

## مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية

مجلة علمية سداسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريبيج

### مدير النشر الشرفي

أ.د. بن يعيش عبد الكريم

رئيس جامعة محمد البشير الابراهيمي برج بوعريبيج

### مدير المجلة:

د. فرشة كمال

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريبيج

### رئيس التحرير:

د. العيد هديفي

أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريبيج

### نائب رئيس التحرير:

أ. رفيق زاوي

أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريبيج

### مستشار التحرير:

أ/ لخضر رفاف

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريبيج

### أمانة التحرير:

أ. داود كمال - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريبيج

أ. حمزة عثمانى - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريبيج

أ. عبد الحفيظ بكيس - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريبيج

أ. بوزيد بن محمود - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريبيج

أ. عجيري عبد الوهاب - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريبيج

### اللجنة العلمية للمجلة:

أ.د. اقلولي محمد	جامعة تيزي وزو
أ.د. بعلي محمد الصغير	جامعة عنابة
أ.د. زوايمية رشيد	جامعة تيزي وزو
أ.د. طالي حليلة	جامعة عنابة
أ.د. سرور محمد	جامعة البويرة
أ.د. رحمان منصور	جامعة سكيكدة
أ.د. ضيف الله عقيلة	جامعة الجزائر 03
أ.د. دخان نور الدين	جامعة المسيلة
د. فرشة كمال	جامعة برج بوعرييج
د. دوار جميلة	جامعة برج بوعرييج
د. ماني عبد الحق	جامعة برج بوعرييج
د. ميهوب يزيد	جامعة برج بوعرييج
د. البشير بن يحي	جامعة برج بوعرييج
د. خضري محمد	جامعة برج بوعرييج
د. رضا مهدي	جامعة برج بوعرييج
د. الكر محمد	جامعة الجلفة
د. بن مرزوق عنتر	جامعة المسيلة
د. آيت منصور كمال	جامعة بجاية
د. شرون حسينة	جامعة بسكرة
أ.د. محمد نعمان سعيد النحال	الجامعة الإسلامية ، غزة فلسطين
أ.د. جابر عوض	جامعة القاهرة

## مقاييس وشروط النشر

- ترسل المقالات المقترحة لهيئة أمانة التحرير لترتيبها وتصنيفها.
- تعرض المقالات على اللجنة العلمية لتحكيمها.
- تحرر المقالات باللغة العربية أو باللغة الفرنسية ويتعين على أصحابها مراعاة أبعاديات المقال الأكاديمي.
- يذكر صاحب المقال اسمه ولقبه ورتبته العلمية وصفته ومؤهلاته المهنية.
- يجب ألا يكون المقال قد سبق نشره أو قدم إلى مجلة أخرى.
- ترتب المراجع في نهاية المقال حسب الطرق المنهجية المتعارف عليها ووفقا للتسلسل العلمي المنهجي.
- ترفق المقالات بملخص لا يتجاوز 15 سطرا بالفرنسية أو بالعربية وفقا للغة المقال مع ذكر الكلمات المفتاحية.
- لا تقل المقالات عن 10 صفحات ولا تتجاوز المقالات 30 صفحة.
- تكتب المقالات على ورقة 21 سم × 29 سم والهوامش 1.5 يمين ويسار و 2 أعلى وأسفل الصفحة ومقاس الكتابة بصيغة خط: traditional arabic حجم 16 بالنسبة للمتن و 12 بالنسبة للهوامش وبصيغة Times New Roman بالنسبة للغة الفرنسية حجم 12 بالنسبة للمتن و 10 بالنسبة للهوامش
- ترسل أو تودع المقالات بأمانة المجلة بكلية الحقوق والعلوم السياسية برج بوعريريج مطبوعة في نسخة ورقية ومصحوبة بنسخة على قرص لين CD أو على البريد الإلكتروني للمجلة:
- المقالات التي لا تنشر لا ترد إلى أصحابها
- تملك المجلة حقوق نشر المقالات المقبولة ولا يجوز نشرها لدى أية جهات أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي منها.
- لا تنشر المقالات التي لا تتوافر على مقاييس البحث العلمي أو مقاييس المجلة المذكورة.

المقالات المنشورة لا تعبر بالضرورة على رأي المجلة

للاتصال :  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج  
الهاتف : 035.81.68.84  
البريد الإلكتروني: revue\_droit@univ-bba.dz

الصفحة	عنوان المقال	الرقم
02	اللجنة العلمية للمجلة	01
03	مقاييس وشروط النشر	02
04	فهرس العدد	03
05	قراءة نقدية للنظام الأساسي المنشئ للمحكمة الدولية الجنائية د فرشة كمال / د. خضري محمد جامعة برج بوعريبيج	04
19	البعد الديمقراطي في النظام الدستوري الجزائري د. عبد المنعم بن احمد / ط. د. حلفاية زهية جامعة الجلفة	05
41	الحماية الموضوعية للمستهلك عن جريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع في التشريعات الغذائية د. ماني عبد الحق / بل فروم محمد يمين جامعة برج بوعريبيج	06
54	دور قانون الصفقات العمومية الجزائري في مكافحة الفساد على المستوى المحلي د. عنترة بن مرزوق / ط. د. عبد المومن سي حمدي جامعة المسيلة	07
68	الالتزام بالإعلام في عقد البيع على التصاميم أ. كيحل كمال / ط د تسيبة أعمار جامعة أدرار	08
78	تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة: إشكالات التنفيذ و الضمانات المقررة د. توابتي إيمان ريمة سرور جامعة سطيف 02	09
103	الأنظمة المتبعة في تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وموقف المشرع الجزائري منها أ. نعيمة جارو جامعة برج بوعريبيج	10
119	جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات عباس كريمة جامعة قسنطينة 02	11
135	تجاوز السلطة بالقرار المنحرف أ. عزالدين بغداداي جامعة برج بوعريبيج	12
148	صناديق التعويض عن الضرر البيئي أ. كرميش نور الهدى جامعة برج بوعريبيج	13
170	أثر إجراءات التنصت على حقوق و حريات الإنسان و المواطن أ. بن مالك اسمهان جامعة برج بوعريبيج	14

## قراءة نقدية للنظام الأساسي المنشئ للمحكمة الدولية الجنائية

الدكتور فرشة كمال

أستاذ محاضر "أ"

جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج -

الدكتور خضري محمد

أستاذ محاضر "ب"

جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج -

## الملخص :

منذ إنشاء المحكمة الدولية الجنائية و المصادقة على نظامها الأساسي تفاعل المجتمع الدولي باكتمال صرح الهيئات القضائية الدولية و ذلك للقضاء على النقص التي كانت تفسد القانون الدولي من عدم وجود أجهزة قضائية مركزية تقوم بمتابعة الجريمة الدولية و المسؤولين عن ارتكابها ؛ غير أن هذا التفاؤل صاحبه الكثير من التراجع نظرا لعدم وجود توافق دولي حول المسائل الجوهرية المرتبطة بهذا الجهاز لسيما عدم الاتفاق حول مفهوم الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة و طبيعة النزاع المرتبط بالإنتهاك ؛ بالإضافة إلى وجود الكثير من النقص مست النظام الأساسي بشكل متعمد من طرف الدول الكبرى لسيما الولايات المتحدة الأمريكية لمنع متابعة قواتها من طرف هذه الهيئة و إجراء اتفاق خاص مع كل دولة تقوم بالتصديق على النظام الأساسي بعدم تسليم رعاياها .

و على العموم فإن المقال هو عبارة عن دراسة نقدية لبعض الجوانب التي مست النظام الأساسي المنشئ للمحكمة الدولية الجنائية .

**Résumé :**

Depuis la mise en place de la Cour pénale internationale et la ratification de son Statut, la communauté internationale fut optimiste pour l'avenir surtout que l'instauration de cet organe est devenu la pierre angulaire qui manque a l'édifice .

Cependant, cet optimisme s'accompagne de beaucoup de régression en raison de l'absence de consensus international sur les questions fondamentales associées à cet organe, notamment l'absence d'accord sur la notion de crimes relevant de la compétence de la Cour et la nature du conflit armé , En plus de l'existence de nombreuses lacunes du Statut , notamment par les Etats-Unis d'Amérique pour empêcher des poursuites contre ses forces par cet organe ,et que cet Etat conclut un accord spécial

avec chaque pays qui ratifie le statut pour la non-extradition de ses ressortissants .

En fin, l'article est une étude critique de certains aspects du Statut établissant la Cour pénale internationale .

### الكلمات الدالة:

نظام أساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، قانون دولي جنائي ، عدالة جنائية دولية .

### مقدمة :

أظهر اللجوء إلى أسلوب المحاكم الخاصة القصور الذي يمس العدالة الجنائية الدولية إذا ما هي أسست على نظام مرتبط بكل حالة على حدا و بنوع مخصوص من النزاعات وعلى بعض النزاعات دون أخرى، و هو ما ساهم في التعجيل بظهور المحكمة الجنائية الدولية الدائمة تكون كبديل ضروري يقضي على النقائص الموجودة في أسلوب المحاكم الخاصة ويستفيد من مكتسباته أيضا.

و الشيء الملاحظ هو أن هذا البديل لم يرق إلى طموحات المجتمع الدولي بحيث أظهر هو الآخر جملة من النقائص اقترنت بنفس النقد الموجه للمحاكم الخاصة ألا وهو أن النظام الأساسي للمحكمة قد تضمن بوادرا للإنتقاء التي وجدت فيه عمدا أو تعسفا ؛ فماهي نقائص هذا النظام ؟ و ماهي النقاط التي تضمنها هذا النظام و التي يمكن اعتبارها بأنها مساس بالمكتسبات الأساسية للقانون الدولي ؟

وسنحاول من خلال هذا البحث تبيان ذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول: القانون الموضوعي للمحكمة: اتفاق خاص.

الفرع الأول: المحكمة الجنائية الدولية و النزاع المسلح.

الفرع الثاني: المحكمة الجنائية الدولية و نص المادة 124.

المطلب الثاني: المفاهيم الجديدة: مساس بمكتسبات القانون الانساني.

الفرع الأول: المحكمة الجنائية الدولية و جرائم الحرب المرتكبة في نطاق واسع.

الفرع الثاني: المحكمة الجنائية الدولية و الأسلحة المحظورة.

المطلب الثالث: ازدواجية المعاملة في النظام الأساسي للمحكمة .

الفرع الأول: الازدواجية من حيث العقوبة.

الفرع الثاني: الازدواجية من حيث التسليم.

المطلب الأول: القانون الموضوعي للمحكمة: اتفاق خاص **Un compromis**

أثبت العمل الدولي أن إنشاء محكمة جنائية دولية قد يتم بمقتضى قرار انفرادي صادر عن مجلس الأمن كما هو الحال بالنسبة لمحكمة رواندا ويوغسلافيا أو أن يتم في إطار مؤتمر دبلوماسي ينعقد لهذا الغرض و تجتمع فيه كل الدول لتبدي موقفها ومدى استعدادها للانضمام في ذلك.

و لقد أكد الفقهاء على أن لكل طريقة مزاياها وعيوبها، و لعل من بين الخصوصيات التي تتميز بها مناقشة نص معاهدة ما في ظل مؤتمر دبلوماسي هو أن الدول تدفع محرري نص المعاهدة إلى مساومات و تعديلات تؤدي إلى التزول بهذا النص إلى حد القاسم المشترك الأدنى.

و من منظور البحث فإن هذه المساومات و بالخصوص في القانون الموضوعي *Ratione materiae* ستدفع محرري النص إلى انتقاء القانون الذي يتوافق فقط مع مصالح الدول على حساب وحدة هذا القانون وما استقر عليه سلوك الدول في هذا المجال.

ولعل الفروع التالية كفيلا بتبيان ذلك كالتالي:

الفرع الأول: المحكمة الجنائية الدولية و النزاع المسلح.

الفرع الثاني: المحكمة الجنائية الدولية و نص المادة 124.

الفرع الأول: المحكمة الجنائية الدولية و النزاع المسلح.

أظهرت المناقشات التي عرفتها المادة 08 من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية باعتبارها أطول مادة في الميثاق وجود اختلاف كبير في مواقف الدول، و بالخصوص أن كل دولة تمسكت بموقفها و رأيها تجاه ما تعتبره من قبيل جرائم الحرب وما لا تعتبره كذلك، لذلك فقد حاول مكتب المفاوضات *The Bureau Discussion Paper* التوفيق بين هذه المواقف و التزول عند الحد الأدنى المتفق عليه، مما أدى ببعض الفقهاء إلى وصف نص المادة (08) على أنها عبارة عن: "اتفاق خاص *a compromise*"<sup>(1)</sup>.

و لقد أثارت إمكانية تضمين المادة: 03 المشتركة لاتفاقيات جنيف و المتعلقة بالتراعات الداخلية هي الأخرى تصلبا كبيرا في المواقف، حيث وافقت بعض الوفود على تضمين المادة: 03 في الميثاق باعتبارها جريمة حرب، بينما رأى البعض الآخر أنه من الأفضل تضمين أنواع أخرى للانتهاكات الجسيمة التي ترتكب أثناء النزاع الداخلي ضد قوانين وأعراف الحرب<sup>(2)</sup>.

ولعل هذا وغيره ما دفع بمكتب المفاوضات إلى تعديل النص في كل مرة للوصول إلى حل مرض بالنسبة لجميع الأطراف، وفي نظر البحث فإن هذا التعديل من شأنه أن ينعكس على القانون العرفي السائد، وأن يؤدي إلى انتقاء الجرائم التي تعتبر من قبيل جرائم الحرب و أن تؤثر بالزيادة و النقصان الاتفاقي السائد المعالج للمسألة.

ولقد تدخل مكتب المفاوضات أول مرة فقسم الانتهاكات التي ترتكب أثناء النزاع المسلح غير الدولي إلى قسمين:

أولاً: ما تضمنته المادة 8 (2) (c) عن الانتهاكات الجسمية للمادة 03 المشتركة المطبقة على النزاع الذي لا يشكل طابعا دوليا.

ثانياً: ما تضمنته المادة 8 (2) (e) عن الانتهاكات الجسمية لقواعد وأعراف الحرب التي لا تشكل طابعا دوليا.

و لقد وافقت الكثير من الوفود المناقشة على تضمين نص الميثاق محتويات المادة 03 المشتركة، بينما عرف الجزء الثاني (الوارد بالمادة 8 (2) (e) معارضة كبيرة أكثر شدة مما أدى ببعضها إلى وصف هذا التعديل على أنه لم يحل المشكل<sup>(3)</sup> وهو الشيء الذي دفع بالمكتب مرة أخرى إلى ضرورة وضع القيود SafeGuard و محددات تحول دون تطبيق النص بشكل شمولي، حيث نص في الفقرة (d) من المادة 08(02) على أن ما جاء في الفقرة: (c) أعلاه:

« Ne s'applique donc pas aux situations de troubles et tension internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire »<sup>(4)</sup>

وإذا كان من منظور الوفود المناقشة للنص أن مثل هذا التدقيق من شأنه إزالة كل لبس حول تطبيق المادة 8 (2) (c) فإنه من منظور البحث من شأنه أن يعيق تطبيق المادة كلية وبالخصوص أن الفقرة قد وردت بمصطلحات عامة وغير محددة كقولها « ou les actes de nature similaire » التي قد تفتح الباب واسعا لتأويلات مختلفة، وهذا بالفعل ما أرادته مؤيدو قضاء جنائي دولي قوي عندما نقدوا هذه المحددات على أنها ستعيق تطبيق المادة ذاتها<sup>(5)</sup>.

ولقد تم تضمين نفس القيد على محتوى الفقرة: (e) من المادة 8 (2) في الفقرة: (f) ، ولكن نظرا للانسداد الذي وجد في تضمين هذه الفقرة واعتبار المساس بقواعد وأعراف الحرب بمثابة جريمة مرتكبة في إطار نزاع داخلي فقد تم إضافة قيد آخر تجاه هذا النوع من الجرائم، حيث نصت الفقرة: (f) أيضا على أن بعض محتوى المادة 8 (2) (e) ينطبق فقط على:

« il s'applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un Etat les autorités du gouvernement de cet Etat et des groupes armés organisés entre eux. »

وفي نظر مكتب المفاوضات فإن هذه الإضافة ليست جديدة بل هي مأخوذة من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف، وبالتالي فإن ميثاق المحكمة الجنائية الدولية لم يأت بجديد ذلك أنه تقيد بما هو وارد مسبقاً.

و لم يتوقف الحد عند هذا المستوى بل إن المكتب عمد إضافة فقرة ثالثة موجهة خصيصاً للبندين C و (e) محل النقاش مفادها أنه:

"يمكن للدول أن تقوم بالتدخل للمحافظة على نظامها الداخلي أو المدافعة على وحدتها الإقليمية بواسطة كل الأساليب والطرق المشروعة" ؛ وهذا دون إمكانية إثارة الدفع بتطبيق البندين C و (e)

و إذا كانت هذه الشروط الحمائية قد وردت لتحفيز الدول على المصادقة على نص الميثاق وطمأنتها من المخاوف الناجمة عن التفسير السيء لنصوص الميثاق، ولذلك ألا يمكن اعتبار في مقابل ذلك بمثابة ميرر يدفع الدول و يذكرها بأن مطلق الحرية في المحافظة على نظامها الداخلي بشتى الوسائل المشروعة؟ ثم هل ينبغي البحث عن مشروعية الوسائل طبقاً للقانون الدولي أم طبقاً للقانون الوطني، وبالخصوص أن ما تعتبره دولة ما بمثابة مساس بالنظام العام الداخلي قد لا تعتبره دولة أخرى كذلك ولأجل هذه الغرض كان من المفروض إحالة الأمر للمحكمة لتقدير ذلك حتى تضمن وحدة المفاهيم في جهة وحتى تساهم في تقرير سوابق قضائية في المجال من جهة ثانية.

ولذلك فقد أثبتت هذه المحددات كلها اتجاه مكتب المفاوضات نحو التضحية بمصلحة القضاء الجنائي الدولي تحت تعلقة تحفيز أكبر عدد ممكن من الدول على المصادقة، وهو ما انعكس على نوعية القانون المطبق وبعبارة أخرى فإن "الكم غلب على الكيف" لأنه -حسب رأيهم- لا يمكن الحصول على محكمة قوية إلا بالحصول على انضمام أكبر عدد ممكن من الدول وبعد الحصول على التصديقات اللازمة في المراحل اللاحقة تتم إعادة النظر في القانون المطبق *Ratione Materiae*.

و في انتظار ذلك يبقى القانون الموضوعي المطبق في المسألة هزيباً، وذو تطبيق مقيد ويحتوي على تفسيرات تخدم المصلحة الداخلية للدول وأن هذه النتائج تعملها الكثير من الوفود وهو ما يبرز تجاوز عدد التصديقات الحد والتاريخ المتوقعين.

### الفرع الثاني: المحكمة الجنائية الدولية ونص المادة 124 من الميثاق

أثار الكثير من الفقهاء التي مفادها أم ميثاق (م. ج. د) عبارة عن اتفاق خاص un « *compromis* بين الدول المناقشة له، حيث أن كل دولة تسعى إلى إزالة أكبر عدد ممكن من الأحكام الواردة في مواد الميثاق والتي تحتوي مع محتوى قانونها الوطني مستقبلاً، وإضافة أحكام تتلاءم مع مصالحها.

ولقد لاحظ الوفد الفرنسي<sup>(6)</sup> أن اعتماد المادة 08 على النحو الذي هو به في الميثاق يتناقض مع ما ينص عليه قانونها الوطني الذي يجعل جرائم الحرب تسقط بالتقادم بعد عشر سنوات، وهذا ما جعله يضغط وفي آخر ليلة تسبق اعتماد النص<sup>(7)</sup> ليضيف مادة جديدة هي المادة 124.

وتنص المادة 124 على أنه: "... يجوز للدول أن تعلن عدم قبولها اختصاص المحكمة لمدة سبع سنوات من بدأ سريان هذا النظام الأساسي عليها وذلك فيما يتعلق بفترة الجرائم المشار إليها في المادة 08 ..."

ولا شك أن التخوف الذي أظهره الوفد الفرنسي نابع من عدة اعتبارات<sup>(8)</sup>، ذلك أن الميثاق من جهة لا يسمح بالتحفظات، كما أن المصادقة على الميثاق تؤدي بمقتضى القانون إلى قبول الولاية القضائية الإلزامية للمحكمة للجرائم التي تدخل في اختصاصهم، وهذا ما قد يسمح -في نظر الوفد- بتحريك دعاوي غير مؤسسة *Des recours infondés* أو دعاوى ذات تأويلات سياسية، وهو ما يجعل دخول أي دولة للميثاق على النحو الذي هو به يعني تجردها من كل الوسائل لحماية نفسها، لذا فبناء على التعديل يمكن للدول التي تقبل اختصاص المحكمة عند وضعها وثيقة التصديق أن تعلن عدم دخول جرائم الحرب تجاهها سواء ارتكبت على أراضيها أو من طرف وطنيها لمدة سبع سنوات ابتداء من تاريخ دخول الميثاق حيز النفاذ في مواجعتها.

ولقد لاقت هذه المادة نقدا لاذعا من طرف الكثير من المساندين للعدالة الدولية وبصفة خاصة من طرف المنظمات غير الحكومة التي وصفتها بأنها: "رخصة للقتل لمدة سبع سنوات"<sup>(9)</sup>؛ والجدير بالذكر أن هذه المادة قد احتوت على أحكام أخف ضررا من تلك التي اقترحتها الولايات المتحدة وتم رفضها -لحسن الحظ- إذ أنها تعدي الاستثناء لجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية ولمدة عشر سنوات.

وعلى كل حال فإن الدولة الوحيدة التي لجأت إلى هذا الإجراء هي فرنسا<sup>(10)</sup>؛ وهذا من دون كافة الدول التي صادقت على الميثاق؛ ولا كأن فتح هذا الباب كان يمكن أن يفضي إلى نفي اختصاص المحكمة كلية تجاه ردع انتهاكات القانون الإنساني لولا أن استعماله كان محدودا.

### المطلب الثاني: المفاهيم الجديدة: مساس بمكتسبات القانون الإنساني

عرف المؤتمر الدبلوماسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية استعمال الكثير من المصطلحات والمفاهيم الجديدة التي اعتبرت في نظر الحاضرين لهذا المؤتمر تجاوزا للمفاهيم القديمة السائدة في مرحلة سابقة، ومن خلال ما سيأتي نحاول تبيان انعكاس هذه المفاهيم الجديدة على القانون الإنساني الذي ثبت من ورائه مدى المساس المتعمد لهذه المفاهيم بمكتسبات القانون الإنساني<sup>(11)</sup> ترضية ودفعاً للدول للانضمام إلى ميثاق (م.ج.د) على حساب القانون المطبق. وذلك وفقا للفرعين التاليين:

الفرع الأول: المحكمة الجنائية الدولية وجرائم الحرب المرتكبة في نطاق واسع.

الفرع الثاني: المحكمة الجنائية الدولية و الأسلحة المحظورة.

الفرع الأول: المحكمة الجنائية الدولية وجرائم الحرب المرتكبة في نطاق واسع.

نصت المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن:

" تختص المحكمة بالنظر في جرائم الحرب، و لسيما عندما ترتكب هذه إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم".

ولقد أثارت صياغة هذه المادة مناقشة حادة بين الوفود، حيث أن مصطلح "لسيما" الذي يقابله مصطلح "in particolare" الحالي، قد حل محل مصطلح "Only" وحسب الأستاذ سمعان بطرس فرج الله فإن استبدال لفظ "Only" بعبارة "in particolare" يفيد بأن المحكمة لا تختص بالنظر في جميع جرائم الحرب ولكنها تنظر فقط في الجرائم التي تمثل خطورة خاصة تاركة الجرائم ضئيلة الشأن لاختصاص المحاكم الجنائية الوطنية<sup>(12)</sup>.

ولذلك حسب الأستاذ M. politi فإن المحكمة لا تتدخل إلا في الحالات الأكثر خطورة ومساسا بجرائم الحرب<sup>(13)</sup>.

ولا شك أن تضمين المصطلح القديم في النص "Only" كان من شأنه أن يغفل يد المحكمة بالكلية ويحصر اختصاصها في جرائم الحرب المرتكبة في نطاق واسع فقط، بغض النظر عن جرائم الحرب التي ترتكب بصفة منعزلة، ولذلك فإن مصطلح: "in particolare"، قد أخذ موقفا وسطا بين رأيين أحدهما يشاطر متابعة (م. ج. د) لكل جرائم الحرب سواء ارتكبت في إطار سياسة أو خطة أو أنها ارتكبت بصفة منعزلة ومنفردة وبين الرأي الذي يرى بأن اختصاص المحكمة ينحصر في الجرائم المرتكبة في نطاق واسع فقط.

ولذلك فإن الوفد الأمريكي كان يرى بأن المحكمة لا ينبغي أن تكون مختصة تجاه التصرفات المنفردة لأنها ستثقل كاهل المحكمة<sup>(14)</sup>، وبالخصوص أن اللجوء إلى تحريك الجهاز القضائي لا ينبغي أن يتم بصفة آلية تجاه كل التصرفات المنعزلة وإنما فقط تجاه السلوكات الخطيرة الواسعة النطاق لأن جهاز العدالة ثقيل يحتاج إلى ردع تصرفات خطيرة وثقيلة هي الأخرى.

ومهما كانت المبررات المستعملة في هذا الشأن، فإن إحالة جرائم الحرب المرتكبة بطريقة منعزلة ومنفردة على المحاكم الوطنية من شأنه أن يكون أسلوبا إضافيا لحرمان المحكمة من الاختصاص وتفضيل المحاكم الوطنية على حساب المحكمة الدولية، ومن جهة ثانية فإن معيار التمييز بين الجرائم ضئيلة الشأن و

الجرائم المرتكبة في إطار خطة أو سياسة يبقى غامضا وبصفة خاصة إذا كانت هذه التصرفات المنعزلة متكررة وتخفي وراءها فعلا سياسة أو خطة.

### الفرع الثاني: المحكمة الجنائية الدولية و الأسلحة المحظورة

أكد الأستاذ M. politi على أن قضية تجريم أسلحة الدمار الشامل قد عرفت في ظل المؤتمر الدبلوماسي الذي انعقد في روما سنة 1998 ارهاصات جد خطيرة، أكدت على تمسك كل طرف بموقفه، وهذا على أساس أن المادة 08 من الميثاق لا تتضمن أي إشارة إلى استعمال الأسلحة النووية و لا البيولوجية أو الكيميائية وكذلك الحال بالنسبة للألغام الشخصية Les mines antipersonnelles<sup>(15)</sup>.

ويرجع سبب عدم اعتبار استعمال هذه الأسلحة بمثابة جرائم حرب إلى تمسك الدول الكبرى بحقها في امتلاك أسلحة الدمار الشامل من منطلق أن القانون الدولي لا يجرم ولا يمنع امتلاك هذه الأسلحة، وفي مقابل ذلك فإن الدول الصغرى قد تمسكت هي الأخرى في حقها في امتلاك الأسلحة البيولوجية و الكيميائية واستعمالها ولذلك فقد جاء نص المادة الثامنة حاليا من كل إشارة إلى هذه الأسلحة مطلقا<sup>(16)</sup>.

و الشيء الملاحظ هو أن الدول الصغرى قد أبدت مرونة واستعداد لتغيير موقفها إذا ما تنازلت الدول الكبرى بدورها عن امتلاك واستعمال أسلحة الدمار الشامل، ولكن هذا ما لم يحدث أيضا ولذلك فحتى يلقي نص الميثاق سندا يدفع الدول الكبرى للتصديق عليه، لا بد من عدم تضمين تجريم هذه الجرائم فيه<sup>(17)</sup>.

وحتى لا يخلو نص الميثاق من أية إشارة إلى هذه الأسلحة، فقد نص البند ( ) ( b ) من الفقرة (2) من المادة 08 على أن:

" استخدام أسلحة أو قذائف أو مواد أو أساليب حربية (تعتبر بمثابة جريمة حرب) بشرط أن تكون هذه الأسلحة و القذائف و الأساليب الحربية موضع حضر شامل وأن تدرج في مرفق لهذا النظام الأساسي، عن طريق تعديل يتفق و الأحكام ذات الصلة الواردة في المادتين 121 و 123 ".  
ولذلك حسب الأستاذ Arsanjani لا بد من توافر ثلاثة شروط لاعتبار استعمال هذه الأسلحة بمثابة جرائم حرب.

أولاً: أن هذه الأسلحة تسبب آلاما لا مبرر لها، وأنها لا تميز بين المدنيين و العسكريين.

ثانياً: أن يتم حضر هذه الأسلحة بشكل كلي D'une interdiction générale.

ثالثاً: أن يتم حظر هذه الأسلحة في مرفق لنص الميثاق وأن يتم ذلك بعد سبع سنوات من دخول نص الميثاق حيز النفاذ<sup>(18)</sup>.

و إلى حين انقضاء فترة السبع سنوات ويتم الاتفاق على حظر هذه الأسلحة بشكل كلي تبقى إمكانية استعمال هذه الأسلحة واردة ما دامت الدول غير مستعدة لتحريم استعمال هذه الأسلحة واعتباره بمثابة جريمة حرب الشيء الذي يؤكد على خطورة الوضع.

و من جهة أخرى فإن حدث الاتفاق بشكل كلي على حظر هذه الأسلحة فإن هذا الحظر لا ينصرف فقط إلا إلى الدول التي تصادق على هذا التعديل<sup>(19)</sup>.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن المحاولة الجريئة التي قامت بها الهند و التي تهدف من ورائها جعل استعمال أسلحة الدمار الشامل بمثابة جريمة حرب و التي قوبلت بالرفض قد عكست مرة أخرى صعوبة الوصول إلى تطوير القانون الانساني بما يتلاءم مع التطورات التي يعرفها أشخاص المجتمع الدولي، وهو ما يثبت مرة أخرى انتقاء الدول للقانون الموضوعي الذي لا يتعارض مع مصالحها العليا الشيء الذي انعكس على المحاكم الجنائية بالضعف.

### المطلب الثالث: ازدواجية المعاملة في ميثاق محكمة الجنايات الدولية

يهدف القانون الدولي الإنساني إلى ضمان احترام الحقوق الأساسية للإنسان في زمن الحرب، وحتى لا يبقى هذا القانون مجرد آمال معقودة في معاهدات دولية فإن اللجوء إلى المحاكم الجنائية يؤدي إلى إظهار الجانب الجزائي من القانون الإنساني الذي يعتبر ذا أهمية كبيرة لكل قانون.

و الشيء الملاحظ هو أن (م. ج. د) باعتبارها تساهم في إنفاذ القانون الإنساني، فإن الدراسة النقدية لهذا الإنفاذ قد أظهرت وجود ازدواجية في المعاملة و التطبيق على المخاطبين بأحكام الميثاق وأن هذه الازدواجية في نظر القانون العام " le droit commun " نوع ممتاز من الانتقاء.

وستتناول في الفروع التالية إظهار ذلك كالتالي:

الفرع الأول: الازدواجية من حيث العقوبة.

الفرع الثاني: الازدواجية من حيث التسليم.

الفرع الأول: الازدواجية من حيث العقوبة.

ليست المحكمة الجنائية الدولية أول من وجه إليه النقد بخصوص الازدواجية في تقرير العقوبة المطبقة من طرفها، حيث سبق أن وجه هذا النقد للمحكمتين الخاصة برواندا ويوغسلافيا.

و كان أول ما قدمته الحكومة الرواندية كاعتراض على إنشاء محكمة لمحكمة القائمين بانتهاكات للقانون الإنساني في هذا البلد، أن أقصى عقوبة ستقضي بها (م. ج. د) هي عقوبة السجن، وأن سلم العقوبات التي ستحكم بها محاكمها الوطنية يمكنه أن يرتقي حتى عقوبة "الإعدام"، وإذا أخذنا بعين الاعتبار أن المحكمة الدولية ستحاكم المجرمين الكبار وأن المحاكم الوطنية ستحاكم المجرمين الأقل خطورة فإننا سنصل حتما إلى نتائج غير منطقية من حيث تقرير العقوبة<sup>(20)</sup>.

وهذا ما صرحت به الغرفة الابتدائية لـ: (م. د. ي) صراحة في قضية D. Erdemové بقولها: " ... أن الغرفة الابتدائية لا تصدر إلا عقوبات بالحبس... " (21).

وحتى تحضى (م. ج. د) بقبول واسع لدى الدول فإن محرري النص قد عاجلوا القضية بمصطلحات عامة وبالخصوص عند العودة لنص المادة 77 من الميثاق.

ويرى الأستاذ B. Rudolf أن الميثاق كان مخيرا بين ثلاث اقتراحات، السجن المؤبد، السجن المؤقت ( لفترة تتراوح بين 20 و 40 سنة ) و الإعدام، لذا فقد اعتمد موقفا وسطا بتبنيه السجن المؤقت لمدة محددة ولكن 30 سنة<sup>(22)</sup>.

و لا شك أن هذا التصرف من طرف الميثاق لم يكن صدفة بل هو حتمية أملت ظروف الحال، مادامت دساتير الكثير من الدول تمنع اللجوء إلى عقوبة الإعدام وأنه ليس من مصلحة المحكمة أن تفقد دعما هي في أمس الحاجة إليه.

و في مقابل ذلك فإن الدول التي لازالت تتبنى عقوبة الإعدام في قوانينها للعقوبات قد أبدت هي الأخرى تخوفا من أن يصبح الموقف الذي اعتمده المحكمة في ميثاقها يعبر عن موقف *Opiniojuris* نحو إزالة عقوبة الإعدام بالكلية، وهو الشيء الذي دفع - مع نهاية المؤتمر - إلى قراءة بيان جاء فيها أن أي تفسير كهذا ينبغي تجاهله وتجنبه.

و لم يتوقف الحد عند هذا المستوى بل استدعى إضافة مادة جديدة في الميثاق هي المادة: 80 منه التي تنص على أن:

"... الميثاق لا يمس بأي حال من الأحوال ما استقر عليه تطبيق الدول للعقوبات الواردة في قوانينها الوطنية... " (23).

ولاشك أن السلبية التي تميز بها الميثاق في هذه النقطة قد عكست في حقيقة الأمر رفض الدول الصارم ترك القانون الدولي يؤثر على القانون الوطني، ولذلك فقد أشار الكثير من الفقهاء إلى أن إقصاء عقوبة الإعدام من الميثاق من شأنه أن يخلق إشكالية كبيرة من الجانب الذي يستدعي أن تكون العدالة مطبقة على الجميع بناء على أسس متساوية.

ولذلك فإن إنشاء محكمة جنائية دولية على هذا النحو - الذي تقصى فيه عقوبة الإعدام - من شأنه أن يخلق جوا ممتازا ومفضلا للحكومات التي ارتكبت أقصى الانتهاكات لحقوق الإنسان.

ولذلك حسب الأستاذ B. Rudolf فإن المساواة أمام تطبيق العقوبات بشكل عادل يمكن أن تحصل بالتوفيق بين المواقف، الذي قد يتم الوصول إليه إما بامتناع المحاكم الوطنية لكل الدول عن تطبيق عقوبة الإعدام أو بتطبيق (م. ج. د) لعقوبة الإعدام<sup>(24)</sup>.

وإلى حد الساعة فلا هذا ولا ذاك تم تبنيه ، وأن ما تم اعتماده من طرف المحاكم الخاصة وبناء على مبدأ الأسبقية، قد يؤدي إذا ما تدخلت هذه المحاكم إلى توحيد تطبيق العقوبات بشكل متساو بالنسبة للجميع، وهذا بخلاف ما يمكن انتظاره أمام (م. ج. د)، لأن مبدأ التكميلية يقتضي اللجوء أولا للمحاكم الوطنية، وهو الشيء الذي سيزيد من حدة الانتقاء في تطبيق العقوبات ليبقى تقدير العقوبة التي سيخضع لها الشخص محل الاتهام تخضع لطبيعة سلم العقوبات المعتمد في تلك الدولة.

#### الفرع الثاني: الازدواجية من حيث التسليم.

قرر ميثاق (م. ج. د) في المادة 27 منه نفيًا مطلقًا وكليا "للحصانة القضائية" بحيث أن المحكمة يمكنها ممارسة اختصاصها تجاه كل الأشخاص بغض النظر عن المراكز التي يحتلوها في دولهم، ولقد لاحظ مناقشو نص الميثاق أن بعض الدول مرتبطة بمقتضى اتفاقيات سابقة تلزمها بعدم تسليم بعض الأشخاص إلى دول أخرى إذا كان هؤلاء متهمين بارتكاب جرائم حرب، ولقد تعلق الأمر أساسًا بما يسمى بمعاهدات Sofa في إنجلترا<sup>(25)</sup>.

لذا كان من الأجدر، حتى لا نحرم هذه الدول من الانضمام للميثاق تضمين الميثاق بمادة جديدة تسمح بتلافي هذا الوضع، ومن أجل ذلك فقد نصت المادة 98 من الميثاق (م. ج. د) على أنه:

" لا يمكن للمحكمة متابعة تنفيذ طلب تسليم أو مساعدة قد يلزم الدولة أن تتصرف بطريقة منافية للالتزامات التي يلقيها على عاتقها القانون الدولي في مجال الحصانة... ما لم يتم الحصول مسبقًا على تعاون هذه الدولة لرفع الحصانة "

ولقد أشار الكثير من الفقهاء إلى أن مثل هذا الموقف قد يؤدي إلى إفراغ نص المادة 27 من محتواها وأنه قد يجعلها بدون موضوع، فحسب H. Ascencio فإن المادة 98 قد سجلت تراجعًا ملحوظًا يسمح للدول بأن تمتنع عن تقديم فرد مطالب من طرف (م. ج. د) وهذا إذا ما رأت الدولة أن تصرفها قد يناهز التزاماتها الدولية، وهذا ما سيؤدي حتمًا حسب رأيه إلى الحصانة لذا فإنه ينبغي الإسراع إلى تفسير هذه المادة التي تحمل مقتضيات معقدة<sup>(26)</sup>.

ولا شك أن توقعات هؤلاء الفقهاء كانت في محلها، وهذا على أساس أن بعض الدول ( وفي مقدمتها الولايات المتحدة ) تسعى إلى الحصول على إمضاء معاهدات ثنائية لعدم التسليم - *de non extradition* بينها وبين أي دولة يمكنها أن تسلمهم للمحكمة، وهذا بزعمها أن تصرفها مطابق مع ميثاق روما وبالضبط مع المادة 98 منه، ذلك أن المادة 98 لا تلزم الدولة أن تسلم رعاياها لـ: ( م. ج. د ) إذا كان ذلك متناقضا مع التزاماتها الدولية<sup>(27)</sup>.

ويرى L. Zechini أن الولايات المتحدة تسعى من جهة ثانية بواسطة هذه المعاهدات الثنائية إلى تنظيم علاقة الاختصاص القضائي الجنائي والذي بمقتضاه يستفيد العسكريون المتواجدون في "دولة غير" من الحصانة القضائية أمام هذه الدولة نفسها *devant les juridictions du pays* و *hote* وعن مدى امكانية تمديد ذلك إلى الرعايا الأمريكيين وبصفة خاصة ممثلي الحكومة الحاليين و السابقين، وكذا إدارة الشؤون العسكرية<sup>(28)</sup>، وحسب P. Jarreau فإن هذه المسألة تفسر بلا شك بعدد العسكريين المتواجدين خارج أمريكا، حيث يعد 9000 جندي مشارك في قوات حفظ السلام وحوالي 50.000 موزعة على 87 دولة في العالم<sup>(29)</sup>.

وقد قامت الولايات المتحدة إلى حد الآن بالإمضاء على أربع معاهدات لعدم التسليم مع ( رومانيا - إسرائيل - تيمور الشرقية وتاجاكستان )، ويصعب في الوقت الحالي معرفة العدد الصحيح لهذه المعاهدات نظرا لريتها من جهة، وإنكار الحكومة الأمريكية علانية وجود هذه المعاهدات من جهة ثانية.

ولقد تفتن الفقهاء لخطورة انتشار هذه المعاهدات ومدى انعكاس ذلك على مستقبل العدالة الجزائية الدولية، بحيث تم وصف هذه المعاهدات بأنها الـ *les traités d'impunité* والمادة 98 من الميثاق قد تم تفسيرها بطريقة تعسفية *Abusive* لأن هذه المادة وضعت لمعالجة حالة سابقة على وجود الميثاق وأن الدول التي تصادق على هذه المعاهدات تنظم مراكز مستقبلية لذا فإن اللجوء إلى هذا الإجراء يعد مخالفا لنص الميثاق ومخالفا لنص معاهدة فينا لقانون المعاهدات ومخالفا حتى للقانون الدولي<sup>(30)</sup>، وبالأخص أن معاهدة إنشاء ( م. ج. د ) قد تم الإمضاء عليها من طرف غالبية الدول.

ومن خلال ما سبق نجد أن رعايا الدول التي قد تلجأ إلى مثل هذه المعاهدات الثنائية لعدم التسليم تبقى في منأى عن اختصاص ( م. ج. د ) وفي حصانة أيضا، وبالتالي فالميثاق باعتماده نص المادة 98 قد فتح المجال واسعا للدول للتأويل و التفسير التعسفي للنص لتأخذ بيد ما أعطته بأخرى.

الهوامش :

<sup>(1)</sup>See: Mahnoush H. Arsanjani, "The Rome Statute of the International Criminal Court", American Journal of International Law (1999) Vol. 93, PP.33.

<sup>(2)</sup>See: Philippe Kirsch and John T. Holmes: "The Rome Conference on an International Criminal Court: The negotiating Process", 1999, American Journal of International Law, Vol: 93, January 1999/1, Pp.2-12, At:07

<sup>(3)</sup>Ibid.

<sup>(4)</sup>See: Ph. Kirsch and J. Holmes, Op. cit., P.07.

<sup>(5)</sup>Ibid.

<sup>(6)</sup>– وليس كما ذكره الدكتور أبو الخير أحمد عطية، من أن الوفد الأمريكي هو الذي طلب هذا التعديل.

أنظر: أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دار النهضة العربية، 1999، ص 255.

<sup>(7)</sup>– Voir : Mauro Politi: "Le statut de Rome de la cour pénale international", RGDIP,2002-4, Vol:13,Pp.818-849,at :828

<sup>(8)</sup>– ولا شك أن الاعتبارات السياسية هي الدافع الأساسي وراء التعديل، ذلك أن القانون الفرنسي لا يعترف بجرائم الحرب من منطلق كون هذه الدولة (من آخر الدول الاستعمارية) وأعتقد أن الاعتراف بهذه الجرائم لا يشكل خطراً عليها أمام المحكمة الدولية ذلك أن اختصاصها مستقبلي، وإنما من منطلق التكميلية فإنه لا بد لضمان الانضمام للميثاق الاعتراف بهذه الجرائم على المستوى الوطني وهو ما قد يسمح بفتح ملف المقاضاة عن جرائم الحرب أمام القضاء الفرنسي نفسه، بعيداً عن العلاقة ( محكمة دولية- محاكم وطنية )، ولا شك أنه مهما بلغ الإهمال بهؤلاء فلن يقدموا على ذلك، ولذا فإن تعديل المادة 124 لن يكون سهلاً حتى بعد سبع سنوات ما لم يتم على حساب أحكام أخرى في الميثاق.

<sup>(9)</sup>– Voir : R.C.Girault et B.Gravelet : « La Cour Pénale Internationale ; illusion ou réalité ? » ; Revue de science criminelle et de droit pénal, n°2, avril-juin 1999,Pp.410-423, At :415

<sup>(10)</sup>– Voir : Antoine de Bavignian : « La sage de l'article 124 ou comment la France a limité son engagement », Alternatives internationales, mai-juin 2002, Pp.36-37, Aat :37

<sup>(11)</sup>– وهذا ما تمت تسميته من طرف بعض الفقهاء بـ: "Droit Humanitaire".

<sup>(12)</sup>– أنظر: سمعان بطرس فرج الله: " الجرائم ضد الانسانية، إبادة الجنس وجرائم وتطور مفاهيمها"، في مفيد شهاب وآخرون، دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، الطبعة الأولى 2000، ص 421-449، في ص 438.

<sup>(13)</sup>– Voir : M. Politi, Op. cit., P.835.

<sup>(14)</sup>– See : David. J.Schefer : "The United States and the International Criminal Court", AJIL1999/1, Pp.12-22, At: P.16.

<sup>(15)</sup>– Voir: M.Politi, Opp. Cit., Pp.34.

<sup>(16)</sup>– Ibid.

<sup>(17)</sup>– See : M. H. Arsanjani, Op. cit., P.34.

<sup>(18)</sup>– See: M.H. Arsanjani, Op. cit., P.34.

<sup>(19)</sup>– Ibid.

<sup>(20)</sup>– أنظر كريس مانبا بيتر: "المحكمة الجنائية الدولية لرواندا: تقدم القتل للمحاكمة" المجلة الدولية للصليب الأحمر، نوفمبر- ديسمبر 1997، ص 673-681، في ص 677.

<sup>(21)</sup>– Voir :le procureur c/ Drazen Erdemové, Jugement, la chambre de première Instance, affaire n° it 96-22-T, le 29 novembre, in Revue Egyptienne de droit International, vol 52,pp. 119-141, at : 133, par :02

–<sup>(22)</sup> Voir : Beate Rudolf : « Considérations constitutionnelles à propos de l'établissement d'une justice pénale International », Revue française de droit constitutionnel, n° 39, 1999, pp.451-482, at : 478-480.

–<sup>(23)</sup> Ibid

–<sup>(24)</sup> Voir: B.Rudoif, Op. cit., P.480.

–<sup>(25)</sup> Voir : les prétendus « accords de l'article 98 » des fiche d'information, coalition pour la cour pénale internationale, septembre 2002, P.1-2 in [www.iccnw.org/hyml/pressart.98;20020903\\_French.pdf](http://www.iccnw.org/hyml/pressart.98;20020903_French.pdf)

–<sup>(26)</sup> Voir : H.Ascencio ; Op. cit. ; P.25.

–<sup>(27)</sup> Voir : C.tréan : « Une interprétation abusive de l'article 98 du traité de Rome », le monde, article paru dans l'édition du 4.9.2002.

<http://www.lemonde.fr/aryicle/05987,2314...289114.nt.00.html>

–<sup>(28)</sup> Voir : Laurent Zechini » : l'immunité devant la CPI, serait infondée en droit », le monde, article paru dans l'édition du 06.09.2002 ; <<http://www.lemonde.fr/aryicle/0,5987,3214...289191.vt,00.html>>

–<sup>(29)</sup> Voir : Patrick Jarreau » : Washington entend tout Fare pour soustraire ses citoyens à la juridiction », le monde, article paru dans l'édition du 4.9.2002

<http://www.lemonde.fr/article/0;5987.3214..288915-vt.00.html>

–<sup>(30)</sup> Voir : les prétendus « accords de l'article 98 », Op. cit., P.3.

## البعث الديمقراطي في النظام الدستوري الجزائري

عبد المنعم بن أحمد

أستاذ محاضر بقسم الحقوق جامعة زيان عاشور بالحلفة

حلفاية زهية

طالبة دكتوراه بقسم الحقوق جامعة زيان عاشور بالحلفة

## الملخص

تعد الديمقراطية مقياس لتقدم الدول في جميع المستويات السياسية ، الاقتصادية والاجتماعية ، بحكم أن النجاح في الجانب السياسي يؤدي إلى النجاح في باقي و مناقشة البعث الديمقراطي في الجزائر يستوجب دراسة الجانب النظري والفلسفي للديمقراطية ثم تطبيقات ذلك في الدساتير الجزائرية .

## Résumé

La démocratie est une mesure du progrès des nations à tous les niveaux politique, économique et social, et le succès sur le plan politique conduit à des succès dans le reste. Et la discussion de la dimension démocratique en Algérie exige l'étude du côté théorique et philosophique de la démocratie puis l'applications de ce côté théorique dans les constitutions algériennes

## مقدمة:

تعد الديمقراطية نتاج الصراع الفكري والثوري القائم بين الحكم المطلق الاستبدادي وبين حقوق وحرية الشعوب ، هذه الأخيرة التي عرفها الغرب على يد عديد المفكرين من أمثال جون لوك وجون جاك روسو و مونتسكيو الذين ساهموا في نشر الوعي بين الشعوب حول حقوقهم و حرياتهم ، من خلال أفكارهم الفلسفية عن العقد الاجتماعي، السيادة و مبدأ الفصل بين السلطات . كما أن تقدم الدول يقاس بدرجة الديمقراطية التي تحققها على مستوى أنظمتها السياسية بالدرجة الأولى ثم على المستوى الاقتصادي والاجتماعي ، بحكم أن الأول يعد الأرضية الممهدة لبقية المستويات ، إذ لا يتصور وجود ديمقراطية اقتصادية واجتماعية ناجحة في غياب الديمقراطية السياسية ، وإذا كان تقدم الدول مقترن بالديمقراطية فإن مناقشة البعث الديمقراطي في الجزائر ، الدولة التي لها تاريخ طويل من النضال ضد الاستعمار والاستبداد ، يثير الكثير من النقاط نظرا لكون التجربة الديمقراطية في الجزائر عرفت الكثير من المنعطفات التي سيتم تناولها من خلال الإجابة على الإشكالية الآتية: ماذا يقصد بالديمقراطية وما هو واقع هذه الأخيرة على مستوى النظام الجزائري ؟ .

إن معالجة هذه الإشكالية تتطلب تقسيم الموضوع إلى محورين يتضمن المحور الأول الجانب النظري والفلسفي للديمقراطية اما المحور الثاني فسيتم التطرق فيه إلى المعالجة الدستورية للديمقراطية في الجزائر وفق ما هو آت :

### المحور الاول : الجانب النظري والفلسفي للديمقراطية .

#### أولا : مفهوم الديمقراطية :

إن لفظ الديمقراطية يجد جذوره في اللغة الإغريقية السائدة في اليونان قديما حيث أهما كلمة مركبة تتألف من مقطعين Demos ويقصد بها الشعب و Kratos يقصد بها السلطة أو الحكم ، أي حكم الشعب أو سلطة الشعب<sup>1</sup> والواضح أن المعنى الاصطلاحي لا يختلف عن المعنى اللغوي إذ " عرفها أبراهام لنكون الرئيس الأمريكي السابق في إحدى خطبه بأنها: حكم الشعب بواسطة الشعب من وأجل الشعب . وتدل كلمة الشعب على أن يكون الحكم ملكا للشعب ويختص به . وتشير عبارة بواسطة الشعب إلى اشتراك المواطنين في صنع السياسة وممارسة الرقابة على ممثليهم أو نوابهم . وتعني عبارة من أجل الشعب أن الحكومة في خدمة الشعب ، وأن الشعب ليس مجرد رعايا لهذه الحكومة . " <sup>2</sup> إن فكرة الديمقراطية القائمة على حكم الشعب فكرة فلسفية نظرية تطبيقها على أرض الواقع جعلها تصطدم بظروف ومتغيرات هذا الواقع مما أدى إلى ظهور أكثر من صورة ، حيث يختلف مظهر الديمقراطية بحسب الزاوية التي ننظر من خلالها .

#### 1 أشكال الديمقراطية :

أ/ الديمقراطية السياسية : إذا نظرنا إلى الديمقراطية من زاوية مشاركة الشعب في الحكم نجد أنفسنا أمام ما يعرف بالديمقراطية السياسية ، والتي تظهر في شكل الديمقراطية المباشرة " حيث يجتمع المواطنون في هيئة جمعية عمومية للتصويت على مشروعات القوانين وتعيين القضاة والموظفين وتصريف الشؤون العامة الخارجية منها والداخلية<sup>3</sup> .

إلا أن هذه الصورة رغم مقاربتها لمفهوم الديمقراطية لم تسلم من سلبيات سوء التطبيق إذ أن المثال الذي يضرب في هذا المقام حول أثينا الديمقراطية يؤكد ذلك ، حيث كانت المشاركة حكرا على المواطنين الأحرار دون غيرهم من الأجانب والنساء والفقراء بالإضافة إلى ذلك صعوبة تطبيق الديمقراطية المباشرة في ظل اتساع حجم الدول جغرافيا وسكانيا ، كما أن المشاركة المباشرة والعلنية قد تضع صاحبها محل ضغوطات سواء كانت في شكل ترغيب أو تهيب من طرف أصحاب المصالح الخاصة .

أما الصورة الثانية فتتمثل في الديمقراطية النيابية ( الديمقراطية غير المباشرة) حيث يقوم الشعب باختيار ممثليه الذين يمارسون السلطة باسمه ولصالحه طول فترة العهدة النيابية ، "وهكذا نجد هذه الصورة من صور الديمقراطية على نقيض الديمقراطية المباشرة . فبينما تستغني الديمقراطية المباشرة عن المجالس النيابية ، تقصر الديمقراطية النيابية دور الشعب على مجرد اختيار النواب وعلى ذلك فإن الشعب لا يعيش إلا فترة عابرة وهي لحظة إجراء الانتخابات ...ولذا فقد اقترح روسو تصحيح النظام النيابي بالأخذ بفكرة الوكالة الإلزامية *Le mandat impératif* والاستفتاء *Refrendum* ."<sup>4</sup>

والديمقراطية النيابية تقوم على أربعة أركان تتمثل في وجود هيئة منتخبة ، تأقيتو تحديد العهدة النيابية ، تمثيل النائب المنتخب للأمة بأسرها ، استقلال الهيئة النيابية عن الناخبين<sup>5</sup> ، وبالرغم من المبررات العملية المتمثلة في صعوبة تطبيق الديمقراطية المباشرة ورغم المبررات المنطقية المتمثلة في درجة الوعي السياسي لدى الشعوب التي قد لا تؤهلها لمناقشة المسائل العامة و إدارتها بالحكمة المطلوبة ، إلا أن الديمقراطية النيابية تثير إشكالية استمرارية الشرعية بين النائب والناخب طول فترة العهدة النيابية<sup>6</sup> .

أما الصورة الثالثة فتتمثل في الديمقراطية شبه المباشرة ، إذ تقوم هذه الصورة على المزاجية بين أدوات الديمقراطية النيابية المتمثلة في (المجالس التمثيلية) وأدوات الديمقراطية المباشرة المتمثلة في (الاستفتاء الشعبي ، الاعتراض الشعبي، الاقتراح الشعبي ، إقالة الناخبين لثبهم ، الحل الشعبي ، عزل رئيس الجمهورية محاولة بذلك تفادي عيوب الصور السابقة الذكر إلا أنها لم تسلم من الانتقادات حيث أنها تثير مسألة الوعي السياسي لدى الشعوب ، ففي حالة غياب هذا الأخير ستتحول أدوات الديمقراطية إلى أدوات تشيع الفوضى وعدم الاستقرار السياسي<sup>7</sup> .

**ب/ الديمقراطية في نظر الأيديولوجيات الكبرى :** إذا نظرنا إلى الديمقراطية من زاوية الحقوق والحريات فسنجد ما يعرف بالديمقراطية الليبرالية ، التي تعلي من شأن الحقوق الفردية في مواجهة الحقوق الجماعية متأثرة في ذلك بالمذهب الفردي والقانون الطبيعي معتبرة أن الفرد أسبق في الوجود من الدولة وبالتالي يقع على عاتق هذه الأخيرة حمايته هذا من جهة ، ومن جهة أخرى الديمقراطية الليبرالية لا تؤمن بالحقوق الجماعية المبنية على أسس عرقية أو دينية أو ثقافية ، ورغم ظهور النظام الليبرالي الجمهوري إلا أنه لم يتخل عن المذهب الفردي بل أصبحت المهمة مزدوجة تتمثل في حماية الحقوق الفردية من جهة وتنمية القيم المشتركة من جهة أخرى من أجل بناء قومية مدنية ، من خلال "مبادئ أساسية تتمثل في سيادة الأمة ، الانتخاب ، البرلمان ، واستقلالية القضاء ، والحريات العمومية ، وتعدد الأحزاب ، وإقرار مبدأ الاقتراع العام ..."<sup>8</sup> .

أما الديمقراطية الاشتراكية فعلى العكس من ذلك تعطي الأولوية للحقوق الجماعية على حساب الحقوق الفردية ، حيث " ظهر المذهب الاشتراكي ، كرد فعل لتناقضات المذهب الفردي وبالأخص غلوه في تقديس الفرد وتمجيده ، فظهر هذا المذهب ليجعل من الجماعة الهدف والغاية ، بإزالة بعض مخلفات الرأسمالية من طبقة بين أفراد المجتمع ، وتحكم الأقلية على الأغلبية ، فحاول النظام الاشتراكي من خلال تدخل الدولة جعل جميع وسائل الإنتاج ملك الجموع ، وتحقيق المصلحة العامة ولو على حساب المصالح الفردية ". وذلك لا يتحقق حسب النظرية الماركسية إلا من خلال دكتاتورية البروليتاريا ضد الرأسمالية ، حيث تثور الطبقة العاملة ضد الطبقة البرجوازية من اجل تحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية وصولا إلى الشيوعية أين تسود الوفرة وتزول الطبقة ، وبزوال هذه الأخيرة تزول الحاجة لوجود الدولة<sup>9</sup> .

إن تطبيق التصور الماركسي للاشتراكية لم يكتب له النجاح ، حيث فشلت كل الدول التي تبنته وعلى رأسها الاتحاد السوفيتي سابقا في الوصول إلى الشيوعية وسقطت بدل ذلك في هوة البيروقراطية السلبية مما أدى إلى تراجع هذا التصور حيث أصبحت الدولة تمثل الأداة التي تحقق التجانس الاجتماعي من خلال توحيدها للأفكار الاقتصادية ( الملكية الجماعية ) و السياسية ( نظام الحزب الواحد ) ، مع الاعتراف بالحقوق الفردية التي لا تتعارض مع جوهر النظام الاشتراكي مثل حق التجمع وحرية التفكير والمساواة أمام القانون<sup>10</sup>

ج/ الديمقراطية الفنية : أما إذا نظرنا إلى الديمقراطية من زاوية تدخل الدولة ، فقد ظهر ما يسمى بالديمقراطية الفنية نتيجة تراجع مفهوم الدولة الحارسة عقب الحرب العالمية الأولى خصوصا بعدما أصاب النظام السياسي البرالي من أزمات سياسية واقتصادية تسبب فيها النظام الرأسمالي الذي أتاح المجال أمام الأفراد في مختلف المجالات بعيدا عن تدخل الدولة ، مما استدعى ضرورة تدخل هذه الأخيرة من أجل تنظيم مختلف المجالات.

ومن هذا المنطلق لم تعد الديمقراطية تقتصر على وجود ممثلين منتخبين ، بل أصبحت ضرورة تقتضي وجود أشخاص فنيين من ذوي الخبرة والاختصاص داخل أجهزة الدولة من أجل ضمان تسيير الشأن العام بالشكل الأمثل ، ولعل الديمقراطية الفنية من أسباب انحصار دور البرلمان لصالح السلطة التنفيذية بحكم أن الانتخاب لا يستقطب بالضرورة أصحاب الخبرة الفنية والتقنية والعلمية ، على عكس السلطة التنفيذية التي تملك سلطة التعيين مما يجعلها الأقدر على استقطاب الإطارات الفنية كل هذا أدى

إلى هيمنة السلطة التنفيذية على بقية السلطات ، فأصبحت تدير مختلف المجالات عن طريق مشاريع القوانين ، والمراسيم ، والتنظيمات<sup>11</sup>

د/ الديمقراطية الإدارية : و الديمقراطية من زاوية الجانب الإداري فقد ظهر ما يسمى بالديمقراطية التشاركية أو التساهمية أو الحوارية ، حيث يسعى هذا المفهوم إلى توسيع مجال الديمقراطية بحيث لا تقتصر على المجال السياسي والاجتماعي والاقتصادي فقط ، بل تطال الجانب الإداري كذلك من خلال ما يعرف بالمجالس المحلية إذ أن هذه الأخيرة تعد وسيلة لترقية الحقوق والحريات ، بحكم أنها تسمح للمواطنين على المستوى القاعدي سواء كانوا ناخبين أو منتخبيين من مباشرة الديمقراطية والتعود عليه من خلال العملية الانتخابية أولاً ثم حضور الجلسات ، التواصل مع المسؤولين ، استعمال وسائل الإعلام المحلية كوسيلة تعبير...، مما يجعل الديمقراطية جزء لا يتجزأ من ثقافة المجتمعات<sup>12</sup> .

## 2 - أدوات الديمقراطية :

أ/ النظام الحزبي: بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن النظام الحزبي يلعب دورا كبيرا في تكريس الديمقراطية، حيث يعرف الحزب على أنه تنظيم سياسي هيكلي له برنامج معين وقاعدة شعبية ، يسعى للوصول إلى الحكم أو المشاركة فيه<sup>13</sup> .

والأنظمة الحزبية تنقسم إلى نظام الحزب الواحد الذي يعد احد نتائج الأيديولوجية الاشتراكية ففي نظر هذه الأخيرة تعد التعددية الحزبية تعبيرا عن الطبقية والتمايز الاجتماعي ، وأنه بزوال هذه الأخيرة يصبح المجتمع نسيجاً واحداً وبهذا تنتفي الحاجة إلى التعددية الحزبية ، ويصبح الحزب الواحد طليعة هذا المجتمع أو الطبقة الواحدة<sup>14</sup> .

مما سبق ذكره يتضح لنا أن فلسفة الحزب الواحد تقوم على تركيز السلطة حيث أن أغلب الفقهاء والفلاسفة ابتداء من سقراط، أفلاطون أرسطو انتهاء بجون لوك ، روسو ، مونتسكيو وغيرهم... ، يتفقون على أن تركيز السلطة يغذي الروح الاستبدادية الموجودة في الطبيعة البشرية ، ولعل التجربة الاشتراكية أكبر دليل على ذلك إذ تعتبر البيروقراطية السلبية التي خلفتها سياسة الحزب الواحد احد أهم عوامل انهيار الاشتراكية ، ومنه نستنتج أن سياسة الحزب الواحد لا تتفق مع روح الديمقراطية المناهضة للاستبداد واحتكار الحكم .

بالمقابل يوجد نظام التعددية الحزبية وهو أحد نتائج الديمقراطية الليبرالية القائمة على حرية التعبير وحق المشاركة في الحياة السياسية ، حيث تعتبر التعددية الحزبية نتيجة للتنافس السياسي بين مختلف طبقات وفئات المجتمع من أجل حماية حقوقها وحرياتها ، ولعل أول تطبيقات هذا النظام تعود للبرلمان البريطاني

من خلال حزب الأحرار وحزب المحافظين ثم حزب العمال ، ومنه فإن نظام التعددية الحزبية أكثر مقاربة لجوهر الديمقراطية المتمثل في حكم الشعب إذا ما قورن بنظام الحزب الواحد<sup>15</sup>.

**ب/النظام الانتخابي :** إن الحديث عن الديمقراطية لا يستوي دون الحديث عن النظام الانتخابي لما له من تأثير على درجة تكريس الديمقراطية ، وبالتحديد فيما يتعلق بأساليب الانتخاب ونظام القوائم وفي هذا المجال يوجد نظام الأغلبية حيث يفوز المترشح سواء كان فردي أو في شكل القائمة ، متى حقق الأغلبية البسيطة أو المطلقة إلا أن هذا المنطق لا يسمح للأقليات بالتمثيل ويعمل على تهميشها<sup>16</sup> مما يتعارض مع حرية التعبير والحق في التمثيل ، وهذا ما يجعل نظام الأغلبية أقل ديمقراطية مقارنة بنظام التمثيل النسبي الذي يسمح للقوائم بأن تحصل على عدد من المقاعد يتناسب مع عدد الأصوات التي تحصل عليها<sup>17</sup>.

إن هذا المنطق يسمح بتمثيل الأقليات ومختلف أطراف المجتمع وهذا يتوافق مع فلسفة حكم الشعب. أما بالنسبة لنظام القوائم فهناك نظام القوائم المغلقة الذي يفرض على الناخب أن يتقيد بالأسماء وبالترتيب الذي تضعه الأحزاب مما يقيد مفهوم حرية الاختيار، وبالمقابل يوجد نظام القوائم المغلقة مع التفضيل الذي يعد أكثر ديمقراطية من سابقه إذ يسمح للناخب بإعادة ترتيب المترشحين بالشكل الذي يراه مناسباً ، أما نظام القوائم مع المزج فهو النظام الذي يعكس بصدق روح الديمقراطية فهو يحرر الناخب من توجيهات الأحزاب ، حيث يسمح لهذا الأخير بأن يشكل قائمة جديدة من مختلف القوائم المتنافسة بمعنى آخر يمزج بين الأسماء دون أن يتقيد بحزب معين مما يحقق فكرة الاختيار الحر للشعب .

### ثانيا : الديمقراطية و دولة القانون :

ظهرت العديد من النظريات التي حاولت تفسير أساس خضوع الدولة للقانون . فبالنسبة لأصحاب نظرية الحقوق الفردية تعتبر هذه الأخيرة أسبق من الدولة مما يجعلها ملزمة باحترامها وحمايتها وهذا ما جاء في المادة الأولى من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن ، أما نظرية القانون الطبيعي فتري انه أسمى القوانين ويصلح لكل زمان ومكان وبالتالي على الدولة الخضوع لهذا القانون ، أما نظرية التحديد الذاتي فيرى أصحابها على أنه يتم وضع القانون من طرف الدولة التي تكون ملزمة به من أجل الحفاظ على بقائها ، أما نظرية التضامن الاجتماعي فتري أن الفرد بحاجة للمجموعة من اجل إشباع حاجاته وذلك من خلال التعاون أو تقاسم العمل وبالتالي يصبح التضامن الاجتماعي مصدر القانون الذي تخضع الدولة<sup>18</sup>.

إن العلاقة بين دولة القانون والديمقراطية علاقة تلازم إذ يعتبر القانون الأداة التي تنقل الديمقراطية من مجرد فكرة فلسفية مثالية إلى واقع قانوني ، لأن تقنين الديمقراطية يجعلها تستفيد من

خصائص القاعدة القانونية من ناحية العمومية والتجريد والإلزام<sup>19</sup> ، كما أن عناصر دولة القانون تعتبر ضمانات للديمقراطية .

الديمقراطية ومبدأ سمو الدستور: يعد الدستور القانون الأساس في الدولة نظرا لطبيعة موضوعاته فهو ينظم شكل الدولة ، شكل النظام السياسي ، سلطات الدولة والعلاقة فيما بينها ، حقوق وواجبات الأفراد وهذا ما يستدل عليه بالسمو الموضوعي ، أما السمو الشكلي المقترن بالذاتير المكتوبة فيظهر من خلال الإجراءات المعقدة المتبعة في وضع الدستور و المتمثلة في الجمعية التأسيسية المنتخبة أو الاستفتاء الشعبي أو الجمع بين الأسلوبين<sup>20</sup> .

والحديث عن سمو الدستور يؤدي بنا إلى الحديث عن مبدأ تدرج القوانين الذي يترجم عمليا ففكرة سمو الدستور بربط القاعدة القانونية الأدنى درجة بالقاعدة الأعلى درجة شكلا وموضوعا وصولا إلى القاعدة الدستورية التي تكون في قمة الهرم القانوني ، إن الإقرار الدستوري بالديمقراطية يعكس إيجابا على هذه الأخيرة إذ يمكنها من الاستفادة من نتائج سمو الدستور المثلة في مبدأ المشروعية أي احترام القانون وبالتالي احترام الديمقراطية مدام أن القانون ينظمها، بالإضافة إلى ثبات القاعدة الدستورية وبالتالي استقرار الديمقراطية، كما لا ننسى ضمانات سمو الدستور المتمثلة في الرقابة على دستورية القوانين<sup>21</sup> .

**2- الديمقراطية ومبدأ الفصل بين السلطات :** بالنسبة لمبدأ الفصل بين السلطات فإن جذوره تنتهي عند فلاسفة الإغريق أمثال أفلاطون الذي يؤمن بضرورة توزيع وظائف الدولة ، لمنع الاستبداد بالسلطة الذي يؤدي في النهاية إلى الانقلاب أو الثورة .وقد قسم وظائف الدولة في كتابه "القوانين" على مجلس السادة و مهمته إدارة الحكم وفق الدستور جمعية تضم الحكماء تشرف على تطبيق الدستور ، مجلس شيوخ مهمته التشريع ، هيئة لحل المنازعات بين الأفراد، هيئات البوليس والجيش للحفاظ على الأمن وهيئات تنفيذية وتعليمية مهمتها إدارة المرافق العامة .

أما بالنسبة لأرسطو فيؤمن أن تجنب الاستبداد لا يكون إلا من خلال تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث : وظيفة المداولة في المسائل العامة تعهد لمجلس أو جمعية عامة وظيفة الأمر والنهي التي تعهد للقضاة ، ووظيفة القضاء التي تعهد للمحاكم .

أما بالنسبة لجون لوك فيؤمن بأن الإنسان مستبد بطبعه وان تركيز السلطة يسمح لهذه الطبيعة بالبروز ولتجنب ذلك لابد من توزيع السلطة ، ويعد جون لوك أول من جدد الاهتمام بمبدأ الفصل بين السلطات من خلال كتابه "الحكومة المدنية" ، وكان له وجهة نظر خاصة حيث قسم السلطات إلى

أربع : سلطة تشريعية تهيمن على بقية السلطات تهتم بسن القوانين ، سلطة تنفيذية تعهد للملك وتكون تابعة للسلطة التشريعية ، سلطة اتحادية تهتم بالمسائل الخارجية ، سلطة التاج وتمثل في مجموعة الحقوق والامتيازات الملكية والملاحظ انه لم يأتي على ذكر القضاء ويرجع ذلك لكون القضاء لا يتمتعون بالاستقلالية فقبل الثورة كانوا يعينون من طرف الملك وبعد الثورة أصبحوا يعينون من طرف البرلمان .

أما بالنسبة لجان جاك روسو فإنه يؤمن بضرورة الفصل بين السلطات بحكم أن السلطة التشريعية تمثل سيادة الشعب ، في حين إن السلطة التنفيذية ليست سوى وسيط بين السلطة التشريعية و الشعب الذي يملك مراقبتها وإقالتها ، أما بالنسبة للسلطة القضائية فهي لا تختلف عن السلطة التنفيذية فهي ملزمة بالخضوع للقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، لذا يمكن للأفراد التظلم ضد أحكامها .

أما بالنسبة لمونتيسكيو فيعود له الفضل في إعادة بلورة مبدأ الفصل بين لسلطات بشكل أكثر دقة ووضوحا في كتابه "روح القوانين" ، حيث يرى أن تركيز السلطة يغذي غريزة الاستبداد التي تتسم بها الطبيعة البشرية ، ولكي لا يتمادى الإنسان في استعمال سلطته لا بد من وجود سلطة مقابلة ومنه تتحقق فكرة السلطة توقف السلطة ويقسم مونتيسكيو السلطات إلى ثلاث: سلطة تشريعية بيد الشعب أو ممثليه ، سلطة تنفيذية بيد حاكم قوي ، سلطة قضائية تسند إلى هيئة مستقلة ، كما أن مبدأ الفصل بين السلطات عند مونتيسكيو لا يمنع من وجود تعاون وتنسيق فيما بينها في حدود ما تقتضيه المصلحة العامة<sup>22</sup>.

ومنه نستنتج وجود قاسم مشترك بين الديمقراطية ومبدأ الفصل بين السلطات يتمثل في نبذ ومحاربة الاستبداد ، فإذا كان الحكم الديمقراطي (حكم الشعب) نتيجة الثورة ضد الحكم المطلق المستبد فإن مبدأ الفصل بين سلطات يعد الآلية العملية التي تحول دون عودة الحكم الاستبدادي ، إذن مبدأ الفصل بين السلطات يعتبر أحد أهم ضمانات الديمقراطية<sup>23</sup>

**3- الديمقراطية والرقابة :** تعد الرقابة عنصرا من عناصر دولة القانون سواء كانت رقابة على دستورية القوانين ، أو رقابة على أعمال الإدارة ، أو حتى رقابة على الحكوميين ، إذ نجد أن الرقابة الدستورية تهدف إلى إعدام كل قاعدة قانونية تتعارض شكلا أو موضوعا مع القاعدة الدستورية بحكم أن هذه الأخيرة مصدر كل القوانين في الدولة ، والرقابة على دستورية القوانين قد تكون رقابة سياسية بحيث تعهد إلى مجلس دستوري كما هو الحال في فرنسا والجزائر أو تعهد إلى هيئة قضائية كما هو الحال في مصر والولايات المتحدة الأمريكية ، أما الرقابة على أعمال الإدارة فالهدف منها أن " يقف القضاء ضد أي تعسف من جهة الإدارة سواء بإلغاء القرارات الإدارية أو بإلزامها بتعويض الأضرار التي تسببها وفي

هذا ضمان للحقوق والحريات الفردية التي يكفلها قانون الدولة ، أما بالنسبة للرقابة القضائية على المحكومين فان مبدأ سيادة القانون لا يقتصر على الحكام فقط إذ يجب على المحكومين أيضا الالتزام به ، حيث يقع على عاتق القضاء حماية القانون من انتهاكات المحكومين من خلال تطبيق الجزاء الذي ترتبه القاعدة القانونية جراء مخالفتها. ومنه نستنتج أن الرقابة بمختلف أشكالها تسعى لتكريس مبدأ المشروعية، وبالتالي سيادة القانون وإذا كانت الديمقراطية تجسد من خلال القوانين (القانون الدستوري قانون الانتخابات ، قانون الأحزاب... فهذا يعني أن الرقابة بكل صورها تشكل أحد أهم ضمانات الديمقراطية ، إذ بوجودها نضمن التطبيق السليم للديمقراطية وفق الإطار القانوني الذي ينظمها<sup>24</sup>.

**4- الديمقراطية والحقوق الحريات :** أما بالنسبة للحقوق والحريات فالشيء الذي لا يمكن إنكاره أنها كانت بمثابة الوقود الذي أشعل الثورات التي عرفها الغرب ، إذ تعد السبب المباشر وراء إسقاط الحكم المطلق والدليل على ذلك أن أول ما أفرزته هذه الثورات هو إعلانات الحقوق (شرعة الحقوق البريطانية 1689 الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان 1776 ، الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن 1789) بالإضافة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 ، كما لا يمكن إنكار دور مدرسة الحقوق الفردية في تأسيس فكرة خضوع الدولة للقانون وأصبحت بذلك أحد أهم عناصرها . ومنه يمكن القول "إن قانون حقوق الإنسان لا تحميه وتذود عنه الجزاءات الوضعية في المصادر الدولية والوطنية والدينية فحسب بل تحميه و تذود عنه أيضا ردود أفعال تتمثل في الثورات والتمردات والانتفاضات التي يزخر بها تاريخ الأمم قديمها وحديثها"<sup>25</sup>.

أما بالنسبة للديمقراطية نجد أن مختلف إعلانات حقوق وعلى رأسها الإعلان العالمي نصت على حرية التعبير وهذا ما أقرته المادة 19 منه إذ جاء فيها : ( لكل شخص الحق في حرية الرأي ، والتعبير... ) ، كما نصت المادة 20 على أنه : ( لكل مواطن الحق في الاشتراك في الجمعيات... ) كما نصت المادة 3/21 على : (... أن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة ويعبر عن هذه الإرادة بانتخابات نزيهة دورية تجري على أساس الاقتراع السري وعلى قدم المساواة بين الجميع أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت)<sup>26</sup>.

ومنه نستنتج أن العلاقة وثيقة بين الحقوق والحريات و الديمقراطية ، إذ أن حكم الشعب لا يتأتى إلا إذا كان هذا الأخير يتمتع بكامل حقوقه ( حق السيادة حق اختيار ممثليه ، حرية التعبير ، حرية التعبير الحق في تقلد المناصب العامة ، التداول على السلطة...) ، كما تعد الحقوق والحريات أحد أهم عناصر دولة القانون ، إذ تقاس هذه الأخيرة بدرجة احترامها وكفالتها لهذه الحقوق من خلال

تقنينها لأن التقنين يعد الوسيلة الوحيدة التي تنقل الحقوق والحريات من مرتبة القيمة الأخلاقية و الأدبية إلى مرتبة القيمة القانونية ، ومنه فإن الإقرار الدستوري للحقوق والحريات يعد ضرورة من ضروريات الديمقراطية ، حيث لا يتصور وجود ديمقراطية في غياب الحقوق والحريات العامة .

### المحور الثاني : المعالجة الدستورية للديمقراطية في الجزائر:

إن التجربة الدستورية في الجزائر عرفت الكثير من المنعطفات والأزمات التي جعلت تاريخها يقسم إلى مرحلة دستور البرنامج قبل 1989 الذي يعبر عن الديمقراطية الاشتراكية الثورية التي " ترفض فكرة دكتاتورية البرولتاريا وصراع الطبقات باسم الحفاظ على الوحدة الوطنية " <sup>27</sup> ، ومرحلة دستور القانون بعد 1989 الذي يجمع بين الديمقراطية اللبرالية والديمقراطية الاجتماعية .

### 1- الوضع القانوني للديمقراطية في الجزائر قبل 1989 :

إن الدولة الجزائرية" قد أدركت في مهدها شأنها شأن بعض الدول النامية الأخرى لزومية التنظيم الحزبي الواحد كضرورة انتقالية إلى الاستقرار السياسي المنشود . فحدثت عهد شعبها بالمفاهيم الديمقراطية وعدم نضجه في هذا الإطار قد يفتح المجال أمام سلطات الاحتلال إلى محالة التدخل في مصير الشعب الجزائري تارة أخرى ولهذا كان من الضروري أن تتضافر الجهود وتتجمع كل القوى في نطاق حزب واحد يضم الطليعة من أبناء الشعب الجزائري ذوي الفكر والنضج السياسي والوعي الاقتصادي والاجتماعي" <sup>28</sup> .

**1-1 الديمقراطية في ظل دستور 1963 :** يعد دستور 1963 أول دستور جزائري ، حيث تم وضعه من طرف المجلس الوطني التأسيسي حيث نصت المادة الأولى من نظامه الداخلي على : إن المجلس المنتخب لأول مرة يوم 20 سبتمبر 1962 من أجل القيام بالتشريع وتعيين الحكومة والتصويت على الدستور...<sup>29</sup> ، ومن خلال استقراء دستور 1963 يتضح لنا أن المؤسس الدستوري تبني الديمقراطية النيابية إذ جاء في نص المادة 1: الجزائر جمهورية ديمقراطية شعبية ، كما جاء في نص المادة 27: "السيادة الوطنية للشعب يمارسها بواسطة ممثلين له في مجلس وطني..." ، لقد أشار المؤسس الدستوري الجزائري صراحة إلى التركيز الديمقراطي وذلك في ديباجة الدستور إذ يمكننا أن نرصد ذلك من خلال النقاط الآتية:

أ/ **نظام الحزب الواحد:** أن الديمقراطية النيابية التي استقر عليها المؤسس الدستوري كانت وفق التوجه الاشتراكي وسياسة الحزب الواحد ، وهذا ما يظهر من خلال المادة 26 : "جبهة التحرير الوطني تنجز أهداف الثورة الديمقراطية ، وتشييد الاشتراكية في الجزائر." كما جاء في المادة 23: "جبهة التحرير

الوطني هي حزب الطليعة الواحد في الجزائر. "إن المؤسس الدستوري الجزائري بتبنيه للديمقراطية الاشتراكية جعل من حزب جبهة التحرير الممارس الوحيد للسلطة والموجه الوحيد للحياة السياسية في الدولة ، إذ جاء في المادة 24 : "جبهة التحرير الوطني تحدد سياسة الأمة ، وتوحي بعمل الدولة وتراقب عمل المجلس الوطني والحكومة."

ب/ تنظيم السلطة : لقد خص دستور 1963 السلطة التنفيذية بمصطلح السلطة دون غيرها من خلال المادة 39 إلى غاية المادة 59 ، وأشار إلى السلطة التشريعية تحت اسم ممارسة السيادة - المجلس الوطني- التي تنظمها المادة 27 إلى غاية المادة 38 ، والسلطة القضائية تحت اسم العدالة من المادة 60 إلى غاية المادة 62 ، والملاحظ من خلال هذه المواد تركيز السلطة حيث أن تقلد المناصب السياسية لا يكون إلا موافقة و توجيه الحزب ، وهذا ما نصت عليه المادة 27 فيما يتعلق بنواب المجلس الوطني والمادة 2/39 فيما يتعلق برئيس الدولة كما يمكن إقالة النواب باقتراح من الحزب وفقا للمادة 30 . ورغم وجود مجلس وطني إلا أن هذا الأخير مقيد من طرف السلطة التنفيذية إذ يجوز لرئيس الدولة الاعتراض على الوانين من خلال طلب قراءة ثانية وفقا للمادة 50 ، بالإضافة إلى تقييد الرقابة على السلطة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 55 والمتمثلة في لائحة سحب الثقة بموجب المادة 65 التي ترتب حل المجلس على اثر الموافقة على اللائحة ، ولا يوقف الأمر عند هذا الحد بل يمتد إلى مزاحمة في التشريع عن طريق حق رئيس الجمهورية في المبادرة بالتشريع بموجب المادة 36 وحق طلب التفويض بالتشريع من خلال الأوامر وذلك بموجب المادة 58 ، بالإضافة إلى هيمنة رئيس الجمهورية على السياسة الخارجية بموجب المادة 42 حيث تقتصر مهمة المجلس الوطني على الدور الاستشاري ، أما بالنسبة للعدالة كما أطلق عليها المؤسس الدستوري لم تكن بعيدة عن هيمنة السلطة التنفيذية وذلك يتضح من خلال سلطة التعيين و العزل التي يملكها رئيس الجمهورية بموجب المادة 45 والمادة 65 ، كما يظهر التحكم في أعمال القضاء نصت المادة 62 على " خضوع القضاة في ممارستهم وظائفهم للقانون ولمصالح الثورة الاشتراكية " ولا يقف الأمر عند هذا بل يملك رئيس الجمهورية حق العفو بإسقاط العقوبة كليا جزئيا أو تخفيفا<sup>30</sup>.

ج/ الرقابة : لقد نص دستور 1963 على الرقابة الدستورية عن طريق مجلس دستوري بموجب المادة 63 كما نص على الرقابة السياسية الموكلة للمجلس الوطني على السلطة التنفيذية بموجب المواد 38 و55 و56 إلا أن هذه الرقابة مفرغة من معناها لان جبهة التحرير تمثل الرقيب الحقيقي على عمل المجلس الوطني والحكومة بموجب المادة 24 . ولعل اندريه هوريو كان صادقا عندما وصف النظام الجزائري

بأنه عبارة عن حلقة مغلقة حيث يمثل رئيس الجمهورية الأمين العام للحزب وهو مسؤول أمام المجلس الوطني المعين من طرف الحزب الذي يتزعمه رئيس الجمهورية وهكذا يدور النظام في حلقة مفرغة<sup>31</sup>.

إن إشكالية الديمقراطية في الجزائر قبل 1989 لم تقف عند اختيار المؤسس الدستوري للاتجاه الاشتراكي القائم على تركيز السلطة فقط ، بل كان للالتزامات السياسية دور كبير في عرقلت المسار الديمقراطي حيث لم يعمر دستور 1963 أكثر من 20 يوما إذ تم تعليقه من طرف رئيس الجمهورية بموجب المادة 59 ، الأمر الذي مهد للإطاحة بنظام الحكم على يد حركة 19 جوان 1965 حيث وصف مجلس الثورة هذا الانقلاب بأنه حركة تصحيحية تعيد الحكم إلى مساره الصحيح بعد محاولة شخصته ثم أديرة المرحلة عن طريق أمر 10 جويلية 1965 إلى غاية صدور دستور 1976 ، وبموجب هذا الأمر أصبح مجلس الثورة صاحب السيادة<sup>32</sup> ، وسميت هذه الفترة مرحلة التشريع بأوامر إذ أنتجت العديد من القوانين نذكر منها القانون المدني ، قانون الإجراءات المدنية ، قانون الصفقات العمومية...

**2-1 الديمقراطية في ظل دستور 1976:** إن دستور 1976 يؤكد أن الحركة التصحيحية لم تكن انقلابا على نظام الحكم وإنما على شخص الحاكم ، والدليل على ذلك أن المؤسس الدستوري لم يغير اختياره للديمقراطية الاشتراكية و لا موقفه من سياسة الحزب الواحد بل جاء أكثر عمقا وتمسكا بها وهذا ما سيتم توضيحه من خلال النقاط التالية :

أ/ **علاقة الدستور 1976 بالميثاق:** إن فكرة سمو الدستور غابت في ظل سمو الميثاق الصادر عن مجلس الثورة بعد الاستفتاء عليه في 27 يونيو 1976 ، إذ نصت المادة 06 على أن : " الميثاق الوطني هو المصدر الأساسي لسياسة الأمة وقوانين الدولة . وهو المصدر الأيديولوجي والسياسي المعتمد لمؤسسات الحزب والدولة على جميع المستويات. الميثاق الوطني مرجع أساسي أيضا لأي تأويل لأحكام الدستور."

ب/ **موقف المؤسس الدستوري من الاشتراكية :** على عكس دستور 1963 نلاحظ أن دستور 1976 خصص الفصل الثاني للحديث عن الاشتراكية التي نظمها من خلال المادة 10 إلى غاية المادة 20 ومن خلال استقراء هذه المواد نلاحظ أن المؤسس الدستوري اختار الديمقراطية الاشتراكية الثورية وهي ديمقراطية اشتراكية معتدلة تنبذ دكتاتورية البرولتاريا التي لا تؤمن بالملكية الخاصة والحقوق الفردية ، حيث جاء في المادة 16 " الملكية ذات الاستعمال الشخصي أو العائلي مضمونة..." كما جاء في المادة 17 " لا يتم نزع الملكية الخاصة إلا في إطار القانون . ويترتب عنه تعويض عادل ومنصف . لا تجوز معارضة إجراء نزع الملكية للصالح العام بحجة أي اتفاقية دولية .! بمعنى أن الملكية الخاصة مكفولة مادامت لا تتعارض مع الصالح العام ، كما ركز على ضمان الحقوق الجماعية في مختلف المجالات

الاجتماعية والاقتصادية وفق ما جاء في المادة 11 ، كما أكد على أن الدولة هي الممثل الوحيد للملكية الجماعية وفق ما جاء في المادة 13 . 7 أما فيما يتعلق بالجانب السياسي نلاحظ هيمنة الحزب إذ خصه المؤسس الدستوري بالوظيفة السياسية من الباب الثاني المعنون بالسلطة وتنظيمها في الفصل الأول منه ، حيث نصت المادة 94 : " يقوم النظام التأسيسي الجزائري على مبدأ الحزب الواحد" كما جاء في المادة 95 : " جبهة التحرير الوطني هي الحزب الواحد في البلاد." كما أكد المؤسس الدستوري إن المهمة الأساسية للحزب تكمن في تحقيق أهداف الثورة الاشتراكية المتمثلة في تحقي المساواة والعدالة الاجتماعية وذلك وفق ما جاء في المادة 97 إلى غاية المادة 100 .

ج/ اللامركزية الديمقراطية: لقد تبنى المؤسس الدستوري توسيع مجال الديمقراطية لتطال المؤسسات المحلية وهذا ما أشار إليه صراحة من خلال المادة 36 : " المجموعات الإقليمية هي الولاية والبلدية. البلدية هي المجموعة الإقليمية السياسة ... " كما جاء في المادة 34 : " يستند تنظيم الدولة إلى مبدأ اللامركزية القائم على ديمقراطية المؤسسات والمشاركة الفعلية للجماهير الشعبية في تسيير الشؤون العمومية . " كما أشار إلى أن هذه المشاركة تتم من خلال المجالس المحلية إذ جاء في المادة 31 : " يتم إعداد المخطط الوطني بكيفية ديمقراطية . يساهم الشعب في ذلك بواسطة مجالسه المنتخبة على المستوى البلدي و الولائي... " كما سمح المؤسس الدستوري للمجالس المحلية بالمشاركة في التشريع من خلال الالتماس إذ نصت المادة 150 على أنه : " يجوز للمجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية ، أن ترفع التماسا إلى الحكومة التي يعود إليها النظر لصياغته في مشروع قانون." ولكنه أكد على أن اللامركزية في الجزائر ذات طابع إداري لا سياسي وأن الهدف منها تحقيق التنمية المحلية حيث جاء في المادة 35 : " تعتمد سياسة اللامركزية على توزيع حكيم للصلاحيات والمهام حسب تقسيم منطقي للمسؤولية داخل إطار وحدة الدولة ... "

د/ وظائف الدولة : لقد شهد تنظيم السلطات في دستور 1976 غياب مصطلح السلطة وظهور مصطلح الوظيفة ، ومن خلال استقراء نصوص الدستور نستنتج هيمنة رئيس الدولة باعتباره الأمين العام للحزب على كل الوظائف ، حيث تم تحييد المجلس الشعبي الوطني أولا بتقييده مبادئ الميثاق والثورة الاشتراكية في عمله التشريعي بموجب المادة 127 ، بالإضافة إلى التدخل الحزب في تشكيله بناء على وحدة القيادة للحزب والدولة من خلال اقتراح المترشحين والتدخل في جدول الأعمال الذي يحدد بالاتفاق مع الحكومة حسب أولويات التي تبديها وذلك بموجب المادة 99 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني بالإضافة إلى حق الاعتراض كما أن أدوات الرقابة المتعلقة بالسياسة الخارجية

(المادة 157) أو الحكومة ( المواد 161 ، 162 ، 187 ، 188 ، 189 ) تتسم بالضعف لأنها لا ترتب أي مسؤولية ، بالإضافة لمزاحمة المجلس في التشريع ع طريق المبادرة والأوامر( المواد 148 ، 153 ) ، أما الأداة الأخطر على المجلس الشعبي الوطني هي إمكانية حله بمقتضى المادة 163 . أما بالنسبة للقضاء فتظهر الهيمنة من خلال تعيين وعزل القضاة من طرف رئيس الجمهورية بصفته رئيس مجلس الأعلى للقضاء وفق ما جاء في المادة 2/182 التي تفد أن المجلس الأعلى يقر ولا يقرر بموجب المادة 180 بالإضافة إلى توجيه القضاء وجعله أداة لحماية الثورة الاشتراكية بموجب المادة 166 ، ولا ننسى سلب الاختصاص منه عن طريق سلطة العفو الممنوحة لرئيس الجمهورية بموجب المادة 1/182<sup>33</sup> .

ه/ النظام الانتخابي : لقد تبني المشرع نظام الأغلبية ويعتبر هذا الاختيار نتيجة حتمية ومنطقية لطبيعة النظام الحزبي المأخوذ به القائم على الأحادية ، إذ جاء في المادة 67 من قانون الانتخابات رقم 80-08 : " يقام في كل دائرة انتخابية ، بالترتيب التنازلي، جدول بنتائج الاقتراع حسب عدد الأصوات التي تحصل عليها كل مرشح . يصرح بانتخاب المرشحين الذين حصلوا على أكبر عدد من الأصوات في حدود المقاعد المطلوب شغلها . وعند تساوي الأصوات يؤول الانتخاب للمرشح الأكبر سنا." كما استقر اختيار المشرع على نظام القائمة المغلقة الذي يعد أقل ديمقراطية من الأنظمة الأخرى وذلك بموجب المادة 66 من نفس القانون إذ جاء فيها : " ينتخب أعضاء كل مجلس شعبي من قائمة وحيدة للمرشحين يقدمها حزب جبهة التحرير الوطني . تشمل هذه القائمة على عدد من المرشحين يساوي ضعف المقاعد المطلوب شغلها بالنسبة للمجالس الشعبية البلدية و الولائية وعدد من المرشحين يساوي ثلاثة أضعاف المقاعد المطلوب شغلها بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني . لا يمكن للناخبين أن يصوتوا إلا على المرشحين المذكورين في القائمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة ."<sup>34</sup>

## 2- التحول الديمقراطي في الجزائر بعد 1989 :

لقد لعبت الظروف السياسية دورا كبيرا في التغيير الجذري الذي عرفه النظام الجزائري ابتداء من وفاة الرئيس هواري بومدين في 27 ديسمبر 1979 ، ثم ترشيح الشاذلي بن جديد كرئيس للدولة وأمينها عاما للحزب على إثر المؤتمر الرابع لحزب جبهة التحرير، ثم يتكرر انتخابه في 12 جوان 1984 و 22 ديسمبر 1988<sup>35</sup> ، لقد قام الشاذلي بن جديد خلال فترة حكمه بإصلاحات غيرت وجه الديمقراطية في الجزائر من النقيض إلى النقيض ، ثم جاء دستور 1996 المعدل والمراجع ليرسخ هذه الإصلاحات .

**2-1 الديمقراطية في ظل دستور 1989** : إن فشل الاشتراكية بسبب تركيز السلطة والبيروقراطية إلى جانب السياسة الاقتصادية الاشتراكية التي أثقلت كاهل الدولة ، أدت إلى الاضطرابات التي عرفتها الجزائر في أكتوبر 1988 كانت صفة قوية جعلت الجزائر تكسر حاجز الأحادية السياسية وتتخلى عن الإيديولوجية الاشتراكية وهذا ما ستتم مناقشته من خلال النقاط الآتية :

أ/ **موقف المؤسس الدستوري من الديمقراطية الليبرالية** : لقد تخلى المؤسس الدستوري نهائيا عن نظام الحزب الواحد حيث جرد حزب جبهة التحرير من مكانته القيادية ، بإعادتها إلى صاحبها الأصيل ألا وهو الشعب إذ جاء في المادة 06 من الفصل الثاني من الباب الأول : " الشعب مصدر كل سلطة." السيادة الوطنية ملك الشعب". وجاء في المادة 07 : " السلطة التأسيسية ملك الشعب . يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها..." وجاء في المادة 10 : " الشعب حر في اختيار ممثليه. لا حدود لتمثيل الشعب إلا ما نص عليه الدستور وقانون الانتخابات . " كما نص الدستور صراحة على نهاية حزب جبهة التحرير كحزب حاكم من خلال إقرار التعددية الحزبية بموجب المادة 40 : ' حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي معترف به ... " ، وبهذا يعلن المؤسس الدستوري تبنيه للديمقراطية الليبرالية إلا أن هذا لم يمنع المؤسس الدستوري من التمسك بالديمقراطية الاجتماعية التي تنسب في أصلها إلى الأيديولوجية الاشتراكية وذلك يظهر من خلال المادة 14 : " تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية. " ثم تأتي مواد كثيرة كتفسير لهذا النص نذكر منها المادة 50 : " الحق في التعليم مضمون . التعليم مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون..." والمادة 51 : " الرعاية الصحية حق للمواطنين." والمادة 56 : " ظروف معيشة المواطنين الذين لم يبلغوا سن العمل ، والذين لا يستطيعون القيام به ، والذين عجزوا عنه نهائيا، مضمونة ."

ب/ **ضمانات الديمقراطية في ظل دستور 1989** : إذا اتفقنا على أن عناصر دولة القانون تشكل ضمانات حقيقية للديمقراطية ، فإن دستور 1989 يصنف على أنه أول دستور قانون جزائري حيث أنه أقر مبدأ سمو الدستور من خلال المادة 152 : " المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور..." ، كما أنشئ مجلس دستوري مكلف بمهمة الرقابة على دستورية القوانين بموجب المادة 153 إلى غاية المادة 159 ، كما أقر مبدأ الفصل بين السلطات من خلال الاعتراف بوجود ثلاث سلطات تشريعية وتنفيذية وقضائية مستقلة عن بعضها لكن مع وجود تعاون وتوازن فيما بينها ، وهذا ما يجعل الفصل بين السلطات في ظل دستور 1989 فصلا مرنا ، فالنسبة للسلطة التشريعية يظهر الاستقلال من حيث تشكيلها عن طريق الاقتراع العام المباشر

السري بموجب (م 95)، بالإضافة إلى الحصانة (م 103) ، كما حدد المؤسس الدستوري مجالات التشريع التي لا يجوز للسلطة التنفيذية التدخل فيها (م 115) ، أما التعاون بين السلطة التشريعية والتنفيذية فيظهر في المبادرة بالتشريع و مهمة تطبيق القوانين وإصدارها بموجب (م 113 ، م 2/116 ، م 117 ، م 118) .

أما التوازن من حيث القوة فيظهر من خلال قدرة المجلس الشعبي الوطني على مراقبة السلطة التنفيذية من حيث مناقشة السياسة الخارجية أو الاستجواب والأسئلة أو مناقشة برنامج الحكومة و بيان السياسة العامة والتي يترتب عليها حل الحكومة (م 121 و 122 ، م 124 و 125 ، م 76 و م 77 ، م 126 و 127 و 128) ، كما يجوز لرئيس الجمهورية بالمقابل طلب مداواة ثانية بشأن قانون تم التصويت عليه كما يمكن له أن يوجه خطابا للبرلمان كما يمكنه حل البرلمان (م 78 ، م 118 ، م 119 ، م 120) أما بالنسبة للسلطة القضائية فسنجد المؤسس الدستوري قد اعترف لها بالاستقلالية وبأن القاضي لا يخضع إلا للقانون وانه مسؤول أمام المجلس الأعلى للقضاء بموجب (م 129 و م 138 و م 140) أما مظاهر التعاون فتظهر في مسؤولية تطبيق الأحكام القضائية من طرف السلطة التنفيذية بموجب المادة 136، أما مظاهر التوازن فتظهر من خلال رقابة القضائية على القرارات الإدارية بموجب المادة 134<sup>36</sup> ، أما بالنسبة للنظام الانتخابي فقد اقر المؤسس إصلاحات تتمثل في تبني نظام مختلط يجمع بين نظام الأغلبية ففي الانتخابات الرئاسية بموجب المادة 68 من الدستور والانتخابات التشريعية بموجب المادة 84 من قانون الانتخابات رقم 89-13 المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-06 والقانون رقم 91-06 .

أما بالنسبة للمجالس المحلية فقد تبني المؤسس الدستوري نظام التمثيل النسبي بموجب المادة 61 من نفس القانون إلا أن المشرع لم يتخلى عن نظام القائمة المغلقة<sup>37</sup> . رغم أن دستور 1989 قد أرسى مبدأ الفصل بين السلطات إلا أننا نلاحظ تفوق السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية التي تعد الممثل الأبرز للشعب في مفهوم الديمقراطية النيابية ، وذلك من خلال اعتماد ثنائية السلطة التنفيذية وبالتالي توسيع صلاحياتها بما يضيق المجال أمام السلطة التشريعية في تأدية اختصاصها الأصلي المتمثل في التشريع ، حيث نجد أن رئيس الحكومة يشارك في التشريع عن طريق مشاريع قوانين أما بالنسبة لرئيس الجمهورية فبرغم فإنه يشارك بطريقة غير مباشرة في التشريع عن طريق السلطة التنظيمية المخولة له دستوريا بموجب المادة 116 مع عدم تحديد مجال هذه السلطة مقابل تحديد مجال

التشريع بالنسبة للسلطة التشريعية بموجب المادة 115 ، مما جعل النظام السياسي الجزائري يصنف على انه شبه رئاسي بسبب هيمنة السلطة التنفيذية على بقية السلطات.

**2-2 الديمقراطية في ظل دستور 1996 :** رغم أن دستور 1989 أتى بتغيرات جذرية إلا أن التغيير من النقيض إلى النقيض لم يكن بهذه السهولة ، حيث جاءت الأزمة السياسية لتعطل مسار الديمقراطية من جديد وذلك بسبب استقالة الرئيس الشاذلي بن جديد ، التي تزامنت مع حل البرلمان في حين أننا كنا نعاني من شغور دستوري كون المادة 84 من دستور 1989 لم تنظم هذه الحالة ، وأديرت المرحلة بعيدا عن الدستور فحسب رأي الأستاذ فوزي أو صديق يعد حل البرلمان غير دستوري لأنه مخالف للمادة 120 ، التي تشترط استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة مع الدعوة لانتخابات تشريعية مسبقة وهذا ما لم يحدث ،

كما يرى أنه كان يفترض على المجلس الدستوري أن يرفض استقالة رئيس الجمهورية المقترنة بالشغور بموجب المادة 153 التي تمنحه سلطة السهر على احترام الدستور كما يرى أنه لا يجوز للمجلس الأعلى للأمن أن يسير شؤون الدولة بحكم أن المادة 162 اقتصرت دوره على تقديم الآراء الاستشارية لرئيس الجمهورية ، غير أن المجلس الدستوري اخذ موقفا مغايرا إذ اكتفى بإعلان حالة الشغور الدستوري وطلب من المؤسسات الدستورية أن تحافظ على استمرارية الدولة ، مما جعل المجلس الأعلى للأمن يأخذ على عاتقه مهمة إدارة هذه المرحلة من خلال إنشاء المجلس الأعلى للدولة ، الذي يتكلف بمهام رئيس الجمهورية والمجلس الاستشاري الوطني بتاريخ 14 جانفي 1992 .

ثم تسارعت الأحداث حيث أعلن المجلس الأعلى للدولة حالة الطوارئ في 09 فيفري 1992 ، ثم تم حل الجبهة الإسلامية للإنقاذ بقرار من الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 04 مارس 1992 ، ثم تقرر الحكومة حل المجالس الشعبية المحلية التابعة للجبهة الإسلامية للإنقاذ بتاريخ 29 مارس 1992 وفي 29 جوان 1992 تم اغتيال الرئيس محمد بوضياف ، الذي خلفه علي كافي بتاريخ 02 يوليو 1992 وبتاريخ 19 ستمبر 1993 يعلن المجلس الأعلى للأمن عن انتهاء مهمة المجلس الأعلى للدولة في 31 جانفي 1994 على أقصى ، وبالمقابل تم الإعلان عن المرحلة الانتقالية على ضوء الوفاق الوطني بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-40 الصادر بتاريخ 29 جانفي 1994 ، حيث تم تحديد مدة هذه المرحلة بثلاث سنوات كحد أقصى وذلك بموجب المادة الثانية منه .

أما بالنسبة لمؤسسات المرحلة الانتقالية فإنها تتمثل في رئاسة الدولة ، الحكومة ، المجلس الوطني الانتقالي وذلك بموجب المادة 04 من هذا المرسوم ، كما منحت المادة 06 للمجلس الأعلى للأمن حق تعيين

رئيس الدولة خلال المرحلة الانتقالية ، أما المادة 25 فقد منحت الاختصاص التشريعي عن طريق الأوامر للمجلس الوطني الانتقالي بمبادرة من الحكومة أو من ثلث أعضائه ، وبالفعل تم تعيين ليامين زروال رئيسا للدولة بتاريخ 30 جانفي 1994 ، أما بالنسبة للمواعيد الانتخابية فقد تم تحديد تاريخ الاستفتاء حول مراجعة الدستور قبل نهاية سنة 1996<sup>38</sup>.

أ/ مظاهر الديمقراطية في ظل دستور 1996 : لقد جاء دستور 1996 المعدل والمراجع ليكرس دولة القانون التي وضعت أساساتها بموجب دستور 1989 ، إضافة إلى تبني التعددية الحزبية ومبدأ الفصل بين السلطات ومختلف أشكال الرقابة ، يعد دستور 1996 أول دستور جزائري يأخذ بنظام الغرفتين نظرا لمزاياه المتمثلة في عدم التسرع في سن القوانين ، وتدخل إحداها لتلطيف الأجواء في حالة الخلاف مع السلطة التنفيذية ، والاهم من ذلك تبني الديمقراطية الفنية من خلال الثلث المعين على مستوى مجلس الأمة والذي من المفترض أن يتكفل بتزويد البرلمان بالكفاءات الفنية التي قد لا يأتي بها الانتخاب .

كما أخذ دستور 1996 بمبدأ ازدواجية القضاء ( قضاء عادي ، قضاء إداري) الذي يعد قفزة نوعية من شأنها إبعاد العدالة عن ضغوطات السلطة السياسية ، مع ضمان الحيادية والموضوعية إذ يسمح للسلطة القضائية بمراقبة الإدارة من ناحية مشروعية أعمالها عن طريق قضاء الشرعية ( دعوى الإلغاء ، دعوى التفسير، دعوى فحص المشروعية ) ومن ناحية احترامها للحقوق و الحريات عن طريق دعاوى القضاء الكامل بالرغم من أن دستور 1996 تبني الازدواجية بالنسبة للبرلمان والسلطة القضائية ، إلا أن المؤسس الدستوري لم يتخلى عن منح السلطة التنفيذية المكانة المرموقة التي احتلتها في ظل الدساتير السابقة إذ نجد أن الدستور أبقى للرئيس رئاسة المجلس الأعلى للقضاء ، مما يؤكد نفوذه وتأثيره البالغ على السلطة القضائية ، بالإضافة إلى تراجع دور البرلمان أمام تزايد مهام السلطة التنفيذية لتي فرضت تدخلها في مجالات لم تكن من اختصاصاتها<sup>39</sup> ، حيث يظهر هذا التراجع من خلال حصر مجال التشريع في مقابل التنظيم ، ضعف بعض آليات الرقابة السياسية على الحكومة من ناحية الجزاء ( الاستجواب الأسئلة الشفهية والكتابية ، لجان التحقيق) ، وخطورة البعض الأخر على استقرار البرلمان كمرقبة مخطط الحكومة وبيان السياسة العامة التي يترتب عليها حل البرلمان ، ومنه نلاحظ أن تكييف النظام السياسي الجزائري في ظل دستور 1996 لم يتغير عما كان عليه في ظل الدساتير السابقة ، فمن خلال استقراء العلاقة بين السلطات الثلاث نجده يصنف كنظام شبه رئاسي.

ب/ تعديلات دستور 1996 و أثرها على الديمقراطية في الجزائر: لقد شهد دستور 1996 ثلاث تعديلات في 2002 و 2008 و 2016 ، ولقد كان لهذه التعديلات انعكاسات على وضع الديمقراطية

في الجزائر والذي يمكن رصده من خلال استعراض آراء المجلس الدستوري بصفته حامي الدستور ، فبنسبة للتعديل الدستوري رقم 02-03 المؤرخ في 10 ابريل 2002 ، اصدر المجلس الدستوري رأيه رقم 01/02 حول إضافة المادة 03 مكرر التي أقرت اللغة الأمازيغية كلغة وطنية رسمية على أن التعديل لا يمس بالمركز الدستوري للغة العربية كلغة وطنية ورسمية ، كما أن الامازيغية تعد أحد المكونات الأساسية للهوية الجزائرية ، وأضاف أن هذا التعديل لا يمس بالمبادئ العامة وبحقوق الإنسان و بالتوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية<sup>40</sup> .

وإذا كانت الديمقراطية تنادي بالمساواة و باحترام حقوق الأقليات فإن هذا التعديل من شأنه أن يحقق هذا المطلب ، مع العلم أن وجود أكثر من لغة في الجزائر لا يعني وجود أكثر من هوية بل هو دليل على ثراء لغوي وثقافي لا غير و هذا ما أكده المؤسس الدستوري في ديباجة الدستور عندما اعتبر الإسلام والعروبة والأمازيغية المكونات الأساسية للهوية الجزائرية . أما بالنسبة للتعديل الدستوري رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 سنركز على المادة 31 مكرر التي أقرت نظام الكوطة فيما يخص ترقية الحقوق السياسية للمرأة ، مما أثار جدلا فقهيها حول تعارضها مع المادة 29 من الدستور التي تفيد المساواة وعدم التمييز بناء على المولد ، أو العرق أو الجنس ، أو أي ظرف شخصي أو اجتماعي ومنه فإن المادة 31 مكرر تكرر التمييز على أساس الجنس ، غير أن هذا الرأي يتناسى دور دولة القانون في كفالة الحقوق والحريات وتكريس الديمقراطية ، فإذا كانت الطبيعة الثقافية والعرفية للمجتمع الجزائري تحول دون مباشرة المرأة لحقوقها السياسية هنا يتوجب على الجزائر باعتبارها دولة قانون أن تتدخل لتمكين المرأة حقوقها ، حيث صرح المجلس الدستوري في الرأي رقم 01/08 أن المادة 31 مكرر تستمد دستوريته من المطلب الديمقراطي المذكور في الفقرة 08 من ديباجة الدستور التي تقضي بان تبني المؤسسات الدستورية على مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العامة أما بالنسبة لتعديل الفقرة 02 من المادة 74 المتعلقة بفتح تجديد العهدة الرئاسية فقد أثارت بدورها جدلا فقهيها بحكم أنها تعرقل مبدأ التداول على السلطة والذي يعد من أهم مظاهر الديمقراطية . لكن المجلس الدستوري اقر دستورية التعديل مستندا على المادة 06 من الدستور التي تعتبر الشعب مصدر كل سلطة والمادة 07 التي تنص على أن الشعب صاحب السيادة يمارسها عن طريق الاستفتاء وعن طريق ممثليه المنتخبين ، واعتبر أن التعديل كرس المادة 10 من الدستور التي تقر حرية الشعب في اختيار ممثليه ، ومنه فان الشعب يملك دون سواه حرية تجديد الثقة في رئيس الجمهورية أو سحبها منه<sup>41</sup> .

أما بالنسبة للتعديل الدستوري رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 فلا يمكن إنكار دوره في تعميق الديمقراطية في الجزائر، فقد نص التعديل على تفعيل الدور التشريعي لمجلس الأمة بموجب المادة 136 مما يزيد من فرص البرلمان في ممارسة اختصاصه الأصيل ، ومنافسة السلطة التنفيذية بحكم تشكيلة مجلسه التي تجمع ما بين الخبرة ( الثلث المعين ) والقرب من المواطن ( الثلثين المنتخبين من بين أعضاء المجالس المحلية) ، كما أعطى وزنا للمعارضة البرلمانية من حيث المشاركة الفعلية في أشغال البرلمان بموجب المادة 114 ، أما بالنسبة الأحزاب فالملاحظ أن المؤسس الدستوري منع التجوال السياسي بالنسبة للمنتخبين المنتمين لأحزاب سياسية بموجب المادة 117، كما حاول المؤسس الدستوري تأمين الاستقلالية المالية والتواصل الإعلامي من اجل بناء قاعدة شعبية للأحزاب السياسية بموجب المادة 53 ، وهذا من شأنه أن يساعد على بناء حياة حزبية حقيقية على المدى الطويل مما سينعكس إيجابا على الديمقراطية باعتبار الأحزاب المحرك الرئيسي لمبدأ التداول على السلطة وحرية الرأي والتعبير، كما قام المؤسس الدستوري بتوسيع مجال الإخطار ليطال أعضاء البرلمان مما يمكنهم من أداء دورهم التمثيلي بموجب المادة 187 ، ولم يقف المؤسس الدستوري عند هذا الحد بل وسع مجال الإخطار ليطال المواطن فيما يتعلق بالحقوق والحريات عن طريق الدفع بعدم الدستورية وذلك بإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلى مجلس الدستوري (م 188) واستكمالا لهذه الخطوة شجع المؤسس الدستوري المحامي للممارسة هذا الدور بصفته الوسيط بين المواطن والقضاء بموجب المادة 170 ، كما كرس استقلالية القضاء من خلال حماية القاضي من مختلف أشكال الضغوطات بموجب المادة 166<sup>42</sup> ، والأهم نلك الخطوة التي أقدم عليها المؤسس الدستوري والمتمثلة في تجديد العهدة الرئاسية مرة واحدة فقط حيث أدخلها في إطار الحظر الموضوعي بموجب المادة 212 ، مما ينعكس إيجابا على الديمقراطية في الجزائر لم ذا تعديل من دور في تكريس مبدأ التداول على السلطة ، إلا أن ما يؤخذ على المشرع تمسكه بنظام القائمة المغلقة في حين أن نظام القوائم مع المزج يعد الأكثر ديمقراطية.

#### الخاتمة:

مما سبق ذكره يمكن القول أن الديمقراطية مفهوم فلسفي نظري تجسيده على أرض الواقع سيبقى رهينة الظروف والتغيرات ، والدليل على ذلك تطور مفهوم الديمقراطية الذي لم يعد يقتصر على الجانب السياسي بل توسع ليطال الجانب الاجتماعي والاقتصادي والإداري ، وبغض النظر عن عيوب صور الديمقراطية في شكلها المباشر المستحيل التنفيذ ، أو شبه المباشرة التي تثير مشكلة الوعي السياسي لدى الشعوب ، والنيابية التي تثير إشكالية استمرارية الشرعية بين النائب والناخب ، تبقى الديمقراطية البديل

الحتمي والوحيد للحكم الاستبدادي ، ولعل نجاح الديمقراطية في الغرب كان نتيجة اقتناع شعوبها بهذا المنطق بعد حراك فكري وثوري طويل بدا منذ عصر النهضة ، أما بالنسبة للجزائر فرغم أنها دولة فنية حديثة الاستقلال إلا أنها عرفت تجربة غزيرة بالأحداث والتحويلات ، فقد تبني المؤسس الدستوري قبل 1989 الديمقراطية الاشتراكية التي لا نستطيع أن ننكر إن عيبها المتمثل في تركيز السلطة كانت أحد أهم أسباب استمرارية الدولة الجزائرية والحفاظ على وحدتها في بداية نشأتها ، لكن مع تفاقم سلباتها كان لا بد للمؤسس الدستوري أن يستجيب لمطالب الشعب ، مع بداية 1989 خرجت الجزائر من دائرة الاشتراكية ودستور البرنامج إلى الديمقراطية الليبرالية ودستور القانون .

### الهوامش

- <sup>1</sup> سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة ، الجزء الثاني ، الطبعة العاشرة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2011 ص 49 .
- <sup>2</sup> حسين عبد الحميد أحمد رشوان ، الديمقراطية والحرية وحقوق الإنسان، المكتب الجامعي الحديث 2006 ، ص 11 .
- <sup>3</sup> مولود ديدان ، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية ، دار بلقيس لنشر، الجزائر 2009 ص 145 .
- <sup>4</sup> سعاد الشراقوي ، النظم السياسية في العالم المعاصر، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية 1998 ، ص 137 .
- <sup>5</sup> مولود ديدان ، مرجع سابق ، ص. ص 146 – 147 .
- <sup>6</sup> سعاد لشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 137 .
- <sup>7</sup> حسان محمد شفيق العاني ، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة ، مطبعة جامعة بغداد 1986 ، ص. ص 54-56 .
- <sup>8</sup> سعيد بوشعير ، مرجع سابق ، ص 63 .
- <sup>9</sup> فوزي أوصديق ، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري ، الجزء الأول ، نظرية الدولة ، الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2009 ، ص 227 .
- <sup>10</sup> فوزي أوصديق ، المرجع نفسه ، ص 227 .
- <sup>11</sup> سعيد بوشعير ، مرجع سابق ، ص . ص 67 – 74 .
- <sup>12</sup> محمد الصغير بعلي ، قانون الإدارة المحلية الجزائرية ، دار العلوم لشر والتوزيع ، عنابة 2004 ، ص 32 .
- <sup>13</sup> بلال أمين زين الدين ، الأحزاب السياسية من منظور الديمقراطية المعاصرة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية بدون تاريخ نشر، ص . ص 15-21 .
- <sup>14</sup> صالح جواد الكاظم ، علي غالب العاني ، الأنظمة السياسية ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد 1991 ، ص 126 .
- <sup>15</sup> صالح جواد الكاظم ، علي غالب العاني ، نفس المرجع ، ص 134 .
- <sup>16</sup> مولود ديدان ، مرجع سابق ، ص . ص 172-173 .
- <sup>17</sup> سعاد الشراقوي ، مرجع سابق ، ص 152 .
- <sup>18</sup> حسني بوديار ، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم لشر والتوزيع ، عنابة 2003 ، ص . ص 72-75 .
- <sup>19</sup> عمار بوضياف ، مدخل إلى العلوم القانونية – نظرية القانون- ، الطبعة الثالثة ، جسر للنشر والتوزيع ، الجزائر 2007 ص . ص 23-28 .
- <sup>20</sup> حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري – النظرية العامة – ، الطبعة الأولى 2009 ، بدون دار نشر ، ص 256 .
- <sup>21</sup> حسن مصطفى البحري ، المرجع نفسه ص 256 .
- <sup>22</sup> حسن مصطفى البحري ، المرجع السابق ، ص . ص 258-263 .

- <sup>23</sup> سعيد بوشعير ، مرجع سابق ، ص . ص 164 – 167 .
- <sup>24</sup> حسني بوديار ، مرجع سابق ، ص 77 .
- <sup>25</sup> الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف بالاسكندرية 2004 ، ص 39 .
- <sup>26</sup> الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة ، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3) المؤرخ 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948
- <sup>27</sup> ميشال مياي ، دولة القانون مقدمة في نقد القانون الدستوري ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1990، ص 147.
- <sup>28</sup> بلال أمين زين الدين ، مرجع سابق ، ص . ص 319 – 320 .
- <sup>29</sup> بوكرا إدريس ، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية الجزء الأول الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2009 ، ص 29 .
- <sup>30</sup> دستور 8 سبتمبر 1963 ، الصادر في الجريدة الرسمية ، عدد 64 ، بتاريخ 10 سبتمبر 1963 .
- <sup>31</sup> ميلود ذبيح ، الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية ، دار الهدى ، الجزائر 2007 ، ص.ص 153-157 .
- <sup>32</sup> مولود ديدان ، مرجع سابق ، ص . ص 344-348 .
- <sup>33</sup> دستور 22 نوفمبر 1976 ، الصادر بالامر رقم 97/76 ، الجريدة الرسمية عدد 94 ، لسنة 1976
- <sup>34</sup> بوكرا إدريس ، الجزء الأول ، مرجع سابق ، ص . ص 223-224
- <sup>35</sup> ميلود ذبيح، مرجع سابق ، ص . ص 153-157 .
- <sup>36</sup> دستور 23 فبراير 1989 ، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 فبراير 1989 ، الجريد الرسمية عدد 09 بتاريخ 01 مارس 1989 .
- <sup>37</sup> بوكرا إدريس ، مرجع سابق ، ص . ص 61 – 76 .
- <sup>38</sup> مولود ديدان ، مرجع سابق ، ص. ص 351-373 .
- <sup>39</sup> ميلود ذبيح، مرجع سابق ، ص . ص 68 – 79 .
- <sup>40</sup> رأي المجلس الدستوري رقم 01/02 / ر.ت.د/ المؤرخ في 20 محرم عام 1423 الموافق لـ 3 ابريل 2002 المتضمن مشروع التعديل الدستوري لـ 2002.
- <sup>41</sup> رأي المجلس الدستوري رقم 01/08 / ر.ت.د/ المؤرخ في 09 ذي القعدة عام 1429 الموافق لـ 7 نوفمبر 2008 ، المتضمن مشروع التعديل الدستوري لـ 2008.
- <sup>42</sup> دستور 08 ديسمبر 1996 ، المعدل بالقانون رقم 02-03 ، ج ر رقم 25 المؤرخة في 14 ابريل 2002 ، والقانون رقم 08-19 ، ح ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008 ، والقانون رقم 16-01 ، ج ر رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016 .

## الحماية الموضوعية للمستهلك عن جريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية في التشريع الجزائري.

الدكتور: ماني عبد الحق

أستاذ محاضر بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة محمد البشير الابراهيمي - برج بوغريبرج-

الأستاذ : بلفروم محمد يمين

جامعة محمد البشير الابراهيمي - برج بوغريبرج-

### الملخص:

فرضت التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك التزامات على عاتق المتدخل، ومن بين هذه الالتزامات الالتزام بوسم السلع الغذائية، وفي حالة مخالفتها النظام القانوني لهذا الالتزام، رتبت المسؤولية الجزائية، بتجريم هذا الامتناع، مما يصطلح على هذه الجريمة جريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية، وهو أسلوب جديد لمواجهة الجرائم الاقتصادية، من خلال رسم نظام وإلزام الغير المخاطبين به بإتباعه وفي حالة المخالفة، يعتبر مرتكب لفعل جرمي. بالنظر على طبيعة هذه الجرائم، أو الأحكام الموضوعية لهذه الجريمة.

La législation sur la protection des consommateurs impose des obligations en matière d'intervention, y compris l'obligation d'étiqueter les denrées alimentaires et, dans le cas contraire au régime juridique de cette obligation, la responsabilité pénale a été arrangée par la criminalisation de cette omission, ce qui en fait une infraction de s'abstenir de La mise en œuvre de l'obligation d'étiqueter les denrées alimentaires, une nouvelle méthode de traitement des crimes économiques, en élaborant un système et en obligeant les autres à s'en occuper et en cas d'infraction, est considérée comme un auteur d'une infraction. Compte tenu de la nature de ces crimes, ou des dispositions de fond de ce crime.

الكلمات المفتاحية : المستهلك - وسم - السلع الغذائية - امتناع - التزام - متدخل .

مقدمة:

بعد إقرار حقوق المستهلك على المستوى العالمي، وقصور القوانين الكلاسيكية عن توفير حماية للمستهلك، سارعت الدول غلى تجسيد هذه الحقوق على المستوى التشريعي، بتبني قانون خاص يتعلق بحماية المستهلك، وتضمنين هذه القوانين الحقوق الأساسية للمستهلك.

ومن بين هذه الحقوق حق المستهلك بالمعرفة، ولذا فرضت التزامات على عاتق المتدخل بوجوب إعلام المستهلك بما يتعلق بالعقد المراد إبرامه، بما فيها البيانات المتعلقة بمحل العقد الاستهلاكي وهو المنتج(السلع والخدمات)، وشددت من الالتزام حالة كانت طبيعة السلعة تفرض ذلك، ومن بينها السلع الغذائية، ولذا فرضت أن يكون الإعلام عن طريق إلزام المتدخل بوسم السلع الغذائية بالمادة 17 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وبغية التنظيم أكثر صدر نصوص تنظيمية من اجل رسم نظام قانوني محكم لهذا الالتزام.

ومن اجل إرغام المتدخل على عدم الإخلال به رتب المسؤولية الجزائية، حالة الامتناع عن إتيانه، وبالصورة التي تم رسمها تشريعا له، من خلال النص على تجريم هذا الامتناع بنص المادة 78 من القانون السابق الذكر.

ومن هنا تطرح الإشكالية الآتية:

ما هي الأحكام الموضوعية التي جاء بها المشرع الجزائري في القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مما يمكن من تحديد كل خرق للالتزام بوسم السلع الغذائية، لإمكانية توقيع الجزاء المنصوص عليه في المادة 78 من القانون المذكور أعلاه؟

وللإجابة عن هذا التساؤل اتبعنا المنهج الاستقرائي لتحليل المواد والوقوف على هذه الأحكام الموضوعية، من خلال تفريع هذا المقال إلى مطلبين، الأول تحديد الطبيعة القانون لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية، والمطلب الثاني أركان قيام جريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية.

### المطلب الأول: الطبيعة القانونية لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية

تعد جريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية من الجرائم المستحدثة في قوانين الاستهلاك، وهي من جرائم الامتناع، هذه الأخيرة لها خصوصيات من حيث عناصر الامتناع، وكذا أركان قيام جريمة الامتناع، ولذا تم التطرق إلى الطبيعة القانونية لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية. ثم أركان قيام جريمة الامتناع.

جريمة مخالفة قواعد الالتزام بوسم السلع الغذائية هي من جرائم الامتناع، وهي جريمة سلبية بسيطة تختلف عن جرائم الامتناع ذي النتيجة. أي الامتناع المجرد من النتيجة، والتي يعاقب فيها القانون على مجرد الامتناع بصرف النظر عن حدوث النتيجة الإجرامية أو لا، إذ يستوي في نظر القانون وقوع النتيجة أو عدمها، ويطلق عليها بالجرائم الشكلية.

### الفرع الأول: عناصر الامتناع لجريمة الامتناع.

يعرف الأستاذ فتوح الشاذلي الامتناع على أنه: "إحجام الشخص إراديا عن اتخاذ سلوك ايجابي معين كان يتعين اتخاذه، أي هناك إمساكا إراديا، عن الحركة العضوية في الوقت الذي كان يجب إتياها فيه"<sup>1</sup>، كما يعرفه محمود نجيب حسني على أنه: "إحجام شخص إتيان فعل ايجابي معين كان الشارع ينتظره منه في ظروف معينة، بشرط أن يوجد واجب قانوني يلزمه بهذا الفعل وأن يكون في استطاعة الممتنع وإرادته"<sup>2</sup>.

كما يعرف على أنه: "سلوك خارجي يتعارض مع ما كان يجب عمله، ويتمثل في تغيير الأوضاع المادية الخارجية، وهو خروج عن قاعدة قانونية تفرض التزاما بإتباع سلوك معين"<sup>3</sup>، ومنه فالامتناع سلوك إرادي يمثل الصورة السلبية أو الشكل السلبي للسلوك الإنساني يحجم فيه عن إتيان التزام قانوني.

وعليه فعناصر الامتناع ثلاثة، الإحجام عن فعل ايجابي يحرص القانون على إتيانه (العنصر الأول)، سلوك لا يتجرد عن الإرادة (العنصر الثاني)، ووجود إلزام قانوني يلزم بهذا الفعل (العنصر الثالث)، ولذا سوف نتناول كل عنصر بشيء من الإيجاز حول هذه العناصر.

#### أولاً- الإحجام عن فعل ايجابي يحرص القانون على إتيانه:

الامتناع موقف سلبي قياسا بفعل ايجابي معين، ومن هذا الفعل يستمد الامتناع عن الفعل وجوده وخصائصه، وهذا الفعل يحدده المشرع بالنظر إلى ظروف معينة كون هذه الظروف أساسا لتوقعه أن يقدم شخص على فعل ايجابي معين تقتضيه الحماية الواجبة للحقوق، فإن لم يأت هذا الفعل يعتبر محجما في نظر المشرع<sup>4</sup>.

ومن الإحجام عن القيام بفعل ايجابي ملزم بتحقيقه فرضته نصوص قانونية معينة في العنصر المادي للامتناع، فالسلوك الذي يأتيه الشخص مخالفا لقاعدة أمره يحقق العنصر المادي، ومنه مجرد الإحجام عن إتيان الفعل الملزم به يعتبر الشخص ممتنعا، وتقوم عليه المسؤولية.

فالقانون يحدد الفعل الذي يطالب المخاطبين به تحديدا موضوعيا ببيان ماهيته، ويحدد أفعاله على سبيل الحصر، وقد يتم تحديد الزمن الذي يشترط أدائه في توقيت زمني محدد، وكذا تحديد الأشخاص الذين يتوجب عليهم إتيان ذلك الفعل، لأن من الواجبات ما يتعلق بصفة شخص دون آخر.

### ثانيا- سلوك لا يتجرد عن الإرادة:

الإرادة قوة نفسية تتحكم في سلوك الإنسان، فهي نشاط نفسي يصدر عن وعي وإدراك من أجل بلوغ هدف معين، وتحقيق النتيجة هذه في الجرائم المادية، في حين يكون توافر الإرادة كافيا لقيام القصد إذا ما اتجهت لتحقيق السلوك في جرائم السلوك المحض<sup>5</sup>.

وإذا خلا السلوك من الإرادة سقط عنه اسمه وزال وصفه، شأنه شأن الفعل الايجابي، والإرادية في الامتناع ذات معنى واسع، فهي تعني مطلق الخضوع للإرادة، والإرادة في الامتناع ليست عدما، ولكنها على وجه التحقيق عدم إرادة الفعل<sup>6</sup>، وإذا لم يكن الامتناع إراديا انتفت الجريمة في حق الممتنع.

ويجب أن تتوفر صلة السببية بين الإرادة الحرة للشخص الممتنع عن الفعل والمسلك السلبي الذي يتخذه الممتنع، وأن تكون الإرادة مسيطرة خلال الوقت الذي اتجهت إليه إرادته إلى الإحجام، وإذا انعدمت الإرادة بعد ذلك، مثل تعرض الشخص الملزم بإتيان فعل ايجابي إلى إكراه مادي، حال بينه وبين القيام بالفعل الايجابي، فهنا لا يسأل عن الامتناع<sup>7</sup>.

ولكن لا بد من التفرقة بين الامتناع على تخلف الإرادة كليا أو انتقاصا، والامتناع القائم على الإهمال، ففي حالة الإهمال تقوم الجريمة ضد الممتنع.

### ثالثا- وجود إلزام قانوني يلزم بهذا الفعل:

إن الامتناع ليس له أهمية في القانون إلا إذا كان الفعل الايجابي مفروضا على من امتنع عنه، فالامتناع يفترض التزاما، وهو في لغة القانون يفترض التزاما قانونيا<sup>8</sup>.

والالتزام القانوني الملقى على عاتق الشخص ليس شرطا لثبوت الصفة غير المشروعة للامتناع لكنه عنصر في الامتناع ذاته<sup>9</sup>، أي أنه عنصر يقوم عليه الركن المادي لجريمة الامتناع<sup>10</sup>.

كما يشترط سبق وجود الالتزام عن فعل الامتناع، أي أن النص القانوني الذي يفرض إتيان الفعل الممتنع عنه لا بد أن يكون ساري المفعول قبل حدوث فعل الامتناع من طرف الشخص الملزم به وإلا سقطت المسؤولية الجزائية عنه.

والركن الشرعي لجريمة الامتناع هو خضوعها لنص عقابي يجرم فعل الامتناع وغير خاضع لسبب من أسباب الإباحة<sup>11</sup>، فالممتنع لا يكون مخطئا إلا إذا كان ملزما قانونا بالقيام بفعل<sup>12</sup>.

والامتناع و الترك هما صورتان للسلوك السلبي، إلا أنهما يختلفان فالأول لا يترتب عليه تغيير في العالم الخارجي إذ لا نتيجة إجرامية له، بعكس الترك الذي تترتب عليه نتيجة إجرامية تتمثل في التغيير الذي يطرأ على العالم الخارجي<sup>13</sup>.

### الفرع الثاني: صفات الجريمة السلبية.

تقوم الجريمة السلبية على أركان هي الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي، مثل كل الجرائم، غير أن لأركانها بعض الصفات التي تميزها عن الجرائم الايجابية.

#### أولاً- صفات الجريمة السلبية على مستوى الركن المادي:

يتكون الركن المادي من السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية ولذا سنأتي على تبيان صفات الركن المادي لجريمة الامتناع على مستوى السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية.

#### 1- على مستوى عنصر السلوك الإجرامي:

يقصد بالسلوك الإجرامي تطابق الفعل مع ما نص عليه القانون وعدم مشروعية هذا الفعل، ويكون هذا الفعل إما بمظهر ايجابي، أو بمظهر سلبي، وهذا الأخير هو الذي يميز الجريمة الايجابية عن الجريمة السلبية<sup>14</sup>، وتعد هذه الأخيرة جريمة بسيطة أي تقع بمجرد الامتناع عن أداء التزام واحد بأداء عمل معين وليست من بينها جرائم مركبة يشترط فيها القانون تعدد أحوال الامتناع عن التزامات بأداء عدة أعمال<sup>15</sup>، ومثلها جريمة الامتناع عن وسم السلع الغذائية، فتقوم الجريمة بمجرد امتناع المتدخل على إدراج بيانات إجبارية على السلعة عند عرضها للاستهلاك، أو أدرج البيانات الإجبارية بغير الشروط المحددة في النصوص القانونية والتنظيمية لعملية وسم السلع الغذائية.

#### 2- على مستوى النتيجة الإجرامية:

تنقسم النتيجة الإجرامية إلى قسمين، فمنها النتيجة القانونية والنتيجة المادية، فالنتيجة المادية هي تلك الآثار المترتبة على السلوك الإجرامي والذي يعتد به المشرع، ويرتب عليه أثاراً جنائية، فالسلوك قد أحدث تغييراً حسياً ملموساً في الواقع الخارجي<sup>16</sup>، وبهذا تعد النتيجة عنصراً من عناصر الجريمة لا تختلط بالسلوك الإجرامي، ولا تندمج فيه، بل تظل منفصلة عنه ومرتبطة به الرابطة السببية المادية<sup>17</sup>، بغض النظر عما يمكن أن يحدثه السلوك الإجرامي من نتائج أخرى<sup>18</sup>.

أما النتيجة القانونية هي كل مساس أو اعتداء على مصلحة من المصالح المحمية بنصوص التحريم، سواء تترتب على الاعتداء ضرر أو مجرد تعريضها للخطر، ومنه النتيجة بمفهومها القانوني شرط يلزم

توافره للقول بوجود أي جريمة، أي أن النتيجة الإجرامية تتحقق بمجرد المساس بالمصلحة المحمية بنصوص التحريم، سواء كان السلوك إيجابياً أو سلبياً<sup>19</sup>.

وبهذا المفهوم فلكل جريمة نتيجة حتى جرائم السلوك المحض والتي يطلق عليها الجرائم الشكلية، لأن الجريمة لا تخلو من خطر يهدد مصلحة محمية قانوناً، ولهذا يتم تقسيم الجرائم لجرائم ضرر وجرائم خطر، وعليه فجرائم الضرر تقابل الجرائم المادية، وجرائم الخطر تقابل الجرائم الشكلية<sup>20</sup>.

وعليه فجرائم الامتناع لها نتيجة قانونية لا مادية، إن تحققت نتيجة مادية عن جريمة الامتناع فتكون عرضية، مثلاً لو أن المتدخل عرض سلعا غذائية بدون بيانات الوسم تقوم الجريمة حتى وإن لم يتضرر من ذلك أي مستهلك، وإن حدث ذلك فلا يغير من وصف الجريمة، إلا إذا تبين أن نية المتدخل خداع أو تضليل المستهلك فتقوم جريمة الخداع بالإضافة إلى جريمة انعدام الوسم.

وتعتبر جرائم الامتناع في قانون حماية المستهلك من جرائم الخطر التي ليس لها نتيجة بالمفهوم المادي، ومن بين هذه الجرائم جريمة مخالفة النظام القانوني لوسم السلع الغذائية، فلا يشترط فيها وقوع ضرر، فهي جرائم خطر<sup>21</sup>.

### 3- على مستوى الرابطة السببية:

الرابطة السببية التي تصل ما بين الفعل المجرم والنتيجة، فهي شرط لقيام المسؤولية الجزائية على مرتكب الفعل<sup>22</sup>، وفي الجرائم السلبية البسيطة التي تنشأ بمجرد الامتناع دون أن يتطلب المشرع تحقق نتيجة، فانعدام وجودها لا تثير أي إشكال قانوني، فيكتفي المشرع بتجريم الامتناع ذاته، على عكس الجرائم السلبية ذات النتيجة التي يثار فيها مسألة العلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة إذ لا يكتمل الركن المادي لهذه الجرائم دون تحقق النتيجة<sup>23</sup>.

### ثانياً- صفات الجريمة السلبية على مستوى الركن المعنوي:

أكثر الجرائم السلبية لا يشترط فيها القانون القصد الجنائي، بل يستوي لوقوعها توافر القصد أو الخطأ، فالقصد قد يكون مباشراً عندما تتجه إرادة الفاعل لارتكاب الواقعة الإجرامية التي أرادها بكل عناصرها بحيث لا يراوده شك في حدوث النتيجة التي يرغب في تحقيقها، أما إذا باشر الجاني سلوكه متوقفاً تحقيق النتيجة دون تأكيد فإن قصده هنا يكون غير مباشر<sup>24</sup>.

كما أن أكثر الجرائم الاقتصادية يقوم على أساس الخطأ (الامتناع غير العمدي)<sup>25</sup>، يقصد به الإخلال بالالتزام بالحيطه فيما يباشرون من أعمال حرصاً على الحقوق والمصالح التي يحميها القانون، دون أن يفرض ذلك إلى إحداث النتيجة، التي كان باستطاعته أن يتوقاها<sup>26</sup>، ويتخذ صور عدة منها

الرعونة، عدم الاحتياط والتحرز، الإهمال وعدم الانتباه، وعدم مراعاة القوانين واللوائح والأنظمة<sup>27</sup>، والخطأ هو جوهر الجريمة غير العمدية التي نالت اهتمام المشرعين حديثاً<sup>28</sup>.

أما الامتناع العمدي يقصد به إحجام الشخص عن إتيان التزام مطلوب منه قانوناً بطريق توجيه إرادته لذلك الامتناع، هادفاً من وراء هذا الامتناع تحقيق غاية معينة، بمعنى أن الإرادة لا تدفع أعضاء الشخص إلى الحركة لإتيان فعل إيجابي، بل تمسك الأعضاء عن إتيان الحركة المطلوبة قانوناً.

وعلى هذا فافتتران عناصر القصد الجنائي بالامتناع يجعل الامتناع عمدياً، ولهذا يعرف القصد الجنائي بأنه: "توجيه الفعل أو الترك إلى إحداث النتيجة الضارة التي تتكون منها الجريمة".

وعموماً جرائم الامتناع قد تكون قصدية عندما يهدف الممتنع إلى إحداث النتيجة الجرمية من وراء امتناعه، أو جريمة غير قصدية عندما يكون الامتناع ناتجاً عن إهمال أو قلة الاحتراز دون أن تتجه إرادة المتهمل إلى إحداث النتيجة الجرمية<sup>29</sup>. غير أنه ما يلاحظ هو تقلص الإرادة في الجرائم الاقتصادية، فمن الفقهاء من يرى أن الجرائم الاقتصادية تقوم على عنصر العلم فقط<sup>30</sup>.

### المطلب الثاني: أركان قيام جريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية

ألزمت التشريعات في مجال الالتزام بوسم السلع الغذائية المتدخل في عملية عرض السلع للاستهلاك أن يدرج البيانات الإجبارية على السلعة مما يمكن المستهلك من الإحاطة علماً بالسلع، وان تكون هاته البيانات مطابقة للتنظيم القانوني الساري المفعول، وإلا قامت المسؤولية الجزائية على المتدخل، ولتحديد هاته المسؤولية لابد من تبيان أركان الجريمة المتعلقة بالإخلال بالالتزام بوسم السلع الغذائية.

وعليه نقسم هذا الفرع إلى الركن الشرعي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية في التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري (أولاً)، ثم الركن المادي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية في التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري (ثانياً)، الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية في التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري (ثالثاً).

### الفرع الأول: الركن الشرعي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية.

ألزم المشرع الجزائري بنص المادة 03 من القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك المتدخل إمداد المستهلك بالمعلومات الضرورية حول المنتج أو الخدمة حيث جاء في الفقرة الثالثة منه: "... وأن يقدم المنتج وفق مقاييس تغليفه، وأن يذكر مصدره، وتاريخ صنعه والتاريخ

الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله والاحتياطات الواجب اتخاذها من أجل ذلك وعمليات المراقبة التي أجريت عليه...<sup>31</sup>.

ومنه فإن عارض السلع للاستهلاك يعد ملزما كتابة البيانات اللازمة والكافية عليها، من أجل إعلام المستهلك بالخصائص المميزة لهذا المنتج أو الخدمة، وطريقة استعماله، والمخاطر التي قد تنجم عنه، بطريقة واضحة سهلة وباللغة الوطنية على سبيل الإلزام، وأن تكون هذه البطاقة ثابتة على المنتج غير قابلة للإزالة ولا للمحو، وفي حالة مخالفة هذا التشريع تقوم الجريمة.

إلا أنه تم إلغاء القانون 02-89 السالف الذكر بعد صدور القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي حل محله، وألزم المتدخل في عملية عرض السلع للاستهلاك على وجوب إدراج بيانات على السلع المتعلقة عن طريق وسمها بنص المادة 17 من القانون 03-09 المذكور آنفاً، وقد نظم المشرع الجزائري عملية وسم السلع الغذائية، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد لشروط وكيفيات إعلام المستهلك، الذي يحدد الركن المادي للجريمة، وجرم المشرع الجزائري فعل الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية بنص المادة 78 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

### الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية:

يحتل الركن المادي في أغلب جرائم الامتناع بصفة عامة أهمية كبرى، فتقوم الجريمة بمجرد قيام الركن المادي، في حالة وجود النص الشرعي، دون النظر إلى الركن المعنوي للجريمة.

### أولاً: السلوك المادي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية

ويتحقق الركن المادي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية بنشاط إجرامي يصدر من المتدخل يخالف فيه النصوص التشريعية التي ألزمته بكتابة البيانات الإلزامية على السلع، ومحل ينصب عليه هذا النشاط.

وفي هذه الجريمة يقوم المتدخل بمخالفة النصوص التشريعية التي نظمت عملية الوسم، فيلتزم المتدخل بذكر جملة من البيانات على السلع، وتتعلق بكل من المصدر، تاريخ الصنع، والتاريخ الأقصى للاستهلاك، وكيفية الاستعمال، والاحتياطات الواجب اتخاذها،... الخ<sup>32</sup>، وبعدها صدرت نصوص تنظيمية، نظمت طريقة الوسم بالنسبة للسلع المختلفة، ومن بينها المرسوم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

يتحقق الركن المادي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية بنشاط إجرامي يصدر من المتدخل يخالف فيه النصوص التشريعية التي ألزمته بكتابة البيانات الإلزامية على السلع، ومحل ينصب عليه هذا النشاط، فنشاط المخالف عن طريق سلوك يأتية الشخص يخالف فيه التزاما فرضه القانون يتمثل في امتناع المتدخل عن فعل أو جبه القانون.

وفي هذه الجريمة كل امتناع صادر عن المتدخل بعدم تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية أو تنفيذه بطريقة مخالفة للنصوص التشريعية التي فرضت ونظمته.

وهذا السلوك هو إحجام المتدخل عن إتيان التزام قانوني ألزم المتدخل القيام به بنص المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. والمرسوم التنفيذي رقم 13-378 المذكور سابقا، فكل امتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلعة الغذائية تقوم بشأنه المسؤولية الجزائية<sup>33</sup>.

ويلاحظ في هذا الشأن أنه قد تتولد عن هذه الجريمة، جريمة خداع المستهلك إذا كانت المخالفة بنية التغطية، وهذا حماية للمستهلك من الغلط الذي قد يقع فيه المستهلك بالنظر إلى خطورة هذه السلع الغذائية على صحة وسلامة المستهلكين<sup>34</sup>.

ويتحقق السلوك المادي لجريمة عدم الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية بالامتناع الكلي عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية، أو تخلف بيان أو أكثر من البيانات الإلزامية المحددة بالمرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر، أو عدم الالتزام بشروط وضع البيانات.

**ثانيا: صور الركن المادي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية**

يأخذ السلوك عدة صور وهي:

### **1- الامتناع الكلي عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية.**

ومن شروط الوسم " البطاقة الإعلامية" أن تكون ملازمة للسلعة، أي أن تكون لصيقة بالغلaf أو العبوة، وأن تكون غير قابلة للمحو أو الإزالة، ومنه تقوم مسؤولية المتدخل إذا كانت غير لصيقة بالسلعة، أو كانت البطاقة مدرجة والبيانات لحقها محو، أو كانت لصيقة وتم إزالتها، أو غير متصلة بالسلعة، إلا في الحالات التي يميزها القانون، مثل علب الأدوية التي توضع مع المستحضر الدوائي بطاقة البيانات داخل العبوة، بشرط أن يتم التنبيه إلى ذلك، إما على العبوة أو على العبوة.

وفي حالة انعدام الوسم، تقوم المسؤولية الجزائية على كل متدخل في عملية وضع السلعة للاستهلاك، بداية من المنتج أو المصنع إلى البائع، لأن المشرع الجزائري من خلال المادة 12 من القانون

المذكور أعلاه أوجب على كل متدخل أن يتحرى على مدى مطابقة المنتج للمواصفات والتنظيمات المعمول بها، وحسنا فعل المشرع الجزائري، مما يعطي حماية أكثر للمستهلك.

## 2- تخلف بيان أو أكثر من البيانات الإجبارية:

وفي حالة نقص بيان من البيانات تقوم الجريمة، فالمتدخل هنا لم يلتزم بوضع جميع البيانات الإجبارية المنصوص عليها قانونا على غلاف السلعة، حيث أغفل ذكر بيان من بيانات الوسم الإجبارية، وإذا تعمد عدم ذكر بيان من تلك البيانات من أجل حمل المستهلك على التعاقد فيكيف هذا السلوك على أنه خداع، غير أن في جريمة الإخلال بتنفيذ الالتزام بالوسم المتدخل المخالف أتي بعمل سلمي لم يبين فيه حقيقة السلعة المعروضة للاستهلاك، بإغفاله ذكر بيان أو أكثر من البيانات الملزم بوضعها طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السابق الذكر ولكن دون أن تكون لديه النية في إتيان هذا السلوك بغية تحقيق منفعة بطريقة غير مشروعة.

## 3- عدم الالتزام بشروط وضع البيانات:

كما اشترط المشرع الجزائري في النصوص التشريعية على وجوب أن تتعد عبارة الوسم عما قد يؤدي إلى وقوع المستهلك في لبس، حول طبيعة المنتج وتركيبه ونوعيته الأساسية، ومقدار العناصر الضرورية الداخلة في التركيب، وطريقة تناوله، وتاريخ الصنع، والأجل الأقصى لاستهلاكه، والمقدار، والأصل<sup>35</sup>، مما يفهم منه أن عبارات الوسم حول هذه البيانات إذا كانت بإمكانها أن توقع المستهلك في لبس فتقع تحت طائلة التحريم وقيام المسؤولية مما يوجب العقاب.

ومثال ذلك عدم احترام المتدخل لقواعد وضع البيانات، حيث يلزم المشرع الجزائري المتدخل أن تكون البيانات باللغة العربية، مرئية، سهلة القراءة، أو اشتراط المشرع لبعض الرموز والإشارات، ومثالها اشتراط المشرع حمل التغليف الخارجي للحليب المحفف شريطا أفقيا عرضه 1 سم ويمتد حول التغليف<sup>36</sup>.

ويلاحظ في هذا الشأن أنه قد تتولد عن هذه الجريمة، جريمة خداع المستهلك، إذا كانت بيانات الوسم تخالف الحقيقة، أو جريمة الدعاية التجارية غير المشروعة إذا تم عرض البيانات بطريقة جذابة تحت المستهلك على اقتناءها.

والمشرع الجزائري ألزم إدراج شروط الاستخدام للسلعة، وطرق استخدامها، والتحذيرات الواجبة، وأن تكون بلغة مفهومة لعامة المستهلكين، درءا للغلط الذي قد يقع فيه المستهلك بالنظر إلى خطورة هذه السلع الغذائية على صحة وسلامة المستهلكين<sup>37</sup>.

### ثالثا: محل جريمة لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية:

أما المحل الذي ينصب عليه النشاط الإجرامي لهذه الجريمة هو البطاقة الإعلامية للمنتوج، حيث جاءت المراسيم التنفيذية بتنظيم عملية الوسم، التي حددت البيانات الواجب توافرها على الوسم، أي أن وسم المنتوج لا بد أن يذكر فيه جميع البيانات الإلزامية، التي تحددها المواصفات القياسية الجزائرية، ومنه في حالة عدم وضع جميع البيانات، أو بيان من البيانات الإلزامية، فإننا نكون بصدد جريمة الإخلال في تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية، ولا يعفى من ذكر بيان من البيانات إلا إذا نص القانون على ذلك، مثلا ما حدده المشرع الجزائري بالنسبة للمواد التالية: الملح، الخل، السكريات، الخمور، والمشروبات الكحولية وغيرها<sup>38</sup>.

### الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية.

بالرجوع إلى نص المادة 78 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص: "يعاقب ..... كل من يخالف إلزامية وسم المنتوج المنصوص عليه في المادتين 17 و 18 من هذا القانون"، فالجريمة تقوم بمجرد مخالفة النص القانوني، بغض النظر عن اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة. فهذه الجريمة تتحقق بمجرد الخروج عن الالتزامات التي فرضتها التشريعات بشأن تداول وتعبئة و عرض السلع الغذائية، حتى ولو لم يترتب عليها ضرر يكون قد تحقق بالفعل.

هذا ما يجعل منها جريمة خطر وليست جريمة ضرر، وهذا يكشف عن الطبيعة الوقائية التي يتصف بها النص الجزائي، فهي جريمة غير عمدية، يتوافر ركنها المعنوي بتوافر القصد الجنائي العام القائم على توافر العلم بارتكاب المخالفة لهذا الالتزام، التي يتحقق بها النشاط المادي الإجرامي لهذا الالتزام المفروض في النصوص التشريعية.

وهذا يعتبر من الحماية الإضافية للمشرع الجزائري لتسهيل إثبات وقوع الجريمة، وكذا لما يثيره من صعوبة في إثبات الغاية من التحريم في الجرائم التي تتطلب توافر القصد الجنائي الخاص. وعليه فكل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري جرما امتناع المتدخل عن وسم السلع الغذائية وهي من جرائم الامتناع، وحددا الركن الشرعي للجريمة، وكذا تبيان الركن المادي ونجد كلا منهما حدد الصور التي يقوم عليها الركن المادي وهي أقرب للتطابق، كما أن كلاهما اعتبرا جريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية على أنها من الجرائم المادية، تقوم بقيام الفعل المادي للجريمة حتى وإن لم تتحقق النتيجة الإجرامية.

خاتمة:

المشروع الجزائري. بموجب القانون 09-03 جرم كل إخلال بالأحكام التي جاء بها هذا الأخير، فبنص المادة 78 من القانون المذكور أعلاه وضع الركن الشرعي، أما الركن المادي فهو محدد بالمرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد لشروط وكيفيات إعلام المستهلك، بالإضافة على القرارات الوزارية، التي نظمت عملية الوسم.

كما أن المشروع الجزائري كيف جريمة الامتناع عن تنفيذ الالتزام بوسم السلع الغذائية على أنها جريمة سلبية مما يدفع بالمتدخل لتنفيذ التزامه، وهي من الجرائم الشكلية، حيث تقوم بمجرد قيام الفعل المادي، وهي من جرائم الخطر لا الضرر.

فإن كانت خصوصيات هذه الجرائم تحقق حماية للمستهلك، فإنها من جهة أخرى تعيق الحرية التجارية، لأن كثرة الالتزامات الملقاة على عاتق المتدخل يصبح الخطأ أكيد الوقوع، ومنه تصور متدخل بدون خطأ، أي بدون مساءلة جزائية، ولذا لا بد من التخفيف على عاتق المتدخل، عن طريق إلزام المستهلك نفسه أن يكون حريص على حقوقه، دون أن يكيف خطأ المتدخل على أنه فعل مرتب للمسؤولية الجزائية.

#### الهوامش:

- 1- ختير مسعود، النظرية العامة لجرائم الامتناع، (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص)، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014، ص 48.
- 2- المرجع نفسه، ص 48.
- 3- ختير مسعود، المرجع السابق، ص 48.
- 4- معز أحمد محمد الحياي، الركن المادي للجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 151.
- 5- عبدالله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري- القسم العام للجريمة-، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 258.
- 6- معز أحمد محمد الحياي، المرجع السابق، ص 151.
- 7- المرجع نفسه، ص 152.
- 8- معز أحمد محمد الحياي، المرجع السابق، ص 152.
- 9- المرجع نفسه، ص 153.
- 10- ختير مسعود، المرجع السابق، ص 94.
- 11- معز أحمد محمد الحياي، المرجع السابق، ص 153.
- 12- ختير مسعود، المرجع السابق، ص 94.
- 13- معز أحمد محمد الحياي، المرجع السابق، ص 153.
- 14- محمد خميم، الطبيعة الخاصة للجريمة الاقتصادية في التشريع الجزائري، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية)، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2010/2011، بدون رقم الصفحة.
- 15- معز أحمد محمد الحياي، المرجع السابق، ص 154.
- 16- عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 149.

- 17- ختير مسعود، المرجع السابق، ص 51.
- 18- عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 149.
- 19- ختير مسعود، المرجع السابق، ص 52.
- 20- عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 150 و ص 151.
- 21- محمد خميم، المرجع السابق، بدون رقم الصفحة.
- 22- المرجع نفسه، بدون رقم الصفحة.
- 23- عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 160.
- 24- المرجع نفسه ، ص 267.
- 25- محمد خميم، المرجع السابق، بدون رقم الصفحة.
- 26- محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 121.
- \*- الرعونة: نوع من التصرف يحمل في طياته معنى سوء التقدير أو نقص الدربة أو الطيش والخفة في عمل يتعين بفاعله أن يكون على علم به.
- عدم الاحتياط: عندما يدرك الفاعل طبيعة عمله ويعلم أنه يمكن أن تترتب عليه نتائج ضارة، ولكنه مع ذلك يستخف بالأمر ويمضي في عمله ظنا منه بأنه يستطيع أن يتجنب النتيجة.
- الإهمال وعدم الانتباه: يقصد به عادة الحصول الخطأ بطريق سلي نتيجة لترك واجب أو نتيجة الامتناع عن تنفيذ أمر ما.
- عدم مراعاة الأنظمة والقوانين: قد يرى المشرع أن سلوكا معينا يهدد بخطر ارتكاب جريمة فيحظره توقيفا من ارتكاب الجرائم.
- 28- محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 121.
- 29- معز أحمد محمد الحياوي، المرجع السابق، ص 154.
- 30- محمد خميم، المرجع السابق، بدون رقم الصفحة.
- 31- المادة 03 من القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى.
- 32- المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك .
- 33- بحري فاطمة، المرجع السابق، ص 152.
- 34- علي محمود علي حموده، المرجع السابق ، ص 180 و 181.
- 35- المادة 60 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، وهي نفسها المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 90-366 المتعلق بوسم المواد غير الغذائية وعرضها، والمادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها الملغى. والمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 90-366 المتعلق بوسم المواد غير الغذائية وعرضها، والمادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها.
- 36- عبدالحليم بوقرين، الجرائم الماسة بأمن وسلامة المستهلك، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي وعلم الإجرام)، كلية الحقوق، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010/2009. بدون رقم الصفحة.
- 37- علي محمود علي حموده، المرجع السابق ، ص 180 و 181.
- 38- المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المعدل والمتمم و المتعلق بوسم المواد الغذائية وعرضها (الملغى).

## دور قانون الصفقات العمومية الجزائري في مكافحة الفساد على المستوى المحلي.

د. عنتر بن مرزوق

أستاذ محاضر أ بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد بوضياف المسيلة.

عبد المومن سي حمدي

باحث دكتوراه بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد بوضياف المسيلة.

ملخص:

تعتبر الصفقات العمومية محورا هاما للتنمية المحلية، إذ تشكل أحد أهم مسارات التي يتحرك ويصرف فيها المال العام، تستخدمها الدولة من أجل تنفيذ مشاريعها وسياساتها العامة الهادفة إلى تحقيق التنمية، والنهوض بالاقتصاد الوطني، وفي المقابل تعد الصفقات العمومية أحد المداخل التي تؤدي إلى ظهور حالات الفساد فهذا الأخير أصبح معضلة تعرقل الجماعات المحلية عن القيام بالمهام المنوطة بها.

كل هذا أدى إلى اهتمام المشرع الجزائري بوضع الأسس القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية وتعديلها، وخلق الهيئات التي من شأنها وضع الرقابة على إعداد هذه الصفقات وتنفيذها، ويظهر ذلك من خلال المرسوم الرئاسي الأخير الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

جاءت هذه الدراسة لتحاول تسليط الضوء على دور قانون الصفقات العمومية الجديد رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 في إيجاد السبل والآليات الملائمة للحفاظ على المال العام، ومكافحة الفساد والوقاية منه في الجماعات المحلية الجزائرية، خاصة بعد تراجع عائدات الخزينة العمومية الناتج عن سقوط أسعار المحروقات في الأسواق العالمية.

مقدمة:

يعتبر الفساد من أكبر المشاكل والتحديات التي تواجه الدول، فهو آفة مجتمعية فتاكة، وعقبة رئيسية أمام التطور التنموي للمجتمعات، ولاشك أن تفشيته في مؤسسات الدولة يعد من أشد العقبات خطورة في وجه الانتعاش الاقتصادي، ورغم تعدد مجالاته وأشكاله إلا أن مجال الصفقات العمومية يمثل أحد المجالات الرئيسية الأكثر مساهمة في انتشاره، وهذا ماجعله يتحول إلى معضلة حقيقية ساهمت في عرقلة مستويات التنمية سواء على المستوى الوطني أو على المستوى المحلي.

والجزائر كغيرها من الدول، لم تسلم من هذه الظاهرة، إذ عرف مجال الصفقات العمومية منذ عقود من الزمن الكثير من الفضائح المالية لعدد هام من الصفقات التي أبرمتها مختلف الجهات الإدارية من مؤسسات

عمومية وجماعات محلية. وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى العمل على توفير منظومة قانونية مناسبة عرفت كما هائلا من التعديلات التي من شأنها وضع الرقابة على إعداد هذه الصفقات وتنفيذها، ويظهر ذلك من خلال المرسوم الرئاسي الأخير رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

وقد جاءت هذه الدراسة لتحاول تسليط الضوء على دور قانون الصفقات العمومية الجديد في إيجاد السبل والآليات الملائمة للحفاظ على المال العام، ومكافحة الفساد والوقاية منه في الجماعات المحلية الجزائرية، خاصة بعد تراجع عائدات الخزينة العمومية الناتج عن سقوط أسعار المحروقات في الأسواق العالمية. انطلاقا من ذلك سنحاول دراسة هذا الموضوع من خلال التطرق إلى العناصر التالية:

1- المضامين المفاهيمية للصفقات العمومية والفساد.

2- مظاهر الفساد في مجال الصفقات العمومية في الجماعات المحلية الجزائرية.

3- قانون الصفقات العمومية وآليات مكافحة ظاهرة الفساد في الجماعات المحلية الجزائرية

### 1- المضامين المفاهيمية لمصطلح الصفقات العمومية والفساد.

قبل التطرق إلى تحليل الدور الفعال لقانون الصفقات العمومية الجزائري في الوقاية من الفساد ومكافحته لابد من تحديد الإطار المفاهيمي لمصطلحات الدراسة.

#### **أ- تعريف الصفقات العمومية في التشريع الجزائري:**

إن الإدارة العامة لكل دولة، وفي إطار القيام بأعمالها ونشاطاتها، من أجل تحقيق الأهداف المرسومة لها، والمتمثلة في تحقيق المنفعة العامة، وخدمة الصالح العام، لا بد لها أن تستعين بالعديد من الجهات لمساعدتها في القيام بأعمالها، وتتجسد هذه الاستعانة أساساً في إبرام العقود الإدارية، وأهمها الصفقة العمومية، وترجع أهميتها إلى كونها مرتبطة مباشرة بخزينة الدولة، وتتطلب موارد مالية كبيرة، وذلك لتعدد الصفقات العمومية من جهة، وكثرة الهيئات الإدارية التي تبرمها من جهة أخرى.<sup>1</sup>

الصفقة هي عقد مكتوب بين طرفين أو أكثر يلتزم فيه الأطراف بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه والعقد شريعة المتعاقدين فهو القانون الذي يحكم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة.<sup>2</sup>

وفي المادة رقم 2 من قانون رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يعرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية: بأنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة.<sup>3</sup>

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقة عمومية واحدة أو أكثر من أجل إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم، أو إنجاز الدراسات، أو تقديم الخدمات.<sup>4</sup>

كما نشير إلى فكرة مفادها أن المشرع الجزائري قد أخذ بمجموعة من المعايير أو الشروط في تحديد تعريف الصفقات العمومية وهي:<sup>5</sup>

– **المعيار الشكلي:** الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم. (المادة 2 من قانون 47-247).

– **المعيار المادي:** يعتبر العقد الإداري صفقة عمومية إذا بلغت قيمته المالية حداً معيناً، كل عقد أو طلب يقل مبلغه عن 500.000 دج لا يتطلب إبرام صفقة عمومية، ثم عدل هذا المبلغ وأصبح 2000.000 دج، وقد استقر أخيراً إلى المبلغ 4000.000 دج للدراسات وتقديم الخدمات و6000.000 دج لاقتناء اللوازم وإنجاز الأشغال.

– **المعيار الموضوعي:** يقصد به الرجوع إلى محل أو موضوع العقد، ويقصد بمحل الصفقة العمومية موضوع الخدمة التي يقدمها المتعاقد للإدارة، حيث يشمل موضوع الصفقات العمومية طبقاً للقانون الأشغال، التوريد، الخدمات والدراسات.

– **المعيار العضوي:** يطبق على الأشخاص العمومية مثل الإدارات العمومية، الجماعات المحلية المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات المحلية.

كما هو معروف الجزائر تعتمد مبدأ اللامركزية الإدارية، والذي يقوم على وجود جماعات محلية منتخبة هدفها تحقيق التنمية المحلية، من خلال الاستثمار، واستغلال الوسائل المادية والبشرية والمالية المتوفرة وذلك بالقيام بنشاطات قانونية أبرزها الاعتماد على أشخاص طبيعيين أو معنويين في إطار ما يسمى بالصفقات العمومية.

حيث يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقاً للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية.<sup>6</sup>

وأشار قانون الولاية رقم 12-07 في مادته 135 تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري، طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية.<sup>7</sup>

ولضمان نجاح الطلبات العمومية، والاستغلال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.<sup>8</sup>

#### ب- تعريف الفساد:

روبرت كليتجارڠ Robert Klitgaard فقد اعتبر أن وضع مفهوم دقيق للفساد يبقى من أكبر التحديات التي تواجه محليه، إذ يتسم بالغموض وصعوبة التحديد، ذلك أن كيفية تعريف الفساد تختلف من شخص لآخر، فمعظم الناس يعرفون الفساد عندما يرونه، والمشكلة أن مختلف الناس يرونه بشكل مختلف.<sup>9</sup>

فعلماء السياسة يعرفونه بأنه " سوء استخدام السلطة من قبل المسؤولين السياسيين لتحقيق مكاسب شخصية"<sup>10</sup> أما علماء علم الاجتماع فيركزون في تعريفهم للفساد على الاعتبارات السلوكية الأخلاقية، إذ يعتبرونه انحرافا أخلاقيا لبعض المسؤولين العموميين<sup>11</sup>، أو هو سلوك غير لائق أو إساءة استعمال السلطة لأغراض شخصية من جانب الموظفين العموميين، أو هو مخالفة خطيرة ضد الأخلاق العامة.<sup>12</sup>

في حين اعتبر علماء الاقتصاد أن الفساد عبارة عن مبادلة غير مشروعة بين اثنين من الأسواق: السوق السياسي و/أو الإداري، و السوق الاقتصادي والاجتماعي، هذه المبادلة تعد مرفوضة لكونها تحرق المعايير العامة القانونية والأخلاقية و تسخر المصلحة العامة لخدمة مصالح خاصة شخصية أو جماعية أو حزبية بطريقة منحرفة من خلال غياب الشفافية والمنافسة، فتجلب للأطراف العموميين الفاسدين أو للمنظمات التي ينتمون لها أرباحا مادية في الحاضر أو المستقبل.<sup>13</sup>

وقد حدد Robert Klitgaard مجموعة من المكونات والمحددات الأساسية للفساد، حيث أجزها في المعادلة التالية: الفساد = احتكار القرار + حرية التصرف - الخضوع للمسائلة.<sup>14</sup>

وقد عبر هنتنجتون عن هذه العلاقة من خلال تأكيده على أنه كلما تجاوزت الفرص السياسية الفرص الاقتصادية يكون من المحتمل أن يستخدم الناس السلطة لإثراء أنفسهم، وكلما تجاوزت الفرص الاقتصادية الفرص السياسية يميل الناس إلى استخدام الثروة لشراء السلطة السياسية.<sup>15</sup>

ولذلك يرى جوزيف ناي Joseph S.Nye أن الفساد سلوك يخالف الواجبات الرسمية للمنصب العام تطلعا إلى مكاسب خاصة أو معنوية، أو هو سلوك مناطه انتهاك القواعد القانونية بممارسة أنواع معينة من التأثير تستهدف تحقيق منفعة خاصة، تتمثل أبرز تجليات هذا السلوك في الرشوة والمحسوبية، تقديم العطايا لشاغل المنصب العام

يهدف تلويث ضميره وذمته، أولوية القرابة والصدافة أو الانتماء الديني والجغرافي...على الكفاءة و الاستحقاق في إسباغ النعم وأداء الخدمات، ونهب المال أو استخدامه بصورة غير مشروعة جريا وراء منافع ذاتية.<sup>16</sup>

في حين فقد عرفه ستيفن موريس Stephen D. Morris بأنه الاستعمال الغير مشروع للسلطة العامة من أجل تحقيق مكاسب خاصة، أو هو الاستخدام الغير قانوني أو الغير أخلاقي من النشاط الحكومي بغية تحقيق مكاسب شخصية أو سياسية، أو هو ببساطة الاستخدام التعسفي للسلطة.<sup>17</sup>

أما منظمة منظمة الشفافية الدولية فعرفت الفساد على أنه سوء استخدام السلطة العامة من أجل تحقيق مصلحة خاصة، في حين عرفه البنك الدولي بأنه إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص، فالفساد يحدث عادة عندما يقوم موظف بقبول أو طلب ابتزاز، أو رشوة لتسهيل عقد أو إجراء طرح لمنافسة عامة، كما يتم عندما يعرض وكلاء أو وسطاء لشركات أو أعمال خاصة لتقديم رشي للاستفادة من سياسات أو إجراءات عامة للتغلب على منافسين وتحقيق أرباح خارج إطار القوانين.<sup>18</sup> ويشمل الفساد في القوانين الجزائرية مايلي:<sup>19</sup>

- رشوة الموظفين العموميين أو الخواص الجزائريين والأجانب.
- الامتيازات غير المررة في الصفقات العمومية.
- اختلاس الممتلكات العامة.
- إعفاء أو التخفيض غير القانوني في الضريبة والرسم.
- استغلال النفوذ أو إساءة استعماله.
- عدم التصريح بالممتلكات أو التصريح الكاذب بها.
- تبييض العائدات المالية المجرمة قانونا.
- الإثراء غير المشروع (زيادة معتبرة للذمة المالية في غياب مبرر معقول).
- التمويل الخفي للأحزاب السياسية.

إن هذا الاختلاف بين الباحثين حول الاتفاق في إيجاد تعريف شامل للفساد لم يمنع من محاولة العديد منهم الاعتماد على تعريف يعد من أكثر التعريفات استعمالا، وهو التعريف الذي ركزت عليه مختلف الدراسات التي تعنى بقضية الفساد، إذ عرفته على أنه يعني سوء استخدام السلطة العامة من أجل تحقيق مصلحة خاصة.<sup>20</sup>

## 2- مظاهر الفساد في مجال الصفقات العمومية في الجماعات المحلية:

معرفة خصوصية الجماعات المحلية بالجزائر نشير إلى خصائص الحكم السيئ أو غير الصالح لمعرفة أسباب تفاشي ظاهرة الفساد المالي والإداري بها، أهم هذه الخصائص هي:<sup>21</sup>

- الحكم الذي يفشل في الفصل الواضح بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة، وبين المال العام والخاص، ويتجه بشكل دائم إلى استخدام الموارد العامة أو استغلالها لصالح مصلحة خاصة.
- الحكم الذي ينقصه الإطار القانوني، ولا يطبق مفهوم حكم القانون.
- الحكم الذي لديه عدد كبير من المعوقات القانونية والإجرائية أما الاستثمار الإنتاجي.
- الحكم الذي يتميز بوجود الفساد وانتشار آلياته بما في ذلك القيم التي تتسامح مع الفساد.
- الحكم الذي يتميز بوجود قاعدة ضيقة ومغلقة وغير شفافة للمعلومات، ولعملية صنع القرار بشكل عام، وعمليات وضع السياسات بشكل خاص.

كل هذه الخصائص موجودة في معظم مناطق دول العالم ومن بينها الجزائر التي تعد إدارة الحكم فيها أضعف وهذا ما بينته دراسة البنك الدولي وتقرير التنمية الإنسانية العربية.

فالجزائر وكغيرها من الأنظمة السياسية تعرف ظواهر ضعف الرقابة والمساءلة في المجالس التشريعية والنيابية وأجهزة الرقابة، مما يؤدي إلى انتشار "الفساد الكبير" وهو نوع من الفساد الذي يضاعف من خطورته ضعف أو انعدام فرصة تداول السلطة، مما يؤدي إلى أن يعيش الفساد لمدة طويلة ويتم تداوله فالفساد الكبير يحدث على المستوى السياسي وعلى المستوى البيروقراطي، ويرتبط في معظم الأحيان بالقوانين الانتخابية وإدارة الحملات الانتخابية وتمويلها، فانتشار الفساد يجعل العمل الشريف والمسؤولية تفقد قيمتها، حتى أن القانون يفقد هيئته واحترامه الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض معدلات الكفاءة في تخصيص الموارد الاقتصادية وهو ما يؤدي بدوره إلى تخفيض معدلات التنمية الاقتصادية وعدالة التوزيع للدخل القومي. فالفساد إذا انتشر وترسخ فإنه يعمل على حماية نفسه، وذلك بإبقاء كل الهياكل التي أنتجته على حالها.<sup>22</sup>

والعلة الأساس في انتشار الفساد هي غياب حكم القانون وثقافة حكم القانون على الصعيدين الرسمي والشعبي، ولا سيما فاعلية الأصول القانونية الواجبة التطبيق في مساءلة الحاكم وتقييم عمله، فبحسب مقاييس منظمة الشفافية العالمية ومؤشراتها، هناك إحدى عشرة دولة من أصل عشرون دولة الأكثر معاناة من آفة الفساد، والتي كذلك عانت من التزاعكات المسلحة واضطرابات أمنية، وإن خمساً من هذه الدول

أعضاء في جامعة الدول العربية، فمعظم الأنظمة السياسية العربية بما فيها الجزائر تعاني الفساد نتيجة عدم وجود مؤسسات قضائية وإدارية واقتصادية قوية، ونتيجة لذلك ليس فيها رادع فاعل للسلوك الفاسد.<sup>23</sup>

والميزات السابقة ترتبط أساسا بمشكلة التخلف السياسي والإداري، وضعف عملية المشاركة الديمقراطية وغياها، مما أدى إلى وضع حدود للقوة والنفوذ النسبي للمؤسسات الديمقراطية كالمجالس المحلية المنتخبة ومؤسسات المجتمع المدني، وفي ظل هذا الوضع نمت العديد من مظاهر الأمراض المكتبية *Bureau pathologie* ومن بينها جرائم الصفقات العمومية، وهذا ما اعترفت به السلطة على لسان رئيس الجمهورية في خطاب موجه للأمم "... إن الدولة مريضة معتلة، إنها مريضة في إدارتها، مريضة بممارسة المحاباة مريضة بالمحسوبية والتعسف بالنفوذ والسلطة، وعدم جدوى الطعون والتظلمات، مريضة بالامتيازات التي لا رقيب لها ولا حسيب، مريضة بتبذير الموارد العامة..."<sup>24</sup>

ينعكس الفساد بصفة كبيرة على الصفقات العمومية لأن هذه الأخيرة من أهم الآليات التي يتم بموجبها منح المشاريع والصفقات الخاصة بالقطاع العمومي للمتعاملين الاقتصاديين فيعد الفساد المالي والإداري من أكبر المشاكل التي تواجه التنمية والاستقرار، ومما لا شك فيه أن المكاسب المادية والمعنوية التي يجنيها المفسدون هي التي دفعتهم لارتكاب مثل هذه الأفعال والتي قد تأخذ أحد أو أكثر من المظاهر التالية:<sup>25</sup>

– الرشوة (*corruption*): حصول الشخص على منفعة تكون مالية في الغالب لتميرير أو تنفيذ أعمال خلاف التشريع أو أصول المهنة.

– المحسوبية (*favoritism*): تفضيل جهة على جهة أخرى بغير وجه حق، كما في وجه المقاولات أو عقود الاستثمار، وخاصة الصفقات العمومية.

– الوساطة (*pistent*): تدخل شخص ذو نفوذ وظيفي وسياسي لصالح من لا يستحق التعيين أو إحالة العقد أو إشغال المنصب أو العطاء.

– الابتزاز والتزوير (*l'extorsion et la fraude*): لغرض الحصول على المال وباستغلال موقعه الوظيفي بتبريرات قانونية وإدارية أو إخفاء التعليمات النافذة على الأشخاص المعنيين كما يحدث في دوائر الضريبة مثلا.

– نهب المال العام أو الاختلاس (*détournement de fonds*): تصرف الموظف في المال العمومي الذي وجده تحت يده وفي حيازته بسبب وظيفته على اعتبار أنه مملوك له، علما بأن ملكيته هنا ناقصة كان يأخذ أو يطلب أي موظف له شأن في تحصيل الضرائب أو الرسوم أو العوائد أو الغرامات ما ليس مستحقا أو

يزيد على المستحق مع علمه بذلك، أو كل موظف مسؤول عن توزيع سلعة أو عهد إليه بتوزيعها فأخل عمدا بنظام توزيعها.

– تبيض الأموال (*blanchiment d' argent*): تحويل الأموال المنسوبة بطرق شرعية غير مشروعة إلى أموال مشروعة أو إضفاء صفة الشرعية على تملكها وحيازتها والتكتم عليها بحث تبدو وكأنها اكتسبت بسبل مشروعة بنظر الدولة والمجتمع.

– التهرب والغش الضريبي: يحرم هذا التهرب الخزينة العمومية للدولة من مصدر مهم من مصادر إيراداتها ففي الجزائر مثلا قدر أن قيمة التهرب الضريبي بلغ 864 مليار دينار إلى غاية سنة 2011 وهو ما قيمته 15 مليار دولار أيما يعادل 02% من الناتج الداخلي الخام.

– تخصيص الأراضي: من خلال قرارات إدارية عليا، تأخذ شكل عطايا، لتستخدم في ما بعد في المضاربات العقارية وتكوين الثروات.

– قروض الجاملة: والتي تنحها المصارف من دون ضمانات جدية لكبار رجال الأعمال المتصلين بمراكز النفوذ.

– التقاليد البيروقراطية: التي تؤدي عادة إلى طبقة موظفين منتفعين من التعقيدات الإدارية ويحصلون على ثمن تقديم تسهيلات، وفي المقابل يغضون الطرف عن الشروط والإجراءات المقررة لصالح الدولة والشعب. تشكل الجرائم السابقة الفساد الوظيفي والإداري والمالي، تصدر من الموظف العام أثناء تأديته العمل بمخالفة التشريع القانوني وضوابط القيم الفردية، للحصول على مكاسب ومنافع بطرق غير مشروعة.

### 3/ قانون الصفقات العمومية وآليات مكافحة ظاهرة الفساد في الجماعات المحلية:

للحد من ظاهرة الفساد في الجماعات المحلية بالجزائر، وضع المشرع الجزائري مجموعة من الآليات للوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية، تضمنها قانون مكافحة الفساد وقانون تنظيم الصفقات العمومية.

#### أ- الآليات الوقائية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته:<sup>26</sup>

حمل هذا القانون في طياته مجموعة من التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد بصفة عامة إلا أن هذه التدابير تسري على الصفقات العمومية، حيث نص على مجموعة من المبادئ الواجب الأخذ بها عند توظيف الموظف العام الذي يشرف على إبرام الصفقات العمومية وهاته المبادئ تضمنتها المادة 3 من القانون رقم 06-01 لمكافحة الفساد وهي:

– الشفافية والمعايير الموضوعية، مثل الجدارة والإنصاف والكفاءة.

– الإجراءات المناسبة لاختيار وتكوين الأفراد المرشحين لتولي المناصب العمومية التي تكون أكثر عرضة للفساد.

– أجر ملائم بالإضافة إلى تعويضات كافية.

– إعداد برامج تعليمية وتكوينية ملائمة لتمكين الموظفين العموميين من الأداء الصحيح والترية والسليم لوظائفهم وإفادتهم من تكوين متخصص يزيد من وعيهم بمخاطر الفساد.

كما يجب على الموظف العام التصريح بممتلكاته عقب صدور توظيفه، وذلك لضمان الشفافية في تسيير الشؤون العمومية، وحماية الممتلكات وصون نزاهة الأشخاص المكلفين بالخدمة العمومية، على أن يجدد التصريح فور كل زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف العمومي بنفس الكيفية التي تم بها التصريح الأول.<sup>27</sup> وفي المادة 9 كذلك من قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 أكد المشرع على ضرورة أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:<sup>28</sup>

– علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

– الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.

– معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

حدد المشرع كذلك في قانون مكافحة الفساد مجموعة من الجرائم والتي تمس الصفقات العمومية ووضع لها مجموعة من العقوبات حتى يضمن شفافيته وهي:<sup>29</sup>

– الرشوة في مجال الصفقات العمومية:

تنص المادة 27 من القانون 06-01 على يعاقب بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات طابع صناعي وتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية.

– الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية:

يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 إلى 1000.000 دج كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام

التشريعية والتنظيمية الجاري بها بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية والهيئات الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل زيادة الأسعار أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو أجل التسليم أو التموين.

#### – أخذ فوائد بصفة غير قانونية:

وفقا للمادة 35 من القانون 06-01 يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص أحر فوائد العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المفاوضات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت.

#### ب- الرقابة الداخلية والخارجية للصفقات العمومية في الجماعات المحلية وفق قانون الصفقات العمومية الأخير:

إن الرقابة على الصفقات العمومية آلية وقائية من الفساد تطبق في كل المؤسسات العمومية التي حددها قانون الصفقات العمومية، ومن بينها الجماعات المحلية، فحسب المادة 156 من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 المؤرخ في 2015 تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها، وتتمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة وصاية.<sup>30</sup>

خصص المشرع الجزائري المواد 156 إلى 202 من قانون الصفقات العمومية الجديد رقم 15-247، حيث نظم الرقابة الداخلية في المواد 156 إلى 162، وفيما يخص الرقابة الخارجية فقد خصص المواد 162 إلى 190، ووضع أحكام مشتركة لعمليات الرقابة بصرف النظر عن طبيعتها في المواد 191 إلى 202 من هذا القانون، وفي المادة 164 تحدث عن رقابة الوصاية.

كما أسند المشرع للجان الصفقات العمومية مهمة الرقابة الإدارية على مشروعية إبرام الصفقة العمومية، ففي الجماعات المحلية نجد اللجنة البلدية للصفقات العمومية، اللجنة الولائية للصفقات العمومية.

**– اللجنة الولائية للصفقات العمومية:**

تختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير المركزية للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية غير تلك المذكورة في المادة 172 من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247، ضمن حدود المستويات المحددة في النقاط من 1 إلى 4 من المادة 184 وفي المادة 139 من نفس القانون، كما تقوم بدراسة دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يبلغ مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار بالنسبة لصفقات الأشغال العمومية أو اللوازم، وخمسين مليون دينار بالنسبة لصفقات الخدمات وعشرين مليون دينار بالنسبة لصفقات الدراسات، وفي الأخير تقوم أيضا بدراسة الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات المحلية، ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من هذا المرسوم الجديد، تتشكل هذه اللجنة من الوالي أو ممثله رئيسا، ممثل المصلحة المتعاقدة، 3 ممثلين أعلن المجلس الشعبي الولائي، ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية، مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء.<sup>31</sup>

**– اللجنة البلدية للصفقات العمومية:**

حسب المادة 174 من قانون الصفقات العمومية الجديد تختص اللجنة البلدية للصفقات بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالبلدية، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها، حسب الحالة، في المادتين 139، 173 من هذا المرسوم، تتشكل اللجنة من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، رئيسا، ممثل المصلحة المتعاقدة، منتخبتين يمثلان المجلس الشعبي البلدي، ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء.<sup>32</sup>

**ج- مكافحة الفساد في الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي رقم 15-247:**

تضمن المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لإجراءات مكافحة الفساد في الصفقات العمومية داخل المؤسسات المعنية أهمها الجماعات المحلية، فكل من يقوم بأفعال أو مناورات تهدف إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا

كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي لا سيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو العقد أو الملحق المعني وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين المنوعين من تقديم عروض وتمسك مصالح وزارة المالية المكلفة بالصفقات العمومية قائمة المنع، فيما تتحدد كيفية التسجيل والسحب من قائمة المنع بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، وعندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في إبرام أو تنفيذ الصفقة أو مراقبة صفقة عمومية مع المصلحة العامة، ويكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد، فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك ويتحى من مهمته، وتتناهى العضوية أو صفة مقرر في لجنة الصفقات العمومية مع العضوية في لجنة فتح الأطراف وتقسيم العروض عندما يتعلق الأمر بنفس الملف، في حين لا يمكن للمصلحة المتعاقدة ولمدة 5 سنوات أن تمنح عقدا بأي شكل من الأشكال لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والقانون المعمول بهما، كما لا يمكن للمتعامل الاقتصادي المتعهد في صفقة عمومية أن يكون في وضعية نزاع مصالح ذي علاقة بالصفقة العمومية وفي حالة ظهور هذه الوضعية فإنه يجب عليه إعلام المصلحة المتعاقدة، كما لا يمكن للمتعامل الحائز على صفقة عمومية الإطلاع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى والمشاركة فيها إلا إذا أثبتت المعلومات بحوزته لا تدخل بمبدأ حرية المنافسة، وفي هذه الحالة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغة في دفتر الشروط تبقى على المساواة بين المرشحين.<sup>33</sup>

#### خلاصة:

بعد تطرقنا لقانون الصفقات العمومية الجديد، وأهم الآليات التي تضمنها للوقاية من الفساد والحد منه وذلك في جميع المؤسسات والإدارات العمومية المعنية، ومن بينها البلدية والولاية، لا بد أن نؤكد على نقطة في غاية الأهمية تتعلق بضرورة تفعيل هاته الترسنة القانونية في الحرب على الفساد خاصة إذا تعلق الأمر بالمال العام والصفقات العمومية.

كما أن القوانين وحدها لا تكفي للحد من الفساد بل على العنصر البشري داخل الجماعات المحلية وعلى جميع المستويات ضرورة التحلي بأخلاقيات الوظيفة العامة لأنها تعكس ثقة الإدارة العامة المحلية بموظفيها وأجهزتها، فالالتزام بالشفافية والتزاهة وروح المسؤولية والأمانة حتما سيؤدي إلى تراجع مظاهر الفساد بصفة عامة وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة.

#### الهوامش :

- <sup>1</sup> - لعور بدرة، " الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة محمد خيضر بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015، ص 2.
- <sup>2</sup> - فيصل نسيغة، "النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، 2009، ص 110.
- <sup>3</sup> - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 15- 247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر سنة 2015، ص 5.
- <sup>4</sup> - نفس المرجع، ص 9.
- <sup>5</sup> - فيصل نسيغة، مرجع سابق الذكر، ص ص 110، 111.
- <sup>6</sup> - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 11- 10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـ 22 يونيو سنة يتعلق بالبلدية 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 37، الصادرة بتاريخ 3 يوليو سنة 2011، ص 25.
- <sup>7</sup> - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 12- 07 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012 المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 12، الصادرة بتاريخ 29 فبراير سنة 2012، ص 21.
- <sup>8</sup> - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 15- 247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق الذكر، ص 5.
- <sup>9</sup> كيمبرلي آن إليوت، الفساد كمشكلة من مشكلات السياسة الدولية: استعراض عام وتوصيات. في كيمبرلي آن إليوت، المرجع السابق الذكر، ص 239.
- <sup>10</sup> *Transparency international, rapport mondial sur la corruption 2004. Paris : éditions karthala, 2004, P01.*
- <sup>11</sup> منير الحمش، الاقتصاد السياسي: الفساد-الإصلاح- التنمية. دمشق: منشورات اتحاد كتاب العرب، 2006، ص 14.
- <sup>12</sup> *Peter Anassi, corruption in Africa: the Kenyan experience. Canada: Trafford publishing, 2004, P17.*
- <sup>13</sup> *Jean- Paul Chagnollaud, bernard ravenal, Corruption et Politique en Europe du sud. Paris : I harmattan, 1995, P12.*
- <sup>14</sup> *Lucien Ayissi, Corruption et Gouvernance. Paris : I harmattan, 2008, P117.*
- <sup>15</sup> مايكل جونستون، المسئولون العموميون والمصالح الخاصة والديمقراطية المستدامة: عندما تجتمع الأمور السياسية والفساد. في كيمبرلي آن إليوت، المرجع السابق الذكر، ص 102. لمزيد من المعلومات حول المفهوم الاقتصادي للفساد أنظر:
- Jean Cartier Bresson, Economie Politique de la Corruption et de la Gouvernance. Paris : L harmattan, 2008, P22*
- <sup>16</sup> *Xavier Huetz de Lemp, L'archipel Des épices : La Corruption De L'administration Espagnol aux Philippines (fin xviii-fin xix siècle). Madrid : Caza De Velázquez, 2006, P02.*
- <sup>17</sup> *Stephen D. Morris, Corruption and Politics in Contemporary Mexico. USA:Library of Cataloging in Publication Data, 1999, P02.*
- <sup>18</sup> - سمير التنير، الفقر والفساد في العالم العربي، ط1، بيروت: دار الساقى للنشر والتوزيع، 2009.
- <sup>19</sup> - بركات سارة، زايدي حسية، "الحوكمة الجيدة ومحاربة الفساد والرشوة شروط أساسية لتحقيق التنمية في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا"، ملتقى وطني حول حوكمة الشركات كألية للحد من الفساد المالي والإداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، يومي 6-7 ماي 2012، ص 6.
- <sup>20</sup> *Carmen Apaza, World Bank Anticorruption Efforts: Ensuring Accountability And Controlling Corruption. Washington: American university, 2007, P 03.*
- Daniel Dommel, Face à la Corruption. Alger: Edition dis Ibn khaldoun, 2004, P10.*
- Djalali Hadjadj, Combattre la Corruption : Enjeux et Perspectives. Paris : Edition Karthala, 2002, P40.*
- Robert Klitgaard, Combattre la Corruption. 5<sup>ème</sup> ed, Paris: Nouveaux Horizons, 2006, P26.*
- <sup>21</sup> - بومدين طاشمة، "الحكم الراشد ومشكلة بناء قدرات الإدارة المحلية في الجزائر"، مجلة التواصل، العدد 26، 2010، ص ص 35، 36.

- <sup>22</sup> - علي خليفة الكواري وآخرون، الاستبداد في نظم الحكم العربية المعاصرة، ط1، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية 2005، ص 406.
- <sup>23</sup> - داود خير الله، أحمد السيد النجار وآخرون، الفساد وإعاقة التغيير والتطور في العالم العربي، ط1، بيروت: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2015، ص ص 51-57.
- <sup>24</sup> - خطاب رئيس الجمهورية السيد عبد العزيز بوتفليقة، موجه للأمم بتاريخ 29 ماي 1999. جريدة المساء، عدد 661، الصادرة بتاريخ 31 ماي 1999، ص 05.
- <sup>25</sup> - أمين بن سعيد، نادية عبد الرحيم، " الحوكمة الإلكترونية ومساهمتها في الحد من الفساد في الصفقات العمومية دراسة حالة البوابة الإلكترونية الجزائرية للصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الرابع، جوان 2015، ص ص 57، 60.
- <sup>26</sup> - حمزة خضري، " الوقاية من الفساد في إطار الصفقات العمومية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، جوان 2012، ص 175.
- <sup>27</sup> - مرجع سابق الذكر، ص 175.
- <sup>28</sup> - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 8 مارس سنة 2006، ص 06.
- <sup>29</sup> - فيصل نسيغة، مرجع سابق الذكر، ص ص 129، 130.
- <sup>30</sup> - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق الذكر، ص 38.
- <sup>31</sup> - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق الذكر، ص 41.
- <sup>32</sup> - مرجع سابق الذكر، ص 41.
- <sup>33</sup> - لعور بدر، مرجع سابق الذكر ص 27.

## الالتزام بالإعلام في عقد البيع على التصاميم.

أ. د كيجل كمال

جامعة احمد دراية - ادرار-

ط. د تسيبة أعمار.

جامعة احمد دراية - ادرار-

الملخص:

لقد ألزم القانون رقم 11-04 المتعلق بنشاط الترقية العقارية المرقى العقاري أن يعلم المشتري بكل البيانات اللازمة المتعلقة بعقد البيع على التصاميم المراد إبرامه، و المتعلقة بالمشروع العقاري، البناية محل العقد، الأرضية التي ستشيد عليها البناية، المحررات و العقود التي لها علاقة بالعقد، و بالأمالك المشتركة، و ذلك قبل إبرام هذا العقد، و كل ذلك بهدف حماية المشتري من وقوعه ضحية استغلال من طرف المرقى العقاري الذي تتوفر فيه كل المعلومات الخاصة بالمشروع العقاري.

**Le résumé:**

La loi N 04-11 fixant les règles régissant l'activité de promotion immobilière exige au promoteur immobilier d'informer l'acheteur sur les données nécessaires en relation avec le contrat de vente sur plan à conclure, au projet immobilier, à l'immeuble sous contrat, au terrain de la construction de l'immeuble, aux actes et contrats relatifs à ce contrat et aux propriétés collective ; et ce avant de conclure ce contrat. Ceci est dans l'objectif de protéger l'acheteur d'être victime d'exploitation (escroquerie) de la part du promoteur immobilier qui possède toutes les informations concernant le projet immobilier.

الكلمات المفتاحية: المرقى العقاري، المشتري، عقد البيع على التصاميم، الالتزام بالإعلام، حماية

المشتري، المشروع العقاري

المقدمة.

يعتبر الالتزام بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالتصرفات القانونية المراد إبرامه، و تبصيره بمختلف جوانبه، و تحذيره مما قد يترتب عليه من نتائج، و ما قد يكتنفها من مخاطر، التزاما ينشأ في

المرحلة السابقة على إبرام العقد، بهدف حماية المستهلك من الآثار السلبية التي قد تترتب على العقد المراد إبرامه والتي قد تفسد بدمته المالية<sup>1</sup>.

و هذا الالتزام لم يعد قاصرا على مجال دون آخر، بل غزى كل المجالات و القطاعات<sup>2</sup>، بحيث استقرت الاجتهادات القضائية في معظم الدول على تحميل المحترف في العقد إلتزاما يقضي بتبصير الطرف الضعيف بموضوع التعاقد، ذلك أن تخصص و احترافية أحد المتعاقدين يسمح له بملكية معلومات لا يمكن للمتعاقد الآخر التوصل إليها من تلقاء نفسه، ما لم يبصره بما المتعاقد الآخر المحترف أو المهني<sup>3</sup>، و ذلك لتحقيق المساواة في العقود أو سلامتها. و بالتالي فإن الالتزام بالإعلام هام و ضروري لتحقيق هذه السلامة، في ظل عدم مساواة المتعاقدين في العلم، نظرا لوضع التفوق الذي يحظى به المهني في مواجهة المستهلك<sup>4</sup>.

و مما لا شك فيه أن مجال المعاملات العقارية من أهم المجالات التي يظهر فيها إخلال التعادل في الروابط العقدية، بسبب استغلال المرفي العقاري للأزمة السكنية لمصلحته على حساب الطرف الآخر، و باعتباره محتكرا للمشروع العقاري، و حرفيا و بالتالي يحتكر المعلومات المتعلقة بهذا المشروع، لذلك وجب المشرع المرفي العقاري أن يقوم بتبصير المشتري بكل البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، لاسيما عقد البيع على التصاميم، الذي يكون فيه المحل شيئا مستقبلا.

و بالرجوع إلى القانون الجزائري، نجد أنه قد حرص على الإعلام بالالتزام في مجال الترقية العقارية بصفة العامة، بحيث أزم المرفي العقاري بتبصير المشتري بكل البيانات و المعلومات المتعلقة بالعقد و الآثار المترتبة عليه، و هذا يستشف من نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المتضمن دفتر شروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرفي العقاري<sup>5</sup>، بنصها على: " يتعين على المرفي العقاري أن تتوفر لديه محلات كافية و ملائمة لاستقبال و إعلام زبائنه المستقبليين. "

و الإشكالية التي تعالجها هذه الورقة العلمية تتمثل في ما يلي: ما هو مضمون الالتزام بالإعلام في عقد البيع على التصاميم، و ما هو دوره في حماية المشتري؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا الموضوع إلى المطالب التالية:

-المطلب الأول: تعريف الالتزام بالإعلام.

-المطلب الثاني. شروط الالتزام بالاعلام.

-المطلب الثالث. المتلزم بالاعلام في عقد البيع على التصاميم.

-المطلب الرابع: مضمون الالتزام بالإعلام في عقد البيع على التصاميم.

-المطلب الخامس. دور الالتزام بالإعلام في حماية المشتري في عقد البيع على التصاميم.

### المطلب الأول. تعريف الالتزام بالإعلام.

إن المشرع الجزائري لم يعرف الالتزام بالإعلام، لا في القانون المدني، و لا في القوانين المتعلقة بحماية المستهلك، و بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و لا في القانون رقم 04-11، بل اكتفى فقط بالنص في هذه القوانين على إلتزام البائع أو المحترف بإعلام المشتري أو المستهلك بالمعلومات المتعلقة بمحل العقد و بمسئولياته، مع تحديد بعض المعلومات التي يجب إعلامها، و مجالات هذا الإلتزام.

أما في أوساط الفقه، فلم يتفق الفقهاء على تسمية واحدة لهذا الإلتزام، فهناك من يسميه بالالتزام بالإعلام، و هناك من يسميه بالالتزام بالتبصير، و هناك من يصطلح عليه بالإلتزام بالإفشاء بالبيانات و المعلومات<sup>6</sup>، كما أنه يجمع الفقهاء على تعريف واحد لهذا الإلتزام، و إن كان ينطلق من أرضية مشتركة، مفادها أن هذا الإلتزام يشكل التزاما عاما في عقود الاستهلاك، يتوافر بصفة أساسية في المرحلة السابقة على التعاقد بهدف تنوير إرادة المستهلك.

فهكذا عرفه بعض الفقهاء بأنه " إلتزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، و يتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات و البيانات اللازمة لإيجاد رضا حر و سليم لدى المستهلك".<sup>7</sup>

في حين عرفه البعض الآخر بأنه " إلتزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، و ذلك بسبب ظروف و اعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"<sup>8</sup>.

و يعتبر هذا التعريف الأخير، تعريفا شاملا للالتزام بالإعلام، بحيث عرفه بالتدقيق، مبينا مضمونه، شروطه، ميرره<sup>9</sup>، و الهدف منه. لذلك فهو التعريف الصحيح للالتزام بالإعلام، و الذي يجب الأخذ به.

### المطلب الثاني. شروط الالتزام بالإعلام.

لقد وضع الفقه و القضاء شروط أساسية يجب أن تتوفر في الإعلام كي يرتب آثاره القانونية، و التي تتمثل في:

الفرع الأول. يجب أن يكون الإعلام باللغة العربية.

يعتبر وجوب مراعاة لغة الأم في اعلام المستهلك من أشكال الحماية التي أضافتها المبادئ العامة القانونية المعاصرة لحماية المستهلك، و ذلك ليتسنى له فهم مضمون العقد الذي يقدم على إبرامه<sup>10</sup>.

و هذا ما حداه المشرع الجزائري لما نص في المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378<sup>11</sup> الذي جاء تطبيقا للمادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش<sup>12</sup> على ضرورة استخدام اللغة العربية كلغة لاعلام المستهلك، بنصها على: "...يجب أن تحور البيانات الانزامية لاعلام المستهلك باللغة العربية أساسا...". و هذا حرصا من المشرع على توفير إعلام و حماية حقيقية للمستهلك الجزائري، ذلك لكون أن ذلك يسمح للمستهلك فهم مختلف البيانات المتعلقة بالمنتوج المراد اقتنائه<sup>13</sup>.

و الجدير بالاشارة أنه لا مانع من استخدام لغة أو عدة لغات أخرى إلى جانب اللغة العربية عند اعلام المستهلك، و هذا ما نصت عليه المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالفة الذكر، و التي جاء فيها: " و على سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم لدى المستهلكين..."، كل هذا من أجل تعزيز حماية المستهلك، و ذلك بتمكينه من الفهم الجيد للمنتوج المراد اقتنائه باستعمال عدة لغات، لاسيما و إذا علمنا أن المستهلك يمكن أن يكون شخصا أجنبيا مقيما بالجزائر.

و عليه فإنه يتعين على المرقى العقاري باعتباره الشخص الملزم بالاعلام في عقد البيع على التصاميم أن يحيط علما المشتري بالمعلومات الضرورية باستعمال اللغة العربية، -مع لغة أو عدة لغات أخرى إذا أراد ذلك- و ذلك قصد ضمان تبصيره بالمعلومات المتعلقة بالعقد الذي سيقدم على إبرامه.

#### الفرع الثاني. يجب أن يكون الاعلام واضح و دقيق.

إلى جانب شرط اللغة، يشترط كذلك كي يرتب الاعلام لآثاره أن يكون واضحا، غير غامض، و يكتب بخط واضح، و بعبارات سهلة و مقروءة تسمح للمستهلك فهم كل البيانات المتعلقة بالمنتوج. و ذلك لتفادي أي غموض قد يعتري الاعلام، و يؤدي إلى غليط و تضليل المستهلك<sup>14</sup>.

فالمرقى العقاري ملزم بالاعلان عن مشروع العقاري، و عن كل البيانات المتعلقة به بشكل واضح، دون لبس أو غموض، قصد تمكين المشتري من معرفة ما هو مقدم عليه معرفة تامة و واضحة.

#### الفرع الثالث. يجب أن يكون الاعلام كامل و كاف.

يجب أيضا أن يتضمن الاعلام كافة المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، و المنتوج محل العقد و المعارض للاستهلاك من حيث طبيعته، طريقة استعماله، و الاحتياطات الواجب اتخاذها عند استخدامه،

و التي تمكن المستهلك من التعرف على المنتج بمجرد الاطلاع عليها و قراءتها<sup>15</sup>، لأن لو كانت المعلومات المتعلقة بالمنتج ناقصة و غير كافية ستؤدي لا محال إلى تغليب المستهلك، و تضليله. و تبعاً لذلك يتعين على المرقى العقاري أن يقدم للمشتري البيانات الكاملة و المتعلقة بالمشروع و العقد المراد توقيعه، و ذلك تفادياً من وقوع هذا الأخير في الغلط.

### المطلب الثالث. الملتزم بالإعلام في عقد البيع على التصاميم.

يفهم من القانون رقم 04-11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية أن الشخص الملتزم بالإعلام هو المرقى العقاري دون باقي المتدخلين في نشاط الترقية العقارية، و هذا ما يستشف من نص المادة 41 منه التي تنص على: " يلتزم المرقى العقاري بضمان الإعلام عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليمياً، و ذلك قبل أي عرض للبيع. "

و ما يعزز ذلك هو ما نصت عليه المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المتضمن دفتر شروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقاري السالف ذكره، و ذلك بنصها على: " يتعين على المرقى العقاري قبل أي عملية بيع أو تسويق لكل أو لجزء من مشروعه ضمان إشهار صادق و واسع بمختلف وسائل الإعلام و لاسيما عن طريق الإعلام المرئي و الواضح على مستوى مقره، و في موقع المشروع العقاري و في الأماكن المخصصة للإشهار على مستوى إقليم بلدية موقع الإنشاء. "

### المطلب الرابع. مضمون الالتزام بالإعلام في عقد البيع على التصاميم.

حسب المادة 19<sup>16</sup> من القانون 04-11 فإن المرقى العقاري عبارة عن اقتصادي مؤهل لممارسة أعمال التجارة المرتبطة بالترقية العقارية، و بهذه الصفة فإن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية تفرض عليه ممارسة نشاطه في إطار الشفافية، و وتلزمه بإعلام المشتري بالأسعار و التعريفات، و شروط البيع، و ذلك لكونه تتوفر لديه المعلومات المتعلقة بالبنية محل العقد، لا تتوفر لدى المشتري. لهذا رعى المشرع حماية هذا الأخير باشتراطه على المرقى العقاري بتبصيره بكل المعلومات اللازمة و الضرورية، بل و لإنجاح عملية الإعلام وضع إمكانية تدخل مكاتب الدراسات لضمان إعلام كاف و شامل حول المشروع العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليمياً قبل أي عرض للبيع. و كل ذلك يعزز قدرة المشتري على العلم بما يقبل عليه من مشروع يكلفه أموالاً كبيرة، توفيرها قد يتطلب اللجوء إلى القرض من البنوك، و يساعده على اختيار البنية وفقاً للغرض الذي يريده<sup>17</sup>.

وعليه فإن الإعلام يزيل خطر التفاوت بين المرقى العقارى و المشتري في مستوى الخبرة و الدراسات التقنية المتعلقة بالبناءة و التي يصعب على المشتري الكشف عنها من تلقاء نفسه، و هذا يوفر حماية كبيرة لهذا الأخير. بل و حرصا من المشرع على تفعيل هذه الحماية قد تدخل لتحديد نوعية و طبيعة المعلومات التي يلتزم المرقى العقارى بإفصائها للمشتري دون أن يترك ذلك للسلطة التقديرية للمرقى العقارى<sup>18</sup>.

و بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 04-11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية نجد أن المعلومات التي يجب على المرقى العقارى أن يوصلها لعلم المشتري تتمثل في:

#### أولاً. الإعلان على المشروع العقارى:

وفقا لنص المادة 41<sup>19</sup> من القانون رقم 04-11 فإنه يتعين على المرقى العقارى الإعلان عن مشروعه العقارى في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية التي يتواجد في دائرة اختصاصها المشروع المراد إنجازها، و ذلك قبل عرضه للبيع للبناءات محل المشروع.

وهذا ما أكدته أيضا المادة 25<sup>20</sup> من المرسوم التنفيذي رقم 85-12 المتضمن دفتر شروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقارى السالف ذكره، و ذلك بنصها على أنه يجب على المرقى العقارى قبل أي عملية بيع أو تسويق لمشروعه أن يضمن إشهار صادق و واسع بمختلف وسائل الإعلام، خاصة عن طريق الإعلام المرئي و الواضح على مستوى مقره، و في موقع المشروع العقارى و في الأماكن المخصصة للإشهار على مستوى إقليم بلدية موقع الإنشاء.<sup>21</sup>

وتبعاً لما سبق، فإن المرقى العقارى ملزم بالإعلان لتسويق مشروعه العقارى بما في ذلك البيع على التصاميم، و بالتالي فإنه يجب أن يضمن إعلامه بقدر كاف من المعلومات من أجل تنوير الشخص الراغب في الشراء حول العقد المراد إبرامه، و البناءة التي سيتم إنجازها، من حيث الموقع، الطابق، المرافق التي يوجد فيها إلى غير ذلك من المعلومات، بالإضافة إلى معرفته للالتزامات التي يرتبها العقد على عاتقه لاسيما تلك المتعلقة بالثمن، و كيفية دفعه، و كذا إحاطته علما بالضمانات التي يستفيد منها جراء العقد.

لذلك و لضمان الإعلام الصحيح و الكامل للمشروع، منع المشرع المرقى العقارى اللجوء إلى الإشهار المضلل و الكاذب، و استغلال حسن نية المشتري، و ذلك بموجب المادة 47 البند الثالث من القانون رقم 04-11 التي نصها: " يجب على المرقى العقارى أن يساهم بصفة فعالة في الإثراء الدائم

لأخلاقيات المهنة و الاحترام الصارم لها، و يجب على وجه الخصوص:....-عدم اللجوء للإشهار الكاذب و استغلال، بأي شكل من الأشكال، حسن نية أو ثقة المقتني و السهر على إعلام حقيقي و كامل لشركائه".<sup>22</sup>

ثانيا. الإعلان عن المعلومات المتعلقة بالقطعة الأرضية المراد البناء عليها.

يجب كذلك على المرقى العقاري أن يحيط المشتري بكل المعلومات المتعلقة بالقطعة الأرضية التي سيتم إنجاز البناء عليها، لاسيما تلك المتعلقة بأصل الملكية، و تجزئتها، و شبكات المياه الصالحة للشرب و مياه الصرف الصحي التي توجد فيها، بالإضافة إلى المعلومات التي تتعلق بموقعها و حدودها، و هذا ما نصت عليه المادة 30 من القانون رقم 04-11 المشار إليها أعلاه.

وفي هذا الصدد يتعين على المرقى العقاري أن يسهر على صحة البيانات و المعلومات التي تتضمنها الوثائق و القرارات و العقود التي لها العلاقة بالعقد المبرم، بما فيها تلك المتعلقة بالقطعة الأرضية التي ستشيد عليها البناية، و ذلك قصد تعزيز العلاقات التجارية بين المرقى العقاري و المشتري. و هذا ما أكدته المادة 47 البند الرابع من القانون رقم 04-11 بنصها على: "...-السهر على صحة البيانات و المعلومات الواردة في الوثائق و القرارات و العقود المقدمة لمقتضيات النشاطات قصد تعزيز علاقاته التجارية مع المقتنين المستقبليين".

ثالثا. الإعلان عن المعلومات المتعلقة بنظام الملكية المشتركة.

يتعين على المرقى العقاري أن يقوم بإعداد نظام الملكية المشتركة في مشروع العقاري، و بالتالي فإنه ملزم بإعلام المشتري بكل البيانات القانونية و التقنية و المالية الخاصة بهذا النظام، و المعلومات الخاصة بأعباء و التزامات المشتري فيما يخص الأملاك المشتركة في المشروع العقاري، و ذلك كي يكون على صورة فيما يخص حقوقه و واجباته بهذه الأملاك عند إبرامه عقد البيع على التصاميم<sup>23</sup>. و هذا ما نصت عليه المادة 61 من القانون رقم 04-11، التي مضمونها: " يتعين على كل مرق عقاري إعداد نظام الملكية المشتركة و توضيح كل البيانات القانونية و التقنية و المالية الخاصة به.

و يجب عليه خصوصا توضيح الأعباء و الواجبات التي يلتزم بها المتنون عند الاكتتاب في عقد بيع عقار ما...".

المطلب الخامس: دور الالتزام بالإعلام في حماية المشتري في عقد البيع على التصاميم.

إن الهدف الأساسي من الالتزام بالإعلام هو حماية المستهلك بالدرجة الأولى، ذلك لأن هذا الالتزام سيؤدي إلى تنويره و تبصيره حول العقد المزمع إبرامه، و هذا سيمنع وقوعه في غلط، و يجعله في مركز متساوي مع المحترف.

لذلك فإن هذا الالتزام الذي وضعه المشرع على عاتق المرقى العقاري يلعب دورا كبيرا في حماية المشتري لاسيما في المرحلة السابقة على تكوين العقد، و تتجسد هذه الحماية في احاطة المشتري بكل المعلومات و الجوانب التي لها علاقة بالبنية التي يريد اقتنائها، و الوثائق و العقود التي لها علاقة بالعقد المراد إبرامه، إلى غير ذلك من المعلومات اللازمة و الضرورية التي من شأنها أن تساعد هذا الأخير على الإقدام على العقد بكل ثقة، و إرادة كاملة. لاسيما و إذا علمنا أن هناك بعض الحالات التي يعد فيه تبصير المستهلك مرحلة جوهرية و مهمة قبل إبرام العقد، مثل ما عليه الحال بالنسبة لعقد البيع على التصاميم أين يكون المحل فيه شيئا مستقبلا لم يتجسد فيه، و بالتالي فاعلامه بالمعلومات الكافية تسمح له بتصوير المشروع في مخيلته، و بالتالي الإقدام عليه بدون تردد، أو الاحجام عنه دون تردد أيضا.

**الخاتمة.**

و في ختام هذه الدراسة يمكن القول أن المشرع الجزائري فعلا أولى أهمية كبيرة للإلتزام بالإعلام في نشاط الترقية العقارية بصفة عامة، و في بيع على التصاميم بصفة خاصة، و هذا يظهر جليا من خلال إلزام المرقى العقاري بتبصير المشتري قبل أبرام العقد بكل المعلومات التي تتعلق بالعقد المراد إبرامه، بالبنية محل العقد، و القطعة الأرضية التي سيقام عليها البناء، و بنظام الملكية المشتركة و إدارتها، و ذلك بهدف حماية المشتري، و حرصا منه على عدم وقوع هذا الأخير ضحية استغلال، أو غلط يكون منعه مصدره للمعلومات المتعلقة بالمشروع العقاري، و التي تبقى حكرا على المرقى العقاري الذي يعد مهنيا مختصا في هذا المجال.

و بهذا يكون الإلتزام بإعلام من أهم آليات الحماية التي وضعها المشرع من أجل حماية المشتري في عقد البيع على التصاميم، و التي تسهر إلى جانب آليات الحماية المسخرة في هذا المجال على تحصين المشتري من وقوعه فريسة نصب، و استغلال من قبل محترفي مهنة المرقى العقاري.

1- يعود الفضل في نشأة هذا الإلتزام إلى القضاء الفرنسي، الذي ألقى على عاتق منتجي و بائعي السلع و الخدمات اعلام المستهلكين بكل المعلومات المتعلقة بالسلع و الخدمات، ثم و في مرحلة لاحقة كرسست التشريعات هذا الإلتزام بنصوص قانونية صريحة. أنظر تفصيل ذلك، منى أبو بكر الصديق، الإلتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، سنة 2013، ص47.

- <sup>2</sup> - عبد المنعم مرسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات خلي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص 266-267. أنظر أيضا؛ ثروت عبد الحميد، اتفاق التمويل العقاري، دراسة في أحكام قانون التمويل العقاري و التشريعات المقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2007، ص 92.
- <sup>3</sup> - علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2011، ص 102.
- <sup>4</sup> - أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك "إزاء المضمون العقدي"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1993، ص 105.
- <sup>5</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20-02-2012 المتضمن دفتر شروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرفقي العقاري، (المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 2012، سنة 49، العدد 11، المنشورة بتاريخ 26-02-2012، ص 10).
- <sup>6</sup> - مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الخلي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2011، ص 47.
- <sup>7</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 367.
- <sup>8</sup> - تعريف الدكتور محمد الصادق المهدي، أشار إليه؛ مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 49.
- <sup>9</sup> - أن السبب الرئيسي لنشوء الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، هو احتكار المحترف بالمعلومات و الخبرة في مجال مهنته، عكس المستهلك الذي لا يحتوي على هذه المعلومات و الخبرة، و بالتالي يوجد تفاوت شاسع بينهما، مما سيؤدي إلى اختلال توازن العقد. أنظر؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 371.
- <sup>10</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تحت إشراف د. خالد التلاحمة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص 71.
- <sup>11</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09-11-2013، (المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 2013، سنة 50، العدد 58، المنشورة بتاريخ 18-11-2013، ص 08).
- <sup>12</sup> - القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25-02-2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش (المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 2009، سنة 46، العدد 15، المنشورة بتاريخ 09-03-2009، ص 12).
- <sup>13</sup> - زياش لمياء، بوعشة حدة، النظام القانوني لإعلام المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، تحت إشراف د. شوايدية منية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 05 ماي 1945، قالة، ص 19.
- <sup>14</sup> - زياش لمياء، بوعشة حدة، المرجع السابق، ص 20.
- <sup>15</sup> - زياش لمياء، بوعشة حدة، المرجع السابق، ص 21.
- <sup>16</sup> - تنص المادة 19 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على: " يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و 18 أعلاه، طبقا للتشريع المعمول به و حسب الشروط المحددة في هذا القانون. "
- <sup>17</sup> - صبايحي ربيعة، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء أحكام القانون 11-04، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع و الآفاق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 27-28 فيفري 2012، ص 75.
- <sup>18</sup> - صبايحي ربيعة، المرجع نفسه، ص 75.
- <sup>19</sup> - أنظر المادة 41 من القانون رقم 11-04 المتعلق بنشاط الترقية العقارية.
- <sup>20</sup> - أنظر 25 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المتضمن دفتر شروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرفقي العقاري.
- <sup>21</sup> - يوجد اختلاف بين نص المادة 41 من القانون رقم 11-04 و نص المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85، و ذلك فيما يخص وسائل الاعلان عم المشروع العقاري من قبل المرفقي العقاري، بحيث اكتفت المادة 41 على وسيلة واحدة و هي الأماكن المخصصة

للإشهار في البلدية المألولة، في حين نصت المادة 25 على مألوف وسائل الإاعلام مع نصها على بعض الوسائل على سبيل المأل. و يعد ما نصت عليه هذه المادة الأألرة هو الصأل لاسيما أمام الالور وسائل الالصال، إذ أصبحت هذه الأألرة هي الوسائل الال يتم الاعلام عليها في الإشهار لاسيما مواقع الالصال الالتماعي الال أصبح المأل لا يسأل عنها في ألاله الالومية، و بالال فالها أفضل الوسائل الال تضمن الال=إاعلام الالقي للمشروع العقاري.

22- كالأومية، المرجع السابق، ص124.

23- صبالجي ربيعة، المرجع السابق، ص75.

## " تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة: إشكالات التنفيذ والضمانات المقررة "

د. توابتي إيمان ربعة سرور

أستاذ محاضر ب

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد لمين دباغين-سطيف-2-

### ملخص:

يقتضي إحلال دولة القانون ومبدأ المشروعية خضوع السلطات الإدارية بصورة إلزامية للقوانين المعمول بها، وكذا، القرارات المنطوق بها على مستوى الهيئات القضائية المختصة. وفي ذلك، ينص الدستور الجزائري لعام 2016 على التزام كل أجهزة الدولة المختصة بتنفيذ أحكام القضاء.

لكن أحيانا، تظهر بعض الإشكالات في التنفيذ الاختياري للقرارات القضائية من طرف الإدارة العمومية. وفي هذه الحالة، حرصَ المشرع الجزائري على وضع الآليات الرامية إلى حمل الإدارة التي تغفل أو تمتنع عن تنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضدها، على تنفيذها واحترامها.

ومنه، تهدف هذه الدراسة إلى التفصيل في إجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة، إشكالات التنفيذ الواردة بهذا الشأن، وكذا، الحلول المقررة لضمان التزام الإدارة بالتنفيذ السليم والفعلي لأحكام القضاء.

الكلمات المفتاحية: الإدارة العمومية-الطعن بالإلغاء-الطعن بالتعويض-السندات التنفيذية -الخزينة العمومية.

### Résumé :

L'instauration de l'Etat de droit et du principe de légitimité, implique la soumission impérative des autorités administratives aux dispositions en vigueur, ainsi, qu'aux décisions énoncées par les juridictions compétentes à leurs rencontre. La constitution Algérienne de 2016 dispose que tous les organes qualifiés de l'Etat sont requis d'assurer l'exécution des décisions de justice.

Mais parfois surviennent quelques difficultés qui freinent l'exécution volontaire des arrêts par l'administration publique. Dans ce cas-là, Le législateur algérien a veillé à la mise œuvre de plusieurs mécanismes visant à contraindre l'administration qui conteste ou qui omit de se conformer aux arrêts rendus à son rencontre, à l'exécution de ces derniers.

Ainsi, cette étude vise à clarifier les procédures d'exécution des arrêts rendus à l'encontre de l'administration publique, Les difficultés d'exécution qui peuvent survenir dans ce cas-là, et aussi, les mécanismes procéduraux institués pour garantir l'exécution parfaite et effective de ces arrêts.

**Mots clés:** Administration publique-Recours en annulation-Recours de pleine juridictions-Titres exécutoires-Trésor public.

### مقدمة

تُمثّل الإدارة العمومية هياكلها القائمة وفيما تقوم به من نشاطاتٍ مظهرًا من مظاهر السّلطة العامّة؛ حيث مَنَحها القانون صلاحياتٍ واسعةً لاتخاذ قراراتها بصورةٍ مُنفردةٍ حَسَبًا تقتضيه دَوَاعِي تحقيق المنفعة العامّة والحفاظ على النظام العام. وفي المقابل، وسعيًا وراء منع تعسف هذه الأخيرة، وفي سبيل تحقيق التوازن المطلوب بين المصلحة العامّة، من جهة، والمصالح الخاصة للأفراد المتعاملين معها، من جهةٍ أخرى، خُوّلَ لهؤلاء الحُقفي مُخاصمة الإدارة أمام الهيئات القضائية المختصة من خلال رفع دعوى قضائية مؤسّسة على طلب إلغاء القرار الإداري المعيب أو طلب التعويض نتيجة الضرر الذي تسببت فيه الإدارة أو أحد أعضائها بناءً على قواعد المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية.

وقد كان الأساس الذي استند إليه القضاء الإداري، في فرنسا سابقًا، وفي الجزائر بعد ذلك، لمَنح المتعاملين مع الإدارة العمومية الحق في مقاضاتها، هو تحقيق مبدأ المشروعية وسيادة القانون باعتبار السّياج المنيع لنفاذ حقوق الأفراد وحمايتهم من تعسف الإدارة فيما تُباشره من تصرّفاتٍ بصورةٍ إراديةٍ أو لا إراديةٍ. لذلك يُمثّل التنفيذ في هذه الحالة، الثمرة الحقيقية التي يجنيها المتقاضين من مُخاصمة الإدارة، وهو بمثابة الروح لجسد الحكم؛ فلا عبرة للحكم إذا لم يتم تنفيذه بصورةٍ فعّلية.

غَيْرَ أن هذه الضمانات القضائية التي يمنحها القانون للمواطن تُفقد فعاليتها لتقلّب الموازين رأساً على عقب في حال امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها امتناعاً سلبياً أو صريحاً. ليجد المواطن الضعيف نفسه في دوامةٍ من الإجراءات القضائية المعقّدة والغامضة، وليعود مقاضاة الإدارة من جديد، ليس من أجل تقرير حقوقه بل سعيًا وراء تنفيذ الحكم القضائي الذي بيده في مواجهة السّلطة العامّة.

استناداً لهذا، نصّ المؤسس الدستوري الجزائري ضمن أحكام المادة 163 من التعديل الدستوري لسنة 2016، بأنّه: "على كلّ أجهزة الدولة المختصة أن تقوم، في كلّ وقتٍ وفي كلّ مكان، وفي جميع الظروف، بتنفيذ أحكام القضاء". وتبعاً لذلك، أحاط المشرع الجزائري السّنات التنفيذية الصادرة ضدّ سلطّة عامّةٍ بمجموعةٍ من الضمانات المقررة بغرض تفعيل إجراءات تنفيذ هذه الأخيرة، وذلك بالنظر للخصوصية التي يكتسبها إجراء التنفيذ ضدّ الإدارة العمومية وما يطرحه من إشكالاتٍ عمليّةٍ مُرتبطة بامتناع الإدارة عن تنفيذ فحوى الحكم أو استحالة التنفيذ لأسبابٍ ترتبط

بانعدام محل التنفيذ أو تلفه... أو غير ذلك من الأسباب التي تعترض المسار الطبيعي للتنفيذ وتلزم صاحب الحق باللجوء للقضاء مرة ثانية وحمله على توجيه أوامر للإدارة أو الحكم ضدها بالغرامة التهديدية أو حتى الوصول لتوقيع العقوبات الجزائية المقررة قانوناً.

كما أعطى المشرع لطالب التنفيذ الحق في اللجوء إلى الخزينة العمومية للتعويض عن عدم تنفيذ الحكم من طرف الإدارة أو عن التأخر في التنفيذ، وذلك بغرض تحصيل الديون المفروضة على هذه الأخيرة، باعتبار أن أموالها غير قابلة للحجز عليها. وهذا ما نصت عليه أحكام المادة الخامسة (05) من القانون رقم: 91-02 المؤرخ في 08 جانفي 1991 والذي يحدد الأحكام الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء، حينما نصت على أنه: 'يمكن أن يحصل على مبلغ الديون لدى الخزينة العمومية وبالشروط المحددة في المواد 06 وما يتبعها المتقاضون المستفيدون من أحكام القضاء التي تتضمن إدانة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري'.

في هذا المقام، تُثور العديد من التساؤلات، المتمحورة، أساساً، حول: ما هي الإشكالات العملية التي يطرحها تنفيذ الأحكام القضائية في حال امتناع الإدارة المطعون ضدها من الامتثال لأوامر القضاء؟ ومدى فعالية الضمانات القانونية التيمنحها المشرع الجزائري للمتقاضين ضد الإدارة العمومية لاستيفاء حقوقهم بضمان تنفيذ فحوى الأحكام القضائية الموجهة ضدها؟

للإجابة على هذه التساؤلات، ارتأينا الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال تفصيل مضمون هذه الدراسة إلى محورين أساسيين: يتناول المحور الأول إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة. بينما ينصب المحور الثاني على دراسة ضمانات تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة.

#### المحور الأول: إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة

يُمثل إجراء التنفيذ النهائية الطبيعية لأي حكم قضائي، وهو الغاية التي يبتغيها المتقاضي من وراء لجوئه للقضاء. ويأخذ التنفيذ أحكاماً وإجراءات خاصة إذا كان الطرف المنفذ عليه شخصاً من أشخاص القانون العام، بمعنى سلطة عامة؛ حيث تكون موازين القوى مختلفة بين طرفي العلاقة القانونية - طالب التنفيذ والمنفذ عليه.

وتقتضي القاعدة العامة، التزام كل طرف من أطراف السند التنفيذي أن يلتزم بتنفيذ مضمونه بألفاظه وفحواه بطريقة إرادية واختيارية دون اللجوء إلى وسائل الإكراه والجبر. ويتخذ في هذا الشأن، كل من الحكم الصادر بالإلغاء، وكذا الحكم الصادر بالتعويض، إجراءات خاصة بتنفيذه، تُعطي للمسار

التنفيذي طابعاً خاصاً واستثنائياً مقارنةً بالقواعد العامة للتنفيذ المقررة بالنسبة لأحكام القضاء العادي. وذلك ما سوف نأتي إلى التفصيل فيه ضمن الفقرات البحثية التالية:

### أولاً: إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية المنصبة على إلغاء قرار إداري.

يقتضي أعمالُ مبدأ المشروعية خضوع الإدارة للقانون في جميع تصرفاتها وقراراتها، وهذا ما يستوجب التزامها بتنفيذ الأحكام القضائية المنصبة على إلغاء القرارات التي أصدرتها بصورة اختيارية وطوعية دون ترددٍ أو امتناعٍ منها، طالما كان ذلك ممكناً من الناحية العملية. وفي هذا الشأن، يمكن تلخيص أهم النقاط التي يثيرها تنفيذ الحكم القاضي بإلغاء قرار إداري في العناصر التالية:

#### 1. الطبيعة القانونية لالتزام الإدارة المطعون ضدها بتنفيذ الحكم القاضي بإلغاء القرار

الإداري: الحكم القاضي بإلغاء قرار إداري هو حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، فهو حكمٌ صادرٌ باسم الشعب الجزائري، وذلك ما يكسبه القوة التنفيذية. وعليه، لا يجوز للإدارة أن تتحايل على القانون برفضها تنفيذ مضمون الحكم أو تحججها بأي مبرر غير قانوني للتصل من التزاماتها أو حتى سعيها إلى إعادة تنفيذ مضمون القرار الملغى بإصدارها لقرار جديدٍ مخالفٍ لما قضى به الحكم بالإلغاء.

ويتربت عن صدور حكم الإلغاء التزامٌ قانونيٌّ على عاتق الإدارة مُصدرة القرار الإداري محلّ الطعن بالإلغاء بضمان التنفيذ الكامل والسليم لمضمون وفحوى الحكم القاضي بالإلغاء. والتزامها في ذلك ذو طبيعة مزدوجة: التزامٌ إيجابيٌّ يفرضُ على الإدارة المعنية تسخير كافة الوسائل المتاحة لديها لتنفيذ مضمون الحكم القضائي الصادر ضدها. والتزامٌ سلبيٌّ يلزمها بالامتناع عن القيام بأي تصرفٍ من شأنه أن يسهل تنفيذ القرار الملغى. تأسيساً على ما سبق، تلتزم الإدارة المعنية بحكم الإلغاء التزاماً إيجابياً باتخاذ كافة الإجراءات لإزالة الآثار القانونية للقرار الإداري الذي صدر عنها وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدوره حتى ولو لم يُطلب منها ذلك<sup>1</sup>. ويكون التزامها في ذلك بأثر رجعيٍّ من تاريخ صدوره. وهي بذلك ملزمة بإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه وكأن القرار المعيب لم يصدر<sup>2</sup>.

والأساس في تقرير التزام الإدارة بتنفيذ مضمون الحكم القاضي بالإلغاء بأثر رجعيٍّ يكمن في أنّ جميع القرارات الصادرة عن الإدارة العمومية تحوز الطابع التنفيذي، وهي تخضع بذلك لمبدأ "الأثر غير الموقف للطعن بدعوى تجاوز السلطة"؛ فالأصل أنّ جميع القرارات تحوز القوة التنفيذية بمجرد صدورها ما لم يضع القضاء حداً لتنفيذها. ويعني ذلك، أنّ الطعن بالإلغاء في صحة القرار الإداري لعيبٍ مسّ أحد أركانه لا يمسّ صحته ولا يوقف تنفيذه، وللإدارة السلطة التقديرية في الاستمرار في تنفيذ القرار المطعون فيه على مسؤوليتها أو التريث في تنفيذه إلى حين الفصل في دعوى تجاوز السلطة بقرار نهائي<sup>3</sup>.

وقد تمّ النصُّ على هذا المبدأ ضمن أحكام الفقرة الأولى من المادة 833 من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد؛ حيث جاء بها: "لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."<sup>4</sup>

وعليه، وبمجرد صدور الحكم القاضي بالإلغاء، يترتب على الإدارة مُصدرة القرار محلّ الإلغاء أن تتخذ الإجراءات القانونية السليمة من أجل ضمان التنفيذ الأمثل لمضمون الحكم بالإلغاء. وعليها بذلك، أن تسعى إلى محو كل أثر قانوني تترتب عن تنفيذ القرار الإداري محلّ الطعن بالإلغاء منذ صدوره وحتى تاريخ الحكم بالإلغاء. فالحكم بالإلغاء يكون ذا أثر مُعدم للقرار المعيب، وهذا ما يجعله، استثناءً، قابلاً للتطبيق بأثر رجعي<sup>5</sup>.

وفي ذلك، يرى جانب من الفقه المعاصر أن بطلان القرار الإداري المعيب يُرتب بالضرورة بطلان جميع القرارات الإدارية التي أُسست عليه<sup>6</sup>. وفي ذلك اختلافٌ بين القرارات البسيطة ونظيرتها المركبة؛ حيث تكون الأولى محلّ بطلان بصورة منفردة دون أن يستتبع ذلك بطلان القرارات الأخرى. في حين، يفترض بطلان القرار الإداري المركب إنهاء الآثار القانونية لكافة القرارات التي يستند إليها والتابعة له بقوة القانون.

وفي جميع الحالات، يتطلب تنفيذ الحكم بالإلغاء اتخاذ الإدارة المطعون ضدها لالتزام إيجابي ثانٍ بإصدارها قراراً ثانٍ يسمح بتنفيذ مضمون وفحوى الحكم القضائي بصورة عملية. ويُعتبر هذا الإجراء الاستثنائي من امتيازات السلطة العامة التي يُحوّلها القانون والتنظيمات للإدارة العمومية سعياً وراء أعمال مبدأ الفصل بين السلطات. وعليه تنفيذ الحكم القضائي بإلغاء قرار الفصل من الوظيفة في حق موظف عمومي يترتب عليه بالضرورة، صدور قرار من الإدارة مُصدرة القرار الأول مضمونه إعادة إدماج الشخص حامل السند التنفيذي لمنصب عمله مع تعويضه عن كافة الأضرار المادية والمعنوية التي ألحقت به منذ صدور القرار بالفصل ودخوله حيز التنفيذ.

وبناءً على ذلك، تلتزم الإدارة باتخاذ كافة الوسائل المقررة قانوناً من أجل ضمان التنفيذ السليم والقانوني للأحكام الموجهة ضدها، وليس لها أن تعترض المسار العادي للتنفيذ أو تمتنع عنه لأي سبب كان<sup>7</sup>.

فضلاً عن ذلك، يقع على الإدارة المعنية التزامٌ سلبياً بالامتناع عن مباشرة أي إجراء تنفيذي لمضمون القرار المُلغى. وإن كانت هذه الأخيرة قد باشرت إجراءات التنفيذ، فإنه يتوجب عليها وقف

التنفيذ فوراً وفي الحال؛ حيث يُعتبر كل إجراء تنفيذي للقرار الإداري الملغى باطلاً قانوناً ومستحقاً للتعويض<sup>8</sup>.

السؤال الذي يُطرح في هذه الحالة يتمحور حول الإشكال التالي: متى ينشأ الالتزام القانوني على عاتق الإدارة العمومية بالامتناع عن تنفيذ القرار الإداري، هل من وقت صدوره أم من وقت إلغائه؟

الأصل أنه، تُحوز جميع القرارات الصادرة عن الإدارة العمومية الطابع التنفيذي، وهي تخضع بذلك لمبدأ "الأثر غير الموقوف للطعن بدعوى تجاوز السلطة"؛ فالأصل أن جميع القرارات تحوز القوة التنفيذية بمجرد صدورها ما لم يضع القضاء حداً لتنفيذها. ويعني ذلك، أن الطعن بالإلغاء في صحة القرار الإداري ليعيب مس أحد أركانه لا يمس صحته ولا يُوقف تنفيذه، وللإدارة السلطة التقديرية في الاستمرار في تنفيذ القرار المطعون فيه على مسؤوليتها أو التريث في تنفيذه إلى حين الفصل في دعوى تجاوز السلطة بقرار نهائي.

وقد تم النص على هذا المبدأ ضمن أحكام الفقرة الأولى من المادة 833 من القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ حيث جاء بما: "لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وللإدارة في ذلك، أن تسعى لتنفيذ مضمون القرار الإداري بشتى الوسائل والأساليب، ولها في ذلك أن تلجأ للتنفيذ الجبري المباشر سعياً منها للحفاظ على النظام العام وتحقيق المصلحة العامة. وتعتبر هذه الوسيلة من أهم الامتيازات التي تتمتع بها السلطة الإدارية في مزاولتها لنشاطها، إذ تستطيع الإدارة أن تقوم بتنفيذ قراراتها بشكل مباشر على الأفراد دون أن تلجأ إلى القضاء للحصول منه على إذن بالتنفيذ. ولها في ذلك، سلطة تقديرية نسبية تُقيدها مجموعة من الضوابط القانونية الموضوعية والشكلية.

غير أنه، وتحقيقاً للتوازن النسبي بين المصلحة العامة التي يقتضيها تنفيذ القرار الإداري، من جهة، والمصالح الخاصة للأفراد، من جهة أخرى، فقد قرّر استثناءً على القاعدة العامة، بموجبه منح الحق للشخص المتقدم بالطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري شرط تقيده بجملة من الشروط والقواعد التي يفرضها القانون.

وقد ورد النص على ذلك ضمن أحكام الفقرة الثانية من المادة 833، أعلاه، حينما نصت على أنه: "غير أنه يُمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر، بناءً على طلب الطرف المعني، بوقف تنفيذ القرار الإداري".

وعليه، ينشأ الالتزام القانوني للإدارة المطعون ضدها بالامتناع عن تنفيذ القرار الإداري المطعون ضده من تاريخ صدور الحكم القاضي بالإلغاء، وليس قبل ذلك. والاستثناء الوحيد المقرر على ذلك هو حالة قيام الطرف المعني بالقرار بطلب وقف التنفيذ وصدور أمر يقضي بذلك. وفيما عدى ذلك، لا يترتب على الإدارة أي التزام بالامتناع عن التنفيذ، فالطعن بالإلغاء لا يكون له أي أثر موقوف للتنفيذ. في الأخير، نُشير التساؤل حول: ماذا لو قامت الإدارة بتنفيذ مضمون القرار الإداري المطعون ضده قبل إلغائه؟

في هذه الحالة، يُعتبر تصرفها صحيحاً وقانونياً طالما لم يُقَمْ خصمها بطلب وقف التنفيذ، حيث نكون هنا أمام فرضيتين:

الفرضية الأولى: إذا لم يُرتَّب إجراء تنفيذ القرار الملغى آثاراً قانونية بالنسبة للغير، هنا تلتزم الإدارة بتنفيذ مضمون الحكم بالإلغاء وسحبها للقرار الإداري بأثر رجعي.

الفرضية الثانية: إذا رتَّب إجراء تنفيذ القرار الملغى آثاراً امتدَّت للغير حسن النية، هنا يقع على الإدارة التزام أول بتنفيذ مضمون الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي به، والتزام ثانٍ بتعويض خصمها والغير حسن النية، ويأتي هنا دور قضاء التعويض في تقدير قيمة الضرر والحكم به.

2. الشكليات الإجرائية لتنفيذ الحكم بإلغاء القرار الإداري: ونميز بهذا الخصوص بين:

1.2. الشكليات الإجرائية المرتبطة بالصيغة التنفيذية: يقتضي تنفيذ الحكم الصادر بالإلغاء أن يكون هذا الأخير حائزاً للقوة التنفيذية. ومنه، يلتزم المحضر القضائي بالتأكد من أن السند الذي يجوزته مهوراً بالصيغة التنفيذية الصحيحة<sup>9</sup>. ومنه، يلتزم أمين الضبط بمجرد تسجيله للحكم، بتسليم نسخة تنفيذية له بمجرد طلبها. وقد عرف المشرع الجزائري ضمن أحكام المادة 281 من القانون رقم: 08-09، كالتالي: "النسخة التنفيذية هي النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية.

توقع وتسلم من طرف أمين الضبط إلى المستفيد من الحكم الذي يرغب في متابعة تنفيذه. وتحمل النسخة التنفيذية العبارة التالية: نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ " وكذا، ختم الجهة القضائية"<sup>10</sup>.

وقد ميز المشرع الجزائري بين إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة أمام القضاء العادي وتلك التي ينطبق بها القضاء الإداري، حينما اشترط أن تُمهر هذه الأخيرة بالصيغة التنفيذية التالية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

وتنتهي بالصيغة التالية:

"الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وكلّ مسؤول إداري آخر، كلّ فيما يخصّه، وتدعو وتأمّر كلّ الخضرين المطلوب إليهم ذلك، فيما يتعلّق بالإجراءات المتّبعة ضدّ الخصوم الخواص، أن يقوموا بتنفيذ هذا الحكم، القرار..."<sup>11</sup>

وتجّب الإشارة بهذا الخصوص، أنّه لا تُسلم سوى نسخة واحدة من السند التنفيذي مهوراً بالصيغة التنفيذية<sup>12</sup>، وهي النسخة التنفيذية التي تُمكن خصم الإدارة من تنفيذ الحكم القضائي في مواجهتها عن طريق اللجوء إلى المخضر القضائي<sup>13</sup>.

واستثناءً على ذلك، أجاز المشرّع في بعض الحالات القيام بتنفيذ السند بالإلغاء دون أن يكون مهوراً بالصيغة التنفيذية، ومن هذه الحالات نذكر الأوامر الاستعجالية. وفي ذلك، وردّ النصّ ضمن أحكام المادة 303 من القانون رقم: 08-09، في فقرتها الثانية، النصّ على أنّه: "... في حالة الاستعجال القصوى، يأمر القاضي بالتنفيذ بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله"

يُعلّق البعض على الاختلاف الوارد بين الصيغة التنفيذية في المواد الإدارية ونظيرتها في المواد الإدارية، بالقول: "من خلال المقارنة بين الصيغتين التنفيذيتين، نجد أنّ كلّ منهما متشابهة من حيث المضمون والهدف، وإن اختلفت في الشكل، ذلك أنّ كلاهما تأمّر بتنفيذ الأحكام القضائية، سواء أصدرت ضدّ الإدارة أو ضدّ أشخاص القانون الخاصّ، وسواء أكانت مقرّونة بالجزء أو كانت غير ذلك، إلّا أنّه من خلال المقارنة بينهما من حيث الصياغة، فلا شكّ في أنّ تلك الخاصة بتنفيذ الأحكام الإدارية لا تصلح لتنفيذ الأحكام المدنية، والعكس صحيح"<sup>14</sup>.

استناداً لكلّ ما سبق، يظهر جلياً الطابع الإلزامي للصيغة التنفيذية في مضمونها وفي فحواها، فهي شرطٌ لازمٌ لاكتساب الحكم القضائي القوة التنفيذية، وفي غيابها، يكون السند دون أيّ أثر قانوني. وفي ذات المعنى وردّ على لسان الدكتور "عبد القادر عدو"، كالتالي: "يعدّ وضع الصيغة التنفيذية من طرف الموظف المختص على صورة الحكم القضائي، وتوقيعه وختمه، عملاً شكلياً لازماً لتحقيق القوّة التنفيذية، وبدونه لا تُعدّ صورة الحكم سنداً تنفيذياً"<sup>15</sup>.

**2.2. الشكليات الإجرائية المرتبطة بالتبليغ:** يمكن القول بهذا الخصوص، أن التبليغ هو ذلك الإجراء الشكليّ الذي ينصبّ على إخبار المعني بالحكم بصدور حكم قضائيّ في مواجهته بصورة رسمية وفعليّة. وهو بحسب ما وصفه البعض: "تلك العمليّة الشكلية، التي يتمّ بواسطتها إبلاغ المبلّغ به، بالإجراء

الذي سوف يقوم به الطرف الآخر، أو تبليغ الأطراف بإجراء سوف تقوم به المحكمة بأمر من القاضي، أو إخبار الأطراف المعنية بالحكم الصادر ضدهم، ويكون ذلك بمثابة بداية احتساب الآجال لينفذ ذلك الحكم وإلحاحتهم بالعلم بما صدر ضدهم، سواء كانوا مجموعة من الأطراف أو طرف واحد<sup>16</sup>.

عرّف المشرع الجزائري التبليغ ضمن نص المادة 406 من القانون رقم: 08-09، كالتالي: " يقصد بالتبليغ الرسمي، التبليغ الذي يتم بموجب محضر يُعدّه المحضر القضائي.

يمكن أن يتعلق التبليغ الرسمي بعقد قضائي أو عقد غير قضائي، أو أمر أو حكم أو قرار".

وحسبما وردّ ضمن الفقرتين الثالثة والرابعة من نص المادة أعلاه، يتمّ التبليغ الرسمي عن طريق محضر قضائي مكلف قانون بتحرير محضر تبليغ السند، بناءً على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني أو الاتفاقي، ويكون ذلك بعدد الأشخاص المطالب بتبليغهم رسمياً<sup>17</sup>.

هذا، وقد اعتبر المشرع الجزائري أنّ من خصائص إجراء التبليغ وشروط صحته أن يكون التبليغ شخصياً. وفي الحال التي يكون فيها التبليغ موجّهاً لإدارة عامة، فإنه يصحّ متى تمّ لدى الممثل القانوني للهيئة أو لدى ممثليها الاتفاقي<sup>18</sup>.

والسؤال الذي يطرح في هذه الحالة، يندرج ضمن الإشكالية التالية: ما الحكم لو رفض المطلوب تبليغه تسلّم محضر التبليغ أو التوقيع عليه أو في الحال التي يستحيل فيها تبليغه؟

للإجابة على التساؤل أعلاه، وجب التمييز بين فرضيتين أساسيتين:

الفرضية الأولى: إذا رفض الشخص المطلوب تبليغه تسلّم محضر التبليغ والتوقيع عنه بأي شكل من الأشكال. هنا، يتولّى المحضر القضائي القائم بالتبليغ تدوين ذلك في محضر تبليغ السند، ثمّ تُرسل للشخص المطلوب تبليغه نسخة من التبليغ الرسمي برسالة مضمونة مع إشعار بالوصول. واعتبر التبليغ في هذه الحالة في حكم التبليغ الشخص وتُحسبُ الآجال من تاريخ الختم المدوّن على البريد المرسل<sup>19</sup>.

الفرضية الثانية: إذا استحال التبليغ مادياً، فإنّ القانون أجاز في هذه الحالة للمحضر القائم بالتنفيذ أن يقوم بتبليغ أحد أفراد عائلته البالغين وكاملي الأهلية المقيمين في موطنه الأصلي أو الموطن المختار<sup>20</sup>. استناداً لكل ما سبق، نخلص بالقول أنه بمجرد ثبوت التبليغ الرسمي للإدارة المعنية بالحكم القاضي بالإلغاء، تلتزم هذه الأخيرة باتخاذ كافة التدابير والإجراءات الكفيلة بضمان التنفيذ الصحيح لفحوى ومضمون الحكم القضائي الموجّه ضدها.

## ثانياً: إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية المنصبة على طلب تعويض من الإدارة

إذا كانت الغاية من طلب الإلغاء هو إنهاء الآثار القانونية للقرار الإداري المعيب وغير المشروع من خلال محوها واعتبار القرار الصادر كأن لم يكن. فإن الغاية من دعوى التعويض هي في المقام الأول تعويض خصم الإدارة عن ضرر لحق به نتيجة إخلال هذه الأخيرة بمسؤولياتها العقدية أو نتيجة خطأ صدر عنها أو عن أحد أعاونها المختصين.

تبعاً لذلك، تلتزم الإدارة العمومية بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، والتي تقضي بتسديد المبالغ المستحقة عليها لمدينها نتيجة خطأ صدر منها أو إهمال أو تقصير. وهي في ذلك، ملزمة بأداء ما عليها من ديون من ذمتها المالية الخاصة.

غير أن تنفيذ أحكام التعويض الصادرة ضد الإدارة العمومية قد تعرّضه عوائق وإشكالات يستحيل معها أن يتخذ التنفيذ مساره الطبيعي. ومن أبرز الإشكالات التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد شخص من أشخاص القانون العام في مسائل التعويض، استحالة التنفيذ بسبب عدم امتلاك الإدارة المحكوم عليها بالتعويض للأموال التي تُقدمها للمحكوم له بالتعويض. وفي هذه الحالة، تُباشَر إجراءات التكليف بالوفاء ضد الإدارة العمومية؛ حيث يُحرر محضر التبليغ الرسمي للحكم القضائي استناداً لأحكام المواد 406-416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09. كما يُحرر محضر تكليف بالوفاء المنصوص عليه في المادة 613 من نفس القانون، والتي جاء بها: "يجب أن يشتمل التّكليف بالوفاء، تحت طائلة القابلية للإبطال، فضلاً عن البيانات المعتادة<sup>21</sup>، على ما يأتي:

1. اسم ولقب طالب التنفيذ وصفته، شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وموطنه الحقيقي وموطن مختار له في دائرة اختصاص محكمة التنفيذ؛
2. اسم ولقب موطن المنقذ عليه؛
3. تكليف المنقذ عليه بالوفاء، بما تضمنه السند التنفيذي، خلال أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوماً، وإلا نُفد عليه جبراً؛
4. بيان المصاريف التي يُلزم بها المنقذ عليه؛
5. بيان مصاريف التنفيذ والأتعاب المستحقة للمحضرين القضائيين؛
6. توقيع وختم المحضر القضائي."

في جميع الحالات، تسري على إجراءات تبليغ التكليف بالوفاء، ذات الأحكام المقررة بالنسبة للتبليغ الرسمي للسند التنفيذي. وقد حدّد المشرع الجزائري ضمن أحكام المادة 612 من القانون رقم: 08-

**09**، آجال التكليف بالوفاء بما لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوماً تسري من تاريخ صدور الحكم بالتعويض<sup>22</sup>.

كما حوّل المشرّع في الفقرة الأخيرة من المادة 613 من نفس القانون، تقديم طلب بإبطال التكليف بالوفاء أمام قاضي الاستعجال في مهلة لا تتعدّى خمسة عشر (15) يوماً التالية لتبليغ التكليف بالوفاء. ويلتزم هذا الأخير، بالفصل في الطلب في مهلة لا تتجاوز خمسة عشر (15) يوماً. بناءً على ذلك، يقع على الإدارة المحكوم عليها بالتعويض التزام بالوفاء بالمبلغ المحكوم به خلال أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ تبليغها رسمياً عن طريق محضر قضائي بالتكليف بالوفاء، ولها خلال هذه المهلة أن تتقدم بطلب أمام قاضي الاستعجال بإبطال التكليف بالوفاء. وقد جعل المشرّع الجزائري لمحضر تبليغ التكليف بالوفاء قوة تنفيذية تحوّل الشخص المدين سلطة مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري ضد الطرف الآخر. كما أحاز المشرّع إجراء التنفيذ الجبري بمجرد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء دون مراعاة الآجال القانونية للوفاء، والمحددة بخمسة عشر (15) يوماً، وذلك في الحالتين التاليتين:

- إذا كان التنفيذ يتم بموجب أمر استعجالي؛

- إذا كان التنفيذ يتم بموجب حكم مشمول بالتفاد المعجل<sup>23</sup>.

وهنا، نُؤيّد المبررات التي قدّمها الدكتور "عبد الرحمان بربارة" بشأن موقف المشرع الجزائري ضمن أحكام المادة 614 أعلاه؛ حيث يُعلّق قائلاً: "...يستمد الاستثناء من مبرراتهما من الطابع الاستعجالي للخصومة وحالة الضرورة التي تقتضي التنفيذ المعجل لتلك الأحكام والأوامر، ومواجهة الظروف الطارئة التي تتطلب السرعة في التدخل لحماية الحقوق والمراكز القانونية المهددة. فأي تأخر في التنفيذ سيؤدي لا محالة إلى ضرر يصعب جبره عيناً في المستقبل لاسيما إذا ما تمّ التنفيذ وفقاً للقواعد العامة"

وفي الحالات العادية، في حالة عدم التزام الطرف المحكوم عليه بالوفاء بالمبالغ المستحقة خلال الآجال القانونية المحددة، يباشر الطرف الآخر إجراءات التنفيذ الجبري بعد حصوله على نسخة من محضر الامتناع عن التنفيذ. ويحق له في هذه الحالة، أن يطالب بعريضة مسببة ومؤرخة وموقعة منه شخصياً أو ممن ينوبه قانوناً، باستصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات أو عقارات مدينه بقصد ضمان حقوقه القائمة؛ حيث يتم وضع أموال المدين المنقولة والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها<sup>24</sup>.

والإشكال الذي يُطرح في هذا المقام، يَطْرَحُهُ نصّ المادة 636 من القانون رقم: 08-09 أعلاه، والتي تستثني من قائمة الأموال التي يُجوزُ الحجزُ عليها، "الأموال العامة المملوكة للدولة ، أو للجماعات الإقليمية، أو للمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية..."؛ فالأموال المملوكة للدولة يحكمها مبدأ "عدم جواز الحجز عليها"، وهو المبدأ المقرّر ضمن القانون رقم: 90-30 المتضمّن قانون الأملاك الوطنية<sup>25</sup>، المعدّل بموجب القانون رقم: 08-14<sup>26</sup>؛ حينما نصّت المادة الرابعة (04) منه، كالتالي: "الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا للحجز. ويخضع تسييرها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النصوص التشريعية الخاصة.

الأملاك الوطنية الخاصة غير قابلة للتقادم ولا للحجز ما عدا المساهمات المخصّصة للمؤسسات العمومية الاقتصادية. وتخضع إدارة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة والتصرف فيها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النصوص التشريعية الأخرى"

وذلك ما وَرَدَ التأكيد عليه بموجب أحكام المادة 66/ف.02 من نفس القانون؛ حيث نصّت على أنّه: "...وتُستمدّ القواعد العامة لحماية الأملاك الوطنية العمومية ممّا يأتي:

- مبادئ عدم قابلية التصرف، وعدم قابلية التقادم، وعدم قابلية الحجز..."

وعليه، يصطدم إجراء تنفيذ الأحكام بالتعويض الصّادرة في مواجهة أحد الأشخاص المعنوية العامة المحدّدة أعلاه، ونعني بها الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسات العمومية ذات الطّابع الإداري، مع مبدأ عدم قابلية الأموال العمومية للحجز عليها المقرّر قانوناً. وهذا ما يُفيد عدم جواز الحجز على الممتلكات المنقولة والعقارية التابعة لإدارة عمومية، أي أنّه يسقط حقّ المدين في دعوى تعويض عن المطالبة بالحجز على أموال الإدارة حجراً تحفظياً أو حجراً تنفيذياً.

والسؤال الذي يفرض نفسه هنا، هل قرّر المشرّع الجزائري إجراءاتٍ خاصّة من خلالها يُمكن للمدين استيفاء حقوقه المادية من الإدارة العمومية؟

ذلك ما سوف نحاول الإجابة عليه ضمن المحور الثاني من الدراسة.

### المحور الثاني: ضمانات تنفيذ الأحكام الصّادرة ضدّ الإدارة

يكاد يُجمع فقهاء القانون الإداري على مبدأ عدم جواز إكراه الإدارة العمومية على تنفيذ الأحكام القضائية الموجهة ضدها، وحتّهم في ذلك، إعمال مبدأ الفصل بين السلطات، من جهة، ومبدأ حسن سِير المرفق العمومي بانتظام واضطراد، من جهة أخرى.

غير أن ترك السلطة التقديرية في يد الإدارة المعنية فيه مساسٌ بحقوق الأفراد المتعاملين معها؛ فإن كانت القاعدة العامة تقضي بعد جواز مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري في مواجهة شخص من أشخاص القانون العام، إلا أن المشرع الجزائري، تحقيقاً لتوازن المطلوب بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، قد أحاط تنفيذ الأحكام القضائية الموجهة ضد الإدارة بمجموعة من الضمانات العملية والحلول الكفيلة بتنفيذ هذه الأخيرة وحماية مصالح المتعاملين مع الإدارة العمومية.

ويمكن عموماً تصنيف الضمانات المقررة قانوناً لحمل الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها إلى ثلاث فئات أساسية، نتناول كل منها ضمن الفقرات البحثية التالية:

### أولاً: الأحكام الهادفة إلى تنفيذ مضمون الحكم القضائي

مثل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: **08-09**، قفزة نوعية في مجال توسيع سلطات القاضي الإداري في مجال تنفيذ الأحكام الموجهة ضد الإدارة؛ حيث أنه وقبل هذا التاريخ، لم يكن من سلطة القاضي أن يتدخل بتوجيه أوامر للإدارة المحكوم ضدها وحملها على اتخاذ التدابير اللازمة لتنفيذ مضمون الحكم الصادر ضدها. وهو الإجراء الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب أحكام المادتين **978** و **979** من القانون رقم: **08-09**، واللذان جاء نصهما، كالتالي: " عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، في نفس الحكم القضائي، بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ، عند الاقتضاء"، " عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار ، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، بإصدار قرار إداري جديد في أجل مُحدد".

وتسمح قراءة متأنية للأحكام التي تضمنتها المادتين **978** و **979** أعلاه، منيبدأ الملاحظات التالية:

- تسري أحكام المادتين أعلاه، على الأشخاص المعنوية العامة التي تخضع لاختصاص القضاء الإداري، ونعني بها: الأشخاص المعنوية العامة التي تدخل ضمن اختصاص مجلس الدولة والمحاكم الإدارية طبقاً لأحكام المادتين **800** و **801** من نفس القانون، وهي: الدولة، الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية، المؤسسات

العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية. فضلاً عن جميع الهيئات التي تخضع منازعاتها لاختصاص الهيئات القضائية الإدارية.

- لا يجوز للهيئة الإدارية الفاصلة في الموضوع أن تأمر الإدارة المحكوم ضدها باتخاذ أي من التدابير الهادفة لتنفيذ مضمون الحكم القضائي الموجه ضدها ما لم يُطلب منها ذلك من طرف المدعي أثناء سير الخصومة أو بعد صدور الحكم وثبوت استحالة تنفيذه.
  - تقديم طلب صدور أمر باتخاذ تدابير تنفيذية معينة يكون من طرف المدعي شخصياً، وتسري عليه نفس الأحكام التي تسري على الطلبات الأصلية فيما يتعلق بشروط قبول الدعوى وصحتها، هو إجراء غير إلزامي يُمكن للمدعي التمسك به كما يُمكنه التنازل عنه. وفي جميع الحالات لا يُمكن للقاضي توجيه الأمر من تلقاء نفسها.
  - يجوز للمدعي تقديم الطلب في عريضة افتتاح الدعوى الأصلية أو أثناء سيرها، ويلتزم القاضي هنا بتوجيه أمر إلزامي للإدارة المنطوق بالحكم ضدها باتخاذ التدابير التنفيذية الملائم، ويكون ذلك بموجب نفس الحكم الفاصل في دعوى الموضوع.
  - كما يمكن للمدعي، إن أغفل عن تقديم طلبه أثناء سير الدعوى، القيام بذلك بموجب طلب منفصل، أمام نفس الجهة القضائية الإدارية الفاصلة في دعوى الموضوع. وما على هذه الأخيرة إلا أن تُصدر قراراً جديداً مهوراً بالصيغة التنفيذية للأمر باتخاذ التدابير التنفيذية الإلزامية<sup>27</sup>.
- وتجب الإشارة في الختام إلى أنه لا يجوز لحامل السند التنفيذي الصادر ضد الإدارة تقديم طلب إصدار أمر قضائي باتخاذ تدابير تنفيذ محددة إلا مرة واحدة فقط. وهو في جميع الحالات يحوز القوة التنفيذية ولا يقبل أي وجه من أوجه الطعن فيه.

### ثانياً: الأحكام الهادفة إلى الحصول على تعويض عن الضرر

قرّر المشرع الجزائري تداركاً للثغرات التي يطرحها إعمال مبدأ عدم جواز الحجز على منقولات وعقارات الأشخاص المعنوية العامة وتحقيقاً للاستمرارية والدوام في تسيير المرافق العمومية، جملة من الإجراءات الخاصة والاستثنائية التي يلجأ إليها المستفيد من الحكم القضائي الصادر ضد الإدارة لتحصيل ديونه أو تعويض ما لحقه من ضرر مادي أو معنوي بسبب خطأ أو إهمال من الإدارة العمومية. وتتجسد أهم هذه الإجراءات في الآليتين التاليتين:

#### 1. إجراء تحصيل المبالغ المستحقة من الخزينة العمومية: قرّر هذا الإجراء بموجب أحكام القانون

رقم: 02-91 الذي يُحدّد الأحكام الخاصة بتنفيذ بعض أحكام القضاء<sup>28</sup>. وهو إجراء

استثنائي لا ينطبق إلا في الحالة التي يتَّع فيها إشكالٌ في تنفيذ حكم قضائي منطوقٌ به ضدَّ شخص من أشخاص القانون العام، وذلك ما نصَّت عليه صراحة أحكام المادتين الأولى والخامسة من القانون رقم: 91-02؛ حيث جاء بهما، على التوالي: "يُمكن للجماعات المحليّة والمُؤسّسات العمومية ذات الطّابع الإداري والمستفيدة من أحكام القضاء الصّادرة في التّراعات الواقعة بينها والمُتضمّنة إداّنات مالية، أن تحصلَ على مَبْلَغ الإداّنات لدى الخزينة العمومية بالشّروط المحدّدة في المواد 2 و3 و4 من هذا القانون"، " يُمكن أن يحصلَ على مبلغ الدّيون لدى الخزينة العمومية والشّروط المُحدّدة بالمادة 6 وما يتبعها، المُتقاضون المُستفيدون من أحكام القضاء الّتي تتضمّن إداّنة الدولة والجماعات المحليّة والمُؤسّسات العمومية ذات الطّابع الإداري".

استناداً لأحكام المادتين 01 و 05 سالفتي الذّكر، يمكن إعمال هذا الإجراء يكون استثناءً بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة ضدّ الدولة أو جماعاتها الإقليمية والمرفقية ذات الطّابع الإداري<sup>29</sup>. ويستوي في ذلك، أن يكون الشّخص المُستفيد من الإجراء شخصاً من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، والحدّ سواء إن كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنويّاً<sup>30</sup>. ويمكن تلخيص الإجراءات الخاصة بطلب تحصيل الديون المُستحقة لدى شخص من أشخاص القانون العام على مستوى الخزينة العمومية للدولة، في النقاط التّالية<sup>31</sup>:

- إيداع عريضة مكتوبة بمثابة طلب خطي موجّه إلى الأمين العام للخزينة العمومية من الشّخص حامل السّند التنفيذي مُبدئياً من خلاله رغبته في استيفاء ديونه من الإدارة العمومية المحكوم ضدها؛
- تقديم النّسخة التنفيذية للحكم القضائي؛
- السندات الدالة على استنفاذ المساعي الودية لتنفيذ الحكم، ويتعلق الأمر بمحضر التكاليف بالوفاء، محضر تبليغ التكاليف بالوفاء ومحضر الامتناع عن التنفيذ التي تُثبت استحالة التنفيذ بالطريق العادي وتحوّل خصم الإدارة طلب استيفاء حقّه من الخزينة العمومية للولاية؛
- يتولى الأمين العام للخزينة العمومية إحالة نسخة من الملف إلى النائب العام المختصّ إقليمياً والإدارة العمومية المعنيّة بالحكم، وذلك بقصد التّأكد من صحة الملف والوثائق المقدّمة من طرف خصم الإدارة العمومية؛

- قيام الأمين العام لخزينة الولاية بالأمر بالسحب من حسابات الشّخص المعنوي المحكوم ضده وتحويلها لصالح الشّخص المستفيد من الحكم القضائي.

2. إجراء الغرامة التهديدية: وهي الإجراء المقرّر ضمن أحكام المادة 980 من القانون رقم:

09-08 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. حيث نصّت على أنّه: "يجوزُ

لِلجهة القضائية الإدارية، المطلوب منها اتّخاذ أمر بالتنفيذ وفقاً للمادتين 978 و 979

أعلاه، أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها".

تأسيساً على ذلك، يظهر جلياً، الهدف المُتوخى من وراء تقرير هذا الإجراء الاستثنائي؛ حيث أنّه في الحال التي يُوَجّه فيها القاضي الإداري المُختصّ أمراً باتّخاذ تدابير تنفيذية معيّنة خلال آجال محدّدة لأحد أشخاص القانون العام، ولم يلتزم هذا الأخير بتنفيذ مضمون الأمر القضائي الموجه له باتّخاذ التدابير المطلوبة أو الحال الذي لم تُحدّد فيه تدابير تنفيذ معيّنة تتخذها الإدارة وامتنعت هذه الأخيرة عن التنفيذ، فإنّه يكون للقاضي أن يأمر بتوقيع غرامة تهديدية ضدّ الإدارة التي امتنعت عن التنفيذ.

يعرّفها جانب من الفقه، كالتالي: " الغرامة التهديدية هي أحد الوسائل التي يُمكن أن يلجأ

لها الشّخص لاستنفاذ دينه من الإدارة أو للضغط عليها، بحيث يفرضها القاضي على الإدارة بعد لجوء الشّخص صاحب الحقّ الحائز لقوة الشيء المقضي فيه"<sup>32</sup>.

ويُمكن تحديد الخصائص والإجراءات العامة للغرامة التهديدية في النقاط التالية:

- لا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية إلا في حالة صدور حكم في الموضوع ضدّ الإدارة العمومية وامتناع هذه الأخير عن تنفيذه أو عن اتّخاذ التدبير التنفيذي المطلوب منها؛

- للقاضي السّلطة التقديرية الكاملة في الأمر بالغرامة التهديدية أو عدم الأمر بها مع التقيّد بطلبات المدعي في الدعوى، وله بذلك مطلق السّلطة في تقدير قيمتها وفي تحديد آجال الوفاء بها. ولا يجوز له بأي حال من الأحوال الأمر بها من تلقاء نفسه؛

- الغرامة التهديدية سلاح ذو حدين: فهي وسيلة ردعية تُفرض على أشخاص القانون العام في غياب إجراء الحجز. وهي في الوقت ذاته وسيلة تنفيذية تحمل الإدارة على الاستعجال في تنفيذ الحكم الصّادر ضدها في أقرب الآجال خوفاً من تضاعف قيمة الغرامة المالية التي تُحدّد بالفترة الزمنية وتتضاعف قيمتها عن كلّ فترة تأخير؛

- تكون الغرامة المالية مستقلة عن تعويض الضرر. ويمكن للهيئة القضائية الفاصلة في الموضوع أو في دعوى الاستعجال الأمر بها أو تخفيضها أو حتى إلغاؤها عند الضرورة<sup>33</sup>.
- يمكن للجهة القضائية الآمرة بالغرامة المالية أن تُقرّر عدم دفع جزء منها للمدعي، وذلك في الحال التي تفوق فيه قيمة الغرامة بكثير قيمة الضرر. ولها في ذلك أن تأمر بتحويل الجزء المتبقي على حسابات الخزينة العمومية<sup>34</sup>؛
- أخيراً، للهيئة القضائية الإدارية، في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو في حالة التأخير في التنفيذ أن تقوم بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها<sup>35</sup>.

### ثالثاً: الأحكام الهادفة إلى توقيع عقوبات جزائية

تكريساً للمبدأ الدستوري القاضي بالتزام كل جهاز من أجهزة الدولة بتنفيذ مضمون الأحكام القضائية واحترامها، عيّن المشرع الجزائري بتوفير حماية خاصة بالقائمين بالتنفيذ وبإجراءات التنفيذ، بحد ذاتها. تأسيساً على ذلك، جرمَ هذا الأخير جميع أشكال التزوير أو التحايل على القانون وكلّ فعل من شأنه المساس بسلامة وكرامة الموظفين القائمين على تنفيذ أحكام القضاء. ومثلت النصوص القانونية التي أوردها المشرع الجزائري بشأن تجريم كل خرق أو تحايل في تنفيذ السندات التنفيذية أو التعدي على القائم بذلك، قيمة مضافة لضمان التنفيذ السليم والفعلي. وتُميز بهذا الخصوص بين فئتين من الأحكام العقابية:

**1. الأحكام المتعلقة بحماية القائمين بالتنفيذ:** قرّر المشرع الجزائري في العديد من المناسبات أحكاماً خاصة بحماية الموظفين المؤهلين قانوناً بالإشراف على إجراءات تنفيذ الأحكام والسندات. وفي ذلك نذكر:

- **جريمة إهانة موظف أثناء تأديته لمهامه:** وفي ذلك، ورد نص المادة 144 من قانون العقوبات الجزائري (المعدل) على أنه: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 1.000 دج إلى 500.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أهان قاضياً أو موظفاً أو ضابطاً عمومياً أو قائداً أو أحد رجال القوة العمومية بالقول أو الإشارة أو التهديد أو بإرسال أو تسليم أي شيء إليهم أو بالكتابة أو الرسم غير العلنيين أثناء تأدية وظائفهم أو بمناسبة تأديتها وذلك بقصد المساس بشرفهم أو باعتبارهم أو بالاحترام الواجب لسلطتهم". استناداً لأحكام المادة أعلاه، يُستشف بأن المشرع الجزائري قد كَيّف الأفعال المنطوية على إهانة موظف عمومي بكونها جُنحة مُعاقبٌ عليها بالحبس والغرامة المالية. ويتجسّد الركن المادي

لهذه الجريمة بضدور فعل أو قول عن المتهّم عن طريق الإشارة أو الكتابة أو الرسم فيه مساسٌ بكرامة وشرف واعتبار الموظف المكلف من الدولة. في حين، لم يُعاقب المشرّع على الشروع في الجريمة واعتبرها جريمة تامةً ومحققةً باكتمال السلوك المحرّم عليه.

وفي جميع الحالات، تسري أحكام المادة 144 أعلاه، في حال قيام السلوك المادي للجريمة، ونعني به الإهانة، أثناء قيام الموظف بتأدية مهامه أو بمناسبة تأديتها، أما إذا وقع الفعل ذاته خارج أوقات العمل الرسمية، فإن المسؤولية الجزائية تنتفي في هذه الحالة، ويُعلق باب المتابعة الجزائية بناءً على أحكام المادة 144.

فقد اعتبرت المشرّع الفعل الواقع على موظف عمومي ظرفاً مشدداً للعقوبة بحد ذاته، بدليل أنّ أحكام المادة 440 من قانون العقوبات، تنصّ على أنّه: "يعاقب بالحبس من عشرة (10) أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1.000 د.ج. أو بإحدى هاتين العقوبتين كلّ من أهان بالقول أو الإشارة أو التهديد أو الكتابة أو الرسم غير العلني أو بإرسال أية أشياء لنفس الغرض مواطنًا مكلفًا بأعباء خدمة عمومية أثناء قيامه بأعباء وظيفته أو بمناسبة قيامه بها".

يعني ذلك، أنّ العقوبة تُخفف في حالة ما إذا كان فعل الإهانة موجّهًا لأحد المواطنين المكلفين بأعباء خدمة عمومية، بدليل أنّ التكييف القانوني للسلوك المحرّم قد تعيّر هو كذلك من جنحة إلى مخافة معاقب عليها بالحبس من عشرة (10) أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1.000 د.ج.

واشترط المشرّع في هذا الشأن أيضاً، أنّ يقع الفعل المحرّم عليه أثناء تأدية المواطن المكلف من الدولة بمهامه، بما يُفيد سقوط المسؤولية على المتهم وانتفاء التكييف القانوني الوارد بنص المادة 440، في حال وقوع السلوك ذاته خارج أوقات العمل<sup>36</sup>.

والسؤال الذي يمكن إثارته بهذا الخصوص يتعلق بالوصف القانوني الذي يأخذه فعل الإهانة على القائم بتنفيذ الأحكام القضائية، ونعني به الحضر القضائي، هل تُعتبر الإهانة هنا، جنحةً معاقباً عليها طبقاً لأحكام المادة 144 أم مخالفةً معاقبٌ عليها استناداً لأحكام المادة 440؟

وتصعبُ الإجابة على هذا التساؤل، بالخصوص، بعد استقراء نصّ المادة 610 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09، على أنّه: "إذا تعرّض الضابط العمومي المكلف بالتنفيذ إلى إهانة أثناء أداء وظيفته، وجبَ عليه تحريرُ محضرٍ يُبينُ فيه مناسبة أداء مهمته، والتاريخ والساعة

ومكان المهمة، ونوع الإهانة والألفاظ الصادرة ضده، وأسماء وألقاب الأطراف والشهود الحاضرين أثناء الواقعة.

وتتبع في هذا الشأن الأحكام المقررة في قانون العقوبات".

وهو الحكم ذاته الذي قضت به أحكام المادة 19 من قانون تنظيم مهنة المحضر القضائي، رقم: 03-06 لسنة 2006<sup>37</sup>، حينما نصت على أنه يعاقب على الإهانة أو الاعتداء بالعنف أو القوة على المحضر القضائي خلال تأدية مهامه طبقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات. ومنه، هل يعتبر المحضر القضائي موظف عمومي لإهنته تدخل في نطاق أحكام المادة 144 من قانون العقوبات، أم أنه مواطن مكلف بأعباء عامة إهنته تخضع لحكم المادة 440 من نفس القانون؟

الإجابة على التساؤل أعلاه، تقتضي منا الإحالة لأحكام تنظيم مهنة المحضر القضائي، وبالضبط لأحكام المادة الرابعة منه، والتي تنص بأن: " المحضر القضائي ضابطاً عمومي مفوض من طرف السلطة العمومية، يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته..."<sup>38</sup>. استناداً للوصف القانوني لمهنة المحضر القضائي الوارد ضمن المادة 04 أعلاه، تسري على هذا الأخير أحكام المادتين 144 و 148 من قانون العقوبات باعتباره ضابطاً عمومياً وليس مواطناً مكلفاً بأداء أعباء عامة<sup>39</sup>.

• جريمة التعدي على موظف أثناء تأديته لمهامه: وفي ذلك، ورد نص المادة 148 من قانون

العقوبات الجزائي (المعدل) على أنه: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات كل من يتعدى بالعنف أو القوة على أحد القضاة أو أحد الموظفين أو القواد أو رجال القوة العمومية أو الضباط العموميين في مباشرة أعمال وظائفهم أو بمناسبة مباشرتها".

يأخذ فعل التعدي بالقوة أو العنف على موظف عمومي أثناء تأديته لمهامه أو بمناسبة تأديتها بدوره التكييف القانوني لجنحة مع التشديد في العقوبة تبعاً لخطورة الفعل المجرم عليه. هنا لم يعاقب المشرّع الجزائي على الشروع في الجريمة واعتبرها جريمة تامة. كما أنه يعتد بالنتيجة المحققة من وراء السلوك الإجرامي والوسائل المستخدمة في ذلك كظرف للتشديد، وفي ذلك إحالة للأحكام العامة المقررة في قانون العقوبات<sup>40</sup>.

وفي جميع الحالات، تباشر إجراءات المتابعة الجزائية بعد قيام الضابط العمومي القائم على التنفيذ بتحرير محضر عن ذلك، يتضمن إلزامياً: مناسبة أداء مهمته، والتاريخ والساعة ومكان المهمة، ونوع

الإهانة والألفاظ الصادرة ضده، وأسماء وألقاب الأطراف والشُّهود الحاضرين أثناء الواقعة، وهذا ما قُضت به أحكام المادة 19 من القانون رقم: 06-03 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة<sup>41</sup>.

**2. الأحكام المتعلقة بصحة إجراء التنفيذ:** جرّم المشرع الجزائري كذلك، كافة الأفعال المنصبة على المساس بسلامة وصحة إجراءات تنفيذ السندات التنفيذية وعرقلته، ونذكر بما وردّ من أحكام في هذا الشأن، على سبيل الاستدلال، جريمة منع والامتناع عن تنفيذ حكم قضائي؛ حيث نصّت المادة 138 مكرّر من قانون العقوبات الجزائري (المعدّل)، كالتالي: "كلّ موظّف عمومي استعمل سلطته وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمداً تنفيذه يُعاقب بالسجن من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 5000 إلى 50.000 د.ج."

بناءً على ذلك يُكيّف كلّ منع أو امتناع عن تنفيذ حكم قضائي باعتباره جنحة معاقب عليها قانوناً. وتتحقّق أركان الجريمة بارتكاب موظف عمومي لأحد السلوكات المحدّدة ضمن المادة 138 مكرّر أعلاه، عمداً وبقصد إحداث أثر قانوني<sup>42</sup>. أما الشروع في القيام بالفعل أو وقوعه نتيجة وجود قوة قاهرة حالت دون إمكانية التنفيذ، ينفي ووصف الجريمة على القائم بها ويُسقط باب المتابعة الجزائية، مع حقّ الطرف المتضرّر قائماً.

**خاتمة:** في ختام هذه الدراسة المنصبة على بيان إشكالات تنفيذ الأحكام المنطوق بها في مواجهة الإدارة العمومية والضمانات المقررة قانوناً لتسويتها وحماية حقوق المتعاملين مع الإدارة، تمكنا من التأكيد على اتجاه إرادة المشرّع الجزائري يوماً بعد يوم إلى إعادة التوازن في العلاقات القائمة بين السلطة العامة، من جهة، والمصالح والحقوق الخاصة للأفراد المتعاملين معها. وذلك من خلال حمل هذه الأخيرة وإلزامها بتنفيذ الأحكام الموجهة ضدها واحترامها والالتزام باتخاذ كافة التدابير الكفيلة بتمكين خصمها من حقوقه المقررة قانوناً.

وفي هذا المسار، مثل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد قيمة مضافة تلافى من خلاله المشرّع العديد من الثغرات التي لطالما كانت سبباً لإشكالات في التنفيذ؛ فالقاعدة القاضية بعدم جواز الحجز على ممتلكات الإدارة العامة، مثلت في الحقيقة سلاحاً ذو حدين، لطالما استخدمته الإدارات العمومية من أجل تبرير امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية الموجهة ضدها، وذلك ما أدّى من الناحية العملية إلى كتلة من الملفات العالقة بسبب إشكال في التنفيذ بين المواطن الضعيف والسلطات العمومية المتعسّفة في استعمال حقّها.

وفي الحقيقة، تحققت قفزة نوعية من خلال الحلول البديلة عن إجراء الحجز المقرر في المواد المدنية والإدارية، والتي بموجبها مكنّ المشرّع الجزائري حامل السندّ التنفيذ وخصم الإدارة من استصدار أمر قضائي يلزم الإدارة المحكوم ضدها على اتّخاذ التدابير التنفيذية التي يقررها القاضي الإداري بصورة إلزامية وتحت طائلة الحكم بغرامة تهديدية بناءً على طلب المدعي حامل السندّ التنفيذي. وحسنا فعل المشرّع الجزائري عندما حوّل خصم الإدارة تقديم طلب الأمر باتّخاذ تدابير تنفيذية معينة عند افتتاح الدعوى، أثناء سير الخصومة، وحتى، بعد صدور الحكم. كما يُؤثر على المشرّع الصياغة المرنة التي اعتمدها في تحديد سلطة القاضي الإداري في تقرير التدبير التنفيذي الملثّم وآجاله، وكذا، سلطته الواسعة في تحديد قيمة الغرامة التهديدية وآجالها وإجراءات تصفيتها. وكلّت مساعي المشرّع الجزائري للحدّ من نفوذ وسلطة الإدارة العامة وتعسفها في تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها بتجريمه لكل منع أو امتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدّ أحد أشخاص القانون العام، مع التأكيد على ذلك ضمن أحكام الدستور.

#### الهوامش:

<sup>1</sup>مجرّد صدور الحكم بالإلغاء في مواجهة الإدارة مصدرة القرار الإداري محلّ الطعن، يقع على هذه الأخيرة التزام قانوني باتّخاذ مجموعة من التدابير الإيجابية الرامية إلى إزالة الآثار القانونية للقرار الملغى من جهة، وكذا، إنهاء الآثار القانونية لجميع الأعمال القانونية التي يستند عليها في قيامه.

أنظر: حسينة شيرون، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها (دراسة في القانون الإداري والجنائي الجزائري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.35.

<sup>2</sup> وفي ذلك، ورّد عن الأستاذ "أندري دولوبادير" (André De Laubadère) بالقول، كالتالي: "عندما ينطق قاضي تجاوز السّلطة في المواد الإدارية بإبطال القرار الإداري المنفّذ، يكون الإبطال بطبيعته رجعيًا، ويُعتبر القرار وكأنّه لم يُجدأ أبدًا، ويجب هنا أن يتمّ نحو الأثر القانوني الذي تولّد عنه". أنظر:

A .De Laubadère, *Traité de droit administratif*, T.01, 14<sup>ème</sup> édition, éditions L.G.D.J., Paris, 1996, p.592.

<sup>3</sup> وللإدارة في ذلك، أن تسعى في تنفيذ مضمون القرار الإداري بشتّى الوسائل والأساليب، ولها في ذلك أن تلجأ للتنفيذ الجبري المباشر سعيًا منها للحفاظ على التّظام العام وتحقيق المصلحة العامة. وتعتبر هذه الوسيلة من أهمّ الامتيازات التي تتمتع بها السّلطة الإدارية في مزاولتها لنشاطها، إذ تستطيع الإدارة أن تقوم بتنفيذ قراراتها بشكل مباشر على الأفراد دون أن تلجأ إلى القضاء للحصول منه على إذن بالتنفيذ. ولها في ذلك، سلّطة تقديرية نسبية تُقيّدُها مجموعة من الضوابط القانونية الموضوعية والشكلية.

<sup>4</sup> قانون رقم: 08-09 المؤرّخ بتاريخ: 25 فيفري 2008 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج.ر.ج.ج. رقم: 21 الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008).

<sup>5</sup> وذلك ممّا ورّد ضمن أحكام القضاء الفرنسي؛ حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية السيد "روديار" (Rodière)، الصادر بتاريخ 26 ديسمبر من العام 1925، والذي يقضي بإلغاء جدول الترقيات الصّادر لحساب زملاء السيد «روديار» (Rodière) من دونه. وأنّه يترتب عن ذلك، التزام الإدارة بإعادة ترتيب المسار الوظيفي لكلّ الموظفين المعنيين بأثر رجعي، وكان ذلك الجدول لم يكن.

وَرَدَ ضِمْنِ: أسماء العقون، تنفيذ الأحكام القضائية ضد الإدارة، مذكرة Master أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، السنة الجامعية: 2012-2013، ص.21.

<sup>6</sup> ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة (ج.م.ع.)، 1995، ص.350.

<sup>7</sup> يقول في ذات المعنى الأستاذ "محمد الجدلاي" في أحد منشوراته: "استقلال القضاء وسيادته وهيبة أحكامه لا تكون إلا بتنفيذ الأحكام القضائية النهائية فور صدورها دون أي تعطيل ولا ممانعة. إن تعطيل هذه الحقوق يفضي إلى انتشار الفساد، ويضطر أصحاب الحقوق إلى سلوك المسالك - غير المشروعة - والرضوخ للمساومة من بعض ضعاف النفوس حتى يتمكنوا من الوصول إلى حقوقهم".

أنظر: محمد الجدلاي، (من المسؤول عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري؟)، مقال منشور في جريدة الرياض، بتاريخ: 13 فيفري 2016، العدد: 17400، موقع الانترنت:

<http://www.alriyadh.com/1128282>

<sup>8</sup> أنظر: أسماء العقون، مرجع سابق، ص.26.

<sup>9</sup> يُميّز هذا الخصوص، الدكتور "عبد الرحمان بربارة" بين "السند التنفيذي" و"السند المهور بالصيغة التنفيذية"؛ حيث يقول: "...تُميّز هنا بين السند التنفيذي وبين السند المهور بالصيغة التنفيذي، فالمادة 600 من ق م إ حدّدت حصراً قائمة بالسندات التنفيذية... غير أنّ ذلك لا يعني بأنّ كلّ السندات يجب إخضاعها لوجوب توقّف التسخة التنفيذية. ذلك أنّ الشرط يخصّ بعض السندات الصادرة عن الجهات القضائية أو العقود التوثيقية وهي السندات الغالبة أثناء التنفيذ كأحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية وقرارات المحكمة العليا المنضمة التزام بالتنفيذ وأحكام المحاكم الإدارية وقرارات مجلس الدولة والعقود التوثيقية المتعلقة بالإجارات التجارية والسككية المحددة المدة، وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة.

في المقابل، لا يشترط المشرّع في بعض السندات التنفيذية أن تكون مهوراً بالصيغة التنفيذية، إنّما يتمّ تنفيذ المنطوق بمجرد صدورها، ونقصها بها الأوامر الاستعجالية التي تُنفذ بموجب المسوّدة والأوامر على العرائض. كما أنّ الشيكات والسفاح يتمّ تنفيذها جبراً بعد التبليغ الرسمي للاحتجاج إلى المدّين طبقاً لأحكام القانون التجاري".

أنظر: عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص.136-137.

<sup>10</sup> للمزيد من التفاصيل بشأن: التسخة التنفيذية، أنظر: عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص.137-140.

<sup>11</sup> في حين تنتهي السندات التنفيذية في المواد المدنية، طبقاً لما ورّد بنص المادة 601 من القانون رقم: 08-09، بالصيغة الآتية: "وبناءً على ما تقدّم، فإنّ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر جميع المحضرين، وكذا، كلّ الأعوان الذين طُلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم، القرار...، وعلى التواب العامّين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مدّ يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طُلب إليهم ذلك بصفة قانونية"

<sup>12</sup> طبقاً لأحكام المادة 602 من القانون رقم: 08-09، لا تُسَلَّم التسخة التنفيذية الموقع عليها من طرف رئيس أمناء الضبط أو الضابط العمومي، والحاملة لعبارة " نسخة تنفيذية مطابقة للأصل"، والحاملة لختم الجهة الرسمية التي أصدرتها، إلّا للمستفيد شخصياً أو وكيله القانوني.

<sup>13</sup> نصّت المادة 603 من القانون رقم: 08-09، على أنّه بإمكان الشّخص الذي أضع النسخة التنفيذية للحكم، أن يطلب الحصول على نسخة ثانية بموجب أمر على ذيل العريضة وفقاً للإجراءات التالية:

- التقدّم بعريضة معلّلة ومسيّبة، مؤرّخة وموقّعة منه؛
- القيام باستدعاء الأطراف للحضور أمام رئيس الجهة القضائية المختصة، لإبداء ملاحظاتهم التي تُدوّن في محضّر يُرفق مع أصل الأمر الصّادر.

<sup>14</sup> أنظر: أسماء العقون، مرجع سابق، ص.17 و18.

<sup>15</sup> عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص.26.

<sup>16</sup> عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09، الطبعة الثانية، دار البغدادي للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2009، ص.314.

<sup>17</sup> طبقاً لأحكام المادة 407 من القانون رقم: 08-09، وَرَدَ النصّ على أنّه، يجب أن يتضمّن محضر تبليغ السند في أصله وتُسجّبه، البيانات التالية:

- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وتوقيعه وختمه؛
- تاريخ التبليغ بالحروف وساعته؛
- اسم ولقب طالب التبليغ وموطنه؛
- تسمية وطبيعة والمقرّ الاجتماعي وصفة الممثل القانوني و/أو الاتفاقي بالنسبة للشخص المعنوي طالب التبليغ؛
- اسم وموطن ولقب الشخص الذي تلقى التبليغ، مع ذكر التسمية والطبيعة والمقرّ الاجتماعي وصفة الممثل القانوني و/أو الاتفاقي بالنسبة للشخص المعنوي؛
- توقيع الشخص الذي تلقى التبليغ وبيان طبيعة الوثيقة التي تُثبِتُ هويته ورقمها وتاريخ إصدارها؛
- الإشارة إلى تسليم الوثيقة موضوع التبليغ الرسمي إلى المُبلِّغ له؛

هذا، وقد أشارت الفقرة الأخيرة من نصّ المادة أعلاه، على أنّه إذا لم يتضمّن محضر التبليغ الرسميّ هذه البيانات على سبيل الإلزام، فإنّه يكون للمطلوب تبليغه الدّفع بطلانه قبل إثارته لأيّ دَفْعٍ أو دَفَاعٍ.

<sup>18</sup> راجع: نصّ المادة 408 من القانون رقم: 08-09، سالف الذّكر.

<sup>19</sup> راجع: نصّ المادة 411 من القانون رقم: 08-09، سالف الذّكر.

<sup>20</sup> راجع: نصّ المادة 410 من القانون رقم: 08-09، سالف الذّكر.

<sup>21</sup> علّق بهذا الخصوص الدكتور "عبد الرحمان بربارة" على صياغة المادة 613 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ حيث يعتبر أنّها وَرَدَتْ في صيغة أمر، وأنّه لا جدوى من وراء ذكر عبارة (البيانات المعتادة) لغياب أيّ نصّ قانوني سابق يحددها.

أنظر: عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقاً للتشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 149.

<sup>22</sup> يعلّق على ذلك الدكتور "عبد الرحمان بربارة"، بالقول: "...السبب الرئيسي الذي دَفَع بالمشرّع إلى اعتماد صياغة المادة 612 أعلاه، هو تحقيق غايتين:

- تقليص مُدّة إعلان السند التنفيذي من عشرين (20) يوماً كما هو مبيّن في المادة 330 من ق.إ.م.، إلى خمسة عشر (15)

يوماً بغرض إحداث انسجام مع المدة المحددة في الحجز التحفظي تحبباً لأيّ فراغ بين الفترتين الزميتين.

- اعتماد مصطلح أنسب من ذلك المعمول به وفقاً لقانون الإجراءات المدنية وهو الإلزام بالدفع، وتعويضه بالتكليف بالوفاء. لأنّ الوفاء أشمل وأدقّ في الدلالة. وموضوع التنفيذ ليس بالضرورة إلزاماً بدفع شيء، إنّما الوفاء بما تضمنته السند التنفيذي"

المرجع نفسه، ص.147-148.

<sup>23</sup> راجع: نصّ المادة 614 من القانون رقم: 08-09، سالف الذّكر.

<sup>24</sup> راجع: نصي المادتين 646 و647 من القانون رقم: 08-09، سالف الذّكر.

<sup>25</sup> قانون رقم: 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمّن قانون الأملاك الوطنية (ج.ر.ج.ج. رقم: 52 لسنة 1990).

<sup>26</sup> قانون رقم: 08-14 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المتضمّن قانون الأملاك الوطنية (ج.ر.ج.ج. رقم: 44 لسنة 2008).

<sup>27</sup> للمزيد من التفاصيل، أنظر: محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم، عناية/الجزائر، 2009، ص. 392/عبد

الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، مرجع سابق، ص. 307-310.

<sup>28</sup> قانون رقم: 91-02 المؤرخ في 09 جانفي 1991 يحدد الأحكام الخاصة المطبقة على أحكام القضاء (ج.ر.ج.ج. رقم: 02 لسنة 1991).

<sup>29</sup> وتُستثنى من ذلك المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تخضع لإجراءات التنفيذ المقررة على أموال المؤسسات الخاصة، باستثناء الأملاك الموضوعة تحت تصرفاً للمنفعة العامة.

أنظر: عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، مرجع سابق، ص. 304

<sup>30</sup> أنظر: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، د. م. ج.، الجزائر، 2007، ص. 346.

أنظر: عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، مرجع سابق، ص. 304

<sup>31</sup> راجع: المواد من 02 إلى 09 من القانون رقم: 91-02، سالف الذكر.

<sup>32</sup> أنظر: أسماء العقون، مرجع سابق، ص. 44.

<sup>33</sup> راجع أحكام المادتين 982 و 984 من القانون رقم: 08-09، سالف الذكر.

<sup>34</sup> راجع أحكام المادة 985 من القانون رقم: 08-09، سالف الذكر.

<sup>35</sup> يعرف الدكتور " عبد الرحمان بربارة" التصفية، بالقول: " يُقصد بتصفية الغرامات التهديدية وضع حدٍّ لسريانها مع تحديد المبلغ الإجمالي عن طريق عملية ضرب المبلغ المحدد في عدد الأيام التي لم يستجب فيها المنفذ عليه مع مراعاة تناسب المبلغ الإجمالي مع الضّرر".

أنظر: عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، مرجع سابق، ص. 314

<sup>36</sup> المرجع نفسه، ص. 370-371.

<sup>37</sup> قانون رقم: 06-03 المؤرخ في 20 فيفري 2008 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي (ج.ر.ج.ج. رقم: 14 لسنة 2006).

<sup>38</sup> تأكيداً لذلك، نصّت المادة 03 من القانون 06-03، أعلاه، على أنه: " تُنشأ وتُلغى المكاتب القضائية للمحضرين العموميين بموجب قرار من وزير العدل، حافظ الأختام".

<sup>39</sup> ويتأكد الطّرح أعلاه، باستقراء نصّ المادة 13 من الأمر رقم: 96-02 لسنة 1996، المتعلق بتنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة التي نصّت

صراحة، على أنه: " يُعاقب على الإهانة أو الاعتداء أو العنف أو القوة على محافظ البيع بالمزايدة من خلال تأديبة وظائفه، حسب

الحالة، طبقاً لأحكام المادتين 144 و 148 من قانون العقوبات". حيث ورَدَ النصّ هنا صراحة على الإحالة لنصّي المادتين 144 و 148

من قانون العقوبات، خلافاً للصياغة التي جاءت بها أحكام تنظيم مهنة المحضر القضائي.

<sup>40</sup> أكثر من ذلك، جرّم المشرّع الجزائري ضمن أحكام المادة 183 من قانون العقوبات كلّ هجوم على الموظفين أو ممثلي السّلطة

العمومية القائمين بالأوامر أو القرارات الصادرة منها أو الأوامر القضائية، وكذا كلّ مقاومة لهم، بالعنف أو التعدي، وأطلق عله الوصف

القانوني لجريمة العصيان. كما حدّدت العقوبات المقررة تبعاً لجسامة التعدي وآثاره ضمن أحكام المواد من 184 إلى 186 من نفس

القانون.

<sup>41</sup> يُعلّق على صياغة المادة 19 من القانون رقم: 06-03، الدكتور " عبد الرحمان بربارة"، قائلاً: " هذه الصياغة تُثير تساؤلاً من

وجهين:

- أن المشرّع استعمل صيغة الوجوب لما يجعلنا أمام احتمال معيّن، إمّا وجوب تحرير محضر حول الوقائع على وجه الإنزام

بحيث لا يملك الضابط العمومي أيّ اختيار، أو وجوب تحرير محضر إذا أراد الضابط العمومي الاستفادة من الحماية المقررة

لفائدته، ونحن نُرجح الفرضية الثانية لكون المنصّر هو أكثر الناس حرصاً على حقوقه.

- أن تحرير المحضر حول الوقائع من طرف الضابط العمومي الذي كان ضحية، يتعارض مع مبدأ قانوني يمتنع المدعي من

أنظر: عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، مرجع سابق، ص ص. 371-372.

<sup>42</sup> يقول بهذا الخصوص الدكتور " عبد الرحمان بربارة" بأن المقصود بالموظف العمومي في مفهوم المادة 138 مكرّر هو المعنى الضيق للمصطلح؛ وبني المعنى الواسع المحدد بنص المادة 02 من القانون رقم: 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته؛ حيث يشمل وصف الموظف العمومي، الأشخاص التالية:

- كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً أو في أحد المجالس المحلية المنتخبة، سواء أكان مُعيناً أو مُنتخباً، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.
  - كل شخص آخر يتولّى ولو مؤقتاً، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض أسماؤها، أو أية مؤسسة أخرى تُقدّم خدمة عمومية.
  - كل شخص آخر معرّف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.
- بناءً على ذلك، يقترح الدكتور تعديل نص المادة 138 مكرّر من قانون العقوبات، كالتالي: "... كل موظف سواء أكان موظفاً في مؤسسة عمومية أو موظفاً في مؤسسة خاصة أو في البنوك أو غيرها...".

أنظر: عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، مرجع سابق، ص ص. 376-377.

## الأنظمة المتبعة في تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وموقف المشرع الجزائري منها

أ.نعيمة جارو

أستاذة مؤقتة بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج -

### الملخص

إن موضوع تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص خاصة أن الحياة الاجتماعية والإقتصادية للدولة لم تعد محدودة بحدودها السياسية ، بل أصبحت تتعدى هذه الحدود لتتصل بحياة الجماعات الأخرى ، و قد عمدت الجزائر على غرار بقية الدول عند تنظيمها لمسائل آثار الأحكام القضائية الأجنبية في إقليمها إلى التوفيق بين اعتبارين هامين : الأول يتمثل في حاجة المعاملات الدولية والمحافظة على مصالح الأفراد الخاصة الدولية عبر الحدود من ناحية وسيادة الدولة على إقليمها من ناحية أخرى ، وليس كل الأحكام على اختلاف أنواعها تكون قابلة للتنفيذ في الدولة الجزائرية ، وإنما ينبغي من حيث المبدأ أن يتعلق الأمر بحكم قضائي أجنبي صادر في شأن منازعة من منازعات القانون الدولي الخاص ، مع الإشارة إلى أن الدول لا تسير على وتيرة عند تنفيذها للأحكام القضائية الأجنبية وإنما تختلف فيما بينها بحسب تمسكها بمبدأ السيادة الإقليمية ، وقد أخذت الجزائر في هذا الشأن بنظام المراقبة.

تخضع أغلب التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في إقليمها إلى رقابة الغاية منها هي التحقق من خلو هذه الأحكام من العيوب الجوهرية التي تعيق تنفيذه في الجزائر، ويتم ذلك عن طريق دعوى الأمر بالتنفيذ. و مضمون الحكم الصادر في هذه الدعوى لا يمكن أن يأخذ إلا إحدى صورتين : الصورة الأولى تتمثل في منح الأمر بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي ، وفي هذه الحالة تترتب مجموعة من الآثار تتمثل في قوة التنفيذ ، حجية الأمر المقضي فيه ، إضافة إلى الضمانات المتعلقة بالتنفيذ. والصورة الثانية تتمثل في رفض منح الأمر بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي ، و إلى جانب الآثار المترتبة عن الحكم الصادر في دعوى طلب الأمر بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي، فإنه تترتب عنه آثار منها ما يتعلق بحجية الحكم القضائي الأجنبي ومنها ما يتعلق بصفته واقعة قانونية ، وأخرى باعتباره سندا يكون له بهذا الوصف قوة في الإثبات.

## Le résumé:

Le problème relatif à l'exécution des décisions judiciaires étrangères constitue l'un des problèmes fondamentaux du droit international privé, dans la mesure où la vie économique et sociale au sein de l'état n'est plus enserrée dans ses frontières politiques mais déborde ces frontières pour aller à la rencontre des autres communautés. Dans son organisation interne, l'Algérie, au même titre que les autres états, s'est intéressée aux questions relatives aux effets des décisions judiciaires étrangères sur son territoire en prenant en considération deux critères fondamentaux: le premier lié à la nécessité des relations internationales et à la protection des intérêts privés des personnes à travers les frontières d'une part, et à la souveraineté et l'Etat sur son territoire d'autre part. Par ailleurs, toutes les décisions judiciaires, dans toutes leurs variétés, ne sont pas susceptibles d'exécution sur le territoire algérien, mais il faut, par principe, qu'il s'agisse d'une décision judiciaire étrangère prononcée au titre d'un litige relevant du droit international privé, en soulignant que les Etats n'agissent pas de la même façon s'agissant de l'exécution des jugements étrangers, mais différent entre eux sur la perception du principe de souveraineté territoriale.

### مقدمة

تلجأ الدول في سبيل تنظيم حياة مجتمعها إلى وسيلتين : الأولى وهي الوسيلة التشريعية تتوجه بموجبها بخطاب لكافة الأفراد ويعبر عنها بالقوانين ، حيث أن المشرع يضع قواعد تبين حقوق الأفراد والتزاماتهم ، أما الوسيلة الثانية فهي الوسيلة القضائية ويقصد بها حسم المنازعات التي تثور بين الأفراد ، ويعبر عنها بالأحكام القضائية ، حيث يعد الحكم القضائي بمثابة الحجر الأساسي في صرح القانون ، إذ أنه هو الذي يكفل إخراج كافة القواعد القانونية إلى حيز الوجود ، ولا شك أن هذا الحكم سيغدو عديم الفائدة إذا لم يحظ بالتنفيذ سواء كان تنفيذا اختياريا أو إجباريا .

وإذا كان الهدف من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو في نهاية المطاف تمكين الأفراد من الحصول على حكم قضائي قابل للتنفيذ ومنتج لآثاره ، فإن هدف القانون الدولي الخاص هو إمكانية تنفيذ هذا الحكم القضائي خارج حدود الدولة التي أصدرته، إذ يعتبر موضوع تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية من الموضوعات العملية التي تفعل دور القانون الدولي الخاص ، ويتحقق ذلك عندما يكون تنسيق متكامل من قبل الدول من أجل ذلك ، فهذه القانون الدولي الخاص هو التنسيق والإمتداد والتعايش السلمي فيما بين الدول .

والحقيقة أن هناك اعتبارين أساسيين يتنازعان الإعراف بالحكم القضائي الأجنبي وتنفيذه في الجزائر على غرار بقية الدول :

**الإعتراف الأول :** يتمثل في أن الإعراف غير المشروط بالأحكام القضائية الأجنبية لدولة ما ومعاملتها معاملة الأحكام الوطنية يتضمن معنى الخضوع لسيادة الدولة والتي صدر الحكم عن محاكمها ، وهو ما يتنافى مع اعتبارات السيادة .

**الإعتراف الثاني :** يتمثل في أن عدم الإعراف بالأحكام القضائية الأجنبية ورفض تنفيذها بصورة مطلقة يتعارض مع حاجة المعاملات الدولية والمحافظة على مصالح الأفراد عبر الحدود ، ويؤدي في النهاية إلى نتائج غير مقبولة في محيط المعاملات الخاصة الدولية .

وللتوفيق بين هذين الاعتبارين لم تشأ غالبية الدول ومن بينها الجزائر أن تعترف بالأحكام القضائية الأجنبية بصورة مطلقة بل تترها منزلة وسطا بين هذين الاعتبارين ، فأجازت تنفيذ هذه الأحكام ولكن بشروط وقيود .

ولا تبدو ثمة مشكلة في تنفيذ الأحكام القضائية الوطنية الجزائرية إذ أن سلطة القضاء وسلطة التنفيذ تخضعان لذات السيادة ، لكن إذا تطرقت الصفة الأجنبية للحكم فإنه يجب التفرقة بين فرضين :

**الأول :** إذا أريد التنفيذ داخل الدولة الجزائرية التي صدر فيها الحكم ، ففي هذا الفرض يجرى تنفيذ الحكم في الدولة الجزائرية بمقتضى قواعد التنفيذ الجبري شأنه في ذلك شأن سائر الأحكام الوطنية التي تصدرها .

**الثاني :** إذا أريد التنفيذ في دولة غير التي صدر الحكم فيها ، ففي هذا الفرض يصدر الحكم باسم سيادة الدولة الجزائرية ، وتعمل سلطة التنفيذ باسم سيادة دولة أخرى ، أو العكس إذا صدر الحكم عن محكمة أجنبية وأريد التنفيذ داخل الدولة الجزائرية ، وهذه هي عقدة المشكلة ، فانفصال السلطة القضائية عن سلطة التنفيذ وإخضاع كل منهما لسيادة دولة غير تلك التي تخضع لها الأخرى يثير إشكالية تتمثل في :

**مدى ضرورة الإعراف بالأحكام القضائية الأجنبية ومدى إمكانية تنفيذها داخل الدولة الجزائرية ؟.**

ومن أجل معالجة هذه الإشكالية اتبعنا الخطة التالية :

المبحث الأول : قواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية.

المبحث الثاني : دعوى الأمر بالتنفيذ كأسلوب حديث انتهجه المشرع الجزائري لتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي .

المبحث الأول : قواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية

ليس كل الأحكام القضائية الأجنبية على اختلاف أنواعها تكون قابلة للتنفيذ خارج التي أصدرتها ، ذلك أن الحكم القضائي الأجنبي يشمل كل من الأحكام القضائية الأجنبية الجزائية ، المالية ، والإدارية ، كذلك تعتبر أحكاماً أجنبية كل من السندات الرسمية الأجنبية وأحكام التحكيم الأجنبية ، لكن الوضع مختلف بالنسبة لكل نوع من هذه الأحكام فيما يخص تنفيذها ، لذلك ينبغي من حيث المبدأ أن يتعلق الأمر بحكم قضائي أجنبي صادر في منازعة من منازعات القانون الدولي الخاص . وتجدر الإشارة إلى أن الدول لا تسير على وتيرة واحدة عند تنفيذها للأحكام القضائية الأجنبية و إنما تختلف فيما بينها بحسب تمسكها بمبدأ السيادة الإقليمية .

### المطلب الأول : الأنظمة المتبعة في تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية

اتفقت معظم الدول على ضرورة التوفيق بين اعتبارات السيادة واعتبارات المعاملات الدولية وحاجة مصالح التجارة الدولية ولكنها اختلفت فيما بينها حول وسيلة هذا التوفيق :

#### أولاً : نظام الدعوى الجديدة

يسود هذا النظام في الدول الأنجلوأمريكية والدول المتأثرة بها ويستلزم هذا النظام كي يحدث الحكم القضائي الأجنبي أثره خارج إقليم الدولة التي أصدرته محاكمها أن يقوم من صدر الحكم لصالحه برفع دعوى جديدة أمام القضاء الوطني للمطالبة من جديد بالحق الذي أقره الحكم الأجنبي ، وفي هذه الدعوى الجديدة يعتد القاضي بالحكم القضائي الأجنبي بوصفه دليلاً قاطعاً في الدعوى على ثبوت الحق المطالب به أي دليلاً لا يقبل العكس ، ولو كان معيباً بخطأ في القانون أو خطأ في الواقع ، وذلك لأن المحاكم الإنجليزية ليست محاكم إستئنافية للمحكمة التي أصدرت الحكم<sup>(1)</sup> . ويكون الحكم الصادر في الدعوى من المحاكم الوطنية بثبوت الحق المطالب به على هذا الوجه هو القابل للتنفيذ في الدولة في كل حالة لا يكون فيها هذا الحكم قابلاً للتنفيذ بموجب معاهدة<sup>(2)</sup> .

#### ثانياً : نظام الأمر بالتنفيذ

يسود هذا النظام بصفة خاصة في بلاد القارة الأوروبية والبلاد التي تحذو حذوها ، ويقضي هذا النظام بأن على صاحب المصلحة أن يلجأ عند تنفيذ حكمه إلى القضاء في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ليستصدر منها ما يسمى بالأمر بالتنفيذ والذي يصدره يرقى الحكم إلى مصاف الحكم الوطني<sup>(3)</sup> . و القاضي حين يعرض عليه طلب الأمر بتنفيذ حكم قضائي أجنبي إما أن يقبل هذا الطلب وبالتالي يتسنى التنفيذ الجبري لهذا الحكم في دولة القاضي ، وإما أن يرفض ذلك الطلب فيمتنع تنفيذ الحكم الأجنبي عندئذ في هذه الدولة<sup>(4)</sup> .

و حين يقبل القاضي الأمر بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي هل يقف دور القاضي عند حد التحقق من توافر مجموعة من الشروط للتحقق من صحته واستجابته لمقتضيات العدالة ، أم أن عمله يمتد إلى أكثر من ذلك ، إلى مراجعة الحكم من حيث الواقع ومن حيث القانون ليطمئن إلى أن القاضي الذي أصدره قد أحسن القضاء (5) .

#### أ/ أسلوب المراجعة

يمثل هذا الأسلوب أول نظام فرض نفسه تاريخيا (6)، ويقضي هذا النظام وفق ما يدل عليه إسمه بمراجعة الدعوى التي صدر الحكم القضائي الأجنبي بشأنها ، حيث تقوم محكمة بلد التنفيذ بدراسة الوقائع من جديد فيما إذا كان القاضي الأجنبي قد طبق عليها القانون بشكل صحيح أم لا (7)، وتؤدي المراجعة بالأساس إما لرفض منح الأمر بالتنفيذ أو إلى تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي جزئيا أو كليا ولا شئ غير ذلك (8) .

استمر تطبيق هذا النظام لأكثر من قرن من الزمن إلا أن هجمات الفقه الموجهة إليه جعلت الفقه الفرنسي يعدل عنه ابتداء من النصف الثاني من القرن العشرين (9)، وأكدت محكمة التمييز تأييدها لهذا الاتجاه لأول مرة في قرار munzer الصادر في 1964/01/07 و عددت بصور حصرية شروط منح الصيغة التنفيذية وهي (10) :

-إختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم الأجنبي.

-صحة الإجراءات المتبعة في تنفيذ الحكم الأجنبي، وكان هذا الشرط بمناسبة تنفيذ حكم "دي وريد" سنة 1900 (11) .

-أن يكون صادرا استنادا إلى القانون الفرنسي المختص حسب قواعد القانون الفرنسي حول تنازع القوانين، وقد ظهر هذا الشرط بمناسبة تنفيذ حكم محكمين صادر سنة 1945 عن محكمة النقض (12) .

-أن لا يكون متعارضا مع النظام العام الفرنسي، وظهر هذا الشرط بمناسبة تنفيذ حكم بولكلي "Bulkly" سنة 1860 (13) .

-أن لا يكون مشوبا بظلم واضح، وهو شرط أضافه كل من الفقه وقضاء محكمة السين (14)، ولقد تعرض هذا الشرط لأشد الإنتقادات لأنه يفسح المجال للتفسيرات الإعتباطية (15) .

هذه الشروط الخمسة تم تخفيضها إلى أربعة شروط، حيث تم إدماج شرط انتظام الإجراءات المتبعة أمام الهيئة القضائية الأجنبية في شرط المطابقة مع النظام العام وكان ذلك بموجب قرار "Bachir" الصادر عن الغرفة المدنية (16) .

هذه الشروط تم تخفيضها مرة أخرى إلى ثلاثة شروط حيث تم حذف شرط مراقبة القانون الواجب التطبيق وذلك بموجب قرار *cornelissen* الصادر في 20/02/2007<sup>(17)</sup>.

لكن نظام المراجعة هذا لا يحقق مصالح الأفراد في العلاقات الدولية الخاصة لأنه يلزم طالب التنفيذ برفع دعوى جديدة في بلد التنفيذ وهذا سيؤدي إلى إهدار المال والوقت وهو ما يعني عندئذ الإهدار الكامل للحكم القضائي الأجنبي ، كما أنه يعرض تطبيقه القاضي المختص بمنح الصيغة التنفيذية لصعوبات لا يكمنه تذييلها ، فكيف يمكن للقاضي على سبيل المثال الوقوف على وقائع حصلت على بعد آلاف الكيلو مترات منه حيث يتعذر عليه تكوين عقيدته من أدلة تمت في الخارج.

كما أن نظام المراجعة يجعل محكمة الأمر بالتنفيذ بمثابة محكمة إستئنافية بالنسبة للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه<sup>(18)</sup>.

أمام موضوعية هذه الإنتقادات كان من الضروري العدول عن هذا النظام بالأخص في فرنسا واتباع نظام آخر هو نظام المراقبة.

#### ب/ نظام المراقبة :

ينطلق هذا النظام من فكرة احترام الحق المكتسب (الحكم القضائي الأجنبي)<sup>(19)</sup>، ففي ظل هذا النظام تقوم المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بالتنفيذ بنوع من الرقابة الخارجية للحكم للوقوف على أنه استوفى شروط معينة أطلق عليها الفقه عادة تسمية شروط صحة الحكم الأجنبي من الوجهة الدولية<sup>(20)</sup>، وبناء على ذلك فإن الحكم المراد تنفيذه يتمتع بحجية المر المقتضي به فهو قرينة على أنه صدر صحيحا من حيث إجراءاته<sup>(21)</sup>، وبالرجوع للأحكام الفرنسية السالفة الذكر - *les arrêts* Munzer et Bachir et Cornelissen نجد أن هذه الشروط تتمثل فيما يلي<sup>(22)</sup>:

-إختصاص الجهة القضائية الأجنبية من الوجهة الدولية.

-أن لا يكون الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام بمعناه الدولي.

-غياب أي غش نحو القانون.

وهناك شرط آخر لم تذكره الأحكام السابقة، مما يعني عدم أخذها به وهو شرط المعاملة بالمثل، وإن كان هذا الشرط قد أخذت به الكثير من القوانين كالقانون المغربي والقانون الألماني والقانون الإنجليزي<sup>(23)</sup>.

في الحقيقة أن المفاضلة النظرية بين نظامي الدعوى الجديدة والأمر بالتنفيذ قد لا تقوم ، فكلاهما في عمق التفكير يسعى لتحقيق المواءمة أو الموازنة بين الطابع الوطني والطابع الدولي اللذان يتنازعان مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية ، والمرد النهائي في تقدير هذين النظامين هو الشروط التي يتطلبها كل

منها لكفالة الآثار الدولية للأحكام ، بحيث تتصدى المفاضلة إن قامت للتطبيق العملي لهذه الشروط ومدى المرونة التي يمكن أن تكفلها استجابة لمتطلبات كل من مصلحة الدولة وحاجة المعاملات الدولية (24).

#### رابعا: موقف المشرع الجزائري من هذه الأنظمة

يختلف تنفيذ الأحكام الأجنبية تبعا لوجود معاهدة دولية نافذة في الجزائر من عدم وجود معاهدة مرتبطة بها الجزائر.

#### 1- في حالة وجود معاهدة دولية:

تنص المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على أن: "الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية والعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجنبيا لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية دون إخلال بما قد تنص عليه الإتفاقيات السياسية من أحكام مخالفة". وتنص المادة 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد على: "إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605،606 أعلاه لا تخل بأحكام المعاهدات الدولية والإتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول".

من خلال هذه المواد يجب على القاضي إتباع الأحكام التي تضمنتها هذه الإتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية وهذا حتى ولو تعارضت نصوصها مع أحكام القوانين الداخلية، إلا أنه لا يتصور وجود خلاف بين الإتفاقية والقانون الداخلي، ذلك أن الإتفاقية الدولية التي تبرمها الدولة هي أعلى مرتبة من القوانين الداخلية وهي واجبة التطبيق، وهذا ما يسمى ب: "نظام التنفيذ الإتفاقي" أو "النظام الإتفاقي للتنفيذ".

#### 2- في حالة عدم وجود معاهدة دولية

يمكن القول في هذا الصدد أن النصوص التشريعية المنظمة لهذا الموضوع قد استلمها المشرع من التشريع الفرنسي، ذلك أن القانون الفرنسي يعد مصدرا تاريخيا للقانون الجزائري، حيث ورثت الجزائر الوظيفة القانونية والقضائية التي كانت سائدة في الفترة السابقة على الإستقلال وكان أول رد فعل من السلطات الجزائرية حدث بموجب الأمر 157/62 الذي نص بموجبه المشرع الجزائري على مواصلة العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما كان منها مخالفا للسيادة الوطنية، والإتفاقيات التي عقدتها الجزائر هي الأولى التي تطرقت لموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، ثم صدرت تقنين الإجراءات المدنية بموجب الأمر رقم 154/66 الذي تناول الموضوع في المادة 325 منه، ويستفاد من هذه المادة أن الحكم الأجنبي أو السند الرسمي الواجب التطبيق في الدولة الجزائرية لا يكون صالحا بذاته لإجراء التنفيذ بمقتضاه، وإنما لابد من

صدور حكم وطني يقضي بتنفيذه، وأن يكون مهورا بالصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية، ولا ينفذ إلا في حدود وبقدر ما تقضي الجهة القضائية الجزائرية بتنفيذه بعد مراجعة صحة تطبيق القانون الأجنبي الإجرائي والموضوعي معا على القضية، والجهة المختصة هي المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها محل التنفيذ طبقا للمادة 8 من قانون الإجراءات المدنية، وجرى العمل على تخصيص غرفة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في دائرة كل مجلس قضائي.

ونتيجة للإنتقادات الموجهة لنظام المراجعة، هجر كل من الفقه والقضاء والتشريع الجزائري هذا النظام ليأخذ بنظام المراقبة مقلدا في ذلك المشرع الفرنسي على غرار باقي الدول العربية، ولقد جرى العمل القضائي بذلك، حيث جاء في إحدى القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أن قضاة الموضوع اتبعوا الإجراءات القانونية في تنفيذ الحكم الأجنبي، بالتالي فقد طبقوا صحيح القانون (قرار منشور رقم 5889 مؤرخ في تاريخ 1990/5/9) ونفس المبدأ أخذت به في قرار مؤرخ في 61992/2 ملف رقم 84513 منشور في المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثالث.

وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إتضح موقف المشرع الجزائري من مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث تبني صراحة نظام المراقبة، فنجد المادة 605 من هذا القانون تنص على: "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 التالية:

- 1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الإختصاص.
- 2- حائز لقوة الشيء المقضي به، طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه.
- 3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعي عليه.

4- أن لا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر. وبتبني المشرع الجزائري لنظام المراقبة يكون قد سائر الإتجاه الحديث للفقه والقضاء.

### المطلب الثاني : الأحكام الأجنبية القابلة للأمر بالتنفيذ

في الحقيقة إن هذه المسألة تطرح عدة تساؤلات:

\* ما مفهوم الحكم؟

\* متى يكون الحكم أجنبيا: الصفة الأجنبية؟

\* هل كل الأحكام تقبل الصيغة التنفيذية أم لابد أن يتعلق الأمر بمسألة من مسائل القانون الدولي

الخاص؟

\* ماهو الوضع بالنسبة للسندات الرسمية الأجنبية وقرارات التحكيم؟

### أولا : مفهوم الحكم القضائي الأجنبي

إختلف الفقه في تحديد معنى الحكم القضائي الأجنبي في مجال تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية ويمكن جمع هذا الإختلاف في اتجاهين :

**الإتجاه المضيق :** يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أن الحكم هو كل قرار يصدر عن المحكمة سواء استخدما لسلطتها القضائية أو الولاية ، أو هو كل قرار تصدره المحاكم في خصومة أو في غير خصومة ولو لم يكن فاصلا في نزاع ، وحسب هذا الإتجاه ليس هناك ما يمنع أن تكون السلطة التي اصدرت الحكم مجرد هيئة دينية أو إدارية مادام أن المشرع الوطني قد حولها سلطة إصدار الأحكام في بعض المنازعات<sup>(25)</sup>.

**الإتجاه الموسع :** وهو الرأي الراجح يميل أنصاره إلى تعريف الحكم بأنه الحكم الصادر عن سلطة عامة تمارس وظيفتها وفقا للنظام القانوني السائد في دولة إصداره بحيث يشمل الأحكام القضائية الفاصلة في النزاع والأحكام الصادرة عن المحاكم بمقتضى سلطتها الولاية<sup>(26)</sup> ، وحسب الدكتور بلمامي عمر فالعبرة ليست بالمصطلح المستخدم في حد ذاته ، وإنما العبرة بالمضمون الذي يتناوله منطوق الحكم والجهة التي أصدرته ، لأن المصطلح غالبا ما يتأثر بالصياغة والترجمة وهذا يكون له تأثير كبير على مضمون الحكم في جميع الحالات<sup>(27)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه أن هناك أحكام مستثناة من نظام الأمر بالتنفيذ وهي الأحكام القضائية الأجنبية الخاصة بالحالة والأهلية ، فحصولها على الصيغة التنفيذية لكي تتمكن من إحداث آثارها ضمن التراب الوطني أمر عسير نتيجة الصعوبات التي تتمخض عن ذلك ، فبالنسبة للقضاء الفرنسي فإنه يرتب آثار لهذه الأحكام حتى قبل منحها الأمر بالتنفيذ بشرط عدم التنفيذ على الأموال والإكراه على الأشخاص ، أما بالنسبة للجزائر فإن الإتفاقيات التي عقدتها هذه الأخيرة ترفض أن ييرتب هذا النوع من الأحكام أي أثر إن لم تحصل على الأمر بالتنفيذ .

### ثانيا : طبيعة الأحكام القضائية الأجنبية الخاضعة لنظام الأمر بالتنفيذ

ليس كل الأحكام على إختلاف أنواعها تكون قابلة للتنفيذ في الدولة الجزائرية وإنما ينبغي من حيث المبدأ أن يتعلق الأمر بحكم قضائي أجنبي صادر في شأن منازعة من منازعات القانون الدولي الخاص .

**الصفة الأجنبية للحكم :** يتنازع تحديد الصفة الأجنبية للحكم من الناحية العملية معيارين : أولهما يسود في الدول الأنجلوأمريكية ووفقا له معيار تحديد الصفة الأجنبية للحكم هو مكان صدوره ، أما

المعيار الثاني فيسود في الدول الأوربية (كذلك مصر والجزائر) ووفقا له يعتبر الحكم أجنبيا متى صدر باسم سيادة دولة أجنبية غير الدولة التي يراد تنفيذه فيها .

**تعلق الحكم بمسألة من مسائل القانون الدولي الخاص :** يجب أن يكون الحكم المراد تنفيذه في الجزائر فاصلا في مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص ، وتستبعد مبدئيا الأحكام القضائية الأجنبية الإدارية ، الجزائية ، المالية ، وليست العبرة بطبيعة الجهة القضائية المصدرة للحكم وإنما بطبيعة الحكم في حد ذاته (28).

وتحديد المسألة كونها من مواد القانون الدولي الخاص أو لا إنما هو تكليف يخضع لقانون بلد القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ<sup>(29)</sup>.

**المبحث الثاني : دعوى الأمر بالتنفيذ كأسلوب حديث انتهجه المشرع الجزائري لتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي**

إن موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ يختلف عن موضوع الدعوى القضائية بصفة عامة، حيث لا يتعلق الأمر بطلب الحماية القضائية بصدد مركز قانوني متنازع عليه، وإنما ينصب موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ على الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه من أجل أن يتمتع بالقوة التنفيذية اللازمة لتنفيذه في دولة القاضي المطلوب منه التنفيذ، فدعوى الأمر بالتنفيذ لا علاقة لها بالتزاع الذي فصل فيه الحكم الأجنبي، لأن موضوعها يتعلق بهذا الحكم فقط وليس بموضوع التزاع الذي فصل فيه هذا الحكم، ومن هنا يمكن القول أن هذه الدعوى ذات طبيعة خاصة.

**المطلب الأول : شروط رفع الدعوى**

دعوى الأمر بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي كما يدل عليها إسمها عبارة عن دعوى قضائية مثلها مثل أي دعوى عادية تتطلب مجموعة من الشروط الشكلية وأخرى موضوعية .

**أولا : الشروط الشكلية**

يشترط القانون لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الجزائر رفع دعوى عادية يكون موضوعها تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي حيث نصت المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على : " يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

وتخضع إجراءات رفع الدعوى الخاصة بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي لنفس الإجراءات التي ترفع بها دعاوى داخل الدولة وذلك عملا بالقاعدة العامة في تنازع القوانين والتي مفادها خضوع المرافعات لقانون القاضي المعروض عليه التزاع<sup>(30)</sup>.

فيما يخص الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى الأمر بالتنفيذ فإن الجزائر لم تشذ عن غيرها من الدول فلقد قبلت تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية ولكن بعد شمولها بأمر التنفيذ الذي يكون صادرا من المحكمة المختصة إقليميا وهي المحكمة المنعقدة بمقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ .

وبالرجوع إلى المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الإختصاص النوعي بالفصل في قضايا الأمر بالتنفيذ ينعقد لمحكمة مقر المجلس القضائي ، وذلك بغض النظر عن درجات التقاضي التي مر بها الحكم القضائي الأجنبي في بلد صدوره، ويكون الطعن في أحكام الأمر بالتنفيذ وفقا لطرق الطعن العادية في الحكام الوطنية .

أما فيما يخص الإختصاص المحلي وحسب المادة 607 كذلك من نفس القانون فإن المحكمة المختصة إقليميا هي تلك المنعقدة بمقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ .

وقبل أن يبحث القاضي في موضوع الدعوى عليه أن يبحث في مدى توافر شروط قبولها وإلا حكم بعدم قبولها ، وهي الشروط التي عددها المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

#### ثانيا : الشروط الموضوعية

لقد وضعت محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها munzer صادر في 1964/01/07 خمسة شروط لا تخرج في مجملها عن الشروط المتعارف عليها في القانون المقارن وهي :

- 1- إختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم .
- 2- صحة الإجراءات المتبعة في إصدار هذا الحكم .
- 3- تطبيق القانون المختص وفقا لقواعد التنازع الفرنسية .
- 4- عدم مخالفة النظام العام الدولي .
- 5- غياب أي غش نحو القانون .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على هذه الشروط في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

#### المطلب الثاني : آثار الأحكام القضائية الأجنبية في الجزائر

إن مضمون الحكم القضائي الصادر في هذه الدعوى لا يمكن أن يخرج عن إحدى الصورتين : الأولى تتمثل في منح الأمر بالتنفيذ للحكم القضائي الأجنبي ، والصورة الثانية تتمثل في رفض منح الأمر بالتنفيذ .

إلى جانب هذه الآثار المترتبة على الحكم الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ فإنه يترتب على الحكم القضائي الأجنبي آثارا منها ما يتعلق بحجية الحكم القضائي الأجنبي ، ومنها ما يتعلق بصفته كواقعة قانونية ، وأخرى باعتباره سندا يكون له حجة في الإثبات .

### الفرع الأول : آثار الحكم الصادر في دعوى طلب الأمر بالتنفيذ

#### 1/ حالة الإستجابة لطلب الأمر بالتنفيذ

إذا تأكد القاضي الجزائري من أن الحكم القضائي الأجنبي قد توافرت فيه كافة الشروط اللازمة لصحته من الوجهة الدولية فإنه يقضي بشمول هذا الحكم بأمر التنفيذ ، ومثلما يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في الجزئية التي تتحقق فيها المخالفة وتطبق الأجزاء الأخرى من القانون حسب الإتجاه الراجح يكون الأمر كذلك إذا كان الحكم القضائي الأجنبي يتعارض جزئيا من النظام العام في الدولة الجزائرية ، حيث يصدر القاضي الوطني أمرا بتنفيذ الجزء من الحكم القضائي الأجنبي الذي لا يتعارض مع النظام العام في دولته<sup>(31)</sup> .

وتتمثل آثار الحكم القضائي الأجنبي في تمتعه بقوة التنفيذ ، والمقصود بها ذلك الأثر الذي يسمح بتنفيذ الحكم الأجنبي على الأموال أو على الأشخاص بواسطة الجهة المنوط بها مهمة التنفيذ، وبمعاونة السلطات المختصة ولو باستعمال القوة عند اللزوم<sup>(32)</sup> .

و في الجزائر فإنه لا يتم تنفيذ الحكم الأجنبي إلا بعد إمارته بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء الجزائري، وهو ما قضت به المحكمة العليا في حكمها الصادر في 2010/10/21: "عقد الوكالة المبرم في الخارج من العقود الرسمية الواجب إمارتها بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء الجزائري لتكون قابلة للتنفيذ في الجزائر".

إضافة إلى هذا يتمتع الحكم القضائي الأجنبي بحجية الأمر المقضي فيه وهذه الحجية توجد من تاريخ صدور الحكم بالأمر بالتنفيذ وليس من تاريخ صدور الحكم القضائي الأجنبي من المحكمة الأجنبية لأن الأول منشئ وليس مقرر<sup>(33)</sup> ، كما تحرص بعض التشريعات على تقرير ضمانات قانونية تكفل تنفيذ الحكم حتى لا يضيع الحق المحكوم به<sup>(34)</sup> ، فهناك من التشريعات ما تقرر تأمين خاص لمن صدر الحكم لصالحه مثل التضامن بين المدين المحكوم عليهم في القانون الإنجليزي أو الرهن القضائي في القانون الفرنسي والذي يترتب على اموال المدين لصالح الدائن المحكوم له ، وحق الإختصاص في القانون المصري والقانون الجزائري في المادة 938 من القانون المدن الجزائري .

#### 2/ حالة رفض طلب الأمر بالتنفيذ

في حالة عدم توافر الشروط اللازمة للأمر بالتنفيذ فإن القاضي الوطني يرفض إصدار الأمر بالتنفيذ ، ويجوز الحكم بالرفض قوة الشيء المقضي فيه ولا يمكن لصاحب الحكم القضائي الأجنبي عرضه ثانية على المحاكم الجزائرية لتنفيذه بسبب سبق الفصل فيه بل يبقى له رفع دعوى جديدة أمام المحكمة الوطنية للمطالبة بما قضى به الحكم القضائي الأجنبي وليس للمدعى عليه أن يدفع في مواجهته بقوة الأمر المقضي فيه التي تقرررت للحكم بالرفض .

### الفرع الثاني : الإعراف المجرّد بالأحكام القضائية الأجنبية

من الآثار التي يتمتع بها الحكم القضائي الأجنبي خارج القوة التنفيذية أي خارج قابليتها للتنفيذ ما يتعلق بحجة الأمر المقضي فيه أو بقوة التدليل والإثبات أو ما يمثل وضعاً واقعياً ينظر فيه للحكم باعتباره مجرد واقعة قانونية .

### الخاتمة

إن الإحاطة بموضوع تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية من كل الجوانب تبدو مسألة صعبة المنال إلى حد ما، ذلك أن موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية كما يبدو أوسع مما تم الطرق إليه وأكثر تشعباً، فالبحث في مادة القانون الدولي الخاص بحث شائك ليس بوسع الباحث أن يكتب كلمة واحدة دون أن يسأل عن معناها، لاسيما أن هذا الموضوع في حد ذاته على قدر كبير من الدقة والخطورة لمسأسته بسيادة الدولة من ناحية، وحقوق الأفراد على المستوى الدولي من ناحية أخرى.

ولقد إقتصرنا في دراستنا هذه على موضوع تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية دون تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، وذلك لكون هذا الموضوع هو الآخر واسع ويتطلب أن نفرّد له بحث مستقل. كما أن إجراءات تنفيذ الأحكام التحكيمية تختلف عن الإجراءات المتبعة في تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية.

حيث تطرقنا في بحثنا هذا لمختلف الأفكار العامة التي تحكم مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، ومن ذلك مختلف الإعتبارات المؤثرة في هذه المسألة والتي يستلزم بعضها الإعراف بالأحكام الأجنبية، ويقتضي البعض الآخر منها عدم الإعراف بهذه الأحكام وآثارها، ورأينا أن معظم دول العالم تسعى للتوفيق بين هذه الإعتبارات، حيث تعترف معظم الدول بالأحكام الأجنبية لكن مع إخضاعها لمجموعة من الشروط، ولقد لاحظنا أن موقف الدول يختلف في هذا الشأن حيث نجد من الدول من ترفض تنفيذ الأحكام الأجنبية في إقليمها كإنگلترّا وتشترط رفع دعوى جديدة، وأخرى تقبل تنفيذ الأحكام الأجنبية ولكن تعطي الحق لقضاها في مراقبة هذه الأحكام كفرنسا، حيث يعود الفضل للقضاء الفرنسي في تطوير مادة تنفيذ الأحكام الأجنبية بناء على نظريتين هامتين هما: نظرية المراجعة والمراقبة. ولقد كان التطور الذي عاشه القضاء الفرنسي متزامناً مع الوقت الذي كانت فيه الجزائر مستعمرة

فرنسية، فنجد أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا تبين الشروط الواجب توفرها عند تنفيذ الحكم الأجنبي، والتي كرسها القضاء الفرنسي في قرار "مترز". وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وعلى عكس الوضع في القانون القديم وضع المشرع الجزائري جملة من الشروط لا تختلف في مجملها عن تلك التي جاء بها قرار "مترز".

وما يلاحظ على هذه الشروط أنها تكاد تتبع كلها من مصدر واحد وهو فكرة النظام العام، وهذا ما أدى بالقضاء الفرنسي إلى التخفيف والتقليص من هذه الشروط وجعلها ثلاثة شروط (قرار cornelissen السالف ذكره) بعد أن كانت خمسة شروط (قرار Munzer).

والمشرع الجزائري على غرار بقية الدول لم يخرج عما جاء به قرار مترز من شروط، لكن هناك بعض الملاحظات يجب الإشارة إليها:

\* فيما يتعلق بشرط إختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم الأجنبي، نجد المشرع الجزائري أورد هذا الشرط في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية لكنه لم يبين نوع الإختصاص نوعي أو محلي، و هل قاضي الصيغة التنفيذية يتمتع بصلاحيه الرقابة على الإختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية مصدرة الحكم؟ أم أنه يكفي بالإختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية؟ كما أنه لم يحدد القانون الذي يعتمد عليه لتحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي حيث كان على المشرع الفصل في مثل هذه الحالة وذلك لوضع حد لأي خلاف قد يثور بشأن هذه المسألة.

\* كذلك لم ينص المشرع الجزائري في هذه المادة على شرط صحة الإجراءات المتبعة أمام المحكمة الأجنبية، وشرط غياب أي غش نحو القانون، لكن عدم النص عليه لا يعني عدم الأخذ به حيث أخذت به المحكمة العليا في العديد من أحكامها كما سبقت الإشارة إليه، والمشرع الجزائري بهذا يكون قد ساير الإتجاه الحديث في القانون الفرنسي الذي حذف شرط صحة الإجراءات وقال بإدماجه في شرط عدم مخالفة النظام العام الدولي، وأن شرط غياب الغش نحو القانون هو حالة خاصة من النظام العام، كذلك لم ينص المشرع على شرط تطبيق القانون المختص على موضوع النزاع.

\* وفيما يتعلق بشرط عدم مخالفة النظام العام فإنه يجب على المشرع الجزائري أن يعد نصوص قانونية تنظم هذه المسألة تنظيمًا محكمًا و دقيقًا مثلما هو عليه الحال في بعض التشريعات و هذا إنصافًا للمتقاضين و حفاظًا على سيادة دولته، فبين من خلالها إمكانية استجابة القاضي الجزائري لمنح أمر بالتنفيذ لجزء من الحكم الأجنبي و استبعاد باقي عناصر هذا الحكم نظرًا لتعارضه مع النظام العام و هل قاضي الصيغة التنفيذية يلجأ إلى تقييم النظام العام في يوم فصله في الدعوى أم في يوم صدور الحكم الأجنبي؟

\* وبالنسبة لشرط المعاملة بالمثل نجد أن المشرع الجزائري لم يورد هذا الشرط ضمن الشروط التي عددها المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما يعد في نظرنا قصور من جانب المشرع لا بد من تداركه لأن الأمر فيه مساس بالسيادة الوطنية.

\* إضافة إلى ذلك فعلى المشرع أن يحدد من يقع عليه عبأ إثبات توافر الشروط الأساسية لإصدار الأمر بالتنفيذ.

أما بالنسبة لإجراءات رفع دعوى الأمر بالتنفيذ، فلقد إكتفى المشرع الجزائري بالنص على أن طلب منح الصيغة التنفيذية يقدم أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ. ولم يبين الوثائق الواجب تقديمها للقاضي للإطلاع عليها عند فحص الحكم الأجنبي كما فعلت الاتفاقيات القضائية، ضف إلى ذلك فإن طرق الطعن في الحكم القاضي برفض دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي لم يتم التطرق لها.

وما يعاب على المشرع الجزائري كذلك أنه نص على أثر واحد من آثار الحكم الأجنبي في الجزائر وهو القوة التنفيذية للأحكام دون غيرها من الآثار سواء كانت حجية الأمر المقضي أو الحكم الأجنبي بوصفه واقعة أو دليل في الإثبات. كذلك لم يبين المشرع الجزائري ما إذا كانت ضمانات التنفيذ تظل عالقة بالحكم الأجنبي عند منحه الأمر بالتنفيذ أم لا؟

ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه كان منطقيا مع نفسه عندما نص في المادة 325 قانون الإجراءات المدنية والمادة 608 من القانون الجديد على أن العمل بقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر لا يخجل بأحكام المعاهدات المبرمة بين الجزائر والدول الأجنبية.

#### الهوامش :

<sup>1</sup> - د/هشام صادق علي، د/حفيظة السيد حداد: القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999 ص 147.

<sup>2</sup> - د/صالح جاد المتزلاوي: الإختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والإعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 193.

<sup>3</sup> - د/عكاشة محمد عبد العال، د/سامي بديع منصور: القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة نشر، ص 559.

<sup>4</sup> - د/أحمد قسمت الجداوي: دراسات في القانون الدولي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي والجنسية، 1986، ص 189.

<sup>5</sup> - د/أحمد عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1984، ص 846.

<sup>6</sup> - د/موحد إسعاد: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، 1989، ص 67.

<sup>7</sup> - د/محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 358.

<sup>8</sup> - د/عبد جليل غضوب: دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008، ص 513.

9- المرجع نفسه ، ص511،512.

10-Daniel Gutmann :Droit Internatona Privé,5<sup>e</sup> édition,Dalloz,p273,274 .

11-Pieere Mayer,Vincent Heuzé:Droit International Privé,8<sup>e</sup> édition,Montchrestien.  
p290.

12-مصاييش شهرزاد: تنفيذ الأحكام الأجنبية،مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة الخامسة عشر،(15)،2004/2007،ص21.

13-المرجع نفسه،ص21.

14- المرجع نفسه .

15-د/موحد إسعاد:المرجع السابق،ص68

16-Bernard Audit :Droit International Privé,6<sup>e</sup> édition,Economica,Paris,2010,p403.

17- Hugues Fulchiron,Cyril Nourissat ,Edouard Treppoz :Travaux dirigés de droit international privé,4<sup>e</sup> édition ,LexisNexis,2009p193..

18-د/أحمد عز الدين عبد الله:المرجع السابق، ص848

19-د/ محمد وليد المصري: المرجع السابق ،ص359.

20-د/ أحمد قسمت الجداوي : المرجع السابق ، ص189 .

21-د/صالح جاد المتزلاوي : المرجع السابق ، ص197 .

22-HuguesFulchiron,Cyril Nourissat :op ;cit,p193.

23-د/ أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص الجزائري،الجزء الثاني،تنازع الاختصاص القضائي الدولي ،الجنسية،الطبعة الخامسة،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر2008، ص58.

24-د/ أحمد قسمت الجداوي :المرجع السابق ، ص193،194.

25-د/صالح جاد المتزلاوي : المرجع السابق ،ص183.

26- المرجع نفسه ، ص187 .

27-د/بلمامي عمر : أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على أعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر،مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية،العدد الثاني،ديسمبر1994،ص52،53.

-Pierre Mayer/Vincent Heuzé :op,cit,p269.28

29-بوشكويه عبد الحليم:شروط تنفيذ الحكم الأجنبي أمام القاضي الجزائري،متوفر على الموقع

[www.startaimes.com/?t=27724846](http://www.startaimes.com/?t=27724846)

30-عمارة بلعيت: تنفيذ الأحكام الأجنبية،بحث لنيل درجة الماجستير في القانون،عناية،ديسمبر،1989،ص88.

31-د/حسام الدين فتحي ناصف:نظام رقابة القضاء الوطني للحكم الأجنبي،دار النهضة العربية1996، ص71.

-32 Hugues Fulchiron,Cyril Nourissat ,Edouard Treppoz :op ;cit,195.

33-د/عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص838 .

34- د/ محمد سعادي:القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري،الطبعة الأولى،الجزائر،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،2002،ص196.

## جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات

عباس كريمة

دكتوراه قانون خاص

كلية الحقوق جامعة قسنطينة - 1-

**Résumé :**

La technologie de l'information est devenue l'une des nécessités de notre vie moderne. Malheureusement certains utilisateurs les exploitent d'une façon illégale. De ce fait l'ordinateur d'une façon générale et l'internet en particulier sont devenus des outils ou des objets permettant à certains criminels de commettre des crimes (la cyber criminalité) de tous genres (touchant les personnes ou leurs biens).

Parmi les crimes qui affectent les biens, on trouve ceux touchant les systèmes de traitement automatique des informations à travers lesquels l'information subit des violations par des criminels intelligents, possédant des connaissances techniques qui altèrent les informations stockées dans l'ordinateur et celles transmises par les systèmes et réseaux d'information.

Compte tenu de l'incidence croissante de ces crimes et le manque de protection juridique des victimes en raison de l'incapacité d'appliquer les textes classiques du code pénal à ces derniers, le législateur algérien a pris l'initiative de modifier ce code, on ajoutant des articles qui pénalisent de tels crimes.

**Mots clés : la cyber criminalité, les crimes touchant les systèmes de traitement automatique des informations, protection juridique.**

**مقدمة :**

أدى التطور السريع في مجال التكنولوجيا الحديثة وثورة المعلومات إلى تغيير نمط حياة المجتمعات حيث ساهم في تطورها ورفقيها، فالتعامل مع هذا التطور من شأنه أن يمنح لها مكانة في عالم أصبح يعتمد اعتمادا شبيه كامل على تسخير هذه التكنولوجيات في المعاملات الداخلية والخارجية لخدمة المجتمع<sup>(1)</sup>. ولعل أهم ما أسفر عنه هذا التطور ظهور الحاسب الآلي الذي إكتملت منظومته بظهور شبكة الإنترنت التي جعلت من العالم قرية صغيرة<sup>(2)</sup>.

ومن الطبيعي أن يُصاحب التقدم العلمي ظهور أنماط جديدة من الجرائم يتم بموجبها الإعتداء على الغير سواء في شخصه ( جرائم الإعتداء على الأشخاص ) أو في ماله ( جرائم الإعتداء على الأموال ) حيث أصبح الحاسب الآلي والإنترنت على وجه الخصوص وسائل أو محلات لتلك الإعتداءات، لذا أُطلق عليها تسمية الجرائم المعلوماتية أو السيبرانية<sup>(3)</sup>.

ومن بين جرائم الإعتداء على الأموال تلك، نجد جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات التي تتعرض من خلالها المعلومات لإنتهاكات على يد مجرمين في الخفاء، يملكون من المهارات والمعارف ما يُمكنهم من إختراق معطيات الكمبيوتر المخزنة وكذا المعلومات التي يتم نقلها عبر النظم وشبكة المعلومات .

وبالنظر لحداثة وخطورة وتنوع صور تلك الإعتداءات و الخسائر الناجمة عنها، و أمام تحلي ضرورة توفير الحماية، بادر المشرع الجزائري على غرار باقي مشرعي الدول الأخرى بسن القانون رقم 04-15 المؤرخ في: 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، أضاف بموجبه 8 مواد جرم من خلالها هذا النوع من الأفعال، وجاء بعقوبات ردعية لمرتكبيها حرصا منه على مواكبة النصوص التجريبية والعقابية لتشمل صور الإجرام المستحدث .

فماهي إذا صور جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات التي جاء بها المشرع الجزائري من

خلال القانون رقم 04-15؟ وما الذي أقره من أجل ردع مرتكبيها؟

ذلك ما سنحاول الإجابة عليه من خلال دراستنا والتي سنقسمها كما يلي :

1- صور جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات

2- الجزاءات التي أقرها المشرع الجزائري لردع مرتكبي هذه الجريمة

**1- صور جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات :**

خلال سبعينات القرن الماضي، ومع شيوع الكمبيوتر، وقبل إنتشار استعمال شبكة الإنترنت، ظهرت بعض أشكال التلاعب بأنظمة الكمبيوتر والبيانات المخزنة، وطُرحت للنقاش كظاهرة غير أخلاقية مستجدة.

وفي الثمانينات، ومع إنتشار الإنترنت شاع إصطلاح الهاكرز<sup>(4)</sup> كمفتحمين للنظم وناشرين للفيروسات من أجل تدمير الملفات، بعدها إنتشرت الإعتداءات على النظم وتعددت أشكالها، وظهر إصطلاح جرائم الكمبيوتر والإنترنت، وهي الظاهرة التي شهدت تناميا هائلا خلال التسعينات .

وتعتبر جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات إحدى أهم صور الجرائم السيبرانية وأشدها خطورة وتأثيراً، وأكثرها حدوثاً وتحقيقاً للخسائر، حيث ينصب موضوعها على الإعتداء على البرامج والبيانات من خلال تعديل، محو أو سرقة أو تعطيل العمل للمعلومات وقواعد البيانات الموجودة بصورة إلكترونية على الحواسيب الآلية المتصلة أو غير المتصلة بشبكات المعلومات، أو مجرد الدخول إليها بطريقة غير مشروعة .

وقبل التطرق إلى مختلف هذه الصور بالتحليل والشرح، رأينا ضرورة إعطاء تعريف لأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات .

فبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري والذي جرم هذه الإعتداءات<sup>(5)</sup>، فإنه لم يورد تعريفاً لها، ويبدو أنه قصد ذلك، حيث ترك الأمر للفقهاء والقضاء، وذلك كون المجال المعلوماتي مجال حديث ومتجدد، وبالتالي فإن أي تعريف يتم وضعه قد يصبح متجاوزاً فيما بعد .

وهو نفس موقف المشرع الفرنسي، ونرجع لتعريف تلك الأنظمة إلى ما إقترحه مجلس الشيوخ الفرنسي خلال الأعمال التحضيرية عند تبنيه قانون 88-19 الصادر في : 05/01/1988 المتعلق بمحاربة الغش المعلوماتي، حيث ذكر بأن : " نظام المعالجة الآلية للمعطيات هو كل مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة، والتي تُكون كل منها الذاكرة، البرنامج، المعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج وأجهزة الربط، والتي تربط بينها مجموعة من العلاقات التي عن طريقها تتحقق نتائج معينة وهي معالجة المعطيات، على أن يكون هذا المركب خاضعاً لنظام المعالجة الفنية " <sup>(6)</sup> .

حيث أشار هذا التعريف إلى كل من العناصر المادية والمعنوية التي يتكون منها نظام المعالجة الآلية للمعطيات على سبيل المثال لا الحصر، فعن العناصر المادية فتتمثل في الحاسب الآلي ومكوناته (وحدات الإدخال كالفأرة ولوحة المفاتيح، وحدات المعالجة المركزية كالذاكرة الرئيسية التي تقوم بحفظ البيانات والنتائج بشكل مؤقت، وحدات الإخراج كالطابعات والسماعات، وحدات التخزين كالأقراص الصلبة والمرنة والمودم الذي يمكن الحاسبات من الإتصال ببعضها عبر خطوط معينة) .

أما عن العناصر غير المادية فتتمثل في البرامج والمعلومات المشفرة في شكل معطيات . ويتطلب النظام الوجود المتزامن لكلا العنصرين ( المادي والمعنوي ) . كما أن جريمة الإعتداء على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات لا تقوم هي الأخرى إلا بتوافر العنصرين معا .

كما يلاحظ أيضا على التعريف السابق بأنه يشترط خضوع أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات لحماية فنية بمعنى نظام أمني، وهو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري، حيث أن جميع تلك الأنظمة المحمية منها وغير المحمية تتمتع بالحماية الجزائية عند المساس بها (7).

نعود الآن للحديث عن صور جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات التي وبتحليلنا لنصوص المواد من 394 مكرر 394 مكرر 2 من قانون العقوبات، يمكن تقسيمها كما يلي :

- جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات
  - الجرائم المترتبة عن جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات
- وفيما يلي نتناول كل جريمة على حدى :

### 1-1-1 جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات :

وهي الصورة الأولى التي نصت عليها المادة 394 مكرر من قانون العقوبات، حيث ذكرت بأنه : "يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنة (1) وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة .

وإذا ترتب على الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام إستغلال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) والغرامة من 50.000 دج إلى 150.000 دج " .

إن القراءة المتمعنة لنص هذه المادة تمكنا من استخلاص صورتين لهذه الجريمة، إحداهما بسيطة نصت عليها الفقرة الأولى، وأخرى مشددة جاءت بها الفقرة الثانية .

#### 1-1-1-1 جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في صورتها البسيطة :

إن مجرد الدخول أو البقاء في نظام المعالجة الآلية للمعطيات بصورة غير مشروعة أو محاولة ذلك يؤدي إلى ارتكاب جريمة، ولو لم يتم إحداث أي أثر سلبي . وكون أية جريمة تستدعي لقيامها توافر الركنين المادي والمعنوي، فالركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في فعل الدخول أو فعل الإمتناع عن الخروج من نظام المعالجة الآلية للمعطيات في الوقت الذي كان من المفروض مغادرته .

ففيما يتعلق بفعل الدخول كظاهرة معنوية وليس الدخول بالمعنى المادي، فيعني كافة الأفعال التي تسمح بالولوج إلى نظام معلوماتي، ويتحقق ذلك بالوصول إلى المعلومات والبيانات المخزنة داخل نظام معين دون رضا المسؤول عنه وذلك من طرف شخص غير مرخص له بإستخدامه، كإستعمال كلمة سر مسروقة على سبيل المثال (8) .

فمجرد الدخول البسيط معاقب عليه، ولو لم يترتب عليه ضرر للمجني عليه أو فائدة للجاني، طالما أنه غير مشروع بمعنى غير مصرح به من طرف الشخص أو الهيئة المسؤولة بإعتبارهما من يملكان السيطرة على النظام بالإرادة والتنظيم، وسواء تم الولوج للنظام كله أو جزء فقط منه، وذلك ما يستشف من صياغة نص المادة: " كل من دخل ... عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات".

ويتحقق الدخول أيضا إذا كان مرخصا للجاني الدخول لجزء معين من النظام، وتجاوزه لجزء آخر<sup>(9)</sup>.  
فسلوك الجاني في جريمة الدخول هو سلوك إجباري .

أما عن فعل البقاء غير المشروع، فيقصد به التواجد داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات ضد إرادة من له الحق في السيطرة على النظام، أو هو عدم وضع حد للتشعب داخل النظام مع الإعتقاد بأن ذلك يشكل خطأ، أو هو الدخول عن طريق الخطأ مع البقاء داخل النظام عن إرادة ووعي . ويتحقق فعل البقاء سواء كان مستقلا عن الدخول غير المشروع أو مقترنا به<sup>(10)</sup>.  
فسلوك الجاني في جريمة البقاء هو سلوك سلمي، إذ رغم علمه بعدم أحقيته إلا أنه يعتمد البقاء في النظام ككل أو في جزء منه .

ويتحقق فعل البقاء سواء كان مستقلا عن فعل الدخول غير المشروع، كأن يتم الدخول إلى النظام عن طريق الخطأ أو الصدفة، وبدون إرادة، وعند إدراك الجاني بأنه داخل النظام يبقى فيه ولا يخرج منه في الوقت الذي كان يجب عليه المغادرة فوراً، وهنا يعاقب الفاعل على جريمة البقاء غير المشروع كجريمة مستقلة في حالة توافر الركن المعنوي . أو كان مقترنا بفعل الدخول غير المشروع، وهنا تجتمع جريمتي الدخول والبقاء معاً، وذلك بأن يتم الدخول إلى النظام عن طريق الغش وبقائه فيه ورفضه المغادرة قبل تصفح محتواه، وهنا يمكن متابعة الشخص عن تهمتين على أساس التعدد الفعلي للجرائم<sup>(11)</sup>.

والملاحظ أن صياغة المشرع لنص المادة 394 مكرر أعلاه جعلت من الدخول والبقاء غير المشروعين جريمتين منفصلتين ( حيث فصلت بينهما بحرف أو )، فإن كان الغالب إجتماعهما إلا أن كل جريمة قد تقع مستقلة عن الأخرى، ولكل واحدة سلوكها الإجرامي الخاص بها، كما أن جريمة الدخول وقتية في حين جريمة البقاء مستمرة. هذا عن الركن المادي .

أما عن الركن المعني، فتعد جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات جريمة عمدية، حيث يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي العام دون الخاص، حيث لم تتطلب المادة 394 مكرر نية خاصة لدى الجاني حتى تقوم هذه الجريمة .

ويتحقق القصد العام بتوافر عنصري العلم والإرادة، إذ يجب أن يعلم الجاني أنه لا يحق له الدخول للنظام، كما لا يحق له البقاء فيه، ويعلم أن قيامه بذلك مخالف لإرادة من له الحق في السيطرة على النظام، إذ لم يمنحه إذنا أو تصريحاً بذلك، ورغم ذلك تتجه إرادته الدخول أو البقاء مخالفاً بذلك القانون<sup>(12)</sup> .

و لا تشمل الإرادة أن يهدف الجاني لنتيجة معينة، بل تقتصر على السلوك الإجرامي، بمعنى يكفي توجيهها لدخول و خرق الحماية التي تحيط بالنظام. ولا محل للإعتداد بالباعث، كما لو تعمد الجاني الدخول لإثبات قدراته على خرق نظام الحماية أو على سبيل الفضول متى إتجهت إرادته للدخول أو البقاء رغم علمه بعدم مشروعية ذلك، وهنا يمكن استخلاص نية الغش من سلوك الجاني الواضح . كما يتوافر القصد أيضا لدى الجاني المرخص له بالدخول لجزء فقط من النظام، وتتجه إرادته للدخول إلى أجزاء أخرى أو البقاء فيها<sup>(13)</sup> .

وبعد تطرقنا للجريمة الدخول والبقاء في صورتيهما البسيطة، نعرض فيما يلي الصورة المشددة لهما :

### 1-1-2 جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في صورتها المشددة :

تنص المادة 394 مكرر فقرة 2 على أنه : " تُضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة " . كما تشير الفقرة 3 من نفس المادة إلى أنه : " إذا ترتب على الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين والغرامة من 50.000 دج إلى 150.000 دج " .

فتحليلنا لكلتا الفقرتين يمكننا من استخلاص وجود ظرف مشدد لحالتي الدخول أو البقاء غير المشروع وعلى أساسه تضاعف العقوبة، ويتحقق هذا الظرف عندما يترتب عنهما نتائج تتمثل في :

- إما حذف أو تغيير معطيات النظام

- تخريب النظام بمعنى عدم قدرته على تنفيذ المعالجة الآلية للمعطيات .

وعليه فالركن المادي للصورة المشددة يقتضي وجود ثلاث عناصر تتمثل في : السلوك الإجرامي (الدخول أو البقاء غير المشروع)، النتيجة ( حذف أو تغيير معطيات النظام أو تخريب النظام ) وكذا

العلاقة السببية بينهما بمعنى بين النتيجة المحققة والسلوك الإجرامي، فإن حدثت إحدى هذه النتائج نتيجة فعل آخر فلا نكون أمام هذه الصورة المشددة من الجريمة بل البسيطة .

أما عن الركن المعنوي للصورة المشددة، فسبق وأن ذكرنا أثناء الحديث عن الصورة البسيطة بأن السلوك الإجرامي في الدخول أو البقاء الغير مشروع يتطلب توافر قصد جنائي عام ( العلم والإرادة )، غير أن النتائج المتمثلة في حذف أو تغيير معطيات النظام أو تخريب النظام لا يُشترط فيها القصد العمدي والدليل على ذلك العبارة : " فإذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير أو تخريب " فلا بد أن تتحقق النتيجة فيها بغير قصد الجاني عن طريق الخطأ دون سوء النية .

فإذا توافرت نية الغش قصد إحداث النتيجة، نكون أمام جريمة أخرى هي جريمة المساس العمدي أو التلاعب العمدي بالمعطيات<sup>(14)</sup> ، والتي سنتناولها فيما يلي :

### 1-2 جرائم المترتبة على جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات :

تُعتبر جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات بداية لجرائم أخرى بمعنى أن هذه الأخيرة ماهي إلا نتائج مترتبة عن الأولى، فجريمة التلاعب بالمعطيات أو الإعتداء العمدي على النظام أو التعامل غير المشروع في المعطيات لا بد لقيامها من الدخول إلى النظام أو البقاء فيه . وتتناول فيما يلي هذه الجرائم :

### 1-2-1 جرائم الإعتداء العمدي على المعطيات :

تنص المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري على أنه : " يُعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 2.000.000 دج كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها " . إن ما يلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع يحمي المعطيات نفسها، ويتجسد النشاط الإجرامي في جريمة الإعتداء العمدي على المعطيات في إحدى الصور الحصرية الثلاث : الإدخال ( كإدخال فيروس من أجل إضافة معلومات جديدة)، المحو ( الإزالة عن طريق فيروسات ) والتعديل ( تغيير المعطيات الموجودة بالنظام واستبدالها بمعطيات أخرى) .

ولا يُشترط إجتماع هذه الصور، بل يكفي أن يصدر عن الجاني إحدى هذه الأفعال حتى يقوم الركن المادي، مع عدم وجود التصريح بذلك، وهذا مايدل عنه مصطلح " بطريق الغش " (15).

وجميع الصور الثلاث المذكورة أعلاه تؤدي إلى تغيير الحالة التي توجد عليها المعطيات محل الإعتداء سواء بإدخال معطيات جديدة لم تكن موجودة أو محو أو تعديل المعطيات الموجودة مسبقا في النظام

بمعنى أن المعطيات التي تمت معالجتها هي موضوع أو محل النشاط الإجرامي، والتي تكون موجودة داخل النظام وتشكل جزءاً منه، فلا يقوم النشاط الإجرامي على المعطيات التي لم يتم إدخالها بعد إلى النظام، أو لم تُتخذ بشأنها إجراءات المعالجة الآلية .

وعن الركن المعنوي، فجريمة الإعتداء العمدي على المعطيات، وكونها عمدية ( بطريق الغش ) فهي تتطلب ضرورة توافر قصد جنائي عام بعنصريه : السلوك الإجرامي والعلم بأنه يقوم بإدخال أو إزالة أو تعديل عن طريق الغش لمعطيات النظام دونما علم صاحب الحق في هذه المعطيات أو من له السيطرة عليها .

ولا يُشترط نية خاصة، إذ لا يُشترط أن يتصرف الجاني بنية إلحاق الضرر بالغير، حيث تقوم الجريمة متى قصد الجاني التلاعب بالمعطيات ضمن نظام المعالجة الآلية للمعطيات .

### 1-2-2 جرائم التعامل غير المشروع في المعطيات :

تنص المادة 394 مكرر 2 من قانون العقوبات على أنه : " يُعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى ثلاث سنوات (3) وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج كل من يقوم عمداً أو عن طريق الغش بما يأتي :

- 1- تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الإتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلّة عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم
- 2- حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال لأي غرض كان المعطيات المتحصل عليها من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم " .

إن ما يُفهم من نص هذه المادة أن المشرع جرم مجموعة من الأفعال المذكورة على سبيل الحصر متعلقة بالتعامل غير المشروع في معطيات الحاسب الآلي، وذلك بالنظر لأهميتها مطبقاً في ذلك ما جاءت به المذكرة التفسيرية لإتفاقية بودابست لسنة 2001، والتي ذكرت بأن الحكمة من تجريم مثل هذه الأفعال هي أن : " جرائم المعطيات يتطلب ارتكابها حيازة وسائل الولوج كأدوات القرصنة أو أي أدوات أخرى وأن هناك دافعا قويا للحصول على هذه الوسائل لأغراض إجرامية، مما يؤدي إلى خلق نوع من السوق السوداء لإنتاج وتوزيع مثل هذه الأدوات، وأنه من أجل وقاية أكثر فعالية من هذه المخاطر فإنه يجب على قانون العقوبات أن يحظر هذه الأفعال " (16) .

فالغاية من تجريم هذه الأفعال وقائية، كما أن المشرع يهدف من خلال تجريمه للأفعال الأولى منع حدوث الثانية وفي حالة حدوث الأخيرة يحاول أن يقضي قدر الإمكان على آثارها . وجرم الفعل

الثاني، حيث قد تسفر الجريمة الأولى على معطيات معينة ويكون من الخطر وجودها في غير حوزة صاحبها، أو استعمالها أو إفشائها أو نشرها لها، فأراد المشرع أن يضيق قدر الإمكان من دائرة الأشخاص الذين يمكنهم التعامل في هذه المعطيات حفاظا على سريتها .

كما يلاحظ أيضا أن الأفعال المجرمة بهذه الفئة لا تتعدى كونها من أعمال الإشتراك أو المساهمة المنصوص عنها في المادة 42 من قانون العقوبات، فهي ليست مساهمة مباشرة في الجريمة، وإنما أعمال مساعدة جعل منها المشرع جريمة كاملة وتامة بنص خاص، فأصبحت بذلك فعل مجرم مستق عن الجريمة الأصلية، وفائدة ذلك إمكانية العقاب على أفعال المساعدة في غياب الجريمة الأصلية<sup>(17)</sup> .

والتعداد الذي جاء به المشرع في الفقرة الأولى من المادة أعلاه إنما يهدف إلى توسيع دائرة التجريم، حيث شمل المعطيات مهما كانت حالتها ( مخزنة، مرسله، معالجة ) إذ لم تقتصر على تلك الموجودة بنظام المعالجة الآلية كالجرائم السابقة، على إعتبار إمكانية ارتكاب جرائم حتى باستعمال معطيات موجودة على وسائط تخزين خارجية . فمجرد وجود تعامل غير مشروع في المعطيات، وذلك بالقيام بأحد الأفعال المنصوص عليها في الفقرة الأولى ( التصميم، البحث، التجميع، التوفير، نشر، الإبتجار ) يشكل الركن المادي للجريمة، أما عن الركن المعنوي المتمثل في العلم والإرادة ( القصد العام ) وكذا القصد الخاص بمعنى انصراف العلم والإرادة إلى واقعة أخرى هي إعداد المعطيات والتمهيد لإستعمالها في ارتكاب جريمة، وذلك ما يُستنتج من عبارة المشرع : " عمدا وعن طريق الغش " . هذا عن الجريمة الأولى المنصوص عنها بالفقرة الأولى من المادة أعلاه .

أما عن الصورة الثانية، فجريمة الإستخدام غير المشروع للمعطيات تخص المعطيات المحصل عليها من إحدى الجرائم المنصوص عنها في القسم السابع مكرر من قانون العقوبات، حيث تقوم هذه الجرائم بإحدى الأفعال المذكورة في الفقرة الثانية من المادة أعلاه وهي: الحيازة أو الإفشاء، النشر أو الإستعمال . فإحدى هذه الأفعال يكفي لقيام السلوك الإجرامي لها ( الركن المادي )، هذا بالإضافة إلى ضرورة توافر الركن المعنوي المتمثل في العلم والإرادة ( القصد العام ) دون الخاص، وذلك ما يُستشف من عبارة " لأي غرض كان " بمعنى مهما كان قصد الجاني، والوقائع التي ينصرف إليها من خلال التعامل في هذه المعطيات، وما استعمال المشرع لعبارة عمدا وعن طريق الغش إلا تأكيدا منه على عمدية الجريمة<sup>(18)</sup> .

كانت هذه مجمل صور جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات التي ذكرها المشرع الجزائري وبالنظر لخطورتها قرر لها مجموعة من الجزاءات نتناولها فيما يلي :

## 2 الجزاءات التي أقرها المشرع الجزائري لردع مرتكبي هذه الجرائم :

نظرا لخطورة جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، سعى المشرع الجزائري للحيلولة دون وقوعها، حيث قام بتجريم مراحل متقدمة يمر بها الجاني قبل ارتكابه لجريمة كاملة، وقرر العقاب عليه مثل الإتفاق الجنائي على التحضير والإعداد لإرتكاب هذه الجرائم بصفتها جنحا، وكذا فعل الشروع كون الشروع في الجنح لا يكون إلا بنص صريح . هذا بالإضافة إلى مساءلة الأشخاص المعنوية عند ارتكابهم مثل هذه الجرائم، ومضاعفة العقوبة لهم .

والهدف من توقيع العقاب على هذه الجرائم هو حماية المصالح المحمية ( البرامج والمعلومات ) ولم يحدد المشرع نوع معين منها أو الجهة التي تنتمي إليها، غير أنه عزز الحماية في حالة تعلقها بالدفاع الوطني أو الجهات العامة نظرا لإرتباطها بالمصلحة العامة، وشدد العقوبة .

وفضلا عن العقوبات الأصلية التي أقرها المشرع لهذه الجرائم، فهناك عقوبات تكميلية تتمثل في المصادرة والغلق . هذا ما سنأتي على ذكره ضمن النقاط التالية :

- نطاق العقوبة

- مضمون العقوبة

### 2-1 نطاق العقوبة :

يتمثل نطاق عقوبة جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في معاقبة المشرع للإتفاق الجنائي وكذا معاقبته على فعل الشروع في إرتكابها، وذلك كما يلي :

#### 2-1-1 العقاب على الإتفاق الجنائي :

تنص المادة 394 مكرر 5 على أنه : " كل من شارك في مجموعة أو في إتفاق تألف بغرض الإعداد لجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم وكان هذا التحضير مجسدا بفعل أو عدة أفعال مادية، يعاقب بالعقوبات المقررة للجريمة ذاتها " .

يشترط نص هذه المادة على الإتفاق الجنائي الذي هو من الأفعال التحضيرية التي تسبق البدء في التنفيذ أن يتم ضمن مجموعة أو إتفاق ( شركة أو مؤسسة أو شخص معنوي، إذ يكفي فيها أن يعرف مجموعة من الأشخاص الطبيعية ( شخصين فأكثر) بعضهم واتفقوا على ارتكاب جريمة أو أكثر ) . وبمفهوم المخالفة، تخرج الأعمال التحضيرية التي تُرتكب من قبل شخص واحد عن إطار التجريم، وأن يكون الغرض من تكوين الجماعة هو الإعداد لإرتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم الماسة بنظام المعالجة

الآلية للمعطيات، وأن يتجسد الإتفاق بفعل مادي كتبادل المعلومات الضرورية لإرتكاب الجريمة، وكذا توافر القصد الجنائي العام. بمعنى علم وإرادة كل فرد في المجموعة<sup>(19)</sup>.

## 2-1-2 العقاب على الشروع في إرتكاب هذه الجرائم :

تنص المادة 394 مكرر 7 على أنه : " يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المنصوص عليها في هذا القسم بالعقوبات المقررة للجنحة ذاتها ."

إنه وكأصل عام، يعد الشروع في إرتكاب الجنايات كإرتكابها وذلك لخطورتها، والأمر لا يتعلق إلا بالجنح الخطيرة وبموجب نص، ولأن المشرع رأى في جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات خطورة كبيرة، فقد قرر إخضاعها لنظام الشروع .

وبالرجوع لنص المادة أعلاه، نلاحظ أن المشرع وسع دائرة الجرائم لتشمل الشروع في كل تلك الواردة بالقسم، بما فيها الإتفاق الجنائي المنصوص عليه بالمادة 394 مكرر 5. بمعنى أنه شمل بالشروع كل من الأعمال التحضيرية، وتلك التي تعد بدءا في التنفيذ .

وما يلاحظ أن المشرع هنا قام بالتحريم في مرحلة متقدمة جدا، وهي مرحلة وجود الإرادة التي لم تلتق مع الإرادات الأخرى ( الإتفاق الجنائي ) لأنها لو التقت لكان الإتفاق مكتملا، وكان المشرع هنا قد اقترب من مجرد تجريم النوايا . وهنا نقترح إخراج جريمة الإتفاق الجنائي من جريمة الشروع، وقصره فقط على جرائم الإعتداء على أنظمة المعالجة الإلكترونية للبيانات مثلما فعل المشرع الفرنسي الذي لم يتطرق للشروع في جريمة الإتفاق الجنائي عندما نص على الشروع في جرائم الإعتداء على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات<sup>(20)</sup>.

كانت هذه أهم الأفعال التي يعاقب عليها المشرع الوطني، وفيما يلي العقوبات المقررة لهذه الجرائم :

## 2-2 مضمون العقوبة :

وضع المشرع الجزائري جزاءات مختلفة أصلية وتكميلية لمختلف مرتكبي هذه الجرائم، بمعنى الأشخاص الطبيعيين والمعنويين وذلك كما يلي :

### 2-2-1 الجزاءات المقررة للشخص الطبيعي :

قرر المشرع عقوبات كما سبق وذكرنا عقوبات أصلية وأخرى تكميلية للشخص الطبيعي المرتكب لجريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، كما شدد العقوبة في حالات معينة .

فعن العقوبات الأصلية، ومن خلال إطلاعنا على النصوص العقابية، نلاحظ تعددها بتعدد تلك الجرائم.

فبالنسبة لجريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات فقد أقر لها جزاءات مختلفة على اختلاف صورها ( البسيطة والمشددة ) .

فعن الجزاءات المقررة لتلك الجريمة في صورتها البسيطة، فتتمثل حسب المادة 394 مكرر فقرة 1 من قانون العقوبات في الحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنة (1) وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج، وترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية بأن جعل له حدا أدنى وحدا أقصى في تقدير تلك العقوبة، حسب الوقائع المعروضة أمامه، إذ يختلف الباعث من شخص إلى آخر، إذ ليس باعث الفضول كباعث الجوسسة .

أما عن الجزاءات المقررة لتلك الجريمة في صورتها المشددة، فقد ضاعفت الفقرتين 2 و 3 من نفس المادة عقوبة جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع إذا ترتب عنها إما حذف أو تغيير المعطيات، وذلك سواء في حدا الأدنى الذي يصبح 6 أشهر حبس عوضا عن 3 أشهر، أو في حدا الأقصى أي سنتين عوضا عن سنة واحدة .

وكذلك الشأن بالنسبة للغرامة فتصبح 100.000 دج إلى غاية 200.000 دج بعدما كانت من 50.000 دج إلى 100.000 دج .

أما إذا حدث تخريب لنظام المعالجة الآلية فالعقوبة تكون بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين والغرامة من 50.000 دج إلى 150.000 دج .

وعن العقوبات المقررة لجريمة الإعتداء على المعطيات، فكونها تنقسم كما سبق وأن رأينا إلى قسمين الأولى جريمة الإعتداء العمدي، والثانية جريمة التعامل غير المشروع في المعطيات .

فبالنسبة للأولى فقد جاء نص المادة 394 مكرر 1 بالعقوبات التالية : " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو أزال أو عدل بطريق الغش التي يتضمنها " .

أما عن الجريمة الثانية ( جريمة التعامل غير المشروع في المعطيات ) فقد نصت المادة 394 مكرر 2 على العقوبات المقررة لمرتكبها : " يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج ... " .

كما نشير إلى أن جميع العقوبات عن الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المذكورة أعلاه تشدد إذا كانت الضحية المستهدفة هيئات الدفاع الوطني أو المؤسسات والهيئات العامة، ذلك ما نصت

عليه المادة 394 مكرر 3 التي تنص على أنه : " تضاعف العقوبات المنصوص عليها في هذا القسم إذا استهدفت الجريمة الدفاع الوطني أو الهيئات والمؤسسات الخاضعة للقانون العام، دون الإخلال بتطبيق عقوبات أشد " . وظرف التشديد هنا يتعلق بمركز المجني عليه المتمثل في هيئة عمومية .

أما عن العقوبات التكميلية للشخص الطبيعي مرتكب جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات فتتمثل في المصادرة والغلق . حيث تنص المادة 394 مكرر 6 : " مع الإحتفاظ بحقوق الغير حسن النية، يحكم بمصادرة الأجهزة والبرامج والوسائل المستخدمة مع إغلاق المواقع التي تكون محلا لجريمة من الجرائم المعاقب عليها وفقا لهذا القسم، علاوة على إغلاق المحل أو مكان الإستغلال إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بعلم مالكتها " .

ففيما يتعلق بالمصادرة ( عرفتھا المادة 1/15 ق ع ) فإنھا عقوبة وجوبية لهذا النوع من الجرائم متى كانت الأشياء قد استخدمت في ارتكاب الجريمة، وتعدد مختلف تلك الوسائل جاء على سبيل المثال لا الحصر، كل ذلك مع مراعاة حقوق الغير حسن النية كونه لا يتوافر لديه القصد الجنائي، ويجهل أن وسائله استعملت في ارتكاب الجريمة، حيث لو علم لحال دون ذلك .

أما عن الغلق فيتمثل مثلما أشار إليه نص المادة أعلاه في غلق المواقع الإلكترونية التي كانت محلا لإرتكاب الجريمة، وكذا إغلاق المحل أو مكان الإستغلال، شرط أن تكون الجريمة قد ارتكبت بعلم مالك المكان الذي سمح من خلاله بالدخول غير المصرح به لمختلف الأنظمة، والتلاعب بالمعطيات مثل مقاهي الإنترنت .

ولم تحدد المادة مدة الغلق الذي يمكن أن يكون مؤقت أو دائم، مثلما نصت عليه نص المادة 16 مكرر 1 المضافة بموجب القانون 06-23 المؤرخ في : 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات<sup>(21)</sup>، حيث ذكرت بأنه : " يترتب على عقوبة غلق المؤسسة منع المحكوم عليه من أن يمارس فيها النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه " .

## 2-2-2 الجزاءات المقررة للشخص المعنوي :

تنص المادة 394 مكرر 4 على أنه : " يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم بغرامة تعادل 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي " .

ما يفهم من نص هذه المادة أن الشخص المعنوي عاما كان أو خاصا بإستثناء الدولة يعاقب عن جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في حال قيام مسؤوليته عن ذلك، بمعنى في حال ارتكاب هذه الجرائم من طرف عضو أو ممثل ذلك الشخص المعنوي، وذلك لصالح الشخص المعنوي .

ولقد شدد المشرع العقوبة ( غرامة مالية ) على الشخص المعنوي، لأن الكثير من الأشخاص المعنوية تنشأ بغرض تحقيق الربح، فتقوم بالمنافسة الغير المشروعة من خلال ارتكاب هذه الجرائم على منافسيها .  
فبالنسبة لجريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في صورتها البسيطة، تكون الغرامة 500.000 دج  
أما في صورتها المشددة فتصبح 1.000.000 دج، أما إذا ترتب عنها تخريب النظام فتصبح  
750.000 دج وفي جريمة التلاعب بالمعطيات تصل إلى 10.000.000 دج . أما عن جريمة  
التعامل غير المشروع في المعطيات فتصل إلى 5.000.000 دج وهذا المبلغ من شأنه أن يضع حدا  
لهذا الشخص المعنوي نظرا لكبره . هذا عن العقوبة الأصلية .

أما عن العقوبة التكميلية، فهي نفس تلك التي تناولناها بالتحليل والشرح عند حديثنا عن العقوبات  
التكميلية المطبقة على الشخص الطبيعي، والمتعلقة بالمصادرة والغلق، وتطبق هي الأخرى على الشخص  
المعنوي متى كانت محالا للجريمة  
**الخاتمة :**

لقد استحدث المشرع الجزائري بموجب المواد من المادة 394 مكرر إلى غاية 394 مكرر 7 من  
قانون العقوبات المعدل والمتمم أحكاما تُجرم فعل المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات كنوع من  
الجرائم الإلكترونية الناجمة عن التكنولوجيا الحديثة، وذلك نظرا لعدم إمكانية تطبيق أحكام الجرائم  
التقليدية عليها لما تتسم به من حداثة وإمكانية التغير المستمر وكذا كونها جرائم عابرة للحدود .  
فقد واكب المشرع الحركية التشريعية التي فرضت نفسها عالميا في هذا المجال، خاصة مع دخول  
الإنترنت نواحي حياة المواطن الجزائري، وغطى بموجب تلك المواد جانبا كبيرا من الجريمة الإلكترونية  
رغبة منه في حماية المال المعلوماتي .

ولعل ما يثبت صحة قولنا ما جاء في عرض أسباب هذا التعديل : " إن التقدم التكنولوجي وانتشار  
وسائل الإتصال الحديثة أدى إلى إبراز أشكال جديدة من الإجرام، مما دفع بالكثير من الدول إلى النص  
على معاقبتها، وإن الجزائر على غرار هذه الدول تسعى من خلال هذا المشروع إلى توفير حماية جزائية  
للأنظمة المعلوماتية وأساليب المعالجة الآلية للمعطيات، وأن هذه التعديلات من شأنها سد الفراغ القانوني  
في بعض المجالات، وسوف يُمكن لا محالة من مواجهة بعض أشكال الإجرام الجديد " .

ونشير أيضا إلى أن المشرع قد أصدر القانون رقم 09-04 المؤرخ في : 05 سبتمبر 2009  
المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال وذلك بغية تنظيم  
الجانب الإجرائي لهذه الجرائم .

والمطلوب من المشرع الوطني المراجعة المستمرة لقانون العقوبات، حتى يتماشى والجرائم المستحدثة في هذا المجال .

### الهوامش :

- (1) خالد ممدوح إبراهيم، فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى، 2009، ص 414 .
- (2) عبد الفتاح بيومي حجازي، الإثبات الجنائي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية-مصر- دون ذكر رقم الطبعة، 2007، ص 7 .
- (3) محمد أمين الشوابكة، جرائم الحاسوب والإنترنت الجريمة المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن - الطبعة الأولى، 2007، ص 7 .
- (4) الهاكرز أو المتسللين هم هواة بارعون باستخدام الحاسوب، يستغلونه بشكل غير قانوني، ولديهم فضول لإكتشاف حواسيب الآخرين .
- (5) بموجب المواد من 394 مكرر إلى غاية 394 مكرر 7 من القانون رقم 04-15 المؤرخ في: 10 نوفمبر سنة 2004 (جريدة رسمية عدد 71 مؤرخة في: 10 نوفمبر سنة 2004، ص ص 11 و 12 ) المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم .
- (6) محمد خليفة، الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية- مصر- دون ذكر رقم الطبعة، 2007، ص 26 .
- (7) غنية باطلي، الجريمة الإلكترونية دراسة مقارنة، الدار الجزائرية للنشر والتوزيع، بدون ذكر رقم الطبعة، 2015، ص 145 .
- (8) خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، الدار الجامعية الإسكندرية-مصر- بدون ذكر رقم الطبعة، 2008، ص 148 .
- (9) عبد الفتاح بيومي حجازي، الجريمة في عصر العولمة - دراسة في الظاهرة الإجرامية المعلوماتية- دار الفكر الجامعي الإسكندرية- مصر- الطبعة الثانية، 2008، ص 83 .
- (10) غنية باطلي، المرجع السابق، ص 160 .
- (11) نسيم جدي، جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، جامعة وهران - الجزائر- 2014، ص 54 .
- (12) علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر الإسكندرية- مصر- الطبعة الأولى، 1999، ص 54 .
- (13) نسيم جدي، المرجع السابق، ص 57 .
- (14) غنية باطلي، المرجع السابق، ص 169 .
- (15) غنية باطلي، المرجع السابق، ص 173 .
- (16) محمد خليفة، المرجع السابق، ص 62 .
- (17) نسيم جدي، المرجع السابق، ص 71 .
- (18) غنية باطلي، المرجع السابق، ص 194 .
- (19) نسيم جدي، المرجع السابق، ص ص 131، 132 .

(20) غنية باطلي، المرجع السابق، ص 206 .

(21) جريدة رسمية عدد 84 مؤرخة في : 24 ديسمبر سنة 2006، ص 14 .

## تجاوز السلطة بالقرار المنحرف

الأستاذ: عز الدين بغدادى

أستاذ مؤقت بجامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بو عرييج

## مقدمة:

الفراغ السياسي والإفلاس في الشرعية الذي يهدد أصحاب القرار، اللذين يمارسون أعمال القرارات وفق السلطة الأبوية على أفراد المجتمع، المستمدة من قوهم التعسفية التجاوزية لحرية الأفراد داخل المجتمع المنظم وفق قواعد قانونية تسري داخل الدولة نفسها والتي أقرتها بموجب دستور وقوانين وتشريعات وأعراف وفق ما يمليه عليها القانون الطبيعي والعدالة الاجتماعية والتي تنظم أفراد المجتمع والسلطة وفق عقود اجتماعية<sup>1</sup> أزلية وكذا حديثة وفق أدبيات نظرية العقد الاجتماعي<sup>2</sup>، هاته الأخيرة التي تقر بالاحترام المتبادل لتبني الحكم الراشد في التنفيذ المباشر وغير المباشر القرار الإداري دون تجاوز للسلطة المخولة أو التعسف فيها، مع الإبقاء على حقوق أفراد المجتمع وعدم التناول على حرياتهم.

**القرار الإداري:** القرار، مصطلح دائم الحضور عن المجتمعات وخاصة الحديثة منها، لما له من الأهمية البالغة والخطورة وهو موزع في جميع النصوص القانونية سواء صراحة أو ضمنا وهو فيصل الحريات في أي مجتمع أو دولة، فبقى الفقه يردد ما يمليه عليه المشرع من نصوص قانونية لا تفي بغرض أعمال القرار وتطبيقه، حيث يرى أغلب الفقهاء أن القرار الإداري هو سلطة أو مصلحة يحميها القانون. ومن أمثله الغلق الإداري.

**1. قرار الغلق الإداري بين الفقه والقضاء: وقرار الغلق الإداري الذي يعتبر جوهر الدراسة. هل**

عرفه القانون؟ أم اكتفى بإقراره وتوفير الحماية له؟ وهذا ما يقتضي معرفته، لأن الجهل به قد يؤدي إلى نتائج غير مرضية داخل الدولة.

لهذا نجد في القانون الجزائري أنه لم يرد تعريف مباشر للغلق ولم تخصص له فصول داخل المواد، أي لم يقوم المؤسس بتعريفه بشكل عام، بل اكتفى بتقييده في النصوص القانونية كعقوبة تنزل على الأفراد، أو كإجراء احترازي تستتر الإدارة به، وأعتبره مرادف للضبط الإداري<sup>3</sup>، وأنه قرين الرخص، أو

التعدي، رغم الاختلافات الفقهية الموجودة، كما تركز الغلق إلا في المجال التجاري، إلا أنه داخل في جميع مجالات الحياة العامة للدولة، وليس عملية تنفيذية إجبارية تلزم أفراد المجتمع بالحد من النشاط الذي صدر في حقه هذا الغلق.

وبما أن المشرع الجزائري كمثل في المادة 921<sup>4</sup> من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر سنة 1429هـ الموافق ل 25 فبراير سنة 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أقر نصا واحدا تبكيه معاملات أفراد المجتمع المنظم بجميع ميادينها التجارية والاقتصادية والسياسية والثقافية...، وتحبس أنفسها تترجى هذه المادة الوحيدة والعاجزة في نفسها لتأخذها عند التطبيق في أي حكم أو قرار كان من السلطات القاصرة، والتي يحميها القضاء الاستعجالي -عند الضرورة- بتدخلاته وسلطاته التقديرية لفض مجمل النزاعات الغارقة والمتوقفة بين السلطة وأفراد المجتمع. وهو ما يبين العجز المميت للسلطات في إصدار كذا تنظيمات ونصوص قانونية تبين حالات الغلق الإداري وطرق إعماله بطرق مباشرة أو وفق اتفاقات إدارية مسبقة ومعلومة.

2. الزوايا التي ينطلق منها قرار الغلق الإداري: بغض النظر عن قرار الغلق الإداري أنه يصدر

من جهة مختصة، وكذا انه يحدث آثار، نجد أنه اتفاقي وكذا امتيازي بمعنى:

أ. اتفاقي: لا شك أن القرار بمفهومه العام في عملية الصدور يكون من جهة واحدة وهي الإدارة، غير أن ما وصل إليه العالم من تطور في مجال القرار المميت من جهة واحدة فقط، جعل الإدارة تسعى إلى جعل قراراتها اتفاقية ولو ضمينا بينها وبين أفراد المجتمع، لكسر الخوف والرهبنة المزروع وخاصة في دول العالم الثالث في القرارات المححفة التي تصدرها في حق المتعاملين، وهذا لجعل الإدارة مرنة وأكثر تقرب للمواطن والسهر على خدمته، ومن بين هذه الاتفاقات الرخصة، والاعتماد في مجال الصيدلة والطب كمثل كلها تعد اتفاقات ضمنية وصريحة بين الفرد والإدارة قصد تسيير الحياة الاجتماعية ومراعاة الصالح العام، غير أن التجاوزات التي يمارسها الأفراد في هذه الحالات، تجبر الإدارة لإعمال قرار الغلق الإداري وتطبيقه فورا، مما يجعل موضوعها لا يقبل الطعن أمام القضاء لانعدام شرط المصلحة بالنسبة

5

للغير في مواجهة الإدارة .

ب. امتيازي: تعد قرارات الإدارة امتيازيه تتمتع بها السلطة التنفيذية وحدها سواء كانت ممركرة ام لا، وقرار الغلق الإداري منها وهو انفرادي سلطوي تعبر به عن إرادتها لوحدتها، ليحدث أثار تتمثل في منح الحقوق وفرض الالتزامات، تفرز عملية كل ركن في القرار الإداري وطريقة عمله. قصد إضفاء الشرعية وتمكينه من النفاذ، ليحصن بذلك من الطعون المقدمة ضده الإدارية والقضائية، وهذا في جميع حالات صدور قرار الغلق الإداري التنظيمية أو الفردية.

### 3. أسباب وأثار قرار الغلق الإداري: نتناول الأسباب التي تدعوا إلى العمل بالغلغ الإداري وفقا

للنظم القانونية المختلفة، والتي تنتج تطبيقات تخلف أثار عل أفراد المجتمع في النظم وفي الجزائر

أ: في النظم القانونية المقارنة: لو أخذنا فرنسا نجد حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 2 ابريل 1943 في قضية "بوجان"، حيث قام هذا الطبيب الفرنسي بفتح عيادة في مدينة بونترية - وهو طبيب أنف وأذن وحنجرة - فضلا عن عيادته الأصلية في بلدته التي يقيم فيها، فصدر قرار من المجلس الإقليمي لنقابة أطباء سواحل الشمال بإغلاق العيادة الجديدة في مدينة بونترية ومنع الطبيب "بوجان" من ممارسة مهنة الطب في هذه العيادة<sup>6</sup>.

وفي تونس إغلاق حكومة "مهدي جمعة" جمعيات تحوم حولها شبهة دعم التطرف اعتبره طيف سياسي بتونس خطوة مقدرة في سبيل حماية البلاد من الإرهاب، لكن هناك من رأى فيه تعسفا وخصما من مكتسبات الثورة التي فتحت الباب واسعا أمام العمل المدني.

رغم سقوط القيود المفروضة على المجتمع المدني في تونس بعد الثورة، فإن الحكومة الحالية لم تجد حرجا في إغلاق عشرات الجمعيات لمجرد الشبهة في تورطها في تمويل الإرهاب، وهو إجراء اعتبره البعض ضروريا، بينما رأى فيه آخرون تعسفا وانقلابا مدنيا.

وكانت الحكومة التي يقودها "مهدي جمعة" اتخذت قرارات بتجميد نشاط أكثر من 150 جمعية عقب الهجوم الذي شنه مسلحون على قوات الجيش التونسي في 16 يوليو/تموز الماضي وذهب ضحيته 15 عسكريا في جبل الشعانبي. بمحافظة القصيرين قرب الحدود مع الجزائر.

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، فقد أمر رئيس الحكومة بإغلاق محطة إذاعية وقناة تلفزيونية بدعوى أنهما تنشران خطابات تتسم بالكراهية والعنف، هذا إضافة إلى تعليق نشاط مساجد وصفت بأنها واقعة تحت سيطرة متشددين اتهموا بأنهم احتفلوا بمقتل الجنود التونسيين.

ورغم أن هذه القرارات الحكومية غير المسبوقة بعد الثورة أوقدت مشاعر الغضب والسخط في بعض الأوساط السياسية والحقوقية، فإنها كانت محل ترحيب لدى تيارات أخرى وجهت أصابع الاتهام إلى هذه الجمعيات بخدمة أحزاب معينة ودعم الإرهاب.

في السياق، يقول النائب عن الحزب الجمهوري بالمجلس الوطني التأسيسي (البرلمان) " رابح الخرايفي" إن قرارات الحكومة تأتي في نطاق حماية البلاد من الإرهاب.

وكذلك الحال في مصر الغلق الإداري عمل تمارسه الإدارة على الأفراد باعتبارها سامية وهي تمثلهم حسب عاداتهم وتقاليدهم، ويجب أن تفصح به الإدارة لأنه أمر وجوبي وضروري لميلاده باعتباره قرار إداري، وبغيره أو دونه يستحيل التعرف على عنصر الإدارة<sup>7</sup>.

ومن خلال استقراء هذه النظم القانونية نجد أن الغلق الإداري يطبق من طرف السلطات المختصة بإعماله سواء كان وارد في نصوص قانونية أم لا، ففرنسا كان تطبيقه من السلطة القضائية أما في تونس فكان من السلطة التشريعية قصد الحفاظ على الأمن العام للبلاد بحجة الإرهاب وهي ذريعة باتت ميتة في علم السياسة وعلم الاجتماع، أما في مصر فكان وفق قوانين منصوص عنها سلفا تقوم بإعمالها السلطة أو الهيئة التنفيذية المختصة بذلك. فضلا عن ذلك نجد مستقبل الغلق الإداري أو من يطبق عليه الغلق وهو أفراد المجتمع لا حجة له إلا أمام القضاء إن نصره.

ب: في الجزائر: الغلق الإداري: هو غلق الإدارة للمحلات التجارية أو المهنية، مثل المقاهي، المطاعم، الورشات، المخازن، مكاتب ممارسة المهن الحرة... الخ<sup>8</sup>، والبعض يرى أن الغلق الإداري يشمل كل قرار إداري يرمي إلى الغلق كتصرف عقابي ضد صاحب المحل أو المؤسسة<sup>9</sup>. ... فضلا عن ذلك كله، في ما يخص حماية العلامات التجارية، بإمكان الجهات القضائية المختصة وفي أحوال معينة، تقرير عقوبات جنائية مختلفة، كالحبس والغرامة المالية، بالإضافة إلى الغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة المتعدية

<sup>10</sup> على هذا الحق

فالغلق هنا هو ناجم عن علاقة سببية، إذا وجدت هذه العلاقة نجم عنها إنشاء دعوى قضائية تخول صاحبها سوى إمكانية الحصول على حكم في الموضوع<sup>11</sup>، كالغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة، ....<sup>12</sup>، الذي جاء به القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر سنة 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 921 ف2<sup>13</sup>.

وفي يوم الاثنين 29 جوان 2016 ميلادي الموافق لـ 24 رمضان 1437 هجري أمر "عبد المالك سلال" الوزير الأول بغلق القنوات الخاصة غير المعتمدة في تصريح تلفزيوني مشيرا إلى أن هناك 5 قنوات معتمدة فقط من بين 60 قناة تلفزيونية خاصة وأكد أنه من الآن فصاعدا لن يسمح بتجاوز القانون وسيطبق في كل الظروف، وهو نية للحكومة في ضبط قطاع السمعي البصري في الجزائر الذي يعرف حالة فوضى كبيرة."

كل هذا نستنتج منه أن الأسباب المؤدية للغلق في الجزائر هي نفسها الموجودة في النظم المقارنة من أحكام قضائية أو قوانين تشريعية معلومة مسبقا بين الإدارة وأفراد المجتمع، أو السلطة التشريعية الأولى في البلاد القاضية بأمر الغلق الإداري دون سابق إنذار بحجة أو أخرى، كالإرهاب والفوضى وعدم الطاعة والأيدى الخارجية ...، وإن تعددت الأسباب فالغلق واحد.

**–الحالة الاقتصادية كسبب لإعمال وتطبيق قرار الغلق الإداري:** الانتعاش الاقتصادي الذي يشهده العالم في الفترة الأخيرة وخاصة الجزائر بفضل الجهود المبذولة من الدولة والسير الحسن للإدارة والتطور العلمي للقوانين الحاصل في الإدارة الجزائرية، نجد أن الإدارة اتخذت الحالة الاقتصادية للبلاد وحاجة الناس الملحة للمال بطريق مشروع أو غير مشروع حجة وسبب لإعمال الغلق الإداري الحاصل عن تحصيل الأموال بطرق غير مشروعة في المجتمع الجزائري وقوانينه.

ومن أسباب ذلك غلق الإدارة للمحلات التجارية أو المهنية، مثل المقاهي، المطاعم، الورشات، المخازن، مكاتب ممارسة المهن الحرة، ... الخ<sup>14</sup> . ...، فضلا عن ذلك كله، في ما يخص حماية العلامات التجارية، بإمكان الجهات القضائية المختصة وفي أحوال معينة، تقرير عقوبات جنائية مختلفة، كالحبس والغرامة المالية، بالإضافة إلى الغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة المتعدية على هذا الحق<sup>15</sup>

فالغلق الإداري هنا ناجم عن علاقة سببية ناجمة عن الحالة الاقتصادية، ومن أمثلة ذلك إنشاء جمعية حماية المستهلك للحد من اختفاء المخاطر والأمراض من المجتمع وهذا عن طريق إجراءات وقائية إدارية وقانونية، وسواء كانت متصلة بالأشخاص أو الحيوانات أو العقارات الخاصة أو الطرق العامة<sup>16</sup> حيث تؤثر حالتها غير السلمية على صحة الأفراد ورعاية الصحة الجماعية بوضع الشروط الصحية اللازمة لحياة الجماعة ومن ذلك رعاية نظافة الأماكن العامة<sup>17</sup>.

وقد أصبح المستهلكون يهتمون اهتماماً غير مسبوق بطريقة إنتاج الأغذية وتجهيزها وتسويقها، وتزايد مطالبهم بأن تتحمل الحكومات مسؤولية أكبر لحماية المستهلك وضمان سلامة الأغذية، وأمن المنتجات، وإعلام المستهلك، التجارة غير الشرعية، تطهير التجارة الخارجية، ضمان احترام حرية المنافسة، الأسعار والتعريفات المقننة.

وتستهدف هذه الخطوط التوجيهية السلطات الوطنية المعنية بضمان سلامة الأغذية وجودتها من أجل مصلحة المستهلكين والصحة العامة. كما أن هذه الخطوط التوجيهية ستساعد كثيراً من أصحاب المصلحة ومنهم مجموعات المستهلكين، ومنظمات الصناعة والتجارة، ومجموعات المزارعين وأي مجموعات أو رابطات أخرى تؤثر في السياسة الوطنية في هذا المجال.

كل هذه الإجراءات تكون سابقة لتجنب الكوارث الصحية وكذا الغلق الإداري والعصف بمنظومة التجار كمثال: المنشآت الصناعية والأماكن المدرسية،... الخ، محافظة على النظام العام.

غير أن التوجه الاقتصادي الذي تتخذه الدولة بمعوقاته الاقتصادية والمالية الحاصلة في الدولة، لا يعيق أعمال الغلق الإداري أو التحلل من القوانين المفروضة في النصوص التشريعية والمطبقة من طرف المرفق العام، وكذا عدم الإخلال بالعناصر التقليدية للنظام العام ( الصحة السكنية والأمن) التي تفرضها السياسة العامة للدولة.

#### 4. السلطات المختصة بإصدار وتنفيذ الغلق الإداري: إن الإدارة عند تطبيقها للغلق الإداري فهي

تحافظ على النظام العام وصيانتها، لذا وجب عليها لزاماً النظر للحقوق والحريات العامة، ونشاطات الأفراد، لذا لا تطبق إجراءات الغلق إلا بين ميزان العدل، وهو الحفاظ على النظام العام، وعدم إهدار الحريات وخرقها حتى تكون الدولة قوية تصان فيها الحقوق والحريات، ولا

يكون ذلك إلا إذا قام القضاء بدوره ببسط الرقابة على الإدارة فيما تتخذه من إجراءات، وهو فيصل العدل الخارج عن نطاق الإدارة، ولمنع وقوع الدولة في فتن داخلية بسبب تمادي الإدارة في الإكثار من إصدار القرارات غير المشروعة، وضع القضاء لمراقبته جهاز الإدارة عدة ضوابط. الغلق الإداري هو حالة عادية إذا كان منصوص عليه في القانون مسبقاً، وهو حالة عرضية إذا تم إعماله من طرف الهيئات غير المختصة بذلك لأن ذلك يقيد من الحريات العامة والخاصة لأفراد المجتمع، لذا توجب علينا تبيان السلطة المختصة بإعمال الغلق.

أ. **السلطة التشريعية:** السلطة التشريعية في غير الدول البرلمانية فأمرها محسوم، وكذا الدول البرلمانية التي تتبع نظام المجلس الواحد فتشريع الغلق عندهما سهل ولا يكلف، أما نظام المجلسين فيكون العائق الأكبر في سن القانون من نظام مجلس ويرفض من آخر لذا يبقى معطل الأعمال بالغلق الإداري، الشيء الذي يطرح إشكالا عمليا، مثل كيفية غلق القنوات التلفزيونية، هذا الشيء قد يكون عائق كمشال في الدول العلمانية التي تضيق الخناق على الأحزاب الدينية بغلق قنواتها أو فرض قوانين لا تتناسب ومبادئها، مما يجعل الأقلية البرلمانية الإسلامية المدعنة للأغلبية اللائكية في حيرة من أمرها، حتى إنها تنفرج في الطريق يغلق أمامها قانونيا وإعلاميا بطريقة أو أخرى.

يرى أغلب الفقهاء أن الغلق هو سلطة أو مصلحة يحميها القانون، لكن هل عرف القانون هذا المصطلح؟ أم اكتفى بإقراره وتوفير الحماية له؟ وهذا ما يقتضي معرفته، لأن الجهل به قد يؤدي إلى نتائج غير مرضية داخل الدولة.

لهذا نجد أن المشرع الجزائري لم يرد تعريف مباشر للغلق ولم تخصص له فصول داخل المواد، أي لم يقوم المشرع بتعريفه بشكل عام، بل اكتفى بتقييده في النصوص القانونية كعقوبة تنزل على الأفراد، أو كإجراء احترازي تستتر الإدارة به، وأعتبره مرادف للضبط الإداري، وأنه قرين الرخص، أو التعدي، رغم الاختلافات الفقهية الموجودة، كما تركز الغلق إلا في المجال التجاري، إلا أنه داخل في جميع مجالات الحياة العامة للدولة، وكمثال:

\* الأمر رقم 03-06 سنة 2003 الخاص بالعلامات التجارية<sup>18</sup>: "... مع مراعاة الأحكام

الانتقالية لهذا الأمر ودون الإخلال بأحكام الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966

والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، وكذا الغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة حسب القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 921 ف2.

نرى هنا أن المشرع الجزائري أصم حيال تشريع الغلق الإداري وكأننا أمام بلدية لا يوجد بها برلمان يشرع لجميع إجراءات الغلق و كيفية إعماله سواء القنوات، الطرق، التجمعات السكنية،...، وكأن ممثلي الغلق الإداري يتركون الرؤية ضبابية لتدخل سلطات أخرى.

**ب. السلطة التنفيذية:** السلطة التنفيذية، هي القائم على إدارة دفة الحكم، وإدارة المرافق العامة الحيوية، ولا يكتمل التضامن الاجتماعي إلا بتدخل السلطات الحاكمة<sup>19</sup>، وهي المسؤولة عن المحافظة على النظام العام في البلاد، حيث تعتبر سرعة تنفيذ الغلق شيء مستحسن ومنطقي لأنه يجد من العواصف التي تهدد البلاد وأمنها، سواء أقرته السلطة التشريعية في قوانينها أم لا، ومن بين الهيئات المسؤولة عن الغلق الإداري مديريات التجارة كمثال: قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المادة 921 ف2: "وفي حالة التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري، يمكن أيضا لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه"، وكذا الوزراء والولاة ورئيس الجمهورية وكذا الوزير الأول...، وكمثال غلق قنوات تلفزيونية في الجزائر من طرف الحكومة، وكذا غلق موقع الفيسبوك في بكالوريا 2016 الجزئية، كلها تبين أن السلطة التنفيذية هي المسؤولة عن إعمال الغلق الإداري في الجزائر- الذي يعد برلمانها بمجلسين- سواء وفق قوانين أقرتها السلطة التشريعية أم لم تقرها، وانفرادها بالغلق دليل على عصفها بتمثلي الشعب، وإخفاق آخر للسلطة التشريعية.

**ج. السلطة القضائية:** مما لا شك فيه أن داخل أي مجتمع اختل التوازن بين السلطة السياسية إذا استبدت وأفراد المجتمع، وهو كارثة تحل بالشعوب نتيجة الاستبداد والتسلط السياسي، وإن جل القرارات الإدارية هي بمثابة السم القاتل الذي لا يرحم عري الأفراد، هذه القرارات التي من المفروض تستوجب النصح والإرشاد وبناء الصالح العام.

لأن النظام القضائي إذا كان واقف جعل الاختصاص بالنظر في مشروعية هذه القرارات الإدارية عند الطعن فيها منعقدا للقضاء الإداري، مما يجعلها آلية مدافعة عن المجتمع وعن مظالم المنهمة على أفراد المجتمع.

والغلق هو قرار إداري وهو عمل قانوني يصدر عن الإدارة بما لها من سلطة عامة يحدث مركزاً قانونياً جديداً أو يؤثر في مركز قانوني سابق، وقد عرفه "العميد ليون دوجي" بأنه هو كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة وعرفه "العميد بونا ربانه" هو كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة<sup>20</sup>. ويكتمل قرار الغلق الإداري إذا اكتملت أركانه الأساسية بغض النظر عما يشوبه من عيوب تجعله قابلاً للإلغاء بدعوى تدور معه وجوداً وعدمًا، لأن انتفاؤه هو انتفاء دعوى الإلغاء، وبالتالي انتفاء دعوى التعويض.

ومنه نستنتج أن السلطة القضائية هي كذلك مختصة في أعمال الغلق الإداري وتنفيذ ما يستوجب على من يخل به إلغاءً وتعويضاً دون المساس بمبدأ المشروعية.

## 5. الطرق الأكثر ضماناً للمدعيين عند القضاء: لقد أخذ القضاء الجزائري موقفاً صارماً في

رقابته على الإجراءات الصادرة من السلطة المختصة بإصدار قرارات الغلق الإداري وخاصة قرار الغلق الإداري المشوب باستعمال عيب السلطة أو المطعون فيه بالإلغاء، هذا ليتسنى له ضمان حقوق الأفراد وحررياتهم، حيث يعد القضاء هو الضمانة الوحيدة بعد الدستور لحماية تلك الحقوق والحريات.

لذا فرض القضاء بموجب النصوص القانونية قيوداً على السلطات وهذا بالموازنة بين الإدارة وأفراد المجتمع بإعمال النصوص القانونية وهذا لإقامة دولة الحق والعدل، والغلق الإداري للمؤسسات والجمعيات والقنوات والأحزاب والمحلات كلها ترهق وتتعب المواطنين وخاصة إن كانت في غير محلها، الشيء الذي يجعلنا نبين مضمون الرقابة القضائية وكذا تقدير هذه الرقابة:

- لذا تعد الرقابة القضائية هي الرقابة التي تباشرها المحاكم القضائية عن طريق الدعوى القضائية وهي دعوى إلغاء القرارات الإدارية (وتعرف بتجاوز السلطة، ودعوى بطلان القرارات الإدارية)، دعوى تقدير مشروعية القرارات الإدارية، دعوى تفسير القرارات الإدارية، دعوى القضاء الكامل، حيث يملك القاضي الإداري في دعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة إلغاء القرار الإداري غير المشروع.

ويتوجب على الطاعن أو المدعي أن يقدم أدلة قانونية أو واقعية قابلة لأن يكون لها اثر قانوني،<sup>21</sup> فصاحب المحل الذي تم إغلاقه فيستطيع أن يؤسس دعواه على كون الخطأ في أعمال الغلق الإداري المنسوب إليه غير صحيح ماديا ( أي غير ثابت)، وأن الخطأ رغم ثبوته لا يتناسب مع العقوبة المسلطة عليه، لذا فالرقابة القضائية لها تقديرات تتميز بتعددتها، وهي تحجب ما يكتنفها من مأخذ قليلة من السهل تجاوزها:

\* **فمن حيث المزايا:** تتميز الرقابة القضائية بتعدد الضمانات الممنوحة للمدعي في مواجهة الإدارة. ومنها مبدأ المساواة أمام القضاء، العلنية، التحقيق في المنازعات الإدارية، تعدد درجات القاضي. وهو ما يمكن المدعي أن يطعن في الحكم أمام محكمة الطعن، مبدأ حجية الشيء المقضي به الذي يفرض على الإدارة الالتزام بتنفيذ الحكم الصادر ضدها متى تم تبليغها بالحكم مهورا بالصيغة التنفيذية. وفي حالة مخالفتها لهذا الالتزام فللمستفيد من الحكم أن يطعن في قرارها بالامتناع أمام القاضي الإداري مرة أخرى. ذلك أن امتناعها، وحتى تنفيذها الحكم تنفيذا ناقصا، يعد قرارا إداريا يجوز الطعن<sup>22</sup> فيه بطرق مختلفة في دعوى الإلغاء. كما يجوز للمدعى المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل جراء الامتناع عن التنفيذ أو التنفيذ الناقص. كما يمكن تحريك الدعوى العمومية ضد كل من يمتنع عن التنفيذ، أو يعرقل، أو يعترض، أو يستخدم سلطته لوقف تنفيذ حكم قضائي، المادة 138 مكرر<sup>23</sup> قانون العقوبات التي أضيفت بموجب القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26 يونيو 2001 (ج.ر. 34، ص: 17).

\* **أما من حيث العيوب:** يؤخذ على الرقابة القضائية جملة من العيوب هي أهما مكلفة بأسباب منها الاستعانة بمحام كشرط لقبول الدعوى أمام القضاء الإداري. وفي ذلك نصت المادة 815 من ق.ا.م.ا على انه -ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام. ونصت المادة 905 من ق.ا.م.ا على وجوب أن تقدم العرائض تحت طائلة عدم القبول من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة، وذلك باستثناء ما جاء في المادة 800، إلى جانب أهما رقابة تتميز بإجراءات معقدة وبمواعيد قانونية لا بد من مراعاتها، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة. إن القاضي في بعض النظم القانونية لا يملك أن يكره الإدارة على تنفيذ أحكامه بواسطة الأوامر التنفيذية والغرامة التهديدية<sup>24</sup>. بعد تبيان الضمانات التي أقرها القانون في الرقابة القضائية للمدعي في مواجهة الإدارة أمام المحاكم الإدارية نجد أنه وعند

سيرورة المنازعات الإدارية وبعد صدور المقررات القضائية الصادرة عن الدعوي الإدارية، وكذا الحد من تعسف أو ظلم أو أخطاء القضاة، نجد القانون الجزائري يقر ضمانات مساعدة وفعالة في مواجهه كل ما ينجر من سوء تعامل مع المخاطبين بالقرارات الإدارية وبالمقررات القضائية، لذا فطرق الطعن العادية، وغير العادية، تعتبر إجراء قانونيا يقوم به الطاعن ضد المقررات القضائية وأمام القاضي الإداري المختص، وهو ما خصه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 .

وفي الختام ترجى الطرق العلمية والمنطقية للقانون التي تسير قواعده بطرق منظمة لا تحيد عن عقودها الاجتماعية، وتنفذ أعمال السلطات دون المساس بمقومات أفراد المجتمع والمحافظة على النظام العام والمصلحة العامة وكذا المحافظة على المجتمع وقيمه دون استماتته بقرارات عمياء ترفع من جبروت السلطة، لأنها ببساطة هي عاملة له وليس سلطة جبروت تجاوزه في قراراتها.

لذا نستنتج أن الفراغ السياسي والإفلاس في الشرعية هو ما منظومة ميتة ومميتة بقراراتها، معا للحضور الدائم للقرار الإداري. إلى جانب أن الغلق الإداري لم ترد له أي تعريفات مباشرة تبينه في الصورة القانونية، لذا تارة يكون اتفاقي بموجب عقود صريحة أو ضمنية أو امتيازي تتمتع به السلطة لبسط نفوذها، وإن تعددت مصادره فهو واحد، تتخذة الدولة كسبب وقائي احترازي للمحافظة على النظام العامة والصحة، دون العصف بالمنظومات القانونية الأخرى (كالتجارة داخل البلد)، وعند تدخل السلطات القضائية لا يكون إعماله إلا بموجب نصوص قانونية وبين دفتي ميزان العدل، قصد المحافظة على النظام العام وكذا عدم إهدار الحريات وخرقها حتى تكون الدولة قوية بقراراتها وتصلح فيها الحقوق والحريات. كل هذا نجد أن لقرار الغلق الإداري عند صدوره مركز قانوني متجدد أو حديث. الشيء الذي يجعل رقابة القضاء تتدخل بضمانات تحمي بها المدعين لبسط وقوامة القانون.

فالواجب كل الواجب أن يحرص المشرع على أن ينعش القرارات بموجب قوانين سلسلة تبين كل جزئية، معلومة للعامة قبل المباشرة في أي عمل، ويكون هدفها حماية الأفراد داخل المجتمع، لا حماية مجموعة سلطوية مميتة بقراراتها تنعش إلا ما يخدمها، ويكون من سلطة تشريعية قائمة لا نائمة، ويصان

منظومة قضائية تساعده على النفاذ قدما، ويسر لها عملها لا يعقد عمل السلطات القضائية لكثرة انشغالها، ويكون الغرض منه الحماية الحقيقية للنظام العام والصحة العامة مع مراعاة الحقوق والحريات.

### الهوامش:

<sup>1</sup> - نظرية العلاقة بين الحاكم والمحكوم: راجع د. سام دلة: "القانون الدستوري"، منشورات جامعة حلب، سنة: 2004، ص: 60 وما يليها.

<sup>2</sup> - د. سعيد نخيلي: "القانون الإداري، المبادئ العامة"، الجزء الأول، منشورات جامعة البعث كلية الحقوق، سنة: 2012، 2013، ص: 74.

<sup>3</sup> - الضبط الإداري من حيث الفقه يرى الأستاذ أندري "دي لوبادر": "إن البوليس الإداري هو شكل من أشكال تدخل بعض السلطات الإدارية يتضمن فرض حدود على حريات الأفراد بغرض ضمان حماية النظام العام".

"la police administrative est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste, a imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus. A.DE.Laubadere : traité se droit administratif, t1, 9éme éd, par j.c, venezia et Yves gaudemet, l.g.d.j, paris, 1984, p : 629.

<sup>4</sup> - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر سنة 1429هـ الموافق ل 25 فبراير سنة 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المادة 921 التي تنص على: "في حالة الاستعجال القصوى يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية الأخرى، دون عرقلة تنفيذ أي قرار إداري بموجب أمر على عريضة ولو في غياب القرار الإداري المسبق. وفي حالة التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري، يمكن أيضا لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، ص: 105.

<sup>5</sup> - د. محمد يحيى: "المغرب الإداري"، الطبعة الثالثة، مطبعة ووراقة إسبارطيل، طنجة المغرب، سنة: 2002، ص: 377، 378.

<sup>6</sup> - إبراهيم عبد العزيز شيحا: "القضاء الإداري، ولاية القضاء الإداري دعوى الإلغاء"، المرجع السابق، ص: 351.

<sup>7</sup> - د. رأفت فوده: "عناصر وجود القرار الإداري"، دار النهضة العربية، 1999، القاهرة، ص: 54.

<sup>8</sup> - أ.لحس بن شيخ آث ملويا: "قانون الإجراءات الإدارية"، دراسة قانونية تفسيرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة: 2013، ص: 495.

<sup>9</sup> - د. سعيد بوعللي: "المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري"، دار بلقيس للنشر، الجزائر، سنة: 2014، ص: 246.

<sup>10</sup> - د. تيور سي محمد: "الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر"، دار هومة، الجزائر، سنة: 2013، ص: 158.

<sup>11</sup> - رمضان أبو السعود: "النظرية العامة للحق" دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة: 2005، ص 18.

<sup>12</sup> - أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادى الأولى علم 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، ص: 22.

<sup>(13)</sup> أ/ سائح سنقوقة: "شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، الجزائر، ص: 1127/1126.

<sup>14</sup> - أ.لحس بن شيخ آث ملويا: "قانون الإجراءات الإدارية"، دراسة قانونية تفسيرية، المرجع السابق، ص: 495.

15 - د. تيرور سي محمد: المرجع السابق، ص 158.

16- Castagne (jean): le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administratif, Bordeaux, 1961, p32.

17 - د. محمد عصفور: "وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيد على الحريات العامة"، رسالة دكتوراه، سنة: 1961، ص: 165.

18 - <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=193761>

19 - علي خطار شطناوي: "القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، مبادئ القانون الإداري والتنظيم الإداري، نشاط الإدارة العامة"، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، سنة: 2009، ص: 220.

20 - المستشار حمدي يس عكاشة: "القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة" دار النهضة العربية، سنة 1987، القاهرة، ص 170.

21 - د. عبد القادر عدو: "المنازعات الإدارية"، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة: 2014، ص: 42.

22 - وتوجد طرق طعن عادية وهي الاستئناف والمعارضة، وطرق طعن إدارية غير عادية كالتقاضي، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، الطعن بتصحيح الأخطاء المادية للمقررات القضائية، الطعن بتفسير المقررات القضائية، والتماس إعادة النظر.

23 - قانون العقوبات: الأمر 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم. لسنة 2015، المادة 138 مكرر: "كل موظف عمومي استعمل سلطته وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو أعترض أو

عرقل عمدا تنفيذه يعاقب بالحبس من ستة أشهر (6) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 5.000 إلى 50.000 دج"، ص: 64.

24 - د. عبد القادر عدو: المرجع السابق، ص: 44.

## صناديق التعويض عن الضرر البيئي

كرميش نور الهدى

أستاذة مؤقتة بجامعة محمد البشير الابراهيمي-برج بوعرييج

### الملخص:

نظرا للمشاكل والصعوبات التي يواجهها المضرور عند مطالبته بالتعويض عن الضرر البيئي الذي لحقه استنادا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، فقد اتجهت العديد من التشريعات الدولية والوطنية إلى تطبيق فكرة التعويض التلقائي عن الأضرار البيئية باعتبارها أنجع الحلول لضمان تعويض هذا النوع من الضرر، ولا يتم ذلك إلا عن طريق تطبيق فكرة التأمين الإجباري. ونظرا لجسامة الأضرار البيئية ومحدودية مسؤولية شركات التأمين، الأمر الذي دفعهم إلى الأخذ بفكرة صناديق التعويض عن الضرر البيئي كآلية تكميلية لضمان التعويض الكامل للمضرورين. ولقد اختلفت وظيفة هذه الصناديق، فمنها ما اقتصر على تعويض المضرورين، ومنها ما اقتصر على تحمل جزء من مسؤولية الملوث، ومنه من أخذ بالوظيفة المزدوجة. وأهم ما يميز هذه الصناديق أنها تعتمد على نظام التأمين الإجباري الذي يكون تدخله إما تكميليا في الحالة التي تعجز فيها شركة التأمين على تغطية كل الضرر، وإما احتياطيا في الحالة التي لا تتدخل فيها شركة التأمين لتعويض الضرر، وفي كل هذه الحالات فإن الصندوق يتوقف عند حد أقصى مبلغ التعويض الذي يلتزم به الصندوق، وهناك حالات يعفى فيها الصندوق من التزاماته وتتمثل أساسا في خطأ المضرور وخطأ الملوث المسؤول حيث يتحمل كل منهما نتيجة خطئه.

### Résumé :

En raison des problèmes et difficultés rencontrés par victime lorsque sa demande d'indemnisation pour les dommages environnementaux à la droite sur la base des règles générales de la responsabilité délictuelle, de nombreuses législations nationales et internationales a tendance à appliquer l'idée d'une compensation automatique pour les dommages environnementaux que les solutions les plus efficaces pour assurer une compensation pour ce type de dommage, il est non seulement en appliquant l'idée de l'assurance obligatoire, en raison de la gravité des dommages

environnementaux et les assureurs à responsabilité limitée, ce qui leur a causé d'introduire l'idée d'une compensation pour les dommages environnementaux comme un mécanisme de fonds supplémentaires pour assurer la pleine compensation pour les victimes.

Nous avons différé et la fonction de ces fonds, dont certains sont limités à l'indemnisation des victimes et certains sont confinés à supporter une partie de la responsabilité du pollueur, et certains prennent une double fonction, la caractéristique la plus importante de ces fonds, ils comptent sur le système d'assurance obligatoire, où l'intervention soit complémentaire dans le cas où échouer l'entreprise assurance pour couvrir tous les dommages, ou sauvegardé dans une situation où la compagnie d'assurance n'intervient pas pour compenser les dommages, et dans tous ces cas, le Fonds arrête le montant maximal de l'indemnité qui est engagée dans le Fonds, et il y a des cas où le Fonds de ses obligations relevée et se composent principalement de faute victime et faute pollueur exiger qu'ils portent les uns des autres en raison de son faute.

#### مقدمة.

لقد شغل موضوع الأضرار اللاحقة بالبيئة فكر العديد من رجال القانون لما للبيئة من أهمية على الصعيد الإنساني، ولما لهذا النوع من الأضرار من طبيعة خاصة، إذ يعتبر من الأضرار المزدوجة، حيث يلحق بالبيئة بالدرجة الأولى ومن ثمة الإنسان بالتبعية.

ومن أجل ذلك عملت القوانين على تطوير فكرة تعويض الأضرار اللاحقة بالبيئة ابتداء من الاعتماد على النظرية الخطئية كأساس لتعويض هذا الضرر، حيث يتولى كل شخص يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة مسؤولية تعويض هذا الضرر، ونتيجة لقصور هذه النظرية على استيعاب كل أضرار التلوث البيئي نتيجة إمكانية تهرب الملوّث لصعوبة إثبات ركن العلاقة السببية بين الخطأ المُرتكّب والضرر أو لصعوبة إثبات خطأ الملوّث لمراعاة هذا الأخير لقوانين حماية البيئة ومع ذلك هناك تفاقم الأضرار اللاحقة بالبيئة، الأمر الذي دفع العديد من التشريعات اتباع النظرية الموضوعية لتعويض الأضرار اللاحقة بالبيئة والتي تكفي لقيام مسؤولية الملوّث وقوع الضرر دون الحاجة لوقوع الخطأ أو إثباته.

ولضمان حصول المضرورين من التلوث البيئي سواء كانوا أشخاصا أم كانت البيئة نفسها على التعويض، لا بد من اللجوء إلى فكرة التعويض التلقائي الذي يتم عن طريق التأمين الإجباري، إلا أن فكرة إلزامية تأمين الأضرار البيئية قد تكون ناقصة في بعض الأحيان كالحالة التي يكون فيها الضرر البيئي جسيميا بحيث يأخذ الطابع الكارثي، كما قد تكون هذه الفكرة عاجزة على تعويض الضرر البيئي كالحالة التي يكون فيها المسؤول عن التلوث مجهولا، لذا قد يتطلب الأمر إلى إنشاء صناديق خاصة بتعويض الأضرار البيئية.

إن الأهمية الرئيسية من إنشاء صناديق خاصة بتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي، هو تعويض المضرور في الحالة التي لا يُعوّض فيها بوسيلة أخرى، كما أن لهذه الصناديق لها أهمية تكمن في توزيع المخاطر الصناعية على مجموع الممارسين للأنشطة التي يمكن أن تكون سبب لهذه المخاطر، وهذه الصناديق لا تتدخل إلا بصفة تكميلية أو احتياطية، وتجدد الإشارة هنا إلى أنه في الحالات التي يمكن إنشاء صناديق تعويض دون وجود نظام تأمين إجباري فإن هذه الصناديق تصبح ملتزمة بتعويض كل أضرار التلوث، وفي هذه الحالة فإن هذه الصناديق نظرا لضخامة التعويضات يمكن أن تشهر إفلاسها في أسرع وقت، هذه النتيجة تجعل فكرة التأمين الإجباري فكرة مستحسنة بل ضرورية في مجالات البيئة

ولقد تعددت الدول التي أخذت بفكرة الصناديق التي تسعى لحماية البيئة وتعويض الأضرار اللاحقة بها إلا أنها اختلفت من حيث نطاق عملها، وسنحاول من خلال هذه الدراسة تحديد نطاق عمل الصناديق الخاصة بتعويض الأضرار اللاحقة بالبيئة في المبحث الأول لنرجع في المبحث الثاني إلى مدى أخذ القوانين والتشريعات بفكرة الصناديق.

### المبحث الأول: نطاق عمل صندوق التعويض عن أضرار التلوث البيئي

لتوضيح عمل الصندوق الخاص بتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي لا بد أن أتناول نقطتين رئيسيتين تتمثل في: تحديد وظيفة هذا الصندوق في المطلب الأول، ثم أعرج لنطاق تدخل الصندوق في المطلب الثاني.

#### المطلب الأول: وظيفة الصندوق

تختلف وظيفة الصندوق من دولة إلى أخرى، فقد يقتصر على تعويض المضرورين، وقد يقتصر على تغطية جزئية لمسؤولية الملوّثين، كما قد يجمع أحيانا بين الدورين<sup>1</sup>، وسأتطرق في هذا الصدد إلى الوظيفة المزدوجة للصندوق الخاص بتعويض الأضرار الناشئة عن تلوث البيئة، حيث تتمثل الوظيفة الأولى في تعويض المضرورين من التلوث الحاصل، أما الثانية فتتمثل في تحمل جزء من العبء المالي للملوّث المسؤول.

### أولاً: تعويض المضرورين من التلوث

إن واقعة التزايد المستمر في عدد مصادر التلوث من منشآت صناعية، طائرات، سفن، ... إلى غير ذلك من المصادر، وما يتبع ذلك من احتمالات حدوث انبعاثات لغازات سامة أو إلقاء النفايات الخطرة أو تسرب الزيوت الثقيلة في البحار ... إلخ إثر انتهاك القوانين المنظمة لحماية البيئة أو تعرض تلك السفن لحوادث تأخذ شكل الكارثة، كان هو أساس نشأة الوظيفة الأولى للصندوق والمتمثلة أساساً في تعويض المضرور الذي أصابه ضرر نتيجة تلوث البيئة، لذا كان لزاماً علينا تحديد المضرور الذي يلتزم الصندوق بتعويضه.

وباعتبار أن ضرر التلوث يؤدي إلى مساس صنفين من المضرورين، يتعلق الصنف الأول بالبيئة أما الثاني فيتعلق بالأشخاص.

#### البيئة:

تعتبر البيئة هي المضرور الأول والمباشر عند المساس بعناصر البيئة، وبالتالي تكون هي المضرور الأول الذي يلتزم الصندوق بتعويضه عند إلحاق الضرر به، ولقد اختلفت القوانين والتشريعات حول تعريف مصطلح البيئة، فمنهم من تناوله بالمفهوم الضيق، كما هو الحال بالنسبة لقانون حماية البيئة الليبي رقم 07 لسنة 1982 المتعلق بشأن حماية البيئة، والذي عرّفها في الفقرة الأولى من المادة 1 بأنها: "المحيط الذي يعيش فيه الإنسان وجميع الكائنات الحية ويشمل الهواء والماء والتربة والغذاء"، وكذا قانون حماية البيئة السوري رقم 50 لسنة 2002 الذي عرّف البيئة في المادة 1 على أنها: "المحيط الذي تعيش فيه الأحياء من إنسان وحيوان ونبات و يشمل الماء والهواء والأرض وما يؤثر على ذلك المحيط"<sup>2</sup>.

ويتضح من خلال هذين التعريفين أن كل من المشرع الليبي والمشرع السوري يميلان إلى الاتجاه الذي يربط مفهوم البيئة بالوسط الطبيعي، ويحصره في عناصرها الطبيعية الحيوية "الحيوان والنبات"، واللاحيوية "التربة، الهواء والماء"، والتي لا دخل للإنسان في وجودها.

في حين أن هناك من القوانين والتشريعات التي أخذت مصطلح البيئة بالمفهوم الواسع، ومن ذلك قانون حماية البيئة الأردني رقم 52 لسنة 2006 في مادته الثانية التي تنص على ما يلي: "البيئة: المحيط الذي يشمل الكائنات الحية وغير الحية وما يحتويه من مواد وما يحيط به من هواء وماء وتربة وتفاعلات أي منها وما يقيمه الإنسان من منشآت فيه."<sup>3</sup>، وكذا الحال بالنسبة للمشرع المصري في قانون حماية البيئة رقم 4 لسنة 1994 الذي عرّف البيئة في مادته الأولى التي نص على ما يلي: "البيئة: المحيط الحيوي الذي يشمل الكائنات الحية و ما يحتويه من مواد و ما يحيط بها من هواء و ماء و تربة و ما يقيمه الإنسان من منشآت"<sup>4</sup>.

والملاحظ من خلال هذه التعريفات أنها لم تقتصر على مجموعة العناصر الطبيعية فحسب، وإنما أضافوا إلى جانب ذلك مجموعة العناصر الصناعية والتي هي من صنع الإنسان نفسه. ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن وظيفة الصندوق المتمثلة في تعويض الأضرار اللاحقة بالبيئة تكمن في العمل على تحسين البيئة وإزالة الأضرار اللاحقة بها، كما يهدف إلى تشجيع البحوث والآليات التي تسعى إلى وقاية البيئة من التلوث، والملاحظ أن سيرورة هذه الوظيفة تكون على نطاق ضيق أو واسع بحسب تناول القانون لمصطلح البيئة، حيث تقتصر حماية الصندوق للبيئة على العناصر الحيوية و اللاحوية فحسب في القوانين التي أخذت بالمفهوم الضيق، في حين تتعدى هذه الحماية إلى كل ما قام الإنسان بإنشائه بالنسبة للقوانين التي أخذت بالمفهوم الواسع.

### الأشخاص:

وهم الأشخاص المتضررون من التلوث الحاصل في البيئة، ويشمل مصطلح الأشخاص كل من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية على حد سواء، وذلك وفقاً للباب الثاني من الكتاب الأول من القانون رقم 58-75 المتعلق بالأشخاص الطبيعية والاعتبارية، هذا يعني أن الصندوق يكون ملزماً بتعويض الأضرار الجسمانية التي تصيبهم من جراء التلوث، كما يشمل تعويض الجانب المالي للضرر في حالة الإصابة كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، ويضاف إلى ذلك الضرر المرتد الذي يصيب ذوي المتوفى في حالة الإصابة التي تعجز المضرور عن القيام بأي عمل، بالإضافة إلى تعويض الأضرار التي قد تصيب الأشخاص الاعتبارية نتيجة المساس بالبيئة.

### ثانياً: تحمل جزء من العبء المالي لمسؤولية الملوثة

لقد ذهبت بعض التشريعات إلى إلزام الصناديق الخاصة بتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي بتحمل جزء من العبء المالي الملقى على عاتق المسؤول الملوثة، ومن ذلك الصندوق الدولي الخاص بتعويض أضرار البيئة البحرية بالزيت المنشأ بموجب مؤتمر بروكسل الذي أُنعقد في الفترة ما بين 29 نوفمبر إلى 18 ديسمبر 1971 والذي دخل حيز التنفيذ ابتداءً من 16 أكتوبر 1978<sup>5</sup>، وتأتي هذه الوظيفة في المرتبة الثانية بعد تعويض المضرورين، ومما ساعد على ترسيخ هذه الفكرة هو ازدياد مخاطر التلوث في الفترة الأخيرة نظراً لكثرة المصادر الملوثة، الأمر الذي خيف معه محاولة الملوثة تحت وطأة الشروط القاسية المفروضة عليه "المسؤولية بدون خطأ، التأمين الإجمالي" العثور على ملاذ للتهرب من المسؤولية التي تقع على عاتقه المتمثلة في تعويض المضرورين، بمفهوم المخالفة أنه من اللحظة التي تتقرر فيها مسؤولية الملوثة يمكن لهذا الأخير مطالبة الصندوق بسداد المبالغ التي يلتزم بدفعها لتعويض المضرورين من التلوث.

وعلى الرغم من نشوء مثل هذا الالتزام على عاتق الصندوق إلا أن هذا الأخير لا يرفع عن الملوث المسؤول كل العبء الملقى على عاتقه وإنما يخفف منه فقط، وبعبارة أخرى فإن الصندوق لا يأخذ على عاتقه سوى جزء من العبء المالي لمسؤولية الملوث، إذ لا بد من وضع حدود لهذا الالتزام الملقى على عاتق الصندوق، كأن يتم تحديد نسبة مئوية معينة من المبلغ الإجمالي الملقى على عاتق الملوث. كما يمكن للصندوق ألا يضع على عاتقه الالتزام بهذه الوظيفة "التخفيف عن الملوث المسؤول" في كل حالات وقوع ضرر التلوث، إذ يحق له تحديد قائمة معينة من أخطار التلوث خاصة منها التي تأخذ شكل الكارثة، والتي تحتاج إلى أموال طائلة لتعويضها.

إلا أن التزام الصندوق بتحمل جزء من العبء المالي لمسؤولية الملوث ليس مطلقاً، فهو لا ينشأ في كل الأحوال التي تقوم فيها مسؤولية الملوث، وإنما يجب أن يخضع لقواعد محددة تأخذ في الاعتبار سلوك هذا الأخير، وبعبارة أخرى فإن الصندوق يُعفى من التزامه المتمثل في التخفيف عن الملوث المسؤول في حالات معينة، كحالة الخطأ العمدي للملوث أو في حالة عدم احترام هذا الأخير للقوانين واللوائح المتعلقة بحماية البيئة، فإذا أثبت الصندوق خطأ المسؤول الملوث العمدي أو عدم مراعاته للتعليمات الموجودة في القوانين واللوائح الخاصة بحماية البيئة، وأن الأضرار قد نتجت عن ذلك، فإنه يعفى الصندوق من تقديم المساعدة للملوث.

ولممارسة هاتين الوظيفتين لا بد أن يكون للصندوق ذمة مالية مستقلة، يتم التحصيل عليها من خلال الغرامات وكذا الضرائب العامة والخاصة التي تُفرض على المنشآت التي من شأنها إحداث التلوث، والتي يتم تحديدها وفقاً لطبيعة وحجم المنشأة<sup>6</sup>، كما يجب تحديد الجهة التي تدير هذا الصندوق، حيث أن هناك من ذهب إلى طرح التساؤل حول من يدير هذا الصندوق؟ هل نعهد بإدارته لأحد أشخاص القانون الخاص، أم يكون من الأفضل ترك الإدارة للدولة ذاتها؟ وهنا يجب التفرقة بين عدة حالات، فنجد الصناديق الخاصة والتي تتعلق بنشاط مهني معين، وهذا النوع من الصناديق يمكن أن يتدخل في حالة الكوارث الطبيعية غير الضخمة، ومما لا شك فيه أن إدارة مثل هذه الصناديق يُعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص وليس إلى الدولة ذاتها، وهذا النوع من الصناديق يفترض وجود تضامن بين الممارسين لأنشطة مهنية متماثلة لضمان تعويض المضرورين من جراء هذه الأنشطة<sup>7</sup>، وبالمقابل فإن إدارة الصناديق عن طريق الدولة يمكن أن يجد تبريره في حالات الكوارث البيئية التي ترتب أضراراً ضخمة بالبيئة، ففي مثل هذه الكوارث يكون من الصعب على الصناديق الخاصة تحمل الأضرار الناتجة خصوصاً وأنها قد تتعدى الملايين.

**المطلب الثاني: نطاق تدخل صندوق التعويض عن أضرار التلوث البيئي**

إن تدخل الصندوق لتعويض الضرر لا يكون ذلك لمصلحة المضرورين من التلوث فحسب بل هو لمصلحة المسؤول عن التلوث أيضا، والحديث عن تدخل الصندوق يجبرني على تحديد الحالات التي يتدخل فيها الصندوق "أولا"، وكذا الحدود المالية لتدخل الصندوق "ثانيا"، بالإضافة إلى تحديد الحالات التي يُعفى فيها الصندوق من التدخل "ثالثا".

### أولا: حالات تدخل الصندوق

على الرغم من الجهود السابقة في إيجاد سبل تأمينية لتغطية مخاطر التلوث التي تعددت بما حدود السوق التقليدية للتأمين، إلا أن المتبع لهذه الجهود يلاحظ أنها لا تغطي كافة الأضرار حتى قيل بشأنها أنها ناقصة من جهة ومحددة من جهة أخرى، فهي ناقصة لأن بعض الحالات تبقى أحيانا دون تعويض بالرغم من وجود ضرر، وهي محددة لأن جل القوانين تقضي بتحديد مسؤولية مرتكب الضرر في مبلغ معين مهما كان حجم الضرر<sup>8</sup>، ولضمان حصول المضرورين على تعويض عادل وكامل فقد يتم إنشاء صندوق لتحقيق هذا الهدف، وذلك بالتدخل بصفة تكميلية في الحالات التي يكون فيها التعويض ناقصا، أو بصفة احتياطية أو حلولية في الحالات التي لا يتمكن فيها المضرور من الحصول على تعويض<sup>9</sup>، وسأنتظر لهذه الحالات على النحو الآتي:

### التدخل التكميلي للصندوق:

وتعتبر هذه الحالة هي الأكثر أهمية من بين حالات تدخل الصندوق لتعويض المضرورين من التلوث، ذلك أن معظم الحوادث التي تقع تدخل ضمن هذه الحالة، حيث يكون هذا التدخل في الحالات التي لم يقدم فيها التأمين استجابة كافية، فإن صندوق التعويض يلعب دورا تكميليا، هذا الدور يكون ضروريا عندما تتجاوز قيمة الأضرار الناجمة عن النشاط الحد الأقصى لمبلغ التأمين المحدد في العقد، بمعنى آخر فإن صندوق التعويض يهدف إلى تعويض المضرور تعويضا كاملا عندما يكون قد تم تعويضه جزئيا من ناحية أخرى، إذ في هذا النوع من المسؤولية عادة ما يكون هناك حد أقصى للتعويض لا يجوز تخطيه، وبناء على ذلك فإن جميع الأضرار لا تصبح مغطاة إذا تجاوزت الحد الأقصى المسموح بتغطيته، وبالتالي سيتحمل المضرور الجزء الذي يتعدى الحد الأقصى المحدد وفقا لمبدأ عدم تحمل المسؤول ما يزيد عن هذا الحد، وإذا طبقنا هذا المبدأ تظهر أهمية تبنى فكرة صندوق التعويض الذي يؤدي إلى إعطاء المضرور تعويضا كاملا دون أن يتحمل أي جزء من الأضرار<sup>10</sup>.

وتكون مسؤولية الملوثة قائمة في هذه الحالة بحيث يلتزم الملوثة أو مؤمنه بتعويض الضرر في حدود المبالغ المالية للتعويض المنصوص عليها في عقد التأمين، وبالرغم من ذلك لا يحصل المضرورون من التلوث على تعويض كامل عن الأضرار التي لحقت بهم، بسبب أنها ولضخامتها تتعدى حدود التعويض المحدد في

وثيقة التأمين، فعندئذ يلتزم الصندوق الخاص بتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي بالتدخل فيما وراء هذه الحدود.

### التدخل الاحتياطي للصندوق:

بالإضافة إلى التدخل التكميلي للصندوق هناك نوع آخر للتدخل، وهو التدخل الاحتياطي أو ما يعرف بالتدخل الحلولي للصندوق، بحيث يحل هذا الأخير محل المسؤول عن التلوث أو مؤمنه في تعويض المضرور بصفة كلية أو جزئية، ويكون ذلك في الحالات الآتية:

### حالة إعفاء المسؤول عن الضرر أو مؤمنه:

قد يُعفى الملوث ومن ثمة مؤمنه عن تعويض الضرر الذي لحق بالمضرور نتيجة التلوث، وذلك إذا أثبت أن هذا الضرر نتج عن أحد الأسباب المعفية من المسؤولية، كأن يثبت أن هذا الضرر كان نتيجة قوة القاهرة كالكوارث الطبيعية التي لا يستطيع على دفعها أو أن هذا الضرر كان محدثه شخصا آخر غير الملوث أو ... إلخ، في مثل هذه الأحوال، وحيث يجد المضرورون من التلوث أنفسهم أمام إحدى الحالات التي يُعفى فيها الملوث من المسؤولية، فإن الصندوق يلتزم كقاعدة عامة بالتدخل لتعويض هؤلاء المضرورين<sup>11</sup>، ومع ذلك فإن هناك استثناء على هذه القاعدة يعفي الصندوق من الالتزام بتعويض المضرورين في حالات معينة يأتي شرحها بالتفصيل فيما بعد.

وبالنظر إلى القاعدة العامة والاستثناء يمكن القول أن الصندوق الخاص بتعويض الأضرار البيئية يلتزم بالتدخل لتعويض المضرورين من التلوث في الحالات الآتية:

- عندما ينتج الضرر عن قوة القاهرة ذات طابع استثنائي يستحيل تفاديها أو مقاومتها.
- عندما ينتج الضرر كلية عن فعل الغير أو امتناعه الواقع منه عمدا بقصد إحداث الضرر.

### حالة إعسار المسؤول عن التعويض:

في هذه الحالة وعلى عكس الحالة السابقة، تنشأ مسؤولية الملوث عن ضرر التلوث، وبالتالي يكون الملوث أو مؤمنه ملزما بتعويض الضرر الحاصل، سواء في حدود المبالغ القصوى المنصوص عليها في عقد التأمين، أو فيما وراء هذه الحدود عندما يقع الحادث بسبب الخطأ العمدي، ومع ذلك يعجز الملوث أو مؤمنه ماديا عن الوفاء بالتزاماته كاملة، ولفهم ما تعنيه هذه الحالة ينبغي التمييز بين الوضع الذي يكون فيه المسؤول الملوث المعسر غير ملزم بالتأمين، وبين الملوث المسؤول الذي يلتزم فيه بتقديم تأمين أو أي ضمان مالي آخر.

فإذا تصادف وكان المسؤول عن الضرر غير ملزم بتقديم تأمين أو أي ضمان آخر، ثم فوجئ المضرورون من التلوث بإعساره وعجزه كلياً أو جزئياً عن الوفاء بالتزاماته، فإن الصندوق يلتزم بالتدخل جزئياً أو كلياً حسب الحال لتعويض هؤلاء المضرورين.

أما بالنسبة للوضع الآخر الذي يكون فيه الملوث المسؤول معسراً ملزماً بالتأمين أو بتقديم ضمان مالي آخر، فإن الصندوق يلتزم بالتدخل لتعويض المضرورين من التلوث في الحالة التي يكون فيها المؤمن أو الضامن معسراً أو يكون فيها التأمين أو الضمان غير كافي للوفاء بطلبات التعويض عن أضرار التلوث أو يكون فيها المؤمن غير ملزم بدفع قيمة وثيقة التأمين بسبب الخطأ الإرادي للمؤمن له مثلاً.

### حالة ما إذا كان المسؤول مجهولاً:

كثيراً ما يحدث وأن يقع الضرر من التلوث دون أن يُعرف من هو المتسبب في هذا الضرر<sup>12</sup>، خاصة وأن ضرر التلوث عادة ما يستغرق وقتاً طويلاً لظهوره، ومن أجل ضمان عدم بقاء المضرور دون تعويض، فإن الصندوق يلتزم بتعويضه خاصة وإن كان هذا المضرور هو البيئة ذاتها، وذلك من أجل حماية الوسط البيئي وبالتالي المحافظة على سلامة الأشخاص.

وفي جميع الأحوال السابقة فإن الصندوق الخاص بتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي لا يتدخل إلا إذا كان المضرور من التلوث بعد اتخاذ كافة الإجراءات المعقولة بهدف مباشرة وسائل الرجوع المتاحة له لم يتمكن من الحصول كاملاً على مبلغ التعويضات المستحقة له<sup>13</sup>.

### ثانياً: الحدود المالية لتدخل الصندوق.

وإذا كان الصندوق يلتزم بالتدخل لتعويض المضرورين من التلوث في الحالات التي يعجز فيها المضرورين عن الحصول على تعويض وافي عن الأضرار التي لحقتهم، فهل يعني هذا أن الصندوق ملزم بأن يؤدي لهم ما عجزوا عن الحصول عليه، أي هل يلتزم الصندوق بأداء تعويض كامل ووافي عن أضرار التلوث؟

والإجابة على هذا السؤال تأتي بالنفي، ذلك أنه بالإضافة إلى ضرورة السعي إلى ضمان تعويض عادل ومُرضي للمضرورين من التلوث، إلا أنه لا بد من وضع حد أقصى لمبلغ التعويض الذي يلتزم به الصندوق في مواجهة هؤلاء المضرورين<sup>14</sup>، وهو ما يدل على وضع استثناء أمام فكرة التعويض المساوي لقيمة أضرار التلوث، خاصة في الحالات والتي تأخذ شكل الكارثة التي تتطلب الكثير من الأموال والوقت لإصلاح الضرر، وبالتحديد إذا تعلق الأمر بإصلاح وسطاً بيئياً بما يحتويه من عناصر طبيعية.

وانطلاقاً من تلك الإجابة فإن تساؤلاً أولياً وأساسياً يطرح نفسه حول كيفية حساب حد مبلغ

التعويض؟

إن الصندوق وهو يباشر مهمته الأولى في تعويض المضرورين من التلوث يؤدي وكما رأينا من قبل أحد الدورين: فهو إما أن يقوم بدور حلولي أو بدور تكميلي، وهو في أدائه للدور الأول لا يحصل المضرورون على شيء من المسؤول أو مؤمنه، إذ يتدخل الصندوق لتعويضهم من البداية، في حين أنه في الدور الثاني يحصل المضرورون من المسؤول أو مؤمنه على تعويض جزئي، حيث يتدخل لتعويضهم بدءاً من المبالغ المدفوعة مسبقاً من المسؤول أو مؤمنه، أو بدءاً من الحد الأقصى لمبلغ التعويض المنصوص عليه في عقد التأمين.

في كل هذه الأحوال فإن المبلغ الإجمالي للتعويض الذي يلتزم الصندوق بأدائه للمضرورين من التلوث في أي حادث يجب ألا يتعدى الحد الذي يلتزم الصندوق بدفعه، وهذا المبلغ يتضمن مبلغ التعويض المدفوع فعلاً بواسطة المسؤول عن التلوث أو مؤمنه والذي يتحمل الصندوق جزءاً منه للتخفيف عن المسؤول، وبعبارة موجزة فإن الحد الأقصى للتعويض الذي يمكن للمضرورين من التلوث الحصول عليه من الصندوق الخاص بتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي، هو ذلك المبلغ المتبقي بعد طرح مبلغ التعويض المدفوع فعلاً من المسؤول عن الضرر أو مؤمنه، والذي لا يتجاوز المبلغ الأقصى المحدد في عقد التأمين من المبلغ الكلي الذي يلتزم الصندوق بدفعه كحد أقصى.

إلا أن الحد الأقصى لمبلغ التعويض بواسطة الصندوق يجب ألا يكون ثابتاً بشكل نهائي، فإعادة النظر فيه أمر قد تقتضيه بعض الظروف المستجدة، حيث يجوز في ضوء تجربة الحوادث الواقعة ولاسيما مقدار الأضرار الناجمة عنها، وفي ضوء تغيرات القيم النقدية تعديل هذا الحد.

### ثالثاً: حالات إعفاء الصندوق من التدخل:

بالرغم من أن السبب الرئيسي لنشوء الصندوق هو تعويض المضرورين من جهة، وتحمل جزء من العبء المالي عن المسؤول عن الضرر من جهة أخرى، إلا أن هناك حالات يعفى فيها الصندوق من التزاماته تتمثل أساساً في خطأ المضرور وخطأ المسؤول<sup>15</sup>، بحيث يتحمل كل واحد منهما ما ارتكبه من أخطاء.

### حالة خطأ المسؤول:

قد يكون سبب وقوع ضرر التلوث هو خطأ المسؤول، والمقصود بالخطأ هنا هو الخطأ العمدي، كأن يقوم باختراق القانون المنظم لانبعاث الغاز في الجو مثلاً، أو أن يقوم بإلقاء النفايات الخطرة في النهر... إلخ، وحتى ولو كان المسؤول لا يقصد إلحاق الضرر بالغير إلا أنه قصد الإضرار بمجرد انتهاكه لهذا القانون أو بمجرد إلقائه لهذه النفايات في النهر.

وفي هذه الحالة يُعفى الصندوق من التزامه في مواجهة المسؤول، والمتمثل في تحمل جزء من العبء المالي الملقى على عاتق المسؤول، وبمفهوم المخالفة فإن هذا الأخير لا يستفيد من المساعدة التي كان الصندوق سيقدمها له لو لم يكن هذا الخطأ، وبالتالي يكون المسؤول وحده هو من يتولى تعويض الضرر الذي لحق بالبيئة أو الأشخاص.

حالة خطأ المضرور:

كما قد يقع الضرر بسبب خطأ المضرور نفسه، كأن يخالف التعليمات الموجهة إلى السكان بعدم استعمال مياه نهر معين في فترة محددة أو عدم التعرض إلى الشمس في فترة محددة، فإن مخالفة الشخص لهذه التعليمات يكون قد ارتكب خطأ عمدي حتى ولو كان جاهلاً بهذه التعليمات إذ لا يُعذرُ بجهل القانون، وبالتالي يتحمل جميع الأضرار التي لحقت نتيجة خطئه، بمعنى آخر أنه لا يستفيد من التعويضات التي كان سيقدمها له الصندوق لو لم يرتكب هذا الخطأ، ومن ثمة يكون الصندوق غير ملزم بتعويض الضرر الذي لحقه إلا أن الصندوق لا يعفى أبداً من تعويض الضرر الذي يلحق البيئة، إذ يكون ملزماً بمعالجتها وتحسينها عند المساس بها و إن كان بإمكانه الرجوع على الملوث في حالة ما إذا كان هذا الأخير مخطئاً.

### المبحث الثاني: مدى أخذ التشريعات بفكرة صندوق تعويض أضرار التلوث البيئي

لقد أخذت جل التشريعات بفكرة صناديق تعويض الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي، سواء على المستوى الدولي أو الوطني، ولكن ما يلاحظ في هذه الصناديق أنها تختص بمجال معين فقط كالجبال البحري أو النفايات... إلخ، ولا تُعنى بالأنواع الأخرى وسأحاول التطرق إلى مدى أخذ التشريعات الدولية بفكرة صندوق تعويض أضرار التلوث البيئي في المطلب الأول، ثم أعرج لمدى أخذ التشريعات الوطنية بهذه الفكرة في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: مدى أخذ التشريعات الدولية بفكرة صندوق تعويض الضرر البيئي

جرت الاتفاقيات الدولية التي تنظم المسؤولية الدولية عن أوجه المساس بسلامة البيئة على تنظيم وسائل ضمان حقوق المضرورين في الحصول على تعويضات. بموجب هذه الاتفاقيات، وقد بلغ هذا التطور مداه بتقرير إنشاء صندوق دولي للتعويضات يعمل في حالة الطوارئ.

وبالنسبة للتعويض عن أضرار النفايات الخطرة، فبعد أن أوضحت المبادئ القاهرة التوجيهية إلزامية التعويض عن الضرر الناشئ عن نقل النفايات الخطرة وتخزينها، جاءت الفقرة الثانية من المادة 14 من اتفاقية بازل 1989 لتنص على أن: "تنظر الدول الأطراف في إنشاء اعتماد متجدد لتقديم المساعدة بصفة مؤقتة في حالات الطوارئ لتقليل الضرر الناجم عن الحوادث التي تقع نتيجة نقل النفايات الخطرة

والنفايات الأخرى أو خلال التخلص منها عبر الحدود إلى أدنى حد<sup>16</sup>، وتماشيا مع هذا الاتجاه فقد بادرت الدول الأطراف في اتفاقية بازل إلى إنشاء صندوق دولي للطوارئ لتعويض ضحايا التلوث بالنفايات الخطرة في حالة الطوارئ على أن تتولى الأمانة العامة اتفاقية بازل إدارة الصندوق<sup>17</sup>.

ويمثل إنشاء صندوق البيئة العالمي واستعداد دول الشمال المتقدم لتخصيص كميات كبيرة من المساعدات الإضافية للتنمية لتنفيذ المعاهدات البيئية العالمية تحركا في اتجاه جديد لتخصيص الأموال المقدمة للصندوق لتغطية التعويضات، وربما كان أكبر إنجازات قمة الأرض 1992 هو توسيع مجال اختصاص صندوق البيئة العالمي لتوجيه المساعدات المالية والتقنية للدول النامية لمساعدتها على مواجهة تغيرات المناخ التي تسببها انبعاثات الغازات الدفيئة، وتلوث المياه الدولية الناتجة عن إغراق النفايات الخطرة، وتدمير التنوع البيولوجي واستنزاف طبقة الأوزون في الغلاف الجوي.

وكذلك يهدف هذا الصندوق إلى تقديم المساعدة للضحايا عن طريق تقليل الخسائر والأضرار عند التخلص من النفايات الخطرة، وقد حددت منظمة الأمم المتحدة للبيئة طرق تمويل هذا الصندوق عن طريق فتح اعتماد تنفق عليه الدول الأطراف في اتفاقية بازل<sup>18</sup>.

وتكمن وظيفة الصندوق الدولي للتعويضات في تقديم تعويضات عن الأضرار البيئية الناتجة عن التلوث بالنفايات الخطرة، وهي الأضرار التي لم يتم تغطيتها نظرا لأسباب الإعفاء من المسؤولية مثل حدوث الأضرار نتيجة نزاع مسلح أو حروب أهلية أو عند حدوث ظواهر طبيعية استثنائية مثل الزلازل أو البراكين، كذلك عندما يكون الضرر الحادث نتيجة فعل الدول المضرورة ذاتها، ففي الحالات السابقة من دفع المسؤولية أو التخلص من المسؤولية أو الإعفاء النهائي منها يتدخل حينئذ الصندوق الدولي للتعويضات لتغطية الأضرار الناجمة عن التلوث بالنفايات الخطرة بهدف ضمان تعويض الخسائر الناتجة عن التلوث بتلك النفايات<sup>19</sup>، وعدا ذلك فصندوق التعويضات الدولي لا يتدخل إلا في حالة الطوارئ، أي عند امتناع المسؤولية الدولية.

وفي مجال التلوث البحري بالزيت يوجد الآن صندوق التعويضات "FIPOL"، وقد أنشئ هذا الصندوق بموجب اتفاقية عام 1971، والتي كان لها آثار هامة في مجال تعويض ضحايا التلوث البحري بالزيت، وقبل هذا الصندوق كان هناك اتفاقان على إنشاء صناديق خاصة في هذا المجال الأول هو "TOVALOP" والثاني هو "CRISTAL"، ولكن يجب ملاحظة أن هذين الاتفاقين الأخيرين لم يعد لهما وجود فعلي الآن وبالتحديد منذ شهر فيفري 1998، ودخول بروتوكول 1992 إلى حيز التنفيذ في 1996 كان هو السبب وراء اختفاء هذين الاتفاقين، وبالتالي فلم يتبق سوى "FIPOL".

ولقد خرج هذا الأخير إلى حيز الوجود بناء على اتفاقية حُرِّرت في 18 ديسمبر 1971 مع شرط رئيسي لعضوية هذه الاتفاقية، وهو ضرورة أن يكون أعضاؤها من بين أطراف اتفاقية 1969 حول المسؤولية المدنية، ولقد وُضِع المشروع لتعديل هذه الاتفاقية من خلال بروتوكول 1984، ولكنه لم يدخل حيز التنفيذ إلى أن تم التعديل بموجب بروتوكول 27 نوفمبر 1992، والذي دخل حيز التنفيذ في 30 ماي 1996، وأهم ما اشتمل عليه التعديل هو رفع الحد الأقصى لما يمكن أن يدفعه الصندوق كتعويضات مستحقة لمن يضار من التلوث البحري بالزيت.

والهدف الرئيسي لإنشاء هذا الصندوق هو تعويض المضرورين بسبب التلوث البحري بالزيت عندما لا يتم تعويضهم وفقا للمادة 1/4 من اتفاقية 1992 المنشئة لصندوق التعويض، وعلى ذلك يتدخل الصندوق عندما يتوافر في حق مالك السفينة سبب من أسباب إعفائه من المسؤولية طبقا للمادة 1/4 من الاتفاقية، كما أن للصندوق دور احتياطي يجب إعماله عندما لا يتم تعويض المضرور من خلال الطريق الأصلي، وكذلك يتدخل الصندوق في حالة عدم القدرة المالية لمالك السفينة أو كفيله "المادة 1/4 ب"، وأخيرا يجب أن يتدخل الصندوق عندما تتجاوز قيمة الأضرار الحد الأقصى للمسؤولية في ضوء أحكام الاتفاقية المتعلقة بالمسؤولية المدنية "المادة 1/4 ج"، وهنا يلعب الصندوق دورا تكميليا بخلاف الحالة الأولى التي يكون له فيها دورا احتياطيا.

ولكن يجب ملاحظة أنه عندما تنشأ الأضرار وبسبب تلوث ناتج عن عمل من أعمال الحرب أو عندما يكون السبب هو إلقاء مواد ملوثة من سفينة حربية فلا محل لتدخل الصندوق في هذه الحالة، وأعمال الحرب هذه هي السبب الوحيد الذي يجيز للصندوق عدم التدخل بموجب نصوص الاتفاقيات المعنية بالمسؤولية المدنية وإنشاء الصندوق، ويجوز كذلك للصندوق أن يُعفى من مسؤوليته من الناحية العملية عندما ينجح في إثبات خطأ المضرور الكلي أو الجزئي حسب الأحوال بشرط أن يكون خطأ عمدي، ولا يعد الحادث المفاجئ سببا من أسباب إعفاء الصندوق من التدخل، وإذا كان خطأ الغير عمدي يعد سببا من أسباب إعفاء مالك السفينة من المسؤولية، إلا أنه لا يعد سببا من أسباب إعفاء الصندوق "FIPOL" من التدخل<sup>20</sup>، ونفس الحكم يسري على حالة إهمال الحكومات المعنية بصيانة المجاري الملاحية.

والتعويض الذي يتولى "FIPOL" دفعه محدد بالنسبة للحادث بمبلغ 135 مليون وحدة سحب خاصة "تعادل 182 مليون دولار" شاملا القيمة الفعلية لما دفعه مالك السفينة أو شركة التأمين أو الضامن، وفقا لاتفاقية 1992 حول المسؤولية المدنية.

ويتم تمويل هذا الصندوق من خلال اشتراكات تُفرض على كل شخص استلم داخل موانئ وأرصفة الدول المتعاقدة أكثر من 150 مليون طن من البترول الخام أو الزيوت الثقيلة عن طريق النقل البحري خلال السنة الواحدة، والاشتراك المطلوب يتفاوت حسب الكمية التي حصل عليها الممول في خلال السنة الواحدة، ويُدفع الاشتراك مباشرة للصندوق، وعند تخلف العضو عن السداد يتم زيادة سعر الفائدة عما يستحق عليه من اشتراكات "المادة 1/13".

ويسقط حق المضرور في مطالبة الصندوق بالتعويض إذا لم تُقدم المطالبة خلال 3 سنوات من تاريخ وقوع الضرر "المادة 1/6"، ولا تُقبل الدعوى بأي حال بعد مضي 6 سنوات من تاريخ وقوع الفعل المنشئ للضرر.

ولقد تدخل الصندوق في حادثة "Tanio" عام 1984 عندما جنحت هذه السفينة على الساحل الفرنسي للمانش<sup>21</sup>.

كما نجد الصندوق الدولي للتعويضات عن الأضرار الناتجة عن التلوث بالهيدروكربونات، حيث قامت الدول الأطراف بالاتفاقية المبرمة سنة 1971 بإنشاء هذا الصندوق لتغطية التعويضات الناتجة عن الأضرار الجسيمة لتلك الملوثات<sup>22</sup>.

وعلى المستوى الأوروبي فإنه قد تم اقتراح إنشاء صندوق أوروبي للتعويضات، وذلك من خلال المادة 11 من مشروع التوجيهات الأوروبية المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن المخلفات في 27 جوان 1991.

### المطلب الثاني: مدى أخذ التشريعات الوطنية بفكرة صندوق تعويض الضرر البيئي

لقد أقرت قوانين بعض الدول فكرة صناديق التعويض في مجال تلوث البيئة، فنجد على سبيل المثال الولايات المتحدة الأمريكية التي قامت بإنشاء صندوق يسمى باسم "supen fund"، والذي تم إنشاؤه بموجب قانون "cercla" عام 1980، ويسمح هذا القانون بمطالبة إعادة المواقع الملوثة التي يوجد بها بقايا المخلفات الخطرة إلى حالتها الأولى، وقد تم تطهير آلاف المواقع بفضل هذا الصندوق والذي يتم تمويله عن طريق ضريبة تُفرض على الشركات الملوثة، وبصفة خاصة شركات البترول الخام والمواد الكيماوية، وكذلك يتم تمويله عن طريق رسم عام ضد التلوث مفروض على كل الشركات الأمريكية<sup>23</sup>.

كما قامت الولايات المتحدة بإنشاء صندوق موحد اسمه صندوق المسؤولية على التصريف البترولي "oil spill liability trust fund". بموجب قانون التلوث البترولي عام 1990، تُسدد منه تكاليف التنظيف والتكاليف الأخرى التي تتحملها الحكومة الفدرالية في إجراءات مجابتهها لواقعة التصريف

البترولي، والمبلغ الذي يمكن استرداده من الصندوق يصل إلى بليون دولار وهو أعلى بكثير مما سمح به لصناديق أنشئت في الماضي<sup>24</sup>.

ونجد القانون الياباني المتعلق بتعويض الأضرار الجسدية الناجمة عن التلوث قد أقر مبدأ المطالبة بالتعويض من صناديق التعويضات سواء كان مصدر التلوث معلوم أو مجهول. كما أقر المشرع الهولندي بموجب القانون المتعلق بتلوث الهواء فكرة صناديق التعويضات، وقد أنشئ هذا الصندوق سنة 1972 يهدف إلى تعويض المضرورين بتلوث الهواء يتم تمويله عن طريق ضريبة تُفرض على الأنشطة مصدر هذا التلوث، وتختلف قيمتها حسب طبيعة وقيمة النشاط مصدر التلوث، وهذا الصندوق يتم إدارته عن طريق وزارة الصحة الهولندية.

ويجب الأخذ في الاعتبار أنه لا توجد صناديق تعويضات ضد أخطار التلوث في فرنسا<sup>25</sup>، إلا أن أحد الفقهاء الفرنسيين قد اقترح إنشاء صندوق تعويض لضحايا التلوث العارض "F.I.P.A"، ويتم تمويله عن طريق أقساط سنوية يتم تحديدها وفقا لطبيعة وحجم النشاط الرئيسي للشركات المعنية التي تسبب أضرارا بيئية، وهذا الصندوق يتم إدارته عن طريق الصناعيين أنفسهم من خلال اتفاق بين كل الشركات التجارية والصناعية التابعة للقانون الخاص أو العام<sup>26</sup>.

أما في الدول العربية فنأخذ على سبيل المثال القانون رقم 4 لعام 1994 المتعلق بحماية البيئة المصري الذي أنشأ صندوقا خاصا بحماية البيئة، وحدد موارده بموجب المادة 14، والتي تنص على ما يلي: "ينشأ بجهاز شؤون البيئة صندوق خاص يسمى (صندوق حماية البيئة) تؤول إليه: المبالغ التي تخصصها الدولة في موازنتها لدعم الصندوق.

الإعانات والهبات المقدمة من الهيئات الوطنية والأجنبية لأغراض حماية البيئة وتنميتها والتي يقبلها مجلس إدارة الجهاز.

الغرامات التي يحكم بها والتعويضات التي يحكم بها أو يتفق عليها عن الأضرار التي تصيب البيئة.

موارد صندوق المحميات المنصوص عليها في القانون رقم 102 لسنة 1983.

وتودع في الصندوق على سبيل الأمانة المبالغ التي تحصل بصفة مؤقتة تحت حساب الغرامات والتعويضات عن الأضرار التي تصيب البيئة<sup>27</sup>.

وبالإضافة للحالات التي حددتها المادة 14 من قانون البيئة، نجد المادة 7 من اللائحة التنفيذية للبيئة الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 8/33 سنة 1995 في 18 فيفري سنة 1995 قد أضافت المواد الآتية:

ما يخص جهاز شؤون البيئة بنسبة 25% من حصيلة رسوم المقررة على تذاكر السفر التي تصدر في مصر بالعملة المصرية طبقاً للمادة الأولى من القانون رقم 5 لسنة 1986 وقرار مجلس الوزراء رقم 697 لسنة 1986 وبحد أدنى 12.5% من إجمالي حصيلة الرسوم المشار إليها.

- عائد المشروعات التجريبية التي يقوم بها الجهاز.
- مقابل ما يؤديه الجهاز من خدمات للغير بأجر.
- رسوم التراخيص التي يصدرها الجهاز.

ومما لا شك فيه أن هذا التعداد في موارد تمويل الصندوق يعد ميزة هامة جداً لضمان وجود مبالغ تكفي للوفاء بالغرض الذي أنشئ الصندوق من أجله وتكمله لتحقيق هذا الهدف، وبحد المادة 8 من اللائحة التنفيذية للقانون قد حدد الحالات التي يتدخل فيها الصندوق وهي:

مواجهة الكوارث البيئية.

المشروعات التجريبية والرائدة في مجال حماية الثروات الطبيعية وحماية البيئة من التلوث.

نقل التقنيات ذات التكلفة المنخفضة والتي ثبت تطبيقها بنجاح.

تمويل تصنيع نماذج المعدات والأجهزة والمحطات التي تعالج ملوثات البيئة.

إنشاء وتشغيل شبكات الرصد البيئي.

إنشاء وإدارة الحميات الطبيعية بهدف المحافظة على الثروات والموارد الطبيعية.

مواجهة التلوث غير معلوم المصدر.

تمويل الدراسات اللازمة لإعداد البرامج البيئية وتقييم التأثير البيئي ووضع المعدلات والمعايير

المطلوب الالتزام بها للمحافظة على البيئة.

المشاركة في تمويل مشروعات حماية البيئة التي تقوم بها الإدارة المحلية والجمعيات الأهلية ويتوافر لها

جزء من التمويل من خلال المشاركة الشعبية.

مشروعات مكافحة التلوث.

صرف المكافآت عن الإنجازات المتميزة عن الجهود التي تُبذل في مجال حماية البيئة.

دعم البنية الأساسية للجهاز وتطوير أنشطته.

الأغراض الأخرى التي تهدف إلى حماية أو تنمية البيئة والتي يوافق عليها مجلس إدارة الجهاز<sup>28</sup>.

وعلى صعيد القانون رقم 27 لعام 2009 المتعلق بتحسين وحماية البيئة العراقي فقد تم إنشاء

صندوق خاص بحماية البيئة بموجب نص المادة 26 الذي ينص على: "يؤسس صندوق يسمى "صندوق

حماية البيئة" يتمتع بالشخصية المعنوية يمثلها رئيس مجلس إدارة الصندوق أو من يخوله"، وقد حددت المادة 28 منه واردات هذا الصندوق كالاتي:

المبالغ التي تخصصها الدولة ضمن الموازنة العامة.

التبرعات التي تقدم للصندوق وفقا للقانون.

التعويضات التي يتفق عليها أو يحكم بها عن الأضرار التي تصيب البيئة.

مساعدات الدول والمنظمات العربية والإقليمية والدولية لأغراض حماية البيئة والتي تقبلها الوزارة وفقا للقانون.

الأجور التي يستوفيهها الصندوق عن الخدمات التي تقدمها الوزارة وتحدد بتعليمات تصدرها لهذا الغرض<sup>29</sup>.

كما اعتنق قانون حماية البيئة الأردني رقم 52 لعام 2006 هذه الفكرة، حيث أنشأ صندوقا خاصا بحماية البيئة بموجب المادة 16 منه والتي تنص على: "ينشأ في الوزارة صندوق يسمى "صندوق حماية البيئة" للإتفاق منه على حماية البيئة والمحافظة على عناصرها في سياق تحقيق الأهداف والغايات المنصوص عليها في هذا القانون والأنظمة الصادرة بموجبه"، كما حددت المادة 17 موارد هذا الصندوق حيث جاء فيها ما يلي: "تتكون الموارد المالية للصندوق من المساعدات والتبرعات والمنح التي تُقدّم للصندوق من المؤسسات العامة والهيئات الأهلية والخاصة والهيئات العربية والإقليمية والدولية على أن يوافق مجلس الوزراء على الموارد التي تُقدّم للصندوق من الجهات الأجنبية، والرسوم والأجور والغرامات المستوفاة بموجب هذا القانون"<sup>30</sup>.

أما في الجزائر فقد استحدثت المشرع الجزائري عددا من الصناديق البيئية القطاعية القائمة بذاتها أو في صورة حسابات لدى كتابة الخزينة العمومية في مجالات بيئية متنوعة، مثل الصندوق الوطني للبيئة وإزالة التلوث الذي أنشئ بموجب قانون المالية لسنة 1992<sup>31</sup>، ثم تلاه المرسوم التنفيذي رقم 98-147<sup>32</sup> الذي جعل من إراداته رسم الأنشطة الملوثة والخطرة، حاصل الغرامات الناشئة عن مخالفة التنظيمات في مجال البيئة، الهبات والوصايا، وتعويضات نفقات التصدي للتلوث المفاجئ جراء تدفق المواد الكيميائية الخطيرة في مناطق الرّي أو المياه الجوفية أو الجو، أما بالنسبة لنفقاته فهي تُوجّه لتمويل أنشطة مراقبة التلوث وحراسة البيئة، التدخل في حالات التلوث المفاجئ وحملات الإعلام والتوعية التي تقوم بها المؤسسات العمومية الوطنية أو الجمعيات الناشطة في المجال البيئي، والإعانات المقدمة للمشاريع الاستثمارية التي تقوم على التكنولوجيا غير الملوثة.

وأُدخِل عليه بعد ذلك تعديلان: الأول بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-408<sup>33</sup> أين كرّسه تحت مسمى جديد "الصندوق الوطني للبيئة وإزالة التلوث"، مُنحَ بموجبه للصندوق حق الحصول على دعم من الميزانية العمومية، وحق الاقتراض لتمويل عمليات مكافحة التلوث، وتسبب ذلك هو أحد أوجه إنفاقه، كما أضاف له حق صرف نفقاته في إعانة الأنشطة المتعلقة بمكافحة التلوث الصناعي، وأما التعديل الثاني فكان بالمرسوم 06-237<sup>34</sup>، وأبرز ما جاء به أن استثنى من باب النفقات ما يُصرف لمواجهة التلوث العرضي الواقع في البيئة البحرية.

وكذلك صندوق الجبل الذي أُنشئَ بموجب القانون رقم 04-03 المتعلق بحماية المناطق الجبلية في إطار التنمية المستدامة<sup>35</sup>، وبالتحديد بمقتضى الفقرة الأولى والثانية من المادة 13 من هذا المرسوم، حيث جاء فيها: "ينشأ صندوق خاص لتنمية المناطق الجبلية يسمى صندوق الجبل، يُخصّص هذا الصندوق لدعم تمويل الأنشطة والعمليات الهادفة إلى حماية وترقية وتأهيل المناطق الجبلية، وكذا مختلف الدراسات المرتبطة بها".

وكذا الصندوق الوطني للتراث الثقافي الذي نصت عليه بداية المادة 87 من القانون رقم 98-04 المتعلق بحماية التراث الثقافي<sup>36</sup>، وصدر كتخصيص خاص تحت رقم 302-123 بالمرسوم التنفيذي 06-239<sup>37</sup>، الذي جعل من أهم إراداته رسوم استغلال الأملاك الثقافية المادية وغير المادية، أما نفقاته فهي مُوجّهة للدراسات المتعلقة بإنجاز أشغال الترميم والحفريات وممارسة الدولة لحق الشفاعة في الأملاك الثقافية، وتمويل الأنشطة التوعوية لزيادة الحس المدني والثقافي قصد حماية التراث.

بالإضافة إلى صندوق الحماية الصحية للنباتات الذي أُنشئَ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-219 الذي يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص 071-302 الذي عنوانه صندوق الحماية الصحية للنباتات<sup>38</sup>، ومن بين أوجه نفقاته ما يرتبط بتعويض الخسائر أو الأضرار التي تلحق بالمشغلين أثناء قيامهم بمقاومة الأمراض والآفات الزراعية.

كما نجد صندوق الحماية الصحية للحيوانات المُستَحَدَثَ بموجب المرسوم التنفيذي 93-220، الذي يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 070-302 الذي عنوانه الحماية الصحية للحيوانات<sup>39</sup>، ومن إراداته حسب المادة الثانية رسوم شبه الجبائية التي تُؤَسَّس لصالح الصندوق والتي لم يفصل المشرع الجزائري في ماهيتها، بالإضافة للهبات والوصايا، أما نفقاته فتهدف لتطوير قطاع الصحة الحيوانية وتغطية تكاليف الذبح الإجباري والقيام بحملات الوقاية من الأمراض<sup>40</sup>.

أضف إلى ذلك الصندوق الوطني للمياه الصالحة للشرب الذي جاء به المرسوم التنفيذي رقم 95-176<sup>41</sup>، وقد نصت المادة الثالثة منه على إرادات هذا الصندوق، والتي تشمل الأتاوى المترتبة على

المصالح والهيئات والمؤسسات العمومية التابعة للدولة والجماعات الإقليمية المكلفة بتزويد بالمياه الصالحة للشرب والمياه الصناعية، والإعانات المحتملة التي تمنحها الدولة والجماعات الإقليمية، والهبات المُقدَّمة والوصايا، أما بالنسبة للنفقات فقد توجه المشرع لدعم سعر الماء في المناطق المحرومة استجابة منه لتلبية المصلحة العامة، إضافة إلى المساهمة في الاستثمارات المرتبطة بالتوسيع والتجديد في الوسائل الخاصة بمجال المياه الصالحة للشرب.

وقد تم تعديل هذا المرسوم بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 05-304<sup>42</sup>، الذي أضاف بنص المادة الثانية منه إلى باب الإيرادات ضرائب وإتاوات استخدام الأملاك المائية المعدنية ومياه الينابيع والمياه المستعملة لصناعة المشروبات، وكذلك الإتاوات للغرض الصناعي والسياحي والخدمات واستعمالات المياه في حقل الآبار البترولية أو الاستعمالات الأخرى في ميدان المحروقات، غير أن المشرع بصياغته للمادة الثانية لم يخصص كامل عوائد استعمالات المياه لغرض تمويل هذا الصندوق.

ومن الملاحظ أن الوظائف التي أُوكِّلت لهذه الصناديق وأُخص بالذكر الصناديق التي أنشئت في كل من مصر، العراق، الأردن والجزائر هي وظائف تتمثل في التمويل والمساعدة على تطوير القطاعات البيئية الخاصة بها، وتمويل عمليات مراقبة حالة البيئة وإجراء الدراسات والأبحاث، وحتى تمويل العمليات المتعلقة بالتدخل المستعجل في حوادث التلوث وتشجيع المنشآت على إزالته، لذا يمكن أن نصنف هذه الصناديق على أنها أقرب إلى أن تكون أداة لمنح الإعانات البيئية منها إلى أداة للتعويض عن الضرر البيئي وتبعاته أو لتجسيد المسؤولية التقصيرية.

### خاتمة

لقد تميز هذا القرن بالتطور الصناعي والتكنولوجي لما شهدته من تقدم علمي، وكان نتيجة هذا التطور تآزم وتصاعد الأضرار البيئية، حيث ظهرت العديد من الكوارث والظواهر البيئية التي لازال تأثيرها على البيئة والإنسان إلى اليوم، الأمر الذي دفع رجال القانون ووضَّع نظم قانونية خاصة، يسعون إلى البحث عن الأسس القانونية التي يتم من خلالها تعويض هذه الأضرار بما يتماشى مع جسامتها.

وتعتبر فكرة التعويض التلقائي عن الأضرار البيئية أنجع الحلول لضمان تعويض هذا النوع من الضرر، ولا يتم ذلك إلا عن طريق تطبيق فكرة التأمين الإلزامي، ونظرا لجسامة الأضرار البيئية حيث يغلب عليها طابع الكارثة، ومحدودية مسؤولية شركات التأمين، الأمر الذي دفع العديد من التشريعات الأخذ بفكرة صندوق التعويض عن الضرر البيئي كآلية تكميلية لضمان التعويض الكامل للمضرورين.

ولقد تعددت التشريعات التي أخذت بفكرة الصناديق المتخصصة بشؤون البيئة والأضرار الناجمة عن التلوث إلا أنها اختلفت من حيث نمط العمل الذي أُسندَ لهذه الصناديق، فمنها ما كان نمط عملها ذو

طابع تعويضي يعمل على تعويض المضرورين من التلوث اللاحق بالبيئة بما يحمله هذا المصطلح من ازدواجية "الإنسان والبيئة" نظرا لخصوصية الضرر البيئي، وأهم ما يميز هذه الصناديق أنها تعتمد على نظام التأمين الإجباري، حيث يكون تدخلها إما تكميليا في الحالة التي تعجز فيها شركة التأمين على تغطية كل الضرر، وإما احتياطيا في الحالة التي لا تتدخل فيها شركة التأمين لتعويض الضرر، وبذلك يمكن القول أن هناك ضمان لحصول المضرورين على التعويض إن لم يكن تعويضا كليا، ولقد انتشر هذا النوع من الصناديق في الدول الغربية مثل الولايات المتحدة الأمريكية، اليابان، هولندا...إلخ.

ومنها ما كان نمط عملها يأخذ طابع المساعدة والإعانة حيث يهدف هذا النوع من الصناديق إلى تمويل وتطوير قطاعات البيئة وبذلك تكون بعيدة عن تعويض الأضرار الناجمة عن التلوث، ولقد انتشر هذا النوع من الصناديق في الدول العربية مثل مصر، العراق، الأردن والجزائر...إلخ. وإذا كان لي كلمة في هذا الموضوع قد يكون من المفيد أن أقدم بعض الاقتراحات والتوصيات والتي قد تساهم في سد الثغرات الموجودة في القانون البيئي وتمثل فيما يلي:

اقتناعا منا بنجاح فكرة التعويض التلقائي في تغطية مخاطر التلوث البيئي، فإننا نوجه نداء لتعميم نظم التأمين الإجباري على كافة النشاطات الخطرة، لتغطية المخاطر المحتملة من جراء هذه الأنشطة في مجال تلوث البيئة، حيث يعد ذلك ضمانا أخرى لمواجهة التلوث والذي ينال من البيئة والإنسان بالتبعية. إنشاء وتفعيل فكرة الصندوق الخاص بتعويض الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي، وإسناد له وظيفة مزدوجة تتمثل الأولى في تعويض المضرور من التلوث، خاصة إذا كان هذا المضرور هو البيئة نفسها، حيث يعمل على حمايتها بما يشمل هذا المصطلح من إصلاح وإجراءات الوقاية وهيئة وتشجيع البحوث المهمة بهذا المجال، وتتمثل الوظيفة الثانية في مساعدة وإعانة الملوثة على إصلاح الوسط الذي تسبب في تلويثه، خاصة أصحاب الأنشطة الذين لا يمكنهم ممارسة هذه الأنشطة بعيدا عن تلويث البيئة.

الهوامش:

<sup>1</sup> أحمد محمود سعد: استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص: 338.

<sup>2</sup> علي عدنان الفيل: قوانين حماية البيئة العربية، دار المناهج، عمان، 2011، ص: 242.

<sup>3</sup> علي عدنان الفيل: المرجع السابق، ص: 151.

<sup>4</sup> علي عدنان الفيل: المرجع السابق، ص: 348.

<sup>5</sup> حميدة جميلة: النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2011، ص: 414-413.

<sup>6</sup> معلم يوسف: المسؤولية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي - أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام فرع القانون الدولي، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص: 134-133.

<sup>7</sup> معلم يوسف: المرجع السابق، ص: 132.

- 8 أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص: 338.
- 9 سعيد السيد قنديل: آليات تعويض الأضرار البيئية - دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص: 105.
- 10 معلم يوسف: المرجع السابق، ص: 131-132.
- 11 معلم يوسف: المرجع السابق، ص: 132.
- 12 سعيد السيد قنديل: المرجع السابق، ص: 108.
- 13 Jean-Louis Dutaret, Sophie Gabai et autres: "Assurance du risque pollution", Apogée, Rennes, 1994, p:194.
- 14 معلم يوسف: المرجع السابق، ص: 133.
- 15 وهذا ما أخذت به اتفاقية بروكسل عام 1971 المنشئة لصندوق التعويض عن أضرار التلوث البحري في الفقرة 3 من المادة 4. حميدة جميلة: المرجع السابق، ص: 414.
- 16 Patricia Birnie, Alan E Boyle: "Basic documents in international Law and the environment", Clarendon Press, Oxford, 1995, p:326.
- 17 Bates John H: "U.K Wastes law", Sweet and Maxwell, London, 1992, p :128.
- 18 Bates John H: "U.K Wastes law", Sweet and Maxwell, London, 1992, p :128.
- 19 عبد العزيز محييمر عبد الهادي: "حماية البيئة من النفايات الصناعية في ضوء أحكام التشريعات الوطنية والأجنبية والدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص: 118.
- 20 سعيد السيد قنديل: المرجع السابق، ص: 142 وما بعدها. / حميدة جميلة: المرجع السابق، ص: 413-414.
- 21 سعيد السيد قنديل: المرجع السابق، ص: 145.
- 22 صلاح محمد بدر الدين: "المسؤولية عن نقل النفايات الخطرة في القانون الدولي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص: 179.
- 23 معلم يوسف: المرجع السابق، ص: 134.
- 24 أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص: 339.
- 25 معلم يوسف: المرجع السابق، ص: 129.
- 26 معلم يوسف: المرجع السابق، ص: 134.
- 27 علي عدنان الفيل: المرجع السابق، ص: 358.
- 28 معلم يوسف: المرجع السابق، ص: 135-136.
- 29 علي عدنان الفيل: المرجع السابق، ص: 437.
- 30 علي عدنان الفيل: المرجع السابق، ص: 158.
- 31 القانون 25-91: المؤرخ في 18 ديسمبر 1991، يتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج.ر، العدد 65، مؤرخة في 18 ديسمبر 1991، ص: 2440.
- 32 المرسوم التنفيذي رقم 147-98: المؤرخ في 13 ماي 1998، يحدد كفاءات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 065-302 الذي عنوانه "الصندوق الوطني للبيئة"، ج.ر، العدد 31، المؤرخة في 17 ماي 1998، ص: 4.
- 33 المرسوم التنفيذي رقم 408-01: المؤرخ في 13 ديسمبر 2001، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 147-98 الذي يحدد كفاءات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 065-302 الذي عنوانه "الصندوق الوطني للبيئة"، ج.ر، العدد 78، المؤرخة في 19 ديسمبر 2001، ص: 8.

- 34 المرسوم التنفيذي رقم 06-237: المؤرخ في 4 جويلية 2006، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 98-147 الذي يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302-065 الذي عنوانه "الصندوق الوطني للبيئة وإزالة التلوث"، ج.ر، العدد 45، المؤرخة في 9 يوليو 2006، ص:14.
- 35 القانون رقم 04-03: المؤرخ في 23 جوان 2004، يتعلق بحماية المناطق الجبلية في إطار التنمية المستدامة، ج.ر، العدد 41، مؤرخة في 17 جوان 2004، ص:11.
- 36 القانون رقم 98-04: المؤرخ في 15 جوان 1998، يتعلق بحماية التراث الثقافي، ج.ر، العدد 44، مؤرخة في 17 جوان 1998، ص:3.
- 37 المرسوم التنفيذي رقم 06-239: المؤرخ في 4 جويلية 2006، يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302-123 الذي عنوانه "الصندوق الوطني للتراث الثقافي"، ج.ر، العدد 45، المؤرخة في 9 جويلية 2006، ص:16.
- 38 المرسوم التنفيذي رقم 93-219: المؤرخ في 27 سبتمبر 1993، يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 071-302 بخصوص الحماية الصحية للنباتات، ج.ر، العدد 63، المؤرخة في 6 أكتوبر 1993، ص:10.
- 39 المرسوم التنفيذي رقم 93-220: المؤرخ في 27 سبتمبر 1993، يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 070-302 الذي عنوانه "صندوق الحماية الصحية للحيوانات"، ج.ر، العدد 63، المؤرخة في 6 أكتوبر 1993، ص:11.
- 40 تجدر الإشارة أن المرسوم التنفيذي رقم 95-172 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 93-219، والرسوم التنفيذية رقم 95-174 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 93-220 لم يعدلا وظيفة الصندوقين فيما يتعلق تعويض الضرر البيئي.
- 41 المرسوم التنفيذي رقم 95-176: مؤرخ في 24 جوان 1995، يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302-079 الذي عنوانه "الصندوق الوطني للمياه الصالحة للشرب"، ج.ر، العدد 34، مؤرخة في 28 جوان 1995، ص:12.
- 42 المرسوم التنفيذي رقم 05-304: المؤرخ في 20 أوت 2005، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 95-176 الذي يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302-079 الذي عنوانه "الصندوق الوطني للمياه الصالحة للشرب"، ج.ر، العدد 58، المؤرخة في 25 أوت 2005، ص:22.

## أثر إجراءات التنصت على حقوق و حريات الإنسان و المواطن.

الأستاذة بن مالك اسمهان

أستاذة مؤقتة كلية الحقوق جامعة برج بوعريريج

وطالبة دكتوراه جامعة سطيف

## ملخص :

لقد اعتمدت هذه الدراسة على عرض مختلف المفاهيم لإجراءات التنصت و الوسائل العلمية و التقنية المعتمدة حيث كانت تؤكد بصفة غير مباشرة على ضرورة عدم المساس بحقوق الإنسان و حرياته و تحديد أنواع هذه الإجراءات القضائية كانت أو إدارية.

كما شملت الدراسة تحديد الحقوق و الحريات محل المساس بهذه الإجراءات من خلال معرفة أهم الأسس سواء كانت وطنية أم دولية التي نصت على حماية حقوق الإنسان و حرياته خاصة حقه في المحادثات السرية و أهم الأحكام القانونية المقيدة لهذه الإجراءات من خلال دراسة أحكام المادة 65 مكرر 5 إلى مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية و بتحليل هذه النصوص القانونية.

L'effet des mesures d'écoute sur les droits la liberté de l'homme et du citoyen.

Cette étude est basée sur des concepts différents d'écoute et des moyens scientifiques où elle confirme indirectement de la nécessité de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme et ses libertés, de déterminer les types de ces procédures judiciaires ou administrative.

L'étude a inclus la détermination des droits et des libertés grâce à la connaissance des bases les plus importantes que ce soit nationale ou internationale, qui prévoit la protection des droits de l'homme et des libertés en particulier son droit (leur droit) à des conversations secrètes, les dispositions juridiques les plus

importantes restreignant ces actions en étudiant les dispositions de l'article 65 bis 5 à 10 bis du code de procédure pénale et l'analysant ces textes juridiques

### مقدمة

لقد خص الله الإنسان عن غيره بالحماية، بأن كفل له حقوق و حريات لا تفصل عن إنسانيته و شخصيته، كما سعى الإنسان منذ القديم إلى ضمان حماية هذه الحقوق.

و هذا من خلال سن و تشريع نصوص قانونية تكفل الحماية اللازمة لهذه الحقوق و الحريات انطلاقا من الدستور و مختلف التشريعات الأخرى خاصة الجزائية أو الجنائية، حيث ضمن المشرع الجزائري في المادة 46 من الدستور هذه الحماية، بحيث لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة و حرمة شرفه و سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة....لاتنصت(1).

كما دعم أيضا هذه الحماية بإيجاد قيود و ضمانات على هذه الإجراءات في إطار مكافحة الجريمة و إثباتها حيث استحدث المشرع ذلك في القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتعلق باعتراض المراسلات و التقاط الصور و تسجيل الأصوات.

### أهمية الدراسة:

أما فيما يخص الأهمية المرجوة من هذه الدراسة خاصة و أن الموضوع يتميز بالحدثة و هو ما يجعله يحتاج إلى كثير من الدراسات و البحوث لتسليط الضوء عليه أكثر.

كما تظهر أهمية هذه الدراسة من خلال إبراز الدور و النتائج التي تحققها الإجراءات الجزائية في تطوير طرق البحث و الكشف عن الجريمة و مرتكبيها عند إتخاذ إجراءات التنصت.

بالإضافة أيضا إلى إبراز مدى التزام المشرع بالضوابط القانونية و الدولية و هذا بالرجوع إلى النصوص التشريعية.

و هذا باعتماد الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي و الموضوعي للنصوص القانونية و التطبيقات القانونية المتعلقة بإجراءات التنصت.

و الإشكالية المطروحة هي:

هل إجراءات التنصت تعد مساسا بحقوق و حريات الإنسان و المواطن؟

حيث سيتم تناول هذه الدراسة في مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: مفهوم إجراءات التنصت و الصور المختلفة للحقوق محل المساس بإجراءات التنصت.

المطلب الأول: مفهوم إجراءات التنصت.

المطلب الثاني: الصور المختلفة للحقوق محل المساس بإجراءات التنصت.

المبحث الثاني: الأحكام القانونية المقيدة لإجراءات التنصت.

المطلب الأول: الحدود القانونية للجرائم محل إجراءات التنصت.

المطلب الثاني: الشروط اللازمة لصحة إجراءات التنصت.

المبحث الأول: ماهية التنصت و الصور المختلفة للحقوق محل المساس بإجراءات التنصت.

إن دراسة إجراءات التنصت تستدعي في البداية معرفة أهم التعاريف التي تسمح بتحديد و ضبط المصطلح و الذي يعد مصطلحا جديدا، بالإضافة إلى معرفة أنواع و أهم الحقوق و الحريات محل المساس و هذا في مطلبين رئيسيين هما:

المطلب الأول: مفهوم إجراءات التنصت.

المطلب الثاني: الصور المختلفة للحقوق محل المساس بإجراءات التنصت.

المطلب الأول: مفهوم إجراءات التنصت.

و عليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي.

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية و المواثيق الدولية من تعريف التنصت.

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي:

أولاً: المعنى اللغوي لإجراءات التنصت:

التنصت مفردة يعبر عنها الكثير بكلمة التنصت و هذا لتحميل معنى الإصغاء و الاستماع إلى محادثات الغير التي تتم بشتى الوسائل، و هي تختلف من معجم لآخر في من الفعل نصت، نصتا، أي سكت مستمعا لحديثه، أنصت له، نصت أي أسكته، تنصت تكلف التنصت و الاستماع (2).

ثانياً: المعنى الاصطلاحي لإجراءات التنصت:

و التنصت إجراءات حديثة جاء بها القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، حيث لم يذكر المشرع الجزائري مصطلح التنصت صراحة و لم يعط له تعريفا، و يتمثل التنصت في ذلك الفعل الذي يقوم به أي شخص كان من خلال عملية بسيطة قد تكون يومية كالتنصت للتلفاز أو التنصت للأحاديث العامة في الطرقات، حيث يستعمل فيه الشخص مباشرة وسيلته الطبيعية الأذن دون مساعدة لوسائل أخرى (3).

أما إجراءات التنصت فتكون باتخاذ مجموعة من الإجراءات القانونية اللازمة و المشروطة بنص القانون مسبقا من أجل صحة هذه العملية، و هذا بصدور الإذن من قبل الجهة المختصة بإصداره لصالح الجهة المختصة بتنفيذه، حيث يجب أن يكون هذا الإذن مسببا و مكتوبا و محددًا سواء كان من حيث المدة أو من حيث الأشخاص أو من حيث الجرائم المطبق عليها.

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية و المواثيق الدولية من تعريف التنصت:

أولاً: موقف الشريعة الإسلامية من تعريف إجراءات التنصت:

### 1- القرآن الكريم:

لم تعرف الشريعة إجراءات التنصت لأنه لم يعرف التنصت في ذلك الوقت لذلك كان على الفقهاء الشريعة الإسلامية القياس على ذلك لأن المكالمات الهاتفية تدخل في نطاق حرمة مسكن، حيث لم ترد آية قرآنية تتكلم بصفة مباشرة على هذا التصرف و إنما جاءت آيات عديدة تجرم صفات هذا التصرف و إنما جاءت آيات عديدة تجرم صفات هذا التصرف على الإنسان، و بالتحديد الحق في الحياة الخاصة و التي يدخل في ظلها أنواع أخرى من الحقوق أهمها الحق في حرمة الشخص و مسكنه و كذا الحق في حرمة الشخص و مسكنه و كذا الحق في حرمة المحادثات و الحق في الضرف و سمعة و الحق في الخلوة ...

و نصت الشريعة الإسلامية على هذه الحقوق و كانت المصدر الأول لها، و منها قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُّحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ" (4).

فهذه الآية الكريمة و آيات أخرى تعد دستوراً سماوياً لحفظ الأسرار بما يتضمنه من النهي عن الظن و التجسس و الغيبة و هذا النهي الوارد في الآية يشمل التنصت بأي وسيلة كانت مثل السمع أو النظر أو تسجيل المحادثات الهاتفية.

### 2- السنة النبوية:

و نفس الأمر بالنسبة للسنة النبوية قلم تأتي بتعريف للتنصت أو التجسس الذي كان في ذلك الوقت، و إنما اكتفي بذكر صفاته و آثاره و عقوبة كل من يرتكب هذا الفعل، حيث أن التنصت يؤدي إلى اكتشاف عورات الناس و فضح سمعتهم و شرفهم و من بين ما جاء به الرسول الكريم عليه الصلاة و السلام ما روى أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ وَلَا تَحَسَّسُوا وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا تَحَاسَدُوا وَلَا تَبَاغَضُوا وَلَا تَدَابَرُوا وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إِخْوَانًا"

ثانيا: موقف المواثيق الدولية من تعريف إجراءات التنصت:

### 1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

لقد جاء هذا الإعلان تعبيرا عن إرادة العديد من الشعوب و الأمم التي أرادت أن تضع قانونا عالميا يحمي و ينظم حقوق الإنسان، خاصة في الدول التي تنتهك هذه الحقوق و أهمها الحياة الخاصة و الحق في الخصوصية حيث أن المادة 12 من الإعلان العالمي جاءت تدعو لذلك فيما يلي: " لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه و سمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات" (5).

يتضح من خلال استقراء المادة أن المشرع الدولي كفل حماية حريات و حقوق الإنسان خاصة حياته الخاصة من أي تدخل تعسفي و حقوق أخرى تدخل ضمن حماية الحياة الخاصة و الحق في الخصوصية.

### 2- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية:

حيث جاء هذا الإعلان ممثالا في مضمونه خاصة نص المادة 17 منه لأحكام المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، و التي نصت على ضرورة أن لا يكون هناك مساسا بحريات و حقوق الإنسان التي يجب أن يحميها القانون من أي مساس أو تعدي قد يقع عليها و هذا ما جاء في نص المادة 17 منه: "لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأجمالا تغيير قانونية تمس شرفه أو سمعته.

-من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل".

### 3- مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان:

هو الآخر سعى إلى كفالة و حماية حق و حريات الإنسان و المواطن من أي إنتهاك قد يمس به، إذ أنه جاء مشابه في مضمونه لعدة مشاريع و إعلانات عالمية وافقت على حقوق و حريات الإنسان سواء كان ذلك في مضمونه أو أهدافه.

و هذا ما ذهبت به إليه المادة 12 من هذا المشروع من حيث اكتفاءها بذكر الحدود و الحالات التي يجب عدم المساس بها، خاصة فيما يخص حياة الإنسان الخاصة و حرمة شرفه و أسرته و سمعته التي هي مكفولة قانونا، و غير قابلة لأي مساس.

### المطلب الثاني: الصور المختلفة للحقوق محل المساس بإجراءات التنصت:

و هذا من خلال فرعين رئيسيين هما:

الفرع الأول: حقوق و حريات الإنسان محل المساس بإجراءات التنصت.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة لإجراءات التنصت على حقوق و حريات الإنسان و المواطن.

#### الفرع الأول: حقوق و حريات الإنسان محل المساس بإجراءات التنصت.

من أهم الحقوق و الحريات التي هي عرضة للمساس أثناء تطبيق إجراءات التنصت نجد الحق في الحياة الخاصة للفرد أو الحق في العزلة، الحق في عدم إفشاء أسرارهِ للغير، الحق في عدم الإساءة إلى سمعته و شرفه أمام العامة و حرمة أسرته ...، حيث يمتضي استرق السمع من وراء الباب أو الإختباء في مكان معين حل محله عهد الأقمار شديدة الحساسية و الفعالية و التي تشكل خطرا كبيرا على حرية الإنسان ما لم تكفل له رسائل الحماية الفعالة و الحقيقية، خاصة حقه في سرية المحادثات و الاتصال و حقوق مكفولة دستورا حسب المادة 26 من دستور 2016 و كذا حرمة المسكن فهي حقوق تدخل ضمن الحق في الخصوصية .

بالإضافة إلى حقوق أخرى لم يتم ذكرها، ليس لعدم أهميتها بل لأنها من الأمور البديهية المسلم بها، كالحق في الخلوة أو الحق في كتمان الأسرار عن الغير و الحق في الخلوة هو من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان و هو حق مطلق من الحقوق الطبيعية التي لا تجرد الدساتير نفسها حاجي إلى التنويه إليها. كما نجد الحق في الاحتفاظ بالأسرار و هو أيضا من الحقوق اللصيقة بالإنسان و الذي يقع عليه إجراءات التنصت، إذ من حق كل إنسان أن يحتفظ لنفسه بالإطلاع عليها دون رضاه أو إذنه، إذ أن الأسرار تعد مستودع حياة الفرد.

و من الأمور الخاصة بالإنسان محادثاته الهاتفية التي تدور حولها هذه الدراسة، إذ أن المحادثات التي تتم عبر الهاتف هي ترجمة مادية لأفكار هذا الشخص المتكلم و مكمن أسرارهِ، إذ أن هذا الشخص يعرض أفكاره دون حجل أو خوف ضننا منه أنه في خلوة مع الشخص الذي يتكلم معه، و من ثم لا يجوز لغير مصدرها أو من وجهة إليه الإطلاع عليها أو مصادرتها أو إخفاءها أو سماعها عن طريق التنصت بأي وسيلة كانت، سواء باستعمال حاسة السمع أو تسجيل المكالمات أو مراقبة المحادثات الهاتفية (7).

الفرع الثاني: النتائج المترتبة لإجراءات التنصت على حقوق و حريات الإنسان و

المواطن:

أولاً: من الناحية التقنية:

إن استخدام إجراءات التنصت من الناحية التقنية أو من الناحية الفنية ليست مضمونة تماماً لأنها لا تعكس دائماً ما جرى في الحقيقة نظراً إلى إمكانية تغيير أو حذف أم نقل ما تم تسجيله على شريط التسجيل عن طريق ما يسمى بالتركيب أو المونتاج، بالإضافة إلى وجود إمكانية في تشابه الأصوات، هذا من جهة و من جهة أخرى تبقى الوسائل التقنية المستعملة في تسجيل الأحاديث غير دقيقة مئة بالمئة حتى دون تدخل الإنسان فيها، فلا يمكن تصديق آلة صنعها الإنسان و تكذيب حقيقة يدلي بها الإنسان. و كل هذه النتائج المتحصل عليها عن طريق هذه الوسائل التقنية تخضع في الأخير إلى السلطة التقديرية للقاضي هو وحده من يقرر الأخذ بها كدليل من أدلة الإثبات في الدعوى أو تركها و عدم النظر فيها إذا ما لاحظ و جود تشويش أو غموض في التسجيل، و هي نقطة إيجابية تحسب لصالح الشخص المتهم من أجل منع تلاعب رجال الشرطة القضائية في مضمون التسجيل، و في نفس الوقت هذه الإجراءات جد خطيرة و تمس بحقوق و حريات الإنسان ، و في الأخير تبقى في تأرجح بين الأخذ بها من عدمه و هذا باسم المصلحة العامة (8).

ثانياً: من الناحية القانونية:

إن الحق في سرية المحادثات الهاتفية حق دستوري مكفول، خاصة سرية الاتصالات و المراسلات سواء كانت السلوكية أو اللاسلوكية كفله الدستور الجزائري في المادة 46 منه، إلا أنه في ذات الوقت سمح بوجود قيود عليه، و هو ما جاء في القانون رقم 06-22 المتعلق باعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور، خاصة من خلال السماح للسلطة القضائية و المتمثلة في ضباك الشركة القضائية القيام بإجراءات التنصت حسب أحكام المادة 65 مكرر 5 إلى مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية، لكن هذا الاستثناء مضبوط بقيود و ضمانات كفلهما المسرع في نصوص قانونية عند القيام بإجراءات التنصت، إذ أنها تباشر خفية و دون علم من تباشر عليه، حيث لا يكون حراً في التعبير عن إرادته لأنه لو لم أفصح عما في تفكيره أو في مكنون نفسه.

بالإضافة إلى هذه الإجراءات الممارسة على حقوق و حريات الإنسان غير مقيدة بميقات زمني فهي تباشر في كل وقت منذ لحظة البدء فيها إلى غاية نهايتها على عكس إجراءات أخرى كالتفتيش أين يكون مقيد بميقات و لذا على المشرع أن يتدارك هذا الأمر بأن يحدد الوقت الزمني أثناء ممارسة هذه

الإجراءات خاصة أثناء الليل لأنه كثيرا ما يكون تسجيل المكالمات في منزل الشخص و بالتالي تكون حقوق أخرى عرضة للانتهاك كالحق في حرمة المسكن و سرية المعلومات الأسرية ...

### ثالثا: من الناحية الأخلاقية:

أما من الناحية الأخلاقية فإن استخدام هذه الإجراءات يتعارض مع مبادئ الحرية التي يكفلها الدستور و المواثيق الدولية، و هو يتعارض مع حق الفرد في خصوصية حياته خاصة حقه في الخلو إلى نفسه خاصة في مسكنه، إذ تعد من أهم عناصر الحق في الحياة الخاصة، لأن المسكن يعد مستودع لخصوصياته و أسرارته إذ ينفرد المرء بذاته و أسرته، و المقربين إليه بعيدا عن الناس، إذ يتحدث الشخص عن أشياء في إعتقاده أنها لن تخرج عن من أراد هو أن يسمعوها إلا أن الواقع غير ذلك، حيث أصبح كل مكان يمكن الدخول إليه و اختراقه بحجة قانونية في القانون 06-22.

إذ أنه بعد لقيام بهذه الإجراءات يقوم ضابط الشرطة القضائية بتفريغ التسجيل في محضر و هنا عليه أن يذكر جميع العبارات التي تمت بين المتحدثين حتى و إن لم تكن لها علاقة، لأنه ليس من صلاحية ضابط الشرطة القضائية زيادة أو مسح أي كلمة و إلا عد التسجيل باطلا و غير قابل للدفع به كدليل إثبات، و بذلك يحق للشخص الذي تجرى عليه هذه الإجراءات الدفع بأن لا تكشف أسرارته لأن ذلك إساءة إلى سمعته و شرفه و أسرته، ولذا من المفروض على المشرع أن يتدارك هذا الخطأ و أن لا يسمح باستعمال حرمة شرف و سمعة الشخص، لأنه لا يعقل أن ينتهك جميع حقوق و حرياته بل هناك حدود بديهية على المشرع التيقض لها (9).

### المبحث الثاني: الأحكام القانونية المقيدة لإجراءات التنصت:

حيث سيتم التطرق لهذا العنصر في مطلبين رئيسيين هما:

المطلب الأول: الحدود القانونية للجرائم محل إجراءات التنصت.

المطلب الثاني: الشروط اللازمة لصحة إجراءات التنصت.

المطلب الأول: الحدود القانونية للجرائم محل إجراءات التنصت.

الفرع الأول: الفوائد المترتبة عن استعمال إجراءات التنصت:

1- تعد هذه الإجراءات الجديدة في مجال المراقبة الأمنية بوسعها أن تسمح بتقديم دعم

إضافي لمصالح الدولة ضد معاقل الفساد، بالإضافة إلى تسهيل المهمة على رجال

الضبطية القضائية خاصة في أداء مهامهم.

2- كما أن استخدام الاتصالات الهاتفية من طرف العناصر الإرهابية أو من قبل شبكات

التهريب و بيع المخدرات و المفسدين الناشطين في مجالات أخرى، هو تمييز لا يحتاج

إلى دلائل و بالتالي فإن خطة التنصت على هذا النوع من المكالمات الهاتفية السلكية و اللاسلكية سيكون مهما و ذا فعالية لإحباط بعض العمليات الإجرامية و المحاولات الخارجة عن القانون.

3- كما تعد إجراءات التنصت على بعض المكالمات الهاتفية و الإتصالات البريدية من شأنها التأثير على بعض المجرمين الذين يحاولون الوقوع في مثل هذا النوع من الجرائم عن طريق بث الرعب في الأطراف التي تمارس بطريقة سرية الفساد على مستوى عدة دوائر رسمية، سواء كان ذلك بالتورط المباشر أو بالتواطئ و تقديم المساعدة و إخفاء الحقائق و تضليل العدالة و مصالح الأمن عند تأديتهم لمهامهم (10).

4- و أهم أثر يمكن تحقيقه من تطبيق إجراءات التنصت على مثل هذا النوع من الجرائم هو تحقيق الأمن القومي أو العام للمجتمع أو بحماية المصلحة العامة لتحقيق معها حماية المصلحة الخاصة فهي نتيجة حتمية، ومن جهة أخرى فإن من شأن هذه الإجراءات إعطاء دليل كبير وواضح للدول التي تدفع بأن الجزائر بلد غير آمن و أن حقوق و حريات الإنسان مهدورة فيه.

5- ومن بين الفوائد أن مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية خاصة في تقدير مشروعية إجراءات التنصت أو المراقبة أمرى على المشرع، إذ يتعين عليه وضع ضمانات و ضوابط تكافأ مع خطورة هذه الإجراءات إذ ينبغي على المشرع تنظيم إجراءات التنصت بوضع ضوابط تكافأ مع خطورة هذه الإجراءات.

### الفرع الثاني: أسباب تطبيق إجراءات التنصت على جرائم محددة:

لقد حصر المشرع الجزائري نطاق تطبيق إجراءات التنصت في جرائم معينة، فقد ورد ذكرها في أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "إذا اقتضت ضروريات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الإلوية للمعطيات أو جرائم تبيض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف و كذا جرائم الفساد"

### 1- جريمة المخدرات:

إذ من الأسباب الدافعة بالمشرع إلى أخذ بجريمة المخدرات ضمن الجرائم المحصورة في أحكام المادة 65 مكرر 5 أن المخدرات أصبحت تعد آفة العصر، إذ بدأت تتسع يوما بعد يوم و لم تقتصر على مجتمع دون آخر، و لذا كان من اللازم على الجزائر أن تتخذ مجموعة من الإجراءات سواء وقائية أو عقابية

للتصدي لهذه الظاهرة الخطيرة، حيث آخر قانون جاء للمكافحة و الوقاية من المخدرات هو القانون رقم 18/04 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشريعين، حيث جاءت فيه نصوص تلزم الشخص المدمن أو المتعاطي للمخدرات اللجوء إلى المعالجة الطبية و التي تكون تحت المراقبة القضائية.

كما شدد المشرع في العقوبة إلى غاية الشخص المؤيد إلا أن هذا لم يردع التجار و المستهلكين للمخدرات بل ازدادوا في نشاطهم خاصة و أن الجزائر تعد دولة عبور و السوق المربحة لمروجي المخدرات، و لنظر للخطورة التي يشكلها هذا النوع من الجرائم وضع المشرع وسيلة قانونية أخرى أكثر حماية ووقاية فجعلها من الجرائم السبعة التي يخضع فيها المشتبه للمراقبة الهاتفية ضمن إجراءات خاصة (11).

## 2- الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية:

هي جماعة ذات هيكل تنظيمي مؤلفة من ثلاث أشخاص فأكثر موجودة لفترة من الزمن و تعمل بصورة متضافرة بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المجرمة من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو مادية، ومن الأسباب التي دفعت المشرع إلى حصر هذا النوع من الجرائم في أحكام المادة 65 مكرر 5 من القانون 06-22 المتعلق باعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور أنها أصبحت تمثل خطرا كبيرا يواجه الدول كافة خاصة بعد تلاشي الحدود و سهولة نقل البضائع بين الدول، ومن بين صورها الاتجار بالمخدرات و الأسلحة و الاتجار بالبشر و غسيل الأموال و إدخالها في إطار الاقتصاد المشروع لتصبح أموال مشروعة، ونظرا لخطورة هذا النوع من الجرائم كفل المشرع قانونا من شأنه الحد من تفاقم هذه الظاهرة الإجرامية حق و إن كان فيه اعتداء على الحقوق الفردية، إذ أن الضرورة سمحت بذلك من خلال القانون 06-22 السابق الذكر و هذا من أجل الحفاظ على الأمن العام و المصلحة العامة للمجتمع.

كما وضع المشرع في قانون العقوبات أحكام عقابية من شأنها ردع و عقاب كل من يرتكب مثل هذا النوع من الجرائم و جعل عقوبة المساهم و الحرض نفس عقوبة الفاعل الأصلي و هذا يدل على خطورة هذا النوع من الجرائم على الحقوق و الحريات (12).

## 3- الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات:

يعتبر اختراع الحاسوب إحدى القفزات التي تحققت في القرن العشرين و التي ينظر إليها باعتبارها إحدى عجائب العصر، إذ باتت من الضروريات الأساسية في كل الشؤون الخاصة و العامة للإنسان، خاصة الدولة أو مؤسساتها من خلال ما تتضمنه من أسرار حول نظامها أو مشاريعها، و نفس الشيء بالنسبة

للإنسان، حيث لم يسلم هو الآخر من الانتهاك و الاعتداء عليه و معرفة أسرار، حيث تشير الإحصائيات إلى وقوع ما بين 200 إلى 250 اعتداء يوميا على الأنظمة المعلوماتية في الجزائر. و لأجل مكافحة مثل هذا النوع من الجرائم وضع المشرع عقوبات و تدابير لازمة للحد من الظاهرة و هذا من خلال أحكام المادة 394 مكرر 7 من قانون العقوبات حيث بمجرد الدخول و البقاء عن طريق الغش في كل أو بعض من المنظومة للمعالجة الآلية للمعطيات فهو معاقب عليه (13).

#### 4- جرائم تبيض الأموال:

إن المال يحتل أهمية بارزة في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية للأمم بشتى أنظمتها، و جرائم تبيض الأموال تعد من أخطر الجرائم التي تعرف انتشارا في هذا العصر خاصة من قبل عصابات تجارة المخدرات و المافيا و الخطف و السلاح في عمليات غير مشروعة من أجل إعطاءها الصيغة القانونية (14).

حيث أفرد المشرع جرائم تبيض الأموال بقانون خاص و هو القانون رقم 01/50 و هذا لما تشكل من خطورة على المال العام و الحياة الاقتصادية خاصة و الاجتماعية عامة، إذ لم يكتفي المشرع بوضع قانون خاص بها و إنما زادها تنظيما و حيطا إذ جعلها من الجرائم المحصورة في نص أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية السابقة الذكر.

إذ بموجب الإذن الذي يصدر عن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق المختص يجوز لرجال الشرطة القضائية القيام بإجراءات التنصت على الأشخاص المتهمين بعمليات تبيض الأموال حتى و إن كان فيه مساس بحق من حقوقهم إلا أنه لا يساوي شيء أمام الهدف المرجو من وراء حماية الأفراد أو المصلحة العامة فالضرورة تبيح المحصورة.

#### 5- جرائم الإرهاب:

من أجل معرفة سبب جعل المشرع جرائم الإرهاب ضمن الجرائم المحصورة في المر 06-22 المتعلق باعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور لا بد من تبيان أن مصطلح الإرهاب تشوبه الكثير من الشبهات و الاختلافات الفكرية التي تطرقت إلى تعريفه و تحديد أهدافه و أبعاده سواء كانت سياسية، اقتصادية اجتماعية، دينية...، حيث خصه المشرع الجزائري بقانون خاص هو القانون رقم 01-05 المتعلق بالوقاية من تبيض الموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها.

حيث جاء في نص المادة 87 مكرر قانون العقوبات تعريف لهذا النوع من الجرائم على أنها... إذ يعتبر فعلا إرهابيا أو تخريب كل فعل يستهدف أمن الدولة و الوحدة الوطنية و السلامة الترابية و استقرار المؤسسات و سيرها العادي. أين التهميش

ومن أجل إعطاء فعالية أكبر لحماية الأمن العام و السلامة العامة، فضل المشرع الجزائري الاستمرار في سياسة مكافحة الإرهاب و الحد من هذه الظاهرة حتى وان كان فيها مساس بحق من حقوق الإنسان خاصة حياته الخاصة غير أن هذا الحق ينتهي عند بداية حقوق أهم و أكبر و هو حق المجتمع في الأمن و الأمان، ثم إدراج هذه الجرائم ضمن الجرائم التي يمكن لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق إصدار إذن بالقيام بإجراءات التنصت فيها، حيث نجد أن أغلب التشريعات المقارنة التي تعتمد مثل هذا النوع من الإجراءات إن اختلفت في نوع الجرائم التي تخضع لهذه الإجراءات تتفق في نقطة واحدة و هي أن جرائم الإرهاب لا بد من أن تكون أولى الجرائم التي يجب أن تخضع لهذه الإجراءات (15).

## 6- جرائم الصرف:

يحتل المال طبيعة وأهمية خاصة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لجميع الدول، ونتيجة للطبيعة الخاصة للمال وبالتحديد الصرف جعل المشرع لها نظاما قانونيا خاصا ينفرد عن باقي جرائم القانون العام لا سيما في مجال قمع الجريمة، خاصة وأنها تمس بعصب الحياة الاقتصادية سواء كان ذلك داخليا أم خارجيا حيث كفل لها تنظيما خاصا في القانون رقم 03-01 المؤرخ في 19 فيفري 2003، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال .

كما لم يكتفي المشرع بهذا القانون بل زادها تنظيما وحيطة وهذا لعدم القدرة على السيطرة الكلية لمثل هذا النوع من الجرائم الخطيرة، إذ جعلها من الجرائم الستة السابق ذكرها في المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية، وجعلها ضمن الاستثناء الذي يجوز فيه الخروج عن القاعدة العامة التي تقضي بجرمة وسرية المكالمات التليفونية، إذ بموجب الإذن الذي يصدر عن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق المختص يجوز لرجال الشرطة القضائية ممارسة إجراءات التنصت على الأشخاص المشتبه فيهم قيامهم بجرائم الصرف.

## سابعاً- جرائم الفساد:

كما أن لجرائم الفساد خطر كبير على استقرار الدول مما جعل المشرع يخصها بالقانون رقم 06-01 المؤرخ في فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، فمن بين أهداف هذا القانون دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد و مكافحته و كذا تعزيز النزاهة و المسؤولية و الشفافية في تسيير القطاعين العام و الخاص، بالإضافة أيضا إلى تسهيل دعم التعاون الدولي و المساعدة التقنية من أجل الوقاية من الفساد و مكافحته بما في ذلك استرداد الموجودات ، و هذا ما جعله يصنفها ضمن نطاق الجرائم التي تطبق عليها إجراءات التنصت، إذ من شأنها أن تشكل خطرا على المجتمعات و على

العدالة و سيادة القانون، إذ أصبح الفساد ظاهرة غير وطنية ، فالفساد يمس كل القطاعات الحساسة في المجتمع الذي أصبح الحصول فيه على تسهيلات في المعاملات سواء كانت مالية أو إدارية عن طريق دفع رشوة من أجل الإسراع في تمريرها، وهذا النوع من الفساد خطير جدا فمن شأنه أن يهلك الدول و الحكومات، خاصة الفساد القضائي، فمن أشكاله هو الآخر الوساطة و المحسوبة ، و كذا الغش الضريبي الذي يضرب باقتصاد الدول، كما يوجد أيضا الفساد الفكري و هذا ما جعل المشرع يعتبرها من الجرائم الخطيرة على الأمن العام و السلامة العامة، خاصة في ظل عدم توفر نظم الرقابة الداخلية الكافية، و كذا عدم وجود فرصة لمشاركة الشعبية.

و لذا فضل المشرع حماية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تطبيقه لإجراءات التنصت على مثل هذا النوع من الجرائم لأنه من شأنها المساس بكل الأشخاص سواء كان ذلك على المدى القريب أو البعيد(16).

### المطلب الثاني: الشروط اللازمة لصحة إجراءات التنصت:

و هذا من خلال فرعين رئيسيين:

الفرع الأول: تحديد ضوابط تقنيات إجراءات التنصت.

الفرع الثاني: شروط استصدار الإذن القضائي كأساس لصحة إجراءات التنصت.

الفرع الأول: تحديد ضوابط تقنيات إجراءات التنصت.

أولا: الضوابط الخاصة بضمان الحديث المسجل.

هذا الضابط أو القيد يتعلق بالتعديلات التي يمكن أن تقع على التسجيلات، أو ما يعرف بالتركيب أو إجراء مونتاج، حيث أن الحديث الذي يدلى به الشخص في الهاتف يقوم رجال الشرطة القضائية بترجمته أو إسقاطه على شريط التسجيل لكي يقدم فيما بعد كدليل إثبات، و هنا لا بد على الشخص المنتصت عليه، بعد أن تقوم الجهة المختصة بإعلامه بإجراءات التي أقيمت عليه التأكد من صحة المعلومات الموجودة في شريط التسجيل.

و قبل هذا كإجراء شكلي قانوني لا بد أن يقوم عضو من النيابة بالتوقيع على بداية الشريط، من خلال بعض الكلام أو الإشارات أو الدلائل التي من خلالها يتأكد فيما بعد من صحة التسجيل الذي اجري على الشريط المعتمد.

إذ كشرط شكلي جوهري لا بد في بداية إجراءات التسجيل أو التنصت على عضو النيابة التأكد من سلامة و نظافة الشريط المستعمل في التسجيل، إذا ما كان خال من أي تسجيل سابق قد وقع عليه، وهذا لأجل ضمان عدم المساس بالمعلومات التي يتم الحصول عليها و عدم إجراء أي تعديل عليها ، و من بين الضوابط المتعلقة بصحة التسجيل أن تكون العبارات واضحة مسموعة و غير متداخلة، لأن أي تشويش أو غموض يجعل التسجيل لا يستقيم معه الاعتماد عليه كدليل اتمام، مما يستوجب استبعاد الشريط بالكامل لان القاضي في هذه الحالة لن يتمكن من معرفة مغزى العبارات المطموسة، حيث جرى العرف في القضاء على إلغاء الشريط كله و ليس الجملة التي تتضمن العبارات المطموسة.

وهذه الضوابط أو القيود التقنية تعد ضمانة كبيرة جاء بها المشرع لحماية حقوق و حريات الإنسان من التلاعب أو المساس بها من قبل الجهة المنفذة لإجراءات التنصت، فأى شك يحسب لصالح الشخص حتى و إن كان صحيحا، و هذه الضوابط كاجتهاد قضائي إن رأى القاضي مصلحة في ذلك أخذ بها و إن كان العكس تركها، و كل هذا يبقى متروك للسلطة التقديرية للقاضي ، في حين كان يجب على المشرع النص و التأكيد عليه لأجل منع التلاعب الذي قد يحصل من ضباط الشرطة القضائية خاصة و أنه لم يرتب عليهم أي مسؤولية جنائية، و هي نقطة يجب على الجهة المشرعة استدراكها لإعطاء حقوق و حريات الإنسان و المواطن مكانة أكبر مما هي عليه(17).

ثانيا: الضوابط الخاصة بالتسجيل ذاته.

### **1- الضابط الثابت في الشريط كما تم تفرغه في محضر التفرغ.**

لكي يتأكد القاضي من أن التسجيل المقدم كدليل إدانة في الدعوى بصوت المتهم، لا بد أن يتحقق من عدم حصول تعديل على التسجيل بإجراء مونتاج على الشريط، فمن المعروف علميا أنه يمكن الغش في التسجيل بنقل أجزاء معينة من الأحاديث المسجلة على شريط آخر، حتى يبدو حديثا متكاملًا و حقيقة الأمر أن هناك فقرات محذوفة من التسجيل لو بقيت لتغير المعنى المستفاد من الحديث.

إذ بلغ الغش في التسجيلات شأنًا كبيرًا، وذلك بعد التقدم الهائل في تكنولوجيا تسجيل الصوت و الصورة، و ابتكار الأجهزة المتطورة التي يمكن من خلالها الحذف و الإضافة و إعادة ترتيب الجمل في الحديث بمهارة فائقة فيتغير المعنى الأصلي، لذا لا بد على القاضي قبل أن يستند إلى الدليل المستمد من التسجيل أن يكون هذا الدليل واضحًا، و لا يكون كذلك إلا إذا كان التسجيل قد رسم صورة الواقعة

الإجرامية كاملة من بدايتها إلى نهايتها، إذ يستطيع القاضي في هذه الحالة أن يستخلص الحقيقة من التسجيل.

ولذا فإنه يتعين على القاضي استبعاد التسجيلات متى كانت مجهولة للأشخاص المتحدثين، أو جاء بها تشويش أو إحتوت معظمها على جمل غير واضحة أو عبارات غير مسموعة أو متداخلة و مطموسة، ولهذا استقر القضاء على عدم الاعتداد بهذه التسجيلات كدليل إدانة متى جاءت عبارتها مطموسة (18).

## 2- ضابط يتعلق بالخبير عند استلامه لشريط التسجيل:

إذ يجب اختيار الخبير من الجدول الذي تعده المجالس القضائية أو من خارج الجدول فهي غير مقيدة في الاختيار في حين أنه مقيدة بشرط مراقبة أداء اليمين أمامها، و هو إلزام اشترطه المشرع في أحكام المادة 145 من قانون الإجراءات الجزائية ، حيث يحلف الخبير المقيد لأول مرة في الجدول الخاص بالمجلس القضائي اليمين أمام ذات المجلس.

ولا يجدد القسم في حالة ما كان الخبير مقيدا في الجدول، أما إذا كان خارج الجدول فيجب عليه قبل مباشرة مهامه أداء اليمين أمام الجهة التي عينته إما قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية، و في حالة تعذر أداء اليمين وجب على ذلك الخبير أداء اليمين كتابة، و يرفق الكتاب المتضمن ذلك بملف التحقيق.

إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه النقطة و لم يحل على أحكام المادة 145 من قانون الإجراءات الجزائية، بل تركها كنقطة سوداء تضرب بحرمات الناس.

و يقوم الخبير بالتأكد من أن الصوت المسجل هو ذاته في التسجيل بأخذ عينة من صوت المتهم يأخذها الخبير بالأصوات بأن يجعل المتهم ينطق الحروف المرتفعة و المنخفضة من ألفاظ اللغة ثم يقوم بإجراء المضاهاة بين هذه العينة و التسجيلات للحكم على الصوت الموجود بالتسجيلات ببيان عما إذا كان بصوت المتهم من عدمه، و يجب أن نشير إلى أن المتهم له أن يرفض إعطاء بصمة صوته و هذا حقه و لا يستطيع أحد إجباره على ذلك.

فبصمة الصوت لا يوجد أساس علمي أو قانوني لها و هي مستحدثة بالقياس إلى بصمة الأصوات و فكرت بصمة الصوت أقرب إلى التطور و القطع بعدم سلامتها مقارنة ببصمة الإصبع خاصة أن

الأصوات تتشابه كما أنه لا يمكن مضاهاة الصوت لأن صوت الشخص الواحد يختلف في حالة هدوؤه عنه في حالة غضبه في حالة نومه، مما يستقيم معه القول بأنه لا يوجد ما يؤكد صدور الحل المناسب إليه خاصة إذا كانت الأصوات تتشابه.

كما أنه من اليسر أن يستعمل الغير هاتف المتهم في غيبته مثلا ويزعم أنه المتهم، ولهذا يجب التحرز في قبول هذا الدليل لما يعتوه من شكوك(19).

الفرع الثاني: شروط استصدار الإذن القضائي كأساس لصحة إجراءات التنصت.

أولاً: مضمون الإذن القضائي.

**1- أن يكون الإذن القضائي مسبباً:**

أكد الدستور الجزائري على شرط التسيب و اعتبره مبدأ دستورياً يجب احترامه من قبل السلطة القضائية المختصة، و ذلك بالرجوع إلى أحكام المادة 40 منه، حيث ركز على ضرورة حصول السلطة المختصة بتنفيذ الإجراءات القانونية على ضرورة التقيد بمضمون القانون و على تسيب الأوامر و القرارات و كتابتها، لأنه ليس لأي شخص الحق في استعمال سلطة إصدار مثل هذا النوع من الإجراءات.

ونفس الأمر أكده المشرع الجزائري في أحكام المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية حيث اشترط التسيب عند الحصول على الأوامر القضائية كالأمر بالتفتيش، إذ يعد هذا الشرط ضماناً أو قيد يجب على الجهة المختصة مراعاتها عند إصدارها للأوامر القضائية الخاصة بالإذن بإجراءات التنصت.

غير أنه في بعض الأحيان يمكن تجاوز مبادئ دستورية و إجرائية تصب في مصلحة الأفراد، في مقابل بلوغ الحقيقة أو دليل إظهارها خدمة للأمن الاجتماعي لهذا الاعتبار كفل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في الأمر رقم 06-22 المعدل و المتمم للأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي أو في الجرائم المتلبس بها لقاضي التحقيق وكذا وكيل الجمهورية إصدار إذن للقيام بإجراءات التنصت.

وهو الأمر الذي تؤكد عليه أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية إذ اشترطت ضرورة الحصول على الإذن إما من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق.

بالإضافة إلى شرط التسبب أي سبب اللجوء إلى مثل هذا النوع من الإجراءات و هو شرط جوهرى في عملية إجراءات التنصت، الغرض منه حماية حقوق و حريات الإنسان من التعسف في استعمال هذا الحق، حتى وان كانت هذه الحماية نسبية لأنه يوجد مساس وانتهاك بحق من حقوق الإنسان، إذ أن الإذن بإجراءات التنصت من أعمال التحقيق لا من إجراءات الاستدلال فلا يجوز لرجال الشرطة القضائية القيام بإجراءات التنصت إلا بعد الحصول على إذن من الجهة المختصة قانونا.

فإذا قام رجال الضبط القضائي بالتنصت على المحادثات التليفونية أو تسجيلها دون إذن من قاضي التحقيق المختص، فيكون الدليل المستمد من هذه الإجراءات باطلا، فما بني على باطل فهو باطل، خاصة و أنها تتم دون علم أو رضا المعني بالأمر(20).

## 2- أن يكون الإذن القضائي محددًا:

أ- أن يكون الإذن القضائي محددًا من حيث الجرائم:

إذ من الضمانات الأولى أو الشروط الأولى التي وضعها المشرع كقيد لإجراءات التنصت هي نطاق هذه الإجراءات، إذ لا بد من الالتزام بالجرائم التي ذكرها المشرع الجزائي و هي جرائم محصورة و منصوص عليها في أحكام المادة 65 مكرر 5 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية وهي " إذا اقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبيض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع المتعلق بالصرف وكذا جرائم الفساد.

وهي ضمانات جوهرية يجب على القائم بها احترامها و الالتزام بها بخلافها لا يجوز القياس عليها أو الخروج عنها، وهي كلها جرائم خطيرة على المواطن و أمنه و على سلامة المجتمع، لذا كان لا بد من التصدي لها يمثل هذا النوع من الإجراءات و إلا لخرج الوضع الأمني عن السيطرة، بالإضافة إلى وجوب أن تكون الجريمة قد وقعت بالفعل، لكن لصعوبة التأكد من هوية الفاعل أو لنقص الأدلة وعدم كفايتها، تلجأ السلطة القضائية إلى مثل هذا النوع من الإجراءات في إطار الجرائم السابق ذكرها، كما أن الإجراءات التي تتم في هاته المرحلة تعد من إجراءات التحقيق لا الاستدلال.

إلا أنه من خلال استقراء أحكام الفقرة 3 من المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية يمكن تسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عامة لكي يمكن قبل وقوع الجريمة اتخاذ إجراءات التنصت في هذه الأماكن إذا أمر أصحاب

الاختصاص بذلك و هذا بغية الحد و مكافحة ظاهرة التنفسي المتزايد للجرائم، و تكون الأدلة الناتجة عنها مشروعة إذا كانت بناء على إذن مسبق و مكتوب من قبل الجهة المختصة بإصداره (21).

### ب- أن يكون الإذن القضائي محددًا من حيث المدة:

من أهم الشروط التي تبنى عليها إجراءات التنصت هي شرط تحديد المدة القانونية و اللازمة للقيام بتنفيذ إذن المراقبة، وهو شرط جوهري في عملية إجراءات التنصت الهدف منه منع التعسف في استعمال السلطة، خاصة أنها تقع على قداسة و حرمة حقوق و حريات الإنسان، إذ أن هذه المدة تجعل القائم على تنفيذها مجبراً على استغلالها فيما يخدم ضروريات التحقيق و البحث عن الدلائل و الاعترافات التي توصل إلى كشف الغموض عن أي جريمة، لا استغلالها في انتهاك حرمة و خصوصية الإنسان في حياته الخاصة.

حيث لصحة إجراءات التنصت لا بد من التقييد بشرط المدة التي تحددها الجهة المصدرة للإذن بإجراءات التنصت، إما وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق لضابط الشرطة القضائية و يكون هذا الإذن لمدة 4 أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري أو التحقيق و تكون دائما ضمن نفس الشروط و القيود السابق ذكرها، وهذا ما جاءت به أحكام المادة 65 مكرر 7 من قانون من قانون الإجراءات الجزائية.

حيث إذا وصل ضابط الشرطة القضائية إلى تحقيق الهدف المنشود من وراء إجراءات التنصت قبل نهاية المدة المحددة قانونا، و جب عليه التوقف عن تأدية هذه الإجراءات، أما إذا انتهت المدة المحددة قانونا و لم يصل إلى تحقيق هدفه فلا يستطيع متابعة عملية التنصت من تلقاء نفسه إلا بعد الحصول على إذن التجديد، الذي يكون حسب مقتضيات التحري أو التحقيق، و إلا فإن الدليل الذي يتم الحصول عليه يقع باطلا و على الجهة المعنية رفضه و مراقبته إن كان مستوفيا للشروط السابقة الذكر.

والمشرع الجزائري لم يتطلب في الإذن الصادر بإجراء هذه العمليات شكلا معينا، وإن كان قد اشترط أن يكون مكتوبا و متضمنا لكل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها و الأماكن المقصودة سكنية كانت أو غيرها، و الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير مع الإشارة إلى حدة إنجاز هذه العمليات على أن يكون أقصاها 4 أشهر قابلة للتجديد (أحكام المادة 65 مكرر 7 ق إ ج) و الملاحظ على هذه المادة الأخيرة، أنها قصرت الإذن على تدبير اعتراض المراسلات المطلوب التقاطها دون التسجيل الصوتي أو السمعي البصري، كما أن المشرع الجزائري لم يراعي العامل الزمني إذ لم يحدد عدد مرات قابلية هذا الإذن إلى التجديد(22).

**ج- أن يكون الإذن القضائي محددًا من حيث الأشخاص:**

إن تحديد الأشخاص المعيّنين للقيام بإجراءات التنصت شرط لازم تقوم عليه إجراءات التنصت، من خلال تبني ذلك في أحكام المادة 65 مكرر 8 من قانون الإجراءات الجزائية .

إذ يعد هذا الشرط اعترافاً غير مباشر من المشرع بخطورة و حساسية العملية الملقاة على عاتق ضباط الشرطة القضائية و الأعوان المؤهلين للمساعدة في عملية إجراءات التنصت، فليس كل شخص يعمل لدى السلطة القضائية فهو مؤهل للقيام بإجراءات التنصت، بل لا بد من تعيينه من قبل وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق المختص للقيام بمهمة المحادثات الهاتفية أو تسجيلها، كأعوان الشرطة القضائية مثلا فهم مستثنون من هذه المهمة، و ضباط الشرطة القضائية هم الأشخاص الذين حددتهما أحكام المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية، إذ يجب على هذا الضابط أن يباشر بنفسه إجراءات التنصت، كما لا يملك سلطة إنابة أعماله إلى غيره إلا في إطار تسخير أعوان مؤهلين لدى مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلكية و اللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية لعملية إجراءات التنصت، لأن ضباط الشرطة القضائية تنقصهم الخبرة التقنية في هذا المجال، كما يعد من الشروط الجوهرية عدم إطلاع هذا العون المسخر على محتوى التسجيل إلا في حدود عمله و إلا أصبح التسجيل باطلا، وهذا الشرط يعد ضماناً هامة أراد المشرع من خلالها التأكيد على أنه يولي اهتماماً و تقديراً لحقوق و حريات الإنسان خاصة حياته الخاصة و أسراره فجعل أشخاص معينين فقط لهم صلاحية الاطلاع عليها في إطار حدود و شروط مضبوطة(23).

**ثانياً: الجهات المختصة بإصدار الإذن القضائي:****1- دور النيابة العامة في إصدار الإذن:****أ- سلطة النيابة العامة في إطار إجراءات التنصت:**

إذ ينعقد الاختصاص لوكيل الجمهورية إذا توفرت فيه الشروط اللازمة فيما يخص الاختصاص النوعي و الإقليمي، فيمكنه مباشرة أعماله في إطار إعطاء الإذن بإجراءات التنصت بصفة قانونية لضباط الشرطة القضائية وفقاً لشروط و ضمانات سبق ذكرها في نص أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية إلى 65 مكرر 10.

**ب- أعمال النيابة العامة في إطار إجراءات التنصت:**

رغم أن إجراءات التنصت إجراء من إجراءات التحقيق إلا أن المشرع رأى عدم إطلاق يد النيابة العامة و هي سلطة تحقيق، إذ حد من صلاحيتها و جعل سلطتها في مراقبة المخابرات تكون مقيدة بشروط و منها:

إعطاء الإذن القضائي القاضي بإجراءات التنصت على أن يكون مسبب و محدد، حيث يتضمن هذا الإذن مختلف البيانات و المعلومات عن الشخص محل المراقبة و كذا الشخص المعني بالقيام بهذه المراقبة و الذي يجب أن تتوفر فيه هو الآخر شرط التأهيل لأداء هذه المهمة، فيجب أن يكون من ضباط الشرطة القضائية، و كذا بيان مدتها القانونية و نوعية الجريمة محل المراقبة.

كذلك ضرورة التقيد بشروط و حالات إصدار هذا الإذن الذي تضمنته المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية ، السابقة الذكر و هي الجرائم السبعة التي سبق ذكرها حيث أن أي خروج عن هذه الحالات أو القياس عليها يعد باطلا حتى و لو كان بناء على إذن مسبق من قبل وكيل الجمهورية.

بالإضافة إلى شرط المراقبة المباشرة، التي يجب على وكيل الجمهورية أن يراقب إجراءات التنصت المأذون بها لضباط الشرطة القضائية القيام بها، وهذا من أجل منع التعسف الذي قد يحصل من ضباط الشرطة القضائية .

كما يمكن لوكيل الجمهورية المختص أن ينتدب أحد ضباط الشرطة القضائية للقيام بعملية إجراءات التنصت، وفق مراعاة الشروط القانونية الواجب توافرها في هذا الشخص المنتدب و هي أن يكون مؤهلا، إذ يجب أن يكون من رجال الضبطية القضائية، و أن تحيطه علما بكافة المهام الملقاة عليه و مدتها.

## 2- دور جهات التحقيق في إصدار الإذن:

لقاضي التحقيق المختص سلطة واسعة في هذا المجال و من أهم صلاحياته في هذه الإجراءات الخاصة بالتنصت نجد:

إصدار إذن قضائي بمراقبة المكالمات التليفونية إذ أنه بعد فتح التحقيق القضائي لا يمكن أن تتم عملية التنصت إلا بناء على إذن مكتوب و مسبب من قبل قاضي التحقيق المختص، حيث يجب أن يتضمن الإذن القضائي كافة البيانات الخاصة بعنوان الشخص محل المراقبة و كذا الشخص المكلف بالمراقبة و مدتها و مكائنها و نوعها.

كذلك انتداب أشخاص مؤهلين و مختصين للقيام بعملية التنصت و يكون من بين رجال الضبطية القضائية لا غيرهم من الأشخاص العاديين و إلا اعتبرت إجراءات التنصت باطلة.

ضرورة التقيد بشروط أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية فيما يخص حالات تطبيق إجراءات التنصت و التي هي محصورة في سبعة جرائم و هي كالآتي:

جريمة المخدرات، الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، جرائم تبييض الأموال و الإرهاب، الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصراف، جرائم الفساد.

كذلك القيام المراقبة المباشرة للإذن بإجراءات التنصت الذي يمنحه قاضي التحقيق لرجل الشرطة القضائية، و كل تصرف قد يقوم به في إطار ممارسته لهذه الإجراءات، لا بد أن يكون تحت مراقبته المباشرة ولا يستطيع الإذن فيها لأي شخص آخر للقيام بها، وإلا أصبحت غير مشروعة.

و بما أن قاضي التحقيق هو المكلف بإعطاء إذن إجراءات التنصت إلى ضابط الشرطة القضائية لا بد أن تتم العملية تحت مراقبة المباشرة ففي كثير من الأحيان و في مثل هذه العمليات يتم اللجوء إلى تقنيات لا يتحكم فيها هذا القاضي أو الضابط ، لذا يتكفل بها أهل الخبرة في الميدان، و يقتصر دور قاضي التحقيق على السهر على أن تتم في إطارها الشرعي و حسب مقتضيات القانون.

وهذا الشرط يعد ضمانا كبيرة جاء بها المشرع الجزائي من أجل التأكيد على أهمية وخطورة هذه الإجراءات على حقوق وحرية الإنسان، خاصة إذا ما قام بها رجال الشرطة القضائية، لذا كان عليه أن يدرجها تحت رقابة و سلطة قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية، وهذا من أجل عدم التعسف في استعمال هذا الحق عند الممارسة الميدانية.

#### الخلاصة:

وفي ختام هذه الدراسة لموضوع أثر إجراءات التنصت على حقوق و حريات الإنسان و المواطن يتضح أن أغلب الدراسات تؤكد على ضرورة عدم المساس بحقوق و حريات الإنسان و المواطن و إن كان في بعض الأحيان بصفة ضمنية غير مباشرة عند القيام بإجراءات التنصت سواء كان ذلك في الشريعة الإسلامية التي لم يعرف في وقتها مثل هذا النوع من الإجراءات لذا ارتئي فقهاؤنا إلى القياس على حرمة الرسائل الكتابية، و حرمة المكان الذي قد تقع عليه و على الحقوق و الحريات التي تكون محل التأثير من وراء هذه الإجراءات و نفس الأمر نجده في التشريعات و المواثيق الدولية التي هي الأخرى لم توجد تعريفا لإجراءات التنصت.

كما كانت الدراسة تتمحور حول تحديد الحقوق و الحريات محل المساس بإجراءات التنصت من خلال معرفة أهم الأسس التي كفلها القانون لحماية حقوق و حريات الإنسان و المواطن من الانتهاك

خاصة عند تطبيق إجراءات التنصت، سواء كانت وطنية أم دولية و التي نصت جميعها على ضرورة كفالة الحماية لحقوق الإنسان و حرياته خاصة حقه في سرية اتصالاته الهاتفية كمبدأ مكفول دستوريا و الذي يجوز استثناء الخروج عنه لضرورة حماية المصلحة العامة كضرورة حتمية في حالات محددة مسبقا بنص قانوني لا يجوز القياس عليه أو الخروج عنها و هذا وفق شروط مضبوطة بقواعد قانونية صارمة لا يجوز تخلف شرط منها و إلا كانت غير مشروعة و الدليل المستمد منها باطل.

الهوامش :

- (1) طبقاً لأحكام المادة 46 من دستور 06 مارس 2016.
- (2) جبران مسعود، المعجم الرائد، لبنان، دار الإعلام للملايين، الطبعة السابعة، 1992، الصفحة 246.
- (3) الأمين سمير، مراقبة التليفونات و التسجيلات الصوتية و المرئية و أثرها في الإثبات الجنائي، القاهرة، دار سارة، الطبعة الأولى، 1996، الصفحة 5.
- (4) و ذلك طبقاً لسورة الحجرات، الآية 12.
- (5) و ذلك طبقاً للمادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، علي محمد صالح الدباس، حقوق الإنسان و حرياته، الأردن، دار الثقافة و النشر و التوزيع، 2005، صفحة 58.
- (6) هاني سليمان طعيمات، حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، الأردن، دار الشروق للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2001، الصفحة 130.
- (7) محمد محمد الشهاوي، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001، الصفحة 24.
- (8) جيلالي بغداددي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزائر، دار الهدى، الطبعة الأولى، الجزء الأول، 1996، الصفحة 411.
- (9) عمر سعدالله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الصفحة 16.
- (10) فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، عمان، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2005، الصفحة 238.
- (11) ماروك نصر الدين، جريمة المخدرات في ضوء القوانين و الاتفاقيات الدولية، الجزائر، دار هوم، الطبعة الأولى، 2004، الصفحة 181.
- (12) محمد علي سويلم، الأحكام الموضوعية و الإجرائية للجريمة المنظمة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2007، الصفحة 245.
- (13) مزبان عبد الغاني، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، المسيلة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2007، المتاح على الموقع:  
[www.courdemsila.mjustice.dz/conf\\_cour\\_msila/doc10.ppt](http://www.courdemsila.mjustice.dz/conf_cour_msila/doc10.ppt)
- (14) مفيد نايف الدليمي - غسيل الأموال في القانون الجنائي - عمان - دار الثقافة - الطبعة الأولى - 2006 - الصفحة 248
- (15) سامي علي حامد عياد، استخدام تكنولوجيا المعلومات في مكافحة الإرهاب، مصر، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، الصفحة 223.
- (16) أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2005، الصفحة 154.
- (17) طارق سرور، حق المحني عليه في تسجيل المحادثات التليفونية الماسة بشخصه، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2004، الصفحة 45.

- (18) ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2009، الصفحة 66.
- (19) مصطفى محمد الدغدي، التحريات و الإثبات الجنائي، مصر، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2006، الصفحة 417.
- (20) فوزي عمارة ، "اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور و التسرب كإجراءات تحقيق قضائي في المواد الجزائية"، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، العدد 33 ، جوان 2010، الصفحة 242.
- (21) عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزائر، دار هوم، الطبعة الأولى 2009، الصفحة 280.
- (22) طارق سرور، حق المحني عليه في تسجيل المحادثات التليفونية الماسة بشخصه، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2004، الصفحة 109.(23) الأمين سمير، مراقبة التليفونات و التسجيلات الصوتية و المرئية و أثرها في الإثبات الجنائي، القاهرة، دار سارة، الطبعة الأولى، 1996، الصفحة 65.