع على أن ما لا يقل عن نسبة 90% من المعاملات العقارية لا يصح بحقيقة حجمها أي الثمن الحقيقي أو الرأسمال الحقيقي لها ²² .

على أن تدخل المشرع الجزائري لتخفيض نسبة ثمن البيع الواجب أدائها بيد الموثق إلى الخمس ، و بموجب المادة 23 من قانون المالية لسنة 1998 ثم إلى النصف بموجب المادة 11 من قانون المالية لسنة 2010، ما هو إلا سياسة ترقيعية محدودة و نسبية تقع عاجزة عن معالجة الظاهرة المذكورة أعلاه.

ومن ثم يكون من السديد أن يعيد المشرع من جديد دراسة الأسباب و العوامل أنفة الذكر دراسة علمية موضوعية مستمدة من جملة الحقائق السياسية ، الاقتصادية الاجتماعية وحتى الثقافية للمجتمع الجزائري، الذي نفص عن نفسه غبار النظام الاشتراكي المنهار ،ليتبني نظام معايير تماما هو اقتصاد السوق،وبالتالي يكون من السديد أن يعطي المشرع الجزائري لعقد البيع طابعه الرضائي في جميع حالاته ، دونما تمييز بين ما هو منقول أو عقار ، كون ذلك هو الذي يتفق مع تطور مبدأ الشكلية إلى الرضائية و ليس العكس كما يتوهمه مشرعنا²³.ولا يتأتى ذلك إلا إذا راعى المشرع الأمور الآتية :

- ظروف الأطراف ومركز الخصوم ، ذلك أن المشتري هو المتضرر عادة في هذا النوع من التصرفات فهو الذي يطالب بالزام البائع بتصحيح العقد المبرم بينهما عرفيا ، في حين يطالب البائع في الغالب بإبطال العقد رغم أنه هو المتسبب في بطلانه ، كونه يرفض القيام بإجراءات التوثيق ، و إذا كان من حقه إن يتمسك بالبطلان هنا إعمالا لنص المادة 324 مكرر⁰¹ من القانون المدني،فان تمسكه هذا إنما ينطوي على غش،ونحن نعلم أنه ليس من حق أحد الاحتجاج بغش صدر منه.

- مراعاة الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تعيشها البلاد ذلك أن الحاجة الملحة والماسة للسكن من جهة وكثرة الضرائب والرسوم المفروضة من جهة ثانية كثيرا ما تدفع

المتعاملين في المادة العقارية و أمام صرامة نصي المادتين 324 مكرر 01 من القانون المدني و 256 من قانون التسجيل إلى الإقبال على إبرام العقود العرفية ، بشأن المعاملات العقارية - لما تتميز به من نقص في النكالييف، وكما أن هؤلاء و اذا لجأوا لمثل هذه العقود لا لشيء فقط لأنه يتعذر عليهم في الغالب الحصول على المستندات التي تثبت الملكية و التي هي ضرورية لاستيفاء إجراءات التوثيق ، و من ثم نقل الملكية و عليه فهل من محل في ظل هذه المعطيات لنص الفقرة الأولى من المادة 52 من دستور 23 فيفري لسنة 1989 المعدل سنة 2008 التي تنص على أن : " الملكية الخاصة مضمونه؟"

- مراعاة طبيعة النتائج السلبية التي جرت إليها قاعدة الشكلية بمفهوم المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني ثم كامل البناء القانوني الذي تلاها ، لاسيما نصوص المواد 793 من ذات القانون و المادتين 15 و 16 من الأمر 75-74 و المادة 61 من مرسوم 76-63، فهذه نصوص صدرت في ظل تبني المشرع الجزائري للنهج الاشتراكي القائم على احكام رقابة الدولة على مثل تلك التصرفات، حيث أصبحت عملية نقل الملكية العقارية بمقتضى النصوص آنفة الذكر تخضع إلى صفتين من الرقابة، رقابة سابقة أو قبلية يباشرها الموثق بمناسبة تحرير السندات الرسمية، المتضمنة حقوقا عينية عقارية تنفيذا لنص المادة 18 من قانون التوثيق ، ثم رقابة لاحقة يباشرها المحافظ العقاري لدى شهره لتلك السندات ، إعمالا لنص الفقرة الثالثة من المادة 61 من مرسوم 76 - 63 ، هذا و أن المعطيات نفسها ، جعلت من قضاة المحكمة العليا و طوال الفترة السابقة على تاريخ 1997/02/18 ، لا يقتنعون بتلك القيود الشديدة التي عمد المشرع الجزائري إلى فرضها على المعاملات العقارية ، حيث استقرت تلك الجهة في معظم قراراتها، على أن البيع العقاري يظل عقدا رضائيا يكفي لتمامه تطابق إرادتي البائع و المشتري على طبيعة العقد و المبيع و الثمن، أما الشكل الرسمي الذي أوجبه المادة 12 من الأمر الرقم 7-91 فلم يكن سوى شرط لإثبات العقد و نفاذه في حق الغير في حال المنازعة فيه أمام القضاء، وبالتالي فهو ليس إلا التزاما من الالتزامات التمهيدية لنقل الملكية بالمفهوم الذي جاءت به المادة 361 من القانون المدني .

وفي هذا الصدد، قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 61796 مؤرخ في 19/11/1990 غير منشور²⁴ بقولها: "حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و

361 من القانون المدني ، وليس المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتضمن مهنة التوثيق غير القابلة للتطبيق في قضية الحال " و يوافق المحكمة العليا في هذا الرأي أستاذ زروق قدور في رسالته " الطبيعة القانونية للبيع العقاري"²⁵ حيث ذهب إلى أن الحكم الوارد في المادة 12 من الأمر 70-91 ، لا يجعل من البيع العقاري عقدا شكليا ، إذ هو يتعقد بمجرد تراضي الطرفين ولا يخضع هذا التراضي لأي إشكال خاص، و الشكل الرسمي المشترط فيه ليس إلا شرطا للإثبات على عكس الهبة التي اشترط الشكل الرسمي فيها للاعتقاد ، ذلك أن الهبة تصرف قانوني خطير بالنسبة للواهب باعتبارها تمليك بلا عوض فيه افتقار لذمة الواهب.

وحتى إذا سلمنا جدلا، بأن المشرع الجزائري قد جعل من الكتابة الرسمية في العقود المتضمنة نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية، أحد الأركان الجوهرية التي لا تقوم للعقد في غيابها أية قائمة، لتكون بذلك إحدى مسائل النظام العام، فجدير بالذكر في هذا الصدد، أن دائرة النظام العام ذاتها تكون محل نظر في ظل مستجدات الساحة السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، وحتى الثقافية للمجتمع الجزائري ، فهي تضيق كلما تغلبت نزعة المذهب الفردي القائم على فتح باب المنافسة على أساس مبدأ العرض والطلب وعلى تحرير المبادرة الفردية، وحيث تضيق دائرة النظام العام يتسع معها طرديا مبدأ سلطان الإرادة و هذا هو الوضع الذي استقر عليه المشرع الجزائري و الذي كان مسلما به قبل تبني دستور 23 فيفري 1989 المعدل و المتمم لذلك يكون قد أن الأوان، كي يخفف المشرع الجزائري وأكثر من أي وقت مضى من صرامة النصوص القانونية الناظمة لموضوع إثبات ونقل الملكية العقارية²⁶ خاصة ونحن نشهد في العشرية الأخيرة انتصارا كاسحا للمذهب الفردي تحت تأثير فكرة العولمة، وما تأثر القانون المضطرب بالعوامل المستجدة إلا اثرا واضحا هذه النزعة الغالبة كالنص على الشركة ذات الشخص الوحيد في نصوص القانون التجاري و إلغاء حق البقاء في الأماكن المؤجرة حماية لحق الملكية الذي كرسه دستور 1989 المعدل و المتمم حتى صرح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الليبرالية .

خاتمة:

صفوة القول فيما تقدم، أنه إذا كان من الممكن التسليم بنص المادة 324 مكرر 01 محل الدراسة هنا، وما تبعه من بناء قانوني، حيث عمد المشرع الجزائري المتبني للنظام الاقتصادي المسير إداريا والمميز بالسيطرة المطلقة للملكية العمومية على وسائل الإنتاج ، باعتبار الدولة هي المنتج والمستثمر والممول الرئيسي إن لم نقل الوحيد على مستوى جميع قطاعات النشاط الاقتصادي إلى أن يجعل من كافة التصرفات التي تلعب دورا حاسما في الحياة الاقتصادية تصرفات شكلية كذلك المتضمنة نقل ملكية عقارية أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية وغيرها، فإنه يتوجب على المشرع اليوم لاسيما بعد تبنيه لنظام اقتصاد السوق أن يعيد لتلك النصوص مرونتها التي تستحق بما يجعلها منسجمة مع النصوص الدستورية الجديدة و مع الفلسفة الاقتصادية القائمة على تحرير المبادرة الفردية و تشجيع الاستثمار في القطاع العقاري وطني كان أم أجنبي.

الهوامش

1. يذهب الرأي الغالب في الفقه المصري إلى أن عقد البيع عموما هو من العقود الرضائية ، حيث يكفي لإبرامه مجرد التراضي بين طرفيه دون حاجة لإفراغ هذا التراضي في شكل معين، سواء كان محله منقولا أو عقارا و لا يخل بمده الميزة وجوب كتابة عقد البيع العقاري لإشهاره و الذي يتوقف عليه نقل ملكية العقار من البائع إلى المشتري ، ذلك أن التسجيل إجراء لاحق لانعقاد العقد صحيحا و لا أثر له إن وقع على عقد باطل و إذا أنكر البائع البيع الصحيح و امتنع عن كتابة الخمر المثبت له حق للمشتري أن يستصدر حكم قضائي بصحة البيع و إشهاره بدلا من الخمر المكتوب .

و قد خرج المشرع المصري على قاعدة الرضائية في عقد البيع و أوجب أن يكون مكتوبا في حالة ما إذا كان الثمن هو إيراد مرتب مدى حياة البائع أو أي شخص آخر ، و هو ما نصت عليه المادة 743 مدني مصري بقولها : "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا باطلا" لتفصيل أكثر انظر د. محمود عبد الرحمن محمد ، الوجيز في عقد البيع ، دار النهضة العربية. بدون سنة طبع؛ ص. 07 و 08.

2. أنظر د. أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام و الأداب العامة في القانون و الفقه مع التطبيقات القضائية ، رسالة دكتوراه جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء . 2003. ص. 358.

3. انظر ، د. عبد الرحمن بلعيد، وثيقة البيع بين النظر و العمل ، تعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 27 افريل 1989 و المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 38، ص. 52

4. و يقابل نص المادة 443 في التشريع المغربي ، المادة 333 م ج ، المادة 60 قانون إثبات مصري و المادة 1341 مدني فرنسي

5. أنظر د. إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، طبعة 1990 ، ص 51.

6. قرار مشار إليه عند أ. نور الدين الجزولي. عقد بيع العقار اخفظ بين الشكلية و الرضائية في التشريع المغربي، مقال منشور على شبكة الإنترنت <http://3d police .maktoobblog.com>

7. أنظر أ. نور الدين الجزولي ، المقال السابق ، ص 04.

8. أنظر د. محمد الكيشور ، بيع العقار بين الرضائية و الشكل دراسة في أحكام الفقه الإسلامي و في القانون الوضعي ، و في مواقف القضاء ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 1997، ص 57 و ما يليها أشار إليه د. أبو جعفر المنصوري، الرسالة السابقة، 360.

9. تقضي المادة 66 من ظهير 12 أوت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري بأن : " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله و ابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية " بينما تنص المادة 67 الموالية من ذات القانون على ان " الأفعال الإرادية و الاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف ب هاو تغيره أو استنباطه لا تنتج إلي اثر و او بين الأطراف إلا من تاريخ التسجيل".

10. قرار المجلس الأعلى ، الغرفة الاجتماعية ، صادر بتاريخ 14 ديسمبر 1978 ، مجلة اخامة العدد 17، ص 115 و ما يليها ، أشار إليه د. أبو جعفر المنصوري ، الرسالة السابقة ، هامش ص 356.

11. أنظر ، د أبو جعفر عمر المنصوري ، الرسالة السابقة ، ص 358.

12. أنظر د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، دار احياء التراث العربي بيروت طبعة 1952، ص 56 51.

13. تنص المادة 149 من الأمر رقم 76-80 المتضمن من القانون البحري الجزائري المؤرخ في 1976/10/29 ، جريدة رسمية ، عدد 29 صادر بتاريخ 1977/0/10. المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05/98 الصادر في 25 /07/ 1998 ، جريدة رسمية عدد 47 على أن : " العقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطة لحق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة على السفن أو بيعها يجب أنت تثبت تحت طائلة البطلان ، يستند رسمي صادر عن الموثق".

14. نصت المادة 59 من القانون المدني على أنه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية

15. الظاهر أن هذا هو الرأي الراجح و السديد و الأكثر مطابقة لوجه المشرع الوطني نحو نظام لتقتصاد السوق ، و هو ذاته الحكم لدى المشرعين المصري و المغربي فهما لا يشترطان في عقد بيع العقار أي

- شكل خاص و انما يتركان الحرية للأطراف في تحرير العقد في شكل رسمي أو عرفي حسب ما يرونه ملائما لهم باستثناء حالي هبة العقار و الرهن الرسمي.
16. أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي بيروت، طبعة 1952، ص 151
17. نصت المادة 397 فقرة 01 من القانون المدني على أنه : " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه".
18. أنظر، المادة 572 من القانون المدني .
19. أنظر، عبد العزيز نوري، الشكلية و أثرها على التعاقد في القانون المدني الجزائري و التطبيق القضائي لها، مجلة الشرطة، عدد 18 جويلية 1982، ص 21
20. انظر، عبد القادر دهمان صبايحية، مهنة التوثيق بين ارث الماضي و التطلع إلى المستقبل، مجلة الموثق، عدد 01، 2001، ص 43.
21. انظر، علاوة بوتغرار، استعمال حق الشفعة لصالح الخزينة العامة، مجلة الموثق — عدد 04، 1998، ص 21.
22. نظر، د. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994 ص 32.
23. أنظر، حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، طبعة 2002، ص 315.
24. انظر، ب. موالك، المادة 324 مكرر 1 و أثرها على عقد البيع العقاري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، عدد 04، 1993، ص 843.
25. هذا و قد تطور مبدأ سلطان الإرادة و بلغ أوجهه، بحيث أصبح معناه أن الإرادة تستطيع أن تعقد ما تناء من تصرفات في حدود القيود التي يفرضها الشرع من اجل العدالة و من القيود التي وردت على المبدأ في شقه توثيق العقد و تسجيله و شهره على أن يتم ذلك في الإطار الغني و المعقول و في شقه الموضوعي قيد النظام العام و الآداب لتفصيل أكثر، أنظر، د. أبو جعفر عمر المنصوري، الرسالة السابقة، ص 45.

العلمانية والنصوص القانونية

بقلم الدكتور : ساسي محمد فيصل

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الدكتور مولاي الطاهر / سعيدة

المقدمة:

تظهر علاقة الدين بالدولة كعلاقة متذبذبة ، فقد كان هناك توافق بينهما في العديد من المناسبات - الدولة الدينية- كحال الدولة الإسلامية وأوروبا المسيحية في العصور الوسطى، كما كان هناك كذلك اختلاف وتنافر بين الدولة الدين في مناسبات أخرى، أين وجدت فكرة ضرورة فصل الدين عن الدولة وهو ما يعرف بالعلمانية .

وتعني العلمانية اصطلاحاً⁽¹⁾ فصل المؤسسات الدينية عن السلطة السياسية، وقد تعني كذلك عدم قيام الحكومة أو الدولة بإجبار أي أحد على اعتناق أو تبني معتقد أو دين، كما تكفل عدم اعتماد دين رسمي للدولة، وكمعنى عام للعلمانية فهي تشير إلى أن الأنظمة البشرية والقرارات وخصوصا السياسية منها يجب أن تكون غير خاضعة لتأثير المؤسسات الدينية⁽²⁾ .

وتعود جذور العلمانية إلى الفلسفة اليونانية القديمة لفلاسفة أمثال أبيقور، غير أنها خرجت بالمفهوم المعروف اليوم "فصل الدين عن الدولة" على يد مفكرين أمثال توماس جيفرسون⁽³⁾، وانعكس هذا الفكر العلماني على القواعد القانونية، فدجمت العلمانية ضمن النصوص القانونية ، الدمج الذي اختلف من دولة لأخرى والتي تظهر فيها التجربة الفرنسية كتجربة رائدة.

وبربط العلمانية بالنصوص القانونية أين تصبح علمانية قانونية، أي علمانية مقننة موجودة في نصوص قانونية سواء دستورية أو عادية، فإنه تطرح مجموعة من التساؤلات بهذا الخصوص:

ما مدى دسترة العلمانية ضمن أهم الوثائق الدستورية ؟

ما هي أهم ملامح العلمانية في الدستور الفرنسي ؟

ما هي صور العلمانية في القوانين العادية ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سيتم تقسيم الدراسة إلى مبحثين، يخصص الأول للعلمانية في النصوص القانونية الدستورية والثاني للعلمانية في النصوص القانونية العادية، وسيقسم المبحث الأول إلى مطلبين مطلب يتحدث عن أهم الدول المتبينة للعلمانية ضمن نصوصها الدستورية، في حين يتطرق المطلب الثاني لنموذج الدستور الفرنسي وتضمنه العلمانية، ويأتي المبحث الثاني معالجا للعلمانية في النصوص القانونية العادية العامة في مطلبه الأول وللعلمانية في النصوص القانونية العادية المتخصصة في المطلب الثاني.

المبحث الأول / العلمانية في النصوص القانونية الدستورية

كما تم الإشارة إليه سابقا فإن القواعد القانونية تعتبر الكاشف الحقيقي لمدى انتهاج الدولة للعلمانية من عدمه، والدولة تسيير بناءا على القواعد القانونية الدستورية المحددة لنهج عمل مؤسساتها وممثليها، والتي تعالج غالبا ما يتعلق بنظام الحكم وسلطات الدولة، وكذا علاقة الدولة بالفرد وما تعلق بالحرريات الأساسية، وضمن كل هذا يمكن أن تشير هذه القواعد كذلك إلى مدى انتهاج الدولة للعلمانية من عدمه.

بناءا على ما سبق فإنه سيتم بيان أمثلة عن أهم الدول التي تبنت العلمانية ضمن نصوص دساتيرها، مع الاختلاف الموجود في نمط الإشارة للعلمانية فيها، كما سيتم التركيز على الدستور الفرنسي كنموذج عن العلمانية في النصوص القانونية الدستورية.

المطلب الأول : أهم الدول المتبينة للعلمانية ضمن نصوصها الدستورية

تعتبر القواعد القانونية الدستورية رأس هرم القواعد القانونية في غالب الدول، فهي تتمتع بدرجة ومعاملة إستثنائية⁽⁴⁾ تجعلها متميزة عن باقي القواعد القانونية الأخرى، ومن ضمن ما تعالجه القواعد القانونية الدستورية النص على العلمانية.

ويختلف النص على العلمانية من دولة لأخرى⁽⁵⁾، فهناك من الدول من تنص صراحة بأنها دولة علمانية، وهناك دول أخرى تشير بشكل ضمني إلى ذلك، وفي ما يلي بيان وعرض لأهم الدول التي أشارت إلى العلمانية في نصوصها الدستورية.

من ضمن أهم الدول العلمانية الولايات المتحدة الأمريكية وهذا منذ نشأتها، حيث كان واضعي إعلان استقلال الولايات المتحدة الأمريكية من دعاة العلمانية وفصل الدين عن الدولة، أمثال توماس جيفرسون والذي كان يدعو وبشدة في مراسلاته وتصريحاته⁽⁶⁾ إلى

ضرورة وضع كما سماه جدار فصل بين الدولة والكنيسة ، وكفلت العلمانية ضمن النصوص الدستورية الأمريكية عام 1789 أين فصل الدين عن الدولة رسمياً⁽⁷⁾. إضافة إلى الولايات المتحدة تظهر تركيا كدولة علمانية بنص دستورها على ذلك منذ 10 نوفمبر 1937، غير أن تركيا لم تكن علمانية قبل سنة 1937 فـدستور 20 يناير 1921 لم يكن ينص على العلمانية ولا على دين الدولة، ليأتي تعديل 29 أكتوبر 1923 ليعدل المادة الثانية من الدستور محدد فيها أن : ” دين الدولة التركية هو الإسلام ”، واحتفظ بالإسلام كدين الدولة التركية في دستور 20 أبريل 1924، وفي 11 أبريل 1928 حذف الإسلام من الدستور كدين للدولة التركية واستبدل بالعلمانية في 10 نوفمبر 1937 ضمن ما يعرف بمبادئ أتاتورك الستة⁽⁸⁾.

من ضمن الدول التي تنص كذلك على العلمانية في نصوصها الدستورية⁽⁹⁾:
أثيوبيا : في المادة 11 من دستورها لعام 1994 والذي جاءت بأن: ” الدولة والدين موصولان ”.

البرازيل: وهي دولة علمانية منذ دستور 1891 (المادة 72 / دستور 1891)، ودعم دستور البرازيل لعام 1988 وبشكل واضح فصل الدين عن الدولة في المادة 19 فقرة 1 منه. الأوروغواي: تنص المادة 3 من دستور 1964 على أن : ” الدولة لا تدعم أي دين ”.
البرتغال: تقرر المادة 41 فقرة 4 من دستور 1976 أن البرتغال دولة علمانية.

فيما سبق إشارة وجيزة لبعض الدول العلمانية في العالم أين يلاحظ أن العلمانية ينص عليها في الدساتير لإعطائها ذلك السمو، حيث يصبح فصل الدين عن الدولة مبدأ دستوري ينبغي للدولة بأفرادها ومؤسساتها أن تنتهجه وتنصاع إليه، كما ينبغي الإشارة إلى أن هناك بعض الدول لم تنص على العلمانية في دساتيرها غير أنها علمانية رغم ذلك، كما أن النص على العلمانية كمبدأ في الدساتير غير كافي، فقد يبقى هذا المبدأ نظرياً على مستوى نصوص الدستور، وبالتالي يجب أن يفعل من خلال دعمه بالقوانين وتنفيذها.

المطلب الثاني : العلمانية في الدستور الفرنسي

تعتبر فرنسا من الدول الرائدة في إعمال مبدأ العلمانية وهذا ما ظهر من خلال نصوصها القانونية المنظمة لمختلف الشؤون الاجتماعية والاقتصادية وحتى الشخصية

للفرد، والملاحظ في فرنسا وجود نوعين من العلمانية، علمانية تشريعية وأخرى دستورية، وللعلمانية التشريعية السبق التاريخي على العلمانية الدستورية، فالأولى تأسست بموجب قانون 09 ديسمبر 1905 المتعلق بفصل الكنيسة عن الدولة، في حين أن العلمانية الدستورية وجدت من خلال دستوري 1946 و 1958 لكن دون معرفة الطبيعة الحقيقية للعلمانية، من هنا تعتبر العلمانية التشريعية أوضح من نظيرتها الدستورية، لكن تبقى العلمانية الدستورية ذات قيمة ودرجة أكبر من العلمانية التشريعية لورودها في نصوص الدستور⁽¹⁰⁾.

بالعودة إلى الدستور الفرنسي⁽¹¹⁾ وفي بداية المادة الأولى منه نجد أنه ينص على أن :
”فرنسا جمهورية غير قابلة للتجزئة، علمانية، ديموقراطية...“⁽¹²⁾.

من خلال نص المادة الأولى من الدستور الفرنسي تستخرج مجموعة من النتائج:

– النص على العلمانية في الدستور يجعل منها مبدأ دستوري (العلمانية الدستورية).

– للعلمانية أهمية في الدولة الفرنسية وذلك ظاهر من خلال :

*النص عليها في الدستور.

*النص عليها في أول مادة من الدستور⁽¹³⁾.

*تسببها في الذكر على مبادئ أخرى ذات أهمية كالديمقراطية.

– العلمانية غير واضحة المعنى في دستور 1958.

لكن رغم عدم تفسير معنى العلمانية المقصودة في المادة الأولى من دستور الفرنسي، إلا أن الظاهر والجلي خلو الدستور الفرنسي مما يعرف بدين الدولة، ففرنسا واستنادا لمبدأ العلمانية تعارض فكرة وجود دين الدولة، وهذا ما أكدت عليه المادة الأولى من الدستور الفرنسي التي أشارت أن الدولة الفرنسية تضمن المساواة أمام القانون لكل المواطنين دون تمييز لأصل أو جنس أو دين وتحتزم كل المعتقدات⁽¹⁴⁾.

مما سبق يتضح أن الدستور الفرنسي يدعم فكرة عدم وجود دين للدولة الفرنسية، وهذا ظاهر من خلال المساواة أمام القانون دون تمييز بين الديانات، إضافة إلى ذلك فوجود العلمانية كمبدأ دستوري لم يمنع من ضرورة احترام المعتقدات.

وبخصوص دين الدولة في فرنسا يجب التنويه أنه قبل الثورة الفرنسية لعام 1789 كانت الكاثوليكية دين للدولة الفرنسية، لكن إعلان حقوق الإنسان في 26 أوت 1789 جاء

ليتكلم عن الحرية الدينية وهذا في المادة العاشرة منه⁽¹⁵⁾، الأمر الذي مس بشكل مباشر فكرة الكاثوليكية كدين دولة، وبالرجوع إلى عدم تفسير العلمانية في الدستور الفرنسي فيمكن إرجاعه إلى ما سبقه - الدستور الفرنسي - من قوانين وإعلانات جعلت من مبدأ العلمانية مفسراً مسبقاً (قانون 1905 - إعلان حقوق الإنسان 1789).

من جهة أخرى تزايد المطالبة بتعديل الدستور الفرنسي بخصوص العلمانية⁽¹⁶⁾، وذلك من خلال دعم الدستور بما جاء في قانون 1905 السالف الذكر، وفي ذلك تفسير إضافي للعلمانية الدستورية، والملاحظ على الدستور الفرنسي ورغم ما شهدته من قرابة 24 تعديل منذ 4 جوان 1960 حتى 23 جويلية 2008⁽¹⁷⁾، إلا أن تلك التعديلات لم تمس مبدأ العلمانية بالإلغاء، ما يدل على شمولية هذا المبدأ بحظر التعديل.

رغم ما يكتسبه النص على العلمانية في الدستور من أهمية بالغة إلا أنه سيبقى مبدأ عام دون تجسيد وتطبيق، فما يرد فالدستور في الغالب هو بمثابة الاتجاه العام لأي دولة، هذا الاتجاه الذي يحتاج لدعم وتعمق يوجد في ما دون الدستور من قواعد قانونية، خصوصاً تلك الموجودة في القانون العادي.

المبحث الثاني / العلمانية في النصوص القانونية العادية

تعتبر الوثائق الدستورية المعبر عن الاتجاه العام للدول، وهي تتضمن المبادئ العامة التي تسيّر عليها الدول لتحقيق أهدافها، ويأتي دور القواعد القانونية العادية هنا لتفصيل ما جاء في القواعد القانونية الدستورية، فالدستور هو بمثابة الفكرة الرئيسية والقوانين العادية هي الأفكار الفرعية المفصلة والشارحة والمؤكددة للفكرة الرئيسية - الدستور -.

ونفس الشيء ينطبق على العلمانية والتي تعتبر في بعض الدول مبدأ دستوري يحتاج إلى الشرح والتفصيل، فورود العلمانية في الدستور الفرنسي مثلاً جاء دون شرح، الأمر الذي جعل من التأكيد على العلمانية في النصوص العادية ضرورياً .

لكن ما يجب التنويه إليه هو أن بعض الدول لا تنص دساتيرها على العلمانية، غير أن قوانينها العادية ذات روح علمانية لما تحمل في طيات نصوصها بعداً غير ديني، فاصل عن كل ما يتعلق بالدين⁽¹⁸⁾.

بل الأكثر من ذلك هناك دول تنص في دساتيرها على دين الدولة⁽¹⁷⁾ ما يدل على عدم علمانية الدستور، لتأتي القواعد القانونية العادية بالنص على أحكام ذات توجه علماني، أمام هذا يتضح وجود تناقض وعدم توافق بين الدستور وما يدنوه من قوانين في كثير من الدول خصوصا في شأن العلمانية.

ما يجب الإشارة إليه كذلك هو أن العلمانية ترد في القوانين العادية العامة والقوانين العادية المتخصصة، بمعنى أنه قد يرد ذكر العلمانية أو الإشارة إلى مضمونها في قوانين عادية ضمن مسائل عديدة وهنا نكون أما حالة القانون العادي العام، أما إذا جاء ورود العلمانية في نصوص مركزة ومهتمة أساسا بالعلمانية فهنا نكون أمام قانون عادي متخصص .

المطلب الأول : العلمانية في النصوص القانونية العادية العامة

كما سبق الإشارة له فإن القانون العادي في موضوعنا هذا يقصد به القانون الذي تعرض للعلمانية ضمن مواضيع عديدة وكانت العلمانية جزء من الكثير من المواضيع، ويمكن اعتبار النص على العلمانية في هذه الحالة وخصوصا في الدول ذات الدساتير العلمانية بمثابة تجسيد المبدأ العام الموجود في الدستور .

ومن أوجه العلمانية في النصوص القانونية العادية العامة ما يرد في قانون العقوبات من عدم تجريم لأفعال تعتبر بمثابة الجرم في دين معين، كعدم تجريم الزنا في بعض الدول و اعتبارها من الحريات الجنسية، رغم كون العلاقات الجنسية خارج الزواج بمثابة الجريمة ففي دين الإسلام مثلا⁽²⁰⁾ . وكبعد آخر يعتبر قانون العقوبات في أي دولة علمانيا، إذا كانت العقوبات التي يقرها من أصل غير ديني، أي أنها عقوبات وضعية من ابتكار الإنسان وليست بمثابة الحدود الشرعية كحال الدين الإسلامي.

إضافة إلى قانون العقوبات أين تتجسد العلمانية بوجهها الجنائي، قد تظهر العلمانية كذلك في القانون المدني، وذلك حين يسمح هذا القانون بمعاملات وتصرفات محرمة و ممنوعة في دين من الأديان، كمثال سماح القانون المدني في العديد من الدول بالربا بين الأفراد أو البنوك، وينطبق على القانون التجاري ما يطبق على القانون المدني، فقد يسمح هو الآخر بمعاملات تجارية محظورة وممنوعة في دين معين.

زيادة على القانون الجنائي والقانون المدني كقوانين تنجسد فيها العلمانية تظهر مسألة الأحوال الشخصية كمجال هام لتفعيل وتطبيق هذا المبدأ، وهنا تظهر بعض الملاحظات حول العلمانية و الأحوال الشخصية :

- وجود قانون خاص بالأحوال الشخصية لا يعني غياب العلمانية فيه، لكن المهم كيفية معالجة هذه المسألة (بشكل ديني أو بشكل غير ديني علماني)، فبعض الدول توجد قوانين خاصة بالأحوال الشخصية وتكون معظم مواد هذا القانون من أصل ديني كحال قانون الأسرة الجزائري⁽²¹⁾، لكن في حالات أخرى قد يكون هناك خاص بالأحوال الشخصية لكن ليست قواعده ذات أصل ديني ، وهنا نكون أمام علمانية في الأحوال الشخصية.

- قد لا تخص مسألة الأحوال الشخصية بقانون، وتدمج هذه المسألة ضمن قوانين أخرى كحال فرنسا التي تدمج الأحوال الشخصية إلى جنب باقي المعاملات المدنية، وهذا في حد ذاته وجه من أوجه العلمانية ، حين يتم مساواة الأحوال الشخصية بالمعاملات المدنية .

- وقد توجد علمانية الأحوال الشخصية - فصل الدين عن الأحوال الشخصية - علاقات غريبة عن تلك المعروفة في الديانات ك:

- السماح بالزواج والعلاقات المثلية⁽²²⁾ .
- السماح بالارتباط خارج عقد الزواج (المعاشرة الحرة)⁽²³⁾ .
- توريث ابن الزنا أو العشيقه.

- دائما وضمن الزواج في الدول العلمانية يلاحظ أولوية وأسبقية الزواج المدني على الزواج الديني، بل لا يعتبر الزواج الديني ذي قيمة لأنه لم يسبق بالزواج المدني وقد يعرض من يسبق الزواج الديني على الزواج المدني بعقوبة كما هو الحال في فرنسا، والتي تنص المادة 433 فقرة 21 من قانون عقوباتها أنه : ” يعاقب بالحبس 6 أشهر وبغرامة 7500 أورو كل من ينظم زواج ديني بدون زواج مدني سابق له ”⁽²⁴⁾، وفي الحالة السابقة - تسييق الزواج المدني على الديني - دلالة على فصل الدين عن المعاملات والتصرفات التي يقدم عليها الأفراد في شؤونهم الشخصية .

المطلب الثاني : العلمانية في النصوص القانونية العادية المتخصصة

بعد التطرق فيما سبق إلى العلمانية في النصوص القانونية العادية العامة، وضمن تجسيد المبدأ الدستوري للعلمانية، قد يرد هذا الفصل بين الدين والدولة كذلك في القوانين المتخصصة والتي تعنى بقدر أكبر بالعلمانية مقارنة بما هو وارد في القوانين العادية. وفي ما يلي بيان لأهم ميادين القوانين المتخصصة التي ترد فيها العلمانية أو تكون سببا رئيسيا لوجودها :

ميدان الإعلام والعلمانية : يعتبر الإعلام بمختلف صوره من أهم أدوات التعبير عن الرأي، لكن كما هو حال أغلب المسائل الحياتية فإن هذا المجال يضبط بقوانين، والتي تحد أو توسع من مجال حرية الإعلام المشتقة من حرية الرأي والتعبير.

مما سبق يتضح أن القانون وبشكل أخص قانون الإعلام هو المحدد لنطاق ممارسة حرية الإعلام، هذه الحرية التي تصطدم بحريات عديدة، والتي يهمنها منها الحرية الدينية، فقانون الإعلام يحكم عليه بالعلمانية من عدمها بالرجوع إلى مدى احترامه للحريات الدينية، فإذا غلبت حرية الإعلام على الحرية الدينية يكون قانونا علمانيا.

حرية اللباس والعلمانية : أثار اللباس نقاشات عديدة حوله لاعتباره في بعض الأحيان من المظاهر الدينية، الأمر الذي يصطدم حتما بالعلمانية التي تفصل الدين عن الدولة، وتعتبر التجربة الفرنسية من أهم تجارب العلمانية وحرية اللباس.

وبالحديث عن فرنسا يجب الإشارة إلى أن حرية اللباس *La liberté de se vêtir* لا يعتبرها الاجتهاد القضائي حكمة النقض الفرنسية من ضمن الحريات الأساسية، لكنها رغم ذلك مقيدة بالعديد من القيود والتي قد تكون متعلقة بالنظام العام (كمنع التعري *Nudité*، وضرورة مراقبة الأشخاص)، أو متعلقة بضرورة ممارسة العمل (كالملايس اللازمة لحماية العامل)، أو تكون متعلقة بممارسة بعض الوظائف (الزي الرسمي للبعض الموظفين).⁽²⁵⁾

من خلال ما سبق يتضح إقصاء حرية اللباس من الحريات الأساسية، الأمر الذي يحد من ممارستها ويجعلها عرضة للتقييد بشكل أكبر من خلال القوانين، وهذا ما كان بالفعل في قوانين عديدة أهمها القانون رقم 2010-1192 المؤرخ ب 2010/10/11 المانع لإخفاء

الوجه في الفضاء العام، حيث جاءت المادة الأولى من هذا القانون بالنص على أنه : ” لا يمكن لأي أحد، وضمن الفضاء العام، ارتداء لباس مخصص لإخفاء الوجه”⁽²⁶⁾ واستثنت المادة الثانية فقرة 2 من نفس القانون بعض حالات إخفاء الوجه المرخص بها وهي:

- إخفاء الوجه المربر بدواعي صحية أو مهنية.

- إخفاء الوجه لضرورة ممارسات رياضية.

- إخفاء الوجه في الإحتفالات والتظاهرات الفنية والثراتية.⁽²⁷⁾

من خلال المادتين السابقتين يلاحظ منع إخفاء الوجه إلا في حالة الاستثناءات المرخص بها والواردة بشكل حصري كما سبق الإشارة له، والتي لم يرد اللباس الإسلامي- النقاب - من ضمنها، وهذا دليل على أن القانون رقم 2010-1192 وجد بمهدف علماني، وإن كانت السلطات الفرنسية تعتبر النظام العام سبب وجود القانون 2010/1192، فاللباس الإسلامي - النقاب - والذي ينظر له حسب القانون السابق كإخفاء كامل للوجه ، يحول حسب السلطات الفرنسية دون تمكين رجال الأمن مثلا من مراقبة هوية الشخص المرتدي للنقاب، وبالتالي سبب منع النقاب (إخفاء الوجه حسب القانون الفرنسي) هو تسهيل عملية المراقبة .

التعليم والعلمانية : إضافة إلى الميادين السابقة يظهر التعليم كميدان هام يمكن أن تطبق فيه العلمانية، والنموذج الفرنسي خير مثال، ففي عام 1882 صرح جول فاري⁽²⁸⁾ أن : ”المدرسة شعبية و مجانية و علمانية”²⁹، وقد كان سياسيا بارزا ومن أهم أسهموا في علمنة المدرسة الفرنسية، كما منعت الجمهورية الفرنسية في مارس عام 1879 الجماعات الكاثوليكية من التدريس، وطردت من وظيفة التدريس سنة 1880 قرابة 5000 أستاذ منتمي لتلك الجماعات.⁽²⁹⁾

ويدخل موضوع اللباس في علمنة التعليم كأحد أهم النقاط المثيرة للنقاش، فمنذ 1989- أوائل أحداث الحجاب في المدرسة- إلى غاية اليوم يلاحظ أن الحجاب أحد أهم المظاهر التي حالت دون علمنة المدرسة الفرنسية بالكامل، الأمر الذي دعى إلى إيجاد قوانين عديدة بهذا الشأن، أهمها قانون 2004/03/15 المتعلق بالرموز الدينية في المدارس العامة،

والذي وجه بشكل رئيسي للحجاب الإسلامي، خصوصا أنه-الحجاب- رمز ديني ظاهر عكس رموز دينية أخرى (كالصليب بالنسبة للمسيحيين و نجمة داود بالنسبة لليهود) .

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة يجب التنويه إلى نقطة مهمة اكتشفتها من خلال هذا الموضوع، والمتمثلة في أن العلمانية القانونية موضوع يحتاج لتعمق أكبر، وهذه الدراسة ليست سوى مسح ونقاش سطحي لها، فهي تحتاج لكتابات أعمق وهذا المقال لن يفيد حتما الموضوع حقها، وأشير مرة ثانية أن هذا المقال ليس سوى نبذة بسيطة عن العلمانية.

وقد تم الخروج بمجموعة من النتائج حول الموضوع ، يتلخص أهمها في مايلي :

- القواعد القانونية سواء الدستورية أو العادية تعتبر الكاشف الحقيقي لمدى تبني الدولة للعلمانية من عدمه.

- وجود العلمانية في الدستور يجعل منه مبدأ دستوري محصن من أي مساس بالتعديل أو الإلغاء في الغالب.

- وجود العلمانية في النصوص القانونية عموما والدستورية بشكل أخص قد يكون بصورة صريحة كورود مصطلحات كعلماني، علمنة وعلمانية، وقد يكون في صورة ضمنية من خلال النص على ما يوصل إلى الفكر العلماني مثل عبارة: الدولة لا تدعم أي دين.

- العلمانية ترتبط بفكرة وجود دين الدولة من عدمه، فهي تعني فصل الدين عن الدولة وبالتالي إنكار وعدم قبول وجود دين للدولة.

- يعتبر النموذج الفرنسي أهم نموذج تبني العلمانية، وقد وردت العلمانية في قواعد القانون الفرنسي العادي-قانون1905- قبل الدستور الفرنسي بقرابة نصف القرن.

- قد يعتبر النص على العلمانية في القانون العادي بمثابة ترسيخ وتأكيد لمبدأ العلمانية الوارد في الدستور، غيره أنه ليس كل دولة تنص قوانينها العادية على العلمانية سيكون دستورها حتما علمانيا، "كل دولة ذات دستور علماني قوانينها العادية علمانية، وليس كل دولة ذات قوانين عادية علمانية دستورها علماني".

- العلمانية قد ترد في القوانين العادية إلى جانب مواضيع عديدة، ويكون هذا القانون العادي عام بالنسبة للعلمانية وذلك لورود العلمانية بشكل بسيط، وقد ترد ضمن قوانين متخصصة أين يكون السبب الأساسي في وجود تلك القوانين التأكيد على العلمانية.

- تتدخل العلمانية في مجالات عدة كاللّعليم واللباس والإعلام، أين تتصارع - العلمانية- مع الحريات العامة، وهذا ما يظهر في مختلف القواعد القانونية للدول العلمانية خصوصا .

الهوامش :

(1) العلمانية ككلمة غير متوافرة في المعاجم اللغوية العربية القديمة، وقد وردت في بعض المعاجم الحديثة ومن ذلك : ماورد في معجم المعلم البستاني: "العلماني : العامي الذي ليس ياكليريكي" أي من لا يخدم الكنيسة المسيحية، وفي المعجم العربي الحديث : "علماني : ما ليس كنسيا ولا دينيا"، أي : لا يعترف بالدين. عن : محمد أحمد عبد

الغني، شجرة خبيثة، كتاب من موقع شبكة الألوكة www.alukah.net

(2) <http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B9%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%86%D9%8A%D8%A904> /08/2014 9 :00 موقع ويكيبديا، العلمانية

(3) <http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B9%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%86%D9%8A%D8%A904> /08/2014 9 :00 موقع ويكيبديا، العلمانية

(4) تظهر المعاملة الاستثنائية للقواعد الدستورية في خصوصيتها من حيث التعديل، وكذلك الحظر الحاطة به في بعض القواعد، وكذلك مرجعية القواعد القانونية الدستورية على باقي القواعد القانونية الأخرى في مسألة دستورية القواعد القانونية من عدمها.

(5) هناك دول تنص صراحة على هويتها العلمانية في دساتيرها كالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا، الهند، كندا، وهناك دول أخرى لم تذكر العلمانية في دساتيرها لكن قوانينها تنص على المساواة وعدم تفضيل أحد الأديان وحرية المعتقد، وحتى تغيير الدين بما في ذلك الإلحاد، وهي بالتالي دول علمانية، وهناك شريحة ثالثة تنص دولها على دين الدولة كالجزائر ومصر، غير أن دساتيرها تحوي المبادئ العلمانية.

<http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B9%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%86%D9%8A%D8%A904> / موقع ويكيبيديا، العلمانية/ 08/2014 9:00

(6) يعتبر توماس جيفرسن ثالث رؤساء الولايات المتحدة الأمريكية، ومن أشد المدافعين عن العلمانية في الولايات المتحدة، ويظهر ذلك في مواقف وتصريحات عدة، وفي مايلي بيان لموقف و تصريح من أهم ما ينسب إليه بخصوص العلمانية إذ صرّح: "إن الإكراه في مسائل الدين أو السلوك الاجتماعي هو خطيئة واستبداد، وإن الحقيقة تسود إذا ما سمح للناس بالاحتفاظ بآرائهم وحرية تصرفاتهم". تصريح جيفرسون جاء لوسائل الإعلام بعد أن استعمل حق النقض عام 1786 ضد اعتماد ولاية فيرجينيا للكنيسة الأنجليكانية كدين رسمي.

<http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B9%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%86%D9%8A%D8%A9>

عن موقع ويكيبيديا، العلمانية/ 08/2014 9:0004

و صرح كذلك :

« J'ai toujours considéré qu'il s'agissait d'une affaire entre l'homme et son créateur, dans laquelle personne d'autre, et surtout pas le public, n'avait le droit d'intervenir. »

D'après : <http://fr.wikipedia.org/wiki/La%C3%AFcit%C3%A9#.C3.89tymologie>

(7) <http://fr.wikipedia.org/wiki/La%C3%AFcit%C3%A9#.C3.89tymologie>

(8) « P'État turc est républicain, nationaliste, populiste, étatiste, laïque et réformateur « les six principes d'Atatürk »

D'après : <http://fr.wikipedia.org/wiki/La%C3%AFcit%C3%A9#.C3.89tymologie>

(9) <http://fr.wikipedia.org/wiki/La%C3%AFcit%C3%A9#.C3.89tymologie>

(10) Maurice barbier, pour une définition de la laïcité française, revue le débat, N°134, mars avril 2005, p4

(11) دستور أكتوبر 1958.

(12) « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale... ». Art 1 de la constitution de la république française 1958, d'après: Ferdinand Mélin-soucramanien, constitution de la république française, édition dalloz, imprimé en Italie, 2013, p 17.

(13) على العكس من الدستور الفرنسي الذي نص على العلمانية في أول مادة منه،

نص دستور المالي عليها-العلمانية- في الديباجة فقط(الفقرة الثانية من الديباجة):

« ...S'engage solennellement à défendre la forme républicaine et la laïcité de l'état... » D'après : la constitution du mali, décret n°92-0731,p01

(14) Art 1 de la constitution de la république française 1958 : «... Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de

race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances... » d'après: Ferdinand Mélin-soucramanien, Op.cit,p17.

(15) Michel fromont, la liberté religieuse et le principe de la laïcité, universal rights in the world of diversity, ACTA 17,2012, <http://www.pass.va/content/dam/scienze-sociali/pdf/acta17/acta17-fromont.pdf>

(16) Simon Bernard, la laïcité dans la constitution : coup politique ou utilité juridique ?, Agoravox le media citoyen, 29/09/2014, www.journal7.fr

(17) Ferdinand Mélin-soucramanien, Op.cit,p 104.

(18) كل دولة ذات دستور علماني قوانينها العادية علمانية، وليس كل دولة ذات قوانين علمانية دستورها علماني.

(19) تنص دساتير بعض الدول على دين الدولة، فهل تعتبر بذلك دينية؟ إن النص هنا على دين الدولة هو إشارة للدين الغالب للشعب وليس لدين الدولة، فالأصح هو قول :
يدين الشعب... بالإسلام مثلا، فدين الدولة معناه أن الدولة دينية.

(20) هناك بعض الدول كالسعودية تأخذ بنظام الحدود في قانون عقوباتها وهذا عكس العلمانية تماما، فيصبح بذلك أصل النص الجنائي هو الدين .

(21) المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

(22) المادة 515 فقرة 1 القانون المدني الفرنسي.

(23) المادة 515 فقرة 8 القانون المدني الفرنسي.

(24) Michel miaille, la laïcité, 1ere édition, édition dalloz, imprimé en Italie , 2014,p 190

(25) Michel miaille, Op.cit,p 194.

(26) Michel miaille, Op.cit,p 170.

(27) Michel miaille, Op.cit,p 171.

(28) Jules ferry né le : 05/04/1832 décédé le :17/03/1893, homme politique français, président du sénat, président du conseil des ministres français, ministre de l'instruction publique et des beaux-arts, maire de paris D'après : <http://fr.wikipedia.org/wiki/La%C3%AFcit%C3%A9#.C3.89tymologie>

(29) Deux siècle de laïcité en France : quelques repères chronologique, source : Assemblée nationale, www.akadem.org

أثر قيام المسؤولية الدولية (جبر الضرر) على انتهاك قانون النزاعات المسلحة.

بقلم الأستاذ بلخير الطيب

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الدكتور مولاي الطاهر / سعيدة / الجزائر .

مقدمة:

يستمد القانون الدولي الإنساني قواعده من مجموعة من المصادر الاتفاقية والعرفية، ويسعى لتنظيم سير العمليات العدائية وكذلك توفير أكبر قدر من الحماية لضحايا النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وقد حددت هذه النظم القانونية الأفعال التي بارتكابها يكون قد وقع انتهاكا جسيما لقواعد القانون الدولي الإنساني يستوجب ردع مرتكبيه بتوقع العقاب عليه في حالة ثبوت مسؤوليته.

وعلى مد العصور تكونت هذه القواعد لتشكل فرعا قانونيا مهما من فروع القانون الدولي العام وهو القانون الدولي الإنساني أو (قانون النزاعات المسلحة) أو (قانون الحرب) واتفق مجموعة الفقهاء منهم عبد الوهاب بياض، وجان بكتية، ومثال بيلونجي على إعطاء تعريف واسع للقانون الدولي الإنساني حيث عرفه عبد الوهاب بياض "مجموعة القواعد القانونية الدولية الإنسانية العرفية أو الاتفاقية، والتي توضع لمواجهة المشكلات الإنسانية الناجمة مباشرة من النزاعات المسلحة، هذه القواعد تحد لأسباب إنسانية حق أطراف النزاع في اختيار طرق القتال ووسائله، وهدف هذه القواعد حماية الأشخاص والأموال التي يمكن أن تتعرض للإصابة جراء النزاع المسلح". وفي نفس الاتجاه عرفت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بأنه " القانون الواجب التطبيق أثناء النزاعات المسلحة، وهو مجموعة القواعد الدولية الناجمة مباشرة عن النزاعات المسلحة دولية كانت أو غير دولية، والتي تحد لأسباب إنسانية من حق أطراف النزاع في استخدام ما يحلو لها من وسائل القتال وطرقه، وتحمي الأشخاص والأعيان التي يلحق بها الضرر أو تتعرض له من جراء هذا النزاع".

ومن خلال هذين التعريفين يمكن أن يقسم القانون الدولي الإنساني إلى قسمين: قانون جنيف وقانون لاهاي، حيث يسعى الأول لحماية ضحايا النزاعات المسلحة وتشكل

اتفاقيات جنيف لعام 1949 وبروتوكولها الإضافيين لعام 1977 مصادره الأساسية، والثاني قانون لاهاي الذي تنظم قواعده استخدام القوة المسلحة ووسائل القتال وأساليبه.

إن الانتهاك الجسيم يعتبر بمثابة جريمة حرب، والتي تتمثل في كل عمل غير مشروع صادر من عسكري أو مدني خلال فترة النزاع المسلح. وتثور إتيانه فكرة المسؤولية الجنائية الدولية للفرد وزيادة على ذلك قيام المسؤولية المدنية، وأقر مبدأ التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخالفة قوانين الحرب وأعرافها (قانون النزاعات المسلحة) ويتمثل في إصلاح الضرر ويعتبر هذا الالتزام مبدأ عاماً مسلماً به بموجب القانون الدولي العام.

ومن المستقر فقها وقضاء وكذا من خلال العمل الدولي أن مسؤولية الدولة حتى الآن هي مسؤولية مدنية تنتج عن جميع تصرفاتها غير المشروعة، وهذا ما تم النص عليه في اتفاقية لاهاي الرابعة وأكدته البروتوكول الإضافي الأول الملحق بالاتفاقيات جنيف لعام 1949 من خلال المادة 91 وهو مبدأ جبر الضرر أو التعويض نتيجة خرق أحكام ذات صلة والملاحظ أن جميع المتحاربين بصفتهن متساوين أمام قانون النزاعات المسلحة يخضعون لمراعاة هذا المبدأ أياً كان الطرف الذي تنتمي إليه الضحية ومهما كان مصير الممارك إلا أن الانتهاكات قد ترتكب من قبل طرفي النزاع على حد سواء.

وسنحاول في هذا الجزء من الدراسة إلقاء الضوء عن الأثر المترتب على ثبوت المسؤولية

في جانب الدولة والذي يتمثل في إصلاح الضرر (réparation du dommage).

والإشكالية التي نحن بصدد معالجتها تتمثل فيما يلي:

- ما هي الصور التي يتخذها جبر الضرر عن انتهاك قانون النزاعات المسلحة؟
- مع الاستعانة ببعض التطبيقات القضائية الدولية وبعض القرارات للمنظمات الدولية لتوضح هذه الصور.

وعليه سنعالج الموضوع وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: وقف الفعل غير المشروع والترضية.

المبحث الثاني: التعويض.

المبحث الأول: وقف الفعل غير المشروع والترضية

تنشأ قواعد المسؤولية الدولية التزاما قانونيا على الدولة التي ارتكبت عملا غير مشروع موجبا للمسؤولية يتمثل في إصلاح ما تسبب فيه من أضرار للآخرين، ويعتبر هذا الالتزام مبدأ عاما مسلما به بموجب قواعد القانون الدولي، وأكدته القضاء الدولي العديد من المناسبات، ويهدف مبدأ الالتزام بإصلاح الضرر على إثر انتهاك الالتزام الدولي أن يتخذ صوراً عديدة منها: الكف أو وقف الفعل غير المشروع أو اللجوء إلى الاعتذار والترضية المناسبة. (1)

وهذا ما سنعالجه من خلال المبحث الأول الذي يتضمن مطلبين:

المطلب الأول: وقف الفعل غير المشروع.

المطلب الثاني: الترضية.

المطلب الأول: وقف السلوك أو الفعل غير المشروع.

يعتبر الكف أو وقف السلوك غير المشروع صورة من صور آثار المسؤولية التي تهدف إلى إصلاح الضرر والعودة إلى الوضع السابق قبل وقوع الفعل غير المشروع دولياً، ونصت عليه المادة 02 من مشروع لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول المقدم عام 2001 بأن "ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً إذا كان هذا التصرف المتمثل في عمل أو إغفال:

أ. ينسب إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي،

ب. ويشكل خرقاً للالتزام الدولي على الدولة." (2)

والجدير بالذكر أن الفقه يصطلح على الفعل غير المشروع مصطلحات مختلفة مثل "العمل" أو "الواقعة". وقد استخدمت لجنة القانون الدولي مصطلح « **fait** » وهو يعني "الواقعة" إلا أننا نفضل استخدام مصطلح "الفعل" وهو الاصطلاح الذي ورد في الترجمة الرسمية لمشروع القانون الدولي. (3)

كما لا يصح اللجوء إلى هذه الصورة ولا الطلب إلى الدولة المنتهكة بوقف لسلوكها غير المشروع إلا في حالة ما إذا كان هذا الفعل الأخير مستمراً. ذلك أن الفعل غير المشروع قد يكون في كثير من الأحيان ناتجاً عن تسلسل عدد من الأفعال الإيجابية أو

الاعغفالات لالتزامات دولية، وأول بادرة تعتمد إليها الدولة المنتهكة لإصلاح ما خلفته من أضرار نتيجة سلوكها غير المشروع، ومن الأمثلة على هذه الصورة احتجاج المدنيين والاستيلاء على الممتلكات العامة أو الفردية، واعتقال وتعذيب الأشخاص، أو الاستيلاء على السفارات الأجنبية والاحتفاظ بممتلكاتها ووثائقها وهذه الصورة من الانتهاكات ترفق الاحتلال في كثير من الأحيان أو أثناء العمليات العدائية العسكرية، وهو ما يعد انتهاك للقانون الدولي الإنساني.

ومن التطبيقات القضائية على هذه الصورة قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية ضد نيكاراغوا عام 1986، حيث أكدت محكمة العدل الدولية هذه الفكرة، فلقد أعلنت أنه يتعين "على الولايات المتحدة الأمريكية أن توقف فوراً وتتخلى عن كل عمل يشكل انتهاكاً للالتزامات القانونية المذكورة، وعلى الولايات المتحدة الأمريكية واجب اتجاه نيكاراغوا بإصلاح كل الأضرار التي سببتها لها". (4)

وعلى ضوء هذا المثال، يتضح أنه لا يمكن طلب وقف الفعل الضار إلا إذا كان الانتهاك لا يزال قائماً ومستمراً، فإن طلب وقف الفعل غير المشروع لا يعني بالضرورة أنه حالة من حالات جبر الضرر، بل هو لا يعدو كونه مجرد مرحلة مجرد أولية تمهيداً لمراحل أخرى لاحقة تعتمد فيها الدولة المنتهكة إلى سبل أخرى لإصلاح الضرر لتقديمها التعويض المالي أو إعادة الوضع إلى ما كان عليه أو تقديم الترضية الرسمية المناسبة.

وقد أكد المقرر الخاص للجنة القانون الدولي السيد "ريفاجن" على هذه المسألة كذلك بقوله: "الواقع في الحالات العديدة التي تم فيها إطلاق سراح الأفراد أو رد السفن أو الوثائق أو الأموال... على يد الدولة المرتكبة للعمل غير المشروع بناء على مطالبة من جانب الدولة المضرورة، أو بموجب حكم صادر عن هيئة قضائية دولية، فإن الأمر على ما يبدو كان منطوياً على وقف الانتهاك لا على جبر أو على تعويض كامل بمعناه المحدد".

وفي نفس الاتجاه ذهبت لجنة القانون الدولي بموجب المادة 30 من مشروعها النهائي عام 2001 بشأن مسؤولية الدول حيث جاء النص كالاتي "على الدولة المسؤولة عن الفعل غير المشروع التزام بأن:

أ. يكف عن الفعل إذا كان مستمراً،

ب. تقدم التأكيدات والضمانات الملائمة بعدم التكرار إذا اقتضت الظروف ذلك". (5)

المطلب الثاني : الترضية Satisfaction

عرفت اللجنة القانون الدولي العام الترضية في تعليقها على مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة، بأنها وسيلة لجبر الضرر في حالات الخسائر الغير مادية التي تلحق بالدولة والتي لا يمكن تحديد مقابل مادي لها إلا بطريقة نظرية تقريبية أو جبر الضرر عن الخسائر غير القابلة للتقييم المادي والتي قد ترقى إلى درجة الإهانة للدولة.

فالترضية قيام الدولة بالإعلان عن عدم إقرارها للتصرفات الصادرة عنها أو عن أحد أجهزتها وهذا بالاعتذار عنها أو معاقبة مرتكبيها... وغالبا ما تكون في حالات الضرر المعنوي وتكون إما باعتذار رسمي أو مذكرة دبلوماسية تعترف فيها الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع بخطئها. (6)

وقد طبقت محكمة العدل الدولية وسيلة الترضية في قضية مضيق كورفو عام 1949 حينما قررت أن الفعل الذي قامت به بريطانيا في مياه ألبانيا. حينما قامت بريطانيا بإزالة الألغام من المضيق دون موافقة ألبانيا يعد مخالفة دولية حيث جاء في حكم المحكمة "إن الفعل الذي قامت به بريطانيا في المياه الألبانية دون موافقة ألبانيا يعتبر مخالفة وانتهاكا لسيادة ألبانيا..." وأضافت المحكمة "...إن الإعلان عن عدم مشروعية هذه الأفعال يعد في حد ذاته تررضية ملائمة لحكومة ألبانيا". وكذلك في قضية (Rainbow Worriors) بين فرنسا ونيوزيلندا في 30 أبريل 1990، فلقد تم إغراق السفينة (Rainbow Worriors) في ميناء أوكلاند بنيوزيلندا عام 1985 من قبل عملاء تابعين لأجهزة المخابرات الفرنسية كانوا قد استعملوا جوازات سفر سويسرية للدخول إلى نيوزيلندا. وقد طالبت هذه الأخيرة بأن تقدم فرنسا اعتذارا غير مشروط فضلا عن دفع مبلغ 9 ملايين دولار على سبيل التعويض، غير أن فرنسا بالرغم من إقرارها واعترافها بمسؤوليتها عن الحادث، رفضت دفع التعويض، وتدخل الأمن العام للأمم المتحدة بعد أن عرض عليه النزاع في إطار تحكيم عام 1986، حيث طالب فرنسا بتقديم اعتذار رسمي ودفع مبلغ 7

ملايين دولار لنيوزيلندا كشكل من أشكال الترضية. ثم عرض النزاع بعد ذلك على هيئة التحكيم عام 1990 حيث جاء في حكم المحكمة: "إن إدانة فرنسا ونشر هذه الإدانة أمام الرأي العام بشكل ترضية مناسبة عن الأضرار القانونية والمعنوية إلى دولة نيوزيلندا" (7). وكذلك من الأمثلة التي يمكن ذكرها في هذا المقام حادثة الغواصة السوفيتية (سابقا) "Wiskey 137" ظهر الاعتذار كذلك كأسلوب مناسب لجبر الضرر. فلقد أقدمت هذه الغواصة العسكرية في 1981/10/27 على اختراق المياه الإقليمية السويدية والرسو بقاع مياهها رسوا تاما دون علم ولا إذن من الحكومة السويدية، وقد استنكرت هذه الأخيرة هذا الاختراق واعتبرته عملا غير مشروع ومساسا بالقواعد المنطبقة على الإقليم السويدي كما أرسلت احتجاجها الشديد بموجب مذكرة دبلوماسية إلى الحكومة السوفيتية (سابقا) التي قبلته وقدمت اعتذارها الرسمي السويد في 1981/10/30 وانتهى النزاع إلى هذا الحد.

إلا أنه يلاحظ أن طبيعة الاعتذار وطريقة تقديمه تختلف عن طبيعة الرد العيني أو التعويض المالي، كان الاعتذار في كثير من الأحيان ذا طبيعة سياسية و يصعب فهمه أو تحديده من الناحية القانونية، وكثيرا ما كان مقرونا بالتعسف وخاصة من طرف الدول الكبرى التي استخدمته لإذلال الدولة الضعيفة، فلقد استخدمته إيطاليا مثلا القوة العسكرية واحتلت به شبه جزيرة كورفو لإجبار اليونان على الاعتذار بقوة السلاح على اثر مقتل الجنرال (Tellien) عام 1923.

ولهذا السبب شطب مؤتمر تدوين القانون الدولي المنعقد بلاهاي عام 1930 الاعتذار من جدول أعماله، إلا أن لجنة القانون الدولي العام بالرغم من الاعتبارات السابقة في موضوع الترضية والاعتذار وحددت صورته وشروطه في المادة 37 من مشروعها النهائي بشأن مسؤولية الدول فنصت على أن "1- على الدولة المسؤولة عن الفعل غير المشروع دوليا التزام بتقديم ترضية عن الخسارة التي تترتب على هذا الفعل إذ يتعذر إصلاح هذه الخسارة عن طريق الرد أو التعويض.

2- قد تتخذ الترضية شكل إقرار بالخرق، أو تعبير عن الأسف أو اعتذار رسمي أو أي شكل آخر مناسب.

3- ينبغي ألا تكون الترضية غير مناسبة مع الحسارة ولا يجوز أن تتخذ شكلا مذلا للدولة المسؤولة". (8)

المبحث الثاني: التعويض (compensation)

إن الالتزام بالتعويض هو الأثر القانوني لقيام المسؤولية الدولية والنتيجة الطبيعية لها، وقد سبق لمحكمة العدل الدولية الدائمة أن قررت بوضوح في حكمها الصادر بتاريخ 1928/09/13 بشأن قضية شورزوف (**Chorzow**) حيث ذكرت بأن: «إصلاح الضرر يجب أن يحو بقدر الإمكان كافة الآثار المترتبة على العمل غير المشروع ويعيد الحال إلى ما كانت عليه كما لو لم يرتكب هذا العمل». (9)

هذا ويترتب على ثبوت مسؤولية الدولة على انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني نشوء التزام على عاتقها يتمثل في تعويض الضرر الذي سببه هذا الانتهاك وهو ما نص عليه البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 والملحق لاتفاقيات جنيف 1944 حيث ورد بالمادة 91 منه ما يلي: «يسأل طرف النزاع الذي ينتهك أحكام الاتفاقيات أو هذا الملحق عن وقع تعويض إذا اقتضت الحال ذلك ويكون مسؤولاً عن كافة الأعمال التي يقترفها الأشخاص الذين يشكلون جزءاً من قواته المسلحة». (10)

وتعويض الضرر المترتب على انتهاك قانون المنازعات المسلحة (القانون الدولي الإنساني) يمكن أن يسبب يحمل الدول على الالتزام بعدم الخروج عن أحكام قواعد هذا القانون.

والذي ستعالجه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الرد العيني.

المطلب الثاني: التعويض المالي.

المطلب الأول: الرد العيني وإعادة الحال إلى ما كانت عليه Restitution

يقصد بالرد العيني أن على الدولة التي ارتكبت فعلا غير مشروع ضد دولة أخرى واجب إعادة كل ما استحوذت عليه من ممتلكات أو أشياء أو أموال أو أوضاع قانونية أو واقعية إلى الدولة الضحية وعلى حالتها الأولى وطبيعتها الأصلية قبل وقوع الفعل

الضار. ويعد هذا الإجراء الصورة الأصلية لإصلاح الضرر، بحيث لا يتم اللجوء إلى التعويض النقدي وغيره إلا إذا أصبح الرد العيني أمر غير ممكن. (11)

ويحقق إعادة الحال إلى ما كانت عليه بإحدى الوسيلتين: الأولى وهي مادية وهي تتمثل في إعادة الأشياء التي تم الاستعلاء عليها بطريقة غير قانونية كإعادة الأقاليم التي تم احتلالها، أو رد الأموال التي تمت مصادرتها من الأجانب أو إعادة الممتلكات التي تم نزعها... الخ

أما لوسيلة الثانية فهي قانونية وهي تتمثل في إلغاء أو تعديل أي إجراء أو قانون أو قرار إداري أو حكم قضائي بما يؤدي إلى إزالة الانتهاك وإعادة الحال إلى وضعيته السابقة التي كان عليها. (12)

ويحدد الرد العيني أساسه في مبدأ من مبادئ القانون الدولي ألا وهو أن المعتدي لا يمكن أن يجني ثمار عدوانه أو بمعنى آخر فإن المنتهك لقواعد القانون الدولي أن يحتفظ بما أخذ ويكفي بالتعويض النقدي مقابل ما يحتفظ به فيقرر أوضاعاً جديدة نتيجة عدوانه ثم يعتبر ما أخذ غنيمة وهذا ما أكدته المادة 5 من اتفاقية تعريف العدوان بنصها إلى ما يلي "ليس قانوناً، ولا يجوز أن يعتبر كذلك، أي كسب إقليمي أي غنيم خاص ناجم عن ارتكاب العدوان".

ومن التطبيقات القضائية والمعاهدات التي بينت الرد العيني:

- معاهدات السلام التي أبرمت بعد الحرب العالمية الثانية لم تعترف بإجراءات الضم التي قامت بها دول المحور خلال الحرب العالمية الثانية (ضم النمسا وتشيكوسلوفاكيا سابقاً) (الألزاس واللورين، أثيوبيا وألبانيا) وانطلاقاً من هذا المبدأ فقد أعيدت إلى الدول الأصلية.

وفي العام 2001 توصلت روسيا وبلجيكا إلى اتفاق بشأن إعادة الخفوظات العسكرية إلى بلجيكا، والتي سرقها النازيون أثناء الحرب العالمية الثانية وأخذت ها القوات السوفيتية (سابقاً) إلى موسكو فيما بعد، ووافقت روسيا على إعادة هذه الخفوظات شريطة أن تدفع لها كلفة الحفاظ عليها. وكذلك من الأمثلة على الرد العيني في النزاعات المسلحة الاتفاق بشأن الأشخاص اللاجئيين والنازحين، الملحق باتفاقيات (دايتون)، والذي أنشأ

اللجنة الخاصة بالادعاءات بشأن عقارات الأشخاص النازحين في البوسنة والهرسك، الذي ينص على أن "للأشخاص اللاجئين والنازحين الحق في استرداد الممتلكات التي حرّموا منها خلال العمليات العدائية منذ عام 1991. (13)

وأثناء الحرب العالمية الثانية، قامت القوات الألمانية بسلب كل ما وقع تحت أيديها من مقتنيات المتاحف والقصور والمكتبات العامة لاسيما في الاتحاد السوفيتي (سابقا)، حيث أدانت المحكمة العسكرية الدولية لمعاقبة مجرمي الحرب لمعاقبة مجرمي الحرب (نورمبرغ) والتي أنشأت عام 1945 هذه الأفعال، واعتبرتها جرائم حرب لأنها تمثل انتهاكات جسيمة لاتفاقيات لاهاي. حيث رفضت المحكمة دفاع المتهمين بأنهم استولوا على هذه المقتنيات بهدف الحفاظ عليها بوصفها تراثا ثقافيا للبشر جميعا، وعليه فإن القاعدة الوحيدة التي تعتبر مصدرا لإلزام الدول بإعادة الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة هي قاعدة عرفية تقضي بأن العمل غير المشروع لا يرتب حقا لمن قام به، فإن يستولي على ممتلكات ثقافية أثناء نزاع ملح فإن مالكها الأصلي حق استردادها.

المطلب الثاني: التعويض المالي

ومفاده أن التزام الدول بدفع مبلغ من المال كتعويض عندما يتعذر عليها إعادة الحال إلى ما كان عليه، أو عندما يكون هناك أضرار لا يكفي إصلاحها التعويض العيني وحده. فيصبح التعويض المالي مكملا له والقاعدة العامة أن التعويض يجب أن يكون مساويا للضرر فلا يحكم بأقل من الضرر حتى لا يترتب على ذلك إثراء المضرور دون سبب مقبول من الواقع أو القانون. (14)

ويرى غالبية الفقهاء عدم جواز إطلاق وصف العقوبة على التعويض الذي تلتزم الدولة بتقديمه جبرا كما تواترت على تأييد هذا الرأي أحكام المحاكم الدولية، ويعلل ذلك الرأي على اعتبار إن الدولة شخص معنوي لا قصد له، ولا إرادة له، ومن ثم لا يتصور أن تكون مجرما، فضلا عن أنه هناك سلطة دولية تتولى فرض العقوبات على كل من يخل بالتزامات الدولية.

وغالبا ما يتم الاتفاق على مبلغ التعويض عن طريق قيام الأطراف المعنية بتشكيل لجان مشتركة للتعويض تتولى تحديد قيمتها وطريقة دفعها، أو اجري مقابضة بين المطالبات

المختلفة التي يدعيها كل طرف في مواجهة الطرف الآخر، وإذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف المتنازعة فإن الأمر يحال إلى التحكيم والقضاء الدول، ونظرية التعويض المالي عن الأضرار والخسائر الناجمة عن الفعل غير المشروع كما أنها كانت في بداية تطبيقها أكثر ارتباطا بالتراعات المسلحة. فكثيرا ما كان الفرض على الطرف الخارب المهزوم دفع مقابل مالي للطرف المنتصر كتعويض عن الخسائر التي سببتها الحرب، ويحدد مقدار التعويض بالاتفاق بين أطراف النزاع أو بمقتضى معاهدة أو بواسطة التحكيم. (15) ومن الأمثلة التقليدية التي أخذ فيها بالتعويض المالي في الحروب، الحرب بين نابليون ودول الحلفاء التي انتهت سنة 1815، حرب الانفصال الأمريكية بين قوات الشمال وبين قوات الجنوب المعروفة بقضية الألاباما لسنة 1872، حيث فرض التحكيم على بريطانيا تقديم مبلغ مالي كتعويض عن خرقها قواعد الحياد وتدخلها في الأطراف المتنازعة، وكذلك التعويضات التي فرضت على الدول المهزومة في الحرب العالمية الأولى 1918/1914 وبشكل خاص تلك المفروضة على ألمانيا إذا كان أثر هذه التعويضات بالغ التأثير بل و شديد التدمير على الاقتصاد الألماني، حيث تم بموجب معاهدة فرساي 1919 إلزام ألمانيا بدفع مبلغ 780 مليون مارك لدول الحلفاء. ومن الأمثلة الحديثة عن المسؤولية الدولية والتعويض بوصفة أترا من آثارها تبرز قضية اجتياح العراق للكويت حيث حملت الأمم المتحدة (من خلال قرارات مجلس الأمن الدولي) العراق المسؤولية عن هذا العمل غير المشروع إذ جاء في قرار مجلس الأمن المرقم 674 سنة 1990 (يذكر العراق بمسؤولية بموجب القانون الدولي عن أية خسائر أو أضرار أو إصابات تنشأ فيما يتعلق بالكويت والدول الأخرى ورعاياها وتركاتها نتيجة لغزو العراق واحتلاله غير المشروع للكويت) كما أشارت المادة (16) من قرار مجلس الأمن الدولي المرقم 787 سنة 1991 إلى أن العراق (مسؤول بمقتضى القانون الدولي عن أية خسارة مباشرة أو غير مباشرة بما في ذلك الضرر اللاحق بالبيئة واستنفاد المواد الطبيعية)، بل إن مجلس الأمن الدولي قد ذهب إلى أكثر من هذا في سابقة خطيرة إلى حد التدخل في قيمة النسبة التي يدفعها العراق إلى صندوق التعويضات إذ حددت بما يعادل 30% من القيمة السنوية لمصادراتها النفطية طبقا لقرار المجلس المرقم 1991/715 وبذلك يكون مجلس الأمن قد تجاوز صلاحياته وحدود اختصاصاته، فمسائل تحديد التعويض أو نسبها كما هو

معلوم من اختصاص محكمة العدل الدولية وفقا لما جاء في المادة (02/36) ممن النظام الأساسي للمحكمة. (16)

الخاتمة :

من النتائج المستخلصة من هذه الدراسة أن أشكال وطرق الجبر، نصت عليها مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا والمتمثلة في هذه الحالة عن الانتهاكات في حق ضحايا النزاعات المسلحة بفرعيها الدولية وغير الدولية، إلى جانب استعمال وسائل غير مشروعة في القتال وزيادة على ذلك في الضرر الذي يلحق بالأعيان المدنية والثقافية. ومن طرق إصلاح الضرر الرد أو التعويض أو الترضية أو الجمع بين هذه الأشكال جميعا، إلا أنه في كثير من الأحيان أن هذه الوسائل المعتمدة في إطار قواعد القانون الدولي العام لا تردع المنتهكين لهذه القواعد، مما يجعل مبرر للمجتمع الدولي للبحث عن وسائل وعقوبات أخرى تتضمن نوعا من الإكراه تمديد بما الدول المخالفة من أجل حملها عن الكف في الاستمرار في ارتكاب هذه الانتهاكات، ومن بين هذه الوسائل الجزاءات السياسية التي نذكر منها على سبيل المثال قطع العلاقات الدبلوماسية، وقف العضوية في منظمة الأمم المتحدة، السخط،... الخ. أو العقوبات المتضمنة الإكراه كالعقوبات الاقتصادية والعقوبات العسكرية إلى جانب ملاحقة الأفراد الذين ينتهكون قواعد القانون الدولي الإنساني أمام محاكم الجنائية الدولية.

الهوامش :

- 1- زيارة لخضر، أحكام المسؤولية الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار الهدى للطباعة والنشر، عين ميلة، 2011، ص513.
- 2- المادة 02 من مشروع لجنة القانون الدولي النهائي حول المسؤولية الدولية الذي اعتمده اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين في أوت 2011.
- 3- زيارة لخضر، نفس المرجع السابق، ص514.
- 4- همس رضا، المسؤولية، دار القافلة للنشر والطباعة والتوزيع، سنة 1999، ص83.
- 5- المادة 30 من مشروع المسؤولية الدولية.

- 6- نبيل محمود حسين، الحماية الجنائية لضحايا الجريمة في القانون الدولي الإنساني، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2009، ص 230
- 7- زارة لخضر، نفس المرجع السابق، ص 513.
- 8- المادة 37 من نفس المشروع.
- 9- عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الانسان واللجنة الدولية للصليب الأحمر، 1997، ص 98.
- 10- مادة 91 من البروتوكول الأول الاضافي الملحق باتفاقيات جنيف 1949.
- 11- خلف محمد رمضان الجيوري، أعمال الدولة في ضل الاحتلال، دار الجامعة الجديدة، سنة الطبع 2010، ص 58.
- 12- زارة لخضر، المرجع السابق، ص 519.
- 13- نجاة أحمد أحمد ابراهيم، المسؤولية الدولية عن انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني، دار النشر منشأة المعارف الإسكندرية 2009، ص 312.
- 14- همس رضا، المرجع السابق، ص 87.
- 15- مريم ناصري فعالية العقاب على الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، سنة الطبع 2001، ص 252.
- 16- مريم ناصري، نفس المرجع السابق، ص 253.

نظام الولاية في إبرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث

بقلم الدكتورة الياس مسعودة نعيمة

جامعة الدكتور الطاهر مولاي /سعيدة/الجزائر .

المقدمة :

الولاية في الزواج من الموضوعات الوثيقة الصلة بحياة الأفراد، ومن الموضوعات التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بهالة من القدسية والإحترام والتي قيدها المشرع بضرورة إتباع إجراءات معينة. ذلك أن عقد القران من أقدس الروابط التي تنشأ بين الرجل والمرأة، وإعتبره الله سبحانه وتعالى ميثاقا غليظا⁰. فهو عقد ديني ومدني في آن واحد، ولذلك ليس كغيره من العقود الأخرى، لما له من آثار لا تنعكس على الزوجين فحسب، بل على أسرتهما وعلى المجتمع ككل.

وقد نظرت الشريعة الإسلامية نظرة خاصة لعقد الزواج، حتى في مرحلة الإعداد والتحضير، ففي هذه المرحلة بالذات يتجلى تطبيق نظام الولاية، فما المقصود بنظام الولاية في الزواج؟ وما مدى إعتبارها شرطا لصحة عقد الزواج؟ وما حدودها؟ وعلى من تثبت؟ وكيف عالج المشرع الأسري هذا النظام؟

1-تعريف الولاية وأسباب ثبوتها، وحدود ووظيفة الولي في إتمام الزواج

للخوض في موضوع الولاية يجب التعرف أولا على معناها اللغوي والفقهية، ودور الولي في عقد الزواج بالذات دون غيره من العقود

أ- تعريف الولاية: الولاية لغة بفتح الواو وكسرها مصدر لفظ ولي، فيقال فلان ولي الشيء إذا ملك أمره² ، وللولاية في اللغة ثلاث معان:

أ- النصرة، قال الله تعالى "والله ولي المؤمنون"³ أي ناصرهم.

ب- السلطة، لأن كون الشخص ذا ولاية على شيء فهو ذو سلطة عليه، فيقال السلطان ولي الأمر.

ج- تولي الأمر والتصرف فيه، لأن من ولاه الشرع والقانون على قاصر أو مجنون أو معتوه فقد ولاه أمر إدارة شؤونه والتصرف فيها.

والولاية إصطلاحاً، هي حق منحته الشريعة الإسلامية لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره، رضي الغير أو لم يرض. وسببه أحد أمرين، أولهما عجز الذي ينفذ القول عليه، وثانيهما قصور أهليته عن التصرف بنفسه⁴.

وهي أيضاً سلطة ثابتة لشخص بالغ عاقل، تخوله القدرة على إنشاء التصرفات الشرعية النافذة لنفسه ولغيره، ومحل هذه التصرفات إما أن تكون متعلقة بمال المولى عليه فتشمل المتاجرة في أمواله وممتلكاته وعقاراته، والبيع والشراء لمصلحته، وتسمى بالولاية على المال. وإما أن تكون متعلقة بشخص المولى عليه، فتشمل تعليمه وتطبيبه والعناية به، وترويجه، وتسمى هذه الولاية بالولاية على النفس والمال معاً، فتشمل شؤون المولى عليه المالية والشخصية⁵.

11- أسباب ثبوت الولاية: من خلال التعريف السابق يتضح أن الولاية حق لمن ثبت له، ولكن حتى يكتمل المعنى لابد من البحث في سبب ثبوتها والذي يرجع الى عاملين أساسيين:

أ- نقص الأهلية: فثبت الولاية على ناقص الأهلية، ليتولى الولي مباشرة العقود والتصرفات بدلا من المولى عليه، سواء كانت ذات صبغة مالية أولاً. والعلة من ذلك أن صغر السن يمنعه من حسن تقدير الأمور، ومن إدارة أعماله ومصالحه، كما أنها تثبت على الجنون والمعتهو والسفيه، لنقص أهلية هؤلاء، وسوء تقديرهم لعواقب الأمور، ولهذا جعل المشرع⁶ هؤلاء ولها يباشر الأمور الخاصة بهم سواء كانت ذات صبغة مالية أو أنها أمور خاصة بشخصه كتطبيبه وتعليمه.

ب- الأوثنة: تعد الأوثنة من أسباب الولاية بذاتها من غير أن تكون مرتبطة بصغر سن أو آفة من آفات العقل. وتثبت الولاية على الأنثى لسببين إثنين هما:

أولهما: كون المرأة بطبيعتها تكوينها عرضة لآفات المجتمع أكثر من الرجل، وأن المرأة إذا أصيبت في شرفها أو سمعتها فإن الخزي لا يلحقها وحدها، بل يلحق أسرتها كذلك، ولا يمكن المحافظة على الأنثى إلا بمشاركة في المحافظة على نفسها، وأن هذا الشريك لا يكون إلا من أسرتها لأن ما ينفع الفتاة ينفعه وما يلحق بها العار يلحقه به. بالإضافة إلى أن

المرأة بطبيعته تكوينها النفسي عاطفتها قوية لما هيأها الله به من شرف لأومومة وإرضاع أطفالها، وأن قوة العاطفة هذه تجعل صاحبها عرضة للتأثر⁷.

ثانيهما: قوامة الرجل على المرأة، وذلك لقوله تعالى "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم عن بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله"⁸.

وبهذا فقد جعل الله سبحانه وتعالى للرجال قوامة على النساء بسبب ما فضل به تكوين الرجال، فجعل العقل مسيطرا على أفعالهم، وذلك لأنهم يتحملون أعباء كسب القوت، في حين جعل قوامة المرأة داخل بيتها في المحافظة على أسرتهما ورعاية الأبناء.

وليست قوامة الرجل هذه قهرا وإذلالا وتحكما، بل هي حماية ورعاية وقيام بالواجب، وليست مجرد إستمتاع بحق، فليست حقا خالصا للرجل ولكنها واجب عليه يراعاه حق رعايته. وهذا خلافا لما يدعيه بعض فقهاء الغرب من أن الولاية هي حق مطلق وسلطة تحكم بدون حدود ولا قيود ومنافية لمبادئ الحرية في الزواج⁹، كما قد سار القضاء الفرنسي في الجزائر على تكييف المؤسسات الإسلامية بالتأخير والتحجر وذهب إلى اعتبار نظام الولاية في الزواج بأنه وحشي وحشن أو فظ¹⁰.

وفي فترة ما بعد الإستقلال فقد إستقر القضاء على إعتبار الولي ركنا في العقد وذلك حتى قبل صدور قانون الأسرة، فقد قضت المحكمة العليا في 1966/12/7 بأنه "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الزواج المنعقد بدون رضا ولي الزوجة هو زواج باطل بطلانا مطلقا ومن ثم يجوز للقضاء أن يحكم به من تلقاء نفسه"¹¹.

وبصدور قانون الأسرة سنة 1984 ذهب المشرع إلى إعتبار نظام الولاية في الزواج نظام حماية ورعاية وجعلها ركنا في الزواج، ومنع الإجبار في إستعمالها. وهذا ما إستقر عليه القضاء أيضا، حيث إعتبر الولاية ركنا لا يتعقد الزواج بدونها، وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى في 1989/1/2 أنه "من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أربعة أركان هي: صداق، صيغة، رضا الزوجين، شاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الشاهد الأول صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق وأن الشاهد الثاني صرح أنه استدعي لحفلة عشاء، ولا يعرف شيئا عن الزوج والزوجة، فإن قضاة

الإستئناف قضوا برفض الدعوى لعدم التأسيس لإنعدام ركنين هما الولي والصداق"12. ولم يقف التشريع ولا القضاء عند هذا الحد بل تصدى كل من جانبه إلى إساءة إستعمال هذا الحق.

2- حدود ووظيفة الولي في إتمام زواج المولى عليها :

إذا كان الولي شرطاً من شروط الزواج، فهل يكون للولي حق ترويح من في ولايته بدون موافقتها؟ وهل يصح للمرأة أن تعقد زواجها بغير وليها إذا لم يكن موافقاً على ذلك؟ للإجابة عن ذلك أتعرض إلى آراء الفقهاء ثم إلى موقف المشرع.

1- آراء الفقهاء بشأن الولاية في الزواج : إنقسم الفقهاء بشأن الولاية في الزواج إلى فئتين .

أ- القائلين بإشتراط الولاية في النكاح وأدلتهم: ذهب فريق من الفقه إلى إعتبار الولاية ركن في الزواج وأنه لا يمكن أن يتعقد بإنعدام ركن الولي، ولهم أدلة، فمن الكتاب قوله تعالى "فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"13.

أما من السنة فدليلهم قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي"14 . كما أنه صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة رضي الله عنها إعتذرت بأعذار من جملتها أن أولياتها غيب، فقال عليه الصلاة والسلام ليس في أولياتك من لا يرضى، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله"، ولم يقل لها أنكحي أنت نفسك ، مع أنه مقام البيان15.

ب- القائلين بعدم إشتراط الولاية في النكاح وأدلتهم : ذهب جانب من الفقه إلى القول أن الولي لا يعد شرطاً لصحة النكاح ودليلهم في ذلك قوله تعالى "فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"16. ووجه الإستدلال بهذه الآية على عدم إشتراط الولي في النكاح أن هذه الآية ليس فيها أكثر من هي قرابة المرأة أن يمنعها من النكاح، وليس فهمهم عن العضل ما يفهم منه إشتراط إذهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً17.

أما أدلتهم من السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم "الأم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها صماتها"18.

ومن خلال هاذين الرأيين يتبين طبيعة الحق الذي يخوله الشرع للولي، فهو حق له ولكنه ليس حقا مطلقا، وإنما يأتي لتسمة إرادة المولى عليها، فهو حق مشاركتها في إتمام الزواج حسب صفتها إن كانت بكرا أو أيما. فذهب الفقهاء إلى أن الولاية قسمان، ولاية إجبار وولاية إختيار. فولاية الإجبار تخول لمن منحه الشرع إياها إجبار المولى عليها في التزويج إما بسبب الصغر أو الجنون أو البكارة، وبالتالي لا يكون للمولى عليها إختيار أمام هذا الزواج فلا يؤخذ رأيها في الزواج ولا في المهر ولا في شيء مما يتعلق بذلك¹⁹.

ولكن ذلك ليس رأيا متحجرا وإتجاها لتقييد حرية المرأة، لأن الولي مقيد في كل هذا بشرط الكفاءة، لأن الزوج إذا لم يكن كفتنا كان للمولى عليها خيار الفسخ، وبالتالي فمعيار الكفاءة الذي يحقق مصلحة المولى عليها هو الحد الفاصل بين إستعمال الولي لحقه إستعمالا مشروعاً، وبين إستبداده وتعسفه في الإستعمال. وقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن فتاة بكرا أتت إليه تشكو له أباه الذي زوجها وهي كارهة فخيرها بين البقاء وفسخ العقد²⁰.

وقد جاء هذا لرد عادات كانت مستفحلة في الجاهلية، إذ كان الرجل إذا مات كان أولياؤه أحق بإمراته من ولي نفسها، إن شاء بعضهم زوجها وإن شاؤوا لم يزوجوها، وكان الرجل كذلك يرث المرأة ذي قرابة فيعضلها حتى تموت أو ترد إليه صداقها، فأحكم الإسلام عن ذلك. فإذا خيف على المرأة ولم ترد أن تتزوج فإنما تجبر على الزواج ولا يكون الجبر هو الأب بل القاضي وذلك حتى تكون في عصمة زوج يمنعها من الفساد، ولا بد أن يكون كفتنا لها وبمهر المثل²¹.

وقد ذهب الحنفية إلى أنه للمرأة أن تزوج نفسها بغير إذن وليها وزوجها صحيح لا إعتراض عليه وهذا هو الرأي الراجح في المذهب الإمامي²². وذهب الجمهور إلى أن الزواج لا ينعقد بعبارة النساء مطلقاً ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة، وليس لوليها أن يجبرها إذا كانت بكرا، وعند مالك له أن يجبر البكر إلى أن تبلغ الثلاثين أو الثالثة والثلاثين²³.

ولقد سألت الإمام مالك امرأة ولها ابنة في حجرها وقد طلق الأم زوجها عن ابنة له منها، فأراد الأب أن يزوجه من ابن أخ له، فأتت الأم إلى الإمام مالك فقالت له إن لي

ابنة وهي موسرة مرغوب فيها، وقد أصدقت صداقا كثيرا فأراد أبوها أن يزوجه من ابن أخ له معدما لا شئ له، أفترى لي أن أتكلم، قال نعم إني أرى لك في ذلك متكلمًا، إني أرى أن نكاح الأب إياها جائزا عليها إلى أن يأتي من ذلك ضرر فيمنع من ذلك²⁴.

11- موقف المشرع الجزائري من تولى المرأة لعقد الزواج : لا خلاف في أن المشرع الجزائري جعل من الولاية ركنا من أركان الزواج التي لا يصح بدونها، ولكن موقفه بشأن دور الولي في عقد النكاح عرف تعديلا بعد صدور الأمر 05-02 و التي جعلته عرضة لهالة من التعليقات والإنقادات .

أ- قبل صدور الأمر 05-02: كان المشرع سابقا يفرق بين حالتين بشأن دور الولي في الزواج، الأولي يكون له فيها حق الاعتراض على الزواج ومنع من في ولايته من إتمامه دون أن يكون ذلك ظلما منه ولا تعسفا، مادام المشرع قد حدد صفة في المولى عليها وهي البكارة. وبمفهوم المخافة لا يمكن له في الحالة الثانية منع غير البكر من الزواج. وأقفل المشرع على الولي أبا كان أو غيره باب الإيجاب في الزواج مطلقا سواء للبكر أو لغير البكر. إلا أن هنالك ثمة إشكال كان يطرح آنذاك هو في حالة ما إذا رغبت المرأة في الزواج من رجل ورفض وليها إتمام هذا الزواج؟

كانت المرأة إذا بلغت سن أهلية الزواج، وأرادت أن تتزوج من شخص أهل للزواج، وكان كفنا لها ويسعدها في حاضر ومستقبل حياتها معه، فإن من حقها أن تتحدى إرادة والدها وتتزوج سواء رضي بهذا الزواج أو لم يرض. وإذا هو إعترض على زواجها ووقف في طريقها أو قرر أن يمنعها من إبرام العقد فإن المشرع كان يسمح لها برفع أمرها إلى القاضي لتطلب منه إذنا بالزواج بمن رغبت فيه²⁵ .

وقد عرف القضاء تطبيقات لهذا المبدأ فقد جاء في قرار للمحكمة العليا في 1993/3/30 أنه "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان الأصلاح لها، وإن وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أركانه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن البنت راشدة وعبرت عن رضاها، وأن الراغب في زواجها معلم وله مسكن، فإن والدها الطاعن لم يشر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج، لذا فإن

قضاة الموضوع كانوا على صواب لما رخصوا للمطعون ضدها بالزواج مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه"26.

ب- بعد صدور الأمر 05-02: بصدر هذا الأمر المعدل والمتمم لقانون الأسرة قامت هالة كبيرة بشأن ماتعلق منه بنظام الولاية في الزواج، إلا أنه من خلال إستقراء نصوصه فإنه لم يعط على الإطلاق للمرأة حق إبرام عقد الزواج دون ولي ولو كان يشترط موافقتها صراحة. حيث تنص المادة11 منه على أنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

فالزواج بالنظر الى نصوص الأمر 05-02 لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها، وقد يرى البعض أن هذا حط من قيمة المرأة، وهضم لحقوقها بما لا يتماشى ومطامح المرأة المعاصرة ووضعها الحالي في المجتمع، إلا أن تدخل الولي في الزواج حصانة لها حتى لا تتخدد بالمظاهر، وإنما تركز إلى ولي يشاركها في إختيار زوجها، ويتفحص معها ظاهر الأمور وباطنها، ذلك أن المرأة عاطفية بطبيعتها، سهلة الإغترار، وتدخل الولي ضروري أيضا حتى يظهر أن المرأة لم تتولى الركون إلى الرجل وحدها دون علم ذويها، لأن ذلك أول مظاهر النكاح الشرعي. كما أن قيام الولي بعقد الزواج بهيئته وعشيرته وأنصاره، وخيرته ليكونوا حماة هذه المرأة والذائدين عنها27.

وإذا كان المشرع سابقا سمح للمرأة باللجوء الى القضاء ليرفع عنها القاضي ظلم وليها لها، في حالة إمتناعه عن إتمام الزواج، رغم أن الزوج كفى وصالح لها، وما ينتج عن ذلك من حرج لها ولوليها، أصبح لها الآن حق إختيار ولي يتولى عقد زواجها، لأن الولي يستعمل حق الولاية في الأصل لتحقيق مصلحة هي في الحقيقة مصلحة من في ولايته، إلا أنه قد يمتنع عن تزويجها لأنها عاملة، وأنه يستولي على مرتبها كل شهر، أو أن يدعي بأن نسب هذا المتقدم للزواج بمن في ولايته لا يناسب شرف أسرته، مثلما غرس الإستعمار تلك الأفكار في المجتمع الجزائري التي فرقت بين قبائل من الأشراف وأخرى لا تتناسب لعرق الشرف. أو أن يدعي الولي بأن الصداق المقدم إلى من في ولايته لا يناسبه، علما بأن الصداق من حقها هي لا من حق وليها. إلا أنه ومع صدور الأمر 05-02 سمح لها المشرع أن تختار وليها من إقاربها لكي يتولى إتمام زواجها دون حاجة لأن ترفع أمرها إلى القضاء.

وبذلك فقد جعل المشرع الولاية المنصبة على المرأة ولاية إختيارية تعتمد على إذنها وموافقتهامادامت عاقلة مميزة رشيدة، فلها ذمة صالحة لكل الإلتزامات، ولها إرادة مستقلة لتنتشى تصرفات يقرها الشرع²⁸. والولي هو ممثل المرأة الذي يقف بجانبها ويكتب إسمه في عقد الزواج، وهو الذي يعبر عن إرادة وشروط الزوجة في مجلس العقد في حدود مهمته، لأن الحياء يمنعها من التعبير عن ذلك في مجلس العقد الذي قد يحضره غرباء من أهل الزوج. وإشترط موافقة المرأة وعدم منعها من الزواج بمن ترغب فيه، مما يجعل نظام الولاية يتسم بالحماية والحرية بعيدا عن الضغط أو الإلجبار أو الإكراه.

والمنطق يقضي بأن قلة تجارب المرأة وخضوعها للعاطفة وسرعتها في إتخاذ القرار كثيرا ما يدفع بها إلى التهلكة، فمن مصلحتها جعل الزواج بيد الرجال لأنهم أخبر بذلك من النساء لكثرة إختلاطهم وممارستهم شؤون الحياة²⁹.

ومن جانب آخر أقفل المشرع صراحة باب الإلجبار على الولي في شأن القاصرة إذ تنص المادة 13 من من نفس القانون على أنه "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولايجوز له أن يزوجه بدون موافقتها" كما أن القضاء في بلادنا كان مستقرا على هذا المبدأ، إذ قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1984/9/24 بأنه "من المقرر شرعا أن الزواج لا يقوم إلا على أركان مبنية بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل، وأيضا لا يزوج البت أبا أو غيره إلا برضاها، ولا تأذن إلا بالقول ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"³⁰. فحتى في شأن القاصرة لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يزوج المرأة بدون موافقتها.

كما جعل المشرع من الرضا ركنا يانعدامه يبطل عقد الزواج، ولايمكن تصور الإكراه في عقد الزواج، اللهم إلا إذا كان إكراها أدبيا أو كان الضغط الممارس عليها يمنعها من التعبير بكل حرية عن إرادتها، كأن نتصور مثلا موافقتها على شخص لا ترغب فيه إرضاء لرغبة والدها، لأن العقد يتم أمام موظف عمومي، إلا إذا كان ثمة تواطئ بين هذا الموظف والولي.

الخاتمة

ورغم جميع الإنتقادات التي وجهت للأمر 05-02 و الهالة التي أحاطت بنظام الولاية في إبرام عقود الزواج، فإنها تبقى ركنا من أركان الزواج قبل أن تكون حقا للولي، وهي غرض إجتماعي يتمثل في حفظ المرأة وزواجها من رجل كفى لها، و حمايتها من التهور والسعي وراء عاطفتها، وضمان الإستقرار في العلاقات الأسرية. فإذا رفض وليها إتمام هذا الزواج، وكانت المرأة راشدة إنتقلت الولاية إلى غيره من الأولياء ممن تختارهم المرأة لتمثيلها في مجلس العقد. وإن كان يشترط رضاها فإنه لا يكفي وحده لإبرام عقد الزواج بل لابد من حضور الولي باعتباره ركنا لا يصح الزواج في غيابه.

الهوامش

1. - "..... وأخذنا منكم ميثاقا غليظا....."، سورة النساء، الآية 154.
2. - أبو الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1955، ج 11، ص 451.
3. - سورة آل عمران، الآية 68.
4. - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، د س ن، ص 46.
5. - الأكلحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1982، ص 15.
6. - المادة 101 من قانون الأسرة الخاصة بالحجر.
7. محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 48.
8. -سورة النساء ، الآية 34.
9. -Cf; GH Bousquet, Précis de droit musulman, p105, cité par; العربي بلحاج ، الوجيز في قانون الأسرة ، ص 121
10. TribunaledCostantine, 12/8/1903, RATMIJ, 120, 1904, p266 , cité par ; العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 121
- 11 - م أ ، غ أش، 1966/12/7، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1968، عدد1، ص 139.
- 12-أنظر، م أ ، غ أش، 1989/1/2، ملف رقم 51107، م ق 1992، عدد3، ص 53.

- 13- سورة البقرة، الآية 231، وقد نزلت هذه الآية بشأن معقل بن يسار إذ كانت أخته تحت أبيي البذر، فطلقها هذا الأخير، وتركها حتى انقضت عدتها، فندم على هذا الطلاق، فخطبها مرة ثانية، فأبى أخوها أن يزوجهما منه، وقال وجهي من وجهك حرام إذا تزوجته، فنزلت في حقه، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال إن كنت مؤمناً فلا تمنع أختك عن أبي البناخ، فقال آمنت بالله وزوجتها منه..... أنظر، الشوكاني، نيل الأوطار، ص 125
- 14- روته عائشة وأبي موسى وابن عباس، أنظر محمد بن علي بن محمد لشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار الجيل، بيروت، د س ن، ج 5، ص، 118.
- 15-، الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص.25
- 16-سورة البقرة، الآية. 231
- 17- ابن رشد، بداية الاجتهاد ونهاية المقتصد، شركة ومطبعة مصطفى الحلبي، الطبعة الرابعة، 1975، ج 3، ص 10.
- 18- منفق عليه، أنظر الشوكاني المرجع السابق، ص.125
- 19- الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص. 65.
- 20- الشوكاني، المرجع السابق، ص. 123.
- 21- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 168-169.
- 22- محمد أبو زهرة، أبو حنيفة، حياته فقهه وآراؤه، دار الفكر العربي، د س ن، ص.130
- 23- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتاب العلمية، بيروت، 1986، ص 51.
- 24- فضحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، الطبعة الأولى، 1967، ص 478.
- 25- المادة 12 من قانون الأسرة الصادر في 1984/6/9 والمعدلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27
- 26- م ع ، غ أش، 1993/3/30، ملف رقم 90468، م ق، 1994، عدد 3، ص 66.
- 27- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 158، عن محمد الصالح أوصديق، أحكام الأسرة في الإسلام، دار هومة، 199، ص 49.
- 28- محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام، المكتب الإسلامي، ص 26.
- 29- ابن قدامة، مغني المحتاج، مكتبة الرياض الحديثة، 1972، ج 7، ص 6.
- 30- م ع ، غ أش، 1984/9/24، ملف رقم 34438، م ق، عدد 1، ص 6

علاقة النظام الانتخابي بالنظام السياسي (النموذج الجزائري)

بقلم الأستاذة: نهال حاشي

جامعة عين تموشنت / الجزائر.

مقدمة :

إن المقصود بالنظام الانتخابي، "مجموعة الآليات المحددة للعملية الانتخابية و التي تضمن طرق الترشح و حساب الأصوات و تحويلها إلى مقاعد في البرلمان" كما يرى (1) **Bernard Owen**، أو "هو مجموعة القوانين المتعلقة بالترشح و حجم الدائرة الانتخابية" وهذا ما ذهب إليه (2) **Pierre Martin**، و رغم تعدد التعريفات الخاصة بالنظم الانتخابية إلا أن الملاحظ التقارب فيما بينها و التركيز لدى تبيان مفهوم النظام الانتخابي على جملة من المتغيرات التي تحكمه، و نقصد بذلك النمط الانتخابي المطبق و الصيغة الرياضية المعتمدة في توزيع المقاعد بالإضافة إلى وزن الدائرة الانتخابية و عوامل أخرى.

ونرى أن الدراسات التي أقيمت في هذا المجال ركزت على البحث عن النظام الانتخابي الأكثر عدالة وفعالية أي ذلك الذي لا يقضي أي صوت من أصوات الناخبين عند القيام بترجمتها إلى مقاعد وفي نفس الوقت يحقق الاستقرار الحكومي و بالتالي إنتاج حكومة قوية، ولقد توصلت هذه الدراسات إلى شبه إجماع مفاده أنه لا يوجد نظام انتخابي يحقق هذه المعايير النظرية مجتمعة، كما أنه لا يوجد نمط واحد صالح لكل البيئات السياسية (3)

و إن لعملية اختيار النظام الانتخابي أهمية كبيرة في كل دولة، إذ تعد الانتخابات مدخلا هاما للديمقراطية بحيث أنهما المسؤولة عن تحديد و تنظيم شكل الحياة السياسية بأكملها في الدولة، فلا يمكن الحديث عن وجود نظام ديمقراطي في غياب انتخابات نزيهة و شفافة، ذلك أن هناك علاقة جدلية بين الانتخاب و الديمقراطية .. كما أن كثيرا ما يقال أن أكثر المواضيع عرضة للتلاعب بقصد أو بغير قصد سواء للأفضل أو للأسوء هي النظام الانتخابي، حيث أن عملية اختيار النظام الانتخابي عملية سياسية بحتة تلعب فيها المصلحة السياسية دورا هاما بل و قد تكون لحسابات المصلحة الخاصة على المدى القريب

دور تخريبي و تعطيلي للمصلحة العامة على المدى البعيد، و تمتد أهمية هذه العملية إلى ترك أثر حاسم في الشخص الذي سينتخب وفي الحزب الذي سيتولى السلطة ففي حالة حصول حزبين على نفس عدد الأصوات قد تعطي الأفضلية للحكومة الإئتلافية في ظل نظام انتخابي معين وقد تمنح إمكانية الحكم منفردا لحزب واحد في ظل نظام انتخابي آخر.. كما أن تأثيرات النظم الانتخابية إلى تصل إلى حد التأثير في استراتيجيات القوى السياسية و حتى في السلوك الانتخابي لدى المواطنين.

إذن فمن الواجب أن تكون مسألة انتقاء النظام الانتخابي وفق عملية مدروسة لا أن تكون بشكل عرضي كنتيجة لتزامن مجموعة من الظروف غير الاعتيادية، أو استجابة لميول شائع أو بسبب تحول تاريخي مفاجئ دون أن ننسى مسائل الإرث الاستعماري وتأثير المحيط كعوامل بالغة التأثير (4) . فالنظام الانتخابي الأمثل هو وليد البيئة الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية في بلد ما، و بالتالي فإن أي عملية استعارة لأنظمة الانتخابية و نقصد بذلك استيراد الأنظمة الجاهزة هي عملية مهددة بمخاطر و عواقب وخيمة على المدى القصير أو المدى الطويل كونها تتجاهل خصوصيات البلد المستعير 5.

إذ يعتبر النظام الانتخابي عنصر أساسي من عناصر النظام التأسيسي، و السياسي بوجه عام. فهناك صلة وطيدة بين الاثنين، و علاقة تأثير و تأثر بينهما. غير أنه تختلف درجة التأثير و التأثير بين الجزء و نعي بذلك النظام الانتخابي و الكل أي النظام السياسي بحسب طبيعة هذا الأخير و درجة استقراره.

بالنسبة للتجربة الجزائرية في هذا الصدد، فقد كانت الغلبة بشكل واضح لتأثير النظام السياسي على النظام الانتخابي.

كيف كان ذلك ؟ وماهي العوامل التي ساهمت في تحديد هذه العلاقة خلال جميع المراحل التي عاشتها الجزائر ؟

العنوان الأول:

١. النظام السياسي يخلق النظام الانتخابي و ليس العكس (الأحادية الحزبية

١٩٦٢-١٩٨٩)

لقد أكد الدستور الجزائري لسنة ١٩٦٣ على الحق في الانتخاب بإشارته إلى أن كل

جزائري بلغ ١٩ سنة كاملة له حق التصويت (6) كما تحدث عن اعتماد الاقتراع العام السري و المباشر في انتخابات المجلس الشعبي الوطني على أن يوكل أمر اقتراح المرشحين إلى جبهة التحرير الوطني ((7). و هو ما تأكد مع صدور أول نص قانوني خاص بالانتخاب (8) ، و نفس الشيء أكد عليه دستور ١٩٧٦ بأن كل مواطن تتوفر فيه الصفات القانونية من الجنسين يعتبر ناخبا (9) كما نص على أنه ينتخب رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع العام المباشر و السري، و يتم انتخاب المرشح بالأغلبية المطلقة من الناخبين المسجلين و يقترحه مؤتمر حزب جبهة التحرير الوطني وفقا لقانونه الأساسي (10). لكن لم تعرف هذه المرحلة أي قانون انتخابي جديد إلا في سنة ١٩٨٠ بصدور القانون رقم ٠٨-٨٠ بتاريخ ٢٥-١٠-١٩٨٠ و هذا يعتبر أول قانون للانتخابات لأنه شامل لكل أنواعها و قد عدل ثلاث مرات ٠٦-٨١ ، ٠٦-٨٤ ، ٢٠-٨٨ ، ٠١-٨٨ .

و قد تميز النظام الانتخابي الجزائري في زمن الأحادية بالاستقرار إذ يكفي أنه عمر طيلة ستة و عشرين سنة جرت أثناءها انتخابات كثيرة وفق نظام انتخابي ظهر مع نظام الحزب الواحد و زال بزواله، تميز كذلك بالوحدة من حيث تماثل أسس النظام الانتخابي في جميع العمليات الانتخابية، كما تميز أيضا بالبساطة فعلى العكس من النظم الانتخابية التعددية و آلياتها المعقدة نتيجة أنماط الاقتراع المختلفة و تعدد كفيات وضع القوائم و تحديد الفاترين و توزيع المقاعد(11). كانت المبادئ الأساسية للنظام الانتخابي في عهد الحزب الواحد بسيطة حيث يقوم الحزب بإعداد قوائم المرشحين للانتخابات البلدية و الولائية و النيابية ثم يعاد ضبط القوائم النهائية في إطار اللجنة الوطنية التي تنشأ بمناسبة كل عملية انتخابية حيث تضم القوائم عددا من المرشحين يساوي ضعف عدد المقاعد المتاحة بالنسبة للمجالس الخلية و ثلاثة أضعاف فيما يخص المجلس الشعبي الوطني و قد تم آنذاك تبرير اعتماد قاعدة الثلاث أضعاف بتوسيع الخيار الديمقراطي للناخب!!

بعد التصويت يتم تصنيف النتائج حسب الترتيب التازلي لعدد الأصوات الحصل عليها ثم الإعلان عن الفاترين بأكبر عدد الأصوات في حدود المقاعد المخصصة، أما بالنسبة لنمط الاقتراع فقد كان منسجما مع سياسة هذا النظام، إذ يتم التصويت على قائمة وحيدة بالأغلبية في دور واحد هذا ما يعني أن الدلالة السياسية الوحيدة لذلك هي

التزكية والتعبير عن تجديد الدعم للحزب، شأنها شأن كل انتخاب يتم في ظل الأحادية الحزبية.

والخلاصة أن ما ميز هذه المرحلة (12) هو:

- التمسك بمبدأ الاقتراع العام السري والمباشر.

- الأحادية الحزبية "احتكار الترشيح".

- عدم وجود قانون واحد للانتخابات قبل قانون ١٩٨٠ رقم ٠٨.

- ترشيح ضعف العدد في الانتخابات المحلية وثلاثة أضعاف في الانتخابات

التشريعية.

- الاستفتاء على مرشح واحد لرئاسة الجمهورية من الحزب بالأغلبية المطلقة

للمسجلين.

يمكن القول إذا أن النظام الانتخابي خلال هاته الفترة قد خضع بالكامل لظروف وطبيعة النظام السياسي ففي ظل نظام الحزب الواحد تعتبر الانتخابات شكلية لا تعبر عن الإرادة الشعبية، و تفتقر للمنافسة و الصراع و المناقشات التي هي في الأصل ما يميز العملية الانتخابية، من أجل فتح التوجهات السياسية و التعبير عن الرؤى و مختلف الأفكار و البرامج و بالتالي اعتبر النظام الانتخابي وسيلة لضمان بقاء الحزب الواحد في سدة الحكم.

٢. النظام الانتخابي يخترق الإرادة الشعبية (مرحلة الانفتاح السياسي غير المبرمج)

لقد استطاعت أحداث الخامس أكتوبر من سنة ١٩٨٨ تغيير مجرى الأحداث القانونية و السياسية في البلاد و ذلك بإجراء إصلاحات جذرية مست مختلف الجوانب حتى تلك التي كانت تعتبر من المقدسات التي لا يجوز المساس بها. حيث أقر دستور ١٩٨٩ التعددية الحزبية بفسحه المجال لتأسيس الجمعيات السياسية و من ثمة إتاحة التنافس بين أكثر من خمسين حزبا، و البحث عن أنجع النظم الانتخابية و أكثرها تلاؤما مع الواقع السياسي الجديد في الجزائر(13).

من هنا بدأ الصراع نحو السلطة تتحكم فيه قواعد اللعبة الانتخابية، إذ تبني التعددية الحزبية بالجزائر لم يمنع القائمين على السلطة في الرغبة بالبحث عن نظام انتخابي أكثر

انسجاما مع الحزب الحاكم، الذي لم يكن بمقدوره التنازل عن الحكم بسهولة و التعاطي مع فكرة التداول الفعلي على السلطة. لذا كان من المتوقع أن ما سيضعه البرلمان الأحادي أو ما سيعدله من قوانين في هذا المجال سيخضع للشروط الكفيلة بإبقائه في السلطة.

و هذا ما حدث فعلا، إذ عدل قانون الانتخابات ثلاث مرات في فترة قصيرة، كان في كل مرة المشهد نفسه مجلس نيابي جبهوي يضعه النظام و يقوم بالتعديل بما يعتقد أنه سيضمن له الفوز، و المعارضة تحتج على ذلك و تسعى لعرقلة الانتخابات على أساسه، و على هذا المنوال سار الشأن السياسي الجزائري إلى أن أوقف المسار الانتخابي في نهاية سنة ١٩٩١.

لقد اعتمد النظام الانتخابي في هذه الفترة طبقا لقانون الانتخابات ١٩٨٩/٠٨/٠٧ على غط الاقتراع النسبي على القائمة مع أفضلية الأغلبية في دور واحد، بحيث أن القائمة الحائزة على الأغلبية المطلقة تحصل على جميع المقاعد فإن لم توجد، تحصل القائمة الحائزة على الأغلبية النسبية على (٥٥٪+١) من المقاعد، بهذا كان المجلس الشعبي الوطني يمهّد لفوز جبهة التحرير الوطني باعتبارها حزبا عتيدا أما بقية الأحزاب فكانت النشأة و لم تتمتع بعد بالشعبية اللازمة و لم يتسن لها الوقت للاستعداد من أجل المنافسة الانتخابية. لكن و على العكس من المتوقع قام رئيس الجمهورية بتأجيل الانتخابات (من شهر ديسمبر إلى شهر يونيو) ما جعل المجلس الشعبي الوطني يغير قاعدة توزيع المقاعد لمواجهة الوضع الجديد الذي يتمثل في زيادة قوة الأحزاب المنافسة و تضاول فرصة جبهة التحرير الوطني في الحصول على الأغلبية المطلقة، فكان إذا تعديل قانون الانتخابات في مارس ١٩٩٠، فأصبحت القائمة الحائزة على الأغلبية المطلقة تحصل على عدد من المقاعد يتناسب مع النسبة المثوية للأصوات التي فازت بها، هذا ما يبين أن النظام أصبح يدرك وجود قوى سياسية فاعلة أخرى غير أنه ما زال يتقن بحصوله على الأغلبية حتى و إن كانت نسبية و ذلك على أقل تقدير.

إن أول انتخابات محلية تعددية حدثت بالجزائر كانت في ١٢ يونيو ١٩٩٠ وقد جاءت مخيبة للآمال بالنسبة للحزب الحاكم الذي لم يحض لا بالأغلبية المطلقة و لا

بالنسبية، بل كان ذلك من نصيب الجبهة الإسلامية للإنقاذ. كنتيجة لذلك تم اللجوء إلى أسلوب انتخابي آخر أكثر إيجابية بالنسبة لجبهة التحرير الوطني، تجسد ذلك في تعديل كل من قانون الانتخابات و قانون الدوائر الانتخابية(14) . حيث استبدل نمط النظام المختلط بنمط الاقتراع بالاسم الواحد بالأغلبية في دورين بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني بحيث لكل دائرة انتخابية مقعد واحد، و في حال انعدام الأغلبية المطلقة فيتم اللجوء إلى دور ثان يتنافس فيه صاحب أكبر عدد من الأصوات في الدور الأول، هذا ما أدى إلى ظهور عدد كبير من الدوائر الانتخابية على المستوى الوطني بلغ عددها ٥٤٢ دائرة انتخابية، هذا ما يمثل ٥٤٢ نائبا حسب القواعد المتبناة أي ما يقارب ضعف عدد نواب المجلس آنذاك (٢٩٥)، و حتى بالمقارنة مع المجلس الحالي فيعتبر أكبر من عدد النواب الحالي (٤٦٢)، خاصة أن أغلب هذه المقاعد تعود للمناطق الريفية و هذا ما نلاحظه إذ أن عدد الدوائر الريفية كان كبيرا بالنسبة لعدد الدوائر الحضرية لأنه قد ضخم من أجل خدمة مصالح حزب جبهة التحرير الوطني التي كانت تتمتع بشعبية وسط الأرياف أما غريمه حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ فقد كان متمركزا بقوة في المدن.

غير أن هذه التعديلات كانت محل احتجاج و رفض من طرف المعارضة التي أدركت الهدف من ورائها، الأمر الذي اعتبرته تزويرا للانتخابات قبل إجرائها و بالتالي طالبت بإلغاء القوانين الانتخابية و عبرت عن ذلك بتزول حشود كبيرة لشوارع و ساحات العاصمة و التهديد بإقامة إضراب وطني مفتوح وهو ما حدث فعلا و استمر لعدة أيام ابتداء من ١٩٩١/٠٥/٢٥ . و نظرا لتدهور الأوضاع و من أجل امتصاص غضب الشارع، قام رئيس الجمهورية بفرض حالة حصار و تأجيل الانتخابات و إقالة رئيس الحكومة حيث قام بديل هذا الأخير بالرضوخ جزئيا لرغبات المعارضة، إذ قلص عدد الدوائر إلى ٤٣٠ دائرة و تم تحديد موعد الانتخابات في ديسمبر ١٩٩١ و قد انتهت بفوز الجبهة الإسلامية للإنقاذ بالأغلبية المطلقة في الدور الأول و كان من المتوقع أن تفوز بأغلبية الثلثين في الدور الثاني في حين أحرزت جبهة التحرير الوطني نصف ما أحرزته الجبهة الإسلامية للإنقاذ فكانت بذلك الخاسر الأكبر و ضحية نظام وضعته بنفسها و من أجل فوزها.

ما تجدر الإشارة إليه، أنه رغم المعطيات النظرية التي توحى بحدوث انتخابات "حرة و نظيفة" لأول مرة في تاريخ الجزائر، بالنظر لاعتماد نظام انتخابي تعددي الأمر الذي يعد سابقة و كون الحزب الفائز حزب معارض للسلطة و قد فاز فوزا ساحقا غير أن الواقع لم يستطع تجسيد صورة الشفافية و النزاهة و في نفس الوقت لم يكن المتسبب في ذلك السلطة بقدر الحزب المعارض نفسه، إذ شهدت العملية الانتخابية جوا من الترهيب الناتج عن الحضور القوي لمناضلي الجبهة الإسلامية في مكاتب التصويت بهدف ممارسة الضغط على الناخبين و دفعهم للتصويت لصالح الحزب المعارض بالمقابل غياب شبه تام لممثلي باقي الأحزاب.

بعد هذه النتائج أوقف المسار الانتخابي و علق العمل بالدستور طيلة فترة المجلس الأعلى للدولة التي عقيت استقالة رئيس الجمهورية و حله للبرلمان، إلى غاية العودة إلى العمل بالدستور و إجراء الانتخابات الرئاسية ابتداء من سنة ١٩٩٥ .
و الخلاصة أن هذه المرحلة تميزت ب:

—أولا اعتماد النظام المختلط خلال المرحلة الأولى من الإصلاحات السياسية:

قام المشرع بذلك من خلال دمج عناصر كل من النظامين التمثيل بالأغلبية والتمثيل النسبي للتقليل من عيوب كليهما، و هو نظام اعتمد من طرف كثير من الدول، والذي يعني انتخاب عدد من المقاعد على أساس الدوائر الفردية بنظام الانتخاب بالأغلبية والنصف الآخر على أساس نظام الانتخاب بالتمثيل النسبي بالقائمة كما هو عليه الحال في ألمانيا الفيدرالية(15) .

—ثانيا اعتماد نظام الأغلبية في دورين بمناسبة الانتخابات التشريعية لسنة ١٩٩١ :

الذي يتحصل في هذا النظام على مجموعة من الأصوات تفوق ما تحصل عليه المترشح الآخر يفوز بالمقاعد لكونه أحرز الأغلبية لذا سمي بنظام الأغلبية و يصلح هذا الأخير في الانتخاب الفردي أي قيام الناخبين في دائرة انتخابية معينة بانتخاب شخص من عدد معين من المترشحين يمثلهم في المجالس المنتخبة(16) . و يصلح كذلك بالنسبة للاقتراع بالقائمة فيصوت الناخب على قائمة تحتوي على عدد من المترشحين في دائرة انتخابية واسعة، مما يتطلب تقسيم البلاد إلى دوائر انتخابية كبيرة نسبيا يخصص لكل منها عدد من المقاعد

النيابية و يكون على الناخب أن يختار قائمة من القوائم المتنافسة(17) .
ما يمكن قوله أن النظام الانتخابي من خلال التجربة السياسية الجزائرية في هذه الفترة،
لم يكن خلاصة حوارات و نقاشات سياسية موسعة على كافة الأطياف السياسية بما في
ذلك الأحزاب، بل كان وليد نقاش ضيق اقتصر على أطراف معينة في السلطة آنذاك.

العنوان الثاني: التأطير السياسي للقانون الانتخابي

١. التأطير المؤسساتي للقانون الانتخابي

بعد وقف المسار الانتخابي في الجزائر و تنصيب سلطة فعلية عن طريق المؤسسة
العسكرية من أجل تسيير البلاد، اتضح كبر أزمة شرعية النظام السياسي في الجزائر. ولأنه
كان من الضروري العودة للحياة الدستورية و القانونية بما فيها الانتخابات أخذت السلطة
في إعادة صياغة قواعد اللعبة التأسيسية و السياسية بشكل يخدمها بعد أن أوشكت على
انهيار نظامها فكان من اللازم التحكم في الحياة السياسية بشكل جيد مع إضفاء نكهة من
التعددية و الديمقراطية دون المجازفة بالتمكين الفعلي من التداول على السلطة.

انطلاقاً من هنا نظمت الانتخابات الرئاسية في ١٦/١٠/١٩٩٥، ثم التعديل
الدستوري في ٢٨/١٠/١٩٩٦، أعقبه تعديل قانوني الأحزاب السياسية و الانتخابات في
مارس ١٩٩٧، و من ثم استئناف العملية الانتخابية في يونيو ١٩٩٧.

بالنسبة للتعديل الدستوري : فقد كان بتعديل بنية البرلمان و ذلك بتأسيس غرفة عليا
يتحكم فيها رئيس الجمهورية و تكون قادرة على شل الغرفة السفلى (18) ، فثلث مجلس
الأمة يعين من طرف الرئيس على أساس الولاء السياسي. أما بالنسبة للمجلس الشعبي
الوطني فتم تقييد عمله عن طريق سلطة المنع الممارسة من قبل مجلس الأمة من جهة
و بواسطة قيد القوانين العضوية من جهة أخرى.

أما بالنسبة لتعديل قانون الأحزاب السياسية: فكانت أهم التعديلات تمس العمل
والتأسيس، حيث عقدت الإجراءات من أجل تأسيس حزب سياسي عن طريق وضع
عدة شروط كزيادة عدد الأعضاء و إيداع ملف التأسيس بالإضافة إلى الوثائق الإدارية
والتوزيع الجغرافي مروراً بعقد المؤتمر التأسيسي الذي يخضع في حد ذاته إلى شروط معينة..
و أخيراً إيداع ملف الاعتماد لدى وزير الداخلية. أما فيما يخص العمل فنص التعديل على

عدم استعمال المكونات الأساسية للهوية الوطنية لأغراض الدعاية الحزبية ونبذ العنف والإكراه كوسيلة للعمل السياسي أو الوصول إلى السلطة و منع تأسيس أي حزب على أساس ديني أو جهوي... كل ذلك رتب تقلص عدد الأحزاب إلى أكثر من النصف (٦٣ إلى ٣٠) و تغير واجهات الأحزاب الإسلامية.

أما فيما يخص تعديل قانون الانتخابات فكان الهدف من ورائه التخلي عن نظام الأغلبية و تبني نظام انتخابي أكثر عدالة و مساواة و هو نظام التمثيل النسبي باعتباره نظاما انتخابيا يسمح بتمثيل الأحزاب السياسية تمثيلا عادلا و يضمن مشاركة فعلية للمواطنين والقوى الوطنية في الحياة السياسية كما أنه كان محل طلب أغلب الأحزاب السياسية في الجزائر و ذلك لرغبتها الشديدة في أن تكون ممثلة على مستوى الهيئات المنتخبة وبالتالي تكون لها فرصة المشاركة في المؤسسات الدستورية. وبالتالي فإن النظام الانتخابي الساري حاليا في الجزائر هو الانتخاب السري العام المباشر لمدة خمس سنوات وفق نمط الاقتراع النسبي على القائمة المغلقة أي التصويت على القوائم المعروضة دون إمكانية تشكيل قائمة خاصة عن طريق المزج و أخذ مرشحين من قوائم مختلفة، في دور واحد بالضرورة .

٢ . التأطير التقني للنظام الانتخابي

يحدد في الجزائر قانون الدوائر الانتخابية حاليا، الدائرة الانتخابية بالولاية و ذلك فيما يخص الانتخابات التشريعية أما بالنسبة للمقاعد الخاصة بكل دائرة انتخابية فتحدد عموما بحسب الكثافة السكانية إلا في بعض الحالات الخاصة بالمدن الصحراوية الشاسعة المساحة و لكن ذات كثافة سكانية محدودة أو فيما يتعلق بالجمالية الجزائرية بالخارج، أما عملية توزيع المقاعد تتم بالاستناد إلى مفهوم المعامل الانتخابي و قاعدة الباقي الأقوى. يحدد المعامل الانتخابي عن طريق تقسيم مجموع الأصوات المعبر عنها على عدد المقاعد المتنافس عليها في كل دائرة انتخابية. فتحصل على عدد المقاعد التي تعود له مع إمكانية وجود أصوات متبقية، في هذه الحالة ترتب الأصوات الباقية لكل قائمة حسب أهميتها و توزع المقاعد طبقا لذلك الترتيب و هذا ما يعرف بطريقة الباقي الأقوى، غير أن المشرع أغفل تحديد عتبة المشاركة في الانتخابات و حدد مقابل ذلك الحصول على ٥% من الأصوات المعبر عنها بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني و ٧% فيما يخص المجالس المحلية، ما يؤدي إلى

استبعاد الأحزاب الصغيرة في المشاركة في عملية التوزيع.
تعتبر هذه التعديلات التقنية الأهم التي اتخذتها السلطة من أجل المحافظة على النظام السياسي و منع تكرار سيناريو تشريعات ١٩٩١.
في الخامس من جوان ١٩٩٧ تمت أول انتخابات تشريعية تعددية منذ إيقاف المسار الانتخابي تلتها انتخابات محلية في ٢٣ أكتوبر و بعدها مباشرة انتخابات مجلس الأمة بتاريخ ٢٥ ديسمبر من السنة ذاتها و كانت النتائج غريبة نوعا ما. إذ فاز حزب حديث قد أنشئ قبل ثلاث أشهر فقط من انتخابات جوان بأغلبية المقاعد:

- المجلس الشعبي الوطني : ١٥٦ مقعد من أصل ٣٨٠

- مجلس الأمة : ٨٠ مقعد من أصل ٩٦

- المجالس الشعبية الولائية : ٤٤% من إجمالي المقاعد الولائية

- المجالس الشعبية البلدية : ٥٥% من إجمالي المقاعد البلدية

هذا الحزب هو التجمع الوطني الديمقراطي RND الذي يعتبر حزب السلطة المستنسخ من الحزب الأصلي جبهة التحرير الوطني FLN . لذا اعتبر أن السلطة قد اتخذت إجراءات مكتملة سياسية و هو ما عبر عنه في هذه الحالة بالتزوير الشامل " La Fraude Electorale Massive" فيما بعد أصبح تحكم الإدارة في العملية الانتخابية يزداد باطراد لصالح توجهات السلطة العليا (19).

فبعد خمس سنوات تكررت تجربة الانتخابات التشريعية في الجزائر حيث بلغت نسبة المشاركة ٤٦% و هي نسبة منخفضة مقارنة مع نسبة المشاركة في التشريعات السابقة والبالغة ٦٥% و مع مقاطعة شبه تامة في كل من ولايتي تيزي وزو و بجاية وقد انتهت الانتخابات بفوز جبهة التحرير الوطني بأغلبية المقاعد يليها التجمع الوطني الديمقراطي، و بذلك اتسمت هذه الانتخابات باستمرار ظاهرة انخفاض المشاركة السياسية و الطعن في تزويرها لصالح أحزاب السلطة من طرف الأحزاب الأخرى أكثر من مرة (20).

أما بالنسبة للانتخابات التشريعية لسنة ٢٠٠٧ فبعد رفض حزب جبهة القوى الاشتراكية المشاركة بداعي أنها مجرد إطالة لعمر الإخفاق السياسي الذي تعاني منه الجزائر، كان من الواضح أن برلمان ٢٠٠٧ لن يختلف كثيرا عن البرلمان السابق. غير أن نسبة

المشاركة جاءت مفاجئة إذ بلغت ٣٦% أي ٦ ملايين ناخب من أصل ١٨ مليون ما يعني أن نسبة المقاطعة كانت تقدر ب ٦٤% و هي أعلى نسبة شهدتها الجزائر منذ الاستقلال، أما على مستوى النتائج فلم تحدث أي مفاجئات إذ كانت لصالح التحالف الرئاسي الممثل في جبهة التحرير الوطني و التجمع الوطني الديمقراطي و حركة مجتمع السلم.

في ٢٠١٢ و بعد موجة الربيع العربي و الإطاحة بالرؤساء العرب في كل من تونس، مصر، ليبيا بعد التدخل العسكري و حتى المغرب الذي تأثر برياح التغيير و شهد لأول مرة في تاريخه حكومة تحت قيادة إسلامية و بعد التعديلات التي قام بها المشرع الجزائري بخصوص قانون الانتخابات من أجل ضمان تمثيل شعبي حقيقي و إعادة صياغة الخارطة السياسية و بعد الدعاية الكبيرة التي سخرتها السلطة من أجل المشاركة في الانتخابات إلى أن بلغ الحد في أحد خطابات رئيس الجمهورية بتشبيه الخروج للانتخاب بالخروج للجهاد في الفاتح من نوفمبر ، إلى جانب تسخير جميع الآليات الوطنية سواء المادية أو البشرية من أجل إنجاح الموعد الانتخابي و الاستعانة بمراقبين دوليين لإضفاء الشرعية و التزاهة على هذه الانتخابات ، من أجل كل ذلك كان من المتوقع من قبل البعض أن تختلف هذه الانتخابات عن سابقاتها و أن تصنع الحدث..

و هو ما لم يحصل رغم زيادة نسبة المشاركة في الانتخابات مقارنة ب ٢٠٠٧ حيث بلغت ٤٣%، هذه النسبة التي شككت عدة جهات في مدى مطابقتها للواقع نظرا لتراجع ثقة المواطن الجزائري في العملية الانتخابية، من جهة أخرى و على صعيد النتائج فلم تعرف أي جديد و ظلت الخارطة السياسية للجزائر هي نفسها بقيادة أحزاب السلطة على رأسها جبهة التحرير الوطني الحائزة على الأغلبية، كما ظلت التهمات التزوير تلاحق العملية الانتخابية لاسيما بعد العدد الكبير من المقاعد الذي تحصلت عليه الجبهة و الذي يبدو غير واقعي في ظل سحق الشعب الجزائري و عدم رضاه عن أوضاعه الاقتصادية والسياسية و الاجتماعية.

كخلاصة ما يمكن قوله حول النظام الانتخابي خلال هذه الفترة:

إن نظام التمثيل النسبي يضمن عدة إيجابيات منها التمثيل الصادق لمختلف

التشكيلات السياسية الكبيرة منها و الصغيرة و السماح للمواطنين باختيار واسع للبرامج و الأحزاب و تنشيط الحياة السياسية في البلاد من جهة و السماح بتحقيق مبدأ المساواة في توزيع المقاعد بل و حتى بالنسبة لباقي المقاعد من جهة أخرى. غير أن نظام التمثيل النسبي و إن كان يبدو أنه قد شجع على التعددية الحزبية بالجزائر، و على إيجاد أغلبية مريحة مكنت من تحقيق الاستقرار داخل المؤسسات التشريعية في مختلف العهديات البرلمانية إلا أن هذا الاستقرار كان في حدود طموحات و خطط السلطة التنفيذية مما أصبحت السلطة التشريعية تابعة لها نظرا لتشكلهما من نفس التيار السياسي.

و بالتالي يعد النظام الانتخابي الراهن الأكثر ملائمة لسماحه بمنح مقاعد التمثيل لكل طرف حسب وزنه. كما يعتبر هذا النظام مقبولا من طرف المعارضة بوجه عام، يبقى الاستياء الوحيد المسجل بانتظام لدى كل منهما بمناسبة كل استحقاق انتخابي عدم الرضى عن النتائج و الشك الدائم في تزوير السلطة.

خاتمة

أخيرا، نلخص إلى أن النظام الانتخابي الجزائري قد تأثر بجميع المراحل التي عاشها النظام السياسي فاستقر باستقراره و تأثر بتقلباته حيث مر النظام الانتخابي على غرار النظام السياسي بثلاث مراحل مختلفة، فمنذ الاستقلال و إلى يومنا هذا كانا على علاقة وطيدة . و في أغلب الأحيان كان النظام الانتخابي تابعا للنظام السياسي باستثناء الفترة التي ما بين ١٩٩٠-١٩٩١ حيث تعد هذه الفترة الوحيدة التي كان فيها النظام الانتخابي يساهم في صنع التطورات السياسية و يؤدي إلى نتائج تترتب عليها آثار سياسية و تأسيسية كبيرة، و ما يمكن قوله حول انتقال الجزائر من الأحادية الحزبية إلى الانفتاح و التعددية الحزبية، ماهو في الحقيقة إلا اتجاه نحو نظام تعددية مقيدة بهدف التحكم في الاستحقاقات السياسية التي تشهدها الجزائر إذ أن الإستراتيجية السياسية و التأسيسية للنظام الجزائري حاليا تقوم على مبدأ إشراك مختلف التيارات السياسية في المؤسسات مع استبعاد فكرة التداول السلمي على الحكم و هذا ما يقف بالإضافة إلى عدة عوامل أخرى كضعف السلطة التشريعية في وجه عملية التحول الديمقراطي بالجزائر.

بالتالي وفق هذا المنظور فإن النظام الانتخابي الحالي و إن خلق نوعا من التمثيل

المتوازن بإيصال ممثلي الأحزاب الصغيرة من حيث عدد الأصوات المتحصل عليها خلال العملية الانتخابية (الباقي الأقوى) إلا أن القائمة المغلقة أغلقت بداخلها النمو الديمقراطي مما يستوجب إصلاح هذا الخلل الهيكلي بتبني نظام انتخابي جديد و لو على مستوى التعديل الجزئي.

الهوامش:

.1 Bernard Owen, Le système électoral et son effet sur la représentation, L.G.D.J, 2002, p 06

.2 Pierre Martin, les systèmes électoraux, 2 éme Édition

.3 Pierre Martin, op. cit, p 114

4. شليغم غنية، ولد عامر نعيمة، أثر النظم الانتخابية على التمثيل السياسي - حالة الجزائر - دفتار السياسة و القانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الخاص ب " الأنماط الانتخابية في ظل التحول الديمقراطي"، نوفمبر 2010

5. مكوي نور الدين، تأثير النظام القانوني للانتخابات على ممارسة الشعب لسيادته، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة سيدي بلعباس، 2011-2012، ص87

6. يتعلق الأمر بالمادة 13 من دستور 1963

7. يتعلق الأمر بالمادة 27 من دستور 1963

8. يتعلق الأمر بمرسوم 63-306 الصادر بتاريخ 20-08-1963

9. يتعلق الأمر بالمادة 57 من دستور 1976

10. يتعلق الأمر بالمادة 105 من دستور 1976

11. صالح بلحاج، الجزائر: تطور النظام الانتخابي و أزمة التمثيل على الموقع

الإلكتروني: digital.ahram.org.eg

12. مفتاح عبد الجليل، البيئة الدستورية والقانونية للنظام الانتخابي الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، جامعة بسكرة

13. زهيرة بن علي، تأثير النظام الانتخابي على التعددية الحزبية في الجزائر، مذكرة

ماجستير في القانون العام، المركز الجامعي لمعسكر، 2007-2008، ص7

14. يتعلق الأمر بالقانون رقم 91-6. المؤرخ في 2 أبريل 1991 المتضمن قانون

الانتخابات، و القانون رقم 91-7 المؤرخ في 3 أبريل 1991 المتضمن قانون الدوائر الانتخابية.

15. عفيفي كامل الحقيقي، الانتخابات النيابية و ضمانتها الدستورية و القانونية، دراسة

مقارنة، دار الجامعين، مصر، 2004، ص 522

16. عبد الكريم علوان، النظم السياسية و القانون الدستوري، مكتبة دار الثقافة للنشر

والتوزيع، عمان الأردن، طبعة 1994، ص 190

17. محمد عرب صاصيلا، الموجز في القانون الدستوري، مطبعة النجاح-الدار

البيضاء-، الطبعة الأولى، 1981، ص 94

18. صالح بلحاج، المؤسسات السياسية و القانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال

إلى اليوم، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 143

19. نبيل ديب، النظام الانتخابي الجزائري و الرهانات السلطوية على الموقع الإلكتروني

nabildib.com

20. مصطفى بلعور، الانتخابات الرئاسية و التشريعية في الجزائر 1999-2007:

استمرارية أم حل للأزمة، جامعة ورقلة، 2011

الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية المعنية بالبيئة والتنمية المستدامة

بقلم الدكتور زييري رمضان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الدكتور مولاي الطاهر/ سعيّدة

المقدمة:

برزت القضايا البيئية لأول مرة كنقطة محورية للسياسة الدولية في القرن التاسع عشر وذلك في سياق الاتفاقيات الدولية الخاصة بإدارة الموارد، أما الحديث عن التعاون التنموي الدولي فيعزى إلى فترة نهاية الحرب العالمية الثانية مع وضع الأسس لتفوق المعونات الدولية ومن ثمّة تشكيل اللبنة الأولى لهيكل عمل دولي يقوم على إدارة هذه المعونات. وجدير بالذكر أن المجتمع الدولي في هذه المرحلة قد تجاوز فكرة التعايش الدولي إلى التعاون الدولي بمفهومه الإيجابي وذلك لاستحالة حماية البيئة وتحقيق التنمية داخل حدود إقليمية مغلقة، فالمشكلات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية لا تعترف بالحدود السياسية للدول، وهو ما طرح ضرورة انتقال الاهتمام بالتنمية المستدامة إلى أطر قانونية/مؤسسية دولية وعالمية .

لذا يتجسد التعاون الدولي في مجال البيئة والتنمية المستدامة بالأساس في مجموعة من الاتفاقيات الدولية والصكوك العالمية التي تهدف إلى حماية البيئة ومواجهة التلوث البيئي والحد منه وتحقيق التنمية المستدامة، وتقدر تلك الاتفاقيات في المجال البيئي نحو 200 اتفاقية ساهمت في الدفع بالأهداف الواردة في جدول أعمال القرن 21 وتوسيع الإطار القانوني الداعم للتنمية المستدامة. لذا يأتي تساؤل الدراسة هو: فيما تتمثل هذه الاتفاقيات والبروتوكولات التي تعنى بالبيئة والتنمية المستدامة على المستوى الدولي؟

ستحاول هذه الدراسة الإجابة عن هذا السؤال وفق الخطة التالية:

أولاً: إتفاقيات دولية في مجال البيئة والمناخ؛

ثانياً: إتفاقيات في مجال التنوع الإحيائي؛

ثالثاً: إتفاقيات دولية في مجال التجارة؛

أولاً: إتفاقيات دولية في مجال البيئة والمناخ

يتجسد التعاون الدولي في مجال البيئة والتنمية المستدامة في مجموعة من الإتفاقيات الدولية التي تهدف إلى حماية البيئة ومواجهة التلوث البيئي والحد منه وتحقيق التنمية المستدامة، وتقدر تلك الإتفاقيات في المجال البيئي نحو 200 إتفاقية⁽¹⁾، وقد ساهمت هذه الصكوك العالمية في الدفع بالأهداف الواردة في جدول أعمال القرن 21 وتوسيع الإطار القانوني الداعم للتنمية المستدامة، وفيما يلي عرض لأهم هذه الإتفاقيات والبروتوكولات:

✚ إتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ (FCCC): في أواخر الثمانينات وبداية التسعينات من القرن الماضي تم عقد سلسلة لقاءات دولية لمناقشة ظاهرة تغير المناخ، ففي عام 1988م أنشأت المنظمة العالمية للأرصاد الجوية (WMO) وبالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة للبيئة (UNEP)، والهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ (IPCC)، وذلك من أجل دراسة وتقييم البحوث العلمية والفنية بشأن تغير المناخ والتأثيرات المحتملة لتلك التغيرات وخيارات التكيف معها وتخفيف حدتها، وقد أصدرت الهيئة سلسلة من تقارير التقييم والتقارير الخاصة والوثائق الفنية والدراسات المنهجية بهدف إعطاء صانعي القرار والرأي العام صورة واضحة عن التغير المناخي، وتأثيراته الاقتصادية والاجتماعية. وفي 1990م أصدرت هذه الهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ تقريرها التقييمي الأول أكدت فيه بأن المناخ مهدد وطالبت بوضع إتفاقية دولية لمعالجة هذه المسألة، استجابت الجمعية العامة للأمم المتحدة لتلك النداءات وأصدرت القرار رقم 45/212 بتاريخ 21 كانون الأول/ديسمبر 1990م بإنشاء لجنة التفاوض الحكومية (INC) من أجل وضع إتفاقية إطارية بشأن المناخ، وبتاريخ 09 أيار/مايو 1992م اعتمدت لجنة التفاوض الحكومية الدولية مشروع إتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، وفتح باب التوقيع عليها في حزيران/يونيو 1992م على هامش قمة الأرض (مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية ريو دي جانيرو)، وخلال فترة المؤتمر وقع على الإتفاقية رؤساء الدول وغيرهم من رؤساء الوفود من 155 دولة، ودخلت الإتفاقية حيز التنفيذ في 21 آذار/مارس 1994، ولغاية 22 أغسطس 2007م بلغ مجموع الدول المصادقة على الإتفاقية أو المنظمة إليها 192 دولة بينها 19 دولة عربية⁽²⁾، لذا فاتفاقية ومعاهدة الإطار حول التغير المناخي هي عبارة عن "معاهدة إطار" ترسي المبادئ والأهداف والمؤسسات والإجراءات التي ينبغي من ثم

استخدامها، والغاية المعلنة من معاهدة الإطار حول التغير المناخي، كما نصت المادة الثانية فيها هي "ضمان تثبيت النسبة التي تتركز بها غازات الانحباس الحراري في الجو عند مستوى يمنع تدخل الأنشطة البشرية على نحو خطر في النظام المناخي، وينبغي التوصل إلى هذا المستوى خلال جدول زمني يكفي لإتاحة الفرصة أمام الأنظمة البيئية للتكيف بصورة طبيعية مع التغير المناخي"⁽³⁾؛ إن أهم الالتزامات التي نصت عليها معاهدة الإطار حول التغير المناخي هي أن الأطراف المنضمة إليها يجب أن تقدم بتقارير منتظمة عن: كميات غازات الانحباس الحراري المنبعثة لديها على المستوى القطري وتوقعاتها بالنسبة لهذه الكميات، وسياساتها وإجراءاتها المتخذة للحد من مثل هذه الغازات المنبعثة، على أن تتم بعد ذلك مراجعة هذه التقارير وتقييمها بعناية على المستوى الدولي، ولا تستهدف عملية المراجعة هذه تنشيط التفاوض على المزيد من الالتزامات وفق الحاجة فحسب، بل تهدف أيضا إلى تعزيز عملية استحداث أهداف قومية وتنفيذها⁽⁴⁾، ويعد مؤتمر الأطراف فهو الهيئة العليا لهذه الاتفاقية (المادة السابعة من الاتفاقية) حيث يقوم بمتابعة تنفيذ الاتفاقية وأية صكوك قانونية أخرى ذات صلة، ويتخذ المؤتمر القرارات اللازمة لتعزيز التنفيذ الفعال للاتفاقية وذلك من خلال الفحص الدوري لالتزامات الدول الأطراف، ومتابعة مدى كفاية الالتزامات التي نصت عليها الاتفاقية، والنظر في التقارير الوطنية المقدمة بانتظام عن الدول الأطراف في الاتفاقية، ومدى الالتزام بتنفيذ الاتفاقية، وسبل تعبئة الموارد المالية... الخ ويعقد هذا المؤتمر مرة في العالم⁽⁵⁾.

🇯🇵 بروتوكول كيوتو: وسط انقسام حاد بين دول العالم وخلافات بين الدول المتطورة وبين الدول النامية تبني مؤتمر الأطراف في نهاية اجتماعات دورته الثالثة في كيوتو باليابان أواخر عام 1997م "بروتوكول كيوتو" الذي نص على أن تقوم دول المرفق الأول (الدول الصناعية) ككل بتخفيض انبعاثاتها من غازات الاحتباس الحراري بما نسبته 5,2 في المائة عن مستويات انبعاثات هذه الغازات عام 1990م، وذلك خلال فترة الالتزام (Commitment Period) ما بين عامي 2008 و2012م (المادة 3 فقرة 1) من البروتوكول، وسيكون معدل خفض الغازات في الولايات المتحدة الأمريكية 07 في المائة وفي الاتحاد الأوروبي 8%، واليابان 6% وكندا 6%، على ألا تتعدى كل دولة الحصص

المقررة لها والمنصوص عليها في البروتوكول (Annex B)، بينما سمح البروتوكول لبعض الدول بزيادة انبعاثاتها من غازات الدفيئة فوق معدلات 1990م خلال فترة الالتزام فمثلا سمح لأستراليا بزيادة نسبتها 8%، والنرويج 01 في المائة وأيسلندا 10 في المائة أما روسيا ونيوزيلندا فقد تقرر تثبيت انبعاثاتها عند مستويات عام 1990م خلال نفس الفترة .

وقد دخل بروتوكول كيوتو حيز التنفيذ بتاريخ 16 شباط/فبراير 2005م وذلك بعد انضمام جمهورية روسيا الاتحادية إليه بتاريخ 18 تشرين الثاني/نوفمبر 2004م، حيث صادقت عليها حتى ذلك التاريخ أكثر من 55 دولة محققة بذلك النسبة اللازمة لدخول البروتوكول حيز التنفيذ، أي 55 في المائة من إجمالي انبعاثات غازات الدفيئة لدول المرفق الأول (الدول الصناعية) عن عام 1990م، واستنادا إلى الوثيقة الصادرة عن أمانة الاتفاقية بتاريخ 14 شباط/فبراير 2007م بلغ عدد الدول المصادقة أو المنضمة إلى البروتوكول 170 دولة، منها 37 دولة من دول المرفق الأول للاتفاقية (المرفق ب للبروتوكول)، والجدير بالذكر أن الولايات المتحدة الأمريكية تساهم نسبة 36,1 في المائة من إجمالي انبعاثات دول المرفق الأول، وهي لم تصادق على البروتوكول نظرا للحسابات المالية التي تتوقع أن يتكبدها اقتصادها من جراء تنفيذها للبروتوكول، فيما تقدر حصة روسيا الاتحادية بـ 4,17 في المائة من إجمالي انبعاثات تلك الدول. وقد حدد بروتوكول كيوتو ستة غازات رئيسية تخضع للاتفاقية وهي:⁽⁶⁾

✓ ثاني أكسيد الكربون (CO₂)

✓ الميثان (CH₄)

✓ أكسيد النيتروز (N₂O)

✓ المركبات الكربونية الفلورية الهيدروجينية: (HFCs)

✓ المركبات الكربونية الفلورية المشبعة (PFCs)

✓ سادس فلوريد الكبريت (SF₆)

وقد تم تحديد سنة 1990م كسنة أساس لأول ثلاث غازات وهي: (CO₂, CH₄, N₂O)، أما الغازات الثلاثة الأخرى فقد أتاح البروتوكول للدول الصناعية اختيار سنة 1995م كسنة أساس لها بدلا من 1990م. وقد أقر البروتوكول "مبدأ التنفيذ المشترك"

(Joint Implementation-JI) بين الدول الصناعية كأسلوب لتنفيذ هذه الدول لالتزاماتها المنصوص عليها في البروتوكول، كما سمح البروتوكول بالتجارة بالفائض من حصص لتخفيض (Emission Trading-ET) لدولة مع دولة أخرى من دول المرفق الأول، وقد حاولت الولايات المتحدة زج الدول النامية بهذه العملية لكنها لم تنجح بذلك .

كما أقر البروتوكول إنشاء آلية التنمية النظيفة (Clean Development Mechanism-CDM) تقوم الدول الصناعية بموجها بتمويل مشاريع في الدول النامية على أن يحسب أي تخفيض في الإنبعاثات نتيجة لتنفيذ تلك المشاريع كجزء من تنفيذ الدول الصناعية الممولة لالتزاماتها المنصوص عليها في البروتوكول .

✚ بروتوكول مونتريال الخاص بحماية طبقة الأوزون: عقد مؤتمر مونتريال في كندا في أيلول سبتمبر عام 1987م تحت رعاية الأمم المتحدة، وقد أنشأ المؤتمر نظام محكم في المواد الكيميائية التي تسبب ضرراً لطبقة الأوزون وذلك من خلال حظر إنتاج أو استخدام العديد من تلك المواد ووضع قيود لاستخدام البعض الآخر⁽⁷⁾، وبعد بروتوكول مونتريال نقطة الارتكاز لنظام منع استنزاف طبقة الأوزون، ويعتبر على نطاق واسع أنه إحدى قصص النجاح في حقل الأنظمة البيئية الدولية، فقبل توقيعه كان إنتاج العالم من المواد المستنزفة للأوزون (ODS) واستهلاكه منها يتزايدان بسرعة، وبحلول أواسط تسعينات القرن العشرين كانت هذه التزعة قد أوقفت وقلبت في الاتجاه المعاكس، إذ كانت غالبية الدول المتقدمة قد ألغت عملياً بصورة تدريجية استهلاك مركبات الكربون والهيدروجين والفلور والكلور (CFCS) ومركبات الهالون، ومن شأن عوامل تأخر الأثر الطبيعية أن تؤدي رغم ذلك إلى تفاقم استنزاف طبقة الأوزون حتى العقد الأول من القرن الحادي والعشرين، ولكن من المتوقع لها أن تستعيد وضعها السوي بالتدريج اعتباراً من ذلك الوقت فصاعداً، لنعود إلى المستويات التي كانت عليها قبل عام 1970م بحلول عام 2020م⁽⁸⁾.

ولقد تعززت فعالية بروتوكول مونتريال بصورة مطردة ما بين 1987 و 1995م، وكانت أبرز وقائع ذلك ما شهدته لندن عام 1990م وكوبنهاغن عام 1992م وفيينا 1995م،

وألزم تعديل لندن عام 1990م البلدان المتقدمة بالاستغناء تدريجياً عن مجموعة موسعة من المواد المستترة للأوزون (بما فيها الهالونات، وكلوروفلورومثيل، ورايع كلوريد الكربون، وقائمة أطول تضم 15 مركباً حاوياً عناصر الكربون والهيدروجين والفلور والكلور) بحلول عام 2000م، كما ألزمت الدول النامية بالاستغناء التدريجي عن هذه المواد بحلول عام 2010م، وبمساعدة من (الصندوق الجماعي MLF) الذي تم إنشاؤه لهذه الغاية، وتم عام 1992م تقديم المواعيد المحددة للدول النامية لاستكمال الاستغناء التدريجي عن المركبات الحاوية لعناصر الكربون والهيدروجين والكلور والفلور من المجموعة الجديدة التي عرفت بـ (HCFCs) بحلول عام 2030م، وهي المركبات التي كانت أدخلت كبديل أقل تدميراً من مركبات (CFCs)، وكذلك الاتفاق على تجميد استخدام بروميد الميثيل، وأخيراً قبلت البلدان النامية أيضاً عام 1995م ببعض الضوابط على مجموعة المركبات الجديدة (HCFCs) وعلى بروميد الميثيل، وبحلول تلك المرحلة كان بروتوكول مونتريال قد أصبح بروتوكولاً عالمياً حقاً، إذ بلغ مجموع الأطراف الموقعة 155 طرفاً⁽⁹⁾.

■ اتفاقية بازل للرقابة على نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها 1992م: تعكس هذه الاتفاقية مخاوف الدول النامية خاصة الإفريقية من تحولها إلى مدافن لنفايات الدول المتقدمة، وهي تعتبر من أهم الوثائق التي وضعت للتحكم في نقل النفايات الخطرة عبر الحدود، ويتمثل العرض منها فيما يلي :

■ توفير المعلومات للأطراف الموقعة حول النفايات وكيفية إدارتها ولاسيما النفايات الخطرة .

■ مساعدة السلطات المحلية وتوجيهها في اتخاذ قرار إما بالموافقة على/أو رفض النقل عبر الحدود للنفايات التي تخضع للاتفاقية، وهذه الاتفاقية من الاتفاقيات التي رسمت فيها مبادئ أساسية تتعلق بالبيئة، علماً بأن تطبيق هذه المبادئ يتفاوت من بلد لآخر، ولاسيما أن الكفاءة والتكلفة الاقتصادية هي الاعتباران الأساسيان عند وضع إستراتيجية إدارة النفايات، وتساهم الدول النامية والمنظمات الحكومية إلى حد بعيد في تنفيذ هذه الاتفاقية⁽¹⁰⁾.

✚ معاهدة مكافحة التصحر: لم تعرض معاهدة مكافحة التصحر للتوقيع حتى شهر يونيو 1994م لكنها مع ذلك تعتبر إحدى الاتفاقيات التي جاءت حصيلة لمؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة والتنمية، وهي تستهدف تعزيز الأعمال الدولية المنسقة لمعالجة مشاكل "تعرية الأرض في المناطق القاحلة"، وشبه القاحلة، والجافة وقليلة الرطوبة، والتي تنشأ عن عوامل متنوعة بما في ذلك التبدلات المناخية والأنشطة البشرية، وهي توفر مجموعة قواعد للممارسات الحميدة لإدارة الأراضي الواقعة على الأطراف، وللحكومات القائمة في المناطق المتضررة وللجهات المانحة، وهي تستهدف تأمين إطار للتعاون ما بين مستخدمي الأراضي المحليين، والمنظمات غير الحكومية، والحكومات، والمنظمات الدولية، ووكالات التمويل، والبلدان المانحة، لكنها لا تتضمن تعهدات ملزمة⁽¹¹⁾. وأياً كان الأمر فإن اتفاقية مكافحة التصحر التي انبثقت عن مؤتمر قمة "ريو" تعتبر صكاً فريداً من نوعه أتاح توجيه الاهتمام إلى مسألة تردي الأراضي في المناطق الجافة التي يوجد بها بعض أضعف النظم الأيكولوجية والسكان في العالم، وبعد مرور عقد من الزمن على بدء تنفيذ الاتفاقية، ودخولها حيز التنفيذ أصبحت هذه الاتفاقية تضم أطرافاً من العالم بأسره، وهناك تسليم متزايد بأن هذا الصك كفيلاً بأن يسهم إسهاماً دائماً في تحقيق التنمية المستدامة والحد من الفقر على الصعيد العالمي⁽¹²⁾.

ثانياً: إتفاقيات في مجال التنوع الإحيائي:

✚ اتفاقية التنوع الحيوي: أقرت اتفاقية التنوع الحيوي الخاصة بحماية الأنواع النباتية والحيوانية والكائنات الدقيقة داخل الدول وفيما بينها بمهدف المحافظة على كوكب الأرض أثناء انعقاد مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة والتنمية في حزيران/ يونيو 1992م وقد وقعت جميع الدول التي حضرت المؤتمر والمقدر عددها بـ 150 دولة على الاتفاقية، وفي كانون الأول/ديسمبر من العام 1993م أصبحت الاتفاقية المذكورة نافذة المفعول⁽¹³⁾. وقد عرفت هذه الاتفاقية عبارة التنوع البيولوجي أو التنوع الحيوي أنه "التباين فيما بين الكائنات الحية من كل المصادر بما في ذلك جملة أمور بينها النظم الإيكولوجية الأرضية والبحرية والمائية الأخرى والمجتمعات الإيكولوجية التي تكون هذه النظم جزء منها، وهذا

يشمل التنوع داخل الأنواع وفيما بينها وتنوع النظم الإيكولوجية⁽¹⁴⁾، وتتميز اتفاقية التنوع الحيوي بأنها: ⁽¹⁵⁾

○ تترك للأطراف الموقعة حرية تطبيق مواد الاتفاقية نظراً إلى كون هذه المواد عبارة عن أهداف وسياسات قطاعية، وليست التزامات محددة مادية .

○ كما أنها لا تحدد الغرض النهائي المقصود إذ لا تضع قوائم أو نظماً بيئية، أو طرزاً وراثية محددة للصيانة والحماية، وتضع هذه القرارات على المستوى الوصي .

وتهدف هذه الاتفاقية إلى حفظ التنوع البيولوجي والاستخدام المستدام لعناصره، والتفاسم العادل والمنصف للمنافع الناجمة عن استغلال الموارد الوراثية وعن طريق النقل الملائم للتكنولوجيات ذات الصلة مع مراعاة كل الحقوق على هذه الموارد والتكنولوجيات وعن طريق التمويل الملائم⁽¹⁶⁾. وقد ضمت اتفاقية التنوع الحيوي قرابة 42 مادة شملت الكثير من المواضيع كان أبرزها ما يلي: ⁽¹⁷⁾ — الأهداف — المصطلحات المستخدمة — الإطار القانوني — التعاون الدولي — الإجراءات العامة لصيانة التنوع الحيوي واستثماره — الصيانة الطبيعية في الموقع وخارج الموقع — الاستثمار المستدام لمكونات التنوع الحيوي. — البحث العلمي والتدريب — الوعي والتثقيف الشعبي — تقدير الأثر البيئي وتقليل الأخطار غير المتوقعة. — الحصول على المصادر الوراثية والتقنيات الحديثة لتبادل المعلومات. — التعاون العلمي وكيفية التعامل مع التقنيات الحيوية وتوزيع فوائدها . كيفية التمويل وإدارة شؤون الاتفاقية. — موضوعات أخرى .

وفي وقتنا الحالي هناك 193 بلداً طرفاً في الاتفاقية (192 بلداً والاتحاد الأوروبي)، وفي نيسان/أبريل عام 2002م إلتزمت الأطراف في الاتفاقية بأن تحقق بحلول عام 2010م خفصاً هاماً في المعدل الحالي لنقص التنوع البيولوجي على الأصعدة العالمية والإقليمية والوطنية، كمساهمة منها في التخفيف من حدة الفقر لصالح كل أشكال الحياة على الأرض وهذا الهدف الذي أيدته فيما بعد القمة العالمية للتنمية المستدامة (قمة ريو +10) في جوهانسبورغ عام 2002م والجمعية العامة للأمم المتحدة، وقد أدمج أيضاً بوصفه هدفاً جديداً في إطار واحد من الأهداف الإنمائية للألفية — كفالة الاستدامة البيئية — ومع كل

ذلك بحلول 2010م التي اعتبرت السنة الدولية للتنوع البيولوجي, اعتبر هدف صيانة التنوع البيولوجي هدفا لم يتم الوفاء به (18).

✚ بروتوكول قرطاجنة المتعلق بالسلامة البيولوجية 2000م :

الهدف من هذا البروتوكول طبقا لما تنص عليه المادة(01) هو المساهمة في ضمان مستوى ملائم من الحماية في مجال أمن نقل وتداول واستخدام الكائنات الحية المعدلة جينيا التي يمكن أن تترتب عليها آثار ضارة على التنوع البيولوجي مع مراعاة المخاطر على صحة الإنسان أيضا, والتركيز بصفة خاصة على النقل عبر الحدود ويعتبر هذا البروتوكول خطوة هامة لكونه يوفر إطارا تنظيمياً دولياً للتوفيق بين احتياجات التجارة ومتطلبات البيئة, لاسيما وأن الأطراف الموقعة على هذا البروتوكول(وهي الأطراف الموقعة على الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي) تدرك أن التكنولوجيا البيولوجية الحديثة تنطوي على إمكانيات كبيرة لرفاه البشر إذا استخدمت بطريقة آمنة وملائمة لصحة الإنسان والبيئة معا(19).

ثالثاً: إتفاقيات دولية في مجال التجارة:

✚ اتفاقية روتردام بشأن الأخطار بالنسبة لبعض الكيماويات الخطرة والمبيدات فيما يتعلق بالتجارة الدولية 1998م: وتتناول هذه الاتفاقية مسألة الإبحار غير المشروع في المواد البيئية السامة والمنتجات السامة الخطرة , ومن أهم مبادئها تأمين قيام المصدرين بالإخطار المسبق عن نقل هذه المواد وتوحيد طرق الإخطار , بحيث يتسنى للدول النامية الإطلاع التام على مخاطر هذه المواد , ووقف استيرادها إذا دعت الحاجة إلى ذلك (20).

✚ اتفاقية التجارة الدولية في أنواع النباتات والحيوانات البرية المهددة بالانقراض (CITES):وهي اتفاقية دولية بين الحكومات فتح باب التوقيع عليها في 03 آذار/مارس 1973م وبدأ سيرانها في 01 تموز/يوليو 1975م وعدلت لاحقا وأصبح فيها حاليا 157 بلدا طرفا, وهي تنظم التجارة الدولية في أصناف من أنواع الحيوانات والنباتات البرية, بما في ذلك إعادة تصدير واستيراد الحيوانات الحية والميتة والنباتات وأجزائها ومشتقاتها, وتستند التجارة في هذه الأصناف إلى نظام للتصاريح والشهادات التي يمكن

أن تصدر إذا توافرت شروط معينة ويتعين تقديمها قبل السماح لشحنات الأصناف بمغادرة البلد أو دخوله، وترد قوائم بأنواع الحيوانات والنباتات التي تخضع لدرجات متفاوتة من التنظيم في ثلاث تذييلات للاتفاقية، فالتذييل الأول يشمل نحو 800 حيوان ونباتات مهددة بالانقراض ولا بد أن تخضع التجارة فيها لتنظيم صارم بوجه خاص، ولا يسمح بها إلا في حالات استثنائية، ويشمل التذييل الثاني أنواعا ليست مهددة بالانقراض بالضرورة ولكن يمكن أن يكون مهددة إذا لم تنظم تجارتها بصرامة، ويشمل التذييل الثالث الأنواع الخاضعة للتنظيم في الأراضي الخاضعة لولاية دولة طرف في الاتفاقية، وعلى نقيض قوائم الأصناف الواردة في التذييلين الأول والثاني التي تتطلب أغلبية الثلثين لقرارات مؤتمر الأطراف في الاتفاقية، فالأنواع المدرجة في التذييل الثالث يمكن للأطراف أن تدرجها بمبادرة منها، ويطلب إلى الأطراف تقديم تقارير سنوية عن هذه التجارة، وتقارير كل سنتين عن التدابير التشريعية والتنظيمية والإدارية المتخذة لإنفاذ أحكام هذه الاتفاقية⁽²¹⁾.

خاتمة الدراسة

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن كثير من الجهود بذلت على الصعيد العالمي لمعالجة القضايا البيئية العابرة للحدود والوصول إلى الإستدامة التنموية، وقد عمد معظم البلدان إلى صياغة إتفاقيات ومبادئ للتعاون وتحديد التحديات العابرة للحدود والحد منها وقد تكفل معظمها بالنجاح بدرجات متفاوتة، وتتمحور البنود الرئيسية التي ينص عليها أي من تلك الجهود والإتفاقيات التعاونية حول توحيد المعايير والأنظمة البيئية وتبادل المعلومات والخبرة والمشاركة العامة .

لذا تناولت الدراسة عينة من تلك الإتفاقيات ففي مجال البيئة والمناخ تطرقنا لاتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ (FCCC)، بروتوكول كيوتو، وبروتوكول مونتريال الخاص بحماية طبقة الأوزون، واتفاقية بازل للرقابة على نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها 1992م، ومعاهدة مكافحة التصحر. وفي مجال التنوع الإحيائي تطرقنا لاتفاقية التنوع الحيوي، وبروتوكول قرطاجنة المتعلق بالسلامة البيولوجية 2000م، بينما في مجال التجارة والبيئة فقد تم تناول اتفاقية روتردام بشأن الأخطار بالنسبة لبعض الكيماويات الخطرة والمبيدات فيما يتعلق بالتجارة الدولية،

اتفاقية التجارة الدولية في أنواع النباتات والحيوانات البرية المهددة بالانقراض (CITES). ومع كل ذلك فإن التوصل إلى تلك الإتفاقيات الدولية ليس إلا خطوة أولى فالتحدي يظل في تنفيذها وإنفاذها، فعندما تصدق البلدان على المعاهدات وتتحمّل مسؤولية احترام بنودها عليها إعمال وتطبيق أنظمة التنفيذ اللازمة على الصعيد الوطني، وتكمن إحدى الثغرات المشتركة بين تلك الإتفاقيات في نقص الإجراءات اللازمة لردع انتهاك تلك المعاهدات وخاصة على الصعيد الوطني.

وفي العموم ساعدت كل تلك الإتفاقيات المتناولة بالإستعراض الموجز أعلاه في تحسين البيئة العالمية في إطارها عبر الحدودي من خلال التعاون الدولي وتبادل المعلومات وتوحيد السياسات والقوانين والمعايير البيئية، وعليه فهي توفر إرادة معمقة ودروساً قيّمة عن كيفية الحد من المشاكل البيئية العابرة للحدود المشتركة وكيفية كفاءة تطبيق نواتج أفضل على الصّعد الإقليمية والوطنية.

هوامش الدراسة

- 1_ اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، الاتفاقيات الدولية وقضايا التجارة في المنطقة: البيئة، نيويورك، الأمم المتحدة، 2003م، ص 05
- 2- رولا فواد نصر الدين، آلية التسمية النظيفّة في بروتوكول كيوتو، الكويت: منظمة الأقطار العربية المصدرة للنفط (أوبك)، إدارة الشؤون الفنية، ص 01_02
- 3- جون بيليس وستيف سميت، عولمة السياسة العالمية، ترجمة ونشر مركز الخليج للأبحاث، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة العربية الأولى 2004م، ص 693
- 4- المرجع نفسه ص 693_ 694 .
- 5- رولا فواد نصر الدين، مرجع سابق، ص 04_ 05 .
- 6- المرجع نفسه ص 6 إلى 09 .
- 7- اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا ، الاتفاقيات الدولية وقضايا التجارة في المنطقة ، مرجع سابق ص 06
- 8- جون بيليس وستيف سميت، عولمة السياسة العالمية، مرجع سابق ص 682 .
- 9- المرجع نفسه ص 684
- 10- اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، الاتفاقيات الدولية وقضايا التجارة في المنطقة، مرجع سابق ص 07

- 11- جون بيليس وستيف سميث، عولمة السياسة العالمية، مرجع سابق ص 694 .
- 12- الأمم المتحدة، اتفاقية مكافحة التصحر- الإجراءات التي اتخذها مؤتمر الأطراف في دورته الثامنة 3_14/أيلول/ سبتمبر 2007 رمز الوثيقة:ICCD/COP(8)/16/Add.1، أكتوبر 2007م، ص 15
- 13- محمود الأشرم، التنوع الحيوي والتنمية المستدامة والغذاء(عالميا وعربيا)، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى كانون الثاني/ يناير 2010م، ص 144 .
- 14- أمانة الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي(2010م)، نشرة التوقعات العالمية للتنوع البيولوجي، موجز تنفيذي مونتريال، الطبعة الثالثة 2010م، ص 04
- 15- محمود الأشرم، التنوع الحيوي والتنمية المستدامة والغذاء(عالميا وعربيا)، مرجع سابق ص 145 .
- 16- أمانة الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي"2010"، نشرة التوقعات العالمية للتنوع البيولوجي، مرجع سابق ص 04
- 17- محمود الأشرم، التنوع الحيوي والتنمية المستدامة والغذاء(عالميا وعربيا)، مرجع سابق ص 145 .
- 18- أمانة الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي، نشرة التوقعات العالمية للتنوع البيولوجي، مرجع سابق ص 04_05
- 19- اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، الاتفاقيات الدولية وقضايا التجارة في المنطقة، مرجع سابق ص 08
- 20- المرجع نفسه ص 08
- 21- المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، تقرير الأمين العام حول التقدم المحرز في تنفيذ قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 2001م/12 بشأن الإنجاز غير المشروع لأنواع النباتات والحيوانات البرية الخاضعة للحماية، الأمم المتحدة فبراير 2002، ص 03
- الوثيقة E/CN.15/2002/7،

نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة.

بقلم الأستاذة : يوسفوي فاطمة

جامعة بشار / الجزائر .

مقدمة :

إن العمل الطبي نشاط يتفق مع القواعد المقررة في علم الطب ويتجه إلى شفاء المريض والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا يستهدف التخلص من المرض أو التخفيف من حدته أو يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض.¹ إلا انه مع التطورات التي يشهدها هذا المجال ظهرت الجراحة التجميلية، الاستئصال البشري ، عمليات التلقيح الصناعي وغيرها من الأعمال الطبية الحديثة وأثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عدة مسائل فقهية وقانونية كشرعيتها وشروط تطبيقها، كما صدرت عدة آراء فقهية معارضة ومؤيدة إلا أن غالبية الفقه الإسلامي أكدت شرعية هذه العمليات وفقا لضوابط شرعية واجب توافرها والتي على أساسها وجدت عدة تشريعات قانونية في عدة دول إسلامية كإلجزائر ومصر وقطر وغيرها ومع ذلك لا تزال عدة مسائل محل نظر وجدال فقهي وقانوني وطبي ليس هذا فحسب بل في الفئنة نفسها أي بين الفقهاء والأطباء والقانونيين أنفسهم كمسألة نقل وزراعة الأعضاء من جثث المتوفين و تحديد لحظة الوفاة . وستتم معالجة مسألة نقل وبيع الأعضاء البشرية، فما هي الأعضاء القابلة للنقل وغير القابلة للنقل وبما أن عمليات نقل وزراعة الأعضاء أهم ضابط فيها هو الجانية باعتبار جسم الإنسان خارج عن مجال المعاملات المالية، فهل يجوز بيع أعضاء البشرية خصوصا إذا كان الحل الوحيد أمام المريض هو شراء عضو بشري ؟

المبحث الأول: عمليات نقل وزراعة الأعضاء.

في بداية ظهور عمليات نقل وزراعة الأعضاء حاول الفقه الإسلامي والقانوني إيجاد أحكام وضوابط لشرعيتها، فمن المعروف أن مقاصد الإسلام الكبرى هي المحافظة على الدين، النفس، العقل، المال، العرض والنسل والحياة، فلا تستقيم بدونها ولذا شرع الإسلام الحدود والقصاص لكل من ينتهك حرمة هذه الضرورات. وظهرت عدة مجتمعات

فقهية مؤيدة لهذه العمليات، كجمعية الفقه الإسلامي المعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة بالمملكة العربية السعودية من 23-18 جمادى الثانية 1408 هـ الموافق ل 11/02/1988م والمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث والمؤتمر الإسلامي الدولي للمليزيا 1969 وغيرها من المؤتمرات ولجان الإفتاء في الأردن، الكويت، مصر، الجزائر وغيرها.²

كما أن غالبية الفقه المعاصر أجازت هذه العمليات التبرعية كالشيخ جاد الحق علي جاد الحق، يوسف القرضاوي، محمد سيد طنطاوي، علي جمعة، مصطفى الرزق وإبراهيم يعقوب وغيرهم.³ وبالمقابل وجد من عارض عمليات التبرع هذه وعلى رأسهم الشيخ محمد متولي الشعراوي والشيخ محمد بن صالح العثيمين والشيخ عبد الله بن صديق الغماري رحمهم الله. وحجة الاعتراض أن التبرع يكون فيم يملكه الإنسان والمالك الحقيقي لجسد الإنسان وروحه هو الله عز وجل والإنسان ما هو إلا أمين على جسده مطالب بالحفاظ عليه مع ذلك تبقى الفئة المعارضة قليلة مقارنة مع الفئة المؤيدة. من خلال هذا البحث سيتم تعريف العضو البشري وأنواعه (المطلب الأول) ثم معرفة أنواع هذه العمليات والشروط القانونية والشرعية التي تحكمها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم العضو البشري .

إن مصدر عمليات نقل وزراعة الأعضاء هي الأعضاء البشرية سواء متجددة أو غير متجددة ، ويخرج من مجال هذه الدراسة أعضاء الحيوانات وان كان جازز الانتفاع بها وفقا لما ذهب إليه فقهاء الشريعة ، فالانتفاع بأعضاء الحيوان أولى من الانتفاع بأعضاء إنسان واشترط بعض الفقهاء، الضرورة الشرعية وان يكون الحيوان مأكول اللحم.⁴ ويتم التعرض في هذا المطلب إلى مفهوم العضو البشري (الفرع الأول) والأعضاء البشرية القابلة للنقل من عدمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم عمليات نقل الأعضاء البشرية .

كانت عمليات نقل و زراعة الأعضاء تقتصر في البداية على النقل الذاتي⁵، بمعنى نقل العضو من مكان من جسد المريض إلى مكان آخر من نفس الجسد ومثال ذلك نقل الجلد أو العظام وبعد ذلك تطورت هذه العمليات لتكون فيم بين الأحياء ومن جثث المتوفين وسيتم تعريف العضو البشري أولا ثم معرفة مفهوم هذه العمليات ثانيا:

أولا : تعريف العضو البشري .

يعرف العضو لغة، بأنه كل لحم وافر بعظمه ، وعرفه صاحب المعجم الوسيط بأنه جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل ويعرف صاحب الكافي بأنه جزء تام من الجسم كاليد والرجل.⁶ مع ذلك لا يمكن الأخذ بالمعنى اللغوي للعضو، فهذا يؤدي إلى إخراج طائفة كبيرة من عمليات نقل الأعضاء البشرية كعمليات نقل الدم. ويقصد بالعضو البشري أيضا مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والمتشابكة والقادرة على أداء وظيفة محددة.⁷

والمعنى الاصطلاحي للعضو البشري: " ذلك الجزء المحدد من الجسم البشري الذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة كالكبد أو القلب أو الكلية".⁸ وعرفه المشرع الإنجليزي بأنه : "تكوين تركيب من الأنسجة لا يمكن استعاضته عن طريق الجسم البشري لو تم استئصاله كله"، ويفهم من ذلك استبعاد الأنسجة المتجددة كالدم والنخاع الشوكي.⁹ على أن المجمع الفقهي أتى بالتعريف الشامل بقوله: " أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء كان متصلا به أو انفصل عنه والدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان المتجددة."¹⁰ أعطى هذا التعريف مفهوم واسع وفتح آفاق أمام عمليات نقل الأعضاء وزرعها ليشمل كل مكونات الجسم سواء كان نسيجا أو خلايا أو دماء وكان يجب إضافة لما تسمح به الشريعة الإسلامية والقوانين حتى لا تفتح مجالات أخرى. والملاحظ أيضا أن جل التشريعات العربية لم تعرف العضو البشري ومثال ذلك المشرع الجزائري فلا نجد نصا يحدد ذلك.

ثانيا: تعريف عمليات نقل و زراعة الأعضاء.

يقصد بهذه العمليات استئصال عضو من الأعضاء المزدوجة من إنسان حي ثم زرعه في إنسان آخر مضطر إليه رجاء نفعه في إطار ضوابط قانونية وقيود معينة. وبالمعنى الدقيق استئصال عضو سليم قابل للنقل من جسد المعطي وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي في الحال أو المآل على أن يكون العضو قابلا للنقل من الناحية الفنية و القانونية. ويقصد بالناحية الفنية أن يكون العضو سليما وإلا انتفت الحكمة من نقله ويجب أن تكون

حالة المعطي تسمح بذلك أما من الناحية القانونية أن يسمح المشرع بنقله.¹¹ إن أطراف عمليات نقل و زراعة الأعضاء هم المعطي أو الواهب وهو ذلك الشخص الذي يتبرع بعضو من أعضائه بغير مقابل من أجل علاج شخص آخر يحتاج إلى العضو الذي تنازل عنه ويطلق عليه اسم المستقبل للعضو. والطرف الرئيسي هو الطبيب الذي يقوم بعملية¹²

الفرع الثاني : أنواع الأعضاء البشرية .

تصنف الأعضاء البشرية إلى صنفين أعضاء قابلة للنقل وأعضاء غير قابلة للنقل وستناول كل نوع على حدى وأهمية التمييز بين الأعضاء البشرية لتحديد شرعية العملية في حد ذاتها سواء من الناحية القانونية أو الشرعية، لاسيما في حالة الأعضاء غير قابلة للنقل .

أولا : الأعضاء القابلة للنقل .

هناك عدة أصناف نذكر منها، الأعضاء المزروجة والمقصود بها الأعضاء التي لها نظير في الجسم كالعين والكلى والأذن وتتميز بأنها غير متجددة الخلايا. والأعضاء ذات الخلايا المتجددة كالجلد والدماء أما الأعضاء المنفردة كالقلب والبنكرياس. وأجازت الشريعة الإسلامية الاستفادة بالأعضاء القابلة للزرع ومنها الكبد والبنكرياس بالنسبة للمصابين بداء السكري وحالات الفشل الكلوي وأمراض الكبد المزمنة ومن الأعضاء المزروجة كالرئتين وزرع الجلد لأغراض عمليات التجميل.

وتأتي في المرتبة الأولى الأعضاء ذات الخلايا المتجددة لصفحتها أي التجديد - فالجسم قادر على تعويض الخلايا التي يتم نقلها أما الأعضاء المزروجة فتأتي في المرتبة الثانية وهذا مقيد بإمكانية قيام العضو المتبقي بوظائفه ووظائف العضو المنقول.¹³ وأكد المشرع الجزائري أن لا يتم نقل عضو أساسي للحياة إذا كان هذا النقل يعرض حياة المتبرع للخطر ولو كان بموافقتة طبقا لنص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها،¹⁴ فلا مجال للأخذ برضا المريض في هذه الحالة.

ثانيا: الأعضاء غير قابلة للنقل.

و هي الأعضاء المنفردة كقاعدة عامة لضرورتها في حياة الإنسان ولاستحالة الاستغناء عنها ويمكن استثناء بعض الأعضاء بالرغم من أنها منفردة لإمكانية عودتها

لحجمها الطبيعي ومثال ذلك زراعة الكبد ، هذا ما أثبتته التجارب الطبية وفقا لما تم إعلانه في الدوائر الطبية الهندية عن نجاح نقل جزء من كبد الأم لوليدها الذي ولد بدون قناة صفراوية وأوضحت الدوائر أن كبد الأم سيعود لحجمه الطبيعي بعد ستة أسابيع.¹⁵ ومن الأعضاء غير قابلة للنقل أيضا من حي أو ميت الأعضاء التناسلية لآثارها الاجتماعية بسبب اختلاط الأنساب و يقصد بها الأعضاء المساهمة في الإنجاب وهي المبايض والرحم لدى المرأة والخصيتان لدى الرجل والقضيب لدى الرجل ويلحق بذلك مني الرجل وبويضات المرأة.¹⁶ وفي هذا الشأن قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بجدة بتاريخ 20 مارس 1990 ما يلي:

1 - زرع الغدد التناسلية : بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعها محرم شرعا .

2 - زرع أعضاء الجهاز التناسلي : زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة جائز لضرورة مشروعة.¹⁷

المطلب الثاني: مفهوم عمليات نقل و زراعة الأعضاء.

كانت عمليات نقل و زراعة الأعضاء تقتصر في البداية على النقل الذاتي¹⁸، بمعنى نقل العضو من مكان من جسد المريض إلى مكان آخر من نفس الجسد ومثال ذلك نقل الجلد أو العظام وبعد ذلك تطورت هذه العمليات لتكون فيم بين الأحياء ومن جثث المتوفين وسيتم تعريف هذه العمليات بصفة عامة (الفرع الأول) تم معرفة الضوابط الشرعية والقانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عمليات نقل و زراعة الأعضاء.

يقصد بهذه العمليات استئصال عضو من الأعضاء المزدوجة من إنسان حي ثم زرعها في إنسان آخر مضطر إليه رجاء نفعه في إطار ضوابط قانونية وقيود معينة. وبالمعنى الدقيق استئصال عضو سليم قابل للنقل من جسد المعطي وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي في الحال أو المال على أن يكون العضو قابلا للنقل من الناحية الفنية والقانونية. ويقصد بالناحية الفنية أن يكون العضو سليما وإلا انتفت الحكمة من نقله ويجب أن تكون

حالة المعطي تسمح بذلك أما من الناحية القانونية أن يسمح المشرع بنقله.¹⁹ إن أطراف عمليات نقل و زراعة الأعضاء هم المعطي أو الواهب وهو ذلك الشخص الذي يتبرع بعضو من أعضائه بغير مقابل من أجل علاج شخص آخر يحتاج إلى العضو الذي تنازل عنه ويطلق عليه اسم المستقبل للعضو. والطرف الرئيسي هو الطبيب الذي يقوم بعملية الاستئصال باعتباره المسؤول عن تحديد العضو القابل للنقل من الناحية الفنية على أقل تقدير.²⁰

الفرع الثاني : الضوابط الشرعية والقانونية لعمليات نقل الأعضاء البشرية.

تشترط معظم التشريعات العربية والفتاوى الشرعية على مجموعة من الشروط والضوابط سيتم التطرق إليها باستثناء شرط مجانية التبرع سيتم التطرق إليه بالتفصيل لاحقاً.

أولاً : عدم التبرع بما يعود بالضرر.

وجه ذلك أن يتبرع الشخص بعضو وحيد في الجسم كالقلب أو الكبد أو ظاهر كاليد أو الرجل أو العين.²¹ كما يمنع التبرع إذا نتج عنه ضرر لأحد المحيطين بالتبرع كالزوجة أو الأولاد لان القاعدة الشرعية تقول الضرر لا يزال بالضرر و لا يصح تطبيق مبدأ الإيثار.²² وجاء في فتوى الشيخ أبو عبد السلام الجزائري المؤرخة في 21 مارس 2007 بشأن نقل وزراعة أعضاء جسم الإنسان حياً أو ميتاً : أن لا يضر نقل العضو من المتبرع ضرراً يهدد حياته ويحل بها لان التبرع يكون حينئذ من قبيل إلقاء بالنفس إلى التهلكة.²³ وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها السالفة الذكر.

ثانياً : الرضا الحر والمستتب.

الأصل في هذه العمليات التبرعية أنها استثناء على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان ولا يمكن إباحة ممارستها إلا برضا الشخص الواعي والمستتب ومن ثم إذا كان هذا الشخص مريض مرض عقلي أو غير مدرك فلا يجوز التعويل عليه. وما ذهب إليه الشيخ القرضاوي : " لا بد أن يكون المتبرع بالغاً عاقلاً ، فلا يجوز للولي أن يأذن للطبيب بنقل

عضو من ابنه القاصر." وكذا لجنة الإفتاء الجزائرية بتاريخ 20 ابريل سنة1982، أكدت على ضرورة الرضا الصريح للمتبرع.²⁴

وبالنسبة لحالة المتبرع المتوفى فلا بد من صدور وصية قبل وفاته بإرادة حرة وواعية دون ضغط أو إكراه وجاء في فتوى مجمع الفقه الإسلامي بمجدة : " يجوز نقل العضو من ميت إلى حي ... بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته أو بشرط موافقة ولي المسلمين ، إن كان المتوفى مجهول الهوية ولا ورثة له".²⁵ وأكد ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 164 فقرة ثانية من قانون الصحة، حيث نص: «...يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك . إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة احد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة. ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من تحقق الوفاة بواسطة لجنة طبية متخصصة وحسب مقاييس علمية يحددها وزير المكلف بالصحة العمومية".

ثالثا : عدم التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية.

وفي هذا الشأن أكد البيان الختامي والتوصيات الصارمة عن الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23 و26 أكتوبر 1989 بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومجمع الفقه الإسلامي أنه: "بحكم أن الخصية والمبيض تستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلقي جديد فإن زرعهما محرم مطلقا نظرا لأنه يفرضي إلى اختلاط الأنساب وتكون ثمرة الإنجاب غير وليدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد الزواج".²⁶ وأكد المشرع المصري بقوله: " يحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب".²⁷ و بالنسبة للمشرع الجزائري نص في المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة إلا لأغراض علاجية".

رابعا : حق الرجوع على المتبرع.

مفاد ذلك إمكانية المتبرع العدول عن رضائه دون قيد أو شرط و إذا كان هناك خلاف فقهي حول هذه المسألة بين ثلاثة آراء فقهية فبرى أنصار الرأي الأول أن المتعهد

بالتبرع ملزم قضاء وديانة عملا بالنصوص الآمرة بالوفاء بالعهد ومن ثم لا يجوز الرجوع فيما تم التعاقد به، وأنصار الرأي الثاني لا يلزمون المتبرع بما تعهد إلا إذا كان ما وعد به معلقا على تنفيذ أمر آخر والرأي الأرجح هو الأخير ومفاده أن المتبرع غير ملزم بالوفاء بوعده قضاء وإن كان ملزما ديانة.²⁸

أما التشريعات القانونية فاتفقت في معظمها على إمكانية عدول المتبرع عن تبرعه متى شاء وفي أي وقت طبقا لنص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها. وقد أشار القانون الأرجنتيني في المادة 13 منه إلى أن كل قرار بشأن هذه العملية يمكن إلغاؤه حتى لحظة إجراء العملية الجراحية متى كان لدى المتنازل القدرة على التعبير عن إرادته والرجوع في هذه الحالة لا يمكن أن يكون محلا لأي مطالبة مالية في هذا الخصوص وهذا ما أكده أيضا مجلس وزراء العرب الخاص بالصحة لسنة 1986 في المادة الرابعة منه.²⁹ ونص المشرع الفرنسي على ذلك في نص المادة 671 L فقرة ثالثة حيث لم يشترط كيفية التعبير عن الرفض بل ترك ذلك مفتوحا لأي وقت وبأية طريقة.³⁰

المبحث الثاني: حكم بيع الأعضاء البشرية.

أثارت عملية بيع الأعضاء البشرية الكثير من الجدل في الوسط الفقهي والقانوني، فذهب البعض إلى إباحة ذلك لضرورة إنقاذ المريض من الهلاك وأجاز البعض الآخر ذلك على أساس وجود اتفاق بين الطرفين أي المتبرع للعضو والمستقبل طالما لا يوجد نص شرعي صريح يحرم ذلك.³¹ في حين أكد معظم فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جواز ذلك على أساس تكريم الإنسان وعدم إجازة أن يكون موضوع معاملة مالية والدليل على ذلك أن معظم التشريعات العربية في هذا المجال تؤكد مجانية التبرع. وهذا ما سيتم التطرق إليه كمطلب أول ثم بيع الأعضاء البشرية والتشريعات العربية والغربية والمؤيدة له (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مجانية التبرع بالأعضاء البشرية.

الأصل أن الأعضاء البشرية ليست مالا وبالتالي لا تصح أن تكون محلا للمعاملات المالية كالبيع أو الشراء، فالإنسان مكرم وكذلك أجزائه والبيع فيه نوع من

الإهانة للكرامة الإنسانية. سيتم التطرق إلى الرأي الشرعي (الفرع الأول) والرأي القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرأي الشرعي.

نادت معظم هيئات الإفتاء وكبار العلماء والجامع الفقهاء بمجانبة التبرع بالأعضاء البشرية على أساس التضامن الإنساني والتراحم والتضحية من أجل الغير والإيثار وليس المقابل المادي³². وهذا ما أوصت به الندوة الفقهاء الطبية الخامسة بعدم جواز الاتفاق على بيع العضو المنقول من الحي في الحالات التي يجوز نقل العضو فيها، إذ لا يجوز إخضاع الإنسان للبيع بحال من الأحوال³³. وهذا ما أكدته مجمع البحوث الإسلامية ودار الإفتاء المصرية في الحكم الشرعي في نقل الأعضاء من الحي إلى الحي ومن الميت إلى الحي. غير أن هذا لا يمنع التبرع وفقا لبعض الفقه من قبول مبلغ غير مشروط مسبقا على أساس الهبة أو المكافئة أو الهدية³⁴. وجاء في هذا رأي القرضاوي بقوله: " لو بذل المنتفع بالتبرع للشخص المتبرع مبلغا من المال غير مشروط ولا مسمى من قبل على سبيل الهبة ، الهدية والمساعدة فهو جائز بل محمود من مكارم الأخلاق وهذا نظير إعطاء المقرض عند رد القرض أزيد من قرضه دون اشتراط سابق فهو مشروع ومحمود وقد فعله النبي صلى الله عليه وسلم حيث رد أفضل مما أخذ وقال : " إن خياركم أحسنكم قضاء."³⁵

الفرع الثاني : الرأي القانوني.

ويعود هدف استبعاد المقابل المالي إلى حرمة جسد الإنسان وأعضاؤه ولا يمكن أن يكون محلا للمعاملات المالية والتجارية ونص على هذا المبدأ المشرع الجزائري في نص المادة 161 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها بقوله : " لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملات مالية ."

وجل التشريعات العربية والعربية تستبعد المقابل المالي في هذا المجال لأنه يفتح باب الاتجار بالأعضاء، نذكر منها القانون الفرنسي في نص المادة L1211-1 فقرة رابعة من قانون الصحة³⁶. وأضاف أيضا في نص المادة L665-12 من قانون رقم 94-654 المتعلق باحترام جسم الانسان³⁷، بمنع الإشهار والإعلانات التجارية لما في ذلك مساس بكرامة

الإنسان سواء هذا الإعلان كان موجها للفرد أو لإحدى المؤسسات أو الهيئات العامة أو لأي مصلحة كانت. ومع ذلك لا يمنع هذا من دفع تكاليف أو مصاريف العملية الجراحية، نفقات إقامة المتبرع في المؤسسة الصحية وعمليات المتابعة الضرورية لما بعد عملية الاستئصال الأولى طبقا لنص المادة 13-665L من قانون رقم 94-654 المتعلق باحترام جسم الانسان³⁸. و المشرع الفرنسي نص صراحة على إمكانية منح المتبرع بعض المزايا أو تعويضه نتيجة ما قام به تعويضا يعادل تعطله عن العمل أو وثيقة تأمين ضد الأخطار المرتبطة بعملية استئطاع العضو ومن ثم فإن تحريم بيع الأعضاء والاتجار بها عالمي وليس في الدول الإسلامية فقط.³⁹ أما المشرع الإنجليزي نص في القانون الخاص بالأعضاء البشرية لسنة 1989 وحرّم كل صور المعاملات التجارية في الأعضاء البشرية في المادة الأولى منه وأوجب التأكد من صلة القرابة بين المتبرع والمتبرع له ويفضل أن يكون المتبرعين متوفين قبل المتبرعين الأحياء كما يجب التأكد من عدم دفع أموال باهضة تفوق تكاليف العلاج المعقولة.⁴⁰ وحرّم أيضا الإعلانات التجارية الهادفة إلى عرض أو إعلان بيع الأعضاء البشرية المادة الثانية من نفس القانون المذكور أعلاه.⁴¹ وأكد أيضا المشرع المغربي في القانون رقم 16-89 في نص المادة الخامسة من القانون المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية , على ضرورة أن يكون التبرع بدون مقابل ماعدا ما تعلق بتكاليف عمليات النقل والزرع وكذا التكاليف الخاصة بالمستشفى.⁴² أما المشرع التونسي نص في المادة السادسة من قانون 91-22 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية وحذر من أن تكون هذه العمليات محل المعاملات المالية أو تحت أي تسمية أخرى ما عدا ما تعلق بدفع التكاليف.⁴³ وبالرجوع إلى المشرع الجزائري أقر مبدأ التنازل بدون مقابل في المادة 158 من قانون الصحة⁴⁴ وجعل التبرع بالدم لغرض علاجي جاعلا بذلك كل ما له علاقة بجسم الإنسان خارجا عن مجال المعاملات المالية.

المطلب الثاني : بيع الأعضاء البشرية .

إن المشرع الجزائري حسم موضوع بيع الأعضاء البشرية بالنص صراحة على مجانية التبرع إلا انه هناك خلاف فقهي حول إجازة بيع الأعضاء من عدمه ولكل اتجاه

أدلة يعتمد عليها وسيتم التطرق للاتجاه المؤيد لبيع الأعضاء البشرية (الفرع الأول) والوقف المعارض لبيع الأعضاء البشرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الاتجاه المؤيد لبيع الأعضاء البشرية .

ذهب هذا الاتجاه إلى تأييد بيع الأعضاء البشرية على أن يكون المقابل في صورة مالية أو عينية كسيارة أو بيت أو غيرها . وعللوا ذلك انه ثمة عقد حقيقي يقوم بين المتبرع والمستقبل للعضو ، يلتزم بموجبه هذا الأخير بدفع نفقات العملية وما تقتضيه من علاج في حال حدوث مضاعفات كما يتعهد بتعويض المتبرع أو ورثته إذا لحق به ضرر أو توفي نتيجة هذا التنازل.⁴⁵ ويضيف أنصار هذا الاتجاه انه من الممكن مساهمة هذا البيع في مواجهة الفقر في حدود مالا يعرض السلامة البدنية للمتبرع لأخطار جسيمة أو ما يمنعه من أداء وظيفة اجتماعية.⁴⁶ فهناك عدة أنواع من العمل خطيرة كالعامل في المناجم والحاجر والخطورة الناجمة عن ذلك تبقى اقل بكثير مقارنة مع التبرع بالأعضاء البشرية خصوصا الأعضاء المتجددة أو الأعضاء المزروجة. ونادت الدكتورة "نانسي شيرهيوز" أستاذة في علم الأجناس البشرية بضرورة تنظيم مسألة بيع الكلى بشكل رسمي بجامعة كاليفورنيا في مقال لها بعنوان : هل من الأخلاق قيام مرضى الفشل الكلوي بشراء الكلى من فقراء العالم؟. واقترحت ضرورة تغيير نظرة المجتمع تجاه حق الإنسان وسلطته على جسده.⁴⁷ ومن القوانين المؤيدة ، تجد قانون المدين المقاطعة كيبك حيث أجاز بيع الدم والنخاع العظمي والشعر والجلد والخلايا التناسلية والأنسجة المتجددة .وفي تشيكسلوفاكيا - سابقا- حيث أجاز القانون الصادر عام 1966 الخاص بنقل الأعضاء البشرية التعويض في حالة نفل الأعضاء بين الأحياء ومنعه في حالة النقل من المتوفين.⁴⁸

ومن الفتاوى الشرعية الصادرة في هذا المجال ، ما صدر عن الهيئة العامة للفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت بقولها : " أما شراء كلية من شخص آخر ، فإن الأصل أن ذلك محرم لان الله كرم الإنسان فلا يجوز قطع بعض أعضائه وبيعها بثمن مهما كان الثمن وفي حال مريض الكلية ، اذا لم يجد متبرعا يتبرع له بكليته وكانت هناك خطورة على حياته ولم يجد وسيلة أخرى للتخلص من مرضه فيجوز له الشراء حيثئذ⁴⁹ لقوله عز وجل : "وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه."⁵⁰ ومن شروط

بيع الأعضاء حسب هذا الاتجاه ، أن لا يكون في بيعها تعارض مع الكرامة الإنسانية بحيث يكون الغاية الربح والتجارة ، أن لا يتعارض البيع مع نص شرعي خاص كال تبرع بالشعر مثلا لقوله صلى الله عليه وسلم : لعن الله الواصلة والمستوصلة .⁵¹ ، أن لا تكون هناك بدائل صناعية للأعضاء الآدمية تقوم مقامها ، أن يكون البيع تحت إشراف مؤسسة رسمية للتحقق من توافر الشروط وتحقق الضرورة وان يكون البيع هو الوسيلة الوحيدة للحصول على العضو .⁵²

هناك عدة فتاوى فقهية تنادي بمجانبة التبرع كالمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة 1405هـ الموافق ل1985م حيث نص : " أن يكون إعطاء العضو طوعا من المتبرع دون إكراه .⁵³ فالأخذ ببيع الأعضاء ، يفتح مجال الاتجار بالأعضاء البشرية عن طريق منظمات غير مرخص لها بذلك ، فكثيرا ما نسمع عن منظمات لسرقة الأطفال لاستغلالهم في عمليات نقل الأعضاء البشرية واستغلال الطبقة الضعيفة والتسارع لكسب أكبر ربح ممكن .

الفرع الثاني : الاتجاه المعارض لبيع الأعضاء البشرية .

اتجه الفقهاء القدامى إلى أن الجسم البشري لا يصح أن يكون محلا للبيع وهذا ينطبق على الأعضاء البشرية وطرح قضية بيع لبن المرأة باعتباره من منتجات الجسم البشري ، فأجاز فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية بيعه أما الحنفية فاعتراضوا باعتبار أن لبن المرأة ليس من قبيل الأموال وبالتالي لا يصح أن يكون عقدا للبيع ، فهو من منتجات الجسم من ثم ف نطاق الحماية يمتد إلى سائر أعضاء الجسم البشري .⁵⁴

ومن الحجج التي استدلوها بقوله تعالى: " ولقد كرّمنا بني آدم .⁵⁵ وقوله صلى الله عليه وسلم: " قال الله عز وجل ثلاث أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا واكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره . " وقوله أيضا : " إن الله حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه .⁵⁶ ولان المسلمين لما قتلوا يوم خندق رجلا من المشركين فأعطوا بجيفته مالا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادفعوا إليهم جيفتهم بأنه خبيث الجيفة الودية فلم يقبل منه شيئا . " وجه الدلالة في هذا الحديث عدم جواز بيع أجزاء جسم الإنسان حيا أو ميتا.⁵⁷

ومن القوانين المعارضة لبيع الأعضاء البشرية نذكر منها ، المشرع المصري الذي نص على حظر التعامل بأعضاء جسم الإنسان أو جزء منه على سبيل البيع أو الشراء أو أي مقابل مهما كانت طبيعته سواء بين الأحياء أو بين الأحياء والمتوفين، طبقا لنص المادة السادسة من قانون رقم 5 لسنة 2010 الخاص بتنظيم نقل و زراعة الأعضاء.⁵⁸ و التشريع القطري، في القانون رقم 21 لسنة 1997 بشأن تنظيم نقل و زرع الأعضاء اشتمل على 14 مادة ونص في المحور الرابع من هذا القانون على عدم إجازة بيع أعضاء الجسم أو شراؤها أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ويحظر على الطبيب إجراء عملية الاستئصال لها إذا كان على علم بذلك . والقانون العراقي نص في المادة الثالثة على منع وحظر بيع الأعضاء البشرية بأي وسيلة ومنع حتى الطبيب الاختصاصي من إجراء هذه العملية في حالة علمه بذلك طبقا لقانون رقم 85 لسنة 1986⁵⁹ . وفي حقيقة الأمر فتح المجال أما الاتجار بالأعضاء البشرية سيكون ضحيتها الفقراء وبالأخص الفئة التي تعاني من الأمراض المختلفة بسبب ظروفهم الصحية والاقتصادية مما يزيد من تفاقم الوضع الصحي لديهم . وسيؤدي ذلك الى وجود وسطاء من غير المختصين في هذا المجال في سبيل ترويج بيع وشراء الأعضاء البشرية ويصبح جسم الإنسان كقطع غيار يتم التزايد عليها ومن ثم هدر الكرامة الإنسانية . ومن التشريعات الغريبة ، القانون الفرنسي في نص المادة L1211 فقرة رابعة من قانون الصحة⁶⁰ . لكن هذا لا يمنع دفع تكاليف أو مصاريف العملية الجراحية، نفقات إقامة المتبرع في المؤسسة الصحية وعمليات المتابعة الضرورية لما بعد عملية الاستئصال الأولى ،هذا ما أكدته منظمة الصحة العالمية⁶¹ . والمشرع الفرنسي قد نص صراحة على إمكانية منح المتبرع بعض المزايا أو تعويضه نتيجة ما قام به تعويضا يعادل تعطله عن العمل أو وثيقة تأمين ضد الأخطار المرتبطة بعملية استئطاع العضو كما ذكرنا سابقا ومن ثم فإن تحريم بيع الأعضاء والاتجار بها عالمي وليس في الدول الاسلامية فقط . وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد أقر مبدأ التنازل بدون مقابل في المادة 158 من قانون الصحة⁶² وجعل التبرع بالدم لغرض علاجي وعليه كل ما له علاقة بجسم الإنسان خارجا عن مجال المعاملات المالية وشدد العقوبة في حالة عدم احترام مبدأ المجانية في نص المادة 303 مكرر 16 بقوله : " يعاقب بالحس من ثلاث سنوات الى عشر سنوات وبغرامة من 300000 إلى 1000000 ،

كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو اية منفعة اخرى مهما كانت طبيعتها.⁶³

خاتمة :

يعتبر موضوع نقل الأعضاء البشرية وزرعها من المواضيع الطبية الهامة التي شغلت اجماع الفقهاء ومجالس الفتوى التي كان لها انعكاس على المنظومات القانونية للدول خاصة الإسلامية منها. ومع ذلك تبقى التشريعات القانونية في هذا المجال ناقصة مقارنة مع التشريعات الغربية خصوصا مع انعدام الوعي لدى المجتمع المدني وانحصار هذه العمليات على المستوى العائلات فقط أي بين الإخوة أو الأب والابن لذلك لا بد من التوعية في أوساط المجتمع.

ومن خلال الشروط الأساسية التي تم التعرض لها وخاصة شرط المجانية والاختلاف بين الفقهاء ورجال القانون حول بيع الأعضاء البشرية وما يثيره من مشاكل اجتماعية وأخلاقية نذكر منها:

1. انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية والضحية هم الفقراء والمعوزين.
2. وجود وسطاء لترويج الاتجار بالأعضاء البشرية واللجوء إلى أساليب تعارض مع الصالح العام، كإخفاء أمراض من جانب المعطي أو التشكيك في المعلومات الصادرة عن الأطباء حول مضاعفات ومخاطر متوقعة.
3. عدم تحقق المساواة في الحصول على الأساليب الطبية المتاحة في حالة وجود مضاربة وارتفاع أسعار بالنسبة للفتنة الفقيرة.

والملاحظ أيضا أن المشرع الجزائري ساير التطورات في هذا المجال وأصدر تعديلا لقانون العقوبات حيث خصص فصل كامل للحد من العقوبات في مجال الاتجار بالأعضاء ولا تزال هناك عدة تطورات، فقد أكد وزير الصحة في هذا المجال من خلال تصريحاته حول إنشاء وكالة وطنية لزراعة ونقل الأعضاء ليتسنى لكافة المرضى الاستفادة، حتى لا تنحصر بين الأقارب فقط وتكون نسبة نجاح هذه العمليات كبيرة، وأضاف أيضا إمكانية إنشاء بنوك لحفظ الأعضاء البشرية، لكن كل هذا يحتاج إلى توعية كبيرة في أوساط المجتمع الجزائري.

¹ [www . barasy.com](http://www.barasy.com) 07/01/2012 19 :37

- ² شيرين عبد الحميد نبيه ، نقل وييع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، الإسكندرية ، مصر ، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر ، طبعة أولى ، 2008 ، ص 10 .
- ³ نفس المرجع ، ص 11 .
- ⁴ نفس المرجع السابق ، ص 46 .
- ⁵ إسماعيل مرجيا ، البنوك الطبية الشرعية وأحكامها الفقهية ، دار الجوزي للنشر ، طبعة أولى ، شوال 1429 ، ص 72 .
- ⁶ محمد حماد مرهج الهيبي ، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي ، عمان الأردن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، طبعة أولى ، 2004 ، ص 18 .
- ⁷ مندر الفضل ، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، عمان الأردن ، دار الثقافة والتوزيع ، طبعة 2002 ، ص 12 .
- ⁸ محمد حماد مرهج الهيبي ، المرجع السابق ، ص 18، 19 .
- ⁹ عمر ابو الفتوح الحمامي ، الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، طبعة أولى ، 2010_2011 ، ص 144 .
- ¹⁰ محمد حماد مرهج الهيبي ، المرجع السابق ، ص 20 .
- ¹¹ محمد حماد مرهج الهيبي ، المرجع السابق ، ص 31 .
- ¹² نفس المرجع ، ص 13 .
- ¹³ نفس المرجع ، ص 26 .
- ¹⁴ "لا يجوز انتزاع الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر . " القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بقانون 90_17 الصادر بتاريخ 31 جويلية 1990 .
- ¹⁵ محمد حماد مرهج الهيبي ، المرجع السابق ، ص 26 .
- ¹⁶ مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 404 .
- ¹⁷ نفس المرجع ، ص 404 .

- 18 إسماعيل مرجيا، البنوك الطبية الشرعية وأحكامها الفقهية، دار الجوزي للنشر، طبعة أولى، شوال 1429، ص 72.
- 19 محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص 31.
- 20 نفس المرجع، ص 13.
- 21 مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 400.
- 22 نفس المرجع، ص 400.
- 23 بالحاج العربي، معصومية اللجنة في الفقه الاسلامي على ضوء القانون الطبي والفتاوى الطبية المعاصرة، وهران، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 24.
- 24 مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 414.
- 25 نفس المرجع السابق، ص 414.
- 26 نفس المرجع، ص 402.
- 27 المادة 02 من قانون رقم 05 سنة 2010، جريدة رسمية رقم 09 المؤرخة في 2010/03/16.
- 28 مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 409.
- 29 نفس المرجع، ص 592.
- 30 «le consentement est recueilli , par tout moyen »
- 31 طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة أولى، 2001، ص 214.
- 32 أحمد شوقي محمد أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986، ص 73.
- 33 نفس المرجع، ص 217.
- 34 مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 410.
- 35 مروك نصر الدين، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 2003، ص 38.
- 36 La gratuité, pour éviter toutes dérives de commercialisation du corps humain, aucun paiement, qu'elle qu'en soit la forme ne peut être alloué qui se prête au prélèvement d'éléments de sont corps ou à la collecte de ses

produit. Code de la santé publique modifié par les lois bioéthiques de 1994 et la loi 2002_303 relative aux droit des malades.

³⁷ « Est interdite la publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produit du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé... »

³⁸ l'article : L665-13 « aucun paiement, qu'elle qu'en soit la forme , ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement de son corps ou à la collecte de ses produit.

Seul pour intervenir, les cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixés en conseil d'état » .

³⁹ مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 14 .

⁴⁰ عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق ، ص 144 .

⁴¹ نفس المرجع ، ص 149 .

⁴² « Le don ou le legs d'un organe humain et gratuit...seuls sont dus les frais inhérents aux interventions exigées par les opérations des prélèvement et de transplantation ainsi que les frais d'hospitalisation qui y sont afférents ». la loi n° 16_98 du 05 Joumada II 1420-n° 4720 relative au don ,au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus humains.

⁴³ « Il est interdit de procéder au prélèvementune contre partie pécuniaire ou toute autre forme de transaction, sans préjudice du remboursement des frais qu'il peuvent occasionner. ». la loi n° 91-22 du 25 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes et de tissus humains.

⁴⁴ نص المادة " تتم في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية »

⁴⁵ عمر ابو الفتوح الحمامي، المرجع السابق ، ص 102 .

⁴⁶ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق ، ص 497 .

⁴⁷ عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق ، ص 105 .

⁴⁸ نفس المرجع ، ص 105 .

⁴⁹ عبد القادر الشخيلي ، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوبتها في الشريعة و القوانين العربية و القانون الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، 2009، ص 236 .

- 50 نفس المرجع ، ص237.
- 51 سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ص07.
- 52 عبد القادر الشихلي، المرجع السابق ، ص235.
- 53 نفس المرجع ، ص238.
- 54 مهند احمد فحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2002، ص152.
- 55 سورة الإسراء، الآية 70.
- 56 عبد القادر الشихلي، المرجع السابق ، ص235.
- 57 نفس المرجع ، ص233.
- 58 قانون رقم 5 لسنة 2010 لخاص تنظيم زرع الأعضاء البشرية، جريدة رسمية رقم 9 مكرر في 16 مارس 2010.
- 59 عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق ، ص 185.

⁶⁰ " La gravité pour éviter toutes dérives de commercialisation du corps humain , aucun paiement , qu'elle qu'en soit la forme ne peut être alloué qui se prête au prélèvement d'élément de son corps ou à la collecte de ses produits . "

⁶¹ Principe directeur 5 : " l'interdiction de la vente ou de l'achat de cellules ,de tissus ou d'organes n'empêche pas de rembourser dans les limites raisonnables les frais véritables encourus par le donneur ,y compris les pertes de revenu ,ou de régler les dépenses liées au prélèvement ,au traitement ,à la préservation et à la mise à disposition de cellules ,de tissus ou d'organes humains aux fins de transplantation . "

<http://www.who.int/transplantation>

⁶² نص المادة : " تتم في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية

"....."

⁶³ قانون رقم 09_01 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم الأمر رقم 66_156 المؤرخ في 18 صفر 1386 المعدل ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ,

صلاحية وسلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة الممتنعة عن التنفيذ

بقلم الدكتور : عثمانى عبد الرحمان

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة الدكتور الطاهر مولاي / سعيدة

مقدمة:

أهم الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة هي أحكام بطلان القرارات الإدارية وتمثل الجانب الأكبر، ثم أحكام الإدانة المالية، و لكل نوع أحكامه الخاصة في كيفية التنفيذ.

وأحكام الإدانة المالية لا تثير كغيرها من الأحكام الصادرة عن القضاء الكامل أية صعوبات في تنفيذها، إلا ما يبدو من تأخير الإدارة في التنفيذ، أو إصرارها على عدم التنفيذ. وعلّة ذلك يرجع أساسا أنّ المشرّع الجزائري وضع حلا موضوعيا لحالة الأحكام القضائية بدفع مبالغ مالية، و بالتالي مكّن الأفراد من إستفاء حقوقهم بسهولة ودون تعقيدات إدارية بموجب القانون رقم 91/02، المؤرخ في 1991/01/08 و المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء¹.

أما تنفيذ أحكام بطلان القرارات الإدارية (إلغائها)، وعلى خلاف أحكام الإدانة المالية فإنه مازال و إلى يومنا هذا يفتقد إلى قواعد ثابتة و تفصيلية لا يجوز الخروج عنها. و السبب في ذلك هو تعدد هذه القرارات، الأمر الذي يستحيل معه وضع قواعد تحدد كيفية التنفيذ بصورة قطعية وحاسمة².

ولازال الإختصاص بتنفيذ حكم البطلان (الإلغاء) يعقد إلى الجهة الإدارية المصدرة للقرار الملغى أو المحكوم بطلانه، بحيث لا يملك القاضي الإداري أن يحل محل الإدارة في عملية التنفيذ. و على ذلك إذا إمتنعت الإدارة عن إصدار قرار أو أصدرت قرارا على نحو مخالف فليس للقاضي الإداري أن يصدر هذا القرار، أو يعدّل فيه بدلا عن الإدارة³

وحظر حلول القاضي الإداري محل في تنفيذ الحكم بالبطلان (الإلغاء) لا يجب أن يختلط بسلطات القاضي الإداري في أن يأمر الإدارة يتخاذ تدبير تنفيذي يتطلب تنفيذ الحكم

أو القرار، أو الأمر الصادر عنه، إذ لا تعد الأوامر في هذه الحالة حلولاً طالما أن سلطة التقدير تبقى في يد الإدارة.

كما لا يجب الخلط بينه وبين صلاحية القاضي في تضمين حكمه طريقة تنفيذه.

أولاً : الإعتراف بسلطة الأمر في مواجهة الإدارة:

إن إشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة كانت إلى وقت قريب وقبل تعديل ق.إ.ج.م.إ تشكل أكثر عبء على أصحابها خاصة تلك المتعلقة بإلغاء أو إبطال القرارات غير المشروعة الصادرة عن الإدارة⁴، و سبب ذلك كان راجع إلى إستقلال الإدارة في مواجهة القاضي الإداري من جهة، وعدم قدرة هذا الأخير توجيه أوامر لها. إضافة إلى الحماية المخصصة للأموال العامة و عدم إمكانية الجز، عليها مما شكل عائق حقيقي أمام إمكانية إستعمال طرق التنفيذ الجبري لإكراهها على التنفيذ، وهو ما كان يشكل إمتياز من إمتيازات السلطة العامة.

إذ كان من غير الممكن للقاضي الإداري في مجال التنفيذ أن يوجه أمراً للإدارة بوجوب التنفيذ على نحو معين، أو في مدة محددة، و لعل من الحجج التي كان يعتد بها في إعمال مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من القاضي الإداري، إعتبار الحظر واحد من تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات القضائية و الإدارية.

و لعلّ التدرّج بمبدأ الفصل بين السلطات في هذا المجال حجة واهية و إقحام للمبدأ في غير محله، إذ لا نجد في الفقه أو القانون ما يجمع القاضي من توجيه أوامر للإدارة. و أنّ سلب القاضي الإداري لصلاحيات توجيه أوامر تنفيذية للإدارة في مجال تنفيذ أحكام أصدرها هو في الحقيقة إهدار لهيئة القاضي و تقليل من أن يكون له دور فعّال في ضمان إحترام أحكامه من جهة فهو إذن مساس بمبدأ المساواة، أمام القضاء و كفالة حق النقاضي، و تعديدا على حق التنفيذ الفعّال للحكم.

و إنطلاقاً من هذا، و أمام تغيّر نظرة القانونيون و الحقوقيون، و إعتبار أنّ كفالة حق الدفاع إنما ينظر إليها من خلال ثلاثة عناصر هي: حق الإلتجاء إلى القضاء، حق حسن سير الخصومة، و الحق في التنفيذ الفعّال الذي يعتبر من مقتضيات تدخّل القاضي بتوجيه أوامر لضمان سرعة التنفيذ و سير مهمة الإدارة في تحقيق آثار الحكم جاء ق.إ.ج.م.إ الجديد ليساير

هذا التوجّه و يمنح سلطات واسعة للقاضي الإداري في توجيه أوامر تنفيذية للإدارة بما فيها الحكم بغرامات تهديدية لضمان تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عنه.

أ: الأمر يتخذ تدابير تنفيذ معيّنة

سارع المشرّع الجزائري، أسوة بالمشرّع الفرنسي إلى الاعتراف للقضاء الإداري بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة، بقصد تنفيذ الأحكام و الأوامر و القرارات الصادرة عنه. وجاء هذا الاعتراف التشريعي ليطوي حقبة طويلة من الزمن هيمن فيها مبدأ عدم إمكانية القضاء لتوجيه مثل هذه الأوامر إلى الإدارة.

وهكذا أصبح بمقدور القضاء الإداري إذا قدر أنّ تنفيذ الحكم الصادر عنه يستلزم صدور قرار معيّن من شخص معنوي عام، أو خاص مكلف بإدارة مرفق عام أن يوجّه أمرا بناء على طلب صاحب الشأن يتخذ القرار الواجب إصداره من أجل تنفيذ الحكم. و إذا قدر أنّ تنفيذ الحكم يستلزم قيام هذا الشخص الاعتباري بتحقيق جديد من أجل إصدار قرار آخر، فإنّ له أن يوجّه إليه بناء على طلب صاحب الشأن، أمر بإجراء التحقيق اللازم و إصدار قرار من جديد.

1- أنواع الأوامر التنفيذية

الأوامر التي يمكن للقاضي الإداري إتخاذها من أجل ضمان تنفيذ الحكم القضائي الإداري يمكن تقسيمها إلى نوعين :

1- أوامر في المرحلة السابقة على التنفيذ، أي في الحكم الأصلي 5 (978، 979)

2 - أوامر في المرحلة لاحقة على صدور الحكم، إذ أثبت له عدم إترام جهة إدارية

أو شخص مكلف بتسيير مرفق عام بتنفيذ حكم قضائي سبق النطق به (979)

كما يمكن تقسيم الأوامر التي يوجهها القاضي من حيث مضمونها إلى نوعين:

1 - أوامر يتخذ قرار بمضمون محدد في حالات السلطة المقيدة، كإرجاع الموظف

(العامل) إلى منصب وظيفته بعد إبطال و إلغاء قرار عزله، أو منح الترخيص المطلوب مادامت

جميع الشروط التي يتطلبها القانون متوافرة.

2 - أوامر بإعادة فحص طلب المدعي و إصدار قرار جديد، وذلك في حالات السلطة التقديرية و حالات إلغاء القرار لعيب الشكل و الإجراءات إذ لا يمنع حكم الإلغاء من إعادة إصدار ذات القرار مصححاً.

2 - شروط إصدار أمر إلى الإدارة

1 - ضرورة تقديم طلب من صاحب الشأن:

يشترط ق.إ.ج.م.إ، لإمكانية توجيه أوامر للإدارة ضرورة تقديم طلب صريح من صاحب الشأن إلى الجهة القضائية التي تنظر الدعوى، و هي إما مجلس الدولة أو المحكمة الإدارية و سواء أكان ذلك في القضايا التي ينظر لها في موضوع الحق أو في الدعاوى الإستعجالية

2 - أن يتطلب تنفيذ الحكم أو الأمر أو القرار إتخاذ الإدارة تدبيراً معيناً، حيث لا محل لإستخدام سلطة الأمر إذا كان تنفيذ الأمر أو الحكم أو القرار لا يتطلب من الإدارة إتخاذ تدبير معين، وقد يتمثل هذا التدبير في إتخاذ الإدارة إجراء "معيناً" وقد يتمثل في إصدار قرار جديد وقد يتمثل في إعادة فحص طلب صاحب الشأن وإصدار قرار جديد في أجل محدد.

3 - لزوم الأمر لتنفيذ الحكم أو الأمر أو القرار، بحيث لا يوجه القاضي الإداري أمراً إلى جهة الإدارة بإصدار القرار الذي يتطلبه تنفيذ الحكم، أو إعادة فحص طلب صاحب الشأن و إصدار قرار آخر إلا إذا كان لازماً لتنفيذ الحكم. 7. و يبني على ذلك أن القاضي الإداري إذا قدر أن توجيه الأمر إلى جهة الإدارة يعتبر مسألة حتمية من أجل تنفيذ الحكم، فينبغي عليه إصدار هذا الأمر. ومن ثم فإن سلطة القاضي كما هو واضح من النصوص التشريعية سلطة مقيّدة. 8. و يجوز للقاضي الإداري أن يمنح أجلاً للإدارة المحكوم ضدها للتنفيذ، كما يجوز له أن يقرن هذا الأمر بالغرامة التهديدية.

وإذا فصلت المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة في نزاع معين، ولم تأمر بإتخاذ التدابير التنفيذية لذلك الحكم أو القرار أو الأمر القضائي، بسبب عدم طلبها من طرف المحكوم له في الخصومة السابقة، فإنه يحق لهذا الأخير أن يتدارك الأمر بأن يطلبها بموجب دعوى جديدة

و في هذه الحالة تلتزم الجهة القضائية الإدارية بأن تصدر قرارا إداريا جديدا في أجل معين يعد سندا تنفيذيا، مع جعل ذلك تحت طائلة غرامة تهديدية عند الإقتضاء.10
هذه الحالة تختلف عن الحالة الأولى المنصوص عليها بموجب المادة 979 ق إ ج م لأن الأمر يتطلب من الإدارة أن تصدر قرارا جديدا يمنح للمحكوم له وضعية قانونية في مواجهتها وليس عملا ماديا أو إمتناع عن عمل.11
ب: الأمر يتخذ التدابير الضرورية للتنفيذ

حددت المادة 987 و 988 ق إ ج م إ المقتبستان من المادتين 1/921 و 8/921 من القسم التنظيمي لقانون القضاء الإداري الفرنسي، شروط تقديم طلب من أجل الأمر يتخذ التدابير الضرورية للتنفيذ و ذلك لضمان تنفيذ الأحكام النهائية و القرارات النهائية الصادرة عن المحاكم الإدارية و مجلس الدولة . و هذا على خلاف الحالات المنصوص عليها في المواد 978 و 979 و المتعلقة بالتدابير المطلوبة لضمان تنفيذ الأحكام و الأوامر غير النهائية.12
ولقد ركزت المادة 987 على الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية على سبيل المثال لا الحصر.

- شروط النطق بالتدابير التنفيذية

يتعلق الأمر بشروط ثلاثة هي:

1 - أن يكون الحكم المطلوب تنفيذه نهائيا

يجب أن يكون الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية نهائيا، بمعنى أنه غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية (المعارضة - الإستئناف) و هذا بعد أن يقوم المحكوم له بتبليغ الحكم إلى الإدارة المحكوم ضدها، و التي لا تطعن في الحكم و تنقضي أجل الطعن.

2 - أن ترفض الإدارة تنفيذ الحكم

تعتبر أحكام المحكمة الإدارية الحضورية ذات طابع تنفيذي، وكذا الشأن بالنسبة للأحكام الغيابية المشمولة بالإنفاذ المعجل و المتضمن في منطوق الحكم 13 وعلى ذلك يجب أن ترفض الإدارة تنفيذ الحكم المبلغ لها بعد إنقضاء آجال الطعن و بعد إلزامها و تكليفها بالوفاء من طرف المحضر القضائي و تحرير محضر عدم التنفيذ

3 - أن تنقضي أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم

يجب لجواز تقديم طلب التدابير التنفيذية الضرورية و الغرامة التهديدية أن تنقضي مدة ثلاثة أشهر يبدأ سريانها من يوم التبليغ الرسمي للإدارة المحكوم عليها بالحكم النهائي وليس من تاريخ التكليف بالوفاء باستثناء الأوامر الإستعجالية التي يجوز تقديم الطلب بشأنها دون أجل أي مباشرة بعد تحرير محضر عدم التنفيذ من قبل الخضر القضائي.

و إذا كانت المحكمة الإدارية قد حددت في حكمها محل التنفيذ أجلا للمحكوم عليه لإتخاذ تدابير تنفيذ معيّنة، فإنه لا يجوز تقديم الطلب إلا بعد إنقضاء الأجل المحدد قضاءً.

وإذا سبق لطالب التنفيذ رفع تظلم أمام الإدارة يطالب فيها تنفيذ الحكم الصادر ضدها و تم رفض الطلب من قبلها، فإن ميعاد ثلاثة أشهر لا يبدأ إلا من يوم صدور قرار الرفض من طرف الإدارة و ليس من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم محل التنفيذ.

و يلاحظ هنا بأن المشرّع الجزائري لم يحدد مهلة للإدارة للرد على التظلم كما لم يوضح الحالة التي يعتبر فيها سكوت الإدارة بمثابة رفض ضمني للتظلم، و لا المدة المقررة لذلك. و عليه يجب الرجوع إلى القواعد العامة المذكورة في نص المادة 830 ق.إ.ج.م.!

و تبعاً لذلك نكون أمام قرار صريح برفض التظلم إذا ردت الإدارة صراحة برفضها التظلم خلال مدة شهرين تبدأ من يوم تبليغها بالتظلم.

أما إذا انقضت مدة الشهرين من يوم تبليغها بالتظلم و سكتت الإدارة عن الرد، فإن ذلك السكوت يعتبر بمثابة قرار ضمني برفضها التظلم، و من هته اللحظة يبدأ سريان أجل ثلاثة الأشهر. و تجدر الإشارة في هذا المقام أنه في حالة الطعن على حكم المحكمة الإدارية، فإن مجلس الدولة هو المختص بتحديد ما يتطلبه الحكم من تدابير تنفيذية و إقرارها عند الإقتضاء بغرامة تهديدية، و يبقى لمجلس الدولة هذا الإختصاص حتى في حالة تأييده لحكم المحكمة

الإدارية¹⁴

ويختص مجلس الدولة أيضا بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لإتخاذ ما يتطلبه القرار الصادر عنه من تدابير تنفيذية لاحقة مع مراعاة نفس الآجال التي يشترطها القانون لذلك.

ثانيا : الحكم بالغرامة التهديدية ضد الإدارة:

إذا قلنا أنّ تنفيذ الأحكام القضائية أيّا كان نوعها، واجب يقع على عاتق السلطة التنفيذية، وفقا لأحكام الدستور و القانون، فإنّ مسؤوليتها في تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الصادرة ضدها تكون أشدّ، و إذا امتنعت عن القيام بذلك؛ فذلك يعدّ مخالفة صارخة لقوانين المجتمع بما يؤدي إلى فقدان الثقة في القانون و سياسته من جهة، و تجاهل لأصل من الأصول القانونية " حجّية الشيء المقضي به" ما يفقد الحقوق إستقرارها.

و شعورا بخطورة عدم إلتزام الإدارة لتنفيذ الأحكام و القرارات القضائية15، و تكريسا منه لدولة الحقّ و القانون، عمد المشرّع الجزائري إلى بسط رقابة القضاء الإداري على عملية التنفيذ و ذلك بإمكانية الحكم بالغرامة التهديدية ضد الإدارة الممتنعة عن التنفيذ.

الأصل أن يقوم المدين (المحكوم عليه) بتنفيذ إلتزامه طوعا، إلاّ أنه قد يتمتع عن تنفيذ إلتزامه في بعض الأحيان، فيجد الدائن نفسه مضطرا للجوء إلى القضاء، لإجبار المدين على تنفيذ إلتزامه متى كان ذلك ممكنا، و إلاّ يقضي للدائن بالتعويض متى إستحال التنفيذ.

إلاّ أنّ اللجوء إلى التنفيذ العيني لا يمكن الأخذ به في جميع الحالات، ففي الحالات تكون فيها شخصية المدين محل إعتبار، لا يمكن اللجوء إلى هذه الوسيلة، لما في ذلك من المساس بالحرية الشخصية للمدين.

لذلك تدخل المشرّع الجزائري، و منح الدائن و سيّله للضغط على المدين المتعنت ماليا لإجباره على التنفيذ العيني، و ذلك عن طريق اللجوء إلى فرض الغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة في التنفيذ العيني، للتغلب على عناد المدين، و حمله على الوفاء بواجبه بغير إستعمال القوّة المادية.16

و لكن السؤال المطروح على بساط البحث و المناقشة: هل يختص أيضا القاضي الإداري أو جهات القضاء الإداري بالحكم بالغرامة التهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة؟ لقد كان المشرّع الفرنسي السبّاق لفرض الغرامة التهديدية على الإدارة بموجب قانون 16 جويلية 1980، و يعدّ ذلك أوّل خطوة في الإعتراف للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر للإدارة، مع تأكيد دستورية هذا العمل و إعتباره من مقتضيات تفعيل ما يصدر من أحكام على نحو يستوجه مبدأ خضوع الدولة للقانون، بما لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات.

ليسائر المشرّع الجزائري ذلك، معترفا لأوّل مرّة بسلطة القضاء الإداري بتوجيه غرامات تهيديّة كآلية لتفعيل القوّة التنفيذية للحكم القضائي الإداري خاصة الصادرة في مواجهة الإدارة الممتنعة على التنفيذ. 17

إنّ إستحداث المشرّع الجزائري لنظام الغرامة التهيديّة في القضاء الإداري له من الأهمية بالقدر الذي يبيّن بمرحلة جديدة لتحقيق جديد وفعال، بنقل عدالة القاضي الإداري من نطاقها النظري إلى التطبيق الفعلي. 18

و من الشروط التي وضعها المشرع حتى يمكن المطالبة بالغرامة التهيديّة أمام القضاء الإداري في مواجهة الإدارة :

- أن يكون الحكم نهائيًا

إشترطت المادة 987 ق إ ج م أن يكون الحكم الإداري محل طلب التنفيذ عن طريق الغرامة التهيديّة حكمًا نهائيًا غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية للطعن وهي المعارضة والإستئناف. 19

- شرط الميعاد

في المواد الإدارية و بالرجوع للمادة 987 ق.إ.ج.م. إن فقدت أو جبت تقديم الطلب المتعلق بتوقيع الغرامة التهيديّة بعد إنقضاء ثلاثة (03) أشهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم وهي المهلة التي قدرها المشرّع الجزائري أنّها معقولة تسمح للإدارة يتأخذ ما يلزم للتنفيذ الإختياري وهو ما يعني إستحالة أن يتضمن نفس الحكم إلزاما للإدارة يتأخذ تدابير تنفيذية تحت طائلة غرامة تهيديّة في نفس المنطوق. 20

الخاتمة:

إذا قلنا أنّ تنفيذ الأحكام القضائية أياً كان نوعها، واجب يقع على عاتق السلطة التنفيذية، وفقاً لأحكام الدستور و القانون، فإنّ مسؤوليتها في تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الصادرة ضدها تكون أشدّ، و إذا امتعت عن القيام بذلك؛ فذلك يعد مخالفة صارخة لقوانين المجتمع بما يؤدي إلى فقدان الثقة في القانون و سياسته من جهة، و تجاهل لأصل من الأصول القانونية " حجّة الشيء المقضي به" ما يفقد الحقوق إستقرارها.

و شعورا بخطورة عدم إترام الإدارة لتنفيذ الأحكام و القرارات القضائية،²¹ و تكريسا منه لدولة الحقّ و القانون، عمد المشرّع الجزائري إلى بسط رقابة القضاء الجزائري على عملية التنفيذ، كوسيلة جديدة للحفاظ على حجّة الأحكام، و تفعيل القوّة التنفيذية للأحكام و القرارات القضائية الإدارية باعتبارها سندات تنفيذية، واضعا بذلك حدا لتلك السلوكيات التي تهدر إستقرار المجتمع و تحرق أهم مبادئ القانون، و ذلك بموجب تعديل قانون العقوبات الجزائري. 22 بحيث أقرّ صراحة بالمسؤولية الجزائية للموظف 23 المتمتع عمدا عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة باسم الشعب الجزائري.

و بالتالي أصبح عدم تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية بمختلف صورها²⁴ من قبل الموظف العام جريمة يعاقب عليها في القانون. 25

غير أنه يأخذ على إعمال المسؤولية الجنائية للموظف المتمتع عن تنفيذ الأحكام القضائية باعتبارها سندات تنفيذية هو تحديد المدّة التي يعدّ بها سلوك الموظف إمتاعا عن التنفيذ²⁶ و إثبات القصد الجنائي من جانب الموظف العام. 27

قائمة المراجع :

¹ على المستفيد من حكم الإداة المالية أن يتقدم إلى أمين الخزينة للولاية بعريضة مصحوبة بنسخة تنفيذية من الحكم الذي يتضمن إدانة الهيئة المحكوم عليها وكل الوثائق و المستندات التي تثبت أن إجراءات التنفيذ عن الطريق القضائي بقيت طيلة شهرين (02)، بالنسبة للأول و ثلاثة (03) أشهر بالنسبة للفرضية الثانية بدون جدوى. و هذا حسب المادتين 2 و 7 من القانون رقم 91/02 .

يتولى أمين الخزينة تسديد مبلغ الإداة في أجل لا يتجاوز شهرين فيها يخص الأحكام القضائية الصادرة في النزاعات القائمة بين الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري، و أجل ثلاثة (03) أشهر فيما يخص الأحكام الصادرة لصالح الأشخاص ضد الدولة، أو الجماعات المحلية أو المؤسسات ذات الطابع الإداري، وهذا حسب المادتين 3 و 8 من القانون رقم 91/02 .

وحرصا من المشرع على تسريع عملية حصول الدائن على حقه في الأجال المحددة في القانون ،فقد نصّ على أنه لا يمكن في أي حال تجاوز هذه المدة حتى و لو تقدّم أمين الخزينة بطلب لأجل التحقيق للنائب العام أو مساعديه لدى الجهات القضائية التي أصدرت الحكم، وذلك بموجب المادة 04 فقرة 2 من القانون رقم 91/02 .

² أنظر، بن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية، ، دار هومة، الجزائر 2010ص 225

. 3 مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، ملف رقم 000919، تاريخ 19 مارس 2001، غير منشور.
4- حسينة شرون، إمتاع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، دار الجامعة الجديدة مصر، 2010، ص40

5- يراجع نص المادة 978-979 ق.إ.ج.م.!

6- يراجع نص المادة 979 ق.إ.ج.م.إ- "تغيير في الوضعية القانونية، بإمكانه أن يؤدي إلى كون حكم الإبطال لقرار إداري لم يعد يتطلب إتخاذ تدابير تنفيذية، وتبعاً لذلك يجب القضاء برفض الطلبات الرامية إلى إصدار أوامر للإدارة". قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 29 يوليو 2002، قضية Bourdon.

⁸ أنظر عبد القادر علوي، المنازعات الإدارية، المنازعات الإدارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ، ص 226.

9 يراجع نص المادة 980 ق إ ج م إ.

- أمثلة عن بعض الحالات المنصوص عليها في المادة 978 ق إ ج م إ.
الأمر يراجع الموظف إلى منصب وظيفته في حال إبطال قرار العزل.

الأمر بإرجاع الأثرية إلى مكانها و تسوية القطعة الأرضية في حالة إبطال قرار نزع الملكية للمنفعة العامة لعدم مشروعيتها، وعدم القيام بأعمال جديدة.

الأمر بإرجاع الطالب إلى الجامعة و تسليمه شهادة التسجيل في حالة إبطال قرار الطرد الصادر ضده.

¹⁰ يراجع نص المادة 981 ق.إ.ج.م.إ.

11- أنظر، لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 641.

- أمثلة عن بعض الحالات المنصوص عليها في نص المادة 981 ق.إ.ج.م.إ.

- أن تكون المحكمة الإدارية قد قضت بإلغاء قرار إداري يتضمن رفض منح رخصة البناء، فإنها تأمر في الخصومة الجديدة الإدارة بإصدار قرار بمنح رخصة بناء للمعني.

- أن يصدر حكم بإلغاء قرار أقصى الطالب من المشاركة في مسابقة الماجستير، فإن المحكمة تأمر إدارة الجامعة بإصدار قرار يتضمن السماح له بالمشاركة في الإمتحان و إدراج اسمه في قائمة المستعدين للإمتحان.

- أن يحكم بإبطال قرار الهيئة المستخدمة المتضمن رفض تصنيف موظف في درجة معينة، و تأمر المحكمة الإدارية الهيئة المستخدمة بأن تصدر قرار إداري بتصنيفه في تلك الدرجة.

12- أنظر عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية و الجزائرية، منشورات بغدادادي الجزائر، الطبعة الأولى، 2009، ص 316.

13- أنظر لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص 66

14- أنظر عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 227.

15- يقصد بجرمة الإمتناع عن التنفيذ " إجحام الموظف عن القيام بأي إجراء من إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية ". و المقصود بالأحكام القضائية هنا هي الأحكام الصادرة ضد الإدارة، ذلك أن الأمر لا يثير إشكالا بالنسبة للأحكام الصادرة ضد الأفراد، مادام أن دور الإدارة يقتصر على عملية التنفيذ بواسطة القوة العمومية للقيام بإجراءات التنفيذ الجبري متى طلب المحكوم له ذلك.

16- أنظر، حمدي باشا عمر طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 29.

- في هذا الصدد نصت المادتين 174، 175 ق.م.ج و أجازت للدائن أن يطلب من القاضي الحكم على المدين المتمتع عن التنفيذ بعض الحالات، بغرامة إجبارية تتحوّل إلى تعويض نهائي بعد التصفية إذا تأخر أو أصرّ على ذلك.

17- تم النص على ذلك صراحة من خلال المادة 978 ق إ م ج م إ ومايليها لاسيما المادة 980 ق.إ.ج.م.إ.، والتي تنص صراحة: "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها إتخاذ أمر بالتنفيذ وفقا للمادتين 978 ، 979 أعلاه أن تأمر بغرامة تهيديية مع تحديد تاريخ سريالها " وكذا المادة 981 ق إ ج م إ تنص على أنه: "في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم قضائي ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك بتحديدھا و يجوزھا تحديد أجل للتنفيذ و الأمر بغرامة تهيديية... " و بالتالي و إنطلاقا من هذه المواد أصبح القضاء الإداري في القانون الجزائري مختصا بالحكم بالغرامة التهيديية.

- تتنوع الغرامة التهيديية في القضاء الجزائري الإداري إلى:

أ - غرامة تهيديية سابقة على مرحلة التنفيذ، أي في الحكم الأصلي، وهو ما نصت عليه المادة 980 ق.إ.ج.م.إ.

ب - غرامة تهيديية لاحقة على صدور الحكم الأصلي، و هو ما نصت عليه صراحة المادة 981 ق إ ج م إ.

- لمزيد من التفاصيل حول أنواع الغرامة التهيديية التي يأمر بها القضاء الإداري : أنظر لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص 640 ومايليها.
18- أنظر، حسينية شرون، إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، دار الجامعة الجديدة مصر، 2010، ص41.

19- غير أن هذا الشرط غير واجب بالنسبة للأوامر الإستعجالية طبقا للمادة 987 / فقرة 02 ق إ ج م إ، وذلك لكونها معجلة النفاذ بقوة القانون.

20- غير أن هذا الشرط ترد عليه الإستثناءات التالية:

- طلب الحكم بالغرامة التهيديية لتنفيذ الأوامر الإستعجالية بحيث أن المشرع الجزائري لم يقيّد صاحب المصلحة بأجل معيّن طبقا للمادة 987 فقرة 2 ق إ ج م إ.
- إذا تعلق الأمر بطلب تنفيذ الحكم تكون المحكمة التي أصدرته قد حددت مدة لتسيذه طبقا لنص المادة 987 فقرة 3 ق.إ.ج.م.إ. ففي هذه الحالة لا يجوز تقديم الطلب إلا بعد إنتضاء الأجل المحدد من قبل المحكمة.

- في حالة إنتزام الإدارة بالإمتثال للإلتزامات المنافسة و الإشهار. إن هذه الحالة منصوص عليها في المادة 946 ق.إ.ج.م.إ. التي يجوز فيها للقاضي إلزام الإدارة بالإمتثال للإلتزامات المنافسة و الإشهار و ذلك تحت طائلة غرامة تهيديية في نفس الأمر، على أن تسري الغرامة من تاريخ إنتضاء الأجل المحدد.

21— يقصد بجرمة الإمتناع عن التنفيذ " إجحام الموظف عن القيام بأي إجراء من إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية ". و المقصود بالأحكام القضائية هنا هي الأحكام الصادرة ضد الإدارة، ذلك أن الأمر لا يثير إشكالا بالنسبة للأحكام الصادرة ضد الأفراد، مادام أن دور الإدارة يقتصر على عملية التنفيذ بواسطة القوة العمومية للقيام بإجراءات التنفيذ الجبري متى طلب المحكوم له ذلك.

²² بموجب القانون رقم 09/01، المؤرخ في 26 جوان 2001، المعدل و المتمم لقانون العقوبات الجزائري.

و في هذا الشأن نصت المادة 138 مكرر ق ع ج على ما يلي: "كل موظف عمومي إستغل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو إمتنع أو إعترض أو عرقل عمدا تنفيذه يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات و بغرامة...".

بالنسبة للغرامة المنصوص عليها في هذه المادة لا بد من مراعاة ما تضمنه قانون العقوبات الجزائري رقم 23-06 المعدل لقانون العقوبات من تعديلات بهذا الشأن، حيث رفع بموجبه م ج مقدار الغرامات المقررة في مادة الجحج (م 467 مكرر) و في مواد المخالفات أيضا (م 467 مكرر ق.ع.ج).

23— و في هذا الشأن نصت المادة 138 مكرر ق ع ج على ما يلي: "كل موظف عمومي إستغل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو إمتنع أو إعترض أو عرقل عمدا تنفيذه يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات و بغرامة...".

بالنسبة للغرامة المنصوص عليها في هذه المادة لا بد من مراعاة ما تضمنه قانون العقوبات الجزائري رقم 23-06 المعدل لقانون العقوبات من تعديلات بهذا الشأن، حيث رفع بموجبه م ج مقدار الغرامات المقررة في مادة الجحج (م 467 مكرر) و في مواد المخالفات أيضا (م 467 مكرر ق.ع.ج).

24— مما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في نص المادة 138 مكرر ق ع ج نص على عدة جرائم تتعلق بعدم تنفيذ الأحكام القضائية وليس جريمة واحدة. هذه الجرائم تنفق من حيث العنصر المفترض و الركن المعنوي، و يقتصر الاختلاف على الركن المادي فقط. هذه الجرائم هي:

1 - جريمة إستعمال السلطة لوقف تنفيذ الحكم القضائي:

يتمثل السلوك الإجرامي في جريمة إستعمال سلطة الوظيفة لوقف تنفيذ الحكم القضائي في إساءة موظف غير مختص أصلا بتنفيذ الحكم القضائي إستعمال صلاحيته القانونية بهدف تحقيق نتيجة إجرامية هي وقف تنفيذ الحكم القضائي المتبر سندا تنفيذا.

2 - جريمة عرقلة تنفيذ الحكم القضائي:

عرقلة تنفيذ الحكم القضائي هي سلوك إيجابي دائما، يصدر عن الموظف المكلف بتنفيذ الحكم، أو عن موظف آخر بهدف تحقيق نتيجة إجرامية هي عدم التنفيذ أو تمامه . و في هذه الحالة فإن الموظف لا يمتنع عن

تنفيذ الحكم، و لا يعترض عليه، إنما يستخدم وسائل يترتب عليها أن يصبح إجراء التنفيذ غير ممكن، إن لم نقل مستحيلًا.

3 - جريمة الإمتناع عن تنفيذ الحكم القضائي:

تكتسب جريمة الإمتناع عن تنفيذ الحكم القضائي بسبب ركنها المادي أهمية خاصة، تفوق بكثير الجرائم الأخرى المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية. ومرد ذلك من جهة أن الإمتناع هو أكثر التصرفات حدوثًا من جانب الإدارة إزاء الأحكام القضائية، ومن جهة أخرى، فإن هذه الجريمة هي الوحيدة التي ترتكب من طرف الموظف المختص مباشرة بتنفيذ الحكم القضائي.

4 - جريمة الاعتراض عن تنفيذ الحكم القضائي:

الاعتراض هو إبداء الموظف صراحة عدم قبوله بتنفيذ الحكم القضائي. و قد يتعلّل الموظف في هذا بحجّة وجود صعوبات مادية تعترض التنفيذ أو بدعوى المصلحة العامة إذ لم يكن لذلك ما يبرره من الناحية القانونية.

25-ولكي يطبق هذا النموذج الإجرامي، لا بد أن يكون مرتكب الجريمة موظفًا عمومياً، والموظف بمفهوم هذه المادة هو كل شخص يتمتع بسلطة عامة، أو مكلف بتسيير مرفق عام، وكذلك من يتولى إحدى الوظائف العامة عن طريق الانتخاب.

وقد عبّر وزير العدل في مداخلة أمام المجلس الشعبي الوطني صراحة على هذا المفهوم بقوله: "وهنا بودي الإشارة إلى أن المقصود بمفهوم الموظف ليس المفهوم الإداري، وإنما كل من لديه سلطة...".

- يراجع في هذا الشأن، المجلس الشعبي الوطني، ج ر للمداولة، الدورة الرابعة، 2001، رقم 265، ص 07.

- لمزيد من التفاصيل حول الاختلاف في مفهوم الموظف بين القانون الإداري و الجنائي: أنظر، حسينة شرون، المرجع السابق، ص 140.

26-وذلك في الحالات التي لا يمكن تنفيذ الحكم فوراً، بحيث لا يعد الموظف العام ممتعاً عن التنفيذ إلاّ إذا مرت مدّة معقولة. وتقدير هذه المدّة من الأمور الصعبة التي يستخلصها قضاة الموضوع تحت رقابة المحكمة العليا.

27-بعض جرائم الإمتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية جرائم عمدية، يتطلب المشرّع لقيامها توافر القصد الجنائي أي العلم و الإرادة من جانب الموظف الممتنع، ونتيجة لذلك يصعب من الناحية العملية إثبات هذا القصد خاصة و أنه مسألة نفسية لا يمكن التحقّق منها إلاّ إذا صدر سلوك إيجابياً من الموظف صاحب عملية عدم التنفيذ.

محدودية دور اللجان البرلمانية الدائمة للغرفة الثانية

"دراسة مقارنة"

بقلم الأستاذة / جعفري نعيمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الدكتور الطاهر مولاي / سعيدة

تعتبر اللجان البرلمانية بمثابة التنظيمات الداخلية الأكثر أهمية وفعالية داخل المؤسسة البرلمانية، نظراً لأنها تستجيب لضرورة عملية من خلال التخصيص القطاعي¹. وترجع البوادر الأولية لظهور اللجان البرلمانية في فرنسا إلى سنة 1789 عندما عينت الجمعية التأسيسية عدداً من المكاتب في حدود واحد وثلاثين مكتباً².

وفي ظل الحكومة الثورية سنة 1793 أنشأت هيئات منبثقة عن الجمعية الوطنية كانت بمثابة صاحبة السلطة الحقيقية، الأمر الذي أدى إلى منع تكوينها بعد ذلك إلى غاية 1902 في عهد الجمهورية الثالثة، حيث تم اعتماد نظام اللجان الدائمة بموجب قرار صادر عن الجمعية الوطنية، بإحداث 16 لجنة دائمة، وقد ارتفع هذا العدد إلى غاية أن وصل إلى عشرين 20 لجنة سنة 1920. أما في ظل الجمهورية الرابعة فقد كانت تضم مجالسها 19 لجنة، وكانت صلاحيتها تتوافق مع القطاعات الوزارية، كما أن أعضائها يتم انتخابهم وفقاً لمبدأ التمثيل النسبي للفرق البرلمانية طيلة كل دورة سنوية³.

إلا أنه مع بداية الجمهورية الخامسة تم تخفيض عددها في حدود ستة لجان داخل كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ بناء على طلب واضعي دستور 1958، وقد تم رفع هذا الطلب في مقترح قرار تم إيداعه في 25 جويلية 1958، ووافق عليه ممثلو العديد من الفرق البرلمانية⁴. وتم النص على ذلك في المادة الثالثة والأربعين من الدستور قبل تعديلها بموجب القانون الدستوري رقم 724-2008 الصادر في 23 جويلية 2008، الذي رفع عدد اللجان إلى ثمانية لجان دائمة مما ترتب عليه تعديل نص المادة 43 بنصها على: "تحال مشروعات القوانين واقتراحاتها على إحدى اللجان الدائمة التي يحدد عددها بشماني لجان في كل مجلس"⁵. كما تم التطرق إلى اللجان في الأنظمة الداخلية للمجلسين، والمرسوم رقم

58-1100 الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1958 الخاص بتسيير مجلسي البرلمان المعدل بموجب المرسوم 2014-158 الصادر في 20 فبراير 2014⁶.

أما بالنسبة للجزائر فقد تم النص على اللجان البرلمانية في أول دستور لها لسنة 1963 بموجب نص المادة 33 بنصها على: "يجتمع المجلس الوطني وجوبا... ويبتخب فوراً رئيسه ومكتبه ولجانه". ونفس المضمون في دستور 1976، ودستور 1989 بموجب المادتين 141 و107 على التوالي.

أما بالنسبة لدستور الحالي لسنة 1996 فقد تم النص على اللجان البرلمانية بمقتضى المادة 113 بنصها:

"ينتخب المجلس الشعبي الوطني مكتبه ويشكل لجانه. تطبق الأحكام السابقة الذكر على مجلس الأمة."

والمادة 117 بنصها على: "يشكل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة لجانها الدائمة في إطار نظامهما الداخلي."

وبهذا ترك المؤسس الدستوري الجزائري أمر تنظيمها وتحديد اختصاصاتها للنظام الداخلي لكل من المجلسين. وكذلك لأحكام القانون العضوي 02/99 المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة. وعليه مما يتكون الإطار الهيكلي والتنظيمي للجان البرلمانية للغرفة الثانية؟ وما هي أهم اختصاصاتها؟ وهذا ما سيتم العرض له فيما يلي:

المبحث الأول: الإطار الهيكلي للجان الدائمة للغرفة الثانية

تضم التشكيلة التنظيمية لكل من مجلس الشيوخ الفرنسي والجزائري لجان دائمة، وعليه ماهي تصنيفات وعدد هذه اللجان؟ وكيف يتم تعيين أعضائها؟ وما هي قواعد عملها؟ وهذا ما سيتم العرض له على الشكل التالي:

المطلب الأول: تصنيفات وعدد اللجان الدائمة للغرفة الثانية

بعد كل تجديد جزئي لمجلس الشيوخ يتم تشكيل سبعة لجان دائمة تتمثل في⁷:

— لجنة الشؤون الاقتصادية التي تتشكل من 39 عضوا.

— لجنة الشؤون الخارجية والدفاع والقوات المسلحة التي تضم 57 عضوا.

- لجنة الشؤون الاجتماعية التي تشكل من 57 عضوا .
- لجنة التعليم والثقافة والاتصال التي تضم 57 عضوا .
- لجنة التنمية المستدامة التي تشكل من 39 عضوا .
- اللجنة المالية التي تتألف من 49 عضوا .
- لجنة القوانين الدستورية ، والمشاريع ، والاقتراع العام ، والأنظمة ، والإدارة العامة التي تتضمن 49 عضوا .

وبهذا اقتصر النظام الداخلي لمجلس الشيوخ المعدل بموجب القرار الصادر في 19 ديسمبر 2011 ، على تحديد عدد اللجان الدائمة لمجلس الشيوخ بسبعة فقط ، مختلفا بذلك على النص الدستوري المادة 43 من دستور 1958 المعدل ، والتي حددتها بثمانية (08) لجان . أما بالنسبة لمجلس الأمة فيشكل لجانه الدائمة طبقا لنظامه الداخلي لمدة سنة قابلة للتجديد ، و يبلغ عددها تسعة (09) لجان تتمثل في⁸ :

لجنة الشؤون القانونية والإدارية وحقوق الإنسان ، لجنة الدفاع الوطني ، لجنة الشؤون الخارجية والتعاون

الدولي والجمالية الجزائرية في الخارج ، لجنة الفلاحة والتنمية الريفية ، لجنة الشؤون الاقتصادية والمالية ، لجنة

الترتيب والتكوين والتعليم العالي والبحث العلمي والشؤون الدينية ، لجنة التجهيز والتنمية المحلية ، لجنة الصحة والشؤون الاجتماعية والعمل والتضامن الوطني ، لجنة الثقافة والإعلام والشبيبة والسياحة .

تتكون لجنة الشؤون القانونية والإدارية وحقوق الإنسان ، وكذا لجنة الشؤون الاقتصادية والمالية من خمسة عشرة (15) عضوا إلى تسعة عشرة (19) عضوا على الأكثر ، وتضم بقية اللجان من عشرة (10) إلى (15) عضوا على الأكثر⁹ .

ويتميز مجلس الشيوخ الفرنسي عن مجلس الأمة ، من حيث ارتفاع عدد أعضاء لجانه ، وذلك راجع إلى ارتفاع عدد أعضاء هذا الأخير بالمقارنة مع مجلس الأمة الجزائري ، وإلى تعدد القطاعات والتخصصات وتوزيع الاختصاصات داخل هذه القطاعات ، مما

يرفع القوة الاستيعابية داخل لجانه. أما من حيث عدد الجان فيتميز مجلس الأمة الجزائري بارتفاع عدد لجانه بالمقارنة مع مجلس الشيوخ الفرنسي .

المطلب الثاني: تعيين أعضاء اللجان الدائمة وتسييرها

يتم انتخاب أعضاء اللجان الدائمة وفقا لمبدأ التمثيل للفرق البرلمانية التي يعود إليها ملكية تمثيل اللجان¹⁰. ويعتبر التمثيل النسبي للفرق البرلمانية أسلوب يعتمد عليه كل من مجلس الشيوخ الفرنسي ومجلس الأمة الجزائري، وهذا ما يستفاد من المادتين 08 و 29 من نظاميهما الداخليين على التوالي¹¹. ويمكن لكل عضو أن يكون عضوا في لجنة من اللجان الدائمة¹². وبعد تعيين كل اللجان الدائمة على مستوى مجلس الشيوخ، يعين مكتب كل لجنة الذي يتكون من رئيس وثمانية نواب للرئيس وأمين بحيث تكون كل القوى السياسية ممثلة فيه طبق لمبدأ التمثيل النسبي¹³. أما على مستوى مجلس الأمة فيتفق رؤساء المجموعات البرلمانية في اجتماع مع مكتب مجلس الأمة بدعوة من رئيس مجلس الأمة أو بطلب من المجموعات البرلمانية على توزيع مهام مكاتب اللجان على رئيس ونائب للرئيس ومقرر¹⁴.

ويعتبر مكتب اللجان الدائمة الأساسية لتسيير عمل اللجان، ويقوم بالمهام الموكلة إليه تحت رئيسه، ويوجد

تحت إشراف هذا المكتب شق إداري يتكون من مجموعة من الموظفين يساهمون في تحريك العمل داخل اللجان وتدعيم عمل الأعضاء في تأدية مهامهم مما يجعل العمل داخل اللجان البرلمانية الدائمة الفرنسية تتم بسرعة أكبر في أداء مهامها¹⁵. بخلاف الوضع بالنسبة لمكتب اللجان الدائمة لمجلس الأمة في الجزائر مما إحدى معوقات عمل هذه اللجان .

المطلب الثالث: قواعد عمل اللجان الدائمة

يمكن اعتبار اللجان الدائمة لغرفتي البرلمان بمثابة برلمانات مصغرة، لأن لها صلاحية تنظيم أشغالها، لكن في حدود القواعد الدستورية والقانون الداخلي¹⁶. وعليه فهي تخضع لقواعد مشابهة لقواعد عمل المجالس البرلمانية لكن بشكل مبسط، وهي تتعلق من جهة باجتماعاتها، ومن جهة أخرى بتنظيم جلساتها، على الشكل التالي :

الفرع الأول: القواعد المتعلقة بالاجتماعات :

تجتمع اللجان الدائمة في أغلب البرلمانات في العالم، حينما لا تكون المجالس منعقدة في جلسة عامة، واجتماع اللجان خارج هذه المواعيد يعتبر عامل إيجابي يخفف من مهامها ويمدد عملها زمنيا، ويسمح لها كذلك بالدراسة المعمقة للمشاكل بعيدا عن إكراهات الجلسات العامة¹⁷.

وقد عمل النظامان الداخليان لمجلس الشيوخ ومجلس الأمة على تنظيم اجتماعات اللجان، حيث تعقد اللجان الدائمة لمجلس الشيوخ الفرنسي اجتماعاتها أثناء الدورة أو فيما بين الدورات بناء على استدعاء من قبل رؤسائها، أما في الحالة الاستثنائية فتجتمع بناء على رسالة مرفق بتحديد جدول الأعمال من أمانة كل مجموعة¹⁸.

أما بالنسبة للجان الدائمة لمجلس الأمة فتعقد اجتماعاتها أثناء الدورة بناء على استدعاء من قبل رؤسائها، وفيما بين الدورات تستدعى من طرف رئيس مجلس الأمة حسب جدول أعمالها. غير أنها لا يمكن أن تجتمع عند انعقاد جلسات مجلس الأمة، إلا بغرض المداولة في مسائل أحاطها عليها المجلس قصد دراسة مستعجلة¹⁹. ويعتبر حضور أعضاء اللجان الدائمة إجباريا في مجلس الشيوخ الفرنسي²⁰. إلا أن النظام الداخلي لمجلس الأمة لم ينص على الطابع الإجباري لحضور أعضاء اللجان الدائمة للاجتماعات، واکتفى بنص على انه لا تصح مناقشات اللجان إلا بحضور أغلبية أعضائها²¹. مما يفتح المجال لغياب أعضائها وما يترتب عن ذلك من تعطيل أشغالها.

الفرع الثاني: قواعد المتعلقة بتنظيم الجلسات:

تتميز الجلسات داخل اللجان الدائمة في مجلس الأمة بطابعها السري²². غير أنه يجوز للجان الدائمة في مجلس الشيوخ الفرنسي أن تعقد في جلسة سرية بناء على طلب من رئيس الوزراء ورئيسها، أو واحد من عشرة من أعضائها²³. والطابع السري للجلسات يكتسي طابع ذو وجهين: الأول إيجابي يتمثل فيما توفره من مناخ يمكن البرلمانيين والوزراء والمسؤولين السامين من المناقشة الصريحة والبعيدة عن تأثير الرأي العام، أما الوجه السلبي فإنه يكمن في عدم إشراك الرأي العام عبر وسائل الإعلام، وكذلك سهولة الدخول في

مساومات على حساب المصلحة العامة، وخصوصا إذا علمنا أن تدخلات الضغط تكثر أثناء مناقشات المشاريع داخل اللجان²⁴.

أما بالنسبة لعملية التصويت داخل اللجان الدائمة في مجلس الأمة لا تصح إلا بحضور أغلبية الأعضاء. وفي حالة عدم اكتمال النصاب يعقد اجتماع ثاني بعد ثمانية و أربعين ساعة على الأقل، وحينها يكون التصويت صحيحا بغض النظر عن عدد الأعضاء الحاضرين²⁵.

ونفس الأحكام تسري على نظام التصويت في اللجان الدائمة لمجلس الشيوخ إلا أنه في حالة عدم اكتمال النصاب القانوني للتصويت يؤجل لمدة ساعة لانعقاد اجتماع ثاني، وفي حالة تعادل الأصوات لا يكون صوت رئيس اللجنة مرجحا²⁶. وباكتمال عملية التصويت داخل اللجان الدائمة تكون قد انتهت أشغال اللجنة المختصة والمتعلقة بدراسة النصوص، التي تكون بذلك جاهزة لمناقشتها في الجلسات العامة للمجلس.

وفي الأخير يتميز مجلس الشيوخ الفرنسي عن مجلس الأمة، أنه يضم إلى جانب اللجان الدائمة لجان مؤقتة، التي تتشكل لفترة مؤقتة ولمواضيع محددة وتعتبر الدعامة الأساسية لأحد آليات الرقابة البرلمانية، وهي لجان التحقيق والمراقبة²⁷ التي تتكفل بمهمة جمع المعلومات حول موضوع مهني، للدلالة على وجود فساد إداري أو مالي، أو إهمال أو تقصير وجمع المعلومات، يتم من خلال جمع الشهادات والمعطيات المتعلقة

بها، التي تساعد في وضع تقريرها في مدة لا تتجاوز ستة أشهر. إلا أنه لا يمكن تشكيل لجنة تحقيق حول قضية معينة أصبحت مطروحة أمام القضاء وفي متناول السلطة القضائية²⁸. وبالإضافة إلى هذا النوع من اللجان يضم مجلس الشيوخ لجان خاصة تتشكل لدراسة مقترحات ومشاريع القوانين، والتي يتم تعيينها خصيصا لهذا الغرض، بناء على طلب من الحكومة أو من المجلس المختص²⁹.

أما بالنسبة لمجلس الأمة في الجزائر فيرجع سبب عدم احتوائه على لجان مؤقتة إلى جانب اللجان الدائمة إلى رأي المجلس الدستوري رقم 09/99 المتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة للدستور³⁰، وعلى أساس هذا الرأي تم رفض اقتراح أعضاء مجلس

الأمة، الذي كان مضمونه إنشاء لجان مؤقتة إلى جانب اللجان الدائمة بمناسبة التعديل الأول للنظام الداخلي لمجلس الأمة سنة 1999. حيث كان هذا الاقتراح مؤسس على نص المادة 02/113 من الدستور التي تنص على أن: "ينتخب المجلس الشعبي الوطني مكتبه ويشكل لجانه. تطبق الأحكام السابقة على مجلس الأمة". وما يستفاد من هذا النص أنه مجلس الأمة أن يشكل لجانه، وقد جاء النص عاما بحيث لم يحدد نوع اللجان في اللجان الدائمة فقط .

وقد أسس المجلس الدستوري رفضه لمضمون هذا الاقتراح، على أساس أن المؤسس الدستوري قد أقر بمقتضى المادتين 117 و161 من الدستور اختصاص كل غرفة في إنشاء لجان دائمة ولجان تحقيق ولم ينص على سواها . وبذلك فقد حصر المجلس الدستوري اختصاص مجلس الأمة في إنشاء اللجان الدائمة فقط دون غيرها .

وبهذا يكون قد حرم مجلس الأمة من فرصة تكوين لجان متخصصة لمعالجة بعض المسائل الخاصة، والتي تنتهي أعمالها فور إتمام مهامها³¹.

المبحث الثاني: اختصاصات اللجان الدائمة

تعتبر اللجان الدائمة هيئات داخلية للمجالس تعمل طيلة الفترة التشريعية، فهي تمارس اختصاصاتها بصفة دائمة، ونشاطها يتواصل بين الدورات البرلمانية³². ويمكن حصر أهم اختصاصاتها في المجال التشريعي والاستشاري والإخباري.

المطلب الأول: في المجال التشريعي

عمل اللجان الدائمة في المجال التشريعي يتمحور حول تهيئ أشغال المجالس، فهي تقوم بفحص ومناقشة النصوص التشريعية، سواء كانت في شكل مشاريع، أو مقترحات قوانين، كما أنها تقوم بالتوضيح للبرلمانيين دلالات ومضمون النصوص أثناء المناقشات، لذلك فهي تعتبر "كمختبرات تشريعية" حسب رأي الأستاذ "جوزيف بارتملي"³³. إلا أن تدخل اللجان الدائمة في العملية التشريعية برغم من أهميته في المرحلة الأولية لها، لكونها تقوم بتهيئة العمل التشريعي للمجلس الذي يقوم باستكمال ما أنجزته اللجنة داخل

الجلسات العامة³⁴. وبهذا يقتصر دورها على مجرد الفحص والتحضير في حين تبقى الكلمة الأخيرة للمجلس .

وقصر الدور التشريعي للجان الدائمة في كل من فرنسا والجزائر على مجرد دراسة النصوص التشريعية وقيمتها للجلسة العامة أو إبداء الرأي فيها³⁵، يجعل منها أجهزة تقنية محدودة المبادرة التشريعية، بخلاف بعض الدول المقارنة كإيطاليا، التي نحتها تمنح للجان الدائمة سلطات تشريعية حقيقية كاقترح القوانين وتعديلها، لكن دون أن تتدخل في تعديل الدستور والقانون الانتخابي، وقوانين المالية والمعاهدات³⁶. كما أن اللجان الدائمة في بعض الدول، يتم الاعتراف لها بحق المبادرة التشريعية لكن في بعض المسائل المحددة فقط، كما هو الحال في النمسا حيث لا يمكن للجان الدائمة امتلاك هذا الحق إلا بخصوص المسائل التي تدخل في اختصاصاتها³⁷.

وبالنتيجة فإن اللجان الدائمة داخل كل من مجلس الشيوخ الفرنسي ومجلس الأمة الجزائري يبقى دورها محصورا على تسهيل العمل التشريعي داخل الغرفتين فقط، وليس لها أي دور في التشريع .
وقد تكفل النظام الداخلي لمجلس الأمة بتحديد اختصاص كل لجنة ضمن المواد من 17 إلى 25.

وتتمثل عموما اختصاصاتها في دراسة وتحليل النص الخال إليها، وذلك بواسطة جمع المعلومات والحقائق حول هذا النص من مصادرها المختلفة، بما في ذلك الاستماع إلى أعضاء الحكومة، وفحص وتدقيق الوثائق المرفقة بالنص، والاستعانة بالخبراء. وضمن هذا الإطار يتم تسجيل الملاحظات وصياغة التوصيات، وتجسيد كل ذلك من خلال التقريرين التمهيدي والتكميلي. ويتم نفس الوضع في حالة النصوص القانونية التي تتم دراستها وإحالتها من خلال مكتب المجلس إلى الجلسات العامة للمناقشة. كما يمكن للجنة المختصة اقتراح تعديلات على كل مشروع

أو اقتراح قانون مطروح أمام اللجنة بقصد دراسته³⁸، والتي عليها وضع تقرير بشأنه خلال مدة شهرين من تاريخ دراسته، وفي حالة تجاوز هذا الأجل يسجل في جدول أعمال المجلس بناء على طلب الحكومة ومكتب مجلس الأمة³⁹.

المطلب الثاني: في المجال الاستشاري و الإخباري

إلى جانب الدور الاستشاري تقوم اللجان البرلمانية داخل مجلس الأمة بدور استشاري باعتبارها جهة استشارة لأعضاء المجلس⁴⁰. كما تعمل على تنوير أعضاء المجلس عن طريق الاقتراح عليهم المصادقة، أو التحفظ على المادة أو عدة مواد من النص المخال عليها. إلا أن النظام الداخلي لمجلس الأمة قيد نشاطها في إطار النصوص المخال عليها من طرف رئيس مجلس الأمة⁴¹ إذ لا يمكنها الاجتماع بحرية كلما دعت الضرورة لذلك.

كما تقوم اللجان الدائمة بدور رقابي و إخباري لأعضاء الحكومة أثناء الاستماع إليهم بمناسبة فحصها لمشروع قانون حكومي⁴² خاصة وأنه يتم إرفاق المشروع بملف يتضمن عرض أسباب طرحه⁴³.

واستدعاء اللجان الدائمة لممثلي الحكومة قصد الحضور أمامها هو حق معترف به في غالبية البرلمانات في العالم⁴⁴، ومما يزيد من فعالية اللجان الدائمة في تأدية هذا الدور، قلة عدد أعضاء اللجنة وتخصصهم وكذلك سرية مداولاتها، حيث أن هذه السرية أثناء الاستماع لممثلي الحكومة تسمح لهم بالإدلاء بجميع المعلومات دون الاحتفاظ بها⁴⁵. إلا أنه من ناحية أخرى قد تؤدي إلى حدوث مساومات بين ممثل الحكومة وأعضاء اللجنة حول مشروع القانون.

الخاتمة :

يعتبر دور اللجان البرلمانية على مستوى العملية التشريعية وسيلة من الوسائل التي تمارس من خلالها نوع من الرقابة لمراقبة سياسة الحكومة أثناء دراسة مشاريعها داخل اللجان. إلا أن النظام القانوني الذي تعمل في إطاره اللجان الدائمة بالجزائر، هو معقّل بشكل كبير بحيث لا يعترف لها صراحة بممارسة دورها الرقابي، وعقلنة دور اللجان الدائمة في الرقابة يتجلى على الخصوص في عدم إشارة الدستور لها بعدم إعطائها لا ظاهرياً، ولا حرفياً بأي اختصاص رقابي مما يؤدي إلى الحد من اختصاصها الرقابي، وهذه الحدودية يمكن ملاحظتها أيضاً على صعيد النظام الداخلي للمجلس الذي بدوره يقتصر على تحديد عدد اللجان، وقصر اختصاصها على دراستها لمشروع أو اقتراح تشريع معين. ولعل السبب في ذلك راجع إلى إلزامية خضوعه لمراقبة المجلس الدستوري وما يترتب عنها من

عقلنة دور المجلس ككل وعمل اللجان الدائمة بصفة خاصة. ففي فرنسا اعتبر المجلس الدستوري منذ سنة 1959 بأنه على اللجان الدائمة الامتناع عن ممارسة أية رقابة برلمانية، وأن دورها هو مجرد إخباري للمجلس⁴⁶.

وعموما يعتبر المجلس الدستوري في كل من فرنسا والجزائر آلية لضبط أعمال الغرفة الثانية من خلال

أجهزتها، والتي تحدد لكل جهاز الدور الذي يخوله له النظام الداخلي طبقا لما هو منصوص عليه دستوريا، وهو ما يعبر شكل من الأشكال على نوع من أنواع العقلنة البرلمانية من خلال أجهزته.

الهوامش:

¹ - قائد محمد طربوشي، السلطة التشريعية في الدول العربية ذات النظام الجمهوري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 1995، ص 126.

² - Max GINOVES, Le Sénat : Grande conseil des communes de France, Thèse du Doctorat, Université de Marseille, Paris, 1987, page 121

³ - Max GINOVES, op-cit, page 123-124

⁴ - Patrick LOCQUET, Les commissions parlementaires permanentes de la V république, presse Universitaire de France, édition, PUF, Paris, page 21

⁵ - Article 43 Constitution 4 octobre 1958, (Modifie par loi constitutionnelle 2008-724, du 23 /07/2008.) : « Les projets et propositions de loi sont envoyés pour examen à l'une des commissions permanentes dont le nombre est limité à huit dans chaque assemblée. »

⁶ - Ordonnance N° 58-1100 du 17 novembre 1958, Relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, (Modifie par Ordonnance N° 2014-158 du 20/02/2014, JORF N° 0044 du 21/02/2014, page 3022).

⁷ - Article 07 du RS, (Résolution des 02/06/2009 et 11/12/2011) : « ... Les sept commissions permanentes suivantes :-La commission des affaires économiques ,qui comprend 39 membres ; -La commission étrangères ,de la défense et des forces armées ,qui comprend 57 membres ;

- La commission Sociale ,qui comprend 57 membres ;
- La commission de la culture ,de l'éducation et de la communication ,qui comprend 57 membres ;
- La commission du développement durable ,qui comprend 39 membres ;
- La commission des finances ,qui comprend 49 membres ;
- La commission des lois constitutionnelle ,de législation du suffrage universel ,du Règlement et d'administration générale ,qui comprend 49 membres. »

⁸—أنظر للمادة 26 و17 من النظام الداخلي لمجلس الأمة المعدل والمتمم الصادر في 2000 بالجريدة الرسمية ،العدد 77 لسنة 2000.

⁹—أنظر للمادة 28 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه .

¹⁰ -Yves GUCHET ,Le droit parlementaire ,Economica ,Paris ,1996,page 51.

¹¹ -Article 08 du RS,(Modifiée par les Résolutions des 22/04/19 et 12/06/1989) : «.. Avant cette séance ,les bureaux des groupes et le délégué des sénateurs ne figurant sur la liste d'aucun groupe ,après s'être concertés ,remettent au Président du Sénat la liste des candidats qu'ils ont établie conformément à la règle de la proportionnalité.. »

و أنظر للمادة 29 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه بنصها على : "توزع

المقاعد داخل اللجان الدائمة فيما بين المجموعات البرلمانية بكيفية تتناسب مع عدد أعضائها".

¹²-Article 08 du RS : « Un Sénateur ne peut faire partie que d'un seule commission permanente.. » ,

وأنظر للمادة 27 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه بنصها على : "يمكن كل عضو من المجلس أن ينضم للجنة دائمة .."

¹³ -Article 13 du RS,(Modifiée par les résolutions des 22/04/1971,25/10/1979, 21/11/1995,11/05/2004.) : « Le bureau de commission permanentes comprend, outre le président et huit vice-présidents en secrétaire par fraction de dix membre de leur effectif.... »

¹⁴— أنظر للمادة 31 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه .

¹⁵ - George LAVROFF D ,Les systèmes politiques Français ,Daloz, 2^{ème} édition, Paris ,1979,page 310

¹⁶ -Pierre AVRIL/Jean GICQUEL , Droit parlementaire ,Montchrestien,Paris ,1988,page80.

¹⁷ -Union interparlementaire,Les parlements dans le monde , 2^{ème} édition ,Recueil de données comparatives ,Volume I, préparé par le centre de documentation parlementaire de l'union interparlementaire ,Bruxelles,1986 ,page 776

¹⁸ -Article 20 du RS, (Modifiée par les résolutions des 30/07/1984, 21/11/1995, 11/05/2004, 02/06/2009.) : « Les commission sont convoquées a la Diligence de leur président ,en principe quarante –huit heures avant leur réunion ,en dehors des sessions dans la semaine qui précède leur réunion ,saufs urgence ,la lettre de convocation doit préciser l'ordre du jour ,elle est communiquée au secrétariat de chaque groupe. »

¹⁹ -أنظر للمادة 33 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه.

²⁰ -Article 15 du RS ,(Modifiée par les résolutions des 21/11/1995et 11/05/2004.) : « La présence aux réunion de commission et obligatoire. »

²¹ -أنظر للمادة 34 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه.

²² -أنظر للمادة 42 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه.

²³ -Article 16 du RS, (Modifiée par les résolution des 21/7/1972, 30/7/1984 ,4/10/1990, 18/12/1991, 10/5/2004, 2/7/2002.) : « La commission peut décider siéger en comité secret à la Premier ministre ,de son président en d'un dixième de ses Membre... »

²⁴ -Patrick LOCQUET ,op.-cit.,page 40

²⁵ -أنظر للمادة 34 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه.

²⁶ -Voir –Article 20 du RS.

²⁷ -Yves MENY ,Politique comparée, les démocraties ,Etats –Unis ,France ,Grande Bretagne, Italie ,2^{ème} édition ,Montchrestien ,Paris,page 285-286

²⁸ -جواد الهنداوي ،القانون الدستوري والنظام السياسي العريق ،الطبعة الأولى ،المطبوعات الجامعية ،لبنان، 2010 ،ص 251 .

²⁹ -Article 43/2 constitution 04 octobre 1958 : « A la demande du Gouvernement ou de l'assemblée qui en est saisie ,les projets ou propositions de loi sont envoyés pour examen à une commission spécialement désignée à cet effet. »

³⁰ - رأي المجلس الدستوري رقم 09/99 المتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة للدستور، بشأن اللجان المؤقتة، الصادر في (ج.ر.ج.ج. ج. العدد 84 المؤرخة في 28 نوفمبر 1999).

³¹ - عقيلة خرباشي ،المركز الدستوري لمجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري ،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة باتنة 2009/2010، ص 114 ؛بوزيد لزهاري، عن اللجان الدائمة في مجلس الأمة ،مجلة الفكر البرلماني، العدد 09 ،صادرة عن مجلس الأمة ،جويلية 2005 ،ص 75 .

- ³² - محمد معتصم ، دور اللجان البرلمانية في المراقبة خلال ثلاث دورات الأولى للولايات التشريعية الخامسة ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، العدد 11 أفريل 1995 ، ص 13.
- ³³ -Philippe ARDANT ,Institutions politiques et Droit constitutionnel, 4^{ème} édition ,L.G.D.J,Paris,1988, page 557
- ³⁴ - Paul CAHOUA ,Les commission lieu de travail législatif ,l'assemblée in pouvoir **70** 34,Revue Française d'études Constitutionnelles et Politiques ,France ,1985 ,page 44
- ³⁵ -أنظر للمادة 32 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه ، والمادة 43 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.
- ³⁶ -Yves MENY,op-cit., page 250
- ³⁷ -Union Interparlementaire,op-cit.,page167.
- ³⁸ -أنظر المادة 28 من القانون العضوي المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ، وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة سابق الإشارة إليه .
- ³⁹ -أنظر للمادة 26 من القانون العضوي 02/99 المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما سابق الإشارة إليه .
- ⁴⁰ -أنظر للمادة 32 من النظام الداخلي لمجلس الأمة سابق الإشارة إليه .
- ⁴¹ - مصطفى دريوش ، دور اللجان البرلمانية في العملية التشريعية ، مجلة الفكر البرلماني ، عدد خاص ، صادرة عن مجلس الأمة ، الجزائر ، 2003 ، ص 37 .
- ⁴² - أنظر للمادة 27 من القانون العضوي 02/99 المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما ، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة .
- ⁴³ -أنظر للمادة 20 من القانون العضوي 02/99 سابق الإشارة إليه .
- ⁴⁴ -Union Interparlementaire ,op-cit.,page 801
- ⁴⁵ -Patrick LOCQUET ,op-cit, page 99
- ⁴⁶ -Patrick LOCQUET ,op-cit, page 175

